

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

UNION OF
TURKISH BAR ASSOCIATIONS
REVIEW

ISSN: 1304-2408

HAKEMLİ BİR DERGİDİR

1988 yılından bu yana yayımlanan Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2002 yılından itibaren “Hakemli Dergi” olarak yayımlanmakta olup 2010 yılından bu yana da TÜBİTAK-ULAKBİM Hukuk Veri Tabanında dizinlenmektedir.

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

Yayıncı Sorumlu Başkan Yardımcısı / Vice-

President Head of the Publishing Department
Av. Başar Yaltı

Genel Yayın Yönetmeni / Executive Editor

Av. Özlem Bilgilioğlu

Eşgüdüm Kurulu / Board of Coordination

Av. Başar Yaltı, TBB Başkan Yardımcısı
Av. İzzet Güneş Gürseler, TBB Genel Sekreteri
Av. Sabri Erdal Güngör, TBB Sayman Üye
Av. Özlem Bilgilioğlu

Yayın Kurulu

Özlem Bilgilioğlu
Gizem Özkan
Musa Toprak

Danışma Kurulu / Board of Advisors

Prof. Dr. Rona Aybay

Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Erzan Erzurumluoğlu

Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Hayrettin Ökçesiz

Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Erdal Onar

Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Hakan Pekcanitez

Galatasaray Ü. Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Durmuş Tezcan

İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi

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.

Türkiye Barolar Birliği Dergisi'nin yayın dili Türkçe'dir.

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: 75 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

YAYIN KURALLARI

- 1988 yılından bu yana yayımlanan Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2002 yılından itibaren “Hakemli Dergi” olarak yayımlanmakta olup 2010 yılından bu yana da TÜBİTAK-ULAKBİM Hukuk Veri Tabanında dizinlenmektedir.
- Dergiye gönderilecek yazıların; özgün, başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olması gerekmektedir.
- a) Yazılar, bilgisayar ortamında hazırlanmalıdır.
b) Yazıların ilk sayfasında makalenin adı, özeti ve anahtar sözcükleri; **Türkçe ve İngilizce olarak** yer almalıdır.
c) Yazılar, ana bölümlerde 1,5 satır aralığı ile 12 punto; dipnotlarda tek satır aralığı ile 10 punto kullanılarak Times New Roman karakterinde yazılmalıdır.
- Dipnotlar** sayfa altında gösterilmelidir. Dipnot numaraları noktalama işaretlerinden sonra kullanılmalıdır. Dipnotta kaynak verilirken **yazar adı ve soyadının sadece baş harfleri büyük harf olmalı, eğer verilen kaynak makale** ise makale adı çift tırnak içinde alınmalı, **sadece eser adı İtalik** verilmeli, yayınevi, ili, baskı yılı ve sayfa sayısı sırası ile verilmelidir.
Örneğin: Faruk Erem, “Ceza Hukukunda Meslek Sırrı”, *AÜHF Dergisi*, Ankara 1943, C. x, S. x, s. xx.
- Yazıların **kaynakça kısmında; yazarın soyadı adı şeklindeki düzene uyulmalıdır.**
Örneğin: Erem Faruk, “Ceza Hukukunda Meslek Sırrı”, *AÜHF Dergisi*, Ankara 1943, C. x, S. x, s. xx.
- Yazıların basılı nüshası CD ile birlikte künyedeki adrese ya da elektronik nüshası **yayın@barobirlik.org.tr** adresine gönderilmelidir.
- Yazılar, TBB Dergisi Yayın Kuralları’na uygun değilse reddedilir.
- Yazarların; ünvanlarını, görev yaptıkları kurumları, haberleşme adresleri ile telefon numaralarını ve e-posta adreslerini göndermeleri zorunludur.
- Yazılar, “kör hakemlik” sistemi uyarınca, yazarların adı yazı metninden çıkarılarak hake-me gönderilir. Yazarlara da yazının hangi hakeme gönderildiği konusunda bilgi verilmez. Hakem tarafından yazının yayımlanması uygun bulunmadığı takdirde bu durum yazara bildirilir. 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.
- Türkiye Barolar Birliği Dergisi’nin yazı dili Türkçedir.
- Türkiye Barolar Birliği, yayımlanması kabul edilen yazıların basılı ve elektronik yayın haklarına sahip olur.
- Yazarlara ve hakemlere, talep etmeleri halinde “Türkiye Barolar Birliği Yayınlarının Hazırlanması, Basım ve Dağıtımını Yönetmeliği” çerçevesinde telif ücreti ödenir. Yazarlara üç adet, hakemlere bir adet dergi gönderilir.

İÇİNDEKİLER / CONTENTS

7 BAŞKAN'DAN / FROM THE PRESIDENT

HAKEMLİ MAKALELER / REFEREED ARTICLES

13 Volkan MAVİŞ

Türkiye'nin Hukuk ve Adalete Her Zamankinden Daha Çok İhtiyacı Var
İnsanlığa Karşı Suçlar ve Soykırım Suçu Kapsamındaki Cinsel Şiddet Filleri / Acts
of Sexual Violence in the Context of Crimes Against Humanity and the Crime of
Genocide

55 Gonca EROL

Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuruda 'Tedbir' / 'Interim Measure' in
Individual Application to the Constitutional Court

89 Uğur ARSLAN

Sigorta Dolandırıcılığı Suçu / Insurance Fraud

119 Ersin ŞARE

Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs / Attempt to Commit an Offence in Turkish
Criminal Law

157 Recep DOĞAN

Kadının Toplumsal Cinsiyete Dayalı Şiddetten Kaynaklanan Sığınma Hakkı /
Women's Right to Gender Based Asylum Claims

187 Zeynep GÜDÜK

Türk Mevzuatında Çevreyi Kirletenin Hukuki Sorumluluğu / Civil Liability of the
Polluter in the Turkish Legislation

225 Yasin SEZER

Riskli Alan İlanı ve Hukuki Sonuçları

253 Kerem ÖNCÜ

Vergi Hukukunda Tekerrür ve Tarhiyat Öncesi Uzlaşma ile İlişkisi / Recidivism in
Tax Law and Its Relation with Conciliation Before Assessment

277 Emre SUBAŞI

Zorunlu Pay Alım Teklifi Fiyatının Şirket Esas Sözleşmesi ile Belirlenmesi
Hakkında Bir İnceleme / An Examination Based on Mandatory Bid's Price
Determination with Articles of Partnership

301 Burcu GÖRKEMLİ

Avukatlık Mesleğinde Piskolojik Taciz: Mobbing /Psychological Harassment in the Advocacy Profession: Mobbing

327 Nadire ÖZDEMİR

Türkiye Barolar Birliği Disiplin Kurulu Kararları Işığında Ahlaki Aktivist Avukat Yaklaşımı / Moral Activism Approach in the Light of the Decisions of the Union of Turkish Bar Associations Disciplinary Board

341 Fatih KESKİN

Şirket Etiği ya da İtibar Yönetimi Projesi: Haklar ve Hukuk Bağlamında Kurumsal Sosyal Sorumluluk / Company Ethics or Reputation Management Project: Corporate Social Responsibility in the Context of Rights and Law

357 Neşe BARAN ÇELİK

Güncel Gelişmeler Işığında Türk Vatandaşlığının İstisnai Haller Kapsamında Kazanılması / The Acquisition of Turkish Citizenship in Exceptional States in the Light of Current Developments

419 Uğur BAYILLIOğLU

Güney Çin Denizi Tahkiminde Hakemlik Mahkemesi'nin İnsanlığın Ortak Mirası ve Diğer Devletlerin Deniz Alanlarına Sağladığı Koruma: Ada Statüsünün Sınırlanması / Arbitration Court's Protection on Common Heritage of Mankind and Other State's Maritime Zones in the South China Sea Arbitration: Limitation of Island Status

başkan'dan

TÜRKİYE'NİN HUKUK VE ADALETE HER ZAMANKİNDEN DAHA ÇOK İHTİYACI VAR

Türkiye'nin, çözüm yerine sorun üreten sığ ve ayrıştırıcı siyasete değil, hukuka ve adalete ihtiyacı var. Anayasa değişikliği referandumu sebebiyle içine sürüklenmekte olduğumuz çok sıkıntılı durumdan çıkışın yolunu hep birlikte bulmak zorundayız.

Önce, bu süreçte neleri kazandığımızı kısaca tespit edelim. Çünkü bu kazandıklarımızın neler olduğunu bilirsek eskisinden daha sağduyulu ve daha güçlü bir şekilde yolumuza devam edebiliriz. Burada halk oylamasında tercihi ne olursa olsun tüm vatandaşlarımıza hitap etmek istediğimizin özellikle altını çiziyorum.

Kanaatimizce biz, halk oylaması sürecinde birbirimizi kazandık. Çünkü uzun yıllardır birbirine yabancılaştırılmak istenmiş geniş halk kitleleri, aslında hiç de birbirlerine yabancı ya da düşman olmadıklarını görerek anladı. Sağduyulu herkes, diğerine tepeden bakamayacağını, kendi gibi düşünmeyeni akılsızlıkla ya da hainlikle suçlamanın acımasızlık olduğunu gördü. Milli meselelerde siyasi partilerin üstünde ve dışında Milletin bir araya gelebileceğini de hep birlikte gösterdik. İşte bunlar, paha biçilmez kazançlar. Yani gelecekte umutlu olmak için pek çok sebebimiz var.

HALK OYLAMASININ SONUNDA HANGİ MİLLİ SORUNLA KARŞI KARŞIYAYIZ VE ÇIKIŞ YOLUMUZ NEDİR?

A. SORUNUN TESPİTİ

Bunları söylüyoruz diye kimse bize kızmasın. 16 Nisan'da biz bir futbol maçı yapmadık. Çünkü futbol müsabakalarında kazanan takım, diğer takımı destekleyenleri de temsil ettiği iddiasıyla ortaya çıkamaz.

Bu sebeple 16 Nisan'da gerçekleştirdiğimiz halk oylaması, süreciyle ve sonucuyla hepimizin içine sinmeliydi. O gün 'evet' diyen de, 'hayır' diyen de, yani hepimiz, bugün aynı ülkede yaşamaya devam ediyoruz. Birimizin sorunu diğerimizi de ilgilendiriyor. Birimiz mutsuzsak diğerimiz mutlu olamayız.

Peki, hali hazırda durum nedir?

1. Milletin en az %50'si Anayasa değişikliği paketinin içeriğinin anlatılması noktasında sürecin adaletsiz yürütüldüğünü, devletin tüm gücüyle 'evet' propagandasına dahil olmasının eşitliği ortadan kaldırdığını düşünüyor. Bu sebeple kırgın. Sürecin adil yürütüğünü düşünenler varsa, en azından bu kırgınlığı objektif olarak tespit etmek ve önemsemek zorundadır. Yakın tarihimize bir göz atalım. Halk oylamasında yüzde 60'ın üzerinde çoğunlukla kabul edilen 1961 Anayasası, yazım sürecinde bir kesimi dışladığı için uzun ömürlü olmamıştı. Halk oylamasında yüzde 90'ın üzerinde çoğunlukla kabul edilen 1982 Anayasası da yazım sürecinde geniş toplum kesimleri dışlandığı, halk oylaması sürecinde ise tek taraflı propaganda yapıldığı için milletçe benimsenmemiştir.
2. Milletin en az %50'si Anayasa değişikliğinin, sadece hükümet sistemi değişikliğine değil, rejim değişikliğine yol açacağını, demokratik hukuk devletinin çok ama çok büyük bir darbe aldığını düşünüyor. Bu sebeple çok ama çok kaygılı. Bu değişikliğin rejim değişikliği olmadığını düşünenler, Milletin en az yarısının duyduğu bu kaygıyı objektif olarak tespit etmek ve önemsemek zorundadır.
3. Milletin en az %50'si halk oylamasının usulsüzlüklerle sakatlandığı, sandığın güvenilir hale geldiğini düşünüyor. Bu sebeple öfkeli ve gelecekte kaygı duyuyor. Halk oylamasının üzerinde en küçük bir gölge dahi bulunmadığını düşünen varsa da, Milletin en az yarısının bu duygusunu objektif olarak tespit etmek ve önemsemek zorundadır.

Kaldı ki;

- a) Seçim Kanunu'nun 101. maddesinin 1. fıkrasının 3. bendi hiçbir farklı yoruma izin vermeyecek kadar açıktır: Arkası mühürlü olmayan oy pusulaları geçersizdir.

Bu cümleyi anlamak için hukukçu olmaya gerek yoktur, okuma yazma bilmek yeterlidir.

- b) Yüksek Seçim Kurulu'nun (YSK) eski tarihli birkaç farklı kararını örnek göstermesi, hukuksuzluğu ortadan kaldırmaz. Kötü ya da yanlış uygulama örnek teşkil edemez. Ayrıca YSK'nın, bırakınız Millet'in en az yarısının rejimi değiştirdiğine dair kaygı duyduğu bir Anayasa değişikliğini, herhangi bir halk oylamasında bile böyle bir karar vermişliği önceden yoktur.
- c) Bundan da önemlisi, YSK'nın, oy verme işlemi devam ederken "mühürsüz oy pusulaları da geçerli olacaktır" diye bir duyuru yaparak bir yandan usulsüzlüğü teşvik ettiği, diğer yandan usulsüzlüğün tutanağa bağlanmasını önleyerek boyutlarının tespitini imkansız kıldığı böyle bir skandal uygulaması daha önceden yoktur.
- d) YSK, söz konusu duyuruyu yapmasından birkaç saat önce aldığı 559 sayılı kararda, oy pusulalarının mühürlü olmasının önemini anlatmıştır. Daha sonra söz konusu duyuruyu yapmış, ancak bu duyuruda atıfta bulunduğu kararı, iki buçuk gün sonra, 560 sayılı karar olarak açıklayabilmiştir. Bu dahi, başlı başına pek çok soru işaretini içeren bir durumdur.

4. Özetle,

- a) Millet'in en az %50'sine göre bu Anayasa değişikliği demokratik hukuk devletini ortadan kaldırmaktadır.
- b) Millet'in en az %50'sine göre halk oylaması sürecinde devletin tüm gücü 'evet' tercihi lehine kullanılarak, adalet ve eşitlik yok edilmiştir.
- c) Millet'in en az %50'si oylama ve sayım sırasında sonuca etkili hileler yapıldığı ve YSK'nın buna sadece göz yummadığı, teşvik ettiği düşüncesindedir.

Burada altını çizmek istediğimiz husus, işin esası bir yana, Millet'in, en az yarısının yüreğini bir cendere gibi sıkkan bu kaygı, öfke ve güvensizlik duygusudur.

Türk Milletinin en az yarısı bu olumsuz duygulara sürüklenmişken milli birliğin, beraberliğin ve istikrarın sağlanması, kamu düzeninin Millet'in tamamının yürekte destekleriyle korunması nasıl mümkün olacaktır? İşte bizi kaygılandıran ve cevap arama zorunluluğunu duyduğumuz temel soru budur. Türkiye'nin yönetiminden sorumlu olan ya da yönetmeye talip olan herkes de bu kaygıyı duymak ve yapıcı çözüm üretmeye çalışmak zorundadır.

Dünyanın en kaotik bölgesi olan Ortadoğu'nun sınırında duran Türkiye'nin üzerinde, bölgeyi şekillendirmeye çalışan küresel güçlerin senaryolar yazmadığını, bin çeşit baskı uygulamadığını düşünmek herhalde en hafif anlatımıyla saflıktır. Bu senaryolara ve baskılara karşı Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin direnebilmesi için, Millet'in tamamının desteğine ihtiyaç vardır. Ortadoğu, halklarının güvenini yitiren devletlerin nasıl önce küresel güçlerin yönetimine girdiğinin ve sonra çöküşe geçtiğinin örnekleriyle doludur. Türkiye Cumhuriyeti bir Ortadoğu devleti değildir. Ancak büyük bir hızla böyle bir yol ayrımına sürüklenmektedir.

B. ÇIKIŞ YOLU

1. Milli bir mesele söz konusu olduğunda, siyasi partilerin üstünde ve dışında bir kucaklaşmanın gerçekleşebileceğini Milletimiz kanıtlamıştır. Şimdi sıra, siyaset mekanizmasının Millettten ders alıp, gereğini yapmasındadır.
2. YSK'nın hukuka açıkça aykırı duyurusu ve kararına karşı yargı yollarına hiç kuşkusuz başvurulacaktır. Bu çerçevede, Seçim Kanunu'na göre yetkili olan siyasi partiler YSK'ya itiraz etmişlerdir. Hukuka aykırı olan ve oy birliğiyle verildiği söylenen 560 sayılı karara yapılan itiraz, bu defa ilginçtir ki bir üyenin muhalefetiyle oy çokluğuyla reddedilmiştir. Sırasıyla Anayasa Mahkemesine ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine gidilmesi mümkün ve hukuken gereklidir.

Anayasada YSK kararlarının kesin olduğunun yazması, Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvurunun mümkün olmadığı şeklinde yorumlanmamalıdır. Çünkü Yargıtay'ın ya da Danıştay'ın verdi-

ği onama kararları da kesindir ancak bunlara karşı Anayasanın ihlal edildiği gerekçesiyle bireysel başvuru yoluna gidilmektedir. Ülkenin tamamını ilgilendiren bir konuda Anayasa Mahkemesi yetkisiz olduğuna karar vermemelidir. Aynı şekilde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de yetkilidir. Çünkü bu Anayasa değişikliğiyle, Cumhurbaşkanına, cumhurbaşkanlığı kararnamesi yoluyla yasama benzeri bir yetki verilmektedir. Bu da halk oylamasını, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 1 nolu Ek Protokol madde 3 gereğince Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin yetki alanına sokmaktadır.

Anayasa Mahkemesi ve gidilmesine ihtiyaç olursa Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi başvuruları elbette acele işlerden kabul edip, çok kısa süre içinde kararını vermelidir.

3. Ancak her mahkeme kararının mutlu ettiği bir taraf ve mutlu etmediği bir taraf olur. Oysa anayasalar, milletlerin düşmanlaşma ya da kutuplaşma metinleri değil, kucaklaşma metinleri olmalıdır. Yani esasa dair sorunlarımızdan çıkış için aradığımız yolu bize yargı kararları değil, Millet'in tamamının sesine kulak veren siyaset mekanizması sağlayabilir.
4. Türkiye'de Milletimizin tamamının benimseyeceği bir çıkış yolu bulunması için acilen şu yapılmalıdır:

Tüm siyasi partiler bir araya gelmelidir. Millet'in en az yarısını kaygı, öfke ve güvensizliğe sevk eden Anayasa değişikliği, Türkiye Büyük Millet Meclisi'nce oy birliğiyle kaldırılmalı ve bu değişikliğin yürürlükten kaldırdığı maddeler bir boşluk doğmaması için aynen kabul edilerek yürürlüğe konulmalıdır. Hemen ardından bir komisyon oluşturulmalı ve Anayasa tüm Milletimizi mutlu edecek, ülkemizi çağdaş demokrasiler seviyesine taşıyacak şekilde uzlaşmayla kapsamlı şekilde değiştirilmelidir. Böylece milletvekilleri, genel başkanların temsilcisi olmaktan çıkarılıp gerçekten millet'in vekili haline getirilmeli, Meclis bu şekilde güçlendirilmelidir. Yargıya siyasetin müdahalesini mutlak olarak önleyecek bir sistem kurulmalı, bu şekilde yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığı sağlanmalıdır.

Bu yazdıklarımızı okuyanlar bizi hayalperestlikle suçlayabilirler. Ancak her başarı hikayesi bir hayalle başlar. Halk oylaması sürecinde kazandıklarımızın değerini bilirsek Türk Milleti için bu hayal, ulaşılması hiç de zor olmayan bir ilk hedeftir. Bunu bugün siyaset mekanizması sağlamazsa, Millet, zaman içerisinde gereğini hukuk çerçevesinde yapar.

Çıkış yolu, Milletin kucaklaşmasını sağlamaktır. Bu kucaklaşmanın yolu da; yasamanın, yürütmenin ve yargının birbirinden gerçekten bağımsız olduğu, çoğulcu katılımcı demokrasiyi inşa etmektir. Evvelki günün, dünün ve bugünün doğru ve yanlışlarından ders almak, aydınlık bir geleceği birlikte yaratmak zorundayız.

Biz, Türkiye Barolar Birliği olarak böyle bir komisyon kurulacak olursa görev almaya ve üzerimize düşeni yapmaya hazırız. Türk Milleti'ne güvenimiz tamdır. Gelecekte umutluyuz.

Saygılarımızla.

Av. Prof. Dr. Metin Feyzioğlu

Türkiye Barolar Birliği Başkanı

İNSANLIĞA KARŞI SUÇLAR VE SOYKIRIM SUÇU KAPSAMINDAKİ CİNSEL ŞİDDET FİİLLERİ

ACTS OF SEXUAL VIOLENCE IN THE CONTEXT OF CRIMES AGAINST HUMANITY AND THE CRIME OF GENOCIDE

Volkan MAVİŞ*

Özet: Cinsel şiddet, insanlığın yerleşik bir problemi olagelmıştır. Ulusal hukuk sistemleri, cinsel şiddete vücut veren fiillerin cezalandırılmasını uzun yıllardır öngörmektedir. Diğer yandan, bu fiillerin uluslararası hukukta yasaklanmaları sadece bir asırlık geçmişe sahiptir. Başlangıçta, cinsel şiddet fiilleri ordu disiplinine karşı gerçekleştirilen ihlaller olarak değerlendirilmiştir. Ancak II. Dünya Savaşı'ndan sonra cinsel şiddetin uluslararası hukukça yasaklanmasının gerekliliği daha net görülmüştür. Bugün cinsel şiddet fiillerinin insanlığa karşı suçları ve soykırım suçunu oluşturabileceği genel olarak kabul edilmektedir. Bu bağlamda, çalışmamız söz konusu suçlar altında yasaklanmış olan cinsel şiddet eylemlerine ilişkin açıklamalarda bulunmayı amaçlamaktadır. Ayrıca çalışmada, görmezden gelinen kimi cinsel şiddet hallerinin de uluslararası metinlerde tanınmasının gerekliliği tartışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: İnsanlığa Karşı Suçlar, Soykırım Suçu, Cinsel Şiddet, Cinsel Suçlar, Irza Geçme

Abstract: Sexual violence has been an inveterate problem of humanity. National law systems have ensured that acts of sexual violence are punishable for long time. On the other hand, the prohibition of these acts under international law only goes back to a century. At the beginning, acts of sexual violence were considered as breaches against military discipline. However, after World War II, the need to proscribe sexual violence under international law has been unreservedly observed. Today, it is generally accepted that acts of sexual violence will constitute crimes against humanity and the crime of genocide. In this regard, this paper aims to explain the prohibited sexual acts under these type of crimes. Moreover, the paper will also argue that some of the omitted acts regarding sexual nature must be codified under international instruments.

Keywords: Crimes Against Humanity, the Crime of Genocide, Sexual Violence, Sex Crimes, Rape

* Arş. Gör., İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, volkan.mavis@inonu.edu.tr.

I. GENEL OLARAK

İnsanoğlunun yol açabileceği felaketler akıl almaz boyutlara ulaşabilir. Özellikle II. Dünya Savaşı göstermiştir ki kin ve nefret, kitleleri korkunç kıyımlara itebilmektedir. Ancak, kitlesel katliamlar, sistematik cinayetler, tecavüz kampları ve daha pek çoğu mazide kalmamıştır. Çoğunlukla devlet veya devlet destekli örgütler tarafından hayata geçirilen bu vahşetler, medeniyet olgusunun kâğıt üzerinde kaldığını göstermektedir. Tüm bunlara karşın uluslararası alanda umut verici gelişmelerin de ortaya çıktığı söylenebilir. 2000’li yıllara kadar geçici mahkemeler aracılığıyla sürdürülen yargılamalar bugün kalıcı bir mahkeme olan Uluslararası Ceza Mahkemesi vasıtasıyla yürütülmektedir. Mahkeme’nin işlerliği büyük soru işaretleri yaratsa da uluslararası ceza hukukuna büyük bir katkı sağladığı da ortadadır.¹

Kitlesel felaketler pek çok farklı suçu içerebilir. Öldürme, işkence, hapsetme ve tabii ki ırza geçme karşılaşılabilecek suçların sadece birkaçıdır. Özellikle cinsel şiddet içeren suçlar hemen her zaman ortaya çıkmaktadır. Öte yandan cinsel suçlar genellikle göz ardı edilmiş, mağdurların durumu dikkate alınmamıştır. Yine de özellikle kadın örgütlerinin çalışmaları sonuç vermiş ve büyük bir farkındalık sağlanabilmiştir. Bugün geldiğimiz noktada uluslararası mahkemeler pek çok farklı cinsel suç tipini cezalandırma yoluna gitmektedir. Öyle ki söz konusu suçların kapsamının genişletilmesi, seçimlik hareketlerin sayısının artırılması dahi tartışılmaya başlanmıştır.

Çalışmamız uluslararası suçlar kapsamındaki cinsel şiddet fiillerinin incelenmesini amaçlamaktadır. Çalışma esas itibariyle iki bölümden oluşmaktadır: insanlığa karşı suçlar ve cinsel şiddet, soykırım suçu ve cinsel şiddet. Her iki suç tipinin incelenmesi de tarihsel arka planlarının gösterilmesiyle başlayacaktır. Ardından da bu suçlar altında düzenlenmiş veya düzenlenmesi uygun olacak cinsel şiddet eylemleri inceleme konusu yapılacaktır. Belirtelim ki çalışmamız her iki suç tipinin maddi ve manevi unsurlarının detaylı bir incelemesini yapmak

¹ Uluslararası Ceza Mahkemesi’nin bağımsızlığına ilişkin sert eleştiriler yapılmaktadır. Başta Schabas olmak üzere kimi yazarlar Mahkeme’nin adeta bir Afrika mahkemesi gibi çalıştığını, büyük devletlerin sebep olduğu kıyımlara sessiz kaldığını belirtmektedirler. Konuya ilişkin eleştirilerin tamamı için bkz. William A. Schabas, “Victor’s Justice: Selecting ‘Situations’ at the International Criminal Court”, *John Marshall Law Review*, Vol. 43, Iss. 3, 2010, s. 535 vd.

amacını taşımamaktadır. İlgili unsurlara, gerektiği yerlerde atıfta bulunmak suretiyle değinilecektir.

II. İNSANLIĞA KARŞI SUÇLAR ve CİNSEL ŞİDDET

A. TARİHSEL GELİŞİM

Tarih sahnesi milyonlarca insanın yaşadığı katliamlarla dolu olsa da hukuki alandaki gelişmeler ancak bir asırlık geçmişe dayanmaktadır. Dolayısıyla “İnsanlığa karşı suç” fikrinin de uzun bir ömre sahip olduğu söylenemez. Böyle bir kavramın ilk kez *George Washington Williams* tarafından, Belçika Kralı II. *Leopold’a* Kongo’da çalıştırılan siyahi kölelerin yaşam şartlarına ilişkin yazdığı mektupta kullanıldığını görüyoruz.² Bununla birlikte insanlığa karşı suç olgusu, 20. yüzyılın ilk yarısında meydana gelen katliamlara tepki olarak uluslararası hukuka dâhil edilmeye başlandı. Bu dönemden önce devlet egemenliğine saygı gereğince ülkenin sınırları içinde gelişen olaylara uluslararası aktörlerin müdahalede bulunması düşünülmüyordu. Ancak, iki dünya savaşı boyunca yaşanan trajedilerin korkunç boyutlarda olması halkların devletlerden korunması gerektiği anlayışını ortaya çıkardı.³

İnsanlığa karşı suçların resmi anlamdaki ilk kullanımı I. Dünya Savaşı’nda olmuştur.⁴ Büyük Britanya, Fransa ve Rusya, İttifak Devletleri’nde yaşandığı iddia edilen katliamlara yönelik gönderdikleri bildiriye “insanlığa karşı suç” ifadesini kullanmıştı.⁵ Önemle belirtelim ki, hazırlanan taslak bildiriye “Hıristiyanlığa ve medeniyete karşı suçlar” ifadesi yer almaktaydı.⁶ Diğer yandan Fransa’nın Müslüman devletlerden gelebilecek itirazlardan çekinmesi bu ifadenin kullanılmasını önlemişti. Savaş sonrasında Amerika’nın uluslararası ceza

² Norman Geras, *Crimes Against Humanity: Birth of a Concept*, Manchester University Press, Manchester 2011, s. 4.

³ Margaret M. deGuzman, “Crimes Against Humanity”, in *Routledge Handbook of International Criminal Law*, Routledge Press, Oxon 2011, s. 121.

⁴ Söz konusu kullanım daha ziyade politik bir tepki olarak kendisini göstermektedir. Timothy L. H. McCormack, “From Sun Tzu, to the 6th Committee: The Evolution of an International Criminal Law Regime”, in *The Law of War Crimes: National and International Approaches*, Kluwer Law International, Hague 1997, s. 45.

⁵ Robert Cryer, *Prosecuting International Crimes: Selectivity and the International Criminal Law Regime*, Cambridge University Press, New York 2005, s. 248.

⁶ Andrew Clapham, *Human Rights: A very Short Introduction*, Oxford University Press, New York 2007, s. 34.

hukukunun temel ilkelerinin belirsizliğinden doğan çekinceleri olası yargılamaların önüne geçmiştir.⁷

II. Dünya Savaşı'ndan sonra insanlık milyonlarca mağdurun dâhil olduğu vahim bir tabloyla karşı karşıya kaldı. Özellikle Nazi rejiminin işlediği suçların yargılanması büyük bir sorun olarak kendisini gösterdi. O zamana kadar savaş suçlarına ilişkin gelişmiş olan ilkelere yeterli değildi, zira II. Dünya Savaşı boyunca devletlerin kendi vatandaşlarına karşı işlediği suçlar da bulunmaktaydı.⁸ Bu sebeple Nazi savaş suçlularını yargılamak amacıyla 8 Ağustos 1945'te imzalanan antlaşmayla Nürnberg Uluslararası Askeri Ceza Mahkemesi kuruldu.⁹ Mahkeme'nin barışa karşı suçlar, savaş suçları ve insanlığa karşı suçlar üzerinde yargı yetkisi bulunmaktaydı. Nürnberg Statüsü insanlığa karşı suçları, savaş öncesinde veya savaş sırasında sivil nüfusu öldürme, imha, köleleştirme, sürgün veya diğer insanlık dışı fiiller veya Mahkeme'nin yargı yetkisine giren bir suçu veya bağlantılı bir suçu işlemek amacıyla suçun işlendiği ülkede suç olarak kabul edilmese bile siyasal, ırksal veya dinsel sebeplerle zulmetmek olarak tanımlamıştır.¹⁰ Böylelikle insanlığa karşı suç kavramı, uluslararası hukukta ilk kez hukuki bir altyapıya kavuşmuştur.¹¹ Ancak belirtelim ki Mahkeme, savaş öncesinde gerçekleştirilen fiillerin insanlığa karşı suç oluşturduğuna yönelik değerlendirmede bulunmamıştır. Statü'ye göre insanlığa karşı suçun tamamlanması için söz konusu fiillerin Mahkeme'nin yargı yetkisine giren bir suçla bağlantılı olması veya bu suçlardan birisinin işlenmesi amacıyla gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Statü kaleme alınırken savaş öncesinde gerçekleşen insanlık dışı suçların yargılanmasının devletlerin iç işlerine müdahale anlamı taşıyacağına yönelik çekinceler ifade edilmişti. Bununla birlikte galip devletlerin ülkelerindeki azınlıklara uyguladıkları politikaların gün

⁷ Cryer, s. 248.

⁸ Robert Cryer / Hakan Friman / Darryl Robinson/Elizabeth Wilmshurst, An Introduction to International Criminal Law and Procedure, Cambridge University Press, New York 2010, s. 231.

⁹ Nürnberg Uluslararası Askeri Ceza Mahkemesi Kuruluş Statüsü, 08.08.1945, 82 U.N.T.C. 280.

¹⁰ Nürnberg Uluslararası Askeri Ceza Mahkemesi Kuruluş Statüsü, mad. 6 (c); Timuçin Köprülü, Uluslararası ve Ulusal Ceza Hukukunda Soykırım Suçu, Ankara 2008 (Yayınlanmamış Doktora Tezi), s. 34.

¹¹ M. Cherif Bassiouni, Crimes Against Humanity: Historical Evolution and Contemporary Application, Cambridge University Press, New York 2011, s. 2.

yüzüne çıkmalarını istememesi daha makul bir gerekçe olarak görünmektedir.¹²

II. Dünya Savaşı'ndaki kısımlara karşı gelişen bir başka tepki de Uzak Doğu Uluslararası Askeri Ceza Mahkemesi'nin (Tokyo Savaş Suçları Mahkemesi) kurulması olmuştur. 19 Ocak 1946'ta kurulan Tokyo Mahkemesi'nin kuruluş statüsünün genel hatlarıyla Nürnberg örneğine paralellik gösterdiği söylenebilir.¹³ Her iki mahkeme de konu bakımından aynı suçlar üzerinde yargı yetkisine sahiptir. Öyle ki suçların unsurlarına ilişkin düzenlemeler dahi birbirlerine oldukça yakındır. Ancak Nürnberg'in aksine Tokyo Mahkemesi, dini saikle işlenen zulmetme fiilleri üzerinde yargılama yetkisine sahip değildir.¹⁴ Bunun esas sebebinin Nazilerin insanlığa karşı suçları işlerken dini saikle Yahudileri hedef gözetmesi olduğu söylenmektedir.¹⁵

20. yüzyılın ilk yarısında hızlı bir gelişme gösteren uluslararası ceza hukuku, 1990'lara kadar kayda değer bir başarı sergileyememiştir.¹⁶ Bu dönem, daha ziyade ülkelerin kendi iç hukuk yollarına ilişkin düzenlemeler yaptıkları bir süreç oldu. Örneğin, Fransa 1964 yılında insanlığa karşı suçlar bakımından zamanaşımı hükümlerinin uygulanmayacağına dair bir kanun kabul etti.¹⁷ 1990'lı yıllardaki korkunç katliamlar ise devletlerin ilgisini tekrar uluslararası hukuka çekmiştir. Bu dönemde etkin bir rol oynayan Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi, gelişmelerin seyrini önemli ölçüde etkiledi. Konsey'in kurduğu iki *ad hoc* mahkeme, uluslararası ceza hukuku için hayati bir kaynak hali-

¹² William A. Schabas, *Genocide in International Law: The Crime of Crimes*, Cambridge University Press, Cambridge 2003, s. 10, 11.

¹³ Tokyo Mahkemesi, Nürnberg Mahkemesi'nin gölgesinde kalmaktan kurtulamamıştır. Bu durumun esas sebebi, Nazi Almanyası'nın daha geniş çaplı mağduriyet yaratması olabilir. Yine, Nürnberg Yargılamaları dahi Tokyo'dakilere kıyasla daha meşru görülmüştür. Dominic McGoldrick/Peter Rowe/Eric Donnelly, *The Permanent International Criminal Court: Legal and Policy Issues*, Hart Publishing, Oregon 2004, s. 14-21.

¹⁴ Uzak Doğu Uluslararası Askeri Ceza Mahkemesi Kuruluş Statüsü, 19.01.1946, T.I.A.S. No. 1589.

¹⁵ Fujita Hisakazu, "The Tokyo Trials Revisited", in *The Legal Regime of The International Criminal Court: Essays in Honour of Professor Igor Blishchenko*, Martinus Nijhoff Publishers, Brill 2008, s. 44.

¹⁶ Bu durgunluğa gerekçe olarak Soğuk Savaş süresince doğu ve batı blokları arasındaki iletişim kopukluğu gösterilmektedir. Bkz. Benjamin N. Schiff, *Building the International Criminal Court*, Cambridge University Press, New York 2008, s. 37.

¹⁷ Geras, s. 23.

ne geldi. Güvenlik Konseyi, Yugoslavya İç Savaşı sırasında gerçekleşen uluslararası insancıl hukuk ihlallerinin faillerini yargılamak amacıyla Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin (EYUCM) kurulmasına karar verdi.¹⁸ Halen görevini sürdüren Mahkeme'nin savaş suçları, soykırım suçu ve insanlığa karşı suçlar üzerinde yargılama yetkisi bulunmaktadır. EYUCM Statüsü, insanlığa karşı suçun varlığı için ulusal veya uluslararası bir silahlı çatışmanın varlığını aramaktadır.¹⁹ Ayrıca Statü, suç tanımındaki seçimlik hareketlerin sayısında değişikliğe gitmiştir. Buna göre hapsedme, işkence ve ırza geçme fiilleri de insanlığa karşı suç kapsamında değerlendirilebilecektir.

Güvenlik Konseyi'nin kurduğu bir diğer *ad hoc* mahkeme ise Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi'dir (RUCM). Mahkeme, Ruanda'da 1994 yılının Ocak ve Aralık ayları arasında gerçekleşen insanlık dışı suçların faillerini yargılamak amacıyla kuruldu.²⁰ RUCM de insanlığa karşı suçlar üzerinde yargılama yetkisine sahiptir. Mahkeme Statüsü'nün benimsediği suç tanımı, EYUCM Statüsü'nde benimsenen anlayıştan oldukça farklıdır. Uluslararası örfi hukuka uygun olarak, insanlığa karşı suçların barış zamanında da işlenebileceği kabul edilmiştir. Bunun yanında ayrımcılık saiki aranarak suçun işlenmesi özel kastın varlığına bağlanmıştır.²¹

Uluslararası ceza hukukunda ve dolayısıyla insanlığa karşı suçların yargılanmasında en önemli dönüm noktası Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin (UCM) kurulması olmuştur. Kalıcı bir uluslararası mahkemenin hayata geçirilmesi cezasız kalan kitlesel insan hakları ihlallerine son verebilmek için önem taşır.²² Bu bakımdan UCM savaş suçları, soykırım suçu, insanlığa karşı suçlar ve saldırı suçu üzerinde yargılama yetkisine sahip kılınmıştır. Roma Statüsü, insanlığa karşı

¹⁸ Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi'nin 827 sayılı kararı, 25.05.1993, S/RES/827.

¹⁹ Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü, 25.05.1993 (Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi'nin 20.02.2008 tarih ve 1800 sayılı kararı ile değişik), mad. 5.

²⁰ Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi'nin 955 sayılı kararı, 08.11.1994, S/RES/95.

²¹ Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü, 08.11.1994, S/RES/95, (Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi'nin 27.10.2003 tarih ve 1512 sayılı kararı ile değişik), mad. 3.

²² Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin taşıdığı önem ve kuruluş sürecine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Yusuf Aksar, *Implementing International Humanitarian Law: From the Ad Hoc Tribunals to a Permanent International Criminal Court*, Routledge Press, London 2004, s. 43-68.

suçları tanımlarken kurumun günümüze kadar geçirdiği evrimi dikkate almıştır.²³ Buna göre insanlığa karşı suçlar şöyle tanımlanmıştır;

“İnsanlığa karşı suçlar’, herhangi bir sivil nüfusa karşı yaygın veya sistematik bir saldırının parçası olarak işlenen aşağıdaki eylemleri kapsamaktadır:

(a) öldürme; (b) toplu yok etme; (c) köleleştirme; (d) nüfusun sürgün edilmesi veya zorla nakli; (e) uluslararası hukukun temel kurallarını ihlal ederek, hapsedme veya fiziksel özgürlükten başka biçimlerde mahrum etme; (f) işkence; (g) ırza geçme, cinsel kölelik, zorla fuhuş, zorla hamile bırakma, zorla kısırlaştırma veya benzer ağırlıkla diğer cinsel şiddet şekilleri; (h) paragraf 3’te tanımlandığı şekliyle, herhangi bir tanımlanabilir grup veya topluluğa karşı, bu paragrafta atıf yapılan herhangi bir eylemle veya Mahkemenin yetki alanındaki herhangi bir suçla bağlantılı olarak siyasi, ırki, ulusal, etnik, kültürel, dinsel, cinsel veya evrensel olarak uluslararası hukukta kabul edilemez diğer nedenlere dayalı zulüm; (i) zoraki kayıplar; (j) ırk ayrımcılığı (apartheid) suçu; (k) kasıtlı olarak ciddi ıstıraplara ya da bedensel veya zihinsel veya fiziksel sağlıkta ciddi hasara neden olan benzer nitelikteki diğer insanlık dışı eylemler.”²⁴

O halde, insanlığa karşı suçların kapsamının Nürnberg örneğinden bu yana insan hakları hukukunun etkisiyle büyük bir genişleme yaşadığını söyleyebiliriz.²⁵

Buraya kadar insanlığa karşı suçların uluslararası hukukta geldiği yeri göstermeye çalıştık. Ayrıca Türk Ceza Hukuku’ndaki düzenlemelere de değinmenin karşılaştırmalı bir bakış açısı sağlayacağına inanıyoruz. 765 sayılı Eski Türk Ceza Kanunu’nda konuya ilişkin bir düzenleme bulunmamaktaydı. İnsanlığa karşı suçlar Türk ceza hukukuna ilk kez 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’yla dâhil olmuştur. Kanunun ikinci kitabının birinci kısmı uluslararası suçlara yer vermektedir.²⁶ TCK’nın 77. maddesi şu şekildedir:

²³ William A. Schabas, *An Introduction to the International Criminal Court*, Cambridge University Press, Cambridge 2007, s. 99.

²⁴ Roma Statüsü, 17.07.1998, A/CONF.183/9, mad. 7(1).

²⁵ Schabas, *An Introduction*, s. 105.

²⁶ Kanun koyucunun kullandığı başlığın eleştirisi için bkz. Zeki Haftzoğulları/Muhammed Özen, *Türk Ceza Hukuku: Özel Hükümler - Kişilere Karşı Suçlar*, US-A Yay., Ankara 2015, s. 23.

“Aşağıdaki fiillerin, siyasal, felsefi, ırki veya dini saiklerle toplumun bir kesimine karşı bir plan doğrultusunda sistemli olarak işlenmesi, insanlığa karşı suç oluşturur:

a) Kasten öldürme. b) Kasten yaralama. c) İşkence, eziyet veya köleleştirme. d) Kişi hürriyetinden yoksun kılma. e) Bilimsel deneylere tabi kılma. f) Cinsel saldırıda bulunma, çocukların cinsel istismarı. g) Zorla hamile bırakma. h) Zorla fuhşa sevk etme.”²⁷

Görüldüğü gibi kanun koyucu, Roma Statüsü’nde benimsenen tanıma sadık kalmamıştır. Hâlbuki bu tanım Nürnberg deneyiminden bu yana elde edilen birikimlerin bir sonucu olarak ortaya çıkmıştır. Kanun koyucunun uluslararası mutabakat sonucu ortaya çıkan Roma Statüsü’ndeki tanıma yer vermesi daha uygun olurdu.²⁸ Bu nedenle ilerleyen bölümlerde suçların maddi unsuruna ilişkin açıklamalarımızı yaparken Roma Statüsü’ndeki tanımı dikkate alacağımızı belirtmek istiyoruz.

B. CİNSEL ŞİDDETİN ULUSLARARASI ALANDA YASAKLANMASI SÜRECİ

20. yüzyıl uluslararası alandaki tüm suçlar gibi cinsel içerikli suçlar bakımından da önemli gelişmelerin yaşandığı bir dönem oldu. Uluslararası aktörler geç de olsa kitlesel katliamların saklı kalan yönlerine bakmaya başladılar. Şu bir gerçek ki, tarih boyunca silahlı çatışma dönemlerinde gerçekleşen cinsel suçlar hiçbir zaman gerektiği şekilde cezalandırılmadı.²⁹ Zira ırza geçme gibi cinsel suçlar savaşın istenmeyen ancak “kaçınılmaz” yönleri olarak görüldü.³⁰ Cinsel şiddet cezalandırılrsa dahi suçla korunan hukuki değer başka şekilde değer-

²⁷ 26.09.2004 gün ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu (R. G.: 12.10.2004 / 25611).

²⁸ Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem/R. Murat Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Seçkin Yay., Ankara 2016, s. 72.

²⁹ Tarihte bu konuya ilişkin ilginç istisnalar bulunmaktadır. Örneğin, İngiltere Kralı II. Richard 1385 yılında çıkardığı kararnameyle ırza geçme suçunu işleyen askerlerin idam edilmesini emretmiştir. Bkz. Susan Brownmiller, *Against Our Will: Men, Women and Rape*, Fawcett Columbine Books, New York 1975, s. 34.

³⁰ Catharine A. Mackinnon, “Rape, Genocide and Women’s Human Rights”, *Harvard Women’s Law Journal*, Vol. 17, 1994, s. 10; David S. Mitchell, “The Prohibition of Rape in International Humanitarian Law as a Norm of Jus Cogens: Clarifying the Doctrine”, *Duke Journal Law of Comparative & International Law*, Vol. 15, Iss. 2, 2005, s. 224.

lendirildi. Örneğin, kara savaşları bakımından ilk kodifikasyon çalışması olan Lieber Kanunu'nda ırza geçme, ordu disiplinine karşı bir suç olarak yer almıştı.³¹ Yani ilkeler insan haklarından ziyade savaş kuralları temelinde oluşturulmuştu. Öte yandan belirtmek gerekir ki, ırza geçme suçunun yaptırımını olarak idam cezasının öngörülmesi cinsel şiddetin uluslararası alandaki farkındalığının artmasına ön ayak olmuştur.

Cinsel şiddeti yasaklamaya yönelik bir diğer girişim de IV. Lahey Sözleşmesi ile ortaya çıkmıştır. 1907 yılında imzalanan Sözleşme, savaşlarda uyulması gereken kurallara ilişkin hükümler içerir. IV. Lahey Sözleşmesi, doğrudan ırza geçme ve diğer cinsel şiddet hallerini yasaklayan hükümler içermemektedir. Sözleşme savaş sırasında "aile onuruna" saygı gösterileceğini belirtmekle yetinmiştir.³² Yani kadın, belirli bir statüye sahip kılınmamış, kamusal alanın dışındaki bir obje olarak değerlendirilmiştir.³³ Yine "onur" kavramının kullanılmasının geleneksel anlayış olan kızlık ve bakirelik olgusuna dayandığı belirtilmektedir.³⁴

Cinsel şiddetin uluslararası alanda cezalandırılabilir hale gelmesi için II. Dünya Savaşı'nın sonuna kadar beklemek gerekmiştir. Nürnberg Statüsü, cinsel suçlarla ilgili hiçbir hüküm sevk etmemiştir. Hiç şüphesiz cinsel şiddet fiilleri, statüdeki insanlığa karşı suç tanımında belirtilen "diğer insanlık dışı davranışlar" kapsamında değerlendirilebilirdi. Buna karşılık Mahkeme, cinsel suçların hiçbirisini cezalandırma yoluna gitmemiştir.³⁵ Nürnberg Mahkemesi'nin Fransız savcısı

³¹ Lieber Kanunu, 24.04.1863, www.icrc.org/ihl/INTRO/110, (Erişim Tarihi: 10.10.2016), mad. 44. Belirtelim ki burada "ırza geçme suçu"nu kasıtlı olarak kullanıyoruz. Zira uluslararası metinlerde kullanılan "rape" kelimesi cinsel saldırı suçunu karşılamamaktadır. Irza geçme ifadesini doğru bulmasak da terminolojik olarak daha uygun olduğundan kullanmayı tercih ediyoruz.

³² IV. Lahey Sözleşmesi, 18.10.1907, www.icrc.org/ihl/INTRO/195, (Erişim Tarihi: 10.10.2016), mad. 46.

³³ Mitchell, s. 237. Kadının konumunu belirleyen kamusal - özel alan ayırımına ilişkin açıklamalar için bkz. Türkan Yalçın Sancar, *Türk Ceza Hukukunda Kadın*, Seçkin Yay., Ankara 2013, s. 46-49.

³⁴ Inger Skjelsbaek, *The Political Psychology of War Rape: Studies From Bosnia and Herzegovina*, Routledge Press, New York 2012, s. 74.

³⁵ Alison Cole, "International Criminal Law and Sexual Violence: An Overview", in *Rethinking Rape Law: International and Comparative Perspectives*, Routledge Press, New York 2010, s. 48, 49; Olgun Değirmenci, "Uluslararası Suç Olarak Kadına Karşı Cinsel Şiddet Eylemleri", *TBB D*, S. 89, 2010, s. 53.

dahi savaş sırasında tecavüze uğrayan Fransız kadınlarla ilgili detaylı inceleme yapmaktan kaçınmıştır.³⁶ Buna karşılık Tokyo Askeri Mahkemesi, Statüsü'nde açıkça belirtilmemesine rağmen ırza geçme suçlarını yargılama yoluna gitmiştir. Üst düzey yetkililer dahi içerisinde ırza geçmenin de bulunduğu pek çok suçtan hüküm giymişlerdir.³⁷

Konumuz bakımından Cenevre Sözleşmeleri de önem taşımaktadır. Bahsi geçen sözleşmeler savaş sırasında gerçekleşen vahim ihlallerin önlenmesi amacını gütmektedir. Bu bakımdan pek çok gayri insani fiili yasaklayan sözleşmeler, cinsel suçları vahim ihlaller arasında göstermemiştir. Cinsel şiddete ilişkin düzenlemeler diğer suçlara ait hükümlerin arasında geçmektedir.³⁸ Örneğin, Harp Zamanında Sivillerin Korunmasına İlişkin Cenevre Sözleşmesi'nin 147. maddesi sivilere karşı uygulanan işkence ve gayri insani fiilleri yasaklamaktadır.³⁹

Uluslararası ceza hukukunun uzun yıllar süren duraksamasından sonra kurulan EYUCM ve RUCM statüleri insanlığa karşı suçlara vücut veren seçimlik hareketlerin sayısını artırmışlardır. Her iki statü de ırza geçmeyi insanlığa karşı suçun bir şekli olarak açıkça düzenlemiştir.⁴⁰ Bu yaklaşım önemlidir zira cinsel şiddeti savaşın kaçınılmaz yanı olarak görmek yerine, etkin bir savaş silahı olarak görmek gerektiği anlaşılmıştır.⁴¹ Yine de statülerin benimsediği suç tanımları eleştiriye açıktır. ırza geçme dışında kalan cinsel özgürlüğe karşı suçlara yer verilmemesi tepki çekmiştir.⁴² Gerçekten de ırza geçme, cinsel özgürlüğe karşı gerçekleştirilen ihlallerin sadece bir kısmını kapsamaktadır.

³⁶ Sita Balthazar, "Gender Crimes and the International Criminal Tribunals", *Gonzaga Journal of International Law*, Vol. 10, Iss. 1, 2006-2007, s. 44.

³⁷ Diğer yandan Mahkeme, fuhsa zorlama gerçeğini görmezden gelmiştir. Mark Ellis, "Breaking the Silence: Rape as an International Crime", *Case Western Reserve University's Journal of International Law*, Vol. 38, 2006-2007, s. 228.

³⁸ Bassiouni, s. 429.

³⁹ Harp Zamanında Sivillerin Korunmasına İlişkin Cenevre Sözleşmesi, 12.08.1949, www.icrc.org/eng/home/languages/turkish/files/sozlesmeleri-protokolleri-conventions-protocols.pdf, (Erişim Tarihi: 10.10.2016).

⁴⁰ ırza geçmenin insanlığa karşı suç olarak tanınması amacıyla uluslararası alanda yürütülen kampanyalar için bkz. Christine Chinkin, "Rape and Sexual Abuse of Women in International Law", *European Journal of International Law*, Vol. 5, 1994, s. 332-336.

⁴¹ Mitchell, s. 240.

⁴² Bassiouni, s. 438.

Cinsel şiddetin uluslararası alanda cezalandırılması çabalarının geldiği en ileri noktayı UCM temsil etmektedir. Roma Statüsü, insanlığa karşı suçlar tanımındaki cinsel şiddet içeren hareketlerin kapsamını oldukça genişletmiştir. Esasen bu genişleme kadın hareketlerinin, savaş ve çatışma dönemlerinde gerçekleşen cinsel suçların yalnızca ırza geçme kapsamında değerlendirilmesinin imkânsız olduğuna taraf devletleri ikna etmesiyle mümkün olmuştur.⁴³ Buna göre ırza geçme, cinsel kölelik, fuhşa zorlama, hamileliğe zorlama, zorla kısırlaştırma veya benzer ağırlıktaki diğer cinsel şiddet eylemleri insanlığa karşı suça vücut verebilecektir. Nürnberg Mahkemesi'nce ırza geçme dahi uluslararası suçlara sebep veren bir hal olarak görülmemekteydi. Bu sebeple, Roma Statüsü'nün benimsediği bu modern anlayışı uluslararası hukuktaki en büyük ilerlemelerden birisi olarak gören yazarlara hak vermek gerekir.⁴⁴

C. CİNSEL ŞİDDETE VÜCUT VEREN FİİLLER

Roma Statüsü'nün vermiş olduğu tanım, cinsel özgürlüğe karşı suçlara ilişkin anlayışın gelişmesi bakımından büyük önem taşır. Öte yandan sadece tanıma bağlı kalarak konunun özüne ilişkin bir yargıya varmak mümkün değildir. Mahkeme kararları, Statü'nün yorumlanmasında büyük önem arz eder. Biz de mahkeme kararları ışığında, cinsel şiddete vücut veren her fiili ayrı başlıklar altında incelemek istiyoruz.⁴⁵

⁴³ McGoldrick / Rowe / Donnelly, s. 195.

⁴⁴ Schiff, s. 75. Yazarın belirttiği gibi, bazı devletlerin ve dini kuruluşların baskılarına rağmen UCM'nin modern bir anlayış benimsemesi önemlidir. Zira kimi devletler cinsel suçlarla ilgili tartışmaların iç hukuk düzenlemelerini etkilemesinden endişe duyuyordu.

⁴⁵ Önemle belirtelim ki insanlığa karşı suçların maddi ve manevi unsurlarına ilişkin yoğun tartışmalar bulunmaktadır. Örneğin, insanlığa karşı suçun barış zamanı işlenip işlenemeyeceği halen tartışmalı bir konudur. Yine seçimlik hareketlerin belli bir gruba karşı gerçekleştirilmesinin gerekliliği tartışılmaktadır. Bu tartışmalar konumuzun sınırlarını aştığı için biz sadece seçimlik hareketlerin taşınması gereken nitelikler üzerinde duracağız. Söz konusu tartışmalarla ilgili kısa bir değerlendirme için bkz. Darryl Robinson, "Defining 'Crimes Against Humanity' at the Rome Conference", *The American Journal of International Law*, Vol. 93, Iss. 1, 1999, s. 45 vd. Manevi unsura ilişkin değerlendirme için bkz. Durmuş Tezcan / Mustafa Ruhan Erdem / R. Murat Önok, *Uluslararası Ceza Hukuku*, Seçkin Yay., Ankara 2014, s. 469, 470.

1. Irza Geçme

Irza geçme, kadına karşı cinsel şiddetin gerek ulusal gerekse uluslararası ölçekte en yaygın şekillerinden birisi olarak karşımıza çıkar.⁴⁶ Diğer yandan suçun unsurlarına ilişkin tartışmalar her daim yaşanmaktadır. Bu tartışmalar uluslararası suçlar bakımından da kendisini göstermektedir. Genel olarak irza geçmenin iki unsuru barındırdığı kabul edilmektedir: 1) cinsel içerikli bir fiziksel saldırı; 2) cebir / rızanın bulunmaması.⁴⁷ Belirttiğimiz tartışmalar esas itibarıyla suçun ikinci unsurundan kaynaklanmaktadır. Kimi yazarlar irza geçme için cebir unsurunu gerekli bulurken kimi yazarlarsa mağdurun rızasının bulunmaması gerektiğini belirtmektedirler. Uluslararası mahkemelelerin kararlarında da suçun unsurlarına ilişkin farklı yaklaşımlar bulunmaktadır.⁴⁸

Irza geçmenin unsurlarının bir uluslararası mahkeme tarafından belirlendiği ilk karar *Akayesu* davasında alınmıştır. RUCM tarafından görülen davada sanık *Akayesu*, irza geçme de dâhil olmak üzere gerçekleştirdiği çeşitli fiillerden dolayı insanlığa karşı suç ve soykırım suçundan mahkûmiyet almıştır.⁴⁹ RUCM, irza geçmeye ilişkin önemli tespitlerde bulunmuştur. Mahkeme, bir kişiye cebir altında uygulanan cinsel içerikli fiziksel saldırıyı irza geçme olarak tanımlamaktadır.⁵⁰ Mahkeme, irza geçmenin cinsel şiddetin bir türü olduğunu ve fiziksel temas bulunmayan hallerin dahi cinsel şiddete vücut verebileceğini belirtmiştir. Bununla birlikte irza geçme suçunun oluşması için alışlagelmiş “rıza bulunmaksızın gerçekleştirilen cinsel ilişki” tanımına vurgu yapılmıştır. Mahkeme bu klasik tanımı genişleterek, irza geçme suçunun cisim sokulması ve / veya esasen cinsel anlam taşımayan vü-

⁴⁶ Hiç şüphesiz cinsel suçların mağduru kadın veya erkek olabilir. Ancak mağdurların çok büyük kısmının kadın olduğu bir gerçektir. Bu sebeple mağduru daha ziyade kadın olarak kabul ediyoruz. Son olarak belirtelim ki uluslararası davalarda cinsel suç faili kadınlar da yargılanmıştır. Yine ilginçtir ki Kongo’da silahlı çatışmalar süresince gerçekleşen cinsel saldırıların %10’u kadınlar tarafından erkeklerle karşı işlenmiştir. Bkz. Monica Adhiambo Onyango/Karen Hampanda, “Social Constructions of Masculinity and Male Survivors of Wartime Sexual Violence: An Analytical Review”, *International Journal of Sexual Health*, Vol. 23, Iss. 4, 2011, s. 239. Uluslararası suçlar sonucunda mağdur olan kadınlara ilişkin istatistiki bilgiler için bkz. Değirmenci, s. 46-49.

⁴⁷ Cryer/Friman/Robinson/Wilmshurst, s. 254.

⁴⁸ Değirmenci, s. 54.

⁴⁹ Prosecutor v. Akayesu, Case No. ICTR-96-4-T, Judgement, 02.09.1998.

⁵⁰ Prosecutor v. Akayesu, para. 688.

cut boşluklarının kullanılması yoluyla da gerçekleşebileceğini belirtmiştir.⁵¹ Bu yaklaşıma göre ırza geçme yalnızca vajinal yolla değil, anal veya oral yoldan cisim sokulması suretiyle de gerçekleştirilebilir.⁵²

RUCM, hangi durumların cebir sayılacağına ilişkin de tespitlerde bulunmuştur. Mahkeme fiziksel bir cebrin varlığını şart koşmamaktadır. Silahlı çatışma gibi olağanüstü dönemlerde tehdit, şantaj ve benzer baskı araçlarının cebir olarak kabul edilebileceği belirtilmektedir.⁵³ Görüldüğü gibi RUCM gerek cinsel davranış, gerekse cebir unsurları bakımından genişletici bir yoruma yer vermiştir. Son olarak belirtelim ki Mahkeme, yaptığı tartışmalar sırasında rıza unsuruna ilişkin değerlendirmede bulunmamıştır.

EYUCM, RUCM'nin belirttiği ırza geçme tanımından farklı bir anlayışı benimsemiştir. Yugoslavya Mahkemesi, belirlilik ilkesini gözeterek daha somut bir tanım ortaya koymaya çalışmıştır.⁵⁴ Mahkeme, genel olarak dünya çapında kabul gören klasik tanıma bağlı kalmıştır.⁵⁵ EYUCM, *Furundžija* davasında ırza geçmenin oluşması için iki unsurun varlığını aramıştır.⁵⁶ Öncelikle, failin mağdurun vajinasına veya anüsüne penisini veya herhangi bir cismi sokması, ya da mağdurun ağzına penisini sokması gerekmektedir. İkinci olarak, söz konusu fiil mağdura veya üçüncü bir kişiye karşı cebir, şiddet veya şiddet tehdidiyle uygulanmalıdır. O halde EYUCM'nin kabulüne göre kadın bu suçta ancak anal veya vajinal yoldan cisim sokarak gerçekleştirebilir. Ayrıca ırza geçmenin tanımı dar şekilde yapıldığından parmak sokmak gibi fiillerin kapsam dışında kaldığı belirtilmiştir.⁵⁷

EYUCM, *Furundžija* davasında yaptığı ırza geçme tanımına ilerleyen davalarda da bağlı kalmıştır. Diğer yandan Mahkeme yaklaşık üç

⁵¹ Mahkeme, mağdurenin cinsel organına odun parçası sokulmasını ırza geçme olarak kabul etmiştir. *Prosecutor v. Akayesu*, para. 686.

⁵² Phillip Weiner, "The Evolving Jurisprudence of the Crime of Rape in International Criminal Law", *Boston College Law Review*, Vol. 54, Iss. 3, 2013, s. 1210.

⁵³ *Prosecutor v. Akayesu*, para. 688.

⁵⁴ Ahmet Hamdi Topal, *Uluslararası Ceza Yargılamalarında Cinsel Suçlar*, On İki Levha Yay., İstanbul 2009, s. 175.

⁵⁵ Kirsten Campbell, "The Trauma of Justice: Sexual Violence, Crimes Against Humanity and the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia", *Social & Legal Studies*, Vol. 13, Iss. 3, 2004, s. 332.

⁵⁶ *Prosecutor v. Furundžija*, Case No. IT-95-17/1-T, Judgement, 10.12.1998, para. 185.

⁵⁷ Weiner, s. 1211.

yıl sonra vermiş olduğu *Kunarac* kararında tanımın içeriğinde kısmi değişiklik yapmıştır. Önceki kriterlere bağlı kalan Mahkeme, ayrıca mağdurun geçerli bir rızasının bulunmaması koşulunu da aramak gerektiğini belirtmiştir.⁵⁸ EYUCM'nin getirmiş olduğu bu kriter diğer mahkemeler tarafından da kabul görmüştür. Öyle ki RUCM, *Semanza* davasında Yugoslavya Mahkemesi'nin getirdiği kriterleri kabul etme yoluna gitmiştir.⁵⁹

Günümüze geldiğimizde UCM için daha farklı bir cinsel saldırı tanımı benimsendiğini görüyoruz. Öncelikle Suçların Unsurları, penetrasyonu gerekli bir unsur olarak görmüştür. Buna göre, mağdurun vücudunun herhangi bir bölgesine cisim veya organ sokulması cinsel saldırı oluşturacaktır.⁶⁰ Suçların Unsurları, EYUCM'nin aksine mağdura sokulan organın bir cinsel organ olmasını zorunlu kılmamıştır. Örneğin, mağdura parmak veya dil sokulması suretiyle de suçun işlenmesi mümkündür.⁶¹ İkinci unsur olarak mağdura karşı cebir, şiddet veya şiddet tehdidi kullanılması gerekli görülmektedir. Çatışma ortamının yarattığı korku, psikolojik baskı, hapsedme, cebir veya şiddet kullanıldığını gösteren haller olarak öngörülmüştür.⁶² Yine geçerli bir rıza veremeyecek durumda olan kişilere karşı gerçekleştirilen saldırı da bu şartı sağlamış olur. Yani Suçların Unsurları, geçerli bir rızanın bulunmaması koşuluna yer vermemiştir.⁶³ Genel olarak, geçerli bir rızanın gösterilmesinin mümkün olmadığı hallerde suçun oluştuğu belirtilmektedir. Örneğin; yaş küçüklüğü, zihinsel veya fiziksel zayıflık, cinsel birlikteliğin sonuçlarını kavrayamama gibi haller rızanın bulunmadığına karine teşkil eder.⁶⁴ Mahkeme de vermiş olduğu güncel bir kararda, statünün rıza şartına yer verdiği şekilde yorumlanama-

⁵⁸ Prosecutor v. Kunarac, Case No. IT-96-23 & IT-96-23/1-A, Judgement, 12.06.2002, para. 127.

⁵⁹ Prosecutor v. Semanza, Case No. ICTR-97-20-T, Judgement and Sentence, 15.05.2003, para. 345.

⁶⁰ Uluslararası Ceza Mahkemesi, Suçların Unsurları (Elements of Crimes), mad. 7(1)(g)-1/1.

⁶¹ Weiner, s. 1217.

⁶² Uluslararası Ceza Mahkemesi, Suçların Unsurları, 7(1)(g)-1/2.

⁶³ Değirmenci, s. 62.

⁶⁴ Sierra Leone Özel Mahkemesi, belirttiğimiz halleri rızanın bulunmadığı şeklinde yorumlamaktadır. Örneğin, Mahkeme 14 yaşın altındaki kişilerin hiçbir şekilde cinsel ilişkiye rıza gösteremeyeceğini belirtmektedir. Prosecutor v. Brima, Kamaara, Kanu, Case No. SCSL-04-16-T, Judgement, 20.06.2007, para. 694.

yacağını, cebir veya şiddet kullanarak gerçekleştirilen cinsel saldırının suça vücut vereceğini belirtmiştir.⁶⁵

Görüldüğü gibi suçun unsurlarına ilişkin bir görüş birliği mevcut değildir. Cinsel saldırının niteliğine ilişkin tartışmalar daha ziyade mağdura sokulan organ veya cisim üzerine yoğunlaşmaktadır. Öte yandan ikinci şart olan cebir veya şiddet kullanımıyla rıza arasındaki ilişki daha tartışmalıdır. Doktrinde cebir veya şiddet kullanımının aranmasının daha makul olduğu, özellikle silahlı çatışma hallerinde geçerli bir rızanın araştırılmasının mantıklı olmadığı belirtilmektedir.⁶⁶ Gerçekten de olağanüstü hallerde işlenen bu tür suçlarda mağdurun rızasını araştırmak makul görünmemektedir. Yine rıza şartına bu kadar önem verilmesinin muhakeme sürecinde faillerce kötüye kullanılabileceği ifade edilmektedir.⁶⁷

2. Cinsel Kölelik

Cinsel kölelik, cinsel şiddetin bir başka şekli olarak karşımıza çıkmaktadır. Uzun yıllar boyunca sistematik şekilde uygulanan bu cinsel şiddet şekli, uluslararası metinlerde henüz yer almaya başlamıştır.⁶⁸ İnsanlığa karşı suçlar kapsamında bir cinsel şiddet fiili olarak ilk kez Roma Statüsü'nde tanınan cinsel kölelik, ilerleyen dönemde diğer uluslararası metinlerde de kendisine yer bulmuştur.⁶⁹

⁶⁵ Prosecutor v. Katanga, Case No. ICC-01/04-01/07, Judgement, 07.03.2014, para. 965

⁶⁶ Catharine A. Mackinnon, "Defining Rape Internationally: A Comment on Akayesu", *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 44, Iss. 3, 2005-2006, s. 950.

⁶⁷ Cinsel suçlarda mağdurun rızasına ilişkin ayrıntılı tartışmalar için bkz. Rosanna Cavallaro, "A Big Mistake: Eroding the Defense of Mistake of Fact about Consent in Rape", *Journal of Criminal Law and Criminology*, Vol. 86, Iss. 3, 1996, s. 817 vd.

⁶⁸ Örneğin, II. Dünya Savaşı'nda Japonya cinsel köleliği korkunç boyutlarda uygulamıştır. Tahmini olarak 200.000 Koreli, Çinli ve Tayvanlı kadının Japon askerlerinin "ihtiyaçları" için cinsel köleliğe maruz bırakıldığı belirtilmektedir. Bu konudaki ayrıntılı bir çalışma için bkz. Yuki Tanaka, *Japan's Comfort Women: Sexual Slavery and Prostitution during World War II and the US Occupation*, Routledge Press, London 2002. Savaş dönemine ait diğer cinsel kölelik örnekleri için bkz. Timuçin Köprülü, "Uluslararası Ceza Hukukunda Bir Cinsel Şiddet Örneği: Cinsel Kölelik ve Kadınlar", *Güncel Hukuk*, Kasım 2014. Belirtelim ki 2016 yılında Japonya, II. Dünya Savaşı'nda seks kölesi olarak çalıştırılan Güney Koreli kadınlara tazminat ödemeyi kabul etmiştir. NTV, Japonya 'Sek Kölesi' Yaptığı Kadınlara Tazminat Verecek, www.ntv.com.tr/dunya/japonya-seks-kolesi-yaptigi-kadinlara-tazminat-verecek,pKyJvPqV9kSl0vS4PJ9YEw, (Erişim Tarihi: 11.10.2016).

⁶⁹ Sierra Leone Özel Mahkemesi Statüsü, 16.01.2002 (Birleşmiş Milletler Güvenlik

Pozitif düzenlemelerdeki geçmişi eski olmayan cinsel kölelik, *ad hoc* mahkemeler tarafından da tartışmaya konu edilmişti. Örneğin, EYUCM konuyu kölelik başlığı altında ele almıştır. Mahkeme'ye göre kölelik durumundan bahsedebilmek için olası faktörlerin değerlendirilmesi gerekir. Öyleyse duruma göre; mağdurun hareketlerinin kontrol edilmesi, kaçmayı önlemeye yönelik önlemler alınması ve hatta psikolojik kontrol sağlanması kölelik olarak kabul edilebilir.⁷⁰ Ancak cinsel kölelik, köle (esir) etme hallerinin daha ciddi bir şekli olarak karşımıza çıkmaktadır.⁷¹

Roma Statüsü'nde benimsenen cinsel kölelik tanımını aydınlatmakta fayda vardır. Statü öncelikle köleliğin varlığını gösteren şartları aramaktadır. Failin mağdur üzerinde mülkiyete bağlı yetkilere sahip olması halinde (satın alma, satma, takas, ödünç) kölelik ilişkisinden bahsedilir.⁷² Yine özgürlüğü bu derece sınırlandıran haller de köleliğe işaret eder.⁷³ Bu kölelik ilişkisine bağlı olarak failin mağdura karşı cinsel içerikli hareketlerinin bulunması durumunda cinsel köleliğin varlığından bahsedilir. Yaklaşık 6 ay boyunca terk edilmiş bir evde tutulan kadınların her gelişlerinde askerlerin tecavüzüne uğraması hiç şüphesiz cinsel kölelik oluşturur.⁷⁴

UCM, Roma Statüsü'nün aradığı unsurları içtihatlar yoluyla yorumlamaktadır. Mahkeme güncel bir kararında cinsel eylemlerin şekline ilişkin tespitlerde bulunmuştur. Buna göre kadınların / kız çocuklarının mecbur bırakıldıkları her kişiyle cinsel ilişkiye girmek zorunda bırakılmaları cinsel kölelik oluşturur.⁷⁵ Yine Mahkeme, halen devam eden *Ntaganda* davasında cinsel köleliğin varlığını değerlendirmiştir. İddianamenin incelendiği ön oturumda Mahkeme, mağdurun "mülkiyetine" sahip olan sanığın, eşya taşıma gibi işlerde kullanılan mağdura karşı defalarca ırza geçme eylemini gerçekleştirmesini cinsel kölelik olarak yorumlamıştır.⁷⁶

Konseyi'nin 14.08.2000 tarih ve 1315 sayılı kararı), mad. 2(g). Esasen andığımızı metin Roma Statüsü'nden önce yürürlüğe girmiştir. Ancak Roma Statüsü'nün şekillenmesi uzun yıllar aldığı için Sierra Leone Statüsü'nü öncü saymak yanlış olur.

70

71

72

73

74

75

76

Cryer / Friman / Robinson / Wilmshurst, s. 256.

Uluslararası Ceza Mahkemesi, Suçların Unsurları, 7(1)(g)-2/1.

Prosecutor v. Kunarac, para. 119. Nitekim Mahkeme, sanıkları köle etme sebebiyle mahkûm ederken cinsel şiddeti de bir unsur olarak göz önünde bulundurmıştır.

Prosecutor v. Kunarac, para. 732-742.

Prosecutor v. Katanga, para. 978.

Prosecutor v. Ntaganda, Case No: ICC-01/04-02/06, Decision Pursuant to Article

3. Fuhşa Zorlama

Fuhşa zorlama, uluslararası alanda uzun yıllardır yasaklanmış bir fiil olarak düzenlenmektedir. Ancak söz konusu düzenlemeler konumuzu oluşturan insanlığa karşı suçlar adı altında yer almamaktaydı. Fuhşa zorlama, esas olarak savaş suçları kapsamında değerlendirilmiştir. Cenevre Sözleşmeleri konuya ilişkin hükümler sevk etmiştir. Buna göre her yerde ve her zaman, başta küçük düşürücü ve aşağılayıcı muamele, zorla fuhuş ve diğer ahlaksız saldırılar olmak üzere, kişilerin onuruna yönelik her türlü zulüm yasaklanmıştır.⁷⁷ Yine bu ilkelere bağlı olarak oluşturulan RUCM Statüsü de fuhşa zorlamayı savaş suçuna vücut veren bir fiil olarak düzenlemiştir.⁷⁸

Fuhşa zorlama, Roma Statüsü'nde ve Sierra Leone Özel Mahkemesi Statüsü'nde insanlığa karşı suçların seçimlik eylemleri arasında düzenlenmiştir. Esasen cinsel kölelik suçuna yer verildiği için ayrıca fuhşa zorlama suçunun gerekliliği tartışma konusu olmuştur. Fuhşa zorlamanın, cinsel köleliğin bir şekli olduğu, köleliğin cezalandırılmasının daha kolay olduğu belirtilmiştir.⁷⁹ Hiç şüphesiz iki suç tipi arasında benzerlikler bulunmaktadır. Her iki halde de mağdurun hemen her türlü özgürlüğü kısıtlanmaktadır. Ancak fuhşa zorlama durumunda mağdur ve fail arasında mülkiyet ilişkisi bulunmamaktadır. Fail, mağdur üzerinde cebir veya zor kullanarak cinsel ilişkiye mecbur kılmaktadır.⁸⁰ İkinci ve daha önemli olan fark ise mağdurun cinsel ilişkiye girmesi karşılığında failin para veya bir başka maddi kazanç elde etmesidir.⁸¹

Fuhşa zorlama suçu için aranan maddi kazanç şartı failin saikini göstermesi ve suç tipini değiştirmesi bakımından önemlidir.⁸² Düze-

61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Bosco Ntaganda, 09.06.2014, para. 54.

⁷⁷ 12 Ağustos 1949 Tarihli Cenevre Sözleşmelerine Ek Uluslararası Olmayan Silahlı Çatışma Mağdurlarının Korunmasına İlişkin (1) ve (2) No'lu Ek Protokoller, 08.06.1977, mad. 75(2)(b), mad. 4(2)(e).

⁷⁸ Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü, mad. 4(e).

⁷⁹ Gay J. McDougall, Systematic Rape, Sexual Slavery and Slavery-like Practices during Armed Conflict, www1.umn.edu/humanrts/demo/ContemporaryformsofSlavery_McDougall.pdf, (Erişim Tarihi: 12.10.2016), para. 33.

⁸⁰ Uluslararası Ceza Mahkemesi, Suçların Unsurları, mad. 7(1)(g)-3/1.

⁸¹ Uluslararası Ceza Mahkemesi, Suçların Unsurları, mad. 7(1)(g)-3/2.

⁸² Melanie O'Brien, "'Don't Kill Them, Let's Choose Them as Wives': the Development of the Crimes of Forced Marriage, Sexual Slavery and Enforced Prostitution

nin ortadan kalktığı olağanüstü hallerde oluşan korku ortamının etkisiyle kadın bedenini suistimal etmeye çalışan kişilerin çıkması muhtemeldir.⁸³ Ortaya çıkan bu sömürü düzeni başka suçların da artışına sebep olur. Örneğin, fuhşun suç olmaktan çıkarıldığı ülkelerde fuhuş amaçlı insan kaçakçılığında büyük artış olduğu gözlemlenmiştir.⁸⁴ Bir başka ifadeyle fuhşun serbest bırakıldığı bölgeler, seks işçiliğinin daha rahat icra edilmesi sebebiyle tercih edilmektedir. O halde fuhşa zorlama sadece savaş suçları bakımından değil insanlığa karşı suçlar bakımından da yasaklanması gereken bir eylemdir. Zira insanlığa karşı suçlar silahlı çatışma içermeyen hallerde de söz konusu olabilir.⁸⁵ Bu sebeple fuhşa zorlama da insanlığa karşı suçlar kapsamında değerlendirilmelidir. Son olarak belirtelim ki, bu suçun unsurlarının bulunmadığı hallerde şartları varsa cinsel kölelik veya ırza geçme gibi suçlar üzerinden hüküm kurmak mümkün olabilecektir.⁸⁶

4. Zorla Hamile Bırakma⁸⁷

Zorla hamile bırakma da diğer cinsel şiddet şekilleri gibi yeni bir olgu değildir. Yalnızca geçtiğimiz yüzyılda değil çok eski dönemlerde de bir savaş ve sindirme taktiği olarak kullanıldığı belirtilmektedir.⁸⁸ Buna karşılık Roma Statüsü yürürlüğe girene kadar zorla hamile bırakmayla ilgili bir tanıma rastlamıyoruz.⁸⁹ Esasen Roma Statüsü'nün hamileliğe zorlamayı insanlığa karşı suça vücut veren bir fiil olarak kabul etmesi Yugoslavya'da yaşananların bir sonucudur.⁹⁰ Çoğunluğu Müslüman mağdurelerin tecavüz kamplarında maruz kaldıkları in-

in International Criminal Law", *The International Journal of Human Rights*, October 2015, s. 12.

⁸³ O'Brien, s. 12.

⁸⁴ Seo-Young Cho/Axel Dreher/Eric Neumayer, "Does Legalized Prostitution Increase Human Trafficking?", *World Development*, Vol. 41, 2013, s. 75, 76.

⁸⁵ deGuzman, s. 127.

⁸⁶ Cryer/Friman/Robinson/Wilmshurst, s. 257.

⁸⁷ Bu fiil, faillerin saiki sebebiyle soykırım suçuyla yakından bağlantılıdır. Burada yaptığımız açıklamalar yalnızca insanlığa karşı suçlar bakımından geçerlidir. İlerleyen bölümlerde konuyla ilgili ayrıntılı bilgi verilecektir.

⁸⁸ Robyn Charli Carpenter, "Force Maternity: Children's Rights and the Genocide Convention", *Journal of Genocide Research*, Vol. 2, Iss. 2, 2000, s. 223.

⁸⁹ Zorla hamile bırakmanın cezalandırılması sürecine ilişkin olarak bkz. Kristen Boon, "Rape and Forced Pregnancy Under the ICC Statute: Human Dignity, Autonomy, and Consent", *Columbia Human Rights Law Review*, Vol. 32, 2001, s. 656.

⁹⁰ Milan Markovic, "Vessels of Reproduction: Forced Pregnancy and the ICC", *Michigan State Journal of International Law*, Vol. 16, 2007, s. 440.

sanlık dışı muameleler hukuki düzenlemeyi kaçınılmaz kılmıştır. Bu kamplarda mağdureler hamile kalana kadar cinsel saldırıya uğruyor, kürtaj için çok geç olana dek alıkonuluyordu.⁹¹ Hamile kalmayan veya biyolojik olarak çocuk sahibi olması mümkün olmayan kadınlar ise infaz ediliyordu.⁹²

Zorla hamile bırakmanın insanlığa karşı suç şekli olarak düzenlenmesi mağdurların uğradığı büyük zararların dikkate alınması bakımından olumludur. Tecavüzcüsünün çocuğunu dünyaya getirmek zorunda kalan bir kadının uğradığı büyük zararın ayrı bir başlık altında düzenlenmemesi hatalı olurdu. Öte yandan bu kazanımların elde edilmesi büyük uğraşlar sonucunda mümkün olmuştur. Roma Statüsü'nün kabulü sürecinde konuyla ilgili pek çok tartışma yaşanmıştır.⁹³ Özellikle Katolik Kilisesi ve Arap ülkeleri konuya ilişkin çekincelerini sıkça dile getirmişlerdir. Örneğin, Katolik Kilisesi'nin kürtaj karşıtı tutumu, Sözleşme'ye son şeklinin verilmesinde oldukça etkili olmuştur. Statü'nün 7. maddesinde verilen hamileliğe zorlama tanımı hiçbir şekilde iç hukuku etkileyecek şekilde yorumlanamaz.⁹⁴ Bugün, Katolik hastaneleri kürtaj işlemlerini uygulamamaktadır. Katolik Kilisesi, iç hukukuna ilişkin bu durumun uluslararası sözleşmelerle çatışması halinde doğabilecek sorunların önüne geçmek amacıyla söz konusu hükmün metne dâhil edilmesini sağlamıştır.⁹⁵

5. Zorla Kısırlaştırma

İnsanlığa karşı suç oluşturan fiillerden bir diğeri de zorla kısırlaştırma fiilidir. Bu fiil de ilk kez Roma Statüsü'nde yer alan bir cinsel suç olarak karşımıza çıkar. Hâlbuki zorla kısırlaştırma fiillerine uluslararası hukuk yabancı değildir. Bilindiği gibi Nazi Almanyası'nda kısırlaştırma işlemleri kitlesel boyutta uygulanmıştır. Bu kısırlaştırma operasyonlarını gerçekleştiren Nazi doktorlar savaş sonrasında Amerikan Mahkemeleri tarafından yargılanmışlardır.⁹⁶ Önemle belirtelim ki bu

⁹¹ Cryer/Friman/Robinson/Wilmshurst, s. 257.

⁹² Beverly Allen, *Rape Warfare: The Hidden Genocide in Bosnia-Herzegovina and Croatia*, University of Minnesota Press, London 1996, s. 63.

⁹³ Schabas, *An Introduction*, s. 107.

⁹⁴ Roma Statüsü, mad. 7(2)(f).

⁹⁵ Boon, s. 659.

⁹⁶ Bu dönemde gerçekleştirilen tıbbi deneyler ve bu fiillere ilişkin yapılan yargılamalarla ilgili bkz. Stephen P. Marks, "Medical Experimentation", in *Encyclopedia*

yargılamalar zorla kısırlaştırma adı altında gerçekleşmemiştir. Yargılamalar kısırlaştırma işlemlerini de kapsayan tıbbi deneyler sebebiyle yapılmıştır.

Zorla kısırlaştırmanın özellikle soykırım suçunun seçimlik hareketi olarak karşımıza çıkması muhtemeldir. Soykırım suçuna vücut veren eylemlerden birisi de grup içerisindeki doğumları engellemeye yönelik tedbirler alınmasıdır. O halde diğer şartların da varlığı halinde zorla kısırlaştırmanın soykırım suçuna sebep olacağına şüphe duymamak gerekir.⁹⁷ Buna karşılık Roma Statüsü haklı olarak zorla kısırlaştırmanın insanlığa karşı suç oluşturabileceğini belirtmektedir. Soykırım örneğindeki gibi bir saik bulunmadığı hallerde insanlığa karşı suç ihtimali tartışılmalıdır. Örneğin, günümüzde dahi engellilik, AIDS hastası olmak gibi sebeplerle zorla kısırlaştırmanın devletler tarafından gerçekleştirildiği belirtilmektedir.⁹⁸

Roma Statüsü, hangi eylemlerin zorla kısırlaştırma teşkil edeceğini belirtmiştir. Buna göre, mağdurun biyolojik olarak üreme kabiliyetinden mahrum bırakılması halinde zorla kısırlaştırmadan bahsedebiliriz.⁹⁹ Ancak belirtelim ki bu kısırlaştırma işleminin tedavi amacıyla yapılması veya ilgilinin rızasının bulunması halinde suçun oluştuğunu söyleyemeyiz. Buna göre örneğin, tıbbi zorunluluk nedeniyle yapılan kısırlaştırma işlemi hukuka uygunluk sebebinden yararlanır ve suçun oluşmasını engeller.¹⁰⁰

Zorla kısırlaştırma oluşturan hareketin niteliğine de değinmekte fayda vardır. Genel olarak, cerrahi yolla veya ilaç vasıtasıyla kısırlaştırmanın meydana geleceği akla gelmektedir. Bununla birlikte fiziki veya psikolojik sebepler de üreme yeteneğinin kaybedilmesine gerekçe olabilir. Örneğin, kadınlara karşı gerçekleşen ağır cinsel saldırı fiilleri doğurganlığın kaybına sebep olabilmektedir.¹⁰¹ Genital bölgelerin

of Genocide and Crimes Against Humanity 2, Thomson Gale Press, Farmington Hills 2005, s. 669-675.

⁹⁷ Nitekim RUCM de aynı noktayı vurgulamaktadır. Prosecutor v. Akayesu, para. 507.

⁹⁸ World Health Organization, Eliminating Forced, Coercive and Otherwise Involuntary Sterilization: An Interagency Statement, www.unaids.org/sites/default/files/media_asset/201405_sterilization_en.pdf, (Erişim Tarihi: 12.10.2016).

⁹⁹ Uluslararası Ceza Mahkemesi, Suçların Unsurları, mad. 7(1)(g)-5/1-2.

¹⁰⁰ Tezcan/Erdem/Önok, Ceza Özel Hukuku, s. 344, 345.

¹⁰¹ Topal, s. 214.

ağır şekilde yara alması gibi haller buna örnektir. Sistematik olarak ırza geçme mağduru olan kadınların cinsel ilişkiye girmeyi ve doğum yapmayı reddetmeleri de mümkündür.¹⁰² Yine erkek mağdurların da yaşadıkları damgalanma ve psikolojik çöküntü, cinsel fonksiyon kaybına veya üreme yeteneğinin yitirilmesine sebep olabilmektedir.¹⁰³

6. Diğer Cinsel Şiddet Fiilleri

Roma Statüsü'nün öncülük ettiği bir diğer konu da cinsel şiddet içeren diğer fiillerin de cezalandırılabilir kılınmasıdır. Nitekim Statü'nün hükümlerine paralel düzenlemeler içeren Sierra Leone Statüsü de diğer cinsel şiddet hallerini yasaklama yoluna gitmiştir. Bu iki uluslararası mahkemenin böyle bir düzenlemeye gitmesi konunun öneminin anlaşılması bakımından hayatidir. Uluslararası ceza hukukunda ırza geçmenin suç olarak kabul edilmesi dahi onlarca yıl sürmüştür. Bu sebeple, bugün kaydedilen ilerleme umut vericidir. Devletler ve uluslararası örgütler olağanüstü hallerin kapalı tutulan, saklanan yüzüne bakmaya başlamışlardır.

Roma Statüsü'ne göre, cebir veya güç kullanarak ya da bunları kullanacağından bahisle bir kişiye karşı gerçekleştirilen cinsel içerikli davranışlar cinsel şiddet içeren diğer fiiller içerisinde değerlendirilecektir.¹⁰⁴ Öte yandan böyle bir fiilin cezalandırılabilir olması için ilgili hareketin buraya kadar bahsettiğimiz diğer cinsel şiddet halleriyle orantılı bir ağırlığa ulaşması gerekir.

Roma Statüsü'nün cezalandırılabilir gördüğü cinsel içerikli fiillerin aydınlatılması gerekmektedir. Her şeyden önce suçun bu kategori içerisinde değerlendirilmesi için penetrasyon aranmaz. Zira böyle bir hal ırza geçme içerisinde değerlendirilecektir. O halde ırza geçme dışındaki haller diğer cinsel şiddet fiilleri içerisinde görülür.¹⁰⁵ Buna karşılık suçun oluşması için fiziksel temas dahi gerekmez. Örneğin, mağduru cinsel hareketler yapmaya zorlamak suçun oluşmasına se-

¹⁰² Değirmenci, s. 71.

¹⁰³ Sandesh Sivakumaran, "Sexual Violence Against Men in Armed Conflict", *The European Journal of International Law*, Vol. 18, Iss. 2, 2007, s. 255.

¹⁰⁴ Uluslararası Ceza Mahkemesi, Suçların Unsurları, mad. 7(1)(g)-6/1.

¹⁰⁵ Anne-Marie L. M. de Brouwer, *Supranational Criminal Prosecution of Sexual Violence: the ICC and the Practice of the ICTY and the ICTR*, Intersentia Press, Oxford 2005, s. 173.

bep olabilir.¹⁰⁶ Yine mağdurun psikolojik olarak zararına sebep olacak hallerde de cinsel şiddetin varlığından bahsedebiliriz. Nitekim RUCM, mağdurun soyundurulup topluluk içerisinde jimnastik hareketleri yaptırılmasını cinsel şiddet olarak değerlendirmiştir.¹⁰⁷ Yine Mahkeme bu hareketlerin yaptırılması için cebir kullanılmasının gerekli olmadığını, içinde bulunulan korku ortamından yararlanmanın da mümkün olduğuna hükmetmiştir. Son olarak belirtelim ki RUCM bu cinsel davranışlar sebebiyle failleri “diğer insanlık dışı eylemler”den sorumlu tutmuştur.¹⁰⁸ Yukarıda da belirttiğimiz gibi Roma Statüsü’ne kadar benzer ağırlıktaki diğer cinsel şiddet şekilleri cezalandırılabilir kılınmamıştı.

Zorla evlendirme fiillerinin de bu başlık altında incelenmesi gerekir. Silahlı çatışma gibi olağanüstü koşullarda, kadınların askerler tarafından zorla eş olarak alındığı bilinmektedir. Nitekim Sierra Leone Mahkemesi de içtihatlarında bu gerçeği vurgulamıştır. Mahkeme’ye göre kadınların / kız çocuklarının kaçırılıp zorla eş (partner) olarak alıkonulması insan onuruyla bağdaşmamaktadır.¹⁰⁹ Mahkeme, bu hareketlerin “diğer insanlık dışı eylemler” kategorisine dâhil olduğunu belirlemiştir. Görüldüğü gibi her ne kadar Sierra Leone Statüsü “diğer cinsel şiddet şekilleri”ni cezalandırılabilir kılarsa da Mahkeme zorla evlendirmeyi diğer insanlık dışı eylemler içerisinde değerlendirmiştir. Hâlbuki bugün zorla evlendirmenin ayrı bir cinsel suç tipi olarak düzenlenmesinin gerekliliği tartışılmaktadır.¹¹⁰ Kadınların insan haklarına yönelik uluslararası sözleşmelerde zorla evlendirmeye ilişkin hükümlere yer verilmektedir. Örneğin, Türkiye’nin de taraf oldu-

¹⁰⁶ Cryer/Friman/Robinson/Wilmshurst, s. 258.

¹⁰⁷ Prosecutor v. Akayesu, para. 688.

¹⁰⁸ Bu sebeple öğretide, söz konusu fiillerin eskiden de cezalandırılabilir olduğu belirtilmektedir. Diğer yandan bu fiillere yönelik ayrı bir başlık öngörülmesi olumlu karşılanmaktadır. Cryer, s. 258.

¹⁰⁹ Prosecutor v. Brima, Case No. SCSL-04-16-A, Judgment, 22.02.2008, para. 197-203.

¹¹⁰ Jennifer Gong-Gershowitz, “Forced Marriage: A ‘New’ Crime Against Humanity?”, *Northwestern Journal of International Human Rights*, Vol. 8, Iss. 1, 2009, s. 75, 76. Zorla evlendirmenin yalnızca cinsel suç kapsamına girmediği, toplumu terörlere etme amacının da bulunduğu, bu sebeple ayrı bir cinsel suç olarak tanınmasının hatalı olacağı yönünde bkz. Rachel Slater, “Gender Violence or Violence Against Women? The Treatment of Forced Marriage in the Special Court for Sierra Leone”, *Melbourne Journal of International Law*, Vol. 13, 2012, s. 11-17. Gerçekten Sierra Leone Mahkemesi de zorla evlendirmenin cinsel saldırı ve cinsel taciz dışında zorla çalıştırma, hapsedme gibi fiilleri de kapsadığını belirtmektedir.

ğu Kadına Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi (İstanbul Sözleşmesi), devletlere zorla evlendirmeyi cezalandırma yükümlülüğü getirmektedir.¹¹¹

III. SOYKIRIM SUÇU ve CİNSEL ŞİDDET

A. TARİHSEL GELİŞİM

İnsanlık tarihi akıl almaz katliamlarla, insan onurunu ayaklar altına alan kıyımlarla doludur. Bugün, bu kıyımların cezasız kalmasının önüne geçmek yönünde büyük ilerleme kaydetmiş bulunuyoruz. Uluslararası ceza hukukunun geçtiğimiz yüzyılda elde ettiği kazanımlar bunu açıkça göstermektedir. Uluslararası ceza hukukunda suç tipleri zenginleşmekte, yeni alt başlıklar oluşturulmaktadır. Bununla birlikte soykırım suçu ağırlığı sebebiyle daha ön plana çıkar. Hiç şüphesiz yaşanan acıları, kıyımları kıyaslamak uygunsuz görünebilmektedir. Ancak bir grubu tamamen yok etme gayesi diğer hiç bir suçun soykırım suçu kadar ağır sayılmamasına sebep olur.¹¹² Nitekim gerek uluslararası mahkemeler gerekse önde gelen yazarlar soykırım suçu için “suçların suçu” kalıbını kullanmışlardır.¹¹³

Soykırım (Genocide) kelimesi, Yunanca *genos* (ırk, kabile) ve Latince *cide* (kıyım, cinayet) kelimelerinin birleştirilmesi ile oluşturulmuştur.¹¹⁴ Her ne kadar soykırım kelimesi oldukça yeni olsa da olgunun kendisi çok eskilere dayanmaktadır. Konu tartışmalı olmakla birlikte tarihte bilinen ilk soykırımın İsa’dan önceye dayandığı belirtilmekte-

¹¹¹ “Madde 37 - Zorla evlendirme

1- Taraflar, yetişkin bir bireyi veya çocuğu evlenmeye zorlayan kasıtlı davranışların suç sayılmasını sağlamak üzere hukuki ve diğer tedbirleri alır.

2- Taraflar, yetişkin bir bireyi veya çocuğu evlenmeye zorlamak amacıyla, kendi ikamet yeri dışında diğer ülke veya Taraf devletin topraklarına çekmeye ilişkin kasti davranışların suç sayılmasını sağlamak üzere gerekli hukuki veya diğer tedbirleri alır.”

Kadına Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi, 07.04.2011, CETS No. 210.

¹¹² Arnold Krammer, *War Crimes, Genocide, and the Law - A Reference Handbook*, Praeger Publication, California 2010, s. 45.

¹¹³ Prosecutor v. Jean Kambanda, Case No: ICTR 97-23-S, Judgment and Sentence, 04.09.1998, para. 16.

¹¹⁴ Daniel Rothenberg, “Genocide”, in *Encyclopedia of Genocide and Crimes Against Humanity* 1, Thomson Gale Press, Farmington Hills 2005, s. 396.

dir. Buna göre, İ. Ö. 149-146 yılları arasında Roma İmparatorluğu'nda yaşayan en az 150.000 Kartacalı'nın katledildiği tahmin edilmektedir.¹¹⁵ Dönemin ünlü hukukçusu ve devlet adamı *Marcus Porcius Cato*'nun senatoda yaptığı tüm konuşmalarını "Kartaca yok edilmeli" şeklinde bitirdiği belirtilmektedir ki bu da soykırım suçuna azmettiren olarak iştirakin bilinen ilk örneğidir.¹¹⁶

Yeni bir kavram olduğunu belirttiğimiz soykırım, ilk kez 1944 yılında kullanılmıştır. Polonyalı bir hukukçu olan *Lemkin*, II. Dünya Savaşı'nda işgal altındaki Avrupa'da işlenen suçlara yönelik yazdığı eserinde soykırım suçuna yönelik genel bir çerçeve çizmiştir. Kullandığı ifadenin uluslararası hukuka yabancı olduğunu bilen *Lemkin*, yeni yaklaşımların yeni kavramlara ihtiyaç duyduğunu özellikle belirtmektedir.¹¹⁷ *Lemkin*, soykırımı bir ulusun veya etnik grubun yok edilmesi olarak açıklamaktadır.

Ulusal, ırki, etnik ve dini grupların korunmasına ilişkin çabalar yüzlerce yıl öncesine kadar uzanmaktadır. Örneğin, 1648 Vestfalya Antlaşması kimi dini azınlıkların korunmasını garanti altına almıştır.¹¹⁸ Ancak korumaya ilişkin çabalar geçtiğimiz yüzyılda sistematik hale gelmiştir. İnsanlığa karşı suçlarla ilgili açıklamalarımızda belirttiğimiz IV. Lahey Sözleşmesi insani korumaya ilişkin modern ilk örnektir.

Soykırım suçunu cezalandırmaya yönelik girişimler I. Dünya Savaşı'na kadar uzanmaktadır. Almanya ve Osmanlı Devleti tarafından işlendiği iddia edilen suçlarla ilgili uluslararası baskı oluşturulsa da Amerika'nın da müdahalesi ile herhangi bir yargılama süreci hayata geçirilmedi.¹¹⁹ Soykırımın tamamen gün yüzüne çıkması ise II. Dünya Savaşıyla oldu. Nazi Almanyası'nda başta Yahudi, Roman, Polonyalı gruplar olmak üzere milyonlarca insanın yok edilmesi dünyanın ilgisini *Holocaust*'a çekti. Öte yandan Nazi savaş suçlularının

¹¹⁵ Ben Kiernan, "The First Genocide: Carthage, 146 BC", *Diogenes*, Vol. 51, Iss, 3, August 2004, s. 27 vd.

¹¹⁶ Kiernan, s. 27.

¹¹⁷ Raphael Lemkin, *Axis Rule in Occupied Europe: Laws of Occupation, Analysis of Government, Proposals, for Redress*, Carnegie Endowment for International Peace, Washington 1944, s. 79 vd; *Lemkin*'in soykırım tasnifine ilişkin olarak bkz. Köprülü, *Soykırım Suçu*, s. 9 vd.

¹¹⁸ Schabas, *Genocide*, s. 15.

¹¹⁹ Schabas, *Genocide*, s. 19.

yargılanması için oluşturulan Nürnberg Mahkemesi'nin etkinliği büyük tartışmalar yaratmıştır. Savcılık makamı iddianamesinde, tüm bir ulusun, insanların veya ırkın plan dâhilinde öldürülmesini soykırım olarak nitelendirmiştir.¹²⁰ Ancak, yargılamaların sonucunda soykırım suçu sebebiyle hüküm kurulmamıştır. Örneğin Mahkeme, Doğu Avrupa'daki Yahudilerin katledilmesinin, siyasi ve ırki saiklerle zulüm oluşturduğundan bahisle insanlığa karşı suçun unsurlarının gerçekleştiğine karar vermiştir.¹²¹ Mahkeme, o dönemde *Lemkin* tarafından yaratılmış yeni bir öğreti bulunmasına karşın soykırım suçundan hüküm kurma yoluna gitmemiştir. Hiç şüphesiz Mahkeme'nin tutumu anlaşılabilir, zira Nürnberg Statüsü soykırım suçunu Mahkeme'nin görev alanı içerisinde düzenlememişti.

Ne Nürnberg ne de Tokyo mahkemeleri soykırımdan ayrı bir suç tipi olarak bahsetmiştir. Her iki askeri mahkeme de belirli gruplara karşı gerçekleştirilen kıyımları "zulmetme" adı altında cezalandırma yoluna gitti.¹²² Soykırım, ilk kez Soykırım Suçunun Önlenmesine ve Cezalandırılmasına Dair Sözleşme kapsamında bağımsız bir suç tipi olarak öngörüldü. Buna göre;

"Bu Sözleşme bakımından, ulusal, etnik, ırksal veya dinsel bir grubu, kısmen veya tamamen ortadan kaldırmak amacıyla işlenen aşağıdaki fiillerden herhangi biri, soykırım suçunu oluşturur.

a) Gruba mensup olanların öldürülmesi; b) Grubun mensuplarına ciddi surette bedensel veya zihinsel zarar verilmesi; c) Grubun bütünüyle veya kısmen, fiziksel varlığını ortadan kaldıracağı hesaplanarak yaşam şartlarını kasten değiştirmek; d) Grup içinde doğumları engellemek amacıyla tedbirler almak; e) Gruba mensup çocukları zorla bir başka gruba nakletmek"¹²³soykırım suçunu oluşturur.

İnsanlığın en büyük katliamlarının uluslararası arenada gündeme getirilmesi Soykırım Sözleşmesi'ne büyük önem kazandırmaktadır.

¹²⁰ France v. Goerning, Case No: 22 IMT 203, 1946, para. 45, 46.

¹²¹ France v. Goerning, para. 549.

¹²² Antonio Cassese, *International Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford 2003, s. 96.

¹²³ Soykırım Suçunun Önlenmesine ve Cezalandırılmasına Dair Sözleşme, 09.12.1948, www.ombudsman.gov.tr/contents/files/32702-Soykirim-Sucunun-Onlenmesine-Ve-Cezalandirilmasina-Dair-Sozlesme.pdf, (Erişim Tarihi: 13.10.2016), mad. 2.

Buna karşılık bu uluslararası metnin yine uluslararası organlar aracılığıyla pratiğe geçirilmesi zaman almıştır. Uluslararası mahkemelerden önce ulusal mahkemeler söz konusu sözleşmeyi yargılamalarına zemin olarak kabul etmiştir. Örneğin, Nazi savaş suçlusu *Adolf Eichmann'ı* yargılayan Kudüs Bölge Mahkemesi, Soykırım Sözleşmesi'ne atıf yapmıştır.¹²⁴ Mahkeme, soykırım suçunun ağırlığı sebebiyle evrensel yetki kapsamına girdiğini belirtmiş ve bu yetkiyi de Soykırım Sözleşmesi'ne dayandırmıştır.¹²⁵

Soykırım suçlarının uluslararası bir mahkeme tarafından yargılanması fikri ancak *ad hoc* mahkemelerin kurulması ile gerçeğe dönüştü. Gerek RUCM, gerekse EYUCM Soykırım Sözleşmesi'nde benimsenen soykırım tanımını aynı şekilde statülerinde kabul etmişlerdir.¹²⁶ Her iki mahkeme de soykırım suçundan pek çok mahkûmiyet hükmü kurmuştur. Bu mahkûmiyetlerden ön plana çıkan da hiç şüphesiz *Akayesu* davasıdır. Bu davayı önemli kılan ilk kez bir uluslararası mahkeme tarafından soykırım suçundan hüküm kurulmuş olmasıdır.¹²⁷ Ayrıca bu dönemde Ruanda eski başbakanı *Jean Kambanda* da soykırım suçundan mahkûm olmuştur.¹²⁸ Yine EYUCM da ilk kez 2001 yılında soykırım suçundan mahkûmiyete karar vermiştir.¹²⁹

Son olarak UCM'ne de değinmekte fayda görüyoruz. Uluslararası barışa yönelik ağır insan hakları ihlallerini yargılama amacı güden bir mahkemenin soykırım suçunu görev alanına dâhil etmemesi düşünülemezdi. Roma Statüsü'nün 6. maddesi soykırım suçuna ilişkindir.

¹²⁴ Yahudi Soykırımının önemli isimlerinden birisi olan Adolf Eichmann, İsrail gizli servisi tarafından Arjantin'den kaçırılarak İsrail'e getirildi. Yargılama usule ilişkin önemli tartışmalar yarattı. Öncelikle Eichmann'ın başka bir ülkeden kaçırılarak getirilmesi yetki tartışmalarına neden oldu. Yine Eichmann'ın 1945 yılı öncesinde işlediği suçlar nedeniyle yargılanması zaman bakımından yetki tartışmaları yarattı. Zira o dönemde İsrail Devleti dahi kurulmamıştı. Tüm bu tartışmalarla ilgili bkz. Hans W. Baade, "The Eichmann Trial: Some Legal Aspects", *Duke Law Journal*, 1961, s. 401 vd.

¹²⁵ Prosecution v. Eichmann, Case No: 40/61, Judgment, 1963, para. 25.

¹²⁶ Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü, mad. 4; Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü, mad. 2.

¹²⁷ Cryer/Friman/Robinson/Wilmshurst, s. 205.

¹²⁸ Prosecutor v. Jean Kambanda. Bu mahkûmiyet siyasi tarih açısından da önem taşımaktadır. Zira eski başbakan savcılık makamıyla anlaşma yoluna giderek soykırım suçunu kabul etmiştir. Bu sebeple soykırım, dönemin yöneticileri tarafından da kabul edilerek kayıt altına alınmıştır.

¹²⁹ Prosecutor v. Krstic, Case No: IT-98-33-T, Judgment, 02.08.2001, para. 727.

UCM'si de *ad hoc* mahkemeler gibi Soykırım Sözleşmesi'nde benimse-
nen tanıma sadık kalmayı tercih etmiştir.¹³⁰ UCM, her ne kadar başa-
rılı olamasa da soykırım iddiaları ile ilgili yargılama yapabilmek için
çaba göstermektedir. Uluslararası alanda büyük ilgi toplayan *Al Bashir*
davası mahkemenin itibarını oldukça sarsmaktadır.¹³¹ Bugüne kadar
soykırım, insanlığa karşı suçlar ve savaş suçları sebebiyle hakkında
iki kez yakalama kararı çıkarılan *Al Bashir* halen ele geçirilememiş-
tir.¹³² Günümüzün en önemli uluslararası yargı güçlerinden birisi olan
UCM'nin soykırım suçuyla savaşta hangi başarıları elde edeceğini ge-
lecek günler gösterecektir.

B. SOYKIRIM SUÇU VE İNSANLIĞA KARŞI SUÇLAR AYRIMI

Soykırım suçu ve insanlığa karşı suçlar arasındaki ilişkinin açık-
lanmasının konunun daha net anlaşılabilmesi için önemli olduğunu
düşünüyoruz. Soykırım suçunu farklı kılan, onu diğer suçlara nazaran
daha şeytani yapan noktaların açıklanması konunun aydınlatılması
bakımından hayatidir. Esasen daha önce de bahsedildiği üzere, soykı-

¹³⁰ 5237 sayılı TCK'nun da bu tanıma büyük ölçüde sadık kaldığı görülmektedir. Önemle belirtmek gerekir ki uluslararası metinlerden farklı olarak "bir planın ic-
rası" şartı aranmaktadır.

Madde 76 - Soykırım

1- Bir planın icrası suretiyle, milli, etnik, ırki veya dini bir grubun tamamen veya kısmen yok edilmesi amacıyla, bu grupların üyelerine karşı aşağıdaki fiillerden birinin işlenmesi, soykırım suçunu oluşturur: a) Kasten öldürme. b) Kişilerin bedensel veya ruhsal bütünlüklerine ağır zarar verme. c) Grubun, tamamen veya kısmen yok edilmesi sonucunu doğuracak koşullarda yaşamaya zorlanması. d) Grup içinde doğumlara engel olmaya yönelik tedbirlerin alınması. e) Gruba ait çocukların bir başka gruba zorla nakledilmesi.

2- Soykırım suçu failine ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası verilir. Ancak, soykırım kapsamında işlenen kasten öldürme ve kasten yaralama suçları açısından, belirlenen mağdur sayısına gerçek içtima hükümleri uygulanır.

3- Bu suçlardan dolayı tüzel kişiler hakkında da güvenlik tedbirine hükmolunur.

4- Bu suçlardan dolayı zamanaşımı işlemez.

Öğretide, planlama unsuru olmaksızın soykırım suçunun işlenmesinin fiilen mümkün olmadığı belirtilmiştir. Tezcan/Erdem/ Önok, *Ceza Özel Hukuku*, s. 65.

¹³¹ İçinde bulunulan durumun Roma Statüsü'nün oluşturduğu tüm yargı sistemine zarar verdiği, Mahkeme'nin siyasi yönlendirmelere açık olduğu yönünde şüpheler uyandırdığı belirtilmektedir. Bkz. Paola Gaeta, "Does President Al Bashir Enjoy Immunity from Arrest?", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 7, Iss. 2, 2009, s. 316.

¹³² Prosecutor v. Al Bashir, Case No: ICC-02/05-01/09, Second Warrant of Arrest for Omar Hassan Ahmad Al Bashir, 12.07.2010.

rim suçunun bağımsız bir suç tipi olarak tanınması uzun bir geçmişe dayanmamaktadır. Nazi savaş suçluları dahi soykırım suçundan hüküm giymemişlerdir, zira o dönemde soykırım suçuna ilişkin ayrı bir tartışma söz konusu değildi. Uluslararası aktörler daha ziyade insanlığa karşı suçlar ve savaş suçları üzerine yoğunlaşmışlardı.

Nürnberg Mahkemesi, başta Yahudiler olmak üzere azınlıklara karşı girişilen yok etme eylemlerini insanlığa karşı suç sayarak cezalandırmıştır. O halde soykırım suçunun insanlığa karşı suçların bir alt başlığı olduğu söylenebilir.¹³³ Bugün ayrı kavramlardan bahsediyor olsak da her iki suç tipinin ortak noktaları bulunmaktadır. Öncelikle her iki suç tipi de kitlesel bir nitelik taşımaktadırlar. Bu suçları çok büyük boyutlarda mağduriyet yaratan gayri insani eylemler olarak niteleyebiliriz.¹³⁴ Yine bir diğer benzerlik de bu suçların işlenmesinde ön plana çıkan devlet politikasından kaynaklanmaktadır. Her ne kadar devlet politikasının suçun unsurları arasında yer alıp almadığı tartışmalı olsa da bir organizasyon desteği bu suçların icrasının kolaylaşması bakımından gereklidir.¹³⁵ Devlet, devlet ajanları, sivil toplum örgütleri bu suçların icrasında büyük rol oynamaktadırlar.

Buna karşılık iki suç tipi arasındaki temel fark manevi unsurda kendisini gösterir.¹³⁶ Buna göre soykırım suçu bakımından yasaklanan fiillerin “bir grubu, kısmen veya tamamen ortadan kaldırmak amacıyla” gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Nitekim EYUCM de kararlarında soykırım suçunun manevi unsuruna vurgu yapmaktadır.¹³⁷ Hâlbuki insanlığa karşı suçlar bakımından böyle bir amaçla hareket edilmesi gerekmez.¹³⁸ Yine iki suç tipini birbirinden farklı kılan bir diğer nokta da objektif unsurlara ilişkindir. İnsanlığa karşı suçların ortaya çıkması için sivil nüfusa karşı geniş çaplı veya sistematik bir saldırı bulunması gerekmektedir. Diğer yandan soykırım suçu için saldırının böyle bir nitelik taşıması aranmaz.¹³⁹ Son olarak, iki suç tipi seçimlik

¹³³ Cryer/Friman/Robinson/Wilmshurst, s. 206. Karşı görüş bkz. Köprülü, s. 352.

¹³⁴ Cassese, s. 106.

¹³⁵ Bassiouni, s. 17.

¹³⁶ Aksar, s. 205; Tezcan / Erdem / Önok, Uluslararası Ceza Hukuku, s. 450-453; Cryer/Friman/Robinson/Wilmshurst, s. 206.

¹³⁷ Prosecutor v. Krstic, Case No: IT-98-33-A, Judgement, 19.04.2004, para. 45-54

¹³⁸ Tezcan/Erdem/Önok, Ceza Özel Hukuku, s. 81.

¹³⁹ Köprülü, Soykırım Suçu, s. 353.

hareketlerin çeşitliliği bakımından birbirinden ayrılmaktadır.¹⁴⁰ En güncel uluslararası metin olan Roma Statüsü'ne göre insanlığa karşı suçlara vücut veren seçimlik hareketler on bir başlık altında düzenlenmiştir. Buna karşılık soykırım suçu, kurumun doğmasından bu yana beş seçimlik hareketi bünyesinde barındırmaktadır.

C. CİNSEL ŞİDDETE VÜCUT VEREN SEÇİMLİK HAREKETLER

Soykırım suçu insanların zihnine belirli bir portre getirmektedir. Genel olarak soykırım denildiğinde öldürülmüş, sakat bırakılmış insanlar zihnimizde yer eder. Hâlbuki hukuki metinler geniş bir çerçeveye çizmiş ve bir grubun yok edilmesi sonucunu doğurabilecek hareketleri yasaklama yoluna gitmiştir. Soykırım Sözleşmesi'nin çizdiği bu tablo günümüzde halen kabul görmeye devam etmektedir. Öte yandan uluslararası ceza hukukunun bugün geldiği noktada yasaklanan bu fiillerin soykırım suçunun önüne geçmek için yeterli olmadığı ifade edilmektedir. Cinsel şiddetin de soykırım suçuna vücut veren önemli bir silah olduğu kabul görmeye başlamıştır.¹⁴¹ Cinsel şiddetin korunan grupların parçalanması, sosyal yapının bozulması amacına hizmet ettiği vurgulanmaktadır.¹⁴²

Uluslararası ceza hukukunda böyle bir anlayışın doğması *Akayesu* davasıyla birlikte olmuştur. Bu davada RUCM, Tutsi kadınlarına yönelik cinsel saldırı eylemlerinin etnik bir grubu yok etme amacıyla gerçekleştirildiğini belirtmiş ve soykırım suçunun oluştuğuna hükmetmiştir.¹⁴³ Bu dava bize göstermektedir ki soykırımı dayalı ırza geçmede belli bir gruba ait kadınlar, bir başka gruba ait erkekler tarafından özellikle hedef gözetilmektedirler.¹⁴⁴ Önemle belirtelim ki cinsel şiddet sonunda mağdur hayatını kaybetmese dahi soykırım suçunun oluşması mümkündür. Biz de bu sebeple, aşağıda cinsel şiddetin soykırım suçu olarak kabul edilebileceği halleri tartışmak istiyoruz. Belirtmek gerekir ki biz sadece cinsel şiddet fiillerinin soykırım suçunu

¹⁴⁰ Cassese, s. 107.

¹⁴¹ Köprülü, Soykırım Suçu, s. 151 vd. Aynı yönde bkz. Topal, s. 131.

¹⁴² Mackinnon, Women's Human Rights, s. 12

¹⁴³ Prosecutor v. Akayesu, para. 733, 734.

¹⁴⁴ Sherrie L. Russell-Brown, "Rape as an Act of Genocide", *Berkeley Journal of International Law*, Vol. 21, Iss. 3, 2003, s. 351.

oluşturmaya elverişliliğini tartışmak istiyoruz. Suçun manevi unsuruna ilişkin tartışmalar konumuz sınırlarını aşmaktadır.

1. Irza Geçme

Günümüzde, irza geçmenin insanlığa karşı suç olarak kabul edilmesine yönelik bir tereddüt bulunmamaktadır. 20. yüzyılın başından bu yana irza geçme önce savaş suçu kapsamında, daha sonrasında insanlığa karşı suç kapsamında değerlendirilmeye başlanmıştır.¹⁴⁵ Bununla birlikte soykırım suçunun irza geçme yoluyla işlenmesine yönelik hiçbir hukuki düzenleme bulunmamaktadır. Yapacağımız açıklamalar uluslararası mahkemelerin içtihatlarından ve öğretilerdeki görüşlerden beslenmektedir.

Irza geçme, tek başına bir toplumun yok edilmesi amacına hizmet edebilecek bir cinsel şiddet türü olarak tanınmamaktadır. O halde irza geçmeyi, soykırım suçunun seçimlik hareketlerine sebep olabilecek bir etken olarak ele almak gerekmektedir.¹⁴⁶ Irza geçme “grup üyelerini öldürmek”, “grup üyelerine ciddi fiziksel ve ruhsal zarar vermek” veya “fiziksel olarak kısmen veya tamamen ortadan kaldırmak niyetiyle grubun yaşam koşullarını ağır biçimde kötüleştirmek” amacıyla uygulanabilir. Öncelikle mağdurun irza geçmeyle ağır şekilde yaralanması sonucu yaşamını yitirmesi mümkündür. Ruanda soykırımında Tutsi kadınlarının cinsel saldırıda aldıkları yaralar sonucunda öldükleri ifade edilmektedir.¹⁴⁷ Hayatta kalan mağdurelerin sonu da aynı olmuştur, zira cinsel saldırılar hemen hep öldürme saikiyle gerçekleştirilmiştir. *Akayesu* davasında mahkeme de bu durumu doğrulamaktadır:

“Duruşmalarda tartışılan tanık ifadelerine dayanarak Mahkeme, Taba’daki Tutsi kadınlarının öldürme saikiyle irza geçme mağduru olduklarını tespit etmiştir. Pek çok irza geçme fiili, kadınların öldürülme için götürüldükleri toplu mezarların yakınında gerçekleştirilmiştir. Bir Tutsi kadının ifadesine göre askerler ve köylüler daha sonra infaz etmek için gelip kadınları alacaklarını ifade etmişlerdir. Bir

¹⁴⁵ Russell-Brown, s. 356-360.

¹⁴⁶ Değirmenci, s. 74.

¹⁴⁷ Daniela de Vito, “Rape as Genocide: The Group / Individual Schism”, *Human Rights Review*, Vol. 9, Iss. 3, 2008, s. 376.

toplu tecavüz sonrasında, tanıklardan birisi *Akayesu'nun* 'yarım hepsi öldürülecek' dediğini duymuştur ki öyle de olmuştur. Bu bağlamda, Mahkeme'ye göre ırza geçme ve cinsel şiddetin, tıpkı fiziksel ve ruhsal zarar veren diğer fiiller gibi, Tutsi kadınlarının ölmeden önce acı çekmesini sağlamak ve Tutsi grubunun keskin bir ıstırap içerisinde yok olmasına sebep olmak hedefiyle gerçekleştirildiği açıktır.¹⁴⁸

Soykırımda kullanılan metotlar hem mağdurun yaşamına son vermek hem de onun cinsel özgürlüğünü ihlal etmek amacının güdüldüğünü göstermektedir. Bazı durumlarda ırza geçme doğrudan öldürme amacıyla kullanılmıştır. Ruanda soykırımındaki tanık ifadeleri bu durumu doğrular niteliktedir. Cinsel organ ithal etmek suretiyle gerçekleştirilen ırza geçme öncesinde ve / veya sonrasında mağdurlara yaralayıcı cisimler sokulduğu belirtilmektedir.¹⁴⁹ Sopa, mızrak gibi yaralayıcı cisimlerin mağdurların vajinalarına sokulmasının soykırımda sık sık gerçekleştirilen eylemler olduğu, pek çok mağdurenin bu şekilde yaşamını yitirdiği ifade edilmektedir.

Cinsel saldırının etkin olduğu bir diğer durum da salgın hastalıkların kullanımınıdır. Ruanda Soykırımı boyunca Tutsi kadınlarının özellikle AIDS / HIV virüsü taşıyan Hutu erkeklerinin tecavüzüne uğradığı belirtilmektedir. Gerçekten de soykırım sonrasında yapılan araştırmalara göre ırza geçme suçunun mağdurlarının büyük kısmının HIV pozitif çıktığı bildirilmiştir.¹⁵⁰ Mağdure ve tanık ifadelerine göre failler cinsel saldırıdan sonra "ağır ağır ve acı çekerek öleceksiniz" demişlerdir.¹⁵¹ Bir başka ifadeyle, soykırım fiilen son bulsa da ölümler devam etmiştir. Görüldüğü gibi saik, toplumun yavaş yavaş yok olmasını sağlamaktır. Bu proje son derece organize bir şekilde hayata geçirilmiştir. Öyle ki soykırım sürecinde Ruanda eski hükümeti, hastanelerdeki AIDS hastalarının serbest bırakılması talimatını vermiştir.¹⁵²

¹⁴⁸ Prosecutor v. Akayesu, para. 733.

¹⁴⁹ Christopher W. Mullins, "He Would Kill Me with His Penis': Genocidal Rape in Rwanda as a State Crime", *Critical Criminology*, Vol. 17, Iss. 1, 2009, s. 25.

¹⁵⁰ Lisa Sharlach, "Rape as Genocide: Bangladesh, the Former Yugoslavia, and Rwanda", *New Political Science*, Vol. 22, Iss. 1, 2000, s. 99.

¹⁵¹ Sharlach, s. 99.

¹⁵² Ruanda eski hükümetinin AIDS politikasıyla ilgili detaylı bilgi için bkz. Peter Landesman, *A Woman's Work*, www.nytimes.com/2002/09/15/magazine/a-woman-s-work.html?pagewanted=all, (Erişim Tarihi: 12.10.2016).

Irza geçmenin ortaya çıkabileceği bir diğer hal de "grup içinde doğumları önlemek için tedbirler koymak" şeklinde olabilir. Irza geçme kadın-erkek arasındaki ilişkiyi bozarak toplumun temelini yıkacak bir araç haline getirilmiştir. Cinsel şiddet, toplumun kültürüne bağlı olarak etkin bir silah durumuna gelebilmektedir. Irza geçme vasıtasıyla kadın üzerinden bir millet, kültür aşağılanmaktadır.¹⁵³ Örneğin, Bosna soykırımında Müslüman ve milliyetçi değerlerin etkisiyle, dolaylı olarak toplumu parçalama yoluna gidilmiştir. Özellikle Müslüman toplumlarda mağdurenin damgalandığı, artık "evlenilebilir" bir kadın olarak görülmediği ifade edilmektedir.¹⁵⁴ Pek çok Müslüman toplumda tecavüze uğrayan kadın kirli, istenmeyen ve hatta öldürülmesi gereken olarak görülmektedir.¹⁵⁵ Böylelikle grup içinde evliliklerin ve dolayısıyla toplumun üremesinin önüne geçilmektedir.

Son olarak belirtelim ki ırza geçmenin bir başka boyutu da doğumların sona erdirilmesinde oynadığı roldür. Esas itibarıyla ırza geçmenin bu etkisi birden fazla boyutta karşımıza çıkar. Öncelikle yukarıda belirtildiği gibi tecavüz mağduru kadın kirlenmiş, evlenmeye uygun olmayan olarak görülecektir. Bu bakımdan evliliklerin önlenmesi yoluyla dolaylı olarak doğumların da engellendiği söylenebilir.¹⁵⁶ Yine cinsel saldırının mağdurede yarattığı fiziksel ve psikolojik hasar

¹⁵³ Sancar, s. 68.

¹⁵⁴ Mullins, s. 18. Bu anlayışın bir yansıması 765 sayılı Eski TCK'nın 434. maddesinde kendisini göstermekteydi. İlgili madde kız kaçırma hallerinde mağdur ile failin evlenmesini cezanın infazını erteleyen bir hal olarak düzenlemişti. Yargıtay içtihatları maddenin kaleme alınmasında rol oynayan anlayışı göstermektedir: "Mahza maznunu mağdure ile evlenmeye teşvik düşüncesine ve evlenme vuku bularak namusu ihlal edilen kız veya kadına bu suretle en büyük telafi sebebi sağlandıktan sonra, kurulmuş olan ailenin huzur ve sükûnunu ihlal etmemek ve ceza takibatı dolayısıyla bunları birbirinden ayırmamak gibi maksatlara dayanan bu hüküm, maddenin metninden de açıkça anlaşıldığı veçhile, mutlak ve hudutsuz olmayıp, evlenmenin icra edildiği tarih itibarıyla bir takyide tabi tutulmuş bulunmaktadır." Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı, 20.05.1957, E. 23/15, aktaran Vural Savaş/Sadık Mollamahmutoglu, Türk Ceza Kanununun Yorumu Cilt 3, Seçkin Yay., Ankara 1995, s. 3912. Ayrıca bkz. Sancar, s. 132-141.

¹⁵⁵ Jonathan M. H. Short, "Sexual Violence as Genocide: The Developing Law of the International Criminal Tribunals and the International Criminal Court", *Michigan Journal of Race & Law*, Vol. 8, 2003, s. 509; Jocelyn Campanaro, "Women, War, and International Law: The Historical Treatment of Gender-Based War Crimes", *The Georgetown Law Journal*, Vol. 89, Iss. 8, 2001, s. 2572

¹⁵⁶ Değirmenci, s. 75; Todd A. Salzman, "Rape Camps as a Means of Ethnic Cleansing: Religious, Cultural, and Ethical Responses to Rape Victims in the Former Yugoslavia", *Human Rights Quarterly*, Vol. 20, Iss. 2, 1998, s. 376.

doğurganlığın kaybedilmesinde etkili olabilir. Özellikle mağdurenin gördüğü fiziksel zarar üreme kabiliyetinin yitirilmesinde büyük rol oynar.¹⁵⁷ Ayrıca RUCM'nin tespit ettiği üzere travma yaşamış mağdurenin doğum yapmayı reddetmesi ve dolaylı olarak grup içindeki doğumların engellenmiş olması mümkündür.¹⁵⁸ Üçüncü bir durum olarak da mağdurenin fail tarafından hamile bırakılması düşünülebilir. Bu halde, mağdurenin biyolojik olarak bir süre tekrar gebe kalması mümkün olmadığından doğurganlığın kontrol altına alınması amacı gerçekleşmiş olur.

2. Zorla Hamile Bırakma

Olağanüstü dönemlerde başvuru olan bir yöntem olan zorla hamile bırakmanın insanlığa karşı suçlar içerisindeki yeri yukarıda tartışıldı. Öte yandan zorla hamile bırakma, soykırıma vücut verebilecek bir cinsel suç olarak da karşımıza çıkmaktadır. Yok edilmek istenen grubun kadınlarının zorla hamile bırakılması, grup içerisindeki doğumların önlenmesi amacına hizmet edecektir. Ancak zorla hamile bırakma yönteminin taşıdığı bir diğer amaç failin soyunun devamını sağlamaktır.¹⁵⁹

Bilimsel olarak, doğan çocuğun anne ve babanın genlerinin bir sonucu olduğuna şüphe yoktur. Bu durumda zorla hamile bırakmanın soykırım türü olduğunu kabul etmek mümkün müdür? Her ne kadar bilimsel gerçekler farklı olsa da kültürel değerler bir çocuğu annesinden gelen genlerden ayrı değerlendirebilmektedir. İşte bu durum Balkanlardaki iç savaş sırasında etkin bir silah olarak kendisini göstermiştir. Balkanlardaki Müslüman gruplarda gerek ulusal kültürün, gerekse İslam Hukukunun etkisiyle doğan çocuğun etnik kökeni babaya göre belirlenmektedir.¹⁶⁰ Bu nedenle cinsel saldırı sonucu hamile kalan kadının dünyaya getirdiği çocuk Müslüman kabul edilmemektedir. Görüldüğü gibi zorla hamile bırakma yoluyla hem hedef

¹⁵⁷ Salzman, s. 376.

¹⁵⁸ Prosecutor v. Akayesu, para. 508.

¹⁵⁹ Allen, s. 95 vd.

¹⁶⁰ Arden B. Levy, "International Prosecution of Rape in Warfare: Nondiscriminatory Recognition and Enforcement", *UCLA Women's Law Journal*, Vol. 4, Iss. 2, 1994, s. 265; Anne M. Hoefgen, "There Will Be No Justice Unless Women Are Part of That Justice: Rape in Bosnia, the ICTY and 'Gender Sensitive' Prosecution", *Wisconsin Women's Law Journal*, Vol. 14, 1999, s. 161, 162; Sharlack, s. 100.

gözetilen toplum yok edilmekte, hem de saldırıyı gerçekleştirenlerin soyunun devamı sağlanmaktadır.¹⁶¹

Yugoslavya iç savaşında Bosnalı kadınlara karşı gerçekleştirilen zorla hamile bırakma hallerinin son derece planlı şekilde gerçekleştirildiği söylenebilir. Bu kadınlar genellikle “tecavüz kampı” olarak adlandırılan kamplarda aylarca cinsel ve fiziksel şiddete maruz kalmışlardır. Söz konusu kamplardaki esas amaç kadınları hamile bırakarak Sırp soyunun devamını sağlamaktır.¹⁶² Her yaştan (6-80) kadınların ve kız çocuklarının zaman ve mekân ayrımı gözetilmeksizin ırza geçmeye maruz kaldığı ifade edilmektedir. Irza geçme suçunun mağdureleri, hamile oldukları kesinleşene ve kürtaj için gereken süre geçirilene dek hapsedilmekteydi.¹⁶³ Bu şekilde hamile kalan Bosnalı kadınların sayısının 35.000’den fazla olduğu ifade edilmektedir. Bu rakam yürütülen sistemli kampanyanın bir sonucudur, zira failer hamile kadınların sağlıklı beslenmelerine dahi özel önem vermişlerdir.¹⁶⁴ Yine kimi tanıkların ifadeleri sistematik yapıyı göstermektedir:

“Sınıflardan bir tanesine bir jinekolog geldi... Sadece genç kadınların doktoru görmesine izin veriliyordu. Bence hamile olup olmadığımızı kontrol ediyorlardı, çünkü doktor ne zaman birimizin hamile olmadığını söylese Sırp biri gelip neden hamile değilsin diye soruyordu. Bence bizi çocuk doğurmaya zorlayıp ölene kadar damgalamak istiyorlardı.”¹⁶⁵

Son olarak belirtmek gerekir ki konuya ilişkin pek çok tanık beyanı uluslararası mahkemeler önünde tartışılmıştır. Bunlardan *Kunarac* kararındaki tanık beyanlarından yola çıkarak iç savaş boyunca faaliyette kalan “tecavüz kampları” gerçeği daha net görülebilir. Evlerin, apartman dairelerinin, spor salonlarının ve hatta okulların, ırza geçme amacıyla mağdurelerin hapis tutulduğu merkezler olduğu belir-

¹⁶¹ Levy, s. 266; Campanaro, s. 5271

¹⁶² Salzman, s. 364.

¹⁶³ Allen, s. 95.

¹⁶⁴ Catherine N. Niarchos, “Women, War and Rape: Challenges Facing the International Tribunal for the Former Yugoslavia”, *Human Rights Quarterly*, Vol. 17, Iss. 4, 1995, s. 657.

¹⁶⁵ Anne Tierney Goldstein, *Recognizing Forced Impregnation as a War Crime Under International Law*, Center for Reproductive Law & Policy, New York 1993, s. 218, 219.

tilmektedir.¹⁶⁶ Fiziksel ve cinsel şiddetin bu merkezlere gelmeden çok önce başladığı, hapis süresince devam ettiği ifade edilmektedir. Zaten zayıf olan yaşam koşullarının bazı kamplarda çok daha beter olduğu vurgulanmaktadır. Irza geçmenin sıradan bir şey olduğu, diğer tut-sakların ve çocukların önünde dahi gerçekleştirildiği söylenmektedir.

3. Cinsel Şiddet Soykırım Şekli Olarak Tanınmalı Mı?

Yapılan tüm bu açıklamalardan sonra cinsel şiddet fiillerinin soykırım suçunu oluşturmaya elverişli olduğu söylenebilir. Hal böyle olmakla birlikte cinsel şiddetin pozitif düzenlemelerde soykırım şekli olarak yer almasının gerekliliğine yönelik tartışmalar bulunmaktadır. Uluslararası hukukçular görüş birliği oluşturamamışlardır. Biz de anlaşmazlığın iki tarafına yönelik bilgi vermeye çalışacağız.

Cinsel şiddet fiillerinin, soykırım suçunu oluşturan haller arasında tanınmasını savunanların başında *Mackinnon* gelmektedir.¹⁶⁷ Ona göre kadınlara karşı cinsel şiddet, erkeklerin çatışma ve savaş ortamlarında uyguladığı sıradan bir olgudur. Savaşın her iki tarafı da erkek egemenliğinin bir göstergesi olarak kadına karşı cinsel şiddet uygulamaktadır. Fakat *Mackinnon* soykırıma yönelik cinsel şiddetin farklı bir amaç güttüğünü, bu sebeple ayrı başlık altında ele alınması gerektiğini belirtir. Balkanlarda Müslüman ve Hırvat kadınlar diğer kadınların iki katı cinsel şiddete maruz kalmışlardır. Bu, gözetilen ayrımcı politikanın bir ürünüdür ve ayrı bir başlık altında ele alınmalıdır. Kadına karşı her türlü cinsel şiddetin dikkate alınması gerektiğine şüphe duyulamaz. Ancak burada bahsi geçen cinsel şiddet, erkek gücünün tatmininin yanında, etnik ve/veya ırksal bir politika da taşımaktadır.

Soykırım suçuna vücut verebilecek seçimlik hareketler arasında cinsel şiddet fiillerinin kabul edilmesine yönelik bir diğer gerekçe de uluslararası farkındalıktır. Öğretide devletlerin insanlığa karşı suçlara müdahale etmekte isteksiz kaldıkları, ancak soykırım suçunun oluştuğunu düşündükleri durumlarda müdahale ettikleri belirtilmekte-

¹⁶⁶ Prosecutor v. Kunarac, Case No. IT-96-23-T & IT-96-23/1-T, Judgement, 22.02.2001, para. 28-39.

¹⁶⁷ Catharine A. Mackinnon, "Crimes of War, Crimes of Peace", *UCLA Women's Law Journal*, Vol. 4, Iss. 1, 1993, s. 65, 66.

dir.¹⁶⁸ Gerçekten de örneğin, yaşanan kıyımların soykırım boyutuna ulaştığı açıkça ortaya çıkana değin tüm dünya Ruanda soykırımını izlemiştir. Cinsel şiddetin soykırım türü olarak tanınması halinde uluslararası müdahalenin geleceği ve sivillerin mağduriyetinin önüne geçileceği düşünülmektedir.

Öncelikle belirtelim ki *Mackinnon*'un görüşü doğru olmakla birlikte eksik kalmaktadır. O, gerçekleştirilen cinsel şiddeti sadece kadınları dikkate alarak değerlendirmektedir. Hiç şüphesiz cinsel suçların en büyük mağduru kadınlardır, ancak diğer bireylerin de bu suçun mağduru olabileceği göz önünde bulundurulmalıdır. Erkeklerin ve eşcinsel bireylerin mağduru olduğu suçlar göz ardı edilmektedir. Bu sebeple söz konusu suçlar cinsiyet temelinde değil, cinsel şiddet temelinde değerlendirmelidir.¹⁶⁹ Gerçekten, cinsiyete dayalı açıklamalardan kaçınılması daha kapsayıcı olacaktır. Bugün, uluslararası örgütler silahlı çatışmalara dair yayımladıkları raporlarda erkeklerin uğradığı cinsel şiddete de geniş yer ayırmaktadırlar.¹⁷⁰

Son olarak, cinsel şiddetin soykırım kapsamında bağımsız bir suç tipi olarak tanınmasının uluslararası farkındalık yaratacağına ilişkin görüşe katılmadığımızı belirtmek istiyoruz. Her şeyden önce uluslararası güçlerin kadın haklarına özel bir önem verdiğini söylemek güçtür. Öyle ki cinsel suçların farkındalığının sağlanabilmesi ancak Yugoslavya'da yaşanan olaylardan sonra mümkün olabilmiştir. Cinsel şiddetin bugün geldiği noktaya ulaşması yüz yıldan fazla bir süre gerektirmiştir. Yine ayrıca belirtmek gerekir ki kitlesel ölümlere dahi sessiz kalan uluslararası aktörlerin cinsel şiddet sebebiyle harekete geçmesini beklemek gerçekçi görünmemektedir. Ruanda'da yaklaşık bir milyon insan hayatını kaybederken Birleşmiş Milletler ve ABD gibi önemli güçler hiçbir müdahalede bulunmamışlardır.¹⁷¹ Tüm bu gerek-

¹⁶⁸ Alexandra A. Miller, "From the International Criminal Tribunal for Rwanda to the International Criminal Court: Expanding the Definition of Genocide to Include Rape", *Penn State Law Review*, Vol. 108, Iss. 1, 2004, s. 362, 363; Margaret A. Lyons, "Hearing the Cry without Answering the Call: Rape, Genocide, and the Rwandan Tribunal", *Syracuse Journal of International Law & Commerce*, Vol. 28, 2001, s. 121.

¹⁶⁹ C. P. M. Cleiren/Melanie E. M. Tijssen, "Rape and Other Forms of Sexual Assault in the Armed Conflict in the Former Yugoslavia: Legal, Procedural, and Evidentiary Issues", *Criminal Law Forum*, Vol. 5, Iss. 2-3, 1994, s. 474.

¹⁷⁰ Sivakumaran, s. 275.

¹⁷¹ Bu konuya ilişkin detaylı bilgi için bkz. Michael Barnett, *Eyewitness to a Genoci-*

çelerimize rağmen cinsel şiddetin soykırım kapsamında değerlendirilmesi gerektiğine inanıyoruz. Cinsel kimlik ayrımı yapmaksızın her bireyin cinsel şiddet mağduru olabileceğini gözeterek yapılacak bir düzenleme yerinde olacaktır.

IV. SONUÇ

Kitlesel insan hakları ihlalleri insanlık tarihi boyunca süregelen bir gerçek olarak karşımızda durmaktadır. Yüzlerce yıl önce gerçekleşenler bir yana, II. Dünya Savaşı'nda işlenen korkunç suçlar dahi insanlığın ders almasını sağlayamamıştır. Yakın zaman acı örneklerle dolu olsa da vahim olaylar yaşanmaya devam etmektedir ve edecektir. Bu insanlık dışı eylemlerin bir boyutu da cinsel şiddettir. Uzun yıllar göz ardı edilen, konuşulmak istenmeyen cinsel şiddet, artık devletlerin görmekten kaçamadığı bir olgu olarak önümüzde durmaktadır.

Bugün, cinsel şiddetin uluslararası alanda cezalandırmasına yönelik büyük ilerleme kaydedildiği bir gerçektir. 20. yüzyılın başında ırza geçme dahi ayrı bir suç tipi olarak kabul görmezken bugün cezalandırılabilir cinsel fiillerin kapsamı oldukça genişlemiştir. Özellikle insanlığa karşı suçlar kapsamındaki cinsel şiddetin cezalandırılması yönünde kaydedilen ilerleme önemlidir. Öncelikle *ad hoc* mahkemeler bu yolu açmıştır. Söz konusu mahkemeler radikal yorumlar yoluyla statülerindeki suç tanımlarını geniş yorumlamış ve insancıl hukukun gelişmesine yardımcı olmuşlardır. Bu mirası devralan Roma Statüsü, cezalandırılabilir cinsel şiddet fiillerinin sayısını artırmış ve hatta benzer ağırlıktaki eylemleri de yasaklamıştır.

Cinsel şiddetin cezalandırılması bakımından soykırım suçuna yönelik de gelişmeler yaşanmıştır. Bugün halen hiçbir uluslararası metinde, cinsel şiddet halleri soykırım suçuna vücut verebilecek birer seçimlik hareket olarak öngörülmemektedir. Buna karşılık gerek uluslararası mahkemelerin içtihatları gerekse öğreti farklı yönde gelişme göstermektedir. 1998 yılında ırza geçme soykırım suçuna sebep olabilecek bir hal olarak cezalandırılmıştır. Bu içtihattan güç alan öğreti de pek çok ihtimali tartışmaya başlamıştır. Örneğin, zorla hamile bırakmanın grup içerisinde doğumları engellemeye yönelik bir fiil ol-

duğuna şüphe duymamak gerekir. Bu sebeple inanıyoruz ki gelecekte uluslararası aktörler bu konuya ilişkin düzenleme yapacaklardır.

Sonuç olarak, insanlık vahim ihlallerin önlenmesi konusunda sınıfta kalmıştır. Esas olması gereken devletlerin bu tür kitlesel ihlallere yönelmesini engelleyecek evrensel barışın sağlanmasıdır. Bu durum yakın gelecekte imkânsız görüldüğüne göre bize düşen en azından bu kitlesel ihlalleri cezalandırılabilir kılmaktır. Bugün uluslararası mahkemeler bu amaca kısmen ulaşabilmiştir. Ancak, henüz yolun başında olduğumuz ve tatmin edici kararlar için çok çalışmamız gerektiği aşikârdır.

Kaynakça

- Aksar Yusuf, *Implementing International Humanitarian Law: From the Ad Hoc Tribunals to a Permanent International Criminal Court*, Routledge Press, London 2004.
- Allen Beverly, *Rape Warfare: The Hidden Genocide in Bosnia-Herzegovina and Croatia*, University of Minnesota Press, London 1996.
- Baade Hans W., "The Eichmann Trial: Some Legal Aspects", *Duke Law Journal*, 1961, s. 400-420.
- Balthazar Sita, "Gender Crimes and the International Criminal Tribunals", *Gonzaga Journal of International Law*, Vol. 10, Iss. 1, 2006-2007, s. 43-48.
- Barnett Michael, *Eyewitness to a Genocide: The United Nations and Rwanda*, Cornell University Press, Ithaca 2003.
- Bassiouni M. Cherif, *Crimes Against Humanity: Historical Evolution and Contemporary Application*, Cambridge University Press, New York 2011.
- Boon Kristen, "Rape and Forced Pregnancy Under the ICC Statute: Human Dignity, Autonomy, and Consent", *Columbia Human Rights Law Review*, Vol. 32, 2001, s. 625-675.
- Brownmiller Susan, *Against Our Will: Men, Women and Rape*, Fawcett Columbine Books, New York 1975.
- Campanaro Jocelyn, "Women, War, and International Law: The Historical Treatment of Gender-Based War Crimes", *The Georgetown Law Journal*, Vol. 89, Iss. 8, 2001, s. 2557-2592.
- Campbell Kirsten, "The Trauma of Justice: Sexual Violence, Crimes Against Humanity and the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia", *Social & Legal Studies*, Vol. 13, Iss. 3, 2004, s. 329-350.
- Carpenter Robyn Charli, "Force Maternity: Children's Rights and the Genocide Convention", *Journal of Genocide Research*, Vol. 2, Iss. 2, 2000, s. 213-244.
- Cassese Antonio, *International Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford 2003.

- Cavallaro Rosanna, "A Big Mistake: Eroding the Defense of Mistake of Fact about Consent in Rape", *Journal of Criminal Law and Criminology*, Vol. 86, Iss. 3, 1996, s. 815-860.
- Chinkin Christine, "Rape and Sexual Abuse of Women in International Law", *European Journal of International Law*, Vol. 5, 1994, s. 326-341.
- Cho Seo-Young/Dreher Axel/Neumayer Eric, "Does Legalized Prostitution Increase Human Trafficking?", *World Development*, Vol. 41, 2013, s. 67-82.
- Clapham Andrew, *Human Rights: A very Short Introduction*, Oxford University Press, New York 2007.
- Cleiren C. P. M./Tijssen Melanie E. M., "Rape and Other Forms of Sexual Assault in the Armed Conflict in the Former Yugoslavia: Legal, Procedural, and Evidentiary Issues", *Criminal Law Forum*, Vol. 5, Iss. 2-3, 1994, s. 471-506.
- Cole Alison, "International Criminal Law and Sexual Violence: An Overview", in *Rethinking Rape Law: International and Comparative Perspectives*, Routledge Press, New York 2010, s. 47-60.
- Cryer Robert, *Prosecuting International Crimes: Selectivity and the International Criminal Law Regime*, Cambridge University Press, New York 2005.
- Cryer Robert/Friman Hakan/Robinson Darryl / Wilmshurst Elizabeth, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, Cambridge University Press, New York 2010.
- de Brouwer Anne-Marie L. M., *Supranational Criminal Prosecution of Sexual Violence: the ICC and the Practice of the ICTY and the ICTR*, Intersentia Press, Oxford 2005.
- deGuzman Margaret M., "Crimes Against Humanity", in *Routledge Handbook of International Criminal Law*, Routledge Press, Oxon 2011, s. 121-138.
- Değirmenci Olgun, "Uluslararası Suç Olarak Kadına Karşı Cinsel Şiddet Eylemleri", *TBB*, S. 89, 2010, s. 27-95.
- de Vito Daniela, "Rape as Genocide: The Group/Individual Schism", *Human Rights Review*, Vol. 9, Iss. 3, 2008, s. 361-378.
- Ellis Mark, "Breaking the Silence: Rape as an International Crime", *Case Western Reserve University's Journal of International Law*, Vol. 38, 2006-2007, s. 225-247.
- Gaeta Paola, "Does President Al Bashir Enjoy Immunity from Arrest?", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 7, Iss. 2, 2009, s. 315-332.
- Geras Norman, *Crimes Against Humanity: Birth of a Concept*, Manchester University Press, Manchester 2011.
- Goldstein Anne Tierney, *Recognizing Forced Impregnation as a War Crime Under International Law*, Center for Reproductive Law & Policy, New York 1993.
- Gong-Gershowitz Jennifer, "Forced Marriage: A 'New' Crime Against Humanity?", *Northwestern Journal of International Human Rights*, Vol. 8, Iss. 1, 2009, s. 53-76.
- Hafizoğulları Zeki/Özen Muharrem, *Türk Ceza Hukuku: Özel Hükümler – Kişilere Karşı Suçlar*, US-A Yay., Ankara 2015.

- Hisakazu Fujita, "The Tokyo Trials Revisited", in *The Legal Regime of The International Criminal Court: Essays in Honour of Professor Igor Blishchenko*, Martinus Nijhoff Publishers, Brill 2008, s. 23-50.
- Hoefgen Anne M., "'There Will Be No Justice Unless Women Are Part of That Justice:' Rape in Bosnia, the ICTY and 'Gender Sensitive' Prosecution", *Wisconsin Women's Law Journal*, Vol. 14, 1999, s. 155-180.
- Kiernan Ben, "The First Genocide: Carthage, 146 BC", *Diogenes*, Vol. 51, Iss. 3, August 2004, s. 27-39.
- Köprülü Timuçin, *Uluslararası ve Ulusal Ceza Hukukunda Soykırım Suçu*, Ankara 2008 (Yayınlanmamış Doktora Tezi).
- Köprülü Timuçin, "Uluslararası Ceza Hukukunda Bir Cinsel Şiddet Örneği: Cinsel Kölelik ve Kadınlar", *Güncel Hukuk*, Kasım 2014.
- Krammer Arnold, *War Crimes, Genocide, and the Law - A Reference Handbook*, Praeger Publication, California 2010.
- Lemkin Raphael, *Axis Rule in Occupied Europe: Laws of Occupation, Analysis of Government, Proposals, for Redress*, Carnegie Endowment for International Peace, Washington 1944.
- Levy Arden B., "International Prosecution of Rape in Warfare: Nondiscriminatory Recognition and Enforcement", *UCLA Women's Law Journal*, Vol. 4, Iss. 2, 1994, s. 255-298.
- Lyons Margaret A., "Hearing the Cry Without Answering the Call: Rape, Genocide, and the Rwandan Tribunal", *Syracuse Journal of International Law & Commerce*, Vol. 28, 2001, s. 99-124.
- Mackinnon Catharine A., "Crimes of War, Crimes of Peace", *UCLA Women's Law Journal*, Vol. 4, Iss. 1, 1993, s. 59-86.
- Mackinnon Catharine A., "Rape, Genocide and Women's Human Rights", *Harvard Women's Law Journal*, Vol. 17, 1994, s. 5-16.
- Mackinnon Catharine A., "Defining Rape Internationally: A Comment on Akayesu", *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 44, Iss. 3, 2005-2006, s. 940-958.
- Markovic Milan, "Vessels of Reproduction: Forced Pregnancy and the ICC", *Michigan State Journal of International Law*, Vol. 16, 2007, s. 439-458.
- Marks Stephen P., "Medical Experimentation", in *Encyclopedia of Genocide and Crimes Against Humanity 2*, Thomson Gale Press, Farmington Hills 2005, s. 669-675.
- McCormack Timothy L. H., "From Sun Tzu, to the 6th Committee: The Evolution of an International Criminal Law Regime", in *The Law of War Crimes: National and International Approaches*, Kluwer Law International, Hague 1997, s. 31-63.
- McGoldrick Dominic/Rowe Peter/Donnelly Eric, *The Permanent International Criminal Court: Legal and Policy Issues*, Hart Publishing, Oregon 2004.
- Miller Alexandra A., "From the International Criminal Tribunal for Rwanda to the International Criminal Court: Expanding the Definition of Genocide to Include Rape", *Penn State Law Review*, Vol. 108, Iss. 1, 2004, s. 349-373.
- Mitchell David S., "The Prohibition of Rape in International Humanitarian Law as a

- Norm of Jus Cogens: Clarifying the Doctrine", *Duke Journal Law of Comparative & International Law*, Vol. 15, Iss. 2, 2005, s. 219-257.
- Mullins Christopher W., "He Would Kill Me with His Penis: Genocidal Rape in Rwanda as a State Crime", *Critical Criminology*, Vol. 17, Iss. 1, 2009, s. 15-33.
- Niarchos Catherine N., "Women, War and Rape: Challenges Facing the International Tribunal for the Former Yugoslavia", *Human Rights Quarterly*, Vol. 17, Iss. 4, 1995, s. 651-690.
- O'Brien Melanie, "Don't Kill Them, Let's Choose Them as Wives: the Development of the Crimes of Forced Marriage, Sexual Slavery and Enforced Prostitution in International Criminal Law", *The International Journal of Human Rights*, October 2015, s. 1-21.
- Onyango Monica Adhiambo/Hampanda Karen, "Social Constructions of Masculinity and Male Survivors of Wartime Sexual Violence: An Analytical Review", *International Journal of Sexual Health*, Vol. 23, Iss. 4, 2011, s. 237-247.
- Robinson Darryl, "Defining 'Crimes Against Humanity' at the Rome Conference", *The American Journal of International Law*, Vol. 93, Iss. 1, 1999, s. 43-57.
- Rothenberg Daniel, "Genocide", in *Encyclopedia of Genocide and Crimes Against Humanity 1*, Thomson Gale Press, Farmington Hills 2005.
- Russell-Brown Sherrie L., "Rape as an Act of Genocide", *Berkeley Journal of International Law*, Vol. 21, Iss. 3, 2003, s. 350-374.
- Salzman Todd A., "Rape Camps as a Means of Ethnic Cleansing: Religious, Cultural, and Ethical Responses to Rape Victims in the Former Yugoslavia", *Human Rights Quarterly*, Vol. 20, Iss. 2, 1998, s. 348-378.
- Sancar Türkan Yalçın, *Türk Ceza Hukukunda Kadın*, Seçkin Yay., Ankara 2013.
- Savaş Vural/Mollamahmutoglu Sadık, *Türk Ceza Kanununun Yorumu Cilt 3*, Seçkin Yay., Ankara 1995.
- Schabas William A., *Genocide in International Law: The Crimes of Crimes*, Cambridge University Press, Cambridge 2003.
- Schabas William A., *An Introduction to the International Criminal Court*, Cambridge University Press, Cambridge 2007.
- Schabas William A., "Victor's Justice: Selecting 'Situations' at the International Criminal Court", *John Marshall Law Review*, Vol. 43, Iss. 3, 2010, s. 535-552.
- Schiff Benjamin N., *Building the International Criminal Court*, Cambridge University Press, New York 2008.
- Sharlach Lisa, "Rape as Genocide: Bangladesh, the Former Yugoslavia, and Rwanda", *New Political Science*, Vol. 22, Iss. 1, 2000, s. 89-102.
- Short Jonathan M. H., "Sexual Violence as Genocide: The Developing Law of the International Criminal Tribunals and the International Criminal Court", *Michigan Journal of Race & Law*, Vol. 8, 2003, s. 503-527.
- Sivakumaran Sandesh, "Sexual Violence Against Men in Armed Conflict", *The European Journal of International Law*, Vol. 18, Iss. 2, 2007, s. 253-276.
- Skjelsbaek Inger, *The Political Psychology of War Rape: Studies From Bosnia and Herzegovina*, Routledge Press, New York 2012.

- Slater Rachel, "Gender Violence or Violence Against Women? The Treatment of Forced Marriage in the Special Court for Sierra Leone", *Melbourne Journal of International Law*, Vol. 13, 2012, s. 1-42.
- Tanaka Yuki, *Japan's Comfort Women: Sexual Slavery and Prostitution during World War II and the US Occupation*, Routledge Press, London 2002.
- Tezcan Durmuş/Erdem Mustafa Ruhan/Önok R. Murat, *Uluslararası Ceza Hukuku*, Seçkin Yay., Ankara 2014.
- Tezcan Durmuş/Erdem Mustafa Ruhan/Önok R. Murat, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, Seçkin Yay., Ankara 2016.
- Topal Ahmet Hamdi, *Uluslararası Ceza Yargılamalarında Cinsel Suçlar*, On İki Levha Yay., İstanbul 2009.
- Weiner Phillip, "The Evolving Jurisprudence of the Crime of Rape in International Criminal Law", *Boston College Law Review*, Vol. 54, Iss. 3, 2013, s. 1207-1237.
- İnternet Kaynakları
- Landesman Peter, *A Woman's Work*, www.nytimes.com/2002/09/15/magazine/a-woman-s-work.html?pagewanted=all, (Erişim tarihi: 12.10.2016).
- McDougall Gay J., *Systematic Rape, Sexual Slavery and Slavery-like Practices during Armed Conflict*, www1.umn.edu/humanrts/demo/ContemporaryformsofSlavery_McDougall.pdf, (Erişim Tarihi: 12.10.2016).
- NTV, *Japonya 'Sek Kölesi' Yaptığı Kadınlara Tazminat Verecek*, www.ntv.com.tr/dunya/japonya-seks-kolesi-yaptigi-kadinlara-tazminat-verecek,pKyJvPqV9kSl0vS4PJ9YEw, (Erişim Tarihi: 11.10.2016).
- World Health Organization, *Eliminating Forced, Coercive and Otherwise Involuntary Sterilization: An Interagency Statement*, www.unaids.org/sites/default/files/media_asset/201405_sterilization_en.pdf, (Erişim tarihi: 12.10.2016).

ANAYASA MAHKEMESİNE BİREYSEL BAŞVURUDA 'TEDBİR' 'INTERIM MEASURE' IN INDIVIDUAL APPLICATION TO THE CONSTITUTIONAL COURT

Gonca EROL*

Özet: Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda tedbir, bir yandan başvurudaki tarafların hak ve çıkarlarını koruyan, diğer yandan ise mahkemenin vereceği kararın etkinliğini güvence altına alan ve böylece bireysel başvuru yolunun işlevselliğine katkı sunan bir araçtır. Bu bakımdan hak ve özgürlüklerin korunmasında önemli bir role sahiptir. Bu çalışmada, tedbir aracının niteliği ve amaçlarından hareketle, ilgili mevzuat ve tedbir mekanizmasının dört yıllık uygulaması incelenmektedir. Makalede, gerekli görülen yerlerde, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin tedbire ilişkin uygulamasına da değinilmektedir. Ancak amaç tedbir konusunda kapsamlı bir AİHM-AYM karşılaştırması yapmak değildir. Amaç AYM'nin tedbire ilişkin dört yıllık uygulamasını incelemek ve değerlendirmektir.

Dört ana başlık altında yapılan incelemede öncelikle tedbirin niteliği ve amaçlarının neler olduğu ele alınmaktadır. İkinci başlık altında ise tedbirin amaçlarından hareketle tedbir kararının verilmesi için gereken şartların neler olduğu araştırılmaktadır. Üçüncü başlık tedbir usulünü incelemekte ve bu incelemede, hem yürürlükteki mevzuatı hem de pratik uygulamayı gözden geçirmektedir. Bu bölümde, özellikle, Anayasa hükmü, 6216 sayılı Yasa düzenlemesi ve AYM içtüzüğü arasındaki çelişkiler ve eleştiri konusu edilen hususların uygulamadaki yansımaları araştırılmaktadır. Son başlık altında ise tedbir kararının içeriği ve infazı ile ilgili belli başlı konulara değinilmektedir.

Anahtar Kelimeler: Bireysel Başvuru, Tedbir, Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü, Yaşam Hakkı, Maddi ve Manevi Bütünlüğü Koruma Hakkı

Abstract: Interim measures in individual applications to Constitutional Court (AYM) is an instrument that protects, on one hand, the rights and interests of the parties of a case, on the other hand, that ensures the efficiency of the decisions of the court on the merits and thus that contributes the functionality of the individual application system. In this regard, it has an important role in protecting fundamental rights and freedoms. This article analyzes applicable law and four-year application of the interim measure mechanism with reference to its nature and purposes. In this article, it is also mentioned, where necessary, about the applications on interim measures of the European Court of Human Rights (ECHR). The main purpose, howe-

* Araştırma Görevlisi, Galatasaray Üniversitesi SBE, goncaerol79@gmail.com.

ver, is not to make a comprehensive comparison between practices of AYM and of ECHR. The purpose is to review and analyze the four-year practice of AYM regarding interim measures.

In the review which is made under four basic titles, it is discussed, firstly, the nature and purposes of the interim measure. Under the second title, with reference to the purposes of the instrument, it is looked into what the requirements are to grant interim measure. Third title examines the procedure of the interim measure and, in this examination, looks into both applicable law and its practice. In this part, the contradictions between the related constitutional provision are reviewed and Law no.6216 provisions and internal rules of the constitutional court and the reflections of the issues are criticized on practices. Under the last title, the specific issues related to the content of the interim measure decisions and their enforcement are mentioned.

Keywords: Individual Application, Interim Measure, Internal Rules of the Constitutional Court, Right to Life, Right to Protect Corporeal and Spiritual Integrity

GİRİŞ

Anayasa Mahkemesi'ne (AYM) bireysel başvuru usulünün görece yeni bir usul olmasının da bir sonucu olarak, bireysel başvuruda tedbir uygulaması birtakım soru işaretlerini ve belirsizlikleri hala içerisinde barındırmaktadır. Açığı ki, bu soru işaretleri büyük ölçüde, AYM'nin kuracağı istikrarlı içtihatlarla ortadan kaldırılacaktır. Bu çalışmanın da amacı, oluşmakta olan tedbir uygulamasına dair içtihadı, mahkemenin dört yıllık uygulaması ekseninde incelemek ve bireysel başvuruda tedbir aracının kullanımına ve etkinliğine dair bir genel değerlendirme yapmaktır.

AYM'ye bireysel başvuru usulü öncelikle, temel hak ve özgürlüklerin daha iyi biçimde korunmasını güvence altına almanın bir yolu olarak anayasal sistemimize dâhil edilmiş olsa da¹ bu usulün getirilmesinin en önemli nedenlerinden birisi Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne (AİHM) Türkiye'den giden başvuruların sayısını azalt-

¹ Madde gerekçesinde bu şöyle ifade edilmiştir: "Türkiye'de bireysel başvuru yolunun kabul edilmesi, bir yandan bireylerin sahip oldukları temel hak ve özgürlüklerin daha iyi korunmasını sağlayacak, öte yandan da kamu organlarını, Anayasaya ve kanunlara daha uygun davranma konusunda zorlayacaktır." https://yenianayasa.tbmm.gov.tr/docs/gerekceli_1982_anayasasi.pdf

maktır.² Hakkın kapsamının ve uygulama usullerinin belirlenmesinde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) ve AİHM içtihatları ile paralellik sağlanmaya çalışılmış olmasının bir nedeni de budur. Ancak bunun yanında, AİHM'in bu usule ilişkin uzun yıllara dayanan deneyimlerinin ve bu alandaki uzmanlığının da, bireysel başvuru yolunu yeni uygulamakta olan ülkeler açısından önemli bir rehber olduğu/olacağı tartışmasıdır.

İşte bu nedenlerle AYM'ye bireysel başvuru yolunda tedbir usulüne ilişkin incelememizi, gerekli görülen yerlerde AİHM'in oluşturduğu içtihat ile karşılaştırmalı olarak ele alacağız. Ancak amacımız kapsamlı bir AYM-AİHM tedbir uygulaması karşılaştırması yapmak değil. Amacımız, oluşmakta olan AYM'nin tedbir kararına ilişkin içtihadını irdelemek, eksik veya çelişkili görülen, eleştirilen yönlerini değerlendirmektir.

12 Eylül 2010 tarihinde halkoylaması ile kabul edilen anayasa değişikliklerinin bir parçası olarak anayasal sistemimize dâhil edilen ve 23 Eylül 2012'den beridir uygulanmakta olan bireysel başvuru yolu Anayasa'nın 148. maddesinde düzenlenmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin görev ve yetkilerini düzenleyen bu maddenin birinci fıkrasına göre *"Anayasa Mahkemesi, kanunların, kanun hükmünde kararnamelelerin ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'nün Anayasaya şekil ve esas bakımlarından uygunluğunu denetler ve bireysel başvuruları karara bağlar."*

Aynı maddenin 3., 4. ve 5. fıkralarında ise şu hükümler yer alır:

"Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir. Başvuruda bulunabilmek için olağan kanun yollarının tüketilmiş olması şarttır."

Bireysel başvuruda, kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yapılamaz.

² Ece Göztepe, "Türkiye'de Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Hakkının (Anayasa Şikâyeti) 6216 sayılı Kanun Kapsamında Değerlendirilmesi", *TBB Dergisi*, 2011 (95), ss.13-40, s.14-15. Hüseyin Turan, "Ceza Mahkemelerince Verilen Kararlar Bakımından Bireysel Başvuruda Başvuru Süresi", *TAAD*, Yıl:5, Sayı:17, Nisan 2014, s.114.

Bireysel başvuruya ilişkin usul ve esaslar kanunla düzenlenir."

Anayasanın 148. maddesinin 5. fıkrasında öngörüldüğü biçimde bireysel başvuruya ilişkin usul ve esaslar 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 'Bireysel başvuru' başlıklı dördüncü bölümünde, 45-51. maddelerinde düzenlenmiştir.

Ayrıca 12.7.2012 tarihinde yürürlüğe giren Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü de, 59 ile 84'üncü maddeleri arasında bireysel başvuru usulünün uygulamasına ilişkin usul ve esasları anayasa ve ilgili kanun çerçevesinde düzenlemiştir.

Bireysel başvuruda tebdir kararı ise, Anayasada açıkça öngörülen bir usul olmamakla birlikte, 6216 sayılı Kanun'un "esas hakkında inceleme" başlıklı 49. maddesinin 5. fıkrasında düzenlenmiştir: "(5) Bölümler, esas inceleme aşamasında, başvurunun temel haklarının korunması için zorunlu gördükleri tedbirlere resen veya başvurunun talebi üzerine karar verebilir. Tadbire karar verilmesi hâlinde, esas hakkındaki kararın en geç altı ay içinde verilmesi gerekir. Aksi takdirde tebdir kararı kendiliğinden kalkar."

Bununla birlikte tadbire ilişkin ayrıntılı düzenleme Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 73. maddesinde yapılmıştır. Buna göre:

"Tebdir kararı

MADDE 73- (1) Başvurucunun yaşamına ya da maddi veya manevi bütünlüğüne yönelik ciddi bir tehlike bulunduğu anlaşılmaması üzerine, Bölümlerce esas inceleme aşamasında gerekli tedbirlere resen veya başvurunun talebi üzerine karar verilebilir.

(2) İncelenen başvurulara ilişkin olarak; resen ya da başvurunun talebi üzerine dosyanın esas hakkında karar verilmeden önce, tebdir kararına başvurulmaması hâlinde başvurunun yaşamına ya da maddi veya manevi bütünlüğüne yönelik ciddi bir tehlike bulunduğu anlaşılmaması üzerine, Komisyonlarca başvurunun kabul edilebilirlik incelemesi derhâl yapılarak, tebdir hususunu da karara bağlamak üzere başvuru, ilgili Bölüme gönderilir.

(3) Bölüm, tadbire karar vermesi hâlinde gereğinin ifası için bunu ilgili kişi ve kurumlara bildirir.

(4) Tebdir kararı verilen başvurunun esas hakkındaki kararın en geç altı ay içinde verilmesi gerekir. Tadbirin devamı konusunda yeni bir karar alınma-

duğunda, başvuru hakkının ihlal edilmediğine ya da başvurunun düşmesine karar verildiği durumlarda tedbir kararı kendiliğinden kalkar.”

Görüldüğü üzere, yasada tedbire ilişkin çok genel ve çerçeve bir düzenleme bulunmaktadır. Bununla birlikte içtüzük, tedbir kararı bakımından daha açıklayıcı ve usul açısından yol gösterici hükümleri içerisinde barındırmakta ve bu anlamda tedbir uygulamasına dair belli başlı soru işaretlerini giderdiği söylenebilir. Ancak aynı zamanda, içtüzük düzenlemesi, kimi yönlerden yasa ile çeliştiğinden yeni soru işaretleri yaratmakta, kimi yönlerden ise yasada mevcut eksiklikleri sürdürmektedir.

Elbette ki, tedbir kararına ilişkin soru işaretlerinin önemli bir bölümü yasa yahut içtüzük metinleri eliyle değil, AYM'nin zamanla istikrar kazanacak olan uygulamaları ile ortadan kalkacaktır. Kimi eksikliklerin, yasa yahut içtüzükteki diğer hükümlerin yardımıyla çözümü de mümkün görünmektedir. Ayrıca, AYM'nin bugüne kadarki uygulaması bu soruların bir bölümünü daha şimdiden cevaplamış görünmektedir.

Tedbir uygulamasının tüm bu cevaplanmış-cevaplanmamış soruları da içerecek bir biçimde kapsamlı bir incelemesini yapabilmek için konuyu dört ana başlık etrafında ele almak yerinde olacaktır:

Öncelikle tedbir kararının niteliğinin ortaya konulması gerekir. Hangi amaçlara yönelik bir kurum olduğu, bireysel başvuru sürecinde hangi ihtiyaçları gidermek için öngörüldüğü sorularının cevabını vermeden aracın uygulamasının gerçekçi bir değerlendirmesini yapmak mümkün olmayacaktır.

Aracın niteliğine ilişkin temel özelliklerini ve amacını ortaya koyduktan sonra artık bu amaçları gerçekleştirmek bakımından tedbir talebinin hangi şartları sağlaması gerektiği belirlenmelidir. Dolayısıyla ikinci başlık altında, tedbir talebinin hangi koşulları sağlaması gerektiği ve tedbir kararının hangi şartlar sağlandığı takdirde verilebileceği mevzuat ve uygulama çerçevesinde incelenecektir.

Üçüncü bir başlık altında ise, tedbir kararına ilişkin usulün ayrıca ele alınması gerekir. Zira tedbir kararının amacının ve bu amaç doğrultusunda tedbir kararı için aranan şartların ideal bir çerçevede hazırlanmış olması yetmez, bu karara ulaşmayı sağlayan usulün de

aracın amacına uygun olması gerekir. Aksi halde, tedbir kararlarının amaca hizmet etmemesi gibi bir durum ortaya çıkabilir.

Son olarak, tedbir kararının alınmasından sonraki sürece bakmak gerekir. Bu bakımdan, tedbir kararlarının içerikleri, kapsamı, infazına ilişkin temel hususlar ve sona ermesi konuları incelemenin son bölümünü oluşturmaktadır.

I. TEDBİR KARARININ NİTELİĞİ VE AMAÇLARI

6216 sayılı Yasa 49/5. maddesinde, bölümlerin, “başvurucunun temel haklarının korunması için zorunlu gördükleri tedbirlere” başvurabileceği öngörülmüştür. Bu hükümden çıkarılabilecek tedbir kararının niteliğine ilişkin genel sonuç; tedbirin, her durumda değil istisnai³ olarak, yalnızca “zorunlu” görülen hallerde, bir hakkın korunması için kullanılabilir bir usul olduğudur. Peki, ama hangi haller “zorunlu” haller olarak nitelendirilebilir?

Bu soruya cevabı kısmen İçtüzüğün 73. maddesi vermiştir: “(1) Başvurucunun yaşamına ya da maddi veya manevi bütünlüğüne yönelik ciddi bir tehlike bulunduğu anlaşılmaması üzerine, Bölümlerce esas inceleme aşamasında gerekli tedbirlere resen veya başvurucunun talebi üzerine karar verilebilir.”

Bu düzenlemeye göre tedbir usulüne başvurmayı zorunlu kılan bir halden söz edebilmek için şu iki asgari kriterin mevcut olması gerekir:

a. Başvurucunun yaşamına ya da maddi veya manevi bütünlüğüne yönelik bir tehlike söz konusu olmalıdır.

b. Bu tehlike “ciddi” nitelikte bir tehlike olmalıdır.

Zira aynı maddenin 2. fıkrasında da “tedbir kararına başvurulmaması hâlinde başvurucunun yaşamına ya da maddi veya manevi bütünlüğüne yöne-

³ AYM de kararlarında bu istisnai olma özelliğini vurgulamaktadır: “Bu yönüyle tedbir yetkisi istisnai bir yetki olup, ancak işlem veya kararın uygulanması halinde yaşam hakkına ya da bireyin maddi ve manevi bütünlüğüne yönelik gerçek ve ciddi bir risk doğacaksa tedbire başvurulabilir.” AYM, Rıdâ Boudraa (TAK), B.No: 2013/9673, 30.12.2013, §25. Ayrıca bkz. Musa Sağlam, “Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuruda Tedbir Kararı”, *HUKAB Dergi* Sayı 5, <http://www.hukabdergi.com/p2122/>, Erişim Tarihi: 19.9.2016 : “Tedbir kararına hükmedilmesi çok istisnai durumlara özgüdür. Olağan üstü şartların varlığı, bu olağan üstü tedbirin alınabilmesini mümkün kılar.”

lik ciddi bir tehlike bulunduğunun anlaşılması” haline vurgu yapılmaktadır.

Öncelikle belirtelim ki, bu düzenlemenin, tedbir kararının konusunu teşkil edebilecek hakların kapsamını yasa ile çelişir biçimde daraltıyor olması bir sonraki başlıkta tartışılacaktır. Bu başlık altında bizi ilgilendiren kısım, düzenlemede, tedbir kararının, bir hakka yönelik “ciddi bir tehlike bulunduğunun anlaşılması” halinde söz olacağıının öngörülmüş olmasıdır.

Bu düzenlemelerden hareketle diyebiliriz ki, tedbir kararının amacı, hakka yönelik mevcut olan ciddi tehlikenin, gerçekleşmiş bir zarara dönüşmesini önlemektir. Nitekim AYM de kararlarında bu durumu şöyle ifade etmektedir: “...bir işlem ya da kararın uygulanması halinde bireyin anayasal haklarının ihlali yönünde ciddi bir tehlike ortaya çıkacaksa, 6216 sayılı Kanun ile Mahkemeye bu tehlikeyi önlemek amacıyla tedbir kararı verme yetkisi tanınmıştır.”⁴

AYM’ye bireysel başvuruda tedbir kararları bakımından mevcut düzenlemeler açısından dikkat çekici noktalardan birisi, tedbir kararının çerçevesinin yasa ile geniş bir biçimde çizilmiş olmasına karşın, bu çerçevenin içtüzük hükümleri ile bir bakıma sınırlandırılmış olmasıdır. Bu sadece kapsama alınan haklar bakımından değil, genel olarak da söz konusudur. Yani yasada, “Bölüm bir başvuruyu incelerken zorunlu gördüğü tedbirleri alabilir” manasına gelen bir düzenleme var iken, içtüzük bunu hem haklar bakımından sınırlamış hem de, ciddi bir tehlikenin olması şartına bağlamıştır.

Aslında benzer bir durum AİHM’ndeki geçici tedbir uygulamasında da söz konusudur. Tıpkı 6216 sayılı Yasa’nın 49/5. maddesinde genel bir düzenlemeye yer verilmiş olması gibi, AİHM içtüzüğünde 39. maddede yer alan geçici tedbire ilişkin hüküm de oldukça genel bir hükümdür. Burada, mahkemenin “ *tarafların yararı veya önlerindeki yargılamanın uygun şekilde görülebilmesi için alınması gerektiğini düşündükleri geçici tedbirleri*” alabileceği ifade edilmiştir.

Hatta AİHM’in içtüzük düzenlemesi 6216 sayılı Yasa’daki düzenlemeye kıyasla daha ucu açık bir düzenlemedir de denilebilir çünkü yasada tedbir kararının hakların korunması bakımından bir “zorun-

⁴ AYM, Rıda Boudraa (TAK), B. No: 2013/9673, 30.12.2013, §25.

luluk" görülmesi halinde uygulanacağı belirtilmiş iken, AİHM düzenlemesinde bir zorunluluk haline gönderme yapılmıyor ve mahkemeye gerekli gördüğü takdirde, gerekli tedbirleri alabilmesi bakımından tam anlamıyla bir takdir yetkisi tanınmış görünüyor.

Bununla birlikte AİHM uygulamasına baktığımızda AİHM içtüzüğünde kelimelerle çizilmemiş olan sınırın, mahkemenin uzun yıllardır süregelen uygulaması ile pratikte çizildiğini görüyoruz.

AİHM'in yerleşik uygulamasına göre geçici tedbirler, 'telafisi mümkün olmayan (irreparable) bir zararın meydana gelmesine ilişkin yakın bir risk'⁵in söz konusu olduğu hallerde uygulanan acil durum tedbirleridir.⁶ Mahkemeye göre geçici tedbire ancak "tedbir uygulanmadığı takdirde başvuruicunun ciddi, geri dönülmez (tersine çevrilemez - irreversible) bir zarar ile karşılaşacağı"⁷ hallerde başvurulur.

Peki, AİHM gözünden geçici tedbirin amacı nedir?

AİHM'e göre, geçici tedbirlerin amacı, bireysel başvuru hakkının etkinliğini güvence altına almaktır.⁸ Bu etkinliğin sağlanmasında, tarafların hak ve çıkarlarının korunması kadar, mahkemenin etkin bir yargılama yapabilme olanaklarının da korunması önem arz eder. Başka bir ifadeyle, geçici tedbirinin amacı, bir yönüyle, mahkemenin başvuruyu etkin bir şekilde incelemesini güvence altına almak,⁹ diğer yönüyle ise Mahkeme önündeki henüz karara bağlanmamış anlaşmazlığın taraflarının çıkarlarını ve haklarını korumak ve muhafaza etmektir.¹⁰

⁵ "...if there is an imminent risk of irreparable damage..." Mamatkulov ve Askarov/ Türkiye, B. No. 46827/99 ve 46951/99, 4 Şubat 2005, §104.

⁶ Geçici Tedbirlere ilişkin AİHM tarafından hazırlanmış tematik bilgi notu, Nisan 2016. http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Interim_measures_ENG.pdf Son erişim tarihi: 18.09.2016.

