

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. Sabiha Tekin, TBB Genel Sekreteri

Yayıncıdan Sorumlu Başkan Yardımcısı / Vice-

President Head of the Publishing Department
Av. Hüseyin Özbek

Genel Yayın Yönetmeni / Executive Editor

Av. Özlem Bilgilioğlu

Eşgüdüm Kurulu / Board of Coordination

Av. Hüseyin Özbek, TBB Başkan Yardımcısı
Av. Sabiha Tekin, TBB Genel Sekreteri
Av. Sabri Erdal Güngör, TBB Sayman Üye
Av. Özlem Bilgilioğlu

Yayın Kurulu

Özlem Bilgilioğlu

Türkiye Barolar Birliği Genel Yayın Yönetmeni

Gizem Özkan

Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk ABD
Araştırma Görevlisi

Mustafa Horuş

Türkiye Barolar Birliği Yayın İşleri Sorumlusu

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

Basım Tarihi / Printing Date : 24. 08. 2017

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 içine 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 **yayin@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 hakeme 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 telif ücreti ödenir. Yazarlara üç adet, hakemlere bir adet dergi gönderilir.

İÇİNDEKİLER / CONTENTS

7 BAŞKAN'DAN / FROM THE PRESIDENT

HAKEMLİ MAKALELER / REFEREED ARTICLES

9 Abdulkadir KARAARSLAN

Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuruda Kabul Edilebilirliğe Dair Bir Usul Sorunu Olarak Başvuru Yollarının Tüketilmesi Kuralı ve Kanunla Kurulan Tazminat Komisyonları / The Rule of Exhaustion of Remedies as a Procedural Problem Related to the Admissibility in the Individual Application to the Constitutional Court and Compensation Commissions Set Up under Law

55 Ahu KARAKURT EREN

Türk Ceza Kanunu'nda Gürültüye Neden Olma Suçu / Crime of Causing Noise in Turkish Penal Code

121 Ahmet BOZDAĞ

Ceza Muhakemesi Hukukunda Mağdurun Hukuki Yardım Alma Hakkı / Right to Legal Aid of Crime Victim in Criminal Procedure Law

147 Dr. Alihan AYDIN

Hakkında Ödemedi Men Kararı Verilen Çek İcra Takibine Konu Edilebilir Mi? –Yargıtay 12. HD'nin İçtihadının Eleştirisi– May a Check, on Which a Decision of Preclusion from the Payment Has Been Ren-Dered, Be Subject to an Enforcement Proceeding? –Commentary on the Jurisprudence of the 12th Civil Division of the Court of Appeals–

165 Metin İKİZLER

Eşlerin Çocuk Sahibi Olma Konusunda Uyuşmazlığa Düşmesi / Disagreement Between Spouses About Having Children

183 Ayşe Seda GÜLSEVEN

Türk Aile Hukukunda Toplumsal Cinsiyet Rollerini / Gender Roles in Turkish Family Law

231 Ahmet Fatih ÖZKAN

Türkiye'de Rekabet Mahkemelerinin Kurulması Çok Mu Uzak Bir İhtimal? / Is the Establishment of Competition Tribunals in Turkey a Remote Possibility?

287 Erdi ŞAFAK

Uluslararası Antlaşmaların Yargısal Denetimi Bağlamında KKTC Anayasa Mahkemesinin Vermiş Olduğu Kararın Türkiye Açısından Önemi / The Importance of the TRNC Constitutional Court Judgement from Turkey's Perspective in Relation to the Judicial Review of International Agreements

309 Özcan ALTAY

ABD Anayasal Düzeni Üzerinde Emperyal Başkanlık Gölgesi / The Shadow of the Imperial Presidency over the US' Constitutional Order

339 Gizem GÜLTEKİN VÁRKONYI

Yolcu İsim Kayıtlarının Terörle Mücadele Kapsamında Yurt Dışına Yasal Aktarımı: Avrupa Birliği Uygulamaları ve Türkiye / Legal Transmission of Passenger Name Records Abroad for Fighting Against Terrorism: European Union Practices and Turkey

383 Sibel YILMAZ

"İstisna Hali" Üzerinden Bir Egemenlik Kavramı Tartışması Schmitt ve Agamben'in Teorileri Hakkında Bir Çalışma / A Discussion in Terms of Sovereignty Based on the "State of Exception" a Study on Schmitt and Agamben's Theories

MAKALELER / ARTICLES

411 Talih UYAR

"Açık Artırma ile Yapılan Satışlarda Mülkiyetin Alıcıya Geçme Anı" ve "Satış İlanında Satılan Taşınmazın Bulunduğu Sokak Numarasının Yanlış Belirtilmiş Olmasının İhalenin Feshine Neden Olup Olmayacağı"

başkan'dan

Değerli Meslektaşlarım,

Adli yılın açılışı tüm vatandaşlarımızı ilgilendiren bir konudur. Mesele; adli tatilin bitip, mahkemelerin çalışmaya başlaması gibi bir tarihin anılması değildir. Mesele, bu ülkede yaşayan herkesin, yargı güvencesinde olması gerektiğinin açıklanması ve yargının gerçek sorunlarının konuşulmasıdır.

Savcı soruşturur ve suçlar. Hakim yargılar. Avukat ise savunur. Yani birbirine eşit olan bu üçlü yapı içerisinde vatandaşın temsilcisi, avukattır.

Adli yıl açılış törenine, Türkiye Barolar Birliği'nin keyfi bir Şekilde konuşmacı olarak davet edilmemesi, aslında vatandaşın susturulmak istenmesidir. 105 bin avukatın ve tüm barolarımızın temsilcisi olan Türkiye Barolar Birliği, 80 milyon vatandaşımız adına doğruları söylemeye devam edecektir. Türkiye Barolar Birliği hiçbir zaman susmamıştır ve susmayacaktır.

Türkiye'nin en büyük sorunu keyfiliktir.

Eğitimde keyfilik vardır; dış politikada keyfilik vardır; memur alımında keyfilik vardır; devlet ihalelerinde keyfilik vardır; toplumsal yaşamın her alanında keyfilik hüküm sürmeye başlamıştır. Bunun da sebebi, yargıda keyfiliktir.

Avukatların görevlerini icra ederken, maruz kaldıkları keyfi muameleler, vatandaşların adalete erişimini neredeyse imkansız kılar boyutlara ulaşmıştır.

Haklı haksız, suçlu suçsuz kavramları tamamen birbirine karışmıştır. Çünkü tüm yargı, siyasi iktidara bağımlı ve bu sebeple de taraflı hale getirilmiştir.

Avukatı, hakimi, savcısı ve adli personeliyle, tüm yargı mensupları doğru yapsa bile artık yaptığının doğruluğuna kimseyi ikna edemez duruma dşrlmştir. Bu sebeple toplumu ilgilendiren her soruşturma ve her dava bizi parçalara ayırmaktadır.

Yargıya güven, tarihin en düşük seviyesine inmiştir. Bu durum; Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin varlığını tehdit edecek derecede tehlikeli bir hal almıştır.

Layık olanın layık olduğu göreve gelmesi demek olan "liyakat ilkesi", "iktidardaki kişilere sadakat" tercihiyle yer değiştirmiştir.

Bizi, 15 Temmuz'da iç savaşın eşiğine getiren de budur.

Bugün, Gülençi olduğu söylenerek tasfiye edilenlerin devlet mekanizmasında boşalttığı yerlere, başka tarikat ve cemaatlerin yerleştirilmesinin arkasında da bu keyfilik vardır.

Yargının bağımlı ve taraflı yapısı ile savunma hakkının uluslararası ölçülerle izah edilemeyecek şekilde kısıtlanması en çok, Türkiye'yi yıkmak veya bölmek isteyen terör örgütleriyle, onları maşa olarak kullanan uluslararası güç odaklarının işine gelmektedir. Çünkü suçluyla suçsuzu, haklıyla haksızı birbirinden ayırt edecek yargısal mekanizma darmadağın durumdadır. Suçlular, masumların haklı feryatlarıyla aklanmaktadır.

Türkiye, üretime yönelik, iç ve dış yatırım yapılamaz bir ülke konumuna getirilmiştir. Çünkü yargısı güven vermemektedir. Dolayısıyla artan işsizliğin, fukaralığın da sebebi yargıdaki bu keyfiliktir.

Bu mesele, temsilcisi olduğumuz 105 bin avukatın en önemli meselesi olmanın ötesinde, tüm milletimizin temel meselesidir.

Terör örgütü mensubu olduğu gerekçesiyle, yabancı devletlerden iadesini talep ettiğimiz kişilerin iadesi, ancak tarafsız ve bağımsız bir yargıya sahip olursak sağlanabilir. Dış politikada itibarımız, ancak kendi vatandaşlarımızın hukuki güvenliğini sağlarsak artabilir. Ülkeye zarar veren terör örgütlerinin uluslararası meşruiyet kazanması ancak ülkemizde hukuku üstün kılsak önlenabilir.

Yeni Adli Yılın başlangıcında avukat, hakim, savcı, tüm meslektaşlarımıza ve adalet personeline keyfilikle hep birlikte mücadele edeceğimiz ve Türk Milleti adına başarı kazanacağımız bir dönem diliyorum.

Saygılarımla.

Av. Prof. Dr. Metin Feyzioğlu

Türkiye Barolar Birliği Başkanı

ANAYASA MAHKEMESİ'NE BİREYSEL BAŞVURUDA KABUL EDİLEBİLİRLİĞE DAİR BİR USUL SORUNU OLARAK BAŞVURU YOLLARININ TÜKETİLMESİ KURALI VE KANUNLA KURULAN TAZMİNAT KOMİSYONLARI*

THE RULE OF EXHAUSTION OF REMEDIES AS A PROCEDURAL
PROBLEM RELATED TO THE ADMISSIBILITY IN THE
INDIVIDUAL APPLICATION TO THE CONSTITUTIONAL COURT
AND COMPENSATION COMMISSIONS SET UP UNDER LAW

Abdulkadir KARAARSLAN*

Özet: İç hukuk yollarının tüketilmesi kuralının uluslararası hukuken temel ilkelerinden olduğu kabul edilmektedir. Bu kural uyarınca temel haklarının ihlal edildiğini iddia eden bireylerin uluslararası başvuru yollarını tüketmeden yerel başvuru yollarını tüketmesi gerekmektedir. Bu kural usule ilişkin bir kabul edilebilirlik kriteri olarak AYM tarafından da bireysel başvuruda uygulanmaktadır. Dolayısıyla bireylerin AYM'ye başvurmadan önce idari ve yargısal başvuru yollarını tüketmeleri gerekmektedir. Bu kuralın istisnaları bulunmaktadır. AYM'ye veya uluslararası bir mahkemeye başvurulduğu anda mevcut olmayan ancak yerel makamlarca sonradan kurulan başvuru yollarının da bazı durumlarda tüketilmesi gerekmektedir. Türkiye uygulamasında yasayla kurulan tazminat komisyonları bu kapsamda değerlendirilmelidir.

Anahtar Kelimeler: Başvuru Yollarının Tüketilmesi, Tazminat Komisyonları, Bireysel Başvuru

Abstract: The international rule of exhaustion of domestic remedies is considered as one of the basic rules in international law. A person alleging the breach of his/her individual rights should make use of domestic remedies before lodging an application to an international committee (court or another tribunal). This rule, being a procedural admissibility criteria, is also applied by the Turkish Constitutional Court during the examination of the individual application to the court. Thus, anyone who asserts that any of his/

* Bu makale, yazar tarafından Bilkent Üniversitesi Ekonomi ve Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Doktora programı çerçevesinde hazırlanmakta olan doktora tezinden türetilerek yazılmıştır. Makale doktora tezinde yer alan tespitleri ve varılan kanuları içermektedir.

** Bilkent Üniversitesi Ekonomi ve Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Doktora Öğrencisi, e-mail: abdul_kadirtr@yahoo.fr.

her fundamental constitutional rights was violated is first required to use other administrative and judicial mechanisms before lodging an application to the Constitutional Court. However, it is recognized that there are some exceptions to the rule of exhaustion of remedies. In some cases, the applicants are required to use the remedies that have been created after lodging an application to the Court. In Turkey, the Compensation Commissions set up by law should be recognized as such remedies.

Keywords: Exhaustion of Remedies, Compensation Commissions, Individual Application

GİRİŞ

Bireysel başvuru, temel hak ve hürriyetlerin ihlali neticesinde mağduriyete uğrayan kişilere, bu ihlallerin neticelerini ortadan kaldırma olanağı sağlayan bir hukuk yolu olarak tasarlanmıştır. Bu çerçevede, yoğun insan hakları ihlallerinin yaşandığı II. Dünya Savaşından sonra Federal Almanya'da ve diktatör Franco rejiminin¹ ardından gelen yeni anayasal dönemde İspanya'da bireysel başvuru uygulamasına yer verilmesi anlamlıdır. Bireysel başvuru kurumu ile bireylerin doğrudan etkilendikleri ve temel haklarını ihlal ettiklerini düşündükleri tüm kamu gücü işlemlerine karşı anayasa mahkemelerinden bizzat hukuki koruma talebinde bulunmalarına olanak sağlanması amaçlanmıştır.²

12 Eylül 2010 tarihinde halkoylamasına sunulurken kabul edilen 7 Mayıs 2010 tarihli ve 5982 sayılı Kanun ile Anayasamızda yapılan değişiklikle,³ Anayasa Mahkemesi'ne (AYM) bireysel başvuru usulü kabul edilmiş ve Mahkeme Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) ulusal düzeyde uygulanmasından ve insan haklarını etkin

¹ Franco diktatörlüğü boyunca, İspanya hukuk camiası insan hakları ve hukuk devleti ilkelerine bağlı yeni bir anayasal sistemin inşası amacıyla batı Avrupa demokrasilerine ve uygulamalarına bakmaktaydı. Diktatörlüğün sona ermesinden sonra ise, Avrupa insan hakları koruma sistemi ve mahkemesi İspanya'nın yeni anayasal düzeninin kurulmasında referans noktası oldu. 1978 tarihli İspanya Anayasası ile kurulan İspanyol Anayasa Mahkemesi 1949 tarihli Alman Temel Yasası çerçevesinde şekillendi. İspanyol Anayasa Mahkemesine temel hak ve hürriyetlerin ihlali iddialarını inceleme yetkisi tanındı. Bkz. Luis Lopez Guerra, "Spain and the European Court of Human Rights: Individual Applications and Recourse de Amparo", *Journal of Constitutional Law*, Vol. 4, Issue 7, Ankara, 2015, s.68 vd.

² Ece Göztepe, *Anayasa Şikâyeti*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 530, AÜHF, Döner Sermaye Yayınları No: 45, Adalet Matbaacılık, Ankara, 1998 s.3.

³ Halkoylamasında seçmenlerin %57,88'i "evet", %42,12'si ise "hayır" oyu kullanmıştır. Resmî sonuçlar için bkz. 23 Eylül 2010 tarih ve 27708 sayılı Resmî Gazete.

şekilde korumaktan sorumlu kılınmıştır.⁴ Bu düzenleme uyarınca, Anayasa'da güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, AİHS kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından ihlal edildiği iddiasıyla AYM'ye başvurabilme olanağı getirilmiştir. Diğer bir ifadeyle bireysel başvuru, temel hak ve hürriyetleri yasama, yargı ve yürütme organı işlem, eylem ve ihmalleri nedeniyle ihlal edilen bireylerin başvurabildikleri kendine özgü bir başvuru yolu olarak hukuk sistemine dâhil olmuştur.

Bireysel başvuru kurumunu iç hukukumuzda entegre eden Anayasa değişikliğinin gerekçesinde, temel amacın Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) önüne giden⁵ başvuruların azaltılması olduğu belirtildikten sonra bireysel başvurunun bireylerin sahip oldukları hak ve özgürlüklerin daha iyi korunmasını sağlayacağı, kamu organlarını Anayasa ve yasalara uygun davranma konusunda zorlayacağı belirtilmiştir.⁶Bu gerekçeden anlaşılacağı üzere, bireysel başvuru kurumunun hukuk dünyasına katılmasının öncelikli amacı AİHM önüne taşınan başvuruların sayısını azaltmak, böylelikle bir yandan AİHM'nin ikincil yetkisi kuralı gereği AİHS'nin iç hukukta öncelikli olarak korunması hedefini gerçekleştirmek, diğer yandan AİHM'nin ağırlaşan iş yükünün azalmasına katkıda bulunmak olmuştur.

⁴ Musa Sağlam, Bireysel Başvuru-İnceleme Usulü ve Kabul Edilebilirlik Kriterleri (Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi), Musa Sağlam (Editör), Yüksek Yargı Kurumlarının Avrupa Standartları Bakımından Güçlendirilmesi Ortak Projesi, Avrupa Konseyi, Ankara, 2013, s.1, İbrahim Çınar, "Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Hakkı İle Mahkemenin Kişi Bakımından Yargı Yetkisi Konusunda Verdiği Kararlar", Haşim Kılıç'a Armağan, Editörler: Ali Rıza Çoban, Serdar Güleler, Musa Sağlam, Hüseyin Ekinci, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2015, s.1295.

⁵ Türkiye'nin AİHM'nin yetkisini kabul ettiği 1987 yılından itibaren hakkında verilen 3182 karardan 2812'sinde AİHS hükümlerinin ihlal edildiği sonucuna varılmıştır. Bkz. 1959-2015 AİHM Ülkeler Karar Grafiği, Erişim Tarihi: 16.03.2016, http://www.echr.coe.int/Documents/Stats_violation_1959_2015_ENG.pdf.

⁶ Sevtap Yokuş, "Türkiye'de Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru (Anayasa Şikâyeti)", Sevtap Yokuş (Editör), Türkiye'de Anayasa Şikâyetini Hazırlayan Koşullar, Seçkin Kitabevi, Ankara, 2014, s.33, Ece Göztepe, "Türkiye'de Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru (Anayasa Şikâyeti) Hakkının 6216 Sayılı Yasa Kapsamında Değerlendirilmesi", *Türkiye Barolar Birliği (TBB) Dergisi*, Sayı 95, 2011, s.14, Nilay Arat, "2010 Constitutional Amendments- 'Balance Sheet' of Constitutional Complaint Mechanism in the Light of Constitutional Court's Judgments on Cases from Administrative Courts", *European Review of Public Law*, Vol.25, No.3, 2013, s.1430.

Bireysel başvuru kurumunun amacı ve işlevi dikkate alındığında, bireylerin temel hak ve hürriyet ihlalleri iddialarını çok çeşitli nedenlere dayandırarak AYM önüne taşıyabilecekleri aşikârdır. Yeni bir hak arama yönetimi olarak hukuk sistemine dâhil olan bireysel başvuru nedeniyle AYM'nin ciddi bir iş yükü sorunu ile karşı karşıya kalması ve temel hak ve hürriyetlerin korunmasına ilişkin görevini gereği gibi yerine getirememesi muhtemeldir.⁷ Bireysel başvuru uygulamasında kabul edilebilirlik kriterleri, gereksiz veya usulüne uygun olmayan başvuruların hızlı bir şekilde sonuçlandırılarak, Mahkeme'nin önem teşkil eden gerçek hak ihlallerine ilişkin başvuruları incelemesine olanak sağlayan kurallardır. AİHM uygulamasında da sıklıkla başvuru kabul edilebilirlik kriterleri, Mahkeme'nin ciddi iş yükünün azalmasına katkıda bulunmaktadır. AİHM'ye yapılan başvuruların ancak %3'ünün esasan inceleniyor olması kabul edilebilirlik incelemesinin önemi ve iş yükü yönünden ağırlığını da ortaya koymaktadır.⁸

6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un (6216 sayılı Yasa) 48/1. maddesi bireysel başvuru hakkında kabul edilebilirlik kararı verilebilmesi için 45 ilâ 47. maddelerde öngörülen şartların taşınması gerektiğini belirtmektedir. Bireysel başvuru yargılamasında bu süzgeç görevi kabul edilebilirlik kriterleri aracılığıyla gerçekleştirilmektedir. Bireysel başvuruda öncelikle bireysel başvuru bürosu tarafından belirtildiği üzere başvuru formu ve ekleri şekli incelemeye tabi tutulmakta ve akabinde otuz günlük başvuru süresi incelenmektedir. Komisyon ve Bölümler aşamasına ge-

⁷ Bireysel başvurunun Avrupa modeli olarak kabul edilen Almanya'da 1951 yılından 2003 yılının sonuna kadar 14000 şikâyette bulunulmuştur. Bu şikâyetlerde %2,5 oranında başarı sağlanmıştır. Mahkemenin daireleri tarafından yapılan incelemelerde son beş yıllık bilançosu ise şöyledir: 2011 yılında 5744 başvurudan 93'ü, 2012 yılında 5327 başvurudan 148'i, 2013 yılında 6238 başvuran 91'i, 2014 yılında 6292 başvurudan 121'i, 2015 yılında 5884 başvurudan 111'i başarılı olmuştur. Bkz. Winfried Hassamer, "Anayasa Şikâyeti ve Buna İlişkin Sorunlar (Almanya'da Temel Hak Şikâyeti Hakkında Rapor)", Anayasa Yargısı, Cilt 21, 2004, s.1, Bkz. Ayrıca ayrıntılı Almanya Federal Mahkemesi istatistikleri için, s.20, Erişim Tarihi:24.04.2016, http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Downloads/EN/Statistik/statistics_2015.pdf?__blob=publicationFile&v=3.

⁸ Bkz. Ayrıntılı İstatistikler için, Erişim Tarihi: 06.08.2015, http://www.echr.coe.int/Documents/Stats_annual_2014_FRA.pdf. Ayrıca, Almanya Federal Mahkemesi'ne yapılan başvuruların büyük bir bölümünde kabul edilebilirlik incelemesi neticesinde elenmektedir. Mahkeme'de bu incelemeyi yapmakla görevli üç kişilik bir komite tarafından incelenmektedir. Kabul edilebilirlik aşamasından geçen başvurusu sayısı %1'in altındadır. Bkz. Winfried Hassamer, a.g.e, s.4.

çildiğinde, öncelikle mükerrer başvurular tespit edilmeye çalışılmakta daha sonra Mahkeme'nin kişi, yer, zaman ve konu bakımından yetkisi ele alınmaktadır. Başvuru yollarının tüketilmesi bu sıralamada usule ilişkin incelenen son kabul edilebilirlik kriteridir. Başvurunun esasına girilmesini gerektiren açıkça dayanaktan yoksunluk, başvuru hakkının kötüye kullanılması, başvurunun anayasal açıdan önem taşıması ve önemli bir zarar bulunmaması kriterleri ise sırasıyla en son incelenmektedir. Her ne kadar bu kabul edilebilirlik kriterleri kapsamında yer almasa da düşme kararları bu incelemelerin hemen ertesinde gerektiği takdirde verilmektedir. Bu çerçevede bireysel başvuruda AYM'ye temel hak ve hürriyetlerin ihlali iddiasıyla başvurulmadan önce, hak ihlalinin ortadan kaldırılmasına elverişli tüm başvuru yollarının tüketilmesi gerekmektedir. Usule ilişkin bir kabul edilebilirlik kriteri olan başvuru yollarının tüketilmesi kuralı bireysel başvuru kurumu ile getirilen temel hak ve hürriyetlerin korunmasına ilişkin mekanizmanın ikincil niteliğinin tezahürüdür.

Bu çalışmada bireysel başvuruda uygulanan usule ilişkin bir kabul edilebilirlik kriteri olan başvuru yollarının tüketilmesi kuralı ve bu çerçevede yasa ile kurulan ve ihlal iddialarını gidermeye elverişli olan tazminat komisyonlarının görevleri ve başvuru usulleri incelenecektir.

I. BAŞVURU YOLLARININ TÜKETİLMESİ KURALI

AYM'ye temel hak ve hürriyetlerin ihlali iddiasıyla başvurulmadan önce, hak ihlalinin ortadan kaldırılmasına elverişli tüm başvuru yollarının tüketilmesi gerekmektedir. Bireysel başvuruya ilişkin yasal ve anayasal metinler incelendiğinde öncelikle Anayasa'nın 148/3. maddesinde; "Başvuruda bulunabilmek için olağan kanun yollarının tüketilmiş olması şarttır." hükmünün yer aldığı gözlemlenmektedir. Ayrıca, 6216 sayılı Yasanın 45. maddesinin 2. fıkrası da "İhlale neden olduğu sürülen işlem, eylem ya da ihmâl için kanunda öngörölmüş idari ve yargısal başvuru yollarının tamamının bireysel başvuru yapılmadan önce tüketilmiş olması gerekir." hükmünü içermektedir.⁹ Bu

⁹ AYM İctüzüğü'nün 64. maddesinin iç hukuk yollarının tüketilmesine ilişkin kısmı şu şekildedir: Bireysel başvurunun, başvuru yollarının tüketildiği tarihten, başvuru yolu öngörölmemişse ihlalin öğrenildiği tarihten itibaren otuz gün içinde yapılması gerekir.

hükümler uyarınca, temel hak ve hürriyetlerin öncelikli olarak korunması diğer yargısal ve idari mekanizmaların görev alanına girmektedir.¹⁰ Anayasa'da tüketilmesi gerekli olağan kanun yolları kavramı yer almakta iken, 6216 sayılı Yasada idari ve yargısal yollar kavramı kullanılmaktadır. Bu durum karışıklık yaratmaya elverişli olsa da¹¹ Anayasa ve kanun hükümleri birlikte değerlendirildiğinde, tüketilmesi gerekli başvuru yollarının olağan yasa yolları olduğu anlaşılmaktadır.¹² Bu bağlamda, başvuru yollarının olağanüstü kanun yollarını tüketme gereklilikleri bulunmamaktadır. Kanun yolu kavramı; bir hâkimin ya da mahkeme kararının, kararı veren merci ya da bir üst merci tarafından kontrol edilmesidir. Kesinleşmemiş karar ve hükümler için başvuru kanun yolu olağan kanun yolu olarak adlandırılırken; kesinleşmiş karar ve hükümler¹³ için başvuru kanun yolu olağanüstü kanun yolu olarak adlandırılmaktadır.

Konuya ilişkin olarak, AİHS'nin 35. maddesinde de "Uluslararası hukukun genel olarak kabul edilen prensiplerine göre, ancak iç hukuk yollarının tüketilmesinden sonra ve bu konuda verilen kesin kararlardan itibaren altı aylık süre içinde Mahkeme'ye başvurulabilir." kuralı yer almaktadır.¹⁴ Bu madde uyarınca, AİHM uygulamasında da insan hakları ihlallerinin giderilmesi öncelikle taraf devletlerin iç hukukunda çözümlenmesi gereken sorunlardır. Bu düzenlemede ifade edilen

¹⁰ AYM Kararları, 2012/403 (Ayşe Zıraman ve Cennet Yeşilyurt), par.16, 2015/144 (Hidayet Karaca), par.40, 2014/16838 (Mehmet Fatih Yiğit ve Diğerleri), par.47, 2015/8046 (Mehmet Baransu), par.28, 2015/7908 (Mustafa Başer ve Metin Özçelik), par.91, 2014/14061 (Hikmet Koper ve Diğerleri), par.60.

¹¹ Kuşkusuz bu durum Anayasa metni ile yasa metni arasında bulunan lafzi çelişki kaynaklanmaktadır. Anayasa metninde yer alan olağan kanun yolları ifadesi, yasa metninde idari ve yargısal yollar ifadesi kullanılmak suretiyle Anayasa'ya aykırı olarak genişletilmiştir. Yasa koyucu açık bir anayasaya aykırılık gerçekleştirmiştir. Bkz. Aynı yönde, Nilay Arat, a.g.e, s.1432.

¹² AYM bir kararında, bireysel başvuru yoluyla Anayasa Mahkemesine başvurabilmek için olağan kanun yollarının tüketilmiş olması gerektiğini belirtmektedir. Bkz. AYM Kararı, 2013/6576 (Zeki Bingöl (2)), par.55.

¹³ Hakan Pekcanıtez, Oğuz Atalay, Muhammed Özekes, Medeni Usul Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara,2011, s.592.

¹⁴ Başvuru yollarının tüketilmesi kuralı, ikincillik prensibi içerisinde yer alan usule dair uygulamalardan birini teşkil etmektedir. Bu kural, bir başvuru organının uluslararası bir yargı organına, bir komisyona yahut bir organa başvurmadan önce, ihlal iddialarını yerel makamlar önüne taşınması gerekliliğini ortaya koymaktadır. Bkz. Gerald L. Neuman, "Subsidiarity", Edited by Dinah Shelton, The Oxford Handbook of International Human Rights Law, 2013, s.369.

kural, bir kimsenin Sözleşmenin ihlali nedeniyle mağdur olduğunu düşünmesi halinde, öncelikle ulusal makamlar önünde ihlalin giderilmesi için gerekli başvuruları yapması zorunluluğunu ortaya koymaktadır.¹⁵ Uluslararası hukukun genel kabul gören ilkelerine dayanan bu kabul edilebilirlik koşulu, Uluslararası Adalet Divanının içtihadında da kabul ettiği gibi, uluslararası örf ve âdet hukukunun bir parçasını teşkil etmektedir.¹⁶ Uluslararası hukukun genel ilkesi olarak bu kural, taraf devletlerin uluslararası yükümlülüklerinin ihlali halinde bu durumu öncelikle kendi hukuki mekanizmaları yoluyla düzeltilmesi gerektiği kanısına dayanmaktadır.¹⁷

A. AMACI

Başvuru yollarının tüketilmesi kuralının amacı, bireysel başvuru kurumunun ikincilliği ilkesi gereğince, idari ve yargısal makamlara öne sürülen ihlal iddialarının AYM önüne taşınmadan önlenmesi veya giderilmesi için bir fırsat vermek olarak tanımlanmaktadır. Gerçekten de insan haklarının korunması konusunda AYM'ye verilmiş olan görev ikincil nitelikte olup, prensibin temelinde ihlal iddiası AYM önüne getirilmeden bu iddiayı gidermeye elverişli etkili idari ve yargısal ma-

¹⁵ Markus Lanter, " L'épuisement des Voies des Recours Internes et L'exigence du Délai de Six Mois", Quel Filtrage des Requêtes par La Cour Européenne des Droits de l'Homme, Pascal Dorneau-Josette, Elisabeth Lambert Abdelgawad, Conseil del'Europe Edition, Starsbourg, 2011, s.53, Donna Gomien, Vade-mecum de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, Publication du Conseil de l'Europe, Strazburg, 2005, s. 174, Elias Kastanas, Unité et Diversité: Notions Autonomes et Marge d'Appréciation des Etats dans la Jurisprudence de la Cour Européenne des Droits De l' Homme, Bruylant, Brüksel, 1996, s.99, Frédéric Sudre, Jean-Pierre Marguénaud, Joel Adriantsimbazovina, Adeline Gouttenoire, Gérard Gonzalez, Laure Milano, Hélène Surrel, Les Grands Arrêts de la Cour Européenne des Droits de l'Homme, Presses Universitaires de France, Paris,2015, s.846, Mark Janis, Richard Kay, Anthony Bradley, European Human Rights Law, Second Edition, Oxford University Press,2000, s.40, Robin C. A. White, Clare Ovey, The European Convention on Human Rights, Fifth Edition (Jacobs, White, &Ovey), Oxford University Press, Oxford, s.34, Bringing a case to the European Court of Human Rights- A Practical Guide on Admissibility Criteria, Council of Europe, Wolf Legal Publishers, Nijmegen, 2011, par.45.

¹⁶ Bkz. Uluslararası Adalet Divanı'nın 21 Mart 1959 tarihli Interhandel kararı (İsviçre/ ABD).

¹⁷ Donna Gomien, a.g.e, s.174, Frédéric Sudre, Jean-Pierre Marguénaud, Joel Adriantsimbazovina, Adeline Gouttenoire, Gérard Gonzalez, Laure Milano, Hélène Surrel, a.g.e, s.846, Mark Janis, Richard Kay, Anthony Bradley, a.g.e, s.40, Bringing a case to the European Court of Human Rights- A Practical Guide on Admissibility Criteria, a.g.e, par.44.

kamların bulunduğu ve başvurucuların bu yolları öncelikle kullanması gerektiği düşüncesi yatmaktadır.¹⁸ Başvuru yollarının tüketilmesi kuralı iki ayrı gerekliliğin aynı anda gerçekleştirilmesini kapsamaktadır.¹⁹ Kural olarak başvuru yollarının tüketildiğinin kabul edilmesi için, şikâyetlerin ve şikâyetleri inceleyecek makamların birlikte tüketilmiş olması gerekmektedir.

Bu prensip, başvuruculara ihlali gidermeye elverişli hukuk sisteminin sunmuş olduğu idari ve yargısal yolların tüketilmesi konusunda sorumluluk yüklemektedir.²⁰ Bu çerçevede, idari ve yargısal başvuru yollarının tüketilmesi, başvurucuların kanunlarda öngörülen olağan hukuk yollarına müracaat etmiş ve davalarını hukuk sisteminin benimsediği en yüksek makama kadar taşımış olmalarını gerektirmektedir.²¹ Başvurucu, iç hukukun kendisine bir ayrıcalık olarak değil, bir hak olarak tanımış olduğu hukuki çareleri kullanmakla yükümlü bulunmaktadır.²² Hukuk yolları önünde incelenen ihlal iddiasının haklı görülmesi ve başvurucunun maruz kaldığı zararların giderilmesi durumunda, başvurucu mağdur sıfatını kaybederek AYM'ye başvuruda bulunamayacaktır. AYM birçok kararında, temel hak ve özgürlüklere saygının, devletin tüm organlarının anayasal ödevi olduğunu, bu ödevin ihmal edilmesi nedeniyle ortaya çıkan hak ihlallerinin düzeltilmesinin idari ve yargısal makamların görevi olduğunu, bu nedenle temel hak ve özgürlüklerin ihlal edildiği iddialarının öncelikle derece mahkemeleri önünde ileri sürülmesi, bu makamlar tarafından değerlendirilmesi ve bir çözüme kavuşturulması gerektiğini belirtmiştir.²³

¹⁸ Bkz. Konuya İlişkin AIHM Kararları, Fleri Soler ve Camilleri/Malta, 26 Eylül 2009, Kudla/Polonya, 26 Ekim 2010, Azinas/Kıbrıs, 28 Nisan 2004, par.38, Dalia/Fransa, 19 Şubat 1998, par.38.

¹⁹ Frédéric Sudre, Jean-Pierre Marguénaud, Joel Adriantsimbazovina, Adeline Gouttenoire, Gérard Gonzalez, Laure Milano, Hélène Surrel, a.g.e, s.848, Bringing a case to the European Court of Human Rights- A Practical Guide on Admissibility Criteria, a.g.e, par.46.

²⁰ Donna Gomien, a.g.e, s.175.

²¹ AYM Kararları, 2014/13367 (Ayşe Sena Sezgin Arslan), par.13, 2012/1027(Necatî Gündüz ve Recep Gündüz), par.19-20, 2012/13 (Güher Ergun ve Diğerleri), par.26, 2013/2414 (B.U. Başvurusu), par.22, 2015/2037 (Z.M ve I.M. Başvurusu), par.43, 2014/12984 (Ümit Yalçın), par.59.

²² Donna Gomien, a.g.e, s.175.

²³ AYM Kararları,2015/15266 (Mehmet Girasun ve Ömer Elçi), par.13,2015/14566 (K.S), par.13, 2014/16838 (Mehmet Fatih Yiğit ve Diğerleri), par.47, 2015/144 (Hidayet Karaca), par.40.

Başvuru yollarının tüketilmesi kuralının temel dayanağı belirtildiği üzere AYM'ye bireysel başvurunun temel hakları korumaya yönelik ikincil nitelikte bir koruma mekanizması olmasıdır.²⁴ Her şeyden önce temel hak ihlali iddiaları bireysel başvuru dışındaki mekanizmalar aracılığıyla incelenmeli ve imkân bulunduğu takdirde AYM önüne getirilmeden bu yollar kullanılarak giderilmelidir.²⁵ AYM'nin de kararlarında belirttiği üzere, bireysel başvurunun ikincil niteliği gereği, başvurusunun temel hak ve özgürlüklerinin ihlal edildiği iddialarını öncelikle yetkili idari mercilere ve derece mahkemelerine usulüne uygun olarak iletmesi, bu konuda sahip olduğu bilgi ve kanıtları zamanında bu mercilere sunması, aynı zamanda bu süreçte dava ve başvurusunu takip etmek için gerekli özeni göstermiş olması gerekmekte, bu şekilde olağan denetim mekanizmaları önünde ileri sürülüp takip edilmeyen temel hak ve özgürlüklerin ihlaline ilişkin iddialar, bireysel başvuru konusu yapılamamaktadır.²⁶

Bireysel başvurunun ikincil nitelikte bir yargı yolu olması, temel hak ve hürriyetleri esasında korumakla görevli başkaca mekanizmaların varlığına da işaret etmektedir. Bu bakımdan gerek olağan nitelikteki yargı makamları gerekse kamu gücü kullanan idari makamların tümü, temel hak ve hürriyetlerin etkin olarak korunması ve ihlalleri halinde denetiminden öncelikle sorumludurlar.²⁷ Başka bir ifadeyle,

²⁴ Kurulduğu 1940 tarihinden itibaren uluslararası insan hakları mekanizması, insan haklarının korunması bakımından devletlere güvene dayalı bir sistem geliştirmiştir. Uluslararası mekanizmalar ise bazen kılavuzluk ederek ve bazen de gereksinimleri karşılayarak temel hakların korunmasını kolaylaştırma yolunu seçmiştir. AYM'nin de aynı prosedürü tercih ettiği gözlemlenmektedir. Bkz. Gerald L. Neuman.

²⁵ Hüseyin Ekinci, " Kabul Edilebilirlik Kriterleri, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadının Anayasa Mahkemesi İçtihadına Olası Etkileri, Kabul Edilebilirlik Kriterleri", Musa Sağlam(Editör), Bireysel Başvuru-İnceleme Usulü ve Kabul Edilebilirlik Kriterleri (Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi), Yüksek Yargı Kurumlarının Avrupa Standartları Bakımından Güçlendirilmesi Ortak Projesi, Avrupa Konseyi, Ankara, 2013, s. 124, Bringing a case to the European Court of Human Rights- A Practical Guide on Admissibility Criteria, a.g.e, par.47, Nilay Arat, a.g.e, s.1432 vd.

²⁶ AYM Kararları, 2014/4777 (Erdal Önder), par.23, 2012/403 (Ayşe Zıraman ve Cennet Yeşilyurt), par.17, 2015/8046 (Mehmet Baransu), par.29, 2014/12874 (Abdullah Gencer), par.25, 2014/12874 (Osman Kılıç), par.36.

²⁷ AYM Kararları, 2015/144 (Hidayet Karaca), par.41, 2014/7274 (Burhan Seçilir), par.20, 2014/5890 (Hamza Ali Temiz ve Hasan Dağ), par. 33, 2014/16838 (Mehmet Fatih Yiğit ve Diğerleri), par.48.

Anayasa'da ve iç hukukun bir parçası durumunda bulunan AIHS'de yer alan temel hak ve hürriyetlere ilişkin hükümler bütün idari makamlar ve adli mercileri bağladığından, bu düzenlemelere uymak ve aykırılıkları gidermek onların öncelikli görevidir.²⁸

Konuya ilişkin AIHM uygulaması da aynı yöndedir.²⁹ İç hukuk yollarının tüketilmesi kuralı uluslararası hukukun gelişimi ve uluslararası yargı mercilerinin oluşumuyla gündeme gelen bir kavram olup devletlerin egemenliklerinin savunulması ve buna öncelik tanınması olarak açıklanmaktadır³⁰. AIHS'nin 1. maddesi açık bir şekilde, Sözleşmede düzenlenen temel hakların korunmasından öncelikli olarak devletlerin sorumlu olduğunu belirtmektedir³¹. Bunun yanı sıra, Sözleşmenin 13. maddesi de tamamlayıcı bir şekilde taraf devletlerin ihlallerin giderilmesi amacıyla etkili iç hukuk mekanizmalarına sahip olmaları gerekliliğini belirtmektedir. Bu iki düzenleme birlikte değerlendirildiğinde, AIHM uygulamasında sıklıkla başvuru ve bir kabul edilemezlik nedeni olan iç hukuk yollarının tüketilmesi kuralının tamamen Sözleşmenin ikincil niteliğine bağlı olduğu anlaşılmaktadır.³² Bir başka ifadeyle, Sözleşme tarafından kurulan temel haklarının korunmasına ilişkin mekanizma ikincil nitelikte olup, Sözleşmenin gerçek denetleyicileri taraf devletlerdir.

B. GENEL PRENSİPLER

Bireysel başvuruda bulunulması sonrasında AYM tarafından re'sen incelenen başvuru yollarının tüketilmesi kuralı kendi içerisinde

²⁸ Hüseyin Ekinci, a.g.e, s. 124.

²⁹ Bölgesel ya da evrensel ölçekteki insan haklarını koruma mekanizmaları ikincillik kavramı olarak tanımlanan usule ilişkin prensipleri kullanmaktadır. Bu prensipler uygulamada karşımıza iç hukukta öngörülen başvuru yollarının tüketilmesi, 4. derece yargı yeri kavramı, takdir hakkı kavramı, çözüme ilişkin çarelere dair ikincillik olarak karşımıza çıkmaktadır. AIHM'de belirtilen tüm kavramları içti-hatlarında kullanmaktadır. Bkz. Ayrıntılı olarak, Gerald L. Neuman, a.g.e, s.369 vd.

³⁰ Jean Chappez, *La regle de l'épuisement des voies de recours internes*, Editions A. Pedone, Paris 1972, s. 25-26, *Bringing a case to the European Court of Human Rights- A Practical Guide on Admissibility Criteria*, a.g.e, par.47.

³¹ Bkz. AIHM Kararları için, Kudla/Polonya, 26 Ekim 2000, Sürmeli/Almanya, 8 Haziran 2006.

³² Bkz. Aynı yönde, Uğur Erdal, Hasan Bakırcı, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 3. maddesi*, Uygulama El Kitabı, World Organisation Against Torture (OMCT), Cenevre, 2006, s.80.

uyulması gerekli prensipleri barındırmaktadır. Bu çerçevede öncelikle Alman literatüründeki ifadesiyle hukuk yollarının dikey anlamda tüketilmesi yani yasada şeklen gösterilen yollara başvurulması ve bu yolların sonuna kadar gidilmesi ve meselenin nihayete erdirilmesi gerekmektedir.³³ İhlal iddialarının özü itibariyle derece mahkemele-ri önünde ileri sürülmesi gerekmektedir. Başvurucular ulaşılabilir ve makul başarı şansı bulunan başvuru yollarını tüketmekle yükümlüdürler. Yetersiz ve etkisiz başvuru yollarının tüketilmesi gerekmemektedir.

1.İdari ve Yargısal Yolların Tamamının Tüketilmesi Gerekliliği

Bireysel başvuruda, başvuru ihlali gidermeye elverişli, ulaşılabilir ve etkili olmak koşuluyla kanunda öngören tüm başvuru yollarını tüketmek durumundadır.³⁴ Bu yasa yollarının ihlali gidermede etkin olmadığı kanaat veya kuşkusunu taşıması³⁵ ya da bu yolun sistematik sorunlar içerdiğine inanması, onun bu yolu tüketme yükümlülüğünden muaf tutulmasını gerektirmeyecektir.³⁶ Bireylerin, başlangıçta etkili olduklarını düşündükleri ve bu nedenle kullandıkları bir hukuk yolunu tüketmeden bireysel başvuruda bulunmaları halinde, idari ve yargısal yolların tümü tüketilmemiş kabul edilecektir. Kanunda öngörülen tazmin yollarına başvurarak aykırılığın giderilmesi girişiminde bulunmaksızın doğrudan doğruya AYM'ye bireysel başvuru yapılması ancak çok istisnai koşullar altında mümkündür.³⁷ Çok özel ve istisna teşkil eden durumlarda, bireyler kanunda öngörülen hukuk yollarını tüketmekten muaf tutulabilirler. Yasada öngörülen bu yolları

³³ Tolga Şirin, Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Bireysel Başvuru Hakkı, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2015, s.101.

³⁴ AYM Kararları, 2014/16838 (Mehmet Fatih Yiğit ve Diğerleri), par.49, 2012/254 (Ümit Ata), par.33.

³⁵ AYM bir kararında, genel bir kural olarak başvuru, dava konusuyla ilgili ulusal içtihadı göre yapacağı bir temyiz başvurusunun başarısız olacağını ispat ederse, başvuru için hukuk yollarını tüketmiş olduğunun kabul edileceğini, temyiz mahkemesinin yakın zamanda vermiş olduğu ve başvuru davasına da uygulanacak nitelikte bir kararın bulunması ve temyiz mahkemesinin bu kararını değiştirmesinin ihtimal dâhilinde bulunmaması durumunda başvuru, olağan başvuru yollarını tüketmiş sayılacağını belirtmektedir. Bkz. AYM Kararı, 2013/ 3667 (Emel Kaynar ve Diğerleri), par. 48-50.

³⁶ Bkz. Aynı yönde, Nilay Arat, a.g.e, s. 1433, Sami Sezai Ural, Hak ve Özgürlüklerin Korunması Bağlamında Bireysel Başvuru, Seçkin Yayınları, Ankara, 2013., s.258.

³⁷ Hüseyin Ekinci, a.g.e, s. 126.

tüketmenin kişi açısından ağır ve telafisi imkânsız sonuçlar doğurması durumunda, bu yükümlülük AYM'ye başvuru açısından aranmayacaktır. AYM bireysel başvuru incelemelerinde bu prensibi birçok keza ifade etmiştir. Mahkeme bir kararında, AYM'ye bireysel başvuruda bulunabilmek için ihlale neden olduğu iddia edilen işlem veya eylem için öngörülen idari ve yargısal başvuru yollarının tamamının tüketilmiş olması gerektiğini belirtmektedir.³⁸

Bireysel başvuruda, tüketilmesi gerekli yargısal yollar belirtildiği üzere olağan yargı yollarıdır. AYM kararlarında, Anayasa ve kanun hükümlerine göre bireysel başvuru yoluyla AYM'ye başvurabilmek için olağan kanun yollarının tüketilmiş olması gerektiğini belirtmiştir.³⁹ 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda öngörülen kanun yolları da olağan ve olağanüstü kanun yolları olarak ikiye ayrılmaktadır. Ceza yargılamalarında başvuru olan olağan kanun yolları, itiraz, istinaf ve temyizdir. Olağanüstü başvuru yolları ise, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı'nın itiraz yetkisi, kanun yararına bozma ve yargılamanın yenilenmesi olarak kabul edilmektedir.⁴⁰ Ceza yargılamaları bakımından tüketilmesi gerekli başvuru yolları itiraz, istinaf ve temyizdir. İtiraz, henüz kesinleşmemiş hâkim veya mahkeme kararında hata veya hukuka aykırılıkların bulunduğu gerekçesiyle bu kararın daha yüksek bir makama fiilî ve hukuki bakımdan incelenmesini ve denetlenmesini sağlamak için yapılan olağan bir kanun yolu başvurusudur.⁴¹ Ceza yargılaması bakımından tüketilmesi gerekli bir başka hukuk yolu istinaf'tır. İstinaf hukuk yolu olağan ve ikinci derece bir yasa yoludur. Bu hukuk yolu, kesin hükümden önce başvuru olan bir yargı yolu olması nedeniyle olağan; dava konusu kararı hem maddi hem de hukuki ba-

³⁸ AYM Kararı, 2015/144 (Hidayet Karaca), par.58.

³⁹ AYM Kararları, 2014/8843 (Büyük Birlik Partisi ve Saadet Partisi), par. 15, 2015/8046 (Mehmet Baransu), par.29, 2014/18842 (Ömer Aslan), par.23, 2014/13319 (Yüksel Bozkurt), par.29, 2014/7274 (Burhan Seçilir), par.20.

⁴⁰ Olağan kanun yolu, henüz kesinleşmemiş karar ve hükümlere karşı kabul edilmişken olağanüstü kanun yolu kesinleşmiş hükümlere karşı kabul edilmiştir. Bkz. Devrim Aydın, Ceza Muhakemesi Kanunu'nda İtiraz, TBB Dergisi, Sayı 65, 2006, s.63.

⁴¹ Devrim Aydın, a.g. e, s.64, Bahri Öztürk, Mustafa Ruhan Erdem, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 9.Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2006, s.700, Doğan Soyaslan Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınları, 4. Baskı, Ankara, 2010, s. 532, Erdener Yurtcan, CMK Şerhi, 4. Baskı, Beta Yayınları, 2005, s.746.

kımdan incelemesi nedeniyle ikincil bir yasa yoludur.⁴² Temyiz yasa yolundan farklı olarak istinafta hem yerel mahkemece yapılan maddi tespitler ve hem de uygulanan normun yerindeliği açısından bir denetleme yapılmaktadır. Bireysel başvuru yargılamasında ceza davaları bakımından tüketilmesi gerekli son olağan başvuru yolu temyizdir. Temyiz mahkemesi, yeni ceza muhakemesi sisteminde üçüncü derece inceleme mahkemesi olarak yargılama görevi yapacaktır. İlk derece mahkemelerinde verilen kararlar üçüncü derece mahkemesi olarak sadece kanuna veya hukuka uygunluk bakımından Yargıtay tarafından temyiz incelemesine tabi tutulacaktır.⁴³

Hukuk ve idari yargılamalarda ise tüketilmesi gerekli olağan başvuru yolları istinaf ve temyizdir. Hukuk yargılamalarında, istinaf kanun yolu ile ilk derece yargılama makamlarının kararları maddi ve hukuki olarak yeniden denetlenmektedir. İstinaf kanun yolunda bölge adliye mahkemeleri, ilk derece mahkemelerinin maddi vakıalar ve deliller hakkındaki değerlendirmeleri ile hukuki değerlendirmelerini gözden geçirmektedir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun (HMK) 341. maddesi uyarınca kural olarak ilk derece mahkemelerinin nihai kararlarına karşı istinaf başvurusu yapılabilmektedir.⁴⁴ Ancak HMK uyarınca miktar ve değer bakımından bazı kararların verildiği anda kesinleştiği unutulmamalıdır.⁴⁵ İstinaf kanun yolundan sonra, davanın taraflarına açık ve ulaşılabilir diğer olağan kanun yolu temyiz incelemesidir. Bölge adliye mahkemelerinin vermiş olduğu kararların hukuka uygunluk bakımından denetimi temyiz yolu ile Yargıtay tarafından gerçekleştirilmektedir. Özet olarak ilk derece mahkemesi, taraflar arasındaki uyuşmazlığı çözmektedir; istinaf hem ilk derece mahkemesi kararını kanun

⁴² Bkz. Ayrıntılı olarak, Doğan Soyaslan, a.g.e, s.538, Bahri Öztürk, Mustafa Ruhan Erdem a.g.e, s.703, Erdener Yurtcan, a.g.e, s.754.

⁴³ Temyiz talebinin reddi kararlarına karşı da temyiz talebinde bulunulması gerekmektedir. AYM bir kararında şu ifadelerde bulunmuştur: kapsamda, temyiz talebinin reddine dair ek karara karşı temyiz kanun yoluna başvurulması, iddia edilen ihlalin giderilmesi bakımından etkili ve öncelikli olduğundan, Anayasa Mahkemesinin bu kuraldan ayrılmasını gerektirecek bir neden bulunmamaktadır. Bkz. AYM Kararı, 2012/1181 (Mehmet Şerif Ay), par.36.

⁴⁴ Nihai kararlar dışında, ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz taleplerinin reddi ile bu taleplerin kabulü halinde itiraz üzerine verilen kararlara karşı da istinaf yoluna başvurulabildiği de unutulmamalıdır.

⁴⁵ 6100 sayılı HMK'nın 341. Maddesinin ilgili kısmı şu şekildedir: Miktar veya değeri bin beşyüz Türk Lirasını geçmeyen malvarlığı davalarına ilişkin kararlar kesinlidir.

yolu olarak denetlemekte hem de belirli şartlar altında yeniden karar vermektedir; temyiz incelemesinde ise, alt derece mahkemesinin uyuşmazlık hakkında verdiği kararın sadece hukuka ve kanuna uygunluk denetimi yapılmakta; yeniden bir inceleme yapılarak karar verilmemektedir.⁴⁶ İdari davalar bakımından da tüketilmesi gerekli başvuru yolları hukuk davalarında olduğu gibi istinaf ve temyizdir.