⁷ "...it considers that the applicant faces a real risk of serious, irreversible harm if the measure is not applied." AİHM Başkanı tarafından hazırlanmış olan geçici tedbire ilişkin "Uygulama Yönergesi (Practice Direction)" metninden alınmıştır. http://www.echr.coe.int/Documents/PD_interim_measures_ENG.pdf Son erişim tarihi: 18.09.2016.

⁸ AİHM, Paladi/Moldova, B. No. 39806/05, 10 Mart 2009, §88.

⁹ "Mevcut davada olduğu gibi Mahkeme tarafından geçici tedbir kararının verilmesi, Mahkeme'ye sadece başvuruyu etkin bir şekilde inceleme imkânı sağlamayacak fakat aynı zamanda Sözleşme tarafından başvuru sahibine sağlanan korumanın etkili olmasını sağlayacaktır." (Mamatkulov ve Askarov/Türkiye, §125)

¹⁰ Sözleşme kapsamında korunan çekirdek haklardan birisinin telafisi imkânsız biçimde zarar görmesi riskinin olduğunun inandırıcı biçimde ileri sürüldüğü hallerde, geçici tedbirin amacı, Mahkeme önündeki henüz karara bağlanmamış an-

Mahkemenin etkin bir inceleme yapabilmesinin güvence altına alınması bireysel başvuru yolunun işlevselliği bakımından hayati önem taşır. Çünkü eğer tedbir gerektiren bir halde tedbir alınmaz ise, inceleme sonucunda verilen nihai ihlal kararının uygulanabilirliği kalmayabilir. Telifisi imkânsız bir zararın doğması halinde, mahkemenin tespit edilen ihlalin telifisine yönelik bir karar veremeyeceği açıktır. Örneğin kişinin yaşamını kaybetmesi konusunda yakın bir tehlike halinin varlığı durumunda, tedbir kararı alınmazsa karar verinceye değin kişi yaşamını kaybedebilir. Bu durumda davanın konusuz kalacağı ve mahkemenin sonradan vereceği ihlal kararının hayatını kaybetmiş başvurucu bakımından bir anlam ifade etmeyeceği açıktır. Böylesi durumlarda bireysel başvuru yolu anlamını yitirmiş olacaktır. Oysa telifi edilemez nitelikteki zararın önlenmesi için geçici bir tedbirin alınması halinde, mevcut durum mahkeme kararını verinceye değin bir nevi dondurulmuş olacak¹¹, mahkeme ne karara varırsa varsın, sadece başvuru yolunun etkinliği de böylelikle korunmuş olacaktır.¹²

II. TEDBİR KARARININ ALINMASI İÇİN GEREKEN KOŞULLAR

A. Hakkın İhlaline İlişkin Tehlike/Risk, “Yakın, Güncel ve Belli Bir Ağırlıkta” Olmalıdır

Anayasa Mahkemesi bireysel başvurulardaki tedbir istemlerine ilişkin değerlendirmesini yaparken, başvuru sahiplerinin tedbir istemlerine gerekçe olarak ileri sürdükleri risklerin “gerçek”, “ciddi”, “yakın” ve

laşmazlığın taraflarının çıkarlarını ve haklarını korumak ve muhafaza etmektir. (Paladi/Moldova, §89)

¹¹ Harris/Boyle/Warbrick’e göre, bireysel başvuruda tedbirin amacı, Mahkeme’nin şikâyet konusu kararın ya da işlemin Anayasa’ya uygunluğunu incelerken ve inceleme sonuçlanıncaya kadar mevcut durumun korunmasıdır. David Harris, Michael O’Boyle ve Colin Warbrick, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku, Avrupa Konseyi, Birinci Baskı, Ankara 2013. s.871.

¹² AİHM Mamatkulov ve Askarov/Türkiye kararında tedbirin amacını şöyle açıklıyor: “Sözleşme’den kaynaklanan çekirdek haklardan birinin, başvuru sahibi tarafından kullanımına telifisi güç bir zarar verme riskinin makul bir şekilde ileri sürüldüğü mevcut dava gibi davalarda geçici tedbirin amacı, Mahkemece alınan tedbirin haklılığı konusunda bir karar verinceye kadar mevcut durumun muhafazasını sağlamaktır.” (§ 108) Ayrıca bkz. Hellen Keller ve Cedric Marti, “Interim Relief Compared: Use of Interim Measures by the UN Human Rights Committee and the European Court of Human Rights”, *ZaöRV* 73 (2013), ss.325-372, s.326-327.

"güncel" olması gerektiğine sıklıkla vurgu yapmaktadır: "6216 sayılı Kanun ve İçtüzük hükümleri bağlamında tedbir talebi değerlendirilirken, başvuruçuların yaşam hakkı yönünden **ciddi bir risk** ile karşılaşacağına, işkence ve onur kırıcı kötü muameleye tabi tutulacağına ilişkin **yakın, güncel bir riskin** varlığı belirleyici olmaktadır."¹³ Benzer şekilde: "Bu yönüyle tedbir yetkisi istisnai bir yetki olup, ancak işlem veya kararın uygulanması halinde yaşam hakkına ya da bireyin maddi ve manevi bütünlüğüne yönelik **gerçek ve ciddi bir risk** doğacaksa tedbire başvurulabilir."¹⁴

O halde salt, bir hakkın ihlali nedeniyle telafisi mümkün olmayan bir zararın meydana gelmesi riskinin varlığı tedbir kararı için yeterli değildir. Çünkü bir başvuruyu inceleyen mahkeme, değerlendirmesi sonucunda eğer ihlal tespit ederse nihai kararında, ihlali ortadan kaldırmaya yahut onun tazminine yönelik bir karar zaten verecektir. Tedbir, mahkeme karar verinceye değin geçecek süreçte, kararı tümüyle boşa çıkaracak nitelikte bir zararın doğmasını önlemeyi amaçlar. Bu bakımdan tehlike riskinin sadece varlığı yetmez aynı zamanda bu tehlikenin "yakın ve güncel", "gerçek ve ciddi" bir tehlike olduğunun ortaya konulması gerekir.

Örnek vermek gerekirse, izinsiz olarak bir ülkede bulunduğu için yakalanmış ve bu süreçte sığınma başvurusu yapmış olan başvuruçunun henüz başvurusu sonuçlanmamış ve hakkında sınır dışı edilme kararı verilmemiş iken, sınır dışı edildiği takdirde işkence ve kötü muameleye maruz kalacağını iddia etmesi ve hatta bunu şüpheye yer vermeyecek biçimde ortaya koymuş olması tedbir kararı vermek için yeterli olmayacaktır. Çünkü "henüz" ortada tedbir kararını gerektirecek düzeyde yakın, güncel ve gerçek bir hak ihlali tehlikesi yoktur. Ancak başvuruçunun hakkında sınır dışı kararı verilirse, bu durumda, bu kararın uygulamasının mahkeme nihai kararını verinceye değin durdurulması yönünde bir tedbirin alınması "zorunlu" hale gelebilir.

Nitekim AYM de bir kararında, uluslararası koruma talebi mahkemece reddedilmiş ancak hakkında bir sınır dışı kararı bulunmayan başvuruçunun tedbir istemini "yaşamına ya da maddi veya manevi bütünlüğüne yönelik gerçekleşmesi muhtemel bir riskten somut olarak bahsetmek mümkün değildir" diyerek reddetmiştir.¹⁵ Bir başka kararında ise, sınır

¹³ AYM, S.R. (TAK), B. No.2015/33, 19.1.2015, § 17.

¹⁴ AYM, Rıda Boudraa (TAK), B. No.2013/9673, 30.21.2013, §25.

¹⁵ AYM, K.S. (TAK), B. No.2015/14566, 4.9.2015, §14-15.

dışı kararının iptali için dava açıldığı, yasa gereği sınır dışı işleminin yapılması için bu davanın sonuçlanması gerektiği, dolayısıyla henüz ortada uygulanmak üzere olan bir sınır dışı kararı olmadığına vurgu yapmış ve *“derhal tedbir kararı verilmesini gerektiren ciddi bir tehlike bulunmadığı anlaşıldığından tedbir talebinin reddine karar verilmesi gerekir”* demiştir.¹⁶

Ağır hastalığı nedeniyle bir hastanenin tutuklu koşusunda tedavisi sürmekte olan başvuruçunun cezaevi koşullarında yaşamını sürdüremeyeceği iddiası ile yapılan tedbir istemine ilişkin kararında ise AYM, hastanın hali hazırda hastanede tedavi gördüğünü, iyileşip cezaevine gönderilmesi halinde ilgili mevzuatta açıkça öngörüldüğü biçimde gerekli tedavileri almak üzere gerektiğinde hastaneye sevk edilebileceği, bu bakımdan cezaevine konulması halinde sağlık sorunları nedeniyle yaşam hakkının tehlikeye gireceğine ilişkin iddialarının *“açıkça dayanaktan yoksun”* olduğu gerekçesi ile reddetmiştir: *“Başvuru dilekçesi ve eklerinin incelenmesinden başvuruçunun ileri sürdüğü risklerin gerçekleşme ihtimalini ortaya koyabilecek somut ve ciddi verilere ve bulgulara da rastlanmamıştır. Açıklanan nedenlerle bu aşamada koşulları oluşmayan tedbir talebinin reddine karar verilmesi gerekir.”*¹⁷

Burada mahkeme henüz tedbir kararı almayı gerektiren *“yakın ve gerçek”* bir zarar tehlikesinin bulunmadığına işaret etmekte ve eğer yasada öngörülen bakım ve tedavi usulleri uygulanmazsa yahut başvuruçunun sağlık koşulları hiçbir biçimde cezaevinde kalmamasını gerektirir bir duruma ulaşırsa tedbir kararı verilebileceğini ima etmektedir. Nitekim kararında *“bu aşamada koşulları oluşmayan”* ifadesini tercih etmiştir.

Bununla birlikte, tek başına yaşamını idame ettiremeyecek durumda olan ve bu durum sağlık kurulu raporu ile tespit edilmiş olmasına karşın bir cezaevinde tek kişilik odada tutulan başvuruçunun tedbir istemi, AYM tarafından *“bu durumun, süreklilik arz etmesi halinde... başvuruçunun maddi ve manevi bütünlüğü bakımından ciddi bir tehlike oluşturabileceği”* gerekçesiyle kabul edilmiştir.¹⁸

¹⁶ AYM, M.A. (TAK), B. No.2015/16282, 15.10.2015, §20-21. Ayrıca bkz. AYM, Z.S. ve Diğerleri (TAK), B. No.2015/ 16770, 5.11.2015.

¹⁷ AYM, Mehmet Şener Eruygur, (TAK), B. No.2013/6901, 2.10.2013, §24.

¹⁸ AYM, Ersan Nazlier, (TAK), B. No. 2015/19917, 7.6.2016.

Öte yandan, gerçekleşmesi bakımından "yakın ve gerçek" olan zararın, "belli bir ağırlıkta olması" da aranan bir şarttır. Bu, tedbirin, telafisi mümkün olmayan zararları önleme amacının bir gereğidir. Bu kriter çoğu kez, başvuru devletin tarafından gözlem altında tutulduğu yerlerdeki koşulların yaşam hakkı ve maddi ve manevi bütünlüğü bakımından tedbiri gerektirecek düzeyde ağır bir ihlale sebebiyet verir nitelikte olup olmadığı incelenirken gündeme gelmektedir.

Örneğin AİHM başvuru hayati tehlikesinin olduğu, önemli bir fiziksel sıkıntı nedeniyle ciddi bir ağrı ve acı içerisinde olduğu halde md.39'u uygulamaktadır. Md.3'e aykırı olduğu kabul edilebilecek nitelikte genel düzeyde kötü ancak md.39'un uygulanmasını gerektirecek düzeyde "özel ve ağır (specific and grave) bir risk" teşkil etmeyen tutulma koşulları Mahkemenin md.39'u uygulamasında yeterli görülmemektedir.¹⁹ Örneğin Lorsé ve Diğerleri/Hollanda davasında başvuru, tabii tutulduğu yüksek güvenlikli cezaevi rejiminin insanlık dışı ve aşağılayıcı muameleye tekabül ettiğini ileri sürmüş ve başka bir cezaevine transfer edilmesi yönünde tedbir kararı verilmesini istemiştir. Mahkeme isteme ilişkin kararında, Sözleşmenin 3. Maddesindeki insanlık dışı ya da aşağılayıcı muameleye karşılık gelen, diğer katı güvenlik önlemleri ile birlikte rutin çıplak arama uygulamasını da içeren koşulların başvuru devletin geçici tedbir isteminin karşılanması için yeterli düzeyde olmadığına hükmetmiştir.²⁰

D./Birleşik Krallık kararında AİHM, tedavisi mümkün olmayan ve oldukça ileri bir seviyeye ulaşmış AIDS hastası başvuru İngiltere'den bir Karayip adası olan St. Kitts'e geri gönderilmesine ilişkin kararında, başvuru devletin gönderilmesi halinde İngiltere'de sağlanan pek çok sağlık ve tedavi olanaklarına gönderildiği yerde ulaşamayacağı, bu durumun da ölümünü hızlandıracağına vurgu yapmış (§53) ve şu karara varmıştır: "*İstisnai koşullara bakıldığında ve başvurunun ölümcül hastalığının ulaştığı kritik safha dikkate alındığında, kendisini St. Kitts'e gönderme kararının uygulanması davalı devlet tarafından 3.maddeyi ihlal eden insanlık dışı muamele uygulaması anlamına gelecektir.*" (§54)²¹ Buna karşın mahkeme daha sonraki benzer birkaç

¹⁹ Keller, s.354.

²⁰ AİHM, Lorsé ve Diğerleri/Hollanda, B. No. 52750/99, 4.Şubat.2003, §74.

²¹ AİHM, D./Birleşik Krallık, B. No. 30240/96, 2.Mayıs.1997, §53 ve 54.

başvuruda AIDS hastası başvuruçuların ülkelerine geri gönderilmele-ri halinde ortaya çıkacağı ileri sürülen risklerin hiçbirisinin D/Birleşik Krallık davasında belirlendiği şekliyle gerekli ağırlık düzeyine ulaşmadığını ifade etmiş ve bu nedenle tedbir taleplerini reddetmiştir.²² Mahkeme başvuruçunun hastalığı ciddi ve ölümcül düzeyde olsa da, gönderileceği ülkede de, daha az ama yine de asgari bir düzeyde, tedavi ve ilaca ulaşma imkânı var ise talebi reddetmektedir.

AYM de kararlarında sıkça AİHM'in bu yöndeki değerlendirme kriterlerine atıfta bulunmaktadır. Örneğin, yabancıların gözetim altında tutulma koşullarına ilişkin kararlarında çoğunlukla şöyle bir gerekçelendirme üzerinden somut olayda tedbirin gerekli olup olmadığına karar vermektedir:²³

Öncelikle mahkeme *"idari gözetim altına alınan yabancıların tutulduğu yerdeki maddi ve fiziki koşulların taşıdığı olumsuzluğun, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 3. ve Anayasa'nın 17. maddesi kapsamında bir ihlale vücut verebilmesi için belli bir eşiğe ulaşmış olması"* gerektiğini vurgulamaktadır. Bu eşiğin somut olaya göre değerlendirileceği ve bu değerlendirme yapılırken gözetim altında tutulmanın süresi, fiziksel ya da ruhsal etkileri, mağdurun cinsiyeti, yaşı ve sağlık durumu gibi hususların göz önünde bulundurulacağı ifade edilmektedir.²⁴ İdari gözetim altında tutulma koşullarının 'insanlık dışı' veya 'onur kırıcı' olduğuna ilişkin değerlendirme yapılırken ise, bu muamelenin, tasarlanarak uygulanıp uygulanmadığı, bedensel yaralanmalar ya da fiziksel veya ruhsal acıya yol açıp açmadığı hususlarının dikkate alınması gerektiğini ifade eden AYM, gözetim altında tutulma koşullarının ve muamelenin 'aşağılayıcı' olduğu yönünde bir sonuca varılabilmesi için, şikâyet konu koşulların; mağdurları rencide edecek, küçültecek ölçüde ve korku, endişe, aşağılık olma gibi duyguları hissettirecek ağırlıkta bulunmasının şart olduğunu vurgulamaktadır²⁵. Ayrıca, bir ceza veya muamelenin, 'insanlık dışı' ya da 'aşağılayıcı' olabilmesi için rencide edilme veya

²² Örneğin bkz. AİHM, N./Birleşik Krallık, B. No.26565/05, 27.Mayıs.2008.

²³ Bkz. AYM, G.B. ve diğerleri, (TAK), B. No.2014/19481, 9.1.2015. Mahkeme bu gerekçeleri birçok kararında yinelemiştir.

²⁴ Mahkeme burada AİHM, Kafkaris/Kıbrıs, B.No: 21906/04, § 95 kararına atıfta bulunmaktadır.

²⁵ Mahkeme burada ise AİHM'in Kudla/Polonya, B.No: 30210/96, § 92 kararına atıf yapmaktadır.

ıstırabın, meşru bir muamele ya da cezanın barındırdığı rencide olma duygusu ve ıstırabın ötesine geçmiş olması gerekmektedir.²⁶

Genel bir ifadeyle söylemek gerekirse, AYM, tutulma koşullarının genel olarak getirdiği olumsuzlukların tedbir kararı için yeterli olamayacağına, doğması muhtemel zararın belli bir ağırlıkta olması gerektiğine, başka bir ifadeyle "belli bir eşiğe ulaşmış olması gerektiğine" vurgu yapmaktadır.

AYM'nin özellikle sokağa çıkma yasakları nedeniyle yapılan başvurularda vurguladığı bir diğer husus ise, tedbir taleplerinin başvuru sahibinin şahsına yönelik tehlikelere ilişkin iddialara dayanması gerektiğidir. Bu bakımdan kendisi sokağa çıkma yasağının uygulandığı bölgenin dışında ikamet eden bireylerin tedbir istemleri reddedilmiştir: *"Bireysel başvurunun niteliği gereği, tedbir talepleri sadece başvuru sahibinin şahsına yönelik iddialar yönünden değerlendirilebilir. Bu kapsamda, Ankara'da ikamet ettiği anlaşılan başvuru sahibinin "sokağa çıkma yasağı" kararlarından derhâl tedbir kararı verilmesini gerektirecek şekilde kişisel olarak etkilendiğine ya da alınan kararların doğrudan mağduru olduğuna dair bir sonuca ulaşamamıştır."*²⁷

B. Tedbir Kararı Kapsamındaki Haklar

Yasada tedbir kararının hangi haklar bakımından uygulanabileceği konusunda bir sınırlama getirilmemiş olmasına karşın, AYM İçtüzüğünde md.73'te yer alan *"Başvuru sahibinin yaşamına ya da maddi veya manevi bütünlüğüne yönelik ciddi bir tehlike bulunduğu anlaşılmaya"* tedbir kararı verilebileceğine ilişkin ifadede; tedbir kararının ancak, Anayasa'nın 17. maddesinde düzenlenmiş olan ve AİHS'nin 2. ve 3. maddesindeki haklara karşılık gelen "yaşam hakkı" ve "maddi ve manevi bütünlüğünü koruma hakkı" söz konusu olduğunda verilebileceği gibi bir sonuç çıkmaktadır.²⁸

²⁶ Mahkeme burada AİHM'in Ramirez Sanchez/Fransa, B.No. 59450/00, § 157 kararına atıf yapmaktadır.

²⁷ AYM, Meral Danış Beştaş, (TAK), B. No.2015/19545, 22.12.2015, §17.

²⁸ Bu durum kimi yazarlarca içtüzük hükmü açık bir biçimde kanuna aykırılık teşkil ettiği gerekçesiyle eleştirilmiştir. Örneğin, KOÇ'a göre içtüzük düzenlemesi, bireysel başvurunun inceleme ve yargılama usulüne ilişkindir. Buna ilişkin kanunun çerçevesini aşan, yenido belirleyen nitelikte bir düzenleme yapılmasının, AYM'nin kendi çalışma esaslarını ve işbölümünü düzenleme yetkisine yönelik anayasal kurala uygun değildir. Çünkü bu yetki kanunla düzenlenen yargıla-

Nitekim AYM şimdiiye değin uygulamasında, bu iki hak kapsamında olmayan haklar söz konusu olduğunda ihlale ilişkin ciddi bir tehlike olup olmadığını araştırmaksızın, hakkın içtüzük kapsamında yer almadığını gerekçe göstererek tedbir istemini reddetmektedir.

Örneğin Mahkeme, Suriye’de hayatını kaybeden oğlunu Türkiye’ye getirerek defnetmesine keyfi olarak izin verilmediğini belirterek Anayasa’nın 10., 17., 20. ve 24. maddelerinde belirtilen haklarının ihlal edildiğini ileri süren başvuruçunun tedbir istemini reddettiği ara kararında, ihlal iddiasına konu işlemin md.17 kapsamında değerlendirilemeyeceği, md.20 kapsamındaki kişinin aile ve özel hayatına saygı gösterilmesi hakkı kapsamında olduğu belirlenmesini yapmış ve bir bakıma bu hak İçtüzük md.73 kapsamına girmez diyerek tedbir istemini reddetmiştir: *“Somut olayda başvuruçunun Suriye’de hayatını kaybeden oğlunun cenazesini Türkiye’ye getirmesine izin verilmediği iddia edilmektedir. Başvurunun kişilerin özel hayatı ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkı kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir. Anılan işlemin başvuruçunun yaşamına ya da maddi veya manevi bütünlüğüne yönelik gerçek ve ciddi bir tehlike oluşturacak nitelikte olmadığı başvuru kapsamından açıkça anlaşılmaktadır...(§12) Açıklanan nedenlerle, İçtüzük’ün 73. maddesi kapsamında kalmadığı anlaşılan tedbir talebinin reddine karar verilmesi gerekir. (§13)”²⁹*

Benzer şekilde 6.10.2015 tarihli bir başka kararında, TİB tarafından alınan 54 adet internet sitesi ve twitter hesabına erişimin engellenmesine ilişkin kararın yürütmesinin durdurulması için yapılan tedbir başvurusunu da *“Anayasa Mahkemesi, İçtüzük’ün 73. maddesi uyarınca gerçekleştiği iddia olunan müdahalenin başvuruçuların “yaşamlarına ya da maddi veya manevi bütünlüklerine” yönelik gerçek ve ciddi bir tehlike oluşturabilecek nitelikte olması hâlinde tedbir değerlendirmesi yapabilmektedir. Bu aşamada başvuruçulara yönelik derhal tedbir kararı verilmesini gerektiren ciddi bir tehlike bulunduğu dosya kapsamındaki bilgi ve belgelerden anlaşılamadığından koşulları oluşmayan tedbir talebinin reddine karar verilmesi gerekir.”³⁰* diyerek reddetmiştir.

ma usulüne ilişkin hükümleri değıştirme/kaldırmayı içermez. Muharrem İlhan Koç, “Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü’nün Kapsamı ve Bireysel Başvuru”, *Barobirlik e-dergi*, Sayı 10, Ekim 2014, ss.28-32, http://ebarobirlik.barobirlik.org.tr/EB/EB_Default.aspx?b=40#34/z.

²⁹ AYM, Mehmet Güler (TAK), B. No. 2015/15950, 2.10.2015, §12-13.

³⁰ AYM, Yaman Akdeniz ve Kerem Altıparmak (TAK), B. No. 2015/15977, 6.10.2015, §12.

Bir başka kararında ise *"...başvurucunun sınır dışı edilmesi halinde özgürlük güvenlik hakkının ihlal edileceği, aile bütünlüğünün bozulacağı yönündeki iddialarıyla gerçekleştirdiği tedbir kararı verilmesi yönündeki isteminin 6216 sayılı Kanun ve İçtüzük hükümleri uyarınca reddi gerekmektedir."*³¹ denilmiştir.

Mahkemenin bu tarz taleplerde, 'md.73 kapsamında değildir' diyerek başvuruları toptancı bir bakış açısı ile değerlendirme dışında bırakmak yerine, öncelikle ortada telafisi imkansız bir zarar tehlikesinin olup olmadığına bakması, bunun ciddiyeti ve aciliyetini (gerçek ve yakın bir tehlike olup olmadığını) değerlendirmesi, daha sonra bu zarar tehlikesinin hangi hakka yönelik olduğunu da göz önünde bulundurarak, tedbir kararının alınmasının bireysel başvuru yolunun etkinliği ve tarafların haklarının ve çıkarlarının korunması bakımından "zorunlu" olup olmadığını değerlendirmesi daha doğru olur diye düşünmekteyiz. En nihayetinde tedbirin amacı bireysel başvuru yolunun etkinliğini güvence altına almak ve tarafların hak ve çıkarlarını korumaktır. Dolayısıyla tedbir talebinin reddi veya kabulü kararları bu amaçlar ekseninde verilmelidir.

Örneğin, TİB tarafından verilen erişim yasaklarına ilişkin kararlara dair tedbir istemi, "başvurucuların, tedbir kararı uygulanmadığı takdirde, telafisi mümkün olmayan bir zarara sebebiyet verecek (yani mahkemenin nihai ihlal kararı vermesi halinde bu kararı etkisiz kıla- cak) düzeyde ciddi bir tehlikenin varlığını ortaya koyamadığı, ayrıca doğacağı iddia edilen zararların telafisi mümkün olmayan ağırlıkta bir zarar olduğuna dair de yeterli emarenin bulunmadığı" gerekçeleri ile de pekâlâ ret kararı verilebilirdi. Böylesi bir yorumun tedbir kararının ve genel olarak da bireysel başvuru yolunun amacı ile daha uyumlu olacağı açıktır.

Bununla birlikte belirtmek gerekir ki, AYM bir kararında Anayasa md.17 yanında md.19'u da tedbir kararına dolaylı olarak konu etmiştir. Kararında, *"...başvurucunun zorla ülkesine gönderilmesi durumunda yaşamına ya da maddi ve manevi bütünlüğüne yönelik bir tehlikenin ortaya çıkacağı açıkça anlaşılmaktadır. Bu durumda ise Anayasa'nın 17. ve 19. maddele-*

³¹ AYM, Solmaz Mamedova (TAK), B. No. 2015/6724, 20.5.2015, §22.

rinde korunan haklarının ihlal edilme riski ortaya çıkacaktır. (§15) Açıklanan nedenlerle, başvuruçunun tedbir talebinin kabulüne karar verilmesi gerekir. (§16)" diyen mahkeme, tedbir kararını gerekçelendirirken md.19'daki kişi hürriyeti ve güvenliği hakkını da tedbirin nedeni olan riskin kapsamında saymıştır.³² Bu ifadeden hareketle, mahkemenin "yaşamına ya da maddi ve manevi bütünlüğüne yönelik bir tehlike" kavramı içerisine sadece md.17'nin değil md.19'un da girebileceğini ima ettiği düşünülebilir. Ayrıca AYM'nin önceki kararlarında sıklıkla yinelediği ve tedbirin 17. madde kapsamındaki haklar bakımından uygulanabilirliğine işaret eden paragraf³³ da, bu kararın değerlendirme bölümünde yer almamıştır. Dahası bu kararın verildiği 14.8.2015'ten sonraki kararlar da da, bizim tespit edebildiğimiz kadarıyla, bu paragrafa yer verilmemektedir. Elbette sadece bu verilerden hareketle mahkemenin tedbir kararının haklar bakımından kapsamını genişletme yönünde bir eğilimin olduğunu söylemek mümkün değildir. AYM'nin gelecekteki kararlarına bakmak gerekecektir.

Peki, AİHM'in tedbir kapsamındaki haklara ilişkin bakış açısı böyle midir?

AİHM İctüzüğü'nün 39. Maddesinin 1. Fıkrası şöyledir: "*Daire veya gerektiği takdirde, Bölüm Başkanı veya bu maddenin 4. fıkrası uyarınca atanan nöbetçi bir yargıç, taraflardan birinin ya da ilgili herhangi bir kişinin talebi üzerine veya resen, tarafların yararı veya önlerindeki yargılamanın uygun şekilde görülebilmesi için alınması gerektiğini düşündükleri geçici tedbirleri taraflara bildirebilir.*" Görüldüğü gibi AİHM içtüzüğünde tedbir kararlarının kapsamının haklar bakımından sınırlandırılması söz konusu değildir.

³² AYM, Farah Abdulhameed Ali Al-Mudhafar (TAK), B. No.2015/13854, 14.8.2015, §15-16.

³³ AYM'nin pek çok kararında yer alan paragraf şöyledir: Anılan Kanun ve İctüzük hükümlerine göre başvuruçunun yaşamına ya da maddi veya manevi bütünlüğüne yönelik ciddi bir tehlike bulunduğu anlaşılmaması üzerine, Bölümlerce esas inceleme aşamasında gerekli tedbirlere resen veya başvuruçunun talebi üzerine karar verilebilir. Yaşam hakkı ile maddi ya da manevi bütünlüğü'nün korunması hakkı Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınmış haklardan- dır. AYM, Eneğjan Narmetova (TAK), B. No. 2013/6782, 6.9.2013, §17; AYM, Ok- sana Chicheishvili (TAK), B. No.2014/19023, 5.12.2014, §20; AYM, Zeki Hakan Nebioğlu (TAK), B. No.2015/2418, 24.4.2015, §22; AYM, Olga Dogot (TAK), B. No.2015/11252, 10.7.2015, §13.

Her ne kadar pratikte tebdir kararları yoğunlukla, AYM uygulamasında olduğu gibi yaşam hakkı ve işkence yasağını düzenleyen AİHS md. 2 ve 3 kapsamında ortaya çıkacak bir zararın söz konusu olduğu hallerde veriliyor olsa da, mahkeme tebdir istemlerine ilişkin incelemesini bu iki hak ile sınırlamamaktadır. En azından mahkemenin, tebdirin yalnızca bu iki hak bakımından uygulanabilir olduğu gibi bir ön kabulü bulunmamaktadır. Mahkeme bu durumu, konu ile ilgili hususlarda sıkça atıf yaptığı Mamatkulov ve Askarov/Türkiye Kararında şöyle açıklıyor:

“Geçici tedbirler sadece sınırlı alanlarda verilmektedir. Geçici tebdir konusunda çok sayıda talepte bulunulmasına karşın, Mahkeme, pratikte, sadece eğer telafisi mümkün olmayan bir zarar görme konusunda yakın bir risk var ise geçici tebdir kararı vermektedir. Sözleşme’de 39. maddenin uygulanma alanlarıyla ilgili somut bir hüküm bulunmamakla birlikte, uygulanma talepleri genellikle yaşam hakkını (Madde 2), işkence ve kötü muameleye tabi tutulmama hakkını (Madde 3) ve istisnai olarak özel hayata ve aile hayatına saygı gösterilmesi hakkını (Madde 8) ya da Sözleşmede güvence altına alınan başka hakları ilgilendirebilmektedir.”³⁴

AİHM’in şimdiye kadarki uygulamasında, md.2 ve 3’deki haklar dışında, md.6’da düzenlenen adil yargılama hakkı ve md.5’te düzenlenen özgürlük ve güvenlik hakları ile md.8’de güvence altına alınmış olan özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı tebdir kararına konu edilmiş haklar arasındadır.³⁵

Örneğin, AİHM, Othman (Abu Qatada)/Birleşik Krallık, kararında, başvuruçunun iadesi halinde gönderileceği Ürdün’de adil bir yargılama görmeyeceği konusunda açık emareler olduğuna vurgu yapmış ve md.6’da korunan haklarının açık bir biçimde ihlal edileceği tehlikesi olduğu gerekçesiyle tebdir kararı vermiştir. Özellikle, başvuruçuyu mahkûm etmek adına üçüncü bir kişiye işkence etmek suretiyle delil üretildiği konusunda inandırıcı bulguların varlığı, md.6’nın ihlal edilmesi riskinin açık göstergesi olarak işaret edilmiştir.³⁶

AİHM, aile hayatına saygı kapsamında geçici tebdir uygulaması-

³⁴ AİHM, Mamatkulov ve Askarov v. Türkiye, B. No. 46827/99 ve 46951/99, 4.Şubat.2005, §104.

³⁵ Keller, s.340.

³⁶ AİHM, Othman (Abu Qatada)/ Birleşik Krallık, B. No. 8139/09, 17.Ocak.2012.

na da, genellikle, sınır dışı kararlarının uygulanmasında, çocukların sağlığı ve esenliğinin tehlikede olduğu hallerde, çocukların ebeveynlerinden ayrılmasını önlemek amacıyla başvurmaktadır.³⁷

Esasında, AYM'nin kimi kararları da bu anlamda benzerlik göstermekte. Ancak AYM, çocukların esenliği ile ilgili konuları aile yaşamına saygıdan ziyade çocuğun yahut ebeveynin "manevi bütünlüğünü koruma hakkı (md.17)" kapsamında değerlendirmektedir. Bu anlamda önemli bir örnek, mahkemenin 17.9.2015 tarihli ve 2015/15273 başvuru nolu ara kararıdır: "*Somut olayda hâlen Rusya Federasyonu'nda bulunan çocuk başvuruçuların yaşamlarının tehlikede olduğuna ya da Türkiye'ye girememeleri halinde maddi bütünlüklerinin bozulacağına dair bir iddia bulunmamaktadır. Bununla birlikte çocuk başvuruçuların yaşları nedeniyle annelerinin bakım ve gözetimine muhtaç olma dereceleri dikkate alındığında, birinci başvuruçuların anneleriyle bir araya gelememelerinin "manevi bütünlükleri" yönünden ciddi tehlike oluşturduğu anlaşılmaktadır.*"³⁸

Bu kararda ayrıca AİHM'in de benzer durumlarda aile ve özel hayata saygı (AİHS md.8) kapsamında tedbir kararları verdiğine işaret eden AYM, AİHM'in bir kararına da atıf yapmıştır: "*Yaşları itibarıyla bakıma muhtaç oldukları tartışmasız olan çocuk başvuruçuların öngörüle-meyen bir tarihe kadar annelerinden ayrı yaşamaları manevi bütünlüklerine telafisi mümkün olmayacak zararlar verebilecektir. Nitekim benzer bir olayda AİHM, eşi ve üç çocuğuyla birlikte Belçika'da ikamet eden Gürcistan uyruklu başvuruçunun işlediği suçlar nedeniyle sınır dışı edilmesine dair işlemin yürütmesini özel hayat ve aile hayatına saygı hakkı kapsamında başvuru esas-tan sonuçlanıncaya kadar tedbiren durdurmuştur (Bkz. Paposhvili/Belçika, [B.D.], B. No:41738/10, 16.9.2015).*"³⁹

³⁷ Keller, s.353. Bkz. AİHM, B./Belçika, B. No. 4320/11, 10. Temmuz.2012, § 35; AİHM, Neulinger ve Shuruk/İsviçre, B. No. 41615/07, 6. Temmuz.2010, §§ 5 ve 3. Bu davada mahkeme, İsviçre hükümetinden, dengesiz babasının çocuğa zarar vermesi riskini önlemek amacıyla çocuğun İsrail'e dönmeye zorlanmamasını istemiştir.

³⁸ AYM, G. B. ve Diğerleri (TAK), B. No. 2015/15273, 17.9.2015, §17.

³⁹ AYM, G. B. ve Diğerleri (TAK), B. No. 2015/15273, 17.9.2015, §18. Benzer kararlar için bkz. AYM, Uthman Deya Ud Deen Eberle (TAK), B. No. 2015/16437, 10.11.2015, § 20: "başvuruçuların idari gözetim altına alındığı tarihe kadar Türk vatan-daşı olan eşi ve 4 aylık bebeği ile birlikte Göç İdaresinden aldığı ikamet iznine dayalı olarak Türkiye'de yaşamaktadır. Başvuruçuların sınır dışı edilmesi hâlinde eşi ve bakıma muhtaç bebeğinden öngörüle-meyen bir tarihe kadar ayrı kalacağı açıktır. Bu durum başvuruçuların "manevi bütünlüğü" yönünden ciddi bir tehlikeyle

Tedbir kararının asli olarak uygulandığı iki temel hak olan yaşam hakkı ile maddi ve manevi bütünlüğünü koruma hakları bakımından ise uygulamanın büyük ölçüde yoğunlaştığı en temel alan, sınır dışı kararları ve suçluların iadesi kapsamındaki iade kararları. Başvurucunun gönderileceği ülkede, işkence veya kötü muameleye maruz kalabileceği⁴⁰, gönderilen ülkede ölüm cezasına⁴¹ mahkûm edilecek olması gibi riskler, tedbir kararının en çok uygulandığı durumları teşkil ediyor. Savaş veya iç çatışmalar gibi nedenlerle sivillerin sıklıkla zarar gördüğü, hak ve özgürlüklere yönelik ciddi ihlallerin yaşandığı bölgeler bakımından sıklıkla tedbir kararları veriliyor.⁴²

karşı karşıya bırakmaktadır (G.B. ve diğerleri [TAK], B. No: 2015/15273, 17.9.2015, §§ 17-18). AYM, Abdolghafoor Rezaei (TAK), B. No.2015/17762, 1.12.2015, §16: "başvurucunun sınır dışı edilmesi hâlinde Türkiye'de yaşayan eşi ve beş çocuğundan ayrı kalabileceği ve aile bütünlüğünün öngörülemeden bir tarihe kadar bozulabileceği açıktır. Bu durum başvurucunun "manevi bütünlüğü" yönünden ciddi bir tehlike oluşturmaktadır." AYM bir başka kararında ise, ebeveynleri Türkiye'de bulunan çocukların Türkiye'ye girişine izin verilmemesine ilişkin başvuruda, çocukların manevi bütünlüğünün bozulacağı gerekçesiyle, giriş yasağına ilişkin kararın uygulanmaması yönünde tedbir kararı vermiştir. AYM, G. B. ve Diğerleri (TAK), B. No.2015/15273, 17.9.2015.

⁴⁰ Bkz. AYM, K.A. (TAK), B. No.2014/19101, 10.12.2014; AYM, Z.M. ve I.M. (TAK), B.No.2015/2037, 6.1.2016; AYM, A.M.A.A. ve J.A.A.A. (TAK), B.No.2015/3941, 27.3.2015; AYM, D.M. (TAK), B.No.2015/4176, 17.3.2015; AYM, Mohammad Abdul Khaliq (TAK), B. No.2015/6721, 14.5.2015; AYM, Farah Abdulhameed Mohammed Ali Al-Mudhafar (TAK), B. No.2015/13854, 14.8.2015; AYM, Majid Mahmood Ahmed Aljamal (TAK), B. No.2015/15277, 11.9.2015; AYM, Mohammad Esmaeilzadeh ve Diğerleri (TAK), B. No.2015/17658, 19.11.2015; AYM, M.A. (TAK), B. No.2016/220, 20.1.2016. AİHM kararları için örnek olarak bkz. Abdulkhakov/Russia, B. No. 14743/11, 2.Ekim.2012.

⁴¹ AYM, R.M. (TAK), B. No. 2015/19133, 16.12.2015, §17-18: "...başvurucu, ülkesinde 2008 yılında bir üniversitede gerçekleşen olaylara katılması nedeniyle mahkûmiyetine karar verildiğini, bu tür eylemlerin İran İslam Cumhuriyetinin devrilmesi yönünde faaliyette bulunmak olarak kabul edildiğini ve katılan kişilerin idam cezasıyla cezalandırıldığını ileri sürmüş ve iddialarını doğrular nitelikte bazı bilgi ve bilgiler sunmuştur (bkz. §§ 8-9). Nitekim İnsan Hakları İzleme Örgütünün İran'a ilişkin 2015 yılı İnsan Hakları Raporunda, İran hukukuna göre çok sayıda suçun karşılığının ölüm cezası olduğu ve verilen cezaların da infaz edildiği belirtilmiştir. Açıklanan nedenlerle, bu aşamada başvurucunun ülkesine sınır dışı edilmesinin hâlinde "yaşamına" yönelik ciddi bir tehlikeyle karşılaşma ihtimali bulunduğu anlaşıldığından tedbir talebinin kabulüne karar verilmesi gerekir." AİHM'in bu yönde kararları için bkz. Al-Saadoon ve Mufdhi/ Birleşik Krallık, B. No. 61498/08, 2.Mart.2010; Rrapo/Arnavutluk, B. No. 58555/10, 25.Eylül.2012.

⁴² Bkz. AYM, Z.M. ve I.M. (TAK), B.No.2015/2037, 6.1.2016; AYM, A.M.A.A ve J.A.A.A. (TAK), B.No.2015/3941, 27.3.2015; AYM, D.M. (TAK), B.No.2015/4176, 17.3.2015; AYM, Mohammad Abdul Khaliq (TAK), B. No.2015/6721, 14.5.2015; AYM, Farah Abdulhameed Mohammed Ali Al-Mudhafar (TAK), B. No.2015/13854, 14.8.2015; AYM, Majid Mahmood Ahmed Aljamal (TAK), B.

Bunun yanında, AİHM bugüne değin uygulamasında, başvuru-cunun sınır dışı/iade edilmesi halinde; şartlı tahliye imkânı olmaksızın ömür boyu hapis cezasına hükmedilebilecek olması⁴³, cinsel yönelimi nedeniyle kötü muameleye maruz kalacağı⁴⁴, zina suçundan yargılanacağı⁴⁵, kadın sünneti uygulamasına maruz kalacağı⁴⁶, cinsel istismara maruz kalacağı⁴⁷ gibi riskler ile karşı karşıya kalacağını tespit ettiği takdirde de sözleşmenin 2. ve/veya 3. maddelerinin ihlal edilmesine dair ciddi tehlike bulunduğu gerekçesiyle tedbir kararları vermiştir.

AYM'nin önüne sıkça gelen bir diğer husus ise, sınır dışı edilmek üzere tutulan yabancıların kaldığı Geri Gönderme Merkezlerinin koşullarının md.17'deki hakların ihlali sonucunu doğuracak düzeyde sağlıksız olduğu yönündeki iddialara dayanan tedbir talepleridir. Ancak AYM şimdiye kadar, bu yerlerdeki koşulların md.17 kapsamında tedbir kararı verilmesini gerektirecek düzeyde ciddi bir hak ihlali tehlikesi yarattığı yönünde bir karar vermemiş, bu yöndeki tüm tedbir istemlerini reddetmiştir.⁴⁸

Md.17 kapsamında AYM'nin tedbir taleplerini değerlendirdiği bir diğer konu cezaevlerinde bulunan tutuklu ve hükümlülerin sağlık koşullarıdır. Ölümcül bir hastalıktan muzdarip olanlar, tek başına

No.2015/15277, 11.9.2015; AYM, Mohammad Esmailzadeh ve Diğerleri (TAK), B. No.2015/17658, 19.11.2015; AYM, M.A. (TAK), B. No.2016/220, 20.1.2016. Mahkeme bu bölgelerde tedbir kararı verirken bölgenin insan hakları örgütleri raporlarına dayanarak ortaya konan koşulları yanında 6458 sayılı Kanun'un 4/1. maddesi ile Geçici Koruma Yönetmeliği'nin 3/1. Maddesinde yer alan, uluslararası hukuk açısından geçerli bir ilke konumunda bulunan "zulüm tehlikesi altında bulunan yere geri gönderilmeme (non-refoulement)" ilkesine sıklıkla gönderme yapıyor.

⁴³ AİHM, Babar Ahmad ve Diğerleri/Birleşik Krallık B. No. 24027/07, 11949/08, 36742/08, 66911/09 ve 67354/09, 10.Nisan.2012.

⁴⁴ AİHM, K.N./Fransa B. No. 47129/09, 19.Haziran.2012.

⁴⁵ AİHM, Jabari/Türkiye, B. No. 40035/98, 11.Temmuz.2000.

⁴⁶ AİHM, Abraham Lunguli/İsveç B. No. 33692/02, 1.Temmuz.2003.

⁴⁷ AİHM, M./Birleşik Krallık, B. No. 16081/08, 1.Aralık.2009.

⁴⁸ Bkz. AYM, G.B. ve Diğerleri (TAK), B. No.2014/19481, 9.1.2015; AYM, Gulistan Ernazarova (TAK), B.No.2015/508, 16.1.2015; AYM, Gulbahar Rahmanova (TAK), B.No.2015/509, 19.1.2015; AYM, Iryna Bondarchuk (TAK), B. No.2015/615, 28.1.2015; AYM, Madina Mayusupova (TAK), B. No.2015/1471, 19.2.2015; AYM, Manzura Jumaeva (TAK), B. No.2015/1474, 28.1.2015; AYM, Ann Starovoitova (TAK), B. No.2015/1476, 2.2.2015; AYM, Solmaz Mamedova (TAK), B. No.2015/6724, 20.5.2015; AYM, I.M. (TAK), B. No.2015/16013, 14.10.2015; AYM, İlia Karimov (TAK), B. No.2015/16280, 15.10.2015; AYM, K.L. (TAK), B. No. 2016/4754, 16.3.2015.

yaşamını idame ettirmesini engelleyen bir sağlık sorunu bulunanlar ve sürekli kontrol altında bulunması gereken hastalar AYM'den infazlarının ertelenmesi yönünde tedbir kararı verilmesini istemektedir.⁴⁹

III. TEDBİR KARARINA İLİŞKİN USUL

A. Tedbir Talepli Başvurular Öncelikli Olarak İncelenmektedir

Tedbir, bir hakkın ihlaline yönelik ciddi ve yakın bir tehlikenin bulunduğu hallerde uygulanmak üzere öngörülmüş, söz konusu tehlikeyi bir an evvel önlemek amacına yönelik bir usul olduğuna göre, tedbir taleplerine ilişkin incelemenin buna uygun biçimde acil olarak yapılması gerekir.⁵⁰

Bu aciliyet hali esasında İçtüzüğün 73'üncü maddesinin 2'inci fıkrasında ifadesini bulur: *"İncelenen başvurulara ilişkin olarak; resen ya da başvuru üzerine dosyanın esası hakkında karar verilmeden önce, tedbir kararına başvurulmaması hâlinde başvuru kişinin yaşamına ya da maddi veya manevi bütünlüğüne yönelik ciddi bir tehlike bulunduğu anlaşılmaması üzerine, Komisyonlarca başvurunun kabul edilebilirlik incelemesi derhâl yapılarak, tedbir hususunu da karara bağlamak üzere başvuru, ilgili Bölüme gönderilir."*

Görüldüğü gibi içtüzük, tedbir istemine ilişkin incelemenin derhal yapılıp karara bağlanması bakımından süreci hızlandırmaya yönelik bir düzenleme getirmiştir. Fakat bu hüküm, durumun aciliyeti bakımından yeterli ivediliği sağlamakta yetersiz görünmektedir. Çünkü tıpkı yasa gibi içtüzük de tedbir kararının esasa ilişkin inceleme aşamasında verilebileceğini öngörmüştür. Dolayısıyla bu düzenlemelerden, önce kabul edilebilirlik incelemesinin yapılıp, kabul edilebilirlik kararı verildikten sonra tedbir kararının verilebileceği sonucu çıkmaktadır. Ancak bu usulün, yaratacağı zaman kaybı nedeniyle, tedbirin amacına ve niteliğine uygun düşmeyeceği açıktır.

⁴⁹ Bkz. AYM, Hüseyin Yılmaz (TAK), B. No.2016/9401, 25.5.2016; AYM, Veysi Şahinli (TAK), B. No. 2016/6003, 7.4.2016; AYM, Mecit Gümüş (TAK), B.No.2016/5991, 7.4.2016; AYM, Ersan Nazlier (TAK), B. No.2015/19917, 7.6.2016; AYM, Zeki Hakan Nebioğlu (TAK), B. No. 2015/2418, 24.4.2015; AYM, Salih Tuğrul (TAK), B. No.2014/1988, 25.4.2014; AYM, Fatih Hilmioğlu (TAK), B. No.2014/648, 20.1.2014.

⁵⁰ Sağlam, <http://www.hukabdergi.com/p2122/>.

Bu nedenledir ki ilk yıllarda AYM, uygulamasında tedbir istemli çoğu başvuruda İctüzük md.33/3'ü⁵¹ işleterek süreci hızlandırmıştır.⁵²

Uygulamada son bir yıla kadar, tedbir istemli başvurular yapıldıkları gün ön incelemesi tamamlanıp komisyona gönderiliyor ve aynı gün komisyon tarafından md.33/3 hükmü çerçevesinde şöyle bir karar ile bölüme gönderiliyordu: *"...Komisyonunca, ... tarihinde başvurunun karara bağlanması için Bölüm tarafından karar alınması gerekli görüldüğünden, Anayasa Mahkemesi İctüzüğü'nün 33. maddesinin (3) numaralı fıkrası uyarınca, kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına, dosyanın Bölüme gönderilmesine karar verilmiştir."*

⁵¹ İctüzük md.33/3 şöyledir: "Komisyonlar, önlerindeki bir başvurunun Anayasanın uygulanması ve yorumlanması veya temel hakların kapsam ve sınırlarının belirlenmesi açısından önem taşıyıp taşımadığının, başvurunun önemli bir zarara uğrayıp uğramadığının tespiti ve başvurunun çözümünün bir ilke kararını gerektirmesi veya alınacak kararın Mahkeme tarafından verilmiş başka bir karar ile çelişebilecek nitelikte olması hâllerinde kabul edilebilirlik hususunu karara bağlamadan başvuruyu ilgili Bölüme gönderirler."

⁵² Örneğin bkz. AYM, Eneğjan Narmetova (TAK), B. No.2013/6782, 6.9.2013. Tedbir istemli bir bireysel başvurunun AYM'de nasıl bir süreç izlediğini Anayasa Mahkemesi İkinci Bölüm Başkanı Dr. Alparslan Altan, 2013 tarihli bir yazısında şöyle özetlemiştir:

"...tedbir talepli bir başvuru yapıldığında Bireysel Başvuru Bürosu derhal bu başvuruyu işleme almaktadır. Başvuru evrakı üzerinde yapılan ilk değerlendirmede tedbir kararı verilmesi için yeterli bilgi olup olmadığına bakılmaktadır. Eğer tedbir kararı için yeterli bilgi mevcut değilse derhal başvuru ya da vekiline belirtilen iletişim bilgilerinden ulaşılarak bu eksikliklerin tamamlanması yoluna gidilmektedir. Eksiklik yoksa ya da eksiklikler tedbir kararı vermeye yetecek ölçüde tamamlandığında başvuru dosyası derhal komisyonlara havale edilmektedir. Dosya Komisyonlar Baş raportörlüğü önüne geldiğinde bu konuyla ilgili raportör derhal tedbir talebi hususunda heyete sunulmak üzere bir karar taslağı hazırlanmasını sağlamaktadır.

Komisyonlar önlerine gelen bu başvurunun kabul edilebilirlik incelemesinin vakit alacağı düşüncesiyle başvurunun kabul edilebilirlik hususunun karara bağlanması için derhal Bölüme sevki yapılmaktadır. Bu amaçla Komisyonlar, toplantı yapması mümkün değil ise toplantı yapmaksızın ya da elektronik oylama yapılması usulü ile karar alabilmektedirler.

Bu şekilde Bölüm önüne gelen başvuruda, Bölümler başvurunun kabul edilebilirlik ve esasının birlikte incelemesine karar verdikleri dosyanın tedbir kararı ile ilgili kısmının hemen görüşmesine başlarlar. Eğer başvurunun o anda görüşülmesi için Bölüm üye yeter sayısının temin edilememesi durumunda diğer Bölüm üyelerinden bu eksiklik tamamlanmaktadır.

Tedbir ile ilgili kısmı karara bağlanan dosyanın daha sonra kabul edilebilirlik ve esasına ilişkin incelemesi birlikte yapılarak başvuru kesin bir şekilde sonuçlandırılmaktadır."

Alparslan Altan, "Bireysel Başvurunun Birinci Yılına Genel Bir Bakış", *HUKAB Dergi*, Sayı 7, <http://www.hukabdergi.com/p2605/>

AYM komisyonları, son dönemde verdiği kararlarda bu hüküm yerine doğrudan İçtüzüğü'nün 73. maddesinin 2. fıkrasına dayanarak tedbir istemli başvurularda, kabul edilebilirlik incelemesinin bölümce yapılmasına karar verip, dosyayı bölüme göndermektedir: "...Komisyonunca, başvurucağının tedbir talebinin Bölüm tarafından karara bağlanması gerekli görüldüğünden, Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün (İçtüzük) 73. maddesinin (2) numaralı fıkrası uyarınca, kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına, dosyanın Bölüme gönderilmesine karar verilmiştir."

Böylesi bir karar ile bölüme gelen dosyalardaki tedbir istemi, pratikte, kabul edilebilirliğe ilişkin bir karar verilmeden önce incelenmekte ve karara bağlanmakta. Yani md.73/2'de yer alan "dosyanın esas hakkında karar verilmeden önce" tedbir kararının verileceğine ilişkin ifade, kabul edilebilirlik aşamasını da kapsayacak biçimde yorumlanıyor gibi görünüyor. Ancak 6216 sayılı yasanın md.49/5 hükmü ve İçtüzük md.73/1 açık biçimde tedbirin "esas inceleme aşamasında" yani başvuru kabul edilebilir bulunduktan sonra verilebileceğini düzenlemiştir. Bu bakımdan, pratikte, olumlu bir biçimde, tedbirin amacına uygun bir işleyiş söz konusu olsa da, mevzuat ile olan uyumsuzluğun en azından belirsizliğin giderilmesi yerinde olacaktır.

B. Tedbir Talebi ve Talebin İncelenmesine İlişkin Bazı Hususlar

1. Başvurucu Tarafından Tedbir İstemi ve Resen Tedbir Kararı

6216 sayılı Kanun md.49/5 ve AYM İçtüzüğü md.73/1-2 hükümlerine göre, tedbire resen veya başvurucağının talebi üzerine karar verilebilir. Her ne kadar mahkemenin resen tedbir kararı alabileceği belirtilse de, mahkemenin her önüne gelen başvuruda ayrıca tedbir kararı alınıp alınmaması gerektiğini tartışması gerekmez. Mahkeme olağan inceleme süreci içerisinde tedbir kararı verilmesini gerektiren bir durum tespit ederse bu kararı resen verecektir.⁵³

Bu anlamda AİHM uygulamasında bir alternatif daha bulunmaktadır. AİHM İçtüzük md.39/1'e göre, tedbir istemi taraflardan gelebileceği gibi ilgili üçüncü bir kişi tarafından da sunulabilir: "*Daire veya ge-*

⁵³ Sağlam, <http://www.hukabdergi.com/p2122/>.

rektiği takdirde, Bölüm Başkanı veya bu maddenin 4. fıkrası uyarınca atanan nöbetçi bir yargıç, taraflardan birinin ya da ilgili herhangi bir kişinin talebi üzerine veya re'sen, tarafların yararı veya önlerindeki yargılamanın uygun şekilde yürütülmesi için alınması gerektiğini düşündükleri geçici tedbirleri taraflara bildirebilir." KELLER ve MARTI'nin aktardığına göre şimdikiye kadar böyle bir durum söz konusu olmamıştır.⁵⁴

2. Tedbir Kararında İç Hukuk Yollarının Tüketilmiş Olması Şartı

Bireysel başvuru yolu, anayasada güvence altına alınmış, AİHS ve Türkiye'nin taraf olduğu ek protokollerde yer alan hak özgürlüklerinden biri kamu gücü tarafından ihlal edilmiş olanların, iç hukuk yollarını tükettikten sonra başvurabilecekleri ikincil nitelikte bir başvuru yoludur.⁵⁵ Dolayısıyla tedbir talebine konu, bir hakkın ihlali riskini yaratan işlem, eylem yahut ihmale karşı da öncelikle iç hukuk aracılığıyla müdahale etmek gerekir. Ancak bunlardan bir sonuç alınmadığı takdirde bireysel başvuru ile birlikte AYM'den tedbir talep edilebilecektir.

Bununla birlikte kimi durumlarda, iç hukuk yollarının tüketilmesi belli bir zaman alacağından, bu zaman aralığında ihlalin gerçekleşip telafisi mümkün olmayan sonuçlar doğurması tehlikesi söz konusu olabilir. İşte böylesi durumlar bakımından AYM "anayasal haklara saygı ilkesi" gereği iç hukuk yolları tüketilmeden de tedbir isteminde bulunulabileceğini kabul etmiştir.

ALTAN'ın ifadesiyle, "Anayasa Mahkemesinin mevzuatı ve içtihadı çerçevesinde başta kamu gücünün sınır dışı ve iade işlemleri nedeniyle yapılan bireysel başvurular olmak üzere tedbir talebi içeren başvuruların derhal incelenip karara bağlanması zorunluluğu bulunduğundan, sınır dışı etme kararına karşı ilgililer diğer başvuru yolla-

⁵⁴ Keller s.331.

⁵⁵ Bireysel başvurunun amacı, olağan kanun yollarının bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin korunmasını gerçekleştirememesi halinde, bu hak ve özgürlüklerin korunmasını sağlamaktır. M. Yavuz Sabuncu ve Selin Esen Arnwine, "Türkiye İçin Anayasa Şikâyeti Modeli Türkiye'de Bireysel Başvuru Yolu", Anayasa Yargısı, Sayı 21, s.230. Bireysel başvuruda başvuru yollarının tüketilmesine ve bunun istisnalarına ilişkin AYM içtihatları hakkında bilgi için bkz. Serdar Gülenler, Üçüncü Yılında Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru, SETA Analiz, Sayı:142, Kasım 2015, s.19-22.

rını tüketme zorunda olmaksızın doğrudan tedbir talebi ile Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yapabilmekte ve bu başvurular durumun gerektirdiği şekilde derhal karara bağlanabilmektedir.”⁵⁶

Mahkemenin sıkça tekrarladığı gerekçe şöyledir:

“Diğer taraftan bireysel başvuru yoluna gidebilmek için öncelikle olağan kanun yollarının tüketilmesi zorunludur. Bu ilke uyarınca, başvuru yolunun Anayasa Mahkemesi önüne getirdiği şikâyetini öncelikle ve süresinde yetkili idari ve yargısal mercilere usulüne uygun olarak iletmesi, bu konuda sahip olduğu bilgi ve kanıtlarını zamanında bu makamlara sunması ve aynı zamanda bu süreçte dava ve başvurusunu takip etmek için gerekli özeni göstermiş olması gerekir. Anayasa Mahkemesinin başvuru yolları henüz tüketilmeden bir başvuruyu kabul edip incelemesi kural olarak mümkün değildir. Ancak başvuru yolunun tüketilmesinin başvuru hakkına yönelik ihlalin giderilmesi açısından herhangi bir etkisi yoksa başka bir deyişle başvurulacak yol etkisizse ya da başvuru yolunun tüketilmesinin beklenmesi halinde başvuru hakkına yönelik ciddi ve geri dönülmesi imkânsız bir tehlike ortaya çıkacaksa anayasal haklara saygı ilkesi Mahkemenin bu başvuruları incelemesini gerektirebilir.”⁵⁷

3. Tedbir Kararının Dayanakları ve Tedbirde İspat Yükü

Kural olarak tedbir isteminde bulunan başvuru yolunun ihlal edilmesi suretiyle telafisi mümkün olmayan bir zararın ortaya çıkacağı konusunda gerçek ve yakın nitelikte bir tehlikenin var olduğunu ileri sürmesi ve bunu yeterli bilgi ve belge ile (sağlık raporları, mahkeme kararları, uluslararası kabul görmüş kimi insan hakları örgütlerinin raporları vb.) ortaya koyması gerekir. Bu anlamda iddiasını kanıtlama yükü başvuru yoludur.⁵⁸ Bu bakımdan, sadece ihlal iddiasını ileri sürmek ancak bunu destekleyecek nitelikte bilgi ve/veya belgeler sunmamak çoğu zaman tedbir isteminin reddi sonucunu doğurmaktadır: “...başvuru yolunun, sınır dışı edilerek gönderileceği ülke olan Hollanda’da

⁵⁶ Altan, <http://www.hukabdergi.com/p2605/> .

⁵⁷ AYM, Rıda Boudraa (TAK), B. No.2013/9673, 30.12.2013, §26. AYM’nin pratikte bu kuralı genellikle sınır dışı etme kararları bakımından uyguladığını görüyoruz. “İdare Mahkemesine başvurulmamış olması tedbir talebinin incelenmesine engel değildir.” AYM, Enedjan Narmetova (TAK), B. No.2013/6782, 6.9.2013, §19.

⁵⁸ Hüseyin Ekinci ve Musa Sağlam, Sorularla Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara 2014, soru 89.

yaşam hakkı yönünden ciddi bir risk ile karşılaşacağına, işkence ve kötü muameleye tabi tutulacağına ilişkin bir bilgi, belge sunulmadığı görülmektedir.”⁵⁹

Bununla birlikte mahkeme, kimi durumlarda, başvuruçunun ile ri sürdüğü tehlikenin çok bariz ve bilindir olduğu hallerde, başvuruçucu kendisi bilgi ve belge sunmamış olsa dahi çeşitli uluslararası insan hakları örgütlerinin raporlarını resen göz önünde bulundurmak suretiyle tedbir kararı verebilmektedir. *“Somut olayda başvuruçucu ülkesine geri gönderilmesi hâlinde etnik kökeni ve inançları nedeniyle yaşamının tehlikeye düşebileceğini, işkence ve eziyet görebileceğini ileri sürmüş ancak kişisel durumuyla ilgili somut bilgi ve belge ortaya koymamıştır. Bununla birlikte bazı insan hakları örgütlerinin (İnsan Hakları İzleme Örgütü, Uluslararası Af Örgütü), Rusya’ya ilişkin raporlarında, başvuruçunun iddialarını destekler nitelikte tespitlere yer verildiği görülmektedir. Başvuruçunun iddiaları ve anılan insan hakları örgütlerin raporları birlikte değerlendirildiğinde, bu aşamada başvuruçunun iddialarının temelsiz olduğu söylenemez.”⁶⁰*

Mahkeme bu durumu bir kararında şöyle açıklıyor: *“Anayasa Mahkemesi, sınır dışı işlemlerine karşı yapılan başvurularda, geri gönderilen ülkenin koşullarını dosyaya sunulan bilgi ve belgelerle sınırlı kalmaksızın ulusal ve uluslararası kuruluşların ve hükümetlerin düzenlemiş olduğu insan hakları raporlarından da yararlanmak suretiyle resen araştırmaktadır. Bu kapsamda, Türkiye İnsan Hakları Kurumu (TİHK), Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği (UNHCR), İnsan Hakları İzleme Örgütü (HRW), Uluslararası Af Örgütü (AMNESTY) gibi bağımsız kurum ve kuruluşların düzenlemiş olduğu raporlar geri gönderilecek ülkede sistematik olarak insan hakları ihlalleri yaşanıp yaşanmadığı sorusuna ışık tutmaktadır.”⁶¹*

Mahkeme, bilgi ve belgelerle desteklenmemiş “soyut” iddialar ile başvuruçunun şahsı yahut bağlı olduğu insan grubu ile ilgili öznel duruma ilişkin olmayan “genel” nitelikteki iddiaları, tedbire başvurulması bakımından yeterli ve ciddi bulmamaktadır:

⁵⁹ AYM, A.D. (TAK), B. No. 2014/19506, 31.12.2014, §21. Benzer şekilde bkz. AYM, M.S.S. (TAK), B. No.2014/19690, 31.12.2014, §21

⁶⁰ AYM, M.A. (TAK), B. No.2016/220, 20.1.2016, §19. Mahkemenin insan hakları örgütlerinin raporlarından yararlandığı bazı kararlar için bkz. AYM, Z.M. ve I.M. (TAK), B. No. 2015/2037, 19.2.2015; AYM, Mohammad Esmaeilzadeh ve Diğerleri (TAK), B. No. 2015/17658, 19.11.2015; AYM, Azizjon Hikmatov (TAK), B. No. 2015/18582, 15.12.2015; AYM, R.M. (TAK), B. No. 2015/19133, 16.12.2015.

⁶¹ AYM, Oyatullo Kurbonov ve Diğerleri (TAK), B. No. 2016/10071, 31.5.2016, §17.

*"...uluslararası koruma talebine dair mülakatta siyasi veya dinsel herhangi bir örgüte/gruba üye olmadığını belirten ve İngiltere'de daha önce kötü muamele veya işkenceye maruz kalmamış olan başvuruçunun, öznel durumu nedeniyle yaşam ve vücut bütünlüğüne yönelik bir riskin varlığını ortaya koymaksızın, İngiltere'de İslam karşıtlığı olarak tezahür eden toplumsal olayların şahsına yönelik güncel ve kişisel bir risk oluşturduğunu ileri sürmesi tedbir kararı verilebilmesi yönünden yeterli bir gerekçe olarak kabul edilemez."*⁶²

*"İngiliz Gizli Servisi tarafından takip edildiği, ajanlık teklifi yapıldığı, reddetmesi üzerine psikolojik baskı gördüğü ve evinin arandığı yönündeki soyut iddiaları dışında İngiltere'de daha önce kötü muamele veya işkenceye maruz kaldığına ilişkin bilgi, belge sunmayan başvuruçunun, öznel durumu nedeniyle yaşam ve vücut bütünlüğüne yönelik bir riskin varlığını ortaya koymaksızın, İngiltere'de İslam karşıtlığı olarak tezahür eden toplumsal olayların şahsına yönelik güncel ve kişisel bir risk oluşturduğunu ileri sürmesi tedbir kararı verilebilmesi yönünden yeterli bir gerekçe olarak kabul edilemez."*⁶³

Benzer şekilde AYM, bir suça tanık olduğu için mafya tarafından tehdit edildiğini iddia eden fakat buna ilişkin herhangi somut bir belge sunamayan, ayrıca buna dair kendi ülkesinde adli bir başvuru da yapmamış olan başvuruçunun tedbir talebini *"somut bilgi ve belgeyle temellendirilmemiş olan soyut iddialar tedbir kararı verilebilmesi yönünden yeterli bir gerekçe olarak kabul edilemez"*⁶⁴ diyerek reddetmiştir.⁶⁵

IV. TEDBİR KARARININ İNFAZI, SONUÇLARI VE SONA ERMESİ

A. Tedbir Kararının İçeriği

Bireysel başvuruda, başvuruçunun hak ve özgürlüğünün telafisi mümkün olmayan bir biçimde zarar görmesi riskinin tespit edilme-

⁶² AYM, M.S.S. (TAK), B. No. 2014/19690, 31.12.2014, §21.

⁶³ AYM, A.K.K. (TAK), B. No.2015/757, 20.1.2015, §21.

⁶⁴ AYM, M.A.G.J. (TAK), B. No.2015/1834, 19.2.2015, §11.

⁶⁵ Bununla birlikte, AYM, Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği (BMMYK) tarafından bir başvuruçuya mülteci statüsünün verilmiş olmasını, sınır dışı kararına karşı tedbir uygulanması bakımından yeterli görmektedir. Örnek olarak bkz. AYM, Farah Abdulhameed Ali Al-Mudhafar (TAK), B. No. 2015/13854, 14.8.2015; AYM, Majid Mahmood Ahmed Aljamal (TAK), B. No.2015/15277, 11.9.2015; AYM, Mohammad Esmailzadeh ve Diğerleri (TAK), B. No.2015/17658, 19.11.2015; AYM, Azizjon Hikmatov (TAK), B. No.2015/18582, 15.12.2015; AYM, A.A.K. (TAK), B. No.2015/17761, 2.12.2015.

si halinde, bu zararın ortaya çıkmasını önlemek amacıyla uygulanan tedbirin içeriğinin ne olacağı, amaca bağlı olarak değişiklik gösterir. Her somut olayda önlenmek istenen zarar farklı olacağından, hükmedilecek tedbirin içeriği de hiç şüphesiz farklılaşacaktır. Burada önemli olan alınacak tedbirin ulaşılmak istenen amaca uygun olmasıdır.

Çoğu durumda mahkeme tedbirin içeriğini tam anlamıyla kendisi belirlemektedir. Böylesi durumlarda, ilgili kamu birimlerinin bu karara dair yapacağı şey, mahkemenin 'şunu yapın ya da yapmayın' biçimindeki takdire yer bırakmayan emrini yerine getirmektir. Buna ilişkin en tipik örnek, alınmış olan sınır dışı/iade kararının mahkeme başka bir yönde karar verinceye değin fiilen uygulanmamasına yönelik tedbirlerdir: *"Mahkemece yeniden bir karar verilinceye kadar başvuruçular A.M.A.A. ve J.A.A.A.'nın menşe ülke olan IRAK'A SINIRDIŞI EDİLMESİNE İLİŞKİN İŞLEMİN FİİLEN UYGULANMAMASINA,..."*⁶⁶

Ancak kimi hallerde, mahkeme, tedbirin yalnızca genel çerçevesini belirlemekte, amaca ulaşmak için en uygun işlem ve eylemin ne olduğu konusunda takdiri idareye bırakmaktadır. Yani burada ilgili kamu birimlerinin yapacakları şey, mahkemenin 'tedbirin amacının gerçekleşmesini uygun bir usulle sağlayın' manasına gelen emrini yerine getirmektir.

Örneğin, tek başına temel ihtiyaçlarını karşılayamaz durumda olan ve bu bakımdan cezaevinde tek başına ve tek kişilik odada kalmasının uygun olmadığı yönünde sağlık raporu bulunan başvuruçunun buna karşın tek kişilik odada tutulmaya devam edilmesinin başvuruçunun "maddi ve manevi bütünlüğü" bakımından ciddi bir tehlike oluşturabileceği sonucuna varan AYM tedbirin içeriğinin biçimlendirilmesinde ilgili makamlara bir takdir alanı bırakarak şu kararı vermiştir: "Başuruçunun 'maddi ve manevi bütünlüğü' bakımından ortaya çıkabilecek tehlikenin ortadan kalkması için fiziki koşulları daha iyi bir ceza infaz kurumuna sevk edilmesi, periyodik olarak açık havaya erişim imkânı sağlanması gibi tedbirler alınması yeterli değildir. Bu nedenle başvuruçunun sağlık durumuna ve fiziksel özelliklerine uygun koşullarda cezasının infaz edilmesi konusunda gerekli tedbirlerin alınmasına karar verilmesi gerekir." Söz konusu kararın

⁶⁶ AYM, A.M.A.A ve J.A.A.A. (TAK), B. No:2015/3941, 27.3.2015. Ayrıca bkz. AYM, K.A. (TAK), B. No. 2014/19101, 10.12.2014; AYM, D.M. (TAK), B. No.2015/4176, 17.3.2015.

hüküm bölümünde bu tedbir şöyle ifade edilmiştir: *"Başvurucunun sağlık durumuna ve fiziksel özelliklerine uygun koşullarda cezasının infaz edilmesi konusunda gerekli tedbirlerin alınmasına..."*⁶⁷

Benzer şekilde, yakın zamanda verilen bir kararda mahkeme, cezaevi koşullarının çocuklarının gelişimi ve yaşamı için yeterli olmadığından hareketle biri iki yaşında ve biri de dört aylık iki çocuğu ile birlikte bir cezaevinde kalmakta olan başvurunun infazın ertelenmesi talebini kabul etmemiş ancak red de etmeksizin, çocukların hak ve yüksek menfaatlerinin korunması amacıyla tedbir alınması gerektiğine karar vermiştir. Fakat bu tedbirin içeriğinin ne olacağı konusunda takdir yetkisini açık bir biçimde kamu makamlarına bırakmıştır: *"kamu makamlarının başvurunun kişisel durumunu da dikkate alarak çocukların hak ve yüksek menfaatlerinin korunması konusunda uygun tedbirleri alması gerekmektedir. Ancak alınacak bu tedbirlerin ne şekilde olması gerektiğine ilişkin (tutma koşullarının iyileştirilmesi, infazın ertelenmesi ya da başkaca alternatifler üretilmesi) takdir yetkisi kamu makamlarına aittir. (Ş26) Bu nedenle, cezanın infazına ilişkin süreçte tutma koşullarının yeterli olmaması nedeniyle başvurunun ve çocuklarının "maddi ve manevi bütünlüğü" bakımından oluşan tehlikenin ortadan kaldırılması konusunda derhâl gerekli tedbirlerin alınmasına karar verilmesi gerekir. (Ş27)"*⁶⁸

Kimi durumlarda ise AYM, başvurunun talep ettiği tedbirin koşullarının oluşmadığına karar verirken, başka birtakım tedbirlerin alınması gerektiğine karar verebilmektedir. Örneğin infazın ertelenmesi için yapılan tedbir talebine ilişkin ara kararında AYM, *"Açıklanan nedenlerle, bu aşamada tedbir talebi hakkında karar verilmesine yer olmadığına, ancak sağlık kurulu raporu düzenlenmesine ilişkin sürecin bir ayı aşkın süredir tamamlanamamış olması ve başvurunun ceza infaz kurumunda tutulmasının hayatı bakımından tehlike oluşturduğuna ilişkin 22/4/2014 tarihli sağlık kurulu raporu (bkz.Ş9) karşısında kamu makamlarından yukarıda belirtilen değerlendirme sürecinin ivedi bir şekilde yerine getirilmesine ve Anayasa Mahkemesinin gelişmelerden gecikmeksizin bilgilendirilmesine karar verilmesi gerekir."* sonucuna varmış ve *"Diyarbakır Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından başvurunun kişisel ve sağlık durumuna ilişkin değerlendirme sürecinin ivedi bir şekilde yerine getirilmesine,.. gelişmelerden Anayasa Mahkemesini gecikmeksizin bilgilendirmesine..."* karar vermiştir.⁶⁹

⁶⁷ AYM, Ersan Nazlier, (TAK), B. No: 2015/19917, 7.6.2016.

⁶⁸ AYM, Şükran İrge (TAK), B. No. 2016/8660, 28.6.2016.

⁶⁹ AYM, Hüseyin Yılmaz (TAK), B. No. 2016/9401, 25.5.2016.

B. Tedbir Kararının Başvurunun Esasına Etkisi

Bir başvuruda tedbir kararının alınması o başvurunun kabul edilebilirliği ve esası hakkında herhangi yargıyı içermez. Tedbir kararının verilmesi, başvurucağın başvurusunda yer verdiği ihlal iddialarının haklılığı anlamına gelmemektedir. Dahası tedbire ilişkin inceleme ile başvurunun esasına ilişkin inceleme farklı perspektif ve amaçlarla yapılan incelemelerdir. Bu bakımdan, tedbir kararı verilen bir başvuru hakkında daha sonra ihlal bulunmadığı yönünde karar verilebilir.⁷⁰ Hatta pratikte kabul edilebilirlik incelemesinin de esasa ilişkin inceleme ile birlikte bölüm tarafından yapılması yönünde karar alınarak dosyalar bölüme gönderildiğinden bölüm önce tedbir kararı verip, ardından kabul edilemezlik kararı da verebilir.⁷¹

C. Tedbir Talebinin Reddi ve Yeniden Tedbir İstemi

Tedbir talebi niteliği ve amacı gereği bireysel başvurunun yapılması sırasında sunulabileceği gibi, incelemenin ilerleyen aşamalarında da sunulabilir. Aynı şekilde mahkeme de esasa ilişkin kararı vermeden önce, incelemesinin her aşamasında resen tedbir kararı verebilir. Bununla yanında, tedbir istemi bir kez reddedildikten sonra da, koşullarda birtakım değişiklikler meydana gelmiş ise, bunlara dayanılarak yeniden tedbir isteminde bulunulmasının önünde bir engel bulunmamaktadır. Hatta AYM kimi kararlarında, tedbir talebini reddetmekle birlikte, koşullar değiştiği takdirde tedbir hususunun yeniden değerlendirilebileceğini ve başvurucağın da gelişme olması halinde her aşamada yeniden tedbir talebinde bulunabileceğini hüküm bölümünde açıkça belirtmektedir.⁷²

D. Tedbir Kararının Sona Ermesi

6216 sayılı Yasa'nın 49/5 maddesi ile AYM İçtüzüğü'nün 73/4 hükmü gereğince tedbir kararı verilmesi durumunda başvurunun esası hakkındaki kararın 6 ay içerisinde verilmesi gerekmektedir. Eğer bu

⁷⁰ Örneğin bkz. AYM, Fatih Hilmioğlu, B. No.2014/648, 20.2.2014 (TAK) ve 18.9.2014 tarihli karar.

⁷¹ Örnek olarak bkz. AYM, Z.M. ve I.M. (TAK), B. No.2015/2037, 19.2.2015 (TAK) ve 6.1.2016 tarihli karar.

⁷² AYM, Hüseyin Yılmaz (TAK), B. No. 2016/9401, 25.5.2016.

süre içerisinde esasa ilişkin karar verilmez ve tedbirin bu 6 aylık sürenin dolmasının ardından devam edeceği konusunda yeni bir karar alınmaz ise tedbir kararı kendiliğinden kalkar.⁷³

Pratikte, başvuruların esasına ilişkin inceleme 6 aylık sürede tamamlanamamaktadır. Böyle durumlarda bölüm toplantı yapıp, tedbir kararını gözden geçirmekte ve koşullarda aksi yönde bir karar almayı gerektiren bir değişiklik olmamışsa tedbir kararının belli bir süre daha devamına karar vermektedir.⁷⁴

Tedbir kararı, öngörülen sürenin sona ermesi ve devamına ilişkin bir karar alınmamış olması halinde, mahkemece tedbirin kaldırılması yönünde karar alınması halinde ve başvurunun esasına ilişkin kararda ihlal olmadığı sonucuna varıldığı takdirde yahut düşme kararı verildiğinde kendiliğinden kalkar. Ayrıca pratikte ortaya çıkan bir durum olarak belirtmek gerekir ki, kabul edilebilirlik konusunda bir karara varılmadan evvel verilen tedbir kararları da kabul edilemezlik kararı verilmesi halinde kendiliğinden kalkacaktır.

SONUÇ

Bireysel başvuru yolunda tedbir, bir yandan başvurudaki tarafların hak ve çıkarlarını korurken, diğer yandan da mahkemenin vereceği kararın etkinliğini güvence altına alır ve böylece başvuru yolunun işlevselliğine katkı sağlar. Bu bakımdan hak ve özgürlüklerin korunmasında önemli bir role sahiptir. Ancak bu önemli rolün yerine getirilmesi için, tedbirin, niteliğine ve amacına uygun bir biçimde düzenlenmiş ve bu çerçevede uygulanıyor olması gerekir.

⁷³ 6216 sayılı Kanun md.49/5: "...Tedbire karar verilmesi hâlinde, esas hakkındaki kararın en geç altı ay içinde verilmesi gerekir..." AYM İktüzük md.73/4: "Tedbir kararı verilen başvurunun esası hakkındaki kararın en geç altı ay içinde verilmesi gerekir. Tedbirin devamı konusunda yeni bir karar alınmadığında, başvuru sahibinin hakkının ihlal edilmediğine ya da başvurunun düşmesine karar verildiği durumlarda tedbir kararı kendiliğinden kalkar."

⁷⁴ AYM, Z.M. ve I.M. (TAK), B. No.2015/2037, 7.7.2015:
"3. Hâlihazırda incelemesi devam eden başvuruya ilişkin Bakanlık görüş yazısı beklenmektedir. Ayrıca başvuru dosyasına, tedbir kararının verilmesini gerektiren koşullarda herhangi bir değişiklik olduğuna dair ek bilgi veya belge de sunulmamıştır.
4. Açıklanan nedenlerle, Anayasa Mahkemesi İktüzüğü'nün 73. maddesinin (4) numaralı fıkrası gereğince, 19.2.2015 tarihli tedbirin, altı aylık sürenin dolacağı 19.8.2015 tarihinden itibaren taktiren üç ay süreyle devamına karar verilmesi gerekir."

Öncelikle tedbir, bir hakkın telafisi mümkün olmayan bir biçimde zarar görme tehlikesine karşı önleyici bir usuldür ve bu bakımdan aciliyet gerektiren durumlarda gündeme gelir. Bu nedenle tedbir isteminin de ivedilikle incelenmesi gerekir. AYM'nin şimdiye kadar ki uygulaması, mahkemenin bu gerekliliğe özen gösterdiğini ortaya koymaktadır. Ancak yasa ve içtüzükte tedbir kararlarının esas inceleme aşamasında alınacağına ilişkin mevcut hüküm ile, pratikte kabul edilebilirlik kararlarından önce tedbir kararının alınıyor olması, her ne kadar uygulama tedbirin amacı bakımından yerinde bir uygulama olsa da, çelişkili bir görünüm ortaya çıkarmaktadır. Bu uyumsuzluğun giderilmesi gerekir.

Bunun yanında yasada bu yönde bir sınırlama öngörülmemiş olmasına karşın içtüzüğün tedbir kararlarını, kapsamına giren haklar bakımından sınırlayan bir düzenlemeye yer vermesi de içtüzüğün açık biçimde yasaya aykırılığı durumunu ortaya çıkarmaktadır. AYM de uygulamasında tedbirin haklar bakımından kapsamını içtüzüğü esas alarak dar yorumlamaktadır. Ancak tedbir kapsamındaki hakların içtüzükte öngörülen doğrultuda dar bir biçimde yorumlanıyor olması tedbirin amacı ile çelişen sonuçların ortaya çıkmasına sebep olabilir. Neticede tedbir kurumunun getirilmesinde amaç, birtakım haklara ayrıcalık sağlamak değil, bireysel başvuru yolu ile korunmak istenen hak ve özgürlüklerin, mahkeme bir karar vermeden evvel ihlal edilmesini ve bunun sonucunda mahkemenin vereceği kararın anlamını yitirmesini önlemektir. Böylesi durumların özellikle yaşam hakkı ve maddi ve manevi bütünlüğün korunması hakları bakımından söz konusu olacağı açıktır ancak bunlarla sınırlı olduğu da söylenemez. Mahkemenin her somut olayın özelliklerine göre tedbiri gerektiren telafisi mümkün olmayan bir ihlal tehlikesinin bulunup bulunmadığını değerlendirmesi tedbirin niteliği ve amaçları bakımından daha yerinde olacaktır. İchtüzük hükmü bunun önünde bir engel gibi gözükse de, 6216 sayılı yasada bu yönde herhangi bir sınırlama bulunmamaktadır.

Kaynakça

- AİHM tarafından geçici tedbirlere ilişkin hazırlanmış tematik bilgi notu, Nisan 2016.
http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Interim_measures_ENG.pdf
- AİHM Başkanı tarafından hazırlanmış geçici tedbilere ilişkin "Uygulama Yönergesi"
http://www.echr.coe.int/Documents/PD_interim_measures_ENG.pdf

- Altan, Alparslan. "Bireysel Başvurunun Birinci Yılına Genel Bir Bakış", *HUKAB Dergi*, Sayı 7, <http://www.hukabdergi.com/p2605/>
- Ekinci, Hüseyin ve Musa Sağlam. Sorularla Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara 2014.
- Göztepe, Ece. "Türkiye'de Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Hakkının (Anayasa Şikâyeti) 6216 sayılı Kanun Kapsamında Değerlendirilmesi", *TBB Dergisi*, 2011 (95), ss.13-40.
- Gülener, Serdar. *Üçüncü Yılında Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru*, SETA Analiz, Sayı:142, Kasım 2015.
- Harris, David, Michael O'Boyle ve Colin Warbrick, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku, Avrupa Konseyi, Şen Matbaa, Ankara 2013. s.871.
- Keller, Hellen ve Cedric Marti. "Interim Relief Compared: Use of Interim Measures by the UN Human Rights Committee and the European Court of Human Rights", *ZaöRV* 73 (2013), ss.325-372.
- Koç, Muharrem İlhan. "Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün Kapsamı ve Bireysel Başvuru", *Barobirlik e-dergi*, Sayı 10, Ekim 2014, ss.28-32. http://ebarobirlik.barobirlik.org.tr/EB/EB_Default.aspx?b=40#34/z.
- Sabuncu, M. Yavuz ve Selin Esen Arnwine. "Türkiye İçin Anayasa Şikâyeti Modeli Türkiye'de Bireysel Başvuru Yolu", *Anayasa Yargısı*, Sayı 21, 2004, ss.229-246.
- Sağlam, Musa. "Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuruda Tedbir Kararı", *HUKAB Dergi*, Sayı 5, <http://www.hukabdergi.com/p2122/>
- Turan, Hüseyin. "Ceza Mahkemelerince Verilen Kararlar Bakımından Bireysel Başvuruda Başvuru Süresi", *TAAD*, Yıl:5, Sayı:17, Nisan 2014, s.114.

SİGORTA DOLANDIRICILIĞI SUÇU

INSURANCE FRAUD

Uğur ARSLAN*

Özet: Son günlerde sigorta primleri ve sigorta masraflarının yüksekliği ve bu yüzden tüketici şikâyetleri gündeme sık sık gelmektedir. Aslında toplumun büyük bir kesimini etkileyen bu sorunun nedenlerinden biri de sigorta sahteciliği ya da sigorta dolandırıcılığı olarak isimlendirilen suçun her geçen gün artmasıdır. Sigorta dolandırıcılığı suçu hem 765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunu'nda hem de 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda düzenlenmiş suçlardandır. Söz konusu suç gündelik hayatımızda birçok şekilde karşımıza çıkabilmekte ve bu nedenle de suçun unsurları, içtima, teşebbüs ve iştirak gibi açılardan ayrıntılı olarak incelenmesi gerekmekte olan bir suçtur. Literatürde de konuyla ilgili çalışmanın azlığı bizi de bu çalışmayı yapmaya götüren temel motivasyonlar arasındadır. Çalışmamızda öncelikle sigorta kavramı ve sigorta sahteciliği genel olarak ortaya konulacak daha sonra da ayrıntılı olarak sigorta dolandırıcılığı suçu üzerinde durulacaktır.

Anahtar Kelimeler: Türk Ceza Kanunu, Sigorta Sözleşmesi, Sigorta Suiistimali, Sigorta Sahteciliği, Nitelikli Dolandırıcılık Suçu, Sigorta Dolandırıcılığı

Abstract: Recently, high insurance fees and costs and customer complaints arising due to this reason occupies a huge amount in public agenda. In fact, one of the root causes of this issue affecting vast amount of crowds in the society is day by day increase in crimes namely insurance forgery or insurance fraud. Insurance fraud crime is regulated and punished both also by the former Turkish Criminal Code No:765 and new Turkish Criminal Code No:5237. People faces this crime of the subject topic is in their daily life in many different forms and therefore it is a crime that should be deeply investigated in aspects like elements of the crime, concurrence of crimes, attempt to crime and participation in the crime. One of the main motives in preparing this report is the lack of study in the literature about this topic. In this study first of all concept of insurance and insurance forgery will be discussed generally, then insurance fraud will be examined in deep.

Keywords: Turkish Criminal Code, Insurance Contract, Insurance Abuse, Insurance Forgery, Serious Fraud Crime, Insurance Fraud

* Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Doktora Programı Öğrencisi

GİRİŞ

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu (TCK) 158/k maddesinde (haksız sigorta bedeli almak için) işlenen nitelikli dolandırıcılık suçuna yer verilmiştir. Çalışmanın bundan sonraki kısmında sigorta dolandırıcılığı olarak ele alınacak olan bu suç 765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunu'nda yer verilen ve yasa koyucunun birden çok hukuki yararın korunmasını hedef aldığı önemli bir düzenlemedir.

Anılan düzenlemenin amacı malvarlığı ve kişi iradesi ile beraber ekonomik düzenin ve bu bağlamda sigortacılık sektörünün korunmasıdır. Yapılan yasal düzenlemeler kapsamında bu çalışmamızla sigorta dolandırıcılığı suçunu ortaya çıkan suç eylemleri, mahkeme içtihatlarındaki yansısıyla birlikte mevzuatın uygulama durumunu ortaya çıkarmayı hedefledik.

Tüm tedbirlere ve yasal düzenlemelere rağmen uygulamada sigorta suiistimali/hilesi olarak değerlendirilen çeşitli sigorta dolandırıcılığı olgularının varlığı hem sigorta sektörünü hem de primlerini ödeyen dürüst vatandaşı zarara uğratmaktadır. Bu bağlamda sigorta suiistimallerinin yalnızca sigortacılar üzerinde değil sigortacıların müşterileri üzerinde de etkisi bulunduğunu söylememiz yanlış olmayacaktır.

Sigorta suiistimalleri ile ortaya çıkan maddi kaybın dürüst sigortalılara yansıtılması ile primler orantısız bir şekilde yıldan yıla yükselmektedir. Buna paralel olarak, trafikteki sigortasız araç sayısı da artmaktadır. Araştırmalara göre 2016 yılı ilk ayı itibarıyla bu şekilde trafiğe çıkan araç sayısı %20'ye yaklaşmıştır.¹

Literatürde sigorta dolandırıcılığının cezai sorumluluğunun ele alındığı araştırmaların azlığı dikkat çekmektedir. Gerek söz konusu suçu düzenleyen TCK'nın ilgili hükmün gerekçesinde gerekse de TCK şerhlerinde yapılan açıklamaların yetersiz olduğu göz önüne alındığında yapılan bu çalışmanın literatüre katkısının olması hedeflenmektedir.

Bu çalışma, sigorta suiistimallerinin sigorta sektörü ve sigorta yaptırnanlar açısından önemli bir problem olduğu, öte yandan TCK'da düzenlenen nitelikli dolandırıcılık suçunun söz konusu problem için önemli bir düzenleme olduğu varsayımına dayanmıştır.

¹ "Primler Yükseldikçe Sürücüler Trafik Sigortası Yaptırmamaya Başladı", <http://www.hurriyet.com.tr/primler-yukseldikce-suruculer-trafik-sigortasi-yaptirmamaya-basladi-40038583>, (erişim tarihi:06.03.2017)

Çalışma, sigorta sözleşmesi, sigorta suiistimali, nitelikli dolandırıcılık suçu kavram ve olgularıyla sınırlıdır. Öte yandan Türkiye’de sigorta suiistimallerinin %94’ü araç sigortaları üzerinden gerçekleştirildiği için özellikle araç sigortaları üzerinden örneklerle yer verilmiştir.

I. SİGORTA KAVRAMI VE SİGORTA SUIİSTİMALLERİ

A. SİGORTA KAVRAMI

Sigorta, aynı türden tehlikeye karşı karşıya olan kişilerin belirli bir miktar para ödemesi yoluyla toplanan tutarın sadece o tehlikenin gerçekleşmesi sonucu fiilen zarara uğrayanların zararını karşılamada kullanıldığı bir risk transfer sistemidir.²

Mülga 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun 1263. maddesinde, “*Sigorta bir akittir ki bununla sigortacı bir prim karşılığında diğer bir kimsenin para ile ölçülebilir bir menfaatini halele uğratan bir tehlikenin (bir rizikonun) meydana gelmesi halinde tazminat vermeyi yahut bir veya birkaç kimsenin hayat müddetleri sebebiyle veya hayatlarında meydana gelen belli bir takım hadiseler dolayısıyla bir para ödemeyi veya sair edalarda bulunmayı üzerine alır.*” şeklinde sigorta kavramı tanımlanmıştır.

Yürürlükteki Türk Ticaret Kanunu (TTK) 1401 ve 1520. maddeleri arasında sigorta hukukuna ilişkin esaslar, 1401-1452 maddeleri arasında genel hükümler, 1453-1520 maddeleri arasında ise sigorta türlerine ilişkin özel hükümler³, Kanun’un 1487. maddesinde hayat sigortası, 1507. maddesinde kaza sigortası, 102-123 maddeleri arasında ise acen- telik hususları düzenlenmiştir.

B. SİGORTA SÖZLEŞMESİ

TTK’nın 1401. maddesinde, sigorta sözleşmesine yer verilmiştir. Buna göre sigorta sözleşmesi: “*Sigortacının bir prim karşılığında kişinin para aile ölçülebilir bir menfaatini zarara uğratan tehlikenin, rizikonun meydana gelmesi halinde bunu tazmin etmeyi ya da bir veya birkaç kişinin hayat süreleri sebebiyle ya da hayatlarında gerçekleşen bazı olaylar dolayısıyla bir para ödemeyi veya diğer edimlerde bulunmayı yükümlendiği sözleşme*”dir.

² Türkiye Sigortalar Birliği, Sigorta Tanımları, <http://www.tsb.org.tr/sigorta-tanimlari.aspx?pageID=648>, (Erişim Tarihi: 27.02.2017)

³ TTK’ya göre sigorta, zarar sigortaları ve can sigortaları olarak iki ana başlıkta düzenlenmiştir. Zarar sigortası deyince mal ve sorumluluk sigortaları; (örneğin deprem ve zorunlu mali mesuliyet sigortası) can sigortaları deyince de hayat kaza ve hastalık ve sağlık sigortası anlaşılmaktadır.

TTK'nın 1450. maddesi "*sosyal güvenlik kurumları ile yapılan sözleşmeler hakkında, kendi kanunlarında aksine hüküm bulunmadıkça, bu Kanun hükümleri uygulanmaz*" hükmünü amir olduğu için taraflardan birinin SGK olduğu işlemlerde TTK hükümleri nazara alınmayacaktır.

C. SİGORTACILIK SUÇLARI

TCK'da düzenlenmiş bulunan dolandırıcılık suçunun nitelikli halinden dolayı sigortacılık suçları denildiğinde anlaşılan çoğu kez sahte veya gerçek dışı tazminat talepleri şeklinde irtikâp edilen ve sigorta şirketlerine karşı işlenen suçlar anlaşılmaktadır.⁴

Türkiye'de sigorta konusunda uygulanan TTK'dan başka, uzun süredir uygulanan 21/12/1959 tarihli ve 7397 sayılı Sigorta Murakabe Kanunu, (SMK) 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu (SK) ile yürürlükten kaldırılmıştır. SK'nın amacı aynı Kanunu'nun 1.maddesinde "*Kanuna tâbi kişi ve kuruluşların, faaliyete başlama, teşkilât, yönetim, çalışma esas ve usûlleri ile faaliyetlerinin sona ermesi ve denetlenmesine ilişkin hususlar ve sigorta sözleşmesinden doğan uyuşmazlıkların çözümlenmesine yönelik olarak sigorta tahkim sistemi ile ilgili usûl ve esasları düzenlemektir.*" şeklinde belirtildiğinden anılan Kanun'da sigorta suiistimalleri ya da sigorta dolandırıcılığı ile ilgili cezai hükümler ihdas olunmamıştır. Dolayısıyla söz konusu suçlar hakkında TCK'nın ilgili hükümleri tatbik edilecektir.

D. SİGORTA SUIİSTİMALLERİ

Sigorta suiistimalleri, kötü niyetli kişilerin, haksız kazanç elde etmek amacıyla bilinçli biçimde, poliçe düzenlenmeden önce veya sonra sigorta şirketlerini aldatması olarak tanımlanmaktadır. Aldatma bir sigortacının gerçeği bilmesi durumunda düzenlemeyeceği bir sigorta poliçesini, yanlış bilgi vermek veya önemli bir hususu gizlemek suretiyle, düzenlenmesini sağlamak şeklinde gerçekleştirilebilir. Bunun dışında poliçe düzenlendikten sonra yapılacak her türlü sahtekârlık da aldatma kabul edilmektedir.

⁴ 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun çeşitli avantajlarından faydalanmak amacıyla (erken emeklilik, tedavi giderlerinin Kurum tarafından karşılanması vs.) uygulamada "sahte sigortalılık" veya "kaçak sigortalılık" olarak adlandırılan çalışmayan bir kişiyi çalışıyor göstermek ve sigortalı yapmak olarak somutlaşan suçlar bağlamında fail/failler hakkında aynı Kanun gereğince idari para cezası, Vergi Usul Kanunu'nda düzenlenen vergi ziyayı cezası ve TCK kapsamında nitelikli dolandırıcılık ve eyleme uyuyorsa resmi/özel belgede sahtecilik suçlarından cezalandırılması gündeme gelebilmektedir.

Sigortalı olanın teminat bedelinden faydalanabilmesi için poliçede belirtilen genel ve özel şartlara uyması gerekmektedir. Aksi durumda sigortalı olan sigortadan faydalanamayacaktır. Örneğin “araç çalınması” klozlu⁵ kasko sigortası kapsamında sigortalı olan aracın, aracın kontak anahtarının unutulması nedeniyle ya da araç satın almak bahanesiyle deneme sürüşü yapan kişilerce çalınması durumlarında sigortalı aracın bedelini sigorta şirketinden talep edilemeyecektir. İşte bu şartlara uymama sonucunda ortaya çıkan benzer durumlar nedeniyle sigorta bedeli alamayacak olan bazı sigortalılar sigorta hilesine başvurmaktadır.

Sigorta suiistimleri sonucunda hem sigortacılar suiistimallerin yol açtığı fazla maliyetlere katlanmak zorunda kalmaktadırlar hem de sigortalılar bu maliyetlerin poliçelere yansması ile mağdur duruma düşmektedirler. Sahte hasar ihbarları ve bu ihbarların araştırılmasından doğan giderler dürüst müşterilerin prim fiyatlarının artmasına neden olmaktadır. Yapılan bir araştırmaya göre suiistimler nedeniyle Avrupa’da sigorta primleri her yıl 60 Euro artmaktadır. Bu kapsamda Türkiye’deki hasar ödemelerinin %10-30 oranında suiistimal kaynaklı olduğu düşünülmektedir.⁶

Çoğu sigorta kolunda sigorta hileleri gerçekleştirilebilmektedir. Mesela sigortalı tarafından faydalanılmayan sağlık hizmetlerinden faydalanmış; kullanılmayan tıbbi malzemelerin kullanılmış olarak gösterilmesi sağlık sigortası hilesine; işyerindeki malzemelerin çalınmış gibi gösterilmesi de işyeri sigortası hilesine örnek olarak gösterilebilir.

Kişileri sigorta hilelerini yapmaya iten temel motivasyonun finansal olarak sağlanacak fayda olduğu belirtilmiştir.⁷ Sırf bu faydanın sağlanabilmesi için kişiler kasıtlı olarak veya istemeden masum kişilere zarar dahi verebilmektedirler. Kasıtlı zarara örnek olarak, iş yeri sigortası yaptırmış kişinin sigorta tazminatından faydalanabilmek için kendi iş yerini yakması gösterilebilir. Bunun dışında, sigortalı eşyaya zarar verilirken o anda orada bulunan kişiye/mal varlığına da zarar verilebil-

⁵ Kloz, poliçenin bir bölümü veya poliçeye ekli özel şartları ifade etmek için kullanılan bir kavramdır. Türkiye Sigortalar Birliği, Sigorta Tanımları, <http://www.tsb.org.tr/sigorta-tanimlari.aspx?pageID=648>, (erişim tarihi: 27.02.2017)

⁶ Serkan Aydın, “SBM Sigorta Suiistimallerini Önemli Oranda Azaltacak”, *Sigorta Bilgi ve Teknoloji Dergisi*, Sayı:4, 2015, s.49.

⁷ Banu Tarhan Mengi, “Araç Sigortası Hileleri ve Bu Hilelere Yönelik Önlemler”, *Finansal Araştırmalar ve Çalışmalar Dergisi*, Cilt:4, Sayı:8, İstanbul, 2013,s.74.

mektedir. Kişinin araç sigortasından haksız biçimde tazminat talebinde bulunabilmek için aracını kundaklaması sırasında, tesadüfen oradan geçen aracın alev alması ve olay ile hiçbir ilgisi olmayan araç sürücüsünün ölümüne neden olması bu zararlara örnek olarak verilebilir.

Uygulamada sigorta suiistimal vakaları iki farklı süreçte yoğunlaştığı görülmektedir: Polişe düzenlendiği aşamada sigorta şirketinin normal şartlarda yapmayacağı sözleşmeyi yapmasını sağlamak amacıyla sigorta şirketine bilerek yanlış bilgi vermek veya önemli bir hususu gizlemek; hasar aşamasında ise kasıtlı olarak bir hasar meydana getirmek ya da meydana gelen hasarın miktarını olduğundan fazla göstermek.⁸

E. TÜRKİYE'DE SİGORTA SUIİSTİMALLERİ

Sigorta alanında en çok suiistimal araç sigortalarında gerçekleşmektedir. Bu alandaki hasar ödemelerinin yaklaşık %10-30'unun hileli davranışlar sonucunda ödendiği, tahmini suiistimallerin maliyetinin ise yılda 1,4 milyar TL ile 1,7 milyar TL arasında olduğu belirtilmektedir.⁹

Malum olduğu üzere Türkiye'de araçların trafiğe çıkması için zorunlu mali sorumluluk (trafik sigortası) sigortasının yaptırılmış olması gerekmektedir. Zorunlu olan bu sigorta kazalarda oluşan can kayıplarına karşı kusurlu tarafın ödeyeceği tazminat için teminat oluşturmaktadır. Ayrıca, kendi aracında meydana gelebilecek hasarlarda, yüksek maliyetten kaçınmak isteyen araç sahibinin kasko adı verilen ayrı bir sigorta yaptırması gerekmektedir. Yapılan araştırmalara göre araçlarla ilgili sigorta sahteciliği birçok yöntemle yapılabilmektedir. Bunlar;

- "Sahte kaza tespit tutanağı %51,
- Sahte belge %7,
- Planlanmış hasar %16,
- Kendi malına zarar verme %3,
- Hasar sonrası sigortalatma %10,
- Diğer %13" olarak ifade edilmiştir.¹⁰

⁸ İsmail Yıldırım, "Türk Sigortacılık Sektörünün Yumuşak Karnı: Sigorta Suiistimalleri Sorunu", *Sosyal ve Beşeri Bilimler Dergisi*, Cilt:5, 2013, s.333.

⁹ Aydın, s.49.

¹⁰ Yıldırım, s.334.

II. SİGORTA DOLANDIRICILIĞI SUÇU

A. GENEL AÇIKLAMALAR

Dolandırıcılık suçu, mülga TCK'da; *“Bir kişiyi kandırabilecek nitelikte hile ve desiseler yaparak, hataya düşürüp onun veya başkasının zararına, kendisine veya başkasına haksız bir yarar sağlamaktır”*¹¹ şeklinde; yürürlükteki TCK'da ise, bir kimsenin, *“Hileli davranışlarla bir kimseyi aldatıp, onun veya başkasının zararına olarak, kendisine veya başkasına bir yarar sağlaması”* biçiminde tanımlanmıştır.

Dolandırıcılık suçunun en temel özelliği; failin sahip olduğu kurnazlık, plan yapma, uyum sağlama ve ikna kabiliyeti ile mağdurların tecrübesizliğinden, dikkatsizliğinden faydalanarak menfaat elde etmesidir. Bir başka deyişle, bu suçta fail, hileli hareketlerle mağduru gerçeğe aykırı hal ve vakıaların varlığına inandırarak, amacı doğrultusunda mağdurda belirli bir fikir ve hayaller oluşturarak sonuca ulaşır.¹²

Görüldüğü gibi, dolandırıcılık suçunu malvarlığına karşı işlenen diğer suç tiplerinden farklı kılan husus, *aldatma* temeline dayanan bir suç olmasıdır. Birden çok hukuki konusu olan bu suç işlenirken, sadece malvarlığı zarar görmemekte, mağdurun veya suçtan zarar görenin iradesi de hileli davranışlarla yanıltılmaktadır. Madde gerekçesinde de, aldatıcı nitelik taşıyan hareketlerle, kişiler arasındaki ilişkilerde var olması gereken iyi niyet ve güvenin bozulduğu, bu suretle kişinin irade serbestisinin etkilendiği ve irade özgürlüğünün ihlâl edildiği vurgulanmıştır.¹³

TCK'nın “Kişilere Karşı Suçlar” başlıklı ikinci kısmının “Malvarlığına Karşı Suçlar” başlıklı dokuzuncu bölümünde yer alan “Dolandırıcılık”, *“Hileli davranışlarla bir kimseyi aldatıp, onun veya başkasının zararına olarak, kendisine veya başkasına bir yarar sağlamak”* olarak tanımlanmaktadır (TCK md.157). Dolandırıcılığın “basit” hali TCK'nın 157. maddesinde, “nitelikli” hali 158. maddesinde ve “daha az cezayı gerektiren hali” de 159. maddesinde düzenlenmiştir.¹⁴

¹¹ Sulhi Dönmezer, *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler*, 17. Baskı, İstanbul, 2004, s.449.

¹² Mesut Bilen, “Türk Ceza Hukukunda Dolandırıcılık Suçu”, Doktora Tezi, Konya, 2012, www.acikerisim.selcuk.edu.tr, (erişim tarihi:18.12.2015), s.49.

¹³ Adalet Bakanlığı, Yeni Türk Ceza Adalet Sistemi, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/mevzuat, (erişim tarihi:14.01.2016)

¹⁴ 24/11/2016 tarihli ve 6763 sayılı Kanununun 14 üncü maddesiyle, TCK 158' de bulunan “iki yıldan yedi yıla” ibaresi “üç yıldan on yıla” şeklinde değiştirilmiştir. Böylelikle nitelikli sigorta dolandırıcılığı suçunun cezasının alt sınırı iki yıldan üç

Sigorta dolandırıcılığı ise; kötü niyetli kişilerin haksız kazanç elde etmek/sigorta bedeli almak amacıyla sigorta evraklarında sahtecilik yaparak ya da sair maddi olgularla (örneğin sigortalı işyerinde işyeri sahibinin kendisinin yangın çıkarması,¹⁵ sigorta şirketini bilerek kasıtlı biçimde aldatması) ortaya çıkan suçlardır.¹⁶ Sigorta dolandırıcılığı suçu polişe düzenlenmesinden önce veya sonra gerçekleştirilebilir.

Sigorta bedelini almak maksadıyla irtikâp edilen dolandırıcılık suçu TCK'nın 158. maddesinin birinci fıkrasının (k) bendinde hüküm altına alınmıştır.¹⁷ Maddenin bu bölümüne ilişkin gerekçesinde; *"Failin sigorta edilen veya sigorta bedelini alacak kimse olması şart değildir. Keza sigorta edilen riskin türü de önemli değildir"* açıklamalarına yer verilmiştir.

Kanun koyucu hangi tür sigorta olursa olsun ayırım gözetmeden sigorta yapma yetkisini haiz bir sigorta şirketinden hakkı olmayan bir sigorta bedelinin kısmen veya tamamen alınmış olmasını nitelikli hal saymıştır.

B. KORUNAN HUKUKİ DEĞER

Suç, toplumsal düzenin devamı açısından korunması gereken hukuki değerlerinin bilinçli olarak ihlali veya bu değerleri koruyan kurallara özensizlik niteliği taşıyan insan davranışları anlamına gelir.¹⁸ Hukuki değer bir toplumda genel olarak kabul gören değerlerdir. Korunan hukuki değer suçların tasnifi açısından gerek kanun koyucuya gerekse de bu bilim dalı ile uğraşanlara yol gösterici niteliktedir.¹⁹ Bu bakımdan ihlal edilmiş olan hukuki yararın niteliğine göre suçlar tasnif olunmakta ve düzenlenmektedir.²⁰ Kanun koyucu suçları düzenlerken genel olarak toplum düzeninin sağlanması amacı yanında, bazı suçlar bakımından da özel birtakım amaçlar da gütmüş olabilir.²¹

yıla, üst sınırı yedi yıldan on yıla çıkarılmıştır.

¹⁵ Mengi, s. 73.

¹⁶ TTK madde 1429'da rizikonun gerçekleşmesine kasten sebep olduğu takdirde sigortacının tazminat borcundan kurtulacağı ve almış olduğu primi ise iade etmeyeceği ifade edilmiştir.

¹⁷ Dolandırıcılık suçunun bu nitelikli hali, hukuk sistemimize ilk defa 5237 sayılı TCK ile dâhil olmamış, 765 sayılı TCK'nın 504/2. maddesinde de dolandırıcılığın sigorta bedelini almak maksadıyla işlenmesi nitelikli hal olarak kabul edilmiştir.

¹⁸ İzzet Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin, Ankara, 2015, s.158.

¹⁹ Ahmet Gökçen/Murat Balcı, "Dolandırıcılık Suçu", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt: 14, Sayı: 1-2, 2008, s.5.

²⁰ Dönmezer, s.1.

²¹ Dönmezer, s.1.

Gerek mülga gerekse yürürlükteki TCK'da kanun koyucu, sigorta sektörünün gelişmesi ve haksız yere zarara uğramalarını önlemek için sigorta bedelini almak "özel" maksadıyla gerçekleştirilen birtakım hileli davranışları nitelikli dolandırıcılık olarak düzenlemiş ve daha ağır bir yaptırıma tâbi tutarak, malvarlığı yanında irade özgürlüğünü de korumuştur.²² Diğer taraftan suçun sigorta bedeli almak amacıyla işlenmesinin nitelikli olarak düzenlenmesinden, sigorta sektörü ile beraber genel ekonomik düzenin de korunmak istendiği değerlendirilebilir.²³ Fakat dolandırıcılık suçu Kanun'da "*Malvarlığına Karşı Suçlar*" başlığı altında düzenlendiği için kanun koyucunun öncelikle malvarlığının korunmasını ön plana aldığı ifade edilmektedir.²⁴

C. SUÇUN UNSURLARI

1. SUÇUN MADDİ UNSURLARI

a. Fiil

Suçun maddi unsuruna doktrinde "*objektif unsur*" da denilmekte olup, bu unsur bazı yazarlara göre²⁵ hareket ve netice olarak iki kısımdan; bazı yazarlara göre²⁶ hareket netice ve nedensellik bağı olarak üç unsurdan oluşur. Dolandırıcılık suçunun maddi unsurun hareket kısmı "*hileli davranışlarla bir kimseyi aldatma*"; netice kısmı ise, "*onun veya başkasının zararına olarak, kendisine veya başkasına bir yarar sağlamak*"tır.

Suçun oluşması için, fail kendisi veya başkasına yarar sağlamak amacıyla bilerek ve isteyerek hileli davranışlar yapmalı, bu davranışlarla bir başkasına zarar vermeli, verilen zarar ile eylem arasında uygun nedensellik bağı bulunmalı ve zarar da, nesnel ölçüler göz önünde bulundurularak belirlenecek ekonomik bir zarar olmalıdır.²⁷

²² Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem/R.Murat Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Ankara, 2006, s.488.

²³ Benzer biçimde bankaların zararına olarak işlenen kredi dolandırıcılığı suçunda sadece bireysel nitelikli yararlar değil, ayrıca bankacılık ve kredi sisteminin ve bu bağlamda tüm ekonomik düzenin genel olarak dikkate alınmasından ötürü kamusal nitelikte bir hukuksal yararın olduğu ifade edilmiştir. Fatih Selami Mahmutoğlu, Ekonomik Suçlar Bağlamında Kredi Hukukundan Kaynaklanan Suç ve İdari Suçlar, Seçkin, Ankara, 2003, s.267.

²⁴ Veli Özer Özbek/M. Nihat Kanbur/Koray Doğan/Pınar Bacaksız/İlker Tepe, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 9. Baskı, Seçkin, Ankara, 2015, s.691.

²⁵ Ersan Şen, Türk Ceza Hukuku, Der Yayınları, İstanbul, 2002, s.182.

²⁶ Doğan Soyaslan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin, Ankara, 2002, s.212.

²⁷ CGK, E:2012/15-1398 K:2013/112 T: 02.04.2013, <https://emsal.yargitay.gov.tr>, (erişim tarihi: 18.08.2016)

Doktrinde dolandırıcılık suçunun maddi unsurlarının farklı farklı tasnif edildiği görülmektedir. Örneğin bazı yazarlarca, “hileli davranışlarla mağdurun aldatılmış olması, aldatılan veya başkasının zarar görmesi, failin kendisine veya bir başkasına yarar sağlaması;²⁸ hileli davranış, aldatma, mağdurun veya bir başkasının zararına olarak failin kendisine veya bir başkasına yarar sağlaması²⁹; bazı yazarlarca da sadece, “hileli davranışlarla bir kimseyi aldatma ve mağdurun veya başkasının zararına olarak kendisine veya başkasına bir yarar sağlanmış olması³⁰, hile ve hilenin aldatmaya elverişli olması³¹” şeklinde ayrıma gidildiği anlaşılmaktadır. Biz çalışmamızda ise, “hileli davranış, hileli davranışlarla mağdurun aldatılmış olması, failin haksız bir yarar sağlaması” şeklinde yapılan tasnif çerçevesinde suçu açıklamayı uygun bulduk.

i. Hileli Davranış

Hile, objektif olarak hataya düşürücü ve başkasının tasavvuru üzerinde etki meydana getiren her türlü davranış olarak tanımlanmaktadır. Mülga TCK’da yer alan “desise” kavramına TCK’da yer verilmemiş ve hileye desiseyi de kapsayacak şekilde geniş bir anlam yüklenmiştir. Bu bağlamda da hilenin belli bir ağırlığa ulaşmış olması zorunluluğu aranmamaktadır.³²

Yargıtay’a göre hile; “...oyun, aldatma, düzen olup mağduru hataya düşüren hareketlerdir. Basit, kaba, kolay anlaşılır yalanlar aldatma sonucunu doğurmaya elverişli olmadığı için hile olarak kabul edilemez. Basit bir araştırmayı yapmayan, her söylenene inanan, düşünmeyen, akla-mantığa aykırı sözlere inanıp denileni yapanlar sonucuna katlanmalıdırlar. Yalan, belli oranda ağır, yoğun, ustaca olmalı, mağduru etkilemeli, denetim olanağını kaldırmalıdır.”³³

Somut olayda, hileli davranışın karşı tarafı aldatmış olması suçun oluşması için yeterlidir.³⁴ Bu bağlamda sadece yalan söyleme suç teşkil

²⁸ Zeki Hafızoğulları, “Türk Ceza Hukukunda Dolandırıcılık Suçları”, Zabunoğlu Armağanı, Ankara Üniversitesi Yay., Ankara, 2011, s.408.

²⁹ Ali Parlar, Türk Ceza Hukukunda Sigortacılık Suçları, Bilge Ankara, 2011, s.21.

³⁰ Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.693.

³¹ Necati Meran, Dolandırıcılık Sahtecilik Güveni Kötüye Kullanma, Seçkin, Ankara, 2011, s.84.

³² Tezcan/Erdem / Önok, s.492.

³³ CGK, E:2012/6-1556 K:2013/109 T:02.04.2013, (<https://emsal.yargitay.gov.tr>, Erişim Tarihi: 18.08.2016)

³⁴ Sanığın inşaatında çalışmayan .. hakkında işe giriş bildirgesi, aylık sigorta primleri, dönem bordrosu düzenleyerek SGK’ya verdiği sabit olup, suç konusu belge-

etmez. Yapılan yalan açıklamaların doğruluğunu kabul ettirebilecek ve böylece muhatabın inceleme eğilimini etkisiz bırakabilecek güçte olması ve gerektiğinde yalana bir takım dış hareketlerin eklenmiş bulunması gerekir. Özetle hile, olmayanı olmuş gösterme; olanı ise başka unsurlar ekleyerek olduğundan farklı gösterme şeklinde ortaya çıkar.³⁵

Örneğin, iki aracın yapmış olduğu bir trafik kazasında kusurlu aracın kaskosu bulunmamaktadır. Taraflar anlaşarak kaskolu aracı kusurlu olarak göstererek kaza tutanağını bilerek gerçeğe aykırı olarak doldurmuşlarsa bu hareketin basit bir yalan beyanın ötesine geçtiği böylece muhatabının iradesini sakatlayabilecek bir hüviyete büründüğü söylenebilir. İşte söz konusu tutanak sigorta şirketini aldatmaya elverişli olduğu takdirde dolandırıcılık suçunun hile unsurunun mevcudiyeti kabul edilebilir.³⁶

Hilenin mutlaka açık veya örtülü bir beyanla ortaya konmasına gerek yoktur. Nitekim doktrinde dolandırıcılığın zorunlu olarak bir beyan suçu olmadığı ifade edilmiştir. O halde, nitelikli dolandırıcılık suçunun ihmal yoluyla da işlenebileceği söylenebilir. İhmal yoluyla bir suçun işlenebilmesi için ihmalin icrai davranışa eş değer olması gerekir.

Dolandırıcılık suçunu düzenleyen madde gerekçesinde; *“hile icrai bir davranışla gerçekleştirilebileceği gibi karşı tarafın içine düştüğü hatadan, bir konuda yanlış bilgi sahibi olmasından yararlanarak da yani ihmali davranışla da gerçekleştirilebilir. Ancak, bu durumda kişinin hataya düşen karşı tarafı bilgilendirmek konusunda yükümlülüğü olması gerekir. Hataya düşen kişi ile hukuki ilişkide bulunulan durumlarda böyle bir yükümlülük vardır. Ayrıca*

lerin objektif ölçütlerde iğfal yeteneğine sahip olup olmadıkları araştırılarak sonucuna göre hukuki durumun takdiri gerekir.” 11.CD, E:2005/3272 K:2006/8538 T:31.10.2006, <https://emsal.yargitay.gov.tr>, (erişim tarihi: 12.03.2016)

³⁵ Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.693.

³⁶ Kanun koyucu anılan maddede hilenin tanımını yapmayarak suçun maddi konusunun hareket kısmını oluşturan hileli davranışların nelerden ibaret olduğunu belirtmemiş, bilinçli olarak bu hususu öğreti ve uygulamaya bırakmıştır. Yargıtay’ın istikrar kazanan uygulamasında “Hile nitelikli bir yalandır. Fail tarafından yapılan hileli davranış belli oranda ağır, yoğun ve ustaca olmalı, sergileniş açısından mağdurun inceleme olanağını ortadan kaldıracak nitelikte birtakım hareketler olmalıdır. Kullanılan hileli davranışlarla mağdur yanılgıya düşürülmeli ve bu yanıltma sonucu yalanlara inanan mağdur tarafından sanık veya bir başkasına haksız çıkar sağlanmalıdır.” şeklinde hilenin özellikleri tarif edilmiştir. CGK, E:2014/792 K:2015/42 T:10.03.2015, <https://emsal.yargitay.gov.tr>, (erişim tarihi: 15.06.2016)

*muhabatın belli bir husustaki hatası karşısında kişinin ihmali davranışının örneğin susmasının bir beyan, açıklama değerini taşıması gerekir.*³⁷

O halde, suçun ihmali olarak işlenebilmesi için ilk olarak, failin hataya düşen karşı tarafı bilgilendirmek konusunda bir yükümlülüğünün bulunması, bunun içinse kişinin belli bir davranışta bulunmak konusunda kanundan veya sözleşmeden kaynaklanan bir mükellefiyetinin bulunması ya da evvelce icra ettiği davranışının başkalarının hayatları ile ilgili olarak tehlikeli bir durum oluşturması icap eder.³⁸ İkinci olarak, failin yaptığı davranışın bir beyan anlamı taşıması gerekecektir.³⁹ Bu bağlamda örneğin, bir hukuki ilişkide muhabatına doğru beyanda bulunma yükümlülüğü altında bulunan kişinin hareketsiz/pasif tutumuyla yani ihmali davranışıyla hilenin gerçekleşmiş olacağı söylenebilir. Yalnız buradaki ihmal suçunun gerçek ihmal suçu değil; ihmal suretiyle icra suçu şeklinde olduğunu söylemek gerekir.⁴⁰

Aracına kasko sigortası yaptıran bir kişinin sözleşme aşamasında rizikoyu yükselten ve dolayısıyla maliyeti artıran, aracındaki bir hususu gizlemesi ve sigorta yaptırdıktan sonra da gizlenen bu husustan dolayı aracın kaza yapması ile oluşan hasarı sigorta şirketinin yüklenmesi ihmal yoluyla işlenen nitelikli dolandırıcılık suçuna örnek olarak verilebilir. Somut olayda sigorta ettirenin aracındaki hususları, sözleşmeden önce sigorta şirketine bildirim yükümlülüğü vardır. Nitekim TTK md. 1435'te bu husus "*sigorta ettiren sözleşmenin yapılması sırasında bildiği veya bilmesi gereken tüm önemli hususları sigortacıya bildirmekle yükümlüdür.*" şeklinde açık olarak ortaya konulmuştur.

ii. Hileli Davranışlarla Mağdurun Aldatılmış Olması

Suçun oluşması için failin muhabatını aldatmış olması şarttır.⁴¹ Failin yapmış olduğu hileli hareketin kişilerin irade özgürlüğünü etkileyen ya da iradeyi sakatlayan aldatıcı nitelik taşıması gerekmektedir.

³⁷ Türk Ceza Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyon Raporu, TBMM 22. Dönem 2.Ya-sama Yılı Sıra:664, s.564. <https://tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss664m.htm>, (erişim tarihi: 10.02.2016)

³⁸ Önder Tozman, "İhmal Suçlarında Teşebbüs ve Gönüllü Vazgeçme", *TBB Dergisi*, Sayı:84., 2009, s.164.

³⁹ Volkan Maviş, "Dolandırıcılık Suçunun Hile Unsuruna İlişkin Sorunlar", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Özel Sayı*, Cilt:1, 2015, s.613.

⁴⁰ Aksi görüş için bkz: Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.694.

⁴¹ Tezcan/Erdem/Önok, s.498.

⁴² Aldatma, failin aktif hareketinden değil de mağdurun hatasından faydalanma suretiyle gerçekleşmişse burada dolandırıcılık suçundan bahsetmek doğru olmaz.⁴³

iii. Failin Haksız Bir Yarar Sağlaması

Yararın haksız olması gerektiği madde metninde bulunmamakla beraber, bu suçun oluşumu için yararın haksızlığı şarttır. Aksi halde suç oluşmaz ya da TCK 159'daki daha az cezayı gerektiren *bir hukuki ilişkiye dayanan alacağı tahsil* amacıyla işlenmiş olması hali vuku bulacaktır.⁴⁴

Kanuni tarifte suç zarar suçu olarak düzenlendiği için, yalnızca haksız bir yararın elde edilmesi değil; aynı zamanda karşı tarafta, yani hileye maruz kalanda ya da 3. bir kişide, bir zararın oluşması şarttır. Zararın mağdura ya da bir başkasına ait olması önemsizdir.⁴⁵ Suç tamlandıktan sonra oluşan zararın tazmin edilmesi halinde suç, suç olmaktan çıkmaz fakat TCK 168'deki etkin pişmanlık hükümleri devreye girebilir.

Doktrinde yararın mutlaka salt olarak ekonomik bir şey olmaya-bileceği ifade edilmişse de⁴⁶ sigorta dolandırıcılığı suçu açısından bu husus pek mümkün gözükmemektedir. Zira söz konusu suçun işlenmesindeki esas gaye salt olarak ekonomik bir çıkar sağlamaktır. Yararı bizzat failin ya da başka birisinin elde etmesi herhangi bir özellik taşımamaktadır. Ayrıca söz konusu yararın doğrudan ya da dolaylı olarak elde edilmesi arasında da bir fark gözetilmemiştir.⁴⁷

b. Fail

Suçun kanuni tanımında yer alan fiili gerçekleştiren kişiye fail denir.⁴⁸ Madde metninde sigorta dolandırıcılığı suçunda failin herhangi bir kimse olabileceği anlaşılmaktadır.⁴⁹ Sadece belli özelliği taşıyan

⁴² Parlar, s.22.

⁴³ Tezcan/Erdem/Önok, s.499.

⁴⁴ Meran, s.90.

⁴⁵ Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.697.

⁴⁶ Hafızoğulları, s.414.

⁴⁷ Parlar, s.23., Dönmezer, s.467.

⁴⁸ Bilen, s.72.

⁴⁹ Suçun organize şekilde sigorta eksperleri ile tamirhanelerin birlikte hareket etmesi ile işlenmesi de mümkündür. Bu durumda birden fazla fail ortaya çıkmış olacaktır.

şahıslar tarafından işlenebilen özgü suç/mahsus suç⁵⁰ açısından ise madde metninde “kendisine veya başkasına yarar sağlayan” denilmek suretiyle sigorta dolandırıcılığı suçunda özgü suçla ilgili ilave bir husus olmadığı dolaylı yoldan ifade edilmiştir. Failin sigorta bedelini alacak kimse olması şart değildir.⁵¹

c. Mağdur

Mağdur, suç ile zarara uğratılan hak ve menfaatin sahibi olan kişidir.⁵² Suçun mağdurunun suçtan doğrudan zarar gören kimse olduğu ileri sürülmüştür.⁵³ Dolayısıyla dolandırıcılık suçunun mağduru failin kullandığı hileli hareketler sonucunda aldatılarak doğrudan zarara uğrayan kişidir.⁵⁴

İşlenen suçtan hukuk düzenince korunan menfaati ihlal edilen kişi suçtan zarar gören olarak tanımlanır.⁵⁵ Bu bakımdan her mağdur suçtan zarar gören olabilir fakat her suçtan zarar göreni mağdur olarak nitelendiremeyiz.

Doktrinde dolandırıcılık suçunun asıl mağdurunun mal varlığında azalma olan kişi olduğu ancak mal varlığı zarara uğrayanın gerçek kişi olması zorunluluğu nedeniyle tüzel kişinin ancak suçtan zarar gören olarak nitelendirilebileceği ifade edilmiştir. Benzer biçimde dolandırıcılık eylemi ancak yaşayan bir insan üzerinde gerçekleşebileceğinden tüzel kişilerin bu suçun mağduru değil; zarar göreni olacağı savunulmuştur.⁵⁶

Hangi zararın doğrudan hangisinin dolaylı olduğunun tespitindeki güçlük nedeniyle, mağduru suçtan doğrudan zarar gören kimse olarak gören anlayışa karşı çıkılmasından olsa gerek, sigorta dolandırıcılığı suçunda mağdurun sigorta şirketi olduğunu öne sürülmüştür.⁵⁷

⁵⁰ Soyaslan, s.215.

⁵¹ Parlar, s.140.

⁵² Timur Demirbaş, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin, Ankara, 2002, s.462.

⁵³ Soyaslan, s.216.

⁵⁴ Gökçen/Balcı, s.14.

⁵⁵ Bilen, s.75.

⁵⁶ Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.692., Mehmet Emin Artuk/Ahmet Gökçen/A.Caner Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Adalet Yayınevi, 12.Baskı, Ankara, 2012, s.24., Özgenç, s.215., Bilen, s.80., Mahmut Koca/İlhan Üzülmöz, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin, 6. Baskı, Ankara, 2013, s.108.

⁵⁷ Soyaslan, s.216., Özgenç, s.215.

Yargıtay ise dolandırıcılık suçu bağlamında şirketlerin de “mağdur” olarak kabulü yönünde içtihatla bulunmuştur.⁵⁸

Biz de Yargıtay’ın dolandırıcılık suçu ekseninde şirketlerin mağdur olarak kabulü şeklindeki görüşüne katılıyoruz. Sigorta dolandırıcılığı suçunda suçun konusunun sigorta bedeli ve bu değer de sigorta şirketine ait olduğu dikkate alındığında mağdur ancak sigorta şirketi olacaktır. Aksi yönde düşünceler mağdur tanımıyla çelişmektedir. Suçun salt sigorta bedelini haksız olarak elde etme kastıyla işlendiği düşünülürse bu bedelin sahibi acente ya da herhangi bir gerçek kişi değil, malvarlığı direkt olarak zarara uğrayan sigorta şirkettir.⁵⁹

Kanuni tarifte *bir kimseyi aldatıp onun veya başkasının zararına olarak* ibaresi olduğuna göre suçun oluşması için, kendisine karşı hileli davranışa başvuru olan kişi ile bunun sonucunda mal varlığı zarara uğrayan kişinin aynı kişi olmasına gerek yoktur.⁶⁰ Sahte kaza tutanağı ile sigorta acentesinin yanıltılması sonucu sigorta şirketinin hasar ödemesi bu kapsamda düşünülebilir.

d. Suçun Konusu

Suçun konusu, suç olarak nitelendirilen hareketin üzerinde etkisini gösterdiği somut varlık olup, kimi zaman bir kişi kimi zaman ise bir eşyadır.⁶¹ Dolandırıcılık suçunun konusu malvarlığına ilişkin herhangi bir değer olabilir.⁶²

⁵⁸ “...Sanıklar A. N., N. T., M.F.K.ve Y.K.’ın eylem ve fikir birliği içerisinde üzerlerine atılı kamu kurumu olan İcra Müdürlüğünü aracı kılmak suretiyle nitelikli dolandırıcılık suçunu işledikleri, Şirket sahiplerinin E.W. ve R. O.; Şirket sahibinin M. A.Şirket sahibinin O.W.M.,İthalat ve İhracat Ticaret Limited Şirketi sahiplerinin N.M., M. H. S. olduğu, olay tarihinden önce mağdur şirketler olan.....Inc.,ve Comtrade S.A. şirketlerinin Türkiye’deki işlerini takip etme yetkisini mağdurİthalat ve İhracat Ticaret Limited Şirketi’ne verdikleri; katılan üç yabancı şirketin Türkiye’deki temsilcisi İthalat ve İhracat Tic. Ltd. Şti olsa dahi, bu şirketlerin sahiplerinin ayrı ayrı şahıslar olması, bankalardaki hesaplarının ve malvarlıklarının ayrı olması, 1. ve 2. haciz ihbarnamelerinin her şirkete ayrı ayrı çıkartılması, mağdur sayısınca nitelikli dolandırıcılık suçunu oluşturmaktadır. CGK, 9.3.2010, 2009/11-109, 2010/48, <https://emsal.yargitay.gov.tr>, (erişim tarihi: 10.03.2017)

⁵⁹ Aynı Yönde bkz: Nevzat Toroslu, Ceza Hukuku Genel Kısım, Savaş Yayınevi, Ankara, 2010, s.100.

⁶⁰ Tezcan/Erdem/Önok, s.489.

⁶¹ Bilen, s.57.

⁶² Tezcan/Erdem/Önok, s.489.

Nitelikli sigorta dolandırıcılığı suçunda ise Kanun, “*sigorta bedeli*” kavramına yer vermiştir. Türk Dil Kurumu Sözlüğünde bedel kelimesi “*bir şeyin yerinin tutabilen karşılık, değeri fiyat kıymet*” olarak tanımlanmıştır. Bu durumda taşınmazların ya da para haricindeki diğer menkul kıymetler (örneğin hisse senedi, tahvil, bono gibi) suç konusu kapsamındadır. Bu bağlamda *sigorta bedeli* ifadesinin sadece nakdi bedel olarak anlaşılması gerekir.

e. Netice ve Nedensellik Bağı

Dolandırıcılık suçunun oluşması için neticenin gerçekleşmesi aranır. Yani salt fiilin icra edilmesinden ayrı olarak kanuni tarifte belirtilen neticenin meydana gelmesi gerekir. Bu nedenle anılan suç sırf hareket suçları kategorisi içerisinde gösterilemez. Ayrıca suçun kanuni tarifinde suçu oluşturan fillerin ne tarz bir fiil olduğu konusunda bir özelleştirme yapılmadığı için sigorta dolandırıcılığı suçu serbest hareketli bir suç tipidir.

Dolandırıcılık suçu maddi yararın elde edilmesiyle tamamlanmış olur.⁶³ Yararın sağlanması fiilin netice kısmını oluşturur.⁶⁴ Bu bağlamda nitelikli sigorta dolandırıcılığı suçu *menfaatin elde edilmesiyle* hitam bulmaktadır. Haksız çıkarın sağlandığı an suçun tamamlandığı andır. Menfaatin ne şekilde sağlandığını önemi yoktur. Önemli olan haksız yararın, sigorta bedelini almak maksadıyla irtikâp edilen cürüm sonucu elde edilmiş olmasıdır. Yani zarar ile aldatma arasında nedensellik bağı olması gerekir.

Kişinin dış âlemde suç olarak cisimleşen hareketinden sorumlu tutulabilmesi için hareket ile netice arasında bulunması gereken ilişkiye nedensellik bağı denilmektedir. Nedensellik bağı fail ve icra ettiği fiil ile gerçekleşen netice arasındaki objektif ilişkiyi tesis eder.⁶⁵ Sigorta dolandırıcılığı suçu sırf hareket suçu olmadığı için nedensellik bağının ayrıca incelenmesi gerekir. Çünkü *hakaret* gibi sırf hareket suçlarında hareketin yapıldığı anda netice de gerçekleşmiş olduğundan nedensellik bağının tespiti herhangi bir zorluk göstermez. Fakat sigorta dolandırıcılığı gibi neticeli bir suç söz konusu ise failin sorumluluğunu belirlemek için meydana gelen netice ile fiil arasında nedensellik bağının tespiti gerekmektedir

⁶³ Dönmezer, s.471.

⁶⁴ Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.697.

⁶⁵ Özgenç, s. 175.

TCK md.157'deki, "*Hileli davranışlarla bir kimseyi aldatıp...*" ifadesi nedensellik bağı konusunda önemli bir ipucu olmaktadır. Yani nedensellik bağından bahsetmek için failin davranışı ile mağdurun aldanması arasında bir bağlantı olması gerekecektir. Peki, aldanma failin hareketi ile başka bir sebebin etkileşimi sonucu ortaya çıkmışsa ya da mağdurun kendi hatasından kaynaklanıyorsa ne olacaktır? Burada iki ihtimal akla gelir: ya hile bir başka nedenle birleşmiş ve hataya neden olmuştur. Ya da mağdurun hatası ile failin hareketi birleşerek neticeyi ortaya çıkarmıştır. *Uygun Sebep Teorisine* göre, sonucun olmazsa olmaz şartı olan sebep, aynı zamanda müşterek tecrübeye göre sonucu doğurabilme imkânına da sahipse failin hareketi nedenseldir. ⁶⁶ Söz konusu hareketin neticeyi meydana getirip getirmeyeceği ise suç yolu geri sardırılarak yani hareketin yapıldığı andaki şartlara göre göre belirlenmektedir. *Uygun Sebep Teorisi* bağlamında, normal ve olağan hayat şartları itibarıyla objektif (hareket bakımından) ve sübjektif (fail bakımından) bir değerlendirme yapılacak ve hareketin elverişli olup olmadığı belirlenecektir. ⁶⁷

Meydana gelen zarar failin hileli hareketi neticesinde değil de mağdurun kendisi ile ilgili bir başka nedenden kaynaklı ise burada dolandırıcılık suçundan bahsedilemez. Zira nedensellik bağının mücbir sebep 3. kişinin ağır kusuru veya zarar görenin ağır kusuru gibi nedenlerle kesilmemiş olması gerekir. Bu durumda failin sorumlu olmaması için failin mağduru bilgilendirmek hususunda garantör sıfatından ya da sözleşmeden kaynaklanan bir yükümlülüğünün bulunmaması gerekir.

2. MANEVİ UNSUR

Manevi unsur suç ile fail arasındaki psikolojik bağıdır. ⁶⁸ Doktrinde bazı yazarlar bu unsuru sübjektif unsur olarak da adlandırmışlardır. ⁶⁹ Dolandırıcılık suçu açısından ise manevi unsur olarak genel kastın yeterli olduğu ifade edilmiştir. ⁷⁰ Bu bağlamda failin hileyi bilerek ve isteyerek gerçekleştirmesi haksız menfaati de bilerek elde etmiş olması gereklidir. ⁷¹

⁶⁶ Şen,242., Demirbaş, 212.

⁶⁷ Özgenç, s.177.

⁶⁸ Soyaslan, s.394.

⁶⁹ Demirbaş, s.287.

⁷⁰ Tezcan/Erdem/Önok, s.501.

⁷¹ Dönmezer, s.473.

Suçun nitelikli hali bakımından ise, “sigorta bedelini” almak amacıyla işlenmesi hâlinde” şeklindeki madde düzenlemesinden suçun ancak sigorta bedelini almak amacıyla yönelik olarak işlenmesini arandığından suçun tekemmülünde özel kastın arandığını söyleyebiliriz.⁷² Kastın hileli davranışa bunun sonucunda mağdurun hataya düşürülmesine ve özellikle sigorta bedeli almaya matuf haksız yarar sağlama-ya yönelik olması gerekir. Bu durumda suçun taksirle ya da olası kast ile işlenmesi olanaksızdır.

D. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ

1. TEŞEBBÜS

Suçta teşebbüs kavramı TCK'nın 35. maddesinde düzenlenmiştir. Maddede yer alan düzenlemeye göre “Kişi, işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaz ise teşebbüsten dolayı sorumlu tutulur.” Kasten işlenen bir suça teşebbüsten bahsedebilmemiz için öncelikle suçun kanuni tarifindeki icra hareketlerine başlanmış olması, icrasına başlanılan fiilin kanuni tarifte unsur olarak yer alan neticeyi gerçekleştirmeye elverişli olması, son olarak da suçun kanuni tarifindeki icra hareketlerine başlanmış olmakla birlikte failin elinde olmayan nedenlerle bu hareketlerin tamamlanamamış veya kanuni tarifteki neticenin gerçekleşmemiş olması gerekmektedir.⁷³ Bu durumda öncelikle suçun tamamlanma anı, icra hareketlerine başlama anı ve bu hareketlerin neticeyi gerçekleştirmeye elverişli olup olmadığı hususlarının tespiti gerekmektedir.

Yukarda da bahsettiğimiz gibi, hileli davranışlara başlanıldığı an icra hareketlerin başlangıcı olarak kabul edilir ve teşebbüs mümkün hale gelir. Bu kapsamda hileli davranışlara başvurulmuş olmasına rağmen karşı taraf aldanmamış ise suça teşebbüs edilmiştir.⁷⁴ Söz ko-

⁷² Meran, s.183, Parlar, s.140., Tezcan/Erdem/Önok, s.504.

⁷³ Özgeç, s.470-484.

⁷⁴ Sanıklar S... Ş..., Ö... C... ve Z... C...'in, nitelikli dolandırıcılık suçuna teşebbüsten 5237 sayılı TCY'nın 158/1-k, 35/2, 62 ve 52. maddeleri uyarınca ayrı ayrı 3.000 YTL ve 500 YTL adli para cezasıyla cezalandırılmalarına ilişkin, Bakırköy 5. Ağır Ceza Mahkemesi'nce verilen 29.09.2006 gün ve 214-265 sayılı hükmün, her üç sanık müdafii tarafından temyiz edilmesi üzerine, dosyayı inceleyen Yargıtay 8. Ceza Dairesi'nce 29.05.2007 gün ve 2352-4220 sayı ile; eksik soruşturmaya ilişkin bir nedenden ötürü bozma kararı verilmiş, bozmaya uyan Bakırköy 5. Ağır Ceza Mahkemesi'nce de 16.05.2008 gün ve 209-211 sayı ile; sanıkların 5237 sayılı

nusu fiilin neticeyi gerçekleştirmeye elverişli olup olmadığı ise bu fiilin gerçekleştiği şartlar dikkate alınarak yani *ex ante* yapılır.⁷⁵

Dolandırıcılık suçu, başkasının zararına olarak haksız yarar elde ettiği anda tamamlanacağından elverişli hareketten sonra zarar meydana gelmediği takdirde suça teşebbüs söz konusu olur.⁷⁶ Tersinden ifade edecek olursak, haksız menfaat elde edilmediği sürece suç teşebbüs aşamasında kalmış olur.

Örneğin alkollü bir sürücünün karıştığı bir trafik kazasında sürücünün başka birisi olarak gösterilmesi ve sigorta şirketi temsilcisinin görülen davada hem sürücü olduğu iddia edilen şahsın hem de gerçek sürücünün telefon sinyali bilgilerinin tespit edilmesini istemesi halinde söz konusu suçun teşebbüs aşamasında kaldığını söyleyebiliriz.⁷⁷

TCY'nın 158/1-k, 35/2, 62 ve 52. maddeleri uyarınca 3.000 YTL ve 500 YTL adli para cezasıyla cezalandırılmalarına karar verilmiştir.

Sanıkların 14.01.2001 tarihinde çıkardıkları iddia edilen yangın ile ilgili olarak açılmış bulunan davanın devamı sırasında, bu yangının sigorta bedelini hileli şekilde almak için çıkartıldığı sonucuna varıldığından ikinci bir davanın daha açıldığı, nitelikli her iki davanın, Üsküdar 2. Ağır Ceza Mahkemesi'nin 29.09.2005 tarihli kararı ile Bakırköy 5. Ağır Ceza Mahkemesi'nde birleştirildiği, Nitelikli dolandırıcılık iddiasının dayandığı tespit edilen eylemlerin sonuncusunun, sanık Selahattin'in 26.06.2001 tarihinde sigorta bedelini almak için girişimde bulunması şeklinde gerçekleştiği, Bu konudaki kamu davasının da 01.04.2002 tarihinde havale edilen, 25.03.2002 tarihli iddianame ile açıldığı, Sigorta bedelini almak maksadıyla işlenen nitelikli dolandırıcılık suçunun; 765 sayılı TCY'nın 504/2, 5237 sayılı TCY'nın ise 158/1-k maddesinde düzenlendiği, Bu itibarla, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı itirazının kabulüne, Özel Dairece sanıklar Selahattin, Ösken ve Zafer hakkında nitelikli dolandırıcılık suçuna teşebbüse ilişkin hükümlerle ilgili olarak verilen onama kararının kaldırılmasına, yerel mahkemece aynı sanıklar hakkında nitelikli dolandırıcılık suçuna teşebbüsten verilmiş bulunan mahkûmiyet hükümlerinin, " kesintili zamanasını süresinin dolmuş olması " nedeniyle bozulmasına, ancak bu husus yeniden yargılamayı gerektirmediğinden, sanıklar Selahattin, Ösken ve Zafer hakkında nitelikli dolandırıcılık suçuna teşebbüsten açılmış bulunan kamu davalarının, zamanasını nedeniyle düşmesine, karar verilmelidir. 8.CD. E.2010/8-105, K.2010/152, 15.06.2010, <https://emsal.yargitay.gov.tr>, (erişim tarihi: 20.10.2016)

⁷⁵ Özgenç, s.480.

⁷⁶ Dönmezer, s.471.

⁷⁷ Sanık E.S. hakkında kurulan hükme ilişkin temyize gelince; Oluşan ve tüm dosya içeriğinden, sanığın kendilerine ait Artvin il merkezinde bulunan Hürriyet Caddesi üzerindeki iş yerini sigortadan para almak amacıyla hakkında kurulan hüküm kesinleşen diğer sanık A.....U..... birlikte yaktıktan sonra sigorta bedelinin tahsili için sigorta şirketine hasarın ihbar edilmesi ancak henüz herhangi bir ödeme yapılmaması şeklinde gerçekleşen eyleminin olaya ilişkin olarak dolandırıcılığa teşebbüs suçu yanında 5237 sayılı TCK'nın 170/1-a madde ve fıkrasında yazılı suçu da oluşturacağı ve her iki suçtan da cezalandırılması gerektiği

Teşebbüse diğer bir örnek olarak, emanet olarak almış olduğu araçla kazaya karışan sürücünün trafik polisine, aracın hasar bedelini sigortasından karşılamak için aracın sahibinin kimlik bilgilerini kendi kimlik bilgisi gibi beyan etmesi gösterilebilir. Bu durumda, şartları oluşursa, sigorta dolandırıcılığı suçuna teşebbüs ile birlikte *Resmi Belgenin Düzenlenmesinde Yalan Beyan (TCK 206)* suçu ortaya çıkacaktır.⁷⁸

Sigorta dolandırıcılığı suçunda bazı eylemlerin teşebbüs aşamasında mı yoksa hazırlık aşamasında mı kaldığı konusunda tereddütler bakımından (*Örneğin önceden kaza yapmış olduğu aracını daha sonra yapmış gibi göstererek kolluğun olay mahalline çağırılması ve kollukça aracın daha önce kaza yaptığı hususunun tespiti*) kişinin sigorta şirketine başvuru yapmadığı sürece dolandırıcılığın icrai hareketlerine girilmemiş olduğu ifade edilmiştir.⁷⁹

Diğer yandan, suç tamamlanmadığı halde hareket tek başına ayrı bir suç teşkil ediyorsa failin hareketin bu kısmı için sorumluluğu söz konusu olacaktır. *Resmi-Özel Belgede Sahtecilik (TCK 204- 207)* veya *Resmi Belgenin Düzenlenmesinde Yalan Beyan (TCK 206)* gibi suçlar bu kapsamda gündeme gelebilir.

2. İŞTİRAK

Bir kişi tarafından işlenebilecek bir suçun birden fazla kişi tarafından işbirliği içerisinde işlenmesi iştirak olarak nitelendirilmektedir. TCK'da iştirake ilişkin olarak faillik, azmettirme ve yardım etme olarak üç sorumluluk türü belirlenmiştir. Sigorta dolandırıcılığı suçu için iştirakin her hali mümkündür. (*TCK m.38-39*)⁸⁰ Fakat sadece, bir kim-

gözetilmeden yangının dolandırıcılık suçunun hareket unsuru olduğu gerekçeyle sadece dolandırıcılığa teşebbüs suçundan ceza verilmesi suretiyle noksan ceza tayini karşı temyiz olmadığından bozma nedeni yapılmamıştır. 8. CD. E: 2008/309, K:2009/14865, T:24.11.2009, <https://emsal.yargitay.gov.tr>, (erişim tarihi: 08.04.2016)

⁷⁸ Burada önemli olan failin hangi saikle hareket ettiği. Fail kimliğine ilişkin yalan beyanı korktuğu için yapmışsa yani sigorta şirketinden haksız sigorta bedeli almaya yönelik özel bir kastı yoksa dolandırıcılık suçundan bahsedilemez.

⁷⁹ Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu, hmt.hsyk.gov.tr/ceza-hukuku/1.pdf, (erişim tarihi: 21.12.2015)

⁸⁰ Sanık.....'ın kollukta müdafî huzurundaki ikrarını sonradan inkar ederek, eşyaları kendisinin çaldığı yolundaki savunmasının, oluş ve dosyadaki kanıtlarla ters düştüğü ve diğer sanıkları suçtan kurtarmaya yönelik olduğu sonucuna varılmaktadır. Sanığın hayatın olağan akışı ve kanıtlarla da uyumlu bulunan kolluk ifadesinde belirttiği eyleminin ise, patronu.....'ın işyerinden hırsızlık yapıldığı

senin salt haksız sigorta bedelinden yararlanmış olması, iştirak iradesi bulunmadığı sürece, suç ortağı olarak sayılmaya yeterli değildir.⁸¹

Suçun sigorta eksper, tamirhane sahibi ve araç sahibinin anlaşması sonucu organize biçimde işlenmesi durumunda ne olacaktır? Aracında olmayan kazayı tutanakla hasar varmış gibi gösteren araç sahibi, olmayan hasarı varmış gibi değerlendirip kıymet takdiri yapan eksper ve söz konusu aracı servisinde onarılmış gibi gösterip fatura kesen işyeri sahibi fail midir, yoksa yardım eden olarak mı sorumlu olacaktır? Sigorta dolandırıcılığı suçunda TCK 37/2. maddede belirtilen *dolaylı faillik* çok söz konusu olamasa da TCK 39/1. maddesinde düzenlenen yardım etme hususunun gündeme gelmesi muhtemel olduğundan konunun açığa kavuşturulması gereklidir.

TCK 39. maddede *yardım edenler* tahdidi olarak sayılmış olup, bu sıfatla yardım edenin sorumluluğuna gitmek için anılan maddede sayılanlar arasında olmak gereklidir. Buna göre yardım edenler;

- “Suç işlemeye teşvik etmek veya suç işleme kararını kuvvetlendirmek veya fiilin işlenmesinden sonra yardımda bulunacağını vaat etmek.
- Suçun nasıl işleneceği hususunda yol göstermek veya fiilin işlenmesinde kullanılan araçları sağlamak.
- Suçun işlenmesinden önce veya işlenmesi sırasında yardımda bulunarak icrasını kolaylaştırmak” olarak sayılmıştır.

Öte yandan müşterek faillik de TCK md. 37/1’de tanımlanmıştır. Anılan hükme göre: “*Suçun kanunî tanımında yer alan fiili birlikte gerçekleştiren kişilerden her biri, fail olarak sorumlu olur.*” Burada, tipik fiilin asıl hareketlerini yapan ve tipik fiilin işlenişini doğrudan doğruya beraber gerçekleştirilen kişiler önemlidir. Müşterek faillikten söz edebilmemiz için her birinin fiilinin aynı zamanda olması önemli de-

izlenimi uyandırarak sigorta bedelini almak için dolandırıcılığa tam teşebbüs biçiminde gerçekleşen eylemine yardım ve destekte bulunmak suretiyle katılmaktan ibarettir. Ayrıca, suçtan sonra 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Yasası’nda bu suç bakımından getirilen yeni düzenlemenin de Yerel Mahkemesince değerlendirilmesi zorunludur. Bu itibarla, eylemi hırsızlık olarak nitelendiren Yerel Mahkeme direnme hükmü isabetsiz olup, bozulmasına karar verilmelidir. CGK, E:2005/11-85 K:2005/130 T:15.11.2005, <https://emsal.yargitay.gov.tr>, (erişim tarihi: 02.04.2016)

⁸¹ Tezcan/Erdem/Önok, s.502., Dönmezer, s.473.

ğildir. Önemli olan müşterek faillerinin her birinde suçu birlikte işleme kararı bulunmalı fiil üzerinde birlikte ortak hâkimiyet kurmuş olmalarıdır.⁸²Doktrinde birlikte faillikten söz edebilmek için objektif ve sübjektif unsurların bir araya gelmesi yani birden fazla kişinin işbirliği, fiile olan katkının karşılıklı olarak faillere isnat edilebilmesi aranmıştır.⁸³

Bu bağlamda yukarıdaki örneğimizden hareket edecek olursak, adı geçenlerin her birinin fiilinin ayrı ayrı kurucu değerinin olması, diğer bir deyişle, bir tanesinin fiili olmadan suçun tekemmül edemeyeceği nazara alınırse eksperin, sigortalının ve işyeri sahibinin müşterek fail olduğu ve hepsinin ayrı ayrı cezalandırılmaları gerektiğini söyleyebiliriz. Bu bağlamda fiilin işlenişine katkısı fiile hâkimiyet şeklinde olanlar fail, değilse şerik olarak kabul edilecektir.⁸⁴

Örgüt çatısı altında sigorta dolandırıcılığı suçunun işlenmiş olması durumunda ayrıca TCK 220 de gündeme gelebilecektir.

Doktrinde ağırlık kazanan ve Yargıtay'ın da çoğunlukla benimseydiği görüşe göre, suça etki eden şahsi ağırlaştırıcı nedenler failde bulunuyorsa bunun diğer şerikler tarafından bilinmesi ve şahsi ağırlaştırıcı nedenlerin suçun işlenmesini kolaylaştırması halinde ağırlaştırıcı nedenin şeriklere sirayet ettiği ve bundan sorumlu olacakları kabul edilmiştir.⁸⁵

3. İÇTİMA

TCK suçların içtimaı konusunda, *"kaç fiil varsa o kadar suç; kaç suç varsa o kadar ceza vardır"* şeklinde bir tanım getirmiştir. Zincirleme suç ise TCK md. 43-(1)'de: *"Bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda bir kişiye karşı aynı suçun birden fazla işlenmesi durumunda, bir cezaya hükmedilir. Ancak bu ceza, dörtte birinden dörtte üçüne kadar artırılır. Bir suçun temel şekli ile daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli şekilleri, aynı suç sayılır."* şeklinde düzenlenmiştir. Kanun aynı suçun değişik zamanlarda aynı kişiye karşı işlenmesini tek suç olarak kabul etmiştir. Bu bağlamda zincirleme sigorta dolandırıcılığı suçu, aynı suç

⁸² Devrim Aydın, Türk Ceza Hukukunda İştirak, Yetkin, Ankara, 2009, s.135.

⁸³ Tezcan/Erdem/Önok, s.134.

⁸⁴ Parlar, s.25.

⁸⁵ Meral Ekici Şahin, İştirak Halinde İşlenen Suçlarda Suça Etki Eden Nedenlerin Şeriklere Sirayeti, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2015, Sayı:64 (3), s.671.

işleme kararı ile aynı sigorta şirketine karşı birden fazla işlenmesi durumunda ortaya çıkacaktır.

Buna karşın, tek bir fiille birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet verilmesi durumuyla karşılaşılabılır. (farklı neviden fikri içtima) Örneğin sigorta bedeli almak amacıyla işyerinin yakan kişi başka işyerinin de yanmasına sebebiyet verirse, dolandırıcılık suçu ile beraber genel güvenliğin kasten tehlikeye sokulması suçunu da işlemiş olacak ve en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılacaktır. (TCK m.44) Sigorta şirketinden tazminat alabilmek için geminin açık denizde batırılması durumunda olay yerinin yakınından geçen başka bir geminin mürettebatı kurtarması durumunda gemiyi batıran kişiler hakkında nitelikli dolandırıcılığa teşebbüs ve olası kastla öldürmeye teşebbüs suçları kapsamında en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılmaları yoluna gidilecektir.

Diğer bir husus da, TCK m.212'de düzenlenen *sahte resmî veya özel belgenin bir başka suçun işlenmesi sırasında kullanılması hâlinde*, hem sahtecilik hem de ilgili suçtan dolayı ayrı ayrı cezaya hükmolunur." hükmünün sigorta dolandırıcılığı suçunda (mesela sahte kaza tutanağı düzenlenerek işlenmesi ihtimalinde) uygulanıp uygulanamayacağı sorundur. Yargıtay⁸⁶ kararı da göz önüne alındığında düzenlenen sahte belgelerin aldatma yeteneği bulunuyorsa⁸⁷ failin hem nitelikli dolandırıcılık hem de sahtecilikten cezalandırılabileceği söylenebilir. özetle, sahte evrak başkasını dolandırmak için kullanılmışsa hem evrakta sahtecilik hem de dolandırıcılık cürmü işlenmiştir.⁸⁸

Diğer bir husus olarak da, TCK m.206'da düzenlenen: "*Bir resmî belgeyi düzenlemek yetkisine sahip olan kamu görevlisine yalan beyanda bulunan kişi, üç aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır.*" hükmünün sigorta dolandırıcılığı suçunda (mesela işyerini yakan

⁸⁶ 5237 sayılı TCK'nın 212. maddesindeki sahte resmi veya özel belgenin bir başka suçun işlenmesi sırasında kullanılması halinde, hem sahtecilik hem de ilgili suçtan dolayı ayrı ayrı cezaya hükmolunur" biçimindeki düzenleme nedeniyle, sanığın zimmeti sağlamak ve açığa çıkmasını engellemek için sahte belge düzenleme eylemlerinde sahtecilik suçunun unsurlarının bulunup bulunmadığının tartışılması ve sahteciliğin varlığının kabulü halinde bu suçtan da mahkûmiyet hükmü kurulması gerektiğinin düşünülmemesi...5.CD, E:2010/7227, K:2011/278, T:24.01.2011, <https://emsal.yargitay.gov.tr>, (erişim tarihi: 18.08.2016)

⁸⁷ 5.CD, E:2007/6615, K:2011/23748, T:16.11.2011, <https://emsal.yargitay.gov.tr>, (erişim tarihi: 20.12.2015)

⁸⁸ Dönmezer, s.471.

failin görevli kolluk kuvvetlerine yalan beyanda bulunarak tutanak tutulmasının sağlanması işlenmesi ihtimalinde) uygulanıp uygulanamayacağıdır. Yargıtay konuya ilişkin olabilecek benzer bir kararında⁸⁹ fail hakkında dolandırıcılıkla beraber resmî belgeyi düzenlemek yetkisine sahip olan kamu görevlisine yalan beyan suçunun da oluştuğu kabul etmektedir.⁹⁰

E. KOVUŞTURMA VE YETKİLİ MAHKEME

Sigorta dolandırıcılığı suçu irtikâp edilerek tüzel kişi menfaatine yarar sağlanmışsa tüzel kişi hakkında güvenlik tedbiri uygulanır. (TCK md.169) Ancak, bu hükmün, tüzel kişi hakkında uygulanabilmesi için; tüzel kişinin iradesini oluşturan organlarının, failin hileli davranışlarıyla bir kimseyi aldattığını, dolayısıyla tüzel kişiye haksız bir yarar sağladığını bilmesi ve istemesi gerekir.

Nihai ceza 1 yıl ve daha az süreli olursa, diğer şartları da varsa, adli para cezası ve diğer seçenek yaptırımlara çevrilebilir. (TCK md.50) Dolandırıcılık suçuna ilişkin olarak ne TCK ne de başka bir normda özel soruşturma ve /veya kovuşturma şartı öngörülmediğinden soruşturma veya kovuşturma şikâyet ve izne tabi değildir.

⁸⁹ “sahte belgelerin iğfal kabiliyetlerinin olup olmadıklarının tespitiyle, aldatma yeteneği bulunduğu saptanması halinde bunlarla suça konu paraları almalarının kamu kurumuna karşı müteselsilen dolandırıcılık ve resmi belgede sahtecilik, iğfal kabiliyetlerinin olmaması durumunda ise, eylemlerinin kamu kurumuna karşı müteselsilen dolandırıcılık ve görevi kötüye kullanmak suçlarını oluşturacağı gözetilmeden yazılı şekilde zimmet suçundan beraat, diğer eylemlerinin sahte belge düzenlenmesi sırasında yalan beyanda bulunmak olarak kabulüyle mahkûmiyetlerine karar verilmek suretiyle hükümler kurulması...” 5. Ceza Dairesi 2007/6615, 2011/23748, T:16.11.2011, <https://emsal.yargitay.gov.tr>, (erişim tarihi: 20.12.2015)

⁹⁰ “Sürücü belgesi bulunmayan sanığın, trafik kontrolü sırasında Engin isimli kişi adına düzenlenen sürücü belgesine kendi fotoğrafının yapıştirilmesi suretiyle elde edilen ve iğfal kabiliyetini haiz olduğu saptanan sürücü belgesini sunması biçimindeki eylemi nedeniyle TCK’nın 204/1. maddesi uyarınca sahtecilik suçunun yanı sıra, sahte sürücü belgesinde adı geçen kişi hakkında aracın farının bozuk olması nedeniyle trafik cezasına esas olmak üzere tutanak düzenlenmiş olmasına göre, her ne kadar gerçekte var olan bir kimseye ait bilgiler kullanılmış ise de, TCK’nın 268. maddesinde öngörüldüğü haliyle ortada kabahatin ötesinde soruşturma ve kovuşturma yapılmasının engellenmesi amaçlanan bir suç bulunmaması karşısında eylemin TCK’nın 206. maddesinde düzenlenen yalan bildirimde bulunma suçunu oluşturacağı gözetilmeden, uygulama yeri bulunmayan aynı Yasa’nın 268. maddesinin yollamasıyla 267/7. madde ve fıkrası uyarınca hükümlülüğüne karar verilmesi”, 4.CD, E:2009/16865, K:2009/13334, T:06.07.2009, <https://emsal.yargitay.gov.tr>, (erişim tarihi: 25.12.2015)

Bu suçta görevli ve yetkili mahkeme suçun işlendiği yer ağır ceza mahkemesidir. (CMK m.12, 5235 sy. Kanun m.10-12) Sigorta dolandırıcılığı suçu haksız menfaatin elde edilmesiyle tamamlanacağından suçun işlendiği yer haksız menfaatin sağlandığı yer olarak kabul edilir. Yetkili mahkeme de yararın temin edildiği yer mahkemesi olduğu kabul edilmektedir.⁹¹ Bu bakımdan elverişli hareketlerin gerçekleştiği yerler, örneğin sahte kaza tutanağının düzenlendiği yer ya da kasko sigortalı aracın kazaya karıştığı yer, yetki bakımından önemli olmasa da suç teşebbüs aşamasında kalması halinde ise son icra hareketinin yapıldığı yer yetkili mahkeme belirlenecektir.

Yabancı ülkede gerçekleştirdiği hile ile elde ettiği yararı, yabancı ülkede bankaya yatıran ancak Türkiye’de parayı çeken failin eylemi Türkiye’de tamamlanmıştır. (TCK md.8/1) Bu durumda yetkili mahkeme de CMK madde 12’ye göre belirlenir. Zincirleme suçun söz konusu olduğu durumlarda yetkili mahkeme son suçun işlendiği yer mahkemesi olacaktır.

TCK’nın 157. maddesindeki basit dolandırıcılık suçu ve 158. maddede düzenlenen nitelik dolandırıcılık suçları takibi şikâyete tabi olmayan, re’sen takibi gereken suçlardır. Ancak suçun TCK’nın 159. maddesi kapsamında *hukuki ilişkiye dayanan alacağın tahsili* amacıyla işlenmesi halinde takibi şikâyete bağlıdır.

Sigorta dolandırıcılığı suçu bağlamında CMK madde 135’e göre iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması ve madde 140 kapsamında ise teknik araçlarla izleme koruma tedbirine başvurulabilir. Öte yandan bu suç uzlaştırmaya tabi değildir.

F. ETKİN PİŞMANLIK

Mal varlığına karşı suçlar bakımından etkin pişmanlık TCK md.168’de düzenlenmiştir. Anılan maddenin konumuzu ilgilendiren kısmı ise 1 ve 2. fıkralarıdır. Buna göre:

⁹¹ “...sanıklara yüklenen dolandırıcılık suçunun icra hareketlerinin Türkiye’de yapılması ve yurt dışında bulunan banka görevlilerinin yanıltılarak Türkiye’deki banka şubelerine havale yapılmasının sağlanması dolandırıcılık suçunun haksız çıkarın Türkiye de elde edilmesiyle tamamlanması karşısında yargılamaya devam olunarak sonucuna karar verilmesi gerekirken suçtan zarar görenlerinin yabancı banka olup suç yerinin yabancı ülke olduğunun kabulü gerektiğinden bahisle şikâyet yokluğu nedeniyle davanın durmasına karar verilmesi...” 11.CD. 13.07.2006 4044/6680, Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.698.

“Dolandırıcılık suçu tamamlandıktan sonra ve fakat bu nedenle hakkında kovuşturma başlamadan önce, failin, azmettirenin veya yardım edenin bizzat pişmanlık göstererek mağdurun uğradığı zararı aynen geri verme veya tazmin suretiyle tamamen gidermesi halinde, verilecek cezanın üçte ikisine kadarı indirilir. Etkin pişmanlığın kovuşturma başladıktan sonra ve fakat hüküm verilmezden önce gösterilmesi halinde, verilecek cezanın yarısına kadarı indirilir.”

Failin etkin pişmanlıktan faydalanabilmesi için suç tamamlanmış olmalı, kovuşturma başlamadan önce veyahut kovuşturma başlayıp hüküm verilmeden önce failin pişmanlık gösterip zararı karşılamış olması gerekmektedir. Bu durumda verilecek olan ceza üçte iki veya yarıya kadar indirilecektir.

G. KİŞİSEL CEZASIZLIK NEDENİ

Malvarlığına karşı işlenen suçlar bakımından failin kusurluluğunun nispeten fazla olmasına karşın aile içi barışı korumak gerekçesi ile kişisel cezasızlık nedenlerine yer verilmiş ve suç şikâyete bağlı tutulmuştur.⁹²

Kişisel cezasızlık nedeni TCK md.167’de düzenlenmiştir. Buna göre:

“(1) Yağma ve nitelikli yağma hariç, bu bölümde yer alan suçların;

a) Haklarında ayrılık kararı verilmemiş eşlerden birinin,

b) Üstsoy veya altsoyunun veya bu derecede kayın hısımlarından birinin veya evlat edinen veya evlâtlığın,

c) Aynı konutta beraber yaşayan kardeşlerden birinin zararına olarak işlenmesi hâlinde, ilgili akraba hakkında cezaya hükmolunmaz.

(2) Bu suçların, haklarında ayrılık kararı verilmiş olan eşlerden birinin, aynı konutta beraber yaşamayan kardeşlerden birinin, aynı konutta beraber yaşamakta olan amca, dayı, hala, teyze, yeğen veya ikinci derecede kayın hısımlarının zararına olarak işlenmesi hâlinde; ilgili akraba hakkında şikâyet üzerine verilecek ceza, yarısı oranında indirilir.”

Mağdurun (örneğin acente) TCK md.167’de sayılan kişilerden biri

⁹² Tezcan/Erdem/Önok, s.503.

olması ihtimali mevcuttur. Bu suçta fail mağduru yani acenteyi sigorta şirketini dolandırmak için bir nevi vasıta olarak kullanmaktadır. Dolayısıyla düşük bir ihtimal de olsa mağdurun failin eşi, kardeşi veya maddede sayılan akrabası olması ve mağdurun şikâyetini geri alması halinde kişisel cezasızlık nedeninden bahsedilebiliriz. Sigorta şirketi suçtan zarar gören olarak katılan sıfatı ile yargılama sülheleri arasında bulunacağından TCK md.167'nin uygulamaya yansımaları zor gözükmemektedir.

H. DAHA AZ CEZAYI GEREKTİREN HAL

TCK'nın 159. maddesinde dolandırıcılık suçunun bir hukuki ilişkiye dayanan alacağı tahsil amacıyla işlenmesi halinde şikâyet üzerine altı aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezası verileceği şeklinde bir düzenleme yapılarak hem suçun cezası aşağıya çekilmiş hem de suçun takibini şikâyete bağlanmıştır.

Doktrinde bazı yazarlara göre, kanunun bahsettiği hukuki ilişki akdi ilişki olarak düşünülmelidir.⁹³ Aynı zamanda kanun koyucu tahsil kavramına madde metninde yer verdiği için alacak konusunun sadece nakit muayyen bir para olması gerektiği ifade edilmiştir.⁹⁴ Hukuki ilişki de geçerli bir sözleşmeye dayanmalıdır.⁹⁵

Doktrinde bazı yazarlar, TCK md.159'un uygulanması bakımından; haksız fiilden kaynaklanan borç ilişkisinin de bir akdi ilişki olduğu ve bu nedenle failin haksız fiilden kaynaklanan alacağını tahsil etmek amacıyla dolandırıcılık suçunun işlenmesinin engel teşkil etmeyeceği kanısındadır.⁹⁶ Bu durumda trafik kazası sebebiyle sigorta şirketinden alacağı doğan failin bu alacağını tahsil etmek amacıyla anılan suçu işlemiş olması halinde TCK md.159 uygulanabilecektir.

Sigorta dolandırıcılığı suçunda TCK md.159'un uygulanmasının oldukça düşük bir ihtimal olduğunu değerlendirmekteyiz. Çünkü sigorta sözleşmesine göre sigorta şirketinin riziko gerçekleştiğinde tazminat ödeme borcu bulunmaktadır. Tazminat ödeme borcu olan, sıkı mevzuat hükümlerine tabi kurumsal bir sigorta şirketinin borcunu ödememesi düşük bir ihtimaldir. Olsa olsa şirket tazminat ödemeyi

⁹³ Hafızoğulları, s.417., Bilen, s.247.

⁹⁴ Hafızoğulları, s.417.

⁹⁵ Bilen, s.247.

⁹⁶ Bilen, s.249.

belli sebeplere dayanarak geciktirebilir. Bu gecikme döneminde alacaklının alacağını tazmin etme amacıyla bu suçu işleyebileceğini varsaysak bile, yüksek olasılıkla ya sigorta tahkim komisyonunda ya da hukuk mahkemelerinde adli süreç devam ediyor olacaktır. Peki, hukuki bir sürecin varlığı ceza yargılaması bakımından failin alacağının haklı olduğu anlamına gelir mi? Kanımızca hukuk davası nasıl sonuçlanırsa sonuçlansın, ortada kesinleşmiş bir yargı kararı bulunmadığı sürece, failin bu periyod içerisinde sigorta şirketine karşı alacağını tahsil etmek amacıyla işlemiş olduğu sigorta dolandırıcılığı suçu bakımından TCK md.159'un uygulanması gerekir. Çünkü fail haklı olduğuna inanarak uyuşmazlığı yargıya intikal ettirmiştir. Fail gerçekte alacağının varlığına inanarak bu suçu işlemiştir. Fail bu konuda hataya düşmüş olsa bile TCK md.30/2: *"Bir suçun daha ağır veya daha az ceza-yı gerektiren nitelikli hallerinin gerçekleştiği hususunda hataya düşen kişi bu hatasından yararlanır."* hükmünü amir olduğu için fail TCK md.159'dan yararlanacaktır.

TCK'nın 159. maddesinde altı aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezası verileceği düzenlenmiştir. Para cezasının seçimlik ceza olarak öngörüldüğü suçlarda bu cezaya ilişkin gün birimin alt sınırını, o suç tanımındaki cezanın alt sınırından az; üst sınırı da hapis cezasının üst sınırından fazla olamayacaktır. Somut olayda fail hakkında hâkim öncelikle hapis cezasına mı para cezasına hükmedeceğini karara bağlayacak, adli para cezasına karar verdiği takdirde tam gün sayısının belirlenmesinde (TCK md.50/1'deki kıstasları dâhilinde) altı ayla bir yıl arasındaki süreyi esas alacaktır.

SONUÇ

TCK'da nitelikli suç olarak düzenlenen sigorta bedeli almak amacıyla dolandırıcılık uygulamada çok karşılaşılan fakat ispatı zor olan suçlardandır. Her ne kadar kanun koyucu caydırıcılığı sağlamak ve ekonomik düzenin korunması adına sigorta dolandırıcılığı suçunun cezasını ağırlaştırmışsa da gerek ispatın zorluğu gerekse de ağır kalan yargısal süreçler suçla mücadele politikasında aksamalara neden olmaktadır.

Çalışmamızın başında da belirttiğimiz gibi sigorta hileleri birey olarak vatandaşlara sigorta primlerinin yıldan yıla artması gibi bir külfet yüklerken öte yandan da sektöre olumsuz yansımaları olmak-

ta bu bağlamda ekonomik düzenin işleyişinde bir takım problemlere yol açmaktadır. Yapılan araştırmalar da yıl bazında gerçekleşen riziko ödemlerinin %15'inin bu nevi suiistimal eylemleri sonucu oluştuğunu göstermekte, artan sigorta primleri yüzünden birçok sigortasız aracın trafiğe çıkmak zorunda kaldığını göstermektedir.

Yukarıda belirtmiş olduğumuz olumsuzlukların önüne geçmek amacıyla Sigorta Bilgi Gözetim Merkezi ve Sigorta Suiistimallerini Engelleme Bürosu kurulmuştur. Ayrıca suiistimalleri takip etmek için çeşitli yazılımlar geliştirilmiş ve analitik modellerle suiistimallerinin takibine başlanmıştır. Yine mobil kaza tespit tutanağı yazılımı oluşturularak sürücülerin akıllı telefonları ile kazaları tutanaklaştırmaları sayesinde tutanağın anında acenteler tarafından görülmesine imkân sağlanmıştır.

Ceza siyaseti ve genel ekonomik düzen bakımından sigorta şirketlerinin ağırlaştırıcı hükümlerle korunmasının isabetli olduğu değerlendirilmekle birlikte uygulamada ortaya çıkan aksamaları (uzun yargılama süreçleri, ispat zorlukları, kamu kurumları arasındaki iletişimsizlik, otomasyona geçilmemesi, denetim yetersizlikleri vs.) çözümlenmesi halinde sigorta suiistimallerinin artarak devam edeceği değerlendirilmektedir.

Kaynakça

- Artuk Mehmet Emin/Gökçen Ahmet/Yenidünya A.Caner, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Adalet Yayınevi, 12.Baskı, Ankara, 2012.
- Aydın, Devrim, Türk Ceza Hukukunda İştirak, Yetkin, Ankara, 2009.
- Aydın, Serkan, "SBM Sigorta Suiistimallerini Önemli Oranda Azaltacak", *Sigorta Bilgi ve Teknoloji Dergisi*, S.4, 2015, s.49-55.
- Bilen, Mesut, "Türk Ceza Hukukunda Dolandırıcılık Suçu", Doktora Tezi, Konya, 2012, <http://www.acikerisim.selcuk.edu.tr>
- Demirbaş, Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin, Ankara, 2002.
- Dönmezer, Sulhi, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, İstanbul, 2004.
- Ekici Şahin Meral, İştirak Halinde İşlenen Suçlarda Suça Etki Eden Nedenlerin Şeriklere Sirayeti, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S.64 (3), 2015, s.637-686.
- Gökçen Ahmet/Balcı, Murat, "Dolandırıcılık Suçu", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C.14, S.1-2, 2008, s.1-55.
- Hafizoğulları Zeki, Türk Ceza Hukukunda Dolandırıcılık Suçları, Zabunoğlu Armağanı, Ankara Üniversitesi Yay., Ankara, 2011, s.405-440.