16 Nisan 2017 tarihinde gerçekleştirilen halkoylaması sonrasında yürürlüğe giren 6771 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 13. maddesi ile Anayasanın 142. maddesine "Disiplin mahkemeleri dışında askerî mahkemeler kurulamaz. Ancak savaş halinde, asker kişilerin görevleriyle ilgili olarak işledikleri suçlara ait davalara bakmakla görevli askerî mahkemeler kurulabilir." hükmü eklenmiştir. Keza askeri yargı kurumlarını düzenleyen Anayasanın 145. maddesi de aynı yasanın 16. maddesi ile yürürlükten kaldırılmıştır. Böylelikle askeri yargı kurumları neredeyse tamamen kaldırılmıştır. Hakimler ve Savcılar Kurulu'nun 2/06/2017 tarihli Resmî Gazete 'de yayımlanan kararı ile askeri davaların ne şekilde yürütüleceği belirlenmiştir.⁴⁷ Bu karar uyarınca, Ağır Ceza mahkemelerinin görev alanına giren suçlar yönünden, bir Ağır Ceza Mahkemesi olan yerlerde bu mahkeme, birden fazla Ağır Ceza Mahkemesi olan yerlerde ise 1 numaralı Ağır Ceza Mahkemesi ilgili davalara bakacaktır. Asliye mahkemelerinin görev alanına giren suçlarda ise iki ya da daha az Asliye Ceza Mahkemesi olan yerlerde 1 numaralı Asliye Ceza Mahkemesi, ikiden fazla Asliye Ceza Mahkemesi olan yerlerde ise 3 numaralı Asliye Ceza Mahkemesi ilgili davalara bakacaktır. Askeri suçlara ilişkin belirtilen mahkemeler tarafından verilen kararlarda istinaf ve temyiz incelemesine tabi olacaktır. İlgili hükmün kesinleşmesi akabinde AYM'ye bireysel başvuruda bulunulabilecektir.

2. Ulaşılabilir ve Makul Başarı Şansı Bulunan Başvuru Yollarının Tüketilmesi

Bireysel başvuruda tüketilmesi gerekli başvuru yollarının ulaşılabilir ve ihlali iddia edilen şikâyeti gidermeye elverişli olması gerek-

⁴⁶ Hakan Pekcanitez-Oğuz Atalay-Muhammed Özekes, a.g.e, s.614.

⁴⁷ Bkz. HSK 1. Dairesinin ilgili kararı için, 03/06/2017 tarihli Resmî Gazete, <http://www.resmigazete.gov.tr/default.aspx#>.

mehtedir. Başvurucular tarafından doğrudan doğruya herhangi bir aracı olmaksızın kullanılamayan ve özellikle idari makamların takdirine bırakılan başvuru yolları bireysel başvuru uygulamasında ulaşılabılır yani mevcut başvuru yolları olarak kabul edilmemektedir. AYM, bireysel başvuru yargılamasında birçok kararında bu prensibi ifade etmiştir. Mahkeme bir kararında, tüketlenmesi gereken başvuru yollarının ulaşılabilir olmalarının yanında, telafi kabiliyetini haiz ve tükettiklerinde başvurucunun Şikâyetlerini gidermeye elverişli olmaları gerektiğini belirtmiştir.⁴⁸

AIHM içtihatlarında da tüketlenmesi gerekli iç hukuk yollarının mevcut ve elverişli hukuk yolları olması gerektiği belirtilmektedir.⁴⁹ Başvurucu sadece bu nitelikteki hukuk yollarını tüketmekle yükümlüdür. Bireysel başvuruda, bir hukuk yolunun mevcut nitelikte olduğunun kabul edilmesi için, bireylerin başvuru yapıldığı anda herhangi bir kamusal otoritenin rızasına veya iznine bağlı kalmaksızın doğrudan doğruya söz konusu hukuk yolunu kullanma iktidarına sahip olması gerekmektedir.⁵⁰ Bir başka ifadeyle, ihlali gidermeye elverişli hukuk yolunun bireyler açısından doğrudan ulaşılabilir olması gerekmektedir. Öngörülen hukuki tazmin yoluna bireyin doğrudan ulaşması imkânı yoksa bu yol, olağanüstü kanun yolu olarak kabul edilmektedir. AIHM içtihadına göre de bu nevi olağanüstü kanun yolları tüketilmesi gerekli olmayan hukuk yolları olarak görülmektedir.⁵¹Keza idari amirlere yapılan başvurular, başvuru için süre öngörülmeyen yerel mekanizmalar AYM uygulamasında etkili yollar olarak kabul edilmemektedir.

⁴⁸ AYM Kararları, 2013/6576 (Zeki Bingöl (2)), par.57, 2015/144 (Hidayet Karaca), par.59, 2012/239 (Ramazan Aras), par.29.

⁴⁹ Bkz. Aynı yönde, Markus Lanter, a.g.e, s.65, Sami Sezai Ural, a.g.e, s. 262.

⁵⁰ Philip Leach, Taking a Case to the European Court of Human Rights, Oxford University Press, 2. Baskı, Oxford, 2005, s.137, Frédéric Sudre, Jean-Pierre Marguénaud, Joel Adriantsimbazovina, Adeline Gouttenoire, Gérard Gonzalez, Laure Milano, Hélène Surrel, a.g.e, s.849, Uğur Erdal, Hasan Bakırcı, a.g.e, s.82.

⁵¹ AIHM, Kutcherenko/Ukrayna kararında, başvurucu hakkındaki ceza yargılaması neticesinde verilen son kararın Yargıtay kararı olduğunu, başvurucunun Yargıtay Başkanlığı nezdinde yaptığı yeniden inceleme talebinin, ancak Başkanlığın kabulü halinde sonuç doğurabileceğini bu nedenle bu hukuk yolunun ulaşılabilir nitelik taşımadığını belirtmiştir. AIHM Kararı/, Kutcherenko/Ukrayna, 4 Mayıs 1999. Keza Zarakolu/Türkiye davasında yazılı emir yolunda ancak Adalet Bakanının talebi üzerine savcıların Yargıtay'a başvurarak kararın bozulmasını isteyebilmeleri gerekçe gösterilerek bu yolun başvurucular açısından ulaşılabilir olmadığı belirtilmiştir. AIHM Kararı, Zarakolu/Türkiye, 5 Aralık 2002.

Bunun yanı sıra, başvuru yollarının AYM'ye başvurulduğu anda mevcut ve ulaşılabilir olması gerekmektedir⁵². Bireysel başvurunun yapılmasının ardından başvuru konusu ihlali gidermeye yönelik yeni bir hukuki tazmin yolunun ihdas edilmesi halinde, normal koşullar altında başvuru yolunun bu yeni hukuk yoluna başvurusu gerekmemektedir.⁵³ Ancak bu konuda AYM, AİHM içtihadını takip etmektedir. AİHM, ağırlaşan iş yükü ve derdest davaların sürekli olarak artması nedeniyle, iç hukuk yollarının Mahkemeye başvurulduğu anda mevcut ve ulaşılabilir olması kuralını esnetme yoluna gitmiştir.⁵⁴ AİHM uygulamasında bu durumun istisnalarına gerek Türkiye açısından gerekse diğer ülkeler açısından rastlanılmaktadır.⁵⁵ Örneğin AİHM, tazminat ödenmeksizin mülkiyet hakkına müdahale edildiği hallerde, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 2009 yılında 4271 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 1007. maddesi uyarınca tazminat talep edilebileceği içtihadı karşısında bu yolun yeni bir iç hukuk yolu olarak kabul edilmesi ve tüketilmesi gerektiğini belirtmiştir.⁵⁶ AİHM'nin bu kararda yapmış olduğu değerlendirme AYM tarafından aynen kullanılmaktadır.

⁵² AİHM uygulaması da aynı yöndedir. AİHM, Matijasevic/Sırbistan kararında, davalı hükümetin başvuru yolunun Sırbistan-Karadağ Mahkemesine temel hak ihlali şikâyetiyle başvurabileceği iddiasını, Sırbistan ve Karadağ'ın ayrıldığını ve söz konusu Mahkemenin başvuru açısından artık mevcut bir hukuk yolu olmadığını belirterek reddetmiştir. AİHM Kararı, Matijasevic/Sırbistan, 19 Eylül 2006, par.32-37.

⁵³ Hüseyin Ekinci a.g.e, s. 118, Uğur Erdal, Hasan Bakırcı, a.g.e, s.82.

⁵⁴ Markus Lanter, a.g.e, s.78.

⁵⁵ AİHM, İtalya hakkında yargılamaların uzunluğu şikâyetlerine ilişkin birçok ihlal kararı verdikten sonra, İtalya Hükümetinin Pinto Yasası olarak bilinen düzenleme ile uzun yargılama süreleri nedeniyle yeni bir başvuru ihdas etmiş olmasını tüketilmesi gerekli bir iç hukuk yolu olarak kabul etmiştir. Bu yasa nedeniyle Mahkeme hem yeni yapılan başvuruları hem de Mahkeme kalemine kaydedilmiş başvuruları iç hukuk yollarının tüketilmemiş olması nedeniyle kabul edilemez bulmuştur. AİHM Kararı, Brusco/İtalya, 6 Eylül 2001. Aynı şekilde Hırvatistan'ın da uzun yargılama süreleri için Anayasa Mahkemesi Kanununda yapmış olduğu değişiklikle ihdas ettiği yeni başvuru yolu (Anayasa Mahkemesine başvuru) AİHM tarafından tüketilmesi gerekli iç hukuk yolu olarak kabul edilmiştir. AİHM Kararı, Nogolica/Hırvatistan, 5 Eylül 2002.

⁵⁶ AİHM, bu değerlendirmeyi Altunay/Türkiye kararında yapmıştır. Mahkeme Yargıtay'ın bu içtihat değişikliği ile artık bu hukuk yolunun tüketilmesi gerekli bir iç hukuk yolu olduğunu belirtmiş, başvuruyu iç hukuk yollarının tüketilmemesi nedeniyle kabul edilemez bulmuştur. AİHM, mevzuattan veya uygulamadan kaynaklanan yapısal sorunlara bağlı sürekli nitelik kazanan ihlal durumlarında, taraf devletlerin gerek mevzuatı ve gerekse uygulamayı gözden geçirerek yeni hareket tarzı belirlemesi gerektiğini, bu gibi hallerde oluşturulan başvuru yollarının tüketilmesi gerektiğini belirtmiştir. Bkz. AİHM Kararı, Altunay/Türkiye, 17 Nisan 2012, par.35-38.

Ceza muhakemesi hukukunda, hükmün kesinleşmesinden sonra başvurulabilecek üç tür olağanüstü kanun yolu bulunmaktadır. Bunlar Yargıtay Başsavcısının itirazı, yargılamanın yenilenmesi ve kanun yararına bozma yollarıdır. AYM önüne taşınan bireysel başvurularda bu kanun yolları başvuru sahiplerinin doğrudan erişimine açık olmaması nedeniyle ulaşılabilir olarak kabul edilmemektedir. Dolayısıyla tüketilmesi gerekmemektedir.⁵⁷ Hukuk ve idari yargılamalarda ise bireysel başvuruda tüketilmesi gerekli olmayan olağanüstü başvuru yolları kanun yararına temyiz ve yargılamanın yenilenmesidir.

3. Etkisiz Başvuru Yollarının Tüketilmesinin Gerekli Olmadığı

Başvurucunun tüketmesi gerekli olduğu başvuru yollarının etkili, yani ihlal iddiasını gidermeye elverişli olması gerekmektedir. Bir hukuk yolunun etkili olup olmadığının tespiti başvuru konusu olayın ve ihlali iddia edilen temel hakkın niteliğine göre değişiklik gösterebilmektedir.⁵⁸ Etkililik açısından hukuk yolunun mutlaka başarıya ulaştırılan bir yol olması zorunluluğu bulunmamaktadır. Etkili başvuru yolu, genel olarak bir bireyin karşılaştığı herhangi bir hak ihlali karşısında söz konusu hukuksuzluğun giderilmesi için yetkili bir merci veya makama başvurabilme ve etkili bir karar alabilme hak ve yetkisini ifade

⁵⁷ AYM Kararları, 2013/6576 (Zeki Bingöl (2)), par.57, 2015/144 (Hidayet Karaca), par.59, 2012/239 (Ramazan Aras).

⁵⁸ Anayasa'nın 17. maddesinde düzenlenen yaşam hakkında devletin yerine getirmesi gerekli usuli yükümlülükler açısından etkili başvuru yolu, yaşanan ölüm olayının tüm yönlerinin ortaya konulmasına ve sorumlu kişilerin belirlenmesine imkân tanıyan bağımsız bir soruşturmanın yürütülmesini gerektirmektedir. Bkz. AYM Kararı, 2013/6319 (Cemil Danışman), par.95, 2012/107, par.29. Keza Anayasa'nın 19. maddesi uyarınca uzun tutukluluğa ilişkin şikâyetlerde etkili yol öncelikle kişinin tutukluluk haline son verilmesine olanak tanıyabilecek bir hukuk yolu olmalıdır. Şayet kişi tahliye edilmişse, uğradığı mağduriyet nedeniyle tazminat kararı verilmesine olanak sağlayan yollar etkili hukuk yolu olarak kabul edilmektedir. Bkz. AYM Kararları, 2012/348 (Fikret Eskin), par.32, 2012/1158 (Firat Aslan ve Hebat Aslan), par.36-37. Buna karşın Anayasa'nın 17. maddesinde yer alan kişinin manevi bütünlüğünün korunması hakkı içerisinde kalan hakaret eylemleri nedeniyle etkili iç hukuk yolları hem ceza hem de hukuk davasıdır. Başvurucunun bu yolları tüketmiş olması gerekmektedir. Bkz. AYM Kararları, 2013/1123 (Adnan Oktar (3)), par.44, 2013/514 (Adnan Oktar (2)), par.40. Ayrıca, AYM fiziksel ve zihinsel bütünlüğe yapılan müdahaleler ile oluşan mobing şikâyetlerinde ceza muhakemesine başvurunun yeterli olmadığını, hukuk davası yoluyla tazminat talebinde bulunmasının da gerekli olduğunu belirtmektedir. Bkz. AYM Kararı, 2013/5680 (Aslı Kırmızı Demirseren), par.40-43.

etmektedir.⁵⁹ Bu kısa tanımlamadan, etkili bir iç hukuk yolunun iki asli unsurunun bulunması gerektiği anlaşılmaktadır. Bu unsurlar, adalete erişim ve yargılama makamlarının yeterliliğidir. Bireylerin, öncelikle temel hak ve hürriyetlerinin ihlali nedeniyle mağdur oldukları iddiasını önünde dile getirebilecekleri idari veya yargısal makamların bulunması gerekmekte ve bu makamlar tarafından verilen kararların ihlali gidermeye elverişli, icra kabiliyetine sahip olması gerekmektedir. AYM bireysel başvuru kararlarının birçoğunda bu prensibi ifade etmektedir. Mahkeme bir kararında, tüketilmesi gereken başvuru yollarının başvuru sahibinin şikâyetlerini gidermede makul başarı şansı tanımlarını gerektirdiğini, dolayısıyla mevzuatta bu yollara yer verilmesinin tek başına yeterli olmayıp uygulamada da etkili olduklarının gösterilmesi ya da en azından etkili olmadıklarının kanıtlanmamış olması gerektiğini belirtmektedir.⁶⁰

Başvurucunun, bir ihlal iddiasını gidermeye elverişli birden çok başvuru yoluna sahip olması durumunda, bunlardan birini tüketmesi yeterli görülmektedir.⁶¹ Kural olarak başvuru aynı amacı taşıyan başvuru yollarının tamamının tüketilmesi beklenmemektedir. AİHM kararlarında da sıklıkla kullanılan ve AYM'nin bireysel başvuru yargılamasında uyguladığı bu prensip uyarınca, başvuru sahibinin başvuru yollarını tükettiğini kabul edebilmek için, kendine sunulan alternatif yollardan birini tüketmiş olması gerekli ve yeterlidir. Ancak bu kural ihlali iddia edilen hakkın türüne göre değerlendirilmelidir. Bireyin maddi varlığına karşı üçüncü kişilerin müdahaleleri durumunda tüketilmesi gerekli başvuru yolları ceza soruşturması yapılması amacıyla şikâyette bulunma şeklinde olabileceği gibi, hukuk davası yoluyla taz-

⁵⁹ Bkz. Aynı yönde, Sami Sezai Ural, a.g.e, s.154 Frédéric Sudre, Jean-Pierre Muguénaud, Joel Adriantsimbazovina, Adeline Gouttenoire, Gérard Gonzalez, Laure Milano, Hélène Surrel, a.g.e, s.849, Robin C. A. White, Clare Ovey, a.g.e, s.34-35.

⁶⁰ AYM Kararları, 2013/6576 (Zeki Bingöl (2)), par.57, 2013/843 (Özgür Görmez), par.27, 2012/239 (Ramazan Aras), par.28-29, 2012/1158 (Firas Aslan ve Hebat Aslan), par.35, 2012/1137(Murat Narman), par.28.

⁶¹ AİHM, Günaydın/Türkiye kararında, Hükümetin başvuru sahibinin maruz kaldığını iddia ettiği kötü muamele şikâyetleri nedeniyle savcılığa şikâyette bulunmadığını itirazı kabul etmemiştir. Mahkeme, başvuru sahibinin kendisi hakkında yapılan soruşturma esnasında birçok kez kamu görevlileri tarafından kötü muameleye maruz bırakıldığını belirttiğini ifade etmiştir. AİHM Kararı, Günaydın/Türkiye, 25 Nisan 2002.

minat talebi şeklinde de olabilecektir. Özellikle hakaret eylemine ilişkin gerçekleşen bu durumlarda, bireylerin sadece ceza soruşturması yapılması için başvuruda bulunmuş olmaları, başvuru yollarının tüketildiği anlamına gelmeyecektir. AİHM kararları ile uyumlu şekilde AYM de üçüncü kişilerce şeref ve itibara yapılan müdahaleler için cezai korumalardan daha yüksek başarı şansı sağlayan hukuki koruma mekanizmalarının tüketilmesi gerektiğini belirtmektedir. AYM bir kararında üçüncü kişilerce şeref ve itibara yapılan müdahaleler ile ilgili olarak yalnızca ceza muhakemesi yoluna başvurulmuş olmasının AYM'ye bireysel başvuruda bulunabilmek için şart olan tüm başvuru yollarının tüketilmesi koşulunun yerine getirildiği anlamına gelmeyeceğini belirtmiştir.⁶² Buna karşın, ölüm olayının yaşandığı ve sadece ceza soruşturması yoluna başvuru bir olayda, başvurucuların maddi ve manevi tazminat davası açmamış olmadıkları iddiası ile Adalet Bakanlığı tarafından başvurunun kabul edilemez bulunması gerektiğine dair görüş AYM tarafından reddedilmiştir. Dolayısıyla yaşam hakkına yönelik bir müdahale olduğunda, hukuk davası yoluna gidilmemiş olması başvuru yollarının tüketilmediği anlamına gelmemektedir.⁶³

Ayrıca Türkiye uygulamasında, yargısal fonksiyonu bulunmayan ancak temel hak ve hürriyetlerin korunması amacına özgülenmiş idari kurullar bulunmaktadır. Kamu Denetçiliği, Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu, Meclis Dilekçe ve İnsan Hakları İnceleme Komisyonu gibi idari mekanizmalar özellikle insan hakları konularında inceleme yapmak, ihlalleri önleme konusunda çalışmalara yapmakla yetkilendirilmişlerdir. Bireysel başvuru uygulamasında, bu idari başvuru yollarının hiçbirisi etkili başvuru yolları olarak kabul edilmemektedir. Dolayısıyla bu başvuru yollarının tüketilmesine gerek bulunmamaktadır.

4. Şikâyetlerin Özü İtibariyle Başvuru Yolları İçin Öngörülen Usul Kurallarına Uyularak İleri Sürülmesi

Bir başvuru konusunda kanunun öngördüğü başvuru yollarının tüketilmiş sayılabilmesi için ileri sürülen şikâyetin en azından özü iti-

⁶² AYM Kararları, 2013/6367 (Mehmet Seyfi Oktay), par.34, 2013/577 (Halkevleri Dernekleri ve İlknur Birol), par.22-25, 2013/1123 (Adnan Oktar (3)), par. 32-45.

⁶³ AYM Kararları,2012/850 (Mehmet Ali Emir ve Diğerleri), par.38, 2012/752 (Serpil Kerimoğlu ve Diğerleri), par.40.

barıyla bu makam ve merciler önünde ileri sürülüp bu hususta dikkatlerinin çekilmesi zorunludur. Bireysel başvuru kurumunun ikincil nitelikte bir başvuru yolu olması nedeniyle AYM daha önce çözümlenememiş temel hak ihlallerini ele almakla görevlidir.⁶⁴ Bu nedenle, başvuru temel hak ihlali iddiasını AYM önüne taşımadan önce diğer makamlar önünde özü itibarıyla ileri sürmelidir.⁶⁵ Bu şekilde, ilgili makamlara öncelikle ihlal iddialarını ele alma ve çözüm getirme imkânı sunulmalıdır. Başvurucu, ihlal iddiasında bulunduğu temel hakkı doğrudan doğruya ifade edebileceği gibi, bu hakkın düzenlendiği Anayasa hükmünü veya AİHM hükmünü ifade etmesi de yeterli olacaktır.⁶⁶ Örneğin, bir idari işlem nedeniyle temel hak ve hürriyetlerinin ihlal edildiğini iddia eden kimse idari yargı mercileri önünde yargılamalar esnasında bu durumu ve dayanağı temel hakları da mahkemenin bilgisine sunmalıdır. Başvurucu, şikâyetlerini ayrı ayrı dile getirmek durumundadır. Bireysel başvuru esnasında, başvurunun

⁶⁴ Bkz. Aynı yönde, Robin C. A. White, Clare Ovey, a.g.e, s.35, Sami Sezai Ural, a.g.e, s.136.

⁶⁵ AYM bir kararında, başvurunun Asliye Hukuk Mahkemesi nezdinde açtığı dava sonucunda maktu vekâlet ücretine hükmedilmesi gerekirken nispi vekâlet ücretine hükmedilmesinin adil yargılama hakkının ihlali olduğuna dair şikâyetini incelemiştir. Mahkeme, başvurunun ilgili ilk derece mahkemesi kararının bozulması amacıyla temyiz ve karar düzeltme taleplerinde bulunurken vekâlet ücreti yönünden bir talepte bulunmadığını, bu nedenle başvuru yollarının tüketilmediğini belirtmektedir. Bkz. AYM Kararı, 2013/6314(Tayyibe Özkantaş), par.38-41. AYM bir başka kararda ise başvurunun, Mahkemece hükmedilen tazminat ve alacaklara en yüksek banka mevduat faizinin uygulanmamasının adil yargılama hakkını ihlal ettiğine ilişkin şikâyetini incelemiştir. Mahkeme kararda şu ifadelerde bulunmuştur: Her ne kadar, mülga 1475 sayılı Kanun'un 14. maddesinde kıdem tazminatının en yüksek banka mevduat faiziyle tahsiline karar verilmesi gerektiği hüküm altına alınmışsa da başvuru, ıslah dilekçesinde faiz talebinde bulunmadığından, kanun gereği taleple bağlı olan Mahkemece, ıslahla artırılan miktara faiz uygulanmadığı anlaşılmaktadır. Mahkemece, başvurunun ıslah dilekçesindeki talebine uygun olarak karar verildiği görülmektedir. Başvurucu bu anlamda, ihlale neden olduğunu ileri sürdüğü iddiaya ilişkin olarak yargılama sırasında talepte bulunmadığı için yargısal yollar usulünce tüketilmemiştir. Bkz. AYM Kararı, 2013/7204 (Mümin Meriç), par.38-39.

⁶⁶ AİHM, Glasenapp/Almanya kararında bu konuyu inceleme imkânı bulmuştur. Yerel makamlar, başvuranın AİHM'nin ifade hürriyetine dair 10. maddesini ifade etmediği gibi, Alman iç hukukunda ifade hürriyetini koruyan StGG 5. maddesini de dile getirmediğini başvurunun kabul edilemez olduğunu iddia etmişlerdir. AİHM, başvurunun ilgili maddeleri açıkça ifade etmese bile, özü itibarıyla şikâyetini sunduğunu belirterek itirazı reddetmiştir. Bkz. David Szymczak, La Convention Européenne des Droits de l'Homme et le Juge Constitutionnel National, Publication de l'Institut International des Droit de l'Homme, Bruylant, Brüksel, 2007, s.260.

başvuru yollarında belirtmediği şikâyetler bakımından başvuru yolları tüketilmemiş kabul edilecektir.⁶⁷ AYM kararlarında belirtildiği üzere, olağan kanun yollarında ve genel mahkemeler önünde dayanılmayan iddialar⁶⁸ AYM önünde şikâyet konusu edilemeyeceği gibi genel mahkemelere sunulmayan yeni bilgi ve belgeler de AYM'ye sunulamayacaktır.⁶⁹ Mahkeme bir kararında açıkça, başvuru konusuna konu edilen şikâyetlerini derece mahkemeleri önünde ileri sürmeksizin ilk defa Anayasa Mahkemesi önünde dile getirdiğini, bu itibarla, iddia ettiği hak ihlalini düzeltme imkânını yargısal makamlara tanımaksızın başvuruda bulunduğunu belirterek, şikâyeti başvuru yollarının tüketilmemesi nedeniyle kabul edilemez bulmuştur.⁷⁰

Başvurucunun AYM önüne getirdiği şikâyetini, ilk olarak iç hukukun öngördüğü tüm usule ilişkin kurallara uyararak yetkili idari makamlara ve adli mercilere iletmesi ve bu konuda sahip olduğu bilgi ve kanıtlarını zamanında bu makamlara sunmuş, ayrıca bu süreçte dava ve başvurusunu takip etmek için gerekli özeni göstermiş olması gerekmektedir.⁷¹ Başvuru yollarının tüketilmesi ilkesi, hukuk sisteminde öngörülen usul kurallarına riayet edilmesini gerektirmektedir. Başvuru yollarının tüketilmesi için usule ilişkin koşullara ve sürelerle uymak gerekmekte; başvuru konusuna ilişkin hukuk yollarını tüketmeye çalıştığı, ancak kendi ihmali nedeniyle usul gerekliliklerini yerine getiremediği halde başvuru, hukuk yolları tüketilmediği için reddedilmektedir.⁷²

⁶⁷ Bkz. AİHM Kararı, A ve Diğerleri/Birleşik Krallık, 19 Şubat 2009, par.122.

⁶⁸ AYM, bir kararında başvuru konusuna konu edilen şikâyetini, ilk olarak iç hukukun öngördüğü tüm usule ilişkin kurallara uyararak yetkili idari makamlara ve adli mercilere iletmesi ve bu konuda sahip olduğu bilgi ve kanıtlarını zamanında bu makamlara sunmuş, ayrıca bu süreçte dava ve başvurusunu takip etmek için gerekli özeni göstermiş olması gerekmektedir.⁷¹ Başvuru yollarının tüketilmesi ilkesi, hukuk sisteminde öngörülen usul kurallarına riayet edilmesini gerektirmektedir. Başvuru yollarının tüketilmesi için usule ilişkin koşullara ve sürelerle uymak gerekmekte; başvuru konusuna ilişkin hukuk yollarını tüketmeye çalıştığı, ancak kendi ihmali nedeniyle usul gerekliliklerini yerine getiremediği halde başvuru, hukuk yolları tüketilmediği için reddedilmektedir.⁷²

⁶⁹ AYM Kararları, 2012/946 (Bayram Gök), par.20, 2013/3689 (Mustafa Sıtkı Özka-ya), par.32-35, 2014/2496 (Adnan Güzel), par. 73-74, 2013/614(Murat İslamoğlu), par.36.

⁷⁰ AYM Kararı, 2013/1145 (Metin Polat), par.22-25.

⁷¹ AYM, bireysel başvuruya ilişkin bir kararda, başvuru konusuna konu edilen şikâyetini, ilk olarak iç hukukun öngördüğü tüm usule ilişkin kurallara uyararak yetkili idari makamlara ve adli mercilere iletmesi ve bu konuda sahip olduğu bilgi ve kanıtlarını zamanında bu makamlara sunmuş, ayrıca bu süreçte dava ve başvurusunu takip etmek için gerekli özeni göstermiş olması gerekmektedir.⁷¹ Başvuru yollarının tüketilmesi ilkesi, hukuk sisteminde öngörülen usul kurallarına riayet edilmesini gerektirmektedir. Başvuru yollarının tüketilmesi için usule ilişkin koşullara ve sürelerle uymak gerekmekte; başvuru konusuna ilişkin hukuk yollarını tüketmeye çalıştığı, ancak kendi ihmali nedeniyle usul gerekliliklerini yerine getiremediği halde başvuru, hukuk yolları tüketilmediği için reddedilmektedir.⁷²

⁷² AYM Kararı, 2013/3667, (Emel Kaynar ve Diğerleri) par.45.

Örnek olarak, başvurucunun kanunda öngörülen temyiz sürelerine riayet etmemesi nedeniyle, temyiz talebinin esas incelemesi yapılmaksızın sadece bu nedenle usulden reddedilmesi halinde iç hukuk yolları tüketilmemiş kabul edilecektir.⁷³ Ancak, başvurucu için mevzuatta öngörülen usul kurallarına uymamış olmasına rağmen yetkili makamlar yine de başvuruyu esastan incelemiş ise artık başvuru yollarının tüketilmediğinden söz edilemeyecektir.

II. KANUNLA KURULAN TAZMİNAT KOMİSYONLARI

Belirtildiği üzere tüketilmesi gerekli başvuru yollarının kural olarak AYM'ye başvurulduğu anda mevcut ve ulaşılabilir olması gerekmektedir.⁷⁴ Bireysel başvuruda bulunulmasının ardından başvuru konusu ihlali gidermeye yönelik yeni bir hukuki tazmin yolunun oluşturulması durumunda kural olarak başvurucunun bu yeni hukuk yoluna başvurması gerekmemektedir. Ancak AİHM başvuru yollarının tüketilmesi kuralının esnek yorumlanması gerektiği kuralından hareketle ve artan iş yükünün Mahkemenin sağlıklı ve verimli olarak işleyişini engelleme riskini göz önünde bulundurarak başvuru yapıldıktan sonra taraf devletlerin iç hukuklarında kanunlarla ihdas edilen başvuru yollarının da tüketilmesi gerektiğini kabul etmiştir.

Bugüne kadar Türkiye uygulamasında, kanunlarla ihdas edilen üç ayrı tazminat komisyonu bulunmaktadır. Bunlardan birincisi, 6384 sayılı Yasa ile kurulmuş İnsan Hakları Tazminat Komisyonu'dur. İkinci, 5233 sayılı Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşlanması Hakkında Kanun ile kurulan Zarar Tespit Komisyonu'dur.

⁷³ AYM, bireysel başvuruya ilişkin bir kararında, "başvurucunun temyiz talebinin, süresinde yapılmadığı gerekçesiyle reddedildiği dikkate alındığında başvurucunun, başvuru yollarını usulüne uygun bir şekilde tüketmediği anlaşılmaktadır." şeklinde bir değerlendirmede bulunmuştur. Bkz. AYM Kararı, 2013/7025 (Yüksel Keskin), par. 26-27. AYM bir başka kararda, başvurucunun ilk derece mahkemesi kararını süresi içinde temyiz etmeyerek kanunda öngörülen yargısal başvuru yollarının tamamını usulüne uygun bir şekilde tüketmeden bireysel başvuruda bulunduğu görülmekle, başvurunun kabul edilemez bulunmasına karar vermiştir. Bkz. AYM Kararları, 2013/3449 (Çağdaş Mühendislik Ltd. Şti), par.49-50, 2014/505 (Özlem Türkes), par.32-35.

⁷⁴ AİHM uygulaması da aynı yöndedir. AİHM, Matijasevic/Sırbistan kararında, davalı hükümetin başvurucunun Sırbistan-Karadağ Mahkemesine temel hak ihlali şikâyetiyle başvurabileceği iddiasını, Sırbistan ve Karadağ'ın ayrıldığı ve söz konusu Mahkemenin başvurucu açısından mevcut bir hukuk yolu olmadığını belirtmiştir. AİHM Kararı, Matijasevic/Sırbistan, 19 Eylül 2006, par.32-37.

Son olarak 23/07/2017 tarihli Resmî Gazetede yayımlanan 685 sayılı Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnamesi ile (OHAL KHK'sı) OHAL kapsamında Olağanüstü Hal İşlemleri İnceleme Komisyonu kurulmuştur.⁷⁵

A.6384 sayılı Yasa ile Kurulmuş İnsan Hakları Tazminat Komisyonu

1. Kanunun Amacı

AİHM, 20 Mart 2012 tarihli Ümmühan Kaplan/Türkiye pilot kararında, hâlihazırda Mahkeme önünde derdest olan ve bireysel başvuru uygulamasının yürürlüğe gireceği 23 Eylül 2012 tarihinden önce kaydedilmiş olan uzun yargılama şikâyetine yönelik başvurular hakkında Türkiye'de yeterli ve uygun tazmin sunan etkili bir iç hukuk yolunun ihdas edilmesi gerekliliğini belirtmiştir. Bu başvuruda AİHM başvuru-cunun babası tarafından 1970 tarihinde Manavgat Kadastro Mahkemesine açılan tapu tescilinin iptali davasının hâlihazırda derdest olmasına ilişkin şikâyeti incelemiştir. Başvurucu babasının ölümünden sonra Kadastro Mahkemesi önündeki yargılamaya taraf olarak katılmış ve AİHM'ye AİHS'nin 6. maddesinde korunan yargılamanın makul sürede neticelendirilmesi hakkının ihlali iddiası ile başvurmuştur. AİHM bu kararda farklı yerel mahkemeler önündeki davaların süresinin aşırı uzun olmasından ve bu durumun AİHS'nin 6 § 1. maddesi tarafından konulan "makul süre" gereğine karşılık vermemesi nedeniyle Türkiye aleyhine yöneltilen çok sayıda başvuru olduğunu belirtmiştir. Mahkeme Daneshpayeh /Türkiye başvurusunda belirttiği üzere bu tür ihlallerin uzun yıllardan beri tekrar ettiğini; Türk hukuk sisteminde yapısal ve sistematik bir sorun teşkil ettiğini ve bu ihlal iddialarını ileri sürebileceği etkili hukuk yollarının da bulunmadığını belirtmiştir.⁷⁶

AİHM Ümmühan Kaplan kararında Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin konu hakkındaki 12 Mayıs 2004 tarihli tavsiye kararına da atıfta bulunmuştur. Bakanlar Komitesi tavsiye kararında, AİHS ile kurulan temel hak ve hürriyetleri koruma mekanizmasının ikincil nitelikte olduğunu Sözleşme'nin 1. maddesine uygun olarak, AİHS ta-

⁷⁵ Bkz. 23/07/2017 tarih ve 29957 sayılı Resmî Gazete için <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2017/01/20170123-4.htm>.

⁷⁶ Bkz. AİHM Kararı, Daneshpayeh/Türkiye, 16 Temmuz 2009, par.26-38.

rafından garanti edilen hak ve özgürlüklerin her şeyden önce, iç hukuk ve ulusal yetkililer tarafından korunması gerektiğini belirtmiştir. Komite, AİHM'ye yapılan başvuruların esası hakkında karar verilmeden önce iç hukuklarda ihlal iddialarının ileri sürülebileceği başvuru yollarının kurulması halinde bu yolların da kullanılması gerektiğini; ayrıca Mahkeme'nin yapısal ve genel eksiklikleri belirten kararlarının akabinde, Devletlerin halihazırda mevcut bulunan iç hukuk yollarının etkinliğini tekrar gözden geçirmesi ve aynı soruna ilişkin olayların tekrar Mahkeme önüne taşınmasını önlemek için etkili iç hukuk mekanizmaları inşa etmesi gerektiğini belirtmiştir.⁷⁷ AİHM sonuç olarak, AYM'nin bireysel başvuruları kabul etmeye başlayacağı 23 Eylül 2012 tarihinden önce uzun yargılama şikâyeti ile Mahkemeye sunulan ve henüz Türkiye'ye tebliğ edilmemiş başvuruların incelenmesini davalı devletin söz konusu yapısal sorunun çözümü için uygun önlemler alınca kadar ertelemeye karar verdiğini belirtmiştir.⁷⁸

2.Komisyonun Yetkileri ve Çalışma Usulü

AİHM kararının bir sonucu olarak sürdürülen çalışmalar kapsamında, 6384 sayılı "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Yapılmış Olan Bazı Başvuruların Tazminat Ödenmek Suretiyle Çözümüne Dair Kanun Tasarısı" hazırlanmış ve 9 Ocak 2013 tarihinde Türkiye Büyük Millet Meclisi'nce kabul edilerek yasalaşmış, 19 Ocak 2013 tarihinde Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe⁷⁹ girmiştir. Bu kanun ile

⁷⁷ Bkz. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, "Kanun Projelerinin, Mevcut Kanunların ve İdari Uygulamaların Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hükümlerine Uygunluğun Denetlenmesine Dair Tavsiye Kararı, 12 Mayıs 2004, Strasburg, https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=09000016805dd196.

⁷⁸ AİHM bu kararda uzun yargılama şikâyetlerinin ileri sürülebileceği yeni kurulacak mekanizmalardaki tazmin taleplerinin belirli unsurları içerisinde barındırması gerektiğini belirtmiştir. Bu unsurlar şunlardır: 1-tazminat davası makul süre içerisinde neticelendirilmelidir; 2-tazminat bedeli ivedi şekilde ödenmelidir. Prensip olarak, bu ödeme tazminata hükmedilen kararın kesinleşmesinden itibaren en geç 6 ay içerisinde yapılmalıdır; 3- Sözleşme'nin 6. maddesinde belirtildiği gibi tazminat davasını yöneten usul kuralları, hakkaniyet ilkesine uygun olmalıdır; 4- Yargılama giderleri başvurucular üzerinde ağır yük teşkil edecek derecede olmamalıdır; 5- Tazminatın tutarı, Mahkeme'nin benzer olaylarda hükmettiği tazminat tutarının altında kalmamalıdır. Bkz. Ümmühan Kaplan/Türkiye, par.72.

⁷⁹ 6384 sayılı Kanun'un 10. maddesinde, Komisyona müracaatın şekli ve süresine ilişkin 5. maddesinin Kanunun yayımından 1 ay sonra yürürlüğe gireceği belirtilmiştir. Dolayısıyla Komisyon 20 Şubat 2013 Çarşamba gününden itibaren başvuruları kabul etmeye başlamıştır. Başvurular 20 Şubat tarihinden itibaren altı ay

AYM'ye bireysel başvuru imkânından yararlanamayacak olan, yargılamalarının makul sürede sonuçlandırılmadığı veya mahkeme kararlarının geç ya da eksik icra edildiği veya hiç icra edilmediği iddiasıyla geçmişte AİHM'ye başvuran vatandaşların, AİHM tarafından bir karar verilmesine gerek kalmadan, varsa mağduriyetlerinin giderilmesine yönelik etkin bir sistem getirilmesi amaçlanmıştır. Müdür Turgut ve Diğerleri/Türkiye kararında AİHM kurulan yeni Komisyon'un tüketilmesi gerekli bir iç hukuk yolu olduğunu kabul etmiştir.⁸⁰

Belirtilen kanunla birlikte Komisyon öncelikle ceza hukuku kapsamındaki soruşturma ve kovuşturmalar ile özel hukuk ve idare hukuku kapsamındaki yargılamaların makul sürede sonuçlandırılmadığı veya mahkeme kararlarının geç veya eksik icra edildiği ya da hiç icra edilmediği iddiasıyla ve 23 Eylül 2012 tarihi itibarıyla AİHM'ye yapılmış başvurulara bakmakla görevlendirilmiştir.

6384 sayılı Yasa'nın 2/2. maddesinde AİHM'nin yerleşik içtihatları doğrultusunda ülkemiz aleyhine verilen ihlal kararlarının yoğunluğu dikkate alınmak suretiyle, Adalet Bakanlığınca teklif edilecek diğer ihlal alanları bakımından da Bakanlar Kurulu kararıyla bu Kanun hükümleri uygulanabilir. "hükmü yer almıştır. Bu maddeye istinaden 10 Şubat 2014 tarihli Bakanlar Kurulu kararının 16 Mart 2014 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanması ile birlikte, Komisyon'un yetki alanı genişletilmiştir. Bakanlar Kurulu kararı ile a-4/11/1983 tarihli ve 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununa göre yapılan kamulaştırma veya irtifak hakkı tesislerinde uzun yargılama ve enflasyonun etkisiyle kamulaştırma veya irtifak hakkı bedelindeki değer kaybının telafi edilmediği iddiasıyla [AİHM'ye] yapılan başvurular, **b**-ceza infaz kurumlarında barındırılan hükümlü ve tutuklulara uygulanan disiplin yaptırımlarına karşı başvurular ve 16/5/2001 tarihli ve 4675 sayılı İnfaz Hâkimliği Kanununa göre incelenen itirazlarda savunma hakkının kısıtlandığı iddiasıyla [AİHM'ye] yapılan başvurular, **c**- ceza infaz kurumlarında Türkçe dışında dil kullanıldığı gerekçesiyle haberleşme hakkının ihlal edildiği iddiasıyla [AİHM'ye] yapılan başvurular, **d**- ceza infaz

içerisinde yapılmalıdır. Bu süre içinde müracaatta bulunmayanlar Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin münhasıran iç hukuk yollarının tüketilmemiş olması gerekçesine dayanan kabul edilemezlik kararının kendilerine tebliğinden itibaren bir ay içinde de Komisyona müracaat edebileceklerdir.

⁸⁰ AİHM Kararı, Müdür Turgut ve Diğerleri/Türkiye, 6 Mart 2013.

kurumlarında Türkçe dışında yazılan mektup ve benzeri iletilerin kurum idaresi tarafından alınmadığı veya gönderilemediği gerekçesiyle haberleşme haklarının ihlal edildiği iddiasıyla [AİHM'ye] yapılan başvurular ve ceza infaz kurumlarında barındırılan hükümlü ve tutukluların yararlanmak istedikleri süreli ve süresiz yayınların değişik gerekçelerle engellendiği iddiasıyla AİHM'ye yapılan başvurular açısından Komisyon yetkilendirilmiştir. Komisyonun görev alanına dâhil edilen bu yeni ihlal alanlarına ilişkin 23 Mart 2013 tarihinden önce AİHM önünde derdest başvurusu olanlar ile makul sürede yargılanma hakkına ilişkin olarak 23 Mart 2013 tarihinden önce AİHM'ye başvuranlar, Bakanlar Kurulu kararının Resmî Gazete'de yayımından itibaren 6 ay içinde ya da AİHM'nin kabul edilmezlik kararının tebliğinden itibaren 1 ay içinde Komisyona başvurabilecekleri belirtilmiştir. Böylelikle Komisyon'un zaman bakımından yetkisi 23 Eylül 2012 tarihinden 23 Mart 2013 tarihine çekilerek altı ay genişletilmiştir.

09/03/2016 tarih ve 2016/8509 sayılı Bakanlar Kurulu Kararının 4. maddesi gereğince İnsan Hakları Komisyonu'nun yetki kapsamı bir kez daha genişletilmiştir. Bu madde uyarınca Komisyon; **a-**orman olduğu gerekçesiyle veya 31/8/1956 tarihli ve 6831 sayılı Kanunun 2/B maddesinin uygulanması nedenlerine bağlı olarak tapu kaydının iptal edilmesi veya kadastro tespiti ya da orman kadastro sonucu tapulu taşınmazın ormanlık alanda olduğunun tespit edilmesi üzerine mülkiyet hakkının ihlal edildiği iddiasıyla [AİHM'ye] yapılan başvurular, **b-**kıyı-kenar çizgisi içerisinde kaldığı gerekçesiyle tapu kaydının iptal edilmesi üzerine mülkiyet hakkının ihlal edildiği iddiasıyla [AİHM'ye] yapılan başvurular, **c-** taşınmazın imar planında kamu hizmetine tahsis edilmesi üzerine mülkiyet hakkının ihlal edildiği iddiasıyla [AİHM'ye] yapılan başvurular, **d-** ceza infaz kurumlarında bulunan tutuklu ve hükümlülere verilen disiplin yaptırımları üzerine özel ve aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiği iddiasıyla [AİHM'ye] yapılan başvurular, **e-** ceza infaz kurumlarında Türkçe yazılan mektup veya benzer iletilerin ceza infaz kurumu idaresi tarafından alınmaması veya gönderilmemesi üzerine özel ve aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiği iddiasıyla [AİHM'ye] yapılan başvurulara da bakmakla görevlendirilmiştir.

Komisyon, Adalet Bakanı tarafından hâkim-savcı sınıfından atanan dört üye ile Maliye Bakanı tarafından maliye personeli arasından atanan bir üye olmak üzere beş kişiden oluşmaktadır. Komisyon mü-

racaatların esası hakkındaki kararını AİHM'nin konu hakkındaki emsal kararlarını göz önünde bulundurarak dokuz ay içerisinde vermek zorundadır. Bu kararlara karşı tebliğ tarihinden itibaren on beş gün içinde Komisyon aracılığıyla Ankara Bölge İdare Mahkemesine itiraz edilebilmektedir. Komisyon kararını yerinde görmeyen Bölge İdare Mahkemesi, işin esası hakkında kesin olarak karar verebilecektir. İtiraz üzerine verilen kararlar kesin olup, bu kararlara karşı AYM'ye bireysel başvuru yolu açıktır. Ödenmesine karar verilen tazminat, kararın kesinleşmesinden itibaren üç ay içinde Adalet Bakanlığı tarafından ödenmektedir.

3. Bireysel Başvuru Kapsamında Komisyon'un Tüketilmesi Gerekli Başvuru Yolu Olup Olmadığı

Yukarıdaki başlıklarda ayrıntılı olarak incelendiği üzere İnsan Hakları Tazminat Komisyonu Kanun ve Bakanlar Kurulu Kararnameleri ile belirlenen görev alanlarında ancak AİHM'ye 23/03/2016 tarihinden önce yapılmış ve henüz davalı hükümete yani Türkiye'ye tebliğ edilmemiş başvuruları ele almakla görevlendirilmiştir.⁸¹ Bu nedenle AYM'nin bireysel başvuruları incelemeye başladığı tarih olan 23/09/2012 tarihinden sonra İnsan Hakları Komisyonu'nun görev alanına giren tüm konulara ilişkin temel hak ihlali iddiaları nedeniyle bu Komisyona başvurulması gerekliliği bulunmamaktadır. Bu konulardaki ihlal iddiaları da başvuru yollarının tüketilmesi kuralı gereğince öncelikle ihlali gidermeye elverişli derece mahkemelerinde ileri sürülmeli ve son olarak AYM'ye bireysel başvuruda bulunulmalıdır. Keza, İnsan Hakları Tazminat Komisyonu'na yapılacak müracaatlar AİHM'ye başvuru tarihini ve numarasını gösteren resmi kayıt kabul mektubu, başvuru formu ve diğer ilgili bilgi ve belgelerle birlikte, müracaat edenin kimlik bilgilerini içeren imzalı bir dilekçeyle yapılmaktadır. Dolayısıyla AİHM'ye başvuru yapılmamış bir konuda Tazminat Komisyonu'na başvurulması mümkün değildir.

⁸¹ AYM, uzun yargılama şikâyetine ilişkin bir başvuruda ihdası yasa ile öngörülen edilen Tazminat Komisyonu'nun sadece AİHM'ye yapılan başvurular açısından yeni bir başvuru yolu olarak planlandığını, ancak mevcut durumda Komisyonun henüz kurulmadığını dolayısıyla bu aşamada nedeniyle etkili bir başvuru yolunun olmadığı kabul edilmesi gerektiğini belirtmiştir. Bkz. AYM Kararı, 2012/13 (Güher Ergun ve Diğerleri), par.29.

Başvurucunun İnsan Hakları Komisyonu tarafından verilen karardan tatmin olmaması durumunda bu karara karşı Anakara Bölge İdare Mahkemesi nezdinde itiraz hakkı bulunmaktadır. İtiraz hakkında verilen karar kesin olup, başvuru temel hak ihlali iddiası ile bu karar hakkında AYM'ye bireysel başvuruda bulunma hakkına sahiptir. Başvurucunun Tazminat Komisyonu tarafından verilen kararı AYM'ye taşıdığı bir başvuruda Mahkeme başvuruyu kabul edilemez bulmuştur. Mahkeme öncelikle İnsan Hakları Tazminat Komisyonu'nun kanun ile kurulmuş idari bir başvuru yolu olduğunu belirtmiştir. Ertesinde, 6384 sayılı Kanun ile kurulan Komisyon tarafından, yargılamanın uzun sürmesi nedeniyle başvuru makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiğinin tespit edildiğini ve bu ihlal sebebiyle başvurucuya tazminat ödenmesine karar verildiğini, Komisyonun tespitine esas olan olayla ilgili başvuru mağduriyetinin açıkça ve orantısız olmayacak şekilde giderildiğini, bu nedenle başvuru kişiden kabul edilemez bulmuştur.⁸²

B. 5233 Sayılı Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılanması Hakkında Kanun ile Kurulan Zarar Tespit Komisyonları

1.Kanunun Amacı

1980'li yıllarda ortaya çıkan, süreç içerisinde artarak devam eden terör eylemleri nedeniyle özellikle bu eylemlerin gerçekleştiği bölgelerde yaşayan bireyler maddi ve manevi olarak zarara uğramışlardır. Bu zararlar terör eylemlerinden kaynaklandığı gibi bazen de terörle mücadele kapsamında yürütülen faaliyetlerden kaynaklanmıştır.⁸³ Özellikle 1990'lı yıllarda terör eylemlerinin yoğun yaşandığı Doğu ve Güneydoğu Anadolu bölgelerinde sıklıkla bireylerin ikamet ettikleri

⁸² AYM Kararları, 2014/11359 (Ahmet Doğan), par.37-38, 2014/2980 (Selçuk Horuk ve Hüseyin Karadağ), par.36-37, 2013/9793 (Emine Sağırbaş ve Diğerleri), par.31-33, 2013/9792 (Mürvet Karayılan ve Diğerleri), par.46-48.

⁸³ Berkan Ayturan, "5233 Sayılı Yasa Kapsamında Manevi Zararların Tazmin Edilemeyeceği Sorunu", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Sayı 19, 2014, s.654, Begüm İsbir, "Sosyal Risk İlkesinde Kanuni Bir Yöntem. 5233 Sayılı Kanun ve Uygulanması", *Memleket Siyaset Yönetim Dergisi*, Cilt 10, Sayı 24, 2015, s.87 vd.

köylerden ayrılmak zorunda kaldıkları görülmüştür.⁸⁴ Bu bireylerin AİHM'ye yaptığı başvurular Mahkeme önünde önemli ölçüde iş yükü oluşturmuştur.⁸⁵ AİHM Doğan ve Diğerleri/Türkiye davasında, terör eylemleri nedeniyle köy boşaltmaların Türkiye'de sistematik ve yapısal sorun haline geldiğini belirtmiştir. Bu davada Hükümet yapmış olduğu savunmada başvuruçunun mülkiyet hakkı ihlali iddiasını gerek idare ve gerekse hukuk mahkemeleri önünde ileri sürebileceğini ancak bu yolları tüketmemesi nedeniyle başvurunun kabul edilmez bulunması gerektiğini ileri sürmüştür. Hükümet özellikle idare hukukunun genel ilkelerinden hareketle idarenin kusursuz sorumluluğu gereğince başvuruçuların terörle mücadele kapsamında maruz kaldıkları zararlar açısından maddi ve manevi tazminat talep etme hakları bulunduğunu ileri sürmüştür.⁸⁶ AİHM, davalı hükümet tarafından ileri sürülen başvuru yollarının etkili olduğunu gösterir iç hukukta bugüne kadar idare mahkemeleri tarafından verilen bir karar sunulmadığını belirterek, hükümetin talebini reddetmiştir.

⁸⁴ "Doğu ve Güneydoğu Anadolu'da Boşaltılan Yerleşim Birimleri Nedeniyle Göç Eden Yurttaşlarımızın Sorunlarının Araştırılarak Alınması Gereken Tedbirlerin Tespit Edilmesi Amacıyla Kurulan Meclis Araştırma Komisyonu" raporunda 1993-1994 yıllarında bu bölgede toplam 905 köyün, 2523 mezranın boşaltıldığı belirtilmektedir. Bkz. İstanbul Milletvekili Algan Hacaloğlu ve 9 Arkadaşının, Doğu ve Güneydoğu Anadolu'da Boşaltılan Yerleşim Birimleri Nedeniyle Göç Eden Yurttaşlarımızın Sorunlarının Araştırılarak Alınması Gereken Tedbirlerin Tespit Edilmesi Amacıyla Anayasanın 98 inci, İçtüzüğü'nün 104 ve 105 inci Maddeleri Uyarınca Bir Meclis Araştırması Açılmasına İlişkin Önergesi ve (10/25) Esas Numaralı Meclis Araştırması Komisyonu Raporu, Dönem 20, Yasama Yılı 3,1996, s.13, <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem20/yil01/ss532.pdf>.

⁸⁵ AİHM Kararları, Nuri Kurt/Türkiye, 29 Kasım 2005, Selçuk ve Asker/Türkiye, 24 Nisan 1998, Menteş ve Diğerleri/Türkiye, 28 Kasım 1997.