- Koca Mahmut/Üzülmez İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin, 6. Baskı, Ankara, 2013.
- Mahmutoğlu Fatih Selami, Ekonomik Suçlar Bağlamında Kredi Hukukundan Kaynaklanan Suç ve İdari Suçlar, Seçkin, Ankara, 2003.
- Maviş Volkan, Dolandırıcılık Suçunun Hile Unsuruna İlişkin Sorunlar, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı, C.1, 2015, s.597-626.
- Meran Necati, Dolandırıcılık Sahtecilik Güveni Kötüye Kullanma, Seçkin, Ankara, 2011.
- Özbek Veli Özer/Kanbur M.Nihat/Doğan Koray/Bacaksız Pınar/Tepe İlker, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 9. Baskı, Seçkin, Ankara, 2015.
- Özgenç İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin, Ankara, 2015.
- Parlar Ali, Türk Ceza Hukukunda Sigortacılık Suçları, Bilge Ankara, 2011.
- Soyaslan Doğan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin, Ankara, 2002.
- Şen Ersan, Türk Ceza Hukuku, Der Yayınları, İstanbul, 2002.
- Tarhan Mengi Banu, "Araç Sigortası Hileleri ve Bu Hilelere Yönelik Önlemler", *Finansal Araştırmalar ve Çalışmalar Dergisi*, Cilt 4, S.8, İstanbul, 2013, s.71-86.
- Tezcan Durmuş/Erdem Mustafa Ruhan/Önok R.Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Ankara, 2008.
- Toroslu Nevzat, Ceza Hukuku Genel Kısım, Savaş Yayınevi, Ankara, 2010.
- Tozman Önder, "İhmal suçlarında Teşebbüs ve Gönüllü Vazgeçme", *TBB Dergisi*, S.84, 2009, s.160-187.
- Yıldırım İsmail, "Türk Sigortacılık Sektörünün Yumuşak Karnı: Sigorta Suiistimalleri Sorunu", *Sosyal ve Beşeri Bilimler Dergisi*, C.5, 2013, s.331-340.
- İnternet Kaynakları
- Adalet Bakanlığı, www.ceza-bb.adalet.gov.tr
- Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu, hmt.hsyk.gov.tr
- Sigorta Bilgi ve Gözetim Merkezi, <http://www.sbm.org.tr>
- Türkiye Büyük Millet Meclisi, <https://tbmm.gov.tr>
- Türkiye Sigortalar Birliği, <http://www.tsb.org.tr>
- Yargıtay Başkanlığı UYAP Bilgi Bankası, <https://www.emsal.yargitay.gov.tr>

TÜRK CEZA HUKUKUNDA SUÇA TEŞEBBÜS ATTEMPT TO COMMIT AN OFFENCE IN TURKISH CRIMINAL LAW

Ersin ŞARE*

Özet: Failin gerçekleştirmek amacıyla olduğu suçun icra hareketlerine başlayıp elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaması ya da istediği neticenin gerçekleşmemesi hali suça teşebbüs olarak adlandırılmaktadır. TCK'nın 35/1. maddesinde suça teşebbüs tanımına yer verilmiştir. Bu maddeye göre, suça teşebbüsün cezalandırılması için failin suç işleme kastının bulunması, gerçekleştirdiği hareketin elverişli olması, icra hareketine başlaması, elinde olmayan nedenlerle icra hareketini tamamlayamaması ya da kast ettiği suçun neticesinin gerçekleşmemesi gerekmektedir. Teşebbüs hükmüne genel kısımda yer verildiği ve herhangi bir kısıtlama öngörülmediği için her suç tipi için uygulanabilecek genel hüküm niteliğindedir. Suça teşebbüsün cezalandırılmasının nedeni, failin gerçekleştirmiş olduğu fiille hem suç işleme iradesini ortaya koyması hem de icra hareketine başlayıp tamamlayamadığı ya da neticeyi gerçekleştiremediği halde fiiliyle kanunun koruduğu hukuki menfaati tehlikeye sokmasıdır. Herhangi bir fiile dönüşmeyen suç işleme fikri ve kararı esas itibarıyla cezalandırılmamaktadır. Zira fail, herhangi bir fiile dönüşmeyen suç işleme fikir ve kararından her an dönebilir. İcra hareketinden önce yapılan hazırlık hareketleri kanunda ayrıca suç olarak düzenlenmemişse cezalandırılmamaktadır. Suça teşebbüste hazırlık hareketinin bittiği ve icra hareketinin başladığı anın tespiti, temel hak ve özgürlüklerinin korunması için de önem taşımaktadır. Kanundaki yeni düzenlemeyle teşebbüs nedeniyle indirim oranı belirlenirken fiilin doğurduğu zarar veya tehlikenin ağırlığı dikkate alınmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Suça Teşebbüs, Gönüllü Vazgeçme, İşlenmez Suç, Hazırlık Hareketi, Kast

Abstract: The perpetrator who acts with the purpose of committing a crime but fails to perform the act necessary to commit the crime due to a cause beyond his control is named attempt to commit an offence. The definition of attempt to commit an offence is regulated in Turkish Penal Code article 35 /1. According to this article, for the punishment of an attempt to commit an offence, the perpetrator should have an intention of committing a crime, the perpetrator's act should be convenient, the perpetrator should have begun the act of crime and failed to perform the acts that are necessary to commit the crime or could not finished the intended crime due to a cause beyond his control. The provision of the at-

tempt to commit an offence may apply to every type of crime because it is regulated as a general provision and does not impose any restriction. The attempt to commit an offence is punished because of perpetrator has the intention of the offense and the legal rights of the victim is endangered with the act of the perpetrator. Any idea and decision of committing a crime is not punished, because the perpetrator could withdraw the idea and change his decision of committing a crime. The preparatory acts before the act of crime are not punished unless it is also regulated as a part of the crime. Thus, the separation of the beginning act of the crime and the preparatory act is important in order to protect fundamental rights and freedoms. According to new regulations, seriousness of the damage or danger is evaluated when determining the rate of mitigation for the punishment.

Keywords: Attempt to Commit an Offence, Voluntary Abandonment, Factual Impossibility, Preparatory Act, Malice

Teşebbüs, işe girişme, el atma, girişkenlik, önce davranış anlamlarına gelmektedir.¹ Hukuki anlamda teşebbüs ise, failin gerçekleştirmek amacıyla olduğu suçun icra hareketlerine başlayıp elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaması ya da istediği neticenin gerçekleşmemesi olarak tanımlanabilir.²

Fail, fiilini gerçekleştirmeye başladıktan sonra kendisinden bağımsız, elinde olmayan, mani nedenlerle istediği neticeye ulaşamazsa hareketi teşebbüs aşamasında kalmıştır. Teşebbüs derecesinde kalmış olan suçta, tamamlanmış suç ile karşılaştırıldığında, suçun maddi unsuru eksiktir ve bu nedenle failin hareketi, kanunda yer verilen suç tanımı yönünden tipik değildir.³ Suç türlerinin düzenlendiği kanunun özel kısmında, suç tiplerinin tamamlanmış hallerine yer verildiğinden, teşebbüs düzenlemesi olmasaydı, teşebbüs aşamasında kalmış suç, kanunda yer alan tamamlanmış suç tarifine uymadığından suçta

¹ Ferit Develioğlu, Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lügat, Aydın Kitabevi, 26. Baskı, 2010, s. 1275.

² 5237 sayılı TCK'nın 35/1 maddesinde teşebbüsün tanımı yapılmıştır. Bu maddeye göre, fail "işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icrasına başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaz ise teşebbüsten sorumlu" olacaktır. Alman Ceza Kanunu'nun (StGB) 22. maddesinde teşebbüsün tanımı yapılmıştır. İtalyan Ceza Kanunu'nun 56. maddesinde de teşebbüs hükmü yer almaktadır. Fransız Ceza Kanunu'nun 121-5 maddesinde teşebbüs hükmü düzenlenmiştir. Suça teşebbüs konusunda benimsenen teoriye göre ceza kanunlarında yer alan teşebbüs tanımları birbirinden farklılık göstermektedir.

³ Hamide Zafer, Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m. 1-75, Beta Yayınevi, İstanbul/2010, s. 362.

ve cezada kanunilik ilkesi gereği suç işlemeye teşebbüs eden failin cezalandırılması mümkün olmayacaktır.⁴

Teşebbüs hükmüne genel kısımda yer verildiği ve herhangi bir istisna öngörülmediği için her suç tipi için uygulanabilecektir.⁵ Ancak bir suçun icrasına başlanıp başlanmadığı ya da suçun tamamlanıp tamamlanmadığını tespit etmek için ilgili suç tipinin kanundaki tarifi esas alınacaktır.⁶

Suç, çeşitli evrelerden geçerek oluşmaktadır. Suçun meydana gelinceye kadar geçirdiği evrelerinin bütününe suç yolu (iter criminis) adı verilmektedir. Bu suç yolunu; düşünce, icra, tamamlanma ve son bulma evreleri olarak ayırmak mümkündür.⁷ Failde ilk olarak suç düşüncesi doğar ve bunu suç işleme kararı izler.⁸ Suç işleme kararı icrai ve ihmali davranışlarla somutlaşmaya başladığında icra evresine geçilmiş olur. İcra evresi de hazırlık hareketleri ve icra hareketleri olmak üzere iki bölüme ayrılmaktadır. Kural olarak hazırlık hareketleri cezalandırılmamaktadır. İcra hareketine başlandıktan sonra kanunda düzenlenen suç tipindeki bütün unsurlar gerçekleşmişse suç tamamlanmış olur. Bazı suçlar yönünden de suçun tamamlanmasını son bulma evresi izlemektedir.⁹

Suç yolunu kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu kapsamında somutlaştırmak gerekirse; bir kimse, başkasını kaçırmaya karar vermişse, bu düşüncesi dışa yansımadığı sürece cezalandırılmayacaktır. Ancak kişi, suç işleme kararının da ötesine geçerek kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu gerçekleştirmek için araç temin etmeye başladığında icra evresine geçmektedir. Başkasından araba temin etmek icra evresi içerisinde yer alan hazırlık hareketi niteliğinde bir fiildir.

⁴ Doğan Soyaslan, Teşebbüs Suçu, Kazancı Yayınevi, Ankara/1994, s. 51.

⁵ Teşebbüs hükümleri her suç tipi için uygulanabilen genel hüküm niteliğindedir ancak bazı suç tiplerinin yapısal özelliği nedeniyle bu suç türlerine teşebbüs mümkün değildir.

⁶ Hakan Hakeri, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınevi, 8. Baskı, Ankara/2009, s. 347.

⁷ Nevzat Toroslu, Ceza Hukuku Genel Kısım, Savaş Yayınevi, Ankara/2012, s. 270.

⁸ Selçuk, psikolojik evre olarak adlandırdığı bu aşamada suç işleme kararından sonra, suçu nasıl işleyeceğini düşünme ve yoğunlaşan bu düşünceyle tasarı yapma evresinin geleceğini ifade etmektedir. Bkz. Sami Selçuk, "Suç, Suç Yörüngesi ve Kalkışmanın Konumu", *Adalet Dergisi*, Yıl 74, Sayı 5, Eylül-Ekim/1983, s. 802.

⁹ Zeki Hafızoğulları/Muharrem Özen, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, USA Yayıncılık, Ankara/2010 s. 327.

Failin, mağdurun bulunduğu yere giderek kolundan tutup arabaya bindirmeye çalıştığı andan itibaren icra hareketine geçilmiş olmaktadır. Mağduru, arabaya bindirip başka yere götürmeye başlamasıyla kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu tamamlanmış olur.¹⁰ Failin, mağduru bir süre yanında tuttuktan sonra mağdurun, kendi çabalarıyla failin elinden kurtulması durumunda ise suç sona ermiş olmaktadır. Bazı suçlar yönünden ise tamamlanma ve son bulma evreleri çakışır. Kasten öldürme suçunda failin fiili neticesinde ölüm neticesi gerçekleştiğinde suç tamamlanmıştır ve aynı zamanda sona ermiştir.

Bu çalışmada ilk olarak suça teşebbüsün cezalandırılma nedenine değinilecek ve sonrasında sırasıyla suça teşebbüsün unsurları, gönüllü vazgeçme, teşebbüsün derecesi ve suça teşebbüs ile bazı suç şekilleri arasındaki ilişki konularında açıklama yapılacaktır.

I. Suça Teşebbüsün Cezalandırılmasının Nedenleri

Teşebbüs aşamasında kalan suçların cezalandırılmasının dayanağını TCK'nın 35. maddesinde yer alan düzenleme oluşturur. Bu nedenle teşebbüsün cezalandırılış nedeni diğer suçların cezalandırılış nedeni ile aynıdır.¹¹ Fail, anti sosyal fiili ile somutlaştırdığı suç işleme iradesini göstermesi nedeniyle cezalandırılmaktadır.¹² Böyle bir düzenlemeye hem ülkemiz kanununda hem de diğer kanunlarda yer verilmesinin nedeni olarak çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Bu görüşleri, failin gerçekleştirdiği fiilin korunan hukuki menfaati tehlikeye koyması nedeniyle cezalandırıldığını savunan ve failin dış dünyada meydana getirdiği antisosyal fiili esas alan objektif teori, teşebbüs aşamasında da kalsa failin suç işleme iradesini göstermesi nedeniyle teşebbüsün cezalandırılması gerektiğini savunan subjektif teori ve her iki görüşü bağdaştıran karma teori olmak üzere üç gruba ayırabiliriz.¹³

¹⁰ Mütemedi suç niteliğinde olan kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun tamamlanmış ana ilişkin karar için bkz. Yargıtay 14 Ceza Dairesi 02.07.2012 tarih ve 2012/5831 Esas 2012/7567 Karar: "sanıkların araca zorla bindirdikleri mağdureyi İzmir ilinden Manisa ili istikametine doğru götürdüklerinin ve bu sırada İzmir ilinin 6 km dışında yol kontrolü yapan kolluk kuvvetinin ihbar üzerine aracı durdurarak mağdureyi kurtardığının anlaşılması karşısında kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun tamamlandığı gözetilmeyerek teşebbüs aşamasında kaldığının kabulüyle eksik ceza tayini".

¹¹ Soyaslan, (Teşebbüs Suçu), s. 38.

¹² Toroslu, (Ceza Hukuku Genel Kısım), s. 277.

¹³ Objektif, Subjektif ve Karma teoriler için bkz. Pervin Aksoy İpekçioğlu, Türk Ceza Hukuku'nda Suça Teşebbüs, Seçkin Yayınevi, Ankara/2009, s. 36 vd, Adem Sözü-

Teşebbüs aşamasında kalsa da fail suç işleme iradesini ortaya koymuştur. Sübjektif teori taraftarları failin bu iradesinin antisosyal oluşu nedeniyle cezalandırılması gerektiğini savunmuşlardır.¹⁴ Ancak bu görüşe taraftar olunduğunda işlenemez suçun cezalandırmama nedeninin açıklanamayacağı ifade edilmiştir.¹⁵ Zira işlenemez suçta fail, suç işleme iradesini ortaya koymasına rağmen cezalandırılmamaktadır. Ayrıca yalnızca suç işleme iradesinin esas alınmasının hazırlık hareketlerinin de cezalandırılması sonucunu doğurabileceği ifade edilmiştir.¹⁶

Objektif teoriye göre, teşebbüs aşamasında kalan fiilin cezalandırılmasının nedeni, failin fiilinin kanunda düzenlenen norm tarafından korunan hukuki menfaati tehdit etmesidir. Bu teoride suçun objektif unsuru olan fiil ve bu fiilin hukuki konuyu tehlikeye sokması esas alınmaktadır.¹⁷ Failin tehlikelilik gösterdiği ancak fiilinin hukuki konuyu tehlikeye sokmadığı durumlarda, faile ceza verilmesi gerekir; bu teorinin kabulü halinde failin, ceza almayabileceği ifade edilmiştir.¹⁸

Bu iki teorinin birbirini tamamlamakta olduğunu ve teşebbüs halinde kalmış suçun cezalandırma nedeni oluşturduğunu söyleyebiliriz. Suça teşebbüs hükmüne kanunda yer verilerek cezalandırılmasının nedeni, failin gerçekleştirmiş olduğu fiille hem suç işleme iradesini ortaya koyması hem de icra hareketine başlayıp tamamlamadığı ya da neticeyi gerçekleştiremediği halde fiiliyle kanunun koruduğu hukuki menfaati tehlikeye sokmasıdır.¹⁹ Kanun koyucu bu gibi

er, Suça Teşebbüs, İstanbul/1994, s. 48 vd. Sözüer karma teoriler yerine uzlaştırıcı teoriler ifadesini kullanmıştır, Soyaslan (Teşebbüs Suçu), s. 26 vd.

¹⁴ İpekçioğlu, (Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs), s. 40, Sözüer, (Suça Teşebbüs) s. 81, Soyaslan (Teşebbüs Suçu) s. 30.

¹⁵ Soyaslan (Teşebbüs Suçu), s. 32. Bazı ceza hukuku sistemlerinde işlenemez suç cezalandırılmaktadır ya da fail hakkında güvenlik tedbiri uygulanmaktadır.

¹⁶ Soyaslan, (Teşebbüs Suçu), s. 32, Sözüer, (Suça teşebbüs), s. 81, Önder, (Ceza Hukuku Genel Hükümler), s. 396: Önder'e göre, sübjektif teori teşebbüsü hazırlık hareketlerine doğru genişletir. Mutlak işlenemez suçta teşebbüs halinin varlığını kabul eder.

¹⁷ İpekçioğlu, (Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs), s. 38.

¹⁸ Adem Sözüer, Suça Teşebbüs, Kazancı Yayınevi, İstanbul/1994, s. 126: "failin dolu zannettiği gerçekte ise boş olan mağdurun cebine el atması durumunda somut objektif bir tehlike yoktur"

¹⁹ Mehmet Emin Artuk/ Ahmet Gökçen/ Ahmet Caner Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, 7. Baskı, Ankara/2013, s. 557.

saiklerle kanunda suça teşebbüs hükmüne yer vermiştir. Bizim kanunumuzda olduğu gibi teşebbüs halinde kalan suçlar için mutlak indirimi esas alan düzenlemede objektif teori ağır basmış; Alman Ceza Kanunu'nda²⁰ olduğu gibi teşebbüs halinde kalan suçlar için yapılacak indirimi hâkimin takdirine bırakan düzenlemede de subjektif teori ağır basmıştır.²¹

II. Suça Teşebbüsün Unsurları

Suçta teşebbüsten bahsedebilmek için failin suç işleme kastının bulunması, gerçekleştirdiği hareketin elverişli olması, icra hareketine başlaması, elinde olmayan nedenlerle icra hareketini tamamlayamaması ya da kastettiği suçun neticesinin gerçekleşmemesi gerekmektedir.

A. Suç İşleme Kastının bulunması

Suçta teşebbüsün varlığı için kasıtlı hareket edilmesi gerekmektedir. Bu nedenle taksirli suçlara teşebbüs mümkün değildir.²² Neticesi

²⁰ Alman Ceza Kanunu'nun 23/1 maddesine göre, cürüme teşebbüs daima cezalandırılmakla birlikte, cünhaya teşebbüs ancak kanunda açıkça belirtildiği takdirde cezalandırılmaktadır. Alman Ceza Kanunu'nun çevirisi için bkz. Feridun Yenisey/Gottfried Plagemann, Alman Ceza Kanunu, Beta Yayınevi, İstanbul/2009, s. 19, Alman Ceza Kanunu'nun 12. maddesinde cürüm ile cünha ayırımına yer verilmiştir. Alt sınırı bir yıl veya daha fazla hapis cezası tehdidi altına alınmış olan hukuka aykırı fiiller cürümdür. (StGB m. 12/1) Alt sınırı daha az hapis cezası veya para cezası tehdidi altına alınmış olan hukuka aykırı fiiller, cünhadır. (StGB m. 12/2) Alman Ceza Kanunu'nun 242. maddesinde düzenlenen hırsızlık suçu cünha niteliğindedir. Eğer aynı maddenin ikinci fıkrasındaki "bu suça teşebbüs cezalandırılır" şeklindeki ifadeye yer verilmeseydi basit hırsızlığa teşebbüs cezalandırılmayacaktı. (StGB m. 242/2) Alman Ceza Kanunu'nun 185. maddesinde düzenlenen hakaret suçu da cünha niteliğindedir ve kanunda açık bir hüküm bulunmadığından hakaret suçuna teşebbüs cezalandırılmamaktadır. (StGB m. 185) bkz. Bernd Heinrich, Ceza Hukuku Genel Kısım 1, Çev: Hakan Hakeri, Yener Ünver, Veli Özer Özbek, Özlem Yenerer Çakmut, Barış Erman, Koray Doğan, Ramazan Barış Atladı, Pınar Bacaksız, İlker Tepe, Adalet Yayınevi, Ankara/2014 s. 423.

²¹ Bu düzenlemede teşebbüs halinde kalan suçlar için yapılacak indirim hâkimin takdirine bırakılarak failin suç işleme iradesini göstermesi nedeniyle cezalandırılması fikri daha öncelikli kabul edilmiştir. Ancak Alman Ceza Kanunu'nda yalnızca belli suçlara teşebbüs cezalandırılmaktadır. Bu yönüyle subjektif teorilerden ayrılmaktadır. İtalyan Ceza Kanunu'nda işlenemez suç halinde fail hakkında güvenlik tedbiri uygulanmaktadır. Bu yönüyle subjektif teorilerin etkisi görülmektedir.

²² Ersin Şare, "Türk Hukukunda Düzenlenen Taksir Üzerine Bir İnceleme", İstanbul Barosu Dergisi, Cilt 90, Sayı 2016/1, Ocak-Şubat 2016, s. 94, "Failin taksirli hareketinden sorumlu olabilmesi için neticenin gerçekleşmesi gerekmektedir. Bu nedenle taksirli suçlar yönünden teşebbüs mümkün değildir."

sebebiyle ağırlaşan suçlar yönünden de görünüşte neticesi sebebiyle ağırlaşan suçlar hariç teşebbüsün mümkün olamayacağı söylenebilir.²³

Teşebbüs aşamasında kalmış suçta fail, bilerek ve isteyerek kanda tanımı yapılan suçu gerçekleştirme iradesini ortaya koymaktadır. Bu nedenle kast unsuru yönünden tamamlanmış suç ile teşebbüs aşamasında kalmış suç arasında herhangi bir fark olmadığı ifade edilmiştir.²⁴ Ancak kastın bir çeşidi olan olası kast ile suça teşebbüsün bir arada bulunamayacağını kabul ettiğimizden, tamamlanmış suç ile teşebbüs aşamasında kalmış suçtaki kastın birbirinden farklılık gösterdiğini söylemek gerekir.²⁵

Failin kastının hangi suça yönelik olduğunun tespiti suçun türü ve niteliğinin belirlemek için önem taşır.²⁶ Suçun türü ve niteliğinin belirlenmesinde failin amacının tespit edilmesi gerekmektedir. Failin amacı ise ancak dış dünyaya yansıyan fiilin irdelenmesi ile belirlenecektir.²⁷ Failin, kesici bir aletle mağduru hayati bölgesinden yaraladığı durumda kasten öldürmeye teşebbüs etme suçundan bahsedilebilecekse de kesici aletle mağduru kolundan yaşamını tehlikeye sokmayacak şekilde yaraladığı durumda kasten yaralama suçunun varlığı kabul edilecektir.²⁸ Burada failin amacı, fiilini gerçekleştirirken kullandığı araçlara ve fiili neticesinde gerçekleşen netice göz önünde bulundurularak tespit edilmektedir. Failin amacı belirlenirken, yalnızca hareketine değil, hareketin dışında kalan unsurlara bakılabilir. Failin geçmişi, mağdur ile olan ilişkisi, hareketten önce ya da sonra

²³ Uğur Alacakaptan, Suçun Unsurları, Ankara/1975, s. 64, Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçları gerçek neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç ile görünüşte neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç olarak ayırdığımızda görünüşte neticesi sebebiyle ağırlaşmış suça teşebbüsün mümkün olduğu söylenebilir.

²⁴ Timur Demirbaş, Ceza Hukuk Genel Hükümler, Seçkin Yayınevi, 8. Baskı, 2012, s. 430; Bahri Öztürk/Mustafa Ruhan Erdem, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, Seçkin Yayınevi, 13. Baskı, Ankara/2013, s. 322.

²⁵ Toroslu, (Ceza Hukuku Genel Kısım), s. 285, Toroslu'ya göre, "teşebbüs aşamasında kalmış suça ilişkin kastın, işlenmek istenen tamamlanmış suça ait kastın aynı olduğu söylemek doğru kabul edilemez. Böyle olsaydı, hedef alınan suç yönünden söz konusu olabilen olası kastın teşebbüs yönünden de geçerli olması gerekirdi."

²⁶ Tahir Taner, Ceza Hukuku Umumi Kısım, Üçüncü Basım, İstanbul/1953, s. 268.

²⁷ Soyaslan, (Teşebbüs Suçu), s. 59.

²⁸ "Delillerin değerlendirilmesi neticesinde failin kastının hangi suça yönelik olduğu tam olarak tespit edilemezse, failin en hafif suçu işleme kastı ile hareket ettiğinin kabulü ile hafif suçtan cezalandırılması gerekir." Bkz. Taner, (Ceza Hukuku Umumi Kısım), s. 268.

yaptığı davranışlar amacını tespit etmekte önem taşır.²⁹ Failin, mağdurun yatak odasında yakalandığı durumda hangi suça teşebbüs ettiğine ilişkin tereddüt doğabilir. Failin, hırsızlık ya da cinsel saldırı suçu için mağdurun yatak odasına girmiş olduğu düşünülebilir. İşte failin amacının tespitinde şüpheye düşüldüğünde failin fiili dışındaki diğer unsurlara başvurulabilir. Öncesinde tecavüzden sabıkası olan fail, başkasının yatak odasında yakalanmış ise cinsel saldırı kastı ile hareket ettiği söylenebilecektir. Hırsızlıktan sabıkası var ise hırsızlık amacıyla eve girdiği değerlendirilebilir. Belirtmek gerekir ki amacın belirlenmesindeki çıkış noktası failin gerçekleştirmiş olduğu fiildir. Zira önceden cinsel saldırı suçundan sabıkası olan birinin dışarıda gezmesini cinsel saldırı suçu işleyecek şekilde yorumlamamak gerekir.

Bir suçun işlenmesi için bazı durumlarda daha hafif suçtan geçilmesi gerekmektedir. Daha ağır suçu işlemede basamak durumunda olan bu suçlara geçit suçları adı verilmektedir.³⁰ Kasten öldürme suçunun oluşumunda basamak olan suç kasten yaralama suçudur.³¹ Fail, öldürme kastı ile hareket etmesine rağmen ölüm neticesi gerçekleşmeyip mağdur yaralanmışsa, fail kasten yaralamadan değil kasten öldürmeye teşebbüsten sorumlu olacaktır. Bu nedenle failin hangi suçu işleme kastı ile hareket ettiğinin belirlenmesi hangi suçtan sorumlu olacağını da belirler. Failin kastı dışı yansıyan fiilinin özelliklerine göre belirlenir. Bir suçun kasten yaralama mı yoksa kasten öldürmeye teşebbüs mü olduğunu belirlemede, fail ve mağdurun arasında herhangi bir ihtilafın bulunup bulunmadığı, kullanılan aracın kasten öldürme suçu için elverişli olup olmadığı, failin hareketine devam edebilme imkânı varken hareketini sonlandırıp sonlandırmadığı,³²

²⁹ Sulhi Dönmezer/Sahir Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, Genel Kısım Cilt I, Beta Yayınevi, On üçüncü Baskı, İstanbul/1997, s. 435.

³⁰ Kayıhan İçel, *Suçların İçtimai*, İstanbul/1972, s. 227; "geçit suçlarında failin kastının bütün neticeleri derece derece gerçekleştirmeye yönelmiş olduğu ve bu neticeler içinde en ağır netice de bulunduğu için, failin elinde olmayan bir sebepten dolayı en ağır netice gerçekleşmemişse teşebbüs derecesinde kalmış ağır suçtan sorumluluk söz konusu olacaktır." İçel, (Suçların İçtimai), s. 237.

³¹ Nitelikli cinsel saldırı suçunun oluşumunda basamak olan suç türü ise basit cinsel saldırı suçudur.

³² Öldürme kastının tespitinde bu ölçütler esas alınarak değerlendirme yapılırken birinin diğerinden üstün tutulduğu kararlar ile karşılaşılacaktır. Bkz. Yargıtay Ceza Genel Kurulu 24.12.2013 tarih ve 2013/1-716 Esas 2013/627 Karar: "katılanın sanığın kardeşinin eşi olduğu, olay tarihinde ahıra eşya koyma meselesi yüzünden tartıştıkları, katılanın hakaret ederek üzerine yürümesi nedeniyle yaşanan bo-

mağdurun yaralanmasının hayati bölgelerde olup olmadığı, failin olay anındaki hareketleri ve kullanmış olduğu ifadeler önem taşımaktadır.³³ Failin kastının ağır suça mı yoksa hafif suça mı yönelik olduğu tespit edilemezse şüpheden sanık yararlanır ilkesi gereği fail lehine değerlendirme yapılarak failin kastının hafif suça yönelik olduğu kabul edilmelidir.³⁴

Teşebbüs suçundaki kast, işlenmek istenen suçun neticesini gerçekleştirmeye yönelik kاستtır. Bu nedenle ki, teşebbüs aşamasında bırakma gibi bir kastın varlığından söz edilemez.³⁵

Kanunda düzenlenen bir suçun tamamlanmış şekli bakımından failin özel kast ile hareket etmesi zorunluysa, o suçun teşebbüs derecesinde kalması durumunda da özel kastın varlığı gereklidir.³⁶ Hırsızlık suçunun varlığı için faydalanmak amacı ile hareket edilmesi gerektiğinden, bu suçun teşebbüs aşamasında kalması durumunda da failin, eşyayı bulunduğu yerden faydalanmak amacı ile almaya teşebbüs etmesi gerekmektedir.

ğuşma esnasında sanığın toplam beş darbe vurduğu, mağdurdaki bir adet yaralanmanın hayati tehlikeye neden olduğu, diğer yaraların ise basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek nitelikte olduğu, mağdurun 100-150 metre kaçtıktan sonra düşüp bayıldığı, sanığın mağdurun peşinden koşmayıp olay yerinden kaçtığı olayda, sanık ile mağdur arasında öldürmeyi gerektirir herhangi bir husumetin bulunmaması, suçta kullanılan bıçağın insan öldürme eylemi gerçekleştirilmeye elverişli olduğu halde, sanığın beş darbesinden yalnızca bir tanesinin hayati tehlikeye yol açması, diğer yaraların ise basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek nitelikte olması, sanığın yaralı halde kaçan mağduru yakalayıp eylemine devam etme imkânı varken devam etmemiş bulunması hususları birlikte göz önüne alındığında, sanığın eyleminin kasten yaralama olarak kabulü gerekmektedir.”

³³ Köksal Bayraktar, “Kasten Adam Öldürme”, Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 19, Sayı 2, Yıl 2013, s. 69; Bayraktar bu ölçütlerin yanı sıra, failin kullandığı silahı etkili olarak kullanma olanağına sahip olup olmadığı, fail ve mağdurun buldukları yerler, bunlar arasındaki mesafe ve failin atış mesafesi, failin saiki, failin psikolojik durumu, eylemin işlendiği zaman gibi ölçütlerin öldürme kastının varlığının tespitinde kullanıldığını ifade etmektedir.

³⁴ Metin Feyzioğlu, *Ceza Muhakemesinde Vicdani Kanaat*, Yetkin Yayınevi, Ankara/2002, s. 203, Feyzioğlu’na göre; “bütün araştırmalara rağmen sanığın adam öldürme kastıyla hareket ettiği, gerekçeye dayanan şüphe yenilmek suretiyle ispat edilememişse, sanık, şüpheden yararlandırılacak ve yaralama kastıyla hareket ettiği kabul olunacaktır.”

³⁵ Nur Centel/Hamide Zafer/Özlem Çakmut, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, Beta Yayınevi, 7. Bası, İstanbul/2011, s. 442, Benzer karar için bkz. Yargıtay Ceza Genel Kurulu 13.10.2009 tarih ve 2009/1-141 Esas 2009/229 Karar.

³⁶ Dönmez/Erman, (Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku), s. 417.

Teşebbüs derecesinde kalmış suçta, icra hareketine başlanmış ancak failin elinde olmayan nedenlerle netice gerçekleşmemiştir. Failin, hedeflediği neticeyi gerçekleştirememesi nedeniyle suça teşebbüs ile olası kast bir arada bulunamayacaktır.³⁷ Zira olası kastın varlığı netice ile belirlenecektir.³⁸ Fail, öldürmeyi istediği, mağdura ateş etse ve kurşun mağdurun hemen yanında bulunan, zarar görmesi muhtemel olan kişiye isabet edip yaralasa, mağdur yönünden kasten öldürmeye teşebbüs ve mağdurun yanında bulunan ve yaralanan kişi yönünden ise olası kastla yaralama suçunun işlendiği kabul edilecektir.³⁹ Mağdurun yanında bulunan kişinin ölmesi durumunda ise fail, olası kastla öldürme suçundan sorumlu olacaktır.⁴⁰

³⁷ Olası kast ile teşebbüsün bir arada bulunamayacağına ilişkin görüş için bkz. Artuk/Gökçen/Yenidünya, (Ceza Hukuku Genel Hükümler), s. 560; Centel/Zafer/Çakmut, (Türk Ceza Hukukuna Giriş), s. 442.

³⁸ Dönmezer/Erman, (Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku), s. 417, Farklı görüş için bkz. Öztürk/Erdem, (Ceza Hukuku), s. 323. Sözüer olası kast ile teşebbüsün bir arada bulunabileceğini ifade etmektedir. "Failin bir neticeyi gerçekleştirmek isterken, bu neticeye zorunlu olarak bağlı bulunan neticeler bakımından doğrudan kast söz konusudur. Ancak failin gerçekleştirmek istediği asıl neticeye zorunlu olarak bağlı olmayan, fakat gerçekleşme imkân ya da ihtimali çok yüksek olan ikinci neticelerin kabullenilmesi durumunda olası kast vardır. Kalabalık bir topluluğun içinde bulunan kişiye tabancayla birçok kez ateş eden fail, başka kişilerin ölebileceğini öngörüyor ve öngörmesine rağmen bu neticenin gerçekleşmesine rıza gösterip fiiline devam ediyorsa olası kastla adam öldürmeye teşebbüsten sorumlu tutulabilecektir." Bkz. Sözüer, (Suça Teşebbüs), s. 163.

³⁹ Olası kast ile teşebbüsün bir arada bulunamayacağına ilişkin karar için bkz. Yargıtay 1. Ceza Dairesi 22.04.2008 tarih ve 2007/8238 Esas 2008/3250 Karar: "Sanığın şoför mahallindeki eniştesi katılana öldürmek amacıyla 5-6 el ateş etmesi sonucunda katılanın yanında bulunan mağdurların yaralandığı olayda, sanığın katılanın yanında bulunan mağdurların da isabet alıp yaralanabileceğini ya da ölebileceğini öngörmesine rağmen atışlarına devam ederek mağdurların yaralanmasına neden olduğu, sanığın mağdurlara yönelik eylemlerinin olası kastla yaralama suçunu oluşturduğu anlaşıldığı halde, olası kastla öldürmeye teşebbüsten hüküm kurulması" Benzer karar için bkz. Yargıtay 1. Ceza Dairesi 28.09.2010 tarih ve 2010/4779 Esas 2010/6137 Karar.

⁴⁰ Ersan Şen, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, Cit I, Vedat Kitapçılık, İstanbul/2006, s. 107. Kanaatimizce fail, öldürmek için mağdura ateş etse ve kurşun mağdura ve yanında bulunan kişiye isabet etmese, failin mağdura yönelik fiili yönünden kasten öldürmeye teşebbüs etme suçundan sorumlu olması mümkün ise de, mağdurun yanında bulunan kişi yönünden olası kastla yaralama ya da öldürmeye teşebbüs suçlarından sorumlu olması mümkün değildir. Zira failin mağdurun yanındaki kişiye yönelik doğrudan öldürme ya da yaralama kastı yoktur ve ancak zararlı netice gerçekleşirse failin kastı belirlenebilecek ve fail bu neticeden sorumlu olacaktır.

B. Hareketin Elverişli Olması

Suçta teşebbüsten bahsedebilmek için gerçekleşmesi aranan diğer bir şart elverişli hareketlerle icra hareketine başlanmasıdır. Elverişli hareket, hem suç tanımında yer alan fiili meydana getirmek için elverişli araç kullanmayı hem de failin özelliği, hukuki konunun niteliği ve diğer koşullar dikkate alınarak eylemin bütünü yönünden hareketin suçu gerçekleştirmeye elverişli olmasını ifade etmektedir.⁴¹

Suçta kullanılan araç hedeflenen suçu gerçekleştirmeye elverişli değilse, icra hareketine başlanılmasından ve dolayısıyla teşebbüsün varlığından söz edilemeyecektir. Yalnızca ses çıkartan kurusıkı bir tabanca ile bir başkasının hayati bölgesine ateş edilmesi durumunda kasten öldürmeye teşebbüsten bahsedilemeyecektir. Ancak aracın elverişli olup olmadığı ne şekilde ve hangi koşullar altında, kime karşı ve ne amaçla kullanıldığı ile yakından ilgilidir. Bu nedenle yalnızca aracın elverişli olup olmadığına değil hareketin elverişli olup olmadığına bakılmalıdır. Kurusıkı tabanca ile bir başkasına ateş etmek kasten öldürme suçu yönünden elverişli olmamakla birlikte, kurusıkı tabancanın kabzası ile bir başkasının kafasına vurmak kasten öldürmeye teşebbüs suçu yönünden elverişli bir hareket olarak kabul edilebilir.⁴²

Aracın elverişliliğine ilişkin objektif ve sübjektif görüşler bulunmaktadır. Sübjektif görüşe göre, aracın elverişliliğinden bahsedebilmek için aracın fail tarafından elverişli şekilde kullanılabilmesi başka bir anlatımla failin aracı kullanmada bilgili ve deneyimli olması aranmalıdır. Objektif görüşe göre ise, aracın elverişli olup olmadığından bahsedebilmek için failin aracı kullanma kabiliyetinden bağımsız olarak kullanılan vasıtanın elverişli olup olmadığına bakılmalıdır. Silah kullanmayı bilmeyen ve hayatında hiç atış yapmamış birinin silah ile başka birine ateş etmek istemesine rağmen silahın emniyetinin kapalı olması nedeniyle istediği neticeyi gerçekleştirememesi durumunda sübjektif görüş esas alınırsa aracın elverişsizliğinden bahsedilecektir. Objektif görüşe göre ise böyle bir olayda kasten öldürmeye teşebbüs-

⁴¹ Centel/Zafer/Çakmut, (Türk Ceza Hukukuna Giriş), s. 449.

⁴² Uğur Alacakaptan, İşlenemez Suç, (tarihsiz), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, s. 62, "Elverişlilik somut olay ile birlikte değerlendirilmelidir. Bir amaç, bir netice için elverişlilikten bahsedilebilir. Yalnız aracın değil hareketin tümünün elverişli olup olmadığının incelenmesi gerekmektedir."

ten söz edilecektir. Zira çalışır ve dolu bir silah kasten öldürme suçu yönünden elverişli bir araçtır.⁴³

Aracın elverişsizliği mutlak elverişsizlik ve nisbi elverişsizlik olarak iki farklı gruba ayrılabilir. Zehir olduğu düşünülerek zararsız madde ile kasten öldürmeye teşebbüs etmekte aracın mutlak elverişsizliği vardır ve fail, teşebbüsten cezalandırılmayacaktır. Ancak başkasına verilen zehrin öldürücü miktarda olmaması halinde aracın elverişsizliğinden değil miktarından kaynaklanan yetersizliğinden bahsedilecektir ve bu durumda nisbi elverişsizlik vardır; fail, teşebbüsten sorumlu olacaktır.⁴⁴

Kullanılan araç failin bilgisi olmadan icra hareketine başlanılmadan önce başkası tarafından elverişsiz hale getirilmiş ise teşebbüsün varlığı kabul edilmelidir. Failin, bomba yapımı için patlayıcı madde temin ettiği, üçüncü kişi tarafından patlayıcı maddenin patlayıcı olmayan başka bir madde ile değiştirildiği, patlayıcı madde yerine başka bir maddenin konulduğunu bilmeyen failin hazırladığı düzeneği hasmının arabasına koyduğu olayda kasten öldürmeye teşebbüsün var olduğu kabul edilmelidir. Her ne kadar arabaya konulan düzenek patlayıcı nitelikte olmasa da bu durumun oluşumunda failin bilgisi dışında üçüncü kişinin katkısı olduğundan ve başlangıçta elverişlilik bulunduğundan failin teşebbüsten sorumlu olması gerekir.⁴⁵

Failin cezalandırılabilmesi için elverişli hareket koşuluna suça teşebbüs hükmünde yer verilmesine rağmen işlenemez suçun diğer türü olan hukuki konunun yokluğuna kanunda yer verilmemiştir. Elverişsiz hareketin cezalandırılmadığından yola çıkılarak, hukuki konunun yokluğunda da faile ceza verilemeyeceği söylenebilir.⁴⁶ Ölü birine ateş etmek adam öldürmeye teşebbüs olarak nitelendirilemeyecektir.⁴⁷ Hu-

⁴³ Artuk/Gökçen/Yenidünya, (Ceza Hukuku Genel Hükümler), s. 571.

⁴⁴ Faruk Erem/Ahmet Danişman/Mehmet Emin Artuk, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, On dördüncü Bası, 1997, s. 305.

⁴⁵ Hamdi Öner, "Kalkışmada Kasdi Belirten Hareketler", *Adalet Dergisi*, Yıl 36 Sayı 5, Mayıs/1945, s. 475. Araca patlayıcı olmayan maddenin konulması ile icra hareketi başlamıştır. Fail, patlayıcı olmayan bir madde yerleştirdiğini bilmemektedir. Başlangıçta elverişlilik bulunduğundan ve icra hareketine başlanıldığından failin, kasten öldürmeye teşebbüs suçundan sorumlu olması gerekir.

⁴⁶ Alacakapatan, (İşlenemez Suç), s. 114.

⁴⁷ Öztürk/Erdem, (Ceza Hukuku), s. 347, "Daha önce ölmüş bir kişiye ateş ederek öldürmeye teşebbüs halinde, kişinin ölümü başka bir nedenden ileri geldiğinden

kuki konunun yokluğu başka bir ifade ile imkânsızlığının mutlak ya da nisbi oluşuna göre teşebbüsün olup olmadığı tespit edilecektir. Gerçekte hamile olmayan kadına çocuğunu düşürmesi için ilaç verilmesi durumunda mutlak imkânsızlık vardır ve çocuk düşürmeye teşebbüs suçundan bahsedilemeyecektir. Arabasına konulan bombanın yanlış zamanda patlaması nedeniyle istenilen ölüm neticesinin gerçekleşmediği olayda ise suçun pasif süjesinin arabada bulunmayışı tesadüfidir ve nisbi imkânsızlık vardır. Araca bomba koyan failler kasten öldürmeye teşebbüs suçundan cezalandırılmalıdır.⁴⁸ Gerçekleşen olayda mutlak yokluk ya da nisbi yokluk olup olmadığı somut olayın özellikleri ve toplanan deliller dikkate alınarak hâkim tarafından takdir edilecektir. İşlenemez suçta fail, tehlikeliliğini ortaya koymasına rağmen cezalandırılmadığından mutlak imkânsızlığın olup olmadığı tespit edilirken dar yorum yapılması uygun düşer.

Suçun, failin kastettiği kimseden başkasına karşı işlemiş olması halinde şahısta hata ya da isabette hata durumlarından bahsedilecektir. Kural olarak şahısta hata veya isabette hata halleri ceza sorumluluğuna etki etmez.⁴⁹ Fail, öldürmek istediği kişinin geçeceği yolda bekleyip o kişiye benzeyen başka birine ateş ederek öldürmüş ise, öldürdüğü kişi yönünden kasten öldürme suçundan, öldürmek istediği kişi yönünden ise kasten öldürmeye teşebbüs suçundan sorumlu olacaktır.⁵⁰

failin fiili ile netice arasında nedensellik bağı bulunmadığından yine de fail cezalandırılmayacaktır.”

⁴⁸ Alacakaptan, (İşlenemez Suç), s. 128, Alacakaptan’a göre: “memlekette bulunmadığı bilinen siyaset adamının evine, öldürmek için bomba atan kimse, adam öldürmeye teşebbüs suçundan cezalandırılmayacaktır.” Ancak siyaset adamının memlekette olup olmadığının fail tarafından bilinmesi önemlidir. Zira fail, siyaset adamının evde olduğunu düşünerek saldırısını gerçekleştiriyorsa kasten öldürmeye teşebbüsten cezalandırılmalıdır.

⁴⁹ Erem/Danışman/ Artuk, (Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler), s. 613. Fiil üzerinde hata TCK’nın 30. maddesinde düzenlenmiştir.

⁵⁰ Fail, mağduru öldürmek istediği halde mağdurun yanında bulunan başka birinin ölümüne neden olmuşsa mağdur yönünden kasten öldürmeye teşebbüsten sorumlu olacak, öldürdüğü kişi yönünden ise kusuruna göre sorumlu olacaktır. Aynı doğrultuda karar için bkz. Yargıtay 1. Ceza Dairesi 24.07.2008 tarih ve 2007/7529 Esas 2008/6270 Karar. “olaydan önce tartıştığı mağdurun üzerine doğru sevk ve idaresindeki kamyonu süren sanığın, mağdurun kenara çekilmesi üzerine yanında bulunan maktule çarparak olası kastla öldürmeye neden olduğu olayda, mağdura yönelik eylemi nedeniyle ‘kasten öldürmeye teşebbüs etme suçundan’ zamanaşımı süresi içerisinde kamu davası açılması olanaklı görülmüş-

Türk Ceza Hukuku'nda işlenemez suç cezalandırılmamaktadır.⁵¹ Alman Ceza Kanununun 22. maddesinde düzenlenen teşebbüs hükmünde elverişli hareket kavramına yer verilmemiştir. Bu nedenle işlenemez suça teşebbüs ederek tehlikelilik gösteren fail Alman Hukuku'nda cezalandırılmaktadır.⁵² Ancak mahkeme Alman Ceza Kanunu'nun 23/3 maddesinde öngörülen koşulların gerçekleşmesi durumunda faile ceza vermekten vazgeçebilir ya da cezayı takdiren indirebilecektir.⁵³ İtalyan Ceza Hukuku sisteminde ise işlenemez suç hallerinde ceza verilmesi bile failin tehlikeliliği nedeniyle güvenlik tedbirine hükmedilebilmektedir.⁵⁴

Hukuka aykırı olmadığı halde failin suç olduğunu veya daha ağır bir suç oluşturduğunu düşündüğü bir fiili gerçekleştirmesi durumunda sözde suçun varlığından bahsedilecektir.⁵⁵ Failin, gerçekleştirdiği

-
- tür." Benzer karar için bkz. Yargıtay 1. Ceza Dairesi 19.09.2011 tarih ve 2009/29 Esas 2011/5250 Karar.
- 51 İşlenemez suçun kanunda cezalandırılmamasına ilişkin açık bir hüküm bulunmasa da, işlenemez suç hallerinde failin fiilinin tipik olmaması nedeniyle ceza verilmesinin zaten mümkün olmadığı ifade edilmiştir. Bkz. Pervin Aksoy İpekçi-oğlu, "Karşılaştırmalı Bir İnceleme: Türk Ceza Hukuku İle Kıbrıs Ceza Hukuku Açısından İşlenemez Suç'un Değerlendirilmesi", *AÜHFD*, Cilt 61, Sayı 3, 2012, s. 874. İşlenemez suçun teşebbüsün olumsuz şekli olduğu ve teşebbüs nedeniyle ceza verilebilmesi için en azından elverişli hareketle icraya başlanması gerektiğinden işlenemez suçun cezalandırılmadığına ilişkin görüş için bkz. İpekçi-oğlu, (Karşılaştırmalı Bir İnceleme: Türk Ceza Hukuku İle Kıbrıs Ceza Hukuku Açısından İşlenemez Suç'un Değerlendirilmesi), s. 872.
- 52 Hans Heinrich Jescheck, *Alman Ceza Hukukuna Giriş*, Çev: Feridun Yenisey, Beta Yayınevi, İstanbul/2007, s. 42.
- 53 Yenisey/Plagemann, (Alman Ceza Kanunu), s. 20. Alman Ceza Kanunu'nun (StGB) 23/3 maddesine göre, "Fail, ağır bir bilgi ve anlama hatası yapması nedeniyle suçun konusunu teşkil eden şeyin ve fiili işlemekte kullanılan vasıtaların cinsinden dolayı, suçu işlemeye teşebbüs ederken yaptığı hareketlerin suçun tamamlanmasına yol açmayacağını idrak etmemişse, mahkeme ceza vermekten vazgeçilebilir veya cezayı takdiren indirebilir." Çocuk düşürtmek için papatya çayı kullanan kişinin bu hüküm uyarınca cezalandırılmayacağı ifade edilmiştir. Bkz. Jescheck, (Alman Ceza Hukukuna Giriş), s. 43.
- 54 Gian Domenico Pisapia, *İtalyan Ceza Hukuku Müesseseleri Genel Kısım*, Çev: Atif Akgüç, Padova/1965, s. 120; İtalyan Ceza Kanunu'nun 49 maddesinin 1. fıkrasında sözde suç, 2. fıkrasında ise işlenemez suç konusu düzenlenmiştir. Suç oluşturmayan bir fiili suç teşkil ettiği kanaatiyle işleyen kişi cezalandırılmaz. (Sözde Suç İCK m. 49/1). Hareketin elverişsizliği veya maddi konunun yokluğu nedeniyle neticenin gerçekleşmesi mümkün değilse işlenemez suçtan bahsedilecektir ve faile ceza verilmeyecektir. (İCK m. 49/2) bkz. Alacakaptan, (İşlenemez Suç), s. 2.
- 55 Devrim Güngör, *Ceza Hukukunda Fiil Üzerinde Hata*, Yetkin Yayınları, Ankara/2007, s. 126.

fiil hukuka aykırı olmadığından faildeki suç işleme iradesi esas alınarak kastettiği suça teşebbüsten cezalandırılmayacaktır. İşe yaramadığı ve başkasının alması için evin bahçesine konulan eşyanın bir başkası tarafından alındığı olayda, eşyayı bahçeden alan kişi hırsızlık kastı ile hareket ederek eşyayı bulunduğu yerden almış ise de, eşyanın sahibinin rızası bulunması nedeniyle fiil objektif açıdan hukuka uygundur;⁵⁶ hırsızlık suçu oluşmamıştır ve fail hırsızlık suçuna teşebbüsten de cezalandırılmayacaktır.

C. İcra Hareketine Başlanılması

Herhangi bir fiile dönüşmeyen suç işleme fikri ve kararı esas itibariyle cezalandırılmamaktadır. Zira fail, herhangi bir fiile dönüşmeyen suç işleme fikir ve kararından her an dönebilir. Suç işleme fikir ve kararının cezalandırılması kişi hak ve hürriyetlerinin ihlal edilmesi yolunu açabilir.⁵⁷

Teşebbüsün varlığı için icra hareketine başlanması gerekmektedir. Bu nedenle icra hareketinden önce yapılan hazırlık hareketleri hakkında ayrıca suç olarak düzenlenmemişse cezalandırılmamaktadır⁵⁸. Suç işleme kararının icrası içerisinde yer alan hazırlık hareketlerinin cezalandırılmasının nedenleri vardır. Her ne kadar icra hareketine geçiş için suç aracını temin etme gibi bir takım hazırlık hareketleri yapılmış ise de icra hareketine geçiş yönünden şüphe ve belirsizlik devam etmektedir.⁵⁹ Bu gibi hareketler failin suç işleme iradesini kesin bir şekilde açığa vurmaz.⁶⁰ Hazırlık hareketi evresinde failin suç işleme düşüncesinden vazgeçmesi yüksek bir olasılıktır. Hazırlık hareketlerinin cezalandırılması, şüpheli tüm hareketlerin cezalandırılmasına ve bu nedenle de kişi özgürlüklerinin aşırı derecede kısıtlanmasına yol

⁵⁶ Güngör, (Ceza Hukukunda Fiil Üzerinde Hata), s. 127.

⁵⁷ Georges Vidal/Josephe Magnol, Ceza Hukuku, Çev: Şinasi Devrin, Adalet Bakanlığı Yayınları, 1946, s. 110

⁵⁸ İçel, (Ceza Hukuku Genel Hükümler), 2016, s. 502.

⁵⁹ Ayhan Önder, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Cilt II-III, İstanbul/1992, Beta Yayınevi, s. 400, Önder'e göre: "hazırlık hareketleri suçun tamamlanmasına uzak hareketler oldukları için toplumdaki hukuka güven duygusunu ciddi bir şekilde sarsmazlar. Hazırlık hareketlerinde failin suç kastını açık seçik olarak belirlemek ve hangi suça yönelik hareketler olduğunu tespit etmek mümkün olmadığından, cezasız kalması kabul edilir."

⁶⁰ Dönmezer/Erman, (Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku), 1997, s. 421.

açacaktır.⁶¹ Hazırlık hareketinin cezalandırılması kabul edildiğinde, bu nitelikteki hareketlerin cezalandırıldığını bilen fail icra hareketine geçmeye zorlanmış olacaktır.⁶²

Teşebbüsün varlığının tespiti için hazırlık hareketinin ne zaman bittiği icra hareketinin de ne zaman başladığının belirlenmesi gerekmektedir.⁶³

İcra hareketleri ile hazırlık hareketleri ayırımında kullanılan teorileri objektif teoriler ile sübjektif teoriler⁶⁴ olmak üzere iki gruba ayırabiliriz.⁶⁵ Objektif teorilerde, icra hareketine başlanıp başlanılmadığı tespit edilirken failin hareketi ve bu hareketin neticeye uzaklığı dikkate alınmaktadır.⁶⁶ Objektif teoriler içerisinde yer alan şüpheye mahal vermeme, tek anlama gelirlilik teorisine göre, failin hareketlerinin belli bir suça yönelmiş olduğunda şüphe yok ise, o hareketler icra hareketleridir. Failin hareketinin suça yönelmesi noktasında tereddüt varsa bu hareket hazırlık hareketidir.⁶⁷ İtalyan Ceza Kanununda düzenlenen teşebbüs hükmünde “*bir suç işleneceğine açık ve hiçbir tereddüt ve şüpheye mahal bırakmayacak*” ifadesine yer verilmesinin nedeni olarak Carrara’nın öne sürmüş olduğu bu teori gösterilmiştir.⁶⁸ Ancak

⁶¹ Soyaslan, (Teşebbüs Suçu), 1994, s. 61.

⁶² Turhan Tufan Yüce, “Türk Hukuku İle Mukayeseli Olarak İsviçre Ceza Hukukunda Teşebbüs”, *Adalet Dergisi*, Yıl 48, Mayıs 1957, Sayı 5, s. 475.

⁶³ Kayıhan İçel, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Beta Yayınevi, 2016, s. 501.

⁶⁴ Sulhi Dönmezer, “Teşebbüste Hazırlık ve İcra Hareketleri Tefriki”, *İÜHFİM*, Cilt 8, Sayı 3-4, 1942, s. 440, Objektif teori, icra hareketlerinin tespitinde failin iç durumunu, kastını ve iradesini dikkate almaksızın sırf icra ettiği hareketin niteliğini esas almaktadır. Dönmezer s.440; Sübjektif teoride ise gerçekleştirilen hareketler failde kesin surette oluşmuş belli bir suç işleme iradesini, kastını işaret ettiği andan itibaren failin icraya başlamış olduğu kabul edilmektedir. Dönmezer s. 445; Objektif ve sübjektif teoriler içerisinde yer alan görüşlerin birçoğunun eklektik nitelikte olduğu söylenebilir. Objektif teorinin getirdiği olumsuzluklara karşılık sübjektif teori alanına geçilmiş, sübjektif teorinin mahzurlarını gidermek için objektif teori alanına geçilmiş ve karma teoriler ortaya çıkmıştır.

⁶⁵ İcra hareketleri ile hazırlık hareketlerinin ayırımında kullanılan teoriler için bkz. Soyaslan, (Teşebbüs Suçu), s. 65-85, Söztür, (Suça Teşebbüs), s. 194-220, İpekçioğlu, (Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs), s. 53-70, Turhan Tufan Yüce, (Teşebbüste Hazırlık ve İcra Hareketlerinin Ayrılması Problemi ve Uygun İlet Teorisinin bu Probleme Tatbiki Denemesi), s. 15-27

⁶⁶ Mehmet Emin Artuk, Suçun Özel Görünüş Şekilleri, Ceza Hukuku El Kitabı, Beta Yayınevi, İstanbul/1989, s. 247.

⁶⁷ Soyaslan, (Teşebbüs Suçu), s. 66. Bu teori İtalyan hukukçu Carrara tarafından ileri sürülmüştür.

⁶⁸ Dönmezer (Teşebbüste Hazırlık ve İcra Hareketleri Tefriki), s. 454, Dönmezer/

bu teori, bir suça yöneldiğinde şüphe olmayan bir hazırlık hareketinin icra hareketi olarak kabul edilmesini, icra hareketi niteliğinde olan bir davranışın da şüpheli olması nedeniyle hazırlık hareketi olarak kabul edilmesine yol açacağı gerekçesiyle eleştirilmiştir.⁶⁹ Masum bir insana iftira atmak için yazılan mektup henüz postalanmadan failin evinde ele geçirilse, hazırlık hareketi niteliğinde kabul edilmelidir. Ancak şüpheye mahal vermeme ölçütü esas alınır, failin hareketinin bir suça yöneldiğinde herhangi bir şüphe olmadığından failin bu fiilinin cezalandırılması gerekecektir.⁷⁰ Aynı İtalyan yazar teorisine getirilen eleştiriler nedeniyle bu konuda başka bir görüş ileri sürmüştür. Failin, faaliyet alanında kalan hareketlerin hazırlık hareketleri; buna karşılık, mağdurun faaliyet alanına giren hareketlerin de icra hareketi olduğunu ifade etmiştir. Bir kimseyi öldürmek için bomba yollanması ve bombanın mağdura ulaşmadan ele geçirilmesi durumunda bu teori esas alınır, failin cezalandırılmasının mümkün olamayacağı ifade edilerek bu görüşte eleştirilmiştir.⁷¹

Sübjektif teorilerde, icra hareketine başlanılmasının tespitinde failin suç işleme iradesi esas alınmaktadır. Failin, yapmış olduğu herhangi bir hareket suç işleme kastını ortaya koyuyorsa icra hareketine başlanmış olduğu kabul edilmektedir.⁷² İcra hareketi alanını oldukça genişlettiği ifade edilerek bu teoriler de eleştirilmiştir.⁷³

İcra hareketleri ile hazırlık hareketleri ayrımı konusunda çeşitli görüşler ileri sürülmüş ise de, bu konuda kesin bir neticeye varılamamıştır. İcra hareketi ile hazırlık hareketlerinin ayrımı için her iki grup teoriden faydalanarak bir ölçüt yaratmak uygulamada yol gösterici olabilir.⁷⁴ Fail tarafından yapılan hareketin kanunun tarifinde yer alan

Erman, (Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku), s. 428, İcra hareketi ile hazırlık hareketini ayırmak için kullanılan bu teori öğretide "iltibasa mahal vermeme" olarak adlandırılmıştır.

⁶⁹ Soyaslan, (Teşebbüs Suçu), s. 67.

⁷⁰ Soyaslan, (Teşebbüs Suçu), s. 67.

⁷¹ Toroslu (Ceza Hukuku Genel Kısım), s. 281, Soyaslan (Teşebbüs Suçu), s. 71.

⁷² İpekçioğlu, (Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs), s. 65.

⁷³ Dönmezer/Erman, (Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku), s. 436 Dönmezer/Erman'a göre; "bir kimseyi öldürmek amacıyla o kimsenin bulunduğu yere bilet alan kişinin hareketi hazırlık hareketi niteliğindedir. Sübjektif teori esas alındığında icra hareketi niteliğinde olan bu hareket, neticeyi gerçekleştirmeye uzak olması ve failin vazgeçme ihtimalinin bulunması nedeniyle hazırlık hareketidir."

⁷⁴ Sulhi Dönmezer, Genel Ceza Hukuku Dersleri, İstanbul/2003, s. 123, Dönmezer

hareketlerden birine girmesi durumunda icra hareketlerine başladığı kabul edilmelidir.⁷⁵ Ancak, failin gerçekleştirdiği fiil, kanunun tarifi dışında kalıyorsa, deliller doğrultusunda mahkeme, suç işleme iradesinin ortaya çıkıp çıkmadığını ve korunan hukuki menfaatin tehlikeye konulup konulmadığı tespit ettikten sonra yapılan hareketin hazırlık hareketi mi yoksa icra hareketi mi olduğuna karar verecektir.⁷⁶ Ancak bu değerlendirme yapılırken failin hareketi ile suçun neticesi arasında vazgeçme ihtimallerini bertaraf edecek kadar bir yakınlığın bulunması gerekmektedir.⁷⁷ Netice olarak hazırlık hareketinden icra hareketine

icra hareketi, hazırlık hareketi ayırımında karma görüşten yanadır: "Failin yapmış olduğu hareket suçun bir unsurunu ya da ağırlaştırıcı nedenini oluşturuyorsa icra hareketi başlamıştır. Hareket kanunda belirtilen tanıma uymuyorsa sübjektif ölçüte göre belirleme yapılmalıdır. Sübjektif ölçüt uygulanırken failin fiilinden yola çıkılıp fiile yabancı unsurlardan da yararlanarak kast belirlenecektir. Failin suç işleme kastı şüpheye yer bırakmayacak şekilde tespit edilince failin hareketi neticeye yakın olduğu ve bu nedenle failin suçtan vazgeçme ihtimalinin olmadığı anlaşıldığında icra hareketine başlanıldığı kabul edilecektir." Bkz. Dönmezer, (Genel Ceza Hukuku Dersleri), 2003, s. 124.

⁷⁵ Dönmezer/Erman,(Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku), s. 434, Objektif teoriler içerisinde yer alan ve kanuni tarifi ihlal kriteri olarak adlandırılan bu teori, serbest hareketli suçlar icra hareketinin tespitinde yetersiz kaldığı ve hazırlık hareketinin alanını genişletmesi nedeniyle eleştirilmiştir. Bkz. Soyaslan (Teşebbüs Suçu), s. 73; Bu teoriyi esas alan karar için bkz. Yargıtay 14. Ceza Dairesi 05.02.2014 tarih ve 2012/2733 Esas 2014/1160 Karar, "Olay gecesi araçla mağdureyi kaçırmak için mağdurenin evine geldiği, dışarıdan seslenmesi üzerine balkona çıkan mağdureye kendisini götürmeye geldiğini söyleyip dışarı çıkmasını isteyen sanığın olumsuz cevap verilmesi üzerine kapıyı açmak için zorladığı sırada gürültüye gelen çevredeki kişiler nedeniyle havaya ateş edip olay yerinden ayrıldığı olayda, sanığın evin önüne gelerek kapıyı zorlaması şeklinde gerçekleşen eylemin üzerine atılı kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun icra hareketini oluşturmadığı, sanığın hareketlerinin TCK'nın 109/2. maddesinde sayılan 'fiili işlemek için veya işlediği sırada cebir, tehdit veya hile' kullanımını kapsamına girmedigi, bu nedenle mesnet suçu işlemeye elverişli icrai hareket olarak kabul edilemeyeceği"

⁷⁶ Toroslu, (Ceza Hukuku Genel Kısım), s. 284.

⁷⁷ Dönmezer/Erman, (Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku), s. 437. Bu görüş Frank formülü olarak adlandırılan teori ile benzerlik göstermektedir bzk. Önder s. 406, Önder maddi objektif teoriyi benimsemektedir. Önder'e göre; "Suç tipinde belirtilmiş olan hareketlerden birisinin yapılmış olması halinde icra başlamıştır. Failin hareketi suç tipine girmiyorsa öncelikle failin hangi suçu işlemeyi kastettiği tespit edilecektir. Failin işlemeyi kastettiği suçun hareketlerine zorunlu olarak bağlı bulunan ve hareketlerin doğal olarak bir kısmını oluşturan, bununla bütünleşen hareketlerin yapılması halinde icraya başlanılmış olduğu kabul edilmelidir. Bu hareketler neticeye yakın hareketler olduğundan icra hareketlerine başlanılmıştır." Turhan Tufan Yüce, "Teşebbüste Hazırlık ve İcra Hareketlerinin Ayrılması Problemi ve Uygun İlet Teorisinin bu Probleme Tatbiki Denemesi", Erzurum/1968, s. 48 Yüce icra hareketi ile hazırlık hareketi ayırımı için Alman Yüksek Mahkemesi'nin kararını aktarmıştır. "Alman Yargıtay'ının kararına konu

geçişin tespiti somut olayın özelliklerine göre hakim tarafından yapılacaktır.⁷⁸

Sanık ile mağdurenin nişanlı olduğu, anlaşmazlık nedeniyle ayrıldıkları, daha sonra sanığın mağdureye barışmak için haber gönderdiği, mağdurenin ise barışma teklifini kabul etmediği, bunun üzerine sanığın beraberindeki arkadaşları ile mağdurenin evine geldiği, bu sırada mağdurenin traktör römorkunda yattığı ancak bundan sanıkların haberinin olmadığı, sanıkların mağdurenin evde olduğunu düşünerek evin kapısını zorladıkları, kapının hemen yanındaki camı, kapı kilidini açmak için kırdıkları, çıkan sesler üzerinden mağdurenin ailesinin olaya müdahale ettiği ve sanıkların uzaklaştırıldıkları olayda, yüksek mahkeme sanıkların bu davranışlarını hazırlık hareketi olarak değerlendirmiştir⁷⁹. Yargıtay vermiş olduğu bu kararında, sanıkların davranışlarının hazırlık hareketi mi yoksa icra hareketi mi olduğunun tespitinde objektif teoriyi esas aldığını söyleyebiliriz.

1. Hazırlık Hareketi Niteliğindeki Fiillerin Suç Olarak Düzenlenmesi

Kural olarak hazırlık hareketleri cezalandırılmamaktadır. Ancak kanun koyucu ceza siyaseti gereği, bazı hareketlerin tipik özellik göstermesi, failin fiili ile tehlikeli halini ortaya koyması, bazı suçlarda kullanılan aracın göstermiş olduğu tehlike ve toplum üzerinde yarattığı huzursuzluk gibi nedenlerle hazırlık hareketi niteliğindeki fiilleri cezalandırmıştır. Korunan hukuki konunun önemi dolayısıyla bir zarara uğramadan, saldırının engellenmesi düşüncesiyle, başka suç tiplerinin hazırlık hareketi niteliğinde olan suçlara kanunda yer vermiştir.⁸⁰

olan askerden kaçma olayında genel hayat tecrübesine ve olayların mutad akışına göre kıtasından ayrılarak limana gelen oradan da Amerika'ya hareket etmek üzere limanda bulunan vapura binmek için yüklü miktarda para ödeyerek bilet alan askerin davranışı firar edeceğine gösterir." Fakat bu asker limana gitmek için tren bileti alırken yakalansaydı hareket ile netice arasında belli bir mesafe olduğundan firara teşebbüs olarak nitelendirilemeyecekti.

⁷⁸ Soyaslan, (Teşebbüs Suçu), s. 83.

⁷⁹ Yargıtay 14. Ceza Dairesi 05.03.2015 tarih ve 2012/14973 Esas, 2015/2476 Karar. Yüksek mahkeme yerleşik içtihatlarında kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçuna teşebbüsün oluşabilmesi için en azından cebir, tehdit, hile şeklindeki davranışların gerçekleşmesini aramaktadır. Yargıtay'ın buna benzer bir kararının eleştirisi için bkz. Önder, (Ceza Hukuku Genel Hükümler), s. 407.

⁸⁰ Önder, (Ceza Hukuku Genel Hükümler), s. 401; Centel/Zafer/Çakmut, (Türk

Kanunda, failin ilerde işleyeceği suç oluşturan fiilin öncesinde, suçu gerçekleştirme ihtimalini gösteren hazırlık hareketi niteliğindeki fiillerinin cezalandırıldığı suç türlerine yer verilmiştir.⁸¹ Uyuşturucu madde kullanmak hukuk düzenince suç olarak kabul edilmiştir.⁸² Uyuşturucu madde kullanmak için bu gibi maddeleri satın almak, kabul etmek, bulundurmak gibi hazırlık hareketi niteliğindeki fiiller kanunda ayrı bir suç olarak düzenlenmiştir. (TCK m. 191) Başka tür hazırlık hareketi niteliğindeki suç tiplerinde ise, fail dışında bir başkasının ileride işleyeceği suç için fail tarafından gerçekleştirilen hazırlık hareketi niteliğindeki fiiller cezalandırılmıştır. Çocuğu fuhuşa teşvik etme, bunun yolunu kolaylaştırma, bu maksatla tedarik etme veya barındırma gibi hazırlık hareketi niteliğindeki fiiller ayrı bir suç olarak düzenlenip cezalandırılmıştır (TCK m. 227). Hem failin hem de başka kişilerin işleyecekleri suç öncesi yapmış oldukları hazırlık hareketlerinin cezalandırıldığı suç türleri vardır. Suç işlemek amacıyla örgüt kurma hazırlık hareketi niteliğindedir ve bu suç türü içerisinde değerlendirilebilir (TCK m. 220).⁸³

Ayrı bir suç olarak düzenlenen ve başka bir suçun hazırlık hareketi niteliğinde olan bu suç türleri yönünden de teşebbüs mümkündür.⁸⁴

Alman Ceza Kanunu'na göre, kanunda ayrıca suç olarak düzenlenmemişse, hazırlık hareketleri cezalandırılmamaktadır.⁸⁵ İtalyan Ceza Kanunu'nda ise hazırlık hareketi ile icra hareketi şeklinde bir

Ceza Hukukuna Giriş), s. 444; Önder burada ifade edilenlere ilave olarak "bazı hazırlık hareketlerinde failin kastının tespit edilmesinde herhangi bir zorlukla karşılaşılması nedeniyle hazırlık hareketi niteliğindeki fiillerin kanunda ayrı bir suç olarak düzenlendiğini" ifade etmektedir.

⁸¹ Önder (Ceza Hukuku Genel Hükümler), s. 401.

⁸² TCK'nın 191. maddesinde yapılan değişiklikten önce uyuşturucu madde kullanmak suç olarak düzenlenmemişti. Uyuşturucu madde kullanmadan önce bulundurmak gerektiğinden (TCK m. 191) failer bu şekilde cezalandırılmaktaydılar.

⁸³ Önder, (Ceza Hukuku Genel Hükümler), s. 401

⁸⁴ Sözüer, (Suça Teşebbüs), 1994, s. 185, Sözüer'e göre, "hazırlık hareketi niteliğindeki bu suç türleri bağımsız suç tipi biçiminde düzenlenmiştir ve bu nedenle bu suçlar yönünden 'teşebbüste hazırlık hareketleri cezalandırılmaz' ilkesine bir istisna getirilmemiştir."

⁸⁵ Jescheck, (Alman Ceza Hukukuna Giriş), s. 42. Alman Ceza Kanunu'nun 22. maddesine göre, "her kim, fiile ilişkin kendi tasavvuruna göre, suçun kanuni tipini gerçekleştirmeye doğrudan doğruya başlarsa, suç işlemeye teşebbüs etmiş sayılır." Bu hükme göre teşebbüsten söz edebilmek için, failin doğrudan doğruya hareketine başlamış olması gerekmektedir. Bunun öncesinde yapılan hazırlık hareketleri cezalandırılmamaktadır.

ayırma yer verilmemiştir. Ancak kanunda, bir suçun işleneceğini açık ve hiçbir tereddüt ve şüpheye yer bırakmayacak hareket ifadesine yer verilerek hazırlık hareketi niteliğindeki hareketlerin cezalandırılmasının önüne geçildiği ifade edilmiştir.⁸⁶ Ancak failin, suç işleme eğilimini ve tehlikeli oluşunu gösterdiği hazırlık hareketi niteliğindeki fiil nedeniyle fail hakkında güvenlik tedbirine hükmedilebileceği ifade edilmiştir.⁸⁷

D. İcra Hareketinin Tamamlanamaması ya da Neticenin Gerçekleşmemiş Olması

Teşebbüs derecesinde kalmış suçtan bahsedebilmek için failin, icra hareketine başlamış olmasına rağmen elinde olmayan nedenlerle bu hareketini tamamlayamaması ya da icra hareketini tamamlamış olsa bile istediği neticenin gerçekleşmemiş olması gerekmektedir.⁸⁸

İcra hareketinin tamamlanamaması ya da neticenin gerçekleşmemesi failin iradesinin dışında kalan nedenlerden kaynaklanması gerekmektedir. İcra hareketinin tamamlanamaması veya neticenin gerçekleşmemesi, failin iradesinden ileri geliyorsa gönüllü vazgeçmeden söz edilecek ve fail teşebbüs ettiği suçtan cezalandırılmayacaktır.

Failin iradesi dışında gerçekleşen ve icra hareketinin tamamlanmasına veya neticenin gerçekleşmesine engel olan neden maddi ve manevi olabileceği gibi neticenin gerçekleşmemesi; üçüncü kişinin failin araya girmesinden ya da doğa olaylarından kaynaklanabilir.⁸⁹

Failin hareketine engel olup ve kastettiği neticeye ulaşmasını imkânsız kılan, gerek failin şahsı gerekse kullandığı araç üzerinde etki eden nedenler maddi nedenlerdir.⁹⁰ Fiilin icrasını engel olup neticenin gerçekleşmesini imkânsız kılan bu maddi nedenlerin varlığı halinde gönüllü vazgeçmeden bahsedilemeyecek ve fail teşebbüsten cezalandırılacaktır. Cinsel saldırı suçunu işlemek isteyen failin, ya-

⁸⁶ Gian Domenico Pisapia, İtalyan Ceza Hukuku Müesseseleri Genel Kısım, Çev: Atif Akgüç, Padova/1965, s. 119.

⁸⁷ Pisipia, (İtalyan Ceza Hukuku Müesseseleri Genel Kısım), s. 120.

⁸⁸ Pisipia, (İtalyan Ceza Hukuku Müesseseleri Genel Kısım), s. 124.

⁸⁹ Dönmezer/Erman, (Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku), s. 438.

⁹⁰ Carlo Erra, "Teşebbüste İhtiyariyle Vazgeçme", Çev: Sahir Erman, *İÜHFİM*, Cilt X, Sayı 3-4, İstanbul/1945, s. 706. Dönmezer/Erman, (Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku), 1997, s. 438.

tağa attıktan sonra mağdurun bağırması ve karşı koyması nedeniyle hareketini tamamlayamaması; bir kapıyı açmak amacıyla kullanılan anahtarın kilit içinde kırılması nedeniyle failin fiilini tamamlamaktan vazgeçmesi; bir yeri soyarken yaralanan failin fiilini tamamlayamaması hallerinde failin fiilini maddi nedenler engellemiştir ve bu gibi hallerde gönüllü vazgeçmeden söz edilemeyeceğinden fail kastettiği suça teşebbüsten cezalandırılacaktır.⁹¹

Failin, kastettiği suçu gerçekleştirmesine engel olan maddi neden yalnızca suçu gerçekleştirmeyi imkânsız kılmaz zorlaştırabilir de. Failin, bunun gibi maddi bir engel ile karşılaşması ve fiilini sonuna kadar götürebilecekken vazgeçmesi durumunda da teşebbüsün varlığı kabul edilmelidir. Zira failin karşılaştığı maddi engel fiilini sonuna kadar götürmesini mutlak olarak imkânsız kılmasa da, iradesini etkileyerek suçun tamamlanmasını engelleyen manevi bir nedene dönüşmüştür.⁹²

Failin iradesine etki ederek, kastettiği suçu yarıda bırakmasına yol açan nedenler, manevi nedenlerdir. Failin, mağduru öldüreceği anda, çevreden kişilerin yaklaştığını duyması ve yakalanmak korkusuyla icra hareketini tamamlamaktan vazgeçmesi durumunda gönüllü vazgeçmeden bahsedilemeyecek ve fail kasten öldürmeye teşebbüsten sorumlu olacaktır.⁹³

⁹¹ Erra, (Teşebbüste İhtiyariyle Vazgeçme), s. 707.

⁹² Maddi nedenin failin fiilini imkânsız kılması gerektiğine işaret eden karar için bkz. Yargıtay 14. Ceza Dairesi 05.03.2012 tarih ve 2011/1625 Esas 2012/2596 Karar: "Mağdurenin vücuduna organ veya sair cisim sokmayı engelleyen mağdurenin aşılabilir mukavemeti dışında harici bir engel bulunmadığından sanıkların suçun icra hareketlerinden gönüllü vazgeçtiğinin kabul edilmesi gerektiği, bu durumda sabit ve tamam olan eylemlerinin TCK'nun 36 maddesi karşısında 5237 sayılı TCK'nun 103/1. maddesine uyan çocuğun basit cinsel istismarı suçunu oluşturacağı gözetilmeden, çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçuna teşebbüsten cezalandırılmasına karar verilmesi". Failin fiilini gerçekleştirirken mağdur mukavemet etmiş ve bunun neticesinde fail icra hareketini tamamlamaktan vazgeçmiş ise yine teşebbüsün varlığı kabul edilmelidir. Mağdurun aşılabilir mukavemetine karşılık fail kastettiği suçu tamamlamaktan vazgeçmişse manevi engel vardır ve bu durum ancak temel ceza ya da takdiri indirim nedeni belirlenirken dikkate alınmalıdır.

⁹³ Erra, (Teşebbüste İhtiyariyle Vazgeçme), s. 707, Benzer karar için bkz. Yargıtay 14. Ceza Dairesi 26.09.2012 tarih ve 2012/5958 Esas 2012/9003 Karar: "Sanığın mağdureyi diğer sanık ile birlikte götürdüğü kırsal kesimde, otomobilden indirip biraz ilerdeki bir yerde, kendisiyle ilişkiye girme isteğini beyan ederek, yere zorla yatırdığı, mağdurenin bağırıp direnmesine rağmen üzerini çıkarmaya çalıştığı sırada civardan iş makinesinin sesinin duyulması üzerine sanığın yakalanacağı endişesine kapılarak eylemine son verdiği olayda sanığın çocuğun nitelikli cinsel

Failin icra hareketini tamamlamasına rağmen, düşündüğünden daha azını elde etmesi durumunda suç tamamlanmıştır ve teşebbüs hükümleri uygulanmaz.⁹⁴

Failin kastettiği netice, gerçekleştirmiş olduğu fiil dışında başka bir nedenden dolayı meydana gelmiş ise, failin suçun tamamlanmış halinden değil teşebbüs aşamasında kalmış halinden sorumlu olması gerekir. Failin, mağdura öldürmek amacıyla ateş ettiği, mağduru karın bölgesinden yaraladığı, mağdurun hastanede ameliyat edilerek kurtarılıp taburcu edildiği, ancak ameliyat sırasında verilen yedi ünite kandan bir tanesinde bulunan hepatit virüsünün mağdura bulaştığı, mağdurun bulaşan hepatit virüsü nedeniyle hayatını kaybettiği olayda, yüksek mahkeme sanığın eylemi ile ölüm neticesi arasında nedensellik bağının kesilmediğine, sanığın kasten adam öldürme suçundan sorumlu olması gerektiğine hükmetmiştir.⁹⁵

III. Gönüllü Vazgeçme

TCK'nın 36. maddesinde gönüllü vazgeçme kurumu düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, fail, suçun icra hareketlerinden gönüllü vazgeçer veya kendi çabalarıyla suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini önlerse teşebbüsten dolayı cezalandırılmayacaktır. Ancak, ta-

istismarı suçunun icra hareketlerine başladıktan sonra elinde olmayan nedenle eylemine son vermesi karşısında olayda çocuğun nitelikli cinsel istismarına teşebbüs suçunun oluşmuş bulunması"; Benzer karar için bkz. Yargıtay 5. Ceza Dairesi 24.05.2011 tarih ve 2011/3833 Esas 2011/4242 Karar: "tanığın kapı zilini çalmasından kaynaklanan yakalanma korkusuna bağlı olarak harici bir nedenle sonlandırdığı"

⁹⁴ Hamide Zafer, (Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m 1-75), s. 373, Benzer karar için bkz. Yargıtay 6. Ceza Dairesi 21.04.2014 tarih ve 2014/5207 Esas 2014/7722 Karar: "sanığın, aracıyla bir park yerinde duran mağdurun yanına gelerek, önce bir Türk Lirası ardından üç Türk Lirası isteyip yakınının rızasıyla aldığı, ancak verilen bu paraları az bulan sanığın, mağdurun üzerini arayacağını söylediği, mağdurun bu duruma karşı çıkıp aracından indiği sırada sanığın bıçakla saldırıp mağduru bacağından yaralayarak kovalamaya başladığı, bir süre sonra kovalamayı bırakan sanığın, mağdura ait aracın içinde bırakılan kontak anahtarını alıp aracı da kilitleyerek olay yerinden ayrıldığı olayda, yağma suçunun tamamlandığı düşünülmeyen teşebbüs aşamasında kaldığının kabulü ile uygulama yapılması"

⁹⁵ Yargıtay Ceza Genel Kurulu 02.06.2009 tarih ve 2008/1-186 Esas 2009/147 Karar. Bu olayda failin gerçekleştirmiş olduğu fiil ile meydana gelen netice arasında nedensellik bağının bulunup bulunmadığı ayrı bir tartışma konusudur. Zira ölüm neticesi mağdura verilen kandaki hepatit virüsünden kaynaklanmış ise nedensellik bağının kesildiği kabul edilmelidir.

mam olan kısım esasen bir suç oluşturduğu takdirde, sadece o suça ait ceza ile cezalandırılacaktır. Teşebbüsten bahsedebilmek için gönüllü vazgeçmeye ait unsurların bulunmaması gerekmektedir. Kanunda gönüllü vazgeçme ile suç tamamlanmadan önceki etkin pişmanlık halleri gönüllü vazgeçme başlığı altında düzenlenmiştir. Fail, kast ettiği suçun icrasına başlayıp kendi isteğiyle icra hareketine devam etmeyi sonlandırmış ise gönüllü vazgeçme hükmünden faydalanır.⁹⁶ İcra hareketi tamamlandıktan sonra neticenin gerçekleşmesi önlenmiş ise suç tamamlanmadan önceki etkin pişmanlıktan (faal nedamet) söz edilecektir.⁹⁷ Bir adamı öldürmek için tabancası ile nişan alan ve ateş etmeden önce gönüllü vazgeçen kişi, kasten öldürmeye teşebbüsten değil, silahla tehditten; elindeki bıçakla başkasının malını almak isterken yaptığı hareketten pişmanlık hissedip fiilini sonlandıran kimse yağmaya teşebbüsten değil, silahla tehditten; hırsızlık amacıyla başkasının evinin camını kırarak girip ve gönüllü vazgeçerek evden eşya almadan çıkan kimse, hırsızlığa teşebbüsten değil, mala zarar verme ve konut dokunulmazlığının ihlali suçlarından sorumlu olacaktır.⁹⁸ Fail, bir başkasına öldürmek amacıyla ateş edip yaralamış ve sonra pişmanlık hissedip mağduru hastaneye götürüp ölüm neticesini engellemişse kasten öldürmeye teşebbüsten değil, kasten yaralamadan sorumlu olacaktır.⁹⁹

⁹⁶ Vidal/Magnol, (Ceza Hukuku), s. 116.

⁹⁷ Köksal Bayraktar, "Faal Nedamet", İÜHFD, Cilt XXXIII, Sayı 3-4, Yıl 1967-1968, s. 123.

⁹⁸ Erra, (Teşebbüste İhtiyariyle Vazgeçme), s. 720; TCK'nın 36. maddesinde düzenlenen gönüllü vazgeçmeye ilişkin karar için bkz. Yargıtay 14. Ceza Dairesi 12.01.2015 tarih ve 2014/8285 Esas 2015/7 Karar: "Mağdura cinsel organını sokmaya çalışan failin mağdurun ağlaması üzerine eyleminden vazgeçtiği, sanığın eylemini tamamlamasına ciddi bir engel olmadığı, hareketlerini sonuna kadar götürebilme imkânı bulunduğu halde mağdurun ağlaması üzerine icra hareketlerine kendiliğinden son verdiği, sanık hakkında 5237 sayılı TCK'nın 36. maddesi hükmü uyarınca gönüllü vazgeçme hükümleri uygulanmak suretiyle, eylemlerinin zincirleme şekilde çocuğun basit cinsel istismarı suçu olarak kabul edilmesi gerekirken, yazılı şekilde vücuda organ sokmak suretiyle nitelikli cinsel istismara teşebbüs suçundan ceza tayin edilmesi".

⁹⁹ Benzer karar için bkz. Yargıtay 1. Ceza Dairesi 06.10.2015 tarih ve 2015/3582 Esas 2015/4669 Karar: "Olay günü sanığın, hakkında dedikodu çıkan eşini babasına ait silahla bir kez ateş edip hayatı tehlike geçirecek şekilde yaraladıktan sonra olay yerinde bulunan diğer kişilerin de yardımı ile hastaneye götürülmesine katkı sağlayıp tedavi ettirerek neticenin gerçekleşmesini önlediği olayda, sanık hakkında TCK'nın 36. maddesi uyarınca gönüllü vazgeçme hükümleri uygulanıp meydana gelen neticeye göre kasten yaralama suçundan cezalandırılması gerektiği gözetil-

İcra hareketlerinden vazgeçmede failin gönüllü vazgeçme hükümünden faydalanabilmesi için icra hareketini bitirmemişse ihtiyari ile bu hareketini kesmesi, hareketsiz kalması yeterliyken; suçun tamamlanmasını ya da neticenin gerçekleşmesini önlemede ise aktif bir harekette bulunması gerekmektedir. İcra hareketini tamamladıktan sonra hareketine devam etmeyen ancak neticenin gerçekleşmemesi için hiç bir harekette bulunmayıp pasif davranan fail teşebbüsten sorumlu olacaktır.¹⁰⁰

Gönüllü vazgeçme cezayı kaldıran şahsi bir cezasızlık nedeni olduğundan iştirak halinde işlenen suçlarda suça iştirak eden diğer failer hakkında gönüllü vazgeçme hükümleri uygulanamayacaktır.¹⁰¹ İştirak halinde işlenen suçlarda gönüllü vazgeçme ayrı bir hüküm altında düzenlenmiştir. TCK'nın 41. maddesine göre, iştirak halinde işlenen suçlarda yalnızca gönüllü vazgeçen suç ortağı gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanır. Failin, mağduru öldürmek için doğrulttuğu silahı ateşlemekten vazgeçmesi durumunda gönüllü vazgeçme hükümleri uyarınca teşebbüsten sorumlu olmayacaktır. Ancak, faili bu suça azmettiren kişi ile failin bu suçu gerçekleştirmesine yardım eden kişi ya da kişiler kasten öldürmeye teşebbüsten sorumlu olacaktır.¹⁰²

meden kasten öldürmeye teşebbüs suçundan hüküm kurulması".
¹⁰⁰ Gönüllü vazgeçme hükümünden faydalanabilmesi için failin, kastettiği neticenin gerçekleşmemesi için doğrudan doğruya çaba göstermesi gereklidir. Alman öğretisinde bu konuya ilişkin tartışmalar için bkz. Önder Tozman, Suça Teşebbüs, Alman-Türk Karşılaştırmalı Ceza Hukuku, Köksal Bayraktar'a Armağan, İstanbul/2010, s. 200; Yargıtay 1. Ceza Dairesinin 05.06.2013 tarih ve 2013/1211 Esas 2013 4208 karar sayılı ilamında sanığın gönüllü vazgeçme hükümlerinden faydalanabilmesi için doğrudan doğruya neticenin gerçekleşmesini önlemek için çaba göstermesini aramamış, yardım edebilecek kişilere haber vermesini ya da harekete geçirmesini yeterli bulmuştur. "Sanık ile mağdurun arazi meselesi nedeniyle tartıştıkları, mağdurun sanığa yumruk vurması üzerine sanığın kazmanın demir kısmıyla mağdurun kafasına vurduğu, bu darbe neticesinde mağdurun yaşamsal tehlikeye neden olacak şekilde yaralandığı, ardından sanığın köyde hemşirelik yapan tanığın evine gittiği, mağdurun yaralandığını anlattığı, tanıkların olay yerine gittikleri, tanığın aracıyla hastaneye götürülen mağdurun tedavi edildiği olayda sanığın mağduru yaraladıktan sonra tanıklara haber verip hastaneye götürülerek tedavi olmasını sağlaması, icra hareketinin bitmesinden sonra neticenin meydana gelmesini önlemesi karşısında gönüllü vazgeçme hükümleri uyarınca kasten yaralama suçu yerine yazılı şekilde öldürmeye teşebbüs suçundan cezalandırılmasına karar verilmesi".

¹⁰¹ Centel/Zafer/Çakmut, (Türk Ceza Hukukuna Giriş), s. 463.

¹⁰² Abdullah Pulat Gözübüyük, Türk Ceza Kanunu Şerhi, Kazancı Yayınevi, Beşinci Bası, İstanbul/1988, s. 745: "Birlikte işlenen suçlarda asli fail vazgeçmiş ise bu onun ortaklarına sirayet etmez ve bundan dolayı asli failin cezalandırılmaması,

Ancak azmettiren ile yardım edenin sorumlu olabilmesi için asli failin icra hareketine başlamış olması gerekmektedir. İcra hareketine başlanılmadıysa cezalandırılabilir teşebbüs de söz konusu değildir.¹⁰³

IV. Teşebbüsün Derecesi

765 sayılı TCK'nın yürürlükte olduğu dönemde, kanunda eksik teşebbüs, tam teşebbüs ayrımına yer verilmişti. Failin, elinde olmayan nedenlerle icra hareketini tamamlayamaması durumunda eksik teşebbüsün varlığı, bütün icra hareketlerinin bitirilmesine rağmen neticenin gerçekleşmediği durumlarda da tam teşebbüsün varlığı kabul edilmekteydi.¹⁰⁴ İcra hareketini ne zaman bitmiş sayılacağı üzerindeki tartışmalar nedeniyle 5237 sayılı TCK'da eksik teşebbüs ve tam teşebbüs ayrımına yer verilmemiştir. Bu ayrım yerine "*meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığı*"na¹⁰⁵ göre kanunda gösterilen oranlarda verilen cezadan indirim yapılacağı hükmü getirilmiştir.¹⁰⁶

5237 sayılı Yasa ile getirilen düzenleme ile birlikte teşebbüs nedeniyle yapılacak olan indirim oranı belirlenirken, yapılan hareketin ulaştığı gerçekleşme aşamasından ziyade, fiilin doğurduğu zarar veya tehlikenin ağırlığının dikkate alınması gerektiği ifade edilmiştir.¹⁰⁷

-
- ortaklarına ceza verilmemesini gerektirmez."
- ¹⁰³ Jescheck, (Alman Ceza Hukukuna Giriş), s. 47. Alman Ceza Hukuku'nda, suç azmettirmeye teşebbüs cezalandırılmaktadır. Bir suç işlemek için anlaşma yapma cezalandırılmıştır. (StGB m. 30/2) Türk Hukuku'nda TCK 316. maddesi dışında suç için anlaşılmasını ceza yaptırımına alan başka bir hüküm yoktur. Failerin ya da azmettirenlerin cezalanadırılabilmeleri için icra hareketlerine başlamış olmaları gerekmektedir. Ancak failerin ve azmettirenlerin fiilleri koşullarının bulunması durumunda suç işlemek için örgüt kurma suçu kapsamında değerlendirilebilir.
- ¹⁰⁴ Dönmezer/Erman,(Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku), s. 437.
- ¹⁰⁵ "Kanunda yer alan '*meydana gelen zarar ve tehlikenin ağırlığına göre*' ifadesinin yerine '*korunan hukuki menfaatin maruz bırakıldığı tehlikenin ağırlığına göre*' ifadesinin kullanılmasının daha uygun olduğu, teşebbüste bir zarar potansiyelinin olduğu" belirtilmiştir. Bkz. İpekçioğlu, (Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs), s. 29.
- ¹⁰⁶ Bayraktar'a göre: "getirilen bu kıstas göreceli ve bakış açılarına göre değişebilir bir özellik taşımaktadır. Bu durum objektif ceza hukuku anlayışından subjektif bir anlayışa doğru gidişin göstergesidir." Bkz. Köksal Bayraktar, "Teşebbüs, İştirak, Suçların Birleşmesi", Türk Ceza Kanunu'nun 2 Yılı Teoride ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar, İstanbul/2008, s. 139.
- ¹⁰⁷ Kanun hükmünün gerekçesi için bkz. Sedat Bakıcı, Ceza Hukuku Genel hükümleri, Adalet Yayınevi, Ankara/2008 s. 748. Kanun hükmünün gerekçesinde eksik teşebbüs-tam teşebbüs ayrımının adaletsizliğine ilişkin bir olaya da yer verilmiştir. "Tabancasındaki mermilerden sadece birini atıp mağduru yaraladıktan sonra en-

Bunun yansıması olarak Yüksek Mahkeme vermiş olduğu bir kararında, sanığın mağdura nişan alarak çok sayıda ateş ettiği, etraftakilerin müdahalesi nedeniyle mağdurun yara almadığı olayda, zarar ve tehlikenin ağırlığı birlikte değerlendirilerek alt sınırdan ceza verilmesi gerektiğine hükmetmiştir.¹⁰⁸ Başka bir kararında ise, failin mağdura öldürme kastı ile av tüfeği ile ateş etmesi neticesinde mağdurun hayatı tehlike geçirecek şekilde ve vücudundaki kemik kırıklarının hayat fonksiyonlarını ağır derecede etkileyecek nitelikte yaralandığı olayda, makul ceza belirlenmesi yerine oluşa uygun olmayacak şekilde alt sınırdan ceza tayin edilerek eksik ceza verildiğine hükmetmiştir.¹⁰⁹

Bir suçun işlenmesi için bazı durumlarda daha hafif suçtan geçilmesi gerektiği ve basamak durumunda olan bu suçlara “geçit suçları” adı verildiği yukarıda bahsedildi. Failin hareketinin kasten öldürmeye teşebbüs olarak nitelendirilmesi ve mağdurdaki yaralanmanın kasten yaralama suçunun nitelikli haline girmesi durumunda kasten öldürmeye teşebbüs suçundan verilecek cezanın nitelikli kasten yaralama suçu için öngörülen cezanın altında kalmaması gerekmektedir. Mahkeme meydana gelen zarar ve tehlike ölçütüne göre indirim yaparken bunu dikkate almalıdır.¹¹⁰

5237 sayılı TCK’da eksik teşebbüs ile tam teşebbüs ayrımı terk edilmiş olsa bile, öğretide bu ayrım için getirilen ölçütlerin yeni dü-

gellenen fail, icra hareketleri bitmediği için adam öldürmeye eksik teşebbüsten; buna karşılık silahındaki tek kurşunu atıp mağduru isabet ettiremeyen failin, icra hareketleri bittiği için tam teşebbüsten dolayı cezalandırılması gerektiği” ifade edilmiştir. Belirtmek gerekir ki verilen örnekteki her iki durumda da tam teşebbüs hali vardır.

¹⁰⁸ Yargıtay 1. Ceza Dairesi 21.05.2014 tarih ve 2014/800 Esas 2014/3220 Karar. Kararda belirtilen failin fiili eski kanun hükmü uyarınca tam teşebbüs niteliğinde olduğundan fail hakkında daha ağır bir cezaya hükmedilecekti. Kanunla getirilen bu yeni anlayış Donay tarafından eleştirilmiştir. Donay maddenin gerekçesindeki örnekten yola çıkarak, tabancasındaki kurşunlardan birini atıp isabet ettiremeyen kişinin yarattığı tehlikenin, neden tek kurşunu atana oranla az olduğunun anlaşılmadığını ifade etmiştir. Bkz. Süheyl Donay, Türk Ceza Kanunu Şerhi, Beta Yayınevi, İstanbul/2007, s. 58.

¹⁰⁹ Yargıtay 1. Ceza Dairesi 04.07.2012 tarih ve 2012/361 Esas 2012/5463 Karar.

¹¹⁰ Bu konuya ilişkin karar için bkz. Yargıtay 14. Ceza Dairesi 03.06.2013 tarih ve 2013/5987 Esas 2013/6992 Karar: “Sanık hakkında nitelikli cinsel saldırıya teşebbüs eylemi nedeniyle TCK’nın 35/2. maddesi uyarınca yapılacak indirimin, mağdureye verilerek istenen zarar ve tehlikenin ağırlığı gözetilerek basit cinsel saldırı suçunun temel haline ilişkin TCK’nın 102/1. maddesinde öngörülen cezanın altında olamayacağının gözetilmemesi”.

zenlemede indirim oranı belirlenirken kullanılabilmesine herhangi bir engel yoktur.¹¹¹ Eksik teşebbüs ile tam teşebbüs ayrımının gönüllü vazgeçme hükümlerinin uygulanmasında önemini devam ettirdiği söylenebilir.¹¹²

V. Bazı Suç Şekilleri ile Suça Teşebbüs Arasındaki İlişki

Özellik göstermesi nedeniyle bazı suçlar ile suça teşebbüs arasındaki ilişki ayrı başlıklar altında incelenmiştir.

A. Objektif Cezalandırma Koşulunun Bulunduğu Suçlar ile Suça Teşebbüs Arasındaki İlişki

Fail tarafından gerçekleştirilen suçun cezalandırılabilmesi, failin gerçekleştirdiği fiilin dışında kalan bir koşula bağlanmışsa ve bu koşul gerçekleşmemişse teşebbüs hükümlerinin uygulanması mümkün değildir.¹¹³ Gıyapta hakaretin cezalandırılabilmesi için fiilin en az üç kişi ile ihtilat edilerek işlenmesi gerekmektedir (TCK'nın 125/1 m.). Üç kişi ile ihtilat unsuru objektif cezalandırılabilme koşuludur. Fail, yanında iki kişi varken bir başkası hakkında hakaret içerikli ifade kullanmışsa üç kişi ile ihtilat unsuru gerçekleşmediğinden hakaret suçundan cezalandırılmayacaktır ve failin bu fiili, hakaret suçuna teşebbüs olarak da nitelendirilemeyecektir.

B. Tamamlanması Öne Alınmış Suçlarda Teşebbüs

"Teşebbüs suçları"na ya da başka bir ifade ile "tamamlanması öne alınmış suçlar"a teşebbüs mümkün değildir.¹¹⁴ Bu tür suçlarda, teşebbüs hareketleri bağımsız bir suç olarak düzenlenmiş ve tamamlanmış suç

¹¹¹ Dönmezer/Erman, (Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku), s. 441: Dönmezer/Erman'a göre, "fail yaptığı hareketleri yaptırmamış saydırmak iktidarına malik ve yaptığı hareketin bütün iz ve eserlerini silebilecek durumda bulunuyorsa, icra bitmemiştir, eksik teşebbüs vardır; buna karşılık fail ne yaparsa yapsın, yapılmış olan hareketlerin bütün eser ve izlerini ortadan kaldıramıyor, bu hareketlerin yapılmamış sayılmasını sağlayamıyor, yalnızca zararlı neticenin gerçekleşmesine engel olabilecek bir durumda bulunuyorsa, icra bitmiştir ve bundan sonra beliren engelleyici bir sebeple netice gerçekleşmemişse, tam teşebbüs hali vardır."

¹¹² Pisapia, (İtalyan Ceza Hukuku Müesseseleri Genel Kısım), s. 124.

¹¹³ Selçuk, (Suç, Suç Yörüngesi ve Kalkışmanın Konumu), s. 813, Artuk/Gökçen/Yenidünya, (Ceza Hukuku Genel Hükümler), s. 541.

¹¹⁴ Devrim Aydın, "Suça Teşebbüs", *AÜHFD*, Cilt 55, Sayı 1, Yıl 2006, s. 109, Selçuk, (Suç, Suç Yörüngesi ve Kalkışmanın Konumu), 1983, s. 813.

gibi cezalandırılmıştır.¹¹⁵ Yasa koyucu, bu tür suçlarda korunan hukuki menfaatin ihlaline yönelik icra hareketine başlanılmış olmasını suçun oluşumu için yeterli görmüştür.¹¹⁶ 5237 sayılı TCK'nın Anayasal Düzene ve Bu Düzenin İşleyişine Karşı Suçlar bölümünde yer alan, Anayasayı İhlal Suçu (TCK m. 309/1), Yasama Organına Karşı Suç (TCK m. 311), Hükümete Karşı Suç (TCK'nın 312/1) teşebbüs suçları niteliğindedir. Bu tür suçlara, teşebbüs mümkün olmasa da, öğretilerdeki teşebbüse ilişkin ilkeler bu suçların varlığının tespitinde önem taşır. Anayasal Düzene ve Bu Düzenin İşleyişine Karşı Suçların oluşumu için elverişli hareketlerle suçun icrasına başlanması gerekmektedir.¹¹⁷ Kanunda açık bir düzenleme yoksa bu suçlar yönünden de suç işleme fikri, kararı ve hazırlık hareketleri cezalandırılmamalıdır. TCK'nın 316. maddesinde yer alan düzenlemede, bu suçlardan herhangi birini elverişli vasıtalarla işlemek üzere iki veya daha fazla kişi, maddi olgularla belirlenen bir biçimde anlaşılırsa suçların ağırlık derecesine göre cezalandırılacağı ifade edilmiştir. Bu tür suçlar yönünden hazırlık hareketi olan suç için anlaşma yasa koyucu tarafından ayrı bir hüküm getirilerek cezalandırılmıştır. Bu hükümden yola çıkılarak ayrıca suç olarak tanımlanmamışsa anayasal düzenin işleyişine karşı suçların işlenmesinde hazırlık hareketi niteliğindeki fiillerin cezalandırılmaması gerektiği söylenebilir. Bu tür suçlara yönelik icra hareketine başlanıp başlanmadığı somut olayın özelliklerine göre mahkemece belirlenecektir.

C. İhmal Suçlarında Teşebbüs

Suçun gerçekleşmesi için kanunda öngörülen hareketin icrai ve ihmali nitelikte oluşuna paralel olarak icrai suç ve ihmali suç ayrımı

¹¹⁵ Aydın, (Suça Teşebbüs), s. 109.

¹¹⁶ Zafer, (Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK. m. 1-75), s. 376.

¹¹⁷ Nevzat Toroslu, "Anayasayı İhlal Suçu", *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl 42, Sayı 1985/4, 1985, s. 592, Toroslu, Anayasayı İhlal Suçunun oluşumu için icra hareketine başlanılmasının ve hazırlık hareketlerinin icra hareketi olarak kabul edilmemesinin gerektiğini, fail ya da faillerin hareketinin kanun hükmünde belirtilen neticeleri gerçekleştirmeye elverişli olmasının gerektiğini, suçun oluşumu için cebir kullanılmasının gerektiğini ve bu cebrin maddi olabileceği gibi manevi de olabileceğini, manevi cebrin de üst düzey görevlilerden veya askerlerden kaynaklandığında söz konusu olabileceğini, bu suçun oluşumu için özel kast ile hareket edilmesi gerektiğini ifade etmektedir.

yapılmaktadır.¹¹⁸ Yapılması öngörülen bir hareketin yapılmaması ile oluşan suça ihmal suçu adı verilmektedir.¹¹⁹ Öğretide ihmal suçları, “sırf ihmal suçları” ile “ihmal suretiyle icra suçları” olarak ayrılmıştır.¹²⁰ İhmal suretiyle icra suçlarında, yapılması gereken hareketin¹²¹ yapılmaması nedeniyle icrai suç gibi netice meydana gelmiştir ve fail, ihmali hareketinden sorumlu olacaktır. İhmal suretiyle icrai suçlara teşebbüs mümkündür.¹²² Kanunen yükümlü olduğu halde hastanın ilacını birkaç gün vermeyerek öldürmek isteyen hastabakıcının tespit edilerek ölüm neticesinin gerçekleşmemesi;¹²³ denizde boğulmak

¹¹⁸ Nurullah Kunter, Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi, İstanbul/1954, s. 54.

¹¹⁹ Kayıhan İçel, Ceza Hukuku Genel Hükümler II, Beta Yayınevi, 5. Baskı, İstanbul/2013, s. 59.

¹²⁰ Kunter, (Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi), s. 111. Kunter kitabında bu konuyu, icra suretiyle icra, icra suretiyle ihmal, ihmal suretiyle ihmal, ihmal suretiyle icra başlıkları altında incelemeyi tercih etmiştir; Jescheck, (Alman Ceza Hukukuna Giriş), s. 52. Yazar kitabında, bu ayrımı gerçek ihmali suçlar ile gerçek olmayan ihmali suçlar olarak adlandırmıştır.

¹²¹ Fail tarafından gerçekleştirilen ihmali hareketin icrai hareket ile eş değer kabul edilmesi için bazı koşulların bulunması gerekmektedir. Bu koşullar kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesinin düzenlendiği TCK'nın 83. maddesinde açıkça düzenlenmiştir. Buna göre, ihmali ile icrai davranışın eş değer kabul edilmesi için, failin, belli bir icrai davranışta bulunmak hususunda kanuni düzenlemelerden kaynaklanan bir yükümlülüğünün bulunması, önceden gerçekleştirdiği davranışın başkalarının hayatı ile ilgili olarak tehlikeli bir durum oluşturması gerekir.

¹²² İhmal suretiyle icra suçlarında müspet bir davranış bulunmadığından icra hareketinin başlangıcını tespit etmenin zor olduğu ifade edilmiştir. Tozman'a göre, ihmal suretiyle icra suçlarında hazırlık hareketi ile icra hareketinin tespiti için Alman hukukçu Roxin tarafından geliştirilen ölçütün esas alınması gerekmektedir. Mağdur yönünden herhangi bir tehlikenin bulunmadığı ve failin her an müdahalede bulunabileceği durumlarda icra hareketine başlanılmamıştır. Ancak failin tehlikenin gerçekleşmemesini önleme kabiliyeti varken bunu yapmayarak mağdurun hayatını tehlikeye sokmuşsa icra hareketi başlamıştır. Henüz mağdur yönünden bir tehlike yokken fail olaya müdahalesini tamamen imkânsız kılmış ise icra hareketi başlamış kabul edilmelidir. Önder Tozman, “İhmal Suçlarında Teşebbüs ve Gönüllü Vazgeçme”, TBBB, Sayı 84, Yıl 2009, s. 175. Bu ölçütü somutlaştırmak gerekirse, bir anne ıssız bir yerde doğum yapmışsa ve çocuğunu o ıssız yerde ölüme terk etme niyetindeyse bebeğin yaşamının tehlikeye düşmediği ve yanında olduğu süre içerisinde annenin çocuğu müdahale etme şeklindeki fiili yönünden icra hareketi başlamamıştır. Anne, çocuğu doğduktan sonra belli süre içerisinde çocuğunu beslemesi gerekirken bunu yapmayıp çocuğun yaşamını tehlikeye düşürmüştüğü icra hareketi başlamış olarak kabul edilmelidir. Anne, çocuğu doğar doğmaz ıssız bir yerde terk ederek çocuğa müdahalesini imkânsız kılmışsa ve çocuk bir başkası tarafından kurtarılmışsa, çocuğun yaşamının tehlikeye girip girmediğine bakılmaksızın icra hareketine başlanmış kabul edilecek ve anne ihmal suretiyle kasten öldürmeye teşebbüs suçundan sorumlu olacaktır.

¹²³ Kunter, (Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi), s. 55.

üzere olan kişiyi görmesine rağmen bilerek ve isteyerek cankurtaranın müdahale etmemesi ve denizdeki kişinin bir başkası tarafından kurtarılması olaylarında kasten öldürmeye teşebbüsten söz edilebilecektir.

Sırf ihmal suçlarında netice ile hareket bitişik olduğundan teşebbüsün mümkün olamayacağı ifade edilmiştir.¹²⁴ TCK'nın 278. maddesinde yer alan suçu bildirmeme suçunun oluşabilmesi için işlenmekte olan bir suçun yetkili makamlara bildirmeme şeklindeki ihmali hareketin yapılmaması yeterlidir. Netice gerçekleşmeden suçun oluştuğunu söylemek mümkün olmadığından bu suçlarda tamamlanma hali mevcuttur. Bu nedenle bu tür suçlara teşebbüs mümkün değildir.¹²⁵

D. Taksirli Suçlar ile Suça Teşebbüs Arasındaki İlişki

Taksirli suçlar yönünden teşebbüs mümkün değildir. Suça teşebbüsten bahsedebilmek için, sanığın kasıtlı hareket etmesi gerekmektedir. Tehlikeli şekilde araç kullanan kişi kaza yapabileceğini öngörmesine rağmen neticeyi istememektedir ve bu nedenle taksirli yaralamaya ya da ölüme teşebbüs etme suçlarından sorumlu olmayacaktır. Dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranarak bir kimseye çarpıp ağır yaralayan ve sonra mağduru olay yerinde bırakıp kaçan failin çarpma fiili taksirli; yardım etme yükümlülüğü olmasına rağmen mağduru olay yerinde bırakarak ölüme terk etme şeklindeki fiili kasıtlıdır. Failin, çarparak yaraladığı mağduru olay yerinde bırakmasına rağmen başka kişilerin yardımı ile mağdur ölmemişse, failin, mağdura çarpması nedeniyle taksirli yaralamadan, yaralı halde mağduru olay yerinde bırakması fiili yönünden de kasten öldürmeye teşebbüsten sorumlu olması gerektiği ifade edilmiştir.¹²⁶

E. Sırf Hareket Suçlarında Teşebbüs

Hareket tamamlandığında suçun da tamamlandığı sırf hareket suçları yönünden, failin hareketi parçalara bölünebiliyorsa ve icra hareketi de yarıda kalmışsa teşebbüsün de mümkün olabileceği söylenebilir.¹²⁷

¹²⁴ Kunter, (Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi), s. 55.

¹²⁵ Suçu bildirmeme şeklindeki fiil dış dünyada bir değişiklik yarattığından bu değişikliğin netice olarak kabul edilmesi gerekir.

¹²⁶ İçel, (Suçların İçtimai), s.223. Böyle bir olayda failin taksiri kasta dönüştüğünden yalnızca kasten öldürmeye teşebbüs suçundan sorumlu olması gerekir.

¹²⁷ Toroslu, (Ceza Hukuku Genel Kısım), s. 294. Ancak neticesi harekete bitişik suç

Suçsuz bir kimseye iftira atmak için hazırlanan mektubun yetkili makamlara ulaştıktan ancak yetkili kişinin içeriğini öğrenmeden ortaya çıkması halinde iftira suçuna teşebbüsten söz edilebilecektir.¹²⁸ Hükümlü ve tutuklunun kaçması sırf hareket suçu niteliğindedir. Cezaevinden dışarı tünel kazılması ve kaçma fiilinin tamamlanmadan failin tünelde yakalanması bu suça teşebbüs olarak kabul edilmelidir. (TCK m. 292)¹²⁹ Cinsel saldırı suçu niteliği itibarıyla neticesi harekete bitişik suç türleri içerisinde yer almaktadır. Cinsel davranışlarla bir kimsenin vücut bütünlüğünün ihlal edilmesi suçun oluşumu için yeterlidir. Bu yönüyle herhangi bir bedensel temas olmadan yapılan cinsel davranışların cinsel taciz suçu kapsamına girdiği ve cinsel saldırı suçuna teşebbüs olarak nitelendirilemeyeceği düşünülebilir. Ancak cinsel saldırı suçunun serbest hareketli bir suç olduğu dikkate alınırca bu suçun tehdit ve hile ile işlenebilen halleri de vardır. Bu nedenle bu suçu işlemek saikiyle gerçekleştirilen tehdit ve hile niteliğindeki hareketler icra hareketi olarak değerlendirilebilecektir ve failin bu hareketleri nedeniyle cinsel saldırı suçuna teşebbüsten sorumlu olması gerekir.¹³⁰ Bir kimseyi cinsel birlilik için tehdit ederek zorlayan fail, somut olayın özelliklerine göre cinsel saldırı suçuna teşebbüsten sorumlu olabilecektir.

türü içerisinde yer alan suçu bildirmeme suçu yönünden icra hareketi parçalara bölünemediğinden teşebbüsün mümkün olamayacağı düşüncesindeyiz.

¹²⁸ Artuk/Gökçen/Yenidünya, (Ceza Hukuku Genel Hükümler), s. 248.

¹²⁹ Benzer karar için bkz. Yargıtay 9. Ceza Dairesi 16.09.2014 tarih ve 2014/5828 Esas, 2014/9174 Karar. “Kesinleşmiş hapis cezasının infazı için yakalanan sanığın cezaevi giriş kapısından içeri alınacağı sırada kaçtığı, ancak kesintisiz takip sonucu yakalandığı dosya kapsamından anlaşıldığından; suçun teşebbüs aşamasında kaldığı ve sanık hakkında tayin olunan cezadan TCK’nın 35. maddesi uyarınca indirim yapılması gerektiğinin gözetilmemesi”.

¹³⁰ Öztekin Tosun, “Irza Tasaddi Suçu ve Teşebbüs Meselesi”, *Adalet Dergisi*, Yıl 48, 1957, Sayı 2, s. 194. Aynı suça ilişkin karar için bkz. Yargıtay 14. Ceza Dairesi 05.12.2013 tarih ve 2012/712 Esas 2013/12786 Karar: “sanığın kaldıkları yurda dönmekte olan mağdurelerin yanına ‘ne haber kızlar, size dondurma ısmarlayayım’ diyerek yaklaştıktan sonra mağdurelerden birine ‘saçların ıslak mı, sırtın ıslanmış mı’ dediği ve dokunmaya çalıştığı, sonrasında diğer mağdurelere de sırayla ‘saçların ıslak mı diyerek dokunmaya çalışmasına rağmen her üç mağdurenin de kendisini geri çekmesi sebebi ile eylemlerinin teşebbüs aşamasında kalması karşısında sanık hakkında çocuğun basit cinsel istismarı suçundan ceza tayin edilirken TCK’nın 35. maddesinin uygulanmaması suretiyle sanık hakkında fazla ceza tayini” Bu olayda failin cebir kullanarak mağdurelere dokunmaya çalışması teşebbüs olarak nitelendirilebilir. Ancak failin hiç bir hareket yapmadan mağdurlara birlikte olmak için tehditte bulunması halinde de cinsel istismara teşebbüs suçunun oluşabileceği düşüncesindeyiz.

F. Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlarda Teşebbüs

Netice sebebiyle ağırlaşmış suç, failin, kastedilenden daha ağır bir suça veya başka bir neticenin oluşumuna sebebiyet vermesi ve failin bu neticeden sorumlu olması durumudur. Ancak failin bu neticeden sorumlu tutulabilmesi için bu netice bakımından en azından taksirle hareket etmesi gerekir (TCK m. 23). Kastedilen dışında gerçekleşen netice yönünden sanığın kastı bulunmadığından teşebbüsün de mümkün olamayacağı söylenebilir. Ancak kanunda neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç başlığı altında düzenlenen suçları¹³¹ “kastı aşan suç” (gerçek neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç) ve “neticesi sebebiyle ağırlaşan suç” (görünüşte neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç) olarak iki gruba ayırırsak görünüşte neticesi sebebiyle ağırlaşan suç yönünden teşebbüsün mümkün olabileceğini söyleyebiliriz.

Fail, yapmış olduğu hareketle kastettiğinden daha ağır bir neticeye neden olmuşsa kastı aşan suç söz konusudur. Yaralama kastı ile hareket eden failin mağdurun ölümüne neden olması durumunda kastı aşan suç vardır. Neticesi sebebiyle ağırlaşan suçta ise, suçun varlığı için aranandan daha ağır bir neticenin meydana gelmesi nedeniyle fail sorumlu olmaktadır. Yaralama kastı ile hareket eden fail, mağdurun yüzünde sabit ize neden olmuşsa (TCK m. 87/1-c) en azından taksirli olmak şartı ile bu ağır neticeden sorumlu olmaktadır. Kastı aşan suçta kastedilenden başka bir suça neden olunması karşısında neticesi sebebiyle ağırlaşan suçta, aynı suç içinde kastedilenden daha ağır bir neticeye neden olma söz konusudur.¹³² Neticesi sebebiyle ağırlaşan (görünüşte neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç) suç yönünden teşebbüs

¹³¹ Türk Ceza Kanunu’nda kastı aşan suç ifadesine yer verilmemiştir. TCK’nun 23. maddesinde neticesi sebebiyle ağırlaşan suç ifadesine yer verilmiştir. Neticesi sebebiyle ağırlaşan suçlar yönünden gerçek neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç ve görünüşte neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç olarak ikili bir ayırım yapılmıştır. Bkz. Koray Doğan, Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar, Adalet Yayınevi, 2011, s. 250. Neticesi sebebiyle ağırlaşan suçların birinci türünden kastı aşan suç, ikinci türünden ise neticesi sebebiyle ağırlaşan suç olarak bahsedilmiştir.

¹³² Alacakaptan (Suçun Unsurları) s. 166. Kastı aşan suçun tipik örneği TCK’nun 87/4 maddesinde düzenlenen neticesi sebebiyle ağırlaşan yaralamadır. Fail yaralama kastı ile hareket etmektedir. Ancak ölüm neticesi meydana gelmiştir. Kasten yaralama suçu kastı aşan insan öldürme suçuna dönüşmüştür. Neticesi sebebiyle ağırlaşan suçta ise fail yaralama kastı ile hareket etmektedir ve fiili neticesinde kasten yaralama suçunun nitelikli hali meydana gelmiştir. Failin fiili kasten yaralama suçu kapsamında kalmıştır ancak fail özel netice yönünden taksiri ya da kastı varsa ağırlaşmış neticeden sorumlu olacaktır.

mümkündür.¹³³ İz bırakması kesin olan bıçak ile mağdurun yüzüne vurmaya çalışan failin bunu gerçekleştirememesi durumunda kasten yaralamanın neticesi sebebiyle ağırlaşmış türüne teşebbüs ettiği söylenebilir. Ancak failde bulunan kastın suçun temel unsurlarının yanında özel neticeyi de kapsamaması gerekmektedir.¹³⁴ Bu nedenle failin ağırlaşmış neticeden sorumlu olması için yüzde sabit iz bırakma kastı ile hareket etmesi gerekmektedir.

G. Tehlike Suçlarında Teşebbüs

Kanun hükmünce korunan varlığın ya da hukuki menfaatin zarar görme tehlikesine yol açılmasının suçun oluşumu için yeterli olduğu suç türüne “*tehlike suçları*” adı verilmektedir.¹³⁵ Tehlike suçlarına teşebbüs mümkündür.¹³⁶ TCK’nın 220. maddesinde yer alan suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçu tehlike suçu niteliğindedir. Bu suçun oluşması için yasanın belirtilen koşullara uyan örgütün kurulması yeterlidir. Faillerin cezalandırılması için kurulan bu örgütün faaliyeti çerçevesinde fiilen suçun işlenmiş olması gerekmez.¹³⁷ Suç işlemek amacıyla örgüt kurmak isteyen fail ya da failler bu suçun icra hareketlerine başlamışlar ancak elinde olmayan nedenlerle örgüt kurulamamışsa suç işlemek için örgüt kurmaya teşebbüsten sorumlu olabileceklerdir.

VI. Sonuç

Suçta teşebbüste hazırlık hareketinin bittiği ve icra hareketinin başladığı anın tespit edilmesi yalnızca suça teşebbüsün oluşumunun belirlenmesi için değil kişi hak ve özgürlüklerinin korunması için de önem taşımaktadır. Bir kimsenin silah edinmesinin kasten öldürmeye teşebbüs suçunun icra hareketi olarak kabul etmek o ülkedeki özgürlüklerin aşırı derecede sınırlandırılması anlamına gelecektir. Aksi şekilde de öldürmek için silahı ile düşmanının geçmesini bekleyen failin bu fiilini hazırlık hareketi olarak kabul etmek özelden bireyin ve genelde de toplumun güvenliğini önemsememektir.

¹³³ Doğan, (Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar), s. 251.

¹³⁴ Doğan, (Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar), s. 248.

¹³⁵ Toroslu, (Ceza Hukuku Genel Kısım), s. 137; Öğretide tehlike suçları kendi içinde “somut tehlike suçu” ve “soyut tehlike suçu” olarak ayrılmaktadır. Bkz. İçel, (Ceza Hukuku Genel Hükümler), 2016, s. 276.

¹³⁶ Toroslu, (Ceza Hukuku Genel Kısım), s. 293

¹³⁷ İçel, (Ceza Hukuku Genel Hükümler), 2016, s. 277

Dünya üzerindeki birçok devlet terörle mücadele etmektedir. Devletler toplumun güvenliğini sağlamak adına terörle mücadele için birçok tedbir almaktadırlar. Terör olaylarının artması nedeniyle cezalandırılabilir icra hareketleri, hazırlık hareketleri alanına doğru genişlemektedir. Ancak terörle mücadele ederken de kişi hürriyetleri ihlal edilmemelidir. Zira terör zanlısı olarak tespit edilen bir kişinin evinde ruhsatlı bir silah bulunması bu kişinin ileride terör saldırısında bulunabileceği düşüncesine yol açabilir. Her ne kadar diğer deliller ile bu kişinin terör örgütü mensubu olduğu tespit edilerek bu suçtan yargılanması mümkün ise de, ileride işlemeyi amaçladığı suça teşebbüsten de sorumluluğu günde me gelebilecektir. Bu nedenle icra hareketinin ne zaman başladığını tespiti önem kazanmaktadır. Dünya üzerindeki çeşitli ülkelerde yönetime muhalif olan kişilerin belli bir suça teşebbüs etmekten yargılanmaları dikkate alındığında kişi hak ve özgürlüklerini ihlal edici boyutta yorumlarda bulunarak muhalif davranışları nedeniyle kişileri teşebbüsten sorumlu tutmak evrensel hukuk ilkelerine de aykırı olacaktır.

Hukuk sistemimizde işlenemez suç cezalandırılmamaktadır. Ancak bu gibi durumlarda fail, toplum yönünden tehlikelilik göstermektedir. İşlenemez suça teşebbüste failin cezasız kalması yerine diğer bazı hukuk sistemlerinde kabul edildiği gibi fail hakkında güvenlik tedbirine hükmedilebilmesi tercih edilebilir.

Bazı suç türlerinde teşebbüs hali tamamlanmış suç gibi kabul edilip cezalandırılmıştır. Ancak bu suç türlerinin kapsamının genişletilmemesi gerekir. Hukuk sisteminde teşebbüs halinde ceza indirimi öngörülmekte ise de bazı teşebbüs aşamasında kalmış suçları tamamlanmış suç gibi cezalandırmak failin vazgeçme iradesi üzerinde etki yapacak ve fail bu düşünceyle suçu sonuna kadar götürecektir.

Hukuk sitemimizde yer verilen gönüllü vazgeçme kurumu ile hareketi teşebbüs aşamasında kalan faile, gerçekleştirdiği davranışın izlerini ve etkilerini gidermek koşuluyla cezasızlık hali öngörülmüştür. İcra hareketini tamamlamaktan vazgeçen ya da neticenin gerçekleşmesini engelleyen failin o zamana kadar yapmış olduğu fiili başka bir suç kapsamına girmiyorsa cezalandırılmayacaktır. Neticenin gerçekleşmesini önlemede failin, kendisinden beklenebilecek bütün çabasını göstermesi gerekmektedir. Neticenin gerçekleşmesinin önlenmesinde yalnızca nedensel seriyi başlatan ve bunun dışında pasif kalan fail teşebbüsten sorumlu olmalı; ancak bu davranışı takdiri indirim nedeni uygulanırken dikkate alınmalıdır.

Kaynakça

- Alacakaptan Uğur, İşlenemez Suç, (Tarihsiz), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını,
- Alacakaptan Uğur, Suçun Unsurları, Ankara/1975,
- Artuk Mehmet Emin/Ahmet Gökçen/Ahmet Caner Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, 7. Baskı, Ankara/2013,
- Artuk Mehmet Emin, "Suçun Özel Görünüş Şekilleri", Ceza Hukuku El Kitabı, Beta Yayınevi, İstanbul/1989,
- Aydın Devrim, "Suça Teşebbüs", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 55, Sayı 1, Yıl 2006, s. 85-113,
- Bakıcı Sedat, Ceza Hukuku Genel Hükümleri, Adalet Yayınevi, Ankara/2008,
- Bayraktar Köksal, "Faal Nedamet", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt XXXIII, Sayı 3-4, Yıl 1967-1968, s. 120-154,
- Bayraktar Köksal, "Kasten Adam Öldürme", Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 19, Sayı 2, Yıl 2013, s. 57-77,
- Bayraktar Köksal, "Teşebbüs, İştirak, Suçların Birleşmesi", Türk Ceza Kanunu'nun 2 Yılı Teoride ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar, İstanbul/2008,
- Centel Nur/Hamide Zafer/Özlem Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, Beta Yayınevi, 7. Bası, İstanbul/2011,
- Demirbaş Timur, Ceza Hukuk Genel Hükümler, Seçkin Yayınevi, 8. Baskı, Ankara/2012,
- Develioğlu Ferit, Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lügat, Aydın Kitabevi, 26. Baskı, 2010,
- Doğan Koray, Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar, Adalet Yayınevi, 2011,
- Donay Süheyl, Türk Ceza Kanunu Şerhi, Beta Yayınevi, İstanbul/2007,
- Dönmezer Sulhi, Genel Ceza Hukuku Dersleri, Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları, İstanbul/2003,
- Dönmezer Sulhi, "Teşebbüste Hazırlık ve İcra Hareketleri Tefriki", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 8, Sayı 3-4, 1942, s. 433-456,
- Dönmezer Sulhi/Sahir Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım Cilt I, On üçüncü Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul/1997,
- Erem Faruk/Ahmet Danışman/Mehmet Emin Artuk, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, On dördüncü Bası, Seçkin Yayınevi, 1997,
- Erra Carlo, "Teşebbüste İhtiyariyle Vazgeçme", Çev: Sahir Erman, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt X, Sayı 3-4, İstanbul/1945, s. 679-720,
- Feyzioğlu Metin, Ceza Muhakemesinde Vicdani Kanaat, Yetkin Yayınevi, Ankara/2002,
- Gözübüyük Abdullah, Türk Ceza Kanunu Şerhi, Kazancı Yayınevi, Beşinci Bası, İstanbul/1988,

- Güngör Devrim Ceza Hukukunda Fiil Üzerinde Hata, Yetkin Yayınları, Ankara/2007,
- Hafizoğulları Zeki/Özen Muharrem, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, USA Yayıncılık, Ankara/2010,
- Hakeri Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınevi, 8. Baskı, Ankara/2009,
- Heinrich Bernd, Ceza Hukuku Genel Kısım 1, Çev : Hakan Hakeri, Yener Ünver, Veli Özer Özbek, Özlem Yenerer Çakmut, Barış Erman, Koray Doğan, Ramazan Barış Atladı, Pınar Bacaksız, İlker Tepe, Adalet Yayınevi, Ankara/2014,
- İçel Kayıhan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Beta Yayınevi, İstanbul/2016,
- İçel Kayıhan, Ceza Hukuku Genel Hükümler II, Beta Yayınevi, 5. Baskı, İstanbul/2013,
- İçel Kayıhan, Suçların İctimai, İstanbul/1972,
- İpekçioğlu Pervin Aksoy, "Karşılaştırmalı Bir İnceleme: Türk Ceza Hukuku İle Kıbrıs Ceza Hukuku Açısından İşlenemez Suç'un Değerlendirilmesi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 61, Sayı 3, 2012, s. 859-886,
- İpekçioğlu Pervin Aksoy, Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs, Seçkin Yayınevi, Ankara/2009,
- Jeschek Hans Heinrich, Alman Ceza Hukukuna Giriş, Çev: Feridun Yenisey, Beta Yayınevi, İstanbul/2007,
- Kunter Nurullah, Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi, İstanbul/1954,
- Önder Ayhan, Ceza Hukuku Genel Hükümler Cilt II-III, Beta Yayınevi, İstanbul/1992,
- Öner Hamdi, "Kalkışmada Kasdi Belirten Hareketler", *Adalet Dergisi*, Yıl 36 Sayı 5, Mayıs/1945,
- Öztürk Bahri/Erdem, Mustafa Ruhan Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, Seçkin Yayınevi, 13. Baskı, Ankara/2013,
- Pisapia Gian Domenico, İtalyan Ceza Hukuku Müesseseleri Genel Kısım, Çev: Atıf Akgüç, Padova/1965,
- Selçuk Sami, Suç, Suç Yörüngesi ve Kalkışmanın Konumu, *Adalet Dergisi*, Yıl 74, Sayı 5, Eylül-Ekim/1983 s. 798-815,
- Soyaslan Doğan, Teşebbüs Suçu, Kazancı Yayınevi, Ankara/1994,
- Sözüer Adem, Suça Teşebbüs, Kazancı Yayınevi, İstanbul/1994,
- Şare, Ersin "Türk Hukukunda Düzenlenen Taksir Üzerine Bir İnceleme", *İstanbul Barosu Dergisi*, Cilt 90, Sayı 2016/1, Ocak-Şubat 2016 s. 88-113,
- Şen Ersan, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, Cit I, Vedat Kitapçılık, İstanbul/2006,
- Taner Tahir, Ceza Hukuku Umumi Kısım, Üçüncü Basım, İstanbul/1953,
- Toroslu Nevzat, "Anayasayı İhlal Suçu", *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl 42, Sayı 1985/4, 1985, s. 591-601,
- Toroslu Nevzat, Ceza Hukuk Genel Kısım, Savaş Yayınevi, Ankara/2012,
- Tosun Öztekin, "Irza Tasaddi Suçu ve Teşebbüs Meselesi", *Adalet Dergisi*, Yıl 48, Sayı 2, 1957, s. 185-195,
- Tozman Önder, "İhmal Suçlarında Teşebbüs ve Gönüllü Vazgeçme", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 84, Yıl 2009, s. 160-187,

- Tozman Önder, "Suça Teşebbüs", Alman-Türk Karşılaştırmalı Ceza Hukuku, Köksal Bayraktar'a Armağan, İstanbul/2010, s. 177-202,
- Vidal Georges/Josephe Magnol, Ceza Hukuku, Çev: Şinasi Devrin, Adalet Bakanlığı Yayınları, 1946,
- Yenisey Feridun/Gottfried Plagemann, Alman Ceza Kanunu, Beta Yayınevi, İstanbul/2009,
- Yüce Turhan Tufan, Teşebbüste Hazırlık ve İcra Hareketlerinin Ayrılması Problemi ve Uygun İlet Teorisinin bu Probleme Tatbiki Denemesi, Erzurum/1968,
- Yüce Turhan Tufan, "Türk Hukuku İle Mukayeseli Olarak İsviçre Ceza Hukukunda Teşebbüs", *Adalet Dergisi*, Yıl 48, Sayı 5, Mayıs 1957, s. 474-483,
- Zafer Hamide, Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m. 1-75, Beta Yayınevi, İstanbul/2010,
- Yargıtay Kararları
www.kazanci.com
UYAP

KADININ TOPLUMSAL CİNSİYETE DAYALI ŞİDDETEN KAYNAKLANAN SİĞİNMA HAKKI

WOMEN'S RIGHT TO GENDER BASED ASYLUM CLAIMS

Recep DOĞAN*

Özet: Bu makalede, kamuoyunda kısaca “İstanbul Sözleşmesi” olarak bilinen, Kadınlara Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi’nin 60’ncı maddesinde yer alan “kadının toplumsal cinsiyete dayalı şiddetten kaynaklanan sığınma hakkı”nın kapsamı, kavramsal ve hukuki boyutları ile incelenecektir. 1951 Sözleşmesi ve diğer düzenlemeler ışığında, bu hakkın nasıl yorumlandığına ilişkin değişik ülke uygulamalarından örnekler verilecek, toplumsal cinsiyete dayalı şiddetten kaynaklanan sığınma hakkı kapsamında Türkiye’den yapılabilecek başvuruların kabul edilebilirliği irdelenecektir.

Anahtar Kelimeler: İstanbul Sözleşmesi, Toplumsal Cinsiyete Dayalı Şiddet, Toplumsal Cinsiyete Dayalı Sığınma Başvurusu, 1951 Sözleşmesi, Kadına Yönelik Şiddet

Abstract: This article discusses the concept of gender-based violence and gender-based asylum claims set out in the article 60 of the Council of Europe Convention on Preventing and Combating Violence against Women and Domestic Violence otherwise known as “Istanbul Convention”. How the term “gender-based violence” is interpreted and applied in asylum claims will be explained in the light of 1951 Convention and court rulings from different jurisdictions. If claimed by Turkish citizens, the credibility and admissibility of such asylum claims will also be interrogated.

Keywords: Istanbul Convention, Gender-Based Violence, Gender-Based Asylum Claims, 1951 Convention, Violence against Women.

* Dr. (LL.M., PhD, Keele University UK), Uppsala Üniversitesi Hugo Valentin Araştırma Merkezi Misafir Araştırmacı, recepdogan06@hotmail.com.

GİRİŞ

Kamuoyunda kısaca “İstanbul Sözleşmesi” olarak bilinen, “Kadınlara Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi” Türkiye Cumhuriyeti tarafından 11 Mayıs 2011 tarihinde imzalanmıştır. 24.11.2011 tarihli ve 6251 sayılı Kanun’la naylanması uygun bulunan sözleşme, 8 Mart 2012 tarihinde ve 28227 (Mükerrer) sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak, yürürlüğe girmiştir.¹

Bu sözleşme (bundan böyle “İstanbul Sözleşmesi” olarak anılacaktır), diğer sözleşmelerden ve uluslararası düzenlemelerden² farklı olarak, 18 yaşından küçük kız çocuklarını da kapsayacak şekilde kadınlara yönelik şiddet, aile içi şiddet ve toplumsal cinsiyete dayalı şiddet eylemlerinde mağdurların korunması, şiddet eylemlerinin koşturulması ve kadına yönelik her türlü ayrımcılığın ortadan kaldırılması için politikalar geliştirilmesi amacıyla³, oldukça ayrıntılı koruyucu ve önleyici hükümler getirmekte, ayrıca sözleşme hükümlerinin taraflarca etkili bir biçimde uygulanmasını sağlamak üzere özel bir izleme mekanizması kurmaktadır.⁴

İstanbul Sözleşmesi’nin kamuoyunda az tartışılan ve dolayısıyla yeterince bilinmeyen yeni düzenlemelerinden birisi de Sözleşme’nin 60’ncı maddesinde belirtilen, kadının sadece kadın olması sebebiyle maruz kaldığı toplumsal cinsiyete dayalı şiddet veya zulümden (*persecution*) kaynaklanan, bir başka ülkeye sığınma hakkıdır. Bu hak, “Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair Sözleşme”⁵ (bundan böyle “1951

¹ Sözleşme 10.2.2012 tarihli ve 2012/2816 sayılı Bakanlar Kurulu Kararına uygun olarak yürürlüğe konmuştur.

² Bkz. Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi (CEDAW) ve Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesine İlişkin İhtiyari Protokol. Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesinin onaylanması 11.6.1985 tarih ve 3232 sayılı kanunla uygun bulunmuş, Bakanlar Kurulunca 24.7.1985 tarihinde 85/9722 sayılı kararla onaylanmış ve 14 Ekim 1985 tarih ve 18898 sayılı Resmi Gazete’ de yayımlanmıştır. Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesine İlişkin İhtiyari Protokol’ün onaylanması ise 30.7.2002 tarih ve 4770 sayılı kanunla uygun bulunmuş, Bakanlar Kurulunca 26.8.2002 tarih ve 2002/4703 sayılı kararla onaylanmış ve 18.9.2002 tarih ve 24880 sayılı Resmi Gazete’ de yayımlanmıştır.

³ İstanbul Sözleşmesi m.1-3.

⁴ İstanbul Sözleşmesi m.66-70.

⁵ Cenevre’de 28 Temmuz 1951 tarihinde imzalanan sözleşme, 29.8.1961 tarihli ve 359 sayılı kanun ile onaylanmış, 05.09.1961 tarih ve 10898 sayı ile Resmi Gazete’ de yayımlanmıştır.

Sözleşmesi” olarak anılacaktır) ve bu sözleşmeyi zaman ve mekân bakımından tadil edip Avrupa dışında meydana gelen olaylara da uygulanmasını sağlayan 1967 tarihli “Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair Protokol” de (bundan böyle “1967 Protokolü” olarak anılacaktır)⁶ yer almamaktadır. Dolayısıyla, İstanbul Sözleşmesi’nin 60’ncı maddesi, toplumsal cinsiyet farklılıkları nedeniyle kadınlara uygulanan şiddet eylemlerinin 1951 Sözleşmesi ve 1967 Protokolü’nde sayılan “zulüm” (*persecution*) çeşitlerinden biri olarak kabul edilmesini öngörmekte ve her iki düzenlemenin de kapsamını genişletmektedir.

Bu nedenle, 1951 Sözleşmesi’ne göre, taraf devletlerin takdirine bırakılan ve “toplumsal cinsiyete dayalı şiddet” tanımının kapsamına girebilecek eylemler, İstanbul Sözleşmesi ile birlikte artık taraf devletlerce toplumsal cinsiyet farklılıklarına duyarlı bir şekilde yorumlanacak ve 1951 Sözleşmesi’nin 1 A (2) maddesinde belirtilen diğer şartların gerçekleşmesi halinde, toplumsal cinsiyete dayalı şiddet eylemleri nedeniyle zulme uğrayan veya zulme uğramaktan haklı nedenlerle korkan her kadına mülteci statüsü verilmesi zorunlu olacaktır.

Bu makalede, İstanbul Sözleşmesi’nin 60’ncı maddesinde yer alan “kadının toplumsal cinsiyete dayalı şiddetten kaynaklanan sığınma hakkı”nın kapsamı kavramsal ve hukuki boyutları ile incelenecektir. 1951 Sözleşmesi ve diğer düzenlemeler ışığında, bu hakkın nasıl yorumlandığına ilişkin değişik ülke uygulamalarından örnekler verilecek, toplumsal cinsiyete dayalı şiddetten kaynaklanan sığınma hakkı kapsamında Türkiye’den yapılabilecek başvuruların kabul edilebilirliği irdelenecektir.

KAVRAMSAL BOYUT

I-Terim Sorunu

Her şeyden önce İstanbul Sözleşmesi’nin 60’ncı maddesinin başlığı İngilizce metinde “*Gender-based asylum claims*” olup, bu husus resmi çeviride “Toplumsal cinsiyete dayalı sığınmacı başvuruları” şeklinde yer almıştır.⁷ Yine 1951 Sözleşmesi’nin İngilizcesi “*1951 Convention Relating*

⁶ 1.7.1968 tarih ve 6/10266 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile katılmış olup, 5.8.1968 tarih ve 12968 sayılı Resmi Gazete’ de yayımlanmıştır.

⁷ 8 Mart 2012 tarihli ve 28227 (Mükerrer) sayılı Resmi Gazete.

to the Status of Refugees” olup “Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair Sözleşme” olarak Türkçe’ye çevrilmiştir.⁸

Genel olarak Türkçede “refugee” kelimesinin karşılığı olarak “mülteci”, “asylum seeker” kelimesinin karşılığı olarak ise “sığınmacı” kelimesi kullanılmaktadır.⁹ Ancak gerek literatüre, gerekse uluslararası düzenlemelere göre, iltica etme hakkı ve dolayısıyla mülteci olma durumu hukuki bir statünün kazanılmasını, sığınma hakkı ve sığınmacı olma durumu ise hukuki bir statünün kazanılmasından daha çok, sığınılan ülkenin yasalarından mülteciler gibi yararlanılmasını öngörmeyen kısa süreli fiili bir barınma durumunu ifade etmektedir.¹⁰ Nitekim aynı nedenle, 4.4.2013 tarihli ve 6458 sayılı “Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu” 61 ve 63’üncü maddeleri arasında mülteci (Madde-61), şartlı mülteci (Madde-62) ve ikincil koruma (Madde-63) tanımları getirmekte, daha önceden mevzuatta¹¹ sığınmacı olarak tanımlanan kişilerin bundan böyle şartlı mülteci olarak tanımlanmasını öngörmektedir. Kanaatimiz odur ki, İstanbul Sözleşmesi’nin 60’ncü maddesi, ayrıntıları aşağıda tartışılacak olan 1951 Sözleşmesi’nin 1, (A) 2 maddesi gereğince mülteci olarak kabul edilemeyen, ancak sırf kadın olduğu için şiddete/zulme uğrayan veya haklı nedene dayalı olarak bu zulme uğramaktan korkan kadınların, bundan sonraki sığınma başvurularının toplumsal cinsiyet farklılıklarına duyarlı bir biçimde yorumlanmasını ve bu kadınlara da 1951 Sözleşmesi’nin 1, (A) 2 maddesi gereğince mülteci statüsünün verilmesini öngörmektedir. Bu nedenle, gerek İstanbul Sözleşmesi’nin 60’ncü maddesinin başlığı “sığınmacı başvuruları” olarak çevrilmiş ve bu makalenin başlığında da “sığınma hakkı” kelimesi kullanılmış ise de, sırf kadın olduğu için toplumsal cinsiyete dayalı olarak zulme maruz kalan veya zulme uğramaktan korkan kadınların, kendi devletleri dışında bir başka dev-

⁸ 05.09.1961 tarihli ve 10898 sayılı Resmi Gazete.

⁹ “Refugee” kelimesinin “sığınmacı” olarak kullanımını hakkında Bkz. Hüseyin Pazarcı, Uluslararası Hukuk Dersleri, II. Kitap, Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 1993, s.181-184.

¹⁰ M. Tevfik Odman, Mülteci Hukuku, AÜSBF İnsan Hakları Merkezi Yayınları No: 15, Ankara, 1995, s.188-189.

¹¹ 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 Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik”, 30.11.1994 tarih ve 22127 sayılı Resmi Gazete.

letin hukuki korumasından yararlanmaya yönelik başvuruları, iltica başvurusu (*refugee application*) olarak kabul edilip, kendilerine bundan böyle mülteci statüsü (*refugee status*) verilecektir.

Mülteci statüsünün belirlenmesinde uygulanacak ölçütler ve usuller yukarıda belirtildiği üzere “1951 Sözleşmesi” ve bu sözleşmeyi zaman ve mekân bakımından tadil edip Avrupa dışında meydana gelen olaylara da uygulanmasını sağlayan “1967 Protokolü” ne uygun olarak belirlenmiş olup, mülteci statüsünün belirlenmesinde uygulanan ölçütler, 1951 Sözleşmesi’nin ilgili hükümlerine göre aşağıda ayrıntılı olarak tartışılacaktır.

II-1951 Sözleşmesi ve 1967 Protokolü

1951 Sözleşmesi’nin 1, (A) 2 maddesine göre “mülteci” kavramı:

“1 Ocak 1951’den önce meydana gelen olaylar sonucunda ve ırkı, dini, tabiiyeti, *belli bir toplumsal gruba mensubiyeti* veya siyasi düşünceleri yüzünden, zulme uğrayacağından haklı sebeplerle korktuğu için vatandaşı olduğu ülkenin dışında bulunan ve bu ülkenin korumasından yararlanamayan, ya da söz konusu korku nedeniyle, yararlanmak istemeyen, yahut tabiiyeti yoksa ve bu tür olaylar sonucu önceden yaşadığı ikamet ülkesinin dışında bulunuyorsa, oraya dönemeyen veya söz konusu korku nedeniyle dönmek istemeyen” kişiyi ifade etmektedir.

Aynı sözleşmenin 1, (B) maddesi, taraf devletlere “1 Ocak 1951’den önce meydana gelen olaylar” deyimini yorumlama bakımından seçimlik hak vermektedir. Bu madde hükmüne göre:

“İşbu Sözleşme’nin amaçları bakımından, Madde 1, kısım (A)’da yer alan “1 Ocak 1951’den önce meydana gelen olaylar” ifadesi, ya,

(a) “1 Ocak 1951’den önce Avrupa’da meydana gelen olaylar”; veya

(b) “1 Ocak 1951’den önce Avrupa’da veya başka bir yerde meydana gelen olaylar” anlamında anlaşılacak ve her Taraf Devlet bu Sözleşme’yi imzaladığı, tasdik ettiği veya ona katıldığı sırada bu Sözleşme’ye göre taahhüt ettiği yükümlülükler bakımından bu ifadenin kapsamını belirten bir beyanda bulunacaktır.”

Türkiye sözleşmeyi imzalarken sunduğu deklarasyona göre, “1 Ocak 1951’den önce meydana gelen olaylar” ibaresini “1 Ocak 1951’den

önce Avrupa'da meydana gelen olaylar" şeklinde yorumladığını beyan etmiştir.¹² Tahmin edilebileceği üzere, 1951 tarihli sözleşme 2. Dünya Savaşı sırasında Avrupa'da birçok ülkede insanların ülkesini terk etmek zorunda kalması üzerine yaşanan mülteci krizlerinin ve kısımlarının bir daha yaşanmamasına yönelik ihtiyaçtan doğmuş olup Birleşmiş Milletlere üye taraf devletlerin Avrupa'da yaşanan mülteci krizinden doğan sorumluluğu paylaşmaları gerektiği düşünülmüştür.¹³

Dünya konjonktüründe meydana gelen değişimler karşısında, tarihi ve coğrafi sınırlamalar içeren ve sadece 1 Ocak 1951 tarihinden önce Avrupa'da meydana gelen olaylara hitap eden bir sözleşmenin mülteci sorununu çözmekte yeterli olamayacağı düşüncesiyle, 1951 Sözleşmesi'nde yer alan tarihi ve coğrafi sınırlamayı kaldıran bir Protokol hazırlanmıştır. Mültecilerin hukuki statüsü ile ilgili bu Protokol Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 2198 (XXI) sayılı kararı ile kabul edilmiş ve 2 Ekim 1967 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye bu Protokolü, daha önce bildirdiği tarihi sınırlamayı kaldırıp, coğrafi sınırlamasını ise muhafaza ederek onaylamıştır.¹⁴ Dolayısıyla hâlihazırda, 4.4.2013 tarihli ve 6458 sayılı 'Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nun 61'inci maddesinde de muhafaza edilen bu coğrafi sınırlama doğrultusunda Türk hukuku açısından mülteci statüsü:

"Avrupa ülkelerinde meydana gelen olaylar nedeniyle; ırkı, dini, tabiiyeti, belli bir toplumsal gruba mensubiyeti veya siyasi düşüncelerinden dolayı zulme uğrayacağından haklı sebeplerle korktuğu için vatandaşı olduğu ülkenin dışında bulunan ve bu ülkenin korumasından yararlanamayan ya da söz konusu korku nedeniyle yararlanmak istemeyen yabancıya veya bu tür olaylar sonucu önceden yaşadığı ikamet ülkesinin dışında bulunan, oraya dönemeyen veya söz konusu korku nedeniyle dönmek istemeyen vatansız kişiye" verilmektedir.

¹² 05.09.1961 tarihli ve 10898 sayılı Resmi Gazete.

¹³ Joline Doedens, "The Politics of Domestic Violence-Based Asylum Claims", *Duke Journal of Gender Law & Policy*, vol.22, 2014, s.111-136, s.112; Melinda McPherson, Leah S. Horowitz, Dean Lusher, Sarah Di Giglio, Lucy E. Greenacre, Yuri B. Saalman, "Marginal Women, Marginal Rights: Impediments to Gender-Based Persecution Claims by Asylum-seeking Women in Australia", *Journal of Refugee Studies*, 24 (2), 2011, s.323-347, s.325.

¹⁴ Bkz. 5.8.1968 tarih ve 12968 sayılı Resmi Gazete.

Buraya kadar yapılan açıklamalardan anlaşılacağı üzere 1951 Sözleşmesi'ne göre, mülteci statüsünü kazanılmasında ve belirlenmesinde ırk, din, tabiiyet, belli bir toplumsal gruba mensubiyet ve siyasi düşünce ölçütlerinden hareketle karar verilmektedir. Bununla beraber, 1951 Sözleşmesi başvuruda bulunan kişinin vatandaşı olduğu ülkenin dışında bulunmasını, vatansız ise önceden ikamet ettiği ülke dışında bulunmasını, yukarıda beş grup halinde sayılan nedenlerden biri ile zulme uğramaktan haklı nedenlerle korkmasını, bu korku nedeniyle vatandaşı olduğu ülkenin korumasından yararlanamamasını veya yararlanmak istememesini, başvuran vatansız ise, bu korku nedeniyle önceden ikamet ettiği ülkeye dönememesini veya dönmek istememesi şartlarını aramaktadır. Bunlardan ülke dışında olma ve zulme uğramaktan haklı nedenle korkma şartları genel şartlar olarak, zulüm korkusunun dayanağını teşkil eden ve beş kategori halinde sayılan haller ise özel şartlar olarak nitelenebilir.

İstanbul Sözleşmesi'nin 60'ncü maddesi, toplumsal cinsiyete dayalı şiddet nedeniyle yapılacak sığınma [iltica] başvurularının, 1951 Sözleşmesi'nde belirtilen zulme uğramaktan korkma şartını ve diğer genel şartları taşıması gerektiğini belirttiğinden, bu makalede, makalenin konusuna ve sınırlarına uygun olarak, 1951 Sözleşmesi'nin öngördüğü mülteci statüsünün elde edilmesinin genel şartları ile özel şartlardan biri olan "*belli bir toplumsal gruba mensubiyet*" kavramı ayrıntılı olarak tartışılacaktır. Ardından mülteci statüsünün elde edilmesi anlamında toplumsal cinsiyete dayalı şiddet kavramı açıklanacaktır.

1951 SÖZLEŞMESİ'NE GÖRE MÜLTECİ STATÜSÜNÜN KAZANILMASINA İLİŞKİN ŞARTLAR

I-Genel Şartlar

a-Ülke dışında olma

Mülteci statüsünün tanınmasında aranan ilk koşul, başvuranın vatandaşı olduğu ülkenin dışında bulunması kuralıdır. Kişi kendi ülkesinin topraklarında bulunduğu sürece sığınma [iltica] başvurusu yapamaz; bir başka ülkenin uluslararası hukuka dayalı korumasından faydalanamaz. Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği tarafından yayımlanan Mülteci Statüsünün Belirlenmesinde Uygulanacak

Ölçütler ve Usuller Hakkında El Kitabı'nda¹⁵ da belirtildiği üzere, bu kuralın istisnası yoktur. Bazı Latin Amerika ülkelerinde siyasi düşünce suçlularının yabancı devlet büyükelçiliklerine sığınması anlamına gelen "diplomatik sığınma" geleneği var ise de, bir başka ülkenin büyükelçiliğine sığınan kişi, 18 Nisan 1961 tarihli Diplomatik İlişkiler Hakkında Viyana Sözleşmesi uyarınca kendi ülkesinin egemenlik alanları dışına çıkmakla birlikte, kendi ülkesinin toprakları dışında bulunmadığından 1951 Sözleşmesi'nin kapsamına girmez.¹⁶

Başvuranın vatandaşı olduğu ülkede zulme uğramaktan korktuğunu ileri sürebilmesi için, zulme uğrama korkusunun vatandaşı olduğu ülke ile bir bağlantısı olmalıdır. Ancak zulme uğrama korkusunun başvuranın vatandaşı olduğu ülkenin tamamında geçerli olması, bir başka deyişle zulme uğrama korkusunun başvuranın ülkesinin tamamını kapsamaması gerekli değildir. Etnik çatışmalarda veya iç savaş hallerinde, belli bir gruba yönelik zulüm tehdidi ülkenin bir bölümünde geçerli iken, diğer bölümlerinde fiilen geçerli olmayabilir. Böyle bir durumda, zulme uğrayan kişinin kendi ülkesinin başka bir bölgesine kaçarak zulüm tehdidinden fiilen kurtulma olanağı var olmasına rağmen, içinde bulunduğu şartlar nedeniyle bunu yapması kendisinden beklenemeyecek ise kişinin sığınma[iltica] başvurusu reddedilmez.¹⁷

b-Zulme uğramaktan haklı nedenle korkma

1951 Sözleşmesi'nde yer alan ve Türkçeye "zulüm" olarak çevrilen "persecution" kelimesi ile 1951 Sözleşmesi'nin 1, (A) 2 maddesinde yer alan "zulme uğramaktan haklı nedenlerle korkma" (*owing to well founded fear of being persecuted*) ibaresi mülteci tanımının esasını oluştur-

¹⁵ Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği (BMMYK), Mülteci Statüsünün Belirlenmesinde Uygulanacak Ölçütler ve Usuller Hakkında El Kitabı (HCR/1P/4/EnG/Rev.2) , Yeniden Gözden Geçirilmiş Baskı, BMMYK, Ankara, 1998, s.22, para.88.

¹⁶ Nitekim Amerikan yönetimine ait gizli belgeleri sızdırdığı için İngiltere'de iken İngiliz ve Amerikan yönetimlerince takibata uğrayan Julian Assange 19 Haziran 2012 tarihinde Londra'da Ekvador devletinin Büyükelçiliği'ne sığınmış, Ekvador tarafından kendisine 16 Ağustos 2012 tarihinde siyasi sığınma hakkı verilmiştir. Bu tarihten itibaren Ekvador devletinin Londra Büyükelçiliği'nde ikamet eden Assange' a hiçbir ülke şu ana kadar mülteci statüsü vermemiştir. "Julian Assange granted asylum by Ecuador", The Guardian, August 16, 2012, <http://www.theguardian.com/media/2012/aug/16/julian-assange-ecuador-embassy-asylum-live>.

¹⁷ BMMYK El Kitabı, s.23, paragraf.91.

maktadır.¹⁸ Bu bağlamda, korku “yakında meydana gelecek bir tehlike durumunun yarattığı huzursuzluk ve üzüntü duygusu veya kişinin incinmesine veya cezalandırılmasına neden olacak mevcut veya muhtemel bir tehlike kaynağının neden olduğu ruh hali” şeklinde açıklanmaktadır.¹⁹ Korkunun kişinin ruh haline ilişkin olması sebebiyle öznel ve sübjektif bir nitelik taşıdığı açıktır. Ancak tanımda yer alan ve kişinin ruh halini yansıtan korku kavramına haklı nedenlere dayalı olma koşulu eklenip, ruh halinin nesnel koşullara dayanması gerektiği belirtilmiştir.²⁰ Zulüm ise “devlet korumasının zafiyete uğraması durumunda temel insan haklarının devamlı ve sistemli bir şekilde ihlal edilmesi”²¹ olarak tanımlanmaktadır.

Kişinin sığınma [iltica] başvurusu yapabilmesi için fiili olarak zulme uğramış olması gerekmemekte olup, zulme maruz kalma tehlikesinin bulunması yeterlidir. Sığınma [iltica] başvurusu yapan birçok kişi için “zulüm” kelimesi, kelime hazinelerine yabancıdır. Mülteciler genellikle zulme uğramaktan korktuklarını açık açık söylemez, hatta zulüm sözcüğünü bile birçok vakada kullanmazlar. Ancak anlattıklarından ve başlarına gelenleri anlatırken kullandıkları sözcüklerden korkunun ve zulmün varlığı açıkça anlaşılır.²²

Zulüm korkusunun öznel niteliği, kişinin düşünce ve duygularının dikkatle değerlendirilmesini gerektirir. Bu bağlamda objektif bir değerlendirme yapabilmek için başvuranın ülkesindeki koşulların bilinmesi, menşe ülkesinde kalması halinde ya da ülkesine dönmesi halinde hayatının çekilmez hale gelme ihtimalinin yüksek olduğunun ispatı gerekir.²³ Bu bağlamda zulüm, ülkenin yetkili makamları tarafından gerçekleştirilen bir eylemle ilgili olabileceği gibi, ülkenin yetkili makamları tarafından doğrudan yerine getirilmemekle beraber toplumun diğer kesimleri tarafından gerçekleştirilip yetkili makamlarca hoş görülen, korunması reddedilen, korunma imkânından fiilen yoksun bırakılan veya yeterince korunmayan/korunamayan saldırgan ve ayrımcı eylemlere ilişkin de olabilir.²⁴

¹⁸ Odman, s. 98-101; BMMYK El Kitabı, s.11.

¹⁹ James, C. Hathaway, The Law of Refugee Status, Osgoode Hall Law School, York University, Butter Worths Ltd., Canada, 1991, s.66.

²⁰ BMMYK El Kitabı, s. 12, paragraf.38; Doedens, s.114.

²¹ Hathaway, s. 103-104; Odman, s.99.

²² BMMYK El Kitabı, s.14. paragraf.46.

²³ BMMYK El Kitabı, s. 13.

²⁴ BMMYK El Kitabı s.18.

Zulüm kavramını ayrımcılık kavramından ayırmak gerekir. Birçok toplulukta, bu toplulukları oluşturan bireylere az ya da çok ayrımcılık içeren farklı muameleler yapılabilir. Ancak kişilerin ayrımcı muameleye tabi tutulması onların her zaman zulüm kurbanı olduğu anlamına gelmez. Ayrımcılığın zulüm olarak değerlendirilebilmesi için, ayrımcılık içeren muamelenin kişiye büyük ölçüde zarar veren boyutlara ulaşması gerekir. Örneğin kişinin yaşamını kazanma, ibadet etme veya temel eğitim olanaklarından yararlanma hakkına yönelik olarak getirilen önemli ayrımcılık içeren sınırlamalar zulüm olarak nitelenebilir.²⁵

Yine, zulüm kavramını hukuki bir kovuşturma sonucu adi bir suçtan dolayı verilecek cezadan da ayırmak gerekir. İşledikleri adi bir suçtan dolayı cezaevine girmemek için ülkelerinden kaçanlar genel olarak mülteci sayılmaz. Ancak adi bir suçtan hüküm giymiş bir kişinin çok ağır ve orantısız bir cezaya çarptırılması halinde, bu cezanın mülteci tanımında belirtilen şekilde bir zulme dönüşmesi mümkündür. Özellikle çocuklara yasa dışı dini eğitim veya dil eğitimi verildiği gerekçesiyle yapılan kovuşturmalar neticesinde verilen ağır ve orantısız cezalar ile bildiri dağıtma ya da kamu düzenini bozma suçundan sırf siyasi nedenlerle verilen ağır cezaların zulüm olarak değerlendirilmesi mümkündür. Bu tür durumlarda verilen cezaların, yapılan soruşturmaların, menşe ülkesindeki yasaların ve bu yasaların uygulanış biçimlerinin, evrensel insan hakları standartlarına uygun olup olmadığının bilinmesi, verilen bu cezaların zulüm olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceğinin tespit edilmesi açısından önemlidir.²⁶

II- Özel Şartlar

Belli bir toplumsal gruba mensubiyet

Belli bir toplumsal gruba mensubiyet nedeniyle zulme uğramaktan haklı nedenle korkma şartı, mülteci veya sığınmacı tanımının en belirsiz unsurunu oluşturmaktadır.²⁷ Bu kavram, sözleşme metnine

²⁵ BMMYK El Kitabı s.16.

²⁶ BMMYK El Kitabı s. 16, 17.

²⁷ John Vrachnas, Kim Boyd, Mirko Bagaric, Penny Dimopoulos, Migration and Refugee Law: Principles and Practice in Australia, 2 nd Edition, Cambridge University Press, New York, 2008, s.204; Kristin A. Bresnahan, "The Board of Immigration Appeals's New Social Visibility Test for Determining Membership of a Parti-

İsveç delegesinin önerisi ile eklenmiş olup, kavramın neyi ifade ettiği konusunda 1951 Sözleşmesi'nin imzalanması sırasında yapılan görüşmelerden bir sonuca varılması mümkün değildir. Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği tarafından yayımlanan Mülteci Statüsünün Belirlenmesinde Uygulanacak Ölçütler ve Usuller Hakkında El Kitabı'nda da bu konuda tatmin edici açıklamalar bulunmamaktadır.²⁸ Ancak önerinin, ırk, din, tabiiyet ve siyasi düşünce sebepleri dışında, kişilerin farklı toplumsal gruplara mensup olmaları sebebiyle zulme uğrayabileceği ihtimaline karşı Sözleşme'ye eklendiği belirtilmektedir. Yine kavramın, temel olarak 1951 Sözleşmesi'nin imzalandığı tarihte, komünist ülkelerde yaşayan, ancak komünizm öncesi dönemde burjuva sınıfına mensup olan ailelerin korunmasını amaç edindiği ifade edilmektedir.²⁹

İstanbul Sözleşmesi'nin kabulünden önce, yukarıda giriş kısmında da belirtildiği üzere kadınlar toplumsal cinsiyete dayalı şiddet eylemlerinden kaynaklanan sığınma [iltica] başvurularında, 1951 Sözleşmesi'nde belirtildiği şekli ile "belli bir toplumsal gruba mensup" olmaları nedeniyle zulme uğradıklarını veya zulme uğramaktan korktuklarını ispatlamak zorunda kalmaktaydılar. Çünkü 10 Aralık 1948 tarihinde kabul edilen İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 2'nci maddesinde hiçbir insanın cinsiyeti nedeniyle ayrımcılığa tabi tutulmayacağı açık bir şekilde hüküm altına alınmış olmasına rağmen, cinsiyet (*sex*) veya toplumsal cinsiyet (*gender*) nedeniyle zulme maruz kalma hali 1951 Sözleşmesi'nde hüküm altına alınmamıştı. Bu durumda, kadınlar, kadın olarak farklı bir toplumsal/sosyal gruba ait olduklarını ve kadın olmaları sebebiyle zulme uğrama korkusu yaşadıklarını iddia etmekte, başvurulan devletlerin yetkili makamları ise böyle bir iddianın kabulü ve başvurularına sırf kadın olduğu için sığınmacı statüsü verilmesi halinde, başvuranın vatandaşı olduğu ülkeden gelen tüm

cular Social Group in Asylum Claims and Its Legal Policy Implications", *Berkeley Journal of International Law*, 29 (2), 2011, s.649-679, s.649; Sarilee Kahn, "Cast Out: "Gender Role Outlaws" Seeking Asylum in the West and the Quest for Social Connections", *Journal of Immigrant & Refugee Studies*, 13, 2015, s.58-79, s.60.

²⁸ BMMYK El Kitabı s.20.

²⁹ Arthur C. Helton, "Persecution on Account of Membership in a Social Group As a Basis for Refugee Status", *Columbia Human Rights Law Review*, 15 (1), 1983, s.39-67, s. 39; *Islam v. Secretary of State for the Home Department Immigration Appeal Tribunal and Another, Ex Parte Shah, R v. [1999] UKHL 20*, s. 5, 14, 22; Kahn, s.60; Odman, s.113; Vrchnas, vd. s. 208.

kadınlara sığınmacı statüsü verilmesi gerekeceği gerekçesiyle başvuruyu reddetmekteydi.³⁰ Dolayısıyla toplumsal cinsiyet farklılıklarına dayalı şiddet eylemleri konusunda duyarlılığın henüz gelişmediği bu dönemde, kadınların farklı bir toplumsal grup teşkil edebilecekleri ve sırf kadın olmaları sebebiyle zulme uğrayabilecekleri gerçeğinin kabul edilmesi halinde, sığınma (iltica) talepleri kabul edilmekteydi. Ancak bu hiç de kolay olmamaktaydı.

Nitekim belli bir toplumsal gruba mensubiyet kavramından ne anlaşılması gerektiği konusunda her ülkede farklı uygulamalar ve yaklaşımlar bulunmaktadır. Örneğin Avustralya’da bu konu *A v MIEA*³¹ kararında tartışılmıştır. Bu karara esas teşkil eden vakada, Çin’den Avustralya’ya gelen bir çift, Çin Halk Cumhuriyeti’nde mevcut olan tek çocuk politikasına uymadıklarını, bu nedenle Çin’e gönderilmeleri halinde kısırlaştırılacaklarını gerekçe göstererek iltica talebinde bulunmuş, 3’e karşı 2 oyla Avustralya Yüksek Mahkemesi (*The High Court of Australia*) talebi reddetmiştir. Mahkeme kararında, tek çocuk uygulamasının Çin’de genel bir uygulama olduğunu, spesifik olarak başvuranlara uygulanmadığını, bu ailenin zulme uğrama tehlikesinin var olduğunu, ancak bu ailenin zulüm tehlikesinden bağımsız olarak bir toplumsal gruba mensup olmadığını belirterek şu hükme yer vermiştir:

“Mülteci statüsünün verilmesine dayanak teşkil edecek belli bir toplumsal gruptan ve gruba mensubiyetten söz edebilmek için, grubun zulme uğrama tehlikesinden bağımsız olarak mevcut bulunması gerekir. Bir başka deyişle toplumsal olduğu iddia edilen grubun, tek ortak özelliğini “zulme uğrama tehlikesi” oluşturmamalıdır. Zulüm tehlikesinin varlığı tek başına toplumsal grubun varlığına işaret etmez. Zulme uğrama tehlikesinden ayrı ve bağımsız olarak grubu oluşturan kişiler, ayırt edilebilir birtakım genel karakteristik özelliklere veya sıfatlara sahip olmalıdır.³²

³⁰ Bresnahan, s.675; McPerson, vd. s.328.

³¹ A. v. Minister for Immigration and Ethnic Affairs and Another (1997) 142 A.L.R. 331.

³² A. v. Minister for Immigration and Ethnic Affairs and Another (1997) 142 A.L.R. 331, s.358. Ancak Çin Halk Cumhuriyeti’nde mevcut tek çocuk uygulaması ile buna bağlı kürtaj ve kısırlaştırma uygulamalarının zulüm sayılabileceğine ilişkin olarak değişik ülkelerde değişik uygulamalar bulunmaktadır. Örneğin, Kanada Federal Temyiz Mahkemesi bir oğlan çocuk doğurduktan sonra, bir kız çocuğu

Bunun haricinde, Amerika Birleşik Devletleri Temyiz Mahkemesi'nin Göçmenlik İşleri Dairesi'nin yargısal kararlarına (*The U.S. Board of Immigration Appeals*) bakıldığında ise, belli bir toplumsal gruba mensubiyet kavramının *Acosta*³³ ve bunu izleyen *Bastanipour*³⁴ ve *Fatin*³⁵ kararlarında açıklandığı görülmektedir. Bu kararlardan, *Acosta* kararında, El Salvador'dan gelen bazı taksi şoförlerinin El Salvador'a gönderilmeleri halinde diğer bazı taksi şoförlerinin zulmüne maruz kalacakları gerekçesiyle yaptıkları iltica başvurusu reddedilmiştir. İltica başvurusunu ret ederken Temyiz Mahkemesi'nin Göçmenlik İşleri Dairesi (*The U.S. Board of Immigration Appeals*) şu ifadelere yer vermiştir:

"1951 Sözleşmesi'nde yer alıp mülteci statüsünün verilmesini sağlayan ırk, din, tabiiyet ve siyasi düşünce unsurlarının tamamında zulme uğrayan bireyler aynı türden gelmekte ve ortak bazı özellikler taşımaktadırlar. Sayılan bu dört halde, zulüm, kişinin doğuştan gelen ya da kendi kişisel kimliğinin veya manevi varlığının esasını oluşturup iradi olarak değiştirilmesi mümkün olmayan ya da değiştirilmesi beklenmeyen özelliklerine yönelmiştir. Bu nedenle, belli bir toplumsal gruba mensup olmaları sebebiyle zulme uğradığını iddia eden kişiler açısından bir grubun varlığından söz edebilmek için, o grubu oluşturan kişilerin, ortak değiştirilemez, doğuştan getirilen veya kendi iradeleri ile değiştirilemeyecek bir takım özelliklere (hususiyetlere) sahip olması gerekir. Bu özellikler, doğuştan getirilen cinsiyet, renk, akrabalık bağı gibi hususlardan kaynaklanabileceği gibi; ordu mensubu olma veya toprak sahibi olma gibi geçmişte paylaşılan deneyimlerden de kaynaklanabilir."

İngiltere'de ise *Islam and Ex Parte Shah* kararında detaylı tartışmalar yapılmış, özellikle kadın olmanın 1951 Sözleşmesi anlamında belli bir toplumsal gruba mensubiyet sayılıp sayılmayacağı hususu irdelenmiştir. Bu kararda, İngiltere'nin en yüksek yargı organı olan Lordlar Kamarası (*House of Lords*) *Shahanna Islam* ve *Syeda Shah* adlı Pakistan-

daha gizlice doğuran, beş kez kürtaj yaptırmak zorunda kalıp, Çin'e geri gönderilmesi halinde zorunlu kısırlaştırmaya tabi tutulacağını iddia eden, Ting Ting Cheung adlı kadının yaptığı başvuruyu 1951 sözleşmesine uygun olarak yapılmış bir başvuru olarak kabul etmiştir. *Cheung v Canada* (Minister of Employment and Immigration) [1993] 102 D.L.R. (4 th) 214. (Fed.Ct.App.) (Can.)

³³ *In re Acosta* (1985) 19 I. & N. 211.

³⁴ *Bastanipour v. Immigration and Naturalization Service* (1992) 980 F.2d 1129.

³⁵ *Fatin v. Immigration and Naturalization Service* (1993) 12 F.3d 1233.

lı iki kadının sığınma [iltica] başvurusunun reddine ilişkin Temyiz Mahkemesi'nin (*The Court of Appeal*) kararlarını³⁶ aynı kararında görüşmüş ve iltica talebinin kabul edilmesi gerektiğini belirtmiştir.

Kocalarından şiddet gören ve zina yapmakla suçlanan *Shahanna Islam* ve *Syeda Shah* adlı iki Pakistanlı kadın, Pakistan'a gönderilmeleri halinde zina ile suçlanacaklarını ve suçlu bulunmaları halinde kırbaç veya taşlama cezası ile cezalandırılacaklarını belirtmişlerdir. Kadınlar, zina ile ilgili şahitliklerinin geçerli olmadığını, Pakistan cezaevlerinde bulunan hükümlü kadınların yarısından fazlasının zina suçlaması ile içerde bulunduğunu, vakaların çoğunda 2 veya 3 yıl cezaevinde kalan kadınların delil yokluğundan serbest bırakıldığını, bunun zulme ve ayrımcılığa yol açtığını ifade etmişlerdir. Kadınlar ayrıca, birçok kadının eski kocasının, karısının boşanmasını ve yeniden evlenmesini engellemek için böyle bir yola başvurduğunu, zina suçlaması halinde yetkili makamların kadınları korumakta gönülsüz davrandıklarını veya korumak istemeyip ayrımcı muameleye tabi tuttuklarını ifade ederek iltica talebinde bulunmuşlardır. Temyiz Mahkemesi bu kadınların doğuştan veya değiştirilemez ortak özelliklere sahip olmadıklarını, ortada bir toplumsal gruptan veya 1951 Sözleşmesi kapsamında "Pakistanlı kadınlar" diye bir toplumsal gruptan söz edilemeyeceğini, bir toplumsal gruptan söz edilse bile zulmün bizatihi toplumsal bir gruba üyelikten kaynaklanmadığını, koca şiddetinden kaynaklandığını, belirterek talepleri reddetmiştir.

Dosyanın önüne gelmesi üzerine, Lordlar Kamarası daha önceden benzer bir vakanın bulunmaması sebebiyle, Amerikan Temyiz Mahkemesi'nin *Acosta* ve Avustralya Yüksek Mahkemesi'nin *A. v. MIEA* kararları ışığında konuyu tartışmıştır. Bu kararda, Lordlar Kamarasının davaya bakan heyetinin 5 üyesinden biri olan Lord Millett çoğunluk görüşüne karşı çıkmış, karar 4'e karşı 1 oyla alınmıştır. Söz konusu kararda Lord Steyn ve Lord Hoffmann'ın diğer ülke uygulamalarına da atıfta bulunarak yaptığı değerlendirmeler "belli bir toplumsal gruba mensubiyet" kavramından ne anlaşılması gerektiği hususunda oldukça değerli tartışmalar içermektedir.³⁷

³⁶ Reg. v. Immigration Appeal Tribunal, Ex-parte Shah [1998] 1 W.L.R. 74.

³⁷ Bu konuda ayrıntılı bir çalışma için bkz. Bresnahan, 2011.

Bu kararda, Lord Steyn davaya ve iltica başvurusuna ilişkin görüşlerinde şunları belirtmiştir:

Mülteci statüsü verilmesine neden olan toplumsal grubun varlığı için “Pakistanlı kadınlar” diye bir gruptan söz edilmesi uygun olmayıp, daha dar bir grup üzerinden sonuca varılması gerekir. Buna göre, “zina ile suçlanan ve devletten yeterince koruma görmeyen Pakistanlı kadınlar” 1951 Sözleşmesi anlamında bir toplumsal grup olarak kabul edilebilir. Bu durumda, zulüm tehdidinden bağımsız olarak bir takım karakteristik özellikleri bulunan bir grubun varlığından söz edilebilir. Bu grup, zulme uğrama tehdidi dışında, zina suçlamasıyla karşılaşan ve Pakistan devleti tarafından yeterince korunmayan kadınlardan oluşmaktadır. Pakistanlı diğer kadınlardan ayrı bir grup oluşturan bu kadınlara yönelik zulüm, kocalarının şiddetinden değil, Pakistan’da genel olarak kadına uygulanan ve Pakistan devletinin kadına yönelik şiddeti mazur gören, kadınları şiddete karşı yeterince korumayan cinsiyetçi ve ayrımcı politika ve uygulamalarından kaynaklanmaktadır. Bu gerekçelerle, her iki kadının da 1951 Sözleşmesi anlamında belli bir toplumsal gruba mensup olmaları sebebiyle zulme uğrayacak kişiler kabul edilerek, başvurularının değerlendirilmesi ve Pakistan’a geri gönderilmemesi İngiltere için bir yükümlülüktür.³⁸

Lord Hoffmann’ın görüşlerinde ise şu hususlar öne çıkmaktadır. Lord Hoffmann’a göre, bir toplum içindeki gruptan ve o gruba mensubiyetten söz etmek için, öncelikle o grubun yer aldığı toplumu ve bu grubun toplumun genelinden nasıl ayrıştığını belirlemek gerekir. Olayımızda yer alan toplum Pakistan toplumu olup, Pakistan’da zina ile suçlanan kadınların Pakistan toplumu içinde ayrı bir grup oluşturması her hâlükârda mümkündür. Nitekim Kanada Yüksek Mahkemesi’nin (*The Supreme Court of Canada*) *Ward*³⁹ kararında da belirtildiği üzere, toplumsal cinsiyet (*gender*), dil ve cinsel yönelim (*sexual orientation*) sebepleri ile zulme uğrayabilecek kişiler 1951 Sözleşmesi anlamında toplumsal bir grup olarak kabul edilebilir. Yine kimlerin bir toplum-

³⁸ *Islam v. Secretary of State for the Home Department Immigration Appeal Tribunal and Another, Ex Parte Shah, R v.* [1999] UKHL 20, s. 1-11. Bkz. <http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1999/20.html>

³⁹ *Attorney-General of Canada v. Ward* (1993) 103 D.L.R. (4th) 1. s.34.

sal grup teşkil edebilecekleri konusunu tartışan Yeni Zelanda'nın iltica ile ilgili yargı makamları⁴⁰, *Re G.J.*⁴¹ kararında homoseksüel kişilerin de zulme uğrama tehlikesi karşısında 1951 Sözleşmesi anlamında bir toplumsal grup olarak kabul edilebileceklerini karara bağlamış bulunmaktadır.⁴² Nihayetinde, *İngiltere'de "Mülteci Statüsünün Verilmesinde Göz Önüne Alınması Gereken Toplumsal Cinsiyet İlişkin Kılavuz"*⁴³, kadınlar açısından 1951 Sözleşmesi anlamında "Zulüm= Ciddi Zarar + Devlet korumasının bulunmaması"⁴⁴ şeklinde formüle edilmektedir. Pakistan devleti her iki kadını da koruma konusunda gönülsüz davranmakta veya koruyamamaktadır. Mevcut yerleşik hukuksal ve idari uygulamalara göre *Pakistan'da zina ile suçlanan her iki kadının polise veya mahkemeye başvurmasının herhangi bir faydası bulunmamaktadır*. Dolayısıyla, İslami gelenekleri ihlal etmekle suçlanan ve toplumun büyük bir kesimi tarafından bu nedenle kınanan, kocaları tarafından terk edilip Pakistan'da devlet korumasından yoksun bulunan bu kadınların, 1951 Sözleşmesi anlamında belli bir toplumsal gruba üyelikleri münasebetleri ile zulme uğrayacak kadınlar olarak kabul edilmesi mümkündür.⁴⁵

Lordlar Kamarasının 1999 yılında verdiği bu karardan sonra, cinsiyet (*sex*) veya toplumsal cinsiyet (*gender*) nedeniyle zulme maruz kalmanın 1951 Sözleşmesi'nin kapsamına dâhil edilmemesi nedeniyle *İngiltere'de* yaşanan tartışmaların benzeri, bu kez Avustralya'da Avustralya Yüksek Mahkemesinde görülen *Khawar*⁴⁶ davasında yaşanmıştır. Bu davada, İngiliz Lordlar Kamarasının verdiği *Islam and Ex Parte Shah* kararına uygun olarak, Avustralya Yüksek Mahkemesi 2002 yılında verdiği kararında, kocaları tarafından terk edilen ve Pakistan'da devlet korumasından yoksun bulunan kadınların, 1951 Sözleşmesi anlamında belli bir toplumsal gruba üyelikleri münasebetleri ile zulme uğra-

⁴⁰ The New Zealand Refugee Status Authority.

⁴¹ Re G.J. [1998] 1 N.L.R. 387.

⁴² Re G.J., s. 412-422

⁴³ The Refugee Women's Legal Group, Gender Guidelines for the Determination of Asylum Claims in the UK, July 1988, s. 5

⁴⁴ Persecution = Serious Harm + the Failure of State Protection.

⁴⁵ *Islam v. Secretary of State for the Home Department* Immigration Appeal Tribunal and Another, *Ex Parte Shah*, R v. [1999] UKHL 20, s. 11-18. <http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1999/20.html>

⁴⁶ *Minister for Immigration v Khawar* [2002] HCA 14; <http://www.austlii.edu.au/au/cases/cth/HCA>

yacak kişiler olarak kabul edilmesinin mümkün olduğuna karar vermiştir.⁴⁷ Ancak bu karar da 4'e karşı 1 oy ile alınmış, Yüksek Mahkeme hâkimlerinden Callinan JJ çoğunluk görüşünden ayrılmıştır.

Bu karar, kocasının ve kocasının ailesinin şiddetinden kaçıp üç çocuğu ile Avustralya'ya gelen ve daha sonra 1951 Sözleşmesi'ne göre sığınma [iltica] başvurusu yapan *Khawar* adında bir kadının başvurusunun reddi üzerine yaptığı itiraza ilişkindir. Bayan *Khawar* davasında, kocasının kendisine sürekli şiddet uyguladığını, tokat ve dayak attığını, bu şiddet nedeniyle hastanede tedavi gördüğünü ifade etmiş, kocasının kendisini sürekli ölümle tehdit ettiğini belirtmiştir. Hatta Bayan *Khawar*, kocası ve kayınbiraderi tarafından üzerine benzin dökülerek yakılmak istenmiş, kendisinin ve çocuklarının çılgınlıkları üzerine komşularının müdahalesiyle bu teşebbüsten kurtulmuştur.⁴⁸ Bayan *Khawar* kocasının uyguladığı şiddet yüzünden, Mayıs 1995- Mart 1997 tarihlerini kapsayan dönemde iki kez yalnız olarak, iki kez de eniştesi ile birlikte toplam dört kez polise müracaat ettiğini her seferinde polisin yardım etmeyi reddettiğini söylemiştir.⁴⁹ Bayan *Khawar* kocasının ve kayınbiraderinin üzerine benzin döküp yakmaya kalkışması üzerine gittiği polis merkezinde polisin kendisine "kadınların sürekli kocalarını suçladığını oysa asıl sorunun kadınlarda olduğunu, kendisinin yarattığı bu sorunu da kendisinin çözmesi gerektiğini" söylediğini belirtmiştir.⁵⁰ Nihayetinde Bayan *Khawar*, Pakistan'da kadına yönelik şiddet karşısında gösterilen duyarsızlığın sadece yerel düzeyde değil, Pakistan'ın tümünde yaşandığını, sorunun Pakistan devletinin kadına yönelik şiddeti mazur gören, kadınları şiddete karşı yeterince korumayan, sistematik ve ayrımcı politika ve uygulamalarından kaynaklandığını belirtmiştir.⁵¹

İngiliz Lordlar Kamarasının Islam and Ex Parte Shah kararından önce dosyaya bakan yerel mahkeme davayı ret etmiş, ancak Avustralya Yüksek Mahkemesi *İngiliz Lordlar Kamarasının* verdiği *Islam and Ex Parte Shah* kararına göre talebi kabul etmiştir. Kararda özellikle Lord Hoffmann'ın belirttiği 1951 Sözleşmesi anlamında "Zulüm= Ciddi

⁴⁷ McPherson, vd. s. 324.

⁴⁸ Minister for Immigration v *Khawar* para.50, 94.

⁴⁹ Ibid, para. 3, 10, 94.

⁵⁰ Ibid, para. 94.

⁵¹ Ibid, para. 25.

Zarar + Devlet korumasının bulunmaması” ilkesini benimseyen Yüksek Mahkeme⁵², zulmün sadece koca şiddetinden kaynaklandığı gerekçesiyle sığınma talebinin ret edilemeyeceğine karar vermiştir.

Avustralya Yüksek Mahkemesinin çoğunluk görüşüne katılmayan Callinan JJ ise İngiliz Lordlar Kamarasının *Islam and Ex Parte Shah* kararında azlık oyu kullanan Lord Millett’in görüşlerine atıfta bulunarak şu hususlara değinmiştir.⁵³ Callinan JJ’ ye göre, “Pakistanlı ve şiddete uğrayan kadınlar” diye bir toplumsal gruptan söz edilemez. Pakistanlı ve şiddete uğrayan kadınları bir araya getiren tek unsur zulme uğrama tehdidi olup; bunun dışında bu kadınların ortak bir sıfatları, özellikleri, amaçları, ilgi alanları ve faaliyetleri bulunmamaktadır. Bunun gibi, “Pakistanlı kadınlar”, “evli kadınlar” veya “kocasının şiddetine uğrayan ve devlet tarafından korunmayan Pakistanlı kadınlar” diye bir toplumsal gruptan da söz edilemez.⁵⁴ Ayrıca kadına yönelik şiddet karşısında, devletin veya polisin kadının korunması ile ilgili olarak hareketsiz kalması veya mevcut durumu sürdürmesi zulme yol açmaz. Her devletin polis teşkilatının farklı koruma önceliklerinin bulunması veya her devletin sorunların çözümü noktasında siyasi açıdan farklı önceliklerinin bulunması tabiidir. Devlet açısından zulmün varlığından söz edebilmek için zulüm kastının veya niyetinin ortaya konması gerekir. Bu da devlet tarafından bilinçli bir şekilde harekete geçmeme veya müdahale etmeme yönünde alınmış bir kararın varlığını gerektirir.⁵⁵

Buraya kadar yapılan açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, 1951 Sözleşmesi’nin cinsiyet (*sex*) veya toplumsal cinsiyet (*gender*) kategorilerine yer vermemiş olması sebebiyle, kadınlar sığınma (*iltica*) başvurularında, hem belli bir toplumsal gruba mensubiyetleri sebebiyle zulme uğradıklarını, hem de bu şiddet karşısında vatandaşı oldukları devletin korumasının bulunmadığını veya etkisiz olduğunu da ispat etmek zorunda kalmakta idi.

Her ne kadar, Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği tarafından 1985 yılında alınan tavsiye kararında, kadınların mensup

⁵² Ibid, para. 118-120.

⁵³ Ibid, para. 154.

⁵⁴ Ibid, para. 154.

⁵⁵ Ibid, para. 155.

oldukları toplumun baskıcı sosyal normları karşısında, belli bir toplumsal gruba mensup olmaları sebebiyle zulme uğrayabilecekleri ve bu nedenle 1951 Sözleşmesi'nin 1 (A) 2 maddesinde belirtilen mülteci tanımına uygun düşebilecekleri belirtilmiş ise de,⁵⁶ Kanada, İngiltere ve Avustralya dışındaki ülkelerde, devlet organlarının veya kamu görevlilerinin emir/talimat vermek, desteklemek veya sessiz kalmak suretiyle doğrudan doğruya müdahil olmadığı aile/ hane içi şiddet vakalarında, kadınların sistematik ve yaygın şiddet sebebiyle yaptıkları iltica başvuruları ret edilmekteydi. Bu vakalar bireysel şiddet vakaları olarak kabul edilmekte, uygulanan şiddet veya zulmün devlet ile bir ilgisinin olmadığı savunulmakta idi. İşte, İstanbul Sözleşmesi bu tür yorumlara son verilmesini amaçlamıştır. İstanbul Sözleşmesi önce 3/d maddesinde kadınlara yönelik "toplumsal cinsiyete dayalı şiddetin" tanımını yapmış, ardından, 60'ncı maddesinde ise, "toplumsal cinsiyete dayalı şiddet" tanımının kapsamına girebilecek eylemlerin, toplumsal cinsiyet farklılıklarına duyarlı bir şekilde yorumlanarak, bu şiddet eylemleri nedeniyle zulme maruz kalan veya zulme uğramaktan haklı nedenlerle korkan kadınlara, 1951 Sözleşmesi'nin 1 A (2) maddesinde belirtilen diğer şartların gerçekleşmesi halinde, taraf devletlerce sığınmacı [mülteci] statüsünün verilmesinin uygun olacağını belirtmiştir.

TOPLUMSAL CİNSİYETE DAYALI ŞİDDET VE SİĞİNMA HAKKI

Konunun hukuki boyutlarının detaylarına geçmeden önce, cinsiyet (*sex*) ve toplumsal cinsiyet (*gender*) terimlerinin kısa bir tanımının yapılmasında fayda umulmaktadır. Cinsiyet bireyin biyolojik cinsiyetine bağlı olarak doğuştan itibaren belirlenen demografik bir kategoridir. İnsanların nüfus cüzdanlarında yazan cinsiyet bu terimin anlamına uygundur. Toplumsal cinsiyet, terimi ise kadın veya erkek olmaya toplumun ve kültürün yüklediği anlamları ve beklentileri ifade eder. Dolayısıyla kültürel bir yapıyı karşılar. Bu bağlamda, toplumsal cinsiyet, bireyi kadınsı ya da erkeksi olarak karakterize eden psiko-sosyal özelliklerdir.⁵⁷

⁵⁶ "Refugees, Women and International Protection" adopted by the Executive Committee of the United Nations High Commission for Refugees, 1985.

⁵⁷ Zehra Yaşın Dökmen, Toplumsal Cinsiyet, Sosyal Psikolojik Açıklamalar, Dördüncü Baskı, Remzi Kitabevi, İstanbul, 2014, s. 20.

Kadınlara yönelik toplumsal cinsiyete dayalı şiddet ise, İstanbul Sözleşmesi'nin 3/d maddesinde "kadına kadın olmasından dolayı uygulanan [ve] kadınları orantısız biçimde etkileyen şiddet" olarak tanımlanmıştır. Söz konusu tanım ile ilgili olarak Sözleşmenin İngilizce metnine bakıldığında ise, metinde "*violence that is directed against a woman because she is a woman or that affects women disproportionately*" ifadesi yer almakta olup; bu tanımın CEDAW Kadınlara Yönelik Şiddet Komitesi'nin 19 Nolu Genel Tavsiye Kararı'nın⁵⁸ 6'ncı maddesinde belirtilen tanımla örtüştüğü görülmektedir. Ancak kanaatimizce, İstanbul Sözleşmesi'nin 3/d maddesine ilişkin resmi çeviride kullanılan "ve" ibaresinin "veya" şeklinde okunması ve doğru tanımın "kadına kadın olmasından dolayı uygulanan veya kadınları orantısız biçimde etkileyen şiddet" şeklinde anlaşılması gerekir. Dolayısıyla kadınlara yönelik toplumsal cinsiyete dayalı şiddetin varlığı için, tanımda geçen iki halden birinin gerçekleşmesi yeterli olup; her iki halin de aynı anda gerçekleşmesi gerekmez.

Bu bağlamda, kadının cinsiyetiyle ilişkili olarak zulme /şiddete maruz kalması (*gender-specific persecution*) ile kadının sırf kadın olması dolayısıyla zulme/ şiddete maruz kalması (*gender-based persecution*) halleri arasında ayırım yapmak gerekir. Kadının sırf kadın olması sebebiyle şiddete/ zulme maruz kaldığı hallerde, kadın, o toplumda kadının uyması gerektiği düşünülen sosyo-kültürel normlara uygun olarak şekillendirilen toplumsal cinsiyet kurallarına (*gender*) uygun davranmadığı için zulme uğramaktadır. Yani kadınlara ayrımcı bir biçimde uygulanan, sosyal ve kültürel normlara uygun olarak şekillenen toplumsal cinsiyet kuralı ile zulüm arasında doğrudan bir sebep-sonuç ilişkisi bulunmaktadır. Örneğin evlilik birliği dışında cinsel ilişkiye giren bir kadın zulme ve cezalandırılmaya maruz kalıyor, aynı şartlarda cinsel ilişkiye giren bir erkek zulme maruz kalmıyor ise, burada kadın, kadınlara yüklenen toplumsal cinsiyet kurallarına uygun davranmadığı ve dolayısıyla sırf kadın olduğu için toplumsal cinsiyete dayalı olarak zulme/şiddete maruz kalıyor demektir.

⁵⁸ The CEDAW Committee's General Recommendation No. 19 on violence against women, (1992) UN doc. CEDAW/C/1992/L.1/Add.15 at § 24 (a).

Kadınlar ve erkekler biyolojik cinsiyetleriyle ilişkili olarak da zulme veya şiddete maruz kalabilir. Örneğin politik görüşleri sebebiyle bir erkek üreme organlarına elektrik akımı verilmesi suretiyle şiddete maruz kalabilir, burada kişiye sırf erkek olduğu için şiddet uygulanmamakta, politik görüşleri nedeniyle zulmedilmektedir. Yine etnik veya dini sebeplerle yaşanan iç çatışmalarda, kadınlar tecavüze veya tacize maruz kalabilir. Bu durumda da yine kadınlar sırf kadın oldukları için değil, farklı bir dine veya etnik kökene mensup oldukları için ve fakat cinsiyetleri ile ilişkili bir yöntem ile zulme uğramaktadır.

Her ne kadar başvuruların tümünde sığınma/iltica talepleri kabul edilmese de bazı şiddet türlerinin, toplumsal cinsiyete dayalı şiddet türleri olduğu genel olarak kabul edilmektedir. Bu bağlamda, baskıya dayalı doğum kontrolü, kürtaj, kısırlaştırma ve nüfus planlaması uygulamaları, kadın hakları savunucularına yönelik şiddet, baskıya dayalı ve kadının itirazına rağmen uymak zorunda olduğu kadın sünneti, zorla evlendirme, berdel, kumalık ve çok eşlilik gibi adet ve gelenekler ile namus/töre cinayetleri, LGBTI kişilere cinsel tercihleri nedeniyle yöneltilen şiddet, seks köleliği, fuhuş amacıyla kadınların alınıp satılması ve ticareti, kadınları temel hak ve özgürlüklerden yoksun bırakmayı amaçlayan baskıcı ve ayrımcı kültürel normlar ile bunlara uyulmaması halinde verilen orantısız cezalar, toplumsal cinsiyete dayalı şiddet halleri olarak kabul edilmektedir.

Toplumsal cinsiyete dayalı şiddet nedeniyle sığınma [iltica] hakkına ilişkin olarak verilmiş en önemli karar ise İngiliz Lordlar Kamarası tarafından verilen *Fornah*⁵⁹ kararıdır. Bu davada 28 yaşındaki Sierra Leone vatandaşı *Zainab Esther Fornah* ülkesine geri dönmesi halinde kadın sünnetine (FGM) tabi tutulacağını iddia etmiştir. Lordlar Kamarası daha önceden *Islam and Ex Parte Shah* kararındaki gerekçeler ile 1951 Sözleşmesi'ni bu kez toplumsal cinsiyet farklılıklarına duyarlı bir şekilde yorumlamış ve kararını oy birliği ile vermiştir.

Bu davada mahkeme, Sierra Leone'de *Krio* olarak bilinen eski bir etnik koloni dışında tüm etnik gruplarda sünnet uygulamasının yaygın olarak bulunduğunu, dolayısıyla sünnet uygulayan ve uygu-

⁵⁹ *Fornah v Secretary of State for the Home Department* [2006] UKHL 46.Bkz. <http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/2006/46.html>

lamayan gruplar şeklinde iki bağımsız toplumsal grubun zulüm tehdidinden bağımsız olarak Sierra Leone’de mevcut olduğunu, *Fornah*’ın da bekâr olup sünnet uygulamasına tabi tutulma riski bulunan Sierra Leone vatandaşı kadınlar grubuna dâhil olduğunu belirtmiştir. Lordlar Kamarası sünnet uygulamasının daha önceden sünnet edilen kadınlar tarafından yerine getirildiğini, Sierra Leone’de mevcut tüm siyasi partilerin bu geleneği desteklediğini, devletin yetkili makamlarının bu geleneği durdurmak veya genç kızları korumak için bir müdahalede bulunmadığını, *Zainab Esther Fornah* gibi birçok kızın kendi rızası hilafına bu muameleye tabi tutulduğunu belirtmiştir.⁶⁰ Lordlar Kamarası ayrıca, zulüm tehlikesinin mevcut olması halinde, herhangi bir ülkede yaşayan kadınların her zaman bir toplumsal grup olarak kabul edilebileceğini ifade etmiştir. Mahkemeye göre, kadınların sırf kadın olmaları sebebiyle toplumda erkeklerden daha aşağıda bir statüye tabi tutulmaları ve zulme uğramaları halinde, zulüm teşkil eden eylem doğrudan devletten veya kamu otoritelerinden kaynaklanmasa bile, devletin kadınları koruma konusunda gönülsüz davranması veya etkin bir koruma sağlayamaması halinde 1951 Sözleşmesi anlamında iltica [sığınma] başvurularının kabulü gerekir.⁶¹

Nihayetinde hâlihazırda İngiltere’de uygulanmakta olan ve 29 Eylül 2010 tarihinde yayımlanan “iltica başvurularında toplumsal cinsiyet” başlıklı rehber ilkelerde⁶², evlilik içi tecavüzün suç sayılmaması halinde olduğu gibi **doğrudan doğruya mevzuattan kaynaklanan** toplumsal cinsiyete dayalı şiddet halleri ile **polis**in şiddet nedeniyle koruma taleplerine karşı duyarsız davranması veya kayıtsız kalması durumunda ya da **devletin**

şiddet faillerinin bulunması, soruşturulması, yargılanması ve nihayetinde cezalandırılması için gönülsüz davranması,

soruşturma ve kovuşturma yapmayı ret etmesi, veya soruşturma, kovuşturma, yargılama ve cezalandırmada başarılı olmaması,

⁶⁰ Fornah, para. 69.

⁶¹ Ibid, para. 100-102.

⁶² UK Visas And Immigration, Gender Issues in the Asylum Claim: Process, 29 September 2010, s.7.para.3.3 https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/257386/gender-issue-in-the-asylum.pdf

şiddete neden olan namus ve töre cinayeti gibi gelenek ve adetleri desteklemesi, bunları yerine getirenleri cesaretlendirmesi,

şiddete neden olan gelenek ve adetlere, dini veya kültürel kurallara karşı harekete geçmemesi/geçmemesi ve bunları sonlandırma konusunda gönülsüz davranması,

şiddete karşı mağdurlara etkili bir koruma sağlayamaması,

durumunda devlet ile irtibatlı, kadına yönelik toplumsal cinsiyete dayalı bir zulüm halinin var olduğunun kabulü gerektiği belirtilmektedir.

Tüm bu veriler ışığında Türkiye Cumhuriyeti vatandaşları tarafından yapılabilecek toplumsal cinsiyete dayalı şiddetten kaynaklanan sığınma başvurularının taraf devletlerce kabul edilebilirliğine ilişkin olarak bir değerlendirme yapmak gerektiğinde, 9.9.2009 tarihli *Opuz v Turkey*⁶³ kararı dâhilinde bir değerlendirme yapılması mümkün görülmektedir. Bu kararda, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi içtihadında ilk defa, toplumsal cinsiyete dayalı şiddete karşı devletin gerekli tepkiyi vermemesinin ve etkili bir koruma sunamamasının, ayrımcılık teşkil ettiği ve bu durumun İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin 14'üncü maddesine aykırı olduğu hususu karar altına alınmıştır. Kararda aile içi şiddetin kişisel bir konu olmadığı, kamuyu ilgilendiren ve devletin şiddete karşı etkili bir koruma mekanizması kurmasını gerekli kılan bir konu olduğu belirtilmiştir.⁶⁴

Bu davaya konu olayda, davacı Nahide OPUZ 10 Nisan 1995 te başlayıp 29 Ekim 2001 tarihine kadar devam eden süreçte kocası Hüseyin OPUZ'un 5 kez saldırısına uğramış, ardından 11 Mart 2002 tarihinde Nahide OPUZ'un annesi, Hüseyin OPUZ tarafından öldürülmüştür. Bu süreçte, Nahide OPUZ'un kendisini ve annesini korumak için yaptığı başvurular sonuçsuz kalmıştır. Cezaevine konan Hüseyin OPUZ, uzun süre tutuklu olarak yargılanmasının ardından, 26 Mart 2008

⁶³ *Opuz v. Turkey* (Application no. 33401/02) <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-92945>

⁶⁴ *Opuz v. Turkey* para. 200, 201; Nisan Kuyucu, İnsan Hakları Ortak Platformu AIHM Kararlarının Uygulanması İzleme Raporları, 2015/1, *Opuz Kararının Uygulanması-İzleme Raporu*, Ankara, 2015, s.3.

tarifli oturumda 15 yıl 10 ay hapis cezasına çarptırılmış ve tutuklu bulunduğu süre göz önüne alınarak tahliye edilmiştir. Salıvermeyi müteakip Hüseyin OPUZ, Nahide OPUZ' u kendisi ile tekrar beraber olması için tehdit etmeye devam etmiştir. Bu arada, dava İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nde 15 Temmuz 2002 tarihinde açılmış olup, Nahide OPUZ'un korunma altına alınması ve kendisine yönelik tehditlerin önlenmesi, nihai kararın verildiği 9 Eylül 2009 tarihinden ancak kısa bir süre önce İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin ısrarlı talepleri ve Adalet Bakanlığı'nın müdahalesi üzerine 21 Kasım 2008 tarihinde gerçekleşmiştir.⁶⁵ Bu açıdan bakıldığında, tipik bir ısrarlı takip⁶⁶ vakası olan *Opuz* davasında, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, polislin kendisine yapılan koruma başvurularında adeta bir arabulucu gibi davranıp, kadınları evlerine gönderip kocaları ile barışmaya davet etmesi ve şikâyetlerinden vazgeçirmeye çalışması ya da şiddet konusunu aile içi bir mesele olarak görüp müdahale etmek istememesi sebebiyle, kadının şiddetten korunmasını amaç edinen kanunların uygulanmasında ciddi sorunlar bulunduğunu, bunun da hak ihlallerine yol açtığını belirtmiştir.⁶⁷ Mahkeme ayrıca, Hüseyin OPUZ hakkındaki ceza yargılamasının 6 yıldan fazla sürmesi,⁶⁸ koruma ve tedbir başvurularında, bu başvuruların sanki boşanma davalarına yönelik bir tedbirmiş gibi algılanarak duruşma için uzun süreler verilmesi,⁶⁹ şiddet faillerinin caydırıcı bir cezaya çarptırılmayıp cezaların namus gerekçesiyle haksız tahrik indirimine tabi tutulması⁷⁰ gerçeği karşısında, hane/aile içi şiddet fiillerinden temel olarak kadınların olumsuz etkilendiğini ve yargı organlarının pasif davranmasının da şiddetin işlenmesi için uygun bir ortam hazırladığını belirtmiştir.⁷¹

Bu bulgu ve delillere uygun olarak mahkeme, her ne kadar kasıtlı olmasa da yargı makamlarının genel olarak kadına yönelik şiddet konusunda gereken hassasiyeti göstermeyip, kayıtsız kalmasını,

⁶⁵ Ibid, para 9-69.

⁶⁶ İsrarlı takip ve Avrupa Birliğine üye devletlerde ısrarlı takip konusuna yaklaşım hakkında Bkz. Recep Doğan, "Kadına Yönelik Şiddetin Bir Türü Olarak, İsrarlı Takip (Stalking) Kavramı ve Suçu", *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl: 72 Sayı: 2, 2014, s.135-154.

⁶⁷ *Opuz v. Turkey* para 92, 96, 102, 195.

⁶⁸ Ibid, para. 151.

⁶⁹ Ibid, para. 196.

⁷⁰ Ibid, para. 196.

⁷¹ Ibid, para. 198.

sanıkların şiddet eylemlerinin caydırıcı bir cezai yaptırıma tabi tutulmamasını göz önüne alarak, Nahide OPUZ ve annesinin toplumsal cinsiyete dayalı şiddete ve dolayısıyla şiddetten korunma noktasında ayrımcılığa tabi tutulduğunu tespit etmiş, yaşananların İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 2'nci 3'üncü ve 14'üncü maddelerine aykırı olduğu hususunu karara bağlamıştır.⁷² Mahkemeye göre,⁷³ Hüseyin OPUZ'un şiddet eylemleri karşısında verilen yargı kararları, etkililikten yoksun, belli bir düzeyde hoşgörü içeren ve Hüseyin OPUZ üzerinde gözlemlenebilir hiçbir önleyici ya da caydırıcı etki yaratmayan kararlardır. Dolayısıyla, bu vakadaki şiddet olayları İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 3'üncü maddesinde belirtilen minimum sınırı aşmış ve kötü muamele derecesine ulaşmıştır.⁷⁴

Bu davada tespit edilen bulgulara göre, yargı makamlarının kadına yönelik şiddet eylemleri karşısında pasif kalması, kadına yönelik şiddeti durdurmayı amaçlayan mevzuatı toplumsal cinsiyet farklılıklarına duyarlı bir şekilde yorumlamaması, polisin şiddet eylemlerini soruşturma ve mağdurları koruma konusunda gönülsüz davranması halinde, kadınlara sırf kadınları olmaları sebebiyle uygulanan yahut kadınları orantısız bir biçimde etkileyen ve nihayetinde devletin yeterli ve etkin bir koruma sağlayamaması durumunda devlet ile bağlantısı açık olan, toplumsal cinsiyete dayalı şiddetten kaynaklanan bir zulmün mevcut olduğunu söylemek mümkündür. Dolayısıyla, *Opuz* davasında yaşananlara benzer vakaların yaşanması halinde, İstanbul Sözleşmesi'nin 3/d ve 60'ncü maddesi kapsamında 1951 Sözleşmesi'ne uygun olarak yapılacak iltica (sığınma) başvurularında, kendisine başvurulmuş devlet, sadece Türkiye'nin mağduru şiddete karşı koruma konusunda etkili bir koruma sağlayıp sağlayamayacağını araştırarak, etkili bir korumanın sağlanamayacağına kanaat getirirse iltica[sığınma] başvurusunu kabul edecektir.

SONUÇ VE ÖNERİLER

İstanbul Sözleşmesi'nin 60'ncü maddesinde yer alan "kadının toplumsal cinsiyete dayalı şiddetten kaynaklanan sığınma hakkı"

⁷² Ibid, para. 200-202.

⁷³ Kuyucu, s.3

⁷⁴ Kuyucu, s.8.

kapsamında, bundan böyle toplumsal cinsiyete dayalı şiddet/zulüm nedeniyle yapılan sığınma [iltica] başvurularında, kadınlar 1951 Sözleşmesi'nde belirtilenin aksine, "belli bir toplumsal gruba mensup" olmaları nedeniyle zulme uğradıklarını ispatlamak zorunda değildir.

Bir başka deyişle, 1951 Sözleşmesi'ne göre, taraf devletlerin takdirine bırakılan ve "toplumsal cinsiyete dayalı şiddet" tanımının kapsamına girebilecek eylemler, İstanbul Sözleşmesi ile birlikte artık taraf devletlerce toplumsal cinsiyet farklılıklarına duyarlı bir şekilde yorumlanmak zorundadır. Dolayısıyla, 1951 Sözleşmesi'nin 1 A (2) maddesinde belirtilen diğer şartların gerçekleşmesi halinde, toplumsal cinsiyete dayalı şiddet eylemleri nedeniyle zulme uğrayan veya zulme uğramaktan haklı nedenlerle korkan her kadına mülteci statüsü verilmesi artık zorunludur.

Bu bağlamda, eğer bir kadın, sırf kadın olması sebebiyle şiddete uğruyor yahut kendisini temel hak ve özgürlüklerden yoksun bırakmayı amaçlayan baskıcı ve ayrımcı kültürel normlara uymadığı gerekçesiyle orantısız cezaya çarptırılıyor ya da toplumda erkeklerden daha aşağıda bir statüye tabi tutularak ayrımcılığa ve şiddete maruz kalıyorsa, zulüm teşkil eden şiddet eylemi doğrudan devletten veya kamu otoritelerinden kaynaklanmasa bile, devlet ile bağlantılı bir zulüm mevcut demektir.

Bu türden bir muameleye tabi tutulan kadının sığınma başvurusu yapması halinde, 1951 Sözleşmesi'ne uygun olarak sığınma [iltica] başvurusunun kabulü gerekmektedir. Bu sonuç, İstanbul Sözleşmesi'nin 60/2 maddesinin de öngördüğü üzere 1951 Sözleşmesi'nin maddelerinin toplumsal cinsiyet farklılıklarına duyarlı bir şekilde yorumlanmasının doğal bir sonucudur. Bu nedenle, toplumsal cinsiyete dayalı şiddet nedeniyle zulme uğrayan kadınların sığınma [iltica] talepleri konusunda, İstanbul Sözleşmesi ile 1951 Sözleşmesi'ne taraf devletlerin idari makamlarının ve yargı organlarının ortak bir tavır içine girmesi artık zorunludur. Kanımızca, taraf devletlerin yargı organlarının toplumsal cinsiyete dayalı şiddetten kaynaklanan sığınma hakkı ile ilgili ulusal ve uluslararası mevzuatı, *Fornah, Islam and Ex Parte Shah* ve *Opuz* kararlarına uygun olarak yorumlaması, İstanbul Sözleşmesi'nin lafzına ve Sözleşme ile varılmak istenen "kadına yönelik şiddetten ve

aile içi şiddetten arındırılmış bir Avrupa yaratma" amacına uygun bir yaklaşım olacaktır.

Bu bağlamda, Türkiye'nin toplumsal cinsiyet eşitliğinin sağlanması ve toplumsal cinsiyete dayalı şiddetin önlenmesi konusunda İstanbul Sözleşmesi'ni imzalayıp yürürlüğe koyarak kat ettiği mesafe ve bu konudaki kararlılığı oldukça önem teşkil etmekle beraber, tüm kadınların şiddetten, her türlü istismar ve sömürüden uzak bir hayat sürmesinin sağlanması için yapılması gereken çok şey vardır. Bu amaçla, öncelikle şiddet uygulayan gerçek failer ile şiddet uygulama eğilimi olan potansiyel failere yönelik önleyici, koruyucu, rehabilite edici tüm önlemlerin alınmasını sağlayacak alt yapı oluşturulmalıdır.⁷⁵

Kadına yönelik şiddetin önlenmesi amacıyla gerçekleştirilecek tüm hukuksal, sosyal ekonomik ve tıbbi müdahalelerin tamamı toplumsal cinsiyet eşitliği perspektifinden gerçekleştirilmeli ve tüm müdahalelerin uygulanmasında, mağdur olan kadının ihtiyaçlarının karşılanması temel düşünce olmalıdır. Bu ihtiyaçların giderilmesi için sunulacak destek, koruma, önleme, rehabilitasyon hizmetleri, hem merkezi idare, hem de yerel yönetimler tarafından aynı hassasiyetler, standartlar ve ilkeler ile yürütülmeli, gönüllü kuruluşlar ile her alanda işbirliği sağlanmalıdır.

Türkiye'nin hükümetten hükümete değişmeyecek ve seçim sonuçlarından etkilenmeyecek, en az 5 ve 10 yıllık bağlayıcı eylem planlarını yürürlüğe koyması gerekli olup eylem planları hazırlanırken tüm paydaşların, ilgili tüm kamu kurum ve kuruluşlarının ve sivil toplum kuruluşlarının katkısı alınmalı, plan parlamentonun onayına sunulmalı, ardından plan kapsamında yerine getirilen faaliyetler hakkında her yıl parlamentoya bilgi verilmelidir. TBMM bünyesinde faaliyette bulunan Kadın Erkek Fırsat Eşitliği Komisyonu önemli görevler üstlense de bu komisyonun tek başına tüm bu görev ve sorumlulukları yerine getirmesi olanak dâhilinde gözükmemektedir. Bu nedenle eylem planı, parlamento içerisinde temsil edilip edilmediğine bakılmaksızın, tüm toplumsal katmanları kapsayacak bir platform tarafından

⁷⁵ Bu konuda ayrıntılı bir tartışma için Bkz. Recep Doğan, "Namus", "Töre" ve Eril Şiddet: Yargıtay Kararları Toplumsal Cinsiyet Kuramları, Ütopya Yayınları, Ankara, 2016.

kaleme alınmalı ve hayata geçirilmelidir. Bu eylem planları kapsamında gerçekleştirilen aşamaların bağımsız ve tarafsız uluslararası kuruluşlarca şeffaf bir şekilde takip ve izlenmesi sağlanmalı, gönüllü sivil toplum kuruluşlarınca sağlanacak takip, izleme ve gözlem faaliyetleri sonucunda gölge raporların hazırlanması temin edilmelidir. Merkezi ve yerel yönetimler eleştiriye ve işbirliğine açık olmalıdır. Hizmet standartları her alanda oluşturulmalı, sektörler arası koordinasyonu sağlamakla görevli olması amaçlanan Şiddet Önleme ve İzleme Merkezleri'nin tüm yerel unsurlar ve sektördeki hizmet sağlayıcıları ile işbirliği içinde çalışması için kapasitesi arttırılmalıdır.

Kaynakça

- BMMYK- Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği, Mülteci Statüsünün Belirlenmesinde Uygulanacak Ölçütler ve Usuller Hakkında El Kitabı, (HCR/1P/4/EnG/Rev.2). Yeniden Gözden Geçirilmiş Baskı, BMMYK, Ankara, 1998.
- Bresnahan Kristin A, "The Board of Immigration Appeals's New Social Visibility Test for Determining Membership of a Particular Social Group in Asylum Claims and Its Legal Policy Implications", *Berkeley Journal of International Law*, 29 (2), 2011, s.649-679.
- Doedens Joline, "The Politics of Domestic Violence-Based Asylum Claims", *Duke Journal of Gender Law & Policy*, 2014, vol.22, s.111-136.
- Doğan Recep, "Kadına Yönelik Şiddetin Bir Türü Olarak, Israrlı Takip (Stalking) Kavramı ve Suçu", *Ankara Barosu Dergisi*, 2014, Yıl: 72, Sayı: 2, s.135-154.
- Doğan Recep, "Namus", "Töre" ve Eril Şiddet: Yargıtay Kararları Toplumsal Cinsiyet Kuramları, Ütopya Yayınları, Ankara, 2016.
- Dökmen Zehra Yaşın, Toplumsal Cinsiyet, Sosyal Psikolojik Açıklamalar, Dördüncü Baskı, Remzi Kitabevi, İstanbul, 2014.
- Hathaway James C, *The Law of Refugee Status*, Osgoode Hall Law School, York University, Butter Worths Ltd., Canada, 1991.
- Helton Arthur C, "Persecution on Account of Membership in a Social Group As a Basis for Refugee Status", *Columbia Human Rights Law Review*, 1983, 15 (1), s.39-67.
- Kahn Sarilee, "Cast Out: "Gender Role Outlaws" Seeking Asylum in the West and the Quest for Social Connections", *Journal of Immigrant & Refugee Studies*, 13, 2015, s.58-79.
- Kuyucu Nisan, İnsan Hakları Ortak Platformu AİHM Kararlarının Uygulanması İzleme Raporları, 2015/1, Opuz Kararının Uygulanması-İzleme Raporu, Ankara, 2015. http://www.aihmiz.org.tr/files/opuz_rapor.pdf
- Mcpherson Melinda, Horowitz Leah S., Lusher Dean, Di Giglio Sarah, Greenacre Lucy E., Saalman Yuri B., "Marginal Women, Marginal Rights: Impediments

- to Gender-Based Persecution Claims by Asylum-seeking Women in Australia”, *Journal of Refugee Studies*, 24 (2), 2011, s.323-347.
- Odman M. Tevfik, Mülteci Hukuku, AÜSBF İnsan Hakları Merkezi Yayınları, No: 15, Ankara, 1995.
- Pazarcı Hüseyin, Uluslararası Hukuk Dersleri, II. Kitap, Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 1993.
- Refugee Women’s Legal Group, Gender Guidelines for the Determination of Asylum Claims in the UK, July 1988.
- The CEDAW Committee’s General Recommendation No. 19 on Violence Against Women: (1992) UN doc. CEDAW/C/1992/L.1/Add.15 at § 24 (a).
- The Executive Committee of the United Nations High Commission for Refugees, Refugees, Women and International Protection, 1985.
- The Guardian, “Julian Assange granted asylum by Ecuador”, August 16, 2012 <http://www.theguardian.com/media/2012/aug/16/julian-assange-ecuador-embassy-asylum-live>.
- UK Visas and Immigration, Gender Issues in the Asylum Claim: Process, 29 September 2010. https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/257386/gender-issue-in-the-asylum.pdf
- Vrachnas John, Boyd Kim, Bagaric Mirko, Dimopoulos, Penny, Migration and Refugee Law: Principles and Practice in Australia, 2 nd Edition, Cambridge University Press, New York, 2008.

Mahkeme Kararları

Amerika Birleşik Devletleri

The U.S. Board of Immigration Appeals

In re Acosta (1985) 19 I. & N. 211.

Bastanipour v. Immigration and Naturalization Service (1992) 980 F.2d 1129.

Fatin v. Immigration and Naturalization Service (1993) 12 F.3d 1233.

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi

Opuz v. Turkey (Application no. 33401/02).

Avustralya

The High Court of Australia

A. v. Minister for Immigration and Ethnic Affairs and Another (1997) 142 A.L.R. 331.

Minister for Immigration v Khawar [2002] HCA 14.

İngiltere

House of Lords

Fornah v Secretary of State for the Home Department [2006] UKHL 46.

Islam v. Secretary of State for the Home Department Immigration Appeal Tribunal and Another, Ex Parte Shah, R v. [1999] UKHL 20.

The Court of Appeal

Reg. v. Immigration Appeal Tribunal, Ex-parte Shah [1998] 1 W.L.R. 74.

Kanada

The Supreme Court of Canada

Attorney-General of Canada v. Ward (1993) 103 D.L.R. (4th) 1.

The Federal Court of Appeals

Cheung v Canada (Minister of Employment and Immigration) [1993] 102 D.L.R. (4th) 214. (Fed.Ct.App.) (Can.)

Yeni Zelanda

The New Zealand Refugee Status Authority

Re G.J. [1998] 1 N.L.R. 387.

TÜRK MEVZUATINDA ÇEVREYİ KİRLETENİN HUKUKİ SORUMLULUĞU*

CIVIL LIABILITY OF THE POLLUTER IN THE TURKISH LEGISLATION

Zeynep GÜDÜK**

Özet: Çalışmamızda, çevreyi kirletenin hukuki sorumluluğuna ilişkin Türk mevzuatı ve konuya ilişkin yargı kararları incelenmiştir. Bu çerçevede, öncelikle Borçlar Kanunu'nda düzenlenen genel sorumluluk türleri açıklanmış ve sonrasında Çevre Kanunu'na göre kirletenin hukuki sorumluluğu ortaya konulmuştur. Son olarak ise Çevre Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden önce komşuluk hukuku kapsamında çevreyi kirletenin hukuki sorumluluğunu öngören ve pek çok uyuşmazlığın çözümünde yargı kararlarına konu olan Türk Medeni Kanunu hükümleri incelenmiştir. Ayrıca Avrupa Birliği Çevresel Sorumluluk Direktifi'nin ulusal mevzuatımıza uyumlaştırılmasına duyulan ihtiyaç ve karşılaşılabilecek sorunlar açıklanmıştır

Anahtar Kelimeler: Çevre, Kirlilik, Hukuki Sorumluluk, Kusursuz Sorumluluk, Komşuluk Hukuku, Çevre Kanunu, Çevresel Sorumluluk Direktifi

Abstract: In our article, the civil liability of the polluter in Turkish legislation and the judicial decisions concerning this subject have been examined. In this context, firstly the types of general liability according to Turkish Code of Obligations will be explained. Then, civil liability of the polluter will be propound pursuant to Environment Act. Finally, before the enactment of the Environmental Law, the provisions of the Turkish Civil Code, which foresees the civil liability of the polluter in the context of neighborhood law and judicial decisions based on those provisions in many disputes have been examined. Moreover, the need for environmental regulations and problems of harmonization of Turkish law with the EU Environmental Liability Directive have been explained.

Keywords: Environment, Pollution, Civilliability, Absolute Liability, Neighbourhood Law, , Environment Act, Environmental Liability Directive

* Bu makale yazarın "Çevreyi Kirletenin Hukuki Sorumluluğu" isimli yüksek lisans tezinden türetilmiştir.

** Çevre ve Şehircilik Uzman Yardımcısı ve Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Medeni Hukuk Bilim Dalı Yüksek Lisans Öğrencisi

GİRİŞ

Çevreyi kirletenin hukuki sorumluluğuna gidilmesinin amacı, çevrenin kirlenmesine neden olan kişiye, ortaya çıkan zararın tazmin ettirilmesidir. Hukuki sorumluluk, çevresel bozulmanın yol açtığı zararların ödettilmesinin sağlaması nedeniyle, kirleten öder ilkesinin hukuki ve mali araçlarından biri olarak kabul edilmiştir. Çevre sorunlarının çözümüne yönelik olarak hukuki sorumluluk kurallarının amacı çevreyi kirleten faaliyetlerden zarar gören kişilerin uğradıkları zararın tazminini, eski hale getirilmesini, bu tür faaliyetlerin zarar verici etkilerinin önlenmesini sağlamaktadır. Bu kapsamda, çevrede oluşan zararın giderilmesini öngören çevresel sorumluluk kavramı, zarara sebep olanların üstlenmesi gereken sorumluluğu ifade etmektedir.

Avrupa Birliği'nde, çevresel sorumluluğa ilişkin boşluğun doldurulması amacıyla, 21 Nisan 2004 tarihinde Avrupa Parlamentosu ve Konseyi'nin Çevresel Zararların Önlenmesi ve Giderilmesine İlişkin Çevresel Sorumluluk Direktifi (kısaca: Çevresel Sorumluluk Direktifi) kabul edilmiştir. Avrupa Birliği Antlaşması'nın çevrenin korunması amacına yönelik olan 191. maddesine dayanılarak çıkarılan Çevresel Sorumluluk Direktifi'nin 1. maddesi, bu Direktif'in amacının kirleten öder ilkesi esas alınarak çevresel zararların önlenmesi ve giderilmesini hedefleyen bir çevresel sorumluluk anlayışının çerçevesini ortaya koymak olduğunu belirtmiştir.

Bu açıdan uluslararası çevre hukuku veya Avrupa Birliği Hukuku gibi bölgesel çevre hukuku sistemlerinde çevresel sorumluluk kurallarında, ortak kaynakların kullanımı ile bu kaynakları kirletici faaliyetlerin kesinlikle yasaklanmasına ilişkin çerçeve ilke ve kurallara dayanıldığı görülmektedir. Bu bağlamda ulusal mevzuatımızın yeniden değerlendirilmesinde ve yeni ilke ve kuralların getirilmesinde ciddi anlamda gereklilik ve fayda bulunmaktadır.¹ Çalışmanın genelinde amaçlanan çevreyi kirletenin sorumluluğunu özel hukuk açısından belirlemek olduğundan, çevreyi kirletenin ulusal üstü hukuk, idare hukuku ve ceza hukuku açısından sorumluluğu çalışmanın kapsamı dışında bırakılmıştır.

¹ Süheyla Alica, "Çevrenin Korunmasına İlişkin Sorumluluk Kurallarının Yargıtay Kararları Kapsamında İncelenmesi", *YÜHFD*, Vol: VIII, No.1, 2011, s.40.

1. Genel Olarak Hukuki Sorumluluk ve Türleri

Hukuki sorumluluk, en geniş anlamıyla kişinin başkasına verdiği zarar sebebiyle ortaya çıkan zararı giderim yükümlülüğüdür.² Sorumluluk, bir eylem neticesinde ortaya çıkan zarardan kimin sorumlu olduğunu gösteren, zarar görenin, zarar verenden zararı telafi etmesini talep hakkını düzenleyen normlar bütünüdür.³

Sorumluluk, “haksız fiil sorumluluğu” ve “borca aykırılıktan doğan sorumluluk” olarak ikiye ayrılmaktadır.⁴ Haksız fiil sorumluluğuna ilişkin Türk Borçlar Kanunu’nun (TBK) 49. maddesi genel bir sorumluluk hükmüdür ve dar anlamda haksız fiil sorumluluğunu düzenlemiştir. Haksız fiil sorumluluğu, kusur sorumluluğu ve kusursuz sorumluluk olarak ikiye ayrılmaktadır. Kusursuz sorumluluk halleri, olağan kusur sorumluluğu ve ağırlaştırılmış kusur sorumluluğu başka bir deyişle tehlike sorumluluğu olmak üzere ikiye ayrılmaktadır.⁵ Tehlike sorumluluğu dışındaki kusursuz sorumluluk halleri, olağan kusur sorumluluğu olarak anılmaktadır.⁶ Buna göre haksız fiili sorumluluğunu “kusur sorumluluğu” ve “kusursuz sorumluluk” olarak ikiye ayırıp, inceleyebiliriz.⁷

1.1. İlke: Kusur Sorumluluğu

Kusur sorumluluğu, “sübjektif sorumluluk” veya “dar anlamda haksız fiil sorumluluğu” şeklinde de ifade edilmektedir.⁸ Kusur so-

² Ahmet Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015, s.30; Hasan Demir, *Çevreyi Kirletenin Hukuki Sorumluluğu*, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2011, s.60.

³ Birol Ertan, Kıvılcım, Ertan, *Çevre Hukukunda Sorumluluk*, *TODAIED*, C.38, Sayı 3, Eylül 2015, S.1-18, s.2.

⁴ Kemal Oğuzman, Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Gözden Geçirilmiş Güncelleştirilmiş Sekizinci Bası, İstanbul, 2010, s.14; Şafak Kaypak, “Çevrenin Korunmasında Sorumluluk Hukukunun Yeri”, *Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu*, 2009, s.319.

⁵ Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Yetkin Yayınevi, İstanbul, 2015, s.452.

⁶ Oğuzman/Öz, s.6.

⁷ 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 49. maddesinde kusur sorumluluğu, 65. maddesinde kusursuz sorumluluk üst başlığı adı altında hakkaniyet sorumluluğu, 66. maddesinde özen sorumluluğu üst başlığı adı altında adam çalıştırmanın sorumluluğu ve özen sorumluluğu üst başlığı adı altında 67. maddesinde hayvan bulunduranın sorumluluğu ve yine aynı üst başlık adı altında yapı malikinin sorumluluğu ve 71. maddede tehlike sorumluluğu ve denkleştirmeyi düzenlemiştir

⁸ Oğuzman/Öz, s.6.

rumluluğu, sorumluluk hukukunun genel ilkesi olup, en yaygın uygulanan sorumluluk türüdür. TBK'da kusur tanımına yer verilmiştir. Kusur bir kimsenin hukuk düzeni tarafından onaylanmayan ve uygun bulunmayan davranış biçimi olarak tanımlanabilir. Hukuk düzeni davranışın bu şekilde olmasını beklememesinden dolayı kişiyi kusurlu saymaktadır.⁹ Yargıtay farklı kararlarında kusur için, “*hukuk düzenince kınanan, beğenilmeyen bir zihin ve ruh hali, bir irade eksikliği olgusuyla ortaya çıkan davranış*” şeklinde bir tanımlamaya yer vermiştir.¹⁰ Bu sorumluluk şeklinde zarar kimin kusuru sonucu doğmuşsa zararı gidermekle o yükümlüdür.¹¹ Bu sebeple, sorumluluğun doğması için zarar, uygun nedensellik bağı ve hukuka aykırılık unsurunun yanında zarar verenin davranışının kusurlu olması da aranır.¹²

1.2. İstisna: Kusursuz Sorumluluk

Sorumluluk hukukunda, kusura dayanmayan sorumluluk yerine “kusursuz sorumluluk”, “sebeplendirilmiş sorumluluk”, “sonuç sorumluluğu”, “objektif sorumluluk” “umulmayan hal sorumluluğu” gibi terimler de aynı anlamda kullanılmaktadır.¹³

Hukuki sorumlulukta kural kusura dayanan sorumluluk olmakla birlikte, bir takım sosyal düşünceler ve hakkaniyet gereği oluşan zarar nedeniyle kusuru bulunmayan bazı kişilerin sorumlu tutulmaları gerekmiştir. Kusuru olmayan bazı kişilerin sorumlu olmasını kanun koyucu da kabul etmiş ve buna “*kusursuz sorumluluk*” adı verilmiştir.¹⁴

Kusursuz sorumluluğun kabul edilmesinde dikkat ve özen ilkesi, hakkaniyet ilkesi ve tehlike ilkesi esas alınmaktadır.¹⁵ Dikkat ve özen ilkesine göre, kişi gerekli dikkat ve özeni göstermediği için oluşan zarardan dolayı kusuru bulunmadığı halde sorumludur. Buna örnek olarak adam çalıştıranın (TBK m.66), hayvan barındıranın (TBK m.67), ev

⁹ Kılıçoğlu, s.306.

¹⁰ Ertan, s.2.

¹¹ Mustafa Ateş, “Çevre Kanununa Göre Çevre Kirleteninden Doğan Hukuki Sorumluluk”, *ABD*, 1995/2, s.69.

¹² Kılıçoğlu, s.306 vd., Hasan Demir, *Çevreyi Kirletenin Hukuki Sorumluluğu*, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2011, s.63.

¹³ Ateş, s.70; Eren, *Borçlar Hukuku*, s.449, Oğuzman/Öz, s.131; Demir, s.64. Kılıçoğlu, s.312; Yongalık, Aynur, *Çevre Sorumluluk Sigortası*, Ankara 1998, s.64.

¹⁴ Kılıçoğlu, s.312.

¹⁵ Kılıçoğlu, s.312 vd., Ateş, s.70.

başkanının (TBK m.369) kusursuz sorumlulukları gösterilebilir. Tartışmalı olmakla beraber yapı malikinin sorumluluğu (TBK m.69) da burada örnek olarak sayılabilir. Hakkaniyet ilkesine göre bazı kişilerin kusuru bulunmasa da doğan zarardan hakkaniyet gereği sorumlu tutulması kabul edilmektedir. Bu sorumluluk türünde sorumlu kişinin kurtuluş kanıtı getirme olanağı vardır. Tehlike ilkesine göre ise, başkalarının can ve mal güvenliğini tehdit eden ve zarar oluşturabilen tehlikeli faaliyetler ya da nesnel dolayısıyla kabul edilen bir ilkedir. Bu sorumluluk türünde kurtuluş kanıtı getirme olanağı yoktur.

Hukukumuzda kusursuz sorumluluk, İsviçre Hukuku'nda olduğu gibi "olağan sebep sorumluluğu" ve "tehlike sorumluluğu" şeklinde ikiye ayrılmaktadır¹⁶. Ancak, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun "Kusursuz Sorumluluk" üst başlığı altında "Hakkaniyet Sorumluluğu" alt başlıklı 65. maddesine göre; "*Hakkaniyet gerektiriyorsa; hâkim, ayırt etme gücü bulunmayan kişinin verdiği zararın, tamamen veya kısmen giderilmesine karar verir.*" şeklinde yeni bir düzenleme yapmış olup, sorumluluk hukukunda hakkaniyet sorumluluğu da kusursuz sorumluluk hali olarak düzenlenmiştir.¹⁷

1.2.1. Olağan Kusur Sorumluluğu

Olağan kusur sorumluluğu, kusur sorumluluğunun en hafif biçimini oluşturur ve kusur sorumluluğu ile tehlike sorumluluğunun arasında yer alır. "*Nezaret ve ihtimam gösterme yükümlülüğünden doğan sorumluluk, özen sorumluluğu, olağan kusursuz sorumluluk, alelade olağan sebep sorumluluğu ve kurtuluş kanıtı getirilebilen olağan sebep sorumluluğu*" olarak da ifade edilmekte olup genel anlamıyla, tehlike sorumluluğu ve fedakârlığın denkleştirilmesi dışında kalan, kusura dayanmayan sorumluluk durumlarını ifade etmek için kullanılır.¹⁸

Olağan kusur sorumluluğu, basit olağan kusur sorumluluğu ve ağırlaştırılmış olağan kusur sorumluluğu olmak üzere ikiye ayrılmak-

¹⁶ Oğuzman/Öz, s.131, Ateş, s.70. Bu ayırımın yanı sıra hakkaniyet sorumluluğu, gözetim ve özen gösterme yükümünden doğan sorumluluk ve tehlike sorumluluğu şeklinde üçlü ayrıma tabi tutanlar da bulunmaktadır. Bak. Selahattin Sulhi Tekinay/Sermet Akman/Haluk Burcuoğlu/Atilla Altop, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yedinci Baskı, İstanbul, 1993, s.498.

¹⁷ Kılıçoğlu, s.313, 316; Demir, s.67.

¹⁸ Demir, s.67; Eren, Borçlar Hukuku, s.452.

tadır. Basit olağan kusur sorumluluğu, sorumlu kişinin objektif özen gösterme ve gözetme borcunu yerine getirmesine dayanmaktadır. Basit olağan kusur sorumluluklarında, özen borcunun yerine getirildiği veya yerine getirilseydi dahi zararın yine de ortaya çıkacağı ispat edilerek sorumluluktan kurtulmak mümkündür.¹⁹ Ağırlaştırılmış olağan kusur sorumluluğunda, nedensellik bağı gerçekleşmiş ise, sorumlunun kendisinden beklenen özeni gösterdiğini kanıtlayarak sorumluluktan kurtulma olanağı yoktur.²⁰

1.2.2. Tehlike sorumluluğu

Tehlike kavramı, “risk”, “hasar” ve “zarar” sözcükleri ile ifade edilmektedir. Kelime olarak tehlike, büyük zarar veya yok olmaya yol açabilecek durum, muhatara, gerçekleşme ihtimali bulunan fakat istenmeyen sakıncalı durum anlamlarına gelmektedir.²¹ Tehlike sorumluluğuna ilişkin TBK m.71 açısından tehlike kavramı ise, söz konusu işletmenin faaliyetinden doğan zararın nitelik ve nicelik olarak ağır olması, başka bir ifadeyle sık ya da ağır zarar meydana gelmesi halini ifade etmektedir.²²

Tehlike sorumluluğunun ortaya çıkışının temelinde toplumsal etkenler vardır. Tehlike kavramı, sanayi devrimi sonucu yaşanan teknolojik gelişme ve tehlike arz eden işletmelerin çoğalması ve işletmede çalışanların uğradıkları zararların kusur ilkesi ile giderilememesi sonucu ortaya çıkmıştır.²³

Tehlike ilkesi, önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletmenin sahibinin, söz konusu işletmenin faaliyetinden zarar doğması durumunda, bu zarardan sorumlu olması şeklinde ifade edilebilir. Fakat tehlike ilkesi, TBK m.71 düzenlemesinde daha dar ele alınmaktadır. Zira sorumluluk işletmenin faaliyetinden doğan zarara bağlanmaktadır.²⁴

¹⁹ Ateş, s.70.

²⁰ Demir, s.70; Eren, Borçlar Hukuku, s.454.

²¹ Türk Dil Kurumu Sözlüğü, www.tdk.gov.tr.

²² Eren, Borçlar Hukuku, s.456; Haluk Tandoğan, “Tehlike Sorumluluğu Kavramı ve Türk Hukukunda Tehlike Sorumluluklarının Düzenlenmesi Sorunu”, *BATİDER*, C.X, S.2, s.12, 1979.

²³ Senem Saraç, *Türk Borçlar Kanunu’nda Tehlike Sorumluluğu ve Denkleştirme*, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2012, erişim adresi: <https://tez.yok.gov.tr/Ulusal-TezMerkezi/tez.SorguSonucYeni.jsp>, Erişim Tarihi: 27.02.2017.

²⁴ Oğuzman/Öz, s.187; Saraç, s. 7.

Zarar işletmenin faaliyeti sırasında çalışan makine, araç ve gereçlerin, dağılan maddelerin başkalarının malvarlığı veya kişi varlığı değerlerinde zararlar oluşturmasında tehlike sorumluluğu söz konusudur. Fakat işletmenin üretilen piyasaya çıkardığı ürünlerden kaynaklı zararlardan sorumluluk TBK m.71 kapsamında değerlendirilemeyecektir.²⁵ Aynı şekilde kişinin yapmış olduğu faaliyet ya da elinde bulundurduğu nesne dolayısıyla çevresi için tehlike arz etmesi ve söz konusu tehlikenin gerçekleşmesi durumunda, TBK m.71 düzenlemesi uygulama alanı bulamayacaktır.²⁶

TBK'nın kabulünden önce, Türk hukukunda tehlike sorumluluğu özel kanunlar ve bazı durumlarda da mahkeme içtihadı ile uygulama alanı bulmaktaydı. TBK'da ise tehlike sorumluluğuna ilişkin genel hüküm niteliğinde olan m.71 düzenlemesi getirilmektedir. Buna göre TBK'nın uygulanmaya başlanması ile Türk hukukunda tehlike sorumlulukları açısından genel hüküm ile özel düzenlemelerin bir arada yer aldığı karma bir sistemin mevcut olduğunu söylemek mümkündür.²⁷ TBK m.71/3 düzenlemesinde, belirli bir tehlike hali için öngörülen özel sorumluluk hükümleri saklı tutulmaktadır.

Tehlike sorumluluğunun uygulanabilmesi koşullarına baktığımızda; TBK'nın "Tehlike sorumluluğu ve denkleştirme" başlıklı 71. maddesinde, önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletmenin faaliyetinden zarar doğduğu takdirde, bu zarardan işletme sahibi ve varsa işletenin müteselsilen sorumlu olacağı düzenlenmektedir. Bu düzenlemeye göre tehlike sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için bir işletmenin varlığı, bu işletmenin önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletme olması ve önemli ölçüde tehlike arz eden bu işletmenin faaliyetinden bir zarar doğması gerekmektedir.²⁸

Haksız fiil sorumluluğuna ilişkin genel esaslar çerçevesinde, TBK m.71 düzenlemesi açısından işletmenin sahibinin ya da varsa işlete-

²⁵ Oğuzman/Öz, s.187.

²⁶ Saraç, s.17.

²⁷ Oğuzman/Öz, s.185; Saraç, s.20.

²⁸ Kılıçoğlu, s.363; Oğuzman/Öz, s.186, 187; Safa Reisoğlu, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2014, s.198; Abdülkerim Yıldırım, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2017, s.202; Şahin Akıncı, Borçlar Hukuku Bilgisi Genel Hükümler, Konya, 2016, s.168; Haluk Nomer, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 12. Bası, İstanbul, 2012, s.145.

ninin sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için ayrıca doğan zarar ile önemli ölçüde tehlike arz eden işletmenin faaliyeti arasında uygun illiyet bağı bulunması şarttır. Sorumluluğun kurulması için hukuka aykırılık bağı ve tehlike bağının da değerlendirilmesi gerekir.²⁹

Madde gerekçesinde de açıklandığı üzere zarar, “tipik tehlike olgusunun doğurduğu tipik zarar”dır. Tipik olmayan zararlar tehlike sorumluluğu kapsamında değildir. Örneğin nükleer santral işletmesinde en tipik zarar radyoaktif sızıntısına bağlı olan zarardır. Fakat şiddetli bir rüzgar sebebiyle santral binasındaki tabelanın yerinden çıkıp birine çarpıp zarar vermesine yol açarsa bu zarar tipik bir zarar değildir.³⁰

TBK m.71 düzenlemesi, işletme kavramına bağlı sorumluluklardandır. TBK m.71/1’de, önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletmenin faaliyetinden zarar doğduğu takdirde, bu zarardan işletme sahibinin ve varsa işletenin müteselsilen sorumlu olacağı öngörülmektedir. Buna göre, işletme sahibi ve varsa işleteni, tipik tehlikeli olgunun gerçekleşmesi ile meydana gelen zarara, kusuru bulunmasa da katlanmak zorunda kalacaktır.³¹

Kanun’a göre tehlike arz eden faaliyetin bir işletme faaliyeti olması gerekmektedir. TBK’ya göre işletmenin ticari işletme olma koşulu aranmamıştır. Bu maddedeki uygulamaya ticari olmayan işletmeler de dâhildir³². İşletme faaliyetine hukuk düzeni tarafından izin verilmiş olması önemli değildir. Genellikle tehlikeli faaliyetler izne tabidir. Kanun yetkili makamlardan izin alınmış olmasının sorumsuzluk sebebi olamayacağını düzenlemiştir. Fakat TBK m.71/4’e göre yetkili makamlardan izin alınıp alınmaması, sonuçların oluşumu bakımından farklıdır. Buna göre işletme faaliyetinin kanunlara ve yetkili makamlarca öngörülen usule göre izin alınarak yapılmış olması halinde doğan zararda denkleştirme ilkesi kabul edilmiştir.³³ TBK m.71/4

²⁹ Saraç, s. 25; Kılıçoğlu, 2015, 363; Yıldırım, s. 202.

³⁰ Akıncı, s.167; Yıldırım, s.202.

³¹ Saraç, s.37.

³² Kılıçoğlu, s.363.

³³ Kılıçoğlu, s.365; Akıncı s.169;Bu konudaki tartışma ve açıklamalar için bkz: İlhan Ulusan, Türk Borçlar Kanunu’nda Yer Alan Genel Tehlike Sorumluluğu Kurulmasına İlişkin Birkaç Tespit ve Hukuk Düzeni Tarafından Faaliyetine İzin Verilmiş Önemli Ölçüde Tehlike Arz eden İşletmelerin Yol Açtığı Zararların Uygun Bir Bedelle Denkleştirilmesi Sorunu, <http://journal.yasar.edu.tr/wp-content/>

ün yorumundan işletme faaliyetinin izinsiz olarak yapılması halinde fedakârlığın denkleştirilmesi söz konusu olmayıp, işletmenin doğan zararın tamamından sorumlu olacağı kabul edilir.³⁴

TBK'daki düzenlemeye göre tehlike sorumluluğundan bahsedilmek için faaliyet tehlike arz etmeli ve bu tehlike önemli ölçüde olmalıdır. Bu koşullar her somut olaya göre ayrıca değerlendirilecektir.³⁵ Önemli ölçüde tehlike arz etme, somut olayda işletmenin tehlike oluşturmasıyla değil, işletmenin faaliyetinin ve niteliğinin tehlike oluşturmaya sürekli yatkın olmasıyla saptanır.³⁶ Önemli ölçüde tehlike kavramının soyut olması nedeniyle TBK m.71/3 bazı ölçütler getirmiştir. Buna göre büyük özen gösterilmesine rağmen sıkça ve ağır zararlar doğurmaya elverişli olma bu ölçütlerden biridir. Bu ölçüte göre uzman bir kişinin zararın doğmaması için göstereceği azami özen durumunda dahi zarar kaçınılmaz ise önemli ölçüde zarar tehlikesi unsuru gerçekleşecektir. Benzer tehlikeler için özel tehlike sorumluluğunun varlığı ise bir diğer ölçüttür. Özel bir tehlike sorumluluğunun düzenlendiği durumlarda benzerlik gösteren tehlikeli bir işletme faaliyeti var ise bu faaliyet için de önemli ölçüde zarar tehlikesinin olduğu varsayılacaktır.³⁷

TBK m.71/1 hükmü işletme sahibi ve varsa işletenin müteselsilen sorumlu olacağını düzenlemiştir. Burada anlatılmak istenen işletmenin sahibi dışında bir başka gerçek veya tüzel kişi tarafından işletilmesi halinde hem işletme sahibi hem de sahibi olmayan işletenin birlikte müteselsilen sorumlu olacaktır.³⁸

Yargıtay'ın baz istasyonlarına ilişkin kararları genelde "tehlike sorumluluğuna" ilişkindir. Baz istasyonunun insan sağlığı üzerinde yaratabileceği zararın kaldırılması ve tehlikenin giderilmesi talebinin tartışıldığı bir dava konumuz açısından önemlidir. Davacılar Yargıtay'a tahsis edilen bir binada memur olarak çalıştıklarını, binaya yakın yerde bulunan Türk Telekom A.Ş.'nin binasında kurulan GSM

uploads/2014/01/21-%C4%B0lhan-ULUSAN.pdf, s. 901 vd, (Erişim Tarihi: 20.02.2016).

³⁴ Kılıçoğlu, s.365.

³⁵ Kılıçoğlu, s.363.

³⁶ Oğuzman/Öz, s.186.

³⁷ Kılıçoğlu, s.364, 365; Akıncı, s.168.

³⁸ Reisoğlu, s.199; Kılıçoğlu, s.365.

baz istasyonları ve mini link antenlerinin kanser tehlikesi oluşturduğu gerekçesiyle bu tehlikenin giderilmesini talep etmişlerdir.

Yargıtay, dava konusu olan tesisin cep telefonlarının kullanımı için zorunlu olduğunu ve bu tesisin geniş bir kitleyi ilgilendirmesi itibarıyla da kamuya hizmet vermeyi amaçladığını, bu hizmetin verilmesinde ve tesisin kullanılması sonucu hukuk kurallarının bir gereği olarak doğan zararlardan da tesis sahibinin sorumlu olduğunu, bu sorumluluğun kusura dayanmayan, tehlike sorumluluğu olarak kabul edilmesi gerektiğini, bu özelliği nedeniyle tesisi kullanan ve onu işletenin yüksek özen yükümlülüğü bulunduğunu, aksi halde en küçük bir özensizliğin maddi değerlerle ölçülemeyecek kadar ağır sonuçlar doğurmasının kaçınılmaz olduğunu öngörmüştür. Bunun için zarar görenin zararını değil, tesis ve işletme sahibinin tesisinin işletilmesinden dolayı kişilere, bu bağlamda çevreye bir zarar vermediği ve herhangi bir olumsuz sonuç yaratmadığının kanıtlanması gerekeceği belirtilmiştir. Kararda da belirtildiği üzere, bu sonucun genel sorumluluk kurallarının aksine, davalıların işletmesinin ağır tehlike doğuracak özelliğinden kaynaklandığı açıktır.

Bu açıklamalar ve bilirkişi raporları çerçevesinde, söz konusu istasyonun konumu itibarıyla uzun süre sonunda kişi ve çevreye zarar verdiği, bu nitelikteki bir istasyonun halen bulunduğu yerde kullanılmasının sakıncalı bulunduğu, bunun daha uygun ve yerleşim çevresinden daha uzakta kurulması gerektiği ifade edilerek bu belirlemeler itibarıyla dar anlamda ve para ile ölçülebilen bir zarar yok ise de, çevre binalarda ve bu bağlamda davacının çalışmakta olduğu Yargıtay binasında çalışanlar için sağlık bakımından büyük endişeler taşıdığı, hatta yakın yıllara kadar istasyondan yansıyan radyasyonlardan kaynaklanan hastalıkla ölen kişiler olmamasına karşın son 3-4 yıl içerisinde ve tesise yakın binada çalışan beş kişinin ölmesi, halen çalışmakta olan bazı kişilerin bu hastalığa tutulması, bu yerde çalışanları psikolojik olarak yaşamını olumsuz biçimde etkilemekte olduğu ve bunun da psikolojik yapısında tedirginlik ve ümitsizlik yaratacağı, bu haliyle de yaşamdaki sağlık değerleri düşünüldüğünde o yerde çalışmasının olumsuz hale geleceği göz önünde tutulduğunda, davacının, zarar gördüğünün kabul edilmesi gerektiği sonucuna varılmıştır.³⁹

³⁹ 4. HD. 29.01.2004 E.16434, K.971.

Yargıtay'ın GSM baz istasyonunun insan sağlığı açısından tehlike yarattığı ve komşuluk hukukuna aykırı olduğu iddiasının tartışıldığı başka bir davada⁴⁰; dava konusu olan tesisin cep telefonlarının kullanımı için zorunlu olduğu ve bu tesisin geniş bir kitleyi ilgilendirmesi itibariyle de kamuya hizmet vermeyi amaçladığı ifade edilmiştir. Bu hizmetin verilmesinde ve tesisin kullanılması sonucu hukuk kurallarının bir gereği olarak doğan zararlardan da tesis sahibi sorumludur. Yargıtay'a göre, bu sorumluluk kusura dayanmayan tehlike sorumluluğu olarak da kabul edilmeli ve bu nedenle tesisini kullanan ve onu işletenin yüksek özen yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu sonuç, davalıların işletmesinin ağır tehlike doğurabilecek niteliğinden kaynaklanmaktadır. Yargıtay, tesisin tehlike arz edip etmediğinin ayrıntılı biçimde araştırılmasını istemektedir.

Yargıtay 14. Hukuk Dairesi'nin son zamanlarda baz istasyonlarına ilişkin verdiği bir kararı⁴¹nda özetle Mahkemece Daire'nin bozma ilamı neticesinde karar verilmiş ise de; Dairenin bozma ilamına aykırı karar verildiğinin görüldüğü ifade edilmiştir. Şöyle ki; mahkemece kararın bozulmasından sonra mahallinde yapılan keşif sonucu düzenlenen bilirkişi raporunda davaya konu baz istasyonunun ilgili yönetmelikte belirtilen güvenlik mesafesine uygun olarak çalıştığı ve yönetmelikle belirlenen limit değerlerin altında faaliyet gösterdiği belirtildiğinden mahkemece davanın reddine karar verilmesi gerekirken yönetmelik hükümlerine aykırı şekilde psikolojik danışman bilirkişinin raporundaki görüşlere yanlış anlam verilerek yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiş, bu sebeple kararın bozulması gerekmiştir.

Davada, sağlığa zarar verdiği iddiası ile şirkete ait baz istasyonunun kaldırılması istenilmiş, mahkemece ilk olarak davanın kabulüne karar verilmiş, temyiz üzerine Dairece, ilgili yönetmelik hükümlerine uygun şekilde bilirkişi heyeti oluşturulması, baz istasyonunun yönetmeliğe uygun olarak işletilip işletilmediğinin tespiti ile davacının sağlığına zarar verip vermediğinin araştırılması gerekçeleriyle karar bozulmuş, yerel mahkeme bozma ilamına uymuş, bu doğrultuda bilirkişi heyeti oluşturup keşif ve inceleme yapmış, doktor raporu almış, bu deliller ışığında her ne kadar baz istasyonunun yönetmelik değerle-

⁴⁰ 4. HD. 13.02.2007, E.1532, K. 2602

⁴¹ 14. HD 19.11.2015, E.2015/10238, K.2015/10608

rine uygun kurulup işletildiği saptanmış ise de davacının taşınmazına 4-5 metre mesafede kurulan baz istasyonunun davacıyı psikolojik olarak rahatsız ettiği, olumsuz etkilediği gerekçesiyle yine davanın reddine karar vermiş davalı tarafın temyizi üzerine Yüksek Daire çoğunluğunca, mahkemenin bozmaya uymakla birlikte bozma gereklerini yerine getirmediği, delilleri yanlış değerlendirdiği toplanan delillere göre davanın reddi gerektiği gerekçeleriyle mahkeme hükmü bozulmuştur.⁴²

2. Çevreyi Kirletenin Hukuki Sorumluluğunun Çevre Kanunu'nda Düzenlenmesi

2.1. Genel olarak

Çevrenin kirletilmesinden kaynaklanan sorumluluğa ilişkin ulusal hukukumuzda temel düzenleme Çevre Kanunu'nda yer almaktadır. Türk Hukukunda çevreyi kirletenin hukuki sorumluluğuna ilişkin ilk özel düzenleme 2872 sayılı Çevre Kanunu'dur.

2.2. Çevre Kanunu'na göre Çevreyi Kirletenin Hukuki Sorumluluğunun Niteliği

Çevre Kanunu'nda kirleten açısından iki çeşit sorumluluk öngörülmüştür. Bunlardan ilki, kirletenin, çevrenin kirlenmesinden dolayı kamu kurum ve kuruluşlarına karşı sorumluluğu; ikincisi ise, kirletenin kişilere vermiş olduğu zararlardan doğan sorumluluğudur.⁴³

2.2.1. Kirletenin Kamu Kurum ve Kuruluşlarına Karşı Sorumluluğunun Hukuki Niteliği

Çevre Kanunu'nun 3. maddesinin (g) bendinde; çevrenin kirlenmesi veya böyle bir tehlikenin doğması halinde kamu kurum ve kuru-

⁴² Karşı oyda ise özetle; baz istasyonları işletenlerin sorumluluğunun tehlike sorumluluğu kapsamında değerlendirilerek, işletenin kusurlu olduğunun ispatının gerekmediğine vurgu yapılmıştır. Ayrıca çevre hakkı ve ihtiyat ilkesine değinilmiştir. Yargıtay'ın bu konuya ilişkin verdiği kararlardan bazıları şunlardır: 4. HD. 06.11.2008 E.14402, K. 13542; 4. HD. 05.05.2009 E.3119, K.6329; 4. HD. 02.06.2009 E. 4606, K. 7402; 4. HD. 12.07.2010 E.7568, K. 8483; 4. HD. 16.03.2010 E.667, K. 2876; 4. HD. 02.03.2010 E.14603, K. 2139; 4. HD. 11.02.2010 E. 14825, K. 1200; 4. HD. 21.03.2011 E.2802 K.2956.

⁴³ Demir, s.77; Ateş, s.72.

luşlarınca yapılmış olan; kirlenmenin ve bozulmanın önlenmesi için yapılan masrafların, kirlenmenin ve bozulmanın sınırlanması için yapılan masrafların, kirlenme ve bozulma ile mücadele için yapılan masrafların, çevrenin iyileştirilmesi için yapılan harcamaların kirlen tarafından ödenmesinin istenebileceğini düzenlemiştir.

Kirlenenin bu masraflardan sorumlu tutulabilmesi için mutlaka çevrenin kirlenmiş olması gerekmeyp, kirlenme tehlikesinin bulunması kişinin sorumluluğunun doğması için yeterlidir.⁴⁴ Çevreyi kirlenler, bu davranışlarında kusurlar bulunmasa bile, verdikleri zararlar sebebiyle kamu kurum ve kuruluşlarının yaptıkları masrafları ödemek zorundadırlar. Kusursuz sorumlulukta ortaya çıkan sonuca sebebiyet verilmesi kural olarak yeterli olup davranışın taksire veya kasta dayanması gerekmemektedir. Kirlen objektif özen gösterme yükümlülüğüne aykırı olarak kirlenmeye sebep olmuşsa; kirlenmenin önlenmesi, sınırlanması, mücadelesi ve çevrenin iyileştirilmesi için bir takım masraflar yapılacak olursa bu masrafları kusuru olmasa da tazmin etmekle yükümlü olacaktır.⁴⁵

2.2.2. Kirlenenin Kişilere Verdiği Zararlardan Sorumluluğunun Hukuki Niteliği

Kirlenenin, çevreyi kirlen davranışları nedeniyle kişilere verdiği zararlardan doğan sorumluluğu, "Kirlenenin Sorumluluğu" kenar başlığı altında, Çevre Kanunu'nun (ÇK) 28. maddesinde düzenlenmiştir. Söz konusu maddeye göre: "*Çevreyi kirlenler ve çevreye zarar verenler sebep oldukları kirlenme ve bozulmadan doğan zararlardan dolayı kusur şartı aranmaksızın sorumludurlar. Kirlenenin meydana gelen zararlardan ötürü genel hükümlere göre de tazminat sorumluluğu saklıdır.*"

ÇK m.28'de düzenlenen bu sorumluluk haksız fiil sorumluluğu olmakla birlikte maddede açıkça kusur şartı aranmadığı için buradaki sorumluluk da kusursuz sorumluluktur. Dolayısıyla haksız fiilin kusur unsuru aranmaz.

⁴⁴ Şeref Ertaş, Çevre Hukuku ve Hayvan Hakları Hukuku, Birleşik Matbaacılık, İzmir, 2012, s.161; K. Emre Gökyayla, "2872 sayılı Kanun'a Göre "Kirlenen" in Hukuki Sorumluluğu", Prof. Dr. Selahattin Sulhi Tekinay'a Armağan, İstanbul, 1999, s.287.

⁴⁵ Ateş, s.72; Gökyayla, s.288.

Bu maddede öngörülen kusursuz sorumluluğun objektif özen gösterme yükümlülüğünün ihlaline dayanan bir kusursuz sorumluluk esasına mı yoksa hakkaniyet düşüncesinden doğan fedakârlığın denkleştirilmesi esasına mı ya da tehlike esasına dayanan bir sorumluluk türü mü olduğu konusunda doktrinde bir görüş birliği bulunmamaktadır.⁴⁶

Bir görüşe göre⁴⁷ burada özel bir tehlike sorumluluğu bulunmaktadır. Tehlike sorumluluğu, kişinin sorumlu olması için kusurlu olması veya objektif özen gösterme yükümlülüğünü ihlal etmesi aranmadığı için sorumluluk türleri içinde en ağırıdır.⁴⁸ Tehlike sorumluluğunun söz konusu olduğu hallerde fiille meydana gelen sonuç arasında illiyet bağının varlığı yeterlidir. Günümüzde sanayi ve teknolojinin hızla gelişmesi tehlikeli faaliyetleri de beraberinde getirmektedir. Bu faaliyetler de çoğu zaman çevre kirliliğine sebebiyet vermektedir. Böyle bir durumda sorumluluğun tehlike esasına dayandırılması gerekse de çevre kirliliğinin kaynağı her zaman tehlikeli faaliyet olmayabilir. Bazı hallerde çevre kirliliğine hukuka uygun bir fiil de yol açabilir. Bu halde, sırf tehlike esasını benimsendiği için zararın giderilmemesi hakkaniyete uygun düşmeyecektir. ÇK m.28 açısından tehlike sorumluluğunun kabulü mümkün olsa da çevre kirlenmesinden doğan zararlar her zaman tehlikeli bir faaliyet sonucu doğmayacağından yeterli değildir.

Bir başka görüş ise ÇK m.28'in fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin bir uygulaması olduğunu ifade etmektedir.⁴⁹ Bu görüşte kanun koyucunun hükmü koyarken belirli bir sorumluluk ilkesi benimsemeyip durumun özelliğine göre, kusur, tehlike ve fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi ile doldurulacak bir çerçeve hüküm tercih ettiğini belirtmektedir.⁵⁰ Bu görüş, zarar verenle zarar gören arasında zararın hakkaniyete uygun paylaşılması karşısında her zaman tam bir tazminata hükmedilemeyeceği gerekçesi ile eleştirilmektedir.⁵¹

⁴⁶ Ertaş, 2012, 163; Ahmet Güneş, Avrupa Birliği Çevre Hukuku, On iki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015, s.326, 327; Gökyayla, s.289.

⁴⁷ Çörtoğlu, 1986, 77-100, 81.

⁴⁸ Kılıçoğlu, s.235.

⁴⁹ İlhan Uluslan, Medeni Hukukta Fedakârlığın Denkleştirilmesi İlkesi ve Uygulama Alanı, İstanbul, 2012, s.355.

⁵⁰ Uluslan, s.355, 356.

⁵¹ Ali Ulusoy, "Çevre Kirlenmesinin Oluşmasından Sonraki Aşamada Medeni Hukuk, Ceza Hukuku ve İdare Hukuku Çözümlerine Genel Bir Bakış", AÜHFHD, Y. 1993, C. 43, S. 1-4, s. 125-142, s. 128.

Konuyla ilgili olarak bir diğer görüşe göre ise ÇK m.28'deki sorumluluk, kendine özgü ağırlaştırılmış bir sorumluluktur. Bu görüşe göre kirletenin sorumluluğu, tehlike sorumluluğuna dayanabileceği gibi objektif özen gösterme yükümlülüğünün ihlaline ya da egemenlik alanı ve yarar-zarar dengesi düşüncesine dayanabilir.⁵²

Doktrindeki baskın görüş, gerek kurtuluş kanıtı getirme imkânı tanımamış olması ve gerekse de tazminat sorumluluğuna yer vermiş olması nedeni ile ÇK m.28'deki sorumluluğun ağırlaştırılmış sebep sorumluluğu olduğunu kabul etmektedir.⁵³

ÇK'nun getirmiş olduğu bu sorumluluk türünde kirletenin kurtuluş kanıtı getirme imkânı bulunmamaktadır. Yani kirleten, kirlenmenin önlenmesi için gerekli olan her türlü tedbiri almış olsa dahi sorumluluktan kurtulamayacaktır. Ağırlaştırılmış objektif sorumluluk halinde sadece kurucu unsur olan illiyet bağı koşulu gerçekleşmiş ise, artık kirletenin kendisinden beklenen özeni gösterip göstermediğine bakılmaksızın sorumlu tutulmaktadır.

ÇK m.28'de düzenlenen kirletenin kişilere verdiği zararlardan dolayı sorumluluğu, ağırlaştırılmış olağan sebep sorumluluğudur. Ancak, kirletenin sorumluluğunu, tek bir esasa dayandığını söyleyebilmek yukarıdaki açıklamalar kapsamında mümkün değildir.

ÇK m.28'in 2. fıkrasına dayanılarak doktrinde birinci fıkrada kusura dayanmayan sorumluluk, ikinci fıkrada kusur sorumluluğunun öngörüldüğü ileri sürülmektedir. Aynı hükmün ilk fıkrasında "kusur şartı aranmaksızın" kirletenlerin sorumluluğunu kabul eden kanun koyucunun, ikinci fıkrada, bu ifadeyi kullanmayıp, sadece "genel hükümlere" yollama yapmış olması, burada kirletenlerin kusur sorumluluğunun öngörüldüğü şeklinde bir yorumu haklı gösterir.⁵⁴

ÇK ile getirilen bu sorumluluğa ilişkin hükümler diğer kanunlarda düzenlenmiş bulunan sorumlulukları ortadan kaldıracak nitelikte olmayıp bu sorumluluklardan zarar gören kişinin daha lehine olan

⁵² Ertas, s.163.

⁵³ Nuri Erişgin, Çevre Kirletenin Hukuksal Sorumluluğunda İlliyet Bağı, İmaj, Ankara, 2005, s.34; Tandoğan, s.25; Sirmen, 1990, s.23; Çörtoğlu, 1986, s.81; Alica, s.48, 49; Emel Badur, Çevreyi Kirletenin Hukuki Sorumluluğu, Çevre Hukuku Sempozyumu, Ankara, 2006, s.111.

⁵⁴ Oğuzman/Öz, s.661; Demir, s.82.

sorumluluk hükümlerine gidilecektir.⁵⁵ Çevre kirletenin sorumluluğu ise, diğer sorumluluk türlerine göre zarar gören açısından zararını tazmini için elverişli bir sorumluluk türü olup illiyet bağının varlığını ispatlaması yeterli olmaktadır.⁵⁶

2.2.3. Çevre Kanunu'na göre Çevreyi Kirletenin Hukuki Sorumluluğunun Şartları

ÇK m.28 uyarınca çevreyi kirletenin hukuki sorumluluğunun varlığından söz edebilmek için ilk olarak kusursuz sorumluluk için gerekli olan unsurların bulunması gerekir. Kusursuz sorumluluk esasına dayanan haksız fiil hallerinde kusur dışındaki haksız fiilin diğer unsurlarının bulunması gerekir. Kusur sorumluluğunda kural olarak bulunması gereken hukuka aykırı bir fiil ile zararın meydana gelmesi ve meydana gelen zarar ile hukuka aykırı fiil arasında illiyet bağının varlığı kusursuz sorumluluğun doğmasının koşullarıdır.⁵⁷ ÇK m.28 bakımından sorumluluğun öznesi olan çevreyi kirleten ve çevrenin kirlenmesi unsurları ise özel şartlardır. ÇK'na göre çevreyi kirletenin sorumluluğunun şartlarından ilk olarak söz konusu Kanun'a özgü şartlar incelenecektir. Ardında da genel sorumluluk şartları açıklanacaktır.

2.2.3.1. Kirletenin bulunması

ÇK m.2 kirleteni; faaliyetleri sırasında veya sonrasında doğrudan veya dolaylı olarak çevre kirliliğine, ekolojik dengenin ve çevrenin bozulmasına neden olan gerçek ve tüzel kişiler olarak tanımlamaktadır. Buna göre çevre kirliliğinin yol açtığı zarardan kirleten sorumludur.

⁵⁵ Bu konuda Yargıtay 4.HD: 09.02.1988 T. ve 1988/10677 E., 1988/1297 K. sayılı kararında, "sözü edilen ikinci fıkra hükmü, Çevre Kanunu ile, davacının diğer sorumluluk sebeplerine dayanma olanağının ortadan kaldırılmadığını belirten bir hüküm olarak yorumlanmıştır. Aynı kararda, burada sorumlulukların yarışmasının söz konusu olduğu açıklanarak, zarar görenin somut olayda, hangi sorumluluk sebebinin kendi lehinde görüyorsa, ona göre seçim yaparak, davasını Çevre Kanunu'na, Medeni Kanun'un 730. maddesine veya şartları gerçekleşmişse Borçlar Kanunu'nun 58. maddesine dayandırabileceği sonucuna varılmıştır."

⁵⁶ Ateş, s.73; Gökyayla, s.292; Akipek, 1996, 9; Ertas, 2012, 111 vd.; Yongalık, 1998, 64 vd.; Güneş, s.136 vd.; Ruşen Keleş/Birol Ertan, Çevre Hukukuna Giriş, Ankara, 2002, s.166; Badur, s.112; Demir, s.82.

⁵⁷ Seda İrem Çakırca, "Çevreyi Kirletenin Hukuki Sorumluluğu", İÜSBFD, No:47. s.59-94. 2012, s.81.

ÇK m.2'ye göre, çevrenin kirlenmesinden sorumlu olacak kişiler; gerçek kişiler olabileceği gibi, tüzel kişiler de olabilir. Madde metninde açıkça düzenlenmese de kamu tüzel kişileri de bu sorumluluğun kapsamındadır. Bu bağlamda kamu tüzel kişileri de çevreyi kirletmeleri halinde idare hukuku çerçevesinde değil, özel hukuk kuralları çerçevesinde sorumlu olmalıdırlar.⁵⁸ Uygulamada da ÇK m.2 geniş yorumlanarak, kamu tüzel kişilerinin de kirleten olarak sorumluluklarının bulunduğu kabul edilmiştir. Bu doğrultuda Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, Yatağan Termik Santrali aleyhine açılan davada, santralin çevreyi kirletmesinden doğan zararın tazminine ilişkin davanın özel hukuk hükümlerinin uygulanacağını, mahkemenin kendini görevli ve yetkili bulması yönündeki kararını usul ve kanuna uygun bulmuştur.⁵⁹

Davalı Kara Yolları Genel Müdürlüğü'nün Gaziantep Kömürler Yolu'nun kaplama işinin yapılmasını eser sözleşmesiyle diğer davalıya verdiği, diğer davalının ise, davalı idarenin gösterdiği saha üzerinde ve önceden tespit edilmiş projelere göre şantiye kurarak çalıştırmaya başladığı ve taş kırma, elek tesislerinde eleme sırasında çıkan tozlar ve bitümlü sıcak karışım sırasında meydana gelen is ve dumanlarla tarım arazisi üzerinde çevreyi kirleterek davacıya zarar verdiği, zararlı ilgili olarak açılan davada Yargıtay 4. Hukuk Dairesi verdiği kararında, çevre kirlenmesinden doğan sorumluluğun ağırlaştırılmış bir objektif sorumluluk olduğu ve kamu tüzel kişilerinin çevreye verdikleri zararlardan dolayı özel hukuk hükümlerine tabi olduğu, kirlenmenin, kamu yararı gibi kavramlardan tamamen bağımsız nitelikte olduğu, Çevre Kanunu'nun, çevrenin kirlenmemesi hususunda uyulması gereken kuralları, tüm özel ve tüzel kişileri bağlayıcı nitelikte olduğu,

⁵⁸ Çakırca, s. 82; Aynı şekilde kamu tüzel kişilerinin çevre kirlenmesi sebebiyle davacı olduklarında da, yargılama yeri idari yargı olmayacaktır. Yargıtay bir kararında, "...Dava dilekçesinin içeriği ve iddianın ileri sürülüş biçimine göre davadaki istek Çevre Hukuku yanında Türk Medeni Kanunu'nun 737. ve bu maddenin yaptırımını olan 730. maddesine dayanılarak el atmanın önlenmesi ve bununla ilgili gerekli önlemlerin alınmasına ilişkindir. Bu yönü itibarıyla Çevre Hukukunu da ilgilendiren Türk Medeni Kanunu'nun 737. maddesine dayanılarak açılan davaların incelenme mercii'nin genel yargı olduğu tartışmasızdır." ifadeleri ile davacı veya davalı tarafın kamu tüzel kişisi olmasına bakmaksızın, çevre kirlenmesini veya MK.m.737'yi konu alan bir davanın özel hukuk kuralları ile çözüleceği sonucuna ulaşmıştır. Y. 1. HD., 21.06.2006 T., 2006/6156 E., 2006/7222 K. (Kazancı Bilgi Bankası).

⁵⁹ Ateş, s.76; Yargıtay 4.HD'nin 04.06.1985, E.4060, K.5630 sayılı kararı için bkz. Aynı konuya ilişkin olarak bkz. 4. HD: 04.12.2008, E. 2008/2143;K 2008/15114.

kamu tüzel kişilerinin, çevreyi kirletme açısından eylemlerinde idare emir ve kurallara göre hareket edeceklerini söylemek yasanın amacı ve açık hükümleriyle bağdaşmayacağı, davalı idarenin çevreyi kirleten ve davacılar karar veren çalışmanın nereye ve nasıl yapılacağını belirlemekle çevrenin kirletilmesine dolaylı olarak katıldığını ifade etmiştir.⁶⁰

Davacının TEAŞ Genel Müdürlüğü aleyhine termik santral bacasından çıkan gazların ekili araziye vermiş olduğu maddi zarar dolaşısıyla açılan tazminat davasında yerel mahkemenin vermiş olduğu davanın kısmen kabulüne ilişkin kararı, usul ve yasaya uygun olduğu için Yargıtay 4. Hukuk Dairesi onamıştır.⁶¹

Çevre Kanun'una ve Yargıtay uygulamasına göre, kirleten olabilmek için kirliliğe neden olan işletmenin veya eşyanın sahibi olmak şart olmadığından şahsi hak sahipleri de, örneğin intifa hakkı sahibi, taşınmazı işleten, kiracı ve kirliliğe neden olan nesnelere zilyetliğinde bulunduran ve ondan ekonomik fayda sağlayan herkes (taşınmaz maliki, atık boşaltan yerinin sahibi, tanker sahibi, atık üreticisi, kapatılan bir tesisin son işleticisi, tehlikeli madde taşıyıcısı, tehlikeli faaliyetin yapıldığı tesisin işleteni, atık boşaltan gibi) kirleten olarak sorumludurlar.⁶²

ÇK'nun "kirletme yasağı" başlıklı 8. maddesine göre "Her türlü atık ve artığı, çevreye zarar verecek şekilde, ilgili yönetmeliklerde belirlenen standartlara ve yöntemlere aykırı olarak doğrudan ve dolaylı biçimde alıcı ortama vermek, depolamak, taşımak, uzaklaştırmak ve benzeri faaliyetlerde bulunmak yasaktır." Buna düzenlemeye göre atıkları buradaki esaslara göre her türlü atık ve artığı, alıcı ortama veren, depolayan, taşıyan, uzaklaştıran kişiler kirletendir. Aynı maddenin 2. fıkrasında "Kirlenme ihtimalinin bulunduğu durumlarda ilgililer kirlenmeyi önlemekle; kirlenmenin meydana geldiği hallerde kirleten, kirlenmeyi durdurmak, kirlenmenin etkilerini gidermek veya azaltmak için gerekli tedbirleri almakla yükümlüdürler." hükmü bulunmaktadır. Bu fıkrada ilk fıkrada belirtilen eylemleri yapanların kirleten olacağı kabul edilmiştir.

⁶⁰ 4.HD: 09.02.1989 T. ve 1988/7660 E., 1989/1046 K.(Yayımlanmamıştır.) Demir, s.17.

⁶¹ 4.HD: 01.04.2002 T. ve 2001/13023 E., 2002/3880 K.(Yayımlanmamıştır.) Demir, s.17.

⁶² Ertaş, s.107; Demir, s.15, 16; Gökyayla, s.207; Çakırca, s.82.

Her ne kadar madde metninde, çevreyi kirletenin “faaliyetler”inden kaynaklanan çevre kirliliğine işaret edilmişse de, bu ifadeyi ihmalleri de kapsayacak şekilde değerlendirmek isabetli olacaktır.⁶³

2.2.3.2. Çevrenin kirlenmesi

ÇK uyarınca çevreyi kirletenin sorumlu olabilmesi için diğer bir şart ise çevrenin kirlenmesidir. Burada anlatılmak istenen, çevrenin hukuka aykırı bir fiille kirlenmesi değil, kirlenme olayının kendisinin gerçekleşmesidir. Çevrenin kirlenmesi ile çevrede meydana gelen ve canlıların sağlığını, çevresel değerleri ve ekolojik dengeyi bozabilecek her türlü olumsuz etki anlatılmaktadır.

Çevrenin kirlenmesi olayının gerçekleşmesi sorumluluğun doğuşu için yeterlidir. Kirlenmenin kendisinin ÇK’na aykırılığı sebebiyle, kirlenme gerçekleştiği zaman hukuka aykırılık da gerçekleşmiş olur.⁶⁴ Çevrenin kirlenmesi, taşınmazın kullanılmasından kaynaklanan müdahale türlerinde olduğu gibi olumlu, olumsuz ve manevi şekillerde gerçekleşebilir. Çevre kirliliği, her türlü olumsuz müdahale olarak tanımlandıktan sonra, ÇK m.28’in sadece olumlu müdahaleleri kapsamına aldığı ve kirletenin olumsuz ve manevi müdahaleleri nedeniyle ÇK’na göre hukuki sorumluluğunun olamayacağı görüşü⁶⁵ geçerliliğini yitirmiştir. Kanunda anılan olumsuz etkinin, olumsuz bir müdahaleden kaynaklanabileceği gibi olumlu veya manevi bir müdahaleden de kaynaklanacağı kabul edilmelidir.⁶⁶

2.2.3.3. Kirletmenin hukuka aykırı olması

Kirletmenin hukuka aykırı olmasından, mülkiyet üzerindeki aynı ya da şahsi hakkın kanuni sınırlar aşılarak herkesin ortak malı sayılabilecek çevreye zarar verici nitelikte kullanılması anlaşılmaktadır.⁶⁷ Çevreyi kirletenin fiilinin kendisi ÇK’na aykırılık taşıması sebebiyle, kirlenme gerçekleştiği zaman hukuka aykırılık da gerçekleşmiş sayılır.

⁶³ Çakırca, s.82, 83; Nükhet Turgut, Çevre Hukuku, Savaş Yayınevi, Ankara, 2001, s.298.

⁶⁴ Oğuzman/Öz, s.659.

⁶⁵ Gökyayla, s.300, 301: Gökyayla, kirletenin olumsuz ve manevi çevre kirlenmelerinde de sorumlu tutmanın hakkaniyete uygun olmakla birlikte, ÇK m.28’in yorumundan bu sonuca varılamayacağını ancak de lege feranda (olması gereken hukuk) olarak savunulabileceğini ileri sürmüştür.

⁶⁶ Çakırca, s.83.

⁶⁷ Gökyayla, s.293; Demir, s.87.

ÇK m.28'de düzenlenen kirletenin hukuki sorumluluğunun kusursuz sorumluluk esasına dayandığı ve kusursuz sorumluluğun doğması için haksız fiilin kusur şartının aranmayacağı açıktır. Ancak kusursuz sorumlulukta, hukuka aykırılık unsurunun da aranmaması gerektiği yönünde bir görüş vardır. Buna göre; kusursuz davranışta kusurlu bir fiil gibi hukuka aykırılık unsuru da aranmaz; kusursuz sorumlulukta, sorumluluğu doğuran olay, zarar ve zarar ile sorumluluğu doğuran olay arasında illiyet bağının varlığı sorumluluğun doğması için yeterlidir.⁶⁸ Fakat bizim de katıldığımız görüşe göre ÇK m.28' de aranmayan koşul kusurdur. Bunun dışında aranmayacak bir koşul olsaydı kanun koyucu bunu da açıkça düzenlemesi gerekirdi. Zira hukuka uygun fiillerden kişileri sorumlu tutmak, hukuken uygun karşılanabilecek bir durum değildir.⁶⁹ Böyle bir durumun kabul edilmesi için açık bir düzenleme gerekir. Açık bir düzenleme olmayan bu hususta hukuka aykırılık unsurunun yorum yoluyla çıkarılması uygun değildir. Ayrıca böyle bir görüşün kabulü; bütün kusursuz sorumluluk hallerinde hukuka aykırılık unsurunun aranmamasını gerektireceğinden doğru olmaz.⁷⁰

Hukuka aykırılığın belirlenmesinde özellikle ÇK hükümlerine göre çıkarılmış olan ve kirlilik standartlarını düzenleyen yönetmelik hükümleri dikkate alınmalıdır. Buna göre, ÇK'na dayanarak çıkarılan yönetmeliklerde belirlenen standartların üzerinde bir müdahale, hukuka aykırı olarak nitelenir ve sorumluluğun doğmasına neden olur.⁷¹

Yargıtay'ın baz istasyonları konusunda yerleşmiş içtihatlarına⁷² göre: *"...kullanılan istasyonun konumu itibariyle uzun sürede kişi ve çevreye zarar verdiği, bu nitelikteki bir istasyonun halen bulunduğu yerde kullanılmasının sakıncalı bulunduğu, bunun daha uygun ve yerleşim çevresinden daha*

⁶⁸ İlhan Ulusan, Çevre Kirlenmesinden Doğan Sorumlulukta Fedakârlığın Denkleştirilmesi İlkesi, YD, C.12, S.59, 1986, s.75 vd.

⁶⁹ Ertaş, s.170.

⁷⁰ Gökyayla, s.290

⁷¹ Ertaş, s.170; Demir, 2011, 89.

⁷² 4.HD: 27.09.2004 T. ve 2004/2954 E., 2004/10516 K. Ayrıca bu konu ile ilgili olarak aynı nitelikteki kararlar için Bkz, 4.HD: 29.11.2007 T. ve 2007/1801 E., 2007/15148 K.; 4.HD: 22.09.2008 T. ve 2007/14629 E., 2008/10720 K.; 4.HD: 07.07.2009 T. ve 2009/6476 E., 2009/9108 K.; 4.HD: 13.10.2008 T. ve 2008/1554 E., 2008/11727 K.; 4.HD: 22.09.2008 T. ve 2007/14629 E., 2008/10720 K.; 4.HD: 07.07.2009 T. ve 2009/6476 E., 2009/9108 K.; 4.HD: 04.12.2008 T. ve 2008/2143 E., 2008/15114 K.; 4.HD: 07/07/2009 T. Ve 2009/6476 E., 2009/9108 K.(Yayımlanmamıştır).

uzakta kurulması gerektiği ifade edilmiştir. Bu belirlemeler itibariyle dar anlamda ve para ile ölçülebilen bir zarar yok ise de, çevre binalarda ve bu bağlamda davacının oturmakta olduğu binada yaşayanlar için sağlık bakımından büyük endişeler taşıdığı, bu yerde oturanların psikolojik olarak yaşamını olumsuz biçimde etkilemekte ve bunun da psikolojik yapısında tedirginlik ve ümitsizlik yaratacağı, bu haliyle de yaşamdaki sağlık değerleri düşünüldüğünde o yerde oturmanın olumsuz hale geleceği göz önünde tutulduğunda, davacının, zarar gördüğü kabul edilmeli ve davanın kabulüne karar verilmelidir." şeklindedir. Buna göre, baz istasyonları, yönetmeliğe uygun olarak sınır değerlerin altında kurulmuş olsa bile baz istasyonuna yakın oturanların zarar gördüğü kabul edilmiştir.

Bazı kirlenme standartlarının henüz yönetmelikler yoluyla belirlenmemesi, kirletenin ÇK m.28'e göre sorumluluğunun doğmasına engel değildir. Bu gibi durumlarda hakim, kirlenmenin yasal sınırlarını, uluslararası standartlara, yöresel şartlara ve ülkedeki teknik imkanlara göre bilirkişilere tespit ettirmelidir.⁷³

ÇK'nda hukuka aykırı sonucu ortadan kaldıracak hukuka uygunluk sebeplerinden bahsedilmese de, genel esaslar çerçevesinde ortada bir hukuka uygunluk sebebi varsa kirleten sorumluluktan kurtulabilmelidir.⁷⁴ Örneğin kamu yararı⁷⁵, zorunluluk hali veya meşru müda-

⁷³ Demir, 2011, 90.

⁷⁴ Gökyayla, s.194; Çakırca, s.84.

⁷⁵ Yargıtay baz istasyonlarına ilişkin verdiği kararlarında sıklıkla, hiçbir hizmet, insan yaşamı kadar öncelik ve hayati önem taşımadığını belirtmiştir. " ...Diğer bir anlatımla, yararlı bir hizmetin karşılığı olarak insanın ölümü uygun bir sonuç olarak kabul edilemez, insan sağlığını tehlikeye atan bir hizmetin, kişi yaşamının önüne geçmesi ve ona üstünlük tanınması doğru bir yaklaşım olarak düşünülemez. Bu nedenle, dava konusu baz istasyonlarının işletilmesinden dolayı çevre sakinlerine, dolayısıyla davacıya/ davacılar zarar verip vermediğinin araştırılması gerekir. Dosya kapsamına göre, kullanılan istasyonun konumu itibariyle, uzun sürede kişi ve çevre sağlığına zarar vereceği, bu nitelikteki bir istasyonun halen bulunduğu yerde kullanılmasının sakıncalı bulunduğu, daha uygun ve yerleşim çevresinden daha uzakta kurulması gerektiği sonucuna varılmıştır. Somut olayda; yapılan araştırma ve incelemeler sonucunda, çevre binalarda ve davacının meskeninde oturanların sağlık bakımından büyük endişeler taşıdığı, son zamanlarda ülke genelinde ortaya çıkan ve medyada zaman zaman yer alan olumsuz vakaların da bölgede yaşayan insanların yaşamını psikolojik olarak olumsuz biçimde etkilediği, tedirginlik ve ümitsizliğe sevk ettiği açık olup, davacının zarar gördüğünün kabulü gerekir." ifadelerinin kullanıldığı bir kararında Yargıtay, kamu yararının hukuk uygunluk sebebi olarak değerlendirilmesi konusunda oldukça titiz davranılması gerektiğini vurgulamıştır. Y. 4. HD., 12.06.2008 T., 2008/6419 E., 2008/8094 K. (Kazancı Bilgi Bankası). Aynı yönde bkz.: Y. 4. HD., 11.06.2009 T.,

faa durumlarında hukuka uygunluk sebebinin varlığından söz edilebilir. Fakat bu hukuka uygunluk sebepleri, çevre kirliliği gibi geri dönüşü olmayan zararlara yol açan faaliyetler açısından, mümkün olduğunca dar yorumlanmalıdır.⁷⁶ Çevrenin kirletilmesi konusunda, genel hükümler bağlamında mağdurun rızasından hukuka aykırılığı kaldıracı bir unsur olarak kabul etmek mümkün değildir. Zira çevrenin kirletilmesi çoğu zaman bireysel mağduriyetten çok kamusal zarara yol açar.⁷⁷

2.2.3.4. Çevrenin kirlenmesinden zarar doğması

Kirletenin, çevreyi kirleten faaliyetlerinden sorumlu tutulabilmesi için, söz konusu fiilin bir zarara yol açması gerekmektedir.⁷⁸ Ortada tazmini gereken bir zarar olmalı ki kirletenin sorumluluğu söz konusu olsun.⁷⁹ ÇK’nda çevre zararı kavramı açıkça tanımlanmamış fakat bu kavramla ilgili olan çevrenin korunması, çevre kirliliği, kirleten, atık ve alıcı ortam kavramları tanımlanmıştır. Bunlar birlikte değerlendirildiğinde Çevre Kanunu’nda çevre zararı kavramının hem çevre kirliliğinden doğan kişi ve mal zararlarını hem de çevrenin doğrudan etkilenmesi sonucu oluşan ekolojik zararları kapsadığı anlaşılmaktadır.⁸⁰ ÇK çevre kavramını “biyolojik, sosyal, ekonomik ve kültürel ortam” olarak çok kapsamlı şekilde tanımlanmıştır (m.2/b). Bundan hareketle bu ortamlarda gerçekleşecek kirlenme ve tahribatlar çevre zararı kapsamında yer alacaktır. Çevre Kanunu’nda çevresel zarar kavramının tanımına yer verilmemesi hem uygulamada bir takım sorunlara yol açarken, hem de çevresel zararın dar anlamda zarar olarak yorumlanması neticesinde çevreyi korumakta eksik kalmaktadır.

2009/5820 E., 2009/7837 K. (Kazancı Bilgi Bankası).

⁷⁶ Çakırca, s.84.

⁷⁷ Oğuzman/Öz, s.659; Gökyayla, s.294; Çakırca, s. 84.

⁷⁸ Yargıtay, henüz tamamlanmamış, inşa halinde bulunan bir baz istasyonunun yaratacağı olası çevre ve insan sağlığı zararlarına ilişkin faaliyetin durdurulması talebinin, baz istasyonunun çevreye zarar verip vermeyeceği, zarar verecekse hangi alana kadar ve ne ölçüde yayılarak zarar vereceğinin tespit edilmeden reddedilmesini hukuka aykırı bulmuştur. Y. 4. HD., 28.04.2005 T., 2004/10411 E., 2005/4505 K. (Kazancı Bilgi Bankası).

⁷⁹ Demir, s.94.

⁸⁰ Güzin Üçışık, Fehim Üçışık Çevre Hukuku, Ankara,2013, s.19; Turgut, s. 556 vd.; Yongalık, s.24 vd.

Avrupa Birliği Çevresel Sorumluluk Direktifi⁸¹'nde çevresel zararın tanımlanmasında korunan değerlere göre ayırım yapılmıştır. Direktif, çevrenin biyolojik çeşitlilik, su ve toprak öğelerini korumaktadır.⁸² Direktif'te korunan türler ve yaşam alanları açısından çevresel zarar, bu türlerin ve yaşam alanlarının uygun muhafaza haline ulaşma veya bu uygun muhafaza halinin sürdürülmesine yönelik ciddi zararlı etkiler (m.2/1-a) olarak tanımlanmıştır.

Korunan türler ve yaşam alanları açısından çevresel zarar, Direktif'in 1. maddesinin (a) bendinde, bu türlerin ve yaşam alanlarının uygun muhafaza haline ulaşma veya bu uygun muhafaza halinin sürdürülmesine yönelik ciddi zararlı etkiler olarak tanımlanmıştır. Direktif'in Ek I'inde biyolojik çeşitliliğe yönelik çevresel bir zararın ciddiyetinin tespitine yönelik çeşitli ölçütler bulunmaktadır. Burada, söz konusu türlerin ve yaşam alanlarının sayısı, rolü, üreme kabiliyeti ve kendilerini yenileme olanağı gibi ekosentrik (ekosistem merkezli) bir yaklaşımı benimseyen ölçütlerle birlikte, insan sağlığı gibi antroposentrik (insan merkezli) bakış açısını yansıtan unsurlara da yer verilmiştir. Direktif'in 2. maddesinin 4. fıkrasında ise, uygun muhafaza hali tanımlanarak, doğal yaşam alanları ve türler bakımından uygun muhafaza halinin varlığının kabulü için gerekli olan koşullara soyut olarak yer verilmiştir.⁸³

ÇK m.28. kapsamına giren zararlar bakımından bir ayırım yapılmadığından, buradaki zarar, Borçlar Kanunu'ndaki genel hükümlere göre belirlenmelidir. Buna göre, çevreyi kirletici faaliyet sonucunda ya doğrudan ya da dolaylı olarak bir zarar doğmalıdır. Böylece ÇK m.28'e göre sorumlu tutulan kirletenden, maddi zarar olarak fiili zarar, yoksun kalınan kar, cismani zararlar, destekten yoksunluk zararı, cenaze masrafları ve manevi zarar talep edilebilir.⁸⁴ Ayrıca zararın eşyaya veya şahsa dair olması tazminat sorumluluğu açısından önemli değildir.⁸⁵ Maddi zararın yanında, çevre kirlenmesinden kaynaklanan ma-

⁸¹ Directive 2004/35//35/CE Of The European Parliament And Of The Council on Environmental Liability with regard to the Prevention and Remedying of Environmental Damage Environmental Liability, <http://ec.europa.eu/environment/images/border-singelcal-bottom2.gif>

⁸² Üçışık, s.19, Güneş, s.306.

⁸³ Güneş, s. 87.

⁸⁴ Ateş, s. 77; Akipek, 1994, 18; Ertaş, s.118; Demir, s. 94.

⁸⁵ Gökyayla, 1999, 296; Çakırca, 2012, 84.

nevi zararın⁸⁶ da tazmini istenebilmelidir. Zararın doğduğunu ispat etmek TMK m.6'da yer alan ispat koşulları uyarınca mağdura aittir.⁸⁷ Ancak hayatın olağan akışı içerisinde kişinin çevre kirlenmesine yol açtığı ve bu kirlenmenin çevreye zarar verdiği iddiası kabul edilebiliyorsa, hakim başka bir delil aramadan kirlenmeye sebep olmanın varlığını kabul etmelidir.⁸⁸ Zarar gören, özel hukuk veya kamu hukuku tüzel kişisi veya gerçek bir kişi olabilir.⁸⁹

2.2.3.5. Kirletici faaliyet ile zarar arasında uygun illiyet bağının bulunması

ÇK m.28 anlamında, kirletenin sorumluluğundan da söz edebilmek için çevrenin kirlenmesine sebep olan olay ile meydana gelen zarar arasında uygun illiyet bağının bulunması gerekir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu (HGK), batan bir geminin denizde yarattığı çevre kirliliğine ilişkin illiyet bağının varlığını incelediği bir kararında, denizden ve havadan yapılan bilirkişi incelemesinde ve resmi makamların çoğu gözleme dayanan yansız raporlarında, davalı donatana ait tankerin infilak ederek battığı, bunu takiben denizde çevre kirliliğinin oluştuğu ve akıntıların etkisiyle Türk Karasuları'na geldiğinin açıkça belirlenmesinden yararlanmıştı. Yargıtay HGK olay tarihinde Karadeniz'de başka bir tankerin infilak edip battığı da ileri sürülmediğinden, denizde çevre kirliliği oluşturan petrolün, davalının tankerinden meydana geldiği; başka bir ifade ile geminin batması ile denizde oluşan kirlenme arasında illiyet bağı olduğunu kabul etmiştir.⁹⁰

⁸⁶ Yargıtay baz istasyonlarına ilişkin olarak verdiği diğer bir güncel kararında, dar anlamda ve para ile ölçülebilen bir zarar yok ise de, baz istasyonunun insanların kalabalık olarak yaşadığı yere yakınlığı, çevre binalarda ve davacı yanın konutlarında yaşayanların sağlık yönünden büyük endişeler taşıdığı, aynı bölgede yaşayan insanların yaşamının psikolojik olarak olumsuz biçimde etkilendiği ve bunun da insanların psikolojik yapısında tedirginlik ve ümitsizlik yaratacağı açık olması nedeniyle davacıların zarar gördüğünün kabulünün gerektiğinin altını çizmiştir. Y. 4. HD., 22.06.2010 T., 2010/4719 E., 2010/7549 K. (Kazancı Bilgi Bankası).

⁸⁷ Gökyayla, s.295; Çakırca, s.84.

⁸⁸ Gökyayla, s.295.

⁸⁹ Yargıtay bir çimento fabrikasının çıkardığı zehirli gaz ve toz artıklarının il merkezinde tüm canlılara zarar verdiğini ileri sürerek zararın önlenmesini talep eden kamu tüzel kişisi niteliğinde olan Belediyenin istemini kabul etmiştir. Y. 1. HD., 25.12.1981 T., 1981/14350 E., 1981/ 14955 K. (Kazancı Bilgi Bankası), Çakırca, 2012, 86.

⁹⁰ Y. HGK., 19.06.1991 T., 1991/4-294 E., 1991/368 K. (Kazancı Bilgi Bankası). Çakırca, s. 86, 87.

Çevre zararlarında çoğunlukla karşılaşılan illiyet sorunu birden fazla işletmenin veya faaliyetin çevrenin kirlenmesine sebebiyet vermesi durumlarında ortaya çıkar. Bu durumda hangi işletmenin veya faaliyetin kirlenmenin esas nedeni olduğu belirlemek her zaman kolay değildir. Ortak illiyet, yarışan illiyet veya seçimlik illiyet hallerinde durum bu şekilde kendini gösterir.⁹¹ Her biri tek başına bu sonucu doğurmaya yeterli olmayıp, sadece bir araya gelmek suretiyle zararlı sonuçlar doğuran sebepler topluluğuna ortak illiyet denir.⁹² Ortak illiyet, kasti olabileceği gibi ihmali de olabilir. Çevre kirlenmesi sonucunda oluşan zararların birçoğunda da ortak illiyet mevcuttur.⁹³ Örneğin, aynı nehir kıyısına kurulu iki fabrikanın, birbirlerinden habersiz bir şekilde, tek başlarına nehri kirletmeyecek nitelik ve nicelikte olan atıklarını nehre boşaltmaları ve bu nehirden beslenen tarımsal arazilerinin ürünlerinin zarar görmesi halinde, nehrin kirlenmesi açısından ortak illiyet söz konusudur.⁹⁴ Yarışan illiyet ise her biri tek başına sonucu meydana getirebilecek birden çok sebep birlikte etkili olmuşsa söz konusu olur.⁹⁵ Ayrı iki fabrikadan nehre dökülen atıklardan her biri içerdikleri zararlı madde sebebiyle, nehrin kirlenmesine ve ürünlerin zarar görmesine neden olmuşlarsa; fabrika sahiplerinden her biri zararlı sonucu gerçekleştirmiş olur. Burada önemli olan; her bir sebebin diğer sebepten bağımsız olarak, tek başına zararlı sonucu gerçekleştirebilecek niteliğe sahip olmasıdır. Zararlı sonucu birden fazla sebepten yalnızca biri fiilen meydana getirmiş ve fakat somut olayda bu sebebin hangisi olduğu bilinmiyorsa seçimlik illiyetten söz edilir.⁹⁶ Örneğin, atık sularını aynı nehre boşaltan iki arıtma tesisinin atık su kanalları şiddetli yağmur sebebiyle taşmış ve bunun sonucun-

⁹¹ Gökyayla, s.296; Çakırca, s.87.

⁹² Eren, Borçlar Hukuku, s.506, 507; Kılıçoğlu, s.304; Nuri Erişgin, Çevre Kirleninin Hukuksal Sorumluluğunda İliyet Bağı, İmaj, Ankara, 2005, s.118.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da ortak illiyeti şu şekilde tanımlamıştır: "Ortak, yaşanan illiyette eylem niteliği itibarıyla olayların doğal ve alışılmış akışına, hayat tecrübelerine ve objektif olasılığa göre bu türden bir zarar doğurmaya elverişli ise o eylemle, zarar arasında uygun illiyet bağı var demektir. Sözü edilen bu tür illiyetten birden çok sebebin birleşmesiyle zarar doğmuş ise buna ortak illiyet diyebiliriz." Y. HGK., 05.11.2003 T., 2003/13-657 E., 2003/628 K. (www.hukukturk.com arşivi).

⁹³ Güneş, s.335, Çakırca, s.86.

⁹⁴ Erişgin, s.118; Borçlar Hukuku, s.506, 507.

⁹⁵ Eren, Borçlar Hukuku, s.506, 507; Kılıçoğlu, s.304; Erişgin, s. 118; Güneş, s.335.

⁹⁶ Çakırca, 2011, 86; Güneş, s.335, 336.

da nehrin büyük ölçüde kirlendiği belirlenmiştir. Tesislerin boşaltım işlemlerinin fiili olarak hangi sırayla gerçekleştirdikleri bilinemiyorsa burada seçimlik illiyetten bahsedilebilir.⁹⁷ Böyle durumlarda failleri vermiş oldukları zararlardan dolayı müteselsilen sorumlu tutma yoluna gidilir⁹⁸. Ortak illiyet ve yarışan illiyet durumlarında müteselsilen sorumluluk doğar.⁹⁹ Kural seçimlik illiyet halinde sorumluluğun olmamasıysa da, bazı durumlarda istisnai olarak müteselsil sorumluluğun kabul edilmesi gerektiği öne sürülmektedir¹⁰⁰.

İlliyet bağına kesen sebepler ise; mücbir sebep, zarar görenin ağır kusuru ve üçüncü kişinin ağır kusurudur¹⁰¹. Mücbir sebep; kişinin kendisi ve işletmesi dışında gerçekleşen, gerçekleşme biçimi ve yoğunluğu açısından umulmayan halleri net bir şekilde aşan; öngörülemeyen, önlenemeyen her olaydır.¹⁰² Çevre kirlenmesinde mücbir sebep nedeniyle illiyet bağı ve sorumluluk ilişkisine dair Yargıtay'ın bir kararı örnek verilebilir. Çimento fabrikası deprem sebebiyle yıkıldığında çevreye saçılan kimyasallar nedeniyle sorumlu tutulamayacağını, depremin illiyet bağına kestiği ileri sürmektedir.¹⁰³ Buna karşın Yargıtay'ın 17 Ağustos 1999 depremine ilişkin kararlarında, illiyet bağına kesilmediğini zira zarar veren olayın deprem değil, davalıların yönetmeliklere uygun olmayan bir bina inşa etmiş olmaları olarak belirlenmiştir.¹⁰⁴ Mücbir sebebin, illiyet bağına kesip kesmediğini her somut olayda ayrıca değerlendirmek gerekir; zira tehlike sorumluluğunun kapsamında olan bir

⁹⁷ Erişgin, s. 131.

⁹⁸ Çakırca, s.86; Gökyayla, s.197; Demir, s.110 vd.

⁹⁹ Gökyayla, s.197; Güneş, s.336.

¹⁰⁰ Eren, Borçlar Hukuku, s.509.

¹⁰¹ Kılıçoğlu, s.305; Eren, s.517 vd. Erişgin, s.131; Güneş, s.336.

¹⁰² Kılıçoğlu, s.305; Erişgin, s.123; Çakırca, s.87.

¹⁰³ Ateş, s.79.

¹⁰⁴ "...Gerçek durum, davalıların binayı depreme dayanıklı durumda yapmamalarıdır. Eğer bina, yazılı bulunan yapı yönetmeliklerine ve teknik koşullara uygun yapılsaydı, buna karşın deprem nedeniyle yıkılsaydı, bu durumda, zararlar hukuka aykırı eylem arasındaki illiyet bağı kesilmiş olduğundan davalıların sorumluluklarına gidilmeyecekti. Hiç deprem olmasaydı, davalıların yıllarca önce işledikleri hukuka aykırı eyleminden dolayı, zararda olmadığı için eldeki davaya konu edilen biçimde bir ödeme davası açılmayacaktı. Diğer bir anlatımla, davalıların hukuka aykırı eyleminin, ileride bir zarar doğuracağı varsayımı ile bu nitelik ve kapsamda sorumluluklarına gidilmeyecekti." ifadeleri ile Yargıtay deprem yönetmeliğine aykırı binaların yıkılma sebep olduğunu, bu bağlamda da depremin illiyet bağına kesmediğini vurgulamıştır. Y. 4. HD., 03.02.2005 T., 2004/7039 E., 2005/746 K. (www.hukukturk.com arşivi); Y. HGK., 22.10.2003 T., 2003/4-603 E., 2003/594 K. (www.hukukturk.com arşivi).

işletme veya faaliyet ne kadar tehlikeli ise, zarar verme ihtimali de o kadar yüksek olur. Dolayısıyla da bu gibi bir durumda, mücbir sebebin sorumluluğu kaldırma ihtimali daha düşüktür.¹⁰⁵

Zarar görenin kusurlu davranışı ise ancak illiyet bağıını kesecek yoğunlukta; kast ya da ağır ihmal derecesindeyse zarar vereni sorumluluktan kurtarabilir.¹⁰⁶ Aksi halde, illiyet bağıının kesildiğinden söz edilemez.¹⁰⁷ Üçüncü kişinin kusuruysa sadece zarar verici olayın meydana gelmesinde, sorumluluğu doğuran sebebin önüne geçecek ağırlıktaysa, ağır kusurlu davranışları söz konusuysa¹⁰⁸ illiyet bağıını kesebilir.¹⁰⁹

3. Çevreyi Kirletenin Hukuki Sorumluluğunun Türk Medeni Kanunu'nda Düzenlenmesi

2872 sayılı Çevre Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden önce, çevreyi kirleten müdahalelerin ortadan kaldırılması için eski Medeni Kanun'un 656 ve 661. maddelerine başvuruluyordu. Bu hükümlerin konuluş amacı da çevreyi korumak olmadığı göz önüne alındığında çevreyi korumakta yetersiz kaldığı ortadadır. Çalışmamızın bu bölümünde; TMK m.737 hükmünün amacı ve hukuki niteliği ile çevre etkileri yaratan müdahaleler açıklanacaktır. Ardından da taşkın müdahalelerin varlığı halinde taşınmaz malikinin sorumluluğunun şartları ve taşınmaz malikine karşı açılacak davalar ele alınacaktır.

3.1. Komşuluk Hukuku Kuralları Çerçevesinde Çevreyi Kirletenin Sorumluluğu

Türk Medeni Kanunu'nun (TMK) 737-750. maddeleri arasında düzenlenen taşınmaz mülkiyetine dair kısıtlamalar, komşuluk hukukundan kaynaklanmaktadır. Taşınmaz malların kullanılmasını

¹⁰⁵ Erişgin, s.126

¹⁰⁶ Kılıçoğlu, s.305.

¹⁰⁷ Y. 4. HD., 17.04.2007 T., 2006/6233 E., 2007/5135 K.; Y. 4. HD., 26.04.1999 T., 1999/2788 E., 1999/3666 K. (www.hukukturk.com arşivi).

¹⁰⁸ Kılıçoğlu, s.305.

¹⁰⁹ Yargıtay da üçüncü kişi kusurunun illiyet bağıını kesebilmesi için kusurunun çok ağır olması, birinci sebebin geri plana itilmesi gerekli olduğunu, aksi halde birinin zincirleme sorumluluk ilkeleri gereği sorumlu tutulacakları gözden kaçırılmaması gerektiğini vurgulamıştır. Y. 4. HD., 09.02.2010 T., 2009/7021 E., 2010/1034 K.; Y. 13. HD., 24.02.2003 T., 2002/12730 E., 2003/ 1774 K.; Y. 4. HD., 10.07.2000 T., 2000/6166 E., 2000/6793 K.; Y. 13. HD., 28.12.1981 T., 1981/7260 E., 1981/8541 K. (www.hukukturk.com arşivi). Çakırca, s.87.

doğrudan veya dolaylı olarak sınırlayan özel hukuk hükümleri komşuluk hukukunu oluşturur.¹¹⁰ Komşular lehine konulan kısıtlamalar ile komşuların birbirlerini rahatsız etmemelerine, birbirlerine zarar vermemelerine ve yardım etmelerine ilişkin kabullenmelerin hayata geçirilebileceği düşünülmüştür.¹¹¹

Birlikte yaşama zorunluluğunun sonucunda komşuluk ilişkileri taşınmaz malikinin sahip olduğu yetkileri belirli oranda sınırlamıştır.¹¹² Komşu kavramı sadece coğrafi olarak birbirine bitişik taşınmazların malikini değil, daha geniş çevre ve alanda yaşayan kişileri ifade eder.¹¹³ Bundan dolayı taşınmazın kullanımından dolayı olumsuz etkilenen ve birbiriyle bitişik olmayan taşınmaz malikleri de komşu sayılır.¹¹⁴

3.1.1. Taşınmazın kullanılma tarzına ilişkin komşuluk hukukundan kaynaklanan kısıtlamaların amacı ve hukuki niteliği

TMK'nun "Taşınmaz Mülkiyetinin Kısıtlamaları" başlığı altında yer alan, "Komşu Hakkı" kenar başlığında taşınmazın kullanımına dair kısıtlamalar ve buna ilişkin kurallar bulunmaktadır. TMK m.737'de yer alan hükme göre; herkes, kendi taşınmazını kullanırken ve özellikle işletme faaliyetlerini sürdürürken komşusuna zarar verecek taşkınlıklardan kaçınmak zorundadır. Bu madde ile taşınmazın durumuna, niteliğine ve yerel âdete göre komşular arasında hoş görülebilecek dereceyi aşan duman, buğu, kurum, toz, koku çıkartarak, gürültü veya sarsıntı yaparak rahatsızlık vermek yasaklanmıştır. Üçüncü fıkra ile taşınmaz malikinin sorumluluğuna ilişkin 730. maddede olduğu gibi, yerel âdete uygun ve kaçınılmaz taşkınlıklardan doğan istemlerin ileri sürülebileceği kabul edilmiştir. Komşuluk kuralları, kişilerin olumsuz yani komşularını rahatsız edecek taşkınlık-

¹¹⁰ Fikret Eren, Mülkiyet Hukuku, Ankara, 2015, s.366; Sahir Çörtoğlu, Komşuluk Hukukunda Taşınmaz Mülkiyetinin Kullanılmasının Çevreye Etki ve Sonuçları, Ankara, 1982, s.2.

¹¹¹ Çakırca, s.63.

¹¹² Eren, Mülkiyet Hukuku, s.366.

¹¹³ Eren, Mülkiyet Hukuku, s.366; Kemal Oğuzman, Özer Seliçi, Saibe Oktay Özdemir, Eşya Hukuku, Gözden Geçirilmiş 18. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2016, s.558; Güneş, s.307; Çakırca, s. 66.

¹¹⁴ Eren, Mülkiyet Hukuku, s.366.

larını önlemeyi amaçlamaktadır. Söz konusu taşkınlıklar yerel âdetin öngördüğü sınırlar içinde kalsa bile kaçınılmaz olması durumunda, bundan doğan zararların denkleştirilmesi istemlerinde, fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi¹¹⁵ uygulanacaktır.¹¹⁶

TMK m.737 düzenlemesi, TMK m.730 hükmünü tamamlayıcı niteliktedir.¹¹⁷ Buna göre, çevre etkilerini kapsamına alan mülkiyete getirilen sınırlandırmalara uyulmaması durumunda, mülkiyetin aşkın kullanımını ortaya çıkar. Mülkiyet hakkının aşkın kullanılmasının sonuçları hakkında TMK'ndaki düzenlemeye göre; taşınmaz malikinin mülkiyet hakkını bu hakkın yasal kısıtlamalarına aykırı kullanması sonucunda zarar gören veya zarar tehlikesi ile karşılaşan kimse, durumun eski haline getirilmesini, tehlikenin ve uğradığı zararın giderilmesini dava etme hakkına sahiptir.¹¹⁸

Komşuluk hukukunun uygulanması kapsamında Yüksek Mahkeme; fabrikadan çıkan pis sular, kanalizasyon suları, çimento fabrikasından çıkan zararlı tozlar ve suların sızması nedeniyle çevrede oluşan zararların tazminine; işkembeci dükkânından çıkan koku ve gürültünün, fabrikadan çıkan gürültünün giderilmesine yönelik çeşitli kararlar vermiştir. Bu kararlarda, "komşuluk" kavramı belli bir uzaklık veya yakınlıkla bağlantılı olarak değerlendirilmemiş, bir taşınmazın veya üzerindeki tesisin kullanılması nedeniyle oluşan olumsuz etkilerin ulaşabileceği her yer komşuluk kavramı kapsamında değerlendirilmiştir. Son yıllarda komşuluk hukukunun uygulanmasına dair davaların konusu genelde evde hayvan beslemeye ve gürültüye ilişkindir. Yargıtay böyle davaları çevre kirliliği yönünden de incelemektedir. Yargıtay, hayvan sahiplerinin sorumluluğuna ilişkin bir kararında evde hayvan beslenmesini "mülkiyet hakkı" kapsamında değerlendirilmiştir.¹¹⁹

¹¹⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz: Aşağıda 3.1.5. altındaki açıklamalar.

¹¹⁶ Alica, s. 61; Güneş, s.310.

¹¹⁷ Tamer İnal, "Taşınmazın Malik veya Malik Gibi Davranan Tarafından Taşkın Surette Kullanılmasından Doğan Sorumluluğun Fransız Hukuku ile Karşılaştırılması, Kapsamı ve Sonuçları", Coşkun Kırca'ya Armağan, İstanbul, 1995, s.116.

¹¹⁸ Akipek/Akıntürk, s.557; Çakırca, s. 66

¹¹⁹ "Davalının, mülkiyet hakkı kapsamında hayvan beslemesi en doğal hakkıdır. Gerek evcil, gerekse sokak hayvanlarının beslenilmesi insanın insan olmasından kaynaklanan bir görevi ve aynı zamanda hakkıdır. Ancak, bunun yapılması sırasında başkalarının haklarına zarar vermemek gerekir. Hayvanları sahiplenilen veya ona bakan kişi, onları barındırmak, türüne uygun olan ekolojik gereksinmelerini

3.1.2. Çevre etkileri yaratan müdahalelerin kapsamı

Çevre etkileri yaratan müdahaleler genel olarak, bireylerin faaliyetlerinden dolayı çevrede oluşan olumsuz ve istenmeyen neticelerdir.¹²⁰ Bunlar çevredeki unsurların özüne yönelik doğrudan bir tecavüz biçiminde değil, bir faaliyet dolayısıyla ortaya çıkarak çevreyi etkiler.¹²¹ TMK'nda çevre etkileri yaratan müdahaleler, bir taşınmazın kullanılması veya işletilmesi sonucunda ortaya çıkan ve komşu taşınmaz üzerinde etkilerini doğuran müdahaleler ile sınırlandırılmıştır.¹²²

TMK m.737'de çevre etkileri yaratan müdahaleler, duman, buğu, kurum, toz, koku çıkartmak, gürültü veya sarsıntıya sebebiyet vermek şeklinde sayılmış olsa da bu saymanın sınırlı sayıda (*numerus clauses*) olduğu değerlendirilemez. TMK m.737/2'de yer alan "özellikle" ifadesi de, madde metninde belirtilen müdahalelerin örnek niteliğinde olduğunu göstermektedir.¹²³ Gelişen teknoloji ve sanayi ile birlikte etkisi katlanarak artan ve çevre etkisi doğuran farklı müdahalelerin de arttığı düşünüldüğünde bu düzenlemenin yerinde olduğunu söyleyebiliriz. TMK m.737'nin uygulanması bakımından müdahalenin devamlılığı aranmadığı gibi, müdahaleye yol açan kişinin taşınmazın maliki olma zorunluluğu da aranmaz.¹²⁴ Çevre etkisi yaratan müdahaleler

sağlamak, sağlığına dikkat etmek, insan, hayvan ve çevre sağlığı açısından gerekli tüm önlemleri almakla yükümlüdür. Bunun yanında hayvan sahipleri, sahip oldukları hayvanlardan kaynaklanan çevre kirliliğini ve insanlara verilebilecek zarar ve rahatsızlıkları önleyici önlemleri almakla da yükümlü olup zamanında ve yeterli seviyede önlem alınmamasından kaynaklanan zararların ödemeleri de yasal zorunluluktur. Ev ve süs hayvanlarının kontrolü, hayvanların çevreye verecekleri zarar ve rahatsızlıkları önleyici önlemleri almak da hayvan sahiplerinin sorumluluğundadır. Hayvan sahiplerinin bu önlemleri almaları mahkemelerden istenebilirse de mahkemelerce belirlenecek önlemlerin uygulanabilir olması da gereklidir... davalının beslediği evcil hayvanlar ve evcil hayvanları beslemesinden faydalanan sokak hayvanlarının davacıya zarar vermemesi yönünde alınabilecek önlemlerin belirlenmesi gerekir." gerekçesine dayanılarak, davalıya ait hayvanların davacının evine, bahçesine ve tüm eklentilerine girmesini önleyebilecek biçimde çekilecek tel örgü belirlenerek karar verilmesi, bu istemler dışındaki istemlerin reddedilmesine hükmedilmiştir. 4. HD, 09.06.2009 E.13339, K.7728.

¹²⁰ Çakırca, s.66.

¹²¹ Lale Sirmen, Taşınmaz Mülkiyetinin Kullanılmasında Çevre Etkileri Yaratan Müdahalelerden Dolayı Malikin Sorumluluğu, (2 Nisan 1986 günü Selçuk Üniversitesinde yapılan "Mülkiyet" panelinde bildiri olarak sunulmuştur. Ancak daha sonra yapılan kanuni değişiklikler işlenmiştir.), 1986, s.286.

¹²² Ulusan, s.159; Çakırca, s.66.

¹²³ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.558.

¹²⁴ Ulusan, s.160, 161.

genel olarak olumlu müdahaleler, olumsuz müdahaleler ve manevi müdahaleler olmak üzere üç gruba ayrılarak incelenmektedir.¹²⁵

Olumlu müdahaleler (*positiven Immissionen*); katı, sıvı ve gaz halindeki müdahaleler yoluyla çevre etkileri doğururlar. Olumlu müdahalelere havanın kirlenmesine neden olan is, duman, kurum, toz oluşturmak; kötü koku yaymak; gürültü yapmak; yer sarsıntısına yol açmak; nükleer atıklar ile toprağı, suyu, havayı kirletmek örnek olarak gösterilebilir.¹²⁶ Olumsuz müdahale (*negativen Immissionen*) ise, bir taşınmazın işletilmesi veya kullanılması sebebiyle komşu taşınmazın hava, ışık, rüzgar gibi enerji kaynaklarından faydalanmasının engellenmesi ya da manzarasının kapanması gibi davranışlardır. Olumsuz müdahalelerin de TMK m.737'nin koruma alanı kapsamında oluşunu kabul etmek gerekir. Zira sanayileşmenin ve kentleşmenin giderek arttığı günümüzde, çevreyi korumak için TMK m.737'nin olabildiğince geniş yorumlanması doğru olacaktır.¹²⁷ Manevi müdahaleler ise bir taşınmazın işletilmesine veya kullanılmasına bağlı olarak komşuların manevi bütünlüklerini etkileyen; ruh sağlıklarını ve iç huzurlarını bozan, hoş gitmeyen, taciz eden müdahalelerdir. Manevi müdahalelere örnek olarak, belediyenin hayvan itlaf alanının çevrede bulunması, akıl hastanesi olarak kullanılan komşu binadaki akıl hastasının bakışları, mezarlık, genelev, genel tuvaletler, sürekli atlama tehlikesi oluşturan işyeri kurulması gösterilebilir.¹²⁸

3.1.3. Çevre etkisi doğuran taşkın müdahalenin taşınmaz malikine Medeni Kanun çerçevesinde yüklediği sorumluluk

Taşınmaz mülkiyetinin kullanılmasında, taşınmaz mülkiyetinin sınırlarının aşılması durumunda malikin sorumluluğı TMK m.730'da düzenlenmektedir. Buna göre malik, mülkiyet hakkını kullanırken kanun tarafından belirlenen sınırları aşması durumunda mülkiyet hakkını taşkın bir şekilde kullanmış olacaktır. Bunun neticesinde de malik, zarar görenin, zarar tehlikesinin giderilmesi, zarar tehlikesinin önlenmesi, zararın tazmini ve yöresel örfeye uygun ve kaçınılmaz

¹²⁵ Sirmen, s.285;

¹²⁶ Akipek/Akıntürk, s.258; Sirmen, s.258.

¹²⁷ Eren, Mülkiyet Hukuku, s.369; Ulusan s.164; Çakırca, s. 67.

¹²⁸ Akipek/Akıntürk, s. 558; Sirmen, s.288; Eren, Mülkiyet Hukuku, s.369; Ulusan s.164; Çakırca, s. 67; Güneş, s.308.

müdahalelerin denkleştirilmesi talepleri ile karşılaşabilecektir.¹²⁹ Taşınmaz malikinin mülkiyeti taşkın kullanması çevre müdahalelerinden de kaynaklanabileceği için TMK m.730, komşuluk hukukunun bir parçası olarak, çevreyi kirletenin sorumluluğuna gidilebilecek yollardan biridir.¹³⁰ Taşınmaz malikinin buradaki sorumluluğu, kusura dayanmayıp, malike kurtuluş kanıtı getirme imkânı vermediği için ağırlaştırılmış kusursuz sorumluluk olduğu kabul edilmektedir. Kusur şartı aranmadığından malikin ayırt etme gücüne sahip olması da gerekmez. Malikin sorumluluğu mülkiyet hakkının taşkın kullanılmasından kaynaklandığından, malik, beklenmeyen hal ve üçüncü kişilerin davranışından sorumlu değildir.¹³¹

Taşınmaz malikinin sorumluluğunun şartları genel ve özel şartlar olarak ikiye ayrılabilir. Genel şartlar; zarar, uygun illiyet bağı ve hukuka aykırılıktır. Sorumluluğun özel şartları ise taşınmaz malın üzerinde aynı hak bulunması ve taşkın bir kullanma olmasıdır.¹³²

3.1.4. Taşınmaz malikinin sorumluluğunda açılacak davalar

TMK m.730'un "*Bir taşınmaz malikinin mülkiyet hakkını bu hakkın yasal kısıtlamalarına aykırı kullanması sonucunda zarar gören veya zarar tehlikesi ile karşılaşan kimse, durumun eski hâline getirilmesini, tehlikenin ve uğradığı zararın giderilmesini dava edebilir. Hâkim, yerel âdete uygun ve kaçınılmaz taşkınlıklardan doğan zararların uygun bir bedelle denkleştirilmesine karar verebilir.*" ifadesinden anlaşılacağı üzere taşınmazını taşkın olarak kullanan malikin açabileceği üç dava öngörülmektedir. Bu davalar; eski hale getirme davası, tazminat davası ve tehlikenin giderilmesi davasıdır.

3.2. Fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi

"Hukuka uygun müdahalelerden doğan sorumluluk" olarak da ifade edilen fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinden doğan sorumluluk; hukuken korunan bir varlığa, yine hukuken korunan bir üstün

¹²⁹ Eren, Mülkiyet Hukuku, s.457; Çakırca, s.68.

¹³⁰ Çakırca, s.68.

¹³¹ Eren, Mülkiyet Hukuku, s.656; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.588.

¹³² Eren, Mülkiyet Hukuku, s.658 vd.; Güneş, s.313, 314.

çıkar sahibi tarafından yapılan hukuka uygun müdahaleden dolayı, zarar görenin, hukuk düzeninin sağladığı koruma yetkilerinden yararlanamayarak katlandığı fedakârlığın, üstün çıkar sahibi tarafından bir tazminat ödenerek giderilmesi, denkleştirilmesi gereğini anlatır.¹³³

Bu sorumlulukta; hukuki değerler çatışmasında, kanun koyucu üstün hukuki değere, daha düşük hukuki değer karşısında öncelik vererek üstün değer uğruna, düşük değer fedaya edilmesine müsaade etmektedir. Bunun nedenleri, kaçınılması mümkün olmayan değerlerin çatışmasında, üstün değer tercih edilmesi, daha büyük bir zararı önlemek, daha düşük olan değer fedaya edilmesi ya da kamu yararına öncelik tanınması olabilir. Fakat bozulan çıkar dengesinin yeniden kurulması amacıyla, fedakârlıkta bulunan kişinin zararı karşılanmakta, onun katlandığı ekonomik fedakârlık, tazminat ödenerek denkleştirilmektedir. Bu tür sorumlulukta, sorumluluk sebebi kusurlu bir davranış veya tehlikeli bir faaliyet değildir.¹³⁴

Hukukumuzda fedakârlığın denkleştirilmesine ilişkin genel bir kural bulunmamaktadır. Çünkü kişilerin hukuka uygun eylemlerinden sorumlu tutulması olağan bir durum değildir. Bu yüzden kanunun açıkça öngördüğü hallerde söz konusu olabilir. Medeni hukuk mevzuatı ve TBK temelinde ve uygulamada fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin, önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletmenin bu tür faaliyetine hukuk düzenince izin verilmiş olsa bile, zarar görenlerin zorunluluk durumları ve komşuluk hukukuna ilişkin durumlarda uygulama alanı bulacağı kabul edilmektedir. Çevre etkilerinin yol açtığı zararlardan doğan istemin de, fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesine bağlı olduğunda şüphe yoktur¹³⁵

TMK'nun 730. maddesine "Hâkim, yerel adete uygun ve kaçınılmaz taşkınlıklardan doğan zararların uygun bir bedelle denkleştirilmesine karar verebilir." hükmü ile sonradan bir fıkra eklenmiştir.¹³⁶ Eklenen bu fık-

¹³³ Ateş, s.71 vd.; Ertaş, s.177;Ulusan, s.333; Eren, Borçlar Hukuku, 458.

¹³⁴ Demir, s.76, 77; Güneş, s.310.

¹³⁵ Gökyayla, 1999, 31; 4.HD: 29.12.1978 T. ve 1978/3173 E., 1978/15053 K. (YKD, C.V, S.8, 1979, s.1128-1129) Demir, s.76.

¹³⁶ "Kanunda böyle bir boşluğun bulunduğu hususu, İsviçre ve Almanya'da hissedilmiştir. İsviçre Federal Mahkemesinin bu konuda aldığı boşluk doldurucu kararına karşın, İsviçre Medeni Kanunu'nun 679 uncu maddesinde de bu güne kadar henüz bir değişiklik yapılmamıştır. Alman Federal Mahkemesi bu konuda maddede yer alan ifadelerden daha da ileri giderek, yerel adete uygun olmasa bile

ra ile iki koşulun bir arada bulunması halinde, taşınmaz malikinin taşkınlıklardan doğan sorumluluğunda çatışan yararların denkleştirilmesine imkân tanınmıştır. Aranılan koşullardan birincisi, taşınmaz malikinin sorumluluğuna neden olan taşkınlığın “yerel âdete uygun olması”, ikincisi ise bu taşkınlığın “kaçınılmaz” olmasıdır. Böylece bu maddedeki boşluk “fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi” doğrultusunda doldurulmuştur.¹³⁷

Hukuk düzeni üstün değer sahibine, düşük değer sahibinin hukuk alanına karışma, ona zarar verme yetkisini tanımaktadır. Bu nedenle bozulan çıkar dengesinin yeniden kurulması için, hukuki alanına karışılarak fedakârlıkta bulunan ve zarara uğrayan kimsenin zararı karşılanmakta ve katlandığı fedakârlık para ödenerek denkleştirilmektedir.¹³⁸

Çevre kirlenmesi sonucu oluşan zararlardan dolayı sorumluluk, kusur ve tehlike sorumluluğuna dayanabildiği gibi özellikle yerel âdete uygun kaçınılmaz taşkınlıklarda fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesine bağlanabilecektir. Buna göre taşınmaz zararlarının denkleştirilmesinde uygun düştüğü ölçüde fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesine başvurulabilecektir.¹³⁹

Yargı kararlarına göre; Türk Medeni Kanunu’nun 737. maddesinde ifade edilen, “Yerel âdete uygun ve kaçınılmaz taşkınlıklardan doğan denkleştirmeye ilişkin haklar saklıdır.” hükmünde belirtilen “taşkınlık”tan, komşuluğun olağan hoşgörü sınırlarını aşan ve komşusunun kendisi ve ailesi ile taşınmazı zararına aşırı derecede etkili olabilecek iş ve eylemlerinin amaçlandığı; bu eylemlerin saptanmasında, taşınmazın bulunduğu yerin kullanım amacının, niteliğinin, konuya ilişkin düzenlemelerin ve yasal boşluk bulunması halinde mahalli örf ve adetlerin göz önünde tutulması gerektiği, bu tür uyuşmazlığın çözümünde yargıcın, gerek zararı saptama, gerekse zararı giderici önlemleri bulma yönünden her somut olayın özelliğini gözetmek, tarafların yarar zarar dengelerini değerlendirmek durumunda olduğu ifade edilerek

ülke ekonomisine hizmet ediyorsa, taşınmaz malikinin taşkınlıklara katlanma zorunluluğunu öngörmekte, buna karşılık bu taşkınlığın doğurduğu zararın uygun bir bedel ile denkleştirilmesini kabul etmektedir.” 30. madde gerekçesi

¹³⁷ Alica, s.66, 67.

¹³⁸ Güneş, s.310; Ulsan, s.8.

¹³⁹ Ulsan, s.355, 356.

“fedakârlığın denkleştirilmesi” ilkesi vurgulanmıştır.¹⁴⁰ Komşuluk hukukuna ilişkin bir uyuşmazlıkta Yargıtay; “davalının avlusunda davacının evini 8.50 metre uzaklıkta hayvan gübrelerini biriktirmesi, tarım ve hayvancılıkla işgal eden köy şartlarında yukarıda belirtilen “komşuluğun olağan hoşgörü sınırlarını aşan ve komşunun kendisi ve ailesi ile taşınmazı zararına aşırı derecede etkili olabilecek türden bir iş ve eylem olarak kabulü mümkün değildir” gerekçesiyle komşuluk hukukunun öngördüğü sınırları aşan bir kullanım hali saptanmadığından davanın reddine karar vermiştir.¹⁴¹ Bu şekilde tarafların yarar ve zarar dengeleri değerlendirilmiş ve fedakârlık denkleştirilmiştir.¹⁴²

SONUÇ

Türk çevre hukukunun çevresel sorumluluğa ilişkin hükümleri genel olarak değerlendirildiğinde, çevresel sorumluluğun düzenlendiği kanunlar, çevresel sorumluluğu farklı bakımlardan ele alan hükümler içerse de, bazı yönlerden ihtiyacı karşılamakta yetersiz kalmaktadır. Bu doğrultuda Avrupa Birliği Çevresel Sorumluluk Direktifi'nin ülkemiz açısından da önemli bir düzenleme olduğu ve

¹⁴⁰ Alica, s.62, 63.

¹⁴¹ ...Benzer yönde Yargıtay 1. Hukuk Dairesi bir kararında “...taşınmaz malikini komşusuna zarar verebilecek her türlü taşkınlıklardan kaçınmakla yükümlü kılan aynı kanunun 737. maddesi, komşuluk ilişkilerinden doğan zorunlu çıkar çatışmalarını düzenlemiş, bir arada yaşamak durumunda olan, komşu taşınmaz maliklerinin ekonomik, sosyal çıkarlarını dengede tutabilmek için onlara katlanma ve kaçınma ödevleri yüklemiştir. O halde, bir toplumda birlikte yaşama olanağı sağlayan insancıl, gerçekçi, zorunlu temel hukuk kuralına göre, hakim; somut olayın özelliğini, taşınmazların konumlarını, kullanma amaçlarını, niteliklerini, yöresel örf ve adetleri, toplumun doğal ihtiyaç ve gerçeklerini göz önünde bulundurarak, komşuların birbirlerine göstermekle yükümlü oldukları olağan katlanma ve hoşgörü sınırını aşan bir taşkınlığın bulunup bulunmadığını saptama, zararı giderici önlemlerden en uygununu bulma, kaçınılmaz müdahaleleri yapmak suretiyle özverileri denkleştirme durumundadır.” ifadelerini kullanmak suretiyle, MK.m.737'nin komşular arasında uyumlu bir ilişkinin sağlanmasını amaçladığını belirtmiştir. Y. 1. HD., 28.02.2011 T., 2011/169 E., 2011/2179 K. (www.hukukturk.com arşivi).

Yargıtay 1. Hukuk Dairesi 30.09.2010 tarihinde verdiği bir karara konu olan olayda, davalının mülkiyet alanı içerisinde projeye aykırı olarak, davacının binasına cepheli pencere açmasının MK. 737. maddesinde düzenlenen hoşgörü sınırını aşacak nitelikte bir davranış olarak yorumlanamayacağını ve bu durumun komşuluk hukuku açısından zarar verici nitelikte olduğunu söyleyebilme imkanının da bulunmadığını tespit etmiştir. Y. 1.HD. , 30.09.2010 T., 2010/7828 E., 2010/9611 K. (www.hukukturk.com arşivi).

¹⁴² Alica, s.63.

uyumlaştırılmasıyla eksikliklerin giderileceği kanaatindeyiz. Bu çerçevede çevresel sorumluluk kurallarının açıkça yer aldığı ve AB Çevre mevzuatı uyumu kapsamında çıkarılması konusunda taahhütte bulunduğumuz “Çevresel Sorumluluk Hakkında Kanun”un yürürlüğe konulması çok önemlidir. Bu kanunda çevresel sorumluluğun temel esaslarını belirleyip, çevresel sorumlulukla ilgili temel kavramların tanımına yer verilmesi ve çevresel sorumluluğu doğuracak faaliyetleri içeren bir listenin de eklenmesi yararlı olacaktır.

Çevre Kanunu’nda hukuki sorumluluk açısından önemli eksiklikler bulunmaktadır. Çevre Kanunu’nda çevresel zarar kavramının tanımına yer verilmemesi hem uygulamada bir takım sorunlara yol açarken, hem de çevresel zararın dar anlamda zarar olarak yorumlanması neticesinde çevreyi korumakta eksik kalmaktadır.

Çevre Kanunu’nun 28. maddesinde de ciddi eksiklikler göze çarpmaktadır. 28. maddenin sadece özel hukuka ilişkin bir sorumluluk anlayışını benimseyip, çevresel sorumluluğu şahsa veya mala ilişkin özel bir hakkın ihlaline bağlayarak, saf çevresel zararların sorumluluk kapsamı dışında bırakması, bu düzenlemenin en önemli eksikliklerinden biridir. Bu eksiklikten dolayı gerçek anlamda çevre korunması gerçekleşmemektedir. Kişilerin şahsi veya malvarlığı haklarının ihlali sonucunu doğuracak çevresel zararların yanında Çevresel Sorumluluk Direktifi hükümlerinden yararlanarak toprak, biyolojik çeşitlilik, hava ve sulara yönelen saf çevresel zararların da sorumluluk kapsamına alınması, mevzuatımızdaki önemli bir boşluğun doldurulmasını sağlayacaktır. Böylece çevresel zararlar bakımından gerçek koruma sağlanabilecektir. ÇK m.28’de ortaya çıkmış çevresel zararın doğuracağı hukuki sonuç olarak sadece zararın tazminine yer verilerek, zararın giderilmesine ve eski hale getirilmesine ilişkin hükümlerin bulunmaması, bu düzenlemedeki çok önemli eksikliklerden bir diğeridir. Bu durumda çevre zararı tam giderilemez, çevre için gerekli koruma ve sürdürülebilirlik sağlanamaz.¹⁴³ Bu hukuki boşluğun doldurulmasında da Çevresel Sorumluluk Direktifi’nin iyileştirici ve tamamlayıcı tedbirleri içeren hükümlerinden faydalanılabilir.

¹⁴³ Güneş, s.106.

Türk çevre mevzuatında önemli bir eksiklik de zorunlu çevre sigortasının bulunmamasıdır. **Çevre Kanunu'nda tehlikeli atıklar ve kimyasalların düzenlendiği 13. madde dışında sigortaya ilişkin hüküm bulunmamaktadır.** Direktif'teki finansal güvence düzenlemesi göz önüne alınarak zorunlu sigorta çevre hukukumuzda da düzenlenmelidir. Zira, sorumluluk sigortası, sigorta ettirenlerin karşılaşacakları sorumluluk riskinin güvence altına alınmasını sağlar. Çevre sorumluluk sigortası açısından baktığımızda sigorta ettiren işletmelerin sahipleri veya işletenleri yaptıracakları sorumluluk sigortası ile kendilerinden talep edilecek tazminatlardan etkilenmeden işletme faaliyetlerine devam etme imkanına sahip olacaklardır. Sorumluluk sigortasında söz konusu olan toplumsal yarar sigorta ettiren zarar verenin yanı sıra zarar gören açısından da geçerli olacaktır. Şöyle ki, sorumluluk sigortasının yapılmış olması halinde zarar görenler, zararlarının tazmin edilmesi hususunda karşılarında sigorta ettiren zarar verene göre çok daha güçlü sigorta şirketini bulurlar. Bu sayede zarar görenler zarar verenlerin ekonomik yetersizliklerine karşı korunmuş olacaktır.¹⁴⁴

Kaynakça

- Akıncı Şahin, Borçlar Hukuku Bilgisi Genel Hükümler, Konya, 2016.
- Akıpek Jale/Akıntürk Turgut, Eşya Hukuku, Beta Yayınları, İstanbul, 2009.
- Alıca Süheyla, "Çevrenin Korunmasına İlişkin Sorumluluk Kurallarının Yargıtay Kararları Kapsamında İncelenmesi", *YÜHFD*, Vol. VIII No.1, 2011.
- Badur Emel, Çevreyi Kirletenin Hukuki Sorumluluğu, Çevre Hukuku Sempozyumu, Ankara, 2006.
- Çakırca Seda İrem, Çevreyi Kirletenin Hukuki Sorumluluğu, *İÜSBFD*, No:47 S.59-94, 2012.
- Çörtoğlu Sahir, Komşuluk Hukukunda Taşınmaz Mülkiyetinin Kullanılmasının Çevreye Etki ve Sonuçları, Ankara, 1982.
- Demir Hasan, Çevreyi Kirletenin Hukuki Sorumluluğu, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2011.
- Eren Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınevi, İstanbul, 2015.
- Eren Fikret, Mülkiyet Hukuku, Ankara, 2015.
- Erişgin Nuri, Çevre Kirletenin Hukuksal Sorumluluğunda İlliyet Bağı, İmaj, Ankara, 2005.

¹⁴⁴ Yongalık, s.221.

- Ertan Birol/Ertan Kuvılcım, "Çevre Hukukunda Sorumluluk", *TODAİED*, C.38, S. 3, S.1-18, 2015.
- Ertuş Şeref, Çevre Hukuku ve Hayvan Hakları Hukuku, Birleşik Matbaacılık, İzmir, 2012.
- Gökyayla Kadir Emre, "2872 sayılı Kanun'a Göre "Kirleten"in Hukuki Sorumluluğu", Prof. Dr. Selahattin Sulhi Tekinay'a Armağan, İstanbul, 1999.
- Güneş Ahmet, Çevre Hukuku, İstanbul, 2015.
- Güneş Ahmet, "Avrupa Birliği Çevresel Sorumluluk Direktifi Üzerine Bir İnceleme", *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, İstanbul, Sayı 2009/2, S.75-108, 2009.
- İnal Tamer, "Taşınmazın Malik veya Malik Gibi Davranan Tarafından Taşkın Surette Kullanılmasından Doğan Sorumluluğun Fransız Hukuku ile Karşılaştırılması, Kapsamı ve Sonuçları", Coşkun Kırcaya Armağan, İstanbul, 1995.
- Keleş Ruşen/Ertan Birol, Çevre Hukukuna Giriş, Ankara, 2002.
- Kılıçoğlu Ahmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Turhan Kitabevi, Ankara, 2013.
- Nomer Haluk, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 12. Bası, İstanbul, 2012.
- Oğuzman Kemal/Öz Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş Güncelleştirilmiş Sekizinci Bası, İstanbul, 2010.
- Oğuzman Kemal,/Seliçi-Özer Saibe/ Özdemir Oktay, Eşya Hukuku, Gözden Geçirilmiş 18. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2016.
- Reisoğlu Safa, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2014.
- Saraç Senem, Türk Borçlar Kanunu'nda Tehlike Sorumluluğu ve Denkleştirme, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2012, erişim adresi: <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tez.SorguSonucYeni.jsp>, Erişim Tarihi:27.02.2017.
- Sirmen Lale, Taşınmaz Mülkiyetinin Kullanılmasında Çevre Etkileri Yaratan Müdahalelerden Dolayı Malikin Sorumluluğu, (2 Nisan 1986 günü Selçuk Üniversitesinde yapılan "Mülkiyet" panelinde bildiri olarak sunulmuştur. Ancak daha sonra yapılan kanuni değişiklikler işlenmiştir.), 1986.
- Tandoğan Haluk, "Tehlike Sorumluluğu Kavramı ve Türk Hukukunda Tehlike Sorumluluklarının Düzenlenmesi Sorunu", *BATİDER*, C.X, S.2, 1979.
- Tekinay Sulhi/Akman Sermet/Burcuoğlu Haluk/Altop Atilla, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yedinci Baskı, İstanbul, 1993.
- Turgut Nühket, Çevre Hukuku, Savaş Yayınevi, Ankara, 2001.
- Ulusan İlhan, Türk Borçlar Kanununda Yer Alan Genel Tehlike Sorumluluğu Kurallına İlişkin Birkaç Tespit ve Hukuk Düzeni Tarafından Faaliyetine İzin Verilmiş Önemli Ölçüde Tehlike Arz eden İşletmelerin Yol Açtığı Zararların Uygun Bir Bedelle Denkleştirilmesi Sorunu, <http://journal.yasar.edu.tr/wp-content/uploads/2014/01/21-%C4%B0lhan-ULUSAN.pdf>, (20.02.2016).
- Ulusoy Ali, "Çevre Kirlenmesinin Oluşmasından Sonraki Aşamada Medeni Hukuk, Ceza Hukuku ve İdare Hukuku Çözümlerine Genel Bir Bakış", *AÜHFĐ*, Y. 1993, C. 43, S. 1-4.
- Yıldırım Abdülkerim, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2017.

RİSKLİ ALAN İLANI VE HUKUKİ SONUÇLARI

Yasin SEZER*

GİRİŞ

Kentsel dönüşümün temel amacı, *yeterli alt yapı ve üst yapı imkânları bulunmayan, gecekondular gibi, çarpık kentleşmenin olduğu alanların şehircilik ilkelerine ve planlama esaslarına uygun, kişilerin insan onuruna yaraşır bir şekilde yaşayabildiği kentlerin oluşturulmasıdır.*

Ülkemizde kentsel dönüşümle ilgili birçok düzenleme yapılmıştır. Bu düzenlemeler arasında, tarih sıralamasına göre, 3194 sayılı İmar Kanunu, 5393 sayılı Belediye Kanunu ve 6306 sayılı **Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanunu** sayılabilir.

6306 sayılı Kanun'da başlıca, rezerv yapı alanlarının belirlenmesi, riskli alan ilan edilmesi ve riskli yapıların tespiti konuları düzenlenmiştir. Söz konusu mevzuatta düzenlenen her bir konunun detaylı olarak incelenmesi bu çalışmanın amaç ve kapsamını aşar niteliktedir¹. Bu nedenle çalışmada yalnızca, 6306 sayılı Kanun'da düzenlenen riskli alanların ilanı ve hukuki sonuçları üzerinde durulacaktır.

Riskli alanlar, Kanun'un 2. maddesinde "*Zemin yapısı veya üzerindeki yapılaşma sebebiyle can ve mal kaybına yol açma riski taşıyan, Bakanlık veya İdare tarafından Afet ve Acil Durum Yönetimi Başkanlığının görüşü de alınarak belirlenen ve Bakanlığın teklifi üzerine Bakanlar Kurulunca kararlaştırılan alan*" şeklinde tanımlanmıştır.

* Prof. Dr., Serbest Avukat

¹ Kentsel dönüşüm konusunda daha geniş ve detaylı inceleme için bkz: Yasin Sezer-Hüseyin Bilgin, Kentsel Dönüşüm Uygulama Rehberi, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016.

1. Riskli Alan İlan Etme Yetkisi

Riskli alan ilan etme yetkisi Bakanlar Kurulu'na aittir. Riskli alanlar, Çevre ve Şehircilik Bakanlığının teklifi üzerine Bakanlar Kurulu kararı ile belirlenir. Riskli alanların tespiti talebi, Bakanlık tarafından re'sen yapılabileceği gibi TOKİ veya ilgili kamu idaresi başvurusu üzerine de yapılabilir. Ayrıca özel hukuk (gerçek/tüzel kişi) kişileri de riskli alan tespiti talebiyle ilgili idareye veya bakanlığa müracaat edebilir.

Riskli alan ilan edilmesi için özel hukuk kişilerince yapılacak talebi hususunda belirli bir çoğunluk aranmamıştır. Riskli alanlarda yapılacak uygulamalarda etap ya da ada bazında paydaşların en az üçte iki çoğunluğu ile karar alınabilir. Ancak, birden fazla kişinin birlikte malik ya da tek başına malik olduğu taşınmazları kapsayan alanların riskli alan ilan edilmesine ilişkin talepler için belirli bir oy çokluğu öngörülmemiştir.

2. Riskli Alanın Büyüklüğü

Uygulama yönetmeliğinde² bir yerin riskli alan olarak ilan edilebilmesi için, alanın büyüklüğünün asgari 15.000 metrekare olması gerektiği; ancak, Bakanlıkça uygulama bütünlüğü bakımından gerekli görülmesi halinde, parsel veya parsellerin büyüklüğüne bakılmaksızın ve 15.000 metrekare şartı aranmaksızın riskli alan tespiti yapılabileceği belirtilmişti (m.5/4). Danıştay, Yönetmeliğin bu hükmünün yürütmesini durdurmuştur³. Danıştay'ın kararından sonra Bakanlık yönetmelik değişikliği⁴ yaparak, alan büyüklüğüne ilişkin şartı kaldırmıştır.

3. Riskli Alan İlan Edebilme Sebepleri

6306 sayılı Kanun'un ilk halinde, riskli alana ilişkin sadece tanım yapılmış; riskli alan ilan etme şartları ayrıca düzenlenmemiştir. 14.4.2016 tarih ve 6704 sayılı Kanun'un 25. maddesiyle düzenlenen Ek 1. maddesinde riskli alan ilanına ilişkin bazı sebepler düzenlenmiştir. Kanunda yapılan bu düzenlemelere paralel olarak Uygulama Yönet-

² 6306 sayılı Kanun'un Uygulama Yönetmeliği, Resmi Gazete, 15.12.2012, S. 28498.

³ Danıştay 14. D., 20.04.2015, E. 2013/983 YD.

⁴ Resmi Gazete, 27.10.2016, S.29870.

meliğinde de değişiklik yapılarak, riskli alan ilanını gerektiren sebepler biraz daha somutlaştırmaya çalışılmıştır.

Bu düzenlemelerin yapılmasında yargı mercilerinin kararlarının etkili söylenebilir. Riskli alan ilan işlemine karşı açılan birçok davada Danıştay, bir yerin riskli alan olarak ilan edilmesi için gerekli koşulların oluşmadığını belirterek yürütmenin durdurulması ve iptal kararı vermiştir. Danıştay'a göre, *"bir alanın riskli alan ilan edilmesi için bu alanın can ve mal kaybına yol açma riski taşıdığı için, Yönetmelikte belirtilen usul ve esaslara uygun olarak, hukuken hiçbir kuşkuyla yer bırakmayacak şekilde ortaya konulması"* gerekir.⁵

Yeni düzenlemeyle birlikte riskli alan ilan edilme sebepleri iki grupta toplanmıştır. Buna göre,

Kamu düzeni veya güvenliğinin olağan hayatı durduracak veya kesintiye uğratabilecek şekilde bozulduğu yerlerde;

- Planlama veya altyapı hizmetlerinin yetersiz olması,
- İmar mevzuatına aykırı yapılaşmanın bulunması,
- Altyapı veya üstyapıda hasar meydana gelmiş olması,

Üzerindeki toplam yapı sayısının en az % 65'i imar mevzuatına aykırı olan veya Yapı ruhsatı alınmaksızın inşa edilmiş olmakla birlikte sonradan yapı ve iskân ruhsatı alan yapılardan oluşan alanlarda,

Bakanlık uygulama bütünlüğünü gözeterek belirlenen alanlarda, riskli alan olarak belirlenmek üzere Bakanlar Kuruluna teklifte bulunabilir (madde EK-1).

Görüldüğü üzere, riskli alan ilan edilmesinde idareye geniş takdir yetkisi verilmiştir. Bakanlar Kurulu kamu düzeninin olağanüstü biçimde bozulduğu yerlerde veya üzerindeki toplam yapı sayısının en az %65'nin mevzuata aykırı olan yerlerde riskli alan kararı alabilir.

Düzenleme bu haliyle birçok hukuki uyuşmazlığın doğmasına neden olabilir. Bilindiği üzere, terör nedeniyle, şu an itibarıyla ülke

⁵ Danıştay 14.D., 13/11/2014, E. 2013/11002 sayılı YD Kararı; D.14.D., 25/02/2015, E. 2014/11167 sayılı YD Kararı; Danıştay 14.D., E.2014/308, K.2016/1135.

genelinde kamu düzeni olağan hayatı kesintiye uğratacak şekilde bozulmuştur.

Diğer taraftan, ülke genelinde çok fazla imar mevzuatına aykırı yapılaşma söz konusudur. Bu durumda, mevzuata göre, Bakanlar Kurulu planlama veya altyapı hizmetlerinin yetersiz olduğu veya imar mevzuatına aykırı yapılaşmanın bulunduğu her yeri riskli alan ilan edebilir.

Yine “üzerindeki toplam yapının %65’nin mevzuata aykırı” olma kriteri de keyfi uygulamaya müsait bir düzenlemedir. Çünkü mevzuata aykırı olan her yapı riskli yapı değildir. Uygulamadan biliyoruz ki, birçok yapı mevzuata aykırı olmasına rağmen can ve mal güvenliği açısından son derece sağlam yapılardır. Elbette mevzuata aykırı yapılara kanunda öngörülen yaptırımlar uygulanmalıdır. Ancak, bu yaptırımlar riskli oldukları için değil, mevzuata aykırı oldukları için uygulanır. Örneğin, ruhsat alınmadan yapılmış bir bina mühendislik olarak pek ala sağlam olabilir. İmar hukukunda kaçak yapı olarak tanımlanan bu yapılar, mevzuata aykırı olduğu için idari para cezası ve/veya yıkım yaptırımı tabi olabilir; failleri hürriyeti bağlayıcı ceza ile cezalandırılabilir. Fakat bu yapıya 6306 sayılı Kanun’un riskli yapı hükümleri uygulanamaz. Uygulanırsa hukuka aykırı olur. Bu tür hukuka aykırılığa İdare Hukukunda usul saptırması denir.

Sonuç olarak, yapılan yeni düzenlemeyle riskli alan ilan etme konusunda Bakanlar Kuruluna geniş takdir yetkisi verilmiştir. Bir yerin riskli alan ilan edilmesinde genel kamu düzeni kriteri veya mevzuata aykırılık kriterinin tek başına yeterli görülmesi mülkiyet hakkının ölçüsüz biçimde kısıtlanmasına neden olur. Bu kriterlerin riskli yapı kriteri ile birlikte değerlendirilmesinde yarar vardır.

4. Riskli Alanlarda Tasarrufların Kısıtlanması

Bakanlık veya uygulamayı yürütmesi hâlinde TOKİ veya idare, riskli yapıların bulunduğu taşınmazlarda bu Kanun kapsamındaki proje ve uygulamalar süresince her türlü imar ve yapılaşma işlemlerini geçici olarak durdurabilir.

Kanunun ilk halinde geçici durdurmadan söz edilmiş olmasına karşın, bunun süresi konusunda bir düzenleme yoktu. Dolayısıyla

bu durdurma uzun yıllar alması ve kişilerin bundan zarar görmesi mümkündür. Anayasa Mahkemesi bu durumun mülkiyet hakkının süresiz olarak kısıtlanması anlamına geldiğini belirterek iptal etmiştir.⁶ Anayasa Mahkemesinin iptal kararından sonra (düzenleme 14/4/2016 tarih ve 6704/22 m.) süre sınırı getirilmiştir. Buna göre, uygulamayı yapan idare riskli alanlarda ve rezerv yapı alanlarında her türlü imar ve yapılaşma işlemlerini iki yıl süre ile geçici olarak durdurabilir. Uygulamanın gerektirmesi hâlinde imar ve yapılaşma işlemlerinin geçici olarak durdurulması bir yıl daha uzatılabilir.

Yine Kanun'un 3. maddesinin üçüncü fıkrasında belirtilen taşınmazlar, tahsis ve devir işlemleri sonuçlandırılıncaya kadar Maliye Bakanlığınca satılamaz, kiraya verilemez, tahsis edilemez, ön izne veya irtifak hakkına konu edilemez.

Uygulama sırasında Bakanlık, TOKİ veya idare tarafından talep edilmesi hâlinde, hak sahiplerinin de görüşü alınarak, riskli alanlardaki yapılar ile riskli yapılara elektrik, su ve doğal gaz verilmez ve verilen hizmetler kurum ve kuruluşlar tarafından durdurulur (m.4).

5. Riskli Alanların Planlanması ve Düzenlenmesi

İmar Kanunu, mekânsal planlamada plan yapma yetki/görevi konusunda planlanacak alana göre farklı düzenlemiştir. İmar planları, nazım imar planı ve uygulama imar planından oluşur. Belediye sınırları içindeki alanların imar planları belediyelerce; belediye sınırları dışındaki alanların imar planları ise il özel idaresi tarafından yapılır. Büyükşehir belediyesi olan illerin nazım imar planları, büyükşehir belediyesi tarafından; uygulama imar planları ve imar programları ilçe belediyeleri tarafından yapılır (m.8).

İmar Kanunu'na göre, parselasyon planları, düzenlenen alana göre, belediye ya da valilik tarafından yapılır (İmar Kanunu, m.18). Ancak, kentsel dönüşüm alanlarının planlanması konusunda özel düzenleme yapılmıştır. Buna göre, kentsel dönüşüm alanlarında Çevre ve Şehircilik Bakanlığı (m.6/5) ve uygulamayı yapmaları halinde TOKİ ve belediyeler her tür harita, plan, proje, arazi ve arsa düzenleme işlemleri ile toplulaştırma yapmaya yetkilidir (m.8/2).

⁶ Anayasa Mahkemesi, 27.2.2014, E. 2012/87, K. 2014/41.

6. Riskli Alanlarda Yapılacak Uygulamalar

Riskli alanlarda yapılacak uygulamaların öncelikle malikler tarafından yapılması gerekir. Uygulama yapılan etapta veya adada, yapıların yıktırılmış olması şartı aranmaksızın ve yapının paydaşı olup olmadıkları gözetilmeksizin, parsellerin tevhit edilmesine, münferit veya birleştirilerek veya imar adası bazında uygulama yapılmasına, ifraz, taksim, terk, ihdas ve tapuya tescil işlemlerine, yeniden bina yaptırılmasına, payların satışına, kat karşılığı veya hasılat paylaşımı ve diğer usuller ile yeniden değerlendirilmesine, bütün maliklerce oybirliği ile karar verilememiş ise, anlaşma sağlanamayan maliklere ait taşınmazların değeri Sermaye Piyasası Kuruluna kayıtlı olarak faaliyet gösteren lisanslı değerlendirme kuruluşlarına tespit ettirilir ve bu değer de gözetilerek oybirliği ile anlaşmaya çalışılır.

Oybirliği ile anlaşma sağlanamaması halinde yapılacak uygulamalara sahip oldukları hisseleri oranında paydaşların en az üçte iki çoğunluğu ile karar verilir. Bu karar anlaşma şartlarını ihtiva eden teklif ile birlikte karara katılmayanlara noter vasıtasıyla veya 7201 sayılı Kanun'a göre tebliğ edilir. Bu tebliğde, on beş gün içinde kararın ve teklifin kabul edilmemesi halinde arsa paylarının, Bakanlıkça tespit edilecek veya ettirilecek rayiç değerden az olmamak üzere anlaşma sağlayan diğer paydaşlara açık artırma usulü ile satılacağı, paydaşlara satış gerçekleştirilemediği takdirde, bu payların, rayiç bedeli Bakanlıkça ödenmek kaydı ile tapuda Hazine adına resen tescil edileceği bildirilir.