⁸⁶ İdarenin sorumluluğu kusurda dayalı ve kusursuz sorumluluk olarak ikiye ayrılmaktadır. Kusur sorumluluğu gereğince idarenin bir kamu hizmetinin yürütülmesi sırasında hizmetin kötü işlemesi, hiç işlememesi veya geç işlemesinden dolayı meydana gelen zararlardan dolayı sorumluluk söz konusudur. Kusursuz sorumluluk, idarenin kamu hizmetlerini yürütürken, doğrudan idarenin kusuruna dayanmaksızın ortaya çıkan zararların, idari eylem veya işlem ile zarar arasında nedensellik bağı kurulması şartıyla ortaya çıkmaktadır. Kusursuz sorumluluk risk ilkesi ve kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesine dayanmaktadır. Bunun yanı sıra bireylerin bir toplumda yaşamaları nedeniyle zararlara maruz kalmaları durumunda üçüncü bir kusursuz sorumluluk ilkesi söz konusu olacaktır. Sosyal risk olarak belirtilen bu ilke uyarınca, ortaya çıkan zararların sonuçlarıyla ilgili olarak nedensellik bağı aranmamaktadır. Bkz. Berkan Ayturan, a.g.e, s.658 vd., Begüm İsbir, a.g.e, s.88 vd.

AIHM önünde artan başvurulardan sonra özellikle köy boşaltmalar nedeniyle mülkiyet hakkı ihlali iddialarının etkili olarak ileri sürülebileceği bir iç hukuk yolu kurulmuştur. 17 Temmuz 2004 tarihinde kabul edilen 5233 sayılı Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılanması Hakkında Kanun ile idarenin terörle mücadele kapsamında yürüttüğü faaliyetler nedeniyle maddi zarara uğrayan kişilerin zararlarının, devletin bir kusuru olmasa bile, devlet tarafından sulhname ile karşılanması konusunda özel bir düzenleme getirilmiştir. Kanun'un gerekçesinde terör örgütlerinin, kişilere kişisel husumet sebebi ile değil devletin anayasal düzenini yıkmak maksadı ile zarar verdikleri, dolayısıyla kişilerin kendi kusurları sebebi ile değil, toplumun bir ferdi oldukları için zarar gördükleri belirtilmiştir. Yine gerekçede, toplumun tamamını hedef alan bir eylemden doğan zararın mağdur birey üzerinde bırakılmasının hakkaniyet ve nesafet ilkelerine aykırı düşeceği belirtilmiştir.

2. Zarar Tespit Komisyonlarının Yetkileri ve Çalışma Usulleri

Zarar Tespit Komisyonları bir başkan ve altı üyeden oluşmaktadır. 81 ilde oluşturulan bu komisyonlara il Valisi tarafından görevlendirilen Vali Yardımcısı başkanlık etmektedir.⁸⁷ Komisyon oyçokluğu ile karar vermektedir. Komisyon 5233 sayılı Yasa kapsamında başvuruların zararlarının tespiti ile görevlendirilmiştir. Komisyon zarar tespitinden sonra ne şekilde zararın giderileceğini ve varsa mahsup miktarlarını belirleyecek ve nakdi/ayni ödeme miktarını içeren sulhname tasarısı hazırlayacaktır. Hak sahibi 30 gün içerisinde sulhname tasarısını imzalamadığı takdirde kabul etmemiş sayılmaktadır. Komisyon, çalışmasını başvuru tarihinden itibaren altı ay içinde tamamlamak zorundadır. Vali, zorunlu hallerde bu süreyi üç ay daha uzatabilmektedir. Bireylerin Zarar Tespit Komisyonu kararlarına karşı idari yargılama makamlarına başvurma hakkı bulunmaktadır.⁸⁸

⁸⁷ 5233 sayılı Yasanın ilgili 4. maddesi uyarınca Komisyon şu kişilerden oluşmaktadır: Valinin görevlendireceği vali yardımcısı komisyonun başkanı; maliye, banyındırlık ve iskân, tarım ve köy işleri, sağlık, sanayi ve ticaret konularında uzman ve o ilde görev yapan kamu görevlilerinden vali tarafından belirlenecek birer kişi ile baro yönetim kurulunca baroya kayıtlı olanlar arasından görevlendirilecek bir avukat komisyonun üyesidir.

⁸⁸ Bkz. Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, 18 Şubat 2016 Tarih ve E.2015/2933, K.2016/326, Danıştay 15. Daire, 27 Haziran 2013 Tarih ve E.2011/15464,

5233 sayılı Yasanın ilgili 6. maddesi uyarınca, terörle mücadele kapsamında gerçekleştirilen faaliyetlerden dolayı zarar gören veya mirasçılarının veya yetkili temsilcilerinin zarar konusu olayın öğrenilmesinden itibaren altmış gün içinde, her halde olayın meydana gelmesinden itibaren bir yıl içinde zararın gerçekleştiği veya zarar konusu olayın meydana geldiği il valiliğine başvurmaları halinde zararın tazmini amacıyla gerekli işlemlere başlanmaktadır.⁸⁹ Aynı kanunun 7. maddesinde hangi zararların tazmin edileceği belirtilmiştir. Bu hükme göre, hayvanlara, ağaçlara, ürünlere ve diğer taşınır ve taşınmazlara verilen her türlü zararlar, yaralanma, sakatlanma ve ölüm hallerinde uğranılan zararlar ile tedavi ve cenaze giderleri ve terörle mücadele kapsamında yürütülen faaliyetler nedeniyle kişilerin mal varlıklarına ulaşamamalarından kaynaklanan maddî zararlar bu kanun hükümlerine göre sulh yoluyla karşılanabilecek zararlardır. Görüldüğü gibi sadece maddi zararlar karşılanabilmekte, yani manevi zararlar kapsam dışında bırakılmıştır.⁹⁰ Danıştay kararlarında 5233 sayılı Yasanın uygulama alanının yalnızca “sosyal risk ilkesi”⁹¹ uyarınca tazmini müm-

K.2013/5316, Danıştay 10.Daire, 27 Mayıs 2009 Tarih ve E.2008/11150, K.2009/5084.

⁸⁹ Yasanın geçici 1. maddesinde yer alan; Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir yıl içinde ilgili valilik ve kaymakamlıklara başvurmaları hâlinde, 19.7.1987 tarihi ile bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarih arasında işlenen 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununun 1 inci, 3 üncü ve 4 üncü maddeleri kapsamına giren eylemler veya anılan tarihler arasında terörle mücadele kapsamında yürütülen faaliyetler nedeniyle zarar gören gerçek kişiler ile özel hukuk tüzel kişilerinin maddî zararları hakkında da bu Kanun hükümleri uygulanır.” hükmü uyarınca Yasanın uygulaması 17 yıl geriye çekilmiştir.

⁹⁰ Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten bugüne kadar Zarar Tespit Komisyonlarına toplam 419.348 başvuru yapılmıştır. Bu başvurulardan 388.287 adedi sonuçlandırılmış olup; bunlardan 218.606 başvuru için tazminat ödenmesine karar verilmiş, 169.681 başvuru ise reddedilmiştir.1 Mart 2017 tarihi itibarıyla komisyonlarca olumlu sonuçlandırılan ve sulhname imzalayan kişilere ödenmek üzere 3.878.484.343,- TL talep edilmiş ve ilgililere ödenmiştir. Bkz. İlgili istatistikler için, Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılanması Hakkında Bilgi Notu, <http://www.illeridairesi.gov.tr/5233-sayili-kanun-uygulanmasi-istatistikleri>.

⁹¹ Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu sosyal risk kavramını şu şekilde tanımlamıştır: Sosyal risk ilkesi ile toplumun içinde bulunduğu koşullardan kaynaklanan, idarenin faaliyet alanında meydana gelmekle birlikte, yürütülen kamu hizmetinin doğrudan sonucu olmayan, toplumsal nitelikli riskin gerçekleşmesi sonucu oluşan, salt toplumun bireyi olunması nedeniyle uğranılan özel ve olağandışı zararların da topluma pay edilerek giderilmesi amaçlanmıştır. Genel bir ifade ile “terör olayları” olarak nitelenen eylemlerin, Devlete yönelik olduğu, Anayasal düzeni yıkmayı amaçladığı, bu tür olaylarda zarar gören kişi ve kuruluşlara karşı kişisel

kün olan uyuşmazlıklarla sınırlı olduğu belirtilmektedir. Başka bir ifadeyle; idari eylemlerden doğan zararın, hizmet kusuru veya kusursuz sorumluluk ilkeleri uyarınca tazmini gereken davalarda, 2577 sayılı Yasanın 13. maddesinin uygulanmasının gerektiği belirtilmektedir.⁹²

3. Bireysel Başvuru Kapsamında Zarar Tespit Komisyonlarının Tüketilmesi Gerekli Başvuru Yolu Olup Olmadığı

Bireysel başvuru kurumunun uygulanmaya başladığı ve AYM'nin başvuruları kabul etmeye başladığı 23 Eylül 2012 tarihinden yıllar önce kurulan Zarar Tespit Komisyonlarının etkili ve ihlal iddialarını gidermeye elverişli bir yol olup olmadığı konusunda AYM doğal olarak bir değerlendirmede bulunmamıştır. Ancak bu değerlendirme AYM'nin bireysel başvuruda içtihat oluştururken sıklıkla faydalandığı AİHM tarafından gerçekleştirilmiştir. AİHM İçyer/Türkiye başvurusunda Zarar Tespit Komisyonlarının tüketilmesi gerekli bir başvuru yolu olup olmadığını değerlendirmiştir. Mahkeme karar tarihinde 76 ilde komisyonların kurulduğunu, hâlihazırda 170.000 başvurunun yapıldığını, bu durumun yeni başvuru yolunun sadece teorik olarak değil uygulamada da etkili olduğunu gösterdiğini belirtmiştir. AİHM, komisyonların yargısal bir faaliyet gerçekleştirmediklerini, bu nedenle komisyon önündeki prosedürün çekişmeli olmasının gerekmediğini

husumetten kaynaklanmadığı bilinmekte ve gözlenmektedir. Sözü edilen olaylar nedeniyle zarara uğrayan kişiler, kendi kusur ve eylemleri sonucu değil, toplumun bir bireyi olmaları nedeniyle zarar görmektedirler. Belirtilen şekilde ortaya çıkan zararların ise, özel ve olağandışı nitelikleri dikkate alınıp, terör olaylarını önlemekle yükümlü olduğu halde önleyemeyen idarece, yukarıda açıklanan sosyal risk ilkesine göre, topluma pay edilmesi suretiyle tazmini hakkaniyet gereği olup, sosyal devlet ilkesine de uygun düşecektir. Bkz. Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, 26 Mart 2014 Tarih ve E.2013/4602, K.2014/1220 Sayılı Karar. Buna karşın doktrinde Metin Günday terörle mücadele esnasında bireylerin uğradığı zararların hizmetin gereği gibi yerine getirilmemesi nedeniyle gerçekleştiği bu nedenle hizmet kusuruna dayalı tazmin talebinde bulunulması gerektiğini belirtmektedir. Bkz. Metin Günday, İdare Hukuku, 9.Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara,2004,343.

⁹² 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 13. maddesinin ilgili kısmı şöyledir: İdari eylemlerden hakları ihlal edilmiş olanların idari dava açmadan önce, bu eylemleri yazılı bildirim üzerine veya başka suretle öğrendikleri tarihten itibaren bir yıl ve her halde eylem tarihinden itibaren beş yıl içinde ilgili idareye başvurarak haklarının yerine getirilmesini istemeleri gereklidir. Bu isteklerin kısmen veya tamamen reddi halinde, bu konudaki işlemin tebliğini izleyen günden itibaren veya istek hakkında altmış gün içinde cevap verilmediği takdirde bu sürenin bitişi tarihten itibaren, dava süresi içinde dava açılabilir.

ayrıca başvurucuların komisyon kararlarından tatmin olmaması durumunda yargı makamlarına başvurma hakkına da sahip olduklarını ifade etmiştir. Mahkeme 5233 sayılı Yasa ile sadece maddi zararların tazmin edilebileceğinin belirtilmesine karşın, aynı Yasanın 12. maddesi⁹³ uyarınca idari yargı makamlarından uğranılan manevi zararların da talep edilebileceğini eklemiştir. AİHM tüm bu tespitler çerçevesinde 5233 sayılı Yasa ile kurulan başvuru yolunun ihlal iddiasını gidermeye elverişli, makul başarı şansı bulunan tüketilmesi gerekli bir iç hukuk yolu olduğunu belirtmiştir.⁹⁴ Başvurucu bu davada, Zarar Tespit Komisyonlarının AİHM'ye başvuru yaptıktan sonra kurulduğunu bu durumda bu yolu tüketmesi gerekmediğini de ileri sürmüştür. Mahkeme, ulusal mevzuatlarda veya uygulamalarda sistematik ve yapısal eksikliklerden kaynaklı ihlal durumlarında, izlenmesi gerekli en doğru prosedürün ilgili taraf devletlerden bu durumu gözden geçirerek benzer ihlal iddialarının tekrarını önlemek amacıyla etkili iç hukuk yolları kurmalarını talep etmek olduğunu ifade etmiştir. Bu türden etkili mekanizmalar kurulduktan sonra AİHM'nin benzer başvuruları incelemesinin gerekli olmadığını, dolayısıyla ihlal iddiasını giderme yetkisinin iç hukuklara bırakılması gerektiğini belirtmiştir.

5233 sayılı Yasa'nın uygulanmasına ilişkin olaylar bireysel başvuru yoluyla AYM önüne de taşınmıştır. AYM öncelikle, AİHM uygulamasında olduğu gibi Zarar Tespit Komisyonlarını ulaşılabilir, makul başarı şansı bulunan, etkili ve tüketilmesi gerekli bir iç hukuk yolu olarak kabul etmektedir. AYM bir kararında, başvurucunun zararının tamamını karşıladığını beyan ettiği alacağını idareden tahsil ettiğini bu nedenle mülkiyet hakkına ilişkin mağduriyetinin sona erdiğini belirterek, başvuruyu kişi bakımından kabul edilemez bulmuştur.⁹⁵ İdari yargılama pratiğinde, terör olayları nedeniyle maruz kalınan maddi zararların tazmini amacıyla idare mahkemelerine başvurulması halinde, bu mahkemeler Zarar Tespit Komisyonlarına başvurulması gerektiğini belirtmektedirler. Dolayısıyla, bireysel başvuru uygulamasında özellikle mülkiyet hakkının ihlali iddiaları bakımından bu

⁹³ 5233 sayılı Yasanın 12. maddesinin ilgili kısmı şu şekildedir: [...] Sulh yoluyla çözülemeyen uyuşmazlıklarda ilgililerin yargı yoluna başvurma hakları saklıdır.

⁹⁴ AİHM Kararı, İçyer/Türkiye, 12 Ocak 2006, par.73-86.

⁹⁵ AYM Kararları, 2013/7939 (Ramazan Acar), par.43, 2014/1026 (Firas Aslan), par.56-57, 2014/1024 (Şariye Aslan), par.40-41, 2013/7938 (Genco Acar), par.43-44.

komisyonlar tarafından verilen kararlar neticesinde başvurucunun mağdur sıfatı kural olarak sona ermektedir. Ancak ihlale konu hakkın niteliğine göre her durumda somut olayın koşulları dikkate alınarak değerlendirilmede bulunmak gerekecektir. Yukarıda belirtilen AYM kararlarında başvurucuların ikamet ettikleri köyleri terk etmeleri nedeniyle mülkiyet haklarının ihlal edildiğini iddia ettikleri durumlarda kendilerine maddi tazminat ödenmesi bu hak bakımından başvurucuların mağdur sıfatını ortadan kaldıracaktır. Ancak terör olayları nedeniyle kişilerin hayatını kaybetmesi durumunda, ölüm olayı nedeniyle maddi tazminat ödenmesi yaşam hakkının ihlali iddiası bakımından mağdur sıfatını ortadan kaldırmayacaktır. Bu çerçevede gerçekleşen olaylarda yürütülen idari ve hukuki soruşturmalar ve bu davalar sonucunda tazminat ödenmesi yaşam hakkına ilişkin ihlali gidermek ve mağdur sıfatının kaybedilmesi için yeterli olmamaktadır. Anayasa'nın 17. maddesine ilişkin şikâyetler açısından kapsamlı bir ceza soruşturmasını müteakip yapılan ve makul bir tazminata hükmedilmesi ile sonuçlanan idari dava yolu, mağdur sıfatını ortadan kaldırabilecek etkili bir başvuru yoludur.⁹⁶

C. 685 sayılı Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnamesi ile Kurulan Olağanüstü Hal İşlemleri İnceleme Komisyonu

1.Kanun Hükmünde Kararnamenin Amacı

15 Temmuz 2016 tarihinde gerçekleşen darbe girişimi sonrasında 20 Temmuz 2016 tarihinde Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu tarafından 21 Temmuz 2016 tarihinden başlamak üzere ülke genelinde Olağanüstü Hal ilan edilmiştir.⁹⁷ OHAL süresince Anayasa'nın 121.maddesi uyarınca çıkarılan 668, 669, 670, 672, 675,677, 679, 683, 686, 689 sayılı OHAL KHK'ları ile kamu görevlilerinin görev-

⁹⁶ AYM Kararı, 2012/752 (Serpil Kerimoğlu ve Diğerleri), par. 61-74.

⁹⁷ Bakanlar Kurulu'nun 2016/9064 sayılı kararı 21 Temmuz 2016 Tarih ve 29777 sayılı Resmî Gazete 'de yayımlanmıştır. Karar şu şekildedir: Anayasa'nın 120. maddesi ile Olağanüstü Hal Kanununun 3. Maddesinin b bendine göre, ülke genelinde 21.07.2016 Perşembe günü saat 01.00'dan itibaren doksan gün süreyle olağanüstü hal ilan edilmeli [...] kararlaştırılmıştır. Bkz. 21 Temmuz 2016 Tarih ve 29777 sayılı Resmî Gazete için, <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2016/07/20160721-4.pdf>.

lerine son verilmiş,⁹⁸ bazı sendika ve konfederasyonlar ile dernek ve vakıfların faaliyetlerine son verilmiş, yine bazı özel radyo, televizyon, dergi, gazete ve haber ajansları kapatılmıştır.⁹⁹ Bu KHK'larla yapılan tasarruflara karşı mağdur olduklarını iddia edenler farklı başvuru yollarını kullanmışlardır. Öncelikle 668,669, 670 ve 671 sayılı OHAL KHK'larının bazı maddelerinin iptali istemiyle soyut norm denetimi yoluyla AYM'ye açılan davalar Mahkeme tarafından reddedilmiştir. AYM, Anayasa'nın 148. maddesi uyarınca OHAL KHK'larının şekil ve esas bakımından denetlenemeyeceğini belirterek iptal istemlerini reddetmiştir.¹⁰⁰ Kamu görevine son verilenler tarafından idare mahkemelerine açılan davalar da bu mahkemeler tarafından reddedilmiştir. İdare mahkemeleri tarafından yapılan değerlendirmede OHAL KHK'larının fonksiyonel olarak yasama tasarruflarıyla eşdeğer nitelikte olduğu dolayısıyla idari yargılamaya konu olamayacağını belirtmiştir.¹⁰¹

AİHM'ye yapılan doğrudan başvurular hakkında da Mahkeme değerlendirmede bulunmuştur. AİHM Zihni/Türkiye kararında idare mahkemeleri önünde KHK'larla kamu hizmetinden çıkarılmaya

⁹⁸ 2 Mayıs 2017 tarihi itibarıyla hazırlanan raporda 102.551 kamu görevlisinin ihraç edildiği belirtilmektedir. Bkz. İlgili rapor için, <http://www.memurlar.net/haber/664803/son-khk-sonrasinda-toplam-ihrac-sayisi-102-bin-ordu.html>.

⁹⁹ İnsan Hakları Platformu tarafından hazırlanan 23 Şubat 2017 tarihli durum raporunda, 19 sendika, federasyon ve konfederasyonun kapatıldığı, 16 televizyon kanalı, 62 gazete, 24 radyo, 5 haber ajansının faaliyetine son verilmiştir. Bkz. İnsan Hakları Platformu, Olağanüstü Hal Uygulamaları Durum Raporu, 23 Şubat 2017, <http://www.ihop.org.tr/wp-content/uploads/2017/02/OHAL-Subat2017-raporu.pdf>.

¹⁰⁰ Bkz. AYM Kararları, 2 Aralık 2016 Tarih ve E.2016/171, K.2016/164, par.21, 12 Ekim 2016 Tarih ve E.2016/166, K.2016/159, par.27, 12 Ekim 2016 Tarih ve E.2016/167, K.2016/160, par.27, 2 Kasım 2016 Tarih ve E.2016/172, K.2016/165, par.26.

¹⁰¹ Konu hakkında İstanbul 9. İdare Mahkemesi tarafından verilen bir kararda şu ifadeler yer almıştır: "KHK'nın yürürlüğe girdiği tarihi itibarıyla ekli listelerde isimleri bulunan kişilerin kamu görevinden başka bir işleme gerek kalmaksızın çıkarılacağı hükmüne yer verilmiş olup, bu KHK uyarınca da davacının görevine son verilmesi üzerine bakılmakta olan dava açılmıştır. İptal davalarında güdülen amaç, idari işlemlerin hukuka uygunluğunun yargı yoluyla denetlenmesi olduğundan, dava konusu edilen işlemin idari davaya konu olabilecek nitelik arz etmesi zorunludur. Oysa davaya konu edilen bir "Yasama Tasarrufu" olup Kanun hükmündedir. Dolayısıyla ortada başkaca bir işlem bulunmadığı için ve dava konusu KHK'nın da vasfı bulunmadığından idari davaya konu edilemeyeceği tartışmasızdır". Bkz. İstanbul 9. İdare Mahkemesi, 6 Aralık 2016 Tarih ve E. 2016/2199, Karar. 2016/1981.

ilişkin davaların hâlihazırda görülmekte olduğunu, kararların henüz kesinleşmediğini dolayısıyla bu başvuru yolunun etkili olup olmadığı konusunda şu aşamada spekülasyonda bulunulamayacağını; ayrıca idari yargı yolunun tüketilmesi ertesinde AYM'ye bireysel başvuruda da bulunulabileceğini belirterek başvuruyu kabul edilemez bulmuştur.¹⁰² Bu değerlendirmenin yerinde olmadığı düşünülmektedir. Şöyle ki; soyut norm denetimi yoluyla AYM'ye önüne taşınan ve incelenmeksizin reddedilen OHAL KHK'larının bireysel başvuruya konu olması da mümkün değildir. Fonksiyonel olarak yasama tasarrufları ile eşdeğer olan bu KHK'lar organik olarak düzenleyici idari işlemlerdir. OHAL KHK'larının Resmî Gazete 'de yayımlanması ertesinde TBMM'ye sunulması ve Meclis tarafından onaylanması durumunda artık bu KHK'lar kanuna dönüşecektir.¹⁰³ 6216 sayılı Yasa'nın 45/3. maddesi uyarınca yasama işlemleri ve düzenleyici idari işlemler aleyhine bireysel başvuruda bulunmak mümkün değildir. Bu nedenle OHAL KHK'larının doğrudan bireysel başvuruya tabi olması mümkün değildir. Keza idari yargı makamları tarafından da kişi hakkında idare tarafından tesis edilen bir idari işlem olmaması nedeniyle salt OHAL KHK'larının incelenmesi mümkün görünmemektedir.¹⁰⁴

Venedik Komisyonu tarafından 12 Aralık 2016 tarihinde hazırlanan 667 ilâ 676 sayılı OHAL KHK'ları Hakkında Görüş'te OHAL KHK'larının denetimine dair değerlendirmelerde bulunulmuştur. Komisyon, idari makamlar tarafından hazırlanan müzekkerede OHAL KHK'ları ile yapılan tasarrufların yargı denetimine kapalı olduğunun kabul edildiğini belirtmiştir.¹⁰⁵ Komisyon, sorunun boyutu göz önü-

¹⁰² AİHM bu başvuruda Gazi Anadolu Lisesi Müdür Yardımcısı olarak görev yapan başvurucu M. Akif Zihni'nin 672 sayılı OHAL KHK'sı ile ihraç edilmesine ilişkin şikâyeti incelemiştir. Bkz. AİHM Kararı, Zihni/Türkiye, 29 Kasım 2016.

¹⁰³ Kemal Gözler, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, Ekin Basımevi, 13. Baskı, Bursa, 2012 s.369.

¹⁰⁴ Trabzon İdare Mahkemesi konu hakkındaki bir kararda şu değerlendirmede bulunmuştur: Kanun hükmünde kararnameler ise kanunlarla eşdeğer hukuki tasarruflar olup" kararnamelerle meslekten çıkarılanlar hakkında yapılan düzenlemenin, idari bir işlem olmadığı, kanun niteliğinde olan kararnamelerle çıkarıldıkları, ortada idari bir işlem olmadığı için, idari işlemin iptali için açılan davalarında bu nedenle reddi gerektiğine karar verilmiştir. Bkz. Trabzon İdare Mahkemesi, 8. Eylül 2016 Tarih ve E.2016/1113, K. 2016/1046 Sayılı Karar.

¹⁰⁵ Avrupa Hukuk Yolu ile Demokrasi Komisyonu (Venedik Komisyonu), 15 Temmuz 2016 Başarısız Darbe Girişiminden Sonra Çıkarılan hazırlanan 667 ila 676 sayılı OHAL KHK'ları Hakkında Görüş, Strasburg, 2016, par.201, Erişim Tarihi:

ne alındığında OHAL KHK'ları nedeniyle mağdur olduğunu iddia edenlere yargılama makamlarına başvurma olanağı sağlanmasının zor olabileceğini, ancak geçici (ad hoc) bir çözüme ihtiyaç olduğunu ifade etmiştir. Komisyon Türk makamlarına OHAL KHK'larına dayalı şikâyetleri inceleyebilecek geçici bir kurul oluşturmayı önermiştir. Bu kurulun Komisyona göre, tüm şikâyetleri kişiye özgü incelemesi, kanıtları ele alması, gerekçeli kararlar vermesi, bağımsız ve tarafsız olması, kararlarının yargı denetimine tabi olması ilkelerini karşılamalıdır. Avrupa Konseyi Genel Sekreterliği tarafından da geçici bir kurul oluşturulması fikri desteklenmiştir.