Hisseleri oranında paydaşların en az üçte iki çoğunluğu ile alınan karara katılmayan maliklerin arsa payları; 15/A maddesinde belirtilen usule göre, arsa payı değeri üzerinden anlaşma sağlayan diğer paydaşlara açık artırma usulü ile satılır. Paydaşlara satış gerçekleştirilemediği takdirde, bu paylar, rayiç bedeli Bakanlıkça ödenmek kaydı ile tapuda Hazine adına resen tescil edilir ve en az üçte iki çoğunluk ile alınan karar çerçevesinde değerlendirilmek üzere Bakanlığa tahsis edilmiş sayılır veya Bakanlıkça uygun görülenler TOKİ'ye veya İdareye devredilir. Bu durumda, paydaşların kararı ile yapılan anlaşmaya uyularak işlem yapılır (Yönetmelik m. 15/2).

7. Risk Alan İlan Kararına Karşı Yargısal Başvuru

Yukarıda açıklandığı üzere, riskli alan ilanı Bakanlar Kurulunun bir kararıdır. Bu karardan menfaati etkilenen kişiler işlemin iptali için dava açabilirler.

a) Görevli Yargı Mercii

6306 sayılı Kanun kapsamında yapılan idari işlemlere karşı açılacak idari davalarda genel görevli mahkeme idare mahkemeleridir. Ancak, riskli alan ilanı Bakanlar Kurulunca alınan bir karar olduğu için, bu işleme karşı açılacak davalar Danıştay'da açılmalıdır. Danıştay Kanununun 24. maddesindeki göreve ilişkin özel hüküm gereğince Bakanlar Kurulu kararlarına karşı açılacak davalar Danıştay'ın ilk derece mahkemesi olarak görevli olduğu davalardan biridir (Danıştay K., m.24).

Bakanlar Kurulunun riskli alan ilan kararından sonra, diğer idari makamlarca tesis edilen idari işlemlere karşı açılacak davaların yetkili idare mahkemelerinde açılması gerekir. Bireysel işlemlere karşı açılan davalarda İYUK'un genel yetki kuralları geçerlidir.

b) Dava Açma Süresi

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 7. maddesi gereğince idari yargı dava açma süresi, özel kanunlarda ayrı süre öngörülmemeyen hallerde Danıştay'da ve idare mahkemelerinde altmış gündür. 6306 sayılı Kanun'un 6. maddesinde, bu Kanun uyarınca tesis edilen idari işlemlere karşı tebliğ tarihinden itibaren otuz gün içinde 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu uyarınca dava açılabileceği düzenlemesine yer verilmiştir. Dolayısıyla, 6306 sayılı Kanun kapsamında yapılacak idari işlemlere karşı açılacak davaların 30 gün içinde açılması gerekir.

İdari yargılama hukukunda dava açma süresi yazılı bildirimle başlar. Danıştay Dava Daireleri Kurulu, Kanununun 6. maddesinin 9. fıkrasındaki "bu Kanun uyarınca tesis edilen idari işlemlere karşı tebliğ tarihinden itibaren otuz gün içinde 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu uyarınca dava açılabilir" hükmünü yazılı bildirim olarak yorumlayarak, Resmi Gazete yayımlanmayı dava açma süresinin başlaması için yeterli görmemiştir.

Danıştay Dava Daireleri Kuruluna göre,

"Anayasa ve Yasa hükümleri karşısında; özel kanunlarında aksine bir hüküm bulunmadıkça, idari işlemlerde dava açma süresinin başlamasında yazılı bildirim esas olduğu, dava açma süresi hesabında ilân tarihinin, ancak "ilanı

gereken" düzenleyici nitelikteki işlemler açısından dikkate alınacağı, bireysel nitelikteki işlemlere karşı ilgililerin, bu işlemlerin kendilerine yazılı olarak bildirildiği tarihten itibaren dava açabilecekleri kuşkusuzdur.

İdari işlemlere karşı açılacak davalarda sürenin, yazılı bildirim tarihinden başlayacağı kuralı, idari işlemlerin idare tarafından ilgililere açık ve anlaşılır bir biçimde duyurulması ve bu işlemlere karşı idari yollara veya dava yoluna başvurmalarına olanak sağlama amacını taşımaktadır. Bununla birlikte, idari işlemin niteliğinin ve hukuki sonuçlarının davacı tarafından bütünüyle öğrenildiği kimi davalarda, bilgi edinmenin (ittilainin) yazılı bildirim sonucunu doğuracağı ve dava açma süresine başlangıç alınacağı Danıştay içtihatlarıyla kabul edilmiştir. Ancak bu istisnai durumun kabulü, bilgi edinmenin dava açma süresine başlangıç alınması da, idari işlemin niteliği ve doğurduğu hukuki sonuç itibarıyla davacılar tarafından öğrenildiğinin kanıtlanması koşuluna bağlı olup; bu koşulun gerçekleşip gerçekleşmediği açılan idari davada ancak idari yargı merciiince karara bağlanabilir. Bir başka deyişle, her tür bilgi edinmenin (ittilainin) idari dava açma süresine başlangıç alınacağı şeklindeki genel bir kabul, Anayasa'nın 125. maddesi ve 2577 sayılı Yasayla bağdaştırılacaktır.

Nitekim, 6306 sayılı Yasa'da, ayırım gözetilmeksizin, bu Kanun uyarınca tesis edilmiş tüm işlemlere karşı dava açma süresinin hesabında "tebliğ" tarihinin esas alınacağına dair 6/9. maddesindeki hüküm ile anılan Yasa'da, zemin yapısı veya üzerindeki yapılaşma sebebiyle can ve mal kaybına yol açma riski taşıyan alanların "Riskli Alan" olarak belirlenmesine ilişkin Bakanlar Kurulu kararlarının Resmi Gazetede yayımlanmasının zorunlu olduğuna veya Resmî Gazetede yayımlanmış olmasının ilgililere tebliğ hükmünde olduğuna dair bir kurala yer verilmemiş olması da bunu doğrulamaktadır. Ayrıca, riskli alan belirlenmesi ve sonrasında tesis edilen işlemlerin Anayasa'da yer alan bir temel hak ve özgürlük olan mülkiyet hakkını kısıtlayıcı nitelikte sonuçlar doğuracak olması itibarıyla, yazılı bildirim yapılması, Anayasa'da güvence altına alınmış olan hak arama özgürlüğünün de gereğidir.

Bu çerçevede, içeriği itibarıyla muhataplara tebliği zorunlu olan riskli alan ilan edilmesine ilişkin Bakanlar Kurulu kararlarının, yazılı bildirim veya öğrenme üzerine yasal dava açma süresi içinde dava konusu edilebileceği açıktır"⁷.

7

DİDDK, 04.03.2015, E.2015/433, K.2015/638.

Ancak kentsel dönüşüm uygulamalarına karşı açılacak davalar açısından kanunda önemli değişiklik yapılmıştır. 14/4/2016 tarih ve 6704 sayılı Kanunun 25.maddesi ile eklenen EK 1 maddesinde “riskli alan kararına karşı Resmî Gazetede yayımı tarihinden itibaren dava açılabilir.” denilerek, dava açma süresinin kişilere yazılı tebliğden itibaren değil, Resmi Gazetede yayım tarihinden itibaren işlemeye başlayacağı hüküm altına alınmıştır.

Ayrıca, uygulama işlemleri üzerine riskli alan kararına karşı dava açılması yasaklanmıştır. Bilindiği üzere, İYUK m.7/4 hükmü gereğince, düzenleyici işleme karşı dava açma süresi geçmiş olsa dahi, ilgililer uygulama işlemi ile birlikte dayanağı olan düzenleyici işlemin iptalini de talep edebilirler. EK 1. maddesinin 2. fıkrası hükmü gereğince, bundan böyle riskli alan ilan kararlarına karşı süresi içinde iptal davası açılabilir. Bu sürenin dolmasından sonra uygulama işlemleriyle birlikte riskli alan kararlarına karşı dava açılmaz.

c) İvedi Yargılama Usulünün Uygulanması

18.6.2014 tarih ve 6545 sayılı Kanun’un 18.maddesi ile 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’na eklenen 20/A maddesinde 6306 sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun uyarınca alınan Bakanlar Kurulu kararları ivedi yargılama usulüne tabi konular arasında sayılmıştır.

Diğer bir ifade ile, 6306 sayılı Kanun kapsamında alınan Bakanlar Kurulu kararlarına karşı açılacak davalarda ivedi yargılama usulü hükümleri uygulanır. İvedi yargılama usulü, Türk İdari Yargılama Hukukunda Haziran 2014 yılında getirilen yeni bir müessesedir.

İvedi yargılama usulünün uygulanacağı uyuşmazlıklar 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 20/A maddesinin 1.fıkrasında 6 bent halinde sayılmıştır. Buna göre;

- İhaleden yasaklama hariç, ihale işlemleri,
- Acele kamulaştırma işlemleri,
- Özelleştirme Yüksek Kurulu (ÖYK) tarafından alınan kararlar
- 2634 sayılı Turizm Teşvik Kanunu uyarınca yapılan satış, tahsis ve kiralama işlemleri,

- 2872 sayılı Çevre Kanunu uyarınca verilen idari yaptırım kararları (idari para cezaları ve faaliyetten men kararları gibi) hariç olmak üzere çevresel etki değerlendirilmesi sonucunda alınan kararlar,
- 6306 sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun uyarınca alınan Bakanlar Kurulu kararlarına, karşı açılacak davalarda ivedi yargılama usulü uygulanır.

Birinci bölümde açıklandığı üzere, ülkemizde kentsel dönüşüm uygulamaları, 6306 sayılı Kanunun dışında, 5393 sayılı Belediye Kanunu'nun 73. maddesi ile 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 18. maddesi çerçevesinde de yapılabilmektedir. Bu uygulamalar da geniş anlamada kentsel dönüşüm/kentsel yenileme faaliyetidir. Gerek Belediye Kanunu ve gerekse İmar Kanunu hükümleri kapsamındaki uygulamalardan kaynaklanan uyuşmazlıklar ivedi yargılama usulüne tabi değildir.

Diğer taraftan, 6306 sayılı Kanun kapsamında kentsel dönüşümle ilgili olarak birçok idari işlem yapılmaktadır. Bu idari işlemlerden yalnızca Bakanlar Kurulu kararlarına karşı açılacak davalarda ivedi yargılama usulü uygulanır. Bakanlar Kurulunun dışındaki makamlarca tesis edilen idari işlemlere karşı açılacak davalarda İYUK'un genel hükümleri uygulanır.

İvedi yargılama usulünde dava açma süresi genel dava açma süresinden⁸ farklı olarak 30 gün olarak düzenlenmiştir. Bu işlemlere karşı 2577 sayılı Kanunun 11. maddesi⁹ uyarınca idari başvuru yapılamaz (m.20/A). Bir başka ifadeyle, ivedi yargılama usulüne tabi olan işlemin geri alınması kaldırılması, değiştirilmesi istemiyle idareye başvurulamaz. Bu amaçla yapılan idari başvurular işlemeye başlayan 30 günlük dava açma süresini durdurmaz.

⁸ Genel dava açma süresi Danıştay ve idare mahkemelerinde 60 gündür.

⁹ 2577 sayılı Kanunu m.11: Üst Makamlara Başvurma: 1. İlgililer tarafından idari dava açılmadan önce, idari işlemin kaldırılması, geri alınması değiştirilmesi veya yeni bir işlem yapılması üst makamdan, üst makam yoksa işlemi yapmış olan makamdan, idari dava açma süresi içinde istenebilir. Bu başvurma, işlemeye başlamış olan idari dava açma süresini durdurur. 2. Altmış gün içinde bir cevap verilmezse istek reddedilmiş sayılır. 3. İsteğin reddedilmesi veya reddedilmiş sayılması halinde dava açma süresi yeniden işlemeye başlar ve başvurma tarihine kadar geçmiş süre de hesaba katılır. Daha geniş bilgi için Yasin Sezer- Hüseyin Bilgin, "Danıştay Kararlarında İdari Başvurular", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.57, S.4, 2008.

Mahkemeye dava dilekçesinin gelmesi üzerine, mahkemece 7 gün içinde dosya üzerinde ilk incelemenin yapılması ve dava dilekçesiyle eklerinin davalı idare/idarelere tebliğ edilmesi gerekir (m.20-A/2-c).

Yeni düzenlemeyle davalı idarelerin savunma süresi de kısaltılmıştır. Davalı idarelerin savunma süresi 15 gündür. Mahkeme bir defaya mahsus 15 güne kadar ek süre verebilir. Davada replik ve düplik safhaları olan, davacının idarenin cevabına cevap hakkı ve davacının bu cevabına idarenin son cevap hakkı bulunmamaktadır. Bir başka ifadeyle idarenin savunma dilekçesini vermesi ya da idareye tanınan savunma süresinin dolması üzerine dava dosyası tekemmül etmiş olacaktır (m.20-A/2-d). İdarenin cevap dilekçesinde yeni iddialar ortaya atmasına rağmen davacının bu iddialardan haberdar olmaması ya da bu iddialara cevap verememesi nedeniyle bu davalarda davacıların adil yargılanma hakkının ihlal edilmemesine de dikkat edilmesi gerekmektedir. İdarenin yeni iddialar ortaya koyması halinde davacıya 7 günlük bir süre verilerek davacının bu iddialara karşı cevapları alınması yerinde olacaktır.

İlk derece mahkemesi olarak görev yapan Danıştay dava dairesinin yürütmenin durdurulması talebine ilişkin verdiği kararlara karşı Danıştay İdari Dava Daireleri Kuruluna itiraz edilemez (m.20-A/2-e). Mahkemece dava dilekçesi üzerine idarenin savunması alınana kadar yürütmeyi durdurma isteminin kabulü kararı verilebilir. Tekemmül eden dava dosyası hakkında en geç bir ay içerisinde karar verilmesi gerekmektedir. Esas hakkında (davanın reddi veya dava konusu işlemin iptali) kararlar verilmemişse ara kararı verilmesi, keşif, bilirkişi incelemesi ya da duruşma yapılması gibi işlemler ivedilikle sonuçlandırılması gerekir (m.20-A/2-f).

Kararların yazım süresi konusunda kanunda açık bir hüküm bulunmasa da bir an evvel bu kararlar yazılmalıdır. Aslında Kanunda yürütmeyi durdurma kararlarında belirtildiği gibi 15 günlük bir karar yazım süresi getirilmesi bu konudaki tereddütleri de giderebilirdi.

d) Temyiz Yoluna Başvurma Hakkı

Riskli alan ilan etme işlemine karşı açılan davalarda, Danıştay dava dairelerinin nihai kararlarına karşı temyiz başvurusu yapılabilir. Bu davada ivedi yargılama usulü uygulandığı için, genel temyiz süresinden farklı olarak, temyiz süresi 15 gündür.

Temyiz başvurusunu alan Danıştay dairesi, temyiz dilekçesini 3 gün içinde inceler ve dilekçe usulüne uygun ise bu dilekçeyi karşı tarafa tebliğ eder. Temyiz dilekçesine cevap verme süresi 15 gündür. 2577 sayılı Kanunun "Temyiz Dilekçesi" başlıklı 48. madde hükümleri kıyasen uygulanır (m.20-A/2-h). Örneğin, temyiz dilekçesi usulüne uygun değilse temyiz dilekçe ret kararı verilebilir.

İvedi yargılama usulünde Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunun temyiz incelemesi sonucunda verdiği kararlar kesindir (m.20-A/2-j). İlgili Danıştay dairesi temyiz üzerine verilen karara karşı ısrar kararı veremez. Ayrıca 6545 sayılı Kanunla karar düzeltme yolu kaldırıldığı için bu kararlara karşı karar düzeltme başvurusu da yapılamaz.

Danıştay ivedi yargılama usulü uygulanan davalarda temyiz istemini en geç iki ay içerisinde karara bağlamak durumundadır. İki ay içinde verilen bu kararda en geç bir ay içinde yazılarak tebligata çıkartılmalıdır (m.20A/2-k).

SONUÇ

Kentsel dönüşümle ilgili günümüze kadar birçok yasal düzenleme yapılmıştır. Bu yasal düzenlemelerin en sonuncusu 6306 sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkındaki Kanun'dur.

Kentsel dönüşüm uygulamalarının iki temel yaklaşıma dayandığı söylenebilir. Birincisi, yerinde dönüşüm, ikincisi ise aktarmalı dönüşümdür. Yerinde dönüşüm usulünde, dönüştürülen alan ihya edilerek ya da yıkılıp yeniden yapılarak modern kent haline getirilirken, aktarmalı dönüşüm yönteminde ise, dönüştürülmek istenilen yerdeki insanlar başka bir yere nakledilerek, o yer yeniden inşa edilir

6306 sayılı Kanun'un, birçok yönden tartışmaya açık olmasına rağmen, bu iki yaklaşımı da benimsediği söylenebilir. Kanunda aktarmalı kentsel dönüşüm uygulaması örneği olarak rezerv yapı alanlarının belirlenmesi; yerinde dönüşüm uygulaması olarak ta riskli alan ilanı ve riskli yapıları tespiti konusunun düzenlendiği söylenebilir.

Bu çalışmada, riskli alan ilanı konusu ele alınmıştır. Önceki bölümlerde detaylı olarak açıklandığı üzere, kanun koyucu riskli alanı "zemin yapısı veya üzerindeki yapılaşma sebebiyle can ve mal kaybına yol açma riski taşıyan, Bakanlık veya İdare tarafından Afet ve Acil Durum Yönetimi Başkanlığının görüşü de alınarak belirlenen ve Bakan-

lığın teklifi üzerine Bakanlar Kurulunca kararlaştırılan alan” olarak tanımlamıştır.

Risk alanı belirleme yetkisi Bakanlar Kurulundur. Çevre ve Şehircilik Bakanlığı, ilgili belediyeler veya özel hukuk kişileri de bu konuda talepte bulunabilirler. Kanunun ilk halinde riskli alan belirlemede somut kriterler düzenlenmemiş, bu konuda idare geniş takdir yetkisi tanınmıştır. Bu dönemde açılan iptal davalarında Danıştay, bir alanın riskli alan ilan edilmesi için bu alanın can ve mal kaybına yol açma riski taşıdığıнын, Yönetmelikte belirtilen usul ve esaslara uygun olarak, hukuken hiçbir kuşkuya yer bırakmayacak şekilde ortaya konulması gerekir diyerek birçok riskli alan kararını ya iptal etmiştir.

Bunun üzerine, 2016 yılında yapılan kanun değişikliği ve akabindeki yönetmelik değişikliği ile bu konuda kamu düzeninin bozulması veya söz konusu alanın %65'nin kaçak yapı olması kriteri getirilmiştir. Bu kriterlerin daha somut, ölçülü ve kabul edilebilir ölçütler olarak yeniden düzenlenmesinde yarar vardır.

Riskli alanlarla ilgili bir diğer önemli düzenleme dava hakkı ile ilgilidir. Kanununa eklenen EK 1 maddesine göre, riskli alan ilan kararına karşı dava açma süresi Resmi Gazete yayımlanma tarihinden itibaren işlemeye başlar. Ayrıca, riskli alan ilan kararına karşı uygulama işlemine bağlı olarak dava açılmaz.

Bu düzenlenin hak arama hürriyetini kısıtladığını düşünüyoruz. Çünkü Resmi Gazete yayımlanma biçimi dikkate alındığında maliklerin söz konusu karardan haberdar olması oldukça zordur. Özellikle, riskli alan ilan edilen alanın çok geniş olduğu uygulamalarda belki de yüzlerce kişi bu karardan etkilenecektir. Bu nedenle, riskli alan ilan kararlarının maliklerin her birine tebliğ zorunluluğu getirilmelidir. Burada tebliğde yaşanan zorluklar nedeniyle kentsel dönüşümün yavaşladığı veya yapılamadığı iddia edilebilir. Böyle bir iddianın haklılık payı yüksektir. Ancak, maliklere tebliğ konusunda Tebligat Kanununda öngörülen usullerin hepsi kullanılarak işlerin gecikmesi/aksaması önlenebilir. Yeter ki istensin.

Hem dava açma süresinin Resmi Gazete yayım tarihinden başlatılması, hem de sonraki uygulama işlemi ile birlikte düzenleyici işleme karşı dava açma yolunun kapatılması KISACA DAVA AÇMAYIN ANLAMINA GELİR.

Şayet maliklerin her birine tebliğ edilirse, sonradan bireysel işlemlerle birlikte düzenleyici işleme karşı dava açmanın yasaklanması kabul edilebilir. Fakat hem dava açma süresinin Resmi Gazetede yayımlandığı tarihten başlatılması, hem de sonradan dava açılmasının yasaklanması hak arama hürriyetinin ölçüsüz biçimde kısıtlanması anlamına gelir.

EK: Riskli Alan İlan Edilmesine İlişkin Örnek Yargı Kararları

1- Danıştay 14.D., 13/11/2014, E. 2013/11002 sayılı YD kararı

Özet: 6306 sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanununun 2. maddesi uyarınca "Riskli Alan" olarak ilan edilmesi için gerekli koşulların oluşmadığı hakkında

Dava; Ankara İli, Çankaya İlçesi, ... Mahallesi sınırları içinde bulunan, sınır ve koordinatları Bakanlar Kurulu Kararına ekli kroki ile listede gösterilen alanın, 6306 sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkındaki Kanun'un 2. maddesi uyarınca "Riskli Alan" olarak ilan edilmesine ilişkin 18.11.2013 günlü, 2013/5594 sayılı Bakanlar Kurulu kararının iptali istemiyle açılmıştır.

.....

Uyuşmazlığa konu alanda, 1944 yılında yapılaşma başlamış olup, .. Lojmanları da bu alanda bulunmaktadır. Söz konusu yapılar kendi alanında bir ilki temsil ettiği gibi, Türkiye'nin devlet eliyle yapılmış ilk toplu konut uygulamalarından biridir. Alman mimar PB tarafından mimari projesi hazırlanan yapıların; geleneksel Türk Konut mimarlığının önemli öğelerinden olan geniş saçaklar, cumbaya öykünen destek üzerindeki cephe çıkmaları, pencere modülasyonları, sacdan yapıma kafes biçimli balkon korkulukları dış cepheleri Türkiye ve teması dikkate alınarak yapılması nedeniyle .. Mahallesi 2. Ulusal Mimarlık akımının başkentteki önemli bir örneğini oluşturmaktadır. Bu nedenle de dava konusu alan içerisinde yer alan ve alanın büyük bir kısmını kapsayan .. Mahallesi ve diğer eklentileri, Kültür Bakanlığı Gayrimenkul Eserler ve Anıtlar Yüksek Kurulunun 14.04.1979 günlü, A-1610 sayılı kararı ile 1. Derece Kentsel Sit Alanı olarak ilan edilmiştir.

Dosyanın incelenmesinden; Çevre ve Şehircilik Bakanlığının 07.11.2013 günlü, 7090 sayılı yazısıyla, daha önce aynı alana ilişkin

olarak Bakanlar Kurulunca alınan 28.01.2013 günlü, 2013/4248 sayılı “Riskli Alan” kararının; Danıştay 14. Dairesinin 10.09.2013 günlü, E:2013/1494, K:2013/5674 sayılı iptal kararı doğrultusunda eksiklikleri giderilerek, Kültür ve Turizm Bakanlığının görüşünün alındığı, alandaki yapıların durumuna ilişkin Çevre ve Şehircilik Bakanlığı tarafından 28.10.2013 günlü teknik rapor hazırlanarak, Ankara İli, Çankaya İlçesi, .. Mahallesi sınırları içinde bulunan yaklaşık 12,03 ha alanda, 1940’lı yıllarda yapılaşmanın başladığı ve yapıların ekonomik ömürlerini tamamladığı, alanın köhnemeye yüz tuttuğu, çöküntü alanlarının oluşmaya başladığı belirtilerek alanın üzerindeki yapılaşmanın can ve mal kaybına yol açma riski taşıdığı gerekçesiyle riskli alan olarak ilan edilmesi talebine ilişkin olarak hazırlanan dosyanın Başbakanlığa sunulduğu, dava konusu alandaki münferit yapılara ilişkin olarak 13.07.1992, 02.09.1994, 28.03.2006 tarihli raporların bulunduğu, son olarak da Riskli Alan teklifi aşamasında, Afet ve Acil Durum Yönetimi Başkanlığınca alana ilişkin olarak Bakanlar Kurulu kararı ile alınmış bir Afete Maruz Bölge kararı bulunmadığının belirtilmesi üzerine dava konusu Bakanlar Kurulu kararının alındığı anlaşılmıştır.

Dairemizin 13.04.2014 tarihli keşif ve bilirkişi incelemesi yaptırılması yönündeki kararı doğrultusunda naip üye tarafından re’sen seçilen, Prof. Dr. .., Doç. Dr. .. ve Yrd.Doç. Dr. ..’den oluşan bilirkişi kurulu ile birlikte yerinde keşif ve bilirkişi incelemesi yaptırılmış olup bilirkişilerden; kentsel sit kimliği taşıyan uyumsuzluğa konu alanın çevre, sağlık, güvenlik (yıkılacak derecede can ve mal güvenliği açısından tehlike arz edip etmediği) açısından risk taşıdığı iddia edilerek Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkındaki Kanunun 2. maddesi uyarınca “Riskli Alan” olarak ilan edilmesi için gerekli olan koşulların oluşup oluşmadığının ilgili Kanun ve 6306 sayılı Kanunun Uygulama Yönetmeliğinin belirlediği kriterler çerçevesinde değerlendirilmesi hususlarının incelenmesinin istenilmesi üzerine düzenlenen bilirkişi raporunda özetle; dava konusu alandaki yapıların; bodrum+zemin+1 normal kattan, bodrum+zemin+2 normal kattan ve bodrum+zemin+3 normal kattan oluşan yığma tipi yapılar olduğu, içerisine girilme olanağı bulunan yapıların incelenmesi neticesinde, bodrum kat dış duvarlarının taş duvar, bodrum iç mahal duvarlarının ve yapılara ait diğer duvarların dolu blok tuğladan (harman tuğla) imal edildiği; taşıyıcı niteliği olan duvarlar üzerinde yatay hatılların ve bu

hatılların üzerine oturan betonarme döşemelerin olduğu, dava konusu alan üzerindeki bu yapıların bazılarında, bodrum kat dış ve iç duvarları ile taşıyıcı duvarlarında çatlakların olduğu; bazı yapıların çevresindeki tretuvar betonlarının yer yer çatladığı ve deformasyona uğradığı, dava konusu alanda; 80'li yıllarda, kanalizasyon sisteminden kaynaklanan sorundan dolayı su baskını yaşandığı, su baskınından dolayı zeminde bazı oturmaların olduğu, bu oturmalar nedeniyle bazı yapılarda çatlamların meydana geldiği, bu olayı takiben ...Teknik Araştırma Ticaret Limited Şirketi tarafından söz konusu alanda zemin etüt çalışmasının yapıldığı, söz konusu zemin etüt çalışmasında, çatlak görülen binalardan ikisinde sadece temel derinliğine kadar çukur açılarak inceleme yapıldığı ve zemin emniyet gerilmesinin $2,5 \text{ kg/cm}^2$ (25 t/m^2) olarak saptandığı; Çevre ve Şehircilik Bakanlığı Altyapı ve Kentsel Dönüşüm Hizmetleri Genel Müdürlüğü Riskli Yapılar Daire Başkanlığı tarafından rastgele seçildiği belirtilen 3 (üç) ayrı tip yapı üzerinde statik analiz çalışması yapılırken, dava konusu alan için zemin etüt raporuna yönelik yeni bir çalışma yapılmadığı; daha önceki yıllarda çeşitli kurum ve kuruluş tarafından hazırlanan zemin etüt raporlarının dikkate alındığı, dava dosyasında, Tekar Teknik Araştırma Ticaret Limited Şirketi tarafından yapılan zemin etüt çalışmasından farklı olarak; dava konusu alana ait zeminin karakteristik yapısını ve özelliklerini ortaya koyan; yeraltı su seviyesinin varlığı ve derinliği hakkında bilgi veren; alanda sıvılaşma ve oturma riskinin olup olmadığı konusunda yönlendirici niteliği olan; güncel, detaylı ve gerekli zemin etüt raporunun bulunmadığı, Çevre ve Şehircilik Bakanlığı Altyapı ve Kentsel Dönüşüm Hizmetleri Genel Müdürlüğü Riskli Yapılar Daire Başkanlığı tarafından, rastgele seçildiği raporlarda belirtilen 3 (üç) ayrı tip yapının, 2007 yılında yürürlüğe giren Deprem Bölgelerinde Yapılacak Binalar Hakkında Yönetmelik (DBYBHY-2007) esaslarına göre, 03.10.2013 tarihinde ve StatiCAD-V: 3.2.1.5 Professional hazır paket programı kullanılarak performans tahkikinin yapıldığı, bu tahkikler yapılırken, yaklaşık 50-60 cm'lik kısmı dışında, tamamen toprağa gömülü olan bodrum katların, analiz esnasında hatalı bir şekilde kritik kat olarak kabul edildiği ve analize dahil edildiği, bu şekilde yapılan performans tahkikleri sonucunda seçilen 3 (üç) yapının deprem performans düzeyinin "Göçme Durumu" olarak saptandığı ve bu 3(üç) yapının analiz sonucuna bağlı kalarak, dava konusu alanda bulunan bütün yapılar hakkında genel bir kanaate ulaşılmaya çalışıldığı, yapılan bu

analiz hatasının yapı ağırlığını, dolayısıyla yapıya gelen deprem kuvvetini etkilediği, bu analiz hatasının, yapının performans seviyesini etkileyecek mahiyette olduğu, ayrıca; performans analizinin yapıldığı tarih dikkate alındığında, 6306 sayılı Kanunun Uygulama Yönetmeliği'nin geçici 2.inci maddesinin (Ek: RG-2/7/2013-28695) 1.inci fıkrasında belirtildiği gibi, Deprem Bölgelerinde Yapılacak Binalar Hakkında Yönetmelik hükümlerine göre riskli yapı tespiti yapılabileceği, Deprem Bölgelerinde Yapılacak Binalar Hakkında Yönetmelik'in yığma yapıların deprem performansını belirlenmesi ile ilgili 7.7.6. maddesinde; "Yığma binaların performans düzeyine, 7.2'ye göre yapılan inceleme ve Bölüm 5'e göre yapılan hesap sonucunda karar verileceği, eğer yığma binanın her iki doğrultudaki tüm duvarlarının kesme dayanımı uygulanan deprem etkileri altında oluşan kesme kuvvetlerini karşılamaya yeterli ise, binanın Hemen Kullanım Performans Düzeyini sağladığı sonucuna varıldığı, herhangi bir katta uygulanan deprem doğrultusunda bu koşulu sağlamayan duvarların kat kesme kuvvetine katkısı %20'nin altında ise binanın Can Güvenliği Performans Düzeyini sağladığının kabul edileceği, sadece yetersiz olan duvarların en az 7F.2'de belirtildiği düzeyde güçlendirilmesi gerektiği, bu durumların dışında binanın göçme durumunda olduğu kabul edilir" hükmünün yazılı olduğu, buna göre; Çevre ve Şehircilik Bakanlığı Altyapı ve Kentsel Dönüşüm Hizmetleri Genel Müdürlüğü Riskli Yapılar Daire Başkanlığı tarafından yapılan söz konusu performans analizi incelendiğinde, analizi yapılan yapıların, Deprem Bölgelerinde Yapılacak Binalar Hakkında Yönetmelik'in yığma yapıların deprem performansını belirlenmesi ile ilgili 7.7.6. maddesindeki hükmüne uygun olarak değerlendirildiği, ancak; söz konusu performans analizlerinde, yaklaşık 50-60 cm'lik kısmı dışında, tamamen toprağa gömülü olan bodrum katların, hatalı bir şekilde kritik kat olarak kabul edildiği ve analize dahil edildiği, konuyla ilgili olarak; dava dosyasında, İnşaat Mühendisleri Odası Ankara Şubesi tarafından hazırlanmış, İnş. Yük. Müh. NB ve Dr. Müh. DU imzalı ve 19.02.2014 tarihli inceleme raporu bulunduğu, söz konusu inceleme raporunda; Çevre ve Şehircilik Bakanlığı Altyapı ve Kentsel Dönüşüm Hizmetleri Genel Müdürlüğü Riskli Yapılar Daire Başkanlığı tarafından yapılan performans analizi hakkında değerlendirmelerde bulunduğu, bu değerlendirmeler yapılırken; Deprem Bölgelerinde Yapılacak Binalar Hakkında Yönetmelik'in yığma yapıların deprem performansını belirlenmesi ile ilgili 7.7.6. maddesi yerine, 6306 sayılı

Kanunun Uygulama Yönetmeliği'nin Ek-2: Riskli Yapıların Tespit Edilmesine İlişkin Esaslar kısmında yer alan, 3.7. maddesindeki; "Riskli Yığma Binanın Belirlenmesi" hükmünün dikkate alındığı, 6306 sayılı Kanunun Uygulama Yönetmeliği'nin Ek-2: Riskli Yapıların Tespit Edilmesine İlişkin Esaslar kısmında yer alan, 3.7.maddesinde; "Yığma binalarda kritik kattaki taşıyıcı duvarların kesme dayanımı, deprem etkileri altında oluşan kesme kuvvetleri ile karşılaştırılır. Karşılaştırma binanın her iki doğrultusu için ayrı ayrı yapılacaktır. Dayanımı yeterli olmayan duvarların kat kesme kuvvetine katkısı herhangi bir doğrultuda % 50'nin üstünde ise, bina Riskli Bina olarak kabul edilir" hükmünün yazılı olduğu, 6306 sayılı Kanunun Uygulama Yönetmeliği'nin bu hükmü dikkate alınarak, 03.10.2013 tarihinde, Çevre ve Şehircilik Bakanlığı Altyapı ve Kentsel Dönüşüm Hizmetleri Genel Müdürlüğü Riskli Yapılar Daire Başkanlığı tarafından yapılan performans analizi incelendiğinde, söz konusu yapıların riskli olmadığı sonucuna ulaşılabilebile; Çevre ve Şehircilik Bakanlığı Altyapı ve Kentsel Dönüşüm Hizmetleri Genel Müdürlüğü Riskli Yapılar Daire Başkanlığı tarafından yapılan performans analizlerinin, Deprem Bölgelerinde Yapılacak Binalar Hakkında Yönetmelik'in yığma yapıların deprem performansını belirlenmesi ile ilgili 7.7.6. maddesi dikkate alınarak değerlendirilmesi gerektiği, zira; Deprem Bölgelerinde Yapılacak Binalar Hakkında Yönetmelik ile 6306 sayılı Kanunun Uygulama Yönetmeliği'nin konuyla ilgili hükümleri, değerlendirme kriterleri ve olaya bakış açıları birbirinden farklı olup, Çevre ve Şehircilik Bakanlığı Altyapı ve Kentsel Dönüşüm Hizmetleri Genel Müdürlüğü'nün analiz ve değerlendirmeler için Deprem Bölgelerinde Yapılacak Binalar Hakkında Yönetmelik'in ilgili hükümlerini dikkate alması, analiz tarihi gözetildiğinde, 6306 sayılı Kanunun Uygulama Yönetmeliği'nin geçici 2.inci maddesinin (Ek: RG-2/7/2013-28695) 1.inci fıkrasına uygun olduğu, ancak; 6306 sayılı Kanunun Uygulama Yönetmeliği'nin geçici 2.inci maddesinin (Ek: RG-2/7/2013-28695) 1.inci fıkrasına göre, halihazırda yasal sürenin dolmuş olması nedeniyle, bu tür yapıların analizleri yapılırken ve bu analizler değerlendirilirken, artık 6306 sayılı Kanunun Uygulama Yönetmeliği'nin Ek-2: Riskli Yapıların Tespit Edilmesine İlişkin Esaslar kısmında belirtilen hükümlerin dikkate alınması gerektiği, Deprem Bölgelerinde Yapılacak Binalar Hakkında Yönetmelik (DBYBHY-2007) esaslarına göre performans tahkiki yapılan yapıların; .. ada .. parsel üzerinde bulunan .. numaralı, .. ada .. parsel üzerinde bulunan .. numaralı ve .. ada .. par-

sel üzerinde bulunan .. numaralı bloklar olduğu; söz konusu bu bloklardan farkı olarak, dava konusu alan üzerindeki diğer bloklarda, özellikle .. ada .. parsel; .. ada .. parsel; .. ada .. parsel; .. ada .. parsel; .. ada .. parseller üzerindeki bulunan yapılarda performans tahkikinin yapılmadığı; performans tahkiki yapılmayan bu yapılar üzerinde sadece gözlemsel tespitlerin ve incelemelerin yapıldığı, Çevre ve Şehircilik Bakanlığı Altyapı ve Kentsel Dönüşüm Hizmetleri Genel Müdürlüğü Riskli Yapılar Daire Başkanlığı tarafından seçilen 3 (üç) ayrı tip yapının analizi sonucunda elde edilen performans düzeyini temel alarak, dava konusu alan üzerindeki bütün yapılar hakkında genel bir kanaate ulaşılmaya çalışılmasından ve seçilen 3 (üç) ayrı tip yapı dışındaki diğer yapılarda, 6306 sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun ve bu kanunun Uygulama Yönetmeliği kapsamında belirtilen hususlar çerçevesinde, detaylı bir şekilde performans ve riskli bina analizi yapılmayıp, bu yapılar için sadece gözlemsel tespit ve incelemelerin dikkate alındığı, riskli alan olarak ilan edilen; Ankara İli, Çankaya İlçesi, Namık Kemal Mahallesiindeki dava konusu alan üzerindeki bütün yapıların; 6306 sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanununun 2/ç maddesinde belirtilen can ve mal kaybına yol açma riski taşıdığı konusunda kesin bir hükme varılmayacağı, ancak dava konusu alan üzerindeki yapıların bazılarında, bodrum kat dış ve iç duvarlarında, yapının taşıyıcı duvarlarında belirgin çatlakların ve ayrılmaların oluştuğu; bazı yapıların çevresindeki tretuvar betonlarının yer yer deformasyona uğradığı, söz konusu bu hasarların varlığı; dava dosyasında bulunan, eski tarihli teknik inceleme raporlarında da ifade edildiğinden; bu çatlakların yakın zamanda oluşmadığı, bilirkişilerce incelenen yapılarda kullanılan taşıyıcı tuğla ve bağlayıcı harcın oldukça iyi durumda olduğu, söz konusu yapılar üzerindeki performans ve riskli bina analizi yapılmadan önce, tuğla ve harçlardan yeterli örnek alınarak gerçek malzeme dayanımının belirlenmesi ve analizlerde bu dayanımın kullanılması gerektiği ve yapılarda bulunan bodrum katların, tekniğine ve yapıma amacına uygun olarak analizlerde dikkate alınması gerektiği, Çevre ve Şehircilik Bakanlığı Altyapı ve Kentsel Dönüşüm Hizmetleri Genel Müdürlüğü Riskli Yapılar Daire Başkanlığı tarafından yapılan analiz hatasının, yapının performans düzeyini değiştirecek mahiyette olduğu, dava konusu alan üzerindeki yapılardan seçilen 3 (üç) ayrı tip yapının analizi sonucunda elde edilen performans düzeyini temel alarak, dava konusu alan üzerindeki

bütün yapılar hakkında genel bir kanaate ulaşılmaya çalışıldığından bahisle; dava konusu alan üzerindeki yapıların tamamı için; 6306 sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanunun 2/ç maddesinde belirtilen can ve mal kaybına yol açma riski taşıdığı hükmüne varılamayacağı, 18.11.2013 gün ve 2013/5594 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile "Riskli Alan" olarak ilan edilen ve kentsel sit kimliği taşıyan Ankara İli, Çankaya İlçesi, ... Mahallesi sınırları içerisinde bulunan alanın; çevre, sağlık, güvenlik (yıkılacak derecede can ve mal güvenliği açısından tehlike arz edip etmediği) açısından risk taşıdığı iddia edilerek, 6306 sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanunun 2. maddesi uyarınca "Riskli Alan" olarak ilan edilmesi için gerekli koşulların oluşmadığı ve dava konusu alan üzerindeki yapıların bazılarında, bodrum kat dış ve iç duvarlarında, yapının taşıyıcı duvarlarında çatlakların ve ayrılmaların olduğu ancak bu çatlakların yeni tarihli olmadığı, bu çatlakların tekniğine uygun olarak ve çimento veya epoksi enjeksiyon ile onarılabileceği, bazı yapıların çevresindeki tretuar betonlarının deformasyona uğradığı, yapıların genel bir bakıma ihtiyaç duyduğu, bir çok yapı da ise çatlak vb. hiçbir hasar bulunmadığı görüşüne yer verilmiştir.

Anılan bilirkişi raporu taraflara tebliğ edilmiş olup, taraflarca bilirkişi raporuna yapılan itirazlar bilirkişi raporunu kusurlandıracak nitelikte görülmemiştir.

Bu durumda; bilirkişi raporu ile dosyada yer alan bilgi ve belgelerin birlikte değerlendirilmesi sonucunda, 18.11.2013 günlü, 2013/5594 sayılı dava konusu Bakanlar Kurulu kararında kamu yararına ve hukuka uyarlık bulunmamıştır.

2- Danıştay 14.D., 25/02/2015, E. 2014/11167 sayılı YD kararı

Özet: *Uyuşmazlığa konu alanın "riskli alan" ilan edilmesine ilişkin 24.12.2012 günlü, 2012/4160 sayılı Bakanlar Kurulu kararının davacının parsellerine ilişkin kısmında hukuka uyarlık görülmediği hakkında*

Dava; İstanbul İli, Zeytinburnu İlçesi, .. Mahallesi, .. ada, .. sayılı parsellerde bulunan davacıya ait taşınmazların da içinde yer aldığı sınır ve koordinatları Bakanlar Kurulu Kararına ekli kroki ile listede gösterilen alanın, 6306 sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanunun 2. maddesi uyarınca "Riskli Alan" olarak

ilan edilmesine ilişkin 24.12.2012 günlü, 2012/4160 sayılı Bakanlar Kurulu Kararının davacının parsellerine ilişkin kısmının iptali istemiyle açılmıştır.

.....

Gerek Anayasa gerek de AİHS düzenlemeleriyle kişilerin mülkiyet hakları güvence altına alınmıştır. Mülkiyet hakkının yalnızca kamu yararının mevcut olduğu durumlarda kanunla sınırlanabileceği de yine bu düzenlemelerde öngörülmüştür. Kanun koyucu tarafından olağan dışı kanun olarak düzenlenen 6306 sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun kapsamında da kanunda sayılan idarelerce mülkiyet hakkına sınırlama getirebilecektir. Ancak, yine burada Kanun bu yetkinin kullanımını oldukça sıkı kurallara bağlamış ve ortada kamu yararını ilgilendiren durumun bulunduğunu hiç bir şüpheye yer vermeyecek şekilde açık ve somut bir şekilde ortaya konulmasını şarta bağlamıştır. Bu bağlamda, bir alanın “Riskli Alan” olarak ilan edilebilmesi için üzerindeki yapılaşma sebebiyle can ve mal kaybına yol açma riski taşıma sebebinin mutlaka yapıların fiili durumları incelendikten sonra hazırlanacak teknik bir rapor ile ortaya konulması gerekecektir.

.....

Diğer taraftan, uyuşmazlık konusu alanın üzerindeki yapılaşma sebebiyle can ve mal kaybına yol açma riski taşıdığına dair idarelerce hazırlanan raporların gözlemsel genel bilgiler içerdiği, İstanbul’un önceki yıllarda yaşamış olduğu depremler sonucunda söz konusu yapıların olumsuz olarak etkilenip etkilenmediği yolunda belirlemeye yer vermediği, değişik tipteki yapılardan örnekleme suretiyle karot veya numune alınmak suretiyle teknik bir metot üzerinde çalışılmadığı, yapıların hangi yönlerden can ve mal kaybına yol açma riski taşıdığına kanıtlayacak yeterli bilgi içermediği ve bu nedenle alanın riskli alan ilan edilebilmesi için Kanunun ve Uygulama Yönetmeliğinin öngördüğü koşulların detaylı bir teknik rapor ile oluşturulamadığı sonucuna ulaşılmıştır.

Bu durumda; uyuşmazlığa konu alanın “riskli alan” ilan edilmesine ilişkin 24.12.2012 günlü, 2012/4160 sayılı Bakanlar Kurulu kararının davacının parsellerine ilişkin kısmında hukuka uyarlık görülmemiştir.

3- Danıştay 14.D., E.2014/308, K.2016/1135

Özeti : *“Riskli Alan” olarak ilan edilmesi için gerekli koşulların oluşmadığı hakkında*

Dava; Ankara İli, Çankaya İlçesi, Namık Kemal ve Yenişehir Mahalleleri sınırları içerisinde bulunan, sınır ve koordinatları Bakanlar Kurulu Kararına ekli kroki ile listede gösterilen alanın, 6306 sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkındaki Kanunun 2. maddesi uyarınca “Riskli Alan” olarak ilan edilmesine ilişkin 18.11.2013 günlü, 2013/5594 sayılı Bakanlar Kurulu kararının iptali istemiyle açılmıştır.

.....

Uyuşmazlığa konu alanda, 1944 yılında yapılaşma başlamış olup, Saraçoğlu Lojmanları da bu alanda bulunmaktadır. Söz konusu yapılar kendi alanında bir ilki temsil ettiği gibi, Türkiye’nin devlet eliyle yapılmış ilk toplu konut uygulamalarından biridir. Alman mimar Paul Bonatz tarafından mimari projesi hazırlanan yapıların; geleneksel Türk Konut mimarlığının önemli öğelerinden olan geniş saçaklar, cumbaya öykünen destek üzerindeki cephe çıkmaları, pencere modülasyonları, sacdan yapılma kafes biçimli balkon korkulukları dış cepheleri Türkiye ve teması dikkate alınarak yapılması nedeniyle Saraçoğlu Mahallesi 2. Ulusal Mimarlık akımının başkentteki önemli bir örneğini oluşturmaktadır. Bu nedenle de dava konusu alan içerisinde yer alan ve alanın büyük bir kısmını kapsayan Saraçoğlu Mahallesi ve diğer eklenmeleri, Kültür Bakanlığı Gayrimenkul Eski Eserler ve Anıtlar Yüksek Kurulunun 14.04.1979 günlü, A-1610 sayılı kararı ile 1. Derece Kentsel Sit Alanı olarak ilan edilmiştir.

Dosyanın incelenmesinden; Çevre ve Şehircilik Bakanlığının 07.11.2013 günlü, 7090 sayılı yazısıyla, daha önce aynı alana ilişkin olarak Bakanlar Kurulunca alınan 28.01.2013 günlü, 2013/4248 sayılı “Riskli Alan” kararının; Danıştay Ondördüncü Dairesinin 10.09.2013 günlü, E:2013/1494, K:2013/5674 sayılı iptal kararı doğrultusunda eksiklikleri giderilerek, Kültür ve Turizm Bakanlığının görüşünün alındığı, alandaki yapıların durumuna ilişkin Çevre ve Şehircilik Bakanlığı tarafından 28.10.2013 günlü teknik rapor hazırlanarak, Ankara İli, Çankaya İlçesi,sınırları içinde bulunan yaklaşık 12,03 ha alanda,

1940'lı yıllarda yapılaşmanın başladığı ve yapıların ekonomik ömürlerini tamamladığı, alanın köhnemeye yüz tuttuğu, çöküntü alanlarının oluşmaya başladığı belirtilerek alanın üzerindeki yapılaşmanın can ve mal kaybına yol açma riski taşıdığı gerekçesiyle riskli alan olarak ilan edilmesi talebine ilişkin olarak hazırlanan dosyanın Başbakanlığa sunulduğu, dava konusu alandaki münferit yapılara ilişkin olarak 13.07.1992, 02.09.1994, 28.03.2006 tarihli raporların bulunduğu, son olarak da Riskli Alan teklifi aşamasında , Afet ve Acil Durum Yönetimi Başkanlığınca alana ilişkin olarak Bakanlar Kurulu kararı ile alınmış bir Afete Maruz Bölge kararı bulunmadığının belirtilmesi üzerine dava konusu Bakanlar Kurulu kararının alındığı anlaşılmıştır.

Dava konusu Bakanlar Kurulu kararının iptali istemiyle açılan bir diğer davada Dairemizin 13.04.2014 günlü, E:2013/11002 sayılı keşif ve bilirkişi incelemesi yaptırılması yönündeki kararı doğrultusunda naip üye tarafından re'sen seçilen, ...bilirkişi kurulu ile birlikte yerinde keşif ve bilirkişi incelemesi yaptırılmış olup bilirkişilerden; kentsel sit kimliği taşıyan uyumsuzluğa konu alanın çevre, sağlık, güvenlik (yıkılacak derecede can ve mal güvenliği açısından tehlike arz edip etmediği) açısından risk taşıdığı iddia edilerek Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkındaki Kanunun 2. maddesi uyarınca "Riskli Alan" olarak ilan edilmesi için gerekli olan koşulların oluşup oluşmadığının, ilgili Kanun ve 6306 sayılı Kanunun Uygulama Yönetmeliğinin belirlediği kriterler çerçevesinde değerlendirilmesi hususlarının incelenmesinin istenilmesi üzerine düzenlenen bilirkişi raporunda özetle; dava konusu alandaki yapıların; bodrum+zemin+1 normal kattan, bodrum+zemin+2 normal kattan ve bodrum+zemin+3 normal kattan oluşan yığma tipi yapılar olduğu, içerisine girilme olanağı bulunan yapıların incelenmesi neticesinde, bodrum kat dış duvarlarının taş duvar, bodrum iç mahal duvarlarının ve yapılara ait diğer duvarların dolu blok tuğladan (harman tuğla) imal edildiği; taşıyıcı niteliği olan duvarlar üzerinde yatay hatılların ve bu hatılların üzerine oturan betonarme döşemelerin olduğu, dava konusu alan üzerindeki bu yapıların bazılarında, bodrum kat dış ve iç duvarları ile taşıyıcı duvarlarında çatlakların oluştuğu; bazı yapıların çevresindeki tretuvar betonlarının yer yer çatladığı ve deformasyona uğradığı, dava konusu alanda; 80'li yıllarda, kanalizasyon sisteminden kaynaklanan sorundan dolayı su baskını yaşandığı, su baskınından dolayı zeminde bazı oturma-

ların oluştuğu, bu oturmalar nedeniyle bazı yapılarda çatlamların meydana geldiği, bu olayı takibenŞirketi tarafından söz konusu alanda zemin etüd çalışmasının yapıldığı, söz konusu zemin etüd çalışmasında, çatlak görülen binalardan ikisinde sadece temel derinliğine kadar çukur açılarak inceleme yapıldığı ve zemin emniyet gerilmesinin 2,5 kg/cm² (25 t/m²) olarak saptandığı; Çevre ve Şehircilik Bakanlığı Altyapı ve Kentsel Dönüşüm Hizmetleri Genel Müdürlüğü Riskli Yapılar Daire Başkanlığı tarafından rastgele seçildiği belirtilen 3 (üç) ayrı tip yapı üzerinde statik analiz çalışması yapılırken, dava konusu alan için zemin etüd raporuna yönelik yeni bir çalışma yapılmadığı; daha önceki yıllarda çeşitli kurum ve kuruluş tarafından hazırlanan zemin etüd raporlarının dikkate alındığı, dava dosyasında, Şirketi tarafından yapılan zemin etüd çalışmasından farklı olarak; dava konusu alana ait zeminin karakteristik yapısını ve özelliklerini ortaya koyan; yeraltı su seviyesinin varlığı ve derinliği hakkında bilgi veren; alanda sıvılaşma ve oturma riskinin olup olmadığı konusunda yönlendirici niteliği olan; güncel, detaylı ve gerekli zemin etüd raporunun bulunmadığı, Çevre ve Şehircilik Bakanlığı Altyapı ve Kentsel Dönüşüm Hizmetleri Genel Müdürlüğü Riskli Yapılar Daire Başkanlığı tarafından, rastgele seçildiği raporlarda belirtilen 3 (üç) ayrı tip yapının, 2007 yılında yürürlüğe giren Deprem Bölgelerinde Yapılacak Binalar Hakkında Yönetmelik (DBYBHY-2007) esaslarına göre, 03.10.2013 tarihinde ve StaciCAD-V:3.2.1.5 Professional hazır paket programı kullanılarak performans tahkikinin yapıldığı, bu tahkikler yapılırken, yaklaşık 50-60 cm'lik kısmı dışında, tamamen toprağa gömülü olan bodrum katların, analiz esnasında hatalı bir şekilde kritik kat olarak kabul edildiği ve analize dahil edildiği, bu şekilde yapılan performans tahkikleri sonucunda seçilen 3 (üç) yapının deprem performans düzeyinin "Göçme Durumu" olarak saptandığı ve bu 3(üç) yapının analiz sonucuna bağlı kalarak, dava konusu alanda bulunan bütün yapılar hakkında genel bir kanaate ulaşılmaya çalışıldığı, yapılan bu analiz hatasının yapı ağırlığını, dolayısıyla yapıya gelen deprem kuvvetini etkilediği, bu analiz hatasının, yapının performans seviyesini etkileyecek mahiyette olduğu, ayrıca; performans analizinin yapıldığı tarih dikkate alındığında, 6306 sayılı Kanunun Uygulama Yönetmeliğinin Geçici 2. maddesinin (Ek: RG-2/7/2013-28695) 1. fıkrasında belirtildiği gibi, Deprem Bölgelerinde Yapılacak Binalar Hakkında Yö-

netmelik hükümlerine göre riskli yapı tespiti yapılabileceği, Deprem Bölgelerinde Yapılacak Binalar Hakkında Yönetmelik'in yığma yapıların deprem performansını belirlenmesi ile ilgili 7.7.6. maddesinde; "Yığma binaların performans düzeyine, 7.2'ye göre yapılan inceleme ve Bölüm 5'e göre yapılan hesap sonucunda karar verileceği, eğer yığma binanın her iki doğrultudaki tüm duvarlarının kesme dayanımı uygulanan deprem etkileri altında oluşan kesme kuvvetlerini karşılamaya yeterli ise, binanın Hemen Kullanım Performans Düzeyini sağladığı sonucuna varıldığı, herhangi bir katta uygulanan deprem doğrultusunda bu koşulu sağlamayan duvarların kat kesme kuvvetine katkısı %20'nin altında ise binanın Can Güvenliği Performans Düzeyini sağladığının kabul edileceği, sadece yetersiz olan duvarların en az 7F.2'de belirtildiği düzeyde güçlendirilmesi gerektiği, bu durumların dışında binanın Göçme Durumunda olduğu kabul edilir" hükmünün yazılı olduğu, buna göre; Çevre ve Şehircilik Bakanlığı Altyapı ve Kentsel Dönüşüm Hizmetleri Genel Müdürlüğü Riskli Yapılar Daire Başkanlığı tarafından yapılan söz konusu performans analizi incelendiğinde, analizi yapılan yapıların, Deprem Bölgelerinde Yapılacak Binalar Hakkında Yönetmelik'in yığma yapıların deprem performansını belirlenmesi ile ilgili 7.7.6. maddesindeki hükmüne uygun olarak değerlendirildiği, ancak; söz konusu performans analizlerinde, yaklaşık 50-60 cm'lik kısmı dışında, tamamen toprağa gömülü olan bodrum katların, hatalı bir şekilde kritik kat olarak kabul edildiği ve analize dahil edildiği, konuyla ilgili olarak; dava dosyasında, İnşaat Mühendisleri Odası Ankara Şubesi tarafından hazırlanmış, İnş.Yük.Müh. imzalı ve 19.02.2014 tarihli inceleme raporu bulunduğu, söz konusu inceleme raporunda; Çevre ve Şehircilik Bakanlığı Altyapı ve Kentsel Dönüşüm Hizmetleri Genel Müdürlüğü Riskli Yapılar Daire Başkanlığı tarafından yapılan performans analizi hakkında değerlendirmelerde bulunulduğu, bu değerlendirmeler yapılırken; Deprem Bölgelerinde Yapılacak Binalar Hakkında Yönetmelik'in yığma yapıların deprem performansını belirlenmesi ile ilgili 7.7.6. maddesi yerine, 6306 sayılı Kanunun Uygulama Yönetmeliği'nin Ek-2: Riskli Yapıların Tespit Edilmesine İlişkin Esaslar kısmında yer alan, 3.7. maddesindeki; "Riskli Yığma Binanın Belirlenmesi" hükmünün dikkate alındığı, 6306 sayılı Kanunun Uygulama Yönetmeliği'nin Ek-2: Riskli Yapıların Tespit Edilmesine İlişkin Esaslar kısmında yer alan, 3.7.maddesinde; "Yığma bi-

nalarda kritik kattaki taşıyıcı duvarların kesme dayanımı, deprem etkileri altında oluşan kesme kuvvetleri ile karşılaştırılır. Karşılaştırma binanın her iki doğrultusu için ayrı ayrı yapılacaktır. Dayanımı yeterli olmayan duvarların kat kesme kuvvetine katkısı herhangi bir doğrultuda % 50'nin üstünde ise, bina Riskli Bina olarak kabul edilir" hükmünün yazılı olduğu, 6306 sayılı Kanunun Uygulama Yönetmeliği'nin bu hükmü dikkate alınarak, 03.10.2013 tarihinde, Çevre ve Şehircilik Bakanlığı Altyapı ve Kentsel Dönüşüm Hizmetleri Genel Müdürlüğü Riskli Yapılar Daire Başkanlığı tarafından yapılan performans analizi incelendiğinde, söz konusu yapıların riskli olmadığı sonucuna ulaşılabilebile; Çevre ve Şehircilik Bakanlığı Altyapı ve Kentsel Dönüşüm Hizmetleri Genel Müdürlüğü Riskli Yapılar Daire Başkanlığı tarafından yapılan performans analizlerinin, Deprem Bölgelerinde Yapılacak Binalar Hakkında Yönetmelik'in yığma yapıların deprem performansını belirlenmesi ile ilgili 7.7.6. maddesi dikkate alınarak değerlendirilmesi gerektiği, zira; Deprem Bölgelerinde Yapılacak Binalar Hakkında Yönetmelik ile 6306 sayılı Kanunun Uygulama Yönetmeliği'nin konuyla ilgili hükümleri, değerlendirme kriterleri ve olaya bakış açıları birbirinden farklı olup, Çevre ve Şehircilik Bakanlığı Altyapı ve Kentsel Dönüşüm Hizmetleri Genel Müdürlüğü'nün analiz ve değerlendirmeler için Deprem Bölgelerinde Yapılacak Binalar Hakkında Yönetmelik'in ilgili hükümlerini dikkate alması, analiz tarihi gözetildiğinde, 6306 sayılı Kanunun Uygulama Yönetmeliği'nin Geçici 2. maddesinin (Ek: RG-2/7/2013-28695) 1. fıkrasına uygun olduğu, ancak; 6306 sayılı Kanunun Uygulama Yönetmeliği'nin Geçici 2. maddesinin (Ek: RG-2/7/2013-28695) 1. fıkrasına göre, halihazırda yasal sürenin dolmuş olması nedeniyle, bu tür yapıların analizleri yapılırken ve bu analizler değerlendirilirken, artık 6306 sayılı Kanunun Uygulama Yönetmeliği'nin Ek-2: Riskli Yapıların Tespit Edilmesine İlişkin Esaslar kısmında belirtilen hükümlerin dikkate alınması gerektiği, Deprem Bölgelerinde Yapılacak Binalar Hakkında Yönetmelik (DBYBHY-2007) esaslarına göre performans tahkiki yapılan yapıların; parsel üzerinde bulunan numaralı, ... parsel üzerinde bulunan ... numaralı ve ... parsel üzerinde bulunan ...numaralı bloklar olduğu; söz konusu bu bloklardan farkı olarak, dava konusu alan üzerindeki diğer bloklarda, özellikle parseller üzerindeki bulunan yapılarda performans tahkiki yapılmadığı; performans tahkiki yapılmayan bu yapılar üzerinde

sadece gözlemsel tespitlerin ve incelemelerin yapıldığı, Çevre ve Şehircilik Bakanlığı Altyapı ve Kentsel Dönüşüm Hizmetleri Genel Müdürlüğü Riskli Yapılar Daire Başkanlığı tarafından seçilen 3 (üç) ayrı tip yapının analizi sonucunda elde edilen performans düzeyini temel alarak, dava konusu alan üzerindeki bütün yapılar hakkında genel bir kanaate ulaşılmaya çalışılmasından ve seçilen 3 (üç) ayrı tip yapı dışındaki diğer yapılarda, 6306 sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun ve bu kanunun Uygulama Yönetmeliği kapsamında belirtilen hususlar çerçevesinde, detaylı bir şekilde performans ve riskli bina analizi yapılmayıp, bu yapılar için sadece gözlemsel tespit ve incelemelerin dikkate alındığı, riskli alan olarak ilan edilen; Ankara İli, Çankaya İlçesi, ...Mahallesindeki dava konusu alan üzerindeki bütün yapıların; 6306 sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanununun 2/ç maddesinde belirtilen can ve mal kaybına yol açma riski taşıdığı konusunda kesin bir hükme varılmayacağı, ancak dava konusu alan üzerindeki yapıların bazılarında, bodrum kat dış ve iç duvarlarında, yapının taşıyıcı duvarlarında belirgin çatlakların ve ayrılmaların olduğu; bazı yapıların çevresindeki tretuvar betonlarının yer yer deformasyona uğradığı, söz konusu bu hasarların varlığı; dava dosyasında bulunan, eski tarihli teknik inceleme raporlarında da ifade edildiğinden; bu çatlakların yakın zamanda oluşmadığı, bilirkişilerce incelenen yapılarda kullanılan taşıyıcı tuğla ve bağlayıcı harcın oldukça iyi durumda olduğu, söz konusu yapılar üzerindeki performans ve riskli bina analizi yapılmadan önce, tuğla ve harçlardan yeterli örnek alınarak gerçek malzeme dayanımının belirlenmesi ve analizlerde bu dayanımın kullanılması gerektiği ve yapılarda bulunan bodrum katların, tekniğine ve yapılma amacına uygun olarak analizlerde dikkate alınması gerektiği, Çevre ve Şehircilik Bakanlığı Altyapı ve Kentsel Dönüşüm Hizmetleri Genel Müdürlüğü Riskli Yapılar Daire Başkanlığı tarafından yapılan analiz hatasının, yapının performans düzeyini değiştirecek mahiyette olduğu, dava konusu alan üzerindeki yapılardan seçilen 3 (üç) ayrı tip yapının analizi sonucunda elde edilen performans düzeyini temel alarak, dava konusu alan üzerindeki bütün yapılar hakkında genel bir kanaate ulaşılmaya çalışıldığından bahisle; dava konusu alan üzerindeki yapıların tamamı için; 6306 sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanununun 2/ç maddesinde belirtilen can ve mal kaybına yol

açma riski taşıdığı hükmüne varılamayacağı, 18.11.2013 gün ve 2013/5594 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile “Riskli Alan” olarak ilan edilen ve kentsel sit kimliği taşıyan Ankara İli, Çankaya İlçesi, ... Mahallesi sınırları içerisinde bulunan alanın; çevre, sağlık, güvenlik (yıkılacak derecede can ve mal güvenliği açısından tehlike arz edip etmediği) açısından risk taşıdığı iddia edilerek, 6306 sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanununun 2. maddesi uyarınca “Riskli Alan” olarak ilan edilmesi için gerekli koşulların oluşmadığı ve dava konusu alan üzerindeki yapıların bazılarında, bodrum kat dış ve iç duvarlarında, yapının taşıyıcı duvarlarında çatlakların ve ayrılmaların olduğu ancak bu çatlakların yeni tarihli olmadığı, bu çatlakların tekniğine uygun olarak ve çimento veya epoksi enjeksiyon ile onarılabileceği, bazı yapıların çevresindeki tretuvar betonlarının deformasyona uğradığı, yapıların genel bir bakıma ihtiyaç duyduğu, birçok yapıda ise çatlak vb. hiçbir hasar bulunmadığı görüşüne yer verilmiştir.

Bu durumda; bilirkişi raporu ile dosyada yer alan bilgi ve belgelerin birlikte değerlendirilmesi sonucunda, 18.11.2013 günlü, 2013/5594 sayılı dava konusu Bakanlar Kurulu kararında kamu yararına ve hukuka uyarlık bulunmamıştır.

VERGİ HUKUKUNDA TEKERRÜR VE TARHİYAT ÖNCESİ UZLAŞMA İLE İLİŞKİSİ

RECIDIVISM IN TAX LAW AND ITS RELATION WITH CONCILIATION BEFORE ASSESSMENT

Kerem ÖNCÜ*

Özet: Vergi hukukundaki tekerrür ile kişilerin vergi suçu işleme konusundaki alışkanlığı önlenmeye çalışılmaktadır. Bu amaçla uygulanacak para cezası artırılmaktadır. Kişilerin temel haklarına da bir müdahale oluşturmasına rağmen, ilgili kanun hükmü belirsiz, yeni Türk Ceza Kanunu'nun gerisinde ve ilişkili diğer kavramlarla kopuktur. Bu sebeple tekerrürün kapsamına ilişkin birçok tartışma söz konusudur ve tarhiyat öncesi uzlaşmanın tekerrür ile ilişkisi de bunlardan biridir. Söz konusu tartışmaların vergi hukukuna hâkim ilkeler kapsamında açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.

Anahtar Kelimeler: Vergi, Tekerrür, Tarhiyat Öncesi Uzlaşma, Vergi Cezası

Abstract: By recidivism in tax criminal law, the habit of tax criminal offence is tried to be prevented. For this purpose, the penalties imposed on this context can be increased. Although such a measure is an interference to persons' fundamental rights, related provision in the statute (Code of Tax Procedure Art. 339) is vague, out of date as compared to the new Turkish Penalty Code and incompatible with other related legal concepts. The provision ipso facto controversial on many grounds and the relationship between conciliation before assessment and recidivism is one of those. Hence, the aforementioned controversy should be clarified within the context of predominant principles of tax law.

Keywords: Tax, Recidivism, Conciliation before Assessment, Tax Penalty

* Arş. Gör., Çukurova Üniversitesi Mali Hukuk Anabilim Dalı e-mail: keremnc@hotmail.com

GİRİŞ

Tekerrür kurumu, ceza hukuku dışında vergi hukukunda da uygulama alanı bulmakta olup VUK madde 339'da düzenlenmektedir. Anılan düzenleme uyarınca, tekerrür hükümlerinin uygulanabilmesi için, kişi hakkında vergi ziyayı veya usulsüzlük cezası kesildikten sonra cezanın kesinleştiği tarihten itibaren, belli bir süre içinde tekrar aynı cezanın kesilmesi gerekmektedir. Bu durumda kesilen ikinci ceza, yine kanunda belirli oranlarda artırılarak uygulanmaktadır.

Bununla birlikte söz konusu hükmün bazı açılardan nispeten belirsizliği, konu ile ilgili birçok tartışmaya sebep olmaktadır. Kesilecek cezaların aynı tür olup olmayacağı, usulsüzlük ifadesinin kapsamı, cezanın kesinleşmesinin hukuki mahiyeti bunlardan bazılarıdır. Bunun dışında doktrinde üzerinde durulmamış hususlar da söz konusudur. Buna örnek olarak iki cezanın da kesilmesi şartı gösterilebilir. Söz konusu kavram ilk bakışta hukuken tartışmalı gözükmemesine rağmen, tarhiyat öncesi uzlaşma kurumu ile birlikte düşünüldüğünde durum değişmektedir. Zira tarhiyat öncesi uzlaşmada, vergi incelemesinde tespit edilmiş henüz kesilmemiş ve tarh edilmemiş vergi ve cezalar konu edilmektedir. Bu durumda tarhiyat öncesi uzlaşmanın tekerrür hükmünün uygulanmasında dikkate alınıp alınmayacağı belirsizdir.

Bu çalışmada öncelikle genel olarak tekerrür kurumundan bahsedilecek, ceza hukuku açısından anlamı ve mahiyeti üzerinde durulduktan sonra vergi hukuku açısından söz konusu kavramın nasıl ele alındığı, şartları, sonuçları incelenecektir. Tekerrürün şartlarından cezaların kesilmesi şartı üzerinde diğer tartışmalara nazaran biraz daha fazla durulacak ve tarhiyat öncesi uzlaşma yoluna başvuru cezalar açısından söz konusu şartın gerçekleşip gerçekleşmediği tartışılacaktır.

I. Tekerrür

A. Kavramsal Açıdan

Kişilerin suç işledikten bir süre sonra, ikinci kez suç işlemesi durumunda hukuken buna nasıl cevap verilebileceği Roma Hukukundan beri tartışılan bir konudur.¹ Konu ile ilgili pek çok teori ve görüş

¹ Sulhi Dönmezer - Sahir Erman, *Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku*, III. Cilt, 12. Bası, Beta Basım Yayın Dağıtım, İstanbul, Ekim 1997, s. 127.

olmakla birlikte bunlardan en önemlileri ilga teorisi ve cezanın yetersizliği teorisidir.²

İlga teorisine göre, tekerrürde ceza artırımı yapılmamalıdır, aksi halde kişi aynı fiil sebebiyle iki kez cezalandırılmış olacaktır.³ Tekerrür olduğunda, ortaya çıkan zararda bir artış olmadığı halde cezanın artırılması, hukuk kurallarına göre değil, ancak ahlak kurallarına göre açıklanabilir. Zira tekerrürde, kişinin yapabileceği tahmin edilen hareketler cezalandırılmaktadır.⁴ Kaldı ki kişinin suç işlemeyi tekrarlamasının sebepleri toplumda aranmalıdır. Bunun cezası kişiye çektirilmemelidir.⁵

Cezanın yetersizliği teorisine göre ise, tekerrür durumunda ikinci cezanın artırılmasının sebebi, cezanın yetersizliğidir.⁶ İkinci kez suç işlendiğinde toplum daha fazla olumsuz etkilenmektedir.⁷ Bu sebeple ceza artırılarak uygulanmalıdır.

Bu teorilerden günümüzde kabul edilen ilga teorisidir.⁸ Kanuni düzenlemelere bakıldığında, tekerrür durumunda uygulanan cezaya birtakım eklemeler söz konusudur. Bunlar genellikle ikinci uygulanan cezanın artırılması⁹ veya güvenlik tedbiri uygulanması şeklindedir.¹⁰

B. Vergi Hukuku Açısından Tekerrür

1. Kapsam

VUK'da, "Ceza Hükümleri" başlıklı dördüncü kitapta ikili bir sistem kabul edilmiştir. Bunlardan bir kısmı ihlal ve idari yaptırım şeklinde düzenlenmişken, bir kısmı da suç ve ceza şeklinde düzenlenmiştir.¹¹ VUK md. 339 uyarınca tekerrüre tabi olan ihlaller, vergi ziyai ve usulsüzlük olarak düzenlenmiştir. Bunun dışında VUK'da suç ve

² Kamil Mutluer, Vergi Genel Hukuku, 2. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, Eylül 2008, s. 264, 265.

³ Dönmezer - Erman, s. 137; Mutluer, s. 264.

⁴ Dönmezer - Erman, s. 137.

⁵ Dönmezer - Erman, s. 137; Mutluer, s. 265.

⁶ Dönmezer - Erman, s. 141.

⁷ Mutluer, s. 265.

⁸ Dönmezer - Erman, s. 137.

⁹ Dönmezer - Erman, s. 127.

¹⁰ İzzet Özgenç, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi, 3. Bası, Ankara Açık Ceza İnfaz Kurumu Matbaası, Ankara, Ocak 2006, s. 699.

¹¹ Mualla Öncel - Ahmet Kumrulu - Nami Çağan, Vergi Hukuku, 20. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2011, s. 209, 210.

ceza olarak düzenlenen kısım için VUK md. 339'un uygulanma olanağı yoktur. Bu suçlar, TCK madde 5 uyarınca genel hükümler içinde md. 58'de düzenlenen tekerrür hükümlerine tabidirler.

VUK md. 339'daki usulsüzlük ifadesinin genel usulsüzlük dışında özel usulsüzlüğü de kastedip etmediği doktrinde tartışılmaktadır. Usulsüzlük ifadesi ile sadece genel usulsüzlüğün kastedilmediğine ilişkin görüşlere bakıldığında, Taşdelen'e göre VUK md. 339'da geçen usulsüzlük kavramı bir üst başlık olup, tüm usulsüzlük ayrımlarını kapsamına almaktadır.¹² Bayraklı'ya göre ise usulsüzlük, vergi kanunlarının şekil ve usule ilişkin hükümlerinin ihlali olduğuna göre, kanundaki usulsüzlük ifadesinden genel ve özel usulsüzlük anlaşılmalıdır.¹³

Tartışmanın diğer kanadında ise, usulsüzlük ifadesi ile kastedilenin sadece genel usulsüzlük olduğu ifade edilmektedir.¹⁴ Buna ilişkin en kapsamlı görüşü dile getiren Şenyüz, kanun koyucunun özel usulsüzlüğü tekerrür kapsamına almak istemesi durumunda, bunu açıkça belirterek yapabileceğini düşünmektedir. Buna örnek olarak da VUK md. 376'yı göstermiştir. Yazar, usulsüzlük dışında ayrı bir kabahat olarak düzenlenen özel usulsüzlüğün kanuna sonradan eklendiğini, bu tarihten sonra yapılan düzenlemelerde kanun koyucunun özel usulsüzlüğü ayrıca belirttiğini, bu sebeple VUK md. 339'daki usulsüzlük ifadesi ile genel usulsüzlüğün kastedildiğini belirtmektedir.¹⁵ Yazarın tespitleri doğrultusunda, bu çalışmada da VUK madde 339'daki usulsüzlük ifadesi ile genel usulsüzlüğün kastedildiği düşünülmektedir.

2. Tekerrür Cezası

VUK'a göre tekerrür halinde idari yaptırımın artırılarak uygulanması söz konusudur. Bu ceza vergi ziyayı olması durumunda %50, usulsüzlük olması durumunda ise %25 olarak düzenlenmiştir. Bu te-

¹² Aziz Taşdelen, Vergi Usul Kanunu Yönünden Vergi Kabahatleri, Turhan Kitabevi, Ankara, 2010, s. 57.

¹³ Hasan Hüseyin Bayraklı, Vergi Ceza Hukuku, 3. Baskı, Külcüoğlu Yayınları, Afyonkarahisar, 2006, s. 166.

¹⁴ Doğan Şenyüz, Vergi Ceza Hukuku, 5. Baskı, Ekin Basım, Yayın, Dağıtım, Bursa, 2011, s. 232; Turgut Candan, Vergi Suçları ve Cezaları, 3. Baskı, Maliye ve Hukuk Yayınları, Ankara, Mayıs 2010, s. 98; Nihat Edizdoğan - Metin Taş - Ali Çelikkaya, Vergi Ceza ve Yargılama Hukuku, Ekin Basım, Yayın, Dağıtım, Bursa, 2007, s. 39; Yusuf Karakoç, Vergi Ceza Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016, s. 112.

¹⁵ Şenyüz, Vergi Ceza Hukuku, 5. Baskı, s. 232.

kerrüre ilişkin düzenleme, 765 sayılı TCK ile aynı olup ikisinde de yaptırım artırılmaktadır. Ancak ceza hukuku açısından kanun koyucu bu tavrını değiştirmiş ve 5237 sayılı TCK'da cezanın artırılmasından vazgeçmiştir. Anılan kanun madde 58/6'da, tekerrür halinde hükmolunan cezanın mükerrirlere özgü infaz rejimine göre çektirileceği ve cezanın infazından sonra denetimli serbestlik tedbiri uygulanacağı düzenlenmiştir. Söz konusu husus da 5275 sayılı CGTİHK madde 108'de düzenlenmiş olup, hükmün 1. fıkrasına göre tekerrür hâlinde işlenen suçtan dolayı mahkûm olunan hapis cezasının belli sürelerinin infaz kurumunda iyi hâlli olarak çekilmesi durumunda, koşullu salıverilmeden yararlanılabilecektir. Denetimli serbestlik hususu ise 4. fıkra ve devamında düzenlenmiş olup, hâkim cezanın infazından sonra bir yıldan az olmamak üzere denetim süresi belirleyecek ve bunu en fazla beş yıla kadar uzatabilecektir. Bunun dışında, denetim süresi içinde kendilerine yüklenen yükümlülüklerle ve yasaklara aykırı hareket edenlere ilişkin olarak da disiplin hapsi düzenlenmiştir.

Dönmezer ve Erman tarafından eski kanun yürürlükteyken cezanın artırılması yerine güvenlik tedbiri uygulanması yönündeki öneri,¹⁶ Beccaria'nın da belirttiği gibi cezanın amacına uygundur.¹⁷ Tekerrürde, cezanın artırılması yerine kişinin denetim altında tutulması, suçlunun ıslahına daha uygun olacak, devlet kişiyi kontrol edebilecek, fail de çözüm olmadığı düşünülen daha fazla ceza ile karşı karşıya kalmayacaktır.

VUK'da tekerrür durumunda cezanın artırılmasının sebepleri, kişinin yeniden suç işlemesinin, hukuka aykırı davranmayı alışkanlık haline getirmesinin önlenmesidir.¹⁸ Anayasa Mahkemesi, tekerrür durumunda cezanın artırılmasının sebebini, daha önce verilen cezanın ıslah edici olmaması ve failin suç işleme konusundaki ısrarının daha

¹⁶ Dönmezer - Erman, s. 151.

¹⁷ "Suçlunun kendi yurttaşlarına karşı zarar vermelerini engellemekten ve başkalarının benzer eylemlerde bulunmalarını önlemekten başka bir şey değildir. Bu nedenlerle söz konusu cezaların oranları ve onların uygulanma yöntemleri öyle seçilmelidir ki, bunlar insanların ruhları, zihinleri üzerinde pek çok kalıcı, ama suçlunun bedeni üzerinde en az üzücü iz bırakacak biçimde olsunlar."

Cesare Beccaria, Suçlar ve Cezalar Hakkında, Çeviren Sami Selçuk, İmge Kitabevi, Ankara, Haziran 2004, s. 69,70.

¹⁸ Şenyüz, Vergi Ceza Hukuku, 5. Baskı, s. 230.

ağır bir cezayı gerektirmesi olarak belirtmiştir.¹⁹ Danıştay da benzer biçimde tekerrür durumunda amaçlananın, cezanın artırılması ile kişinin tekrar kabahat işlemesi durumunda, daha ağır cezayla karşılaşacağını bilerek kabahat işlemekten caydırılması olduğunu belirtmektedir.²⁰ Ancak TCK'da kanun koyucunun bakış açısını değiştirmesi, VUK'da söz konusu olmamıştır. Bunun altındaki sebep, belki de vergi kanunlarına aykırı hareket edilmesinin bir kısmının kabahat olarak düzenlendiği ve karşılığında para cezası kesildiği bir sistemde, tekerrür durumunda artırılan para cezasının daha fazla kamu geliri anlamına gelmesidir. Bu durumda tekerrür kurumunun ceza hukukundan farklı olarak vergi hukukundaki sonucu, idari yaptırımın artırılması sebebiyle, daha fazla kamu alacağıdır.

Bu durum, tartışmaya değer bir sorunu ortaya çıkarmaktadır. Kaçakçılık suçunu tekrar işleyen kişiye ceza hukukundaki tekerrür hükümleri uygulanacakken, kabahat olarak düzenlenen usulsüzlük veya vergi ziyai suçunu tekrar işleyen kişiye ise artırılmış para cezası uygulanacaktır. Para cezasının miktarının fazla olabilme ihtimali de dikkate alındığında, kaçakçılığa nazaran daha hafif bir ihlal gerçekleştiren kişi, daha fazla para cezasını ödemek durumunda kalabilecektir.

Anayasa Mahkemesi'ne göre, yasama organının suç ve cezaları belirleme konusunda takdir yetkisi olmakla beraber, bu yetki mutlak değildir. Bu yetki, suçun o toplumdaki etkileri, kişiler üzerinde yarattığı tehlike gibi unsurlara bağlıdır.²¹ Yasal düzenleme, Yüksek Mahkemenin

¹⁹ AYM, 2009/51E, 2010/73K, 20.5.2010; <http://www.anayasa.gov.tr> Erişim Tarihi: 04.10.2016.

²⁰ Dan. 4. D, 23.06.2011, 2010 / 8825E, 2011 / 5756K, www.kazanci.com Erişim Tarihi: 11.10.2016.

²¹ AYM 12.09.2012, 2012/78E, 2012/111K:
"Hukuk devletinde, ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirlerine ilişkin kurallar, ceza hukukunun ana ilkeleri ile Anayasa'nın konuya ilişkin kuralları başta olmak üzere, ülkenin sosyal, kültürel yapısı, etik değerleri ve ekonomik hayatın gereksinimleri göz önüne alınarak saptanacak ceza siyasetine göre belirlenir. Kanun koyucu, cezalandırma yetkisini kullanırken toplumda hangi eylemlerin suç sayılacağı, bunun hangi tür ve ölçüdeki ceza yaptırımı ile karşılanacağı, nelerin ağırlaştırıcı veya hafifletici sebep olarak kabul edilebileceği konularında takdir yetkisine sahiptir. Ancak hukuk devletinde, ceza hukuku kurallarının, önleme ve iyileştirme amaçlarına uygun olarak ölçülü, adil ve orantılı olması gerekir. Bununla birlikte sadece suçun temel şeklini esas alarak ve suçun temel şekli için öngörülen ceza miktarlarını suçun nitelikli halleri ile kıyaslayarak suç ve ceza arasında adil denge bulunup bulunmadığı konusunda bir karar vermek sorunu eksik ola-

hukuk devleti kapsamında gördüğü suç ve ceza arasındaki adil dengeyi bozduğu durumda, yasama organının da takdir yetkisi sona ermektedir.²²

Anayasa Mahkemesi'nin 17.11.2011 tarihli bir kararı, tespit etmeye çalıştığımız soruna benzer bir konu ile ilgilidir. Mahkeme, hapis cezası dışındaki adli para cezası veya seçenek yaptırımlar gibi adli yaptırımların idari yaptırımlara nazaran daha ağır olduklarına karar vermiş, her ikisi için kanun koyucunun aynı yaptırımı öngörmesinin suç ve ceza arasındaki adil dengeyi bozduğuna karar vermiştir.²³ Bu durumda idari yaptırımın tekrarı durumunda, adli yaptırıma uygulanan tekerrüre nazaran daha ağır tekerrür hükümlerinin uygulanması da söz konusu adil dengeyi bozacak, 1982 Anayasası md. 2'de düzenlenen hukuk devleti ilkesine aykırı olacaktır.

rak ele almak anlamına gelir. Bu nedenle suç ve ceza arasında adalete uygun bir oranın bulunup bulunmadığının saptanmasında o suçun toplumda yarattığı infial ve etki, kişiler üzerinde oluşturduğu tehlike, zarar görenin kişiliği ile ona verilen zararın azlığı veya çokluğu, işlenme oranındaki azalma veya artış gibi faktörlerin de dikkate alınması gerekir.”

²² <http://www.anayasa.gov.tr> Erişim Tarihi: 04.010.2016.

AYM 26.11.2002, 2001/79E, 2002/194K:

“İtiraz konusu kurala göre, mağduru rızası ile kaçırın veya alıkoyan fail onu iade etse bile aynı ceza ile cezalandırılacak, oysa aynı maddede düzenlenen ve eylemin cebir, şiddet, tehdit veya hile ile gerçekleştirilmiş olan daha ağır halinde ise, mağdurun iade edilmesine bağlı olarak daha az ceza uygulanacak ve cezanın türü hafifleyecektir. Bu durum, hukuka ve cezalandırma ilkelerine aykırı düşmektir, yasa koyucunun mağduru serbest bırakmayı ve faal nedameti özendirilmeye yönelik gerçek arzusu ile de çelişmekte ve fail bu konudaki lehe düzenlemeden yararlandırılmamış olmaktadır. Suç ile ceza arasında bulunması gereken adil dengeyi bozan düzenlemeler yasa koyucunun takdir yetkisi içinde görülemeyeceğinden hukuk devleti ilkesine aykırılık oluşturur. Bu nedenle kural, Anayasa'nın 2. maddesine aykırıdır. İptali gerekir.”

²³ <http://www.anayasa.gov.tr> Erişim Tarihi: 04.010.2016.

AYM, 17.11.2011, 2010/115E, 2011/154K:

“Öte yandan, hapis cezası dışındaki adli yaptırımlar ile idari yaptırımlar kişi üzerindeki etkileri bakımından değerlendirildiğinde, hapis cezası dışındaki adli yaptırımların idari yaptırımlara göre daha ağır sonuçlarının olduğu kuşkusuzdur. Ayrıca ihlalin niteliği, uygulayan merci ve uygulanan usul ile hukuki sonuçları itibarıyla de idari yaptırımlar ile adli yaptırımlar arasında kapsamlı farklılıklar bulunmaktadır. Oysa yasa koyucu, iftira sonucunda mağdur hakkında konusu suç teşkil etmeyen ve genellikle kişiye görev ve yükümlülüklerinin hatırlatılmasından ibaret olan idari yaptırımların uygulanması haliyle, hapis cezası dışındaki adli yaptırımların uygulanması halini aynı ağırlıkta görerek, her iki durum için de aynı miktarda cezalar öngörmüştür. Bu açıdan itiraz konusu fıkrada suç ile ceza arasında bulunması gereken adil dengenin korunmadığı ve bu haliyle de adalet duygularını zedeleyen bir durum bulunduğu açıktır.”

<http://www.anayasa.gov.tr> Erişim Tarihi: 04.010.2016.

3. VUK md. 339'un Tekerrür Sistemleri Açısından Sınıflandırılması

a. Süreli - Süresiz Tekerrür Ayrımı Bakımından

Tekerrür hükümlerinin uygulanabilmesi için kanuna göre ikinci suçun belirli bir süre içinde gerçekleşmesi gerekiyorsa süreli tekerrür, süre şartı olmadan ikinci suçun işlenmesi yeterli ise süresiz tekerrür söz konusudur.²⁴ VUK md. 339 uyarınca tekerrür hükümlerinin uygulanabilmesi için bir süre sınırlaması söz konusudur ve ilk cezanın kesinleştiği tarihi takip eden yılın başından başlamak üzere vergi ziyaında beş, usulsüzlükte iki yıl içinde ikinci cezanın kesilmesi gerekmektedir. Bu sebeple VUK'da düzenlenen tekerrür, süreli tekerrürdür.²⁵

b. Genel - Özel Tekerrür Ayrımı Bakımından

Tekerrür sistemine ilişkin bir başka sınıflandırma da genel - özel tekerrür şeklindedir. Buna göre "tekerrür hükümlerinin uygulanması için önceki suç ile sonraki suçun aynı olması durumunda özel tekerrür, farklı olmasının yeterli olduğu durumda genel tekerrür söz konusudur.²⁶ TCK md. 58'e bakıldığında, hükmün uygulanması için önceden işlenen suçtan dolayı verilen hüküm kesinleştikten sonra herhangi bir suçun işlenmesi yeterlidir. VUK md. 339 hükmü açık olmamakla birlikte, doktrinde hâkim görüş uyarınca tekerrür hükümlerinin uygulanması için ilk ve son cezanın aynı tür olması gerekmektedir. Başka bir deyişle kişi hakkında ilk olarak vergi ziyayı cezası kesilmişse sonraki cezanın da vergi ziyayı, usulsüzlük cezası kesilmişse sonraki cezanın da usulsüzlük olması gerekmektedir.²⁷

Danıştay 16.05.2016 tarihli kararında, tekerrür hükümlerinin uygulanabilmesi için önceki tarihte işlenen bir fiil sebebiyle cezanın kesilmiş olması ve kesinleşmesini takip eden yılın başından itibaren

²⁴ Dönmezer - Erman, s. 134.

²⁵ Mutluer, s. 265; Şenyüz, s. 236.

²⁶ Dönmezer - Erman, s. 131.

²⁷ Candan, Vergi Suçları ve Cezaları, s. 96; Karakoç, Genel Vergi Hukuku, 5. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011, s. 520, Mutluer, s. 266; Doğan Şenyüz, Vergi Ceza Hukuku, 9. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2016, s. 234; Gürol Ürel, Güncel Vergi Usul Kanunu Uygulaması, Yaklaşım Yayınları, Ankara, Şubat 2003, s. 679; Taşdelen, s. 58.

maddedeki süreler içinde aynı cezayı gerektiren fiilin tekrar işlenmesi gerektiğini belirtmiştir.²⁸ 21.10.2010 tarihindeki başka bir kararda ise, ilk cezanın vergi ziyayı olması durumunda cezanın kesinleştiği tarihi takip eden yılın başından başlamak üzere beş yıl içinde tekrar ceza kesilmesi durumunda, cezanın yüzde elli oranında artırılmak suretiyle uygulanabileceğini belirtmiştir.²⁹ Kararda belirtilen sonraki ihlal için geçmesi gereken süre ve artırma oranı dikkate alınır, sonraki cezanın vergi ziyayı cezası olması gerektiğine işaret edilmektedir.

VUK md. 339 bu konuda net olmamakla birlikte, tekerrür hükümlerinin uygulanabilmesi için, doktrindeki hâkim görüş ve Danıştay'ın içtihadı uyarınca, ilk ceza ile son cezanın aynı tür olması gerekmektedir. Kanun koyucu eğer cezaların farklı tür de olabileceğini isteseydi, bu takdirde hükmü TCK md. 58'e benzer şekilde düzenleyebilirdi. Örnek olarak kanunda "*hakkında vergi ziyayı veya usulsüzlük cezalarından herhangi biri kesilen kimse*" şeklinde bir ifade yer alsaydı, sonraki cezanın farklı tür olması durumunda da tekerrür hükümleri uygulanabilirdi.

Kanun koyucu, vergi ziyayı ve usulsüzlük için ayrı zaman dilimleri ve oranlar belirlemiştir. Düzenleme bu şekildeyken 2. kesilen cezanın farklı olması ihtimalini dikkate alırsak, iki ceza arasında geçmesi gereken süre farklı olacağı gibi,³⁰ uygulanacak oran da farklı olacaktır. Sonuçta kişi hakkında kesilen cezalar aynı olmasına rağmen usulsüzlükten sonra vergi ziyayı kesildiğinde süre beş yıl, vergi ziyayından sonra usulsüzlük kesildiğinde ise süre iki yıl olacaktır. Ayrıca birinci ihtimalde kişi hakkındaki vergi cezası %50 artırılabilecekken, ikinci ihtimalde kişi hakkındaki vergi cezası %25 artırılabilecektir. Ortaya çıkan tablo ise 1982 Anayasası md. 10'da düzenlenen kanun önünde eşitlik ilkesine aykırı olacaktır. Bu sebeplerle tekerrür için kesilen cezaların aynı tür olması gerekmektedir.

4. Şartları

Önceki başlıklar altında tartışılan hususları da göz önünde tutarak tekerrür kurumunun belli başlı şartları şu şekilde belirtilebilir:

²⁸ Dan. 4. D. 16.05.2016, 2014/4451E, 2016/2209K; www.resmigazete.gov.tr Erişim Tarihi: 28.03.2017.

²⁹ Dan. VDDK, 29.05.2013, 2011/467E, 2013/202K; Dan. 4. D, 21.10.2010, 2008/1493E, 2010/5203K; www.kazanci.com Erişim Tarihi: 11.10.2016.

³⁰ Karakoç, Vergi Ceza Hukuku, s. 110.

- İlk ve son ceza aynı tür olması,³¹
- Sonraki cezanın belirli sürede kesilmesi,³²
- Kesilen ilk cezanın ortadan kalkmamış veya mahiyetinin değişmemiş olması,³³
- İlk eylem ile son eylemin aynı kişi tarafından gerçekleştirilmesi,³⁴
- Önceki vergi cezasının kesinleşmesi,³⁵
- İki cezanın da kesilmesi gerekmektedir.

Tekerrürün şartları ile ilgili olarak üzerinde durulması gereken, önceki vergi cezasının kesinleşmesi ve iki cezanın da kesilmesidir. Cezanın kesme ile ilgili düzenlemeler, VUK md. 364 ve devamı maddelerde düzenlenmiştir. VUK madde 364 uyarınca vergi cezalarını gerektiren olaylar, vergi dairesi veya yoklama ve vergi incelemesine yetkili olanlar tarafından tespit edilecek, sonrasında ise madde 365 uyarınca olayların ilgili bulunduğu vergi bakımından mükellefin bağlı olduğu vergi dairesince ceza kesilecektir. Görüleceği üzere kanun koyucu cezanın kesilmesini, tek taraflı idari işlem şeklinde tasarlamıştır. Zira vergi idaresince ortaya konan iradenin karşı tarafça da kabulü gibi bir durum söz konusu değildir.³⁶ İdari işlem kuramı açısından ceza kesme ayrıca bireysel ve icrai bir idari işlem olarak da değerlendirilebilir.³⁷

Kesilen vergi cezaları madde 366/1 uyarınca ilgililere ceza ihbarnamesi ile tebliğ edilecektir. Doktrindeki hâkim görüş uyarınca ihbarnamenin hukuki niteliği, "ceza kesme işleminin kişiye duyurulmasıdır."³⁸ İhbarname, ceza kesme işleminin şekli bir unsuru olarak görülmediği

³¹ Mutluer, s. 269; Karakoç, Genel Vergi Hukuku, s. 521; Candan, Vergi Suçları ve Cezaları, s. 96.

³² Şenyüz, Vergi Ceza Hukuku, 5. Baskı, s. 236; Karakoç, Genel Vergi Hukuku, s. 522; Edizdoğan - Taş - Çelikkaya, s. 37.

³³ Candan, Vergi Suçları ve Cezaları, s. 97; Edizdoğan - Taş - Çelikkaya, s. 37.

³⁴ Candan, Vergi Suçları ve Cezaları, s. 97; Edizdoğan - Taş - Çelikkaya, s. 37.

³⁵ Şenyüz, Vergi Ceza Hukuku, 5. Baskı, s. 234; Karakoç, Genel Vergi Hukuku, s. 522; Edizdoğan - Taş - Çelikkaya, s. 37; Candan, Vergi Suçları ve Cezaları, s. 97, Mutluer, s. 269.

³⁶ Kemal Gözler - Gürsel Kaplan, İdare Hukuku Dersleri, 14. Baskı, Ekin Basın Yayın Dağıtım, Bursa, Ağustos 2013, s. 275.

³⁷ Şenyüz, Vergi Ceza Hukuku, 9. Baskı, s. 74.

³⁸ Candan, Vergi Suçları ve Cezaları, s. 420; Şenyüz, Vergi Ceza Hukuku, 5. Baskı, s. 50.

için, ihbarnamede bir takım eksikliklerin bulunması durumunda sadece tebligatın hükümsüz olması söz konusudur. Eksiklikler giderilmeden sürecin işlemesi mümkün değildir.³⁹

Danıştay 3. Daire, 15.01.1991 tarihli bir kararında, ihbarnameye eklenmesi gereken bir belgenin eklenmemesi durumunda ihbarnamenin hükümsüz olacağını belirtmiş, bu sebeple tarhiyatı terkin eden ilk derece mahkemesinin kararını onamıştır.⁴⁰ 7. Daire ise 3. Daire'den farklı olarak 02.03.2004 tarihinde verdiği kararda vergi inceleme raporunun ihbarnameye eklenmemesinin ihbarnameyi geçersiz kılacağını belirtmiştir.⁴¹

Danıştay 3. Daire'nin kararına katılmak mümkün değildir. VUK md. 366/1'de kesilen cezanın ihbarname ile tebliğ olacağı düzenlenmekte, ceza kesme işleminin ihbarname göndermeden önce gerçekleştiği belirtilmektedir. Hüküm, ceza kesme işlemi ile ihbarnamenin tebliğini ayırmaktadır. Ayrıca VUK md. 108, tebliğ edilen vesikalardaki esasa etkili olmayan şekil hatalarının vesikanın hukuki değerini etkilemeyeceğini, ancak mükellefin adı, verginin cinsi ve miktarı, dava açma süresi gibi eksikliklerin vesikayı hükümsüz kılacağını belirtmiştir.⁴² Nitekim VDDK 25.01.2012 tarihinde verdiği bir kararında, 1982 Anayasası md. 40/2 hükmü ile md. 36'da düzenlenen hak arama özgürlüğü arasındaki sıkı ilişkiye değindikten sonra, başvuru mercii ve süresi gösterilmeyen ödeme emrine ilişkin yazılı bildirim süreyi başlatmayacağı için davanın süresinde açılmadığından söz edilemeyeceğini belirtmiştir.⁴³

Görüleceği üzere ceza kesme ile ilgili düzenlemeler bu şekilde olup, bunun dışında VUK'ta cezanın kesilmesi veya kesilmiş sayılması hakkında başka bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Cezanın kesilmesi ve kişiye tebliğ edilmesinden sonraki adım ise kesinleşmedir.⁴⁴ Kesin-

³⁹ Candan, Vergi Suçları ve Cezaları,, s. 420; Şenyüz, Vergi Ceza Hukuku, 5. Baskı, s. 50, 51.

⁴⁰ Dan. 3.D., 15.01.1991, 1998/2359E, 1991/8K; Aktaran Candan, Vergi Suçları ve Cezaları, s. 420.

⁴¹ Dan. 7. D. 02.03.2004, 2001/1222E, 2004/456K; Aktaran Candan, Vergi Suçları ve Cezaları, s. 420.

⁴² Candan, Vergi Suçları ve Cezaları, s. 421.

⁴³ Dan. VDDK. 25.01.2012, 2009/173E, 2012/19K

^wwww.kazanci.com Erişim Tarihi: 21.02.2017.

⁴⁴ Şenyüz, Vergi Ceza Hukuku, 5. Baskı, s. 234.

leşme kavramı, “kesilen cezaya karşı dava açıldığında ya da dava açma imkânı ortadan kalktığında devreye giren, “yargılama hukukuna ait bir kavramdır.”⁴⁵ Söz konusu kavramdan genellikle kanun yollarının tüketilmesi anlaşılmalı birlikte,⁴⁶ kesinleşme çeşitli şekillerde ortaya çıkabilir. Bunlar;

- Kesilen cezaya karşı tüm yargı yollarının tüketilmesi ve sürecin kişinin aleyhine sonuçlanması,⁴⁷
- İhbarnamenin tebliği üzerine kişinin dava açmaması,⁴⁸
- Kanun yollarından birine başvurmaması şeklinde olabilmektedir.⁴⁹

Bunların dışında kesinleşme, sadece yargı yollarının tüketilmesi neticesinde değil, yargı yoluna başvuru imkânının kalmaması durumunda da söz konusu olabilir.⁵⁰ Buna örnek olarak uzlaşma yoluna gidilmesi durumunda da vergi cezası kesinleşmiş sayılmaktadır.⁵¹ VUK ek md. 11/2’de tutanakla tespit edilen husus hakkında dava açılmayacağı ve hiçbir mercie şikâyetle bulunulamayacağı belirtilmiş, tutanakların kesin olduğu ise TÖUY md. 17/1’de düzenlenmiştir. Bu durumda vergi idaresi ile karşılıklı uzlaşmaya varıldığı ve bu hususun tutanakla tespit edildiği an dava açma imkânı ortadan kalkmakta, vergi veya vergi cezası kesinleşmiş sayılmaktadır. Danıştay da uzlaşma durumunda cezanın kesinleştiğini belirtmektedir.⁵²

Tekerrür hükümlerinin uygulanabilmesi için ikinci kabahatin belirlenen sürelerde işlenmesinin mi yoksa sadece cezanın kesilmesinin mi ya da her ikisinin de belirlenen sürede gerçekleşmesinin mi gerek-

⁴⁵ Öncel - Kumrulu - Çağan, s. 107.

⁴⁶ Öncel - Kumrulu - Çağan, s. 107, 108; Şenyüz, Vergi Ceza Hukuku, 5. Baskı, s. 235; Karakoç, Genel Vergi Hukuku, s. 287.

⁴⁷ Karakoç, Genel Vergi Hukuku, s. 287.

⁴⁸ Karakoç, Genel Vergi Hukuku, s. 287; Şenyüz, Vergi Ceza Hukuku, 5. Baskı, s. 235; Öncel - Kumrulu - Çağan, s. 107.

⁴⁹ Karakoç, Genel Vergi Hukuku, s. 290; Şenyüz, Vergi Ceza Hukuku, 5. Baskı, s. 235.

⁵⁰ Karakoç, Genel Vergi Hukuku, s. 289.

⁵¹ Öncel - Kumrulu - Çağan, s. 108; Şenyüz, s. 235; Karakoç, Genel Vergi Hukuku, s. 291.

⁵² Dan. 3. D, 18.11.1993, 1992/2643E, 1993 / 3305K:

“...davacı adına 14.6.1985 tarih ve 13/49 sayılı ihbarname ile 1984/Ocak dönemi için kesilen kaçakçılık cezasının yapılan uzlaşma görüşmeleri sonucu 20.8.1985 tarihinde kesinleştiği anlaşıldığından...”

^wwww.kazanci.com Erişim Tarihi: 12.10.2016.

tiği tartışmalıdır. Doktrinde, konu ile ilgili olarak ileri sürülen görüşlerden birine göre, ikinci kabahatin kanunda belirtilen sürede işlenmiş ve cezanın da aynı sürede kesilmiş olması gerekmektedir.⁵³ Bir diğer görüşe göre ise, tekerrür hükümlerinin uygulanması için sonraki kabahatin ne zaman işlendiğinden ziyade cezasının ne zaman kesildiği önemlidir.⁵⁴

Anayasa Mahkemesi, tekerrür hükümlerinin uygulanması için “cezanın kesinleşmesinden sonra eylemin gerçekleşmesi” gerektiğini belirtmiştir.⁵⁵ Danıştay da ilk kesilen cezanın kesinleşmesini takip eden yılın başından başlamak üzere belirtilen süreler içinde aynı cezayı gerektiren fiilin tekrar işlenmesi gerektiğini aramaktadır. Buna göre sadece ceza kesme esas alındığında, önceki döneme ilişkin işlenmiş bir fiil sebebiyle ceza sonra kesildiğinde, tekerrür kurumunun mantığına aykırı olarak VUK madde 339’un uygulanmasını gerekecektir.⁵⁶

VUK madde 339’a bakıldığında, tekerrürün uygulanabilmesi için aranan şart tekrar ceza kesilmesidir. Anayasa Mahkemesi’nin ve Danıştay’ın tekerrür hükümlerinin uygulanması için cezanın kesilmesini değil kabahatin işlenmesini şartı ile doktrindeki hem kabahatin işlenmesi hem de cezanın kesilmesinin birlikte gerçekleşmesi şartı, kanundaki düzenleme ile örtüşmemektedir. Bununla birlikte yargının kabahatin işlenmesini şart koşan kararları tekerrür kurumunun mantığına ve belirlilik ile suç ve cezaların yasallığı ilkelerine daha uygun olacaktır. Bu sebeple VUK madde 339’daki düzenlemenin “kabahatin işlenmesi” veya “ihlalin gerçekleştirilmesi” şeklinde düzenlenmesi gerekmektedir.

⁵³ Candan, Vergi Suçları ve Cezaları, s. 97; Karakoç, Vergi Ceza Hukuku, s. 111.

⁵⁴ Şenyüz, Vergi Ceza Hukuku, 9. Baskı, s. 237.

⁵⁵ AYM, 2009/51E, 2010/73K, 20.5.2010:

“Vergi ziyai cezası ve usulsüzlük cezası kesilen kişilere, bu cezaların kesinleştiği tarihten itibaren belirli bir süre içinde tekrar vergi ziyai cezası ya da tekrar usulsüzlük cezası kesilmesi durumunda cezalarda artırım uygulanacağını öngören itiraz konusu kuralda ise tekerrür hükmüne esas alınacak sonraki eylemin her halde ilk eylem için verilen cezanın kesinleşme tarihinden sonraki bir tarihte gerçekleşmiş olması gerektiği tabiidir.”

<http://www.anayasa.gov.tr> Erişim Tarihi: 04.010.2016.

⁵⁶ Dan. 4. D. 16.05.2016, 2014/4451E, 2016/2209K; www.resmigazete.gov.tr Erişim Tarihi: 28.03.2017. Benzer doğrultuda diğer kararlar: D. 9. D., 21.04.2015, 2012/5660E, 2015/3144K; D. 3. D., 10.03.2015, 2013/4547E, 2015/1105K; www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 28.03.2017.

5. Tarhiyat Öncesi Uzlaşma İle İlişkisi

Tarhiyat öncesi uzlaşma sağlanması durumunda, tekerrür için aranan cezanın kesilmesi ve kesinleşmesi şartlarının değerlendirilebilmesi için öncelikle uzlaşmanın hukuki mahiyeti üzerinde biraz daha ayrıntılı durmak gerekmektedir.

Uzlaşma kurumunun hukuki niteliği doktrinde tartışmalıdır. Bu konuda birinci görüş uzlaşmayı "bir tür idari sözleşme"⁵⁷ olarak nitelendirmektedir. İkinci görüş uzlaşmayı, "genel idari hizmetlerin yürütülmesi amacıyla akdedilen ve kamu hizmetini yürütme görevi yanında, kamu gücü kullanma yetkisi de veren idari sözleşmelerden ayrıldığı için sulh akdine"⁵⁸ benzetmektedir. Üçüncü görüş ise uzlaşmayı "vergi hukukunun kendine has müessesesi"⁵⁹ saymaktadır. Üçüncü görüş, uzlaşmanın kamu hizmetlerinin yürütülmesi ile alakası olmadığı gibi, idareye de özel hukuk yetkilerini aşan bir yetki verilmediği için idari sözleşme sayılamayacağını belirtmektedir.⁶⁰ Bunun dışında uzlaşmayı sulh sözleşmelerine de benzetmeyen üçüncü görüş, bunu iki tarafın hukuken eşit statüde olmamasına bağlamaktadır.⁶¹

Danıştay kararlarında da bu konuda tam bir birlikten söz edilememektedir. Eski tarihli bir kararında 4. Daire, uzlaşmanın idari işlem olarak kabulünün mümkün olmadığını belirtmekte, bunun idari sözleşme niteliğinde bir belge olduğunu belirtmektedir.⁶² Ancak sonraki tarihli bir kararda 7. Daire, uzlaşmayı iki tarafın karşılıklı anlaştığı bir sözleşmeye benzetmekte, yükümlülerin uzlaşma tutanağını imzalamama hakkı olduğunu belirtmektedir.⁶³

⁵⁷ Öncel - Kumrulu - Çağan, s. 171.

⁵⁸ Turgut Candan, Vergilendirme Yöntemleri ve Uzlaşma, 2. Baskı, Maliye ve Hukuk Yayınları, Ankara, 2006, s. 260.

⁵⁹ Şenyüz, Vergi Ceza Hukuku, 5. Baskı, s. 294.

⁶⁰ Şenyüz, Vergi Ceza Hukuku, 5. Baskı, s. 294.

⁶¹ Şenyüz, Vergi Ceza Hukuku, 5. Baskı, s. 294.

⁶² Dan. 4D, 20.12.1999, 1999/653E, 1999/4781K; Aktaran: Billur Yaltı, "Kurumlar Vergisi Kanununun "Yenisi": Peşin Fiyat Sözleşmeleri", Vergi Sorunları Dergisi, S. 219, 2006 Aralık, s. 6.

⁶³ Dan. 7D, 23.10.2000, 2000/639E, 2000/ 2890K:

"Uzlaşma, iki tarafın özgür iradesi ile gerçekleştirilen bir sözleşme niteliğinde olup, idari bir tasarruf özelliği taşımamaktadır. Nitekim kendi iradesi veya idarenin çağrısı üzerine uzlaşmaya başvuran yükümlüler için uzlaşma, tek ve vazgeçilmez bir seçenek olmayıp, uzlaşma koşullarını durumlarına uygun bulmayan yükümlüler için uzlaşmamak hak ve olanağı mevcuttur. Bu haklarını uzlaşma tutanağını imzalayınca kadar kullanabilmeleri mümkündür."

Kurumları, personeli, işlemleri ve sözleşmeleri ile idari teşkilat içinde yer alan vergi idaresi ile gerçekleştirilen uzlaşma, idarenin işlemleri kapsamında ele alınmalıdır. CANDAN'ın ve 7. Daire'nin görüşlerindeki gibi kamu hukukuna ait bir kurumu, tamamen özel hukuka ait kavramlar ile açıklamak konuyu çözümden daha da uzaklaştıracaktır. Ancak, kavramı idare hukuku içinde çözümlenmeye çalışmak da kolay bir yöntem değildir. Zira idari sözleşmeler ile idarenin özel hukuk sözleşmelerini ayırmak için gereken ölçütler de tartışmalıdır.⁶⁴ Bununla birlikte, uzlaşmanın idari sözleşme veya özel hukuk sözleşmesi bakımından nereye tekabül ettiğine dair birtakım çıkarımlar yapılabilir.

Bazı durumlarda yasada, bir sözleşmenin idari sözleşme veya idarenin özel hukuk sözleşmesi olduğuna ilişkin hüküm yer alabilmektedir.⁶⁵ VUK'taki ilgili düzenlemelere bakıldığında uzlaşmaya ilişkin bu tür bir hüküm söz konusu değildir. Bu sebeple idari sözleşme ölçütlerine göre uzlaşmanın hukuki niteliği değerlendirilmelidir. İdari sözleşme ölçütleri doktrine göre, taraflardan en az birinin idare olması⁶⁶, sözleşmenin konusu kamu hizmetinin yürütülmesi veya buna katılma olması⁶⁷ ve sözleşmede özel hukuk sözleşmelerini aşan yetkilerin olması⁶⁸ olarak belirtilmektedir.

Taraflardan en az birinin idare olması ölçütü, uzlaşma için geçerlidir. Ancak bu ölçüt, başlı başına idari sözleşmeleri net olarak saptamaktan uzak olup diğer ölçütler de değerlendirilmelidir. Sözleşmenin konusunun kamu hizmetinin yürütülmesi veya buna katılma şeklinde olması, uzlaşmayı idari sözleşmeden biraz daha uzaklaştırmaktadır. Zira bu ölçüt uyarınca sözleşmede taraflardan biri, kamu hizmetini doğrudan doğruya ifa etmek veya ifasına katılmak durumundadır.⁶⁹ Uzlaşmada ise bu tür bir amaç söz konusu değildir. Bura-

www.legalbank.net Erişim Tarihi: 27.06.2013.

⁶⁴ Ayhan Tekinsoy, "İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu", *AÜHFD*, Cilt 55, S. 1, 2006, s. 181-227.

⁶⁵ Tekinsoy, s. 185.

⁶⁶ . Metin, Günday, *İdare Hukuku*, 10. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara, 2011, s. 184; Bahtiyar Akyılmaz - Murat Sezginer - Cemil Kaya, *Türk İdare Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009, s. 415; Tekinsoy, s. 192.

⁶⁷ Günday, s. 185; Akyılmaz - Sezginer - Kaya, s. 415, Tekinsoy, s. 195.

⁶⁸ Günday, s. 186; Akyılmaz - Sezginer - Kaya, s. 415, Tekinsoy, s. 201.

⁶⁹ Günday, s. 186, Akyılmaz - Sezginer - Kaya, s. 416.

da idare ve kişi, verginin veya cezanın miktarı ile ilgili pazarlık yapmaktadırlar. Ancak doktrinde bu ölçütün yeterliliği tartışılmaktadır. Zira ölçütün özünü oluşturan kamu hizmeti kavramı bizatihi sorgulanmaktadır.⁷⁰ Ayrıca maden işletmeye ilişkin sözleşmeler ile orman işletme sözleşmelerinin konusu kamu hizmeti ile alakalı olmadığı halde idari sözleşme sayılmaktadırlar.⁷¹

Özel hukuk sözleşmelerini aşan üstün ve ayrıcalıklı yetkiler ölçütü açısından konuyu tartışabilmek için uzlaşmaya ilişkin mevzuat hükümlerine bakmak gerekmektedir. Buna göre tarhiyat öncesi uzlaşma açısından Maliye Bakanlığı'nun uzlaşma kapsamını belirleme yetkisi, uzlaşma komisyonunun oluşumundaki idarenin belirleyici rolü, anlaşma için uzlaşma komisyonunun nihai teklifinin bağlayıcılığı, uzlaşmanın vaki olması durumunda dava açılmaması, hiçbir merci nezdinde şikayette bulunulamaması gibi ölçütler uzlaşmayı idari sözleşmelere tekrar yaklaştırmış bulunmaktadır.

Her ne kadar bazı ölçütler idari sözleşmeyi tespit etmede yetersiz olup, bazıları üzerinde ise doktrinde tartışma olsa da, görüldüğü üzere uzlaşma hukuki niteliği itibarıyla idari sözleşmeye yaklaşmaktadır. Ancak ölçütlerin yetersizliği, tartışmalı olması, uzlaşmanın hukuki niteliğine ilişkin kanuni bir belirlemenin olmaması uzlaşmayı tam anlamıyla idari sözleşme yapmaktan uzaktır. Bu sebeple uzlaşmayı "bir tür idari sözleşme"⁷² sayan ilk görüşe katılmak mümkündür.

VUK ek madde 11/1 uyarınca tarhiyat öncesi uzlaşmada masaya yatırılan, vergi incelemesine dayanılarak tespit edilen ve henüz tarh edilmemiş ve kesilmemiş vergi ve cezalardır. TÖUY madde 16/4 uyarınca inceleme elemanı, uzlaşma temin edilemediği veya uzlaşmaya varılamadığı hususunu, uzlaşma tutanağında veya düzenleyeceği inceleme raporunda belirtir ya da raporla birlikte göndereceği bir yazı ile vergi dairesine bildirir. Vergi dairesi bunun üzerine vergi inceleme raporuna dayanarak vergi tarh edip ceza kesecektir. Uzlaşma gerçekleştiğinde ise TÖUY madde 16/1 uyarınca uzlaşma tutanağının bir nüshası derhal kişiye verilecek, bir nüshası da üç gün içerisinde, rapor ve ekleriyle birlikte ilgili vergi dairesine gönderilecektir. TÖUY md. 19

⁷⁰ Akyılmaz - Sezginer - Kaya, s. 417; Tekinsoy, s. 201.

⁷¹ Günay, s. 186.

⁷² Öncel - Kumrulu - Çağan, s. 171.

uyarınca vergi dairesine gönderilen bu tutanak, tahakkuk fişi yerine geçecektir.⁷³ "Tahakkuk bir işlem olmayıp, verginin ödenecek duruma geldiğine ilişkin bir durum, saptama" olduğuna göre⁷⁴, tutanağın vergi dairesine gönderilmesi ile vergi cezasının tahakkuk edip kesinleştiği, ödenebilir aşamaya geldiği saptanmış sayılacaktır.

Kesinleşmenin hukuki mahiyetini ortaya koyan genel hüküm niteliğinde bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak bir önceki başlık altında da belirtildiği üzere, VUK ek md. 11/2'de tutanakla tespit edilen husus hakkında dava açılmayacağı ve hiçbir mercie şikâyetle bulunulamayacağı belirtilmiştir. Dava açılmaması, doktrinin belirttiği üzere kesinleşme sayılan durumlardan biridir. Nitekim vergi idaresi de TÖUY md. 17/1'de tutanakların kesin olduğunu ayrıca vurgulamıştır. Bu durumda kesilecek cezalarla ilgili olarak tarhiyat öncesi uzlaşmaya varılması durumunda, düzenlenen tutağın taraflarca imzalanması ve vergi dairesine gönderilmesi durumunda kesinleşme gerçekleşmiş sayılmaktadır. Zira yasa koyucu bunu net olarak düzenlemiştir.

Bununla birlikte tutanağın ceza kesme sayılıp sayılmayacağı veya kesinleşmenin ceza kesmeyi içerip içermediği hususu belirsizdir. Bir önceki başlık altında ayrıntılı incelendiği üzere, kanun koyucu ceza kesmeyi idarenin tek taraflı bireysel icrai işlemi olarak düzenlemiş, bunun kişiye ihbarname ile de bildirilmesini şart koşmuştur. Tutanak ise, bir tür idari sözleşme sayılan tarhiyat öncesi uzlaşma neticesinde tarafların iradeleri ile ortaya çıkmaktadır. Söz konusu tutanağı kesinleşme olarak addeden ve sonuçlarını düzenleyen kanun koyucunun, aynı tutanağın imzalanmasını ceza kesme olarak saymaması ilginçtir. Bireysel idari işlemle meydana gelmesi istenen vergi cezasının, idari sözleşme neticesinde imzalanan tutanakla da meydana gelmesi mümkündür. Ancak bunun da kanunda düzenlenmiş olması gerekmektedir.

TÖUY md. 19 uyarınca tutanağın vergi dairesine gitmesi durumunda bunun tahakkuk fişi yerine geçeceği düzenlenmektedir. Ta-

⁷³ Dan. 4. D. 23.09.2002, 2001/2302E, 2002/2961K; "Dava konusu ödeme emri içeriği vergi ve ceza borçlarıyla ilgili olarak mükellef tarhiyat öncesi uzlaşma talebinde bulunduğu ve uzlaşma sağlandığından vergi ve ceza tahakkuku kesinleşmiştir."

⁷⁴ www.kazanci.com Erişim Tarihi: 12.10.2016.
Öncel - Kumrulu - Çağan, s. 106.

hakkuk fişinin hukuki esası VUK madde 25'te düzenlenmiştir. Buna göre tahakkuk fişi ile beyana dayanan vergiler tarh ve tahakkuk ettirilmektedir. Tahakkuk fişi tarhı içerdiğine göre, ceza kesmeyi de içerdiği düşünülebilir. Ancak beyana dayanan vergiler için uygulanan VUK madde 25'in, tarhiyat öncesi uzlaşma açısından nasıl uygulanabileceği sorunu ortaya çıkmaktadır. Zira, beyana dayanan tarhta bile usul hükümlerini ayrıntılı olarak düzenleyen kanun koyucu, tarhiyat öncesi uzlaşmada bu şekilde bir düzenleme yapmamış, yönetmelikte de söz konusu husus açıklığa kavuşturulmamıştır. Kaldı ki VUK madde 25'te vergi cezası ve cezanın kesilmesi ile ilgili de bir düzenleme de bulunmamaktadır. Tekerrür hükümlerinin uygulanması için kanunun aradığı şart olan cezanın kesilmesi, sadece VUK madde 364 ve devamı maddelerde düzenlenmiştir. Tutanağın imzalanması durumunda ceza kesilmiş sayılacaksa, bu da kesinleşmede olduğu gibi ayrıca düzenlenmelidir.

Doktrinde, konu ile ilgili detaylı bir çalışma bulunmamakla birlikte genel olarak uzlaşılan cezaların kesinleştiği vurgulanarak, tekerür hükümlerinin uygulanmasında ilk ceza olarak dikkate alınacağı düşünülmektedir.⁷⁵ KARAKOÇ, uzlaşma görüşmelerinde cezaların tamamen silinmesi durumunda, cezalar açısından kesilip kesinleşmenin gerçekleşmeyeceğini vurgulayarak, üzerinde uzlaşılan ve ödenen ceza için kesilme ve kesinleşmenin söz konusu olduğunu dolaylı olarak belirtmiştir.⁷⁶

Yargı kararlarına bakıldığında, Danıştay 4. Dairesi'nin bir kararında,⁷⁷ Danıştay Savcısı, tarhiyat öncesi uzlaşma sağlanması durumunda tarh edilmiş bir vergiden söz edilemeyeceği yönünde görüş bildirmiştir. Bununla birlikte aynı daire, 16.05.2016 tarihli kararında, 2003-2006 yılların arasında tarh edilmesi ve kesilmesi öngörülen ce-

⁷⁵ Karakoç, Vergi Ceza Hukuku, s. 113; Şenyüz, Vergi Ceza Hukuku, 5. Baskı, s. 235; Edizdoğan - Taş - Çelikkaya, s. 37.

⁷⁶ Karakoç, Vergi Ceza Hukuku, s. 113.

⁷⁷ Dan. 4D, 27.10.1989, 1989/291E, 1989/3726K:

"Danıştay Başsavcısı'nın Düşüncesi:

Olayda, tarhiyat öncesi uzlaşma sağlanmış olduğuna göre ortada henüz "tarh edilmiş" bir vergi bulunmamaktadır."

Aktaran: Mehmet Gültekin; "Tarhiyat Öncesi Uzlaşma ve Gecikme Faizi", Vergi Sorunları Dergisi, S. 55, 1991 Temmuz - Ağustos, s. 1.

zalar için tarhiyat öncesi uzlaşma yoluna başvurulup uzlaşılmasını tekerrür hükümlerinin uygulanması açısından ilk cezanın kesilmesi ve kesinleşmesi olarak kabul etmiştir.⁷⁸

Bu konuda uygulamaya dair net bir bilgi olmamakla birlikte, önceki paragraflarda belirtilen sebeplerle, doktrinde yer alan görüşlere ve Danıştay 4. Dairesi'nin 16.05.2016 tarihli kararına katılmak mümkün değildir. Söz konusu görüşler, belki tarhiyat sonrası uzlaşma için kabul edilebilir. Ancak henüz kesilmemiş bir cezanın, tutanakla nasıl kesilmiş sayılacağı sorusu cevapsız kalmaktadır. Bu tablo karşısında, tarhiyat öncesi uzlaşma sağlandığında tekerrür hükmü uygulanırsa, bu durumda vergi idaresi kanuni idare ilkesine aykırı hareket etmiş olacaktır. Anılan ilke, 1982 Anayasası md. 2'de belirtilen hukuk devletin gereklerinden biri olup, "idarenin teşkilatına ve faaliyetine kanunun hakim olması" şeklinde tanımlanmaktadır.⁷⁹ Danıştay da söz konusu kavramla ilgili olarak benzer bir tanım yapmaktadır.⁸⁰ İdarenin tesis edeceği işlem veya eyleminde yasal dayanak olmalı,⁸¹ kişilerin temel hak ve özgürlüklerini ilgilendiren ve yükümlülük altına sokan durumlarda yasa açıkça yetki vermelidir.⁸² Kesilecek vergi cezası için tarhiyat öncesi uzlaşma sağlandıktan sonra, ikinci cezanın kesilmesi durumunda tekerrür hükümlerinin uygulanması konusunda, kanun idareye bir yetki vermemektedir.

Doktrinin belirttiği gibi uzlaşma durumunda cezanın kesilmiş sayılabilmesi, ancak tarhiyat öncesi uzlaşma ve ceza kesmeye ilişkin hükümler arasındaki söz konusu uyumsuzluğun giderilmesi ile mümkündür. Bu, Anayasa madde 73/3'te düzenlenen vergilerin yasal-

⁷⁸ Dan. 4. D. 16.05.2016, 2014/4451E, 2016/2209K; www.resmigazete.gov.tr Erişim Tarihi: 28.03.2017.

⁷⁹ Metin Günday, İdare Hukuku, 10. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara, 2011, s. 42; Bahtiyar Akyılmaz - Murat Sezginer - Cemil Kaya, Türk İdare Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009, s. 136.

⁸⁰ Dan. 5.D, 21.05.2013, 2013/373E, 2013/4137K; "İdarenin kanuniliği ilkesi, idarenin ve organlarının görev ve yetkilerinin hiçbir duraksamaya yer vermeyecek şekilde, açık bir biçimde yasa ile düzenlenmesini gerekli kılar."

www.kazanci.com Erişim Tarihi: 19.10.2016.

⁸¹ Akyılmaz - Sezginer - Kaya, s. 136.

⁸² Şeref Gözübüyük - Turgut Tan, İdare Hukuku, Cilt I, 7. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2010, s. 41.

lığı ilkesi gereğince yasal düzenleme ile mümkündür. Anayasa madde 73/3'te düzenlenen verginin yasallığı ilkesini Anayasa Mahkemesi biraz daha kapsamlı yorumlamaktadır.⁸³ Yüksek Mahkeme, mali yükümlerin tarh tahakkuk yaptırım gibi yönlerinin yasa ile belirtilmesi gerektiğini belirtmektedir ve tarhiyat öncesi uzlaşma bütün mali yükümlerle ilgili bir kurum olup, uzlaşmaya varılması durumunda vergi cezalarının hukuki niteliği, tekerrür başta olmak üzere birçok konuyu ilgilendirmektedir. Bunun dışında konu, yine Anayasa md. 2'de belirtilen hukuk devletinin gereklerinden olan hukuki güvenlik ilkesini de ilgilendirmektedir. Söz konusu ilke, "devlet faaliyetlerinin idare edilenlerce önceden öngörülebilir olması" şeklinde tanımlanmaktadır.⁸⁴ Anayasa Mahkemesi, söz konusu kavramı biraz daha geniş kapsamda açıklamaktadır.⁸⁵ Tarhiyat öncesi uzlaşma yoluna başvurulmuş ve uzlaşılan bir vergi cezasının hukuki niteliği ve tekerrürde dikkate alınıp

⁸³ AYM, 1977/109E, 1977/131K, 29.11.1977:

"Anayasa'nın 61. maddesinin son fıkrasına göre, vergi, resim ve harçlar ve benzeri mali yükümler ancak kanunla konulur. Anayasa koyucunun, her çeşit mali yükümlerin kanunla konulmasını buyururken, keyfi ve takdir uygulamaları önleyecek ilkelerin kanunda yer alması gereğini götüğünde kuşku yoktur. Kanun koyucunun yalnız konusunu belli ederek ya da tüzükte belli ettirerek bir mali yükümlerin ilgililere yükletilmesine izin vermesi, bunun kanunla konulmuş sayılabileceği için yeter neden olamaz. Mali yükümlerin yükümlüleri, matrah ve oranları, tarh ve tahakkuku, tahsil usulleri, yaptırımları ve zamanasını gibi çeşitli yönleri vardır. Bir mali yüküm bu yönleri dolayısıyla, kanunla yeterince çerçevelenmemişse, kişilerin sosyal ve ekonomik durumlarını, hatta temel haklarını etkileyecek keyfi uygulamalara yol açılması olasıdır. Bu bakımdan yükümler belli başlı öğeleri de açıklanarak ve çerçeveleri keskin çizgilerle belirtilerek kesinlikle kanunlarla düzenlenmelidir."

<http://www.anayasa.gov.tr> Erişim Tarihi: 23.09.2016.

⁸⁴ Günay, s. 45.

⁸⁵ AYM, 02.06.2009, 2004/10E, 209/68K,

"Hukuk devletinin temel unsurlarından birisi de "belirlilik"tir. Bu ilkeye göre, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi de gereklidir. Belirlilik ilkesi, hukuksal güvenlikle bağlantılı olup bireyin, yasadan, belirli bir kesinlik içinde, hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını, bunların idareye hangi müdahale yetkisini verdiğini bilmesidir. Hukuk güvenliği, normların öngörülebilir olması, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar."

<http://anayasa.gov.tr> Erişim Tarihi: 17.10.2016.

alınamayacağı pozitif hukukta belirsizdir. Tekerrür cezasının yüklü bir miktarda olma ihtimali söz konusu olduğunda, kişiler söz konusu düzenlemelerin tereddüde mahal bırakmayacak derecede açık olmasını bekleyeceklerdir.

Bununla birlikte yasal düzenleme yapıp, tarhiyat öncesi uzlaşma sağlandığında ceza kesilmiş sayılacak ve bunun hüküm ve sonuçları doğacaksa, bu durumda da tarhiyat öncesi uzlaşma kurumunun varlığı sorgulanır hale gelecektir. Zira tarhiyat öncesi uzlaşma yoluna başvurulmasının bir anlamı kalmamakta ve tarhiyat sonrası uzlaşma ile hukuki sonuçları eşitlenmektedir. Oysa ceza hukukundaki tekerürde, kişi TCK madde 75 hükmünde belirtilen ön ödeme yoluna veya CMK madde 253-255 hükümleri arasında düzenlenen uzlaşma yoluna başvurduğunda mahkûmiyet kararı verilmediğinden tekerür açısından dikkate alınmamaktadır.⁸⁶ Özellikle ön ödemede kişi, hakkında hüküm verilecek adli para cezasını ödemekte olup, bu tarhiyat öncesi uzlaşmada kesilecek ceza ve verginin ödenmesine benzemektedir. Bununla birlikte ön ödemede kamu davası açılmamakta, açılmışsa da düşmektedir.

Toparlamak gerekirse vergi incelemesinde tespit edilmiş ceza ve vergiler hakkında tarhiyat öncesi uzlaşma sağlandığında, tutanakta belirtilen hususlar hakkında dava açılmayacağından kesinleşmektedir. Ancak ilgili kanun maddelerindeki uyumsuzluk sebebiyle, cezanın kesilmesi şartı aslında gerçekleşmemektedir. Bu sebeple tarhiyat öncesi uzlaşmanın tekerür hükmünün uygulanmasında dikkate alınması, hukuka aykırı olacaktır. Bunun giderilmesi ve tarhiyat öncesi uzlaşmanın sağlanması durumunda cezanın kesilmiş sayılması yasal düzenleme ile mümkündür. Bu ise, tarhiyat öncesi uzlaşma kurumunun varlığını sorgulanır hale getirecektir. Hukuka uygun olan, tarhiyat öncesi uzlaşmanın sağlanması durumunda, tekerür hükümlerinin uygulanmamasıdır.

⁸⁶ Özcan Özbey, "Suçta Tekerrür ve Mükerrirlere Özgü Güvenlik Tedbirleri", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 88, 2010, s. 71, 72; Sacit Yılmaz "Türk Ceza Kanununda Tekerrür ve Yargıtay Uygulaması", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Yıl 5, Sayı 19, Ekim 2014, s. 556.

SONUÇ

Bu çalışmada, vergi hukukundaki tekerrür kurumu incelenmeye çalışılmıştır. Çalışmada dikkat çekilmek istenen ana sorun tekerrüre ilişkin hükmün belirsizliği ve etkileşim halinde olduğu diğer kurumlarla arasında uyumsuzluk olması ve ceza hukukunda uygulanan tekerrür kurumuna nazaran çağın gerisinde kalmasıdır. Bu da söz konusu çalışma ile ilgili birçok hukuki tartışmaya sebep olmaktadır.

Ceza hukukunda tekerrür durumunda güvenlik tedbiri uygulanırken vergi hukukunda halen eski ceza kanunda olduğu gibi ceza artırılmaktadır. Bu, hukuk devleti kapsamında suç ve ceza arasında bulunması gereken adil dengeye ve cezanın amacına aykırı bulunmuştur.

Bunun dışında hükmün belirsizliği ve diğer kurumlarla uyumsuzluğu kapsamında da birçok tartışma yapılmış ve şu sonuçlara ulaşılmıştır. Kanunda yer alan usulsüzlük ifadesi ile sadece genel usulsüzlük kastedilmektedir. Zira kanun koyucu özel usulsüzlüğü ayrıca vurgulamaktadır. Bunun dışında ilk ve son kesilen cezaların aynı olması gerektiği belirtilmiştir. Zira kanun koyucu bunu göz önüne alarak farklı zaman dilimleri ve oranlar belirlemiştir. Bir başka tartışılan konu, VUK madde 339 uyarınca tekerrürün uygulanabilmesi için, ikinci cezanın kesilmesi şartının doğurabileceği sakıncalardır. Yargı organının tekerrür hükümlerinin uygulanması için cezanın kesilmesini değil kabahatin işlenmesini şart koşması, tekerrür kurumunun mantığına ve belirlilik ile suç ve cezaların yasallığı ilkelerine daha uygundur. Bu sebeple VUK madde 339'da "kabahatin işlenmesi" veya "ihlalin gerçekleştirilmesi" şeklinde yasal düzenlenmeye ihtiyaç duyulduğu belirtilmiştir.

Çalışmada son olarak ise tarhiyat öncesi uzlaşma ile ilişkisi üzerinde durulmuştur. Tekerrürün şartlarından cezanın kesilmesi, tekerrür ile tarhiyat öncesi uzlaşma arasındaki uyumsuzluğun temelinde yatmaktadır. Kesilmemiş bir ceza için tarhiyat öncesi uzlaşma yoluna başvurulması üzerine, uzlaşma sağlandığı takdirde kesinleşme söz konusu olmakta ve uzlaşılan miktar doğrudan ödenebilir safhaya getirilmektedir. Ancak bu durumun, cezanın kesilmesi olarak addedilmesi mevzuata göre mümkün gözükmemektedir. "Ceza kesme" başlığı altındaki kanun hükümlerinde bu husus düzenlenmediği gibi, tarhiyat

öncesi uzlaşmaya dair kanun hükmünde de bu yönde bir düzenleme veya atıf bulunmamaktadır.

Vergi idaresinin bu konudaki uygulamasına dair bir bilgi olmakla birlikte, mevzuat uyarınca tekerrür hükmünün uygulanmasında tarhiyat öncesi uzlaşmanın da dikkate alınması hukuka aykırı olacaktır. Aksi bir yorum da tarhiyat öncesi uzlaşmanın varlığını sorgulanır hale getirecektir. Görüleceği üzere kanun koyucunun özellikle vergi kanunlarını anlaşılması güç ve birbirinden kopuk şekilde düzenlenmesi, hukuki belirlilik ilkesinin önemini bir kez daha ortaya çıkarmaktadır. Unutulmamalıdır ki, kişilerin hukuken ne ile karşılaşacaklarını öngörebilmeleri, hukuk devletinin olmazsalarından biridir.

Kaynakça

- Akyılmaz Bahtiyar – Sezginer Murat – Kaya Cemil, Türk İdare Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009.
- Bayraklı Hasan Hüseyin, Vergi Ceza Hukuku, 3. Baskı, Külcüoğlu Yayınları, Afyonkarahisar, 2006.
- Beccaria Cesare, Suçlar ve Cezalar Hakkında, Çeviren Sami Selçuk, İmge Kitabevi, Ankara, Haziran 2004.
- Candan Turgut, Vergi Suçları ve Cezaları, 3. Baskı, Maliye ve Hukuk Yayınları, Ankara, Mayıs 2010.
- Dönmezer Sulhi – Erman Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, III. Cilt, 12. Bası, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, Ekim 1997.
- Edizdoğan Nihat – Taş Metin – Çelikkaya Ali, Vergi Ceza ve Yargılama Hukuku, Ekin Basım, Yayın, Dağıtım, Bursa, 2007.
- Gözler Kemal – Kaplan Gürsel, İdare Hukuku Dersleri, 14. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, Ağustos 2013.
- Gözübüyük Şeref – Tan Turgut, İdare Hukuku, Cilt I, 7. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2010.
- Gültekin Mehmet, “Tarhiyat Öncesi Uzlaşma ve Gecikme Faizi”, *Vergi Sorunları Dergisi*, S. 55, 1991 Temmuz – Ağustos.
- Günday Metin, İdare Hukuku, 10. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara, 2011.
- Karakoç Yusuf, Genel Vergi Hukuku, 5. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011.
- Karakoç Yusuf, Vergi Ceza Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016.
- Mutluer Kamil, Vergi Genel Hukuku, 2. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, Eylül 2008.
- Öncel Mualla – Kumrulu Ahmet – Çağan Nami, Vergi Hukuku, 20. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2011.

Özbey Özcan, "Suçta Tekerrür ve Mükerrirlere Özgü Güvenlik Tedbirleri", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 88, 2010.

Özgenç İzzet, *Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi*, 3. Bası, Ankara Açık Ceza İnfaz Kurumu Matbaası, Ankara, Ocak 2006.

Şenyüz Doğan, *Vergi Ceza Hukuku*, 5. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2011.

Şenyüz Doğan, *Vergi Ceza Hukuku*, 9. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2016.

Taşdelen Aziz, *Vergi Usul Kanunu Yönünden Vergi Kabahatleri*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2010.

Tekinsoy, Ayhan, "İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu", *AÜHFD*, Cilt 55, S. 1, 2006.

Ürel Gürol, *Güncel Vergi Usul Kanunu Uygulaması*, Yaklaşım Yayınları, Ankara, Şubat 2003.

Yılmaz Sacit, "Türk Ceza Kanununda Tekerrür ve Yargıtay Uygulaması", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Yıl 5, Sayı 19, Ekim 2014.

www.anayasa.gov.tr

www.kazanci.com

www.resmigazete.gov.tr

ZORUNLU PAY ALIM TEKLİFİ FİYATININ ŞİRKET ESAS SÖZLEŞMESİ İLE BELİRLENMESİ HAKKINDA BİR İNCELEME

AN EXAMINATION BASED ON MANDATORY BID'S PRICE DETERMINATION WITH ARTICLES OF PARTNERSHIP

Emre SUBAŞI*

Özet: Türk sermaye piyasası mevzuatı uyarınca halka açık bir şirketin yönetim kontrolü elde edildiğinde, yönetim kontrolünü elde eden kişiler dışındaki diğer ortakların paylarının satın alınması amacıyla teklif yapılması zorunludur. Söz konusu yükümlülük doğduğu andan itibaren, zorunlu pay alım teklifi fiyatı, hem teklif yükümlülüğü altındaki yönetim kontrolünün yeni sahibi açısından, hem de teklifin muhatabı olan diğer ortaklar açısından büyük önem taşımaktadır. İlgili mevzuat uyarınca tespit edilen teklif fiyatının, bizzat şirketler tarafından değiştirilebilmesinin mümkün olduğu varsayımı altında, zorunlu pay alım teklifi fiyatının yüksek tutulması, yönetim kontrolüne talip olan kişiyi bu amacından vazgeçirebileceği gibi, fiyatın düşük tutulması da yönetim kontrolünün devralınması yönünde teşvik olarak nitelendirilebilecektir. Bu noktada zorunlu pay alım teklifi fiyatının yüksek tutulması, mevcut hâkim ortağın yönetim kontrolünün sağlamaştırılması ve şirket ortaklarının daha kârlı bir şekilde ortaklıktan ayrılması anlamına geldiğinden, yönetim kontrolü el değiştirmeden önce esas sözleşme ile teklif fiyatının artırılmasının mümkün olup olmadığı sorusu akıllara gelebilir. Bu doğrultuda, zorunlu pay alım teklifi fiyatının mevcut şirket ortakları tarafından esas sözleşme yardımıyla önceden belirlenip belirlenemeyeceği hususu, bu çalışmanın konusunu oluşturmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Zorunlu Pay Alım Teklifi, Zorunlu Pay Alım Teklifi Fiyatı, Pay Alım Teklifi, Pay Alım Teklifi Fiyatı, Pay Alım Teklifi Fiyatının Esas Sözleşme ile Önceden Belirlenmesi, Pay Alım Teklifi Fiyatının Esas Sözleşme ile Değiştirilmesi

Abstract: Pursuant to capital markets regulations in Turkey, the obligation to make a takeover bid arise for a person or acting in concert who acquire management control in a publicly held corporation triggers to purchase the remaining shares of the other shareholders in the corporation. Once the mandatory bid in question obligation arises, the price of the mandatory bid becomes more important for both the offeror, who is the new owner of the company's management control and the offerees, who are the other shareholders of the company. Under the assumption that the takeover bid price determined in legislation can be modified on the part of the compa-

nies, setting mandatory bids price higher than its actual price may discourage those who aspire to take over a company's management control, whereas setting the price lower than actual price may foster the acquisition of management control. Since setting the mandatory bids price high will strengthen the controlling shareholders management control and enable minority shareholders and all other investors an option to sell their shares to the offeror and leave the offeree company in a more profitable way, the question of whether mandatory bids price can be raised beforehand via the articles of association. In this respect, this article seeks to analyze the issue as to whether determining the mandatory bid price is doable by setting out a proactive provision.

Keywords: Mandatory Bid Obligation, Mandatory Bid, Mandatory Bid's Price, Mandatory Bid's Price Determination, Takeover Bid, Takeover Bid's Price

GİRİŞ

Halka açık ortaklıklarda, küçük yatırımcıların sahip olduğu payların toplanabilmesi amacıyla gönüllü olarak pay alım teklifi yapılması mümkün olmakla birlikte, 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu (6362 sayılı SPKn) uyarınca bazı durumlarda söz konusu teklifin yapılması zorunlu hale gelebilmektedir. Önemli nitelikteki işlemler olarak adlandırılan işlemlerde,¹ şirketin 6362 sayılı SPKn kapsamından resen çıkarılması durumunda veya şirket "yatırım ortaklığı" statüsünde ise bu statüsünün değişmesi süreçlerinde zorunlu pay alım teklifi hükümleri uygulama alanı bulabilmekle birlikte, zorunlu pay alım teklifi hükümlerinin başlıca uygulama alanı, çalışmamızın konusunu oluşturan şirket yönetim kontrolünün el değiştirmesidir. Gerçekten de halka açık bir şirketin yönetim kontrolünün el değiştirmesi halinde, şirket

¹ Genel kurulda alınan bir kararın önemli nitelikte bir karar sayılması, söz konusu kararın anonim ortaklığın ve pay sahibinin geleceği üzerinde bırakacağı etkiyle yakından ilgilidir. (Burak Adıgüzel, "Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Pay Sahibinin Ayrılma Hakkı" *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.XVIII, S.2, 2014, S.7.) Bu sebeple bazı şirket işlemlerinde, korunmaya ihtiyacı olan yatırımcıların teklif yükümlülüğü kapsamında şirketten ayrılabilmelerine olanak tanınması gerekmektedir. Bu şirket işlemleri 6362 sayılı SPKn'nun 23, 24 ve 25 inci maddelerine dayanılarak hazırlanan II-23.1 sayılı Önemli Nitelikteki İşlemlere İlişkin Esaslar ve Ayrılma Hakkı Tebliği'nin 11 inci maddesinde; esas sözleşmede imtiyaz öngörülmesi veya mevcut imtiyazlarda değişiklik yapılması, birleşme-bölünme işlemlerine taraf olunması, tür değiştirme-sona erme kararı alınması ve borsa kotundan çıkma kararı alınması olarak belirlenmiştir.

yönetimini ele geçiren kişi ya da kişiler, diğer ortakların tamamının mevcut paylarını satın alma konusunda teklif yapma yükümlülüğü altına girmektedir. Bu durumda zorunlu pay alım teklifi; herhangi bir yöntemle, doğrudan veya dolaylı olarak halka açık bir ortaklığın yönetim kontrolünü ele geçirecek oranda pay iktisap edenlerin, söz konusu ortaklığın yönetiminin dışında kalan diğer pay sahiplerine ait paylarını da satın almak için çağrıda bulunma yükümlülüğü altına girilmesi olarak tanımlanabilir.²

Şirket yönetiminin el değiştirmesinden kasıt, yalnızca şirket yönetim kurulu üyelerinin değişmesi değil, yönetim kurulu üyelerini seçme hakkını da içerecek şekilde yönetim yetkisini devralacak oranda “pay” ya da “oy hakkının” iktisap edilmesidir. Yönetim kontrolünün yeni bir hâkim ortağa geçmesi ise şirket politikalarının ve yönetim anlayışının topyekûn değişmesi anlamını taşımaktadır. Gerçekten, yönetim kontrolünü elde eden ortak, ortaklık menfaatleri yerine, kişisel çıkarlarını ön planda tutabilir, şirketin içini boşaltabilir veya farklı bir temettü politikası izleyerek diğer pay sahiplerinin zarara uğramasına sebebiyet verebilir.³ Dolayısıyla, yönetim kontrolünü elde eden kişi ya da kişilerin yönetimi altındaki şirkette mevcut yatırımın devam ettirilmesi, teklif muhatabı olan şirket ortağı için ek bir risk anlamı taşımaktadır. En nihayetinde, yalnızca yeterli oranda oy hakkının elde edilmesi suretiyle de yönetim kontrolü el değiştirebildiğinden, şirkette tek bir payı dahi olmayan “şirkete yabancı” kişiler tarafından da yönetim kontrolü elde edilebilmektedir. İşte böyle bir durumda payları için teklif yapılan hedef şirketin ortakları, teklif şartları çerçevesinde iki şekilde karar verebileceklerdir; ya teklif şartlarını cazip bularak paylarını satacak ya da teklifin başarısız olacağı ve mevcut yönetimin, ortaklığın geleceği bakımından daha yararlı olacağı, bu başarının da paylarının değerine yansıtacağı inancıyla paylarını satmayacaklardır.⁴ Sonuç ola-

² Umut Kolcuoğlu, *Sermaye Piyasası Hukukunda Zorunlu Çağrı, Yetkin Hukuk*, İstanbul 2009, s.7. Söz konusu tanıma iştirak edilmekle birlikte, yönetim kontrolünün pay iktisabıyla elde edilebileceği gibi, yalnızca oy hakkı iktisabı ile de elde edilebileceğini hatırlatmakta fayda vardır.

³ Reha Poroy, “Halka Açık Şirketlerde Çağrı Yoluyla Oyda Vekâlet veya Hisse Senedi Toplanmasına İlişkin Sorunlar”, *Prof. Dr. Hayri Domaniç’e Armağan*, İstanbul 1995, s.191.

⁴ Terence Blackburn, “The Regulation of Market Sweeps in Connection With Tender Offers”, *George Washington Law Review*, v.58, No.4, 1990, sh.631.

rak azınlıkta kalan ortakların elinde bulunan mevcut paylarını adil bir fiyat üzerinden yönetim kontrolünü elde eden kişiye satabilmesi, zorunlu pay alım teklifi hükümleri uyarınca mümkün olabilmektedir.

Zorunlu pay alım teklifi fiyatı ise, zorunlu pay alım teklifi yükümlülüğünün doğup doğmadığının belirlenmesinden sonra en önemli unsur olarak karşımıza çıkmaktadır. Zira şirketin yönetim kontrolünü elde eden kişi ya da kişiler açısından oldukça yüksek olan devralma işlemi maliyetine bir yenisi daha eklenmekte, küçük yatırımcı açısından ise mevcut paylarını cazip bir fiyat üzerinden satma olanağı doğmaktadır. Küçük yatırımcılar ile yönetim kontrolünü devralan kişilerin çıkarlarının çatıştığı bu noktada, Sermaye Piyasası Kurulu'nun (SPK) II-26.1 sayılı Pay Alım Teklifi Tebliği uyarınca, belirlenen teklif fiyatının şirket esas sözleşmesi ile artırılmasının, hem küçük yatırımcılar açısından hem de şirketin mevcut hâkim ortağı açısından olumlu bir durum yaratacağı düşünülebilir. Dolayısıyla henüz yönetim kontrolünün el değiştirmedığı durumda, şirket esas sözleşmesine teklif fiyatını düzenleyen bir hüküm konulması akıllara gelebilecektir. Örneğin, *“her bir pay için mevzuat uyarınca belirlenecek olan zorunlu pay alım teklifi fiyatının üç katının uygulanacağı”* gibi bir hükmün, şirket esas sözleşmesine eklenmiş olduğu varsayımında, hedef ortaklıktaki yönetim kontrolünün elde edilme maliyeti oldukça artacak ve bunun doğal sonucu olarak şirket yönetim kontrolünün el değiştirmesi bir hayli zorlaşacaktır. Yüksek belirlenen fiyata rağmen yönetim kontrolünün el değiştirmesi halinde ise, küçük yatırımcıların mevcut paylarını çok daha cazip bir fiyat üzerinden satabilmesi mümkün olacaktır.

Teklif yükümlülüğü doğmadan önce şirket esas sözleşmesi üzerinde söz sahibi olan mevcut şirket ortaklarının, teklif fiyatını artırma eğilimi daha olası olduğundan, burada ağırlıklı olarak teklif fiyatının artırılması üzerinde durulacaktır. Ancak aşağıda yer alan görüşlerim uygun düşüğü ölçüde, teklif fiyatının düşürülmesi ihtimalinde de geçerlidir. Bu kapsamda, şirket esas sözleşmesi ile zorunlu pay alım teklifi fiyatının değiştirilip değiştirilemeyeceği hususu bu çalışmanın konusunu oluşturmaktadır. Konu hakkında sonuca varabilmek için, öncelikle teklif yükümlülüğünün mevzuatta düzenleniş biçimine, ilgili hükümler uyarınca, zorunlu pay alım teklifi fiyatının nasıl belirlendiğine ve belirlenen fiyatın farklı çıkar grupları açısından önemine değinilecek, ardından söz konusu hususları düzenleyen mevzuat hü-

kümlerinin mahiyeti ele alınarak, esas sözleşme ile farklı bir düzenleme öngörülüp öngörülemediği incelenecektir.

I. ZORUNLU PAY ALIM TEKLİFİ YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Öncelikle belirtmek gerekir ki; zorunlu pay alım teklifine ilişkin hükümler, mevzuatımıza ilk kez 2499 sayılı mülga Sermaye Piyasası Kanunu'na (2499 sayılı SPK'n) 1992 yılında yapılan eklemeye girmiştir.⁵ Söz konusu değişiklik sonrasında zorunlu pay alım teklifine ilişkin düzenlemelere SPK'n tarafından 1994 yılında çıkarılan Seri:IV No: 8 sayılı "Halka Açık Anonim Ortaklıklar Genel Kurullarında Vekaleten Oy Kullanılmasına ve Çağrı Yoluyla Hisse Senedi Toplanmasına İlişkin Esaslar Tebliği" içerisinde yer verilmiştir. Daha sonra anılan Tebliğ'in zorunlu pay alım teklifine ilişkin hükümleri yürürlükten kaldırılmış ve yerine Seri:IV No:44 sayılı "Çağrı Yoluyla Ortaklık Paylarının Toplanmasına İlişkin Esaslar Tebliği" tanzim edilmiştir.

2499 sayılı SPK'n incelendiğinde, anılan kanunun "Görev ve yetkiler" başlıklı 22 nci maddesinin birinci fıkrasının (i) bendi uyarınca, SPK'n'nin görevleri arasında;

"Halka açık anonim ortaklıkların genel kurullarında genel hükümler çerçevesinde vekâleten oy kullanılmasına ilişkin esasları belirlemek ve bu ortaklıklarda yönetim kontrolünün el değiştirmesine yol açacak oranda vekalet toplayan ya da pay iktisap edenlerin, diğer payları satın alma yükümlülüğüne ve azınlıktaki ortakların da kontrolü ele geçiren kişi veya gruba paylarını satma hakkına ilişkin düzenlemeleri yapma" görevinin bulunduğu görülmektedir. Daha açık bir ifade ile "vekâlet toplama" ya da "pay iktisap etme" yoluyla yönetim kontrolünü elde eden kişi ya da kişiler için getirilen zorunlu pay alım teklifi yükümlülüğü, kendisine çerçeve bir düzenleme şeklinde anılan kanunda yer bulmuştur. Detaylı düzenlemelere ise Seri:IV No:44 sayılı "Çağrı Yoluyla Ortaklık Paylarının Toplanmasına İlişkin Esaslar Tebliği"nde yer verilmiştir.

⁵ 13.05.1992 tarih ve 21227 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan "Sermaye Piyasası Kanununda Değişiklik Yapılmasına, Bankalar Kanununun Bir Maddesinin Değiştirilmesine ve 35 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin Bazı Maddelerinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Kanun" ile 2499 sayılı SPK'n'nun 16/A maddesi değiştirilmiştir.

2499 sayılı SPKn'na nazaran 6362 sayılı SPKn ise daha detaylı düzenlemeler içermektedir. Zira zorunlu pay alım teklifi hükümlerinin uygulama alanı kanunda tek tek belirtilmiş, yönetim kontrolünün el değiştirmesi kavramı da kanun bazında tanımlanmıştır.

Yönetim kontrolünün el değiştirmesi nedeniyle doğan zorunlu pay alım teklifini düzenleyen 6362 sayılı SPKn'nun "Pay alım teklifi zorunluluğu" başlıklı 26 nci maddesinin birinci fıkrasına göre; "**halka açık ortaklıklarda yönetim kontrolünü sağlayan payların veya oy haklarının iktisap edilmesi hâlinde diğer ortakların paylarını satın almak üzere teklif yapılması zorunludur.** Pay alım teklifinde bulunulmasına ve pay alım teklifinde bulunma zorunluluğundan muafiyete ilişkin usul ve esaslar Kurulca belirlenir". Görüldüğü üzere, zorunlu pay alım teklifi yükümlülüğünün doğması 2499 sayılı SPKn'na benzer şekilde yönetim kontrolünü elde etmeye yetecek oranda "oy hakkı" veya "payın" iktisap edilmesi koşuluna bağlanmıştır.

Yine yukarıda yer alan madde metninde geçen "yönetim kontrolü" kavramı aynı maddenin ikinci fıkrasında; "*Ortaklığın oy haklarının yüzde ellisinden fazlasına tek başına veya birlikte hareket ettikleri kişilerle beraber, doğrudan veya dolaylı olarak sahip olunması, yönetim kurulu üye sayısının salt çoğunluğunu seçme veya genel kurulda söz konusu sayıdaki üyelikler için aday gösterme hakkını veren imtiyazlı paylara sahip olunması*" şeklinde tanımlanmıştır. Şirket esas sözleşmesinde "*yönetim kurulu üye sayısının salt çoğunluğunu seçme veya genel kurulda söz konusu sayıdaki üyelikler için aday gösterme hakkı*" imtiyazlarının varlığı halinde, yeterli derecede pay veya oy hakkına sahip olunmasına rağmen teklif zorunluğunun doğmadığını da hatırlatmak gerekir.⁶

II. ZORUNLU PAY ALIM TEKLİFİ FİYATININ BELİRLENMESİ

Zorunlu pay alım teklifi fiyatı, 6362 sayılı SPKn'nın yukarıda anılan 26 ncı maddesine ve aynı Kanun'un 25 inci maddesinin ikinci fıkrasına⁷ dayanılarak tanzim edilen II-26.1 sayılı Pay Alım Teklifi

⁶ 6362 sayılı SPKn'nın 26 ncı maddesinin ikinci fıkrasının son cümlesinde "Ancak, imtiyazlı payların mevcudiyeti nedeniyle yönetim kontrolünün elde edilemediği hâller bu madde kapsamında değerlendirilmez." hükmü yer almaktadır.

⁷ 6362 sayılı SPKn m. 25/2: "Pay alım teklifinin Kurul tarafından yasaklandığı durumlarda, yasaklanan teklife dayanılarak gerçekleştirilen işlemler geçersizdir."

Tebliğinin (Pay Alım Tebliği) *“Zorunlu pay alım teklifi fiyatı”* başlıklı 15 inci maddesi uyarınca belirlenmektedir. Anılan maddede şirket paylarının borsada işlem görmesi, şirketin yönetim kontrolünde dolaylı bir değişiklik olması ve şirket sermayesini temsil eden birden fazla pay grubunun bulunması hallerinde teklif fiyatının hesaplanmasında ayrı ayrı yöntemler öngörülmüştür. Örneğin, payları borsada işlem gören bir şirkette zorunlu pay alım teklifi yükümlülüğü doğması durumunda, teklif fiyatı Pay Alım Tebliği'nin 15 inci maddesinin birinci fıkrasında yer alan; *“Zorunlu pay alım teklifi fiyatı, hedef ortaklık paylarının borsada işlem görmesi durumunda, payların satışına ilişkin anlaşmanın yapıldığının kamuya duyurulduğu tarihten önceki altı aylık dönem içinde oluşan günlük düzeltilmiş ağırlıklı ortalama borsa fiyatlarının aritmetik ortalaması ile teklifte bulunan veya birlikte hareket ettiği kişilerce pay alım teklifini doğuran pay alımları da dâhil olmak üzere tekliften önceki altı ay içinde hedef ortaklığın aynı grup paylarına ödediği en yüksek fiyattan düşük olamaz. Zorunlu pay alım teklifi yükümlülüğünün doğumuna yol açan pay iktisaplarında ödenen bedelin doğrudan içinde değerlendirilebilecek olan yan edimler veya pay devir tarihinden sonra bazı şartların tahakkuku halinde ödenecek prim ve benzeri hususlar pay alım teklifi fiyatının hesaplanmasında dikkate alınır”* hükmü uyarınca tespit edilmektedir. Benzer şekilde zorunlu pay alım teklifi fiyatı şirketin yönetim kontrolünde dolaylı bir değişiklik olması durumunda, anılan maddenin ikinci fıkrası⁸ uyarınca, şirket sermayesini temsil eden birden fazla pay grubunun mevcut olması halinde ise anılan maddenin üçüncü fıkrası⁹ uyarınca hesaplanmaktadır.

⁸ Pay Alım Tebliği m. 15/2: *“Hedef ortaklığın yönetim kontrolünde dolaylı bir değişiklik meydana gelmesi durumunda pay alım teklifi fiyatı;*

a) Pay grupları arasındaki imtiyaz farklılıkları dikkate alınarak Kurulun değerlemeye ilişkin düzenlemeleri çerçevesinde hazırlanan değerlendirme raporunda belirtilen fiyatın,

b) Pay alım teklifinde bulunan veya birlikte hareket ettiği kişilerin, varsa hedef ortaklıkta yönetim kontrolünün dolaylı değişikliğine sebep olan pay devrine ilişkin anlaşmanın yapıldığının kamuya duyurulduğu tarihten önceki altı aylık dönem içinde, hedef ortaklık paylarında yaptıkları alımlarda ödedikleri en yüksek fiyatın,

c) Hedef ortaklığın paylarının borsada işlem görmesi durumunda, payların satışına ilişkin anlaşmanın yapıldığının kamuya duyurulduğu tarihten önceki altı aylık dönem içinde oluşan günlük düzeltilmiş ağırlıklı ortalama borsa fiyatlarının aritmetik ortalamasının, yüksek olanından düşük olmayacak şekilde belirlenir.”

⁹ Pay Alım Tebliği m. 15/3: *“Hedef ortaklığın sermayesini temsil eden birden fazla pay grubunun bulunması durumunda, pay alım teklifinde bulunma zorunluluğunu doğuran pay devrine konu olmayan grup veya gruplara dâhil olan paylar için*

Görüldüğü üzere, Pay Alım Tebliği'nin ilgili hükümlerinde teklif fiyatının belirlenmesinde kullanılacak yöntemler, üç farklı ihtimal dâhilinde ayrı ayrı düzenleme altına alınmıştır. Bu noktada önemle belirtmek gerekir ki; her üç farklı ihtimalde de teklif fiyatının "yüksek olan fiyattan daha düşük olamayacağı" kuralı geçerlidir. Örneğin, payları borsada işlem gören bir şirkette zorunlu pay alım teklifi fiyatı belirlenirken, "önceki altı aylık dönem içinde oluşan günlük düzeltilmiş ağırlıklı ortalama borsa fiyatlarının aritmetik ortalaması" ne olursa olsun, belirlenen fiyat "teklif yükümlülüğü altında bulunan kişi veya birlikte hareket ettiği kişiler tarafından aynı gruba ait paylar için son 6 ayda ödenen en yüksek pay fiyatından" düşük olamayacaktır.¹⁰ Aynı doğrultuda, şirketin yönetim kontrolünde dolaylı bir değişiklik olması ve şirket sermayesini temsil eden farklı pay grupları olması durumlarında da zorunlu pay alım teklifi fiyatı, madde içerisinde düzenleme altına alınmış yöntemler uyarınca hesaplanan fiyatların yüksek olanından daha düşük belirlenemeyecektir.

ödenen pay alım teklifi fiyatı;

a) Pay grupları arasındaki imtiyaz farklılıkları dikkate alınarak Kurulun değerlemeye ilişkin düzenlemeleri çerçevesinde hazırlanan değerlendirme raporunda belirtilen fiyatın,

b) Pay alım teklifinde bulunan veya birlikte hareket ettiği kişilerin, teklifte bulunan veya birlikte hareket ettiği kişilerce pay alım teklifini doğuran pay alımları da dahil olmak üzere, varsa hedef ortaklık paylarının satışına ilişkin anlaşmanın yapıldığının kamuya duyurulduğu tarihten önceki altı aylık dönem içinde, pay alım teklifinde bulunma zorunluluğunu doğuran pay devrine konu olmayan grup veya gruplara dahil olan paylarda yaptıkları alımlarda ödedikleri en yüksek fiyatın,c) Pay alım teklifinde bulunma zorunluluğunu doğuran pay devrine konu olmayan grup veya gruplara dahil olan payların borsada işlem görmesi durumunda, varsa hedef ortaklık paylarının satışına ilişkin anlaşma yapıldığının kamuya duyurulduğu tarihten önceki altı aylık dönem içinde oluşan payın günlük düzeltilmiş ağırlıklı ortalama borsa fiyatlarının aritmetik ortalamasının, yüksek olanından düşük olmayacak şekilde belirlenir."

¹⁰ Anılan düzenleme ile herhangi bir paydaştan, asgari fiyatın üzerinde bir fiyattan pay satın alınması durumunda, diğer paydaşlara da aynı fiyat üzerinden teklif yapılması öngörülmektedir. Benzer şekilde Pay Alım Tebliği'nin "Fiyat eşitliğinin sağlanmasına ilişkin esaslar" başlıklı 16 ncı maddesinde anılan inisiyatif kullanılarak, pay alım teklifi fiyatından daha yüksek bir fiyat üzerinden ortaklık paylarının satın alınması halinde, pay alım teklifi fiyatının ödenen en yüksek fiyattan aşağı olamayacağı düzenlenmiştir. Bu durum esasen "eşit işlem" ilkesinin doğal bir sonucudur. Eşit işlem ilkesi uyarınca teklifte bulunan hedef ortaklığın yönetim kontrolü dışında kalan pay sahipleri arasında ayırım yapmamakla yükümlüdür. (Şükrü Yıldız, Anonim Ortaklıkta Pay Sahipleri Açısından Eşit İşlem İlkesi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2004, s.97)

Düzenlemenin karşıt anlamından, teklif fiyatının mevzuat uyarınca belirlenen fiyattan daha yüksek olabileceği anlaşılacakla birlikte, mevzuat uyarınca belirlenen fiyattan daha yüksek bir fiyatla teklif yapma konusunda inisiyatif sahibinin, zorunlu pay alım teklifi yükümlülüğü altında bulunan kişi ya da kişiler olduğu düşünülmektedir. Daha açık bir ifade ile Pay Alım Tebliği'nin 15 inci maddesinde “yüksek fiyattan düşük olamayacağı” ifadesi ile, teklif sahibine çeşitli saiklerle asgari teklif fiyatının üzerinde bir fiyat ile teklif yapma konusunda imkan tanınmıştır.

III. BELİRLENEN TEKLİF FİYATININ FARKLI ÇIKAR GRUPLARI AÇISINDAN ÖNEMİ

Zorunlu pay alım teklifi süreci ana hatlarıyla; pay veya oy hakkının iktisap edilmesi, teklif yükümlülüğünün doğup doğmadığının tespiti, teklif fiyatını da içeren bilgi formunun ilanı ve teklifi kabul eden şirket ortaklarıyla yapılacak olan sözleşme¹¹ süreçlerinden oluşmaktadır. Kanımca, zorunlu pay alım teklifi sürecinin ilk ve en önemli basamağını, daha önce de belirtildiği üzere yükümlülüğün doğup doğmadığının tespiti oluşturmaktadır. Zira yönetim kontrolü kavramı, 6362 sayılı SPKn'nın 26 ncı maddesinin ikinci fıkrası uyarınca “Ortaklığın oy haklarının yüzde ellisinden fazlasına tek başına veya birlikte hareket ettikleri kişilerle beraber, doğrudan veya dolaylı olarak sahip olunması” şeklinde tanımlanmış olup, “birlikte hareket etme” ve “dolaylı sahiplik” kavramlarının tespitinde kimi zaman güçlükler yaşanabilmektedir. Yine yönetim kontrolünün çok kısa süreler içerisinde kaybedilerek yeniden elde edilmesi veya yönetim kontrolünü değiştirecek oranda payın birlikte hareket eden kişiler arasında el değiştirmesi, teklif yükümlülüğünün doğup doğmadığının tespitinde güçlükler yaratabilmektedir.

Zorunlu pay alım teklifi yükümlülüğünün doğmasından sonra ise sürecin en önemli basamağını teklif fiyatı oluşturmaktadır. Pay başına

¹¹ İlan edilecek bilgi formunun kapsamında kalan hususlar (pay alım teklifine konu hedef ortaklığa ilişkin bilgiler, pay alım teklifinde bulunan gerçek/tüzel kişiye ilişkin bilgiler, pay alım teklifine konu paylara ilişkin bilgiler, pay alım teklifi fiyatına ilişkin bilgiler, pay alım teklifinin başlangıç ve bitiş tarihleri...) nedeniyle, kurulmak istenen sözleşmenin bütün esaslı noktalarının kapsanması şartı sağlanmış olmaktadır. (İsmail Türkyılmaz, Sermaye Piyasası Hukukunda Pay Alım Teklifi Zorunluluğu, XII Levha Yayıncılık, İstanbul 2015, s.16.)

önerilen bedelin, hedef ortaklık paylarının piyasa fiyatının üzerinde prim içermesi zorunlu olup, bu sayede hedef şirket ortağı payını piyasada satmak yerine, teklif çerçevesinde teklif sahibine satmaya ikna edilebilecektir.¹² Ancak bulunması gereken primin miktarı, teklif sürecini etkileyebilecek hususların başında gelmektedir. Bununla birlikte teklif fiyatındaki küçük değişiklikler farklı çıkar gruplarını doğrudan etkilemekte olduğundan, zorunlu pay alım teklifi fiyatının adil ve dürüst bir biçimde belirlenmesi büyük önem taşımaktadır.

Teklif fiyatının düşük tutulmasının şirket yönetim kontrolünü elde etmiş olan kişi ya da kişilerin katlanmak zorunda kalacakları maliyeti düşürerek devralmayı kolaylaştırıcı etki yapacağı şüphesizdir. Buna karşın, teklif fiyatının yüksek tutulması paylarını hâkim ortağa satarak ortaklıktan ayrılmak isteyen yatırımcıların kârlı bir şekilde ortaklıktan ayrılabilmesini sağlayacaktır. Hatta bu noktada, teklif fiyatının önceden esas sözleşme ile yükseltilebilmesi halinde, şirketin mevcut yönetim kontrolünün, esas sözleşmeyi değiştirme yetkisi kullanılarak sağlanmıştır olduğu da söylenebilir. Dolayısıyla, teklif fiyatının esas sözleşme ile yükseltilmesinden, devralma işlemi öncesindeki mevcut hâkim ortakların ve pay alım teklifi muhatabı olan küçük yatırımcıların doğrudan fayda sağlayacağı açıktır.

Diğer taraftan, teklif fiyatının küçük yatırımcılar açısından büyük öneme sahip olduğu açık olmakla birlikte, zorunlu pay alım teklifi fiyatının belirlenmesinde yalnızca küçük yatırımcıların çıkarlarının göz önünde bulundurulması yeterli değildir. Zira zorunlu pay alım teklifi hükümleri, küçük yatırımcıların haklarını koruma amacına hizmet ettiği kadar, şirket çıkarlarını da koruma amacını gütmektedir. Gerçekten de hâkim ortak yönetim kontrolünü elde etmek için katlanmak zorunda kaldığı maliyet kadar, şirketten en kısa zamanda kar elde etmek isteyebilecek ve şirketin uzun vadedeki çıkarlarını göz ardı edebilecektir. Dolayısıyla, zorunlu pay alım teklifi fiyatının yüksek tutulması, küçük yatırımcı bakımından lehe bir durum yaratırken, devralma maliyetini artıracığı için hedef ortaklık bakımından olumsuz bir durum oluşturmaktadır.¹³ Yine aynı şekilde zorunlu pay alım teklifinin muh-

¹² Çağlar Manavgat, Aleni Pay Alım Teklifi, Sermaye Piyasası Kurulu, Ankara 1997, s.64.

¹³ Edmund-Philipp Schuster, "The Mandatory Bid Rule: Efficient, After All?", *The Modern Law Review*, Volume 76, May 2013, s.529-563

temel devralmaların önüne geçerek, kontrol dışında kalan yatırımcıların elinde tuttuğu hisselerin değerini artırdığı için, yatırımcıların söz konusu hisseler için daha yüksek miktarda ödeme yapmak zorunda kaldığı ve bu durumun da ortaklığın öz kaynak maliyetini düşürücü bir etkiye dönüştüğü doktrinde savunulmaktadır.¹⁴

Benzer şekilde, teklif fiyatının belirlenmesi süreçleri, birikimlerin sermaye piyasalarına aktarılması anlamına gelen devralmaları doğrudan etkileyeceği için ülke ekonomisi için oldukça önemlidir. Zira fiyatın devralmayı güçleştirecek şekilde belirlenmesi, şirket yönetim kontrolünü devralacak olan kişinin sermayesini yatırım yerine başka alanlarda değerlendirmesine sebep olabilecek, büyük resimde ülke sermaye yatırımından mahrum kalabilecektir.¹⁵ Bu durumun ise SPK'nin nihai amaçlarından biri olan “*sermaye piyasalarının gelişimi*”¹⁶ ile çelişki yaratacağı açıktır.

Sonuç olarak, zorunlu pay alım teklifi fiyatının belirlenmesinde yalnızca küçük yatırımcıların göz önünde bulundurulmasının yeterli olmadığı düşünülmekte olup aksine, söz konusu teklif fiyatının adil biçimde belirlenmesi; küçük yatırımcılar, teklifte bulunan ve ülke ekonomisi yönünden önem arz etmektedir.¹⁷ Nitekim, teklif fiyatı belirlenirken esas alınan yöntemleri içeren zorunlu pay alım teklifi hükümleri, sözü edilen çıkar grupları arasındaki optimum noktanın gözetilmesi sonucunda ihdas edilmiştir.

IV. TEKLİF FİYATININ ESAS SÖZLEŞME İLE BELİRLENMESİ

Öncelikle belirtmek gerekir ki; şirket esas sözleşmesi ile mevzuat uyarınca belirlenen zorunlu pay alım teklifi fiyatının artırılmasının ya da azaltılmasının, aşağıda açıklanan nedenlerle mümkün olmadığı, şirket esas sözleşmesine bu yönde bir hüküm bir şekilde eklenmiş

¹⁴ Simone Sepe, “Private Sale Of Corporate Control: Why the European Mandatory Bid Rule is Inefficient”, Arizona Legal Studies, Discussion Paper No:10-29, The University of Arizona, James E. Rogers College of Law, August 2010, s.28.

¹⁵ İlhan Dinç, Sermaye Piyasası Hukukunda Çağrı Yoluyla Hisse Senedi Toplanması, Legal Yayınevi, İstanbul 2006, s.108.

¹⁶ 6362 sayılı SPK'nın m.1: “Bu Kanunun amacı; sermaye piyasasının güvenilir, şeffaf, etkin, istikrarlı, adil ve rekabetçi bir ortamda işleyişinin ve gelişmesinin sağlanması, yatırımcıların hak ve menfaatlerinin korunması için sermaye piyasasının düzenlenmesi ve denetlenmesidir.”

¹⁷ İsmail Türkyılmaz, s.142.

olması halinde dahi bağlayıcılık taşımayacağı değerlendirilmektedir. Söz konusu kanaatin sebeplerini; şirket esas sözleşmesinin içeriğine ilişkin kanuni sınırlamalardan kaynaklananlar; zorunlu pay alım teklifi hükümlerinin mahiyetinden kaynaklananlar ve şirket esas sözleşmesinin etki alanındaki kişilerden kaynaklananlar olarak üç grup altında ele almak mümkündür.

A. Şirket Esas Sözleşmesinin İçeriğine İlişkin Kanuni Sınırlamadan Kaynaklanan Sebepler

Esas sözleşme, şirket tüzel kişisinin anayasası olup, şirketin iç ve dış ilişkileri ile pay sahiplerinin şirkete ve birbirlerine karşı hak, yetki ve yükümlülüklerini düzenleyen, şekle tabi, katılıma açık bir sözleşmedir.¹⁸ Esas sözleşme, kuruculara ve şirkete sonradan ortak olan diğer ortaklara serbestçe düzenlenebilir bir alan sağlamakta ve esas sözleşme yolu ile kanunun emredici hükümlerine aykırı olmamak şartıyla, kendi kurallarını serbestçe belirleme imkânı vermektedir. Buna karşın, esas sözleşme şirket ortaklarına sınırsız bir düzenleme alanı tanımamaktadır. Gerçekten de, esas sözleşmenin içeriğine ilişkin en önemli sınırlama, TTK'nın "Emredici hükümler" başlıklı 340 ıncı maddesidir. Bu düzenlemeye göre; "Esas sözleşme, bu Kanunun anonim şirketlere ilişkin hükümlerinden ancak Kanunda buna açıkça izin verilmişse sapabilir. Diğer kanunların, öngörülmesine izin verdiği tamamlayıcı esas sözleşme hükümleri o kanuna özgülenmiş olarak hüküm doğururlar." Dolayısıyla, anılan hüküm gereğince emredici hükümler ilkesine aykırı bir hüküm esas sözleşmeye konulamamaktadır.¹⁹ Bu ilkenin kabulü ile şirket kurucu ve pay sahiplerinin esas sözleşme düzenleme serbestisi büyük ölçüde sınırlandırılmış olmakta,²⁰ esas sözleşme hükümlerini belirleme konusunda söz sahibi olmayan ancak esas sözleşmeden etkilenen kişilere yönelik hukuki bir koruma getirilmektedir.