Bu arada Temmuz 2016 tarihi itibarıyla OHAL KHK'ları kaynaklı şikâyetlere ilişkin denetim yolunun belirgin olmamasına karşın gerek AYM önündeki ve gerekse AİHM önündeki başvurular hızla artmıştır. 2015 yılında 20376 olan bireysel başvuru sayısı 2016 yılında 80756'ya yükselmiştir.¹⁰⁶ AİHM'ye 2015 yılında Türkiye aleyhine sadece 2212 başvuru yapılmışken bu sayı 2016'da 8308 ulaşmıştır.¹⁰⁷ OHAL KHK'larından kaynaklanan şikâyetlerin ileri sürülebileceği başvuru mercilerinin belirsizliği, bu sırada yargı makamları tarafından verilen kararların yetersiz gerekçeleri, özellikle AYM ve AİHM önündeki başvuruların hızla artması ve bu mahkemelerin işleyemez hale gelmesi riskine maruz kalmaları da dikkate alınarak 23/07/2017 tarihli Resmî Gazetede yayımlanan 685 sayılı Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnamesi ile (OHAL KHK'sı) OHAL kapsamında Olağanüstü Hal İşlemleri İnceleme Komisyonu (İnceleme Komisyonu) kurulmuştur.

2. İnceleme Komisyonun Yetkileri ve Çalışma Usulü

685 sayılı OHAL KHK'sının 2. maddesi uyarınca Komisyon, olağanüstü hâl kapsamında doğrudan kanun hükmünde kararnamele ile tesis edilen işlemler hakkındaki başvuruları değerlendirip karar verecektir. Yine bu madde uyarınca, **a)** Kamu görevinden, meslekten

02.07.2017, http://d.barobirlik.org.tr/2017/20170116_venediktercume.pdf
¹⁰⁶ Bkz. AYM önündeki başvurulara dair istatistikler için, Erişim Tarihi:01.07.2017, <http://www.anayasa.gov.tr/files/bireyselbasvuru/istatik-31122016.pdf>
¹⁰⁷ Bkz. AİHM önündeki başvurulara dair istatistikler için, European Court of Human Rights Annual Report, Strasbourg, European Council, 2017, s. 201, Erişim Tarihi:23.06.2017, http://www.echr.coe.int/Documents/Annual_report_2016_ENG.pdf

veya görev yapılan teşkilattan çıkarma ya da ilişiyin kesilmesi, **b)** Öğrencilikle ilişiyin kesilmesi, **c)** Dernekler, vakıflar, sendika, federasyon ve konfederasyonlar, özel sağlık kuruluşları, özel öğretim kurumları, vakıf yükseköğretim kurumları, özel radyo ve televizyon kuruluşları, gazete ve dergiler, haber ajansları, yayınevleri ve dağıtım kanallarının kapatılması, **ç)** Emekli personelin rütbelerinin alınması Komisyonun görev alanındadır. Ayrıca, olağanüstü hâl kapsamında yürürlüğe konulan kanun hükmünde kararnamelerle gerçek veya tüzel kişilerin hukuki statülerine ilişkin olarak doğrudan düzenlenen ve birinci fıkra kapsamına girmeyen işlemler de Komisyonun görev alanındadır.

Komisyon, yedi üyeden oluşmaktadır. Üyelerin üçü kamu görevlileri arasından Başbakan tarafından, bir üye Adalet Bakanlığının merkez teşkilatı ile bağı ve ilgili kuruluşlarında çalışan hâkim ve savcılar arasından Adalet Bakanınca, bir üye mülki idare amirleri sınıfına mensup personel arasından İçişleri Bakanınca, birer üye Yargıtay'da ve Danıştay'da görev yapan tetkik hâkimleri arasından Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından belirlenmektedir. Komisyon KHK'nın yürürlüğe girdiği tarihten itibaren iki yıl süreyle görev yapacaktır. Bakanlar Kurulu, gerek görmesi halinde bu süreyi bitiminden itibaren birer yıllık sürelerle uzatabilmektedir.

Komisyonla başvurular valilikler aracılığıyla yapılacaktır. Kamu görevinden, meslekten veya görev yapılan teşkilattan çıkarılanlar ya da ilişiyi kesilenler, en son görev yaptıkları kuruma da başvurabileceklerdir. Komisyonla başvuru, komisyonun başvuru almaya başladığı tarihten önce yürürlüğe konulan KHK'larla ilgili olarak başvuru alma tarihinden itibaren altmış gün içinde; bu tarihten sonra yürürlüğe konulan KHK'larla ilgili olarak ise Resmî Gazetede yayımlanma tarihinden itibaren altmış gün içinde yapılmalıdır. Komisyon incelemelerini dosya üzerinden yapacaktır. Komisyon, inceleme sonucunda başvurunun reddine veya kabulüne karar verebilecektir. Komisyon kararlarında karşı, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca belirlenecek Ankara idare mahkemelerinde iptal davası açılabilir. Halihazırda bu makalenin yazım tarihinde Komisyon henüz başvuru almaya başlamamıştır. Bu nedenle uygulamada nasıl bir usul izleneceği şu aşamada bilinmemektedir.

3. Bireysel Başvuruda İnceleme Komisyonunun Tüketilmesi Gerekli Bir Başvuru Yolu Olup Olmadığı

AYM tarafından OHAL KHK'larından kaynaklanan bireysel başvurulara ilişkin yapılan başvurularda henüz 685 sayılı KHK ile kurulan İnceleme Komisyonuna ilişkin bir değerlendirme yapılmamıştır. Ancak AİHM, yapılan bir başvuruda İnceleme Komisyonunun tüketilmesi gerekli bir iç hukuk yolu olup olmadığı konusunda değerlendirmede bulunmuştur.¹⁰⁸ Mahkeme kararında öncelikle, yine başvurucular tarafından ihlal iddialarını gidermeye elverişli ve ulaşılabilir iç hukuk yollarının tüketilmesi gerektiği belirtilmiştir. Ayrıca her ne kadar başvuru yollarının tüketilmesi kuralının AİHM'ye başvuru yapıldığı anda mevcut bulunan iç hukuk yolları dikkate alınarak değerlendirilmesi gerekmesine karşın, başvuru yapıldıktan sonra iç hukuklarda ihdas edilen yeni mekanizmaların da tüketilmesi gerektiğinin AİHM tarafından bazı koşullarla kabul edildiği ifade edilmiştir.

AİHM, 685 sayılı OHAL KHK'sı ile kurulması öngörülen İnceleme Komisyonunun OHAL KHK'ları ile yapılan işlemlere ilişkin şikâyetleri inceleyeceğini, Hükümetin bu şekilde OHAL KHK'larının denetiminin nasıl olacağına ilişkin tartışmalara son verdiğini belirtmiştir.¹⁰⁹ Mahkeme, ayrıca Komisyon kararlarının idari yargı denetimine açık olduğunu, verilecek kararlara karşı AYM'de bireysel başvuru hakkının da bulunduğunu ifade etmiştir. İnceleme Komisyonunun yargısal bir fonksiyonu olmamasına karşın, kararlarına karşı yargı yolunun açık olduğunu, bu şekilde OHAL KHK'larının yargısal denetimine ilişkin belirsizliğin de ortadan kalktığı belirtilmiştir. AİHM, bu başvuru yolunun ulaşılabilir bir yol olduğunu, ayrıca şu durumda bu başvuru yolunun başvuru yolunun AİHS'ye ilişkin ihlal iddialarını ortadan kaldırmada yetersiz kalacağını veya makul başarı şansının bulunmadığını gösterir delillere de sahip olmadığını eklemiştir. Dolayısıyla AİHM bu başvuru yolunun OHAL KHK'larına dayalı ihlal iddiaları bakımından tüketilmesi gerektiğini belirtmiştir.

¹⁰⁸ Bu başvuruda 1071 Malazgirt İlkokulunda öğretmen olarak görev yapan Gökhan Köksal 672 sayılı OHAL KHK'sı ile ihraç edilmesi nedeniyle AİHM'ye başvuruda bulunmuştur. Bkz. AİHM Kararı, Köksal/Türkiye, 6 Haziran 2017.

¹⁰⁹ Köksal/Türkiye, par.25.

Ancak AİHM, söz konusu İnceleme Komisyonu ve daha sonra ulusal yargılama makamları tarafından verilen kararlar ve bu kararların etkin olarak icrası dikkate alınarak her zaman bu başvuru yolunun teori de olduğu gibi uygulamada da ihlal iddialarını gidermede etkili olarak kabul edilip edilmeyeceğini yeniden inceleme hakkı bulunduğunu eklemektedir. Bu durumda, İnceleme Komisyonu bugün itibarıyla AİHM tarafından tüketilmesi gerekli bir iç hukuk yolu olarak kabul edilmesine rağmen, süreç içerisinde verdiği kararlar ve bu kararların icrası çerçevesinde AİHM tarafından etkili olup olmadığı yeniden değerlendirilebilecektir. Her durumda İnceleme Komisyonu'nun etkili bir başvuru olduğunun ispatı davalı devlete düşmektedir.

AİHM'nin belirtilen kararı dikkate alındığında OHAL KHK'larından kaynaklanan şikâyetlerin, İnceleme Komisyonu'nun görev alanı da dikkate alınarak öncelikle bu Komisyona sunulması ve ertesinde derece mahkemelerinin (idari yargı) tüketilmesi gerekmektedir. Bu başvuru yolları tüketildikten sonra AYM'ye bireysel başvuruda bulunulabilecektir. İnceleme Komisyonu'nun AİHM kararında belirtildiği üzere süreç içerisinde etkili olarak kabul edilebilmesinin devamı için AİHM'nin benzer konulardaki içtihatlarına uygun olarak karar vermesi ve bu içtihatları öncelikle dikkate alması gerekecektir. Yukarıda ele alınan İnsan Hakları Tazminat Komisyonu ve Zarar Tespit İnceleme Komisyonları tarafından verilen kararlar AİHM'nin benzer başvurularda verdiği kararlar dikkate alınarak verilmiş olup gerek AYM ve gerekse AİHM'ye yapılan başvurularda bu Komisyonlar tarafından verilen kararların ihlal iddiasını ortadan kaldırdığı birçok kez belirtilmiştir. İnceleme Komisyonu'nun yapısı, tek bir Komisyonun belki de 100.000 sayısını aşacak başvurular hakkında ne şekilde ve ne kadar süre de inceleme yapabileceğine ilişkin birçok sorunun kısa vadede yanıtı Komisyonun başvuruları kabul etmesi ve ilk kararlarını vermesiyle birlikte verilebilecektir.

SONUÇ

AYM'ye yapılan bireysel başvurularda Mahkeme tarafından re'sen incelenen usule ilişkin bir kabul edilebilirlik kriteri de başvuru yollarının tüketilmesi kuralıdır. Uluslararası hukukun genel kabul gören ilkelerinden olan bu koşul, bir Sözleşmeye taraf devletlerin uluslararası yükümlülüklerinin ihlali halinde bu durumu öncelikle kendi

hukuki mekanizmaları yoluyla düzeltmesi gerektiği kanısına dayanmaktadır. Bu kriter bireysel başvuru yolunun bulunduğu ülkelerin hemen hemen tamamında bulunmaktadır. Başvuru yollarının tüketilmesi kuralının temel dayanağı AYM'ye bireysel başvurunun temel hakları korumaya yönelik ikincil nitelikte bir koruma mekanizması olmasıdır. Bireysel başvurunun ikincil niteliği temel hak ve hürriyetleri korumakla görevli başkaca mekanizmaların varlığını göstermektedir. Bu bakımdan Anayasa'da ve AİHS'de düzenlenen temel hak ve hürriyetlerin öncelikli olarak korunmasından olağan nitelikteki yargı makamları ve kamu gücü kullanan idari makamların tümü sorumludurlar.

Bireysel başvurunun yürürlüğe girdiği 23 Eylül 2012 tarihinden bugüne kadar AYM kabul edilebilirlik kriterleri hakkında önemli ölçüde değerlendirmelerde bulunmuştur. Bu çerçevede başvuru yollarının tüketilmesi kuralıyla ilgili olarak AYM önemli sayıda içtihat üretmiştir. Ancak AYM başvuru yollarının tüketilmesi kuralıyla ilgili içtihatlarını geliştirirken bu konuda yoğun bir içtihadı sahip olan AİHM kararlarından sıklıkla yararlanmıştır. AİHM içtihadı uyarınca başvuru yollarının tüketilmesi kuralı, başvuru yapıldığı anda mevcut ve kullanılabilir iç hukuk yolları dikkate alınarak değerlendirmektedir. Ancak AİHM süreç içerisinde taraf devletlerin yasalarından ya da idari uygulamalarından kaynaklanan sistematik ve yapısal sorunlara dayalı ihlal iddialarını çözümlenmek amacıyla başvuru yapıldıktan sonra iç hukuklarda kurulan tazminat komisyonlarını da tüketilmesi gerekli başvuru yolları olarak kabul etmiştir. AİHM bu içtihadı, tekrar eden benzer ihlal iddialarının Mahkemenin iş yükünü arttırması ve bu nedenle Mahkemenin temel hak ve hürriyetlerin korunmasına ilişkin asli fonksiyonunu engellemesi riskine karşı varmıştır. AYM tarafından AİHM'nin bu içtihadı aynen kabul edilmiştir.

AİHM kararları neticesinde iç hukukta tekrar eden ihlallerin engellenmesi ve yerel düzeyde çözümlenmesi amacıyla İnsan Hakları Tazminat Komisyonu, Zarar Tespit Komisyonları ve OHAL İnceleme Komisyonu kurulmuştur. AİHM'nin bu yöndeki içtihadını aynen uygulayan AYM'de bu Komisyonların ihlal iddialarını gidermeye elverişli ve makul başarı şansı bulunan, dolayısıyla tüketilmesi gerekli başvuru yolları olduğunu kabul etmiştir.

Kaynakça

Kitap ve Makaleler

- Arat Nilay, 2010 Constitutional Amendments, 'Balance Sheet' of Constitutional Complaint Mechanism in the Light of Constitutional Court's Judgments on Cases from Administrative Courts, *European Review of Public Law*, Vol.25, No.3, 2013.
- Aydın Devrim, Ceza Muhakemesi Kanunu'nda İtiraz, *TBB Dergisi*, Sayı 65, 2006.
- Ayturan Berkan, 5233 sayılı Yasa Kapsamında Manevi Zararların Tazmin Edilip Edilemeyeceği Sorunu, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Sayı 19, 2014.
- Bringing a case to the European Court of Human Rights- A Practical Guide on Admissibility Criteria, Council of Europe, Wolf Legal Publishers, Nijmegen, 2011.
- Chappez Jean, *Chappez, La regle de l'épuisement des voies de recours internes*, Editions A. Pedone, Paris 1972.
- Çınar İbrahim, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Hakkı İle Mahkemenin Kişi Bakımından Yargı Yetkisi Konusunda Verdiği Kararlar, Haşim Kılıç'a Armağan, Editörler: Ali Rıza Çoban, Serdar Gülenler, Musa Sağlam, Hüseyin Ekinci, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2015.
- Ekinci Hüseyin, Kabul Edilebilirlik Kriterleri, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadının Anayasa Mahkemesi İçtihadına Olası Etkileri, Musa Sağlam (Editör), Bireysel Başvuru-İnceleme Usulü ve Kabul Edilebilirlik Kriterleri (Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi), Yüksek Yargı Kurumlarının Avrupa Standartları Bakımından Güçlendirilmesi Ortak Projesi, Avrupa Konseyi, Ankara, 2013.
- Erdal Uğur, Bakırcı Hasan, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 3. maddesi, Uygulama El Kitabı, World Organisation Against Torture (OMCT), Cenevre, 2006.
- Gomien Donna, *Vade-mecum de la Convention Européenne des Droits de l'Homme*, Publication du Conseil de l'Europe, Strazburg, 2005.
- Gözler Kemal, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, 13. Baskı, Ekin Yayın Dağıtım, Bursa, 2012.
- Göztepe Ece, Anayasa Şikâyeti, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 530, AÜHF, Döner Sermaye Yayınları No: 45, Adalet Matbaacılık, Ankara, 1998.
- Göztepe Ece, Türkiye'de Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru (Anayasa Şikâyeti) Hakkının 6216 Sayılı Yasa Kapsamında Değerlendirilmesi, *Türkiye Barolar Birliği (TBB) Dergisi*, Sayı 95, 2011.
- Guerra Luis Lopez, Spain and the European Court of Human Rights: Individual Applications and Recourse de Amparo, *Journal of Constitutional Law*, Vol. 4, Issue 7, Ankara, 2015.
- Günday Metin, İdare Hukuku, 9.Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara, 2004.
- Hassamer Winfried, Anayasa Şikâyeti ve Buna İlişkin Sorunlar (Almanya'da Temel Hak Şikâyeti Hakkında Rapor), Anayasa Yargısı, Cilt 21, 2004.
- İşbir Begüm, Sosyal Risk İlkesinde Kanuni Bir Yöntem: 5233 Sayılı Kanun ve Uygulanması, *Memleket Siyaset Yönetim Dergisi*, Cilt 10, Sayı 24, 2015.

- Janis Mark, Kay Richard, Bradley Anthony, *European Human Rights Law*, Second Edition, Oxford University Press, 2000.
- Kastanaz Elias, *Unité et Diversité: Notions Autonomes et Marge d'Appréciation des Etats dans la Jurisprudence de la Cour Européenne des Droits De l' Homme*, Bruylant, Brüksel, 1996.
- Lanter Markus, *L'épuisement des Voies des Recours Internes et L'exigence du Délai de Six Mois, Quel Filtrage des Requêtes par La Cour Européenne des Droits de l'Homme*, Pascal Dorneau-Josette, Elisabeth Lambert Abdelgawad, Conseil de l'Europe Edition, Strasburg, 2011.
- Leach Philip, *Taking a Case to the European Court of Human Rights*, Oxford University Press, 2. Baskı, Oxford, 2005.
- Neuman Gerald L., *Subsidiarity*, Edited By Dinah Shelton, *The Oxford Handbook of International Human Rights Law*, 2013.
- Öztürk Bahri, Erdem Mustafa Ruhan, *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, 9. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2006.
- Pekcanitez Hakan, Atalay Oğuz, Özkes Muhammed, *Medeni Usul Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011.
- Sağlam Musa, *Bireysel Başvuru-İnceleme Usulü ve Kabul Edilebilirlik Kriterleri (Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi)*, Musa Sağlam (Editör), Yüksek Yargı Kurumlarının Avrupa Standartları Bakımından Güçlendirilmesi Ortak Projesi, Avrupa Konseyi, Ankara, 2013.
- Soyaslan Doğan, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Seçkin Yayınları, 4. Baskı, Ankara, 2010.
- Sudre Frédéric, Marguénaud Jean-Pierre, Adriantsimbazovina Joel, Gouttenoire Adeline, Gonzalez Gérard, Milano Laure, Surrel Hélène, *Les Grands Arrêts de la Cour Européenne des Droits de l'Homme*, Presses Universitaires de France, Paris, 2015.
- Szymczak David, *La Convention Européenne des Droits de l'Homme et le Juge Constitutionnel National*, Publication de l'Institut International des Droit de l'Homme, Bruylant, Brüksel, 2007.
- Şirin Tolga, *Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Bireysel Başvuru Hakkı*, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2015.
- Ural Sami Sezai, *Hak ve Özgürlüklerin Korunması Bağlamında Bireysel Başvuru*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2013.
- White Robin C. A., Ovey Clare, *The European Convention on Human Rights*, Fifth Edition (Jacobs, White, & Ovey), Oxford University Press, Oxford, 2010.
- Yokuş Sevtap, *Türkiye'de Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru (Anayasa Şikâyeti)*, Sevtap Yokuş (Editör), *Türkiye'de Anayasa Şikâyetini Hazırlayan Koşullar*, Seçkin Kitabevi, Ankara, 2014.
- Yurtcan Erdener, *CMK Şerhi*, 4. Baskı, Beta Yayınları, 2005.

Diğer Kaynaklar

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, "Kanun Projelerinin, Mevcut Kanunların ve İdari Uygulamaların Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hükümlerine Uygunluğun

Denetlenmesine Dair Tavsiye Kararı, Strasburg, 12 Mayıs 2004, https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=09000016805dd196.

İstanbul Milletvekili Algan Hacaloğlu ve 9 Arkadaşının, Doğu ve Güneydoğu Anadolu'da Boşaltılan Yerleşim Birimleri Nedeniyle Göç Eden Yurttaşlarımızın Sorunlarının Araştırılarak Alınması Gereken Tedbirlerin Tespit Edilmesi Amacıyla Anayasanın 98 inci, İçtüzüğü'nün 104 ve 105 inci Maddeleri Uyarınca Bir Meclis Araştırması Açılmasına İlişkin Önergesi ve (10/25) Esas Numaralı Meclis Araştırması Komisyonu Raporu, Dönem 20, Yasama Yılı 3,1996, <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem20/yil01/ss532.pdf>.

İnsan Hakları Platformu, Olağanüstü Hal Uygulamaları Durum Raporu, 23 Şubat 2017, <http://www.ihop.org.tr/wp-content/uploads/2017/02/OHAL-Şubat2017-raporu.pdf>.

Avrupa Hukuk Yolu ile Demokrasi Komisyonu (Venedik Komisyonu), 15 Temmuz 2016 Başarısız Darbe Girişiminden Sonra Çıkarılan hazırlanan 667 ila 676 sayılı OHAL KHK'ları Hakkında Görüş, Strasburg, 2016, http://d.barobirlik.org.tr/2017/20170116_venediktercume.pdf.

European Court of Human Rights Annual Report, Strasbourg, European Council, 2017, http://www.echr.coe.int/Documents/Annual_report_2016_ENG.pdf.

Atıf Yapılan Mahkeme Kararları

AIHM Kararları

Menteş ve Diğerleri/Türkiye, 28 Kasım 1997. Fleri Soler ve Camilleri/Malta, 26 Eylül 2009

Dalia/Fransa, 19 Şubat 1998 Kudla/Polonya, 26 Ekim 2010, par.38

Selçuk ve Asker/Türkiye, 24 Nisan 1998 Ümmühan Kaplan/Türkiye,20 Mart 2012

Kutcherenko/Ukrayna, 4 Mayıs 1999 Altunay/Türkiye, 17 Nisan 2012

Brusco/İtalya, 6 Eylül 2001 Müdür Turgut ve Diğerleri/Türkiye, 6 Mart2013

Günaydın/Türkiye,25 Nisan 2002 Zihni/Türkiye, 29 Kasım 2016

Zarakolu/Türkiye, 5 Aralık 2002 Köksal/Türkiye, 6 Haziran 2017

Nogolica/Hırvatistan, 5 Eylül 2002

Azinas/Kıbrıs, 28 Nisan 2004

Nuri Kurt/Türkiye, 29 Kasım 2005

İçyer/Türkiye, 12 Ocak 2006

Sürmeli/Almanya, 8 Haziran 2006

Matijasevic/Sırbistan, 19 Eylül 2006

A ve Diğerleri/Birleşik Krallık, 19 Şubat 2009

Daneshpayeh/Türkiye, 16 Temmuz 2009

AYM Kararları

Bireysel Başvuru Kararları

2012/13 (Güher Ergun ve Diğerleri)

- 2012/239 (Ramazan Aras)
2012/348 (Fikret Eskin)
2012/403 (Ayşe Zıraman ve Cennet Yeşilyurt)
2012/752 (Serpil Kerimoğlu ve Diğerleri)
2012/850 (Mehmet Ali Emir ve Diğerleri)
2012/946 (Bayram Gök)
2012/1027(Necati Gündüz ve Recep Gündüz)
2012/254 (Ümit Ata)
2012/1137(Murat Narman)
2012/1158 (Firat Aslan ve Hebat Aslan)
2012/1181 (Mehmet Şerif Ay)
2013/577 (Halkevleri Dernekleri ve İlknur Birol)
2013/614(Murat İslamoğlu)
2013/1123 (Adnan Oktar (3))
2013/1145 (Metin Polat)
2013/2414 (B.U. Başvurusu)
2013/ 3667 (Emel Kaynar ve Diğerleri)
2013/5680 (Aslı Kırmızı Demirseren)
2013/6314(Tayyibe Özkantaş)
2013/6319 (Cemil Danışman)
2013/6367 (Mehmet Seyfi Oktay)
2013/6576 (Zeki Bingöl (2))
2014/4777 (Erdal Önder)
2014/5890 (Hamza Ali Temiz ve Hasan Dağ)
2014/7274 (Burhan Seçilir)
2014/8843 (Büyük Birlik Partisi ve Saadet Partisi)
2014/12874 (Abdullah Gencer)
2014/12984 (Ümit Yalçın)
2014/13319 (Yüksel Bozkurt)
2014/13367 (Ayşe Sena Sezgin Arslan)
2014/14061 (Hikmet Koper ve Diğerleri)
2014/16838 (Mehmet Fatih Yiğit ve Diğerleri)
2014/18842 (Ömer Aslan)
2015/8046 (Mehmet Baransu)
2015/144 (Hidayet Karaca)
2015/2037 (Z.M ve I.M. Başvurusu)
2015/14566 (K.S)

İptal Kararları

2 Aralık 2016 Tarih ve E.2016/171, K.2016/164

12 Ekim 2016 Tarih ve E.2016/166, K.2016/159

12 Ekim 2016 Tarih ve E.2016/167, K.2016/160

2 Kasım 2016 Tarih ve E.2016/172, K.2016/165

Danıştay Kararları

Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, 18 Şubat 2016 Tarih ve E.2015/2933, K.2016/326

Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, 26 Mart 2014 Tarih ve E.2013/4602, K.2014/1220
Sayılı Karar

Danıştay 15. Daire, 27 Haziran 2013 Tarih ve E.2011/15464, K.2013/5316

Danıştay 10.Daire, 27 Mayıs 2009 Tarih ve E.2008/11150, K.2009/5084

İdare Mahkemesi Kararları

Trabzon İdare Mahkemesi, 8. Eylül 2016 Tarih ve E.2016/1113, K. 2016/1046

İstanbul 9. İdare Mahkemesi, 6 Aralık 2016 Tarih ve E. 2016/2199, Karar. 2016/1981.

TÜRK CEZA KANUNU'NDA GÜRÜLTÜYE NEDEN OLMA SUÇU

CRIME OF CAUSING NOISE IN TURKISH PENAL CODE

Ahu KARAKURT EREN*

Özet: Gürültü kirliliği, nüfus artışı, kentleşme, sanayileşmenin ve ulaşım imkânlarının gelişmesi gibi nedenlerle her geçen gün büyüyen bir çevre sorunudur. Bu çevre sorunu ile mücadele ihtiyacı, gürültünün kontrol altına alınması ve yönetimine yönelik çevre politikalarının oluşturulmasına ve mevzuata yansıtılmasına neden olmuştur. Kanun koyucu salt idare hukukuna ilişkin düzenlemelerle bu ihtiyacın giderilemeyeceğini öngörmüş, Türk Ceza Kanunu'nun 183. maddesinde gürültüye neden olma suçunu gürültünün insan sağlığı açısından yarattığı tehlikeyi esas alarak düzenlemiştir.