¹⁸ Erdoğan Moroğlu, "Anonim Ortaklık Ana Sözleşmesi ve Hukuki Niteliği", Prof Dr. M. Kemal Oğuzman Anısına Armağan, İstanbul 2000, s.515

¹⁹ Hasan Pulaşlı, Şirketler Hukuku Şerhi, Adalet Yayınevi, 2. Baskı, Ankara 2015, Cilt II, s.1739. N. 9.

²⁰ Rauf Karasu, Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi, Marmara Üniversitesi E-Dergi, Ankara 2009, s.28.

Yukarıda yer verilen TTK m. 340 anlamında emredici hükmün tespitinde, hükmün özüne bakılması gerektiğini ileri süren görüşler²¹ de olmakla birlikte, TTK m. 340 hükmünün özel bir düzenleme öngördüğü dikkate alınarak, emredici hükmün tespitinde “şekli” kriterin esas alınması gerektiği görüşü²² ağırlık kazanmaktadır. Zira TTK 340 özel bir düzenleme niteliğini taşıdığından, hükmün esasından hareketle emredici olup olmadığının tespiti, TTK m. 340 gibi özel düzenleme bulunmadığında izlenecek genel yöntemdir.²³ TTK m. 340’daki düzenlemede yer alan “açıkça” ifadesi ve hükmün gerekçesinde belirtilen “sözleşme hükümlerinin geçerliliğine ilişkin davaların azaltılma” amacı göz önünde bulundurularak, emredici hükümlerin esasa ilişkin tartışmalardan soyutlanarak şekli bir kriterle belirlenmesi gerekmektedir.²⁴ Daha açık bir ifade ile esas sözleşme ile farklı bir düzenlemeye gidilebilmesi ancak bu imkânın kanunda ayrıca ve açıkça belirtilmesi ile mümkün olabilmektedir. Aksi takdirde anonim şirketin temel yapısına aykırı olan esas sözleşme hükümleri de, aynen genel kurul kararları gibi batıldır.²⁵

Zorunlu pay alım teklifi yükümlülüğü yalnızca halka açık şirketleri kapsadığından, yukarıda yer verilen TTK’nın “Emredici hükümler” başlıklı 340 ıncı maddesinin, 6362 sayılı SPKn’na tabi halka açık şirketler bakımından geçerli olup olmadığı sorusu akıllara gelebilir. Ancak TTK’nın “Özel kanunlara bağlı anonim şirketler” başlıklı 330

²¹ Doktrinde anonim şirketlere ilişkin bir hükmün aksinin şirket esas sözleşmesiyle düzenlenmesine izin verilip verilmediğinin tespitinde sadece hükmün lafzına değil, özüne de bakılması ve hükmün özünüyle sözünün uyumsuz olması halinde özünün dikkate alınması gerektiğini ifade eden görüşler de mevcuttur. (Karasu s.27-Pulaşlı, C I, Nr.25) Diğer taraftan hükmün sadece lafzının esas alınması gerektiği ve hükmün gerekçesiyle çelişki içerisinde olduğuna yönelik görüşler de doktrinde yer almaktadır. Zira madde metninde “açıkça” izin verilme şartının aranmasına rağmen, gerekçede maddenin lafzından sapabilme imkânının açıkça anlaşılmadığı durumlarda yorum yapılabileceğinin belirtilmesi çelişkilidir. (Mehmet Bahtiyar, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’nın Dili ile Bazı Hükümlerinin Değerlendirilmesi, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Y.18, S.61, Kasım-Aralık 2005, s.17 - Mehmet Bahtiyar, *Ortaklıklar Hukuku*, Beta Yayınevi, 7. Baskı, İstanbul 2012, s.109.)

²² İsmail Kırca/Feyzan Hayal Şehirli Çelik/Çağlar Manavgat, *Anonim Şirketler Hukuku*, Bankacılık Enstitüsü Yayınları, Ankara 2013, C.I, s.160.

²³ Kırca/Şehirli Çelik/Manavgat, s.160.

²⁴ Kırca/Şehirli Çelik/Manavgat, s.162.

²⁵ Hasan Pulaşlı, Cilt I, s.621.

uncu maddesi²⁶ ve 6362 sayılı SPK'nun "Kapsam" başlıklı ikinci maddesinin ikinci fıkrasının²⁷ doğal bir sonucu olarak emredici hükümler kuralının halka açık anonim şirketler açısından da uygulanacağına tereddüt bulunmamaktadır.²⁸

Dolayısıyla emredici hükümler ilkesinin varlığı karşısında, şirket esas sözleşmesine zorunlu pay alım teklifi fiyatında değişikliğe giden bir hükmün eklenebilmesinin, ancak buna açıkça izin veren bir düzenleme sonucunda mümkün olabileceği söylenebilir. Ancak, ne genel kanun niteliğindeki TTK'da ne de özel kanun niteliğindeki 6362 sayılı SPK'da, teklif fiyatı konusunda şirket esas sözleşmesi ile farklı bir düzenlemeye gidilebileceğine ilişkin hüküm bulunmadığından, şirket esas sözleşmesine bu doğrultuda bir hükmün konulmasının mümkün olmadığı değerlendirilmektedir.

B. Zorunlu Pay Alım Teklifi Hükümlerinin Mahiyetinden Kaynaklanan Sebepler

Teklif fiyatının belirlenmesine ilişkin esas sözleşme hükmünün hukuka aykırılığının başka bir nedenini de, zorunlu pay alım teklifi-ne ilişkin düzenlemelerin mahiyeti oluşturmaktadır. Zira zorunlu pay alım teklifi yükümlüsü, teklifini kabul eden diğer pay sahipleri ile payın devri konusunda sözleşme yapma konusunda kanuni bir yükümlülük altına girmekte olup, bu durum ise akla ilk olarak Anayasa'nın 48 inci maddesinin birinci fıkrası ile²⁹ koruma altına alınmış olan "sözleşme özgürlüğü" kavramını getirmektedir. Gerçekten de anılan yükümlülüğün sözleşme hürriyeti ile bağdaşmaz bir yanı olduğu açıktır.

²⁶ TTK m. 331: "Özel kanunlara tabi anonim şirketlere, özel hükümler dışında bu kısım hükümleri uygulanır."

²⁷ 6362 sayılı SPK'nın m.2/2: "Bu Kanunda ve bu Kanuna dayanılarak yürürlüğe konulan ikincil mevzuatta hüküm bulunmayan ve diğer kanunlarda bu Kanunun uygulanmayacağına belirtilmediği hâllerde genel hükümler uygulanır."

²⁸ Emredici hükümler ilkesinin, halka açık anonim şirketlerdeki işlevine bakıldığında, bu ilke anonim şirket esas sözleşmesine asgari bir standart getirdiğinden, sermaye piyasası aktörlerinin halka açık şirketin sözleşmesini inceleme külfeti ortadan kalkmış olmaktadır. Bir halka açık anonim şirkette pay sahibi olmak isteyen kişilerin, bu şirketin organizasyon yapısını, organların birbirleriyle olan ilişkileri ve karar alma süreçlerini ve pay sahiplerinin asgari hangi haklara sahip olduklarını önceden bilmeleri, bu şirketler dolayısıyla sermaye piyasasına olan güveni artırmaktadır. (Karasu, s.88-89.)

²⁹ T.C. Anayasa m. 48/1: "Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir."

Farklı bir ifade ile anılan yükümlülük ile ortaklığın yönetim kontrolünü elde eden kişiye, teklifi kabul eden diğer ortaklar ile pay iktisabı konusunda sözleşme yapma mecburiyeti getirilmekte olduğundan, zorunlu pay alım teklifi, hedef ortaklıkta yönetim kontrolünü ele geçirmek isteyen kişi açısından sözleşme özgürlüğünün bir istisnasını oluşturmaktadır.³⁰ Doktrinde, zorunlu pay alım teklifinin, sözleşme yapıp yapmama hususunun yanı sıra sözleşme içeriğini (fiyat, ödeme şekli vb.) belirleme, sözleşmenin tarafını serbestçe belirleme hususları bakımından da sözleşme özgürlüğünün istisnasını teşkil ettiği ifade edilmektedir.³¹

Görüldüğü üzere zorunlu pay alım teklifine ilişkin düzenlemelerin mahiyetinden kaynaklanan sebeplerin başında, anılan hükümlerin istisnai niteliği gelmektedir. Zorunlu pay alım teklifinin istisnai bir düzenleme olmasının en önemli sonucu ise yorum yapılırken “*istisnalar dar yorumlanır*” ilkesine bağlı kalınmasının gerekli olmasıdır.³²

Zorunlu pay alım teklifi fiyatının esas sözleşme ile artırılması durumu ise, hali hazırda istisnai bir düzenlemenin genişletilmesi anlamına gelmektedir. Zira teklifi kabul edenlerle yapılacak sözleşmenin esaslı unsurlarından biri olan fiyat artırılarak, teklif yükümlülüğü altında bulunan kişinin katlanmak zorunda kalacağı ek maliyet oluşturulmaktadır. Dolayısıyla istisnaların dar yorumlanması gerektiğine ilişkin temel ilkenin ihlali anlamına gelecek olan bu hükmün hukuki geçerliliği bulunmayacaktır. Nitekim zorunlu pay alım teklifi fiyatının belirlenmesine ilişkin hükümler teklif sahibine bir yükümlülük yüklediği kadar, maliyetin önceden belirlenebilmesi açısından bir güvence de tanımaktadır.

Zorunlu pay alım teklifine ilişkin düzenlemelerin mahiyetinden kaynaklanan sebeplerden bir diğeri ise, zorunlu pay alım teklifi hükümlerinin emredici ve kamusal nitelik taşımasıdır. Gerçekten de çalışmamızın başında ifade edildiği üzere, zorunlu pay alım teklifi fiyatını belirleyen hükümler farklı çıkar grupları arasında optimum

³⁰ Kolcuoğlu, s.17; Ali Paşlı, Anonim Ortaklığın Devralınması, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2009, s.422.

³¹ İsmail Türkyılmaz, Sermaye Piyasası Hukukunda Pay Alım Teklifi Zorunluluğu, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2015, s.32.

³² Türkyılmaz, s.32

noktayı gözeten yöntemleri içermekte olduğundan, bu yönüyle kamu-sallığı haiz, emredici bir nitelik taşımaktadır. Zira zorunlu pay alım teklifi hükümleri, küçük yatırımcıların korunması ile ortaklık kontrolü için mücadele edilebilirlik arasındaki mevcut dengenin gözetilmesi sonucunda tanzim edilmiştir. Nitekim teklif fiyatının belirlenmesi sürecinde, söz edilen dengeyi bozacak şekilde farklı çıkar gruplarının birbirini zorlamasının hukuken mümkün olmadığı düşünülmektedir.

Benzer şekilde, doktrinde zorunlu pay alım teklifini doğuracak yönetim kontrolü oranının da³³, şirket esas sözleşmesi ile değiştirilmesinin mümkün olmadığı değerlendirilmektedir. Nitekim yönetim kontrolü oranını yüzde ellinin üzerine çeken bir esas sözleşme hükümünün, zorunlu pay alım teklifinin uygulama alanını daraltacağı ve küçük yatırımcının korunmasını engelleyeceği kabul edilmektedir.³⁴ Bunun yanında kontrol oranının çok düşük tutulması ise olası şirket devralmaları üzerinde oluşturacağı ek maliyet nedeniyle, ortaklıklar açısından olumlu bir durum olarak kabul edilen şirket devralmalarını azaltıcı bir etki yapabilecektir.³⁵ Dolayısıyla teklif fiyatının yükümlülük doğmadan önce artırılması veya azaltılmasının da zorunlu pay alım teklifi hükümlerinin uygulama alanını doğrudan etkileyeceği şüphesizdir.

Diğer taraftan teklif fiyatının artırılamayacağına ilişkin açıklamalarımız, teklif fiyatının belirlenmesi sürecindeki “en yüksek fiyattan düşük olamama” kuralını akıllara getirebilir. Gerçekten de Pay Alım Tebliği'nin 15 inci maddesi uyarınca, şirket paylarının borsada işlem görmesi, şirketin yönetim kontrolünde dolaylı bir değişiklik olması ve şirket sermayesini temsil eden birden fazla pay grubu olması hallerinin tamamında “en yüksek fiyattan düşük olamama” kuralı geçerlidir. Daha açık bir ifade ile teklif fiyatına ilişkin düzenlemede katı bir fiyat belirleme yöntemi öngörülmemiş, sadece alt sınır çizilmekle yeti-

³³ Söz konusu oran 2499 sayılı SPKn döneminde çıkarılan Seri IV, No:8 sayılı tebliğin ilk halinde %35 iken, daha sonra yapılan değişiklikle %25'e indirilmiştir. Aynı kanun döneminde daha sonra yürürlüğe giren Seri:IV, No:44 sayılı Tebliğ'de ise anılan oran %50 olarak belirlenmiş, 6362 sayılı SPKn'de ise %50'den fazlası olarak zikredilmiştir.

³⁴ Türkyılmaz, s.55.

³⁵ Wang Ying /Henry Lahr, Takeover Regulation to Protect Shareholders, European Financial Management Association, January 2015, s.12 ve s.31.

nilmiştir. Nitekim hükmün lafzından da anlaşılabilceği üzere teklifi fiyatı, ilgili hükümler uyarınca tespit edilen fiyatın aşağısında belirlenememesine karşın, anılan fiyatın üzerinde belirlenebilmesi mümkündür. Fakat önemle belirtmek gerekir ki; teklif fiyatını daha yüksek belirleme yetkisi şirketin eski hâkim ortağına veya teklifin muhatabı olan ortaklara değil, bizzat teklif sahibine ait olup, teklif sahibi bu yetkisini çeşitli saiklerle kullanabilecektir. Dolayısıyla “en yüksek fiyattan düşük olamama” kuralı, esas sözleşme yardımıyla fiyatı artırma konusunda teklif sahibini zorlama imkânı tanımamaktadır.

Özetle; teklif muhatabı paydaşların veya şirketin eski hâkim ortağının, kamusal niteliği dolayısıyla emredici hükümler karşısında, teklif fiyatını yükseltme konusunda yetkisi bulunmamaktadır. Bu nedenle, teklif sahibinin fiyatın artırılması konusunda zorlanması anlamına gelecek olan herhangi bir hükmün, esas sözleşmeye konulması mümkün değildir.

C. Şirket Esas Sözleşmesinin Etki Alanındaki Kişilerden Kaynaklanan Sebepler

Zorunlu pay alım teklifi fiyatının şirket esas sözleşmesi ile önceden belirlenip belirlenemeyeceği hakkında bir sonuca varabilmek için, böyle bir hükümden etkilenmesi olası kişiler açısından da konunun irdelenmesi gerekir. Esas sözleşmeye “*mevzuat uyarınca belirlenen zorunlu pay alım teklifi fiyatının 3 katının esas alınacağı*” yolunda bir hüküm konulması ve yönetim kontrolünün el değiştireceği varsayımında, söz konusu hükmün iki farklı taraf açısından ek külfet öngördüğü söylenebilir; şirket ortağı sıfatıyla yönetim kontrolünü elde eden kişiler ve şirket ortağı olmaksızın yönetim kontrolünü elde eden kişiler. Zira Pay Alım Tebliği'nin 11 inci maddesi uyarınca halka açık bir şirketin “*tek başına veya birlikte hareket ettikleri kişilerle beraber, doğrudan veya dolaylı olarak bir ortaklığın yönetim kontrolünü sağlayan paylarını veya oy haklarını*” iktisap etmek, pay alım teklifi zorunluluğunun doğması için yeterlidir. Bu doğrultuda şirket ortağı sıfatıyla yönetim kontrolünü elde eden kişilerin ve şirket ortağı olmaksızın yönetim kontrolünü elde edecek kişilerin, teklif fiyatını yükselten bir esas sözleşme hükmü karşısındaki durumunun ayrı ayrı ele alınması yerinde olacaktır.

1. Şirket Ortağı Sıfatıyla Yönetim Kontrolünü Elde Eden Kişiler Açısından

Zorunlu pay alım teklifini düzenleyen hükümlerden görülebileceği üzere, pay alım teklifi zorunluluğu, yönetim kontrolünü elde edecek orandaki pay iktisabıyla şirket ortağı haline gelmiş olan veya hâlihazırda pay miktarını artırarak yönetim kontrolünü elde etmiş olan kişilere de uygulanabildiğinden, şirket ortakları için öngörülebilecek yükümlülüklerin ele alınması doğru olacaktır. Zira teklif fiyatının artırılması, aynı zamanda yönetim kontrolünü elde edecek şirket ortağına teklif süreci içerisinde ek bir yükümlülük getirileceği anlamını ifade etmektedir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki; TTK'nın 480 inci maddesinin birinci fıkrasında yer alan; *"Kanunda öngörülen istisnalar dışında, esas sözleşmeyle pay sahibine, pay bedelini veya payın itibari değerini aşan primi ifa dışında borç³⁶ yükletilemez"* hükmü gereği, şirket ortaklarına getirilebilecek yükümlülükler oldukça sınırlıdır. Anılan maddede düzenlenen hüküm tek borç ilkesi olarak adlandırılmakta olup, anonim şirketlerde pay sahibine sermaye borcu dışında ek bir yükümlülük yüklenemeyeceği gibi, rızası dışında taahhüdünü ve sorumluluğunu artırmaya zorlanamaz. Bu husus TTK'nın 329 uncu maddesinin ikinci fıkrasında da yer alan *"Pay sahipleri, sadece taahhüt etmiş oldukları sermaye payları ile ve şirkete karşı sorumludur"* şeklinde hüküm altına alınmıştır. Dolayısıyla kural olarak, sermaye koyma borcu, prim (agio) ve TTK m. 480/3 hükmü anlamındaki yükümlülük dışında pay sahibine esas sözleşmeyle başkaca bir yükümlülük getirilemez. Bu nedenle, **doktrinde pay sahibine sermaye koyma borcu dışında ek yükümlülük getirilmesi sebebiyle, zorunlu pay alım teklifinin tek borç ilkesinin de bir istisnasını oluşturduğu ifade edilmektedir.**³⁷

Diğer taraftan, esas sözleşmede sermaye borcu dışında diğer ek borçların yer alabilmesi, pay satın alacak kişilerin her bir pay ile ilgili şirket esas sözleşmesini detaylı olarak incelemesini gerektirir ki, bu

³⁶ Madde gerekçesinde de borç kelimesinin kasıtlı olarak tercih edildiği ve geniş anlam taşıdığı açıkça ifade edilmiştir.

³⁷ Pulaşlı, Cilt II, s.1527, N. 16; Mustafa Çeker, Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Pay Sahiplerinin Şirketten Çıkma Hakkı, *Batider*, C.XXIII, Haziran 2005, S.1; Abuzer Kendigelen, "Zorunlu Çağrıya İlişkin Son Gelişmeler", *Prof. Dr. Rona Serazan'a Armağan*, C.II, İstanbul 2010, s.1201.

da payın tedavül kabiliyetini sekteye uğratır. Bu nedenle, esas sözleşmede yazılı da olsa sermaye borcunun dışında herhangi ek bir borç beklenmedik yüküm sayılır. Tek borç ilkesinin ratio legis'i, pay sahibinin ileride beklenmedik yüklerle karşılaşmasını engellemek olmakla birlikte, bu durum, sermaye dışı çeşitli borç ve yükümlülüklerin esas sözleşmeye serbestçe konulabileceği sonucunu doğurmaz, özellikle borcun esas sözleşmede yazılı olması sebebiyle belirli olduğu ve pay sahibinin payı devralmakla esas sözleşme hükümlerini kabul etmiş olduğu söylenemez. Bu nedenle esas sözleşmede sınırları belirli de olsa ek borçlar öngörülemez ve öngörülmüşse de bunların payı devralan her kişi tarafından üstlenilmiş olduğu kabul edilemez.³⁸

Yukarıdaki açıklamalar çerçevesinde, teklif fiyatının esas sözleşmeye konulan hükümle artırılması işlemi, yönetim kontrolünü elde eden paydaşın kontrol maliyetini artıracaktır. Paydaşa yönelik ek külfet getirilmesi anlamını taşıyan bu durum ise, tek borç ilkesine ilişkin istisnanın genişletilmesi anlamına gelecektir. Ancak istisnaların dar yorumlanması gerektiği kuralı karşısında, anonim şirket ortakları için geçerli olan tek borç ilkesini ihlal edecek nitelikte, zorunlu pay alım teklifinin maliyetini artıracak hükümlerin esas sözleşmeye konulamayacağı düşünülmektedir. Böyle bir hükmün bir şekilde esas sözleşmeye konulması halinde ise beklenmedik yüküm niteliğindeki bu düzenlemenin, şirket ortakları için bağlayıcı olamayacağı kanaatindeyim.

2. Şirket Ortağı Olmaksızın Yönetim Kontrolünü Elde Eden Kişiler Açısından

Daha önce de belirtildiği üzere, yönetim kontrolünün elde edilmesi yalnızca pay iktisabına bağlı olmadığından, teklif yükümlülüğünün tek muhatabı şirket ortağı sıfatına sahip kişiler değildir. Zira pay üzerinde intifa hakkı tesis edilmek suretiyle, herhangi bir pay iktisabı olmaksızın, yalnızca yönetim kontrolünü sağlamaya yetecek oranda oy haklarını iktisap eden kişi de pay alım teklifinde bulunmak zorundadır.³⁹ Benzer şekilde yönetim kontrolünü sağlayacak paylara "*dolaylı olarak sahip olunması*" halinde de, dolaylı kontrolü elde eden kişi hedef

³⁸ Gül Okutan Nilsson, Anonim Ortaklıklarda Paysahipleri Sözleşmeleri, Çağa Hukuk Vakfı Yayınları, İstanbul 2004, s. 25-27.

³⁹ Türkyılmaz, s.7.

ortaklık paydaşı olmayabilir. Bu durumda ise, esas sözleşmenin şirket ortağı dahi bulunmayan kişilere yönelik öngördüğü düzenlemenin, bu kişiler açısından bağlayıcı olup olmadığı hususunun irdelenmesi gerekmektedir.

Esas sözleşme, kurucular dışında ortaklığa sonradan katılmış ve katılacak olan pay sahipleri ve alacaklılar bakımından da uygulama alanı bulur ve bu anlamda belirsiz bir topluluğa yönelmektedir.⁴⁰ Bu sayede şirket belirli sınırlar çerçevesinde kendi kurallarını serbestçe belirleme imkânına kavuşmaktadır. Esas sözleşmeye konulan hükümler, pay sahipleri arasında yapılan sözleşmelerin aksine, mevcut pay sahiplerine benzer şekilde şirkette sonradan pay sahibi olan kişileri de bağlar. Gerçekten de esas sözleşmenin tescilinin ilanı ile birlikte, anonim şirketin organlarını, karar alma ve icra esaslarını, ortakların şirketle ilişkilerini düzenleyen bir anonim şirket esas sözleşmesi haline geleceği gibi, TTK m. 354/1 hükmünde⁴¹ sayılan esas sözleşme içeriği, üçüncü kişiler için hüküm doğuran nesnel kural niteliğini kazanır.⁴²

Dolayısıyla esas sözleşmenin, şirket ortağı bulunmayan kişiler üzerinde de etki doğuran kuralları barındırması mümkündür. Ancak teklif fiyatının önceden belirlenmesine ilişkin hükmün esas sözleşmeye konulmasının kanuni temeli bulunmadığı gibi, TTK m. 354/1 hükmü gereği esas sözleşmede bulunması gereken asgari içerik arasında

⁴⁰ Okutan Nilsson, s.105.

⁴¹ TTK m. 354/1: "Şirket esas sözleşmesinin tamamı, Gümrük ve Ticaret Bakanlığının izniyle kurulacak olan anonim şirketlerde izin alınmasını, diğer şirketlerde 335 inci maddenin birinci fıkrası uyarınca şirketin kuruluşunu izleyen otuz gün içinde şirketin merkezinin bulunduğu yer ticaret siciline tescil ve Türkiye Ticaret Sicili Gazetesinde ilan olunur. Tescil ve ilan olunan esas sözleşmeye, aşağıda sayılanlar dışında, 36 ncı maddenin birinci fıkrası hükmü uygulanmaz. Bu hususlar şunlardır:

a) Esas sözleşmenin tarihi.
 b) Şirketin ticaret unvanı ve merkezi.
 c) Şirketin, varsa süresi.
 d) Şirketin sermayesi, ödenmesinin şekil ve şartları ile payların itibarı değerleri, varsa imtiyazlar.
 e) Pay senetlerinin türleri, hamiline veya nama yazılı oldukları.
 f) Şirketin nasıl temsil olunacağı.
 g) Yönetim Kurulu üyeleriyle şirketi temsile yetkili kimselerin ad ve soyadları, unvanları, yerleşme yerleri ve vatandaşlıkları.
 h) Şirketin yapacağı ilanların şekli; esas sözleşmede buna ilişkin hüküm bulunduğu takdirde, yönetim kurulu kararlarının pay sahiplerine nasıl bildirileceği."

⁴² Moroğlu, s.523.

da böyle bir düzenleme yer almamaktadır. Dolayısıyla, şirket ortağı için beklenmedik bir yüküm niteliğindeki bu sözleşme hükmünün, şirket ortağı dahi bulunmayan kişi için bağlayıcılık teşkil etmesi evle-yiyetle mümkün değildir. Zira esas sözleşmenin kapsamakla yükümlü olduğu asgari içerik dışındaki hükümlerle, üçüncü kişileri etkileyen hükümler getirilmesi halinde, bu hükümler tescil edilmiş olmalarına rağmen, üçüncü kişilerce biliniyor kabul edilemez.⁴³ Böyle bir durumda, esas sözleşmenin tescil edildiği ticaret sicilinin, olumlu etkiyi haiz olduğundan da bahsedilemeyecek ve teklif fiyatının önceden belirlenmesine ilişkin bir esas sözleşme hükmü, yönetim kontrolünü elde eden şirket ortakları karşısındaki durumuna benzer şekilde, şirket ortağı olmaksızın yönetim kontrolünü elde edecek kişiler için de geçerli olmayacaktır.

V. MEVCUT HÂKİMİYETİN SAĞLAMLAŞTIRILMASINA YÖNELİK ÇÖZÜM ÖNERİLERİ

Yönetimde kontrolü el değiştirmeden önce zorunlu pay alım teklifi fiyatının esas sözleşme ile artırılması, yönetim kontrolünün el değiştirmesini zorlaştıracığından, bu fikir ağırlıklı olarak mevcut hâkim ortağın hakimiyetini koruma altına alma çabası olarak değerlendirilebilir.

Bu çerçevede, hâkimiyetin sağlamaştırılmasına yönelik birçok yöntem bulunmakta olup, bunlardan bir ya da bir kaçına başvurulması da yönetim kontrolünün mevcut sahibi tarafından göz önünde bulundurulabilmektedir. Örneğin, şirket yöneticilerinin değiştirilmesini güçleştiren hükümlerin esas sözleşmeye konulması, ortaklıkta belirli bir oranın üzerinde pay sahibi olanlar tarafından tasarlanan işlemler için genel kurulda ağırlaştırılmış toplantı ve karar nisabı öngörülmesi, oy hakkında imtiyazlı pay ihracı, yönetime sadık pay sahipliği kitlesinin oluşturulabilmesini teminen şirket çalışanları için pay fonları kurulması, pay devri kısıtlamaları, birikimli oy kullanma hakkı veren hükümlerin esas sözleşme ile öngörülmesi, yöneticilere görevden ayrılma tazminatı ödenmesini öngören sözleşmeler, kontrol değişikliğine bağlı olarak çalışanlar için kurulmuş fonlardan dağıtım yapılacağıının

⁴³ Ünal Tekinalp, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2015, s.172.

öngörülmesi, önceden öngörüülecek durumlarda mevcut ortaklara yeni pay alma veya payı borçlanma senedi ile değiştirme hakkı tanınması gibi yöntemler, zorunlu pay alım teklifi yükümlülüğü doğmadan önce mevcut hakim ortağın yönetim kontrolünü sağlamlaştırmaya yönelik tedbirlerden bazılarıdır.⁴⁴

VI. SONUÇ

Zorunlu pay alım teklifi fiyatının belirlenmesine ilişkin hükümler, yalnızca küçük yatırımcılar değil, aksine küçük yatırımcılar ile birlikte teklif sahibi, ülke ekonomisi ve şirketin geleceği gibi unsurlar da göz önünde bulundurulurken ihdas edilmiştir. Teklif fiyatına ilişkin düzenlemelerin kamusal/emredici niteliği ağır bastığından, bu fiyatın esas sözleşme ile önceden belirlenmesi olanaklı değildir. Kaldı ki; zorunlu pay alım teklifi fiyatının önceden değiştirilmesine yönelik bir hüküm, TTK'nın "Emredici hükümler"i düzenleyen 340 ıncı maddesinin varlığı karşısında, esas sözleşmede kendisine yer bulamayacaktır. Nihayet teklif fiyatını artırmaya yönelik bir düzenlemenin, şirketlerin esas sözleşmelerinde var olabildiği kabul edildiğinde, teklif yapılmasını imkânsız hale getirecek fiyatlar şirket esas sözleşmelerinde öngörülebileceğinden, zorunlu pay alım teklifi hükümleri tamamen uygulanamaz hale gelebilecektir.

Bununla birlikte, zorunlu pay alım teklifi hükümleri, teklif yükümlülüğü altında olan kişi açısından sözleşme özgürlüğünün bir istisnasını teşkil ettiğinden, teklif fiyatının esas sözleşme ile artırılması bu istisnanın genişletilmesi anlamına gelecektir. Dolayısıyla ilgili mevzuat uyarınca belirlenen fiyatın, teklif sahibine ek külfet getirecek şekilde önceden belirlenmesi mümkün değildir.

Teklif fiyatının artırılmasına ilişkin hükmün esas sözleşmeye eklenmiş olduğu varsayımında ise, bu hükmün ek külfet öngördüğü her iki gruba da (yönetim kontrolünü elde eden şirket ortakları ve şirket ortağı olmaksızın yönetim kontrolünü elde eden kişiler) uygulanma imkânı bulunmamaktadır. Zira teklif yükümlülüğü sözleşme özgürlüğüne benzer şekilde tek borç ilkesinin de bir istisnası niteliğinde olması sebebiyle, böyle bir düzenleme istisnanın genişletilmesi anla-

⁴⁴ Manavgat, s. 129-156.

mına gelecek ve yönetim kontrolünü elde eden şirket ortağına uygulanamayacaktır. Ayrıca, şirket ortağı olmaksızın yönetim kontrolünü elde eden kişi açısından da böyle bir hükmün olumlu etkiyi haiz ve bağlayıcı olduğu söylenemeyecektir.

Son olarak hatırlatmak gerekir ki, zorunlu pay alım teklifi fiyatının artırılmasına yönelik bir esas sözleşme hükmü fikrinin hâkim ortağın yönetim kontrolünü sağlamlaştırma çabasından kaynaklanması halinde, kullanılabilir farklı enstrümanlar mevcut olup, hâkim ortak tarafından bunlardan bir veya bir kaçına başvurulması göz önünde bulundurulabilir.

Kaynakça

- Adıgüzel Burak, "Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Pay Sahibinin Ayrılma Hakkı" *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.XVIII, S.2, 2014.
- Bahtiyar Mehmet, *Ortaklıklar Hukuku*, Beta Yayınevi, 7. Baskı, İstanbul 2012.
- Bahtiyar Mehmet, "Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nın Dili ile Bazı Hükümlerinin Değerlendirilmesi", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Y.18, S.61, Kasım-Aralık 2005.
- Blackburn Terence, "The Regulation of Market Sweeps in Connection With Tender Offers", *George Washington Law Review*, v.58, No.4, 1990, sh.631.
- Çeker Mustafa, "Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Pay Sahiplerinin Şirketten Çıkma Hakkı", *Batider*, C.XXIII, Haziran 2005.
- Diñç İlhan, *Sermaye Piyasası Hukukunda Çağrı Yoluyla Hisse Senedi Toplanması*, Legal Yayınevi, İstanbul 2006.
- Karasu Rauf, "Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi", *Marmara Üniversitesi E-Dergi*, Ankara 2009.
- Kendigelen Abuzer, "Zorunlu Çağrıya İlişkin Son Gelişmeler", *Prof. Dr. Rona Serazan'a Armağan*, C.II, İstanbul 2010.
- Kırca İsmail/Şehirli Çelik Feyzan Hayal/Manavgat Çağlar, *Anonim Şirketler Hukuku*, Bankacılık Enstitüsü Yayınları, Ankara 2013.
- Kolcuoğlu Umut, *Sermaye Piyasası Hukukunda Zorunlu Çağrı, Yetkin Hukuk*, İstanbul 2009.
- Manavgat Çağlar, *Aleni Pay Alım Teklifi*, Sermaye Piyasası Kurulu Yayını, Ankara 1997.
- Moroğlu Erdoğan, "Anonim Ortaklık Ana Sözleşmesi ve Hukuki Niteliği", *Prof.Dr. M. Kemal Oğuzman Anısına Armağan*, İstanbul 2000.
- Okutan Nilsson Gül, *Anonim Ortaklıklarda Paysahipleri Sözleşmeleri*, Çağa Hukuk Vakfı Yayınları, İstanbul 2004.
- Paslı Ali, *Anonim Ortaklığın Devralınması*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2009.

- Poroy Reha, "Halka Açık Şirketlerde Çağrı Yoluyla Oyda Vekalet veya Hisse Senedi Toplanmasına İlişkin Sorunlar", *Prof. Dr. Hayri Domaniç'e Armağan*, İstanbul 1995.
- Pulaşlı Hasan, *Şirketler Hukuku Şerhi*, Adalet Yayınevi, 2. Baskı, Ankara 2015.
- Schuster Edmund-Philipp, "The Mandatory Bid Rule: Efficient, After All?", *The Modern Law Review*, London 2013.
- Sepe Simone, "Private Sale Of Corporate Control: Why the European Mandatory Bid Rule is Inefficient", *Arizona Legal Studies*, August 2010.
- Tekinalp Ünal, *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2015.
- Türkyılmaz, İsmail, *Sermaye Piyasası Hukukunda Pay Alım Teklifi Zorunluluğu*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2015.
- Yıldız Şükrü, *Anonim Ortaklıkta Pay Sahipleri Açısından Eşit İşlem İlkesi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2004.
- Ying Wang /Lahr Henry, "Takeover Regulation to Protect Shareholders", *European Financial Management Association*, January 2015.

AVUKATLIK MESLEĞİNDE PSİKOLOJİK TACİZ: MOBİNG

PSYCHOLOGICAL HARASSMENT IN THE ADVOCACY PROFESSION: MOBING

Burcu GÖRKEMLİ*

Özet: Yargılama faaliyetinde savunma makamı avukatlar tarafından temsil edilmektedir. Avukatlar mesleki faaliyette bulunurken, meslektaşları ve müvekkileri tarafından baskıya maruz kalabilmektedirler. Hukuka ve ahlaka aykırı psikolojik saldırılar neticesinde, kamu hizmeti veren avukatlar, üstlenmiş oldukları bu önemli vazifeyi layıkıyla yerine getirmekte zorlanmaktadır. Bu süreçte, avukatların bir kısmı mobbingi uygulamakta iken, bir kısmı mobbinge maruz kalmakta, bir kısmı da yapılan mobbinge seyirci olmaktadır. Çalışmamızda avukatlık mesleğindeki mobbing davranışları ve mobbingin avukatlar üzerindeki etkileri üzerinde durulacaktır.

Anahtar Kelimeler: Avukat, Mobbing, Bezdırme, Psikolojik Saldırı, Baskı

Abstract: In judicial activities, the defense is represented by lawyers. When the lawyers make occupational activity, they can be exposed to pressure by colleagues and clients. The lawyers who are providing public service have difficulties to perform this important task adequately because of unlawful and immoral psychological harassment. In this process, while some of the lawyers enforce mobbing, some of them are exposed to mobbing, and some of them remain audience against mobbing. In our study, mobbing in the advocacy profession and the effects of mobbing on the lawyers are examined in detail.

Keywords: Lawyer, Mobbing, Harassment, Psychological Harassment, Impression

* Avukat, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kamu Hukuku Bölümü Doktora Öğrencisi

GİRİŞ

Yargılama işlevinin ayrılmaz parçası olan savunma hakkı adaletin önkoşulu olup, avukatların savunma hakkını kullanmaları, adaletin gerçekleşmesine yardımcı olduğu için kamu yararını da beraberinde getirmektedir. Savunma makamını temsil eden avukat, mesleğini yaparken belli bir görüşü savunmaya veya o görüşten uzak durmaya zorlanamaz.

Avukatlar zaman zaman hem müvekkilleri hem de meslektaşları tarafından baskı ve ayrımcılıklara tabi tutulabilmektedirler. Söz konusu baskılar, ayrımcılıklar, duygusal ve manevi tacizler ve psikolojik şiddetler neticesinde avukatlar, mesleki faaliyetlerini yürütmekte zorlanmakta, yılmakta, yıpranmakta, sindirilmekte ve mobbing mağduru haline gelmektedirler.

Mobbinge konu davranışlar yaşanan somut olaylar bakımından farklılık göstermekte, mobbing faili ve mağdurunun özelliklerine göre değişebilmektedir. Toplumun hemen hemen her kesiminde karşılaşılan mobbing, avukatlar arasında da oldukça sık gözlemlenmektedir. Fazlasıyla stresli bir meslek olan avukatlık, avukatlara uygulanan mobbing sebebiyle daha da yıpratıcı olmakta, avukatı meslek hayatından bezdirmektedir.

Çalışmamızda iş hayatında yapılan ayrımcılık ve mobbing kavramları anlatılarak, avukatlık mesleğinde maruz kalınan mobbing davranışları, süreci, türleri ve mobbingde rol alanlar incelenmek suretiyle, avukatlık mesleğinde maruz kalınan mobbingin bireysel ve örgütsel etkileri ayrıntılı bir şekilde ele alınmıştır.

I. İş Hayatında Yapılan Ayrımcılık

Ayrımcılık kavramı, *“Belli insan öbeklerinin ayrımlaşmasını bilinçli bir biçimde gerçekleştirmeyi amaçlayan bir yöneltinin benimsenmesi”*¹ şeklinde tanımlanmıştır. Bir başka tanımda ayrımcılık kavramı, *“Bir gruba veya grubun üyelerine karşı önyargılardan beslenen olumsuz tutum ve davranışlarının tümüyle ilgili bir süreç”*² olarak ifade edilmiştir.

¹ Türk Dil Kurumu Sözlüğü, (http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.575098ca6651f4.24319867, 12 Mayıs 2016).

² Melek Göregenli, Temel Kavramlar: Önyargı, Kalıpyargı ve Ayrımcılık, Ayrımcılık

Ayrımcılık doğrudan ve dolaylı ayrımcılık şeklinde ele alınmakta; *“doğrudan ayrımcılık”*, ayrımcılığın tipik görünümü olup, kişilerin dili, dini, etnik kökeni, cinsiyeti ve bunlara benzer sebeplerle diğer kişilere oranla farklı ve olumsuz muamelelere maruz kalmalarıdır.³ 6 Nisan 2016 tarihli 6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu’nun 2’nci maddesinin birinci fıkrasının (d) bendinde doğrudan ayrımcılık, *“Bir gerçek veya tüzel kişinin, hukuken tanınmış hak ve hürriyetlerden karşılaştırılabilir durumdakilere kıyasla eşit şekilde yararlanmasını bu Kanunda sayılan ayrımcılık temellerine dayanılarak engelleyen veya zorlaştırılan her türlü farklı muamele”* şeklinde tanımlanmıştır.

*“Dolaylı ayrımcılık”*ta ise, kişilere yönelik farklı muameleler olmamakla birlikte, herkese aynı şekilde uygulanan düzenlemelerin ayrımcılık yasağına aykırı sonuçlar doğurduğu görülmektedir.⁴ Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu’nun 2’nci maddesinin birinci fıkrasının (e) bendinde, *“Bir gerçek veya tüzel kişinin, görünüşte ayrımcı olmayan her türlü eylem, işlem ve uygulamalar sonucunda, bu Kanunda sayılan ayrımcılık temelleriyle bağlantılı olarak, hukuken tanınmış hak ve hürriyetlerden yararlanma bakımından nesnel olarak haklılaştırılmayan dezavantajlı bir konuma sokulması”* şeklinde tanımlanmaktadır. Doğrudan ayrımcılığa örnek olarak, kişinin etnik kökeni gereği ten renginin siyah olması sebebiyle bulunduğu toplum içerisinde hakaretlere maruz kalması gösterilebilirken; dolaylı ayrımcılığa örnek olarak, bir iş ilanında *“seyahat edebilme engeli bulunmama”* kriteri, işin esaslı unsuru oluşturmuyor ise, böyle bir kriterin belirlenmiş olması erkeklere oranla hem engelliler hem de kadınlar bakımından daha olumsuz bir şart olarak ayrımcılığa sebep olarak gösterilebilecektir.⁵

İş hayatında yaşanan ayrımcılıkların başında cinsiyete dayalı ayrımcılık gelmektedir. Bu kapsamda, kırsal iş hayatında kadınların eğitim düzeyinde geri kalmaları, tarım ve hayvancılık işlerinde ağır çalışma koşullarına maruz bırakılmaları ayrımcılığa örnek iken; kentsel

cılık Çok Boyutlu Yaklaşımlar, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, Derleyenler: Kenan Çayır-Müge Ayan Ceyhan, İstanbul 2012, s. 21.

³ İdil Işıl Gül, Hukukta Ayrımcılık Yasağı, Ayrımcılık Çok Boyutlu Yaklaşımlar, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, Derleyenler: Kenan Çayır-Müge Ayan Ceyhan, İstanbul 2012, s. 124.

⁴ Gül, Hukukta Ayrımcılık Yasağı, s. 124.

⁵ Gül, Hukukta Ayrımcılık Yasağı, s. 124, 125.

iş hayatında, cinsel tacize maruz kalma başta olmak üzere, ücretlerde eşitsizlik, kayıt dışı çalıştırılma ve kariyer hayatında fırsat ve kaynaklar bakımından geri bırakılma durumu kadınlara ayrımcılık yapıldığına dair örnek teşkil etmektedir.⁶ Ayrıca iş yaşamında, cinsiyete dayalı ayrımcılığın yanında, kişilerin din veya mezheplerine, etnik kökenlerine veya eğitim durumlarına yönelik ayrımcılığa maruz kaldıkları da görülmektedir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin "Ayrımcılık yasağı" başlıklı 14'üncü maddesinde, "Bu Sözleşme'de tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasal veya diğer kanaatler, ulusal veya toplumsal köken, ulusal bir azınlığa aidiyet, servet, doğum başta olmak üzere herhangi başka bir duruma dayalı hiçbir ayrımcılık gözetilmeksizin sağlanmalıdır." Söz konusu düzenleme ile AİHS'te güvence altına alınmış çalışma özgürlüğü de dâhil olmak üzere bütün hakların kişiler arasında ayırım gözetilmeksizin kendilerine tanınması gerektiği vurgulanmaktadır.

İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme'ye Ek 12 Numaralı Protokol'ün "Ayrımcılığın genel olarak yasaklanması" başlıklı 1'inci maddesinde, "1) Hukukten temin edilmiş olan tüm haklardan yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasi veya diğer kanaatler, ulusal ve sosyal köken, ulusal bir azınlığa mensup olma, servet, doğum veya herhangi bir diğer statü bakımından hiçbir ayrımcılık yapılmadan sağlanır.

2) Hiç kimse, 1. paragrafta belirtildiği şekilde hiçbir gerekçeyle, hiçbir kamu makamı tarafından ayrımcılığa maruz bırakılamaz."

Söz konusu düzenlemede de yer aldığı üzere kişiler kendilerine hukukten tanınmış haklardan hiçbir ayırım gözetilmeksizin yararlanma hakkına sahiptirler. Bu bakımdan iş hayatında karşılaşılan ayrımcılığa yönelik tutum ve davranışlar, hem iç hukuk hem de uluslararası hukuk kurallarına aykırılık teşkil etmektedir.

II. Mobbing Kavramı

Mobbing kavramı, "Psikolojik şiddet, kuşatma, taciz, rahatsız etme veya sıkıntı verme anlamına gelmekte olup bir veya birkaç kişi tarafından,

⁶ Nesrin Şalvarcı Türel, Nilgün Dolmacı, "İş Yaşamında Kadın Çalışana Yönelik Ayrımcı Bakış Açısı ve Mobbing Üzerine Ampirik Bir Çalışma", *Ekonomi ve Yönetim Araştırmaları Dergisi*, Cilt: 2, Sayı: 2, Aralık 2013, s. 85, 86.

bir diğer kişiye yönelik şiddet, hakaret veya küfür gibi çalışma hayatı ile bağdaşmayacak yol ve yöntemlerle sistematik bir biçimde düşmanca ve ahlak dışı bir hareket şeklinde ortaya çıkan bir çeşit psikolojik baskı”⁷ şeklinde ifade edilmektedir. Daha kapsamlı bir bakış açısıyla mobbing, “İş yerinde ya da iş ilişkisinden dolayı fail tarafından kısa olmayan bir sürede tekrarlanan davranışlarla, sistematik bir şekilde, mağdurun iş ortamını kötüleştiren, mesleki etkisi olan ya da onu iş hayatından koparan, kural olarak kasten yapılan, ancak ihmalen de gerçekleşebilen bir süreç”⁸ olarak tanımlanmaktadır.

Latince “kararsız kalabalık” manasına gelen “mobile vulgus” kelimesinden türetilen “mobbing” kelimesi İngilizce’ye bu şekliyle girmiştir.⁹ Yıldırma, yıpratma, duygusal taciz, psikolojik şiddet, sindirme, psiko-terör ve manevi taciz anlamlarına gelen mobbing kavramı ilk olarak 1960 yılında Konrad Lorenz tarafından kullanılmış olup; Lorenz mobbing kavramını, “Büyük bir hayvanın tehdidine karşı daha küçük hayvan gruplarından gelen karşı tepki” olarak açıklamıştır.¹⁰ Lorenz’in bu tanımından yola çıkarak mobbingi, grup içinde rakip olarak algılanan güçlü bir kişiye karşı güçsüz kişilerin bir araya gelmek suretiyle, tehdit olarak algılanan söz konusu kişiyi, tepkileriyle bezdirmeye çalışıp grup dışına çıkarma faaliyetleri olarak tanımlayabiliriz.

1980’li yıllarda iş yerindeki duygusal saldırıları ifade etmek için mobbing kavramını ilk defa Profesör Leymann kullanmış; Leymann mobbingi, “İşyerinde çalışan kişi veya kişiler üzerinde planlı ve sistematik bir şekilde baskı oluşturarak bunaltma, korkutma, şantaj, aşağılama, tehdit etme gibi taktiklerle başlayıp, çalışanların işten ayrılmasına kadar varabilen bir süreç” olarak tanımlamıştır.¹¹

⁷ Atila Erkal, İdare Hukukunda Mobbing, Adalet Yayınevi, Ankara 2014, s. 7; Langenscheidt, Grosswörterbuch Deutsch als Fremdsprache, Berlin, München 2003, s. 699.

⁸ Erkal, İdare Hukukunda Mobbing, s. 20.

⁹ Hasan Gül, Aliye Ağıröz, “Mobbing ve Örgütsel Sinizm Arasındaki İlişkiler: Hemşireler Üzerinde Bir Uygulama”, *Afyon Kocatepe Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, Cilt: 13, Sayı: 2, 2011, s. 30.

¹⁰ Muhittin Şahin, “Mobbing Olgusuna Anatomik Bir Bakış: Üniversite Özelinde Vaka Analizi”, *Akademik Bakış Dergisi*, Sayı: 38, Eylül-Ekim 2013, s. 2; Hasan İbicioğlu, Münire Çiftçi, Seher Derya, “Örgütlerde Yıldırma (Mobbing): Kamu Sektöründe Bir İnceleme”, *Organizasyon ve Yönetim Bilimleri Dergisi*, Cilt: 1, Sayı: 2, ISSN: 1309-8039 (Online), 2009, s. 27.

¹¹ Gül, Ağıröz, “Mobbing ve Örgütsel Sinizm Arasındaki İlişkiler: Hemşireler Üzerinde Bir Uygulama”, s. 31; H. Leymann, The Content and Development of Mobbing at Work, *European Journal of Work and Organizational Psychology*, 5, 1996, s. 165,

Mobbing kavramının ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiş olduğu Belçika'da uygulanmakta olan "Çalışanın İşini Yaparken Kendisini Huzurlu Hissetmesi Hakkındaki Kanun"un 32'nci maddesinin ikinci fıkrasında, "İşyerinde ahlaki (moral) taciz: İşyeri veya kurum içinde ya da dışında belli bir süre yapılan çok sayıda benzer ya da farklı haksız davranışlarla çalışan ya da başka bir kişinin kişilik, onur ya da bedensel veya ruhsal dokunulmazlığının ihlal edilmesinin amaçlanması ya da böyle bir etkisinin olmasıyla, işini yerine getirmesine zarar verilmesi, işinin tehlikeye sokulması ya da yıldırma, düşmanca, onur kırıcı aşağılayıcı veya hakaret edici bir ortam yaratılması, bunun da özellikle sözler, tehditler, hareketler, tavırlar ya da tek taraflı yazılarla ifade edilmesidir. Bu davranışlar özellikle din, dünya görüşü, engelli olma, yaş, cinsel tercih, ırk ya da etnik kökenle ilgili olabilmektedir."¹²

Anayasa'nın 10'uncu maddesinde mobbingi de kapsayacak şekilde her türlü ayrımcılığa yönelik olarak "Kanun önünde eşitlik" başlığı altında yapılan düzenlemede, "Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz. Çocuklar, yaşlılar, özürlüler, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler için alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı sayılmaz." Anayasa'nın bu hükmü gereğince herkes hayatın her alanında eşit olup, mobbinge konu davranışlar da dâhil olmak üzere hiçbir ayrımcılığa tabi tutulamazlar.

Ayrıca Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu'nun amaç ve kapsamını düzenleyen 1'inci maddesinde, söz konusu Kanun'la insan onuru ve hakları çerçevesinde kişilerin eşit muamele görme hakkı güvence altına alınarak her türlü ayrımcılığın önüne geçilmesi ve bu bağlamda işkence ve kötü muameleyle etkin mücadelenin yapılması amaçlanmaktadır.

Kamu kurum ve kuruluşları ile özel sektör işyerlerinde, çalışanla-

166; Jale Minibaş Poussard, Meltem İ. Çamuroğlu, İş Yerinde Psikolojik Taciz (Mobbing): Kurbanlar ve Saldırganlar, Editör: Uzm. Psk. Tarık Solmuş, Endüstriyel Klinik Psikoloji ve İnsan Kaynakları Yönetimi (Kuramdan Uygulamaya İş Yaşamında Psikoloji), Beta Yayıncılık, İstanbul 2007, s. 325.

12 Erkal, İdare Hukukunda Mobbing, s. 18.

rın itibarlarının ve onurlarının zedelenmesine yol açan, verimliliklerini azaltan ve sağlıklarını kaybetmelerine sebep olan ve nihayetinde çalışma hayatını çekilmez hale getiren mobbing kavramı ile ilgili olarak, Başbakanlığın 2011/2 sayılı İşyerlerinde Psikolojik Tacizin (Mobbing) Önlenmesi Genelgesi'nde, "*Kastlı ve sistematik olarak belirli bir süre çalışanın aşağılanması, dışlanması, kişiliğinin ve saygınlığının zedelenmesi, kötü muameleye tabi tutulması, yıldırılması ve benzeri şekillerde ortaya çıkan psikolojik tacizin önlenmesi gerek iş sağlığı ve güvenliği gerekse çalışma barışının geliştirilmesi açısından çok önemlidir.*"

Mobbinge benzer nitelikte olan kavramlardan "*bullying*", okuldaki öğrencilerin birbirlerine mobbinge konu davranışları uygulamaları iken; "*bossing*", hiyerarşik düzende üst makamların alt makamlara mobbing uygulamaları; "*staffing*", bossingin tersine alt makamların üst makamlara mobbing uygulamaları; "*stalking*" failin mağdurun özel hayatına müdahale şeklinde gerçekleştirdiği zorla iletişim kurma çabaları, ısrarlı bir şekilde tacize konu eylemlerde bulunması; "*harrasment*", mobbinge eş anlamlı olmakla, işyerinde yapılan tacizi ifade etmektedir.¹³

III. Avukatlık Mesleğinde Mobbing

Avukatlık, mahiyeti itibariyle kamu hizmeti ve serbest bir meslek olup, yargının kurucu unsurlarından olan bağımsız savunmayı serbestçe temsil etmektedir.¹⁴ 19 Mart 1969 tarihli, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 2'nci maddesinde avukatlığın amacı, "*Hukuki münasebetlerin düzenlenmesini, her türlü hukuki mesele ve anlaşmazlıkların adalet ve hakkaniyete uygun olarak çözümlenmesini ve hukuk kurallarının tam olarak uygulanmasını her derecede yargı organları, hakemler, resmi ve özel kişi, kurul ve kurumlar nezdinde sağlamak*" şeklinde ifade edilmekte, avukatların bu amaç doğrultusunda hukuki bilgi ve tecrübelerini adalet hizmetine ve kişilerin yararlanmalarına sunacakları vurgulanmaktadır.

Savunma hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin "*Adil yargılanma hakkı*" başlıklı 6'ncı maddesinin üçüncü fıkrasında düzenlenmiş olup, "*Bir suç ile itham edilen herkes aşağıdaki asgari haklara sahiptir:*

¹³ Erkal, İdare Hukukunda Mobbing, s. 10.

¹⁴ 19 Mart 1969 tarihli, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 1. maddesi.

- a) Kendisine karşı yöneltilen suçlamanın niteliği ve sebebinden en kısa sürede, anladığı bir dille ve ayrıntılı olarak haberdar edilmek;
- b) Savunmasını hazırlamak için gerekli zaman ve kolaylıklara sahip olmak;
- c) Kendisini bizzat savunmak veya seçeceği bir müdafinin yardımından yararlanmak; eğer avukat tutmak için gerekli maddi olanaklardan yoksun ise ve adaletin yerine gelmesi için gerekli görüldüğünde, resen atanacak bir avukatın yardımından ücretsiz olarak yararlanabilmek;
- d) İddia tanıklarını sorguya çekmek veya çektirmek, savunma tanıklarının da iddia tanıklarıyla aynı koşullar altında davet edilmelerinin ve dinlenmelerinin sağlanmasını istemek;
- e) Mahkemede kullanılan dili anlamadığı veya konuşamadığı takdirde bir tercümanın yardımından ücretsiz olarak yararlanmak.”

Söz konusu Sözleşme’deki düzenleme ile adil yargılanma hakkının en önemli unsuru olan savunma hakkı ve bu bağlamda avukatlık mesleğinin önemine vurgu yapılmıştır. Yargılama işlevinin ayrılmaz parçası olan savunma hakkı adaletin önkoşulu olup, avukatların savunma hakkını kullanmaları, adaletin gerçekleşmesine yardımcı olduğu için kamu yararını da beraberinde getirmektedir.¹⁵

Avukatlık, serbest meslek faaliyeti olup, avukatın mesleki faaliyette bulunup bulunmama, mesleki faaliyeti sebebiyle istediği işi alıp almama hususlarında özgür olması gerekmekte; bu kapsamda avukat, mesleğini yaparken belli bir görüşü savunmaya veya o görüşten uzak durmaya zorlanmamaktadır.¹⁶

Avukatlık mesleğinin niteliğini belirten Yargıtay 4’üncü Hukuk Dairesi’nin 23.11.1970 tarihli, 1970/ 2497 Esas, 1970/ 8629 Karar sayılı kararında, “Avukat, müvekkilinin her isteğini sınırsız biçimde yerine getirmek şöyle dursun, hukuk konusundaki bilgi ve deneyimlerini yasalar ve adalet yararına kullanmak ödeviyle bağlı ve yükümlüdür ve avukatlık ödevi, bir kamu hizmetidir.”¹⁷

¹⁵ Mehmet Altundiş, “Avukatın Düşüncelerini Olgun ve Objektif Biçimde Açıklama Yükümlülüğü”, *Yasama Dergisi*, Sayı: 8, Ocak-Şubat-Mart-Nisan 2008, s. 133; Anayasa Mahkemesi’nin 24.11.2004 tarihli, 2004/ 11 esas, 2004/ 93 karar sayılı kararı.

¹⁶ Ömer Ulukapı, Avukatlık Mesleği Hakkında Genel Bilgiler, (<http://www.ataaof.edu.tr/wp-content/uploads/AvukatlikVeNoterlik.pdf>, 10 Mayıs 2016), s. 6.

¹⁷ Necmettin Aydın, Avukatlık Mesleğinin Niteliği, Genç Hukukçular Hukuk Oku-

Avukatlar zaman zaman hem müvekkileri hem de meslektaşları tarafından baskı ve ayrımcılıklara tabi tutulabilmektedir. Söz konusu baskı, ayrımcılıklar, duygusal ve manevi tacizler ve psikolojik şiddetler neticesinde avukatlar mesleki faaliyetlerini yürütmekte zorlanmakta, yılmakta, yıpranmakta, sindirilmekte ve neticesinde mobbing mağduru haline gelmektedirler.

1971 tarihli Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın "*Meslektaşlar Arası Dayanışma ve İlişkiler*" başlıklı bölümünün 26'ncı maddesinde, "*Hiçbir avukat, bir meslektaşının mesleki tutum ve davranışları hakkındaki düşüncelerini kamuoyuna açıklayamaz. Bu yoldaki şikâyetlerin mercii yalnız barolardır.*" denilmek suretiyle avukatların mesleki tutum ve davranışları sebebiyle kamuoyuna yansıtılamayacakları, bu bağlamda yine mesleki tutum ve davranışları sebebiyle baskı altına alınamayacakları vurgulanmaktadır. Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 27'nci maddesinde ise, "*Hiçbir avukat, herhangi bir meslektaşı özellikle hasım vekili meslektaşı hakkında küçük düşürücü nitelikte kişisel görüşlerini açıkça belirtmez.*" Söz konusu kuralda, bir avukatın küçük düşürücü nitelikteki söz ve eylemleriyle meslektaşına mobbing uygulamasının yanlışlığı üzerinde durulmaktadır.

Bunun yanında Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 30'uncu maddesi gereğince, avukatların meslektaşlarına mesleki çalışmalarındaki usule ilişkin işlemlerinde ve dosya incelemelerinde dayanışma niteliğindeki yardımları esirgememeleri ve ellerinden gelen kolaylıkları sağlamaları gerekmektedir. Ayrıca duruşmaya geç kalması sebebiyle hakkında giyap kararı alınan avukat hemen gelmişse, karşı taraf vekili avukatın meslektaşı hakkında alınan giyap kararının kaldırılmasını ve düzeltilmesini isteme zorunluluğu getirilmiştir. Yine bu kapsamda bir başka yerdeki duruşması sebebiyle mazeret veren avukatın, karşı taraf vekilinin bir başka yerden gelme durumu söz konusu ise, bu mazeretini öncelikli olarak meslektaşına bildirmesi gerekmektedir. Ayrıca avukatlar arasında "*özeldir*" kaydı bulunan yazışmaların, yazan meslektaşın izni olmaksızın açıklanması avukatlık meslek kurallarına aykırılık teşkil edecektir. Bütün bu düzenlemeler bir avukatın diğer meslektaşına duyması gereken saygıyı ve netice-

sinde oluşacak güven ortamını sağlamaya yöneliktir. Aksi bir durum, avukatlık mesleğini çekilmez duruma getiren, avukatları mesleklerinden soğutan ve bezdiren bir ortama sebep olacaktır.

Avukatlar arasında cinsiyet bakımından da ayrımcılık yapıldığına şahit olunmaktadır. Çalışan bayanların meslek hayatlarında karşılaştıkları ayrımcılıklara benzer şekillerde bayan avukatlarda maruz kalabilmektedir. Kadınların erkeklere oranla daha ucuz işgücü niteliğine haiz oldukları, hayatlarının yalnızca belirli dönemlerinde (genç ve bekâr) işe uygun ve aktif iş hayatına sahip oldukları ve ancak belli tür işlerde başarılı olabilecekleri yönünde ayrımcılık içeren muamelelere avukatlık mesleğinde de sıkça rastlanmaktadır.¹⁸

Avukatın görevini gereği gibi yerine getirmesini fiilen engellemeye yönelik olarak gerçekleştirilen hukuka ve ahlaka aykırı psikolojik saldırılar, hakim-savcılar tarafından yapılabilmekte; avukatlar, duruşmalarda ve duruşma dışında küçük düşürücü, yıldırıcı, taciz edici, kontrol edici muamelelere maruz kalabilmektedirler.¹⁹

Bunun yanında sigortalı avukat çalıştıran avukatların, çalıştırdığı kişilerin de aynı meslek mensubu olduğunu unutmak suretiyle, mesleki dayanışma ve karşılıklı saygı ve sevgi kurallarına aykırı bir şekilde, yanında çalıştırdığı sigortalı avukatın emek ve mesaisine saygı göstermeyerek onlara yönelik mobbing uyguladıklarına sıkça rastlanılmaktadır.²⁰

Ayrıca kamu gücünü kullanan kurum ve kuruluşların hukuki ilişkilerine yön vermek suretiyle ortaya çıkan uyuşmazlıklarda bağlı bulunduğu kurum ve kuruluşu temsil eden kurum avukatları²¹ da mobbinge maruz kalabilmektedir. Mobbinge konu işlemlerden biri kamu avukatlarının hukukçu olmayanlar tarafından denetlenmesi ve sicil verilmesidir. Denetleyen kişilerin konularının uzmanı olması kamu avukatları ve neticesinde bulunan kurum bakımından

¹⁸ Şalvarcı Türel, Dolmacı, "İş Yaşamında Kadın Çalışana Yönelik Ayrımcı Bakış Açısı ve Mobbing Üzerine Ampirik Bir Çalışma", s. 86.

¹⁹ Fahrettin Kayhan, "Avukatlık Kimliği ve Avukatın Yargı Sistemi İçindeki Yeri", *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl: 68, Sayı: 2010/3, s. 283.

²⁰ Türkiye Barolar Birliği Disiplin Kurulu'nun 11.04.2015 tarihli, 2015/51 esas, 2015/281 karar sayılı kararı.

²¹ Ejder Yılmaz, "Kamuda Çalışan Avukatlar", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt:57, Sayı: 3, 2008, s. 738.

fayda yerine zarar getirmekte olup, avukatların bağımsızlığını da zedelemektedir.²² Böylece avukatlar bağımsızlıklarının zedelenmesi dolayısıyla meslek hayatından soğumakta ve bu bezdiri sebebiyle kamu avukatlığından istifa edebilmektedirler.

Bunun yanında avukatlık mesleğine yeni adım atmış olan stajyer avukatların yanında staj yaptıkları avukat ve avukat yanında çalışan icra servis görevlileri ve sekreterlerden, bağlı buldukları baro çalışanlarından, mahkeme kalemlerinde görev yapan kâtiplerden kaynaklı mobbinge maruz kaldıkları gözlemlenmektedir.

IV. Avukatlık Mesleğinde Maruz Kalınan Mobbing Davranışları

Mobbinge konu davranışlar yaşanan somut olaylar bakımından farklılık göstermekte, mobbing faili ve mağdurunun özelliklerine göre değişebilmektedir. Toplumun hemen hemen her kesiminde karşılaşılan mobbing, avukatlar arasında da oldukça sık gözlemlenmektedir. Avukatlar arasında maruz kalınan mobbing, davranışsal belirtileri ve fiziksel belirtileri bakımından sınıflandırılmaktadır.

A. Avukatlık Mesleğinde Maruz Kalınan Mobbingin Davranışsal Belirtileri

Avukatlar arasında mobbingin davranışsal belirtileri avukatların mesleki yaşamlarının her safhasında farklılık arz etmektedir. Söz konusu davranışların kişilere olan mobbing etkisi kişiden kişiye değişebilmekte, bu davranışlardan etkilenme düzeyi başka başka olmaktadır.²³ Sonuç itibariyle bazı kimseler bu davranışların tekrarlanması sebebiyle iş yaşamından uzaklaşırken diğerleri etkilenmeksizin iş hayatına devam edebilmektedir.²⁴ Bu bakımdan her somut olay değerlendirilirken, bezdiri neticesini doğurabilecek davranışların mağdurlar üzerindeki etkisi gözlenerek mobbing oluşturup oluşturmadığına bakılmalıdır.

²² Yılmaz, "Kamuda Çalışan Avukatlar", s. 748.

²³ Esin Çakıroğlu, Dilaver Tengilimoğlu, "Mobbing (Yıldırma) Davranışlarının Tıbbi Sekreterlerin Tükenmişliği Üzerine Etkisi", *Electronic Journal of Vocational Colleges*, Ağustos 2014 BÜROKAN Özel Sayısı, s. 169.

²⁴ Çakıroğlu, Tengilimoğlu, "Mobbing (Yıldırma) Davranışlarının Tıbbi Sekreterlerin Tükenmişliği Üzerine Etkisi", s. 169.

Türkiye Barolar Birliği Disiplin Kurulu kararına konu olayda, hakkında şikâyet bulunan avukatın daha önceden sözleşmeli olarak yürütmekte olduğu İl Özel İdaresi avukatlığı görevi sözleşmeli olarak başlayan şikâyetçi avukata verilmiştir.²⁵ Bunun üzerine, şikâyetli avukat Valiliğe göndermiş olduğu e-posta mesajında göreve yeni başlayan şikâyetçi meslektaşına yönelik olarak, *“mesleğe yeni başlamış bir bayan avukat”, “başarının gözle görülebilir şekilde düştüğü” “28531 no’lu 17.01.2013 tarihli Resmi Gazete’de yayınlanarak yürürlüğe giren 2012/4096 no’lu Yönetmelik 6. maddesinde yer alan özellikleri taşımadığından derhal sözleşmenin sonlandırılması ve adam kayırma ve torpil söylentilerinin bertaraf edilebileceği”* ifadelerini kullanması neticesinde başlatılan disiplin kovuşturması sonucunda, Baro Disiplin Kurulu’nca şikâyetli avukat hakkında verilen *“disiplin cezası verilmesine yer olmadığına”* dair karar üzerine yapılan itirazda, Türkiye Barolar Birliği Disiplin Kurulu, *“Türkiye Barolar Birliği Meslek Kurallarının 26’ncı maddesine göre ‘Hiçbir avukat, bir meslektaşının mesleki tutum ve davranışları hakkındaki düşüncelerini kamuoyuna açıklayamaz. Bu yoldaki şikâyetlerin mercii yalnız barolardır.’ Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları’nun 27/1’inci maddesine göre ise, ‘Hiçbir avukat, herhangi bir meslektaşı özellikle hasım vekili meslektaşı hakkında küçük düşürücü nitelikte kişisel görüşlerini açıkça belirtmez.’ Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları mesleğin gelişmesini sağlamak, mesleki ahlak, düzen ve gelenekleri korumak amacıyla konulmuş kurallar olup tüm avukatlar için bağlayıcı niteliği göz ardı edilemez. Avukatın, meslektaşını küçük düşürücü ve onu rencide edici ifadeler kullanmaması avukatlık mesleğine duyulan saygının bir gereğidir. Ayrıca, avukat mesleğine saygıyı ön planda tutarak, davanın özünü ilgilendirecek şekil ve üslupla ve avukatlık mesleğinin gerektirdiği, incelik ve zarafetle beyanlarını açıklayarak karşı taraftaki meslektaşının onur ve itibarını zedelemeyen görevinin gereğini yerine getirmek zorundadır. Şikâyetli avukatın kovuşturmaya konu ifadeleri, bu ilkelere aykırı olmakla disiplin suçunu oluşturmaktadır.”*²⁶ Söz konusu karar ile avukatın meslektaşı üzerinde mobbing etkisi oluşturacak küçük düşürücü ve onu rencide edici ifadeleri sebebiyle disiplin cezasına çarptırılması söz konusu olmuştur.

²⁵ Türkiye Barolar Birliği Disiplin Kurulu’nun 13.03.2015 tarihli, 2014/ 677 esas, 2015/ 198 karar sayılı kararı.

²⁶ Türkiye Barolar Birliği Disiplin Kurulu’nun 13.03.2015 tarihli, 2014/ 677 esas, 2015/ 198 karar sayılı kararı.

TBB Disiplin Kurulu'nun 17.01.2015 tarihli, 2014/780 Esas, 2015/63 Karar sayılı kararında, bir dosya kapsamında karşılıklı taraf olan avukatlardan birinin duruşmaya 4 dakika gecikmesi sebebiyle meslektaşını beklemeden duruşmayı aldırarak ve davayı takip etmediğini söyleyerek müracaata bıraktığını söyleyen, neticede meslektaşını geldiği halde söz konusu işlemi kaldırma girişiminde bulunmayan avukat hakkında TBB Disiplin Kurulu, *"Duruşma saati gelmiş de olsa adliyelerin içinde bulunduğu fiziki koşullar da gözetilmeli, makul süre beklenmelidir. Nitekim nedeni ne olduğu saptanmasa da diğer duruşmalarda da duruşma saatlerinin geçtiği ve makul sayılabilecek sürelerde duruşmanın yapıldığı bu durumda 4 dakikalık bir gecikmenin makul sayılamayacağı, makul bir süre beklense duruşmanın yapılabileceğini göstermektedir."* Kararda da belirtildiği üzere bir avukatın meslektaşına yönelik yapması gereken yardımları ve kolaylıkları dayanışma gereği esirgememesi gerekmektedir. Aksi takdirde, avukatların birbirlerine yönelik yapmış oldukları mobbinge konu davranışlar sebebiyle yıpratıcı, meslekten soğutucu, meslek dayanışma birliğini bozucu haller ortaya çıkmaktadır.

Avukatlar müvekkillerinin haklarını savunmak için yazmış oldukları dilekçelerinde karşı taraf vekillerini küçük düşürücü ifadeler kullanmak suretiyle meslektaşlarını bezdirmektedirler. Mobbinge sebep olan bu ifadeler sebebiyle TBB Disiplin Kurulu tarafından yapılan değerlendirmede, *"...Şikâyetçi avukatın, tanıkları yönlendirdiği, yalan beyanda bulunmaya azmettirdiği iddiaları ile kişisel tahmin ve varsayım ile şikâyetli avukatı delilleri karartmak, polisi yanultmak üzere hareket ettiği intibahını yaratmaya matuf söylemler olduğu tartışmasızdır. Bu söylemler iddia ve savunmanın sınırlarını aştığı gibi olayların ve delillerin objektif ölçüler içinde yorumlanması ilkelerine de aykırıdır. Avukatlar sıfatları ne olursa olsun mahkemelerde ve kamuya açık alanlarda birbirlerine karşı daha duyarlı, dikkatli ve nazik olmaları, gereksiz tartışma ve çekişmelerden kaçınmaları, yazarken de, söylerken de özellikle birbirlerine karşı kullandıkları sözlerin ölçülü olmasına dikkat etmeleri gerektiği gibi, ettikleri yemine de sadık kalmalıdır."*²⁷

Mobbinge konu davranışlara bir diğer örnek olarak bir avukatın, başka bir avukatın müvekkiline meslektaşını kastederek, *"Dava açması*

²⁷ Türkiye Barolar Birliği Disiplin Kurulu'nun 31.01.2015 tarihli, 2014/745 Esas, 2015/77 Karar sayılı kararı.

için avukat tutmuşsun. O. E. denen şahıs zamanında benden iş istedi, ben vermedim. O davayı hak edemezsiniz” demesidir.²⁸ Bunun üzerine başlatılan disiplin kovuşturması sonucunda TBB Disiplin Kurulu tarafından verilen kararda, “... Avukatlık Yasası’nın 34’üncü maddesi ‘Avukatlar, yük- lendikleri görevleri bu görevin kutsallığına yakışır bir şekilde özen, doğruluk ve onur içinde yerine getirmek ve avukatlık unvanının gerektirdiği saygı ve güvene uygun biçimde davranmak ve Türkiye Barolar Birliğince belirlenen meslek kurallarına uymakla yükümlüdürler’ Avukatlık Yasası’nın 134’üncü maddesi ‘Avukatlık onuruna, düzen ve gelenekleri ile meslek kurallarına uy- mayan eylem ve davranışlarda bulunanlarla, mesleki çalışmada görevlerini yapmayan veya görevinin gerektirdiği dürüstlüğe uygun şekilde davranma- yanlar hakkında bu kanunda yazılı disiplin cezaları uygulanır.’ Türkiye Ba- rolar Birliği Meslek Kuralları’nın 27/1 maddesi ‘Hiçbir avukat, herhangi bir meslektaşı özellikle hasım vekili meslektaşı hakkında küçük düşürücü nitelik- teki kişisel görüşlerini açıkça belirtmez.’ hükümlerini amirdir. Dosya kapsamına göre şikâyetli avukatın ‘dava açması için avukat tutmuşsun. O. E... denen şahıs zamanında benden iş istedi, ben vermedim. O davayı hak edemezsiniz’ sözlerini kullandığı tartışmasızdır.” Söz konusu kararlar avukatlar arasında yaşanan mobbinge konu davranışların hem Avu- katlık Kanunu’nun ilgili maddelerine hem de TBB Meslek Kuralları’na aykırılık teşkil ettiği vurgulanmaktadır.

Ayrıca avukatlar yanlarında çalıştırdıkları sigortalı avukatların haklarına riayet etmeli, mesleki dayanışmayı sağlamak adına onların emek ve mesailere saygı duymaları gerekmektedir. Ofis ortamında te- lefon, bilgisayar ve lamba gibi avukata ait eşyaların birden bire kay- bolması veya bozulması, çalışma arkadaşlarıyla arasında çıkan tartış- maların artması, kişinin sigara dumanından rahatsız olduğunu bile bile yanındaki masaya çok sigara içen birinin oturtulması, işle ilgili önemli gelişme ve haberlerin dışında tutulması, kişinin arkasından çıkarılan çeşitli söylentilerle ilgili fısıltıların yayılması, kendisine ye- tenek ve becerilerinin altında veya avukatlıkla ilgisi olmayan işlerin verilmesi, işe geliş ve gidiş saatlerinin, telefon konuşmalarının, çay ve kahve molalarının sürekli denetim altında tutulması, müvekkilleriyle yapmış olduğu telefon konuşmalarının kayıt altına alınması, aynı ofis

²⁸ Türkiye Barolar Birliği Disiplin Kurulu’nun 26.10.2014 tarihli, 2014/501 Esas, 2014/707 Karar sayılı kararı.

içinde avukat olmayan çalışanlardan daha düşük ücret verilmesi, istediği avukatlık alanında uzmanlaşmasına izin verilmemesi, takip ettiği dosyaların kendisinden alınarak başka avukata verilmesi sigortalı avukatlara yapılan mobbinge konu davranışlara örnektir.²⁹

Sigortalı avukatların sıkça karşılaştığı sorunlardan birisi de CMK kapsamında yürütülen müdafilik görevi nedeniyle yapılan ödemelerin sigortalı avukatın yanında çalıştığı avukatın hesabına ödenmesi ve daha sonra bu ödemelerin sigortalı avukatın hesabına geçirilmemesidir. Bu kapsamda TBB Disiplin Kurulu'nun 11.04.2015 tarihli 2015/ 51 Esas, 2015/ 281 Karar sayılı kararında, *"Şikâyetli avukat CMK gelirinin büro ortak gideri olarak harcandığını bildirmekte ise de dosya kapsamına göre şikâyetçi avukatın ücret karşılığı sigortalı avukat olarak çalıştığı, kendi nam ve hesabına vergi kaydı bulunmadığı, sigortalı avukat olarak aldığı işlerde çalıştıran avukat adına serbest meslek mabuzu düzenlendiği tartışmasızdır. Sigortalı avukat çalıştıran avukatlar çalıştırdığı kişinin de meslek mensubu olduğu, mesleki dayanışma ve karşılıklı sevgi ve saygı kurallarına uygun davranmak, onun emek ve mesaisine saygılı olmak zorunda olduğunu unutmamalıdır. Avukatlar yaşamının her alanında özen ve doğruluk kurallarına göre hareket etmek, kamunun inancını ve mesleğe güvenini sağlayacak biçimde sadakatle davranmak, meslektaşlarına ve çalışanlarına karşı daha duyarlı olmak, mesleğin itibarını sarsacak her türlü davranıştan kaçınmak zorundadırlar."*

Görüldüğü üzere avukatlara yapılan mobbinge konu davranışlar her somut olaya göre değişmekte, avukatların meslek hayatlarındaki çalışma pozisyonu da söz konusu davranışların tespiti açısından önem arz etmektedir.

B. Avukatlık Mesleğinde Maruz Kalınan Mobbingin Fiziksel Belirtileri

Fazlasıyla stresli bir meslek olan avukatlık, avukatlara uygulanan mobbing sebebiyle daha da yıpratıcı olmakta, avukatı meslek hayatından yıldırarak suretiyle bezdirmektedir. Mobbingin davranışsal belirtileri ile ortaya çıkan fizyolojik belirtiler, avukattan avukata farklılık göstermekte, söz konusu etkilerin düzeyi ve şiddeti de somut olaya göre değişmektedir.

²⁹ Çakıroğlu, Tengilimoğlu, "Mobbing (Yıldırma) Davranışlarının Tıbbi Sekreterlerin Tükenmişliği Üzerine Etkisi", s. 168, 169.

Avukatların maruz kaldıkları mobbing sebebiyle meydana çıkan fizyolojik etkilerin başında panik atak, depresyon, migren, dikkat dağınıklığı, deride kaşıntı, kızarma ve döküntü, gözlerde ani kararma ve bulanıklık, kalpte hızlı ve düzensiz çarpıntı, kalp krizi, terleme, başta ülser olmak üzere mide rahatsızlıkları, nefessiz kalma, zayıflama gibi vücudun bütününe ilgilendiren rahatsızlıklar gelmektedir.

V. Avukatlık Mesleğinde Mobbing Süreci ve Mobbingde Rol Alanlar

Mobbing süreci, bezdirilerin açık veya gizli şekilde yapılıp yapılmadığına göre sınıflara ayrılmaktadır. Mobbinge konu davranışların açık bir şekilde yapıldığı, mağdurun zayıf düşürülmeye çalışıldığı, mobbingcinin de kendisini kabul ettirmeye yönelik davranışlarda bulunduğu durum “mobbing sürecinde beyaz propaganda”; mobbingin gerçek aktörünün tam olarak belli olmadığı, daha çok örgütsel nitelik taşıyan, etrafta kaynağı belli olmayan söylentilerin dolaştığı durum “mobbing sürecinde gri propaganda”; ekip halinde gerçekleştirilen, kaynağın kesinlikle gizli tutulduğu, her türlü hile, entrika, sahte delil ve iftiraların bulunduğu, sinsice ve kurnazca yapılan propagandalarla mağdur aleyhine kamuoyu oluşturulan durum ise, “mobbing sürecinde kara propaganda” olarak adlandırılmaktadır.³⁰

Hemen hemen bütün çalışma dallarında karşılaşılan mobbinge avukatlık mesleğinde de sıkça rastlanmaktadır. Bu süreçte farklı rollerde bulunan avukatların bir kısmı mobbingi uygulayan iken, bir kısmı mobbinge maruz kalmakta, bir kısmı da yapılan mobbingi izlemekle yetinmektedir.

A. Mobbing Uygulayanlar

Kendi eksikliklerini kapatmak adına, kendi ad ve konumları bakımından duydukları korku ve güvensizlik sebebiyle başka birilerine yönelik küçük düşürücü davranışlarda bulunan kişiler mobbing uygulayanlar olarak nitelendirilmektedir.³¹ Kompleksli kişilik

³⁰ Hasan Tutar, “İşyerinde Piskolojik Şiddet Sarmalı: Nedenleri ve Sonuçları”, *Yönetim Bilimleri Dergisi* (2:2), 2004, s. 108, 109.

³¹ Semra Tetik, “Mobbing Kavramı: Birey ve Örgütler Açısından Önemi”, *KMÜ Sosyal ve Ekonomik Araştırmalar Dergisi* 12 (18), ISSN: 1309-9132, Haziran 2010, s. 84;

sorunu³² olan gerçek mobbingcilerin hiçbir kişilik grubuna dâhil olmadıkları görülmekte, söz konusu mobbingciler sergiledikleri davranışlara göre farklı sınıflara ayrılmaktadırlar.³³

Katlanamadıkları acılarını ve kabul edemedikleri iç çatışmalarını başkalarına yükleyerek kendilerini kusursuz olarak göstermeye çalışanlara *"narsist mobbingci"*; öfkelerini engelleyemeyen, başkalarının duygu ve düşüncelerini aşağılayan, mağdurları işlerini değiştirme veya kaybetme düşüncesiyle tehdit eden, sık sık patronun kendisi olduğunu hatırlatanlara *"hiddetli, bağırğan mobbingci"*; karşısındakini strese sokan, başkalarının başarılarını ve yükselmelerini hazmedemeyen, bu davranışlarını gizlemek için sürekli gülümseyen ve ara sıra iyiliklerde bulunanlara *"ikiyüzlü yılan mobbingci"*; başkalarına yönelik kıskançlık ve nefretlerini çevrelerine yansıtan, kendilerini numara yapmak suretiyle büyütme gereksinimi duyan, iç dünyalarında kendilerine karşı aşırı güvensizlik duyanlara *"megaloman mobbingci"*; başkalarına karşı duydukları haset ve kıskançlıklarının temelinde, kendi iş yaşamlarında sürekli kötü deneyimlere sahip olmaları yatanlara ise *"hayal kırıklığına uğramış mobbingci"* denilmektedir.³⁴

Avukatlık mesleğinde de çeşitli mobbing uygulayıcılarına rastlanılmakta olup, mobbingci avukatın meslek hayatında bulunduğu pozisyona göre girdiği kategori değişmektedir. Avukatların meslekleri gereği nazik kimseler olmaları verdikleri hizmetin tam anlamıyla gerçekleşmesinde önemli olup; bu bakımdan, avukatların meslektaşlarıyla olan temaslarında azami nezaket göstermeleri ve kırıncı olmamaları zorunludur.³⁵ Özellikle de almış oldukları davalarda, karşı tarafın avukatı olan meslektaşını her verdiği dilekçede mobbing oluşturacak ifadelerle bezdiren avukatların kendilerini küçülteceği ve bilgisinin değerini düşüreceği ortadadır.³⁶ Yine avukatlıkta rekabet ayıplanan bir durum olup, malını satmak için avaz avaz bağırğan esnaf gibi avu-

Leymann, "The Content and Development of Mobbing at Work", s. 165-184.

³² Tetik, "Mobbing Kavramı: Birey ve Örgütler Açısından Önemi", s. 84.

³³ Pınar Tınaz, "İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing)", Çalışma ve Toplum Ekonomi ve Hukuk Dergisi, 2006/4 (11), s. 19.

³⁴ Tınaz, "İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing)", s. 19, 20; Marie-France Hirigoyen, *Le Harce'lemer Moral*, Paris: Editions La De'couverte et Syros, 1998, s. 152;

³⁵ Saffet Nezih Bölükbaşı, "Avukatların Mesleki Tutum ve Davranışları", *Ankara Barosu Dergisi*, Sayı: 2, 1969, s. 300.

³⁶ Bölükbaşı, "Avukatların Mesleki Tutum ve Davranışları", s. 300.

katların kendilerini överek meslektaşlarını yermesi, özellikle de bu yermelerin sürekli olarak belli avukatlara yöneltilmesi mobbingle sonuçlanmaktadır.³⁷

B. Mobbing Mağdurları

Yapılan çalışmalarda mobbing mağdurlarının kişiliklerinin birbirine benzediği gözlemlenmiş olup, mağdurların kişilikleri genel olarak iki kulvarda toplanmıştır.³⁸ Bir kısım mobbing mağdurları hayal gücü düşük, paranoyak yapılı, çekingen tavırlı, güven eksikliği bulunan, kaygılı gözüken, dürüst kişilikli kimseler iken; diğer kısma dâhil olan mobbing mağdurları ise, zeki, başarılı, dürüst, üretme gücüne sahip, hayal gücü yüksek, sosyal kişilikli kimselerdir.³⁹

Avukatlar arasında mobbing mağduru olarak görülenlerin başında kadın avukatlar gelmektedir. Yapılan anketler ve çalıştaylardan alınan sonuçlara bakıldığında, aynı büroda erkek avukatın bulunduğu hallerde müvekkillerin bayan avukatları yardımcı statüsünde gördüğü ve muhatap olarak erkek avukatları kabul ettiği gözlemlenmektedir.⁴⁰ Bunun yanında mobbing oluşturacak düzeyde, kadın avukatların mesleğin icrasında yoğun stres altında kalmaları söz konusu olmakta; kadın avukatların adliye, müvekkil ve ofis üçgeninde birbirinden farklı şiddet türlerine maruz kalarak meslek hayatından bezdirilmelerine sıkça rastlanılmaktadır.⁴¹

İşyerlerinde çalışan işçilerin kişiliklerinin korunması bakımından psikolojik tacize yani, mobbinge karşı gereken tedbirlerin işveren tarafından alınması gerektiğine yönelik Türk Borçlar Kanunu'nun 417'nci maddesinde, "*İşveren, hizmet ilişkisinde işçinin kişiliğini korumak ve saygı göstermek ve işyerinde dürüstlük ilkelerine uygun bir düzeni sağlamakla,*

³⁷ Bölükbaşı, "Avukatların Mesleki Tutum ve Davranışları", s. 300.

³⁸ Şahin, "Mobbing Olgusuna Anatomik Bir Bakış: Üniversite Özelinde Vaka Analizi", s. 5.

³⁹ Şahin, "Mobbing Olgusuna Anatomik Bir Bakış: Üniversite Özelinde Vaka Analizi", s. 5.

⁴⁰ Gaziantep Barosu, "Çalışma Yaşamında Kadın Sorunları ve Kadın Avukatların İş Hayatında Karşılaştıkları Sorunlar", TÜBAKKOM 1. Kadın Avukatlar Kurultayı, Yayına Hazırlayan: Aydın Barosu Kadın Hukuku Komisyonu, Ankara 21-22 Nisan 2012, s. 339, 340.

⁴¹ Gaziantep Barosu, "Çalışma Yaşamında Kadın Sorunları ve Kadın Avukatların İş Hayatında Karşılaştıkları Sorunlar", s. 340.

özellikle işçilerin psikolojik ve cinsel tacize uğramamaları ve bu tür tacizlere uğramış olanların daha fazla zarar görmemeleri için gerekli önlemleri almakla yükümlüdür." Söz konusu düzenleme, çalışanları mobbinge konu davranışlardan korumak veya mobbinge maruz kalan kişilerin daha fazla yıpranmalarının önüne geçebilmek adına mobbing mağdurlarını korumaya yönelik getirilen açık bir düzenlemedir.

Kamuda çalışan avukatlar da mobbing mağduru olabilmektedir. Kamu avukatlarının farklı statülerde istihdam edilmeleri, kamu avukatları arasında gereksiz bir farklılık ve dengesizlik meydana getirmekte, süreklilik arz ettiği vakit meslek hayatından bezdiri ile sonuçlanmaktadır.⁴² Yine kamu avukatlarının hukukçu olmayanlar tarafından denetlenmesi ve sicil verilmesi neticesinde, denetimden umulan fayda sağlanamamakta, kamu avukatlarının mobbing oluşturacak şekilde bağımsızlıkları zedelenmektedir.⁴³

Devlet memurlarının meslektaşlarıyla olan münasebetlerini memurluğun gerektirdiği terbiye, nezaket, ağır başlılık, sevgi, saygı, itibar ve işbirliği çerçevesinde düzenlemeleri gerektiğine yönelik 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun "Davranış ve işbirliği" başlıklı 8'inci maddesinde, "Devlet memurları, resmi sıfatlarının gerektirdiği itibar ve güvene layık olduklarını hizmet içindeki ve dışındaki davranışlarıyla göstermek zorundadırlar. Devlet memurlarının işbirliği içinde çalışmaları esastır." Devlet Memurları Kanunu'nun "Amir durumunda olan devlet memurlarının görev ve sorumlulukları" başlıklı 10'uncu maddesinde, "Devlet memurları amiri oldukları kuruluş ve hizmet birimlerinde kanun, tüzük ve yönetmeliklerle belirlenen görevleri zamanında ve eksiksiz olarak yapmaktan ve yaptırmaktan, maiyetindeki memurlarını yetiştirmekten, hal ve hareketlerini takip ve kontrol etmekten görevli sorumludurlar. Amir, maiyetindeki memurlara hakkaniyet ve eşitlik içinde davranır. Amirlik yetkisini kanun, tüzük ve yönetmeliklerde belirtilen esaslar içinde kullanır."

Bir hukuk bürosunda çalışan sigortalı avukatlar kadar stajyer avukatların da mobbinge maruz kaldıkları gözlemlenmektedir. Stajyer avukatlara avukatlık hizmetlerinin yanında büro temizleme, çay getirme ve götürme işlerinin yaptırılması, avukatların avukatlık hizmeti ile ilgili olmayan işlerinin verilmesi, stajyer avukatların aşağılanma-

⁴² Yılmaz, "Kamuda Çalışan Avukatlar", s. 743.

⁴³ Yılmaz, "Kamuda Çalışan Avukatlar", s. 748.

ları ve azarlanmaları söz konusu olabilmektedir.⁴⁴ Ayrıca stajyer avukatlara uygulanan mobbingin bir diğer tarafı da, işyerinde full-time çalışan stajyer avukatların ücretlerinin ne olacağı hususunda yasal düzenlemelerin mevcut olmaması ve bu durumun stajyer avukatların hiç ücret almadan ya da cüzi bir ücret ile çalıştırılmalarına sebep olmasıdır.

Avukatların bağlı çalışan oldukları durumlar ile bağımsız avukatlık hizmeti verdikleri haller arasında fark olmaksızın adliye ortamında da avukatlar mobbinge maruz kalabilmekte, özellikle de duruşma esnasında hâkimlerin avukatlara söz vermemeleri, ders verme tarzındaki davranışları, avukatları duymamazlıktan gelmeleri sıkça rastlanan mobbing davranışlarıdır.⁴⁵

C. Mobbing İzleyicileri

Mobbing sürecinde, mobbing failinin mobbing mağdurunu bezdirmeye yönelik davranışlarına tanıklık eden mobbing mağdurunun çalışma arkadaşları, amiri veya pozisyon olarak alt kademedede çalışanlar mobbing izleyicileri olarak tanımlanmaktadır.⁴⁶ Mobbing izleyicileri, kendilerine de mobbing uygulanabileceği korkusuyla mobbing mağduruna mesafeli davranarak dikkat çekmemeye çalışan kimselerdir.⁴⁷

Mobbing izleyicileri beş kısma ayrılmaktadırlar.⁴⁸ Uzlaşmacı kişiliğiyle çatışmalarda aracı rolünü üstlenen, bu sebeple de ileride mağdur pozisyonuna düşme tehlikesi olan, çalışma arkadaşları tarafından sevilen veya sevilmeyen izleyiciye “*diplomatik izleyici*”; mobbing uygulayan faille çok bağlı ve sadık olduğu halde, bu özelliğini çalışma arkadaşlarına fark ettirmemeye çalışan izleyiciye “*yardakçı izleyici*”; çalışma arkadaşlarının problemleri özel alanlarına zorla müdahil olmaya çalışan, yardım arayan mağdurun dahi kendisinden kaçış yolları aradığı izleyiciye

⁴⁴ Yavuz Temizel, “Mobbing ve Türk Hukuk Sistemindeki Yeri”, *Adalet Dergisi*, Yıl: 2013, Sayı: 45, s. 218.

⁴⁵ Temizel, “Mobbing ve Türk Hukuk Sistemindeki Yeri”, s. 218.

⁴⁶ Ahmet Kaya, H. Ebru Erdost Çolak, “Yargı Mensuplarının Deneyimi ile Mobbing”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı: 118, 2015, s. 102.

⁴⁷ Kaya, Erdost Çolak, “Yargı Mensuplarının Deneyimi ile Mobbing”, s. 102; Klauss Niedl, “Mobbing and Well-being: Economic and Personnel Development Implications”, *European Journal of Work and Organizational Psychology*, Vol.: 5, N.: 2, 1996, s. 239.

⁴⁸ Tınaz, “İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing)”, s. 21, 22.

"fazla ilgili izleyici"; tanıklık ettiği mobbinge tamamen tarafsız duran, herhangi bir şeye karışmaktan hoşlanmayan, fikir dahi beyan etmeyen izleyiciye *"bir şeye karışmayan izleyici"*; gerçekte seçtiği taraf mobbing uygulayan ise de, görünüşte tarafsız gibi durmayı tercih eden, kendisinin de mobbinge uğrayabileceği korkusuyla mobbing failine yardımda bulunan izleyiciye *"ikiyüzlü yılan izleyici"* denilmektedir.⁴⁹

VI. Avukatlık Mesleğinde Maruz Kalınan Mobbing Türleri

Mobbing süreci yönetim tarafından desteklendiğinde daha etkili sonuçlar doğurmakta ve mobbing uygulayanlar cesaretlenerek söz konusu vakaların sayıca artmasına sebep olunmaktadır.⁵⁰ İşyerinde meydana gelen çatışmalar mobbingi tetiklemekte, liderlerin yetersizliği ve etkisizliği ise mobbing sürecine hız kazandırmaktadır.⁵¹ Bu bakımdan avukatlık mesleğinde hiyerarşik (dikey) ve fonksiyonel (yatay) mobbing avukatların çalışma hayatında karşılaştıkları bezdiri türlerine örnektir.⁵²

A. Hiyerarşik (Dikey) Mobbing

Örgütsel yapı içinde mobbingin meydana gelmemesi adına yöneticilerin ve liderlerin zeki ve yetenekli olmalarının yanında duygusal zekâ yönünden de zengin olmaları gerekir.⁵³ Bu vasıflara sahip yöneticiler, duygularının kendilerini yönetmesine izin vermeyerek kötü niyetli insanların farkına varmalarında duygusal zekâlarını kullanırlar.⁵⁴ Aksi takdirde üst makamların alt makamlara, alt makamların da üst makamlara mobbing uygulayarak bezdirme faaliyetinde bulunmaları kaçınılmaz olacaktır.

Avukatlar mesleğinde de hiyerarşik mobbinge maruz kalındığı görülmektedir. Aynı ofis ortamında koordinatör avukatın liderlikteki yetersizliği, çalışma arkadaşları ile aralarındaki iletişimin kopukluğu, bü-

⁴⁹ Tınaz, "İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing)", s. 21, 22.

⁵⁰ Derya Güneş Ertuna, Erdem Ertuna, "Yıldırma (Mobbing): Kuramsal Bir Çerçeve", *Uluslararası Akademik Yönetim Bilimleri Dergisi*, Cilt: 1, Sayı: 2, Bahar 2015, s. 132.

⁵¹ Güneş Ertuna, Ertuna, "Yıldırma (Mobbing): Kuramsal Bir Çerçeve", s. 132, 133.

⁵² Tutar, "İşyerinde Psikolojik Şiddet Sarmalı: Nedenleri ve Sonuçları", s. 105, 106.

⁵³ Tutar, "İşyerinde Psikolojik Şiddet Sarmalı: Nedenleri ve Sonuçları", s. 105.

⁵⁴ Tutar, "İşyerinde Psikolojik Şiddet Sarmalı: Nedenleri ve Sonuçları", s. 105.

tün yetkinin kendi üstünde toplanması sebebiyle hiyerarşik yapının aşırı bir hal alması, yanlış yapılan her işlemde günah keçisi bulma anlayışının yaygın olması, takım çalışmasının sağlanamaması avukatlık mesleğinde maruz kalınan hiyerarşik mobbingin en önemli etkenleridir.⁵⁵

Hiyerarşik mobbing kapsamında, kurum avukatlığında veya serbest avukatlık hizmeti verilen ofislerde amir pozisyonunda bulunan avukat, bir mağdur avukat belirleyerek ona aşırı saldırgan ve cezalandırıcı davranışlar uygulayarak meslek hayatından bezdirebilmektedir.⁵⁶ Bu bağlamda amirinden daha fazla başarı gösteren, sosyal imajı ile amir pozisyonundaki avukatı tehdit eden avukata amiri tarafından yapılan bezdiri; kendisinden daha genç olan bir avukatı kıskanarak kendisinin daha değerli ve vazgeçilmez olduğunu göstermek adına amirin mağdur avukata uyguladığı bezdiri; amir pozisyonunda bulunan avukatın kayırdığı gerekçesiyle kendisine aşırı güvenmesi ve bu cesaretle diğer çalışma arkadaşlarını meslek hayatlarından bezdirmesi hiyerarşik mobbinge verilecek örneklerdir.⁵⁷

B. Fonksiyonel (Yatay) Mobbing

Eşdeğerler arasında mobbing olarak da adlandırılan fonksiyonel mobbingde, mobbing uygulayan kişiler ile mağdurlar aynı konumda olan çalışma arkadaşlarıdır.⁵⁸ Yatay mobbing, kurum avukatlığında veya serbest avukatlık hizmeti verilen ofislerde avukatların birbirlerine olan kıskançlıkları ve çekememezlikleri, aralarındaki rekabet, ırkçılık sebebiyle meydana gelebilmektedir.⁵⁹

VII. Avukatlık Mesleğinde Maruz Kalınan Mobbingin Bireysel ve Örgütsel Etkileri

Avukatlık mesleğinde maruz kalınan bezdiriler neticesinde meydana gelen mobbingin sonuçları ve etkileri mobbingde rol alan kişiler bakımından farklılık arz etmektedir.

⁵⁵ Pınar Tınaz, "Çalışma Yaşamında Psikolojik Bir Dram: Mobbing", *Toprak İşveren Dergisi*, Sayı: 71, Eylül 2006, s. 4, 5.

⁵⁶ Tınaz, "Çalışma Yaşamında Psikolojik Bir Dram: Mobbing", s. 5.

⁵⁷ Tınaz, "Çalışma Yaşamında Psikolojik Bir Dram: Mobbing", s. 5, 6.

⁵⁸ Tınaz, "Çalışma Yaşamında Psikolojik Bir Dram: Mobbing", s. 6.

⁵⁹ Tutar, "İşyerinde Psikolojik Şiddet Sarmalı: Nedenleri ve Sonuçları", s. 106; Tınaz, "Çalışma Yaşamında Psikolojik Bir Dram: Mobbing", s. 7, 8.

Yapılan bezdiriler neticesinde, mobbing mağduru avukatların psikolojik dengeleri bozulmakta; hal böyle iken, bu duruma ek olarak tedavi ve ilaç masrafları çıkmakta ve meslek hayatında başarısızlığa uğrayarak işinden ayrılmış olan avukat olumsuz bir özgeçmişe sahip olmaktadır.⁶⁰ Yapılan çalışmalar ve deneylerle elde edilen sonuçlara göre, mobbing mağdurlarının kaygı, asabiyet, paranoya durumları yaşadıkları ve neticesinde değişken ruh haline girerek çaresizlik ve özgüven azlığı bulgularına şahit olunmuştur.⁶¹ Fiziksel olarak da sürekli yorgunluk hissi, çeşitli vücut ağrıları, sinirlilik, panik atak, hafıza ve uyku kaybı mobbing mağdurlarının sıklıkla yaşadıkları durumlarıdır.⁶² Mobbinge maruz kalan avukatlar çok sevdikleri avukatlık hizmetini yapmaktan çekinmekte, o şevk ve isteği kendilerinde bulamamaktadırlar.

Kurum avukatlığında veya serbest avukatlık hizmeti verilen ofislerde mobbing mağduru avukatların çalıştıkları kurum veya ofisten ayrılmaları neticesinde meydana gelen ekonomik problemler örgütsel yapılanma aleyhine de sonuç doğurmaktadır.⁶³ Başarılı ve deneyimli avukatların işyerinden ayrılmaları, işveren açısından hem müvekkil çevresinin kaybı hem de yeni işe alma masrafları anlamına geldiğinden yıpratıcı bir durum olacaktır.⁶⁴ Ayrıca işyerinde mobbing sebebiyle ayrılmalar söz konusu olduğunda, çalışmakta olan diğer avukatlar da sık sık hastalık izinleri almaya başlamakta, avukatların ofis içerisinde yaşadıklarını ofis dışında anlatmaları neticesinde ekip çalışması ve birliktelik ruhu da kaybolmaktadır.⁶⁵ Avukatlık mesleğinde çok önemli olan ofisin adının lekelenerek saygınlığın yitirilmesi durumunda müvekkil kaybı kaçınılmaz olacaktır.⁶⁶

⁶⁰ Şahin, "Mobbing Olgusuna Anatomik Bir Bakış: Üniversite Özelinde Vaka Analizi", s. 9.

⁶¹ Şahin, "Mobbing Olgusuna Anatomik Bir Bakış: Üniversite Özelinde Vaka Analizi", s. 9.

⁶² Şahin, "Mobbing Olgusuna Anatomik Bir Bakış: Üniversite Özelinde Vaka Analizi", s. 10.

⁶³ Tetik, "Mobbing Kavramı: Birey ve Örgütler Açısından Önemi", s. 86.

⁶⁴ Tetik, "Mobbing Kavramı: Birey ve Örgütler Açısından Önemi", s. 86.

⁶⁵ Şahin, "Mobbing Olgusuna Anatomik Bir Bakış: Üniversite Özelinde Vaka Analizi", s. 10.

⁶⁶ Tetik, "Mobbing Kavramı: Birey ve Örgütler Açısından Önemi", s. 86.

SONUÇ

Avukatlık, mahiyeti itibariyle kamu hizmeti ve serbest bir meslek olup, yargının kurucu unsurlarından olan bağımsız savunmayı serbestçe temsil etmektedir. Avukatların görevini gereği gibi yerine getirmesini fiilen engellemeye yönelik olarak gerçekleştirilen hukuka ve ahlaka aykırı psikolojik saldırılar neticesinde, kamu hizmetini sunmakla görevli olan avukatlar, üstlenmiş oldukları bu önemli vazifeyi layıkıyla yerine getirmekte zorlanmaktadır.

Mobbing süreci yönetim tarafından desteklendiğinde daha etkili sonuçlar doğurmakta ve mobbing uygulayanlar cesaretlenerek söz konusu vakaların sayıca artmasına sebep olunmaktadır. İşyerinde meydana gelen çatışmalar mobbingi tetiklemekte, liderlerin yetersizliği ve etkisizliği ise mobbing sürecine hız kazandırmaktadır. Bu süreçte farklı rollerde bulunan avukatların bir kısmı mobbingi uygulayan iken, bir kısmı mobbinge maruz kalmakta, bir kısmı da yapılan mobbingi izlemekle yetinmektedir.

Bu kapsamda, avukatların meslek yaşamlarında buldukları pozisyona, muhatap oldukları kişilere ve çalıştıkları yerlere göre maruz kaldıkları mobbingin uygulayıcıları, mağdurları ve izleyicileri farklılık göstermektedir. Serbest avukatlık faaliyeti yürüten avukatlar genellikle meslektaşları, hâkimler-savcılar ve adliye çalışanları tarafından mobbinge maruz kalırlarken; sigortalı olarak çalışan avukatlar çoğunlukla koordinatör avukat, çalışma arkadaşları ve alt pozisyonda bulunan diğer çalışanlar tarafından mobbinge maruz kalmakta; kurum bünyesinde avukatlık hizmeti veren avukatlar ise, hukukçu olmayan amirleri ve çalışma arkadaşları tarafından mobbinge maruz kalmakta; yine bayan avukatlar ve mesleğe yeni adım atmış olan stajyer avukatlar da küçük düşürücü, yıldırıcı, taciz edici muamelelere sıkça maruz kalabilmektedirler.

Hiyerarşik veya fonksiyonel mobbinge uğrayan avukatların psikolojik ve fiziksel dengeleri bozulmaktadır. Neticede, mobbing mağduru avukatlar maruz kaldıkları bezdiriler sonucunda kaygı, paranoya, asabiyet ve özgüven eksikliği yaşayarak çaresizlikle karşı karşıya kalmaktadırlar. Ayrıca fiziksel olarak da sürekli yorgunluk hissi, çeşitli vücut ağrıları, sinirlilik, panik atak, hafıza ve uyku kaybı mobbing mağduru avukatların sıklıkla yaşadıkları durumlardır. Kanaatimizce en önem-

lisi de, mobbinge maruz kalan avukatların çok sevdikleri avukatlık hizmetini mobbing sebebiyle yapmaktan çekinmeleri, mesleğe başladıkları andaki o şevk ve isteği bir daha kendilerinde bulamamalarıdır.

Kaynakça

- Altundış Mehmet, "Avukatın Düşüncelerini Olgun ve Objektif Biçimde Açıklama Yükümlülüğü", *Yasama Dergisi*, Sayı: 8, Ocak-Şubat-Mart-Nisan 2008.
- Anayasa Mahkemesi'nin 24.11.2004 tarihli, 2004/ 11 esas, 2004/ 93 karar sayılı kararı.
- Aydın Necmettin, Avukatlık Mesleğinin Niteliği, Genç Hukukçular Hukuk Okumaları ve Birikimler 1, Editör: Muharrem Balcı, Kurtiş Matbaacılık, İstanbul 17 Ekim 2003.
- Bölükbaşı Saffet Nezih, "Avukatların Mesleki Tutum ve Davranışları", *Ankara Barosu Dergisi*, Sayı: 2, 1969.
- Çakıroğlu Esin, Dilaver Tengilimoğlu, "Mobbing (Yıldırma) Davranışlarının Tıbbi Sekreterlerin Tükenmişliği Üzerine Etkisi", *Electronic Journal of Vocational Colleges*, BÜROKAN Özel Sayısı, Ağustos 2014.
- Erem Faruk, Meslek Kuralları - Şerh -, Ankara 1977.
- Erkal Atila, İdare Hukukunda Mobbing, Adalet Yayınevi, Ankara 2014.
- Ertuna Güneş Derya, Erdem Ertuna, "Yıldırma (Mobbing): Kuramsal Bir Çerçeve", *Uluslararası Akademik Yönetim Bilimleri Dergisi*, Cilt: 1, Sayı: 2, Bahar 2015.
- Gaziantep Barosu, Çalışma Yaşamında Kadın Sorunları ve Kadın Avukatların İş Hayatında Karşılaştıkları Sorunlar, TÜBAKKOM 1. Kadın Avukatlar Kurultayı, Yayına Hazırlayan: Aydın Barosu Kadın Hukuku Komisyonu, Ankara 21-22 Nisan 2012.
- Göregenli Melek, Temel Kavramlar: Önyargı, Kalıpyargı ve Ayrımcılık, Ayrımcılık Çok Boyutlu Yaklaşımlar, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, Derleyenler: Kenan Çayır Müge Ayan Ceyhan, İstanbul 2012.
- Gül Hasan, Aliye Ağıröz, "Mobbing ve Örgütsel Sinizm Arasındaki İlişkiler: Hemşireler Üzerinde Bir Uygulama", *Afyon Kocatepe Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, Cilt: 13, Sayı: 2, 2011.
- Gül İdil Işıl, Hukukta Ayrımcılık Yasağı, Ayrımcılık Çok Boyutlu Yaklaşımlar, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, Derleyenler: Kenan Çayır-Müge Ayan Ceyhan, İstanbul 2012.
- Hirigoyen Marie- France, Le Harce'lemet Moral, Paris: Editions La De'couverte et Syros, 1998.
- İbicioğlu Hasan, Münire Çiftçi, Seher Derya, "Örgütlerde Yıldırma (Mobbing): Kamu Sektöründe Bir İnceleme", *Organizasyon ve Yönetim Bilimleri Dergisi*, Cilt: 1, Sayı: 2, ISSN: 1309-8039 (Online), 2009.
- Kaya Ahmet, H. Ebru Erdost Çolak, "Yargı Mensuplarının Deneyimi ile Mobbing", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı: 118, 2015.
- Kayhan Fahrettin, "Avukatlık Kimliği ve Avukatın Yargı Sistemi İçindeki Yeri", *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl: 68, Sayı: 2010/3.

- Langenscheidt, Grosswörterbuch Deutsch als Fremdsprache, Berlin, München 2003.
- Leymann H., "The Content and Development of Mobbing at Work", *European Journal of Work and Organizational Psychology*, 5, 1996.
- Niedl Klauss, "Mobbing and Well-being: Economic and Personnel Development Implications", *European Journal of Work and Organizational Psychology*, Vol.: 5, N.: 2, 1996.
- Poussard Jale Minibaş, Meltem İ. Çamuroğlu, İş Yerinde Psikolojik Taciz (Mobbing): Kurbanlar ve Saldırganlar, Editör: Uzm. Psk. Tarık Solmuş, Endüstriyel Klinik Psikoloji ve İnsan Kaynakları Yönetimi (Kuramdan Uygulamaya İş Yaşamında Psikoloji), Beta Yayıncılık, İstanbul 2007.
- Şahin Muhittin, "Mobbing Olgusuna Anatomik Bir Bakış: Üniversite Özelinde Vaka Analizi", *Akademik Bakış Dergisi*, Sayı: 38, Eylül-Ekim 2013.
- Temizel Yavuz, "Mobbing ve Türk Hukuk Sistemindeki Yeri", *Adalet Dergisi*, Yıl: 2013, Sayı: 45.
- Tetik Semra, "Mobbing Kavramı: Birey ve Örgütler Açısından Önemi", *KMÜ Sosyal ve Ekonomik Araştırmalar Dergisi* 12 (18), ISSN: 1309-9132, Haziran 2010.
- Tınaz Pınar, "Çalışma Yaşamında Psikolojik Bir Dram: Mobbing", *Toprak İşveren Dergisi*, Sayı: 71, Eylül 2006.
- Tınaz Pınar, "İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing)", *Çalışma ve Toplum Ekonomi ve Hukuk Dergisi*, 2006/4 (11).
- Tutar Hasan, "İşyerinde Psikolojik Şiddet Sarmalı: Nedenleri ve Sonuçları", *Yönetim Bilimleri Dergisi* (2:2), 2004.
- Türel Nesrin Şalvarcı, Nilgün Dolmacı, "İş Yaşamında Kadın Çalışana Yönelik Ayrımcı Bakış Açısı ve Mobbing Üzerine Ampirik Bir Çalışma", *Ekonomi ve Yönetim Araştırmaları Dergisi*, Cilt: 2, Sayı: 2, Aralık 2013.
- Türk Dil Kurumu Sözlüğü, http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&arama=kelime&guid=IDK.GTS.75098ca6651f4.24319867, Erişim tarihi: 12 Mayıs 2016.
- Türkiye Barolar Birliği Disiplin Kurulu'nun 26.10.2014 tarihli, 2014/501 esas, 2014/707 karar sayılı kararı.
- Türkiye Barolar Birliği Disiplin Kurulu'nun 31.01.2015 tarihli, 2014/745 esas, 2015/77 karar sayılı kararı.
- Türkiye Barolar Birliği Disiplin Kurulu'nun 13.03.2015 tarihli, 2014/ 677 esas, 2015/ 198 karar sayılı kararı.
- Türkiye Barolar Birliği Disiplin Kurulu'nun 11.04.2015 tarihli, 2015/51 esas, 2015/281 karar sayılı kararı.
- Ulukapı Ömer, Avukatlık Mesleği Hakkında Genel Bilgiler, <http://www.ataaof.edu.tr/wp-content/uploads/AvukatlikVeNoterlik.pdf>, Erişim tarihi: 10 Mayıs 2016.
- Yılmaz Ejder, "Kamuda Çalışan Avukatlar", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt:57, Sayı: 3, 2008.

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DİSİPLİN KURULU KARARLARI IŞIĞINDA AHLAKİ AKTİVİST AVUKAT YAKLAŞIMI MORAL ACTIVISM APPROACH IN THE LIGHT OF THE DECISIONS OF THE UNION OF TURKISH BAR ASSOCIATIONS DISCIPLINARY BOARD

Nadire ÖZDEMİR*

Özet: Avukatlık meslek etiğinin tanımı, meslek kurallarına etik değerlerin dâhil edilip edilmeyeceğine göre hukuk merkezli veya ahlak merkezli yapılabilir. Ahlaki aktivizm yaklaşımı, avukatın müvekkilinden çok adalete karşı sorumlu olduğunun altını çizen ahlak merkezli yaklaşımlardan biridir. Bu makalede Türkiye Barolar Birliği Disiplin Kurulu kararları ışığında ahlaki aktivist avukat pratiğinin uygulamada nasıl yorumlanabileceğini tartışacağım.

Anahtar Kelimeler: Avukatlık Meslek Etiği, Ahlaki Aktivizm, Disiplin Kurulu Kararları

Abstract: Legal ethics can be law-centered or moral-centered, depending on including ethics in its definition. Moral activism, as a moral-centered approach, claims that a lawyer should have primary responsibility for justice prior to her client. This article aims to explain more about this approach in the light of the disciplinary decisions of the Union of Turkish Bar Associations.

Keywords: Legal Ethics, Moral Activism, Disciplinary Board Decisions

I. Giriş

Avukatlık meslek etiğine, avukatın temel sorumluluğunun neye veya kime karşı olduğu sorusu doğrultusunda farklı tanımlar getirmek mümkün. Avukatın en temelde ve öncelikli olarak müvekkilinin

* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Öğretim Elemanı

menfaati doğrultusunda hareket etmesi gerektiğini savunan avukatlık modelleri karşısında avukatın adaleti ve hakkaniyeti temel alarak hareket etmesi gerektiğini savunan görüşler vardır. İlişkisel avukatlık (*relational lawyering*) ve ahlaki aktivizm (*moral activism*) avukatlık pratiğine, genel etik kurallarını dâhil etmeyi öngören ve bu anlamda avukatın müvekkilinin menfaati dışında başka hususları da dikkate alması gerektiğini belirten yaklaşımlardan en temel ikisidir.¹ Bu makalede, bu temel görüşlerden ahlaki aktivizm yaklaşımı bağlamında Türkiye Barolar Birliği Disiplin Kurulu'nun internet sitesinde yer alan 2013-2016 tarihlerinde verdiği bazı kararları tartışacağım.² Söz konusu kararları, ahlaki aktivizm yaklaşımının temel prensipleri doğrultusunda ele alarak ahlaki aktivist pratiğin uygulamada nasıl yorumlanabileceğini göstermeye çalışacağım.

I. Ahlaken Sorumlu Avukat Yaklaşımından Doğan Ahlaki Aktivizm

Avukatın, müvekkilinin menfaati doğrultusunda hareket etmekle yükümlü olması ve bu anlamda "taraf" konumunda bulunması, meslek etiği açısından pek çok soruyu gündeme getirmiştir. Bu anlamda avukatın, müvekkili dışındaki kişilere karşı herhangi bir ahlaki³ sorumluluk hissetmeden davranması eleştiri konusu olmaya başlamıştır.⁴ 1975'te **Richard Wasserstrom**, avukatların mesleklerini icra ederken müvekkil çıkarlarını ne pahasına olursa olsun korumak adına ahlaka aykırı davranabildikleri noktasına dikkat çeker. Müvekkili karşısında avukatın, kendisine biçilen bu taraf konuma uygun olarak

¹ Christine Parker ve Adrian Evans, *Inside Lawyers' Ethics*, New York: Cambridge University Press, 2006, s. 18, s. 23.

² Makalede atıf yapılan bütün kararlara <http://www.barobirlik.org.tr/dkk> adresinden erişilebilir.

³ Bu makale kapsamında "ahlak" ve "etik" birbiri yerine geçerli kavramlar olarak kullanılmıştır. Her iki kavramla da kast edilmek istenen değer yargıları değil; evrensel değerlerdir. Ahlak kavramının farklı anlamları için bkz. Ioanna Kuçuradi, *Uludağ Konuşmaları: Özgürlük, Ahlak, Kültür Kavramları*, Ankara: Türkiye Felsefe Kurumu, 2014, ss. 23-42.

⁴ Paul R. Tremblay, "Moral Activism Manqué", *South Texas Law Review* 2002, Vol. 44, s. 128; Tremblay, Paul, "Critical Legal Ethics", *The Georgetown Journal of Legal Ethics*, 2006, Vol. 20, s.13.

ahlaki kaygıları bir kenara bırakıp, sadece o role uygun davranma kaygısı taşıdığını belirtir.⁵ **Wasserstrom**'a cevaben **Charles Fried** avukatın müvekkili dışındaki kişilere karşı sorumlu olmayacağını benimseyen klasik rolü savunur.⁶ Ona göre müvekkilini hukuk sınırları içerisinde korumak başlı başına ahlaki bir davranıştır ve avukat bu sınırlar dâhilinde ister istemez üçüncü kişilere zarar vermişse herhangi bir sorumluluk hissetmemelidir.⁷ **Fried**'in bu görüşlerini eleştiren **Gerald Postema** da tartışmaya katılır. **Postema** mesleki rollerin kişisel ahlaki değerlerden bağımsız olmaması gerektiğinin, bu anlamda aynı olayda sıradan bir vatandaşın etik açıdan duyacağı sorumluluğu avukatların da duyması gerektiğinin altını çizer.⁸

Avukatın ahlaken sorumluluğunu savunan bir diğer yazar da **William Simon**'dur. **Simon**, mesleki sorumluluğun, hukuku gözetecek davranmakla ilgili olduğuna ve bu anlamda avukat gibi düşünmenin/eylemenin yazılı meslek kurallarını uygulamanın ötesinde bir pratik olduğuna dikkat çeker.⁹ **Simon**'dan sonra tartışmaya avukatın ahlaken sorumluluğunu savunan, ve "ahlaki aktivizm" kavramının isim babası olan **David Luban** da katılır.

Luban'a göre ahlaki aktivist avukat, hukuk devleti karşısında ahlaki bir sorumluluk hisseder ve bu sorumluluğunu, müvekkilini adil davranmaya ikna etmeye çalışarak gerçekleştirme beklenir. Kâğıt üzerindeki hukukun pratikte anlama büründüğünü savunan **Luban**'a göre avukatların adil bir hukuku oluşturmada ve sürdürmede rolü büyüktür. **Luban**, aslında her avukatın bir anlamda 'hukuki realist'¹⁰ olduğunu ve hatta hukuki realizmin, avukatın hukuk felsefesi olduğunu

⁵ Richard Wasserstrom, "Lawyers as Professionals: Some Moral Issues", *Human Rights* 1975-1976, Vol. 5 ss. 3-7.

⁶ Charles Fried, "The Lawyer as Friend: The Moral Foundations of the Lawyer-Client Relation", *The Yale Law Journal* 1976, Vol. 85, s. 1066.

⁷ *Ibid*, s. 134.

⁸ Gerald J. Postema, "Moral Responsibility in Professional Ethics", *New York University Law Review* 1980, Vol. 55, s. 71.

⁹ William H. Simon, "Thinking Like a Lawyer, About Ethical Questions", *Hofstra Law Review* 1988, Vol. 27, ss. 6-11.

¹⁰ Hukuki realizm akımına dair daha ayrıntılı bilgi için bkz. Ülker Gürkan, *Hukuki Realizm Akımı*, Ankara: Sevinç Matbaası, 1967, ss. 106-111.

söyler.¹¹ Zira “hâkimlerin nasıl karar verdiği” meselesi gibi, “avukatların nasıl danışmanlık yaptığı” da hukuku şekillendirmek bakımından önemlidir ve bu yaklaşım, hukukun kâğıt üzerinde değil, uygulamada şekillendiğini savunan hukuki realistlerin görüşlerini ufak bir farkla sürdürmek anlamına gelir.¹² **Luban**’ın görüşünü, hukuki realistlerden ayıran, uygulamanın gerçekleştiği yerdir. Hukuki realistler hukukun uygulamada, dava esnasında şekillendiğini savunurken, ahlaki aktivist avukat pratiği mahkeme dışına çıkarak -avukat-müvekkil görüşmelerini de kapsayan- daha geniş bir uygulama alanına yayılmaktadır. Bu anlamda **Luban**, avukatlığın savunma hizmetinden çok danışmanlık hizmeti özelliğine vurgu yapar.¹³

Luban’ın kavramsallaştırdığı ahlaki aktivizm görüşü aktivist bir avukatı öngörür. Bu aktivizm, adaletin gerçekleşmesi adına çaba sarf etmesi anlamındadır. Ahlaki aktivizm insanları, kurumları ve hukuku adalete uygun şekilde değişime zorlayan bir avukatlık modelidir.¹⁴ Tüm bunların pratikte karşılığı da avukatlık mesleğinin sunduğu araçlar kullanılarak gerçekleşebilir. Örneğin avukat, müvekkilini adil olmayan taleplerinden vazgeçirme hususunda ikna etmeye çalışacak veya hukuk kurallarını yorumlarken formalist bir yaklaşımdan ziyade, adalet ve eşitlik değerini temele alan yorumlayıcı bir yaklaşımda davranacaktır.

Elbette, farklı ülkelerdeki hukuk sistemlerinin değişik özelliklerinden ve avukatlara sunulan araçların farklılığından kaynaklanan çeşitli ahlaki aktivist avukat pratiklerinden bahsetmek mümkündür. Teorinin orijinali Amerikan tipi avukatlığı temel alarak geliştirildiği için, avukatın müvekkiliyle olan ilişkisi veya avukatın en başta adaletin yanında yer aldığı gösteren örnekler de Amerikan hukukunu temel almaktadır. Ancak teori “avukatın ne pahasına olursa olsun müvekkilinin çıkarlarını savunması gerekir” önermesini eleştirerek

¹¹ David Luban, *Lawyers and Justice: An Ethical Study*, New Jersey: Princeton University Press, 1988, s. 19.

¹² David Luban, *Legal Ethics and Human Dignity*, Cambridge: Cambridge University Press, 2007, s. 131.

¹³ *Ibid*, s. 131-132.

¹⁴ Parkers ve Evans, ss. 28-29.

geliştirildiği için eleştiri noktası avukatlık mesleğinin özüne ve avukatlık pratiğinin amacının ne olduğuna dikkat çeker. Yukarıda temelini ortaya koymaya çalıştığım ahlaki aktivizm yaklaşımını Türkiye Barolar Birliği'nin çeşitli disiplin kararları kapsamında daha ayrıntılı değerlendirmek istiyorum. Böylece hem teorik bir meslek etiği yaklaşımının pratikteki bir olayı yorumlamada nasıl kullanılabileceğini göstermiş olmayı hem de anlatımda soyut kalan noktaları somut olay çerçevesinde daha iyi betimlemiş olmayı amaçlıyorum.

II. Türkiye Barolar Birliği Disiplin Kurulu Kararlarında Ahlaki Aktivist Avukatlık Pratiğinin İzleri

Türkiye Barolar Birliği Disiplin Kurulu kararlarından kimi örnekleri ahlaki aktivizm yaklaşımı kapsamında yorumlamak mümkün. Ayrıca, söz konusu Disiplin Kurulu kararlarının gerekçelerinde ahlaki aktivizm teorisinin izlerine rastlamak da mümkün. Bu başlık altında, yukarıda kısaca tarihsel gelişimini ve temel özelliklerini anlattığım teoriyi somut olaylar kapsamında yorumlayarak daha iyi ortaya koymayı amaçlıyorum. Öncelikle Disiplin Kurulu'nun kimi kararlarında belirgin olarak çizdiği avukatlık pratiğinin hangi meslek etiği anlayışı ve avukat modeliyle uyduğunu tartışacağım. Sonra da temel bir meslek kuralı olan sır tutma ilkesi kapsamındaki bir olayı ahlaki aktivist yaklaşımla ele alacağım.

A. Ahlak Merkezli Bir Meslek Etiği Yaklaşımında Avukatlık Pratiği

Türkiye Barolar Birliği Disiplin Kurulu kararlarının çoğunda sadece yazılı kurallara şeklen uymanın mesleki özeni ve güveni göstermekte yeterli olmadığını belirten bir meslek etiği yaklaşımının sergilendiğini söyleyebiliriz. Özellikle Avukatlık Kanununda ve Meslek Kurallarında geçen "özen", "doğruluk" veya "meslek onuru" gibi kavramların içini doldururken etik değerlere ister istemez atıf yapılmaktadır. Bu tutum, meslek etiğine hukuk merkezli bir tanım getirmekten ziyade ahlak merkezli yaklaşıldığının bir göstergesi olarak yorumlanabilir.

Hukuk merkezli yaklaşım, genel ahlak felsefesini hukuk alanından ayrı tutma çabasıdır ve meslek etiği disiplinini mesleki düzenleme ya da mesleki teamül kurallarıyla bir tutar.¹⁵ Bu yaklaşım, kesinlik, öngörülebilirlik ve uygulanabilirlik ölçütlerini ön planda tutarak, görelî ve sübjektif bir alan olarak kabul ettiği etiğin sınırlarını, kurallarla belirleme çabası içerisindedir.¹⁶ Etik merkezli yaklaşım ise kurallarda bulunmasa dahi etik değerleri mesleki pratiğe kazandırmayı amaçlar. Avukatın hem ahlaki anlamda iyi bir insan hem de iyi bir hukukçu olarak mesleğini nasıl icra edeceği sorusuna cevap arayan bu görüş, meslek kurallarını, ahlaki değerleri koruyarak mesleğini iyi bir şekilde icra etme amacının gerçekleştirilmesi için kabul edilmiş standartlar olarak görür.¹⁷ Ahlaki aktivist yaklaşım da bu ikinci görüşten beslenmektedir.

Disiplin Kurulu'nun ahlak merkezli yaklaşımı sergilediğini düşündüğüm kararlarından birinde şikâyetli avukatın eylemi sadece hukuka (kanunilik anlamında) uygunluğu bakımından değil; hakkaniyete uygunluğu açısından da değerlendirilmiştir.¹⁸ "Hakkaniyet" değerine atıf, meslek etiğine hukuk merkezli olmaktan ziyade ahlak merkezli yaklaşıldığının bir göstergesi olarak yorumlanabilir. Zira yukarıda da bahsedildiği üzere, ahlaki aktivist pratik, hukuk kurallarını yorumlarken formalist bir yaklaşımdan ziyade, adalet ve eşitlik değerini temele alan yorumlayıcı bir yaklaşım içerisindedir.

Yine, Türkiye Barolar Birliği Disiplin Kurulu'nun 2013 tarihli bir kararına¹⁹, konu olmuş disiplin soruşturmasında şikâyetli avukat savunmasında hukuk merkezli bir yaklaşımın temel alınması gerektiğini ve hukuka (kanuna) uygun olduğu müddetçe ahlaki değerlere atıfta bulunamayacağını belirterek "(...) hukuka uygun işlemin etik olup

¹⁵ Charles W. Wolfram, *Modern Legal Ethics*, Minnesota 1986, s. 68.

¹⁶ Parker ve Evans, s. 53.

¹⁷ Elliot D. Cohen, Michael David, Frederick A. Elliston (der.), *Ethics and the Legal Profession*, New York: Prometheus Books, 2009., s. 9.

¹⁸ "(...) tarihli sözleşmeler şeklen hukuka uygun kabul edilse dahi, bu sözleşmelerin hakkaniyete uygun olmadığı açık ve bu sözleşmenin uygulanmasında ısrarcı olmak avukatlık mesleğinin güven ilkesi ile bağdaşmaz." Bkz. Türkiye Barolar Birliği Disiplin Kurulu Kararı T. 24.1.2014, E. 2013/608, K. 2014/38.

¹⁹ T. 26.07.2013, Esas No. 2013/139, Karar No. 2013/565.

olmadığının ve meslek ahlakına uygun olup olmadığının tartışılmayacağını, olayda kasti bir durum olmadığını, masraf ve avukatlık ücretinin ayrı ayrı istenebileceğine dair içtihatlar ve örnekler bulunduğunu, suçsuz olduğunu”, söylemiştir. Ancak Barolar Birliği Disiplin Kurulu kararını hukuk merkezli yaklaşımdan ziyade ahlak merkezli bir yaklaşıma dayandırarak avukatın rolünün adaleti ve güveni sağlayıcı şekilde davranmak olduğunu ileri sürmüştür:

“Eylem, şeklen hukuka uygun olsa bile, ilamda yazılı aynı mahiyetteki iki alacak için iki ayrı takip yapılarak iki ayrı icra vekâlet ücreti tahsili meslek kurallarının ruhu ve kabul ettiği ilkelerle bağdaşmamaktadır. Avukat, yargı kararlarına uygun ise de toplumun önem verdiği moral değerlere ters ve avukatların kamudaki itibarını doğrudan ilgilendiren hususlarda daha dikkatli ve özenli olmak “avukatlar paradan başka hiçbir şey düşünmez gibi olumsuz bir imajın yaratılmasına” eylemleriyle katkıda bulunamazlar.

Çünkü avukatlık her şeyden önce bir kamu hizmetidir ve “avukat kamununun avukatlık mesleğine güveni” nin sarsılmamasını sağlayacak biçimde çalışmak zorundadır. (Avukatlık Yasası madde 34 ve TBB Meslek Kuralları madde 3)

Bazı davranışların yasalara uygunluğu yeterli mazeret sayılamaz. Avukat aynı zamanda “hukuka uygunluk” ölçüsüne de bağlıdır. (Av. Faruk Erem, Meslek Kuralları Şerhi, s. 46).”

Disiplin Kurulu, adalet, eşitlik ve insan hakları gibi değerleri gözetken ve meslek itibarını bu değerleri korumakla bir tutan bir avukat profili öngörmektedir. Öyle ki zorunlu müdafilikte dahi avukatın elinden geleni yapmamasını eleştirerek, “makul ölçüde inceleme ve savunma” gibi bir ölçütün olmayacağını belirtmektedir.²⁰

“Zorunlu müdafilikte, makul ölçüde inceleme ve savunma yapmak gibi bir ölçü asla kabul edilemez.

Avukatlık görev ve sorumluluğunu “savunma avukatlığı” (vekâletli avukatlık), “CMK avukatlığı”, (zorunlu avukatlık) olarak iki-

²⁰ Türkiye Barolar Birliği Disiplin Kurulu Kararı, T. 25.07.2015, E. 2015/336, K. 2015/578.

ye ayırıp, “avukat her iki halde farklı görev ve sorumluluk yönelik” demek Avukatlık Yasası ve TBB Meslek İlkelerini bir kenara itip, alınan ücrete göre savunma yapılabilir anlayışını doğurur. Böyle bir anlayış ne avukatlığın kutsallığı, ne de bağımsızlığı ilkeleri ile bağdaşır, sonuç olarak da “savunma hakkının kısıtlanması”na, “adil yargılanma hakkı” ilkelerinin ihlalline neden olur.

AİHM’nin Artico/İtalya davası ve birçok kararda bildirdiği üzere “...Sözleşme hakları, teorik veya sanal olarak değil, ancak pratik ve etkili bir biçimde güvence altına almayı amaçlamıştır. Bu durum, demokratik bir toplumda öncelikli olarak yer verilen adil yargılanma hakkının kapsamındaki savunma hakları bakımından özellikle geçerlidir. Sözleşmenin 6. maddesinin 3/c bendi “atama”dan değil, “yardım”dan söz etmektedir. Yalnızca avukat atanması yardımı etkili kılmaya yeterli değildir” gerekçesi ile atanan müdafiinin görevini eksiksiz yerine getirerek savunma hakkının kısıtlanmasına neden olunmaması için görevin etkinlikle yerine getirilmesi gerektiğini özellikle vurgulamaktadır.

Avukat “takdir mahkemenin” diyor, görev gereklerini yerine getirmiyorsa sadece atanmış, asıl olan yardım görevi yapılmamış olur. Avukatın öncelikli görevi Mahkemelerin işini “takdir mahkemenin” diyerek kolaylaştırmak değil, adil yargılanma hakkının tüm kurum ve kurallarla işlerlik kazanmasını sağlamak, yaşama geçirmek olmalıdır.

Avukatlar özen ve doğruluk kurallarına göre hareket etmek, özellikle insan haklarının yaşama geçirilmesinde duyarlı, ısrarcı olmak, kamunun inancını ve mesleğe güvenini sağlayacak biçimde sadakatle davranmak mesleğin itibarını sarsacak her türlü davranıştan kaçınmak zorundadır.”

Yukarıdaki karar, avukatın görevinin müvekkilini korumanın ötesinde; hukuk devleti açısından adil yargılanma hakkının işlerlik kazanması bakımından da önemli olduğunun altını çiziyor. Bu yorum, avukatlığın sadece tarafgir bir biçimde müvekkilin menfaatini korumak için değil; ahlaki aktivist bir pratiğe uygunluk doğrultusunda insan hakları ve adaletin harekete geçirilmesi adına yürütülmesi gerek-

tiği şeklinde de anlaşılabilir. Benzer yorumlara Disiplin Kurulu'nun birçok kararında rastlamaktayız.²¹

B. Mesleki Kurallar ve Etik İhlal

Ahlaki aktivist pratiğe ilişkin tartışmalar en çok meslek kurallarının yorumunda ve avukatların bu kurallara şeklen uyduğu halde birtakım etik ilkeleri ihlal ettiğinde kendini göstermektedir. Özellikle temel bir meslek kuralı olan sır tutma ilkesine sıkı sıkıya bağlılık kimi zaman pratikte üçüncü şahıslara zarar vermekle sonuçlanabilmektedir.

Avukatlığın 'güven' ilişkisi temelinde yürütülen bir meslek olmasının en güçlü temeli olan sır tutma ilkesi, müvekkilin, avukatına davaya ilişkin gerçekleri çekinmeden anlatabilmesi ve avukatın öğrendiği bilgiler kapsamında savunma yapabilmesi açısından önemlidir. Zira yanlış veya sınırlı bilgi eksik veya hatalı bir danışmanlığa veya savunmaya yol açabilir.²² Bu anlamda gizlilik, avukatın davaya hazırlanmadaki zihinsel sürecini de korur.²³ Hatta avukatın bu kural sayesinde, gizli tutulan bilginin üçüncü şahıslara zarar verip vermeyeceği muhasebesini yapmaktan da muaf tutulduğunu ileri sürenler vardır.²⁴ Ancak sır tutma ilkesinin böyle bir koruma sağladığı gerçekten savunulabilir mi? Özellikle ahlaki aktivist pratik kapsamında bu ilke nasıl ele alınabilir?

²¹ Bkz. Türkiye Barolar Birliği Disiplin Kurulu Kararları T. 16.01.2016, E. 2015/890, K. 2016/53; T. 30.01.2016, E. 2015/907, K. 2016/86; T. 28.03.2015, E. 2015/47, K. 2015/252; T. 08.02.2014, E. 2013/664, K. 2014/79; T. 23.03.2014, E. 2013/759, K. 2014/194; T. 03.05.2014, E. 2014/124, K. 2014/304; T. 29.08.2014 E. 2014/386 K. 2014/546; T. 13.09.2014, E. 2014/322, K. 2014/573; T. 28.09.2014, E. 2014/667, K. 2014/660; T. 26.10.2014, E. 2014/513, K. 2014/709; T. 22.11.2014, E. 2014/572, K. 2014/770.

²² Lee A. Pizzimenti, "The Lawyer's Duty to Warn Clients About Limits on Confidentiality", *Catholic University Law Review*1990, Vol. 39, s. 447.

²³ Heather Waldbeser ve Heather Degrave, "A Plaintiff's Lawyer's Dilemma: The Ethics of Entering a Confidential Settlement", *Georgetown Journal of Legal Ethics* 2002-2003, Vol. 16, s. 816.

²⁴ Lloyd B. Snyder, "Is Attorney-Client Confidentiality Necessary?", *Georgetown Journal of Legal Ethics* 2001-2002, Vol. 15, s. 506.

Kuşkusuz gizlilik, ahlaki aktivizm pratiği için gerekli olan ortamı sağlamada da en temel ilkelere birisidir. Müvekkilin bilgi aktarımını kolaylaştıran bu ilke, avukatın somut olayı tüm ayrıntılarıyla öğrenmesine ve yapacağı danışmanlık ve savunmanın üçüncü şahıslara zarar verip vermeyeceğini değerlendirmesine yardımcı olur. Gizlilik, en verimli ve elverişli bir hukuk danışmanlığına ortam hazırlar ve bu da uzun vadede adalete hizmet eder.²⁵ Ancak avukatın müvekkilin hukuka aykırı sırlarını öğrenmesi durumunda nasıl hareket edeceği sorusu ahlaki aktivistlerin geleneksel avukat rolüyle çatışan çözüm önerileriyle birlikte doktrinde tartışmaya açılmıştır. Bu tartışmayı somut bir olay üzerinden aktarmak için sır tutma ilkesiyle ilgili 18.09.2015 tarihli Disiplin Kurulu kararını²⁶ değerlendireceğim.

Karara konu olayda şikâyet edilen avukat, müvekkili olan 1985 doğumlu sanığın gerçek kimliği yerine 1989 doğumlu kardeşinin kimliğini kullandığını, dolayısıyla müvekkili yerine, müvekkilin kardeşinin suçu işlemiş gibi gösterildiğini bilmektedir. Ancak şikâyetli avukat savunmasında sır tutma kuralına sığınarak şöyle demiştir:

“Bana o tarihte haber geldi gittiğimde şahsın çocuk büroya gönderildiği söylendi şüpheli ile görüşmemizde gerçek adı Y.Ş. olduğu halde küçük kardeşi olan M.Ş. in ismini verdiğini bana söyledi, ifade alınırken de bu şekilde ifade alındı, ancak ifade alınmadan önce ben kendisine bunun suç olduğunu ortaya çıkarsa iftiradan dolayı ceza alacağını söyledim daha sonra ifade tutanağı düzenlendi. M.Ş. olarak ifadesi alındı tutanaklar buna göre düzenlendi. Saat 16.00,19.00 ve 19.30’da M.Ş. olarak kimlik bilgileri tutanağı geçirilmiş ben saat 20.00 de kimlik tespitinde hazır bulundum sanığın gerçek ismini biliyordum ancak sır saklama yükümlülüğüm olduğu için gerçek kimliğini orada açıklayamadım açıklasa idim bu kez ben riske girecektim ve baroda hakkımda soruşturma açılacak ve görevi ihmal ile suçlanacaktım”

Doktrinde, sır tutma ilkesine dair etik problemlere, hangi tür avukatlık modelini temel aldığınıza göre farklı çözümler önerilmektedir.

²⁵ William H.Simon, The Practice of Justice, A Theory of Lawyers’ Ethics, Massachusetts: Harvard University Press, 2000, s. 55.

²⁶ Esas No. 2015/514 Karar No. 2015/760.

Ne pahasına olursa olsun müvekkili koruyucu davranmayı öngören ve üçüncü şahıslara vereceği olası zararları hesaba katmayı önemsiz bulan tarafgir avukatlığı savunuyorsanız yukarıdaki avukatın savunmasını haklı ve yeterli bulabilirsiniz. Ancak ahlaki aktivizm yaklaşımı avukatın bu savunmasını kabul etmez. Zira işlenen bir hukuka aykırılığın avukatça bilinmesine rağmen gizli tutulması, hele de somut örnekteki gibi gizliliğe dayanarak üçüncü bir şahsın insan hakkını ihlale yol açmasının önlenmemesi ahlaki aktivist pratiğe ters düşer. Özellikle eğer işlenecek olan suç önlemenin tek yolu o sırrı açığa vurmaktan geçiyorsa avukatın aksi şekilde davranması düşünülemez.²⁷ Dolayısıyla eğer sır olası bir suç işlenmesine ilişkinse avukatın suçu önlemeye çalışmaması ve sır tutma ilkesine sadık kalarak susması gerektiği ileri sürülemez.

Ancak **Luban**, avukatın işlenecek olan bir suç ya da kabahati her zaman ve her koşulda önleme gibi bir ahlaki sorumluluğunun elbette olmadığını altını çizer. Buradaki kıstas, müvekkilin işleyeceğini söylediği suçun ya da kabahatin ciddiyeti ve niteliğidir.²⁸ Yukarıdaki olayda, sanığın kendi kimliğini gizleyerek kendinden daha küçük olan kardeşini suçu işlemiş gibi göstermesi kuşkusuz ciddi bir husustur. Avukat, savunmasında müvekkilinin eyleminin suç olduğu ve ortaya çıkarsa iftiradan ceza alacağı hususunda uyardığını belirtiyor. Ancak ahlaki aktivist yaklaşım kapsamında avukatın bu çabasını yetersiz olarak yorumlayabiliriz. Zira ahlaki aktivizm, avukatın, müvekkiliyle ahlaki bir diyaloga girmesini ve onu, başta adalet olmak üzere etik değerlere uygun davranmak hususunda ikna etmesi gerektiğini savunur. Avukat, müvekkil sırrının ne tür sonuçları doğurabileceğini öngörmeli ve ahlaki bir sorumluluk hissederek bu sonuçları önlemek adına müvekkilini ısrarla uymalıdır. Avukat, müvekkilini ikna edemediği bir durumda bile adaletsiz olan sonuca göz yummamalıdır. Avukatın, sır tutma ilkesi gibi kuralları da en nihayetinde adaleti

²⁷ Luban, 1988, s. 205.

²⁸ Örneğin kendisine hız limitini aşarak araba süreceğini anlatan müvekkil karşısında avukatın polisi arayıp ihbar etmesi aşırıya kaçmak olabilir. Ancak bir kimseyi, hızla sürdüğü arabayla ezerek öldürme planını anlatan müvekkilin ciddiyetini sezen avukatın sır tutma ilkesi altında susması kabul edilemez (Luban, 1988, s. 205).

koruma amaçlı uygulaması gerektiğini savunan ahlaki aktivizm yaklaşımı için mutlak bir sır tutma ilkesinden bahsedilemez. Dolayısıyla gerekirse söz konusu kurala uyulmayabilir. Zira avukatlık mesleğinin özü insan haklarını ve adil bir düzeni gözetmektir. Somut olayın koşulları bu hususu ihlal etmesine yol açıyorsa ilgili meslek kurallarına karşı sorgulayıcı bir tavır içerisinde olunmalıdır. Keza sır tutma ilkesi de en temelde insan onuru ve adalet gibi hukukun temel aldığı etik değerleri koruma amacıyla konulmuştur.

Türkiye Barolar Birliği Disiplin Kurulu da Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları m. 3 ve m. 4²⁹ ile Avukatlık Kanunu m. 34, 38/a ve m. 134'e³⁰ atıfta bulunarak şikâyet edilen avukatın meslek sırrı kuralı altında kendini savunamayacağını belirtmiştir. Yine de Disiplin Kurulu'nun "Avukatlar özen ve doğruluk kurallarına göre hareket etmek, kamunun inancını ve mesleğe güvenini sağlayacak biçimde sadakatle davranmak, koşullar ne olursa olsun gerçekçi olmak, müvekkil ısrarcı ise işi reddetmek zorundadır." şeklindeki gerekçesi ahlaki aktivizm açısından eleştirilebilir. Yukarıda belirttiğim üzere, ahlaki aktivist pratik avukatın işi reddetmekten ziyade müvekkilini ikna konusunda çaba göstermesi ve eğer çabaları sonuç vermezse ağır derecede adaletsiz sonucu önlemenin tek yolunun sırrı açığa vurmak olması durumunda bunu yapması gerektiğini savunur. Zira ilkelere bağlılık, korumayı amaçladıkları değerlerin zarar görmesiyle sonuçlanıyorsa ilkenin asıl amacına uygun bir eylemde bulunulmalıdır.

²⁹ Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları m. 3: "Avukat mesleki çalışmasını ve kamunun inancını ve mesleğe güvenini sağlayacak biçimde ve işine tam bir sadakatle yürütür".

Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları m. 4: "Avukat, mesleğin itibarını zedeleyecek her türlü tutum ve davranıştan kaçınmak zorundadır."

³⁰ Avukatlık Yasası m. 34: "Avukatlar, yüklendikleri görevleri bu görevin kutsallığına yakışır bir şekilde özen, doğruluk ve onur içinde yerine getirmek ve avukatlık unvanının gerektirdiği saygı ve güvene uygun biçimde davranmak ve Türkiye Barolar Birliğince belirlenen meslek kurallarına uymakla yükümlüdürler".

Avukatlık Yasası m. 38/a: "Avukat; Kendisine yapılan teklifi yolsuz veya haksız görür yahut sonradan yolsuz veya haksız olduğu kanısına varırsa (...) teklifi reddetmek zorunluluğundadır."

Avukatlık Yasası m. 134: "Avukatlık onuruna, düzen ve gelenekleri ile meslek kurallarına uymayan eylem ve davranışlarda bulunanlarla, mesleki çalışmada görevlerini yapmayan veya görevinin gerektirdiği dürüstlüğe uygun şekilde davranmayanlar hakkında bu kanunda yazılı disiplin cezaları uygulanır."

IV. Sonuç

Avukatlık meslek kurallarının nasıl yorumlanacağı nasıl bir avukatlık profili öngörülmesiyle yakından ilişkilidir. Ahlaki aktivist pratiğin de beslendiği ahlak merkezli bir meslek etiği yaklaşımında etik değerler mesleki pratiğe kazandırılmaya çalışılır. Özellikle adalet ve insan hakları, ahlaki aktivist avukatların mesleklerini icra ederken müvekkil çıkarlarının dahi üstünde tuttıkları değerlerdir. Ahlak merkezli yaklaşım, meslek etiği kurallarının konma amacının da bu değerleri korumak olduğu varsayımını taşır. Dolayısıyla, adaletsiz bir sonuca yol açması durumunda kuralın ihlalini, örneğin yukarıda sırt tutma kuralı kapsamında tartıştığım gibi meslek sırrının açığa vurulmasını kabul edebilir. Bu anlamda ahlaki aktivist pratik, soyut normlara bağlılığın, somut olaylarda yol açacağı olası adaletsiz sonuçların farkında olmayı ve bu anlamda her tek durum için ayrı bir değerlendirme yapmayı öngörür.

Kaynakça

- Cohen Elliot D., Michael David, Frederick A. Elliston (der.), *Ethics and the Legal Profession*, New York: Prometheus Books, 2009.
- Fried Charles, "The Lawyer as Friend: The Moral Foundations of the Lawyer-Client Relation", *The Yale Law Journal* 1976, Vol. 85, ss. 1060-1089.
- Gürkan Ülker, *Hukuki Realizm Akımı*, Ankara: Sevinç Matbaası, 1967.
- Kuçuradi Ioanna, *Uludağ Konuşmaları: Özgürlük, Ahlak, Kültür Kavramları*, Ankara: Türkiye Felsefe Kurumu, 2014.
- Luban David, *Lawyers and Justice: An Ethical Study*, New Jersey: Princeton University Press, 1988.
- Luban David, *Legal Ethics and Human Dignity*, Cambridge: Cambridge University Press, 2007.
- Parker Christine; Adrian Evans, *Inside Lawyers' Ethics*, New York: Cambridge University Press, 2006.
- Pizzimenti Lee A., "The Lawyer's Duty to Warn Clients About Limits on Confidentiality", *Catholic University Law Review* 1990, Vol. 39, ss. 441-490.
- Postema Gerald J., "Moral Responsibility in Professional Ethics", *New York University Law Review* 1980, Vol. 55, ss. 63-89.
- Simon William H., "Thinking Like a Lawyer, About Ethical Questions", *Hofstra Law Review* 1988, Vol. 27, ss. 1-12.
- Simon William H., *The Practice of Justice, A Theory of Lawyers' Ethics*, Massachusetts: Harvard University Press, 2000.

Snyder Lloyd B., "Is Attorney-Client Confidentiality Necessary?", *Georgetown Journal of Legal Ethics* 2001-2002, Vol. 15, ss. 477-526.

Tremblay Paul R., "Moral Activism Manqué", *South Texas Law Review* 2002, Vol. 44, ss. 127-183.

Tremblay Paul. R., "Critical Legal Ethics", *The Georgetown Journal of Legal Ethics*, 2006, Vol. 20, ss. 1-33.

Waldbeser Heather; Heather Degrave, "A Plaintiff's Lawyer's Dilemma: The Ethics of Entering a Confidential Settlement", *Georgetown Journal of Legal Ethics* 2002-2003, Vol. 16, ss. 815-826.

Wasserstrom Richard, "Lawyers as Professionals: Some Moral Issues", *Human Rights* 1975-1976, Vol. 5, ss. 1-24.

Wolfram Charles W., *Modern Legal Ethics*, Minnesota: West Publication, 1986.

ŞİRKET ETİĞİ YA DA İTİBAR YÖNETİMİ PROJESİ: HAKLAR VE HUKUK BAĞLAMINDA KURUMSAL SOSYAL SORUMLULUK

COMPANY ETHICS OR REPUTATION MANAGEMENT PROJECT:
CORPORATE SOCIAL RESPONSIBILITY
IN THE CONTEXT OF RIGHTS AND LAW

Fatih KESKİN*

Özet: Ortaya çıkışından itibaren başlarda onaylanmayan kurumsal sosyal sorumluluk; literatürde şirket etiği, ardından sosyal paydaşlara yönelik sorumluluk bilinci veya itibar yönetiminin bir parçası olarak ele alınmıştır. Ancak kavram, 1990'lardan sonra giderek daha yoğun bir biçimde şirketlerin insan hakları kavrayışları etrafında incelenmeye, küreselleşmenin dayattığı ekonomik politik koşullar altında inşa edilmeye çalışılan normlar çerçevesinde çözümlenmeye başlanmıştır. Devamında devletin ve devlet üstü kurumların rol ve etkileri, uluslararası şirketlerin getirilmeye çalışılan evrensel düzenleyici kodlara yönelik tepkileri de ilgi alanına girmiştir. İzleyen dönemde ise özelin kendini yönlendirme çabaları ve insan hakları konusunda geliştirilmeye çalışılan perspektifler değerlendirilmeye alınmıştır. Bu çalışma söz konusu bu süreci, küresel pazarın genişlemesinin yarattığı olumsuz izleri yumuşatma vaadi olarak kurumsal sosyal sorumluluk kavrayışı bağlamında sunmayı amaçlamaktadır.

Anahtar Kelimeler: Kurumsal Sosyal Sorumluluk, Uluslararası Hukuk, Uluslararası Şirketler, Küreselleşme, İnsan Hakları

Abstract: Corporate Social Responsibility that has not been approved since it's inception, is considered as company ethics, then part of responsibility awareness or reputation management for social stakeholders in the literature. But the concept has begun to be resolved in the framework of norms that are not being examined around the conceptions of companies' human rights, and are being tried to be built under the economic political conditions imposed by globalization more and more intensively especially after 90's. Afterwards, the role and impact of state and supra-state institutions and the reaction of international companies to the universal regulatory codes are also have become a concern. In the following period specific self-directed efforts and perspectives to develop human rights were taken into consideration. This article aims to present this process in the context of institutional social responsibility conception as a promising alleviation of negative traces created by the expansion of the global market.

Keywords: Corporate Social Responsibility, International Law, International Corporations, Globalization, Human Rights

* Doç. Dr., Ankara Üniversitesi İletişim Fakültesi

Giriş

1990'lı yıllardan itibaren şirketlerin insan haklarına ilişkin kavrayışları ele alınmaya başlanmıştır. Şirketlerin özellikle toplumsal ve ekonomik sorumluluklarına dair bu kavrayışları “resmi kodlar” veya “özel kodlar” (sivil düzenlemeler) aracılığıyla ele alınmaya çalışılmıştır. Bu uğraşlar aynı zamanda bir yanda devletin ekonomiyle ilişkileri diğer yanda devletlerin şirketlerle, şirketlerin de insan haklarıyla bağlantıları konusundadır. Dolayısıyla buradan Kurumsal Sosyal Sorumluluk (Corporate Social Responsibility, CSR), Kurumsal Yurttaşlık (Corporate Citizenship) ya da Kurumsal Sorumluluk (Corporate Responsibility) gibi betimlemeler ortaya çıkmıştır.¹ Sözü edilen bu erdemli çabalara karşılık genellikle şirketlerin kendi anlayışlarına, gönüllüğe, etiğe, dış dayatmaların sakıncalarına ve ekonomik gelişmişliğin sürdürebilmesinin gerekliliğine dayanan itirazlar yükselmiştir. Oysa ekonominin, politikanın, ekolojinin, hukukun keşiştiği bu konunun yaygınlaşmasında bir yanda Uluslararası Af Örgütü (Amnesty International) gibi kuruluşların 1990'ların başından itibaren ekonominin insan haklarını gözetmesi yönündeki beklentilerinin, diğer yanda da şirketlerin dâhil oldukları büyük skandalların yol açtığı hayal kırıklıklarının etkisi büyük olmuştur. Şirketlerin yol açtığı insan hakları ihlalleri; sağlıktan, çevreye, cinsel suiistimalden bölge insanlarının haklarının zedelenmesine, çalışma ve sendikal hakların kabul edilmemesinden işkenceye kadar uzanırken; insan haklarına, özellikle de ekonomik ile toplumsal hakların önemine vurgular artmıştır. Şirketlerden daha çok sorumluluk üstlenmeleri ve özellikle küresel çaptaki faaliyetlerinde bağlayıcı kurallara uymaları yönünde talepler yüksel-

¹ Türkiye’de bu konuda yazılmış bir literatür bulunmaktadır. Ancak bu literatürün bir kısmı kurumsal sosyal sorumluluğu etik ve sorumlu davranış, bir kısmı kurumsal yurttaşlık diğer bir kısmı ise belirli meslek gruplarının ahlaki yaklaşımı bağlamında ele almıştır. Bu ele alıfta genellikle marka imajına, uygulama örneklerine, yönetsimsel kültüre ve halkla ilişkilere odaklanılmıştır. Bakınız örneğin Coşkun Can Aktan (edit.), Kurumsal Sosyal Sorumluluk, İşletmeler ve Sosyal Sorumluluk, İGİAD Yayınları, İstanbul 2007; Tuğçe Gürel Boran, Türkiye’den Uygulama Örnekleriyle Kurumsal Sosyal Sorumluluk, 3. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2016. Buna karşılık insan hakları ve uluslararası örgütlerin yürüttüğü düzenlemeler konusunda çok daha sınırlı çalışma mevcuttur. Bakınız Ali Ercan Özgür (Yayına Hazırlayan), İşyerinde İnsan Hakları Rehberi, 2014; Coşkun Can Aktan, İstiklal Y. Vural, Kurumsal Sosyal Sorumluluk (Uluslararası Kuruluşlar ve Hükümet-Dışı Organizasyonlar Tarafından Sürdürülen Başlıca Girişimler), Çimento İşveren, 2007, s.4-21.

miştir. Sosyal sorumluluğa, şirketlerin toplumsal sorumluluk anlayışına, küresel ekonomilerde insan haklarının önemine ve uluslararası yönlendirici prensiplere odaklanan bu çalışma, şirketlerin yalnızca ulusal ve uluslararası yasaları korumakla değil, aynı zamanda insan haklarını risk altına sokabilecek kararlardan ve eylemlerden kaçınma yükümlülüğünde olmaları gerektiğine işaret etmekte, bağlayıcı ve düzenleyici normların öneminin altını çizmektedir.

Sorun Patikalarının Keşfi

Ekonomi ve insan hakları konusu şirketlerin toplumsal sorumluluğu (*kurumsal sosyal sorumluluk*) hakkındaki söylemde giderek daha merkezi bir rol almaktadır. Bu söylem, küreselleşme temelindeki gelişmeler bağlamında 1990'larda oluşmaya başlamıştır. Küreselleşmeyle birlikte ekonomik politik paradigmalarda yaşanan dönüşümlerin gücün/iktidarın merkezi özelliğini erozyona uğrattığı ve uluslararası şirketlerin önemini arttırdığı ifade edilmiştir. Ekonominin ve toplumun neoliberal dönüşümünün eşlik ettiği bu süreç sonunda Joachim Hirsch'in sözleriyle "toplumsal eşitsizlik, küresel ve ulusal ölçeklerde anlamlı bir artış"² göstermiş, şirketler özellikle de uluslararası faaliyet gösterenler gücün/iktidarın ana aktörlerinden biri haline gelmiştir. Kapsayıcı özelleştirme uygulamaları ve uluslararası şirketlerin artan bağımsızlığı, demokratik olarak denetlenmeyen hükümet dışı organizasyonların da dâhil olduğu devlete ait olmayan aktörlerin etkisini artırmıştır. Ancak bu "küresel şirketlerin genelde de şirketlerin güçlenmesi ile sıradan insanların politik açıdan önemlerinin azalması arasında doğrusal bir ilişki" oluşmasına³ yol açmıştır. Şirketler yalnızca güce/iktidara müdahil olma, kendilerini ilgilendiren konularda politikayı etkileme olanağına kavuşmamış, aynı zamanda ilgili düzenlemeleri çıkarlarına uygun bulmadıklarında yatırımlarını sonlandırma tehdidini sıkça kullanmaya başlamışlardır.

Çoğunlukla batılı post-endüstriyel devletlerde kurulmuş ancak dünyanın farklı coğrafyalarında konumlanmış olan bu şirketler gö-

² Joachim Hirsch, "Das Ende der liberalen Demokratie", linksnetz. www.links-netz.de/K_texte/K_hirsch_postdemokratie.html, 2005. Erişim Tarihi: 12.3.2017

³ Colin Crouch, Post Demokrasi, Çeviren: Emre Yıldırım, Polity Press, Londra 2004, s.26.

rünüşte insan haklarının korunması için gerekli hukuksal sorumlulukları kabul etmektedir. Bununla birlikte devletler devamlı olarak şirketlerin faaliyetlerini kendi ülke sınırları dışında denetlemenin güç olduğunun altını çizmekte, şirketler de başka ülkelerdeki yatırımlarında ve faaliyetlerinde hukuka uyma konusunda kendilerine daha özgür ve esnek alan yaratmaktadır. İnsan haklarının ve çalışma standartlarının büyük ölçüde zedelendiği az gelişmiş ülkelerde ise ekonomik gereklilikler, güçsüz hükümetler, kültürel kabuller ya da yozlaşmış seçkinler nedeniyle etkin müdahalelerde bulunmak giderek güçleşmektedir. Dahası bilinçli bir şekilde hükümetler yabancı yatırımcıları çekmek için rekabet üstünlüğü amacıyla düşük işi ve toplumsal koşulları kullanılmaktadır.

Bu ortamda özellikle uluslararası şirketlerin sınırları aşan faaliyetlerinin düzenlenmesiyle ilgili bir dizi örgüt meşgul olmaktadır. Birkaç on yıldır Uluslararası Çalışma Örgütü (International Labour Organization, ILO), Ekonomik Kalkınma ve İşbirliği Örgütü (Organization for Economic Cooperation and Development, OECD) Komiteleri, Birleşmiş Milletler (United Nations, UN) ve yakın zamanda Uluslararası Standartlık Örgütü (International Organization for Standardization, ISO) ve Avrupa Birliği (European Union, EU) sayılabilir. Bu örgütlerin çabaları dışında şirketler kendi özgür iradeleriyle kurumsal sosyal sorumluluk adıyla bir kavrayış geliştirmişlerdir. Ekonomik aktörlerin kendilerine yükledikleri yükümlülüğün gereği olarak şirketler yasal zorunlulukların dışında toplumsal ve ekolojik meseleleri gözetmeyi vaat etmektedir. Böylelikle resmi ve yasal bir zorunluluğa gerek duyulmadan "ticari vaka" (business case) vurgusu yapılmakta, sorunların büyümeden çözülebileceği yönünde umut vaat edilmektedir. Ancak şirketlerin "kendi kendilerini terbiye etme" çabalarını bir pazarlama taktiği, itibar yönetimi projesi olarak tanımlayanların sayısı da bir hayli fazladır.

Kavramsal Çerçevenin Konumlandırılması

1970'lerin başında New York Times Magazine'de Milton Friedman çok yankı uyandıran bir yazıyı kaleme alarak şirketlerin kime hizmet ettiği yönünde bir soru sormuştur. Bu soruyu "şirketlerin toplumsal sorumluluğu, kârlarını artırmaktır" biçiminde yanıtlarken,

neredeyse aynı tarihte Uluslararası Tekstil, Giyim ve Deri Çalışanları Örgütü(International Textile, Garment and Leather Workers, ITBLAV) başkanı da uluslararası ticaret anlaşmalarında toplumsal haklara dair özel hükümler konulmasını talep etmiştir. Buna göre Uluslararası Çalışma Örgütü'nün devletlerarası hukuku bağlayıcı normlarına uyulması çağrısı yapılmıştır.

Kuramsal yöneliminde bireysel tercihlerin özerkliğinden hareket eden Friedman özgürlüğü, kişisel çıkarların sınırsızca peşinden gidebilme olarak tanımlamış ve bunda toplumsal yararı görmüştür. Bu çerçevede bireysel ve toplumsal sorumluluk arasında bir ayrım yapmış, her iki kavrayışı ideolojik olarak farklı cephelere yerleştirmiştir. Buna göre ancak bireyler sorumluluğun taşıyıcıları olabilmekte, şirketlere ise böyle bir görev yüklenmemektedir.⁴ Yöntemsel bireyciliğe (methodological individualism) bağlılığı Friedman'ı şirketleri her tür sorumluluktan muaf tutmasına ve yalnızca bireyleri bu konuda yetkili görmesine yol açmıştır. Elbette özel kişiler olarak şirket yöneticilerinin de sorumluluk üstlenebilme olanağı bulunmakla birlikte Friedman onları da sorumluluk alanından dışlamış, yöneticilere şirket hedeflerini en üst düzeye çıkarma ve toplumsal eylemlerde olabildiğince yasal çerçeveye uyma görevini yüklemiştir. Friedman'ın şirketlerin toplumsal sorumluluğunu reddetmesinin bir diğer gerekçesi piyasa rekabetinin koşullarıdır. Buna göre rekabet ortamında şirketler ya daha iyi ürünler üretmek ya da benzer ürünleri daha uygun fiyatta sunmak durumundadır. Friedman bunlardan herhangi birini ihmal eden ve yalnızca toplumsal sorumluluğa yönelen şirketlerin kısa veya uzun vadede piyasadan yok olacağını belirtmiştir.

Friedman radikal ekonomik programını, serbest sözleşme temelinde ticareti yalnızca piyasa mekanizmalarının işleyişi açısından değil, tersine bütün toplum için kurucu unsur olduğunu ileri sürerek bilimsel olarak gerekçelendirmeye çalışmakta. Bu piyasa prensiplerinin yaygınlaşması çıkarı doğrultusunda özel mülk sahiplerinin toplumsal sorumluluk üstlenmemelerini tavsiye etmekte-bununla birlikte eğer birey yine de iyi bir şey yapmak isterse bunun kendi bileceği me-

⁴ Björn Görder, "Milton Friedmans Freiheitsverständnis", Perspektiven der Ethik 6, Mohr Siebeck, 2014, s. 131-135.

sele olduğunu belirtmektedir: “İyi şeyler yapabilirler ancak yalnızca kişisel harcamalarıyla”.⁵

Friedman’ın bir bakıma ekonomik liberal “sorumluluk almama manifestosu”nu ileri sürdüğünü söylemek mümkün. Bu manifestoda yukarıda belirtildiği gibi şirketler, piyasaya ya da kurumsal amaçlarına aykırı olmamak koşuluyla, politik sistemin yasaları kadar toplumun “ahlaki kültürüne” de dikkat etmeleri tavsiye edilmektedir. Bu argümanlarla Friedman kurumsal sosyal sorumluluğa ilişkin şirket davranışı ve hukuka bakışla ilgili ileriki yıllarda derinleşecek tartışmaların fitilini ateşlemiştir. Dahası küreselleşme ve yeni sağ ekonomik politikalar Friedman’ın “ortak çıkarı” gözetmeyen piyasa modelini yüceltmıştır. Ancak aynı politikalar diğer yanda kapitalizmin “acımasızlaşmasına”, toplumsalın aşınmasına, uluslararası şirketlerin etkisiyle bir yanda küresel piyasalar diğer yanda ulusal düzlemdeki düzenlemelerde dengesizliğin ve eşitsizliğin yükselişine neden olmuştur. Dahası ortaya çıkan çeşitli skandallar ve ihlaller bu asimetrisinin çözümlenmeden sürdürülebilir ekonomik gelişimin güvence altına alınamayacağı sonucunu doğurmuştur.

Böyle bir ortamda stratejik ve operasyonel bir etkinlik olarak kurumsal sosyal sorumluluk kavramı güçlü bir biçimde gündeme getirilmiş “kurumsal yurttaşlık”la ilişkili bir biçimde ele alınmaya başlanmıştır. İşletme uzmanlarının, yönetim bilimcilerin, sosyal psikologların, iletişimcilerin, hukukçuların gözetiminde kurumsal sosyal sorumluluk şirketleri birincil hedefleri ve üretimsel etkinlikleri dışlamadan toplumsal sorumluluklarını hatırlatmıştır. Bu doğrultuda bilimsel teorilerden, farklı disiplinlere ait kuramlardan da destek alınmıştır.

(Kurumsal sosyal sorumluluğa dair ç.n.) yönetsel etkinlikleri bilimsel olarak haklılaştırmak için Steinmann ve Schreyögg, Habermas’ın eylem teorisinden uyarlanan “iletişimsel rasyoneliteyi” kullanmışlardır. Yönetim teorisine bütünleştirme ve şirket eylemlerinin başarısına katkı sağlama ya da piyasanın veya gücün temellendirdiği farklı eşgüdüm biçimlerini reddetme amacıyla yararlanılmıştır. Şirketlerin uzlaşılı yönelimli eylemlerden vazgeçemeyeceği ve en önemli kaynağın insan

⁵ Luise Görge, Ulf Kadritzke, “Corporate Social Responsibility – vom Reputationsmanagement zum politischen Projekt”, Prokla, Verlag Westfaelisches Dampfboot, Heft 164, 41. Jg., 2011, Nr. 3, s. 462.

olduğu (...) üzerine gerekçelendirilmektedir. Dolayısıyla şirketler diyalojik süreçlerde ilgili tarafların onayıyla birlikte kendi kararlarını alabileceklerini deneyimlemekteler. Bu bakış açısında şirket kârı gerekli olmakla birlikte daima en kısa yoldan ulaşılabilen bir şey olarak kabul edilmemektedir (...) Daha çok katılım ve anlam üreten çalışmalar insanları şirketlere bağlamaktadır.⁶

Böylelikle bir anda sosyal sorumluluk literatüre gelişmiş, önce reddedilen ardından yalnızca skandallara yanıt verme biçiminde işleyen şirket etiğinden farklı bir kurumsal sosyal sorumluluktan bahsedilmeye başlanmıştır. Şirketlerin yatırımcılarına karşı sorumluluğu yerini ilk olarak paydaşlara sonrasında da bütün topluma karşı ekonomik performans dışında toplumsal etkinliklerde bulunma görevine bırakmıştır.⁷

Bu kavrayışsal değişimi bir tür “tepki” olarak yorumlayan Avrupa Birliği, 2001 yılında çıkardığı Yeşil Kitap’ta (Green Book EU) kurumsal sosyal sorumluluğu, “giderek daha çok şirketin artan toplumsal, ekonomik ve ekolojik baskıya karşı sosyal sorumluluk içinde hareket ettiği tepki” biçiminde tanımlamıştır. Daha dolayimsız bir tanıımı ise Avrupa Komisyonu yapmıştır. Buna göre, somut olarak kurumsal sosyal sorumluluk “gönüllük esasına göre toplumsal menfaatleri ve çevresel menfaatleri şirket faaliyetleriyle ve paydaşlarla olan karşılıklı ilişkileriyle birleştiren, şirketlerin dayanağı olarak kullanılan kavrayıştır”.⁸ Devamında toplumsal olarak sorumlu olmak “insan sermayesine, çevreye, diğer sosyal paydaşlara daha fazla yatırım yapmak” anlamında değerlendirilmiştir.⁹

⁶ Görges Luise, Kadritzke Ulf, “Corporate Social Responsibility – vom Reputationsmanagement zum politischen Projekt”, Prokla, Verlag Westfaelisches Dampfboot, Heft 164, 41. Jg., 2011, Nr. 3, s. 464.

⁷ Thomas Loew, Kathrin Ankele, Sabine Braun, Lens Clausen, Bedeutung der internationalen CSR-Diskussion für Nachhaltigkeit und die sich daraus ergebenden Anforderungen an Unternehmen mit Fokus Berichterstattung, Berlin-Münster 2004, s. 19; Luise Görges, Ulf Kadritzke, “Corporate Social Responsibility – vom Reputationsmanagement zum politischen Projekt”, Prokla, Verlag Westfaelisches Dampfboot, Heft 164, 41. Jg., 2011, Nr. 3, s.465.

⁸ Aktaran Thomas Loew, Kathrin Ankele, Sabine Braun, Lens Clausen, Bedeutung der internationalen CSR-Diskussion für Nachhaltigkeit und die sich daraus ergebenden Anforderungen an Unternehmen mit Fokus Berichterstattung, Berlin-Münster 2004, s.26.

⁹ Aktaran Georg Müller-Christ, Annike Rehm, Corporate Social Responsibility as Giving Back to Society, LIT Verlag, Berlin 2010, s.22.

Karşılık göremeyen bir iyiliksever çabadan yatırımcı ilişkilerine, “yatırımcıyla sınırlandırılan ilişkilerden sosyal paydaşlara yönelime”¹⁰ sosyal paydaşlardan çevreyi korumak amacıyla kaynakları koruyucu ekonomiler anlamında “çevresel sorumluluğa”¹¹ geçiş yapan kurumsal sosyal sorumluluk günümüzde şirketlerin değer yaratma süreçlerinde neden oldukları bütün toplumsal ve ekolojik yan etkileri kavramaları olarak ele alınmaktadır. Bu açıdan bakıldığında kurumsal sosyal sorumluluk şirketlerin suskunluk ya da reddetme süreçlerini aştıktan sonraki etik kodların yetersizliğini görmeleri sonucunda etkinleştirilen, toplumdan gelen ahlaki eleştirilere bir yanıt ve kapitalist rasyonalite mitosunu aşan bir eklemelemedir.

Elbette bu kavramsal değişim tesadüfi bir biçimde oluşmamıştır, tersine küresel şirketlerin kamusal eleştiri ve skandalara yönelik bir yanıtı bir biçimde okunmalıdır. Küresel şirketlerin faaliyetlerinin etkilerinin giderek daha açık bir şekilde ortaya çıkmasıyla ve protesto hareketlerine ifade katmasıyla birlikte eleştiri odağındaki yapıların toplumsal meşruluk sorunsalına yönelik zekice, yoğun ve saldırgan bir çalışma stratejisinin, itibar ve risk yönetiminin bir parçasıdır. Bu nedenle kaçınılması güç bu yönetsel stratejinin gönüllülük esasına göre bir iyi niyet göstergesi olarak kalması ya da yaptırımı olmayan genel normlar olarak kabul görmesi amaçlanmıştır.

Kurumsal Sosyal Sorumluluğa Dair Norm Geliştirme ve Düzenleme Türleri

“Küreselleşme” olarak tanımlanan ve birkaç onyıdır toplumsal yaşamı belirleyen süreç, Karl Polanyi’nin “çift hareket”(double movement) olarak teşhis ettiği anlamda bir gelişmeye neden olmuştur. Buna göre bir yanda 1980’ler ve 1990’lar boyunca küresel ekonomi ve uluslararası ticaret konusunda devlet ama özellikle de devlet üstü kurumların düzenleyici çabaları söz konusudur. Diğer tarafta ise, 1990’lardan itibaren özel aktörlerin veya kuruluşların “sivil düzenlemeleri”ne (civil

¹⁰ Michael E. Porter, Mark R. Kramer, “Creating Shared Value”, Harvard Business Review, 89 (1-2), 2011, s.63.

¹¹ Andrew P. Newell (Edit.), Corporate Social Responsibility: Challenges, Benefits and Impact on Business Performance, Nova Science Publishers Inc., New York 2014.

regulation) tanık olunmuştur.¹² Bu iki farklı yönelim ve düzenleme çabası birbirine bağlı iki sonuca yol açmıştır. İlk olarak uluslararası şirketler ulusal devletlerin ve devletler üstü örgütlerin düzenlemelerine karşı kitlesel direnişe geçmişlerdir. Diğer sonuç ise devletlerin uluslararası alanda düzenleyici kurallara yönelik kalıcı işbirliğini etkin bir biçimde harekete geçiremediklerinin saptanmasıdır. Bu iki durum çeşitli inisiyatiflerin başarısızlığa uğramasının da temelini oluşturmuştur. Dolayısıyla bu bölümde sözü edilen bu düzenleme ve norm geliştirme çabalarına odaklanılmaktadır.

Farklı biçimlere sahip olmakla birlikte düzenleyici ve davranış kodları geliştirici bu çabalar, temel olarak egemen iki değişik tarzda görünürlülük kazanmıştır. Bir tarafta devletler, insan hakları sözleşmeleri ya da uluslararası örgütlerin normları aracılığıyla uluslararası şirketler için davranış kodları geliştirmeye çalışmıştır. Çoğunlukla “resmi kodlar” olarak adlandırılan bu kodlarda uluslararası şirketlere yönelik çalışma koşulları, ürün kalitesi, çevrenin korunması, tüketici hakları ve insan hakları konularında genel kurallar tavsiye edilmiştir. Birleşmiş Milletler’den Avrupa Birliği’ne kadar birçok farklı örgüt, 1980’lerin ortalarından itibaren uluslararası şirketlere yönelik ayrımcılığın önlenmesi ve insan haklarının korunması raporları düzenlemiştir. Diğer tarafta ise medyanın yaygınlaştırdığı kamusal eleştirilerin, protesto hareketlerinin ve hükümet dışı organizasyonların saldırgan eylemlerinin artmasıyla birlikte sayısız uluslararası şirket “özgürce ve gönüllük esasına dayalı” bir biçimde kurumsal kodlar geliştirme çabasına girmiştir. Şirketlerin kendilerini görevli kıldıkları bu kodlara kısaca “özel kodlar” denilmiş; dış dayatma veya müdahale olmadan kamusal alanda etkili olmak ve sorunların aşılması için çaba safedilmesi öngörülmüştür.¹³

¹² Brigitte Hamm, Christian Schepers, “Politische Steuerung in Zeiten der Globalisierung: Perspektiven für den Menschenrechtsschutz”, Zeitschrift für Menschenrechte, Wochenschau Verlag, 2009, s.10.

¹³ Gunther Teubner, “Selbst-Konstitutionalisierung transnationaler Unternehmen? Zur Verknüpfung privater und staatlicher Corporate Codes of Conduct”, Stephan Grundmann et al. (Hrsg.), Unternehmen, Markt und Verantwortung: Festschrift für Klaus Hopt, De Gruyter, Berlin 2010.

Münferit çabalara geçmiş yıllarda rastlanılmakla birlikte¹⁴, resmi kodlara dair yetkili çalışmalar 1999 yılında Birleşmiş Milletler'in alt komisyonunda insan hakları uzmanı David Weissbrodt yönetiminde atılmıştır. Oluşturulan çalışma grubu ilk oturumunda "uluslararası şirketler için insan hakları standartlarına dayanan davranış kodları" geliştirmeyi vaat etmiştir. Dört yıl sonra bu çalışma grubu, "Uluslararası ve Diğer Ticari İşletmelerin İnsan Haklarına Dair Sorumlulukları İçin Normlar"ı (Norms on the Responsibilities of Transnational and Other Business Enterprises with Regard to Human Rights) yayınlamıştır. Bu normlar devletlere koruma sorumluluklarını, şirketlere de etki alanlarındaki insan hakları konusundaki yükümlülüklerini hatırlatmıştır. İnsan hakları dışında çevre ve tüketicinin korunması sorunlarına da eğilinmiş, şirketlerin normları zedeleyici uygulamalarına karşılık başvurulabilecek mekanizmalar önerilmiştir. Ancak şirketleri bağlayıcı kuralların alınması talebiyle 2004 yılında alt komisyona yani Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu'na gönderilen karar tasarısına hukuksal geçerlilik gücü olmadığı belirtilerek mesafeli yaklaşılmıştır. Bunun yerine bir yıl sonra İnsan Haklarından Sorumlu Birleşmiş Milletler Yüksek Komiserliği, şirketlerin sorumluluğuna dair tavsiye kararları hazırlamıştır. Bu ve sonraki yılki raporun başarısızlığı, Birleşmiş Milletler Genel Sekreteri'nin konuyla ilgili özel temsilci görevlendirmesine yol açmış ve temsilcinin hazırladığı yasa tasarısı büyük çoğunlukla kabul edilmiştir. Ret oyu veren ülkelerden biri olan ABD ise gerekçesini, "çözüm önerilerinin uluslararası ve ulusal şirketlere karşı olumsuz ton" içermesine ve bu kurumların ekonomik gelişme ve insan hakları konusundaki potansiyelini görmezden gelen bir engel olarak sunulmasına bağlamıştır. Devamında da "uluslararası şirketlere yönelik yasa veya davranış kodları hedeflemediği" nin altı çizilmiştir.

¹⁴ Örneğin 1974 yılında Birleşmiş Milletler Çokuluslu Şirketler Merkezi (United Nations Centre on Transnational Corporations (UNCTC)), uluslararası şirketler için BM Davranış Kodları geliştirmeye başlamıştır. Daha sonra 1976 yılında Ekonomik Kalkınma ve İşbirliği Örgütü (OECD) Çokuluslu Şirketler Rehberi (Guidelines for Multinational Enterprises) geliştirmiş ancak bir önceki gibi bu da hiçbir bağlayıcılık öngörmediğinden başarısızlıkla sonuçlanmıştır. 1977 yılında Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) Konferansında gündeme getirilen çok uluslu şirketler ve toplumsal politika çabaları da sonuçlanmamıştır. Ayrıntılı bilgi için bakınız Uwe Wötzel, "Geschichte der Unternehmensverantwortung-Primat des Kapitals über die Politik", Gisela Burckhardt (Hg.), Mythos CSR, Horlemann Verlag, Bonn 2011, s. 27-31.

Rehber Prensipler Olarak Resmi Kodlar ya da “Ruggie Normları”

2005 yılında dönemin Birleşmiş Milletler Genel Sekreteri, İnsan Hakları Komisyonunun talebi doğrultusunda Harvard profesörlerinden John Ruggie’yi ekonomi ve insan hakları konusundaki özel temsilci olarak atamıştır. 1997 yılından itibaren BM için çalışan, “Küresel İlkeler Sözleşmesi” (Global Compact) ve ekonomik alanla işbirliği üzerinden tanımlanan bir küresel yönetişimin yaratıcılarından biri olan Ruggie’ye özellikle ekonominin önde gelen lobi grupları, Uluslararası Ticari Odalar Birliği (International Chamber of Commerce; ICC) de destek vermiştir. “Ruggie Normları” olarak bilinen ve referans kurallar olarak alınan tasarı, 1970’ler ve 1980’lerdeki uluslararası insan hakları müdafaalarını “ideoloji yüklü” olarak gördüğünden daha genel ve güncelliği olan bir çerçeve çizme yükümlülüğü üzerinden hareket etmiştir. Dolayısıyla “İş Dünyası ve İnsan Hakları Rehber İlkeleri” (Guiding Principles on Business and Human Rights) belirli bir sistemsel çerçeve çizmeye yönelmiştir. “Saygı, koruma ve gerekeni yapma” (respect, protect, fulfil) olarak da bilinen bu çerçeveye Ruggie, devletin koruma sorumluluğu, şirketlerin kişisel sorumluluğu ve hukuk yöntemlerinin açıklığı ile telafi etme gibi üç boyutu birbiriyle ilişkilendirmiştir.

“Ruggie normları”nın çerçevesini belirleyen üç ana boyut; şirketlerin neden olduğu insan hakları ihlallerine karşılık devletlerin koruma sorumluluğuna, şirketlerin insan haklarını gözetmeleri yönündeki görevlerine ve telafi etme konusundaki etkili açık erişime vurgu yapmıştır. Daha sonraki yıllarda görev süresi uzatılan Ruggie “Ekonomi ve İnsan Hakları Konusunda BM-Yasaları” (UN Guiding Principles on Business and Human Rights) başlıklı bir diğer önerisini sunmuştur. Üç bileşenden oluşan bu öneride; devletlerin insan haklarını korumakla sorumlu olduğu (state duty to protect); şirket ihlallerine karşılık devletlerin insan haklarını uygun politikalar, düzenlemeler ve hukuk aracılığıyla koruması gerektiği, uluslararası insan hakları rejiminin temelini devletin koruması olduğu, şirketlerin de insan haklarını koruma görevinin bulunduğu, şirket faaliyetlerinin neden olduğu olası olumsuz sonuçlara karşı özen gösterilmesi (corporate responsibility to respect), koruma sorumluluğunun bir gereği olarak devletlerin insan hakları konusunda mağdur edilenlerin hukuksal ve hukuk dışındaki

yöntemlere başvurabilmelerinin koşullarını yaratmakla yükümlü olduğu belirtilmiştir (access to remedy).¹⁵

Ancak bu evrensel çabaların ve sonucundaki referans normların bağlayıcılığı bulunmadığından ve yaptırım içermediğinden yalnızca şirketleri “gerekli özeni” (due diligence) göstermeye davet etmektedir. Bu nedenle uluslararası insan hakları örgütleri veya sendikalar bu prensipleri yetersiz bulmuş, bu konuda kısa sürede bir değişiklik beklenmediğinin altını çizmişlerdir.¹⁶ İnsan hakları rejimiyle ilgili bağından itibaren ifade edilen zayıflıklar, resmi kodlar için de gündeme getirilmiştir. Buna göre örneğin insan haklarına yönelik uluslararası teyit ulusal devletin egemenliği ile anlaşmazlığa düşebilmektedir. Bununla bağlantılı olarak insan haklarıyla ilgili ulusal devletin yetkisinin coğrafi sınırlar içerisinde olduğu belirtilmektedir. Devamında, İkinci Dünya Savaşı sonundan ama özellikle de doğu-batı çekişmesinin sonlanmasından itibaren uluslararası insan hakları rejiminin ekonomik ve politik gelişmeler karşısında zorlandığı, beklenmeyen yeni türden meydan okumalar karşısından etkisini yitirmeye başladığı vurgulanmaktadır. Bu nedenlerle yakın zamanda geleneksel devlet ya da devlet üstü kurumların düzenleyici çabaları dışında yeni türden düzenleme biçimleri ortaya çıkmıştır.

Özel Kodların Gerekçesi ve Mekanizmalar

1990’lardan itibaren uluslararası düzlemde devletlerin otoritelerini giderek yitirmekte olduğu tezi sesli bir biçimde dillendirilmeye başlanmıştır. Bu tez devletler üstü örgütlerin de ağırlığının sorgulanmasının ve devlet veya örgütler dışında özel politik yönlendirme biçimlerinin gerekliliğinin altını çizmiştir. Dolayısıyla giderek daha fazla yazar ve düşünür geleneksel kamusal düzenlemelerin yerini tutabilecek olan özel düzenleyici uygulama ya da mekanizmalara eğilmiştir. Kamusal ile özelin işbirliği ya da bütünüyle özelin kendini yönlendirme prensibi üzerinden işleyen bu mekanizmalar insan hakları konusunda da perspektifler sunmuş, küresel pazarın genişlemesinin

¹⁵ Elisabeth Strohscheidt, “Die UN Leitprinzipien zur menschenrechtlichen Verantwortung von Unternehmen-Ist das Glas halb voll oder leer?”, Gisela Burckhardt (Hrsg.), *Mythos CSR*, Horlemann Verlag, Bonn 2011, s.39.

¹⁶ Jens Martens, Karoline Seitz, “Auf dem Weg zu globalen Unternehmensregeln”, RLS, Bonn/New York 2016.

yarattığı olumsuz izleri yumuşatma vaadinde bulunmuştur. Çok uluslu şirketler, kendi çıkarları doğrultusunda ama toplumdaki meşruluklarını tesis edici bir biçimde itibarlarını koruma ve genel kabul elde etme çabalarına girişmişlerdir.

Vogel, sivil düzenlemelerin oluşmasını küresel ekonominin düzenlenmesinde devletin ve uluslararası (örgütlerin ç.n.) başarısızlığına yönelik bir tepki olarak anlamaktadır (...) Bu bağlamda sivil düzenleme yalnızca geçmişin zorunluluklarından gönüllü düzenlemelere açık bir indirim olarak değil tersine eklemesal sosyal düzenlemelere bağlı işler üzerindeki tarihsel etki olarak anlaşılmalıdır. Dolayısıyla genel olarak insan haklarının korunmasıyla ilgili olarak sivil düzenlemelerin ne kadar etkili olabileceği ve devletin korumasında tamamlayıcı olarak işleyebilmesi sorunsallaştırılmaktadır.¹⁷

Özel kodları ifade eden sivil düzenlemeler, bu çerçevede küresel pazarların olumsuz sonuçlarını yumuşatmaya ama aynı zamanda da büyük ölçüde pazar mekanizmalarına dayanan bir yönlendirme boşluğunu doldurmaya çalışmıştır. Kurumsal sosyal sorumluluk, böylelikle şirket çıkarlarıyla olumsuz toplumsal-ekolojik sonuçları engelleme arasında bir bağdaşıklık kurma amacını yansıtmıştır. Daha önemlisi, bu tarz inisiyatifler endüstrinin olumsuz faaliyetlerine yönelik dışarıdan gelebilecek düzenleme çabalarına karşılık geliştirilen argümanları temsil etmektedir.

Değerlendirme

İkinci Dünya Savaşı sonrasında kurulan göreceli olarak sağlam sınıflar arası uzlaşısı 1970'lerle birlikte sonlanmış, toplumsal anlaşmanın geri çekilmesi sonucunda kapitalizmin taşıyıcı unsurlarından biri olan şirketler yeniden güç kazanmıştır. Bunun anlamı ise günümüzde Avrupa Birliği'nin adlandırdığı üzere "toplumsal diyalogun" işlevini kaybetmesidir. Bu işlev kaybına sosyal demokrat partilerdeki aşınma ve emek hareketindeki parçalanma ideolojik ve politik olarak eşlik etmiştir. Bu çerçevede küreselleşme, neoliberal hareketliliğin güncel somut biçimi olarak değil, tersine yeni dünya ekonomisinin görünüşte

¹⁷ Brigitte Hamm, Christian Scheper, "Politische Steuerung in Zeiten der Globalisierung: Perspektiven für den Menschenrechtsschutz", Zeitschrift für Menschenrechte, Wochenschau Verlag, 2009, s. 11,13.

gerekli gelişim düzeyi olarak sunulmuştur. Özellikle gelişmekte olan ülkelerde uluslararası rekabet yeterliliğine yönelik politikalar yaygınlaşarak kazanmış, uluslararası pazarla uyum amacıyla farklı siyasalar yaşamaya geçirilmiştir. “Esneklik” gerek politikanın gerekse ekonominin ana sloganı haline getirilirken, “artırılan rekabet yeteneği” çalışma ve örgütsel koşulları belirlemeye başlamıştır. Özgür etiksel normlar veya gönüllülük temelinde toplumsal sorumluluk gündemi belirlemeye başlamıştır.¹⁸

Neoliberal küreselleşme süreciyle birlikte gücün/iktidarın kaydedildiği saptaması konusunda günümüzde bir oydaşma söz konusudur. Bu saptama, ulus devlet öncülüğündeki geleneksel ya da klasik aktörlerin gerileyen etkilerine karşılık yeni türden aktörlerin yükselişini müjdelemektedir. Bu çerçevede çok uluslu şirketler yalnızca küresel pazardaki bir ekonomik güç olarak değil aynı zamanda politik alandaki rolleriyle de dikkat çekmektedir. Dahası küreselleşmenin birden hızlandığı ekonomik ve politik değişim söz konusu bu şirketlerin hukuksal dünyalarını da inşa etmiştir. Böylece ekonomik alandan devletin geri çekilmesi ölçüsünde gönüllülük prensibine dayanan bir kurumsal sosyal sorumluluk anlayışı zamanla uygun bir strateji haline gelmiştir.

Kurumsal sosyal sorumluluğa dair normlaştırma çabalarını inceleyen Klaus Priegnitz ve Birgit Stahl bu süreçlerin şirket sorumluluğu açısından nihayetinde sonuçsuz kaldığını vurgulamaktadır. Yazarlara göre “iyi/faydalı şirket” çağrıları başarısız olmuştur çünkü şirketler kendi sorumluluklarını ancak gönüllülük prensibine dayandırabildikleri oranda kabul etmektedir.¹⁹ Bir başka ifadeyle, şirketler genel olarak devlet ya da devlet üstü kurumlardan gelebilecek düzenleyici girişimlere mesafeli yaklaşmakta; sivil düzenlemelere ise kendi beklentileri ve hedefleri doğrultusunda onay vermektedirler. Dolayısıyla beklenen, devletlerin ve devlet üstü kurumların insan hakları merkezli ve bağlayıcı kurallar alabilmesi ve bu kararları uy-

¹⁸ Asbjorn Wahl, “Was können wir von der “sichtbaren Hand” im nordischen Modell lernen?”, Judith Dellheim, Günter Krause (Hrsg.), Sichtbare Hände-Staatsinterventionismus im Krisenkapitalismus, RLS 86, Karl Dietz Verlag Berlin 2010, s.154-156.

¹⁹ Klaus Priegnitz, Birgit Stahl, “Der gute Unternehmer”, Alles Wird Gut, VSA Verlag, Hamburg 2010, s. 42.

gulayabilmeleridir. Şirketlerin de daha çok sorumluluk üstlenmeleri ve özellikle küresel çaptaki faaliyetlerinde normlara uymalarıdır. Aksi takdirde Herbert Spencer'in her koşulda "ilerleme gerçekleşmeli ve acılara tahammül edilmeli"²⁰ sözünün gereği olarak kurumsal sosyal sorumluluk, "şirketlerin kârı için çekilen acıları kamuoyunun daha kolay kabullenmesini sağlayan bir yöntem" olarak kalacaktır.

Kaynakça

- Aktan Coşkun Can (edit.), Kurumsal Sosyal Sorumluluk, İşletmeler ve Sosyal Sorumluluk, İGİAD Yayınları, İstanbul 2007.
- Aktan Coşkun Can, İstiklal Y. Vural, "Kurumsal Sosyal Sorumluluk (Uluslararası Kuruluşlar ve Hükümet-Dışı Organizasyonlar Tarafından Sürdürülen Başlıca Girişimler)", Çimento İşveren, 2007, s.4-21.
- Boran Tuğçe Gürel, Türkiye'den Uygulama Örnekleriyle Kurumsal Sosyal Sorumluluk, 3. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2016.
- Crouch Colin, Post Demokrasi, Çeviren: Emre Yıldırım, Polity Press, Londra 2004.
- Görder Björn, "Milton Friedmans Freiheitsverstaendnis", Perspektiven der Ethik 6, Mohr Siebeck, 2014.
- Görges Luise, Kadritzke Ulf, "Corporate Social Responsibility - vom Reputationsmanagement zum politischen Projekt", Prokla, Verlag Westfaelisches Dampfboot, Heft 164, 41. Jg., 2011, Nr. 3, s. 459 - 485.
- Hamm Brigitte, Scheper
- Hirsch Joachim, "Das Ende der liberalen Demokratie", linksnetz. www.links-netz.de/K_texte/K_hirsch_postdemokratie.html, 2005. Erişim Tarihi: 12.3.2017
- Keskin Fatih, "Kurumsal Sosyal Sorumluluk: Tartışmalı Bir Kavramı Konumlandırma Christian, "Politische Steuerung in Zeiten der Globalisierung: Perspektiven für den Menschenrechtsschutz", Zeitschrift für Menschenrechte, Wochenschau Verlag, 2009, s. 8-26.
- Çabası", Ankyra: Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, 2 (1), Ankara 2010, s. 3-36.
- Loew Thomas, Ankele Kathrin, Braun Sabine, Clausen Lens, Bedeutung der internationalen CSR-Diskussion für Nachhaltigkeit und die sich daraus ergebenden Anforderungen an Unternehmen mit Fokus Berichterstattung, Berlin-Münster 2004.
- Martens Jens, Seitz Karoline, "Auf dem Weg zu globalen Unternehmensregeln", RLS, Bonn/New York 2016, s.10-17.

²⁰ Fatih Keskin, "Kurumsal Sosyal Sorumluluk: Tartışmalı Bir Kavramı Konumlandırma Çabası", Ankyra: Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, 2 (1), Ankara 2010, s.28-29.

- Müller-Christ Georg, Rehm Annike, *Corporate Social Responsibility as Giving Back to Society*, LIT Verlag, Berlin 2010.
- Newell Andrew P. (Edit.), *Corporate Social Responsibility: Challenges, Benefits and Impact on Business Performance*, Nova Science Publishers Inc., New York 2014.
- Özgür Ali Ercan (Yayına Hazırlayan), *İşyerinde İnsan Hakları Rehberi*, 2014.
- Porter Michael E., Kramer Mark R., "Creating Shared Value", *Harvard Business Review*, 89 (1-2), 2011, s. 62-77.
- Priegnitz Klaus, Stahl Birgit, "Der gute Unternehmer", *Alles Wird Gut*, VSA Verlag, Hamburg 2010, s. 42-46.
- Strohscheidt Elisabeth, "Die UN Leitprinzipien zur menschenrechtlichen Verantwortung von Unternehmen-Ist das Glas halb voll oder leer?", Gisela Burckhardt (Hrsg.), *Mythos CSR*, Horlemann Verlag, Bonn 2011, s. 37-43.
- Teubner Gunther, "Selbst-Konstitutionalisierung transnationaler Unternehmen? Zur Verknüpfung privater und staatlicher Corporate Codes of Conduct", Stephan Grundmann et al. (Hrsg.), *Unternehmen, Markt und Verantwortung: Festschrift für Klaus Hopt*, De Gruyter, Berlin 2010, s. 1449-1470.
- Wahl Asbjorn, "Was können wir von der "sichtbaren Hand" im nordischen Modell lernen?", Judith Dellheim, Günter Krause (Hrsg.), *Sichtbare Hände-Staatsinterventionismus im Krisenkapitalismus*, RLS 86, Karl Dietz Verlag Berlin 2010, 145-167.
- Wötzel Uwe, "Geschichte der Unternehmensverantwortung-Primat des Kapitals über die Politik", Gisela Burckhardt (Hg.), *Mythos CSR*, Horlemann Verlag, Bonn 2011, s. 25-32.

GÜNCEL GELİŞMELER IŞIĞINDA TÜRK VATANDAŞLIĞININ İSTİSNAİ HALLER KAPSAMINDA KAZANILMASI

THE ACQUISITION OF TURKISH CITIZENSHIP IN EXCEPTIONAL STATES IN THE LIGHT OF CURRENT DEVELOPMENTS

Neşe BARAN ÇELİK*

Özet: Türk vatandaşlığını istisnai haller kapsamında kazanabilecek yabancılar, 2009 tarihli ve 5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu'nun¹ 12. maddesinde sayılmıştır. 28.07.2016 tarihinde yürürlüğe giren Uluslararası İşgücü Kanunu² ile ilgili maddede yapılan değişiklikle bu yabancılara 2 yeni grup daha eklenmiştir. Yapılan değişikliğe göre, Turkuaz Kart sahibi yabancılar ile Türkiye'de çalışmayan ancak Bakanlar Kurulunca belirlenecek kapsam ve tutarda yatırım yapan yabancılar ve bunların eşleri, kendilerinin ve eşlerinin ergin olmayan veya bağımlı yabancı çocukları da istisnai haller kapsamında Türk vatandaşlığını kazanabilecektir. İstisnai haller kapsamında Türk vatandaşlığının kazanılabilmesi için gerekli olan Turkuaz Kart, Uluslararası İşgücü Kanunu ve 14.03. 2017 tarihinde yürürlüğe giren Turkuaz Kart Yönetmeliği³ ile düzenlenmiştir. İstisnai haller kapsamında Türk vatandaşlığının kazanılabilmesi için Türkiye'de yapılması gerekli olan yatırımın niteliği ve miktarı ise, 12.01.2017 tarihli 'Türk Vatandaşlığı Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik'⁴ ile tespit edilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Türk Vatandaşlığının Kazanılması, Turkuaz Kart, Yatırıma Dayalı Vatandaşlık, Vatandaşlığa Alınma Usulü, İstisnai Haller, Geçici Koruma

Abstract: The foreigners who can acquire Turkish citizenship in exceptional states are listed in Article 12 of the Turkish Citizenship Act numbered 5901 and dated 2009. With the amendment made in the related article by International Labor Force Law, which entered into force on 28.07.2016, 2 new groups were added to these foreigners. According to the ammendment Turquoise Card holders and foreigners who do not work in Turkey but invest in the scope and amount which is determined by the Council of Ministers, and also

* Yrd. Doç. Dr., Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

¹ RG 12.06.2009, S. 27256.

² RG 13.08.2016, S. 29800.

³ RG 14.03.2017, S.30007.

⁴ RG 12.01.2017, S.29946.

their spouses, minör or dependent children of their own and their spouses may acquire Turkish citizenship in exceptional states. Turquoise Card is regulated with International Labor Force Act and Regulation on Turquoise Card which entered into force on 14.03.2017. The scope and amount of the investment which is required to acquire Turkish citizenship in exceptional states has been set with 'Regulation Amending the Regulation on the Implementation of the Turkish Citizenship Act', dated 12 January 2017.

Keywords: Acquisition of Turkish Citizenship, Turquoise Card, Citizenship Based on Investment, Naturalisation Procedure, Exceptional Circumstances, Temporary Protection

Giriş

Vatandaşlık, devlet ile kurulan bağı ifade eden hukuki ve siyasi bir kavramdır.⁵ Vatandaşlığa alınma şartlarının belirlenmesi konusunda, her devletin sahip olduğu hâkimiyet hakkının bir sonucu olarak mahfuz yetkisinin olduğu genel olarak kabul edilen bir ilkedir⁶. Söz konusu yetki, TVK'nın genel gerekçesinde⁷ hüküm ve prensiplerinin dikkate alındığı belirtilen Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi'nde⁸ de "Her devlet, kimlerin kendi vatandaşı olduğunu, kendi hukuku uyarınca kendisi belirler" şeklinde ifade edilmiştir. Bu mahfuz yetki⁹ milletlerarası hukuka yani milletlerarası sözleşmelere, milletlerarası teamüle,

⁵ Gülin Güngör, *Tâbiyet Hukuku Gerçek Kişiler-Tüzel kişiler-Şeyler*, Yetkin Yayınevi, 4. Bası, 2016, s.2.

⁶ Bahadır Erdem, *Türk Vatandaşlık Hukuku*, 5. Bası, İstanbul 2016, s. 5; Güngör, *Tâbiyet*, s.13; Ergin Nomer, *Türk Vatandaşlık Hukuku*, 22. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2016, s.5; Vahit Doğan, *Türk Vatandaşlık Hukuku*, Güncellenmiş 13. Bası, Savaş Yayınevi, 2016, s.3

⁷ 08.11.2007 tarihli Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısı ve Gerekçesi için bkz.: www.basbakanlik.gov.tr/docs/kkgm/kanuntasarilari/101-1195.doc, s.11. (Erişim tarihi 15.03.2017).

⁸ Anlaşmanın İngilizce metni için bkz.: European Convention on Nationality, Strasbourg, 6.XI.1997, European Treaty Series No. 166 bkz. <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=090000168007f2c8> (Erişim tarihi 15.03.2017). Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesinde münhasır yetki esası konusunda ayrıntılı bilgi için bkz.: Gülin Güngör, 'Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi', Prof Dr. Yılmaz Altuğ'a Armağan, *MHB*, Y.17-18, S.1-2, 1997-98 s.231-234.

⁹ Bu husus 5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanununun 10. maddesinde de Türk vatandaşlığını kazanmak isteyen bir yabancıнын bu Kanunda belirtilen şartları taşıması halinde yetkili makam kararı ile Türk vatandaşlığını kazanabileceği ancak, aranan şartları taşımanın vatandaşlığın kazanılmasında kişiye mutlak bir hak sağlamayacağı hükme bağlanmak suretiyle ifade edilmiştir.

vatandaşlık hukuku ile ilgili kabul edilmiş genel ilkelere uygun olarak kullanıldığı ölçüde milletlerarası hukukta da etkili olur.¹⁰ Bu yetkinin bir sonucu olarak devletler milli hukuk düzenlemeleriyle belirlediği şartları taşıyan yabancılara vatandaşlık verebilmektedir.

Türk hukukunda, gerçek kişiler bakımından Türk vatandaşlığının aslen ve sonradan kazanılması yolları asıl olarak 5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu'nda düzenlenmiştir¹¹. Çalışmamızın konusunu oluşturan Türk vatandaşlığının istisnai haller kapsamında kazanılması, Türk vatandaşlığının sonradan ve yetkili makam kararıyla kazanılması yollardan biridir. Günümüzde, vatandaşlığın, bir yandan devletlerin maruz kaldıkları göç dalgasıyla ortaya çıkan sorunlar nedeniyle toplumsal düzeni sağlamak, öte yandan özellikle yabancı yatırımı teşvik etmek, ülkede istihdamın artmasını sağlamak ya da nitelikli iş gücüne duyulan ihtiyacı karşılamak gibi amaçlarla ulusal ve uluslararası işgücü ve ekonomi politikalarına hizmet etmek için bir araç olarak kullanılmaya başlaması, devletlerin bu yeni ihtiyaç ve politikaları doğrultusunda vatandaşlık hukuku ile ilgili düzenlemelelerinde değişiklik yapmasını kaçınılmaz kılmıştır. Nitekim aşağıda da anlatılacağı üzere özellikle 2000'li yılların ikinci yarısından itibaren çeşitli devletlerin vatandaşlık kanunlarında da etkisini gösteren bu durum, Türk hukukunu da etkilemiş ve 2016'da Uluslararası İşgücü Kanunu'nun (UİK) 27. maddesiyle TVK'nın istisnai haller kapsamında Türk vatandaşlığının kazanılmasını düzenleyen 12. maddesinin birinci fıkrasına yapılan eklemeye, 04.04.2013 tarihli ve 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nun¹² (YUKK) 31. maddesinin birinci fıkrasının (j) bendi uyarınca ikamet izni alanlar ile Turkuaz Kart sahibi yabancılar ve bunların yabancı eşi, kendisinin ve eşinin ergin olmayan veya bağımlı yabancı çocuğunun istisnai haller kapsamında Türk vatandaşlığını kazanabileceği kabul edilmiştir.¹³ YUKK'un 'kısa

¹⁰ Vatandaşlık hukuku alanında milletlerarası hukuka uygunluk hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Güngör, Tâbiyet s.15 vd.

¹¹ TVK dışında, sadece göçmen olarak Türkiye'ye kabul edilen kişilerin vatandaşlığa alınması aşağıda da anlatılacağı üzere 2006 tarihli ve 5543 sayılı İskân Kanununda (RG 26.9.2006, S.26301) düzenlenmiştir. Ayrıca yine istisnai olarak arazi terk ve ilhakı ile ahali mübadelesini konu edinen milletlerarası anlaşmalarda geçmişte Türk vatandaşlığının kazanılması ya da kaybedilmesi sonucunu doğurmuştur. Söz konusu anlaşmalarla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz.: Güngör, Tâbiyet, s.200-210.

¹² RG 11.04.2014, S.28615.

¹³ Nitekim doktrinde de TVK'da değişiklik yapan bu düzenlemelerin UİK ile yapıl-

dönem ikamet izni' başlığını taşıyan 31. maddesinin 1. fıkrası bu izni alabilecek yabancıları düzenlemektedir. İlgili maddeye yine UİK'nın 27. maddesiyle yapılan eklemeyele oluşturulan (j) bendi ise, kısa dönem ikamet izni alabilecek yabancılara, Türkiye'de çalışmayan ancak Bakanlar Kurulunca belirlenecek kapsam ve tutarda yatırım yapanlar ile bunların yabancı eşi, kendisinin ve eşinin ergin olmayan veya bağımlı yabancı çocuğunu da dâhil etmiştir¹⁴.

Bu açıklamalar ışığında, TVK m.12/1-b bendinin kapsamına giren yabancılar; Türkiye'de çalışmayan ancak Bakanlar Kurulunca belirlenecek kapsam ve tutarda yatırım yapanlar ile uluslararası işgücü politikası doğrultusunda; eğitim düzeyi, mesleki deneyimi, bilim ve teknolojiye katkısı, Türkiye'deki faaliyetinin veya yatırımının ülke ekonomisine ve istihdama etkisi sebebiyle kendisine Turkuaz Kart verilen yabancılar ve bunların yabancı eşi, kendisinin ve eşinin ergin olmayan veya bağımlı yabancı çocuğudur. Turkuaz Kart uygulaması Türk hukuku bakımından yeni bir uygulamadır. UİK ile şartları düzenlenen bu Karta ilişkin başvuru, değerlendirme ve geçiş süresi, Turkuaz Kart sahibine ve yakınına sağlanan haklar ve bu hakların kullanımına ilişkin usul ve esaslar ise 14.03.2017'de yürürlüğe giren Turkuaz Kart Yönetmeliği ile düzenlenmiştir (Yön. m.1). İstisnai haller kapsamında Türk vatandaşlığını kazanılabilmesi için yapılması gereken yatırımın niteliği ve miktarı ise 12.01.2017 tarihinde yürürlüğe giren ve 2010 tarihli Türk Vatandaşlığı Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelikte¹⁵ değişiklik yapan "Türk Vatandaşlığı Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik" ile yapılmıştır.

Çalışmamızın asıl konusunu, son zamanlarda gerek ülkemizde geçici koruma statüsüyle bulunan Suriye vatandaşlarının toplu olarak vatandaşlığa alınacağı yönündeki haberler¹⁶ gerek konuyu düzenleyen

masının Kanun koyucunun bakış açısını göstermesi sebebiyle önemli olduğu da ifade edilmiştir. Bkz.: Doğan, Vatandaşlık, s.vii.

¹⁴ TVK m.12/1-b bendi 'Türkiye'de çalışmayan ancak Bakanlar Kurulunca belirlenecek kapsam ve tutarda yatırım yapanlar ile bunların yabancı eşi, kendisinin ve eşinin ergin olmayan veya bağımlı yabancı çocuğu' ifadesini kullanmak yerine YUKK'un 31/1-j bendine atıf yapmıştır.

¹⁵ RG 06.04.2010, S.27544.

¹⁶ Bkz.:Tolga Şardan, "Suriyelilere 'İstisnai Vatandaşlık' Formülü", Milliyet, <http://www.milliyet.com.tr/yazarlar/tolga-sardan/suriyelilere--istisnai-vatandaslik>

TVK'nın 12. maddesinde yapılan değişiklikler sebebiyle gündeme gelen istisnai haller kapsamında Türk vatandaşlığının kazanılması oluşturmaktadır.

Bu bağlamda öncelikle istisnai haller kapsamında Türk vatandaşlığını kazanabilecek olan yabancılar yukarıda anlatılan değişiklikler dikkate alınarak incelenecektir. Bu değişikliklerle **Türk hukukunda da kabul edilen ve hâlihazırda pek çok devletin vatandaşlığın kazanılmasında kabul ettiği bir ölçüt haline gelen yatırım** kriteri, konuyla ilgili farklı hukuk sistemlerindeki düzenlemeler ve tartışmalar da dikkate alınarak değerlendirilecektir. Daha sonra istisnai haller kapsamında Türk vatandaşlığını kazanılmasında başvuru şartları ve başvuru usulü, başvuru hakkında karar verecek olan yetkili makam, bu yolla kazanılan vatandaşlığın vatandaşlığı kazanan kişi, eşi ve çocukları bakımından sonuçları incelenecek ve son olarak da ülkemizde geçici koruma statüsüyle bulunan Suriye vatandaşlarının istisnai haller kapsamında Türk vatandaşlığını kazanabilmesi konusu tartışılacaktır.

I. GENEL OLARAK TÜRK VATANDAŞLIĞININ YETKİLİ MAKAM KARARIYLA KAZANILMASI

Gerçek kişiler bakımından vatandaşlık, doğumla ya da sonradan olmak üzere iki şekilde kazanılabilir ve buna bağlı olarak 'asli vatandaşlık' ve 'müktesep vatandaşlık' olarak ikiye ayrılır.¹⁷ Kişinin doğum anından itibaren sonuç doğuran ve doğum sebebiyle kazandığı vatandaşlık asli vatandaşlıktır. Devletler vatandaşlığın aslen kazanılması bakımından genellikle doğum yeri (*jus soli*) ve soy bağı (*jus sanguinis*) esaslarından birisini ya da her ikisini birlikte kabul etmektedir.¹⁸ Bu-

-formulu-2278144/ (Erişim tarihi 15.03.2017) ;'Suriyelilere vatandaşlık verildi mi?', Hukuki Haber, www.hukukihaber.net/gundem/suriyelilere-vatandaslik-verildi-mi-h88219html(Erişim tarihi 09.03.2017);'İstanbul'da Suriyelilere vatandaşlık için çalışmalar başladı',Habertürk,<http://www.haberturk.com/gundem/haber/1401708-istanbulda-suriyelilere-vatandaslik-icin-calismalar-basladi> (Erişim tarihi 15.03.2017); 'Suriyeli mültecilerden isteyenlere vatandaşlık verilecek', NTV, <http://www.ntv.com.tr/turkiye/suriyeli-multecilerden-isteyenlere-vatandaslik-verilecek,Cs1vyKxqsk2OMwgOVUWrkA> (Erişim tarihi 15.03.2017.;'Hükümetten Suriyelilere vatandaşlık açıklaması', A Haber, [http://www.ahaber.com.tr/gundem/2017/02/23/hukumetten-suriyelilere-vatandaslik-aciklamasi](http://www.ahaber.com.tr/gundem/2017/02/23/hukumetten-suriyelilere-vatandaslik-aciklamasi;);(Erişimtarihi 15.03.2017).

¹⁷ Doğan, Vatandaşlık, s.31.

¹⁸ Nomer, 22. Bası, s.53

nun yanında devletlerce belirli şartları taşıyan yabancılara sonradan yani doğumdan sonra ve doğumdan başka sebeplere dayanarak da vatandaşlık verilebilmektedir.¹⁹ TVK uyarınca da Türk vatandaşlığı, doğumla (aslen) ve sonradan (mükteseben) olmak üzere iki yolla kazanılabilir. Kanun uyarınca Türk vatandaşlığı, doğumla ve doğum anından itibaren soybağı ya da toprak esasına göre aslen kazanılabilecekken; yetkili makam kararıyla, evlat edinilmeyle²⁰ ya da seçme hakkının kullanılması yoluyla sonradan da kazanılabilecektir (m.6, m.9). Yetkili makam kararı ile Türk vatandaşlığının kazanılması ise genel olarak (m.11), istisnai olarak (m.12) yeniden (m.13, m.14, m.43) ve evlenme (m.16) yoluyla gerçekleşir.

Yetkili makam kararıyla Türk vatandaşlığının kazanılabilmesi için ilgilinin talebi, kanunda aranan şartların yerine getirilmesi ve yetkili makamın olumlu kararı gerekmektedir.²¹ TVK uyarınca ilgilinin Kanunda aranan şartları yerine getirmiş olması, vatandaşlığın verilmesi hususunun devletlerin egemenlik hakkıyla doğrudan ilgili olması sebebiyle,²² vatandaşlığın kazanılması konusunda ilgiliye mutlak bir hak sağlamayacaktır (m.10).

II. TÜRK VATANDAŞLIĞININ YETKİLİ MAKAM KARARIYLA İSTİSNAİ HALLER KAPSAMINDA KAZANILMASI

Türk vatandaşlığının yetkili makam kararıyla istisnai haller kapsamında kazanılması,5901 sayılı TVK'nın 12. maddesinde, 'Türk vatandaşlığının kazanılmasında istisnai haller' başlığıyla düzenlenmiştir. Türk vatandaşlığının istisnai haller kapsamında kazanılabilmesi için genel olarak vatandaşlığa alınmada aranan ve kişi ile vatandaşlığına

¹⁹ Doğan, Vatandaşlık, s.33.

²⁰ TBMM'ye gönderilen tasarıda evlat edinilme yoluyla Türk vatandaşlığının kazanılması, mülga Kanunda da kabul edildiği üzere kanun hükmü gereği ve yetkili makam kararı gerekmeden dolayısıyla kanun yolu ile vatandaşlık kazanma yolu olarak düzenlenmişken İçişleri Komisyonundaki görüşmelerde evlat edinme yoluyla vatandaşlığın kazanılmasının yetkili makam kararıyla kazanma yoluna dönüştüğü ve TVK m.9'da evlat edinilme yoluyla Türk vatandaşlığının kazanılmasının vatandaşlığın sonradan kazanılma yollarından biri olarak düzenlenmesine rağmen konuyla ilgili hükmün (m.17) sistematik açıdan yetkili makam kararıyla kazanmaya ilişkin hükümler arasında yer aldığı ve kanunun sistematikliğini bozduğu hususunda bkz.: Doğan, Vatandaşlık, s.107, Güngör, Tâbiyet, s.141.

²¹ Doğan, Vatandaşlık, s.65.

²² Gereke, 10.

geçmek istediği devlet arasındaki sıkı irtibat, uyum ve bütünleşmeyi tespite yönelik olduğu ifade edilen²³ şartların aranmaması vatandaşlığın istisnai yolla kazanılmasının vatandaşlığın kazanılması bakımından olağan dışı bir yol²⁴ olarak değerlendirilebilmesini gerekli kılsa da, bu yol sadece Türkiye'ye özgü bir yol değildir. Aşağıda da anlatılacağı üzere pek çok devletin vatandaşlık kanununda, ortak soy esasına ya da bilim, ekonomi, sanat ve spor hatta askeri alanlarda ülkeye hizmette bulunma ya da nitelikli işgücü ihtiyacını karşılama ya da o ülkeye yatırım yapma gibi sebeplerle yabancıların istisnai ya da kolaylaştırılmış ya da ayrıcalıklı usullerle vatandaşlık kazanabilmesi düzenlenmiştir²⁵. Ancak TVK'da düzenlendiği şekliyle istisnai haller kapsamında Türk vatandaşlığını kazanabilecek gruplar belirlenirken kullanılan ölçütlerin Anayasanın 66/3. maddesiyle vatandaşlık hukukunda kabul edilen kanunilik ilkesiyle uyuşmaması, idareye geniş takdir yetkisi tanınması, uygulama güçlüğü doğuracağı, idare tarafından maksadı dışında kullanılmaya elverişli olması ve yargı denetimini imkânsızlaştırması gibi gerekçelerle doktrinde haklı olarak eleştirilmektedir.²⁶

A. İstisnai Haller Kapsamında Türk Vatandaşlığını Kazanabilecek Olan Yabancılar

5901 sayılı TVK'da da istisnai yoldan Türk vatandaşlığını kazanabilecek olan yabancılar 403 sayılı mülga Kanunda²⁷ olduğu gibi sınırlı olarak sayılmışsa da, mülga Kanunda yer alan ve istisnai yolla Türk vatandaşlığını kazanabilecek yabancı grupları arasında sayılan; Türk vatandaşlığını herhangi bir şekilde kaybetmiş olanların sonradan doğmuş reşit çocukları; bir Türk vatandaşı ile evli olanlarla, eşleri ve reşit çocukları; Türk soyundan olanlarla, eşleri ve reşit çocukları ve bir Türk vatandaşı ile evlenme kararıyla Türkiye'de yerleşmiş olanlar yeni Kanunda yer almamıştır.²⁸ 5901 sayılı TVK, istisnai yolla vatan-

²³ Doğan, Vatandaşlık, s.64.

²⁴ Güngör, Tabiiyet, s.99.

²⁵ Bkz.: s.8.

²⁶ Doğan, Vatandaşlık, s. 82; Nomer, 22. Bası, s.90; Erdem, s.141.

²⁷ RG 01.07.1964, S.11742.

²⁸ Bu grupların yeni Kanunda yer almaması ile ilgili değerlendirme için bkz. Bilgin Tiryakioğlu, "Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısına Göre Vatandaşlığın Yetkili Makam Kararıyla Kazanılması", Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısı Sempozyumu 29 Şubat 2008, (Ed.Vahit Doğan/Feriha Bilge Tanrıbilir/Banu Şit), Ankara: Seçkin 2008, s.84-85.

daşlığa alınacak yabancıları belirlerken mülga Kanunda da yer alan 'vatandaşlığa alınması Bakanlar Kurulunca zaruri görülenler' bendini 'vatandaşlığa alınması zaruri görülenler'; 'Türkiye'ye sanayi tesisleri getiren sosyal, ekonomik alanlarda veya bilim, teknik veyahut sanat alanlarında olağanüstü hizmeti geçmiş veya hizmeti geçeceği düşünülen kimseler' bendini ise 'Türkiye'ye sanayi tesisleri getiren veya bilimsel, teknolojik, ekonomik, sosyal, sportif, kültürel, sanatsal alanlarda olağanüstü hizmeti geçen ya da geçeceği düşünülen ve ilgili bakanlıklarca haklarında gerekçeli teklifte bulunulan kişiler' şeklinde değişiklikler yaparak korumuştur. Yeni Kanun, 403 sayılı Kanun'da yer almayan 'göçmen olarak kabul edilen kişiler' grubunu da istisnai haller kapsamında Türk vatandaşlığını kazanabilecek yabancılara dâhil etmiştir. Ancak mülga Kanunda 'Türk soyundan olanlarla, eşleri ve reşit çocukları' Türk vatandaşlığının kazanılması bakımından istisnai haller kapsamındaydı.²⁹ Yukarıda da bahsedildiği üzere 2016 tarihinde yapılan değişiklikle de '6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nun 31. maddesinin birinci fıkrasının (j) bendi uyarınca ikamet izni alanlar ile Turkuaz Kart sahibi yabancılar ve bunların yabancı eşi, kendisinin ve eşinin ergin olmayan veya bağımlı yabancı çocuğu' da istisnai haller kapsamında Türk vatandaşlığını kazanabilecek yabancılar olarak kabul edilmiştir. Söz konusu değişiklik TVK'nın 12. maddesinde (b) bendi olarak yer almış; önceki (b) bendi de (c) bendi olarak Kanunda yerini korumuştur.

Yeni düzenleme kapsamında TVK m.12'de düzenlendiği şekliyle istisnai haller kapsamında Türk vatandaşlığını kazanabilecek yabancılar şunlardır: a) Türkiye'ye sanayi tesisleri getiren veya bilimsel, teknolojik, ekonomik, sosyal, sportif, kültürel, sanatsal alanlarda olağanüstü hizmeti geçen ya da geçeceği düşünülen ve ilgili bakanlıklarca haklarında gerekçeli teklifte bulunulan kişiler. b) Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu m.31/j uyarınca kısa dönem ikamet izni

²⁹ 2510 sayılı ve 1934 tarihli mülga İskân Kanunu göçmen statüsü için (RG 21.06.1934, S.2733) Türk soyundan olma ve yerleşme niyeti ararken ayrıca Türk kültürüne bağlı olmayanların, anarşistlerin, casusların, göçebe çingenelerin ve memleket dışına çıkarılmış olanların göçmen olarak kabul edilmeyeceğini hükme bağlamıştı (m.4). Mülga Kanun da göçmen olarak kabul edilenler Bakanlar Kurulu kararıyla hemen vatandaşlığa alınacağını düzenlemişti (m.6). Kanun vatandaşlığa alınma bakımından aynı esası kabul eden 2006 tarihli ve 5543 sayılı yeni İskân Kanununun ile yürürlükten kalkmıştır.

alanlar ile Turkuaz Kart sahibi yabancılar ve bunların yabancı eşi, kendisinin ve eşinin ergin olmayan veya bağımlı yabancı çocuğu c) Vatandaşlığa alınması zaruri görülen kişiler d) Göçmen olarak kabul edilen kişiler.

1. TVK m.12/1-a Kapsamındaki Yabancılar: Türkiye'ye Sana-yi Tesisleri Getiren veya Bilimsel, Teknolojik, Ekonomik, Sosyal, Sportif, Kültürel, Sanatsal Alanlarda Olağanüstü Hizmeti Geçen ya da Geçeceği Düşünülen ve İlgili Bakanlıklarca Haklarında Gerekçeli Teklifte Bulunulan Kişiler

TVK m.12 kapsamında düzenlenen ilk grubu oluşturan bu yabancıların Türk vatandaşlığını kazanabilmesi için öncelikle ilgili Bakanlığın³⁰ İçişleri Bakanlığına gerekçeli teklifte bulunarak söz konusu kişilerin genel yolla vatandaşlığa alınma şartları aranmadan 'olağanüstü' bir karar ile vatandaşlığa alınmaları için geçerli olan sebepleri belirtmeleri gerekir.³¹ İçişleri Bakanlığı ise durumunu uygun bulduklarını Bakanlar Kuruluna bildirecektir.

Yabancıların ekonomi, bilim, spor ya da kültürel alanlardaki istisnai katkıları nedeniyle kolaylaştırılmış yollarla vatandaşlığa kabul edilmesi dünyanın birçok ülkesinde uygulanmaktadır. Nitekim Avrupa Birliği Demokrasi Gözlemevi (*EUDO*) vatandaşlık verileri, AB'deki 28 Üye Devletin ekonomik çıkarları doğrultusunda ya da kişilerin kültürel, spor veya bilimsel faaliyetlerin yanı sıra özel başarıları nedeniyle vatandaşlığa kabul edilmesine izin verdiğini göstermektedir.³² Al-

³⁰ TVK Tasarısının TBMM İçişleri Komisyonunda görüşülmesi sırasında oluşturulan Alt Komisyonunda, vatandaşlığa alınacak kişilerle ilgili olarak Bakanlığa, kamu yararına çalışan sivil toplum örgütleri, üniversiteler ve meslek odalarının öneri getirebilmesine ilişkin değişiklik talebi, sivil toplum örgütlerinin ilgili oldukları bakanlıkları harekete geçirebilme imkânlarının zaten mevcut olmasından dolayı kabul edilmemiştir. Konuyla ilgili 22. Dönem İçişleri Komisyonu Raporu, için bkz.: <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss90.pdf>, s.12 (Erişim tarihi 15.03.2017).

³¹ Erdem, s.139.

³² Bilgi için bkz.: AB dahilindeki farklı üniversiteler den oluşan bir konsorsiyum sorumluluğunda faaliyet gösteren ve finansmanı Avrupa Komisyonu, Avrupa Parlamentosu, Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği tarafından sağlanan EUDO (European Union Observatory on Democracy Citizenship) tarafından hazırlanan ve farklı devletlerin güncel vatandaşlık kanunları esas alınarak hazırlanan 'Vatandaşlığın Kazanılmasına İlişkin Küresel Veritabanı' (Global Database on Modes of Acquisition of Citizenship), San Domenico di Fiesole: European University Institute; [http://eudo-citizenship.eu/global-modes-of-](http://eudo-citizenship.eu/global-modes-of)

manya³³, Belçika³⁴ Bulgaristan³⁵ yabancılara bilimsel, ticaret, sanat ve spor alanlarında üstün ya da istisnai başarıları sebebiyle vatandaşlığın kazanılmasına imkân vermekte olan ülkelerden bazılarıdır. Ancak bu ülkeler genellikle Almanya ve Belçika örneğinde olduğu gibi düzenli ikamet koşulu da aramaktadır.³⁶ Bununla beraber Birleşik Krallık, İsveç, Danimarka ve Polonya gibi bazı ülkelerin yasaları kişilerin özel yeteneklerine ya da üstün başarılarına dayalı vatandaşlık kazanılmasına ilişkin düzenlemeler içermemektedir.³⁷

TVK'da düzenlenme şekliyle bu gruba dâhil olan yabancıların, en baştan, vatandaşlık talebinde bulunurken, bir vatandaş olarak Türk Devletine ve milletine faydası olacağı kabul edildiği ifade edilmiştir.³⁸ Öte yandan özellikle bilimsel, teknolojik, ekonomik, sosyal, sportif, kültürel, sanatsal alanlarda olağanüstü hizmeti geçeceği düşünülen kişilerin varlığından bahsedilmesinin gelecek perspektifiyle kurgulanmış, olasılıklar üzerine işleyecek bir yaklaşım olması gerekçe gösterilerek eleştirilmektedir.³⁹ Bize göre de hüküm idareye geniş tak-

-
- acquisition, 'Mod A24, Special Achievements' (Erişim tarihi 15.03.2017).
- 33 Nationality Act (Staatsangehörigkeitsgesetz), m.8, http://eudo-citizenship.eu/databases/modes-of-acquisition?p=&application=new_globalModesAcquisition&search=1&modeby=country&country=Germany&year=2016&idmode=A24 (Erişim tarihi 15.03.2017).
- 34 Belgian Nationality Law, m.19, Bilgi için bkz.: http://eudo-citizenship.eu/databases/modes-of-acquisition?p=&application=new_globalModesAcquisition&search=1&modeby=country&country=Belgium&year=2016&idmode=A2 (Erişim tarihi 15.03.2017). Belçika hukukunda vatandaşlığın kazanılması yolları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Maire Foblets, Zeynep Yanaşmayan, Patrick Wautelet, Country Report: Belgium, EUDO Country Reports 2013, s.11-12. <http://eudo-citizenship.eu/admin/?p=file&appl=countryProfiles&f=2013-27-Belgium.pdf> (Erişim tarihi 15.03.2017).
- 35 Law on Bulgarian Citizenship, m.16; Bilgi için bkz.: http://eudo-citizenship.eu/databases/modes-of-acquisition?p=&application=new_globalModesAcquisition&search=1&modeby=country&country=Bulgaria&year=2016&idmode=A24 (Erişim tarihi 15.03.2017). Konuyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz.: Daniel Smilov, Elena Jileva; EUDO Country Report: Bulgaria, EUDO Country Reports 2013, s.12-13, <http://eudo-citizenship.eu/admin/?p=file&appl=countryProfiles&f=2013-22-Bulgaria.pdf> (Erişim tarihi 09.03.2017).
- 36 Jelena Džankić "Investment-Based Citizenship and Residence Programmes in the EU", European University Institute - Robert Schuman Centre for Advanced Studies, EUI Working Paper, 2015/08, s.6-8, http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/34484/RSCAS_2015_08.pdf (Erişim tarihi 15.03.2017).
- 37 Džankić, s.6, dp.3.
- 38 Erdem, s.139.
- 39 Güngör, Tâbiyet, s.102.

dir yetkisi tanımakla beraber en azından Türkiye'ye sanayi tesisleri getiren veya bilimsel, teknolojik, ekonomik, sosyal, sportif, kültürel, sanatsal alanlarda olağanüstü hizmeti geçen kişilerin tespiti somut olarak mümkünken, hizmeti geçeceği düşünülen kişilerin tespitinin belirsizliği hem idarenin yetkisini aşkın kullanıma açık hale getirmekte hem de Anayasanın 66/3. maddesiyle vatandaşlık hukukunda kabul edilen kanunilik ilkesiyle uyuşmamaktadır.

2. TVK m.12/1-b Kapsamındaki Yabancılar: Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu m. 31/1-j Uyarınca İkamet İzni Alanlar ile Turkuaz Kart Sahibi Yabancılar ve Bunların Yabancı Eşi, Kendisinin ve Eşinin Ergin Olmayan veya Bağımlı Yabancı Çocuğu

TVK m.12/1'e eklenen yeni (b) bendi iki ayrı yabancı grubunu ve ayrıca bu yabancıların Kanunda sayılan aile fertlerinin istisnai haller kapsamında vatandaşlığa alınmasını düzenlemektedir. Ancak bendin bu yabancıları doğrudan saymaması sebebiyle bu yabancıların kim olduklarını belirleyebilmek için YUKK, UİK, 12.01.2017 tarihinde yürürlüğe giren 'Türk Vatandaşlığı Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik' ve Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK)⁴⁰ da dikkate alınmalıdır. Bu nedenle bu bendin kapsamındaki yabancıları daha açık bir şekilde belirleyebilmek için önce, Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu m. 31/1-j uyarınca ikamet izni alanlar daha sonra Turkuaz Kart sahibi yabancılar ve son olarak da bu yabancıların Kanunda sayılan aile fertlerinin durumu incelenecektir.

a. 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanununun 31. maddesinin birinci fıkrasının (j) bendi Uyarınca İkamet İzni Alanlar: Türkiye'de Çalışmayan ancak Yatırım Yapan Yabancılar

2016'da yapılan değişiklikle oluşturulan TVK m.12/1-b bendi kapsamında istisnai haller kapsamında Türk vatandaşlığını kazanabilecek ilk grup, 'Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nun 31. maddesinin birinci fıkrasının (j) bendi uyarınca ikamet izni alanlar'dır.⁴¹

⁴⁰ RG 12.12.2007, S. 26728.

⁴¹ TVK m.12/1-b bendinde bildirilen kişilerin durumunun kısa dönem ikamet izni verilmesi aşamasında halihazırda değerlendirilmiş olacağı ve bu kişilerin Türk vatandaşlığını istisnai haller kapsamında kazanabilecek kişilerden olup olmadıklarının tartışma konusu yapılamayacağı yönünde bkz.:Güngör, Tabiiyet, s.104.

YUKK m.31 genel olarak kısa dönem ikamet izni verilebilecek yabancıları saymıştır. Bu maddenin (j) bendinde sayılan yabancılar ise Türkiye’de çalışmayan ancak Bakanlar Kurulunca belirlenecek kapsam ve tutarda yatırım yapacaklar ile bunların yabancı eşi, kendisinin ve eşinin ergin olmayan veya bağımlı yabancı çocuğudur.⁴² Kısa dönem ikamet izninin şartları, hangi durumların ikamet süresinde kesinti sayılacağı, izin talebinin reddi, izin iptali veya uzatılmaması, konuları ise YUKK (m.32-33) ve YUKK’un Uygulama Yönetmeliğinde (m.28- 29) düzenlenmiştir⁴³. Türkiye’de çalışmayan ancak Bakanlar Kurulunca belirlenecek kapsam ve tutarda yatırım yapacaklar ile bunların yabancı eşi, kendisinin ve eşinin ergin olmayan veya bağımlı yabancı çocuğu YUKK m.31/1-j bendi gereği kısa dönem ikamet izni alabilecek yabancılardan olsa da, bu yabancıların kısa dönem ikamet izni alabilmesi için ayrıca hem YUKK’ta ve Uygulama Yönetmeliğinde genel olarak ikamet izni başvurusu ile iznin verilmesi ile ilgili hükümlerde yer alan şartlara⁴⁴ hem de yine adı geçen mevzuatta düzenlenen kısa dönem ikamet izni başvurusu ile ilgili şartlara⁴⁵ uymaları da gerekmektedir. Aksi durumda, izin başvuruları reddedileceği gibi verilmiş olan kısa dönem ikamet izinlerinin iptali ve izin süresinin sona erme-

⁴² UİK m.27 ile YUKK’un 31. maddesine eklenen fıkralar uyarınca; kısa dönem ikamet izni yabancılara her defasında en fazla ikişer yıllık sürelerle verilebilecekken, Türkiye’de çalışmayan ancak yatırım yapanlarla Kanunda sayılı aile ferlerine verilen kısa dönem ikamet izinleri ise en fazla beşer yıllık sürelerle olabilecektir (m.31/2, m.31/5)

⁴³ Kısa dönem ikamet izni konusunda ayrıntılı bilgi için bkz.: Vahit Doğan, *Yabancılar Hukuku*, Savaş Yayınevi, Ankara, 2016, s.72-74.

⁴⁴ YUKK, genel olarak ikamet izni başvuru usulünü, ikamet izninin uzatılması, ikamet izinleri arasında geçişler gibi ikamet izniyle ilgili hususları, m.21-31 arasında düzenlemiştir. Aynı konu Yönetmelikte ikamet izni başvurusuna ilişkin esaslar ile başvurularının incelenmesi ve sonuçlandırılması da dâhil olmak üzere daha ayrıntılı bir şekilde, m.22-28 arasında düzenlenmiştir. İkamet izni şartları ve başvuru usulü konusunda ayrıntılı bilgi için bkz.: Nuray Ekşi, *Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukuku*, Beta Yayınevi, 2016, s.89-93; Doğan, *Yabancılar*, s.68-70.

⁴⁵ YUKK m.32/1 uyarınca kısa dönem ikamet izinlerinin verilmesinde şu şartlar aranır: a) Kısa dönem ikamet izni alabilecek olan yabancıları sayan 31. maddenin birinci fıkrasında sayılan gerekçelerden biri veya birkaçını ileri sürerek talepte bulunmak ve bu talebiyle ilgili bilgi ve belgeleri ibraz etmek b) 7. madde kapsamında Türkiye’ye girişlerine izin verilmeyecek yabancılardan olmamak c) Genel sağlık ve güvenlik standartlarına uygun barınma şartlarına sahip olmak ç) İstenilmesi hâlinde, vatandaş olduğu veya yasal olarak ikamet ettiği ülkenin yetkili makamları tarafından düzenlenmiş adli sicil kaydını gösteren belgeyi sunmak d) Türkiye’de kalacağı adres bilgilerini vermek.

si durumunda uzatma talebinin reddi de söz konusu olabilecektir.⁴⁶ Dolayısıyla söz konusu yabancıların TVK m.12/1-b bendi kapsamında yapacakları vatandaşlık başvurusu anında kısa dönem ikamet izinlerinin geçerliliğini koruyor olması gerekmektedir.

aa. Genel Olarak Yatırım Esasının Vatandaşlığın Kazanılmasında Kriter Olarak Kullanılması ve Bu Kriteria Yönelik Eleştiriler

Yatırıma esasına dayanan vatandaşlık, bir yandan yerel ekonomik aktivitenin canlandırılması, yabancı sermayeyi teşvik etmesi, istihdam oluşturması ve devletlerin ihtiyaç duydukları büyüme hedeflerini yakalayabilmelerine katkı sağlayacağı gerekçeleriyle cazip bir teklif olarak değerlendirilirken⁴⁷ vatandaşlık kavramına yüklenen geleneksel anlam sebebiyle vatandaşlığın, şartlarını devlet yerine para piyasalarının belirlediği ticari bir değiş tokuş aracı olmaması gerektiği; ayrımcılığa ve eşitsizliğe sebebiyet vereceği ve genel olarak vatandaşlığın toplum nezdindeki değerini olumsuz etkileyeceği gibi sebeplerle de eleştirilir.⁴⁸ Nitekim kabul edilmesiyle birlikte bu konu ülkemiz genelinde de 'yatırım yapana Türk vatandaşlığı' başlığıyla tartışmalara sebep olmuştur.⁴⁹

⁴⁶ YUKK m.33 uyarınca kısa dönem ikamet izninin verilmeyeceği, verilmişse iptal edileceği süresi bitmişse uzatılmayacağı hâller şunlardır: a) 32. maddede düzenlenen kısa dönem ikamet izinlerinin verilmesinde aranan şartlardan birinin veya birkaçının yerine getirilmemesi veya ortadan kalkması b) İkamet izninin, verilmiş amacı dışında kullanıldığı belirlenmesi c) Hakkında geçerli sınır dışı etme veya Türkiye'ye giriş yasağı kararı bulunması. aynı maddenin 2. fıkrası uyarınca ikamet izninin yurt dışında kalış süresi bakımından iptali konusu YUKK uygulama Yönetmeliğinde yine UİK m.27 ile YUKK'un 33. maddesinde yapılan değişiklik düzenlenmiştir. Buna göre, zorunlu kamu hizmeti, görev, eğitim veya sağlık nedenleri haricinde son bir yıl içinde toplamda yüz yirmi günden fazla süreyle yurt dışında kalınması iznin iptaline sebep olacaktır (m.29/1-c).

⁴⁷ Şerif Dilek, "Yatırım Yoluyla Vatandaşlık Ekonomik Aktiviteye Katkı Sağlar mı?" Perspektif, S.162 Ocak 2017, s.2, https://setav.org/assets/uploads/2017.01.162_Perspektif.pdf(Erişim tarihi 15.03.2017).

⁴⁸ Ayelet Shchar, "Dangerous Liaisons: Money and Citizenship, Should Citizenship be for Sale?", EUI Working Paper (Ed. by Ayelet Shchar and Rainer Bueböck), 2014/1, s.6-7, http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/29318/RSCAS_2014_01.pdf?sequence=1 (Erişim tarihi 15.03.2017).

⁴⁹ Sabah Gazetesi 'yatırım yapana Türk vatandaşlığı' <http://www.sabah.com.tr/ekonomi/2017/01/12/yatirim-yapana-turk-vatandasligi> (Erişim tarihi 15.03.2017).; NTV ' Ev alana, yatırım yapana Türk vatandaşlığı' haberi için bkz.:<http://www.ntv.com.tr/ekonomi/ev-alana-yatirim-yapana-turk-vatandasligi,rKgCf8yqsEKRF4qrI9Y-fA>(Erişim tarihi 15.03.2017).; Hürriyet Gazetesi 'Ev alan yabancıya vatandaşlık!' <http://www.hurriyet.com.tr/ev->

Yatırım esasına dayanan vatandaşlık, Avrupa Birliği dâhilinde de tartışmalara sebep olmaktadır. 2013’de Malta Hükümetinin Birlik üyesi olmayan yabancılara 650.000,00 Euro yatırım yapılması şartıyla Malta vatandaşlığını kazandırma yönündeki kararı ile bu durum aynı zamanda kendiliğinden Avrupa Birliği vatandaşlığının da kazanılacağı anlamına geldiği için konuyla ilgili tartışmalar Parlamenteoya taşınmıştır. Avrupa Parlamentosu 2014 Ocak ayında, Avrupa Birliği’nde bazı üye ülkelerin yatırıma dayalı ikamet veya vatandaşlık hakkı verilmesini içeren düzenlemelerini ve planları tartışmak için, “Satılık AB Vatandaşlığı” başlıklı bir müzakere düzenlemiştir. Müzakere sonucunda alınan ilke kararlarında, üye devletlerin Birliğin ortak değer ve başarılarını koruma konusunda sorumlu davranmasının beklendiğini ve bu değer ve başarıların paha biçilemez olduğu dolayısıyla onlara bir fiyat etiketi takılamayacağı vurgulanırken, Birlik vatandaşlığının bu şekilde satılığa çıkarılmasının Birliğin üzerine kurulduğu karşılıklı güvene zarar vereceğinden ve bu uygulamanın ayrımcılığa yol açabileceğinden duyulan endişe dile getirilmiş; ayrıca yatırım esasına dayalı vatandaşlık ile bağlantılı olarak ortaya çıkabilecek muhtemel kara para aklama gibi dolandırıcılığa bağlı suçlara karşı dikkat çekilerek daha cazip yatırım koşulları veya finansal kaynaklar sağlamak için başvurulmuş bu tür yolların *Schengen* alanında oturma izni ya da AB vatandaşlığı taşıyan kişiler için standartların düşmesine neden olabileceği de ifade edilmiştir.⁵⁰

Yabancılara yatırım esasına bağlı olarak vatandaşlık verilmesi, karşılıklılık veya eşitlik gibi değer ve ilkeleri esas alan ‘demokratik va-

alan-yabanciya-vatandaslik-resmi-gazetede-yayinlandi-40333779 (Erişim tarihi 15.03.2017).

⁵⁰ Söz konusu kararda ayrıca vatandaşlık ile ilgili konularda üye devletlerin münhasır yetkilerinin bulunduğu ancak üye devletlerin AB antlaşmalarında özellikle de üye devletlerarasında karşılıklı güven ve AB vatandaşlığına bağlı haklar konusunda kabul edilen esasları desteklemesi gerektiği; AB vatandaşlığının, kişinin Avrupa ve üye devletleri ile olan bağları veya AB vatandaşlarıyla olan kişisel bağlarına dayandığı ve AB Vatandaşlığının hiçbir zaman ticarete konu bir emtia olmaması gerektiği; Birlik vatandaşlığının sağladığı hakların insanlık onurunu temel aldığı ve hiçbir fiyat karşılığı alınması ya da satılmasının mümkün olmadığı da belirtilmiştir. Parla mentonun ilke kararları için bkz.: ‘European Parliament Resolution of 16 January 2014 on EU Citizenship for Sale (2013/2995(RSP))’, <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&language=EN&reference=P7-TA-2014-0038> (Erişim tarihi 15.03.2017).

tandaşlık' idealinden ciddi bir geri adım olarak değerlendirilse de⁵¹ bu esas pek çok ülkede vatandaşlığın kazandırılmasında bir ölçüt olarak kullanılmaya devam etmektedir. Ancak bu ölçütü kabul etmekle birlikte çoğunlukla vatandaşlığın kazanılabilmesi için ek koşullar da aranmaktadır. Örneğin 2013'te Vatandaşlık Kanununda yaptığı değişiklikle birlikte yatırıma dayalı vatandaşlık esasını kabul eden Bulgaristan yatırımın türüne göre farklı miktarda yatırımlar belirlemenin yanında, vatandaşlığa başvurmadan önce en az 1 yıl sürekli ikamet ve Bulgaristan'da hakkında verilmiş bir mahkûmiyet kararı bulunmaması şartlarını da aramaktadır.⁵² Yine 2013 tarihinde vatandaşlık kanununda yaptığı değişikliklerle birlikte yatırım esasını kabul eden Romanya, başvuru sahibinin en az 18 yaşında olması, 4 yıllık ikameti, mahkûmiyet kararı bulunmaması, yeterli derecede Romanca bilmesi, Romanya kültürü ve medeniyeti hakkında topluma uyum sağlayacak derecede bilgi sahibi olma, iyi ahlak ve sadakat gibi ek koşulları da aramaktadır.⁵³ Yatırım esasına bağlı vatandaşlık konusunun AB Parlamentosuna taşınmasına sebep olan ve Parlamentonun yukarıda bahsedilen ilke kararı ile yatırıma dayalı vatandaşlık ile ilgili düzenlemeyi Birliğin değerlerine uygun hale getirme yönünde çağrıda bulunan Malta ise söz konusu düzenlemeyi yatırım dışında bir yıllık ikamet şartı koyarak ve yatırım miktarını arttırarak 2014'te yürürlüğe koymuştur.⁵⁴ Malta da yatırıma dayalı vatandaşlık başvurusu yapılabilmesi için belirli tutarda yatırım dışında 1 yıllık (180 günü kesintisiz olma şartıyla) ikamet şartı, sağlık sigortası, iyi ahlak gibi ek şartlar da aranmaktadır.⁵⁵ Birleşik Krallık, Kanada, Belçika ve Macaristan gibi bazı devletlerde ise öngörülen yatırım miktarının gerçekleştirilmesi halinde yabancıya vize ve ikamet izni bakımından ayrıcalıklar tanınmakta; bu ikamet izni de (yasalarda belirlenen sürelerin dolmasının

⁵¹ Ana Tanasoca, "Citizenship for Sale Neomedieval, not Just Neoliberal?", *European Journal of Sociology*, V.57/1, 2016, s.192.

⁵² Džankić, s.12-13.

⁵³ Act No. 21/1991 on Romanian Citizenship, m.8/2 Bkz.:<http://eudo-citizenship.eu/global-modes-of-acquisition?p=&application=globalModesLoss&search=1&modeby=country&country=Romania> (Erişim tarihi 15.03.2017).

⁵⁴ İlke kararlardan biri de Malta Hükümetine yatırıma dayalı vatandaşlık ile ilgili düzenlemeyi Birliğin değerlerine uygun hale getirme yönünde çağrıda bulunmak olmuştur; Malta Hükümeti de eleştiri ve tepkiler üzerine konuyla ilgili düzenlemeyi yatırım dışında bir yıllık ikamet şartı koyarak 2014'te yürürlüğe koymuştur.. Bilgi için bkz.: Džankić, s.10-11.

⁵⁵ Džankić, s.10-12.

ardından) yabancıнын daha sonra vatandaşlık başvurusunda bulunmasına dayanak sağlamaktadır.⁵⁶

ab. TVK m.12/1-b Bendi Kapsamında Yatırım Esasının Vatandaşlığının Kazanılmasında Kriter Olarak Kullanılması

TVK m.12/1- b bendi ve YUKK m.31/1-j bendi birlikte değerlendirildiğinde, Türkiye’de yatırım yapan her yabancıнын değil, ancak yaptığı yatırım Bakanlar Kurulunca belirlenecek kapsam ve tutarda olan yabancılarla bunların kanunda sayılan aile fertlerinin TVK m.12/1-b bendi kapsamında istisnai yoldan faydalanarak Türk vatandaşlığını kazanmak için başvuruda bulunabileceği görülmektedir. Yabancıнын yapması gereken yatırımın kapsamı ve tutarı ise, 12.01.2017 tarihinde yürürlüğe giren ‘Türk Vatandaşlığı Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik’ ile tespit edilmiştir. 2017 tarihli bu Yönetmelik ile 2010 tarihli Türk Vatandaşlığı Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmeliğin ‘Türk vatandaşlığının istisnai olarak kazanılması, başvuru için gerekli belgeler ve yapılacak işlemler’ başlığını taşıyan 20. maddesine eklemeler uyarınca yabancıнын TVK m.12/1-b bendi kapsamında istisnai haller kapsamında Türk vatandaşlığını kazanma yoluna başvurabilmesi için Türkiye’de yaptığı yatırımı ile aşağıdaki şartlardan herhangi birini sağlaması gerekmektedir:

a) En az 2.000.000 Amerikan Doları tutarında sabit sermaye yatırımı gerçekleştirildiği Ekonomi Bakanlığınca tespit edilen,

b) En az 1.000.000 Amerikan Doları tutarında taşınmazı tapu kayıtlarına üç yıl satılmaması şerhi koyulmak şartıyla satın aldığı Çevre ve Şehircilik Bakanlığınca tespit edilen,

c) En az 100 kişilik istihdam oluşturduğu Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca tespit edilen,

ç) En az 3.000.000 Amerikan Doları tutarında mevduatı üç yıl tutma şartıyla Türkiye’de faaliyet gösteren bankalara yatırdığı Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumunca tespit edilen,

d) En az 3.000.000 Amerikan Doları tutarında Devlet borçlanma

⁵⁶ Tanasoca, s.171-173; Dilek, s.2-3.

araçlarını⁵⁷ üç yıl tutmak şartıyla satın aldığı Hazine Müsteşarlığınca tespit edilen.

Bu parasal değerlerin belirlenmesinde, tespit tarihindeki Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankasının efektif satış kuru esas alınacaktır (m.20/6). Yatırım şartını yerine getiren yabancıların TVK m.12/1-b kapsamında istisnai yolla Türk vatandaşlığını kazanabilmeleri için aşağıda ayrıntılı olarak anlatılacağı üzere⁵⁸ yine TVK m.12 gereği milli güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel teşkil edecek bir hali bulunmama dışında başka bir şart aranmayacak; ancak İçişleri Bakanlığı tarafından bu yabancıların Türk vatandaşlığını kazanmaları yönünde teklifte bulunulması ve Bakanlar Kurulu kararı gerekecektir.

b. Turkuaz Kart Sahibi Yabancılar

ÜİK'in getirdiği yeniliklerden biri olan Turkuaz Kart, AB'nin 2011'de yürürlüğe giren 'Mavi Kart Yönergesi'⁵⁹ ile düzenlenen 'Avru-

⁵⁷ Devlet borçlanma araçlarıyla ilgili düzenleme 2002 tarih ve 4749 sayılı 'Kamu Finansmanı ve Borç Yönetiminin Düzenlenmesi Hakkında Kanun'da yer almaktadır (RG 09.04.2002, S. 24721). Kanuna göre çıkarılacak Devlet iç borçlanma senetlerinin çeşitlerine, satış yöntemlerine, faiz koşullarına, vadelerine, basım ve ödemelerine ilişkin her türlü esasları ve bunlara ilişkin diğer şartları belirlemeye Hazine Müsteşarlığının bağlı bulunduğu Bakan yetkilidir (m.6/1). Türkiye Cumhuriyeti adına herhangi bir dış finansman kaynağından Devlet dış borcu sağlamaya ve mali koşulları da dahil olmak üzere şartlarını tespit etmeye ve bu şartlar çerçevesinde malî yükümlülük altına girmeye de Bakan yetkilidir (m.7/1). Kanunun 3. maddesinde yer alan tanımlara göre Devlet iç borçlanma senetleri: Müsteşarlık tarafından yurt içinde ihraç edilen borçlanma senetlerini; Devlet tahvili: İhraç edildikleri tarih itibarıyla bir yıl (364 gün) ve daha uzun vadeli Devlet iç borçlanma senetlerini; Hazine bonusu: İhraç edildikleri tarih itibarıyla vadeleri bir yıldan kısa olan (364 güne kadar) Devlet iç borçlanma senetlerini; Nakit Devlet iç borçlanma senetleri: Karşılığında Hazineye nakit imkânı sağlayan Devlet iç borçlanma senetlerini; Özel tertip Devlet iç borçlanma senetleri: İlgili yıl bütçe kanunu ve ilgili mevzuat çerçevesinde ihraç edilmiş olan ve karşılığında herhangi bir nakit girişi sağlanmayan Devlet iç borçlanma senetlerini ifade eder. Aynı madde uyarınca, para piyasası nakit işlemleri: Hazinesinin kısa vadeli nakit ihtiyacını karşılamak üzere fiziken basılı olmayan Devlet iç borçlanma senedi çıkarmak veya para piyasası araçlarını kullanmak suretiyle yapılan azami otuz gün vadeli borçlanmaları; Program kredisi: Müsteşarlık tarafından ülkenin makroekonomik programları çerçevesinde, doğrudan veya Hazine garantisinde altında, kamunun finansman ihtiyacının karşılanması amacıyla herhangi bir dış finansman kaynağından sağlanan finansman imkânını, Proje kredisi: Projelerin gerçekleşmesi için herhangi bir dış finansman kaynağından sağlanan finansman imkânını ifade eder.

⁵⁸ Bkz.: s.27-30.

⁵⁹ 'Council Directive 2009/50/EC of 25 May 2009 On the Conditions of Entry and Residence of Third-Country Nationals for the Purposes of Highly Qualified Employment', OJ 18.06.2009, L 155/17.

pa Birliği Mavi Kart' (*EU Blue Card*) uygulaması ile benzer amaçlarla kabul edilen bir uygulamadır.⁶⁰ AB Mavi Kartı, 3.devlet vatandaşı olan hak sahibine, Yönergedeki hükümler çerçevesinde ilgili üye ülkede oturma ve çalışma imkânı hakkı tanır (m.2/c). AB Mavi Kart Programı, Birliğin ekonomik rekabet gücünü artırmak amacıyla, Avrupa Birliği dışındaki yüksek eğitilmiş yabancılar için göç sürecindeki çalışma ve ikamet izni koşullarını basitleştirerek bu nitelikteki kişilerin üye devletlere göç etmesini teşvik etmek için tasarlanmıştır.⁶¹ Bu uygulamadan yüksek nitelikli işgücü olarak sınıflandırılan 3. Devlet vatandaşları⁶² yararlanabilecek ve bu yabancılar üye devletlerden geçerli bir iş teklifi almaları durumunda AB Mavi Kartını talep edebileceklerdir (m.3).⁶³ Mavi Kart sahiplerine, Yönergedeki koşulların sağlanmasıyla

⁶⁰ Amerika Birleşik devletlerinde uygulanan ve sürekli ikamet izni dışında çalışma izni ve çeşitli sosyal haklar da sağlayan ve 'Yeşil Kart' (Green Card) olarak bilinen sürekli oturma izni ise 1990 yılından itibaren özellikle halihazırda Birleşik Devletlerde başvuruları daha az kabul gören devlet vatandaşı olan göçmenler için de bu ülkeye göç fırsatı yaratmak ve böylece ülkeye kabul edilecek göçmenler bakımından kültürel çeşitliliği sağlamak gibi amaçlarla uygulamaya konulan ve 'Yeşil Kart' şekliyle olarak bilinen vize programı 'Çeşitlilik Vizesi (Diversity Visa) çerçevesinde yapılan piyango çekilişiyle verilebilir. Konuyla ilgili ayrıntılı bilgi ve çekilişin tarihçesi hakkında bkz.: Andowah, A. Newton, "Injecting Diversity into U.S. Immigration Policy: The Diversity Visa Program and the Missing Discourse on Its Impact on African Immigration to the United States", *Cornell Int'l L.J.*, V. 38/3, 2005, s.1050-1056. Bu kart sahibi, en az 5 yıllık sürekli ve düzenli ikamet sonunda vatandaşlık için başvuruda bulunulabilecektir; ancak ikamet dışında iyi ahlak ve Birleşik Devletlere sadakat bağı da aranmaktadır. Bilgi için bkz.: Immigration and Nationality Act (INA) Chapter 2 §316. Kanun metni için bkz.: <https://www.uscis.gov/ilink/docView/SLB/HTML/SLB/0-0-0-1/0-0-0-29/0-0-0-9898.html#0-0-0-405> (Erişim tarihi 15.03.2017). Bireyleri piyango yöntemi ile seçtiği için etik olmadığı gerekçesiyle de eleştirilen Yeşil Kart kurası, ABD Senatosundan 2013 yılında geçen Kapsamlı Göçmenlik Reformu Paketi Tasarısında yer almamıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz.: N. Kağan Kocaoğlu, "ABD Göçmenlik Reformunun Ana Hatları ve Türk - Amerikan Toplumuna Etkisi", *Ankara Barosu Dergisi*, 2016/1, s.293-294.

⁶¹ Tuğçe Elif Nakhoul, Uluslararası İşgücü Göçü ve Türkiye, yayınlanmamış uzmanlık tezi, Ankara 2014, s.58.

⁶² Mavi Kartın verilemeyeceği yabancılar ise Yönergenin 3. maddesinde sayılmıştır. Buna göre mültecilere, uluslararası korumadan yararlananlara ya da koruma başvurusunda bulunmuş olan kişilere, geçici korumadan yararlananlara bu kart verilmeyecektir.

⁶³ Birlik dâhilinde Mavi Kart uygulamaları ülkeden ülkeye değişiklik göstermektedir. Örneğin Almanya için Mavi Kart başvurusu yapabilmek için, Alman üniversitelerinden ya da dengi üniversitelerden mezun olmalarının yanı sıra 30 yaşından büyük adayların yılda en az 52,463 Avro kazanç elde edebilecekleri bir iş teklifi almaları gerekirken Hollanda için bu kazancın sınırı ayda 5,122 Avrodur, bkz.:Nakhoul, s.59.

uzun dönem ikamet izni için başvuru imkânı sağlasa da vatandaşlıkla ilgili herhangi bir özel hak sağlamamaktadır.⁶⁴

Gerek ÜİK gerekse de Turkuaz Kart Yönetmeliğinde düzenlendiği şekliyle Turkuaz Kart da AB Mavi Kartı gibi yüksek nitelikli işgücü olarak kabul edilen yabancılara asıl olarak Türkiye’de ikamet ve çalışma hakkı sağlamak üzere tasarlanmıştır. Kanun ve Yönetmelikte Turkuaz Kart yabancıya Türkiye’de süresiz çalışma hakkı, mevzuat hükümlerine göre eş ve bakmakla yükümlü olduğu çocuklarına ise ikamet hakkı veren belge olarak tanımlanmaktadır (m.3/1-ğ, Yön. m.4/1-e). Kanun uyarınca, Turkuaz Kart, uluslararası işgücü politikası doğrultusunda; eğitim düzeyi, mesleki deneyimi, bilim ve teknolojiye katkısı, Türkiye’deki faaliyetinin veya yatırımının ülke ekonomisine ve istihdama etkisi ile Uluslararası İşgücü Politikası Danışma Kurulu⁶⁵ önerileri ve Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca belirlenen usul ve esaslara göre başvurusu uygun görülen yabancılara verilir (m.11/1). Yönetmelik ise konuyu daha ayrıntılı düzenlemiştir. Yönetmelik m. 5 uyarınca Turkuaz Kart:

a) Eğitim düzeyi, ücreti, mesleki bilgisi ve deneyimi, bilim ve teknolojiye katkısı ve benzeri nitelikleri itibarıyla yüksek nitelikli işgücü olarak değerlendirilen,

b) Yatırım veya ihracat düzeyi, sağlayacağı istihdamın büyüklüğü, bilimsel ve teknolojik gelişmeye yaptığı katkı ve benzeri özellikleri itibarıyla yüksek nitelikli yatırımcı olarak değerlendirilen,

c) Bilimsel ve teknolojik gelişmeye katkı sağlayan veya bilim, sanayi ve teknoloji alanlarında uluslararası düzeyde ülke menfaatleri açısından stratejik kabul edilen çalışmalar ve araştırmalar yapan bilim insanı veya araştırmacı,

⁶⁴ Kart sahibi, toplamda beş yıllık yasal ve düzenli ikamet (ayrıca uzun dönem ikamet izni talebinde bulunulan üye ülkede başvurudan önce iki yıl AB Mavi Kart hamili olarak yasal ve sürekli ikamet gerekmektedir) ardından uzun dönem ikamet izni için başvurabilir (m.16/2).

⁶⁵ Uluslararası İşgücü Politikası Danışma Kurulu, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı başkanlığında, Bakanlık Müsteşarı, Avrupa Birliği, Dışişleri, Ekonomi, İçişleri, Kalkınma, Kültür ve Turizm bakanlıklarının müsteşarları ile Uluslararası İşgücü Genel Müdüründen oluşur (m.4/4). Kurul, uluslararası işgücüne ilişkin mevzuat geliştirme çalışmalarını, ulusal ve uluslararası gelişmeleri ve uygulamaları izlemek, Türkiye’nin ekonomik, sektörel ve bölgesel önceliklerine uygun politika önerilerini Bakanlığa bildirmek ile görevlidir(m.4/6).

ç) Kültürel, sanatsal veya sportif faaliyetler açısından uluslararası düzeyde başarılı olan,

d) Türkiye'nin veya Türk kültürünün uluslararası tanınırlığına veya tanıtımına katkı sağlayan, Türkiye'nin milli menfaatlerine ilişkin hususlarda uluslararası düzeyde faaliyette bulunan, yabancılara verilebilir.⁶⁶ Yönetmelikte, yatırım veya ihracat düzeyi, sağlayacağı istihdamın büyüklüğü ve benzeri özellikleri itibarıyla yüksek nitelikli yatırımcı olarak değerlendirilen kişilere de Turkuaz Kart verileceği düzenlenmiştir. Yukarıda anlatıldığı üzere Türkiye'de yatırım yapan ve istihdam yaratan yabancıların istisnai haller kapsamında Türk vatandaşlığını kazanabileceği TVK m.12/1 b bendi kapsamında ayrı bir grup olarak zaten düzenlenmiştir. Yüksek nitelikli yatırımcı olarak değerlendirildiği için Turkuaz Kart alabilecek ve yine TVK m.12/1-b kapsamında Türk vatandaşlığını kazanabilecek olanlar ile söz konusu ilk grup arasındaki temel fark, ilk gruptakiler bakımında Türkiye'de çalışma şartı aranmaması, ancak Turkuaz Kart hamilleri için bu şartın aranmasıdır.

ÜİK uyarınca, geçici koruma sağlanan yabancılara Turkuaz Kart verilmeyecektir (m.11/6). Kanunda aksi belirtilmediğinden mülteci, şartlı mülteci, ikincil koruma statüsüyle uluslararası korumadan yararlanan diğer yabancılar ve bu statüler için başvuruda bulunanlar ise şartları yerine getirmeleri halinde Turkuaz Kart sahibi olabilecektir. Turkuaz Kart başvurusu, yurt içinde⁶⁷ doğrudan sistem üzerinden, yurt dışında yabancıların vatandaşı olduğu veya yasal olarak bulunduğu ülkedeki Türk dış temsilciliği aracılığıyla yapılır (Yön. m.6/1).⁶⁸ Turku-

⁶⁶ Yönetmeliğe göre 5. maddenin (b), (c) ve (ç) bentlerinde sayılan yabancıların nitelikleri bakımından Turkuaz Kart verilmeye uygun olduğuna dair Genel Müdürlükçe belirlenen ilgili kamu kurum ve kuruluşları tarafından uygunluk belgesi düzenlenebilir ancak bu belge Turkuaz Kart başvurusunun olumlu değerlendirilmesine yönelik herhangi bir kazanılmış hak sağlamaz (m.10/1, 10/4). Uygunluk belgesi, yabancıların nitelikleri bakımından Turkuaz Kart verilmeye uygun olduğuna ilişkin Turkuaz Kart Yönetmeliğinde belirtilen ve Genel Müdürlükçe belirlenen ilgili kamu kurum ve kuruluşları tarafından düzenlenebilecek belge olarak tanımlanmıştır (m.4/1-ğ).

⁶⁷ Türkiye'de yasal olarak bulunan yabancı, yurt içinden yabancı kimlik numarası ile sistem üzerinden doğrudan kendisi başvuru yapabilir (Yön. m.6/3). Türkiye'de yasal olarak bulunan yabancıların yurtiçinden yapacakları başvurular bakımından yabancıların geçerli ikamet iznine sahip olması şartı ise aranmaz (m.8/3).

⁶⁸ Turkuaz Kart başvuruları ve değerlendirilmesi uluslararası işgücü politikası doğrultusunda belirli bir süre için tarım, sanayi veya hizmet sektörleri, belirli bir mes-

az Kart başvurusu, yurtiçi ve yurtdışından yabancı adına yetkili aracı kurum⁶⁹ tarafından da yapılabilir (Yön. m.6/4). Turkuaz Kart başvurusunun değerlendirilmesinde uluslararası işgücü politikası doğrultusunda Genel Müdürlükçe belirlenen kıstaslar kapsamında oluşturulan puanlama sistemi⁷⁰ kullanılacak; puanlama sistemi kapsamında yeterli puanı alan başvurular olumlu⁷¹ değerlendirilecektir (Yön. m.9).

lek, işkolu veya mülki ve coğrafi alan itibarıyla Bakanlık tarafından sınırlandırılabilir veya durdurulabilir (Yön. m.21).

⁶⁹ Yetkili aracı kurum, ÜİK ile kabul edilen yeniliklerden biridir. ÜİK ile yapılan değişiklikle bu kuruma ilişkin tanım YUKK'a da eklenmiştir (m.3/1-y). Her iki Kanunda ve Turkuaz Kart Yönetmeliğinde yapılan tanım uyarınca, yetkili aracı kurum, nitelikleri ve görev çerçevesi yönetmelikle belirlenen ve Bakanlık tarafından yetkilendirilen kurum veya kuruluştur (ÜİK m.3/1-i; Yön. m.4/1-j).

⁷⁰ Puanlama sistemi Turkuaz kart verilecek yabancıları belirleyen ve Yönetmeliğin 5. maddesinde yer alan nitelikler esas alınarak her grup için yine Yönetmeliğin 11.maddesinin 2. fıkrasında yer alan kıstaslara göre yapılacaktır. Bu kıstaslar ise şu şekilde tespit edilmiştir: a) Nitelikli işgücü olarak değerlendirilen yabancı için; öğrenim durumu, öğrenim görülen yükseköğretim kurumunun saygınlığı, ücret düzeyi, üst düzey yönetici olarak, uzmanlık gerektiren yüksek nitelikli işlerde veya Ar-Ge alanında çalışma veya mesleki deneyim, öğrenim ile iş ya da mesleğin uyumu, anadili dışında bildiği yabancı diller ve niteliklerini gösterir benzeri kıstaslar b) Nitelikli yatırımcı olarak değerlendirilen yabancı için; belgelendirilen ya da taahhüt edilen yatırım, ihracat veya istihdam düzeyi, yatırım yapılacak sektörün, bölgenin ve işin niteliği, Türkiye'de sahip olunan taşınır veya taşınmazlar ile fikri veya sınai mülkiyet hakları ve niteliklerini gösterir benzeri kıstaslar c) Bilim insanı veya araştırmacı için; akademik unvan, ulusal ya da uluslararası alanda bilinen yükseköğretim kurumlarında veya bilim ve teknoloji alanında öne çıkmış kuruluşlarda çalışma veya mesleki deneyim, ulusal veya uluslararası kurumlar tarafından tescillenmiş patent, ticari marka veya lisans, inovasyon faaliyetleri, Ar-Ge alanında ya da bilişim, savunma, maden, enerji gibi ülke ekonomisi açısından stratejik sektörlerde önemli görevlerde çalışma ya da mesleki deneyim ve niteliklerini gösterir benzeri kıstaslar

ç) Yabancı sporcular için faaliyette bulunduğu spor dalında ferdi ya da kulüp lisansı ile ulusal ya da uluslararası ferdi ya da takım müsabakalarında aldığı dereceleri ya da ödülleri, mensubu olduğu spor kulübünün hukuki statüsü ile ilgili kulübün ulusal veya uluslararası başarıları, uyuşunda bulunduğu ülkede milli sporcu statüsünde olması ve niteliklerini gösterir benzeri kıstaslar d) Fikir ve sanat eseri sahibi yabancılar için eserlerinin bilinirliği, ulusal veya uluslararası ödülleri ve niteliklerini gösterir benzeri kıstaslar, e) Türkiye'nin veya Türk kültürünün tanınırlığına veya tanıtımına katkı sağlayan yabancılar için; süresi, sürdürülebilirliği, devamlılığı ve etki alanı gibi bilgileri içeren tanıtım faaliyetleri, fikir ve sanat eserleri, Turkuaz gönüllüsü olarak uluslararası düzeyde yürütülen faaliyetleri ve benzeri kıstaslar. Uluslararası İşgücü Genel Müdürlüğünü, puanlama sistemlerinde değişiklik yapmaya veya bölge, il, sektör, işkolu veya meslek bazında farklılaştırılmış puanlama sistemleri belirlemeye ve bunları altı aylık dönemler itibarıyla yayımlamaya yetkilidir (m.11/3).

⁷¹ Yönetmelik başvuru red sebeplerini ise 12. maddesinde düzenlemiştir. Buna göre: a) Bakanlıkça belirlenen değerlendirme kıstaslarını karşılamayan b) Uluslararası

ÜİK'e göre, Turkuaz Kart uygulamasında; akademik alanda uluslararası kabul görmüş çalışmaları bulunanlar ile bilim, sanayi ve teknolojide ülkemiz bakımından stratejik kabul edilen bir alanda öne çıkmış olanlar ya da ihracat, istihdam veya yatırım kapasitesi olarak ulusal ekonomiye önemli katkı sağlayan ya da sağlaması öngörülenler 'nitelikli yabancı'⁷² olarak değerlendirilecektir (m.11/5). Turkuaz Kart, ilk üç yılı geçiş süresi olmak kaydıyla verilecek ve geçiş süresi içinde Bakanlıkça iptal edilmeyen Turkuaz Kartta yer alan geçiş süresi kaydı, yabancı'nın başvurusu hâlinde⁷³ kaldırılarak süresiz Turkuaz Kart verilecektir (m.11/2). Yönetmelik geçiş süreci ile ilgili ayrıntılı düzenlemeler içermektedir. Yönetmeliğe göre, geçiş süresi içinde Turkuaz Kart sahibi yabancı'nın faaliyetlerinin ve taahhütlerinin izlenmesi için bir uzman görevlendirilecek ve bu uzman tarafından 12 aylık dönemler halinde şekil ve içeriği Genel Müdürlükçe belirlenecek izleme raporu hazırlanacaktır (m.15/2, m.15/3). Geçiş süresi kaydı, Turkuaz Kart sahibi yabancı'nın talep tarihinden itibaren otuz gün içinde ilgili uzmanın hazırlayacağı nihai raporun olumlu olması halinde Genel Müdürlükçe kaldırılacak; raporun olumsuz olması halinde ise Genel Müdürlükçe yapılacak değerlendirme sonucunda geçiş süresinin uzatılmasına veya sonlandırılarak Kartın iptaline karar verilecektir (m.17/2- m.17/3). Geçiş süresi içinde iptal edilmeyen ve geçiş süresi kaydının kaldırılması-

sı işgücü politikasına uygun olmayan c) Sahte veya yanıltıcı bilgi ve belgelerle yapılan ç) Yabancı istihdam edilmesine ilişkin gerekçesi yeterli görülmeyen d) Diğer kanunlarda Türk vatandaşlarına hasredilen iş ve meslekler için yapılan e) YUKK'un ilgili maddeleri kapsamında Türkiye'ye girişlerine izin verilmeyecek, vize verilmeyecek veya sınır dışı etme kararı alınacak yabancılardan olduğu İçişleri Bakanlığınca bildirilen yabancılara ilişkin olan f) Kamu düzeni, kamu güvenliği veya kamu sağlığı açısından Türkiye'de çalışmasında sakınca görülen yabancılara ilişkin olan g) Dışişleri Bakanlığının uygun görüşü olması durumu hariç, Türkiye Cumhuriyeti'nin tanımadığı veya diplomatik ilişkisinin bulunmadığı ülke vatandaşları için yapılan ğ) Kanuni süresi içinde yapılmayan veya eksiklikleri tamamlanmayan başvurular reddedilecektir.

⁷² Nitekim Turkuaz Kart Yönetmeliği de 'nitelikli işgücü' ve 'nitelikli yatırımcı' ifadelerini kullanmaktadır (m.8, m.11).

⁷³ Kanununa göre bu başvuru, geçiş süresinin dolmasına yüz seksen gün kalmadan itibaren, her durumda geçiş süresi dolmadan yapılır. Bu süre dolduktan sonra geçiş süresi kaydının kaldırılmasına ilişkin yapılan başvuru reddedilir ve Turkuaz Kart geçersiz hale gelir (m.11/2). Yönetmelik de geçiş süresi kaydının kaldırılması talebinin, geçiş süresinin dolmasına yüz seksen gün kalmadan itibaren, her durumda geçiş süresi dolmadan yapılması gerektiğini; bu sürede başvuru yapılmaması halinde de Turkuaz Kartın geçersiz hale geleceğini ve süre dolduktan sonra yapılan başvuruların ise reddedileceğini düzenlemiştir (m.17/1).

na ilişkin talebi uygun bulunan yabancıların Turkuaz Karttaki geçiş süresi kaydı kaldırılacak ve Turkuaz Kart süresiz hale gelecektir (m.18).

Turkuaz Kart sahibi yabancı, UİK'da düzenlenen süresiz çalışma izninin sağladığı haklardan yararlanacaktır (m.11/4). Süresiz çalışma izni ise yabancıya Türkiye'de süresiz çalışma izni (m.3/1-g) ve uzun dönem ikamet izninin sağladığı tüm haklardan yararlanma imkânı verdiği gibi süresiz çalışma izni olan yabancı, özel kanunlardaki düzenlemeler hariç, sosyal güvenliğe ilişkin kazanılmış hakları saklı kalmak ve bu hakların kullanımında ilgili mevzuat hükümlerine tabi olmak şartıyla, Türk vatandaşlarına tanınan haklardan yararlanacak ancak seçme, seçilme ve kamu görevlerine girme hakkı ile askerlik hizmeti yapma yükümlülüğü olmayacaktır (m.10/4). YUKK 'uzun dönem ikamet izni' başlığı altında mülteci, şartlı mülteci ve ikincil koruma statüsü sahipleri ile insani ikamet izni sahiplerine ve geçici koruma sağlananlar hariç,⁷⁴ Türkiye'de kesintisiz en az sekiz yıl ikamet izniyle kalmış olan ya da Göç Politikaları Kurulunun belirlediği şartlara uyan yabancılarla, Bakanlığın onayıyla valilikler tarafından süresiz ikamet izni⁷⁵ verileceğini hükme bağlamıştır (m.42). İlgili madde uyarınca askerlik yapma yükümlülüğü bulunmayan bu yabancılar seçme ve seçilme, kamu görevlerine girme, muaf olarak araç ithal etme haklarından yararlanamazlar ancak özel kanunlardaki düzenlemeler hariç, sosyal güvenliğe ilişkin kazanılmış hakları saklı kalmak ve bu hakların kullanımında ilgili mevzuat hükümlerine tabi olmak şartıyla, Türk vatandaşlarına tanınan diğer haklardan yararlanabilirler. Bakanlar Kurulu bu haklara kısmen veya tamamen kısıtlamalar getirmeye yetkilidir (m.42/1). Turkuaz Kart Yönetmeliği de kart sahibi yabancıların hak ve yükümlülüklerini ayrı bir maddeyle aynı doğrultuda düzenlemiştir (m.19).Yönetmeliğe göre, Turkuaz Kart sahibi süresiz çalışma izninin sağladığı haklardan yararlanır. Türkiye'de askerlik yapma yükümlülüğünden muaftırlar; seçme ve seçilme, kamu görevlerine girme haklarından yararlanamazlar; sosyal güvenliğe ilişkin kazanılmış hakları

⁷⁴ Mülteci, şartlı mülteci ve ikincil koruma statüsü sahipleri ile insani ikamet izni sahiplerine ve geçici koruma sağlananlara, uzun dönem ikamet iznine geçiş hakkı tanınmaz (m.42/2).

⁷⁵ Uzun dönem ikamet izninde herhangi bir süre belirtilmediği ve bu iznin hamiline daimi olarak Türkiye'de kalma hakkı tanınması sebebiyle Kanunun' uzun dönem ikamet izni' ifadesi yerine 'daimi ikamet izni' ya da süresiz ikamet izni' ifadesini kullanması gerektiği yönünde bkz.: Ekşi, Yabancılar, s.97.

saklı olup, bu hakların kullanımında ilgili mevzuattaki hükümlere tabidirler. Bu kişilerin, Türkiye'deki ikamet, seyahat, çalışma, yatırım, ticari faaliyet, miras, taşınır ve taşınmaz iktisabı ile ferağı gibi konulara yönelik işlemleri, ilgili kurum ve kuruluşlar tarafından Türk vatandaşlarına uygulanmakta olan mevzuata göre yürütülür ancak bu hak ve yükümlülüklerin kullanılmasında özel kanunlarda Türk vatandaşı olma koşulu aranmışsa, Turkuaz Karta sahip olan kişiler bu haklardan yararlanmayı talep edemezler. Bu bağlamda, TVK m.28 ile doğumla Türk vatandaşı olup çıkma izni alarak Türk vatandaşlığını kaybeden yabancılar (Mavi Kartlılar) için kabul edilen özel statüye paralel bir statünün⁷⁶ uzun dönem ikamet izni ve süresiz çalışma izni sahibi yabancılar bakımından da kabul edildiği⁷⁷ ve bu özel statünün Turkuaz Kart hamillerini de kapsayacağını söylemek yanlış olmayacaktır. Kuşkusuz, uzun dönem ikamet izni, çalışma izni ya da muafiyetleri ve Turkuaz Kart iptal edilebilirken⁷⁸ Mavi Kartlıların statüleri yeniden

⁷⁶ TVK m.28 uyarınca bu yabancıların da askerlik hizmeti yapma yükümlülükleri yoktur. Milli güvenliğe ve kamu düzenine ilişkin hükümler saklı kalmak kaydıyla, seçme ve seçilme, muafin araç veya ev eşyası ithal etme hakları dışında Türk vatandaşlarına tanınan haklardan aynen yararlanmaya devam ederler; sosyal güvenliğe ilişkin kazanılmış hakları ise saklı olup bu hakların kullanımında ilgili kanunlardaki hükümlere tabidirler. Bu kişilerin Türkiye'deki ikamet, seyahat, çalışma, yatırım, ticari faaliyet, miras, taşınır ve taşınmaz iktisabı ile ferağı gibi konulara yönelik işlemler, ilgili kurum ve kuruluşlarca Türk vatandaşlarına uygulanmakta olan mevzuat çerçevesinde yürütülür (TVK Uyg. Yön. m.52/2).

⁷⁷ Aynı yönde bkz.:Ekşi, Yabancılar, s.98;Çiçekli Bülent, Yabancılar ve Mülteci Hukuku, Güncellenmiş 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016, s.104.

⁷⁸ YUKK uyarınca uzun dönem ikamet izninin iptal sebepleri şunlardır: a) Yabancı'nın, kamu düzeni veya kamu güvenliği açısından ciddi tehdit oluşturması, b) Sağlık, eğitim ve ülkesindeki zorunlu kamu hizmeti dışında bir nedenle kesintisiz bir yıldan fazla süreyle Türkiye dışında bulunması (m.45). ÜİK uyarınca çalışma izin ve muafiyetlerinin ve Turkuaz Kartın iptalini gerektiren sebepler ise, yabancı'nın veya işverenin talebi dışında, yabancı'nın çalışma izni veya çalışma izni muafiyetinin geçerlilik tarihinden itibaren altı ay içinde Türkiye'ye gelmemesi; İçişleri Bakanlığı veya Dışişleri Bakanlığının uygun görüşünün bulunması hâli hariç, pasaportunun veya pasaport yerine geçen belgesinin geçerlilik süresinin uzatılmaması; ÜİK'te belirtilen hükümlere aykırı olarak çalıştığı tespit; çalışmasının herhangi bir nedenle sona ermesi; çalışma izni başvurusunun sahte veya yanıltıcı bilgi ve belgelerle yapıldığının sonradan tespiti; yabancı'nın Turkuaz Kart hamili olması durumunda geçiş süresi içinde talep edilen bilgi ve belgeleri sunmaması ya da bunların niteliklerini kaybettiğinin anlaşılması; yabancı'nın YUKK'un 7. 15.ve 54. maddeleri kapsamında olduğunun İçişleri Bakanlığınca bildirilmesi; kamu düzeni, kamu güvenliği veya kamu sağlığı açısından Türkiye'de çalışmasında sakınca olduğunun ilgili kamu kurum ve kuruluşlarınca bildirilmesi; sağlık sebepleri veya zorunlu kamu hizmeti gibi mücbir sebepler dışında süreli çalışma izinlerinde aralıksız olarak altı aydan, bağımsız ve süresiz çalışma izinlerinde ise

Türk vatandaşlığını kazanmadıkları sürece geçerlidir. Nitekim TVK Uygulama Yönetmeliği de Mavi Kart sahibi kişinin Türk vatandaşlığını yeniden kazanması halinde bu kartın nüfus cüzdanını düzenleyip veren makam tarafından geri alınarak imha edileceği hükme bağlanmıştır (m.55/2).

ÜİK ya da TVK'da, Turkuaz Kart hamilinin bu kartı aldıktan sonra hangi aşamada Türk vatandaşlığının istisnai yolla kazanılması için başvurabileceğine dair bir düzenleme yapılmamıştı. Turkuaz Kart Yönetmeliği ise konuya açıklık getirmiş ve Turkuaz Kart sahibi ve yakınının, geçiş süresi kaydının kaldırılması şartıyla TVK m.12/1-b bendi kapsamında istisnai haller kapsamında Türk vatandaşlığını kazanabileceğini düzenlemiştir (m.19/3). Dolayısıyla yabancı, Turkuaz Kartı aldıktan 3 yıl sonra geçiş süresi kaydı kaldırılırsa, Türk vatandaşlığını kazanılabilmek için başvuruda bulunulabilecektir.

c. Türkiye'de Çalışmayan ancak Bakanlar Kurulunca Belirlenecek Kapsam ve Tutarda Yatırım Yapan Yabancılar ile Turkuaz Kart Sahibi Yabancıların Yabancı Eşi, Kendisinin ve Eşinin Ergin Olmayan veya Bağımlı Yabancı Çocuğu

TVK m.12/1-b bendi kapsamında vatandaşlık kazanabilecek olanlar sadece Türkiye'de çalışmayan ancak Bakanlar Kurulunca belirlenen kapsam ve tutarda yatırım yapanlar ile Turkuaz Kart sahip-

aralıksız olarak bir yıldan uzun süre Türkiye dışında kalması ve Turkuaz Kart sahibi olması halinde yurt dışında kalış süresinin Bakanlıkça belirlenen süreyi aşmasıdır (m.15).Turkuaz Kart Yönetmeliği ÜİK dışında da ayrıca Turkuaz Kartın iptal sebeplerini düzenlemiştir. Yönetmelik uyarınca bu kartın iptal sebepleri, Turkuaz Kart sahibi yabancıya talebi; Turkuaz Kart sahibinin kartın geçerlilik tarihinden itibaren altı ay içinde Türkiye'ye gelmemesi ya da mücbir sebep olmaksızın iki yıldan uzun bir süre aralıksız yurtdışında kalması; İçişleri Bakanlığı veya Dışişleri Bakanlığının uygun görüşünün bulunması hâli hariç, pasaportunun veya pasaport yerine geçen belgesinin geçerlilik süresinin uzatılmaması; Kanunda belirtilen hükümlere aykırı olarak ya da kayıt dışı çalıştığı tespit; yabancıya en az bir yıl kesintisiz bir şekilde çalışmadığının tespiti; Turkuaz Kart başvurusunun sahte veya yanıltıcı bilgi ve belgelerle yapıldığının sonradan tespiti; geçiş süresi içinde talep edilen bilgi ve belgelerin süresi içinde sunulmaması ya da izleme raporuna göre yabancıya Turkuaz Kart sahibi niteliğini kaybettiğinin anlaşılması; YUKK uyarınca, Türkiye'ye girişlerine izin verilmeyecek, vize verilmeyecek veya sınır dışı etme kararı alınacak yabancıya olduğunun İçişleri Bakanlığınca bildirilmesi; kamu düzeni, kamu güvenliği veya kamu sağlığı açısından Türkiye'de çalışmasında sakınca olduğunun ilgili kamu kurum ve kuruluşlarınca bildirilmesidir (m.22). İlgili madde uyarınca, Turkuaz Kart iptal edilmesiyle geçerliliğini kaybeder.

leri değildir. Kanuna göre ayrıca bunların yabancı eşi, kendisinin ve eşinin ergin olmayan veya bağımlı yabancı çocuğu da istisnai haller kapsamında Türk vatandaşlığını kazanabilecektir. Bu bağlamda yeni TVK m.12/1-b bendinin düşünsel açıdan TVK m.12/1-a bendi ile TVK m.12/1-c bendinin karma bir çeşitlemesi olduğu ve yabancıların aile fertlerinin bendin kapsamına alınmasının da TVK m.12/1-c bendinde yer alan 'zaruret' düşüncesinin bu kişiler özelinde gözetildiğini ortaya koyduğu ifade edilmiştir⁷⁹.

UİK uyarınca, Turkuaz Kart sahibi yabancıların, mevzuat hükümlerine göre eş ve bakmakla yükümlü olduğu çocuklarına Turkuaz Kart sahibi yakını olduğunu gösteren ve ikamet izni yerine geçen belge verilecektir(m.11/3).⁸⁰ UİK, yabancıların bakmakla yükümlü olduğu çocuklarının⁸¹ mevzuat⁸² hükümlerine göre belirleneceği hükme bağlanmıştır (m.3/g). Kanunda aile fertleri için de uzun dönem ikamet izni verileceği belirtilmemiştir; ancak ilgili maddenin gerekçesinde,⁸³ Turkuaz Kart verilmesi uygun görülen yabancıların eş ve bakmakla yükümlü olduğu çocuklarına da Türkiye'de süresiz kalma hakkı sağlayan uzun dönem ikamet izni verilmesinin amaçlandığı belirtilmiştir. Ancak YUKK'ta da Turkuaz Kart Yönetmeliğinde de söz konusu aile fertlerine uzun dönem ikamet izni verileceğine dair bir hüküm yoktur. Yönetmelikte, bu kişilere sadece Turkuaz Kart sahibi yakını olduğunu gösteren ve ikamet izni yerine geçen 'Turkuaz Kart sahibi yakını kartı' verileceği ve bu kartın Turkuaz Kartın geçerlilik süresi içinde ikamet izni yerine geçeceği; Turkuaz Kartın geçersiz hale gel-

⁷⁹ Güngör, Tâbiyet, s.104.

⁸⁰ Turkuaz Kart Yönetmeliğine göre, Turkuaz Kart sahibi yakını için ikamet izni başvurusu, Turkuaz Kart başvuru usulüne göre ve bu başvuru ile aynı anda Bakanlığa yapılmalıdır; ancak, yurtdışından yapılan Turkuaz Kart başvurusunda, Turkuaz Kart sahibi yakınının ikamet izni başvurusu için gerekli bilgilerinin bulunmaması halinde bu yabancıların başvuruları Türkiye'ye giriş tarihlerinden itibaren vize veya vize muafiyeti sürelerini aşmamak koşuluyla en geç doksan gün içinde Bakanlığa da yapılabilir (m.7/1).

⁸¹ Turkuaz Kart Yönetmeliği uyarınca, Turkuaz Kart sahibi yakını için yapılacak ikamet izni başvurusunda, yabancıların eşi bakımından evlilik bağı, çocuğu bakımından ise velayet ilişkisini ve bakmakla yükümlü olduğunu gösteren belgeler de başvuruya eklenmelidir (m.7/2).

⁸² Burada bahsedilen mevzuat hükümleri yabancılik unsuru nedeniyle MÖHUK'un ilgili hükümleri olacaktır.

⁸³ UİK'nın madde gerekçeleri için bkz.: <http://www2.tbmm.gov.tr/d26/1/1-0727.pdf>, s.26 (Erişim tarihi 15.03.2017).

mesi halinde yakını için düzenlenen bu kartın da Genel Müdürlükçe iptal edileceği düzenlenmiştir (m.20). Turkuaz Kart hamili, süresiz çalışma izni dolayısıyla uzun dönem ikamet izni sahibine tanınan haklardan yararlanacağı için Türkiye’de süresiz ikamet etme hakkına da sahip olacaktır. Dolayısıyla, Kart sahibinin yakınları da bu Kart geçerli olduğu sürece Türkiye’de süresiz ikamet etme hakkına sahip olacaktır. Ancak kanaatimizce, Kart sahibinin yakınlarına uzun dönem ikamet izni verileceği düzenlenmediği için bu kişiler Kart hamilleri gibi uzun dönem ikamet izninin sağladığı haklardan yararlanamayacaklardır.

Türk Vatandaşlık Hukuku uyarınca Türk vatandaşlığının kazanılması eşin vatandaşlığına tesir etmez (TVK m.20/2, Yön.m.37/1). Dolayısıyla bu kurala herhangi bir istisna da tanınmadığı için m.12/1-b kapsamında Türk vatandaşlığına alınacak kişilerin eşleri de onlara bağlı olarak vatandaşlık kazanamayacaktır. Ancak ilgili maddenin lafzından hareketle kendilerinin bireysel olarak m.12/1-b kapsamında Türk vatandaşlığını kazanmak için başvuruda bulunabilme hakları olacaktır. Aynı durum çocuklar için de geçerlidir. TVK uyarınca küçük çocuklar zaten aşağıda anlatılacağı üzere belirli şartlar dâhilinde Türk vatandaşlığını kazanan anne ya da babalarına bağlı olarak Türk vatandaşlığını kazanabilirler (TVK m.20/2). Ancak m.12/1-b’de düzenlendiği şekliyle yatırım yapan ya da Turkuaz Kart sahibi olan yabancının hem kendisinin hem de eşinin ergin olmayan veya bağımlı yabancı çocukları, istisnai haller kapsamında Türk vatandaşlığını kazanma başvurusunda bulunabilmesi için ergin ya da ayırt etme gücüne sahip olma şartları da aranmadığından, ayrıca başvurabilecektir. Ancak bu kişilerin vatandaşlıkla ilgili başvuruları bizzat değil veli ya da vasileri tarafından yapılacaktır (Yön. m.64/2). Bununla beraber konuyla ilgili mevzuat hükümlerinin mevcut halinden hareketle, Türkiye’de çalışmayan ancak Bakanlar Kurulunca belirlenecek kapsam ve tutarda yatırım yapanların yabancı eşiyile kendisinin ve eşinin ergin olmayan veya bağımlı yabancı çocuğunun, istisnai haller kapsamında başvuruda bulunabilmesi için millî güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel teşkil edecek bir hali bulunmama kaydıyla, kendilerine YUKK m.31/j uyarınca kısa dönem ikamet izni verilmiş olması gerektiği; Turkuaz Karta bağlı olarak istisnai haller kapsamında başvuruda bulunabilecek olan eş ve çocukların ise UİK m.11/3 uyarınca Turkuaz Kart sahibi yakını olduklarını gösteren belgeye sahip olmaları ve Turkuaz

Kart Yönetmeliği m.19/3 uyarınca da Karttaki geçiş süresi kaydının kaldırılmış olması gerektiği sonucu çıkmaktadır.

Yukarıda da anlatıldığı üzere, TVK m.12/1-b kapsamında, yatırım yapan yabancılar ile Turkuaz Kart sahibi yabancılar dışında yabancı eşlerinin de başvuruda bulunabileceği kabul edilmiş, ancak söz konusu yabancıların birden fazla eş ile evliliği⁸⁴ hâlinde izlenilmesi gereken usule dair bir düzenleme yapılmamıştır. Oysa yabancıların, MÖHUK m. 13/1. uyarınca yetkili tayin edilen hukuka göre geçerli birden fazla evliliği söz konusu olabilir. Yetkili tayin edilen hukuka göre mümkün olsa bile evli olan yabancıların Türkiye’de tekrar evlenebilmesi elbette kamu düzeni müdahalesi sebebiyle mümkün değildir. Ancak Türkiye dışında gerçekleşmiş olan ve MÖHUK m.13 uyarınca yetkili tayin edilen hukuka göre de geçerli olan bu tür evlilikler, Türk hukuku bakımından da geçerli kabul edilebilecektir. Yabancıların birden fazla geçerli evliliği olduğunda ve TVK 12/1-b uyarınca vatandaşlık talep edildiğinde başvurunun nasıl değerlendirilmesi gerektiğinin düzenlenmemiş olması kanaatimize göre eksiklidir.⁸⁵

Görüldüğü üzere söz konusu çocuklar Türk vatandaşlığının yetkili makam kararıyla kazanılmasının genel sonucu olduğu için küçük olmaları kaydıyla, TVK m.20/2 uyarınca belirli şartlar dâhilinde Türk

⁸⁴ Bu noktada ayrıca Türk hukukunda yok hükmünde kabul edilen ancak bazı devlet hukuklarında ‘evlilik’ olarak kabul edilen eşcinsel evliliklerin de değerlendirilmesi gerekebilir. Bu birlikteliklerin nitelendirme veya kıyas yoluyla “evlilik” kategorisine dahil edilerek, MÖHUK md. 13’e göre tayin edilen yetkili yabancı hukuk uyarınca geçerliliği tespit edilse bile Türk hâkiminin eş cinsel birlikteliklerin Türk toplumunun temel ahlâk anlayışına aykırı bulunması sebebiyle kamu düzenine aykırılığı mülâhazasından hareket etmesi halinde MÖHUK m.5 gereği yetkili yabancı hukukun uygulanamayacağı ve eş cinsel birlikteliklerin tanınamayacağı ve konunun eleştirisi için bkz.: Sedat Sirmen, “Eş Cinsel Birliktelikler ve Bunların Kanunlar İhtilâfı Hukukunda Düzenlenişi”, AÜHFD, C.58, S.4 2009, s.871.

⁸⁵ Nitekim yabancıların birden fazla evliliğinin olması durumu YUKK’un aile ikamet iznini düzenleyen 34. maddesinde dikkate alınmıştır. Buna göre, vatandaş olduğu ülkenin hukukuna göre birden fazla eş ile evlilik hâlinde eşlerden sadece birine aile ikamet izni verilir. Ancak, diğer eşlerinden olan çocuklara da aile ikamet izni verilebilir (m.34/2). Vatandaş olduğu ülke hukuku ifadesi ilk başta MÖHUK m.13/1 ile uyumlu görünse de gerek 13/1’in atıfla beraber uygulanması sebebiyle milli hukuk dışında bir başka hukukun yetkili kılınması mümkün olduğundan gerekse de vatansızlar, mülteciler ve uluslararası korumadan yararlanmalar söz konusu olduğunda MÖHUK m.4 gereği milli hukuk uygulanamayacağından, kanunda ‘MÖHUK uyarınca yetkili tayin edilen hukuka göre birden fazla evlilik’ şeklinde düzenleme yapılması daha uygun olurdu.

vatandaşlığını kazanan anne ya da babalarına bağlı olarak Türk vatandaşlığını kazanabilirler. Ancak TVK m.12/1-b kapsamındaki bu çocuklar ayrıca ana ya da babalarına ya da ana veya babalarının eşlerine bağlı olarak ve de onlarla birlikte değil; ancak onlara tanınan ayrıcalığa istinaden de istisnai haller kapsamında Türk vatandaşlığını kazanabilmek için başvuruda bulunabileceklerdir. Kanaatimizce, ilgili madde bu şekliyle, Bakanlar Kurulunca belirlenen kapsam ve tutarda yatırım yapanlar ile 3 yıllık geçiş süresi kaldırılmış olan Turkuaz Kart sahiplerinin kendileri başvuruda bulunmasa bile Kanunda sayılan aile fertlerinin TVK m.12/1-b kapsamında vatandaşlık için başvuruda bulunabileceği sonucunun çıkarılmasına da müsaittir. Nitekim Turkuaz Kart Yönetmeliği de sadece Turkuaz Kart sahibi ve yakınının, geçiş süresi kaydının kaldırılması şartıyla m.12/1-b kapsamında Türk vatandaşlığını kazanabileceğini belirtmiş, başvurunun birlikte yapılması gerektiği hususunda bir zorunluluk getirmemiştir. Dolayısıyla eşlerinin veya ana ya da babalarının ya da ana veya babalarının eşlerinin yukarıda anlatılan ilgili mevzuatın aradığı şartlarda yatırımcı ya da Turkuaz Kart hamili olma durumunun söz konusu eş ve çocukların TVK m.12/1-b kapsamında vatandaşlık başvurusunda bulunabilmeleleri için bir kriter teşkil edeceği söylenebilir.

3. TVK m.12/1-c Kapsamındaki Yabancılar: Vatandaşlığa Alınması Zaruri Görülen Kişiler

TVK Tasarısı ile ilgili İçişleri Komisyonu Raporunda, “vatandaşlığa alınması zaruri görülen kişiler,” ibaresinin muğlak olduğu ve açıklığa kavuşturulması gerektiği belirtilmiş ve cevaben söz konusu ifadenin suiistimalinin engellenmesi amacıyla gerekli açıklamanın alt düzenlemelerde yapılacağı ifade edilmiştir⁸⁶. Ancak TVK'nın Uygulama Yönetmeliğinde de konuyla ilgili herhangi bir açıklamaya yer verilmemiştir. Doktrinde, bu gruptaki yabancıların Türk vatandaşlığına alınmasında siyasi, idari ya da herhangi bir sebeple zorunluluk olduğu ifade edilmiştir.⁸⁷ Nüfus ve Vatandaşlık İşleri Genel Müdürlüğü tarafından TVK'nın uygulanması hususunda yapılan açıklamaya göre de ‘zaruret’ uluslararası ilişkilerin gerekliliği ve ülkemizin menfaati veya

⁸⁶ İçişleri Komisyonu Raporu, s.17,

⁸⁷ Doğan, Vatandaşlık, s.82.

herhangi bir sebepten kaynaklanabilir ve zaruretin tespiti Bakanlar Kurulu tarafından yapılır.⁸⁸ Bu haliyle hükmün idareye geniş takdir yetkisi tanınması, vatandaşlığa alınmada esas kabul edilen 'zarurilik' ölçütünün tamamıyla belirsiz olması dolayısıyla hükmün vatandaşlık hukuku alanında kabul edilen 'kanunilik' ilkesine aykırı olduğu, uygulama gücü doğuracağı, idare tarafından maksadı dışında kullanılmaya elverişli olması ve yargı denetimini imkânsızlaştırması gibi gerekçelerle doktrinde haklı olarak eleştirilmektedir.⁸⁹ Bu bağlamda hükmün fonksiyonel olabilmesi için, hayatlarının devamı Türk vatandaşlığını kazanan aile fertlerine bağlı olan ergin ancak ayırt etme gücüne sahip olmayan kişilerin; Türk vatandaşlığını kazanan ana ya da babasının velayeti altında olmadığı için onlarla birlikte işlem görmeyen ancak daha sonra Türk vatandaşlığını kazanan ana ya da babasının velayeti altına verilen ergin olmayan çocukları; uluslararası ilişkilerin gerekliliği gerekçeleriyle mültecilerin ve vatansızların; göçmen olarak kabul edilen kişilerin eşlerinin bu bent kapsamında vatandaşlığa alınabileceği ve yine bu bendin TVK'da sehven düzenlenmesi ihmal edilen kişilerin vatandaşlığa alınmasında bu bendin kullanılabilmesi ifade edilmektedir.⁹⁰

4. TVK m.12/1-d Kapsamındaki Yabancılar: Göçmen Olarak Kabul Edilen Kişiler

Türk vatandaşlığını istisnai haller kapsamında kazanabilecek olan son grup, TVK m.12/1-d bendi uyarınca Türkiye'ye göçmen olarak kabul edilen yabancılardır. Kanunun bu hükmünün göçmen olarak kabul edilen kişilere kolay yoldan vatandaşlık hakkı tanıyarak lehte ayrımcılık yapıldığı ve Türkiye henüz imzalamamış bile olsa TVK'nın genel gerekçesinde⁹¹ hüküm ve prensiplerinin dikkate alındığı belirtilen Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesinin 'vatandaşlığın kazanılması ve kaybedilmesi konularında cinsiyet, ırk, renk ya da ulusal veya etnik köken ayrımcılığı içeren herhangi bir uygulama içermeyeceğini düzen-

⁸⁸ Nüfus ve Vatandaşlık İşleri Genel Müdürlüğü tarafından yapılan ' 5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu'nun Uygulanmasına İlişkin Açıklama', s.4, <https://www.nvi.gov.tr/PublishingImages/mevzuat/nufus-mevzuati/genelge> (Erişim tarihi 15.03.2017).

⁸⁹ Doğan, Vatandaşlık, s. 82; Nomer, 22. Bası, s.90; Erdem, s.141.

⁹⁰ Güngör, Tâbiyet, s.109.

⁹¹ Gerekçe, s.11.

leyen' ayrımcılık yasağı' başlığını taşıyan 5. maddesiyle dolayısıyla genel gerekçede benimsendiği söylenen ilkelerle çelişmesi ve ileride, Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesine taraf olunması halinde, Sözleşmenin 5. maddesinin ihlali anlamına geleceği açılarından eleştirilmiştir.⁹²

Hangi yabancılara göçmen statüsü verileceği 2006 tarihli 5543 sayılı İskân Kanunu'nda düzenlenmiştir. İskân Kanunu'nda göçmenlerin Türk vatandaşlığını kazanma şartları ve usulü de düzenlenmiştir. Ancak öncelikli amacı göçmenlerin Türk vatandaşlığını kazanması şartlarını düzenlemek olmayan İskân Kanunu'nda⁹³ göçmenlerin Türk vatandaşlığını kazanması konusunun düzenlenmesinin sebebi gerekliliktir.⁹⁴ İskân Kanunu uyarınca göçmen, Türk soyundan ve Türk kültürüne bağlı olup,⁹⁵ yerleşmek amacıyla tek başına veya toplu halde Türkiye'ye gelip bu Kanun gereğince kabul olunanlardır (m.3/1-d). Yine Kanun uyarınca göçmenler, serbest, iskânlı⁹⁶, münferit ve toplu

⁹² Rifat Erten, "Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısı'nın Türk Vatandaşlığının Kazanılmasına İlişkin Hükümleri Hakkında Değerlendirmeler", *Ankara Barosu Dergisi*, Y. 66, S. 4, Güz 2008, s.46; Erdem, s.143.

⁹³ Kanunun 1. maddesine göre bu Kanunun amacı; göçmenlerin, göçbelerin, yerleri kamulaştırılanlar ile millî güvenlik nedeniyle yapılacak iskân çalışmalarını, köylerde fiziksel yerleşimin düzenlenmesine ilişkin uygulamaya esas şartları ve alınacak tedbirleri, iskân edilenlerin hak ve yükümlülüklerini düzenlemektir.

⁹⁴ Necla Öztürk Yılmaz, "5543 Sayılı İskân Kanunu Hükümleri Uyarınca Türk Vatandaşlığının Kazanılması", *TBB D*, S.68, 2007, s.249.

⁹⁵ İskân Kanunu uyarınca göçmen olarak kabul edilecek yabancılar açısından bu tespit, ilgili bakanlıkların görüşü alınarak, Dışişleri Bakanlığının teklifi üzerine Bakanlar Kurulu kararı ile yapılacaktır (m.7).

⁹⁶ Bakanlar Kurulu kararıyla (RG 17.05.2015, S.29358) Ukrayna'da özellikle çatışmaların olduğu ve halen riskli bölgelerde bulunan Ahıska Türklerinden Türkiye'ye gelmek isteyenlerden, en zor durumda olanlardan başlamak üzere, 2015 yılında 677 ailenin iskânlı göçmen olarak Türkiye'ye kabul edilmesi; Dışişleri Bakanlığının 20.04.2015 tarihli ve 7766471 sayılı yazısı üzerine, 02.07.1992 tarihli ve 3835 sayılı 'Ahıska Türklerinin Türkiye'ye Kabulü ve İskânına Dair Kanunun (RG 11.07.1992, S.21281) 1. maddesine göre, Bakanlar Kurulunca 27.04.2015 tarihinde kararlaştırılmıştır. Söz konusu Kanuna göre 'Eski Sovyetler Birliğini oluşturan cumhuriyetlerde dağınık halde yaşayan ve "Ahıska" Türkleri olarak adlandırılan soydaşlarımızdan Türkiye'ye gelmek isteyenler en zor durumda bulunanlardan başlamak üzere, Bakanlar Kurulunca belirlenecek yıllık sayıyı aşmamak kaydıyla, serbest veya iskânlı göçmen olarak kabul olunabilirler. Bunların kabulleri ve iskânları, bu Kanun ile 2510 sayılı İskân Kanunu hükümlerine göre yapılır (m.1) Gerek Türkiye'de iskân edilecek ve gerekse Türkiye dışında, eski Sovyetler hudutları dahilinde halen buldukları yeni devletlerde kalacak "Ahıska" Türklerinden Bakanlar Kurulunca tespit edileceklere çifte vatandaşlık statüsü sağlanır (m.6). Kanuna 18.02.2009 tarihinde eklenen geçici maddeye göre de 01.01.2009 tarihinden önce ikamet tezkeresi almak suretiyle Türkiye'de ikamet eden Ahıska Türklerine bu maddenin yürürlüğünden itibaren 3 ay içinde müracaat etmeleri

göçmen⁹⁷ olarak sınıflandırılmıştır (m.3/1-e, m.3/1-f). Her şekilde 'göçmen' statüsünün verilmesinde ortak şartlar, Türk soyundan olmak ve Türk kültürüne bağlı olmak ve yerleşmek amacıyla Türkiye'ye gelmektir. Türk soyundan ve Türk kültürüne bağlı bulunsa da sınır dışı edilenler ve güvenlik bakımından Türkiye'ye gelmeleri uygun görülmeyenler göçmen olarak kabul edilmeyeceklerdir (m.4). Göçmen olarak kabul edilenler, gerekli işlemlerin ilgili kuruluşlarca tamamlanmasından sonra⁹⁸, küçükler; ana ve babalarına, ana veya babaları yoksa kan ve kayın hısımlarına bağlı tutularak, kimsesiz gelen küçükler ise yaşlarına bakılmaksızın Bakanlar Kurulu kararıyla vatandaşlığa alınır (m.8/4).⁹⁹ İskân Kanunu'nda yer alan bu hüküm 2009 tarihinde yürürlüğe giren TVK ile yürürlükten kaldırılmamıştır.¹⁰⁰ Bu şekilde

halinde; milli güvenlik açısından sakıncası olmamak şartıyla, 403 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu ve diğer ilgili mevzuatta öngörülen şartlar aranmaksızın, başvuru tarihinden itibaren 6 ay içinde Türk vatandaşlığına alınarak çifte vatandaşlık statüsü sağlanır. Çifte vatandaşlık statüsü sağlananlar, Bakanlar Kurulunca belirlenen yerlerde iskân edilirler. Ahıska Türklerinin Türk vatandaşlığına alınması konusunda ayrıntılı bilgi için bkz.: Merve Acun Mekengeç, "Ahıska Türklerinin Türk Vatandaşlığına Alınması ve Türkiye'deki Çalışma Hakları", *MÜHF-HAD*, C.20, S.2, 2014, s.160-168.

⁹⁷ İskân Kanununa göre, Türkiye'ye yerleşmek amacıyla bir aile olarak gelenler 'münferit göçmen', iki ülke arasında yapılan anlaşmaya göre Türkiye'ye yerleşmek amacıyla toplu olarak gelen ailelere ise 'toplu göçmen' olarak tanımlanmıştır (m.3/1-g, m.3/1-ğ).

⁹⁸ Özel kanunlarla yurtdumuza getirilen iskânlı göçmenler, Türkiye sınırlarından girdikten sonra geçici veya kesin iskânları için belirlenen yerlerin; serbest göçmenler ise yerleştikleri yerlerin en büyük mülki amirine müracaatla kendileri ve aile fertleri için "Vatandaşlığa Girme Beyannamesi"ni imzalayarak, iki yıl için geçerli olan ve geçici kimlik belgesi olarak kullanılan "Göçmen Belgesi" almaya mecburdur (m.8/3).

⁹⁹ 2510 sayılı İskân Kanununa göre çeşitli dönemlerde Bakanlar Kurulu kararıyla vatandaşlığa alınmalar gerçekleşmiştir. Bakanlar Kurulunun 2003/5130 sayılı (RG 18.01.2003, S.24997)kararıyla 255 kişi; 97/9932 (RG 02.10.1997, S.23128) sayılı kararıyla 63 kişi; 88/12551 (RG 05.03.1988, S.19745) sayılı kararıyla 39 kişi; 86/10818 sayılı (RG 12.08.1986, S.19193) sayılı kararıyla 22 (serbest göçmen) kişi Türk vatandaşlığına alınmıştır.

¹⁰⁰ Göçmen olarak kabul edilen yabancıların Bakanlar Kurulu kararıyla Türk vatandaşlığına kazanacağı hususu 2006 tarihli ve 5543 sayılı yeni İskân Kanunu ile yürürlükten kaldırılan 1934 tarihli 2510 sayılı mülga İskân Kanununda da düzenlenmişti (m.6). Vatandaşlık Kanunu Tasarısı hazırlandığında yürürlükten kaldırılan hükümler arasında, 2510 sayılı İskân Kanununun 6. maddesi de bulunmaktaydı (Tasarı m.48) Ancak, Tasarı TBMM'ye sunulduğu tarihte yürürlükte olan 2510 sayılı İskân Kanunu, Tasarı henüz kanunlaşmadan, 5543 sayılı İskân Kanunu ile yürürlükten kaldırıldı. Tasarı kanunlaşırken ise İskân Kanununda yapılması planlanan değişiklikler yapılmadı ve eski Kanunun 6. maddesinde düzenlenen ve göçmenlerin Bakanlar Kurulu kararıyla vatandaşlık kazanma imkânını aynen

göçmenlerin İskân Kanunu m.8/4 ya da TVK m.12/1-d bendi uyarınca vatandaşlık kazanabilecekleri yani göçmenler bakımından alternatif vatandaşlık kazanma imkânı bulunduğu ileri sürülmektedir.¹⁰¹ Göçmen olarak kabul edilenlerin TVK m.12/d bendi uyarınca vatandaşlığa alınacağı konuyla ilgili ileri sürülen bir diğer görüştür.¹⁰² İskân Kanunu'nun 8. maddesinde düzenlenen vatandaşlığa alınma yolunun TVK m.12'ye göre daha kolay olması sebebiyle göçmenlerin İskân Kanunu m.8/4 kapsamında vatandaşlığa alınacakları ise konuyla ilgili bir başka bir görüştür.¹⁰³

Her ne kadar İskân Kanunu m.8/4 ile TVK m.12/1-d düzenleme bakımından uyumlu görünse de uygulanmaları bakımından bir takım farklılıklar bulunmaktadır. Öncelikle aşağıda ayrıntılı olarak anlatılacağı üzere İskân Kanunu'na göre göçmen olarak kabul edilen kişilerin vatandaşlık dosyası çevre ve şehircilik¹⁰⁴ il müdürlüğünce düzenlenerek Türk vatandaşlığını kazanmak üzere Bakanlığa gönderilir. TVK m.12/1-d kapsamında **Türk vatandaşlığını istisnai** olarak kazanmak isteyen göçmenler hakkında ise **İçişleri Bakanlığının** yazılı talimatı üzerine müracaat makamlarınca¹⁰⁵ dosya hazırlanır. TVK m.12/1-d kapsamında göçmenlerin istisnai yoldan Türk vatandaşlığına alınabilmesi için 'milli güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel bulunmaması şartı aranırken; İskân Kanunu m.8/4 böyle bir şarta yer vermemiştir. Ancak İskân Kanunu m.4 uyarınca zaten göçmen olarak kabul edilebilmek için Türkiye'den sınır dışı edilmemiş olmak ve güvenlik bakımından Türkiye'ye gelmesi uygun görülme şartının bulunduğu

kabul eden yeni İskân Kanunu'nun 8/4. maddesini yürürlükten kaldırmadı. Bilgi için Erten, s.45, dp.58.

¹⁰¹ Erdem, s.143.

¹⁰² Doğan, Vatandaşlık, s.213.

¹⁰³ Nomer, 22. Bası,; s.92-93.

¹⁰⁴ Her ne kadar 2006 tarihli İskân Kanunu'nda il bayındırlık ve iskân müdürlüğü olarak belirtilmişse de 06.04.2011 tarihli 6223 sayılı Kanun'a dayanılarak çıkarılan 29.06.2011 tarih ve 644 sayılı KHK'nun 37. maddesi uyarınca (RG 04.07.2011, S.27984 Mük.) Mevzuatta Bayındırlık ve İskân Bakanlığınca yapılmış olan atflar Çevre ve Şehircilik Bakanlığınca yapılmış sayılır.

¹⁰⁵ TVK uyarınca, Türk vatandaşlığının kazanılmasına ve kaybına ilişkin hizmetler yurt içinde Bakanlık, yurt dışında ise dış temsilcilikler tarafından yürütülür (m.4). Müracaat makamları Yönetmeliğin ' Vatandaşlık işlemlerinde müracaat makamı ve usul' başlıklı 64. maddesi uyarınca da şu şekilde tespit edilmiştir: Türk vatandaşlığının kazanılması, kaybı, ispatı ve çok vatandaşlığa ilişkin başvurular yurt içinde yerleşim yerinin bulunduğu valiliğe, yurt dışında ise dış temsilciliklere bizzat veya bu hakkın kullanılmasına ilişkin özel vekâletname ile yapılır.

da belirtilmelidir. Bu durumda göçmen olarak kabul edilenlerin TVK m.12/1-d bendi uyarınca Türk vatandaşlığına alınmaları söz konusu olduğunda başvuru aşamasında da 'milli güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel bulunmama' şartı¹⁰⁶ dikkate alınacaktır. Gerek İskân Kanunu m.8/4 ile gerekse de TVK m.12/1-d ile vatandaşlığa alınmada karar makamı Bakanlar Kuruludur. TVK m.10'da yer alan genel düzenlemeden ve TVK m.12 ile Uygulama Yönetmeliği m.35/6'nın ifadesinden, Bakanlar Kurulunun takdir yetkisi olduğu anlaşılmaktadır. İskân Kanunu m.8/4'ün ifadesinden ise Bakanlar Kuruluna takdir yetkisi verilmediği anlaşılmaktadır.¹⁰⁷ Gerek İskân Kanunu m.8/4 gerekse de TVK m.12/d kapsamında Türk vatandaşlığının kazanılması, eşin vatandaşlığını etkilemeyecektir (TVK m.20/2, Yön. m.21/2, Yön. m.37/1). Ancak İskân Kanunu uyarınca küçükler; baba ve analarına, baba veya anaları yoksa kan ve kayın hısımlarına bağlı tutularak, kimsesiz gelen küçükler ise yaşlarına bakılmaksızın Bakanlar Kurulu kararıyla vatandaşlığa alınırlar (m.8/4). Oysa TVK ana/baba dışında kan ya da kayın hısımlarına bağlı olarak vatandaşlığın kazanılması esasını kabul etmemiştir. Kimsesiz olan çocukların da otomatik olarak değil ancak şartları varsa TVK m.8'de düzenlenen doğum yeri esasına bağlı olarak Türk vatandaşlığını kazanması mümkün olabilir. Nitekim yetkili makam kararıyla Türk vatandaşlığının kazanılmasının eş ve çocuklar bakımından sonuçlarını düzenleyen ve TVK m.12/1-d kapsamında vatandaşlığa alınan göçmenlerin küçük çocukları için uygulanması gereken TVK m.20 ve Uygulama Yönetmeliği m.37'ye göre de kan ve kayın hısımlarına bağlı tutularak vatandaşlığa alınma ya da kimsesiz küçüklerin yaşlarına bakılmaksızın vatandaşlığa alınması hususunda bir düzenleme yoktur. Ancak TVK m.12 istisnai yolla Türk vatandaşlığının kazanılması için ergin olma şartı aramadığı için Türkiye'ye göçmen olarak kabul edilen ana/ babası bulunmayan ya da kimsesiz olan küçüklerin TVK m.12/d kapsamına zaten girdiği ve tek başlarına Türk vatandaşlığını kazanabilecekleri de ifade edilmektedir.¹⁰⁸

¹⁰⁶ Kanununun 11., 12., 16. ve 17. maddelerine göre yabancıların Türk vatandaşlığını kazanmasında milli güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel teşkil edecek bir halinin bulunup bulunmadığının tespiti için Millî İstihbarat Teşkilâtı Müsteşarlığından ve Emniyet Genel Müdürlüğünden arşiv araştırması istenir (Yön.m.35/2).

¹⁰⁷ Aynı yönde bkz.: Öztürk Yılmaz, s.261; Güngör, Tâbiyet, s.116.

¹⁰⁸ Güngör, Tâbiyet, s.115.

Sonuç olarak bizim de katıldığımız görüş uyarınca, İskân Kanunu m.8/4 hükmünün TVK m.12/1-d hükmünün yanı sıra korunmasının gerekli olup olmadığı ve korunacaksa da her iki hükmün uygulama alanını net bir şekilde belirleyecek ve açıklayacak gerekli düzenlemelerin yapılması uygulama açısından karışıklığı da gidermek adına gereklidir.¹⁰⁹

B. Türk Vatandaşlığını İstisnai Haller Kapsamında Kazanmanın Şartları

403 sayılı mülga Kanun'da istisnai olarak Türk vatandaşlığına alınabilmek için, Kanunda sayılan yabancı gruplarından birine dâhil olmanın yanı sıra genel olarak vatandaşlığa alınma şartlarından müraaat tarihinden geriye doğru Türkiye'de 5 yıl ikamet etmiş olma ve Türkiye'de yerleşmeye karar verdiğini davranışı ile teyit etmiş olma şartları dışında hepsi aramaktaydı. Böylece, istisnai yolla Türk vatandaşlığının kazanılabilmesi için, yabancının kendi milli kanununa, vatanısız ise Türk Kanununa göre reşit olması; iyi ahlak sahibi olması; genel sağlık bakımından tehlike teşkil eden hastalığı bulunmaması; yeteri kadar Türkçe konuşabilmesi ve Türkiye'de kendisinin ve geçimi ile yükümlü olduğu kimselerin geçimini sağlayacak gelire veya mesleğe sahip olması da gerekliydi (m.7).¹¹⁰ Söz konusu şartlar, yürürlükte olan TVK'da genel olarak vatandaşlığın kazanılması için aranmaktadır; ancak istisnai yoldan Türk vatandaşlığının kazanılması için genel yolla vatandaşlığa alınmanın aksine 'milli güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel teşkil edecek bir hali bulunmamak' dışında bir şart aranmamaktadır. İstisnai yolla vatandaşlığa alınacak yabancıların Türkiye ile olan bağılıklarının genel olarak vatandaşlığa alınacak kişilere göre daha yoğun olarak kabul edildiği için Türkiye ile ilgi ve bağılılığı tespiti yarayan bu şartların söz konusu yabancılar için arama gereği duyulmaması bu düzenleme için doktrinde gösterilen sebeplerden biridir.¹¹¹ Öte yandan, 12. madde de sayılan yabancıların, genel

¹⁰⁹ Aynı yönde bkz. Güngör, *Tâbiyet*, s.117. Nitekim daha TVK tasarı halindeyken de doktrin tarafından bu konuya dikkat çekilmiştir. Bkz.:Tiryakioğlu, s. 87.

¹¹⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz.: Erdoğan Göğler, *Türk Tâbiyet Hukuku*, Ankara 1972, s.57-77; Ergin Nomer, *Vatandaşlık Hukuku*, 11. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1997, s.73-85.

¹¹¹ Doğan, *Vatandaşlık*, s.78.

olarak vatandaşlığa alınma yolunda aranan ve başvuruda bulunanların Türk Devleti ile sadakat bağı ve Türk toplumuyla uyumunu ispatlamaya yarayan şartlara sahip olmadıkları halde bazı özel vasıfları sebebiyle vatandaşlığını kazanabilmeleri hususuna dikkat çeken yazarlar da mevcuttur.¹¹²

TVK uyarınca Türk vatandaşlığını istisnai haller kapsamında kazanılabilmesi için Kanunda sayılan yabancı gruplarından birine dâhil olmak; vatandaşlığa alınmada milli güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel teşkil edecek bir hali bulunmamak, ilgilinin istisnai haller kapsamında Türk vatandaşlığına alınması için İçişleri Bakanlığı tarafından teklifte bulunulması ve Bakanlar Kurulu kararı gereklidir.

Milli güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel hali bulunmama şartı, Türk vatandaşlığının sonradan kazanıldığı tüm hallerde ortak şarttır. Kanunun gerekçesinde açıklandığı üzere, bu şartın konulması ile milli güvenlik bakımından tehlike teşkil eden ve milli menfaatler ve ülke bütünlüğü aleyhine faaliyet gösterenlerle bu faaliyetleri destekleyenlerin; bu gibi kişi veya kuruluşlarla ilişki içerisinde bulunanların ve herhangi bir isyan, sabotaj, casusluk, silah ve uyuşturucu kaçakçılığı, evrakta sahtecilik gibi kamu düzenini bozan faaliyetlerde bulunanların, Türk vatandaşlığını kazanmaları engellenmektedir.¹¹³ Bu konuyla ilgili yapılacak araştırma ve soruşturmanın usulü ve süresi ise TVK Uygulama Yönetmeliğinde düzenlenmiştir. Yönetmelik uyarınca, Türk vatandaşlığını kazanmak isteyen yabancı hakkında yerleşim yerinin bulunduğu güvenlik birimlerince soruşturma,¹¹⁴ Millî İstihbarat Teşkilatı Müsteşarlığı ile Emniyet Genel Müdürlüğünce de arşiv araştırması yapılır. İlgili kurumlarca yapılan araştırma sonucunda Anayasa ile kurulu devlet düzenini yıkma yolunda faaliyette bulunduğu, bu faaliyetlerde bulunanlarla işbirliği yaptığı veya bunları maddi olarak desteklediği, Türkiye Cumhuriyetinin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğüne karşı yurt içinde veya dışında, 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu¹¹⁵ kapsamına giren suçlarla ilgili faaliyetlerde bulunduğu, isyan, casusluk ve vatana ihanet suçlarına katıldığı, silah ve uyuşturucu madde kaçakçılığı, insan kaçakçılığı ve insan ticare-

¹¹² Erdem, s.137.

¹¹³ Gerekeçe, s.13.

¹¹⁴ Komisyon tarafından gerekli görülmesi halinde kamu görevlileri aracılığı ile de soruşturma yaptırılabilir(m.72/1).

¹¹⁵ RG 12.04.1991, S.20843 Mük.

ti yaptığı veya bunlarla ilişki içerisinde bulunduğu tespit edilenler ile taksirli suçlar hariç olmak üzere ertelenmiş, zamanaşımına uğramış, hükmün açıklanması geriye bırakılmış, paraya çevrilmiş veya affa uğramış olsa dahi, altı aydan fazla hapis cezası alanlar Türk vatandaşlığını kazanamaz (Yön. m.72/5).¹¹⁶

Türk vatandaşlığının istisnai haller kapsamında kazanılmasında, başvuru için genel olarak vatandaşlığa alınmanın aksine, ergin ve ayırt etme gücüne sahip olma şartı da aranmamaktadır.¹¹⁷ Bu yüzden, söz konusu kişilerin istisnai haller kapsamında Türk vatandaşlığına alınmak için başvuruda bulunması mümkündür. Ancak vatandaşlıkla ilgili başvuruları bizzat değil veli ya da vasileri tarafından yapılacaktır (Yön. m.64/2).

C. Türk Vatandaşlığının İstisnai Haller Kapsamında Kazanılması İçin Yapılacak Başvuruda Gerekli Belgeler, Yapılacak İşlemler ve Yetkili Makam

Türk vatandaşlığının yetkili makam kararıyla genel olarak kazanılması için yabancıların müracaat makamlarına¹¹⁸ başvurması ve başvurusu üzerine şartları taşıyanların adına müracaat makamlarınca vatandaşlık dosyası düzenlenerek karar verilmek üzere İçişleri Bakanlığına gönderilmesi gerekirken, istisnai haller kapsamında vatandaşlığa alınacak yabancıların Türk vatandaşlığını kazanma işlemleri Bakanlık tarafından yürütülür (TVK m.19/2, Yön.m.35/1). Kanununun 12. maddesinin birinci fıkrasının (b) ve (c) bendine göre vatandaşlığa alınacak kişilerin¹¹⁹ müracaatları ise gerekli görülen hallerde Bakanlık tarafından da alınabilecektir (m.Yön.m.20/4).

¹¹⁶ Yapılan araştırma ve soruşturma bir yıl geçerlidir, ancak gerekli görülen hallerde bu süre beklenmeksizin yeniden araştırma ve soruşturma yaptırılabilir (Yön. m.72/4).

¹¹⁷ Kanunda başvuru için ergin ve ayırt etme gücüne sahip olma şartının aranmamasını eksiklik olduğu yönünde bkz.: Doğan, Vatandaşlık, s.79-80.

¹¹⁸ Bkz.: Dp. 97.

¹¹⁹ 12.01.2017 tarihinde yürürlüğe giren 'Türk Vatandaşlığı Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik' 11.02.2010 tarihli ve 2010/139 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile yürürlüğe konulan Türk Vatandaşlığı Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelikte değişiklik yaparak Yönetmeliğin 20. maddesine, birinci fıkrasından sonra gelmek üzere ÜİK ile TVK'ya eklenen 12/b kapsamındaki yabancıları tanımlayan fıkrayı eklemiş; mevcut fıkralar buna göre teselsül ettirilmiş, aynı maddenin mevcut dördüncü fıkrasında yer alan "(b) bendine" ibaresi "(b) ve (c) bentlerine" şeklinde, "ikinci" ibaresi "üçüncü" şeklinde değiştirilmiştir.

Türk vatandaşlığının istisnai olarak kazanılması için yapılacak başvuruda gerekli belgeler ve yapılacak işlemler Türk Vatandaşlığı Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmeliğin 20. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, Türk vatandaşlığını istisnai olarak kazanmak isteyen yabancı hakkında Bakanlığın yazılı talimatı üzerine müracaat makamlarınca Yönetmeliğin ilgili maddesinde sayılan belgeleri¹²⁰ içeren dosya düzenlenecek ve tamamlanan dosya karar alınmak üzere İçişleri Bakanlığına gönderilecektir (Yön.m.21/3). Kanunun 12. maddesine göre Türk vatandaşlığını kazanmak isteyen kişilerden aranan şartları taşıyanlar İçişleri Bakanlığının teklifi ve Bakanlar Kurulunun kararı ile Türk vatandaşlığını kazanacaktır (m.TVK m.12/1, Yön.m.35/6). Bakanlar Kurulu, İçişleri Bakanlığının teklifi ile bağlı değildir ve İçişleri Bakanlığı tarafından teklif edilse de bu yabancıları vatandaşlığa alıp almama konusunda takdir hakkı vardır.¹²¹

TVK m.12/1-a kapsamında Türkiye'ye sanayi tesisleri getiren veya bilimsel, teknolojik, ekonomik, sosyal, sportif, sanatsal alanlarda olağanüstü hizmeti geçen ya da geçeceği düşünülen yabancılar için ise ilgili bakanlıklarca haklarında gerekçeli teklifte bulunulması, İçişleri Bakanlığı tarafından da durumlarının uygun görülmesi ve vatandaşlığa alınmaları yönünde Bakanlar Kuruluna teklifte bulunulması gerekmektedir.

İskân Kanununa göre göçmen olarak kabul edilen kişilerin TVK m.12/1-d kapsamında vatandaşlığa alınması için öncelikle bu kişilerin vatandaşlık dosyasının il çevre ve şehircilik müdürlüğünce düzenlenerek İçişleri Bakanlığına gönderilmesi gerekmektedir. Dosya burada

¹²⁰ Dosyada yer alması gereken belgeler şunlardır: a) İsteği belirten form dilekçe b) Kişinin hangi devlet vatandaşı olduğunu gösteren pasaport veya benzeri belge, vatansız ise temininin mümkün olması halinde buna ilişkin belge c) Medenî hal belgesi ve evli ise evlenme belgesi, boşanmış ise boşanma belgesi, dul ise eşine ait ölüm belgesi ç) Kişinin kimlik bilgilerini gösteren doğum belgesi veya nüfus kayıt örneği gibi belge ve evli ise eş ve çocuklarının aile bağımlı kanıtlayan nüfus kayıt örneği veya benzeri belge d) Türk vatandaşı birinci veya ikinci derece yakınları varsa bu kişilere ait müracaat makamlarınca sistemden alınan nüfus kayıt örneği e) Kişinin doğum tarihinin ay ve günü bulunmuyorsa, doğum tarihinin tamamlanması için ülkesinin yetkili makamlarından alınmış belge, belgenin temin edilememesi halinde ise 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanununun (RG 25.04.2006, S.26153) 39.maddesi gereğince işlem yapılmasını kabul ettiğine dair imzalı beyanı f) Hizmet bedelinin Maliye veznesine yatırıldığını gösteren makbuz.

¹²¹ Doğan, Vatandaşlık, s.78.

incelendikten sonra kişinin Türk vatandaşlığını kazanması için Bakanlık tarafından Bakanlar Kuruluna teklifte bulunulur (Yön. m.21). Aynı maddeden hareketle Bakanlar Kurulunun kişinin Türk vatandaşlığını kazanması hususunda takdir hakkı olduğu sonucuna ulaşılmaktadır.

D. Türk Vatandaşlığının İstisnai Haller Kapsamında Kazanılmasının Hukuki Sonuçları

1. Kişi Bakımından

Türk vatandaşlığının istisnai haller kapsamında kazanılması, diğer sonradan kazanılması hallerinde olduğu gibi yetkili makamca verilen karar tarihinden itibaren hüküm ifade eder (TVK m.20/1, Yön.m.36/1). Dolayısıyla kişi karar tarihinden itibaren Türk vatandaşı olarak kabul edilir. Vatandaşlığın kazanıldığına ilişkin karar ilgiliye müracaat makamları aracılığıyla tebliğ edilir (TVK m.41, Yön. m.86/1).¹²² Yetkili makam kararıyla Türk vatandaşlığını kazananlar ile doğumla Türk vatandaşlığını kazananlar arasında vatandaşlık statüsü bakımından fark yoktur.¹²³

a. Türkçe Ad ve Soyadı Alma

Türk hukuku bakımından Türk vatandaşlığını kazanan yabancıların Türkçe ad ve soyadı almasını zorunlu kılan bir düzenleme mevcut değildir.¹²⁴ Nitekim YVK'nın Uygulama Yönetmeliği uyarınca da, Türk vatandaşlığını kazananlar Türkçe ad-soyadı alabilirler; ancak kendi ad ve soyadlarını muhafaza etmek istedikleri takdirde ad ve soyadları 1353 sayılı Türk Harflerinin Kabul ve Tatbiki Hakkında Kanun¹²⁵ gereğince Türk harfleri ile yazılır ve aile kütüğüne tescil edilir (Yön.m.74). Bu kişiler Türkçe ad ve soyadı almayı isterlerse, TMK m. 27'de yer alan ve 'adın değiştirilmesi, ancak haklı sebeplere dayanılarak hâkimden

¹²² NVİ tarafından yapılan açıklamaya göre Türk vatandaşlığının kazanılmasına ve kaybına ilişkin vatandaşlık kararlarının ilgililerine tebliğat işlemleri 01.12.2015 tarihinden itibaren Elektronik Vatandaşlık Sistemi vasıtasıyla yapılacaktır. Bkz.: Vatandaşlık Kararı Tebliğat İşlemleri, <https://www.nvi.gov.tr/mevzuat/mevzuat/talimat-aciklayici-yazilar> (Erişim tarihi 15.03.2017).

¹²³ Güngör, *Tâbiyet*, s.137.

¹²⁴ Nuray Ekşi, "Türk Vatandaşlığını Sonradan Kazanan Yabancıların Türkçe İsim Alma Zorunluluğu", *Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısı Sempozyumu*, (29.02.2008), *Bildiriler*, Seçkin Yayınevi, Ankara, s.27.

¹²⁵ RG 03.11.1928, S.1030.

istenebilir' hükmünden hareketle Türk vatandaşlığının kazanılması haklı bir sebep olarak değerlendirilip talepleri kabul edilebilecektir.¹²⁶ Dolayısıyla, kişilerin talebi olmadığı sürece sadece Türk vatandaşlığını kazanması sebebiyle Türkçe ad ve soyadı alma zorunluluğu bulunmamaktadır.¹²⁷

Türk vatandaşlığını sonradan kazanmış kişilerin Türkçe ad ve soyadı seçmeleri halinde ise önceki ad ve soyadları nüfus kayıtlarına işlenir ve talepleri halinde; nüfus kayıtlarına dayanılarak önceki ad ve soyadlarını gösteren denklik belgesi Genel Müdürlükçe veya nüfus müdürlüklerince düzenlenir (Yön. m.75/1, m.75/3).

b. Askerlik Yükümlülüğü

Türk vatandaşlığını sonradan kazanan kişilerin askerlik yükümlülüğü, 1111 sayılı Askerlik Kanununda¹²⁸ düzenlenmiştir. Askerlik Kanununa göre, Türkiye Cumhuriyeti tebaası olan her erkek, işbu kanun mucibince askerlik yapmağa mecburdur (m.1). Yine Kanun uyarınca Türk vatandaşlığına sonradan alınanlar askerliklerini, vatandaşlığa alındıkları tarihteki yaş ve öğrenim durumlarına göre o yaştaki Türk vatandaşı yükümlüler gibi yapmalıdır. Bunlardan gelmiş oldukları ülkelerde askerlik yaptıklarını veya askerlik hizmetini yerine getirmiş sayıldıklarını belgeleyenler ile vatandaşlığa alındıkları yıl 22 yaşında olanlar askerlik yapmış sayılırlar (m.2/1).¹²⁹ Bu kişilerin askerlikleri, istekleri hâlinde vatandaşlığa alındıkları tarihten itibaren iki yıl süreyle ertelenir. Ertelemelerinin sona ereceği yıl yoklamaları yapılarak o yıl askerlik çağına giren doğumlarla işlem görürler ve seferberlik hâlinde ihtiyaca göre askere sevk edilebilirler (m.2/2).¹³⁰ 14.01.2016 tarihinde Askerlik Kanunu'nda yapılan değişiklikle,¹³¹ oturma veya

¹²⁶ Nomer, 22. Bası, s.117; Erdem, s.191-192.

¹²⁷ Konuyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Ekşi, Sempozyum, s.28.

¹²⁸ RG 12. 17.07.1927, S.631-635.

¹²⁹ Askerlik Kanunu uyarınca, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti kanunlarına göre zorunlu askerlik hizmetini yerine getirdiklerini belgelendiren Türk vatandaşları bu Kanun hükümlerine göre askerlik yapmış sayılırlar (m.2/4).

¹³⁰ Askerlik Kanununun 2. maddesinde 22.01.2015 tarihli ve 6586 sayılı 'Millî Mayın Faaliyet Merkezi Kurulmasına İlişkin Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 12. maddesiyle değişiklik yapılmıştır (RG 03.02.2015, S.29256).

¹³¹ 'Askerlik Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun', Kanun No:6661, RG 14.01.2016, S.29606

çalışma iznine sahip olarak işçi, işveren sıfatıyla veya bir meslek ya da sanatı icra ederek, yurt içinde geçirilen süreler hariç olmak üzere, toplam en az üç yıl süre ile fiilen yabancı ülkelerde bulunan bu Kanun ile 1076 sayılı Yedek Subaylar ve Yedek Askeri Memurlar Kanunu'na¹³² tâbi yükümlüler, 38 yaşını tamamladıkları yılın sonuna kadar durumlarını ispata yarayan belgelerle birlikte bağlı buldukları Türk konsoloslukları aracılığı ile askerlik şubelerine başvurmaları ve 1.000 avro veya karşılığı kadar yönetmelikte belirtilecek yabancı ülke parasını, başvuru tarihinde defaten ödemeleri hâlinde muvazzaf askerlik hizmetini yerine getirmiş sayılırlar (Ek madde 1/1).¹³³

Çifte vatandaşlık halinde askerlik yükümlülüğü yine Askerlik Kanunu ve 1993 tarihli 'Birden Fazla Tabiiyetti Vatandaşların Askerlik Yükümlülüklerini Yerine Getirmiş Sayılmalarına Dair Esaslar'¹³⁴ başlıklı Bakanlar Kurulu kararında¹³⁵ düzenlenmiştir. Ancak Kanun sadece 'yurt dışında doğan ve ikamet edenler ile kanuni rüşt yaşına kadar yabancı bir ülkeye gitmiş olanlardan buldukları ülke vatandaşlığını da kazanan Türk vatandaşları' bakımından askerlik yükümlülüğünü düzenlemiştir. Kanun uyarınca; Bakanlar Kurulu kararıyla belirlenen esaslara göre; yurt dışında doğan ve ikamet edenler ile kanuni rüşt yaşına kadar yabancı bir ülkeye gitmiş olanlardan buldukları ülke vatandaşlığını da kazanan Türk vatandaşları, talepleri hâlinde, du-

¹³² RG 09.07.1927, S. 628.

¹³³ Dövizle askerlik hizmetinden yararlanmak üzere yaptıkları başvuruları kabul edilen yükümlülerden, gereken şartları taşımadıkları anlaşılanlar, ödemeleri gereken yabancı ülke parasını yönetmelikte belirtilen sürelerle uygun ödemeyenler, ücret veya maaşları yurt içinden transfer edilenler, yabancı ülkelerde resmî görevle bulunanlar, dövizle askerlik hizmetinden yararlanmak için gereken yükümlülüklerinin devamı süresince toplam olarak her takvim yılının yarısından fazlasını yurt içinde geçirenler, yurda kesin dönüş yapanlar veya dövizle askerlik hizmetinden yararlanma şartlarını kaybedenler, istekleriyle vazgeçenler, askerliğe elverişsiz olduğu tespit edilenler Millî Savunma Bakanlığı tarafından dövizle askerlik hizmeti kapsamından çıkartılarak durumlarına uygun askerlik işlemine tâbi tutulurlar. Belirtilen döviz miktarlarını yarısına kadar indirmeye veya bir katına kadar artırmaya Bakanlar Kurulu yetkilidir. Avro dışındaki diğer paralarla yapılacak ödemelerin miktarı, her yıl başındaki çapraz kurlar esas alınarak Millî Savunma Bakanlığı tarafından tespit ve ilân edilir (Ek madde 1/2, 1/3).

¹³⁴ RG 25.07.1993, S.21648.

¹³⁵ İlgili Bakanlar Kurulu Kararına göre bu esasların amacı; yurt dışında doğan ve ikamet edenler ile kanuni rüşt yaşına kadar yabancı bir ülkeye gitmiş olanlardan, buldukları ülke vatandaşlığını da kazanan Türk vatandaşlarının, askerlik mükellefiyetlerini yerine getirmelerine ilişkin esas ve usulleri belirlemektir (m.1).

rumlarına uyan ve bu Kanunun öngördüğü askerlik statülerinden biri içerisinde askerlik mükellefiyetlerini 38 yaşını tamamladıkları yılın sonuna kadar yerine getirebilirler veya tabiiyetinde buldukları diğer ülkede askerlik yapmış olduklarını belgelemek kaydıyla mükellefiyetlerini yerine getirmiş sayılırlar. Bu kişilerin askerlik yükümlülükleri 38 yaş sonuna kadar ertelenmiş kabul edilir (m.2/4). Görüldüğü üzere bu düzenlemeden, sahip oldukları yabancı devlet vatandaşlığını muhafaza ederek sonradan Türk vatandaşlığını kazanan kişilerin yararlanma imkânı yoktur. Askerlik kanunu kapsamında düzenlenen yurt dışında doğan ve ikamet edenler ile kanuni rüşt yaşına kadar yabancı bir ülkeye gitmiş olanlardan buldukları ülke vatandaşlığını da kazanan Türk vatandaşlarının askerlik durumlarıyla ilgili esasların ayrıntıları ise 1993 tarihli Bakanlar Kurulu kararında düzenlenmiştir. Karar uyarınca, birden fazla vatandaşlık durumunda, yükümlülerden hangilerinin hangi ülkelerde yaptıkları askerliğin muvazzaflık hizmetinden sayılacağı, İçişleri ve Dışişleri Bakanlıklarının görüşleri alınarak Millî Savunma Bakanlığınca belirlenir (m.6). Çifte vatandaşlık halinde askerlik yükümlülüğü konusunda Türkiye'nin taraf olduğu ve taraf devletlerden birinde yerine getirilen askerlik yükümlülüğünün diğerinde kabul edilmesini sağlamaya yönelik milletlerarası anlaşmalar da mevcuttur.¹³⁶

İskân Kanunu uyarınca, göçmenlerin askerlikle ilgili muafiyetleri ve bu muafiyetlerden yararlanma usulleri de 1111 sayılı Askerlik Kanunundaki esaslara göre yürütülecektir (m.37). Askerlik Kanunu'nda 2015 tarihinde yapılan değişikliğe¹³⁷ kadar Türk vatandaşlığını göçmen statüsünde kazananların askerlik yükümlülüğü bakımından Türk vatandaşlığını sonradan kazananlara göre farklı esaslar kabul edilmişti.¹³⁸ Yapılan değişiklikte birlikte bu esasların kabul edildiği maddeler

¹³⁶ Örneğin, her iki devlet vatandaşlığına sahip yükümlülerin, bir devlette yapmış oldukları vatan hizmetinin diğerinde de kabul edilmesi amacıyla (m.1) akdedilen 'Türkiye Cumhuriyeti ile Tunus Cumhuriyeti Arasında Çifte Vatandaşlık Durumunda Vatan Hizmeti Yükümlülüğüne İlişkin Anlaşma' (RG 25.04.2001/24383) uyarınca doğumla veya menşe ülke kanuni rüşt yaşını bitirmeden önce diğer ülkeye ikamet amacıyla gidenlerden, o devletin de vatandaşlığını kazanan yükümlüler vatan hizmetlerini taraflardan istedikleri birinde yerine getirebilirler (m.471).

¹³⁷ Söz konusu değişiklik 6586 sayılı Kanun ile yapılmıştır. Bkz.: Dp.112.

¹³⁸ Değişiklikten önce göçmen statüsünde Türk vatandaşlığına alınan erkeklerin askerlik yükümlülükleri konusundaki istisnalar ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz.: Emre Esen, "Türk Vatandaşlığını Sonradan Kazanan Kişilerin Askerlik Yükümlü-

yürürlükten kaldırıldı. Dolayısıyla İskân Kanunu uyarınca Türk vatandaşlığını kazanan göçmenler de askerlik yükümlülüğü bakımından Askerlik Kanununun yukarıda anlatılan 2. maddesine tâbi olacaktır.

c. Çok Vatandaşlık

1895’de Milletlerarası Hukuk Enstitüsü tarafından tavsiye niteliğinde ortaya konulan¹³⁹ ve doktrinde ‘vatandaşlığın direktif veya klasik ilkeleri’¹⁴⁰ olarak adlandırılan ilkelerden biri olan ‘herkesin sadece bir vatandaşlığı olmalıdır’ ilkesi, çifte ya da çok vatandaşlığı önlemek amacıyla kabul edilmişti. Ancak günümüzde çok vatandaşlık halleri milli hukuk düzenlerinde kabul görmeye başladığı gibi Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesinde de bu durumu yasaklayan bir hükme yer verilmemiş, dolayısıyla söz konusu ilke de terk edilmeye başlanmıştır.¹⁴¹ TVK da çok vatandaşlık halini kabul etmiştir. Kanun uyarınca, Türk vatandaşlığı yanı sıra başka bir devletin vatandaşlığını kazanmak için izin almak gerekmediği gibi herhangi bir nedenle yabancı bir devlet vatandaşlığını kazanan kişilerin bu durumları sahip oldukları Türk vatandaşlığını da etkilemeyecektir.¹⁴² Bununla birlikte Türk vatandaşlığını TVK m.11 uyarınca genel yoldan kazanmak için başvuruda bulunan yabancılar bakımından sahip oldukları yabancı devlet vatandaşlığından çıkma şartı aranabilir. Kanun uyarınca bu şartın aranması ve bu yönde takdirin kullanılmasına ilişkin esasların tespiti Bakanlar Kurulunun yetkisindedir (m.11/2). Türk vatandaşlığının yetkili makam kararıyla kazanıldığı diğer hallerde ve çalışma konumuz olan istisnai haller kapsamında Türk vatandaşlığının kazanılması halinde Kanunda böyle bir şart aranmamaktadır.

Çok vatandaşlık yani kişinin aynı anda birden fazla devletin vatan-dışı olması, olumlu vatandaşlık ihtilâflarına¹⁴³ neden olabilmekte ve

lüğü’’, *MHB*, Y.29, S.1-2, 2009, s.144-158.

¹³⁹ Güngör, *Tâbiyet*, s.21.

¹⁴⁰ Söz konusu ilkeler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.:Göğer, s.12-14; Güngör, *Tâbiyet*, s.21-37; Nomer, 22. Bası, s.5-10; Doğan, *Vatandaşlık*, s.26-30.

¹⁴¹ Bkz.:Güngör, *Tâbiyet*, s.38.

¹⁴² Kanun sadece Türk vatandaşlığı yanı sıra başka bir devletin vatandaşlığını kazanan kişilerin bu durumlarına ilişkin belgeleri ibraz etmelerini istemiştir ki bunun da sebebi nüfus aile kütüklerindeki kayıtlarına çok vatandaşlığa sahip olduklarına dair açıklama yapılmasıdır (m.44).

¹⁴³ Olumlu vatandaşlık ihtilâfları ve çözüm yolları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Doğan, *Vatandaşlık*, s.183-188.

bu ihtilâfların çözümü için kişinin hangi vatandaşlığının esas alınacağını belirlenmesi gerekmektedir. Kişinin aynı zamanda birden fazla devletin vatandaşı olması, yabancı unsurlu uyumsuzlukların çözümünde uygulanacak hukukun vatandaşlık bağlama noktası aracılığıyla tayin edildiği durumlarda özellik arz eder.¹⁴⁴ Dolayısıyla istisnai yolla Türk vatandaşlığını kazanan kişilerin aynı zamanda başka bir devlet vatandaşlığına da sahip olmaları durumunda söz konusu kişilerle ilgili özel hukuktan kaynaklanan uyumsuzlukların çözümünde uygulanacak hukukun vatandaşlık bağlama noktası aracılığıyla tayin edildiği durumlarda kişinin sahip olduğu devlet vatandaşlıklardan hangisinin esas alınması gerektiği çözüme kavuşturulmalıdır. Söz konusu çözüm MÖHUK'ta yer almaktadır. Kanuna göre, bu Kanun hükümleri uyarınca yetkili olan hukukun vatandaşlık esasına göre tayin edildiği hâllerde, bu Kanunda aksi öngörülmedikçe,¹⁴⁵ birden fazla devlet vatandaşlığına sahip olanlar hakkında, bunların aynı zamanda Türk vatandaşı olmaları hâlinde Türk hukuku uygulanacaktır (m.4/1-b).

2.Eş ve Çocuklar Bakımından Sonuçları

a. Eş Bakımından

Türk vatandaşlığının istisnai haller kapsamında sonradan kazanılması, vatandaşlığın sonradan kazanıldığı tüm hallerde olduğu gibi, cinsiyet ayrımcılığı yaptığı için eleştirilen¹⁴⁶ mülga Kanunun aksine¹⁴⁷ eşin vatandaşlığına tesir etmez (TVK m.20/2, Yön.m.37/1). TVK Uygulama Yönetmeliğine göre, göçmen olarak Türk vatandaşlığını kazanamayan yabancı eş de Yönetmeliğin aynı maddesine tabidir (m.21) Dolayısıyla bu kurala herhangi bir istisna da tanınmadığı için istisnai haller kapsamında da kişinin Türk vatandaşlığını kazanması eşinin vatandaşlığını etkilemeyecektir. Bu durumda yabancı eş, TVK'da düzenlenen diğer vatandaşlığın kazanılması yollarından durumuna uy-

¹⁴⁴ Gülüm Bayraktaroğlu Özçelik, "Kanunlar İhtilâfı Hukukunda Olumlu Vatandaşlık İhtilâflarının Çözümü ve MÖHUK m. 4/1 (b) ve (c) Hükümlerinin Değerlendirilmesi", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* C. XIX, Y. 2015, S.1, s.120.

¹⁴⁵ Kanunda yer alan 'aksi öngörülmedikçe' ifadesi sebebiyle MÖHUK m. 4 (1) (b) ve (c) hükümlerinin uygulanmasında ortaya çıkabilecek sorunlar ve çözüm önerileri için bkz.:s.133-144.

¹⁴⁶ Tiryakioğlu, s.95.

¹⁴⁷ Vatandaşlığa alınma eşin vatandaşlığına tesir etmez, ancak vatansız kadın, kocasına bağlı olarak Türk vatandaşı olur (m.15)

gun olan için başvuruda bulunabilir. Ancak daha önce de belirtildiği üzere m.12/1-b bendi kapsamında vatandaşlığa alınabilecek olan yabancı yatırımcıların ve Turkuaz kart sahiplerinin eşlerine istisnai haller kapsamında vatandaşlık kazanabilmek için başvuru da bulunma hakkı tanınmıştır. Kanaatimizce, Kanunla bu şekilde eşin vatandaşlığına bağlı olarak otomatik bir kazanım değil ancak eşin vatandaşlığa alınma sebebiyle elde edilen bir ayrıcalığa istinaden başvuruda bulunma imkânı sağlanmıştır.

b. Çocuklar Bakımından

İstisnai haller kapsamında Türk vatandaşlığının kazanılmasının vatandaşlığı kazanan kişilerin çocuklarının vatandaşlığı üzerindeki etkisi vatandaşlığı kazanan kişilerin vatandaşlığın kazanılma anı esas alınmak üzere 'ergin olmayan çocuklar' ve 'ergin olan çocuklar' bakımından ayrı ayrı incelenecektir.

aa. Ana ya da Babaları Türk Vatandaşlığını Kazandığı Sırada Ergin Olmayan Çocuklar

Ana ya da babalarının istisnai haller kapsamında Türk vatandaşlığının kazanılması ergin olmayan çocuklar bakımından da sonuç doğuracaktır. Konuyla ilgili düzenleme Kanununun 20. maddesinde ve Yönetmeliğin 37. maddesinde yer almaktadır. Kanun, 403 sayılı mülga Kanunun aksine¹⁴⁸ Türk vatandaşlığının ana veya babaya bağlı kazanılmasında da cinsiyet ayrımcılığına gitmemiştir.¹⁴⁹ TVK uyarınca, ana veya babanın Türk vatandaşlığını kazandığı tarihte velayeti kendisinde bulunan çocukları diğer eşin muvafakat etmesi halinde Türk vatandaşlığını kazanır (m.20/2). Kanun 'çocuk' tanımını yapmamıştır, ancak Yönetmelikte çocuk on sekiz yaşını tamamlamamış kişi olarak tanımlanmıştır (m.3/c). Kanun da velayet altında bulunan çocuklardan bahsettiği için çocuğun ana ya da babasına bağlı olarak Türk vatandaşlığını kazanabilmesi için zaten ergin olmaması gerekmektedir.