Bu makalede, öğretilerde ileri sürülen görüşler ve yargı kararları dikkate alınarak gürültüye neden olma suçu incelenecektir. Suçun yapısal özellikleri ve bu özelliklerle bağlantılı sonuçlar tespit edilmeye, gürültüye neden olma suçu benzer suç tiplerinden ve kabahatlerden ayırt edilmeye çalışılacaktır. Mevcut düzenleme biçimiyle gürültüye neden olma suçunun kanunilik ve orantılılık ilkesine uyumlu olup olmadığı tartışılacaktır. Olması gereken hukuk açısından somut öneriler geliştirilmeye çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Gürültüye Neden Olma Suçu, Huzur ve Kişilerin Sükûnunu Bozma Suçu, Gürültü Kabahati, Tehlike Suçu, Kanunilik İlkesi

Abstract: Noise pollution has been an ever-growing environmental problem due to increasing population, developments in urbanization, industrialization and the transportation facilities etc. The need to fight this environmental issue has led to the preparation of environmental policies for controlling and management of noise and then they have been placed into the legislation. The legislator has foreseen that this need cannot be met just by the regulations in the administrative law and introduced the article 183 of the Turkish Penal Code to cite a crime of causing noise based on the hazards for human health caused by the noise.

In this article, the crime of causing noise will be examined by considering the arguments and the judicial decisions put forward in the doctrine. The structural characteristics of this crime and the results related to these characteristics will be tried to be identified

* Araştırma Görevlisi Dr., Dokuz Eylül Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Kamu Yönetimi Bölümü Hukuk Bilimleri Anabilim Dalı

and the crime of causing noise will be tried to be distinguished from similar types of crimes and misdemeanors. Whether the crime of causing noise in the current regulation is in accordance with the principle of legality and the principle of proportionality will be discussed. Concrete proposals will be developed for the law to be made.

Keywords: Crime of Causing Noise, Crime of Disturbing the Peace and Right to Silence of People, Misdemeanor of Noise, Endangerment Crime, Principle of Legality

Giriş

Gürültü kirliliği, nüfus artışı, kentleşme, sanayileşmenin ve ulaşım imkânlarının gelişmesiyle birlikte her geçen gün büyüyen bir çevre sorunudur. Bu çevre sorununun kolektif ve bireysel mahiyette olumsuz sonuçları bulunmaktadır. Gürültü kirliliğinin kolektif mahiyetteki sonuçları doğal ve yapay çevreyle ilgilidir. Çünkü gürültü kirliliği hem fizyolojik hem de psikolojik yönden insan sağlığına zarar verdiğinden toplum sağlığı açısından ciddi bir tehlikedir.¹ Ayrıca gürültü kirliliği, bazı hayvan türlerinde sağlık sorunlarına yol açtığı gibi davranış değişikliklerine de neden olmakta, örneğin kuşları göç yollarını değiştirmeye zorlamaktadır. Gürültü kirliliğinin bazı hayvan türlerinin DNA'larını zarara uğrattığı da bilinmektedir.² Gürültü seviyesinin yoğun olduğu alanlarda bulunan yapılar titreşim nedeniyle aşındığından gürültü kirliliği yapay çevreye de zarar vermektedir. Örneğin gürültü kirliliğinin antik yapılara verdiği zarar³, yapay çevrenin bir unsuru olan kültürel çevreye ilişkindir.

¹ Gürültünün insan sağlığına etkilerine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Willy Passchier Vermeer/Wim F. Passchier, "Noise Exposure and Public Health", *Environmental Health Perspectives*, Vol. 108, Supplement 1, March 2000, s.123 vd; World Health Organization, *Guidelines For Community Noise*, (Ed. Birgitta Berglund, Thomas Lindvall, Dietrich H.Schwela), Geneva 1999, 21 vd; Stephen A. Stansfeld/Mark P. Matheson, "Noise Pollution: Non-Auditory Effects on Health", *British Medical Bulletin*, Vol.68, Iss.1, 2003, s.244 vd; Remzi Toprak/Nizami Aktürk, "Gürültünün İnsan Sağlığı Üzerindeki Olumsuz Etkileri", *Türkiye Hijyen ve Deneysel Biyoloji Dergisi*, C.61, S.1, 2004, s.50 vd; Sevtap Yılmaz Demirkale/Mine Aşçıgil, "Sağlıklı Kentlerle ve Yapılarla İlgili Türkiye'nin Gürültü Politikası", VIII. Ulusal Tesisat Mühendisliği Kongresi Sempozyum Bildirileri, İzmir 2007, s.268 vd.

² Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Caitlin R. Kight/John P. Swaddle, "How and Why Environmental Noise Impacts Animals: An Integrative, Mechanistic Review", *Ecology Letters*, V. 14, Iss.10, 2011, s.1052 vd.

³ Gürültünün arkeolojik bulgulara verdiği zarara ilişkin bkz. Gerasimos Pavlogorgatos, "Environmental Parameters in Museums", *Building and Environment*, Vol.38, Iss.12, December 2003, s.1459 vd.

Gürültü kirliliğinin bireysel sonuçları ise pek çok temel hakkın ihlali ile ilişkilendirilerek açıklanabilir. Örneğin gürültü kirliliğine doğrudan maruz bırakılan, bu sebeple fizyolojik ve/veya psikolojik sağlığı bozulan kişinin vücut bütünlüğünün ve dolayısıyla kişi dokunulmazlığının ihlal edildiği, maddi ve manevi varlığının zarar gördüğü söylenebilir. Yine doğrudan maruz kaldığı sürekli gürültü nedeniyle konutunda uyku, dinlenme gibi gündelik bireysel ve ailevi faaliyetlerini sürdüremez hale gelen kişinin özel hayatına ve aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiği ifade edilebilir.⁴

Gürültü kaynakları bütünüyle ortadan kaldırılamayacağından etkilerini yukarıda kısaca özetlediğimiz bu ciddi çevre sorununun en azından yarar- zarar dengesi gözetilerek kontrol altına alınması gerekir. Bu toplumsal ihtiyacın giderilmesinde hukukun da işlevi bulunduğu kuşkusuzdur. Nitekim hukukumuzda işaret ettiğimiz ihtiyaçla ilişkilendirilebilecek düzenlemeler bulunmaktadır. Ancak mevcut düzenlemelere rağmen ülkemizde gürültü kirliliği varlığı inkâr edilemez bir sorundur. Bu durum, gürültü ile ilgili yürürlükte bulunan hukuk kurallarının tartışılmasını gerektirmektedir. Yaptığımız tespit TCK'nun 183. maddesinde düzenlenen gürültüye neden olma suçu özelinde de tekrarlanabilir.

Gürültüye neden olma suçunun tartışılması gerekliliğini doğuran bir diğer neden, ceza hukukunun ilkeleriyle bağlantılıdır. Ceza hukukunun görevi, toplumsal düzenin ve barışın sağlanmasına katkıda bulunmaktır. Ancak ceza hukukunun toplumsal düzene zarar verme ihtimali olan her davranışı konu almaması da bir zorunluluktur. Çünkü cezai yaptırımlar kişi özgürlüklerine en ağır oranda müdahale içeren hukuki yaptırımlardır. Bu sebeple suç tanımlayan ceza hukuku normları ancak kanunilik ve ikincilik ilkesi başta olmak üzere bazı ilkelere uygun olarak düzenlenirlerse ceza hukukunun görevi açısın-

⁴ Nitekim gürültü kirliliği sebebiyle insan hakkı ihlallerini konu alan başvurularda, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin başvuru ve/veya davaları Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin özel hayat ve ailenin korunması hakkını düzenleyen 8. maddesi bakımından incelediği görülmektedir. Bu bağlamda Arrondelle/Birleşik Krallık başvurusu, Powell ve Rayner/Birleşik Krallık davası, Hatton ve diğerleri/Birleşik Krallık davası, Mileva ve Diğerler/Bulgaristan davası, Moreno Gomez/İspanya davası ve Dees/Macaristan davasında verilen kararlar örnek gösterilebilir. Bu tespit ve söz konusu kararlara ilişkin açıklamalar için bkz. Handan Yokuş Sevük, "Gürültüye Neden Olma Suçu", *MÜHFHAD Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan Özel Sayı*, C.19, S.2, 2013, s.368 vd.

dan işlevsel olabilir. Bu saptama gürültüye neden olma suçu açısından da geçerlidir. Ancak mevcut düzenleme biçimi söz konusu suçun ceza hukukunun ilkelerine uygun olup olmadığının sorgulanmasını gerektirmektedir.

Yukarıda ifade edilen iki sebeple çalışmamızın konusu “Türk Ceza Kanunu’nda Gürültüye Neden Olma Suçu” olarak belirlenmiştir. Çalışmada üç temel hedefin gözetildiği söylenebilir. İlki, gürültüye neden olma suçunun yapısal özelliklerini ve bu özelliklerle bağlantılı sonuçları tespit etmektir. İkincisi, gürültüye neden olma suçunu benzer suç tiplerinden ve kabahatlerden ayırt etmektir. Sonuncusu, mevcut düzenleme biçimiyle gürültüye neden olma suçunun ceza hukukunun temel ilkelerine uyumlu olup olmadığını belirlemektir. Bu hedefler çerçevesinde aşağıda öğretilen ileri sürülen görüşler ve içtihatlar dikkate alınarak, önce gürültüye neden olma suçu ile korunan hukuki değer tartışılacak, devamında suç unsurlarına ayrılarak incelenecek, iştirak, teşebbüs, içtima ile yaptırım konuları ele alınacaktır.

I. Korunan Hukuki Değer

TCK’nın 183. maddesinde düzenlenen gürültüye neden olma suçuyla korunan hukuki değeri tespit etmek bakımından iki anahtar soru oluşturulabileceğini düşünmekteyiz. **İlk soru**, “suçla korunan hukuki değer, insan ve insan dışındaki unsurlarıyla birlikte ve yapay çevre de dâhil olmak üzere bir bütün olarak çevre ile mi ilgilidir?”, **ikinci soru**, “bu suç tipiyle korunan hukuki değer kolektif mahiyette midir, yoksa gürültünün bireysel mahiyetteki olası sonuçlarından hareketle bu suç tipiyle bireysel hukuki değerlerin de korunduğu sonucuna ulaşılabilir mi?” şeklinde sıralanabilir.

Ortaya koyduğumuz **ilk** soruya TCK’nın 183. maddesinde suç haline getirilen davranış nedeniyle olumsuz yanıt vermek gerekir. Çünkü suçla korunan hukuki değer, suç tipinde öngörülen fiilin gerçekleştirilmesiyle ihlal edilen hukuki menfaattir. Bu sebeple suç tipiyle yasaklanan davranış, suçla korunan hukuki değeri tespit etmek bakımından sınırlayıcı bir işlev görür. Aşağıda suçun unsurları incelenirken açıklanacağı üzere TCK’nın 183. maddesinde suç haline getirilen davranış, insan sağlığına zarar vermeye elverişli nitelikteki gürültü esas alınmak suretiyle tanımlanmıştır.⁵ Bu sebeple insan sağlığına za-

⁵ Alman kanun koyucunun tercihi ise farklıdır. Çünkü Alman Ceza Kanunu’nun

rar vermeye elverişli olmayan, sadece eko sistemin diğer unsurlarına ya da yapay çevreye zarar vermeye elverişli olan nitelikte gürültüye neden olunması halinde incelediğimiz suç oluşmaz.

Öğretide yukarıda ifade edilen hususun dikkate alınarak suçla korunan hukuki değerın tespit edildiği söylenebilir.⁶ Çünkü ekseriyetle gürültüye neden olma suçuyla korunan hukuki değer açıklanırken önce gürültü kirliliğinin insan sağlığı üzerindeki olumsuz etkilerine değinilmekte ve sonra bu noktadan hareketle suç tipiyle korunan hukuki değerin insanların/toplumun sağlıklı bir çevrede yaşama hakkı olduğu sonucuna ulaşılmaktadır. Belirtilen hukuki değeri ile Anayasa'nın 56. maddesindeki çevre hakkına ilişkin *"Herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir. Çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmesini önlemek Devletin ve vatandaşların ödevidir"* hükmü arasındaki bağlantıya dikkat çekilmektedir.⁷ Aynı yaklaşımın uygu-

325a maddesinde gürültüye neden olma suretiyle insan dışındaki varlıklar bakımından tehlikeye sebebiyet verilmesi de sınırlı olarak suç haline getirilmiştir. Kısaca açıklamak gerekirse Alman Ceza Kanunu'nun 325a maddesi gürültüye, sarsıntıya, iyonlaşma etkisi doğurmayan ışınlarla neden olma başlığını taşımaktadır. Bu maddenin ilk fıkrasında bir tesisin işletilmesi sırasında tesise ait alan dışında idare hukukundan doğan yükümlülüklere aykırı olarak bir başkasının sağlığına zarar vermeye elverişli nitelikte gürültüye neden olma suç haline getirilmiştir. İkinci fıkrada ise bir tesisin işletilmesi sırasında idare hukukundan doğan yükümlülüklere aykırı olarak gürültüye veya titreşime ya da iyonlaşmamış ışınlarla neden olmak suretiyle başka bir kimsenin sağlığını ya da hayvanını veya önemli bir değeri bulunan eşyasını tehlikeye sokma fiili tipikleştirilmiştir.

⁶ Alman öğretisinde de gürültüye, sarsıntıya, iyonlaşma etkisi doğurmayan ışınlarla neden olma suçları ile korunan hukuki değeri, Alman Ceza Kanunu'nun 325a maddesinde tanımlanan fiillerinden hareketle tespit edildiği görülmektedir. Çünkü 325a maddesinin birinci fıkrasındaki düzenleme ile korunan hukuki değeri insan sağlığı olduğu ifade edilmektedir. İkinci fıkrayla korunan hukuki değeri insan sağlığı ve başkalarına ait hayvanlar ve önemli değeri bulunan eşyalar üzerindeki malvarlığı değeri ve mülkiyet hakkı olduğu belirtilmektedir. Bkz. Gunther Arzt/Ulrich Weber/Bernd Heinrich/Eric Hilgendorf, *Strafrecht Besonderer Teil, Bielefeld* 2009, §41, Rn.66 vd; Jörg Eisele, *Strafrecht- Besonderer Teil I, Stuttgart* 2012, §70, Rn.1325; Günter Heine, in Schönke/Schröder *Strafgesetzbuch Kommentar*, 28. Auflage, München 2010, §325a, Rn.1; Thomas Fischer, Beck'sche kurz-Kommentare *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 58. Auflage, München 2011, §325a, Rn.1

⁷ Bu yönde bkz. Yokuş Sevük, *Gürültüye Neden Olma Suçu*, s.372; Özlem Yenerer Çakmut, *Kişilerin Huzur ve Sükûnunu Bozma ve Gürültüye Neden Olma Suçu*, İstanbul 2014, s.96; Ali Parlar/Muzaffer Hatipoğlu, *Türk Ceza ve Hukuki Sorumluluk Boyutlarıyla Çevre Hukuku*, Ankara 2010, s.309; Raħsan Bengi Gezgin Kayan, "Gürültüye Neden Olma/Gürültü Kirliliği", *CHD*, Y.3, S.7, Ağustos 2008, s.113 vd; Sacit Yılmaz, *Çevre Hukuku Bağlamında Türk Ceza Kanunundaki Çevre Suçları*, Ankara 2013, s.166 vd; Osman Yaşar/Hasan Tahsin Gökcan/Mustafa

lamada da benimsendiği görülmektedir. Örneğin Yargıtay 18. Ceza Dairesi verdiği iki kararda Anayasa'nın 56. maddesine yer verdikten sonra TCK'nın 183. maddesiyle kişilerin sağlıklı bir çevrede yaşama hakkının güvence altına alındığı tespitinde bulunmuştur.⁸

Tartışmak istediğimiz *ikinci* soru bakımından ise bir ayırım yapmak gerektiğini düşünmekteyiz. Şöyle ki; her ne kadar gürültüye neden olmak suretiyle özel hayata ve aile hayatına saygı hakkının ihlal mahiyetini taşıyan sonuçların doğurması mümkünse de gürültüye neden olma suçuyla korunan hukuki değer, sıralanan hakla doğrudan ya da dolaylı bir bağlantı içinde değildir. Bu tespitin temel gerekçesi, TCK'nın 123. maddesinde düzenlenen huzur ve kişilerin sükûnunu bozma suçuyla ilgilidir. Çünkü tipe uygunluk unsurları dikkate alındığında insan sağlığına zarar vermeye elverişli olsun ya da olmasın gürültü yapmak yoluyla da işlenebileceği anlaşılan bu suç ile doğrudan ve spesifik olarak özel hayata ve aile hayatına saygı hakkına ilişkin hukuki değer korumaktadır.⁹ Bu tespit huzur ve kişilerin sükûnunu bozma suçunun TCK'daki düzenleme yeri ile de desteklenebilir. Çünkü belirtilen suç tipi TCK'da hürriyete karşı suçlar bölümünde düzenlenmiştir.

Öte yandan vücut bütünlüğünün ihlali noktasında kişi dokunulmazlığı ve yaşam hakkı açısından farklı bir değerlendirme yapmak gerektiğini düşünmekteyiz. Çünkü TCK'nın 183. maddesinde gürültüye neden olma suçu insan sağlığına zararlı olabilecek nitelikteki gürültü esas alınmak suretiyle tanımlanmış olduğundan, bu suçla bireysel bir hukuki değer olan vücut bütünlüğü arasında bir ilişki bulunduğu anlaşılmaktadır. Nitekim öğretide gürültüye neden olma suçuyla korunan hukuki değer açıklanırken Anayasa'nın 17. maddesinde yer alan

Artuç, Türk Ceza Kanunu, C.4, Ankara 2014, s.5619; Anayasa'nın 56. maddesiyle ilgili yukarıda belirtilen bağlantıya açıkça yer vermeyen ancak bu suçla korunan hukuki değerlerin sağlıklı bir çevrede yaşama hakkı olduğu tespiti için görüş için bkz. Gökhan Taneri, Çevreye Karşı Suçlar, Ankara 2016, s.172; Ümit Kocasakal, "Kişilerin Huzur ve Sükûnunu Bozma Suçu (TCK 123)", *Ankara Barosu Dergisi*, S.2, 2015, s.116.

⁸ Y.18CD, T. 29.09.2015, E.2015/7959, K.2015/5947; Y.18CD, T. 04.02.2016, E.2015/18127, K.2016/1899, www.kazanci.com.tr, (12.06.2016)

⁹ TCK'nın 123. maddesinde düzenlenen kişilerin huzur ve sükûnunu bozma suçu ile gürültüye neden olma suçu arasındaki farklardan birinin söz konusu suç tipleriyle korunan hukuki yararlar arasındaki farklılık olduğu yönündeki tespit için bkz. Parlar/Hatipoğlu, s.309; Taneri, s.168.

yaşam hakkı ve kişi dokunulmazlığına ilişkin “Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir” hükmü ile de bağlantı kurulduğu söylenebilir. Çünkü öğretide gürültüye neden olma suçuyla insanların maddi ve manevi varlıklarının zarar görmesinin önlenmesi belirtilmektedir.¹⁰ Ancak kanımızca kanun koyucunun gürültüye neden olma suçunu tipikleştirerek gürültü kirliliğinin insanların sağlığı açısından yarattığı kolektif tehlikeyi engellemek istediği söylenebilir de bu suç tipiyle bireysel bir hukuki değer olan vücut bütünlüğünün doğrudan korunduğu sonucuna ulaşmak mümkün değildir.¹¹ Bu tespit gürültüye neden olma suçunun TCK’daki düzenleme yeriyile de desteklenebilir. Çünkü gürültüye neden olma suçu TCK’nın Toplum Karşı Suçlar kısmının içinde Çevreye Karşı Suçlar bölümünde düzenlenmiştir. Oysa vücut bütünlüğü bireye ait bir hukuki değer olup, spesifik olarak TCK’nın vücut bütünlüğüne karşı suçlar kısmında yer alan suçlarla korunmaktadır.

Yukarıda iki anahtar soru üzerinden yaptığımız açıklamalar bağlamında sonuç olarak gürültüye neden olma suçuyla korunan hukuki değer, tüm unsurlarıyla bir bütün olarak çevreyle değil sadece çevrenin insan unsuruyla ilgili olduğunu ve bu hukuki değer “toplumun sağlığı” şeklinde ifade edilebileceğini savunmaktayız. Bu hukuki değer dışında gürültüye neden olma suçuyla doğrudan korunan hukuki değerler arasında vücut bütünlüğü, özel hayata ve aileye saygı gibi bireyin sahibi olduğu hukuki değerlerin yer almadığı görüşündeyiz.

II. Suçun Unsurları

A. Tipe Uygunluk Unsuru

1. Objektif Nitelikteki Unsurlar

a. Fail

Öğretide hâkim görüşe göre gürültüye neden olma suçu fail bakımından bir özellik göstermemektedir. Dolayısıyla herkes gürültüye neden olma suçunun faili olabileceğinden bu suç özgü suç değildir.¹²

¹⁰ Yaşar/Gökcan/Artuç, s.5619; Yokuş Sevik, Gürültüye Neden Olma Suçu, s.372.

¹¹ Bu tespit özellikle aynı neviden fikri içtima açısından işlevseldir. Bkz. “Aynı Neviden Fikri İçtima” başlığı altındaki açıklamalar

¹² Suçun failinin herkes olabileceği, bu sebeple suçun özgü suç vasfı taşımadığı tespiti için bkz. Çakmut, s.96 vd; Yaşar/Gökcan/Artuç, s.5619 vd; Hasan Gerçekler,

Diğer görüş ise gürültüye neden olma suçunun özgü suç olmadığı yönünde bir genelleme yapılamayacağını savunmaktadır. Bu görüşün gerekçesi, TCK'nın 183. maddesinde gürültüye neden olma suçunun "*ilgili kanunlarla belirlenen yükümlülüklere aykırı olarak*" ifadesi kullanılarak tanımlanmasıyla bağlantılıdır. Çünkü aktarılan görüşe göre ilgili mevzuat kapsamında öngörülen yükümlülüklerin belirli kişilere ya da herkese yönelik olmasına bağlı olarak suçun özgü suç vasfı taşıyıp taşımadığı tespiti değişir.¹³

Fail olmanın koşullarından birisi, suçun tipe uygunluk unsuru içinde yer alan eylemi gerçekleştirmektir. TCK'nın 183. maddesinde hükmün lafzı dikkate alındığında "*ilgili kanunlarla belirlenen yükümlülüklere aykırılık*", tipe uygun eylem tarif edilirken sınırlayıcı bir unsur olarak kullanılmıştır.¹⁴ Dolayısıyla ilgili kanunlarda öngörülen yükümlülük, herkese yönelik değilse ya da bir başka anlatımla yükümlülük sadece belirli nitelikteki kişiler için düzenlenmişse, diğer kimsele- rin bu yükümlülüğe aykırı olarak tipe uygun eylemi gerçekleştirmesi mümkün değildir.¹⁵ Bu sebeple yukarıda aktardığımız ikinci görüşe katılmaktayız.

Gürültüye neden olma suçunun faili açısından dikkat çekmek istediğimiz son husus, Türk hukukunda tüzel kişilerin cezai sorumluluk-

Türk Ceza Kanunu, C.3, Ankara 2014, s.3640; Suçun failinin herkes olabileceği yönündeki genel tespit için bkz. Gezgin Kayan, s.114; Yılmaz, s.165; Yokuş Sevtik, Gürültüye Neden Olma Suçu, s.372; Parlar/Hatipoğlu, s.309; Zeki Hafızoğulları/Muharrem Özen, Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler Toplama Karşı Suçlar, Ankara 2012, s.61; Taneri, s.172.

¹³ Gülsün Ayhan Aygörmez Uğurlubay, Çevreye Karşı Suçlar, Ankara 2015, s.135 vd; Alman Ceza Kanunu'nun 325a maddesinde düzenlenen gürültüye, sarsıntıya ve iyonlaşma etkisi olmayan ışınlarla neden olma suçları " bir tesisin işletilmesi sırasında... idare hukuku yükümlülüklerini ihlal ederek" ifadelerine yer verilerek tipikleştirilmiştir. Bu sebeple öğretilde ileri sürülen bir görüşe göre Alman Ceza Kanunu'nun 325a maddesinde düzenlenen suç tiplerinde fail tesisi işleten ve ihlal edilen idare hukuku yükümlülüklerinin yükümlüsü olan operatördür. Dolayısıyla 325a'da düzenlenen suçlar özgü suç vasfı taşımaktadır. Bkz. Arzt/Weber/Heinrich /Hilgendorf, §41, Rn.17; Eisele, §66, Rn.1271; Fischer, Vor §324, Rn.14; Aygörmez Uğurlubay'ın görüşüyle örtüşen bir başka görüş ise Alman Ceza Kanunu'nun 325a maddesinde düzenlenen suçların yükümlülük alanına bağlı olarak genel suç ya da özgü suç olabileceği yönündedir. Bkz. Heine, §325a, Rn.16.