¹⁴⁸ 403 sayılı Kanunun düzenlemesi şu şekildeydi: Küçük çocuklar Türk vatandaşlığına alınan babalarına bağlı olarak Türk vatandaşı olurlar. Türk vatandaşlığına alınan kadının küçük çocukları a) Babanın ölmüş bulunması b) Babanın belli olmaması c) Babanın vatansız olması ç) Çocuğun vatansız olması d) Velayetin anada bulunması, hallerinde çocuğun milli kanunu engel olmadığı takdirde analarına bağlı olarak Türk vatandaşı olurlar (m.16).

¹⁴⁹ Güngör, *Tâbiyet*, s.137.

Çocuğun ergin olup olmadığı gibi velayetin hangi ebeveynde olduğu da MÖHUK uyarınca yetkili olan hukuka göre tespit edilmelidir¹⁵⁰. Türk vatandaşlığını kazanan ana ya da babasıyla birlikte vatandaşlık kazanması söz konusu olan çocuğun ergin olup olmadığı MÖHUK m.9/1 ve MÖHUK m.2/3 gereği atıfla beraber çocuğun milli hukukuna göre belirlenmelidir. Çocuk eğer vatansızsa ya da Türkiye’de mülteci statüsü¹⁵¹ ile kalmaktaysa MÖHUK m.4/1-a gereği yerleşim yeri, bulunmadığı hâllerde mutad mesken, o da yok ise dava tarihinde bulunduğu ülke hukukuna göre; çocuk birden fazla devlet vatandaşlığına sahip ise daha sıkı ilişki hâlinde bulunduğu devlet hukukuna göre tespit edilir. Bu noktada MÖHUK m.4/1a bendi her ne kadar sadece mültecilerden söz etse de bizim de katıldığımız görüş¹⁵² uyarınca bu bendin kapsamına MÖHUK’tan daha sonra yürürlüğe giren YUKK uyarınca Türkiye’de ‘şartlı mülteci’, ‘ikincil koruma’ ve ‘geçici koruma’

¹⁵⁰ Aynı yönde bkz. Faruk Kerem Giray, “5901 Sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu Hakkında Değerlendirme”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* Prof. Dr. Ata Sakmar’a Armağan, 2011/1, s.382; Doğan, *Vatandaşlık*, s.118.

¹⁵¹ Türk hukuku uyarınca mülteci statüsü ve bu statüyle ilgili düzenlemeler Türkiye’nin 1961’de onayladığı (RG 05.10.1961, S.10898) ‘Mültecilerin Hukuki Durumuna İlişkin 1951 tarihli Cenevre Sözleşmesi’ne göre belirlenecektir. Nitekim Sözleşmenin ‘hukuki statü’ başlıklı 12. maddesi uyarınca da ‘her mültecinin bireysel statüsü daimi ikametgâhının bulunduğu ülkenin yasalarına veya eğer daimi ikametgâhi yoksa, bulunduğu ülkenin yasalarına tabidir’.

¹⁵² Gülören TEKİNALP/Ayfer Uyanık Çavuşoğlu, *Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları, Genişletilmiş 11. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2011; Aysel Çelikel/Bahadır Erdem, Milletlerarası Özel Hukuk, Yenilenmiş 14. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2016, s.69. Nitekim Nüfus ve Vatandaşlık İşleri Genel Müdürlüğü tarafından 13.10.2015 tarihinde Türkiye’de mülteci, şartlı mülteci, ikincil koruma statüsünde bulunanlar ve geçici koruma altına alınanların evlendirme işlemleri ile çocuklarının tanınmasına yönelik işlemlerde tereddütlerin giderilmesi amacıyla yapılan açıklamada da MÖHUK m.4/1-a bendine atıfta bulunulmuştur. Açıklamada MÖHUK m.13/1 uyarınca evlenme ehliyeti şartları ile evlenme engelleri bakımından tarafların her birinin milli hukukunun uygulanması gerektiği belirtilmiş ve YUKK uyarınca mülteci, şartlı mülteci, ikincil koruma statüsünde bulunan veya geçici koruma altına alınanların evlenme ehliyeti şartları ile evlenme engelleri ve çocuklarının tanıma yoluyla babaları ile soybağı kurulması konularında Türk hukukunun esas alınacağı belirtilmiştir. MÖHUK m.16 uyarınca soybağının kuruluşu, çocuğun doğum anındaki milli hukukuna, kurulamaması hâlinde çocuğun mutad meskeni hukukuna tâbidir. Soybağı bu hukuklara göre kurulamıyorsa, ananın veya babanın, çocuğun doğumu anındaki milli hukuklarına, bunlara göre kurulamaması hâlinde ana ve babanın, çocuğun doğumu anındaki müsterek mutad mesken hukukuna, buna göre de kurulamıyorsa çocuğun doğum yeri hukukuna tâbi olarak kurulur. bkz.: <https://www.nvi.gov.tr/mevzuat/mevzuat/talimat-aciklayici-yazilar> (Erişim tarihi 15.03.2017).*

statüleriyle uluslararası korumadan yararlanan¹⁵³ diğer yabancıları da dâhil etmek uygulamada kolaylık sağlayacağı için gereklidir. Velayetin kimde olduğu ya da Türk vatandaşlığını kazanan ana ya da babanın çocuğun velayetine sahip olup olmadığı belirlenirken de vatandaşlık başvurusu esnasında eşlerin evli olup olmama durumuna göre yine MÖHUK'un ilgili hükümleri¹⁵⁴ esas alınmalıdır.

Türk vatandaşlığının sonradan kazanılmasının çocuklar bakımından sonuçları, TVK'nın Uygulama Yönetmeliğinin 37. maddesinde ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Buna göre, Türk vatandaşlığını birlikte kazanan ana ve babanın çocukları ana ve babaya bağlı olarak Türk vatandaşlığını kazanacaktır. Evlilik birliği içinde ana veya babanın Türk vatandaşlığını kazanması durumunda başvuruda bulunanın başvuru tarihinde velayeti kendisinde bulunan çocukları, diğer eşin muvafakat etmesi halinde ana veya babaya bağlı olarak Türk vatandaşlığını kazanır. Muvafakat verilmemesi halinde ana veya babanın mutad meskeninin bulunduğu ülkedeki hâkim kararına göre işlem yapılır. Bu hüküm, ana ya da babanın mutad meskeninin Türkiye dışında bulunabileceği ve bu durumda Türk vatandaşlığının kazanılmasında yabancı bir mahkemeye dolaylı da olsa yetki tanınması, vatandaşlık hukukunun temel ilkelerinden olan ve devletin sahip olduğu hâkimiyet hakkının sonucu olan devletlerin vatandaşlığa alınma şartlarını kendi vatandaşlık kanunlarına göre belirleyeceği ilkesine aykırı olması,¹⁵⁵ yabancı mahkemenin kendi hukukuna göre böyle bir karar verip veremeyeceğinin değerlendirilmemesi ve Türk vatandaşlığının kazanılması için yabancı bir kanunun izninin aranması¹⁵⁶ ayrıca yargılama yetkisinin egemenlik hakkına dayanması sebebiyle Türk kanun koyucunun yabancı bir mahkemeyi yetkilendirmesi mümkün olmadığından bu durumun milletlerarası usul hukuku bakımından da tartışma

¹⁵³ Türk Hukukunda uluslararası koruma türleri hakkında bilgi için bkz.: Neşe Baran Çelik "Türk Hukukunda Uluslararası Koruma Başvurusunda Bulunan veya Uluslararası Korumadan Yararlanan Yabancıların Hak ve Yükümlülükleri", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Özel Sayı Cilt:1 Yıl 2015, s.72-81.

¹⁵⁴ Boşanma sonrası velayet konusunda eşlerin müşterek milli hukuku; tarafların ayrı vatandaşlıkta olmaları hâlinde müşterek mutad mesken hukuku, bulunmadığı takdirde Türk hukuku uygulanır (m.14/3) . İlgili hüküm uygulanırken MÖHUK m.3 gereği dava tarihi esas alınacak ve ilgili hukuk atıfla birlikte tespit edilecektir. Evlilik devam ediyorsa MÖHUK m.17 yine atıfla beraber uygulanacaktır.

¹⁵⁵ Erdem, s.188.

¹⁵⁶ Güngör, Tâbiyet, s.138.

yaratacağı¹⁵⁷ gibi gerekçelerle doktrinde haklı olarak eleştirilmektedir. Yönetmeliğin ilgili maddesine göre, ana veya babadan birinin ölmüş olması halinde çocuk, Türk vatandaşlığını kazanan ana veya babaya bağlı olarak Türk vatandaşlığını kazanır. Türk vatandaşlığını kazanan ananın evlilik birliği dışında doğan çocuğu ise anaya bağlı olarak Türk vatandaşlığını kazanır.

Türk vatandaşlığını kazanmak üzere başvuran ana veya babanın çocuklarının ana veya baba ile birlikte işlem görmesi esastır. Ana veya babanın Türk vatandaşlığını kazandığı tarihte kendileri ile birlikte işlem görmeyen çocukları ise ergin olduktan sonra Türk vatandaşlığını kazanmak üzere başvurdukları takdirde haklarında genel olarak vatandaşlığa alınmayı düzenleyen Kanun'un 11. maddesi hükümleri uygulanır (TVK, m.20/3, Yön. m.37/8). Bu hüküm karşısında, söz konusu yabancıların TVK'daki evlenme ya da istisnai haller kapsamındaki vatandaşlığa alınma şartlarını gerçekleştirme halinde bu yollara istinaden Türk vatandaşlığını kazanıp kazanamayacağı tartışmalı hale gelmiştir. Doktrinde bazı yazarlar tarafından, Kanunda yer alan bu hükümle söz konusu kişilerin, TVK'da yer alan diğer yetkili makam kararıyla Türk vatandaşlığının kazanılması yollardan yararlanma hakkının ortadan kaldırıldığı ve sadece TVK m.11 kapsamında genel olarak vatandaşlığa alınma yoluna başvurabilecekleri belirtildiğinden Türk vatandaşlığını kazanma imkânlarının sınırlandırılması sebebiyle eleştirilmiştir.¹⁵⁸ Bununla beraber bazı yazarlar tarafından da kanun koyucunun amacının, ana ya da babalarının Türk vatandaşı olmalarının bu yabancılar bakımından Türk vatandaşlığa alınmada bir istisna yaratmayacağına belirtilmesi olduğu ve söz konusu kişilerin TVK'da öngörülen evlenme ya da istisnai haller kapsamında Türk vatandaşlığına alınma şartlarını yerine getirmeleri halinde bu yollara da başvurabileceği ifade edilmiştir.¹⁵⁹ Nitekim, henüz Kanun Tasarı aşamasındayken de söz konusu hüküm (Tasarı m.19/3), Kanunda böyle bir hükme yer verilmesinin gereksiz olduğu, zira bu çocukların da zaten diğer yabancılar gibi TVK m.11'in uygulanması için başvurma hakkına sahip olduğu; ana ya da babalarının Türk vatandaşı olması sebebiyle özel bir imkân sağlama niyeti olmadıkça özel bir hüküm getirme-

¹⁵⁷ Tanrıbilir, s.51-51; Nomer, 22. Bası, s.116; Doğan, Vatandaşlık, s.118, dp.120.

¹⁵⁸ Güngör, Tabiiyet, s.140; Erten, s.57.

¹⁵⁹ Doğan, Vatandaşlık, s.119, dp.121.

nin gereksiz olduğu üstelik hükmün bu haliyle, söz konusu çocukların başka bir yolla vatandaşlığa alınma başvurusunda bulunmayacakları anlamına gelmesi sebebiyle eleştirilmiş;¹⁶⁰ ancak söz konusu hüküm herhangi bir değişiklik yapılmayarak korunmuştur.

Yukarıda da anlatıldığı üzere, TVK m.12/1-b'de düzenlendiği şekliyle yatırım yapan ya da Turkuaz kart sahibi olan yabancının hem kendisinin hem de eşinin ergin olmayan veya bağımlı yabancı çocuğu da istisnai haller kapsamında vatandaşlık kazanabilmek için ayrıca başvurabilecektir. İstisnai haller kapsamında Türk vatandaşlığının kazanmak için başvuruda bulunabilmesi bakımından daha önce de ifade edildiği üzere ergin ya da ayırt etme gücüne sahip olma şartları aranmadığı için, söz konusu çocuklar için veli ya da vasileri tarafından vatandaşlık başvurusu yapılabilecektir. Dolayısıyla Türkiye'de çalışmayan ancak Bakanlar Kurulunca belirlenecek kapsam ve tutarda yatırım yapan yabancılarla Turkuaz Kart sahibi olan yabancıların istisnai haller kapsamında vatandaşlığa alınması durumunda, küçük olan çocukları, Türk vatandaşlığının sonradan kazanılmasının çocuklar bakımından sonuçlarını genel olarak düzenleyen TVK m.20/2 ve TVK'nın Uygulama Yönetmeliğinin 37. maddesi kapsamında, ana ya da babalarına bağlı olarak Türk vatandaşlığını kazanabilecekleri gibi genel olarak istisnai haller kapsamında TVK m.12/1-b uyarınca ayrıca başvuruda bulunma imkânları da olacaktır.

TVK'nın Uygulama Yönetmeliğine göre, TVK m.12/1-d kapsamında göçmen olarak Türk vatandaşlığını kazanamayan yabancı çocuklar için de Yönetmeliğin 37. maddesi, yani Türk vatandaşlığının sonradan kazanılmasının çocuklar bakımından sonuçlarını düzenleyen maddesi uygulanacaktır (m.21).

ab. Ana ya da babaları Türk Vatandaşlığını Kazandığı Sırada Ergin Olan Çocuklar

Ana ya da babaları Türk vatandaşlığını kazandığı sırada ergin olan çocuklar ana ya da babaya bağlı olarak vatandaşlığın kazanılabilmesi için ergin olmama şartı arandığından bu kazanımdan yararlanamayacaktır. Kanun da ya da Yönetmelikte ana ya da babaları Türk vatandaşlığını kazandığı sırada ergin olan çocukları ile ilgili özel bir düzenleme

¹⁶⁰ Tanrıbilir, s.52; Tiryakioğlu, s.95-96; Erten, s.57.

bulunmadığından, söz konusu kişiler Vatandaşlık Kanununun sadece 11. maddesinden değil diğer yetkili makam kararıyla vatandaşlığa alınma yollarından durumlarına uyan ve şartlarını yerine getirdikleri vatandaşlığı kazanma yollarından da yararlanabileceklerdir.

III. ÜLKEMİZDE GEÇİCİ KORUMA STATÜSÜYLE KALAN SURIYE VATANDAŞLARININ İSTİSNAİ HALLER KAPSAMINDA TÜRK VATANDAŞLIĞINI KAZANMASI

Geçici Koruma Yönetmeliği¹⁶¹ uyarınca geçici koruma, ülkesinden ayrılmaya zorlanmış, ayrıldığı ülkeye geri dönemeyen, acil ve geçici koruma bulmak amacıyla kitlesel olarak veya bu kitlesel akın döneminde bireysel olarak sınırlarımıza gelen veya sınırlarımızı geçen ve uluslararası koruma talebi bireysel olarak değerlendirmeye alınmayan yabancılara sağlanan koruma olarak tanımlanmıştır (m.3/f). Yine Yönetmelik uyarınca, 28.04.2011 tarihinden itibaren Suriye Arap Cumhuriyeti'nde meydana gelen olaylar sebebiyle geçici koruma amacıyla Suriye Arap Cumhuriyeti'nden kitlesel veya bireysel olarak sınırlarımıza gelen veya sınırlarımızı geçen Suriye Arap Cumhuriyeti vatandaşları ile vatansızlar ve mülteciler, uluslararası koruma başvurusunda bulunmuş olsalar dahi geçici koruma altına alınacaklardır (geçici madde 1). Suriye'de yaşanan iç savaş nedeniyle 2011 yılı Nisan ayı itibariyle toplu olarak Türkiye'ye girişleri başlayan ve aradan geçen yaklaşık 6 yıllık süreye rağmen sona ermeyen savaş sebebiyle ülkemizde sayıları hızla artan Suriye vatandaşlarının istisnai haller kapsamında Türk vatandaşlığına alınacağı yönündeki haberler ve tartışmalar sürekli gündeme gelmektedir.

Ülkemizde geçici koruma statüsüyle kalan Suriye vatandaşlarının Türk vatandaşlığı kazanabilmesi özel olarak düzenlenmediği için TVK'da düzenlenen vatandaşlığın kazanılmasına ilişkin yollardan şartlarını yerine getirdiklerine başvurmaları mümkündür.¹⁶² Çalışma

¹⁶¹ RG 12.10.2014, S.25611.

¹⁶² Geçici koruma statüsüyle Türkiye'de bulunan Suriye vatandaşları bakımından, genel olarak vatandaşlığa alınma yolu kullanılamayacaktır; zira Geçici Koruma Yönetmeliği uyarınca söz konusu yabancılara verilen ve Türkiye'de yasal kalış imkânı sağlayan geçici koruma kimlik belgesi YUKK'ta düzenlenen ikamet izni ya da ikamet izni yerine geçen belgelere eşdeğer sayılmayacağı gibi süresi ikamet izni toplamında dikkate alınmaz ve sahibine Türk vatandaşlığına geçiş hakkı sağlamaz (m.25). Bunun dışında söz konusu kişiler, evlenme, seçme hakkının kulla-

konumuzu oluşturan istisnai haller kapsamında Türk vatandaşlığının kazanılması yoluna başvurmalarına da şartlarını yerine getirebilmeleri kaydıyla bir engel yoktur. Bu bağlamda, Suriye vatandaşlarının TVK m.12/1-a bendi kapsamında yani Türkiye'ye sanayi tesisleri getiren veya bilimsel, teknolojik, ekonomik, sosyal, sportif, kültürel, sanatsal alanlarda olağanüstü hizmeti geçen ya da geçeceği düşünülen kişilerden olmak kaydıyla istisnai haller kapsamında Türk vatandaşlığını kazanabilmeleri mümkündür. Ancak bu bent kapsamında Türk vatandaşlığını kazanabilmeleri için ilgili bakanlıklarca haklarında gerekçeli teklifte bulunması, milli güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel teşkil edecek hallerinin bulunmaması gerekir. Aranan şartları taşıyanlar İçişleri Bakanlığının teklifi ve Bakanlar Kurulunun kararı ile Türk vatandaşlığını kazanırlar.

Ülkemizde bulunan Suriye vatandaşlarının geçici koruma statüleri devam ettiği sürece 2016'da yapılan yasal değişiklikle oluşturulan TVK m.12/1-b bendi kapsamında istisnai yolla vatandaşlık kazanması ise kanaatimize göre mümkün değildir. UİK uyarınca zaten geçici koruma sağlanan yabancılara Turkuaz Kart verilmeyeceği (m.11/6) düzenlendiğinden, geçici korumadan yararlananların TVK m.12/1-b bendi kapsamında Turkuaz Kart sebebiyle vatandaşlık kazanamayacakları açıktır. TVK m.12/1-b bendi kapsamında yatırım sebebiyle vatandaşlık kazanabilmesi için de bu bent kapsamındaki yabancılara TVK'nın YUKK m.31/1-j bendine yaptığı atıf sebebiyle kısa dönem ikamet izni alması gerekmektedir. Geçici Koruma Yönetmeliğinde, geçici korumadan yararlananlara Türkiye'de yasal kalış imkânı sağlamak üzere verilen geçici koruma kimlik belgesinin YUKK'ta düzenlenen ikamet izni ya da ikamet izni yerine geçen belgelere eşdeğer sayılmayacağı, bu belgeye bağlı geçirilen sürenin ikamet izni toplamında

nılması, küçükler için evlat edilme ana/babalarından vatandaşlık kazanamayan çocuklar için Türkiye'de doğma ya da evlilik içi Suriye vatandaşı anne ve Türk babadan doğma ya da evlilik dışı doğmuşsa çocukla Türk vatandaşı olan baba arasındaki hukuki soybağının kurulması yollarıyla Türk vatandaşlığını kazanabilir. Ancak evlenme dışındaki yollarla vatandaşlığa alınabilecekler söz konusu yolların kendine özgü kıstasları sebebiyle azdır. Nitekim İçişleri Bakanlığı verilerine göre, 2008-2013 yılları arasında evlilik yoluyla vatandaşlık kazanan Suriye uyrukluların toplam sayısı 2543 olarak tespit edilmiştir, bkz.: Aygün Mesut / Kaya Cansu, "Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukukunda Kalıcı Bir Çözüm Olarak Yerel Entegrasyon", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C.7 S.1 Y. 2016, s.134.

dikkate alınmayacağı gibi sahibine Türk vatandaşlığına geçiş hakkı sağlamayacağını düzenlenmiştir (m.25). Dolayısıyla geçici korumadan yararlananlara bu statü devam ettiği müddetçe kısa dönem ikamet izni de verilemeyecektir.¹⁶³

Ülkemizde geçici koruma statüsüyle bulunan Suriye vatandaşlarının TVK m.12/1-c kapsamında vatandaşlık kazanabilmeleri ise 'vatandaşlığa alınması zaruri' kişilerden olarak değerlendirilmeleri halinde mümkündür. Bu bent kapsamında vatandaşlık kazanabilmeleri için milli güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel teşkil edecek bir halleri bulunmamalı, vatandaşlığa alınmaları için İçişleri Bakanlığının teklifi olmalıdır. Bakanlığın teklifi sonucunda karar verecek olan zaruret kıstasını da değerlendirecek olan Bakanlar Kuruludur.¹⁶⁴

Geçici korumadan yararlanan Suriye vatandaşlarının TVK m.12/1-d bendi kapsamında Türk vatandaşlığını kazanabilmeleri ise İskân Kanununa göre 'göçmen' olarak kabul edilmelerine bağlıdır. Bu sebeple 'göçmen' statüsünün¹⁶⁵ Kanundan hareketle tanımlanması gerekmektedir. Yukarıda da anlatıldığı üzere¹⁶⁶ İskân Kanunu uyarınca 'göçmen' statüsünün verilmesinde ortak şartlar, Türk soyundan ol-

¹⁶³ Geçici Koruma Yönetmeliğine göre geçici koruma uygulamasının sona ermesi ya da kararının bireysel olarak sona ermesi ve iptali durumlarında bu yabancıların Türkiye'den çıkış yapması esas olmakla birlikte, istisnai olarak Bakanlar Kurulu tarafından, geçici korumadan yararlanmış olanlara koşullarını taşıdıkları statünün grup temelli olarak verilmesi kararının alınması veya uluslararası koruma başvurusunda bulunanların başvurularının bireysel olarak değerlendirmeye alınması ya da bu yabancıların Kanun kapsamında belirlenecek koşullarda Türkiye'de kalmasına izin verilmesinin kararlaştırılması mümkündür (m.14). Bu durumlarda, ilgili hükümlere göre gerekli işlemlerin yapılacağını belirtildiğinden, söz konusu kişilere uluslararası koruma statüsü verilip verilmemesine göre Türkiye'de ikamet hakları belirlenecektir. Eğer uluslararası koruma statüsü verilirse ikamet hakları aldıkları statü kapsamında değerlendirilecek; uluslararası koruma statüsü verilmeyerek Kanun kapsamında belirlenecek koşullarda Türkiye'de kalma izni verilmesi durumunda ise ikamet ile ilgili YUKK'taki genel olarak yabancılar bakımından geçerli olan hükümlerin uygulanması gerekecektir. Ayrıntılı bilgi için bkz.: Baran Çelik, s.100-101.

¹⁶⁴ 2011'de 25, 2012'de 44 ve 2013'ün ilk 6 ayında 9 kişi olmak üzere toplam 78 Suriye vatandaşının 12. maddede öngörülen hükümler çerçevesinde Türk vatandaşlığına alındığı hususunda bilgi için bkz.: Aygün/Kaya, s.134.

¹⁶⁵ İskân Kanunu uyarınca, Devlet eliyle iskân edilmelerini istememek şartıyla yurda kabul edilenlere "serbest göçmen" (m. 3/e); özel kanunlarla yurt dışından getirilen ve bu Kanun hükümlerine göre taşınmaz mal verilerek iskânları sağlananlara ise iskânlı göçmen denir (m. 3/f).Yine Kanuna göre bu göçmenler de Türkiye'ye kabullerine göre, 'münferit göçmen' veya 'toplu göçmen' olarak sınıflandırılır.

¹⁶⁶ Bkz.: Yukarıda s.19 vd.

mak ve Türk kültürüne bağlı olmak ve yerleşmek amacıyla Türkiye'ye gelmektir (m.3/d).¹⁶⁷ Ayrıca Türk soyundan ve Türk kültürüne bağlı bulunsa da sınır dışı edilenler ve güvenlik bakımından Türkiye'ye gelmeleri uygun görülmeyenler göçmen olarak kabul edilmeyeceklerdir (m.4). İskân Kanunu uyarınca münferit göçmen kabulü şu şekilde gerçekleşir: Türkiye'de yerleşmek isteyen Türk soyundan ve Türk kültürüne bağlı bulunan kimselerden, Türk uyruklu ve Türkiye'deki birinci veya ikinci derecede bir yakını tarafından referans verilen veya buldukları ülkedeki konsolosluk temsilciliklerimize bizzat müracaat eden ve bu Kanun hükümlerine göre Dışişleri ve İçişleri bakanlıklarınca yapılacak incelemelerden sonra uygun görülerek serbest göçmen vizesi alanlar, Hükümetten hiçbir iskân yardımı istememeleri şartıyla İçişleri Bakanlığınca serbest göçmen olarak kabul edilirler ve bu yolla geleceklerin pasaportlarına gerekli açıklama yazılır (m.5). Yine Kanuna göre bu kişiler, sınırlarımızdan girdikten sonra giriş noktalarındaki göçmen kabul merkezlerinde sağlık, gümrük, idari ve nakil işlemleri tamamlanıncaya kadar misafir edilirler (m.8/1). Kanuna göre toplu göçmen kabulü ise yabancı ülkelerle yapılan anlaşmalar gereğince Türkiye'ye gelmek isteyen Türk soyundan ve Türk kültürüne bağlı kimselerin anlaşma hükümlerine göre ve Dışişleri Bakanlığının teklifi üzerine Bakanlar Kurulunca verilecek karar uyarınca İçişleri Bakanlığınca serbest göçmen olarak kabul olunması yoluyla gerçekleşir (m.6). Hem münferit hem de toplu olarak kabul edilen göçmenler, sınırlarımızdan girdikten sonra giriş noktalarındaki göçmen kabul merkezlerinde sağlık, gümrük, idari ve nakil işlemleri tamamlanıncaya kadar misafir edilirler (m.8/1). Göçmenler, kendileri ve aile fertleri için "Vatandaşlığa Girme Beyannamesi"ni imzalayarak iki yıl için geçerli olup, geçici kimlik belgesi olarak kullanılacak "Göçmen Belgesi" almaya mecburdur (m.8/3). İlgili maddeye göre bu belgede ayrıca göçmenin bu Kanunun hangi maddesi uyarınca yurda kabul edildiği de belirtilir. Geçici koruma kapsamına alınacak yabancıların Türkiye'ye kabul usulü göçmenlerden farklıdır ve Geçici Koruma Yönetmeliğinde özel olarak düzenlenmiştir. Öncelikle, geçici koruma bulmak amacıyla Türkiye'ye gelen yabancıların Türkiye'ye kabul edilecekleri sınır kapıları ile sınır geçiş yerleri

¹⁶⁷ Türk hukukundaki göç ve göçmen tanımının uluslararası literatür ve uygulamaya nazaran daha dar kapsamlı olduğu yönünde bkz.: Bülent Çiçekli, Yabancılar Hukuku, 4. Baskı, 2013, s.228.

İçişleri Bakanlığı tarafından belirlenir (m.17) . Bu yabancılar ve varsa aile üyeleri, ülkeye giriş yaptıktan sonra güvenlik kontrolünün ardından en yakın sevk merkezine götürülmek üzere mümkün olabilecek en kısa sürede yetkili kolluk birimlerine teslim edilecek ve geçici barınma merkezlerine sevk edilinceye veya bu merkezlerin dışında kalacaklarsa ikametlerine yönlendirilinceye kadar kayıt ve diğer işlemler için geçici olarak sevk merkezlerinde bekletilir (m.17, m.23).¹⁶⁸ Kayıt işlemlerinin ardından kendilerine Türkiye’de kalış hakkı sağlayan, ikamet izni yerine geçmeyen ve sahibine Türk vatandaşlığına geçiş hakkı tanımayan ‘Geçici Koruma Kimlik Belgesi’¹⁶⁹ verilir(m.22, m.25).

Göçün temel özelliklerinden biri de, göç eden kişilerin, gittikleri ülkeye yerleşme niyetidir.¹⁷⁰ Bu niyet, İskân Kanununda da yabancıların göçmen olarak kabul edilme şartlarından biri olarak kabul edilmiştir. Oysa geçici koruma, ülkesinden ayrılmaya zorlanmış ve ayrıldığı ülkeye geri dönemeyen, yabancılara verilen ve adı üstünde temelinde geçicilik barındıran bir statüdür (YUKK m.91/1). İçerik olarak da ülke topraklarına serbest olarak kabul, geri gönderilmeme ilkesine riayet ve temel ihtiyaçların karşılanması unsurlarından oluşur.¹⁷¹ Ülkemizde geçici koruma statüsüyle bulunan Suriye vatandaşları arasında Türk soyundan ve Türk kültürüne bağlı bulunma şartlarını sağlayan olabilir. Ancak bu kişilerin sahip olduğu geçici koruma statüsü kanaatimize göre göçmen olarak kabul edilebilmek için Kanunda aranan ‘yerleşme niyeti’ koşulunu sağlamalarını önler¹⁷². Ayrıca göçmen statüsü şartları sağlandığında, yabancıya Türkiye’ye gelmeden önce verilir ve yabancı Türkiye’ye göçmen statüsüyle kabul edilir. Geçici koruma statüsü sahibi olan yabancıların Türkiye’ye kabul edilmelerindeki temel sebep ve usul de dikkate alındığında, kanaatimize göre geçici koruma statüleri devam ettiği müddetçe mevcut düzenlemeler ışığında Türkiye’ye

¹⁶⁸ Geçici korumadan yararlanan yabancıların Türkiye’ye giriş ve kabul usulü hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.:Baran Çelik, s.92-93.

¹⁶⁹ Geçici Koruma Yönetmeliği uyarınca, geçici koruma sona erdiğinde bu belge geçerliliğini kaybeder ve yabancidan geri alınır (m.22/5).

¹⁷⁰ Öztürk Yılmaz, s.245-246. Ancak bu niyetin varlığından o kişinin vatandaşı olduğu ülkeye bir daha dönüş yapmayacağı anlamı çıkarılmayacağı gibi başlangıçta kişi kısa ve geçici süreli olarak bir başka ülkeye gittiğinde bulunmayan bu niyetin sonradan da oluşabileceği yönünde bkz.: Çiçekli, Yabancılar, s. 227.

¹⁷¹ Çiçekli, Mülteci, s.306.

¹⁷² Türkiye’de ikametine izin verilen mülteci ve sığınmacıların İskân Kanunu çerçevesinde vatandaşlık kazanamayacağı ve ancak TVK’nın genel hükümleri çerçevesinde vatandaşlık kazanabileceği yönünde bkz.: Çiçekli, Mülteci, s.382.

'göçmen' olarak kabul edilmeleri dolayısıyla göçmen statüsüne bağlı olarak TVK m.12/1-d kapsamında istisnai olarak Türk vatandaşlığını kazanabilmeleri mümkün değildir.¹⁷³

Sonuç

Günümüzde vatandaşlık ile ilgili geleneksel anlayışın değişmekte olduğu bir gerçektir. Bir yandan küreselleşme ile birlikte sınırların kalkması ve mesafelerin daralması, uluslararası göçler sebebiyle ortaya çıkan ulus ötesi ve karma kültürlü toplumlar;¹⁷⁴ öte yandan küresel ekonomideki yaşanan yavaşlama sebebiyle pek çok ülkenin ekonomik sıkıntılarından kurtulmak amacıyla ülkelerine yatırım çekmek ve istihdam oluşturmak için yatırım yapan yabancılara oturma izni ya da vatandaşlık hakkı vermek gibi uygulamalara yönelmesi,¹⁷⁵ vatandaşlık hukuku alanında da yenilik yapma ihtiyacını doğurmuştur. Bu durum Türkiye'yi de etkilemiş ve Türk vatandaşlık hukukunda da özellikle son yıllarda ülkemizde etkisini gösteren göç dalgası sebebiyle oluşan yeni toplumsal yapıya, ekonomi ve işgücü alanındaki küresel rekabete uyum sağlanabilmesi için değişim zorunlu hale gelmiştir. Bu değişim de 28.07.2016 tarihinde kabul edilen Uluslararası İşgücü Kanunu ile Türkiye'de çalışmayan ancak Bakanlar Kurulunca belirlenecek kapsam ve tutarda yatırım yapacak yabancılar ile Türkiye'nin uluslararası işgücü politikası doğrultusunda; eğitim düzeyleri, mesleki deneyimleri, bilim ve teknolojiye katkıları, Türkiye'deki faaliyetlerinin veya yatırımlarının ülke ekonomisine ve istihdama etkisi sebebiyle kendilerine Turkuaz Kart verilecek yabancılara ve her iki gruba giren yabancıların eşleri, kendilerinin ve eşlerinin ergin olmayan veya bağımlı yabancı çocuklarına istisnai haller kapsamında Türk vatandaşlığını kazanabilme yolunu açmıştır.

Vatandaşlığın istisnai, ayrıcalıklı ya da kolaylaştırılmış usullerle kazanılması, pek çok devletin vatandaşlık kanununda hatta TVK'nın genel gerekçesinde hüküm ve prensiplerinin dikkate alındığı belirtilen Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesinde de kabul edilen bir yoldur.¹⁷⁶ Ancak kanaatimize göre, Türk hukuku bakımından istisnai haller kap-

¹⁷³ Aygün/Kaya, s.136.

¹⁷⁴ İbrahim Fevzi Şahin/Fatih Çermik: "Küresel Vatandaşlık Ölçeğinin Türkçeye Uyarlanması: Güvenirlik ve Geçerlik Çalışması", *Doğu Coğrafya Dergisi*, C.19, S.31 2014, s.209.

¹⁷⁵ Dilek, s.2.

¹⁷⁶ İlgili düzenleme hakkında bilgi için bkz.: Güngör, Avrupa, 238-239.

samında vatandaşlığın kazanılması konusunda ortaya çıkan iki temel problem vardır. Bunlardan ilki doktrinde de ifade edildiği üzere TVK m.12'de istisnai haller kapsamında vatandaşlığa alınabilecek yabancılar belirlenirken kullanılan bazı ölçütlerin Anayasanın 66/3. maddesiyle güvence altına alınan kanunilik ilkesiyle bağdaşmadığı gibi yargı denetimini de zorlaştırmasıdır. Bu bağlamda özellikle, vatandaşlığa alınması 'zaruri' görülen yabancıların istisnai haller kapsamında vatandaşlığa alınmasını düzenleyen TVK'nın m.12/1-c bendi, kullandığı 'zaruret' ölçütü sebebiyle 'hikmet-i hükümet' anlayışıyla hazırlandığı ve idare tarafından maksadı dışında kullanılmaya açık olduğu,¹⁷⁷ kişi bakımından vatandaşlığın vazgeçilmez unsurunu teşkil eden devlete sadakat unsurunun bir kenara bırakıldığı ve bu şekilde verilen vatandaşlığın önceden var olan gerçek bir bağlantıya dayanmadığı¹⁷⁸ gibi sebeplerle istisnai haller kapsamında vatandaşlığa alınabilecek yabancıları belirleyen TVK m.12'nin en çok eleştirilen bendi olmuştur. Kanaatimizce TVK m.12/1-c bendinin, istisnai haller kapsamında vatandaşlığa alınabilecek olan yabancıları belirleyen TVK m.12'nin diğer bentlerinin kapsamı dikkate alındığında işlevi, doktrinde de hükmün işlevlerinden biri olabileceği değerlendirildiği üzere,¹⁷⁹ ancak TVK'daki eksiklikleri gidermek ve kanun hazırlanırken sehven ihmal edilmiş kişilerin vatandaşlığa alınmasında kullanılmaktan ibaret olmalıdır.

İstisnai haller kapsamında vatandaşlığın kazanılması konusunda ortaya çıkan 2. temel problem ise, bu kapsamda vatandaşlık kazanacak olan yabancılar için genel olarak vatandaşlığa alınma yolunda aranan ve genel olarak da kişi ile vatandaşlığına geçmek istediği devlet arasındaki sıkı irtibat, uyum ve bütünleşmeyi tespite yönelik olduğu¹⁸⁰ ifade edilen şartların hiç birinin aranmamasının ilgili hüküm bakımından bir eksiklik olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceğidir. Bu bağlamda da kanaatimizce, istisnai haller kapsamında vatandaşlık kazanmak için başvuruda bulunan yabancıların, Kanunda her bir grubun özelliği dikkate alınarak ayrı ayrı belirlenebilecek süreler içerisinde düzenli olarak Türkiye'de ikamet etme şartına yer verilmemesi eksiklik olarak değerlendirilebilir. İkamet şartı, kanaatimize göre,

¹⁷⁷ Nomer, s.90.

¹⁷⁸ Nomer, 22. Bası, s.90-91.

¹⁷⁹ Güngör, Tâbiyet, s.109.

¹⁸⁰ Doğan, Vatandaşlık, s.64.

vatandaşlığa alınacak kişi ile bir parçası olacağı ve geleceğinde söz hakkı bulunacağı toplum arasında asgari düzeyde de olsa uyumun sağlanması açısından oldukça gereklidir. TVK'nın genel gerekçesinde¹⁸¹ de belirtildiği üzere, gelişmiş ülkelerin de uyguladığı bir yol olarak Türkiye'nin ekonomik ve sosyal hayatına katkıda bulunabilecek yabancılara Türk vatandaşlığının daha kolay verilmesi suretiyle bu kişilerin ülkemize kazandırılmaları önemlidir. Ancak bir taraftan kolaylık sağlanırken öte yandan bu kişilerin toplumun bir parçası olacağı ve toplumun ortak geleceğinde söz hakkı olacağı da dikkate alınmalıdır. Bu bağlamda, Turkuaz Kart hamilleri bakımından kart sahipleri ve yakınlarının ancak karttaki 3 yıllık geçiş süresi kaydı kaldırıldıktan sonra Türk vatandaşlığını kazanma başvurusunda bulunabilecekleri (Turkuaz Kart Yön.m.19/3) ve kart hamilinin geçiş süresinde de mücbir sebep olmaksızın iki yıldan uzun bir süre aralıksız yurtdışında kalmasının kartın iptaline sebebiyet verileceğinin (Turkuaz Kart Yön. m.22/1-a) düzenlenmesi kanaatimizce yerinde olmuştur. Turkuaz Kart hamilinin aile fertlerinin yurt dışında bulunma süreleri bakımından herhangi bir sınırlandırma yapılmamış olsa da Turkuaz Kart Yönetmeliği m.20/3 uyarınca, Turkuaz Kartın geçersiz hale gelmesi halinde yakını için düzenlenen kart da Genel Müdürlükçe iptal edileceğinden 3 yıllık geçiş süresinde söz konusu kişiler Türkiye'de düzenli olarak ikamet etmiş olsalar dahi sahip oldukları 'Turkuaz Kart Sahibi Yakını Kartı' geçersiz hale gelecek ve TVK m.12/1-b kapsamında vatandaşlık başvurusunda bulunma hakkı sağlamayacaktır. Bu kişilere verilen 'Turkuaz Kart Sahibi Yakını Kartı'nın sadece Turkuaz Kartın geçerlilik süresi içinde ikamet izni yerine geçtiği düzenlendiğinden (Turkuaz Kart Yön. m.20/2) bu karta bağlı ikamet YUKK'ta düzenlenen ikamet izni türlerinden biri değildir ve YUKK'ta düzenlenen ikamette kesintiye bağlı iptal sebeplerinin bu kart hamilleri bakımından uygulanması mümkün değildir. Dolayısıyla, Turkuaz Kart Yönetmeliğinden hareketle, 3 yıllık geçiş süresinde söz konusu kişilerin değil, Turkuaz Kart hamilinin Türkiye'de düzenli olarak ikamet etmesi esas alınacaktır. Turkuaz Kart hamilinin 3 yıllık geçiş süresi kart iptal edilmeden tamamlanırsa, TVK'da sayılan yakınları da TVK m.12/1-b kapsamında vatandaşlık başvurusunda bulunabilecektir.

¹⁸¹ Gerekeçe, s.11.

TVK m.12/1-b bendi ile Türk hukukuna giren bir diğer yenilik olan ve Türkiye’de çalışmayan ancak Türkiye’de Türk Vatandaşlığı Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelikte belirtilen nitelik ve kapsamda yatırım yapan yabancılara ve Kanunda sayılan aile fertlerine istisnai haller kapsamında vatandaşlık kazanılmasına imkân veren düzenleme değerlendirildiğinde ise, kanaatimize göre, bu kişilere vatandaşlıktan önce belirli bir süre için, yine pek çok ülkede farklı şekillerde örneği olan¹⁸² ikamet, vize ve çalışma gibi konularda kolaylıklar sağlayacak izinlerin verilmesi ve bu izinler kapsamında Kanunda öngörülecek bir süre zarfında Türkiye’de ikamet ettikten sonra istisnai haller kapsamında Türk vatandaşlığına başvuru hakkının tanınması daha uygun olurdu. Bu bağlamda, kanaatimize, Türkiye’de yatırım yapacak olan yabancılara ve aile fertlerine vatandaşlıktan önce uzun dönem ikamet izni verilmesi¹⁸³ ve bu kişilerin ancak TVK’da tespit edilecek belirli bir süre Türkiye’de uzun dönem ikamet izni sahibi olarak düzenli ikamet¹⁸⁴ ettikten sonra istisnai haller kapsamında vatandaşlık için başvurabilmelerine imkânı tanınması daha uygun olurdu.¹⁸⁵ Uzun dönem ikamet izni, Bakanlar Kurulunun kısmen ya da tamamen kısıtlamalar getirme yetkisi saklı olmakla beraber askerlik yapma yükümlülüğü; seçme ve seçilme; kamu görevlerine girme ve muaf olarak araç ithal etme ile özel kanunlardaki düzenlemeler hariç, sosyal güvenliğe ilişkin kazanılmış hakları sak-

¹⁸² Örneğin İspanya, ABD, Almanya, İngiltere istenen tutarda ve nitelikte yatırım yapan yabancılara önce vize serbestisi, ikamet izni gibi kolaylıklar tanımakta daha sonra yine ilgili kanunlarında öngörülen sürelerin geçmesinin ardından vatandaşlık başvurusunda bulunma hakkı tanımaktadır. Bilgi için bkz.:Dilek, s.2-4; Džankić, s.14-19.

¹⁸³ YUKK uyarınca Göç Politikaları Kurulunun belirlediği şartlara sahip olması nedeniyle uzun dönem ikamet izni verilmesi uygun görülen yabancılar için kamu düzeni veya kamu güvenliği açısından tehdit oluşturmama dışındaki örneğin başvurudan önce kesintisiz en az sekiz yıl ikamet izniyle Türkiye’de kalmış olmak gibi şartlar da aranmayacaktır (m.43/2).

¹⁸⁴ YUKK m.31/1-j, Türkiye’de çalışmayan ancak Bakanlar Kurulunca belirlenecek kapsam ve tutarda yatırım yapacaklar ile aile fertlerine kısa dönem ikamet izni verileceğini düzenlemiş, ancak TVK m.12/1-b bendinde ya da TVK uygulama Yönetmeliğinde bu yabancıların Türk vatandaşlığını istisnai haller kapsamında kazanmak amacıyla başvurabilmeleri için kısa dönem ikamet iznine bağlı olarak geçirmeleri gereken herhangi bir süre şartı düzenlenmemiştir. Dolayısıyla kısa dönem ikamet izni alınması vatandaşlık başvurusunda bulunulması için yeterli olacaktır.

¹⁸⁵ YUKK bu yabancılara ve aile fertlerine en fazla beşer yıllık sürelerle kısa dönem ikamet izni verilebileceğini düzenlemiştir (m.31/5).

lı kalmak ve bu hakların kullanımında ilgili mevzuat hükümlerine tabi olmak şartıyla, Türk vatandaşlarına tanınan haklardan yararlanma imkânı sağlamaktadır (m.44). Böylece, kanaatimizce söz konusu yabancılar kendilerine ve aile fertlerine verilen uzun dönem ikamet izni hakkı sayesinde bir yandan Türkiye'deki ikamet, seyahat, çalışma, yatırım, ticari faaliyet, miras, taşınır ve taşınmaz iktisabı ile ferağı gibi konulara yönelik işlemleri ilgili kurum ve kuruluşlar tarafından Türk vatandaşlarına uygulanmakta olan mevzuata göre yürütüleceği için¹⁸⁶ (YUKK Yön. m.41/1-ç) Türkiye'de yatırıma teşvik edilebilecek; öte yandan bu kişiler kamu otoritesine iştirak etme ya da toplumun geleceği üzerinde söz hakkına sahip olma gibi hakları kullanamayacakları için toplumun hassasiyeti de dikkate alınmış olacaktır. Vatandaşlık başvurusundan önce yabancıya uzun dönem ikamet izni verilmesi ve ancak bu ikamet iznine bağlı olarak belirli bir sürenin geçirilmesinin ardından Türk vatandaşlığını kazanmak için başvuruda bulunmasının kabul edilmesi, bize göre bir yandan bu süre zarfında toplumla başvuru sahibi arasında belirli ölçüde uyumu sağlarken, bir yandan da uzun dönem ikamet izninin sağladığı ayrıcalıklara rağmen Türk vatandaşlığını kazanmak için başvuruda bulunan yabancıların toplumun bir parçası olma ve devlete vatandaşlık bağı ile bağlanma konusundaki niyetinin sürekliliğinin ve samimiyetinin ortaya konmasını sağlayabilirdi.

Kaynakça

- Aygün Mesut/Kaya Cansu, "Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukukunda Kalıcı Bir Çözüm Olarak Yerel Entegrasyon", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* C.7 S.1 Y. 2016, s.87-142.
- Baran Çelik Neşe, "Türk Hukukunda Uluslararası Koruma Başvurusunda Bulunan veya Uluslararası Korumadan Yararlanan Yabancıların Hak ve Yükümlülükleri", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Özel Sayı Cilt:1 Yıl 2015*, s.67-148.
- Bayraktaroğlu Özçelik Gülüm, "Kanunlar İhtilâfı Hukukunda Olumlu Vatandaşlık İhtilâflarının Çözümü ve MÖHUK m. 4(1)(b) ve (c) Hükümlerinin Değerlendirilmesi", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* C. XIX, Y. 2015, S.1, s.111-150.
- Berki Osman Fazıl, *Devletler Hususi Hukuku* Cilt II, Ankara 1961.
- Çelikel Aysel/Erdem Bahadır, *Milletlerarası Özel Hukuk*, Yenilenmiş 14. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2016.

¹⁸⁶ Söz konusu hakların kullanılmasında özel kanunlarda Türk vatandaşı olma koşulu aranmışsa, uzun dönem ikamet iznine sahip olan kişiler bu haklardan yararlanmayı talep edemezler. Uzun dönem ikamet izni bulunan yabancılarla tanınan haklar, Bakanlığın teklifi üzerine veya resen Bakanlar Kurulu kararıyla kısmen veya tamamen kısıtlanabilir (YUKK Yön. m.41/2, m.41/3).

- Çiçekli Bülent, *Yabancılar ve Mülteci Hukuku*, Güncellenmiş 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016 (Mülteci).
- Çiçekli Bülent, *Yabancılar Hukuku*, 4. Baskı 2013 (Yabancılar)
- Dilek Şerif, "Yatırım Yoluyla Vatandaşlık" Ekonomik Aktiviteye Katkı Sağlar mı?" Perspektif, S.162 Ocak 2017, s.1-6, https://setav.org/assets/uploads/2017/01/162_Perspektif.pdf (Erişim tarihi 15.03.2017).
- Doğan Vahit, *Türk Vatandaşlık Hukuku*, Güncellenmiş 13.Bası, Savaş Yayınevi, 2016 (Vatandaşlık).
- Doğan Vahit, *Yabancılar Hukuku*, Savaş Yayınevi, Ankara, 2016 (Yabancılar).
- Džankić, Jelena, "Investment-Based Citizenship and Residence Programmes in the EU", European University Institute - Robert Schuman Centre for Advanced Studies, EUI Working Paper, 2015/08, http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/34484/RSCAS_2015_08.pdf (Erişim tarihi 15.03.2017).
- Ekşi Nuray, *Yabancılar ve Uluslararası Koruma hukuku*, Beta Yayınevi, 2016, s.97 (Yabancılar).
- Ekşi Nuray, "Türk Vatandaşlığını Sonradan Kazanan Yabancıların Türkçe İsim Alma Zorunluluğu", *Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısı Sempozyumu*, (29.02.2008), Bildiriler, Seçkin Yayınevi, Ankara, s.23-41 (Sempozyum).
- Erdem Bahadır: *Türk Vatandaşlık Hukuku*, 5. Bası, İstanbul 2016.
- Erten Rifat: "Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısı'nın Türk Vatandaşlığının Kazanılmasına İlişkin Hükümleri Hakkında Değerlendirmeler", *Ankara Barosu Dergisi*, Y. 66, S. 4, Güz 2008, s.36-61.
- Esen Emre: "Türk Vatandaşlığını Sonradan Kazanan Kişilerin Askerlik Yükümlülüğü", *MHB*, Y.29, S.1-2, 2009, s.141-164.
- Foblets Maire / Yanaşmayan Zeynep/Wautelet Patrick, *Country Report: Belgium*, EUDO Country Reports 2013, <http://eudo-citizenship.eu/admin/?p=file&appl=countryProfiles&f=2013-27-Belgium.pdf> (Erişim tarihi 15.03.2017).
- Giray Faruk Kerem, "5901 Sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu Hakkında Değerlendirme", *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* Prof. Dr.Atâ Sakmar'a Armağan, 2011/1, s.381-402.
- Göğer Erdoğan, *Türk Tâbiyet Hukuku*, Ankara 1972.
- Güngör Gülin, *Tâbiyet Hukuku Gerçek Kişiler-Tüzel kişiler-Şeyler*, Yetkin Yayınevi, 4.Bası, 2016 (Tâbiyet)
- Güngör Gülin, "Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi", Prof Dr. Yılmaz Altuğ'a Armağan, *MHB*, Y.17-18, S.1-2, 1997-98, s.229-250. (Avrupa)
- Kocaoğlu N. Kağan, "ABD Göçmenlik Reformunun Ana Hatları ve Türk - Amerikan Toplumuna Etkisi", *Ankara Barosu Dergisi*, 2016/1, s.275-301.
- Mekengeç Acun Merve, "Ahıska Türklerinin Türk Vatandaşlığına Alınması ve Türkiye'deki Çalışma Hakları", *MÜHF-HAD*, C.20, S.2, 2014, s.159-181.
- Nakhoul Tuğçe Elif, *Uluslararası İşgücü Göçü ve Türkiye*, yayınlanmamış uzmanlık tezi, Ankara 2014.
- Newton Andowah, A., "Injecting Diversity into U.S. Immigration Policy: The Diversity Visa Program and the Missing Discourse on Its Impact on African Immigration to the United States", *Cornell Int'l L.J.*, V.38/3, s.1050-1082.

- Nomer Ergin, *Vatandaşlık Hukuku*, 11. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1997.
- Nomer Ergin, *Türk Vatandaşlık Hukuku*, 22. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2016 (22. Bası).
- Yılmaz Öztürk Necla, "5543 Sayılı İskân Kanunu Hükümleri Uyarınca Türk Vatandaşlığının Kazanılması", *TBB*, S.68, 2007, s.241-264.
- Shachar Ayelet, "Dangerous Liaisons: Money and Citizenship", Should Citizenship be for Sale? EUI Working Paper (Ed. by Ayelet SHACHAR and Rainer Baböck), 2014/1, s.3-9. http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/29318/RSCAS_2014_01.pdf?sequence=1 (Erişim tarihi 15.03.2017).
- Sirmen Sedat, "Eş Cinsel Birliktelikler ve Bunların Kanunlar İhtilâfı Hukukunda Düzenlenişi", *AÜHFD*, C.58, S.4 2009, s.825-879.
- Smilov Daniel / Jileva Elena, Country Report: Bulgaria, EUDO Country Reports 2013, <http://eudo-citizenship.eu/admin/?p=file&appl=countryProfiles&f=2013-22-Bulgaria.pdf> (Erişim tarihi 15.03.2017).
- Şahin İbrahim Fevzi/Çermik Fatih, "Küresel Vatandaşlık Ölçeğinin Türkçeye Uyarlanması: Güvenirlilik ve Geçerlik Çalışması", *Doğu Coğrafya Dergisi*, C.19, S.31 2014, s.207-218.
- Şardan Tolga, "Suriyelilere 'İstisnai Vatandaşlık' Formülü", *Milliyet*, <http://www.milliyet.com.tr/yazarlar/tolga-sardan/suriyelilere--istisnai-vatandaslik-formulu-2278144/> (Erişim tarihi 15.03 2017)
- Tanasoca Ana, "Citizenship for Sale Neomedieval, not Just Neoliberal?", *European Journal of Sociology*, V.57/1, 2016, s.169-195.
- Tekinalp Gülören / Çavuşoğlu Uyanık Ayfer, *Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları, Genişletilmiş 11. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2011.*
- Tiryakioğlu Bilgin, "Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısına Göre Vatandaşlığın Yetkili Makam Kararıyla Kazanılması", *Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısı Sempozyumu 29 Şubat 2008*, (Ed.Vahit Doğan/Feriha Bilge Tanrıbilir/Banu ŞİT), Ankara: Seçkin 2008, s.79-97.

Diğer Kaynaklar

- European Convention on Nationality, Strasbourg, 6.XI.1997, European Treaty Series - No. 166, <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=090000168007f2c8> (Erişim tarihi 15.03.2017).
- 5901 Türk Vatandaşlığı Kanunu'nun Tasarısı ve Gerekçesi, www.basbakanlik.gov.tr/docs/kkgm/kanuntasarilari/101-1195.doc, (Gerekçe) (Erişim tarihi 15.03.2017).
- 5901 Türk Vatandaşlığı Kanunu'nun Tasarısı ve 22. Dönem İçişleri Komisyonu Raporu, <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss90.pdf,s.12> (Erişim tarihi 15.03.2017).
- Uluslararası İşgücü Kanunu madde gerekçeleri, <http://www2.tbmm.gov.tr/d26/1/1-0727.pdf>(Erişim tarihi 15.03.2017).
- EUDO San Domenico di Fiesole: European University Institute; <http://eudo-citizenship.eu/global-modes-of-acquisition>, 'Mod A24, Special Achievements' (Erişim tarihi 15.03.2017).
- Nationality Act Germany (Staatsangehörigkeitsgesetz, http://eudo-citizenship.eu/databases/modes-of-acquisition?p=&application=new_globalModesAcquisitio

- n&search=1&modeby=country&country=Germany& year=2016&idmode=A24 (Erişim tarihi 15.03.2017).
- Belgian Nationality Law, http://eudo-citizenship.eu/databases/modes-of-acquisition?p=&application=new_globalModesAcquisition&search=1&modeby=country&country=Belgium&year=2016&idmode=A2 (Erişim tarihi 15.03.2017).
- Law on Bulgarian Citizenship, http://eudo-citizenship.eu/databases/modes-of-acquisition?p=&application=new_globalModesAcquisition&search=1&modeby=country&country=Bulgaria&year=2016&idmode=A24 (Erişim tarihi 15.03.2017).
- European Parliament resolution of 16 January 2014 on EU Citizenship for Sale (2013/2995(RSP)); <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&language=EN&reference=P7-TA-2014-0038> (Erişim tarihi 15.03.2017).
- Act No. 21/1991 on Romanian Citizenship, m.8/2 Bkz.:<http://eudo-citizenship.eu/global-modes-of-acquisition?p=&application=globalModesLoss&search=1&modeby=country&country=Romania> (Erişim tarihi 15.03.2017).
- Council Directive 2009/50/EC of 25 May 2009 On the Conditions of Entry and Residence of Third-Country Nationals for the Purposes of Highly Qualified Employment', OJ 18.06.2009, L 155/17 (Erişim tarihi 15.03.2017).
- US Immigration and Nationality Act (INA), <https://www.uscis.gov/ilink/docView/SLB/HTML/SLB/0-0-0-1/0-0-0-29/0-0-0-9898.html#0-0-0-405> (Erişim tarihi 15.03.2017).
- Nüfus ve Vatandaşlık İşleri Genel Müdürlüğü tarafından yapılan ' 5901 Sayılı Türk Vatandaşlığı Kanununun Uygulanmasına İlişkin Açıklama', <https://www.nvi.gov.tr/PublishingImages/mevzuat/nufus-mevzuati/genelge> (Erişim tarihi 15.03.2017).
- Nüfus ve Vatandaşlık İşleri Genel Müdürlüğü, Vatandaşlık Kararı Tebligat İşlemleri, <https://www.nvi.gov.tr/mevzuat/mevzuat/talimat-aciklayici-yazilar> (Erişim tarihi 15.03.2017).
- Sabah Gazetesi 'Yatırım Yapana Türk Vatandaşlığı' <http://www.sabah.com.tr/ekonomi/2017/01/12/yatirim-yapana-turk-vatandasligi> (Erişim tarihi 15.03.2017).
- NTV 'Ev Alana, Yatırım Yapana Türk Vatandaşlığı', bkz.:<http://www.ntv.com.tr/ekonomi/ev-alana-yatirim-yapana-turk-vatandasligi,rKgGf8yqsEKRF4qrI9Y-fA>(Erişim tarihi 09.03.2017).; Hürriyet Gazetesi 'Ev Alan Yabancıya Vatandaşlık!' <http://www.hurriyet.com.tr/ev-alan-yabanciya-vatandaslik-resmi-gazetede-yayinlandi-40333779> (Erişim tarihi 15.03.2017).
- Hukuki Haber, 'Suriyelilere Vatandaşlık Verildi mi?', www.hukukihaber.net/gundem/suriyelilere-vatandaslik-verildi-mi-h88219html (Erişim tarihi 15.03.2017).
- Habertürk, 'İstanbul'da Suriyelilere Vatandaşlık için Çalışmalar Başladı', <http://www.haberturk.com/gundem/haber/1401708-istanbulda-suriyelilere-vatandaslik-icin-calismalar-basladi>(Erişim tarihi 15.03.2017).
- NTV, 'Suriyeli Mültecilerden İsteyenlere Vatandaşlık Verilecek', <http://www.ntv.com.tr/turkiye/suriyeli-multecilerden-isteyenlere-vatandaslik-verilecek,Cs1vyKxqsk2OMwgOVUWrKA> (Erişim tarihi 15.03.2017).
- A Haber, 'Hükümetten Suriyelilere Vatandaşlık Açıklaması', <http://www.ahaber.com.tr/gundem/2017/02/23/hukumetten-suriyelilere-vatandaslik-aciklamasi>(Erişim tarihi 15.03.2017).

GÜNEY ÇİN DENİZİ TAHKİMİNDE HAKEMLİK MAHKEMESİ'NİN İNSANLIĞIN ORTAK MİRASI VE DİĞER DEVLETLERİN DENİZ ALANLARINA SAĞLADIĞI KORUMA: ADA STATÜSÜNÜN SINIRLANMASI

ARBITRATION COURT'S PROTECTION ON COMMON HERITAGE OF MANKIND AND OTHER STATE'S MARITIME ZONES IN THE SOUTH CHINA SEA ARBITRATION: LIMITATION OF ISLAND STATUS

Uğur BAYILLIOĞLU*

Özet: Güney Çin Denizi tahkiminde, Hakemlik Mahkemesi, Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi'nin 121/3. maddesinin şartlarını yorumlamıştır. Böylece tarihte ilk defa bir uluslararası yargı organı, hukuken kaya ile ada arasındaki ayrımı yapmayı sağlayan kriterleri, somut adasal yapılar için tespit etmiştir. Kararda, adasal yapılar doğal halleri ile değerlendirilmiştir. Bu bağlamda, adasal yapılarda insan eliyle yapılan modifikasyonların ve Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi'nin 121/3. maddesinde yer alan şartların yapay olarak karşılanmasının, adasal yapıların hukuki statülerini etkilemeyeceğine hükmedilmiştir. Hakemlik Mahkemesi'nin bu değerlendirmeleri neticesi, insanlığın ortak mirasını oluşturan deniz alanları ve diğer devletlere ait deniz alanları korunmuştur. Bu koruma, Birleşmiş Milletler Üçüncü Deniz Hukuku Konferansı esnasında, özellikle derin deniz yatakları için yapılan ekonomi-politik kaynaklı tartışmaları gündeme getirmiştir.

Anahtar Kelimeler: Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi, Güney Çin Denizi Uyuşmazlığı, Ada, Kaya, Cezir Yükseklikleri, İnsanlığın Ortak Mirası

Abstract: Arbitration Court interpreted Article 121/3 of United Nations Convention on the Law of the Sea in the South China Sea Arbitration. Thus, it is the first time in history that an international judicial body identified the criteria which enable the legal distinction between an island and a rock for the concrete insular features. Insular features have been evaluated in their natural state in the award. In this context, it has been judged that man-made modifications of insular features or meeting the conditions of Article 121/3 of United Nations Convention on the Law of the Sea artificially, do not affect the legal status of the insular features. As a result of Arbitration Court's evaluations, sea zones forming the common heritage of mankind and other states' maritime zones are protected. This protection revived the political-economic debates especially on the deep seabed that took place during the Third United Nations Conference on the Law of the Sea

Keywords: United Nations Convention on the Law of the Sea, South China Sea Dispute, island, Rock, Low-Tide Elevations, Common Heritage of Mankind

* Yrd. Doç. Dr., Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

GİRİŞ

Güney Çin Denizi'ne ilişkin Hakemlik Mahkemesi'nin incelediği başvuru çok kompleks bir uyuşmazlıklar yumağı oluşturmaktadır. Hakemlik Mahkemesi'nin kararında birçok konu tartışılmış ve kararın birçok bölümü uluslararası deniz hukuku açısından oldukça önemli tespitleri beraberinde getirmiştir. Hakemlik Mahkemesi'nin, Filipinler'in başvurusu konusunda yargı yetkisine sahip olup olmadığını değerlendiren yaptığı, Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi'nin (bundan sonra, BMDHS)¹ XV. kısmı çerçevesindeki zorunlu yargı mekanizmasına ilişkin tespitleri, tarihi haklar bağlamında yaptığı tespitler ve adasal yapılara ilişkin tespitler bunlar arasında öne çıkmakla beraber, kararın neredeyse her bölümü ayrı birer incelemeyi hak etmektedir. Bu çalışmada temel olarak, Hakemlik Mahkemesi'nin, adasal yapılarda² insan eliyle yapılan modifikasyonların, söz konusu adasal yapıların statüsünü etkilemediği yönündeki tespitleri üzerinde durulacaktır. Ayrıca, bu tespitlerin, insanlığın ortak mirası olarak adlandırılan ve ulusal yetki sınırları ötesindeki deniz yatakları ve bunların top-
rak altının rejimi ile diğer devletlerin deniz yetki alanlarının, siyasi ve ekonomik açıdan güçlü, gelişmiş sanayici devletlere karşı nasıl koruma sağladığı açıklanacaktır. Böylece, kaba siyasi ve ekonomik maddi gücün, deniz alanlarına yönelik yayılcı pratiğinin, pozitif uluslararası hukuk kurallarının Hakemlik Mahkemesi tarafından yapılan yorumu neticesi, kısmen dahi olsa nasıl dizginlendiği görülecektir.

Güney Çin Denizi, Çin, Tayvan, Filipinler, Brunei Sultanlığı, Malezya ve Vietnam kıyıları ile çevrelenmiş ve BMDHS'nin IX. kısmı çerçevesinde yarı kapalı nitelik arz eden bir denizdir. Söz konusu denizde, çoğu oldukça küçük ve yerleşilmemiş muazzam sayıda adasal yapı bulunmaktadır ve bu adasal yapılar, bölgede bir egemenlik uyuşmazlığını tetiklemiştir. Gerçekten de sahildevletlerin hepsi

¹ Çalışmada, BMDHS'den yapılan alıntılarda, şu çeviri esas alınmıştır: M. Aydoğan Özman (Çev.), Birleşmiş Milletler Üçüncü Deniz Hukuku Konferansı Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi, İstanbul Deniz Ticaret Odası, 1984.

² Çalışmada, adasal yapı ifadesini, İngilizce "insular features" ibaresinin karşılamak üzere, coğrafi bir terim olarak kullanıyoruz. Bu terimle ada (island), kaya (rock) ve cezir yüksekliklerini (low-tide elevations) kümülatif olarak ifade ediyoruz. Bir adasal yapının, hukuken ada mı kaya mı yoksa cezir yüksekliği mi olduğu ve bu değerlendirmeye ilişkin kriterlere, Hakemlik Mahkemesi'nin yaptığı tespitler bağlamında çalışmada değinilecektir.

bu adasal yapılar üzerinde egemenlik iddia etmektedir. Bu bağlamda, Çin, Tayvan ve Vietnam, Güney Çin Denizi'nin kuzeybatısında bulunan Paracel adaları üzerinde egemenlik iddia etmektedir. Ayrıca, Çin, Tayvan, Filipinler, Vietnam, Malezya ve Brunei Sultanlığı Güney Çin Denizi'nin güney-güneydoğusunda bulunan Spratly adalarının tamamı veya bir kısmı üzerinde egemenlik iddia etmektedir. Yine Çin, Tayvan ve Filipinler Güney Çin Denizi'nin doğusunda bulunan Scarborough sığılığı üzerinde egemenlik iddia etmektedir.³ Söz konusu adasal yapıların bazıları, egemenlik iddia eden devletlerin fiili işgali altındadır. Özellikle Çin, bu konuda çok aktif bir tutum içindedir.

Güney Çin Denizi'ndeki egemenlik uyuşmazlığı, söz konusu adasal yapıların sahip oldukları veya olmadıkları deniz yetki alanlarının tespiti konusunda da taraflar arasında uyuşmazlık nedeni olmuştur. Söz konusu adasal yapı gruplarının içinde en çok adasal yapı bulunan ve dolayısıyla gerek aidiyet gerek deniz yetki alanlarına sahip olma ve sınırlandırma konusunda en karmaşık sorunları çıkaran Spratly grubudur. Spratly grubunu oluşturan adasal yapıların sayıları ve nitelikleri gizemini korumaktadır ve bu konuda coğrafyacılara ve akademisyenler tarafından yapılan değerlendirmeler birbirini tutmamaktadır.⁴ Özellikle Çin'in Spratly grubuna ait bazı adasal yapılar üzerinde giriştiği arazi ıslahı faaliyetleri ve inşa ettiği sivil ve askeri tesisler, uyuşmazlığı boyutlandırmıştır.

Filipinler bu konuda ileri bir adım atmış ve Çin ile arasında bulunan Scarborough sığılığı ve Spratly adaları üzerindeki uyuşmazlığın, deniz yetki alanlarına ilişkin kısmını uluslararası yargıya taşımıştır.

1) Filipinler'in Başvurusu ve Talepleri:

Filipinler, 22 Ocak 2013 tarihinde, Çin aleyhine, BMDHS'nin "Uyuşmazlıkların Çözümü" başlıklı XV. kısmı dâhilinde bulunan 287. maddesi ve Ek VII. kısmı çerçevesindeki zorunlu yargı mekaniz-

³ Bu uyuşmazlığın kökenleri için bkz: Thi Lan Anh Nguyen, "Origins of the South China Sea Disputes", *Territorial Disputes in the South China Sea, Navigating Rough Waters*, (Ed. Jing Huang, Andrew Billo), Palgrave Macmillan, 2015, s. 15 - 19.

⁴ Robert Beckman, "The legal framework for joint development in the South China Sea", *Recent Developments in the South China Sea Dispute, The Prospect of a Joint Development Regime*, (Ed. Wu Shicun, Nong Hong), Routledge, 2014, s. 59.

masını işleterek başvuruda bulunmuştur.⁵ Çin ise Daimi Hakemlik Mahkemesi'ne gönderdiği nota ile Filipinler tarafından başlatılan hakemlik sürecini kabul etmediğini bildirmiştir.⁶ Zaten bundan sonra da hakemlik sürecinin hiçbir aşamasına katılmamıştır.

Filipinler'in başvurusu, söz konusu adasal yapılar üzerindeki egemenlik uyuşmazlığına ilişkin değildir. Aynı şekilde, söz konusu adasal yapılar bağlamında deniz yetki alanı sınırlandırmasına ilişkin de değildir. Zira bu iki konu, BMDHS'nin XV. kısmı kapsamı dışında kalmakta ve böylece BMDHS'nin Ek VII. kısmı çerçevesinde Daimi Hakemlik Mahkemesi'nin yargı yetkisine dâhil bulunmamaktadır.⁷

⁵ Bkz: Arbitration Under Annex VII of United Nations Convention On The Law Of The Sea, Republic of the Philippines V. People's Republic of China, Memorial of the Philippines, Volume: 1, 30 March 2014, <http://www.pcacases.com/pcadocs/Memorial%20of%20the%20Philippines%20Volume%20I.pdf> , para, 1.1, (1.10.2016) (Bundan sonra, Memorial of the Philippines, Volume: 1).

⁶ Ibid, para, 1.2.

⁷ BMDHS'nin XV. kısmı, Sözleşme hükümlerinin yorumlanması veya uygulanması esnasında ortaya çıkabilecek uyuşmazlıklara ilişkin olarak taraf devletler için zorunlu bir yargı mekanizması getirmiştir. Gerek Çin gerek Filipinler, BMDHS'ye taraftır. Dolayısıyla her iki devlet de BMDHS'nin XV kısmı ile bağlıdır. Söz konusu kısımda yer alan 286. maddeye göre taraf devletler bu Sözleşme'nin yorumlanması veya uygulanmasına ilişkin bir uyuşmazlığı, XV. kısmın 1. bölümünde yer alan 279-285. maddelerde düzenlenen barışçıl yollarla çözülememesi halinde, tek taraflı olarak uluslararası yargı organlarına arz edebilirler. İnceleme konusu davada, egemenlik uyuşmazlığı BMDHS'nin düzenlediği bir konu değildir; dolayısıyla Güney Çin Denizi'ndeki adasal yapıların aidiyetine ilişkin uyuşmazlık, BMDHS'nin XV. kısmında öngörülen zorunlu yargı mekanizması dışında yer almaktadır. Yine BMDHS'nin 298/1. maddesi taraf devletlere, yazılı bir beyan vasıtasıyla bazı uyuşmazlık tipleri için söz konusu zorunlu yargı mekanizmasını kabul etmeme yetkisi vermiştir. Söz konusu uyuşmazlık tiplerinden birisi de karasuları, münhasır ekonomik bölge ve kıta sahanlığı sınırlanması ile tarihi körfezler veya tarihi haklar ile ilgili uyuşmazlıklardır. Nitekim Çin, böyle bir beyanda bulunarak, 298/1. maddede yer alan uyuşmazlık tipleri üzerindeki zorunlu yargı mekanizmasının kendisine uygulanmasını önlemiştir. Dolayısıyla Filipinler XV. kısma dayandırdığı başvurusunu, aidiyet uyuşmazlığı ve sınırlandırma uyuşmazlığı taleplerini içermeyen açmıştır. Böylece Ek VII çerçevesinde kurulacak hakemlik mahkemesinin uyuşmazlık üzerinde yargı yetkisi bulunmasını sağlamaya çalışmıştır ve nitekim aşağıda belirtileceği gibi bunda başarılı olmuştur. Filipinler'in başvuru süreci, başvuruya ilişkin hukuki değerlendirmeler ve muhtemel sonuçlara ilişkin öngörüler için bkz: Robert C. Beckman, "The Philippines v. China Case and the South China Sea Disputes", *Territorial Disputes in the South China Sea, Navigating Rough Waters*, (Ed. Jing Huang, Andrew Billo), Palgrave Macmillan, 2015, s. 54-65; Angelo A. Jimenez, "Philippines' Approaches to the South China Sea Disputes: International Arbitration and the Challenges of a Rule-Based Regime", *Territorial Disputes in the South China Sea, Navigating Rough Waters*, (Ed. Jing Huang, Andrew Billo), Palgrave Macmillan, 2015, s. 99-127.

Filipinler'in başvurusu üzerine BMDHS'nin Ek VII. kısmı çerçevesinde bir hakemlik mahkemesi oluşturulmuştur.⁸

Filipinler'in başvurusunda, üç adet temel ve birbiriyle bağlantılı talep bulunmaktadır.⁹ Bunlardan ilki, Çin'in "dokuz kısa çizgili hat" olarak Türkçeye çevrilebilecek, kısmen "büyük u" harfine kısmen de "büyük v" harfine benzeyen ve tarihi haklar iddiasıyla bütün Güney Çin Denizi'ni içine alan hattın geçersizliğine hükmedilmesidir. İkincisi, Çin'in iddialarını dayandırdığı Güney Çin Denizi'ndeki birçok adasal yapının hukuken ada olmadığı, BMDHS'nin 121/3. maddesi çerçevesinde kaya olduğu veya cezir yüksekliği olduğunun tespiti ve böylece bu adasal yapıların münhasır ekonomik bölge ve kıta sahanlıkları haklarının bulunmadığına hükmedilmesidir. Üçüncü olarak da BMDHS ve uluslararası hukuka aykırı şekilde Çin'in, Filipinler'in ege-men haklarını kullanmasını engellediğine hükmedilmesidir.

Filipinler'in Hakemlik Mahkemesi'nden nihai talepleri de 15 başlık altında toplanmıştır.¹⁰ Bunlardan 3, 4, 6 ve 7. başlıkların altındaki talepleri, konumuz açısından önemlidir. Gerçekten de Filipinler'in 3. başlık altındaki talebi, Scarborough sığlığının münhasır ekonomik bölge ve kıta sahanlığına sahip olmadığına hükmedilmesidir. Yine 7. başlık altında, coğrafi açıdan Spratly adaları kapsamına giren, Johnson resifi, Cuarteron resifi ve Fiery Cross resifinin münhasır ekonomik bölge ve kıta sahanlığına sahip olmadıklarına hükmedilmesi talep edilmiştir. Yani Filipinler'in söz konusu iki başlık altındaki talepleri, söz konusu adasal yapıların, BMDHS'nin 121/1. maddesi çerçevesinde hukuken ada olmadığı, 121/3. madde çerçevesinde hukuken kaya olduğu ve dolayısıyla münhasır ekonomik bölge ve kıta sahanlığına sahip olmadıklarının Hakemlik Mahkemesi tarafından tespitini sağlamaya yöneliktir. Filipinler'in 4. başlık altındaki talebi ise Mischief resifi, Second Thomas refisi ve Subi resifinin, cezir yüksekliği olduğu ve dolayısıyla karasuları, münhasır ekonomik bölge ve kıta sahanlığına sahip olamayacaklarının tespitidir. 6. başlık altında ise Gaven resifi

⁸ Söz konusu uyuşmazlıkta, Daimi Hakemlik Mahkemesi'nin sekreteryaya hizmetinden yararlanılmıştır. Daimi Hakemlik Mahkemesi olarak anılan müessese daimi bir mahkeme ve yargıç kürsüsüne sahip değildir. Uluslararası Büro adında daimi bir sekreterlik ve idari kuruluşur ve taraflara her davada ad hoc mahkeme kurulmasında ve davanın bu mahkeme tarafından yürütülmesinde yardımcı olur. Bkz: Beyza Özturanlı, Devletlerarası Tahkim, Seçkin, 2016, s. 47-48.

⁹ Memorial of the Philippines, Volume: 1, para, 1,7.

¹⁰ Ibid, s. 271 - 272.

ile Hughes resifi de dâhil olmak üzere McKennan resifinin cezir yüksekliği olduğu ve dolayısıyla karasuları, münhasır ekonomik bölge ve kıta sahanlığına sahip olamayacaklarının tespiti yanında, adı geçen resiflerdeki en düşük cezir hattının, esas hat sistemi içinde kullanılabilirliğine hükmedilmesidir. Şu halde Filipinler'in söz konusu iki başlık altındaki talepleri, söz konusu adasal yapıların, BMDHS'nin 13. maddesi çerçevesinde hukuken cezir yüksekliği olduklarının ve bu nedenle de karasuları, münhasır ekonomik bölge ve kıta sahanlığına sahibi olamayacaklarının tespitidir.

Hakemlik Mahkemesi öncelikle yargı yetkisi bulunup bulunmadığını incelemiş, bu bağlamda BMDHS'nin XV. kısmındaki zorunlu yargı mekanizmasını düzenleyen hükümlerin yorumlanmasına ilişkin tespitler yapmış ve nihayetinde yargı yetkisi bulunduğu hükmetmiştir.¹¹ Akabinde işin esasına girerek 12 Temmuz 2016 tarihinde hükmünü açıklamıştır.¹² Karar, 479 sayfa ve 1203 paragraftan oluşmaktadır. Kararın neredeyse her cümlesi, birbirinden önemli tespitler içermektedir. Kararda, özellikle adasal yapıların hukuki durumlarına ilişkin tespitler, önem açısından başta gelmektedir. İşte bu çalışmada esas itibarıyla kararın bu önemli bölümleri, diğer devletlerin ve insanlığın ortak mirasını oluşturan deniz alanının korunması sonuçlarıyla beraber inceleme konusu yapılmıştır.

2) BMDHS'ye Göre Deniz Alanlarının Durumu

Hakemlik Mahkemesi'nin bu kararla aslında neyi koruduğunu daha iyi görebilmek için BMDHS hükümleri çerçevesinde deniz alan-

¹¹ Karar metni için bkz: : PCA Case No: 2013-19, In The Matter Of The South China Sea Arbitration –before – An Arbitral Tribunal Constituted Under Annex VII To The 1982 United Nations Convention On The Law Of The Sea, –between– The Republic Of The Philippines –and– The People's Republic Of China, Award On Jurisdiction And Admissibility, 29 October 2015 <https://pcacases.com/web/sendAttach/1506> (1.10.2016) Hakemlik Mahkemesi'nin yargı yetkisinin varlığına hükmederken yaptığı tespit ve değerlendirmeler ve özellikle BMDHS'de öngörülen zorunlu yargı mekanizması çerçevesindeki tespitleri, çok önemlidir ve ayrı bir inceleme konusu olmayı hak etmektedir.

¹² Karar metni için bkz: PCA Case No: 2013-19, In The Matter Of The South China Sea Arbitration –before – An Arbitral Tribunal Constituted Under Annex VII To The 1982 United Nations Convention On The Law Of The Sea, –between– The Republic Of The Philippines –and– The People's Republic Of China, Award, 12 July 2016, <http://www.pcacases.com/pcadocs/PH-CN%20-%2020160712%20-%20Award.pdf> Bundan sonra, 'The South China Sea Arbitration Award' kısaltması ile kullanılacaktır.

larının durumları ve rejimlerine genel hatları ile değinmek gerekir.¹³ Bu anlamda, deniz alanları esas itibariyle ikiye ayrılır. Bunlardan ilki, devletin deniz ülkesini oluşturan deniz alanlarıdır. BMDHS'nin 2/1. maddesine göre:

“Sahildar devletin egemenliği kara ülkesinin ve içsularının ötesinde ve bir Takımda Devleti söz konusu olduğunda, takımda sularının ötesinde karasuları denilen bir bitişik deniz bölgesine kadar uzanır.”

Demek ki esas itibariyle devletin deniz ülkesini oluşturan deniz alanları, içsular ve karasularıdır. Ayrıca BMDHS'nin 46/a maddesindeki şartları taşıyan bir devletin, 47. maddeye uygun şekilde takımda esas hatları çizmesi halinde, bu hatların berisinde kalan takımda suları da devletin deniz ülkesine dâhil olmaktadır. Yine BMDHS'nin 48. maddesine göre takımda devletin karasuları, takımda esas hatlarından itibaren ölçülecektir.

Uluslararası seyrüsefere açık bir boğazı oluşturan deniz alanı da sahildevletin deniz ülkesini oluşturmaktadır. Zira bu deniz alanında sahildevletin egemenliğine sadece boğazdan geçişle ilgili kısıtlamalar getirilmektedir. Fakat açık deniz geçiş rejimine tabi boğazlar, boğazı oluşturan sahiller arasındaki mesafenin, söz konusu devletlerin karasularının genişliği toplamından fazla olduğu için aradaki denizalanı devletin deniz ülkesine tabi olmayacaktır.

Devletin deniz ülkesi, karasularının dış sınırında nihayet bulur. Bundan sonra açık deniz alanı başlar. Açık deniz alanlarının bir kısmı üzerinde sahildevletlere birtakım yetkiler verilmiştir. Devletin deniz ülkesini oluşturmamakla beraber, üzerlerinde devletlere birtakım hak ve yetkilerin verildiği deniz alanları, bitişik bölge, kıta sahan-

¹³ Devletin deniz ülkesini oluşturan deniz alanlarına ilişkin ayrıntılı bilgi ve değerlendirmeler için bkz: Ferit Hakan Baykal, Deniz Hukuku Çalışmaları, Alfa, 1998, passim; Aydoğan Özman, Deniz Hukuku I, Kaynaklar, Kişiler, Nesnelere, Ulusal Deniz Alanları, Turhan Kitabevi, 2006, s. 211 vd. Hem devletin deniz ülkesini oluşturan deniz alanları hem de diğer deniz alanlarına ilişkin ayrıntılı bilgi ve değerlendirmeler için bkz: Sevin Toluner: Milletlerarası Hukuk Dersleri, Devletin Yetkisi (Yer ve Kişiler Bakımından Çevresi ve Niteliği), Gözden Geçirilmiş Dördüncü Baskı, Beta, 1996, s. 55-346; R.R. Churchill-A.V. Lowe, The Law of the Sea, Manchester University Press, Third Edition, 1999, passim; Hüseyin Pazarcı, Uluslararası Hukuk Dersleri, II. Kitap, Gözden Geçirilmiş 7. Baskı, Turhan Kitabevi, 2003, s. 281-406; Selami Kuran, Uluslararası Deniz Hukuku, Arıkan, 2006, passim; Yusuf Aksar, Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk II, Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, Seçkin, 2015, s. 25-78.

lığı ve münhasır ekonomik bölgedir. Bitişik bölge, BMDHS'nin 33/2. maddesine göre karasularının ölçülmeye başlandığı esas hatlardan itibaren 24 mile kadar uzanabilir. Aslında açık deniz alanı oluşturan bu alanda sahildar devlet, gümrük, maliye, sağlık ve göç konularında kendi ulusal hukuk düzenlemelerine aykırı fiilleri önleme ve cezalandırma yetkilerine sahip kılınmıştır (BMDHS m. 33/1-a ve b). Yine BMDHS'nin 303.maddesi, arkeolojik ve tarihi eser oluşturan eşyaların ticaretinin önlenmesi için bitişik bölgede sahildar devletlere birtakım yetkiler vermiştir.

Kıta sahanlığı ise sahildar devlete, BMDHS'nin 76/1. maddesine göre karasularının ölçülmeye başlandığı esas hatlardan itibaren kural olarak 200 mile, 76. maddenin 4 ve 6. fıkralarındaki jeolojik şartların karşılanması halinde ise 350 mile kadar uzanan deniz alanının deniz yatağı ve toprak altında bulunan doğal kaynaklar üzerinde ekonomik nitelikte bir takım yetkilerin verildiği bir deniz alanıdır. Söz konusu yetkiler, BMDHS'nin 77. maddesine göre bu alandaki canlı ve cansız kaynakları araştırma ve işletmedir.

Münhasır ekonomik bölge ise BMDHS'nin 57. maddesine göre karasularının ölçülmeye başlandığı esas hatlardan itibaren, 200 mile kadar uzanabilir. Bu deniz alanında sahildar devlete verilen hak ve yetkiler yine ekonomik nitelikte olup, BMDHS'nin 56. maddesine göre deniz yatağı üzerindeki sulara, deniz yataklarında ve bunların toprak altında bulunan canlı ve cansız doğal kaynakların araştırılması, işletilmesi, korunması ve yönetimidir.

Kıta sahanlığı ve münhasır ekonomik bölgede, sahildar devletlere verilen haklar dışında, söz konusu deniz alanları açık deniz rejimine tabidir ve diğer devletler açık deniz serbestilerinden faydalanabileceklerdir (BMDHS m 58 ve 78-79).

BMDHS'de uluslararası deniz yatağı, özel bir rejim altına konulmuştur. Gerçekten de BMDHS'nin henüz 1/1.maddesinde, ulusal yetki sınırları ötesindeki deniz yatakları ve bunların toprak altı, "Bölge" olarak tanımlanmıştır. Dolayısıyla devletin deniz ülkesini oluşturan deniz alanları ile devletlerin deniz yatağı ve bunun toprak altında yetkili oldukları alanlar dışında kalan açık deniz alanının deniz yatağı ve toprak altı, "Bölge" olarak adlandırılan uluslararası deniz yatağını

oluşturmaktadır. Demek ki “Bölge”, tüm devletlerin, kıta sahanlığı ve münhasır ekonomik bölge alanları dışında kalan açık deniz alanlarının deniz yatağı ve toprak altını oluşturmaktadır. “Bölge”de yürütülen faaliyetler (ki bunlar, BMDSH’nin 1/3. maddesinde, Bölge’nin kaynaklarının araştırılması ve işletilmesine ilişkin bütün faaliyetler olarak tanımlanmıştır), BMDHS’nin 1/2. maddesinde kısaca “Otorite” olarak ifade edilen, Uluslararası Deniz Yatağı Otoritesi tarafından yürütülecektir. Bu çerçevede, BMDHS’nin 136. maddesine göre, Bölge ve kaynakları, insanlığın ortak mirası olarak kabul edilmiştir. Böylece, BMDHS’nin 137/1. maddesine göre Bölge ve kaynakları hiçbir devletin egemenliğine tabi kılınamayacak veya bunlar üzerinde egemen haklar konusu olamayacaktır. Yine bunlar üzerinde, devletlerin veya gerçek veya tüzel kişilerin mülkiyet hakkı tesisi mümkün olmayacaktır. Bölge’nin kaynakları araştırma ve işletme için Otorite’nin etkin olduğu özel bir rejim kurulmuş ve fakat bu düzenlemeleri içeren BMDSH’nin XI. kısmı, gelişmiş sanayici devletlerin muhalefeti üzerine, sonradan, Otorite’nin yetkileri ve Bölge’deki kaynakların işletilmesi bağlamında, aşağıda belirtilecek değişikliklere maruz kalmıştır. Gelişmiş sanayici devletler, bu değişikliklerle önemli kazanımlar elde etmiştir. Fakat Hakemlik Mahkemesi inceleme konusu kararında, esas itibariyle gelişmiş sanayici devletlere bir set çekmiş ve insanlığın ortak mirasını oluşturan, Bölge’yi ve kaynaklarını, söz konusu devletlere karşı korumuştur.

Devletler, yukarıda belirtilen deniz alanlarına ve bu alanlardaki hak ve yetkilere, kara ülkeleri nedeniyle sahip olurlar. Devletlerin kara ülkeleri, ya bir anakarayı ya bir adasal yapıyı ya da her ikisini birden içerebilir. Anakaraların sahip olacakları deniz alanları konusunda bir sorun yoktur. Asıl tartışma konusu, adasal yapıların sahip olacakları deniz alanlarına ilişkindir.

3) BMDHS’ye Göre Adasal Yapıların Hukuki Durumları:

Bu nedenle, kararın adasal yapıların durumlarına ilişkin kısımlarını incelemeye geçmeden önce bu konuda BMDHS’de yer alan temel düzenlemelere değinmek gerekir.

BMDHS’nin 13. maddesi, cezir yüksekliğini tanımlamış ve rejimini düzenlemiştir. Buna göre:

“Cezir zamanı ortaya çıkan yüksekliklerden, deniz ile çevrili olan, cezir zamanı açıkta kalan ve med zamanı örtülen doğal kara yükseklikleri anlaşılır. Cezir zamanı ortaya çıkan yükseklikler, kıtadan veya bir adadan, tamamen veya kısmen karasuları genişliğini aşmayan bir uzaklıkta buldukları takdirde bu yüksekliklerdeki en düşük cezir hattı, karasularının genişliğinin ölçülmesinde esas hat olarak alınabilir.

Cezir zamanı ortaya çıkan yükseklikler kıtadan veya bir adadan karasuları genişliğini aşan bir uzaklıkta buldukları takdirde, bunların kendilerine özgü karasuları yoktur.”

BMDHS'nin belki de en ünlü maddesi olan 121. maddesi ise ada ve kaya tanımı yapmakta ve bunların rejimini şu şekilde düzenlemektedir:

“Bir ada, sularla çevrili olan ve sular yükseldiğinde su üstünde kalan, doğal olarak meydana gelmiş kara parçasıdır.

3. paragraf hükümleri saklı kalmak üzere, bir adanın karasularının, bitişik bölgesinin, münhasır ekonomik bölgesinin ve kıta sahanlığının sınırlandırılması, işbu Sözleşmenin diğer kara parçalarına uygulanabilir hükümlerine uygun olarak yapılır.

İnsanların oturmasına elverişli olmayan veya kendilerine özgü ekonomik bir yaşamı bulunmayan kayalıkların münhasır ekonomik bölgeleri veya kıta sahanlıkları olmayacaktır.”

Aşağıda belirtileceği gibi her ne kadar Hakemlik Mahkemesi kararında bu bağlamda esasa ilişkin tespitler yapmasa da yapay ada, tesis ve yapı meselesi de inceleme konusu açısından gündeme gelmektedir. Yapay ada, tesis ve yapılar, denizlerde, insan eliyle doğal veya doğal olmayan materyaller kullanılarak inşa edilen yapılar olarak tanımlanabilir.¹⁴ Söz konusu yapılar bağlamında, konumuzla ilgili BMDHS düzenlemelerine göre yapay ada, tesis ve yapılar ada statüsünde değildir; kendilerine özgü karasuları bulunmamaktadır ve varlıkları, karasuları, münhasır ekonomik bölge veya kıta sahanlığı sınırlandırmasını etkilemez (m. 60/8 ve 80).

¹⁴ Çeşitli tanım örnekleri için bkz: Özman, 'Deniz Hukuku I', s. 200-201.

4) Hakemlik Mahkemesi'nin Adasal Yapılara İlişkin Değerlendirmeleri:

A) Hakemlik Mahkemesi'nin Cezir Yükseklikleri Bağlamında Yaptığı Tespitler:

a) Genel Tespitler:

Hakemlik Mahkemesi önce Filipinler'in başvurusunda yer alan 4 ve 6. başlıklar hakkındaki taleplerini incelemiş ve böylece cezir yükseklikleri meselesine değinmiştir. Bu konuda önem arz eden tespitleri üç nokta üzerinde kendisini göstermiştir ki bunlar üzerinde durulmayı hak etmişlerdir. Bu hak edişten ilk nasibini alan, cezir yüksekliklerinin sahip olmadıkları deniz yetki alanlarına ilişkin tespittir. İkincisi cezir yüksekliğini belirleyen yüksekliğin ne olduğuna veya olmadığına ilişkin tespittir. Üçüncüsü ve en önemlisi ise insan eliyle yapılan modifikasyonların cezir yüksekliklerinin hukuki durumuna etki edip etmeyeceğine ilişkin değerlendirmelerdir.

Hakemlik Mahkemesi, adasal yapılar hakkındaki incelemesine, öncelikle terminolojiye ilişkin tespitler yaparak başlamıştır.¹⁵ Hakemlik Mahkemesi'ne göre BMDHS'de cezir zamanı ortaya çıkan ve fakat med zamanı su altında kalan yapılar, cezir yükseklikleri olarak ifade edilmiştir. Med zamanı su üstünde kalan yapılar ise genel olarak ada şeklinde ifade edilmiştir. Fakat adanın sahip olacağı deniz alanları, BMDHS'nin 121/3. maddesi çerçevesinde insan oturmasına elverişli olma ve kendine has bir ekonomik yaşama sahip olma kapasitesine göre değişmektedir. Hakemlik Mahkemesi bu tespiti yaptıktan sonra, kararın bu bölümünde kullanacağı terminolojiyi açıklamıştır. Buna göre Hakemlik Mahkemesi BMDHS'nin 121/1. maddesinde yer alan ve adanın şartlarını karşılayan yapılar için "med yüksekliği"¹⁶ ifadesini benimsemiştir. Böylece Hakemlik Mahkemesi med zamanı, yani sular yükseldiği zaman su üstünde kalan tüm adasal yapıların hepsini bu kategori altında ve bir üst terim olarak kullanmıştır. Bu çerçevede med yüksekliklerini, iki alt kategoriye ayırmıştır. Hakemlik Mahkemesi,

¹⁵ The South China Sea Arbitration Award', para, 280.

¹⁶ Bu terimi, Mahkeme'nin, "hide-tide features" şeklinde ifade ettiği terimin, Türkçe karşılığı olarak kullanıyoruz. Aslında, söz konusu ibaresi, "med zamanı yapısı" olarak da çevirmek mümkündür. Fakat med yüksekliğini, cezir yüksekliklerinin karşıtı olması nedeniyle, bağlamı daha iyi ifade etmesi açısından seçtik.

ilk alt kategori olarak belirlediği “kaya” terimini, insan oturmasına elverişli olmayan ve kendine has bir ekonomik yaşamı bulunmayan ve dolayısıyla münhasır ekonomik bölge ve kıta sahanlığı hakları bulunmayan med yükseklikleri için kullanmıştır. Hakemlik Mahkemesi, med yüksekliği teriminin ikinci alt kategorisi olarak da kaya olmayan ve BMDHS'nin 121/2. maddesine göre diğer kara parçaları ile aynı haklara sahip, “tam yetkili adalar” ifadesini benimsemiştir.

Hakemlik Mahkemesi, kullanacağı terminolojiye ilişkin bu tespiti yaptıktan sonra ve işin esasına girmeden önce, sadece Filipinlerin cezir yüksekliği olduğunu iddia ettiği adasal yapıların değil, başvuruda yer alan tüm adasal yapıların med zamanı su altında kalıp kalmadıklarını inceleyeceğini ve bunun BMDHS'nin Ek VII. kısmının 9. maddesi çerçevesinde görevi olduğuna hükmetmiştir.¹⁷ Akabinde söz konusu adasal yapılara ilişkin fiziki özelliklere değinmiş ve bu konudaki Filipinler ve Çin'in tutumlarını aktarmıştır.¹⁸ Ardından kendi değerlendirmesini yapmıştır. Yukarıda da belirttiğimiz gibi Hakemlik Mahkemesi'nin bu konudaki değerlendirmeleri üç önemli nokta üzerinde düğümlenmiştir.

Hakemlik Mahkemesi, ilk olarak, cezir yüksekliklerinin sahip oldukları deniz alanlarına ilişkin bir konuya açıklık getirmiştir.¹⁹ Yukarıda da değinildiği gibi BMDHS'nin 13/2. maddesine göre bir cezir yüksekliği, eğer bağlı bulunduğu devletin anakara veya adasının karasuları içinde bulunmuyorsa kendine has karasuları olamaz. Hakemlik Mahkemesi, söz konusu maddenin açıkça, bir cezir yüksekliğinin münhasır ekonomik bölge ve kıta sahanlığına sahip olmadığını belirtmediği tespitini yapmış ve fakat bunun Sözleşme'nin mahiyetinde mündemiç olduğu değerlendirmesini ifade etmiştir. Gerçekten de Hakemlik Mahkemesi, bu sonucun, münhasır ekonomik bölge ve kıta sahanlığının genişliklerinin, karasularının ölçülmeye başlandığı esas hatlardan itibaren ölçüleceği yönündeki BMDHS'nin 57 ve 76. maddeleri hükümlerinden otomatik olarak çıktığını ve karasularına sahip olmayan bir cezir yüksekliğinin *ipso facto* münhasır ekonomik bölge ve kıta sahanlığına da sahip olmayacağını belirtmiştir. Böylece aslında

¹⁷ Ibid, para, 282.

¹⁸ Bkz: para, 284-302.

¹⁹ Bkz: Ibid, para, 308.

zaten açık olan bu hususa, bir yargı kararıyla açıklık getirmiştir ve bu açıdan tespit önemsiz değildir. Yine BMDHS'nin 121/3. maddesi çerçevesinde kaya olarak değerlendirilen bir med yüksekliğinin de aynı şekilde münhasır ekonomik bölge ve kıta sahanlığı hakkı olmadığını yeniden vurgulamıştır. Böylece karasuları dışında kalan cezir yükseklikleri ile kayaların, deniz yetki alanlarına sahip olmama bakımından aynı rejime tabi olduklarını vurgulamış olmaktadır. Fakat Hakemlik Mahkemesi'nin bu tespitleri, BMDHS paradigmasında mevcut olan, karasuları içinde kalan bir cezir yüksekliğinin, münhasır ekonomik bölge ve kıta sahanlığı sınırlandırılmasında, özellikle bu alanların iç sınırlarının tespiti konusunda başlangıç noktası olarak nazara alınması nedeniyle etkili olabileceken, sürekli su üstünde bulunan kayaların, hem münhasır ekonomik bölge ve kıta sahanlığı başlangıç noktası olarak kabul edilmemesi hem de sınırlandırmadaki etkilerinin açık olmaması nedeniyle ortaya çıkan tutarsızlığı yeniden gündeme getirmiştir.²⁰

Kararın bu bölümüne ilişkin değinilmesi gereken ikinci nokta, Hakemlik Mahkemesi'nin, BMDHS'nin 13 ve 121. maddelerde yer alan med zamanının, yani suların yükseldiği zamanın anlamına ilişkin değerlendirmeleridir. Bu amaçla Hakemlik Mahkemesi, söz konusu adasal yapıların dikey yüksekliklerinde hangi referans noktasının esas alınacağına ilişkin tespitler yapmıştır. Yani Hakemlik Mahkemesi, sular yükseldiği zaman, yani med zamanı, söz konusu adasal yapının suyun altında mı yoksa üstünde mi bulunduğu hangisi referans noktası esas alınarak tespit edilebileceğini sorgulamıştır. Bu bağlamda Hakemlik Mahkemesi, öncelikle med zamanı suların yükselmesi teknik bir terim olmadığını buna karşın, potansiyel olarak birçok farklı teknik açıklamalara, ölçülere ve su seviyelerine konu olabileceğini belirtmiştir.²¹ Hakemlik Mahkemesi'nin med zamanını teknik bir terim olmadığı yönündeki tespitinden kastı, bunun hukuki bir terim olmadığıdır ki bir sonraki paragrafta bu husus açıkça görülmektedir. Gerçekten de Hakemlik Mahkemesi, BMDHS ve örf ve adet hukukunda, cezir yükseklikleri ve adalar bağlamında herhangi bir su üstü referans noktası tayin edilmediğini vurgulamıştır.²² Böylece Hakemlik

²⁰ Söz konusu tutarsızlık için bkz: Özman, 'Deniz Hukuku I', s. 233.

²¹ 'The South China Sea Arbitration Award', para, 310.

²² Ibid, para, 311.

Mahkemesi'ne göre devletler, BMDHS'nin 13 ve 121. maddelerinde yer alan, suların yükseldiği zaman teriminin olağan anlamını makul bir şekilde temsil eden herhangi bir su üstü referans noktası yüksekliği temelinde bir med yüksekliği değerlendirmesi yapmakta serbesttir.²³

Şu halde Hakemlik Mahkemesi'nin değerlendirmesine göre temel mesele, bir adasal yapının su üstünde kalmasıdır ve bunun için de hukukta bir yükseklik ölçütü getirilmemiştir. Bu tespit önemlidir ve bununla, aslolanın adasal yapının su üstünde kalması olduğu ve su üstünde bulunma için hukuken bir ölçüt olmadığı, tek ölçütün su üstünde kalma olduğu ifade edilmiş olmaktadır. Şüphesiz adasal yapının yüksekliği, üzerinde insan oturmasına elverişlilik veya kendine has bir ekonomik yaşamın tespiti için önemsiz değildir; fakat su üstünde bulunma ölçütünün tespiti için hukuken önemsizdir. Hakemlik Mahkemesi bu açıdan, makul bir şekilde su üstünde kalma ölçütü getirmiştir ki bu da hukuki değil, tamamen coğrafi bir ölçüttür. Hakemlik Mahkemesi bu yorumla bir adasal yapının cezir yüksekliği mi yoksa med yüksekliği mi olduğunu tespitinde tek hukuki ölçütün, söz konusu adasal yapının med zamanı su üstünde kalması olduğunu ve fakat bu yüksekliğin hukukun düzenleme alanı içinde olmadığına hükmetmiş olmaktadır.

b) Modifikasyonun Etkisi(zlığı):

Kararın ilgili bölümüne ilişkin olarak değinilmesi gereken son ve en önemli nokta, Hakemlik Mahkemesi'nin mercan resifleri üzerinde insan eliyle yapılmış modifikasyonlara ilişkin değerlendirmesidir. Hakemlik Mahkemesi bu noktada, BMDHS'nin 13 ve 121. maddelerinde yer alan "doğal olarak meydana gelmiş" ifadesini yorumlamıştır. Hakemlik Mahkemesi'ne göre cezir yüksekliği ve ada tanımında yer alan bu ifade, adasal yapının statüsünün "doğal haliyle" değerlendirilmesi gereğini göstermektedir.²⁴ Bu bağlamda Hakemlik Mahkemesi açıkça, insan eliyle yapılan modifikasyonların, deniz yatağını cezir yüksekliğine çeviremeyeceği gibi bir cezir yüksekliğini de bir adaya çeviremeyeceğini vurgulamıştır.²⁵ Hakemlik Mahkemesi yine açık-

²³ Ibid, para, 311.

²⁴ Ibid, para, 305.

²⁵ Ibid, para, 305. Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun öncül çalışmalarında bu yön-

ça, BMDHS çerçevesinde bir cezir yüksekliğinin, üzerinde inşa edilen ada veya yapının boyutu dikkate alınmaksızın, cezir yüksekliği olarak kalmaya devam edeceğini vurgulamıştır.²⁶ Mahkemenin bu noktadaki tespitleri yoruma mahal bırakmayacak kadar açıktır. İnsan eliyle yapılan modifikasyonlar neticesi bayındır hale getirilen adasal yapının statüsünün, söz konusu modifikasyonlardan etkilenmeyeceği ve aslolanın, adasal yapının modifikasyon öncesindeki doğal ve çıplak hali olduğunu kabul etmiştir. Hakemlik Mahkemesi bu noktada, inceleme konusu olan Güney Çin Denizi'ndeki adasal yapılar üzerinde yapılan modifikasyonları gündeme getirmiş ve mercan resifleri üzerine inşa edilen yapılar ve uçak pistlerine dikkat çekerek, bazı vakalarda, kullanılan milyonlarca ton dolgu malzemesi nedeniyle, adasal yapının orijinal halinin tespitinin mümkün olmayabileceğini vurgulamıştır.²⁷ Bununla beraber Hakemlik Mahkemesi, BMDHS'nin bir adasal yapının insan eliyle yapılan modifikasyondan önceki doğal hali ile değerlendirilmesini gerektirdiğini yeniden vurgulayarak, halihazırda büyük çapta modifiye edilmiş mercan resiflerinin bundan önceki durumlarına ilişkin elde edilebilecek delillere dayanarak bir hükme ulaşacağını belirtmiştir.²⁸

Doktrinde, karardan önce yapılan bir değerlendirmede, Filipinler'in başvurusunda da konu ettiği Cuarton, Fiery Crossi Gaven, Hughes, Johnson South, Mischieff ve Subi resiflerinin üzerinde Çin'in giriştiği arazi ıslah projeleri neticesi bunların yapay ada haline geldikleri ve BMDHS'nin 60/8. maddesi gereği ada statüsünde bulunmadıkları ve karasuları bulunmadığı ve deniz yetki alanı sınırlandırmalarını etkilemeyecekleri iddia edilmiş ve söz konusu yapay adaların altında bulunan yapıların değerlendirilmesi gerektiği belirtilmiştir.²⁹ Bununla beraber Hakemlik Mahkemesi, doğrudan bunların yapay ada olduğu-

de bir anlayış ve eğilimin mevcut olduğu görülmektedir. Bkz: Derek W. Bowett, *The Legal Regime of Islands in International Law*, Oceana Publications, 1979, s. 3-5.

²⁶ 'The South China Sea Arbitration Award', para, 305.

²⁷ Ibid, para, 306. Gerçekten de Çin, Spratly Adaları'nı oluşturan ve Filipinler'in başvurusunda da mevcut olan bazı resifler üzerinde, önemli arazi ıslah faaliyetleri icra etmiştir. Söz konusu faaliyetler için bkz: Daniel Andreeff, "Legal Implications of China's Land Reclamation Projects in the Spratly Islands", *New York University Journal of International Law & Politics*, Vol: 47, 2014-2015, s. 864-878.

²⁸ 'The South China Sea Arbitration Award', para, 306.

²⁹ Andreeff, s. 880 ve 883.

na ilişkin bir tespit yapmadan, sadece bunların altında bulunan yapıların hukuken ne olduğunu değerlendirmiştir. Her ne kadar Hakemlik Mahkemesi kararında, yapay ada meselesini öne çıkarmasa da arazi ıslahı ve modifikasyona tabi tutulan adasal yapıların önceki doğal ve çıplak halleri ile değerlendirilmesi gereğine yaptığı vurgu ile bu sonucu sağladığı açıktır. Yine de Hakemlik Mahkemesi'nin doğrudan yapay adalara ilişkin tespitler yapması, uluslararası hukuk doktrin ve uygulaması açısından yol gösterici olabilirdi. Fakat kararda yapay ada, tesis ve yapılara fazlaca yapılacak vurgunun, zaten karışık olan uyumsuzluk ve kararı iyice içinden çıkılmaz hale getirmesi ihtimali de gözden uzak tutulmamalıdır.

Hakemlik Mahkemesi, uydu görüntüleri, deniz haritaları ve seyir direktifleri gibi delilleri esas alarak, Filipin başvurusunda yer alan tüm adasal yapıların modifikasyondan önceki durumları çerçevesinde, med zamanı suyun üstünde kalıp kalmadıklarını tek tek tespit etmiştir.³⁰ Bu değerlendirme faaliyeti neticesi Hakemlik Mahkemesi şu sonuçları hüküm altına almıştır: Hughes resifi, Güney Gaven resifi, Subi resifi, Mischief resifi ve Second Thomas resifi, doğal durumu itibariyle cezir zamanı ortaya çıkmakta ve med zamanı su altında kalmaktadır; buna göre söz konusu yapılar, cezir yüksekliğidir.³¹ Buna karşın, Scarborough sığılığı, Cuarteron resifi, Fiery Cross resifi, Johnson resifi, McKennan resifi ve Kuzey Gaven resifi ise med zamanı su üstünde kalmaktadır ve med yüksekliğidir.³²

Böylece Hakemlik Mahkemesi, Filipinler'in başvurusunda yer alan 4 ve 6. başlık altında, cezir yükseklikleri olduklarının tespitini talep ettiği resiflerin McKennan ve Kuzey Gaven hariç cezir yüksekliği olduklarını hüküm altına almış, adı geçen iki resifi ise med yüksekliği olarak kabul etmiştir.³³

Böylece Hakemlik Mahkemesi, insan eliyle yapılan modifikasyondan önceki doğal durumları itibariyle yaptığı değerlendirme neticesi, cezir yüksekliği olarak tanımladıkları hariç, incelediği diğer adasal

³⁰ Bkz: 'The South China Sea Arbitration Award' , para, 314-381.

³¹ Ibid, para, 383.

³² Ibid, para, 382.

³³ Kararın açıklanmasından önce BMDHS düzenlemeleri temelinde ve söz konusu adasal yapıların özellikleri bağlamında yapılan bir değerlendirmede, Subi resifi, Mischief resifi, Hughes resifi ve Güney Gaven resifinin cezir yüksekliği olduğu isabetle vurgulanmıştır. Bkz: Andreeff, s. 898.

yapıların, BMDHS'nin 121/1. maddesinde yer alan hukuken ada tanımının şartlarını karşıladığını kabul etmiştir. Bu aşamada, şu hayati soru gündeme gelmektedir. Acaba hukuken ada şartlarını karşılayan söz konusu med yükseklikleri, BMDHS'nin 121/2. maddesine göre diğer kara parçaları ile aynı haklara sahip, "tam yetkili adalar" mıdır? Yoksa bunlar, BMDHS'nin 121/3. maddesine göre insan oturmasına elverişli olmayan ve kendilerine has bir ekonomik yaşamı bulunmayan ve dolayısıyla münhasır ekonomik bölge ve kıta sahanlığı haklarına sahip olmayan "kaya" statüsünde midir?

B) BMDHS'nin 121/3. maddesinin Şartları ve Modifikasyonun Etkisi(zlığı):

a) Genel Tespitler:

Hakemlik Mahkemesi kararının bundan sonraki bölümü, bu sorunun cevabı üzerinedir. Bu cevap verme faaliyeti, tarihte ilk defa bir uluslararası yargı yerinin, çeşitli coğrafi formasyonların ada mı yoksa kaya mı olduğu yönünde değerlendirmeler ortaya koymasını sağlamıştır. Nitekim Hakemlik Mahkemesi de kararın bu bölümünün önemini ifade etmiştir. Gerçekten de Hakemlik Mahkemesi, BMDHS'nin 121. maddesinin daha önce uluslararası yargı yerlerinin esaslı değerlendirmelerine konu olmadığını ve bu çerçevede önünde bulunan uyumsuzlukta temel nokta olan söz konusu maddenin 3. paragrafının, açıkça ortaya konmamış olduğunu belirtmiştir.³⁴ Demek ki Hakemlik Mahkemesi ilk defa bu konuda esaslı ve açık değerlendirmeler yapma niyetindedir ve aşağıda görüleceği üzerinde bu tarihi görevden kaçmamıştır. Biz de burada, BMDHS'nin 121/3. maddesinde yer alan şartlar bağlamında, söz konusu tarihi kararın bu bölümünde yapılan bazı tespitleri aktarıp, bu tespitlerin sağladığı korumaya ilişkin değerlendirmeler yapacağız.

Hakemlik Mahkemesi'nin bu açıdan yaptığı önemli tespit, aslında cezir yükseklikleri bağlamında daha önce yaptığı ve yukarıda belirtilen tespitleri ile paraleldir. Bu noktada Hakemlik Mahkemesi, insan eliyle yapılan modifikasyonun, adasal yapının statüsü üzerindeki etkisizliğinin altını yeniden çizmiştir. Gerçekten de Hakemlik Mahkemesi, insani çabaların, bir cezir yüksekliği veya deniz yata-

³⁴ 'The South China Sea Arbitration Award' , para, 474.

ğının hukuken adaya çeviremeyeceğini ve bu bağlamda, arazi ıslahı neticesi, bir kayanın, tam yetkili adaya dönüştürülemeyeceğini; aslolanın adasal yapının doğal hali çerçevesinde değerlendirilmesi olduğunu ısrarla yeniden vurgulamıştır.³⁵ Hakemlik Mahkemesi bu noktada Filipinler'in argümanlarına da atıf yaparak iki önemli tespit ortaya koymuştur.³⁶ Hakemlik Mahkemesi'ne göre eğer devletlere BMDHS'nin 121/3. maddesinde yer alan şartları taşımayan kayaları, tam yetkili adalara dönüştürme müsaadesi verilirse bu, söz konusu maddenin deniz yetki alanlarının muazzam ölçüde, diğer devletler ve insanlığın ortak mirası aleyhine genişletmeyi önleme yönündeki amacını bertaraf etmiş olacaktır. İkinci olarak Hakemlik Mahkemesi'ne göre teknolojik geliştirmeler neticesi, bir adasal yapının kapasitesinin artırılmasının kabul edilmesi, insan yerleşimi için gerekli kaynakları düzenli şekilde tedarik etmeye istekli devletlere, tüm med yüksekliklerini, doğal hallerine bakılmaksızın adaya çevirerek, 200 millik deniz yetki alanı sahibi olma imkânı verecektir. Böyle bir değerlendirmenin, BMDHS'nin 121/3. maddesinin amacına aykırı olduğu açıktır. Zira Hakemlik Mahkemesi daha önce de dikkat çektiği gibi BMDHS'nin 121. maddesinde yer alan ve med zamanı su üstünde kalan adasal yapılar arasında ada ve kaya ayrımı yapılmasının temel nedeni, insanlığın ortak mirası olarak kabul edilen ve ulusal yetki sınırları ötesindeki deniz yatağı ve onun toprak altını oluşturan alanın daralmasını önlemektir.³⁷ Şu halde Hakemlik Mahkemesi, uyumsuzluk konusu adasal yapılar hakkındaki tüm değerlendirmesini, bunların doğal halleriyle sınırlı olarak yapacaktır.

Bu bağlamda Hakemlik Mahkemesi, söz konusu adasal yapıları, doğal halleriyle değerlendirmek için BMDHS'nin 121/3. maddesindeki şartları incelemeye başlamıştır.

³⁵ Ibid, para, 508.

³⁶ Ibid, para, 509.

³⁷ Ibid, para, 389. Aynı yöndeki görüş için bkz: Clive Ralph Symmons, *The Maritime Zones of Islands in International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, 1979, s. 115. Bu bağlamda Symmons, III. Deniz Hukuku Konferansı'nda birçok delegenin, münhasır ekonomik bölgenin adalara uygulanma şeklinin yeniden değerlendirilmesi gereğine yaptıkları vurgulara dikkat çekmiş, zira küçük adasal yapıların münhasır ekonomik bölge bağlamında neden olabilecekleri eşitsiz sonuçların, 1958 Sözleşmelerindeki sınırlı deniz alanlarındaki eşitsiz sonuçlara nazaran daha açık olduğunu belirtip, bu hususun altını çizen Türk delegesinin yaptığı konuşmaya atıf yapmıştır. Bkz: Symmons, s. 115-116 ve 385 no'lu dipnot.

Hakemlik Mahkemesi, BMDHS'nin 121/3. maddesinin esasını incelemeyen önce, söz konusu maddede yer alan insan yerleşimine elverişli olma ve kendine has ekonomik yaşam şartlarının kümülatif nitelik arz edip etmediğini sorgulamıştır.³⁸ Buradaki problematik, BMDHS'nin 121/3. maddesinde yer alan şartların arasında bulunan "veya" bağlacının, aslında "ve" anlamına mı geldiği noktasına odaklıdır. Yaptığı değerlendirmeler neticesi Hakemlik Mahkemesi, bir taraftan bir adasal yapıya, hukuken ada statüsü kazandıracak, insan yerleşimine elverişli olma ve kendine has bir ekonomik yaşamı bulma şartlarının, madde metninde kümülatif olarak düzenlenmediğini, sadece birisinin varlığının yeterli olacağını belirtmiştir. Diğer taraftan ise pratik açıdan bu şartların aslında, kümülatif olması gerektiği kanısını ifade ederek, madde metninde neden kümülatif bir gereklilik arz eden düzenlemenin getirilmediğini, geleneksel yaşam şekilleri çerçevesinde Mikronezya örneği ile açıklamaya çalışmıştır. Hakemlik Mahkemesi, şartların kümülatif olmamasını, geleneksel yaşam şekillerinin korunması amacına hasretmiş olabilir; fakat bir defa bu şartların normatif açıdan kümülatif olmadıklarını tespit etmesi, teorik açıdan artık başka yorumlara da kapı açabilecektir.

Doktrinde, Kwiatkowska ve Soon, daha önce yaptıkları bir değerlendirmede madde metnindeki "veya" ibaresinin, söz konusu iki şarttan birinin mevcudiyeti ile bir adasal yapının ada statüsü elde etme ihtimalini arttırdığını, böylece üzerlerinde askeri tesis veya uzaktan kumandalı şekilde işletilen istasyon ve tesislerin bulunduğu adaların, kaya statüsüne indirgenmesinin önleyeceğini belirtmişlerdir.³⁹ Fakat yazarlar, ekonomik yaşamın, bir insan nüfusundan ayrı bir şekilde değerlendirilmesinin mümkün olup olmadığı sorusunu da sormuşlar ve olumsuz cevabın bu iki şartın bağlantılı olacağı sonucunu doğuracağını, fakat bilim ve teknolojiye gelişmelerin, gelecekte bu soruya kaçınılmaz olarak olumlu cevap verilmesine neden olacağını ifade etmişlerdir.⁴⁰ Charney de geleceğe ilişkin olarak benzer bir varsayımda bulunmuştur. Buna göre ekonomi ve teknolojinin zaman içinde

³⁸ Bkz: 'The South China Sea Arbitration Award', para, 493-496 ve 544.

³⁹ Barbara Kwiatkowska-Alfred H.A. Soons, "Entitlement To Maritime Areas Of Rocks Which Cannot Sustain Human Habitation Or Economic Life Their Own", Netherlands Yearbook of International Law, Vol: 21, December 1990, s. 164.

⁴⁰ Ibid, s. 165.

gelişmesi neticesi, bugün münhasır ekonomik bölge ve kıta sahanlığı hakkı olmayan bir kaya, yarın ada statüsüne sahip olabilecek, böylece, BMDHS'nin 121/3. maddesinin uygulaması zaman içinde farklılaşabilecek ve bu değişikliğe ayak uydurmanın zorunlu sonucu olarak, deniz alanlarının ölçülmeye başlandığı esas hatlar gezgin hale gelecektir.⁴¹ Fakat yazarlar isabetli varsayımlarda bulunamamışlardır. Bereket versin ki Hakemlik Mahkemesi, gelişmiş sanayici devletlerin ve askeri açıdan güçlü devletlerin lehine olacak şekilde bu yorumu benimsemiştir. Zira askeri amaçlı yerleşim veya teknolojik gelişmelerin sonucu olan uzaktan kumandalı vb. yerleşimler, aşağıda açıklanacak olan Hakemlik Mahkemesi'nin belirlediği kriterler çerçevesinde bir adasal yapının statüsünü etkilemeyecektir. Böylece, sadece egemenlik gösterisi amaçlı askeri yerleşim ve tesisleşme veya gelişmiş devletlerin adasal yapının çevresindeki deniz alanındaki doğal kaynaklara yönelik faaliyetleri, bir kayaya, ada statüsü kazandırmayacaktır. Böylece gelişmiş sanayici devletlere karşı diğer devletlerin deniz yetki alanları ve insanlığın ortak mirasını oluşturan deniz alanı korunacaktır.

Hakemlik Mahkemesi bundan sonra, BMDHS'nin 121/3. maddesindeki şartların esasına girmiştir. Bu değerlendirmesinden sonra ulaştığı sonuçları, kararın 542. paragrafında özetlemiştir. Buna göre; insan yerleşimi için kritik etken, söz konusu yerleşimin geçici olmayan karakteridir. Yerleşimcilerin, adasal yapının doğal nüfusu oldukları açıkça söylenebilir. İnsan yerleşimi terimi, bu insanların, üzerinde kalabilecekleri ve kendileri için bir ev oluşturan bir adasal yapı üzerine yerleşmiş, sabit bir insan topluluğu şeklinde anlaşılmalıdır. Bu topluluk geniş olmak zorunda değildir; uzak atollerde bulunan birkaç birey veya aile topluluğu yeterlidir. Bir adasal yapı üzerinde, göçebe bir halkın dönemsel veya sürekli yerleşimi de bir yerleşim oluşturur. Yine, yerli bir halk da yeterlidir. Yerli olmayan yerleşim de söz konusu halkın niyeti gerçekten söz konusu adaya yerleşmek ve orada yaşamlarını kurmak ise bu kriteri karşılayabilir. Görüldüğü gibi Hakemlik Mahkemesi'nin değerlendirmeleri açıktır ve ortaya koyduğu insan yerleşimi şartına ilişkin kriterler, her somut olaya göre değerlendirilip, sonuca bağlanacaktır.

⁴¹ Jonathan I. Charney, "Rocks That Cannot Sustain Human Habitation", *American Journal of International Law*, Vol: 93, 1999, s. 867-868.

Hakemlik Mahkemesi, kendine has bir ekonomik yaşam şartı hakkındaki tespitlerini de kararın 543. paragrafında özetlemiştir. Buna göre; kendine has ekonomik yaşamı bulunma terimi, insan yerleşimi gerekliliği ile bağlantılıdır ve birçok örnekte bu iki şart beraber görülecektir. BMDHS'nin 121/3. maddesi, adasal yapının ekonomik değer sahibi olmasını değil, ekonomik yaşamı sürdürülebilirliğini kastetmektedir. Ekonomik yaşam, bir adasal yapıya veya adasal yapı grubuna yerleşen ve orayı evleri yapan insan topluluğunun yaşam ve geçimini ifade eder. BMDHS'nin 121/3. maddesine göre söz konusu ekonomik yaşam, adasal yapının kendisine ait olmalıdır. Bu nedenle ekonomik yaşam, adasal yapının bizatihi kendisine yönelik bir şartı ifade eder; yoksa söz konusu adasal yapıyı çevreleyen deniz alanı veya deniz yatağına odaklı değerlendirilmez. Dolayısıyla tamamen dış kaynaklara dayanan veya yerleşik halkın katılımı olmaksızın yapılan yeraltına yönelik ekonomik faaliyetler, adasal yapının bizatihi kendisiyle ilgili faaliyetler olmadığı için kendine has ekonomik yaşama sahip olma şartını karşılamaz. Diğer herhangi bir yerde bulunan bir halkın menfaati uğruna doğal kaynakların çıkarılması için icra edilen yeraltına yönelik ekonomik faaliyetler, ekonomik kazanç için kaynakların işlenmesi anlamına gelir. Fakat bir adanın kendine has ekonomik yaşamını oluşturur şekilde değerlendirilemez.

Dikkatli bir okuma, burada Hakemlik Mahkemesi'nin bu şarta ilişkin bir alan kısıtlaması yaptığını ve böylece gerek diğer devletlerin deniz yetki alanlarını gerekse de insanlığın ortak mirasını oluşturan deniz alanını koruduğunu gösterecektir. Bu koruma, Hakemlik Mahkemesi'nin kararın önceki bölümünde yaptığı bir değerlendirme ile beraber okunmalıdır.

b) Hakemlik Mahkemesi'nin Kendine Has Ekonomik Yaşam Şartına Getirdiği Alan Kısıtlaması:

Kendine has ekonomik yaşam şartı ile bağlantılı önem arz eden temel bir husus, kendine has bir ekonomik yaşamı oluşturan ekonomik faaliyetin, hangi alanda gerçekleşmesi gerektiğidir. Bu çerçevede Hakemlik Mahkemesi, bitişik deniz alanları bağlamında, bir adasal yapının muhtemel münhasır ekonomik bölge, kıta sahanlığı veya karasularından kaynaklanan ekonomik faaliyetlerin, söz konusu adasal yapıya ekonomik yaşam bahşetmek için yeterli olup olmadığı şeklin-

deki hayati soruyu sormuştur.⁴² Bu sorunun cevabı açısından, muhtemel münhasır ekonomik bölge ve kıta sahanlığı ile karasuları arasında bir ayırım yapmıştır. Gerçekten de Hakemlik Mahkemesi, muhtemel münhasır ekonomik bölge veya kıta sahanlığından kaynaklanan ekonomik faaliyetlerin, BMDHS'nin 121/3. maddesi çerçevesinde zorunlu olarak dışlanması gerektiğini, zira maddenin, bir adasal yapının hangi şartlar altında münhasır ekonomik bölge ve kıta sahanlığı sahibi olup olmayacağını düzenlediğini, dolayısıyla muhtemel münhasır ekonomik bölge ve kıta sahanlığı alanında mevcut bir ekonomik faaliyetin, bu adasal yapıya bu alanların bahşedilmesi için yeterli kabul edilmesinin abes olacağını belirtmiştir.⁴³

Hakemlik Mahkemesi, karasuları için farklı bir yaklaşım gerektiğini, zira bir med yüksekliğinin BMDHS'nin 121/3. maddesi çerçevesinde zaten karasularına sahip olduğunu belirttikten sonra şu değerlendirmeyi yapmıştır:⁴⁴

"...121/3. madde, ekonomik yaşamın adasal yapının kendisiyle bağlantısını gerektirmektedir. Mahkeme'ye göre bu ibare, bitişik suların ziyade, ekonomik yaşam ile adasal yapının bizatihi kendisi arasında bir bağlantı gerektirmektedir. Buna göre karasularındaki ekonomik faaliyet, yerel halk sayesinde veya başkaca bir şekilde, adasal yapının kendisi ile bağlantı kurulması şartıyla adasal yapının ekonomik yaşamının bir parçasını oluşturabilir. Küçük bir kayayı çevreleyen karasularında avlanan ve kayayı kullanmayan açık deniz balıkçıları, bu adasal yapıya kendine has bir ekonomik yaşam vermek için yeterli değildir. Aynı durum, kendisini kullanmadan bir adasal yapıya bitişik deniz yatağında bulunan mineral kaynakları çıkarma amacına tahsis edilen bir teşebbüs için de geçerlidir."

Söz konusu tespit, kararın kendine has ibaresinin yorumuna ilişkin 500. paragrafındaki tespit ile beraber değerlendirildiğinde, karasularında icra edilen ekonomik faaliyetin o adasal yapının kendine has bir ekonomik faaliyeti olarak kabulü için, hem ağırlıklı olarak dışarıdan tedarik edilen kaynaklara dayanmaması ve yerel halkın katılımı ile icra edilen bağımsız bir ekonomik yaşamın sürdürülmesini sağla-

⁴² Ibid, para, 501.

⁴³ Ibid, para, 502.

⁴⁴ Ibid, para, 503.

yacak yeterliliğe sahip olması hem de yerleşik halkın bu faaliyetten pay alması ve o adasal yapının bu faaliyette kullanılması gerekecektir. Bu tespitler ile Hakemlik Mahkemesi'nin, Bowett'in önceden ileri sürdüğü, kendine has ibaresinin, bir devletin ana kara kaynaklarına dayanarak, münhasır ekonomik bölge ve kıta sahanlığı sahibi olmayan bir kayada, yapay bir ekonomik yaşam oluşturmamasını önlediği yönündeki görüşünü⁴⁵ onaylamış olduğu söylenebilir. Fakat her halükarda Charney'in daha önce ileri sürdüğü, bir adasal yapının karasularında bulunan değerli hidrokarbon veya balık rezervlerinin işletilmesi neticesi elde edilen gelirin, dışarıdan kaynak tedariki ile bu adasal yapıya kendine has bir ekonomik yaşam bahşedebileceği görüşü⁴⁶ geçersiz kılınmıştır.

Şu halde Hakemlik Mahkemesi, sadece o adasal yapının kaynakları ile yürütülemeyecek, önemli miktarda yatırım gerektiren ve bu ölçüde gelir getiren, o adasal yapı halkı dışındaki bir halk için daha fazla anlam ifade eden, petrol-doğalgaz (veya diğer ekonomik değeri fazla cansız kaynaklar) arama ve sondajı gibi doğası gereği büyük çaplı bir nitelik arz eden veya büyük çaplı açık deniz balıkçılığı gibi ekonomik faaliyetleri, kendine has terimi dışında bulmaktadır.

Görüldüğü gibi Hakemlik Mahkemesi, kendine has ekonomik yaşam şartını, sadece adasal yapının kendisine ve karasularına hasretmiş ve fakat karasularındaki faaliyetleri de şartlara bağlamıştır; münhasır ekonomik bölge ve kıta sahanlığını ise bu tartışmadan tamamen dışlamıştır. Bir başka ifadeyle, kendine has bir ekonomik yaşam şartının tatminini sağlayacak ekonomik faaliyetlerin icra edildiği alanı kısıtlamıştır. Böylece, gelişmiş sanayici devletlerin, esas itibarıyla diğer devletlerin deniz yetki alanları ile insanlığın ortak mirasını oluşturan alana tecavüz ederek, 200 millik genişliğe sahip deniz yetki alanları elde etmelerinin önüne geçmiş ve bunu sağlayacak ihtimali daraltmıştır. Şöyle ki; bir defa bir med yüksekliği küçük ise zaten üzerinde bir ekonomik faaliyet yapmak mümkün değildir. Bunun, karasuları içinde ekonomik getirisi olan bir doğal kaynak bulunma ihtimali de azdır; zira en fazla 12 millik karasuları alanı sahibi olabilecektir. Eğer tesadüf eseri, münhasır ekonomik bölge ve kıta sahanlığı ile kıyaslandığında

⁴⁵ Bowett, s. 34.

⁴⁶ Söz konusu görüş ve bir örnek için bkz: Charney, s. 870.

oldukça dar kalan bu deniz alanında ekonomik değeri olan bir doğal kaynak bulunuyorsa, bunun, kendine has bir ekonomik yaşam şartını karşılayıp karşılamadığını tespit için yukarıda değindiğimiz kriterler çerçevesinde değerlendirme yapılacaktır. İşte koruma da bu noktada kendisini göstermektedir.

Gerçekten de Hakemlik Mahkemesi aksi bir yorum yapmış olsaydı, gelişmiş sanayici devletlerin ve/veya bunların tabiiyetindeki çokuluslu şirketlerin ve devlet kapitalizmini benimsemiş, otoriter-totaliter rejimlerin, o adasal yapının çevresindeki deniz alanında bulunan doğal kaynakları işletmek için o yapıları modifiye etmek suretiyle, oralara insan yerleştirmelerinin ve ekonomik faaliyet için kullanmalarının önü açılmış olacaktı. Böylece, coğrafya yeniden şekillendirilmekle kalmayacak, adeta yeniden yaratılacaktı. Bunun çevresel olumsuz etkileri bir yana, bu ihtimalde, küçük bir adasal yapı, gelişmiş sanayici devletlerin çok büyük bir deniz alanına tecavüzlerini mümkün kılacaktı. Bu tecavüz edilen deniz alanı da hem diğer devletlere ait anakaraların ve gerçekten yerleşimin ve kendisine has bir ekonomik yaşamın bulunduğu diğer devletlere ait adaların deniz yetki alanları hem de insanlığın ortak mirasını oluşturan deniz alanı olacaktı. İşte Hakemlik Mahkemesi'nin yukarıda değinilen tespitleri, bu ihtimali bertaraf etmiştir. Böylece doktrinde daha önce de dikkat çekildiği gibi eskiden uzak ve ilgisiz olan ev sahiplerinin, şimdi, esas olarak çevresindeki okyanus kaynaklarına yönelik heves ve istekleri için bir ada üzerinde ortaya attıkları iddiaların, deniz alanı elde etmeye engel olması sağlanmıştır.⁴⁷

C) Hakemlik Mahkemesi'nin BMDHS'nin 121/3. Maddesine İlişkin Değerlendirmelerini Somut Adasal Yapılara Uygulaması:

a) Johnson, Cuarteron, Fiery Cross ve Kuzey Gaven Resifleri ve Modifikasyonun Etkisi(zliği)

Hakemlik Mahkemesi, BMDHS'nin 121/3. maddesinde düzenlenen şartlar için tespit ettiği kriterleri, somut olarak Scarborough sığ-

⁴⁷ Jon M. Van Dyke-Robert A. Brooks, "Uninhabited Islands: Their Impact on the Ownership of the Oceans Resources", *Ocean Development and International Law Journal*, Vol: 12, No: 3-4, s. 286.

lığı ve Spratlyleri oluşturan ve uyuşmazlık konusu olan bazı adasal yapılar açısından değerlendirmiştir. Bu değerlendirme faaliyetinde de insan eliyle yapılan modifikasyonların durumu gündeme gelmiştir.

Hakemlik Mahkemesi, ilk önce Scarborough sığılığının durumunu değerlendirmiştir. Fakat burada insan eliyle yapılan bir modifikasyon faaliyeti bulunmadığı için bu konuda bir tespit yapmamıştır. Sadece bu sığığın, kararda belirtilen kriterleri karşılamaması nedeniyle bağımsız olarak kendine has bir ekonomik yaşama elverişli bulunmadığına ve dolayısıyla hukuken kaya statüsünü haiz olduğuna hükmetmiştir.⁴⁸

Hakemlik Mahkemesi, daha sonra Johnson resifinin statüsünü tespit etmiştir.⁴⁹ Bir defa Hakemlik Mahkemesi, Johnson resifinin BMDHS'nin 121/3. maddesi çerçevesinde bir kaya olduğunu belirtmiştir. Zira Hakemlik Mahkemesi'ne göre söz konusu resifin su üstünde kalan kesimi, tatlı su, bitki örtüsü ve yaşam alanından mahrumdur; aynı zamanda küçük ve çorak olması itibariyle, insan yerleşimi ve kendine has ekonomik yaşama yeterli ve elverişli değildir. Görüldüğü gibi Hakemlik Mahkemesi, söz konusu resifin, BMDHS'nin 121/3. maddesindeki şartları karşılamamasının nedenini, küçüklüğüne ve dolayısıyla yaşam alanına sahip olamamasına, çoraklığına ve bu bağlamda tatlı su kaynakları ve bitki örtüsünden mahrum olmasına bağlamıştır.

Hakemlik Mahkemesi ayrıca, Çin'in resif üzerinde giriştiği yapılaşma faaliyetine de değinmiştir.⁵⁰ Hakemlik Mahkemesine göre Çin'in resifteki resmi varlığı, resifin su üstünde kalan kısmı üzerine inşa ettiği tesis sayesinde mümkün olmuştur. Demek ki Hakemlik Mahkemesi, o tesis inşa edilmemiş olsaydı, Çin'in resif üzerinde resmi bir varlık vücuda getirmesinin söz konusu olamayacağını kabul etmiştir. Bu bağlamda Çin'in resifteki varlığının, zorunlu olarak dışarıdan erzak tedarikine bağlı olduğunu ve 1988'de Çin'in resmi varlığı başlamadan önce, resif üzerinde insan faaliyetine ilişkin bir delil bulunmadığını belirtmiştir. Bu noktada Hakemlik Mahkemesi, bir adasal yapının, insan eliyle yapılmış modifikasyondan önceki doğal hali esas alınarak değerlendirilmesi gerektiği yönündeki, yukarıda da belirtilen tespitine atıf yapmış ve Çin'in yaptığı inşaatın, resifin statü-

⁴⁸ Bkz: 'The South China Sea Arbitration Award', para, 554-556.

⁴⁹ Bkz: Ibid, para, 557-558.

⁵⁰ Ibid, para, 559.

sünü, kayadan adaya yükseltmeyeceğini belirtmiştir. Dikkat edilirse burada Hakemlik Mahkemesi, yapay ada meselesine ilişkin bir tespit yapmayı, sadece modifikasyonun kayanın statüsünü arttırmayacağını vurgulamıştır. Fakat modifikasyonun statüyü etkilemeyeceğine yönelik tespiti yoruma mahal bırakmayacak kadar açıktır.

Hakemlik Mahkemesi'nin, Cuarteron resifi, Fiery Cross resifi ve Kuzey Gaven resifi ile ilgili tespitleri de Johnson resifi hakkında tespitleri ile paraleldir.⁵¹ Bu bağlamda Hakemlik Mahkemesi, her üç resifi de kaya olarak kabul etmiştir. Hakemlik Mahkemesi, Johnson resifi ile benzer gerekçelerle, söz konusu üç resifin, insan yerleşimi ve kendine has ekonomik yaşama yeterli ve elverişli olmadıklarını belirtmiş ve bu resiflerde Çin'in giriştiği arazi ıslahı ve diğer modifikasyon faaliyetlerinin, hukuki durumu etkilemediğini ve hukuken bir kayayı ada haline getiremeyeceğini, aslolanın adasal yapının statüsünün doğal haliyle tespit edilmesini olduğunu tekrar ve ısrarla vurgulamıştır. Aynı durum, McKennan resifi hakkında Hakemlik Mahkemesi'nin yaptığı tespitler için de geçerlidir.⁵² Fakat söz konusu resifte hiçbir devlet arazi ıslahı vb. faaliyetler icra etmediği için Hakemlik Mahkemesi, modifikasyonun bu kayanın statüsüne etkisizliğini vurgulama gereği duymamıştır.

b) Spratlyleri Oluşturan Diğer Küçük Adasal Yapılardaki, Doğal Olmayan İnsan Yerleşimi ve Modifikasyonun Etkisi(zliği)

Hakemlik Mahkemesi, 121/3. maddede düzenlenen şartlar için tespit ettiği kriterleri, Itu Aba ve South-West Cay, North-East Cay, Thitu, West York vb. gibi Spratly grubunu oluşturan diğer adasal yapılara da uygulamıştır. Burada da insan eliyle yapılan modifikasyonların durumu gündeme gelmiştir.

Bu incelemeye başlamadan önce Hakemlik Mahkemesi, adalardaki tesisleşme ve personel bulundurmaya yönelik bir tespit yapıp, bu konuda benimseyeceği yöntemi açıklamıştır.⁵³ Bir defa Hakemlik

⁵¹ Cuarteron resifi için bkz: Ibid, para, 560-562; Fiery Cross resifi için bkz: Ibid, para, 563-565; Kuzey Gaven resifi için bkz: Ibid, para, 566-568.

⁵² Bkz: Ibid, para, 569-570.

⁵³ Bkz: Ibid, para, 578.

Mahkemesi, Spratly grubunu oluşturan adasal yapıların önemli bir kısmının, sahildevletlerin biri veya diğeri tarafından kontrol edildiğini, bunlar üzerine tesisler inşa edilip, personel yerleştirildiğini ve fakat bu mevcudiyetin, askeri ve resmi bir mahiyet gösterdiğini ve dışarıdan tedarik ile yürütüldüğünü açıkça ifade etmiştir. Bu bağlamda Hakemlik Mahkemesi, birçok med yüksekliğinin doğal hallerinin, bu tesisleşme faaliyeti neticesi ciddi şekilde değiştirildiğini belirtmiştir. Buna ek olarak Hakemlik Mahkemesi, söz konusu yapılar üzerindeki yapılaşma ve insan yerleştirme faaliyetinin, uyuşmazlık halindeki devletlerin çıkarlarına bağlı olarak, bu adasal yapıların münhasır ekonomik bölgelerini azaltmak veya arttırmak için kasıtlı bir girişimin makyajı olma ihtimaline dikkat çekmiştir. Hakemlik Mahkemesi, her ne kadar yargılama yapan bir makam sorumluluğu ile buna kesin ve açık bir hüküm olarak değil de bir ihtimal olarak dikkat çekse de aslında, söz konusu devletlerin amacının bu yapılara dayanarak, Güney Çin Denizi'nin bir kısmını münhasır ekonomik bölge hakkı dâhilinde elde etmek ve uyuşmazlığın diğer taraflarının münhasır ekonomik bölge alanlarını azaltmak olduğu şüpheden uzaktır. İşte bu nedenle Hakemlik Mahkemesi, münhasır ekonomik bölge kavramının ortaya çıkışından ve insan eliyle yapılan modifikasyonlardan önce, tarihi kayıtlar temelinde söz konusu adasal yapıların durumlarını insan yerleşimi ve kendine has ekonomik yaşam bağlamında inceleyeceğini belirtmiştir. Böylece Hakemlik Mahkemesi, yapılan makyajı dikkate almayan ve kararın başından itibaren sürdürdüğü anlayışı, diğer Spratly yapılarının BMDHS'nin 121/3. maddesi çerçevesinde değerlendirmesinde de bir yöntem olarak takip etmiştir.

Hakemlik Mahkemesi'nin benimsediği yöntem çerçevesinde yaptığı incelemede, konumuz açısından önem arz eden temel tespiti, söz konusu adasal yapılar üzerindeki tesisleşme faaliyetinin ve bunlar üzerinde genellikle resmi görev kapsamında önemli miktarda barındırılan personelin, insan yerleşimi ve kendine has bir ekonomik yaşam şartlarını karşılayıp karşılamadığı retorisiyle bağlantılıdır.⁵⁴

Hakemlik Mahkemesi bu soruya, BMDHS'nin 121/3. maddesindeki insan yerleşimi şartı açısından olumsuz cevap vermiştir.⁵⁵ Zira

⁵⁴ Ibid, para, 617.

⁵⁵ Bkz: Ibid, para, 620.

Hakemlik Mahkemesi'ne göre bu insanlar, ağırlıklı olarak dışarıdan yapılan erzak tedarikine bağlı şekilde yaşamaktadır. Bu insanların mevcudiyeti, o adasal yapıların bizatihi kendileri tarafından sağlanmamakta, tersine, anakara ile devamlılık arz eden bir erzak ve haberleşme kanalı ile sağlanmaktadır. Askeri ve diğer resmi personel, çeşitli egemenlik iddialarını destekleme çabası bağlamında söz konusu adasal yapılarda konuşlandırılmıştır. Yine Hakemlik Mahkemesi'ne göre bu personelin kendi iradeleriyle oralara yerleştikleri konusunda bir delil yoktur ve eğer mevcudiyetleri için resmi ihtiyaç ortadan kalkmış olsa, hiçbiri oralarda kalmaya devam etmeyecektir. Bu çerçevede Hakemlik Mahkemesi, Thitu ve Itu Aba gibi yapılardaki sivilleri de içine alan insan yerleşiminin, resmi nedenli motivasyonlara dayandığını ve bu adasal yapılar üzerinde bir egemenlik uyuşmazlığı bulunmasaydı, gerçekleşmeyeceğini belirtmiştir.

Görüldüğü gibi Hakemlik Mahkemesi, bu insanların mevcudiyetinin tipik bir yerleşim olmadığını, doğal olmayan bir yerleşim olduğunu, uyuşmazlık halindeki devletlerin egemenlik iddialarına dayandığını açıkça belirtmiştir. Bu bağlamda daha önce, söz konusu adasal yapılara insan yerleştirme faaliyetinin, münhasır ekonomik bölge alanı kazanmak için bir makyaj olma ihtimaline dikkat çekerken, egemenlik uyuşmazlığı bağlamında bu faaliyetin, aslında bir makyaj olduğunu, bir makyaj olduğunu açıkça vurgulamadan belirtmiştir. Böylece, bir gerçeği, bir yargılama makamının sorumluluğu çerçevesinde ifade etmiştir. Gerçekten de uyuşmazlık tarafı devletlerin, söz konusu adasal yapılar üzerine insan yerleştirmek suretiyle yaptıkları makyaj, tipik bir egemenlik gösterisidir.

Hakemlik Mahkemesi ikinci sorusuna ilişkin olarak ise söz konusu adasal yapılardaki tesisleşme faaliyetinin BMDHS'nin 121/3. maddesindeki kendine has ekonomik yaşam şartını karşılamadığını, yukarıda belirtilen, kararın 543. paragrafındaki tespitleri çerçevesinde vurgulamıştır.⁵⁶ Dolayısıyla söz konusu adasal yapılar, hukuken kayadır. Nitekim Hakemlik Mahkemesi, Spratly adalarını oluşturan med yüksekliklerinin tümünün, BMDHS'nin 121/3. maddesi anlamında hukuken kaya statüsünde olduklarını ve dolayısıyla münhasır ekono-

⁵⁶ Ibid, para, 623-624.

mik bölge ve kıta sahanlığı sahibi olamayacaklarına hükmetmiştir.⁵⁷ Hakemlik Mahkemesi bu noktada, BMDHS'nin 121/3. maddesinin amacına ilişkin yukarıda da belirttiği görüşleri bir kez daha ifade ederek teyit etmiştir.⁵⁸ Buna göre kendine has bir ekonomik yaşam şartını taşımayan kayalar, ülkesel egemenlik iddialarına konu olabilir ve 12 mil karasuları hakkına sahiptir. BMDHS'nin 121/3. maddesinin etkisi, bu kayaları sadece doğal kaynaklar için kontrol eden devletlerin, yerleşilmiş bir ülke parçasının sahip olduğu deniz yetki alanları ile insanlığın ortak mirası için ayrılmış deniz alanına tecavüz ederek, 200 millik münhasır ekonomik bölge ve kıta sahanlığına sahip olmasını önlemektir. Demek ki BMDHS'nin 121/3. maddesinde yer alan şartlar, hem diğer devletleri hem de esas olarak insanlığın ortak mirası olarak kabul edilen ulusal yetki ötesindeki deniz alanını korumaktadır.

5) Kararın İnsanlığın Ortak Mirası ve Diğer Devletleri Koruyan Bağlamı:

Hakemlik Mahkemesi kararının inceleme konusu bölümlerinde, yukarıda da belirtildiği gibi insanlığın ortak mirasını oluşturan Bölge ile diğer devletlerin deniz alanlarını koruyan önemli tespitleri bulunmaktadır. Hakemlik Mahkemesi'nin bu koruma sonucuna ulaşmasında, şüphesiz BMDHS'nin 121. maddesini amaçsal açıdan yorumlayarak, maddede ada ve kaya ayrımı yapılmasının temel nedenini, insanlığın ortak mirası olarak kabul edilen ve ulusal yetki sınırları ötesindeki deniz yatağı ve onun toprak altını oluşturan alanın daralmasını önlemek olarak değerlendirmesinin önemli rolü vardır.

Bu bağlamda, Hakemlik Mahkemesi'nin Bölge'yi ve diğer devletlerin deniz alanlarını koruyan tespitleri şöyle özetlenebilir: İnsan eliyle yapılan modifikasyonlar, adasal yapıların hukuki statüsünü etkilememektedir. Her ne kadar Hakemlik Mahkemesi açıkça bu tespiti yapmasa da bir cezir yüksekliği üzerine yapılan modifikasyonun, yapay ada teşkil ettiği söylenebilir. Aynı şekilde bir med yüksekliğine yapılan modifikasyon da BMDHS'nin 121/3. maddesi çerçevesinde kaya statüsünde olan bir yapıyı, BMDHS'nin 121/2. maddesi uyarınca tam yetkili ada haline getiremez. Adasal yapıların, cezir yüksekliği mi,

⁵⁷ Ibid, para, 646.

⁵⁸ Ibid, para, 624.

kaya mı yoksa tam yetkili ada mı oldukları, çıplak, yani, doğal hallerine göre tespit edilecektir. Yine, bir adasal yapıya, dışardan erzak tedariki veya askeri personel konuşlandırmak suretiyle, BMDHS'nin 121/3. maddesindeki insan yerleşimi şartını karşılamaya yönelik göstermelik ve yapay uygulamalarla büyük deniz alanları elde edilemez. Bunun gibi BMDHS'nin 121/3. maddesinde yer alan, kendine has ekonomik yaşam şartı, sadece o adasal yapının üstüne hasredilmiş, karasularındaki faaliyetler şarta bağlamış ve söz konusu adasal yapının muhtemel kıta sahanlığı ve münhasır ekonomik bölgesindeki faaliyetler de tamamen dışlanmıştır.

Hakemlik Mahkemesi'nin bu yorumları, ekonomik, siyasi ve askeri açıdan gelişmiş sanayici devletler aleyhine bazı sonuçlar ortaya koymuştur. Gerçekten de ekonomik ve siyasi açıdan liberal bir rejim benimsemiş sanayici devletlerin ve inceleme konusu uyuşmazlığın tarafı olan Çin gibi otoriter veya totaliter usullerle, devlet kapitalizmini benimsemiş rejimlerin, BMDHS'nin 121/3. maddesinde yer alan şartları taşımayan adasal yapılar üzerinde, sahip oldukları ekonomik, politik ve askeri imkânlarla yapacakları modifikasyonların, hukuken, o adasal yapıların statüsünü etkilemeyeceği, dolayısıyla da söz konusu küçük coğrafi formasyonlara dayanarak, oldukça geniş deniz alanları elde edemeyecekleri ortaya konmuştur. Bir başka ifadeyle söz konusu devletler, modifikasyon uygulaması ile oldukça geniş bir deniz alanını, insanlığın ortak mirasından çıkarıp, kendi yetki alanlarına dâhil edemeyecekleri gibi diğer devletlerin deniz alanlarını da bu şekilde daraltamayacaklardır.

Eğer Hakemlik Mahkemesi, yukarıda değinilen doktrinin görüşleri çerçevesinde söz konusu devletlere bu imkânı verecek bir yorum yapsaydı, adeta coğrafyanın yeniden yaratılmasına neden olacaktı. Zira bu durumda, söz konusu devletler, tıpkı Çin'in inceleme konusu uyuşmazlıkta yaptığı gibi sahip oldukları maddi gücü kullanarak, çok küçük adasal yapıları veya cezir yüksekliklerini modifiye edip, bunlara dayanarak insanlığın ortak mirasını teşkil eden deniz alanına ve diğer devletlerin deniz alanlarına tecavüz imkânına sahip olacaklardı. Zira söz konusu adasal yapılar, bu modifikasyonlar neticesi, BMDHS'nin 121/2. maddesi anlamında tam yetkili ada olarak kabul edilecek ve sınırlandırmada dikkate alınarak, hem diğer devletlerin deniz alanlarını (mesela anakaraların ürettiği deniz alanlarını) daraltacak hem

de insanlığın ortak mirasını oluşturan deniz alanlarını, uluslararası toplum aleyhine daraltacaklardır. İşte Hakemlik Mahkemesi, çevreye ve biyolojik çeşitliliğe de son derece olumsuz etkisi olabilecek bu uygulamayı önleyen bir yorum yapmıştır.

Aynı şekilde, Hakemlik Mahkemesi'nin BMDHS'nin 121/3. maddesinde yer alan insan yerleşmesi şartına ilişkin yorumu da söz konusu devletlerin aleyhine sonuç doğurmuştur. Zira böylece gelişmiş devletlerin, bu şartı karşılamak için adasal yapılara asker-sivil resmi görevliler yerleştirerek egemenlik gösterisi yapmalarına ya da hukuken bir kayanın sanki üzerinde insan yerleşmesi varmış gibi makyajlanmasına set çekilmiştir. Zira liberal rejimler parayla, devlet kapitalizmi uygulayanlar veya diğer otoriter-totaliter rejimler ise zorla, bu tip adasal yapılarda insan bulundurma kudretine sahiptir. Böylece bu tip devletlerin bu uygulamayla tüm uluslararası toplum ve diğer devletler aleyhine çok büyük bir deniz alanı ele geçirmeleri önlenmiştir.

Hakemlik Mahkemesi'nin modifikasyonun adasal yapının statüsünü etkilemeyeceğine ilişkin tespiti aslında, uluslararası deniz yatağının insanlığın ortak mirası olarak kabul edilmesinin amacı ile paraleldir ve esas itibarıyla aynı mantığa dayanmaktadır. Uluslararası deniz yatağı, insanlığın ortak mirası olarak kabul edilip, bu alanın yönetimi ve kaynaklarının işletilmesi için her ne kadar sonradan sulandırılacak olsa da BMDHS'de özel düzenlemeler getirilmiş olmasının amacı, ekonomik açıdan sanayisi gelişmiş devletlerin, diğerleri aleyhine bu alanı, tek başlarına kullanmalarını önlemektir. Aşağıda belirtileceği gibi gelişmiş sanayici devletlerin gönülsüzlüğüne ve muhalefetine rağmen bu mantık, pozitif bir düzenleme altına alınmıştır. Hakemlik Mahkemesi kararının önem ve özelliği de bu noktada kendisini göstermektedir. Bu bağlamda, yukarıda belirtildiği gibi karar ile gelişmiş sanayici devletlerin, adasal yapıları modifiye ederek statülerini arttırmaları engellenmiş, böylece bunların, diğer devletlerin aleyhine büyük deniz alanlarına kavuşmasının önüne geçilmiştir. Demek ki Hakemlik Mahkemesi pozitif düzenlemenin aslına ve amacına uygun bir yorum ortaya koymuştur. Aslında bu durum, BMDHS'nin hazırlık çalışmaları esnasındaki, özellikle deniz yatağının durumuna ilişkin ekonomi-politik tartışmalarla beraber okunduğunda, bugün için daha fazla anlam kazanacaktır. Hemen belirtelim ki söz konusu tartışmanın, ekonomi-politik yönü itibarıyla pratik açıdan geçmişte kaldığı

değerlendirmesi yapılabilirse de deniz alanlarının durumu açısından ekonomi-politik tartışmalarla beraber veya bunlardan bağımsız olarak günümüze projeksiyonu olduğu göz önüne alınmalıdır. Şöyle ki;

Deniz hukuku açısından 1974 tarihi önemlidir. Zira III. Deniz Hukuku Konferansı'nın esasa ilişkin görüşmeleri, 1974'te Caracas'ta başlamıştır. 1970'li yılların temel özelliği, kapitalist ve sosyalist blok arasındaki ekonomi-politik çatışmanın yoğunlaşmasıdır. Gerçekten de bu on yıl, kapitalist blok için neo-liberal anlayışın doğduğu ve Reagan ve Thatcher'a hazırlanıldığı dönemi ifade eder. Aynı şekilde sosyalist blok için ise piyasaya alternatif olarak, yeni bir uluslararası ekonomik düzen tesisi girişimlerinin yapıldığı bir döneme işaret eder. İşte III. Deniz Hukuku Konferansı tam da bu ortamda başlamıştır. Hal böyle olunca da müzakerelerde, ekonomi-politik kaynaklı tartışmalar geniş yer tutmuştur. Bu, özellikle ulusal yetki sınırlarının ötesindeki deniz yatağı ve insanlığın ortak mirası kavramları üzerinde yoğunlaşmıştır. Bu ekonomi-politik kökenli tartışmalar, sömürgeciliğin tasfiyesi sürecinde, bağımsızlığını yeni kazanmış ve gelişmekte olan devletler ile gelişmiş sanayici devletler arasında 1960'larda cereyan eden tartışmaların devamı niteliğindedir. Bu çerçevede, III. Deniz Hukuku Konferansı'nın başladığı 1974 yılında, gelişmekte olan devletler, gelişmiş sanayici devletlerin itirazlarına rağmen, Sovyetler Birliği'nin desteğiyle Yeni Uluslararası Ekonomik Düzeni ilan etmiş ve bölgedeki kaynakların insanlığın ortak mirası olduğunu ve adil olarak paylaşılmasını öngören kuralların ortaya çıkmasına neden olmuşlardır.⁵⁹ Bu bağlamda Başlar, BMDHS'nin XI. kısmı için Yeni Uluslararası Ekonomik Düzenin ideolojik savaş alanına benzetmesi yapmış ve üçüncü dünya devletlerinin, insanlığın ortak mirası kavramını, yeni bir ekonomik düzeni hayata geçirme yönündeki istekleri için bir araç olarak kullandıklarını ve kendi geri kalmışlıklarını düzeltmenin bir yolu olarak gördüklerini belirtmiştir.⁶⁰ Nihayetinde, BMDHS'nin XI. kısmı, ulusal yetki sınırları ötesindeki deniz yatağı ve toprak altını insanlığın ortak mirası olarak kabul eden, bu alanda egemenlik ve mülkiyet hakkı tesisini reddeden, Otorite aracılığıyla, bu alanın söz konusu ulusla-

⁵⁹ Philippe Sands, *Hukuksuz Dünya, Küresel Kuralları Koymak ve Yıkarak*, (Çev. Bilge Firuze Çallı), Alfa, İstanbul, 2016, s. 204.

⁶⁰ Kemal Başlar, *The Concept of the Common Heritage of Mankind in International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, 1998, s. 210.

rarası örgütün bir organı olarak İşletme'nin etkinliği altında ve piyasa şartları dışında işletilmesini öngören bir sistem benimsenmiştir. Tabii ki Batılı müesses ekonomik nizamın yeni doğan aşamasına yönelik bu meydan okuma karşılıksız kalamazdı. Bu karşılık, deniz hukukuna yönelik en büyük kodifikasyon faaliyetini, kısmen sonuçsuz bırakmak üzere gelişmiş sanayici batılı devletler tarafından hemen verilmiştir. Böylece, deniz hukuku açısından yeni bir nizam yaratmak ve tüm devletleri bu rejime tabi kılmak amacı gerçekleşmeyecekti. Gerçekten de Reagan, Thatcher ve Kohl üçlüsü, müzakereleri on beş yıl süren BMDHS'ni, girişimciliği ve deregülasyonu baltaladığını iddia ederek imzalamayı reddetmişlerdir.⁶¹ Buradaki deregülasyon talebinin, kapitalizmin temelini teşkil eden *laissez faire* ilkesinin, neo-liberal ekonomi politikteki boyut değiştirmiş hali olduğu açıktır. Şüphesiz, ABD'de neo-muhafazakârlığın yükselmesinin sonucu olan Reagan ile kendisinin İngiliz versiyonu olan Thatcher'in, neo-liberalizmin şampiyonluğunu yapmaları gerçeği karşısında, bu durum şaşkıncı olmamıştır. Yeni Uluslararası Ekonomik Düzene de şiddetle karşı çıkan bu ikilinin temel talepleri, bölgedeki kaynaklara ilişkin olarak özel sektöre daha fazla keşif ve kullanım teşviki sağlanmasıdır ve bu anlamda, Reagan'ın temel itiraz noktasının, BMDHS düzenlemelerinin, bölgedeki mineral kaynakların tüm insanoğlu tarafından paylaşılmasını gerektiren, insanlığın ortak mirasına yönelik olduğu aktarılmıştır.⁶² 1970'lerin Yeni Uluslararası Ekonomik Düzeni, 1990'dan sonra yerini, sosyalist bloğun çökmesi ve liberalizmin (aslında neo-liberalizmin) zaferini ilan etmesiyle birlikte artık yeni ekonomik düzene bırakmıştır. Böyle bir ortamda, BMDHS'nin XI. kısmının değiştirilmesine yönelik girişimler yapılmış ve bu girişimler yeni bir anlaşma yapılması ile sonuçlanmıştır. Gerçekten de 28 Temmuz 1994'te New York'ta, "10 Aralık 1982 Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi'nin XI. Kısmının Uygulanmasına İlişkin Anlaşma" imzalanmıştır.⁶³ 1994 Anlaşması, söz konusu ekonomi-politik değişimlere ayak uydurmak ihtiyacının yanında,⁶⁴

⁶¹ Ibid., s. 45-46.

⁶² Bkz: Sands, s. 204-205 ve 9 no'lu dipnot.

⁶³ Bundan sonra kısaca "1994 Anlaşması" olarak anılacaktır. Metin için bkz: http://www.un.org/depts/los/convention_agreements/texts/unclos/closindxAgree.htm (23.11.2016).

⁶⁴ Nitekim 1994 Anlaşması, siyasi ekonomik değişimlere, piyasa ekonomisi ve liberalizmin etkilerine dayandırılmıştır. Bkz: Başlar, s. 219, Özman, 'Deniz Hukuku I',

Soğuk Savaş'tan zaferle çıkan kapitalist bloğun gelişmiş sanayici devletlerini de BMDHS'ye taraf yaparak, deniz hukukuna ilişkin ortak bir düzen yaratma ihtiyacının ürünüdür.⁶⁵ Anlaşma'nın 2/1. maddesine göre Anlaşma ile BMDHS'nin XI. kısmı, tek bir belge olarak yorumlanacak ve uygulanacak ve fakat çatışma durumunda, Anlaşma hükümleri esas alınacaktır. Demek ki 1994 Anlaşması düzenlemelerine, BMDHS'nin XI. kısmına nazaran üstünlük verilmiştir.

Peki, bu anlaşmanın getirdiği değişiklikler nelerdir? Aslında ABD'nin BMDHS'nin XI. kısmına yönelik itirazları, esas itibariyle, diğer sanayici devletlerin de itirazlar noktalarını oluşturur. Dolayısıyla Oxman'ın, ABD'nin bu itirazları ile 1994 Anlaşması'nın getirdiği düzenlemeleri karşılaştırması, XI. kısım ile 1994 Anlaşması arasındaki farkları göstermekte ve meseleyi açıkça ortaya koymaktadır. Buna göre şu konulardaki ABD itirazları, 1994 Anlaşması ile giderilmiştir: Karar mekanizması, üretim sınırı ve kotaları, zorunlu teknoloji transferi gibi yükümlülüklerin kaldırılması, maden şirketlerinin sisteme girişlerinin kolaylaştırılması, İşletme ile maden şirketlerinin aynı yükümlülüklerle tabi kılınması ve böylece İşletme'nin rekabet avantajlarının ortadan kaldırılması, maden şirketlerine getirilen finansal yükümlülüklerin kaldırılması, gözden geçirme konferansında sanayici devletlerin, tabii ki bu arada ABD'ni rızası olmadan XI. kısım ile ilgili değişiklikler yapılamaması, Genel Kurul'a verilen politika belirleme yetkisinin, Konsey ile paylaşılması.⁶⁶ Tüm bunlar, XI. Kısım düzenlemelerinin büyük oranda sanayici devletler lehine, piyasa koşulları çerçevesinde değiştirildiğini göstermektedir. Bununla beraber, ABD, BMDHS'yi imzalamayıp onaylamadığı gibi 29 Temmuz 1996'da imzaladığı 1994 Anlaşması'nı da halen onaylamamıştır.⁶⁷

s. 64-65.

⁶⁵ Nitekim Brown, 1994 Anlaşmasını, evrenselliğe dönüş olarak değerlendirmiştir. Bkz: E.D. Brown, "The 1994 Agreement on the Implementation of Part XI of the UN Convention on the Law of the Sea: breakthrough to universality", *Marine Policy*, Vol: 19, No:1, s. 5 ve 17-20.

⁶⁶ Bkz: Bernard H. Oxman, "Law of the Sea Forum: The 1994 Agreement on Implementation of the Seabed Provisions of the Convention on the Law of the Sea-The 1994 Agreement and the Convention", *American Journal of International Law*, Vol: 88, 1994, s. 689-696. 1994 Anlaşması'nın getirdiği düzenlemeler için ayrıca bkz: Brown, s. 9-18.

⁶⁷ Bkz: http://www.un.org/depts/los/reference_files/status2010.pdf (23.11.2016).

SONUÇ

Şurası açıktır ki bugün uluslararası toplumda, etkili bir ekonomi-politik tartışma yoktur. Zira sosyalist blok çökmüş ve artık kapitalizm zaferini ilan etmiştir. Bu sakıncalı görülebilir veya görülmeyebilir. Bu mesele inceleme konumuz değildir; fakat bir realitedir. Şüphesiz buna karşılık teorik çabalar sürdürülebilir.⁶⁸ Bununla beraber, hak ve yükümlülükler pozitif uluslararası hukuktan kaynaklandığına göre pozitif uluslararası hukukun temelini oluşturan ekonomi-politik altyapıyı görmezden gelmemekle beraber, pozitif uluslararası hukuk kuralları çerçevesinde hak, adalet ve eşitlik arayışlarına girmek gerekir. Bir başka ifadeyle mevcut realite ve bu realitenin dayattığı pozitif uluslararası hukuk içinde mevcut sorunlara çözüm bulmak gerekmektedir. Dolayısıyla günümüz uluslararası hukukunun liberal kural, ilke ve değerleri çerçevesinde, liberal rejimlere sahip gelişmiş sanayici devletlere ve devlet kapitalizmi uygulayan devletlere karşı genel olarak uluslararası toplumun ve uluslararası toplumun üyesi diğer devletlerin korunması gerekir. Zaten söz konusu devletler yeryüzünün kaynaklarını şimdiye kadar kullanmışlardır. Dolayısıyla en azından insanlığın ortak mirası gibi kavramlar ve bu kavramı oluşturan deniz alanlarının, pozitif uluslararası hukuk kuralları dayanak alınarak, bu devletlere karşı korunması önemlidir.

Realitenin neticesi olarak, sahip oldukları fiili güç ile okyanusun ortasında bir ada oluşturma veya küçük bir kayayı veya cezir yüksekliğini bayındır hale getirip, tam teşekküllü bir ada haline getirme imkânına veya bu adasal yapılara insan yerleştirme kudretine sahip devletlere, pozitif uluslararası hukuk kurallarına dayanarak (BMDHS hükümlerine) ve bu kuralları asıl amaçlarına uygun yorumlanarak, bu eylemlerinin hukuki sonuç vermemesi sağlanmıştır. Bu, mevcut sistem içinde mevzi ve fakat önemli bir başarıdır. Zira böylece, büyük devletlerin, kendi kıta sahanlıkları ve münhasır ekonomik bölgeleri ile yetinmeyip, diğer devletlerin kıta sahanlığı ve münhasır ekonomik bölge alanlarının bir kısmı ile Bölge'nin bir kısmını elde etmeleri ve bu alanlardaki kaynakları kullanmaları önlenmiştir. Aksi halde zaten ta-

⁶⁸ Bu konuda örnek bir çalışma için bkz: B.S. Chimni, "Marxism and International Law, A Contemporary Analysis", *Economic and Political Weekly*, Vol: 34, No: 6, February 6-12, 1999, s. 337-349.

rihi süreçte yeryüzünün kaynaklarını kullanarak bugün buldukları refah seviyesine ve ekonomik ve siyasi güce erişmiş devletlerle tarihi süreçte bu fırsatı yakalayamamış diğer devletler arasındaki uçurum her yönden artacak, adaletsizlik ve eşitsizlik boyutlanacaktır.

Bugün yeryüzü kaynaklarının işletil(e)mediği alanlar sınırlıdır. Derin deniz tabanları, III. Deniz Hukuku Konferansı'nda yapılan ekonomi-politik mücadele ile hukuken bu devletlerin elinden kurtarılmış ve Bölge'deki kaynakların, gelişmiş sanayici devletlerin değil de tüm insanlığın çıkarları için kullanılmasını pozitif uluslararası hukuka aktarılmıştır. Hakemlik Mahkemesi'nin inceleme konusu kararı da bu anlayış üzerine temellenen pozitif uluslararası hukuka uygun şekilde tecelli etmiştir.

Bugünün uluslararası hukuku daha çok, mevcut ekonomi-politiğin dayattığı norm boyutu üzerinde yapılan tartışmalar çerçevesinde dönmektedir. Dolayısıyla sistemdeki mevcut adaletsizlik ve eşitliklere mevcut sistem içindeki araçlarla karşı koymak tek çare ve başvurulacak yegâne yoldur. Bunun için de uluslararası yargı yolu, seçeneklerden birisidir. Nasıl ulusal hukuk sistemlerinde yargı organı, ulusal hukuk gerçek ve tüzel kişilerinin hak ve özgürlüklerini korumanın en etkili, çoğu zaman da tek etkili yolu ise aynı durum, uluslararası hukuk açısından da geçerli olabilir. İnceleme konusu uyuşmazlıkta Hakemlik Mahkemesi, siyasi ve ekonomik yayılmacılık ve esas itibarıyla hukuki kılıf altında (BMDHS'nin 121/3.maddesindeki şartları yapay olarak) ortaya konan kaba güce karşı, tüm uluslararası toplumu ve diğer devletleri korumuştur. Uluslararası hukukta bir yargı organının, hiçbir ekonomi-politik tartışmanın olmadığı bir dönemde, bu tartışmalara girmeden, mevcut piyasa şartları içinde, pozitif hukuk kurallarının amacına uygun bir yorumla verdiği bu karar, oldukça önemlidir ve uluslararası hukukun geleceğine umutla bakma nedenidir.

Kaynakça

Kitap ve Makaleler

- Aksar Yusuf, Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk II, Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, Seçkin, 2015.
- Andreeff Daniel, "Legal Implications of China's Land Reclamation Projects in the Spratly Islands", *New York University Journal of International Law & Politics*, Vol: 47, 2014-2015, s. 855-910.

- Başlar Kemal, *The Concept of the Common Heritage of Mankind in International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, 1998.
- Baykal Ferit Hakan, *Deniz Hukuku Çalışmaları*, Alfa, 1998.
- Bowett Derek W., *The Legal Regime of Islands in International Law*, Oceana Publications, 1979.
- Brown E.D., "The 1994 Agreement on the Implementation of Part XI of the UN Convention on the Law of the Sea: breakthrough to universality", *Marine Policy*, Vol: 19, No:1, s.5-20.
- Beckman Robert, "The legal framework for joint development in the South China Sea", *Recent Developments in the South China Sea Dispute: The Prospect of a Joint Development Regime*, (Ed. Wu Shicun, Nong Hong), Routledge, 2014, s. 51-65.
- Beckman Robert C., "The Philippines v. China Case and the South China Sea Disputes", *Territorial Disputes in the South China Sea: Navigating Rough Waters*, (Ed. Jing Huang, Andrew Billo), Palgrave Macmillan, 2015, s. 54-65.
- Charney Jonathan I., "Rocks That Cannot Sustain Human Habitation", *American Journal of International Law*, Vol: 93, 1999, s. 863-878.
- Dyke Jon M. Van- Brooks Robert A., "Uninhabited Islands: Their Impact on the Ownership of the Oceans Resources", *Ocean Development and International Law Journal*, Vol: 12, 1983, No: 3-4, s. 265-300.
- Jimenez Angelo A., "Philippines' Approaches to the South China Sea Disputes: International Arbitration and the Challenges of a Rule-Based Regime", *Territorial Disputes in the South China Sea: Navigating Rough Waters*, (Ed. Jing Huang, Andrew Billo), Palgrave Macmillan, 2015, s. 99-127.
- Kuran Selami, *Uluslararası Deniz Hukuku*, Arkan, 2006.
- Kwiatkowska Barbara-Soons Alfred H.A., "Entitlement To Maritime Areas Of Rocks Which Cannot Sustain Human Habitation Or Economic Life Their Own", *Netherlands Yearbook of International Law*, Vol: 21, December 1990, s. 139-181.
- Churchill R.R.-Lowe A.V., *The Law of the Sea*, Manchester University Press, Third Edition, 1999.
- Nguyen Thi Lan Anh, "Origins of the South China Sea Disputes", *Territorial Disputes in the South China Sea: Navigating Rough Waters*, (Ed. Jing Huang, Andrew Billo), Palgrave Macmillan, 2015, s. 15-35.
- Oxman Bernard H., "Law of the Sea Forum: The 1994 Agreement on Implementation of the Seabed Provisions of the Convention on the Law of the Sea-The 1994 Agreement and the Convention", *American Journal of International Law*, Vol: 88, 1994, s. 689-696.
- Özman M. Aydoğan (Çev.), *Birleşmiş Milletler Üçüncü Deniz Hukuku Konferansı Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi*, İstanbul Deniz Ticaret Odası, 1984.
- Özman Aydoğan, *Deniz Hukuku I, Kaynaklar, Kişiler, Nesnelere, Ulusal Deniz Alanları*, Turhan Kitabevi, 2006.
- Özturanlı Beyza, *Devletlerarası Tahkim*, Seçkin, 2016.

- Pazarcı Hüseyin, Uluslararası Hukuk Dersleri, II. Kitap, Gözden Geçirilmiş 7. Baskı, Turhan Kitabevi, 2003.
- Sands Philippe, Hukuksuz Dünya, Küresel Kuralları Koymak ve Yıkarak, (Çev. Bilge Firuze Çallı), Alfa, 2016.
- Symmons Clive Ralph, The Maritime Zones of Islands in International Law, Martinus Nijhoff Publishers, 1979.
- Toluner Sevin, Milletlerarası Hukuk Dersleri, Devletin Yetkisi (Yer ve Kişiler Bakımından Çevresi ve Niteliği), Gözden Geçirilmiş Dördüncü Baskı, Beta, 1996.

Başvuru ve Karar ve Metinleri

- Arbitration Under Annex VII of United Nations Convention On The Law Of The Sea, Republic of the Philippines V. People's Republic of China, Memorial of the Philippines, Volume: 1, 30 March 2014, <http://www.pcacases.com/pcadocs/Memorial%20of%20the%20Philippines%20Volume%20I.pdf>, (1.10.2016)
- PCA Case No: 2013-19, In The Matter Of The South China Sea Arbitration -before - An Arbitral Tribunal Constituted Under Annex VII To The 1982 United Nations Convention On The Law Of The Sea, -between- The Republic Of The Philippines -and- The People's Republic Of China, Award On Jurisdiction And Admissibility, 29 October 2015 <https://pcacases.com/web/sendAttach/1506> (1.10.2016)
- PCA Case No: 2013-19, In The Matter Of The South China Sea Arbitration -before - An Arbitral Tribunal Constituted Under Annex VII To The 1982 United Nations Convention On The Law Of The Sea, -between- The Republic Of The Philippines -and- The People's Republic Of China, Award, 12 July 2016, <http://www.pcacases.com/pcadocs/PH-CN%20-%2020160712%20-%20Award.pdf>

Diğer İnternet Kaynakları

- 1994 Anlaşması,
http://www.un.org/depts/los/convention_agreements/texts/unclos/closindxAgree.htm (23.11.2016).
http://www.un.org/depts/los/reference_files/status2010.pdf (23.11.2016).