¹⁴ Ancak TCK'nın 183. maddesi açısından asıl sorun, aşağıda inceleneceği üzere hukukumuzda gürültüye ilişkin ilgili kanunlarda belirtilen yükümlülüklerin gerçekten var olup olmadığını saptamak noktasında oluşmaktadır. Bkz. "Kanunlarla Belirlenen Gürültüyle İlgili Yükümlülüklerle Aykırılık" başlığı altındaki açıklamalar

¹⁵ Bağlantılı sonuç için bkz. "İştirak" başlığı altındaki açıklamalar

ları bulunmadığı için gürültüye neden olma suçunun failinin bir tüzel kişi olamayacağıdır. Bununla birlikte hukukumuzda tüzel kişiler hakkında idari yaptırım uygulanması mümkün olduğundan Kabahatler Kanunu'nun (KK'nın) 36. veya Çevre Kanunu'nun(ÇK'nın) 20. maddesi çerçevesinde gürültüye neden olan tüzel kişiler hakkında da idari para cezası uygulanması söz konusudur.¹⁶

b. Mağdur

Öğretide ve uygulamada gürültüye neden olma suçunun mağdurunun belirli bir kişi olmadığı konusunda tam bir görüş birliği bulunmaktadır.¹⁷ Bu noktadan hareketle iki temel sonuca ulaşılabılır. İlki gürültüye neden olma suçu bakımından aynı neviden fikri içtimanın uygulanmasının mümkün olup olmadığının belirlenmesine ilişkin olup, içtima başlığı altındaki açıklamalara atıf yapıyoruz. İkinci sonuç gürültüye neden olma suçuyla kişilerin huzur ve sükûnunu bozma suçu arasındaki farkın belirlenmesiyle ilgilidir. Çünkü TCK'nın 123. maddesinde düzenlenen kişilerin huzur ve sükûnunu bozma suçunun mağduru, huzur ve sükûnu bozulmak istenen belirli kimse ya da kim-selerdir.¹⁸

Öte yandan öğretide gürültüye neden olma suçunun mağdurunun belirli bir kişi olmadığı konusunda görüş birliği bulunsa da suçun mağduru konusunda yapılan tespitler arasında ince bir ayırım mevcuttur.¹⁹ Çünkü yapılan bir tespite göre incelediğimiz suç tipinin mağdu-

¹⁶ Gezgin Kayan, s.114; Yaşar/Gökcan/Artuç, s.5620; Yokuş Sevük, Gürültüye Neden Olma Suçu, s.372; Çakmut, s.97; Yılmaz, s.165; Ozan Ercan Taşkın, "Maddi ve Muhakeme Boyutuyla Çevre Ceza Hukukuna Dair Bazı Tespitler/Kısmi Öneriler", *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi*, C.3 S.1, Haziran 2015, s.154 vd.

¹⁷ Yaşar/Gökcan/Artuç, s.5620; Yokuş Sevük, Gürültüye Neden Olma Suçu, s.372; Çakmut, s.97; Gerçekler, s.3642; Hafizoğulları/Özen, Toplum Karşı Suçlar s.61; Taneri, s.172; Y.18CD, T. 29.09.2015, E.2015/7959, K.2015/5947; Y.18CD, T. 04.02.2016, E.2015/18127, K.2016/1899, www.kazanci.com.tr, (12.06.2016)

¹⁸ Yaşar/Gökcan/Artuç, s.5620; Yokuş Sevük, Gürültüye Neden Olma Suçu, s.373; Çakmut, s.97; Gerçekler, s.3642; Kocasakal, s.117; Aynı yönde bkz. Y.18CD, T. 29.09.2015, E.2015/7959, K.2015/5947; Y.18CD, T. 04.02.2016, E.2015/18127, K.2016/1899, www.kazanci.com.tr, (12.06.2016)

¹⁹ Öğretide gerek ilk gerekse ikinci tespite yer verilen çalışmaların bütünü incelendiğinde bu tespit ile bağlantı kurularak gürültüye neden olma suçunun unsurlarına ya da özel görünüş biçimlerine ilişkin farklı sonuçlara ulaşılmadığına dikkat çekmek istemekteyiz.

ru gürültünün gerçekleştiği, duyulduğu yerde bulunan toplumdur.²⁰ Diğer tespit suçun mağdurunun toplum olduğunu saptamaktadır, ancak suç mağdurunun gürültünün yapıldığı ya da duyulduğu yerde yaşayan toplum olduğu yönünde bir özelleştirme veya kısıtlama içermemektedir.²¹ Uygulamada ise gürültüye neden olma suçuna ilişkin birbirinin tekrarı niteliğinde olan az sayıda karar bulunmaktadır. Bu kararlarda da gürültüye neden olma suçunun mağdurunun kim olduğuna ilişkin yukarıda belirttiğimiz farka dikkat çeken açık bir tartışma yer almamaktadır.²² Dolayısıyla konuya ilişkin uygulamada benimlenen görüşe ilişkin bir sonuca varmak mümkün değildir.

Konuya ilişkin görüşümüzü açıklamadan önce mağdur kavramının anlamına dikkat çekmek istiyoruz. Mağdur suçla korunan hukuki değerlerin sahibidir.²³ Yukarıda gürültüye neden olma suçuyla korunan

²⁰ Yaşar/Gökcan/Artuç, s.5620; Yokuş Sevik, Gürültüye Neden Olma Suçu, s.372; Gerçeker, s.3640; Öğretide Kocasakal gürültüye neden olma suçunda gürültüye muhatap olan herkesin suçun mağduru olabileceği görüşündedir. Bkz. Kocasakal, s.117; Öğretide Gezgin Kayan ise suçun mağdurunun toplum olduğu yönünde bir saptama yapmakla birlikte, suç mağdurunun gürültünün yapıldığı ya da duyulduğu yerde yaşayan toplum olduğu yönünde bir kısıtlama açıkça ifade etmemektedir. Ancak konuya ilişkin doküman fabrikasının neden olduğu, insan sağlığına zarar verir nitelikteki gürültüye ilişkin bir örnek vermekte, bu örnekte fabrika çalışanlarının ve fabrikanın bulunduğu yerde yaşayan kişilerin suçun mağduru olabileceği sonucuna ulaşmaktadır. Bkz. Gezgin Kayan, s.114 vd.

²¹ Bkz. Çakmut, s.97; Yılmaz, s.165; Parlar/Hatipoğlu, s.309; Taneri, s.172.

²² Bununla birlikte Yargıtay 18. Ceza Dairesi'nin verdiği bir kararda toplumda yaşayan herkesin bu suçun mağduru olabileceği yönünde genel bir tespitle bulunduğu dikkat çekmek gerekir. Bkz. Y.18CD, T. 29.09.2015, E.2015/7959, K.2015/5947, www.kazanci.com.tr, (12.06.2016)

²³ Suç mağdurunu suçla korunan hukuki değerlerin sahibi veya hamili olarak açıklayan görüşler için bkz. Sulhi Dönmezer/Sahir Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku C.II, 11. Baskı, İstanbul 1999, s.426 vd; Yener Ünver, Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, Ankara 2003, s.145; Nevzat Toroslu/Haluk Toroslu, Ceza Hukuku Genel Kısım, 23. Baskı, Ankara 2016, s.111 vd; Timur Demirbaş, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11. Baskı, Ankara 2016, s.550; Bahri Öztürk/Mustafa Ruhan Erdem, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 16. Baskı, Ankara 2016, s.173; Zeki Hafizoğulları/Muharrem Özen, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8. Baskı, Ankara 2015, s.208; Tuğrul Katoğlu, "Ceza Hukukunda Suçun Mağduru Kavramının Sınırları", *AÜHFĐ*, C.61, S.2, 2012, s.662; Doğan Soyaslan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, Ankara 2016, s.231 vd; Veli Özer Özbek/Koray Doğan/Pınar Bacaksız/İlker Tepe, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, Ankara 2016, s.221; Süleyman Özar, "Türk Ceza Kanunu'nun Sistematiğine İlişkin Kritik Noktalar", *Ankara Barosu Dergisi*, S.3, 2006, s.98; Olgun Değirmenci, "Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Mağdur Hakları", *TBBĐ*, S.77, 2008, s.37; Suçun mağdurunu suçun maddi konusunun sahibi olan olarak açıklayan görüş için bkz. Mehmet Emin Artuk/

hukuki değer in toplumun sağlığı olduğunu düşündüğümüzü belirtmiştik. Belirtilen hukuki değer in sahibinin toplumun tamamı olmadığını savunmaktayız. Kanımızca bu hukuki değer in sahibi, salt gürültüden etkilenen kişiler olmamakla birlikte potansiyel olarak gürültüden etkilenme ihtimali bulunduğu yerdeki toplumdur. Bu sebeple öğretilerde gürültüye neden olma suçunun mağdurunun gürültünün duyulduğu yerdeki toplum olduğu yönünde yapılan dar kapsamlı tespite katılmaktayız. İfade edilen tespitten hareketle TCK'nın 183. maddesinde tanımlanan gürültüye neden olma eyleminin, gürültüden fail dışında hiç kimsenin etkilenme olasılığının bulunmadığı bir yerde gerçekleştirilmesi halinde mağdurun yokluğu nedeniyle incelediğimiz suç tipinin oluşmayacağı kanaatindeyiz.²⁴

c. Suçun Maddi Konusu

Öğretilerde gürültüye neden olma suçunun maddi konusuna ilişkin iki farklı görüş ileri sürülmektedir.²⁵ İlk görüşe göre suçun maddi konusu gürültüye maruz kalan çevredir.²⁶ Her ne kadar suçun oluşması bakımından gürültünün başka bir kimsenin sağlığına zarar vermeye elverişli olması gerekmektedir de bu noktadan hareketle suçun maddi konusunun insan bedeni ve psikolojik kişiliği olduğu sonucuna ulaşamaz. Çünkü gürültü doğrudan insan üzerinde gerçekleştirilebilen bir eylem değildir.²⁷ Öğretilerde ileri sürülen ikinci görüş ise suçun maddi konusunun gürültü ile sağlığı zarar görme tehlikesi karşısında bırakılan belirsiz sayıda kimse olduğu yönündedir.²⁸

Ahmet Gökçen/A. Caner Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 10. Baskı, Ankara 2016, s.288; İzzet Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12. Baskı, Ankara 2016, s.202; Berrin Akbulut, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3. Baskı, Ankara 2016, s.337; Mahmut Koca/İlhan Üzülmöz, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 9. Baskı, Ankara 2016, s.110 vd.

²⁴ Bu tespitle bağlantılı diğer sonuçlar için bkz. "Zincirleme Suç" başlığı altındaki açıklamalar

²⁵ Öğretilerde gerek ilk gerekse ikinci görüşe yer verilen çalışmaların bütünü incelendiğinde suçun maddi konusuyla bağlantı kurularak gürültüye neden olma suçunun unsurlarına ya da özel görünüş biçimlerine ilişkin farklı sonuçlara ulaşılmadığına dikkat çekmek istemekteyiz.

²⁶ Yokuş Sevik, Gürültüye Neden Olma Suçu, s.373; Yaşar/Gökcan/Artuç, s.5620; Gerçekler, s.3640.

²⁷ Yokuş Sevik, Gürültüye Neden Olma Suçu, s.373; Suçun oluşması bakımından insan sağlığına zarar verilmiş olmasının zorunlu bir şart olmadığı gerekçesiyle aynı sonuca varan görüş için bkz. Yaşar/Gökcan/Artuç, s.5620.

²⁸ Hafizoğulları/Özen, Toplumla Karşı Suçlar, s.61.

Kanımızca aktarılan iki görüş arasındaki farklılığın dayanabileceği nedenin öğretide suç genel teorisinde suçun maddi konusu kavramının tanımlanması noktasında oluşan nüans ile açıklamak mümkündür. Çünkü öğretide suçun maddi konusunu “*tipe uygun hareketin üzerinde gerçekleştirildiği şey*”²⁹ olarak tanımlayan görüş bulunduğu gibi “*suçun maddeten etkilerini üzerinde gösterdiği varlık*”³⁰ olarak tarif eden görüş de mevcuttur. Bu bağlamda gürültüye neden olma suçunun maddi konusuna ilişkin yukarıda aktarılan görüşlerden ilkinin suçun maddi konusuna ilişkin ilk tanımı, diğerin ise ikinci tanımı esas alındığı söylenebilir.

Suçun maddi konusuna ilişkin aktarılan tanımlardan ikincisinin benimsenmesi halinde kanımızca soyut tehlike suçlarında suçun maddi konusunu açıklamak imkânsız hale gelecektir. Bu sebeple suçun maddi konusuna ilişkin aktarılan ilk tanımı esas alarak gürültüye neden olma suçunun maddi konusunun gürültüye maruz kalan çevre olduğu yönündeki görüşe katılmaktayız.³¹

d. Eylem

aa. Genel Açıklama

TCK'nın 183. maddesinde suç tipiyle yasaklanan eylem, “*kanunlarla belirlenen gürültüyle ilgili yükümlülüklerle aykırı olarak bir başka kişinin sağlığının zarar görmesine elverişli nitelikte gürültüye neden olmak*” şeklinde tanımlanabilir. Bu eylem, aşağıda anlatım kolaylığı sağlamak için gürültü, (gürültüye) neden olma, başkalarının sağlığının zarar görmesine elverişlilik ve ilgili kanunlarla belirlenen yükümlülüklerle aykırılık olmak üzere dört esaslı unsura ayrılarak açıklanmaya çalışılacaktır.

²⁹ Bkz. Demirbaş, s.547; Koca/Üzülmez, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.111 vd; Özbek/Doğan/Bacaksız/ Tepe, s.221; Öztürk/Erdem, s.174 vd; Nur Centel/Hamide Zafer/Özlem Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 9. Baskı, İstanbul 2016, s.231; Aynı yönde suçun maddi konusunu tipik fiilin üzerinde gerçekleştirilmesi zorunlu olan şey ya da insan şeklinde açıklayan görüş için bkz. Toroslu/Toroslu, s.108; Aynı yönde suçun maddi konusunu hareketin yöneldiği eşya da kişinin fiziksel varlığı, sır, şeref gibi maddi bünyesi bulunmayan şeyler olarak açıklayan görüş için bkz. Artuk/Gökçen/Yenidünya, s.284 vd; Akbulut, s.338 vd; Özgenç, s.198 vd; Suçun maddi konusunun suçun cismini teşkil eden insan ya da şey olduğu görüşü için bkz. Sulhi Dönmezer/ Sahir Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku C.I, 14. Baskı, İstanbul 1997, s.333.

³⁰ Hafizoğulları/Özen, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.209.

³¹ Suçun maddi konusuyla ilgili bağlantılı olarak bkz. “Aynı Neviden Fikri İçtima” başlığı altındaki açıklamalar

bb. Gürültü Kavramı

TDK'nın Güncel Türkçe Sözlüğü'nde yer alan tanıma göre gürültü, aralarında uyum bulunmayan düzensiz seslerin bütünü, patırtı, şamatadır.³² Gürültü kirliliğine ilişkin bir terim olarak gürültünün "*istenmeyen veya rahatsız edici ses*" şeklinde gelenekselleşmiş bir tanımı bulunmaktadır.³³ Aktarılan bu tanımdan hareketle yapılan genel bir tespit, istenmeme veya rahatsız edici olma özelliğinin gürültüyle ses arasındaki farkı oluşturduğudur. Çünkü ses fiziksel bir kavram olduğundan neseldir, kişiden kişiye göre değişmez. Fakat gürültü öznel bir kavramdır, bir sesin gürültü olup olmadığı kişiden kişiye değişir.³⁴

Hukuki bir kavram olarak ise gürültü ne TCK ne de diğer kanunlarda tanımlanmıştır. Ancak mevzuatta Çevresel Gürültünün Değerlendirilmesi ve Yönetimi Yönetmeliği'nin (ÇGDYY) 4. maddesinde genel bir gürültü tanımına yer verilmeksizin, yönetmeliğin anlamlandırılmasında kullanılmak üzere dört gürültü türü³⁵ tanımlanmıştır.

³² TDK, Güncel Türkçe Sözlük, <http://www.tdk.gov.tr>, (19.08.2016)

³³ Bu tanıma yönelik kullanımlara örnek teşkil etmek üzere bkz. US Environmental Protection Agency, <https://www.epa.gov/clean-air-act-overview/title-iv-noise-pollution>, (19.08.2016); T.C. Çevre ve Şehircilik Bakanlığı Çevre Yönetimi Genel Müdürlüğü Gürültü ve Titreşim Kontrolü Şube Müdürlüğü, <http://gurultu.cevreorman.gov.tr/gurultu/AnaSayfa/gurultu.aspx?sflang=tr>, (19.08.2016); Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz, Bau und Reaktorsicherheit, <http://www.bmub.bund.de/themen/luft-laerm-verkehr/laermschutz/laermschutz-im-ueberblick/was-ist-laerm/>, (19.08.2016); World Health Organization, s.5; Stansfeld/Matheson, s.243; Toprak/Aktürk, s.50.

³⁴ T.C. Çevre ve Şehircilik Bakanlığı Çevre Yönetimi Genel Müdürlüğü Gürültü ve Titreşim Kontrolü Şube Müdürlüğü, <http://gurultu.cevreorman.gov.tr/gurultu/AnaSayfa/gurultu.aspx?sflang=tr>, (19.08.2016); Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz, Bau und Reaktorsicherheit, <http://www.bmub.bund.de/themen/luft-laerm-verkehr/laermschutz/laermschutz-im-ueberblick/was-ist-laerm/>, (19.08.2016); Toprak/Aktürk, s.50; Yokuş Sevük, Gürültüye Neden Olma Suçu, s.364.

³⁵ 04.06.2010 tarihli 27601 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan ÇGDYY'nin 4. maddesinde arka plan gürültüsü "bir çevrede incelenen sesler bastırıldığında, verilen konumdaki ve verilen durumdaki geriye kalan toplam ses"; çevresel gürültü, "ulaşım araçları, kara yolu trafiği, demir yolu trafiği, hava yolu trafiği, deniz yolu trafiği, açık alanda kullanılan teçhizat, şantiye alanları, sanayi tesisleri, atölye, imalathane, işyerleri ve benzeri ile rekreasyon ve eğlence yerlerinden çevreye yayılan gürültü dâhil olmak üzere, insan faaliyetleri neticesinde oluşan zararlı veya istenmeyen açık hava sesleri"; darbe gürültüsü, "iki kütlelerin birbirine çarpması ile ortaya çıkan gürültü" şeklinde tanımlanmıştır. Ev faaliyetleri ve komşuların oluşturduğu gürültü ise yönetmelikte "konut içerisinde kişilerin kendi davranış ve alışkanlıklarından kaynaklanan; kapı, pencere kapatma, yürüme, konuşma, temizlik yapma, mobilya çekme, televizyon seyretme, radyo dinleme, eğlence amacı

Bu tanımlar birlikte değerlendirildiğinde gürültü vasfı taşıyan sesleri somutlaştırmak için zararlı veya istenmeyen sıfatına yer verildiği ya da bazı faaliyetler sıralanarak bir sınırlama sağlanmaya çalışıldığı görülmektedir. Dolayısıyla söz konusu yönetmelikten hareketle hukuki bir kavram olarak gürültüye ilişkin yukarıda aktardığımız geleneksel gürültü tanımından daha somut bir tanıma ulaşmak mümkün gözükmemektedir.³⁶

Uygulamada TCK'nın 183. maddesinin tartışıldığı mahkeme kararlarında gürültü kavramının anlamını saptamaya ilişkin açıklamalara yer verilmediği söylenebilir. Öğretide ise gürültüye neden olma suçuna ilişkin yapılan çalışmalarda yukarıda aktarılan geleneksel tanımla çok benzer şekilde gürültünün tanımlandığı görülmektedir. Örneğin Yokuş Sevik *"insanlar tarafından istenmeyen ve insanlar üzerinde olumsuz etkilere neden olan seslerin gürültüyü oluşturduğunu"* belirtmektedir.³⁷ Yaşar, Gökcan ve Artuç gürültüyü *"insanlar tarafından beğenilmeyen ve insanlar üzerinde istenmeyen etkiler meydana getiren ses"* şeklinde tanımlamaktadır.³⁸ Aygörmez Uğurlubay ise gürültüyü *"insan kulağı ile duyulabilen, ses dalgaları yoluyla iletilen, şekli, süresi ve miktarı ile ortalama duyma yeteneğinde birini rahatsız etmeye ve olumsuz etkilemeye müsait olan ses ya da etki"* olarak tanımlamaktadır.³⁹

Yukarıda aktarılan tanımlar değerlendirildiğinde kanımızca TCK'nın 183. maddesi bakımından gürültü kavramını anlamlandırma da temel güçlüğü insanlar tarafından istenmeme, insanları rahatsız

dışında kullanılan her türlü müzik aleti, çamaşır makinesi, buzdolabı, elektrik süpürgesi gibi aletleri kullanma, evcil hayvan besleme gibi faaliyetler ile bina içinde yapılacak tadilat" şeklinde tanımlanmıştır. Aktarılan son tanımın meramını anlatmakta yetersiz olduğu söylenebilir. Çünkü yönetmeliğin amacı dikkate alındığında kastedilenin hükümde sıralanan faaliyetler olamayacağı ortadadır. Kastedilen söz konusu faaliyetlerden doğan sestir.

36 Bir suç tipinde yer alan ancak anlamının sınırlarında belirsizlik bulunan bir kavram, tek başına ve doğrudan doğruya idari düzenleyici işlemde yer alan tanım kullanılarak anlamlandırılmaz. Aksi yaklaşım suçta ve cezada kanunilik ilkesinin alt unsuru olan idari düzenleyici işlemle suç yaratma yasağı ile bağdaşmaz. Bununla birlikte bir suç tipinde yer alan ve anlamının sınırlarında belirsizlik bulunmayan bir kavram açıklanırken idari düzenleyici işlem hükümlerinden de yorum aracı olarak yararlanılabilir. Yukarıda ÇGDYY'de yer alan gürültü türleri tanımlarına ilişkin yaptığımız açıklamalar bu husus göz önünde bulundurularak değerlendirilmelidir.

37 Yokuş Sevik, Gürültüye Neden Olma Suçu, s.364.

38 Yaşar/Gökcan/Artuç, s.5618.

39 Aygörmez Uğurlubay, s.472.

etme ve insanları olumsuz etkilemeye müsait olma özelliğiyle bağlantılı olarak oluşabileceği söylenebilir. Çünkü bir sesin istenmeyen ya da rahatsız edici ya da insanları olumsuz etkilemeye müsait olduğunun kime göre, nasıl belirlenmesi gerektiği sorusuna cevap bulmak kolay gözükmemektedir.⁴⁰ Bu soruya verilmesi muhtemel cevaplardan ilki, sesin gürültü olup olmadığına karar verirken toplumun genelinin değer yargılarını dikkate almaktır. Ancak bu kriterin insanların zevkleri ve tercihleri çok çeşitli olduğundan yetersiz kalacağı ortadadır. Örnek ile açıklamak gerekirse klasik müzik kimine göre dünyanın en güzel müziği iken kimine göre gürültüdür. Bu noktada toplumun genel değer yargısından bahsetmek mümkün değildir.

Verilebilecek bir diğer cevap, ses seviyesi ölçümüne göre bir ayırım yapmaktır. Ses ölçümü, ses basınç seviyesinin ölçü birim olan dB (desibel) kullanılarak yapılmaktadır. Öğretide gürültüye neden olma suçuna ilişkin yapılan çalışmalarda gürültü kavramına dair genel bilgi verilirken⁴¹ veya başkalarının sağlığına zarar vermeye elverişlilik⁴² açıklanırken bu birime göre ortak bir veriye yer verildiği görülmektedir. Bu veri; 0-50 dB arası sesiz, 50-60 dB arası orta derece gürültülü, 60-70 dB arası gürültü, 70-80 dB arası çok gürültülü, 85 dB ve üstü sesler rahatsızlık sebebi şeklindedir.⁴³ Ancak bu veriye yer verilen ça-

⁴⁰ Bu güçlük sebebiyle olsa gerek tarafımızdan yapılan içtihat taramasında TCK'nın 183. maddesini konu alan ve bir sesin gürültü vasfı taşıyıp taşımadığının istenme, insanları rahatsız etme özellikleriyle bağlantılı olarak tartışıldığı bir mahkeme kararına rastlanmamıştır. Bu durum, uygulamada TCK'nın 183. maddesi bakımından insan tarafından duyulabilen her sesin gürültü olarak nitelendirildiği ya da gürültünün ses ile eş anlamlı olmak üzere kanunda kullanıldığının varsayıldığı şeklinde bir genellemeye gidilmesine elverişlidir. Ancak bu genellemeyle örtüşmeyen ve haber haline getirilip ulusal basına yansıyan bir takipsizlik kararına da dikkat çekmek gerekir. Söz konusu habere göre cami hoparlörlerinden 104 dB'ye varan şiddette ezan yayınlandığı, günde beş kere yapılan ezan yayının toplumun ruh ve beden sağlığını etkilediği iddiasıyla Erzurum Cumhuriyet Savcılığı'na suç duyurusunda bulunulmuştur. Savcılık makamı ezanın gürültü olarak nitelendirilemeyeceği gerekçesiyle kovuşturmayaya yer olmadığına karar vermiştir. Bkz. Milliyet Gazetesi, 07.05.2012 tarihli ve "Ezan İçin Suç Duyurusunda Bulundu" başlıklı haber, <http://www.milliyet.com.tr/ezan-icin-suc-duyurusunda-bulundugundem-1537339/>, (22.09.2016)

⁴¹ Bkz. Gezgin Kayan, s.112; Yokuş Sevik, Gürültüye Neden Olma Suçu, s.364.

⁴² Bkz. Aygörmez Uğurlubay, s.474.

⁴³ T.C. Çevre ve Şehircilik Bakanlığı Çevre Yönetimi Genel Müdürlüğü Gürültü ve Titreşim Kontrolü Şube Müdürlüğü gürültüyü şöyle derecelendirmektedir: 1. derece gürültü:30-65dB(A) => konforsuzluk, rahatsızlık, öfke, kızgınlık, uyku düzensizliği ve konsantrasyon bozukluğu, 2. derece gürültü: 65-90 dB(A) => fiz-

ışmalarda 50 dB'in altındaki seslerin gürültü vasfı taşımayacağı yönünde bir genellemeye gidilmemesi dikkat çekicidir. Bu durumun nedeni, dB ölçü biriminin gürültüye değil sese ilişkin bir birim olması ile açıklanabilir. Bir sesin hoş gitmesi ya da gitmemesi, insanları olumsuz etkilemeye müsait olması veya olmaması sadece sesin düzeyine göre değil, sesteki etkilenen insanların zevkleri, buldukları mekânın özgülendiği amaç, o yerde yürütülen faaliyet, zaman, sesin sıklığı, tipi gibi pek çok değişkene göre de farklılaşabilir.⁴⁴ İfade edilen nedenle salt Db cinsinden büyüklüğünden hareketle gürültü vasfı taşıyan sesin asgari değerine ilişkin bir saptama yapmak mümkün değildir.

Öte yandan Db cinsinden büyüklüğü arttıkça sesin gürültü olarak nitelendirilmesinde sübjektif değişkenlerin etkisinin azaldığı söylenebilir. Örneğin roket fırlatma sebebiyle doğan sesin şiddeti 180 Db(A)'dır ve 140 Db(A)'yı aşan şiddetteki seslerin insanlar için dayanılmaz olduğu, ciddi beyin tahribatı, kulak zarının patlaması gibi somut sonuçlara yol açtığı bilinmektedir.⁴⁵ O halde insan üzerinde etkileri dikkate alındığında roket fırlatma sesinin insanların hoşuna gidebileceğini ve gürültü vasfı taşımadığını söylemek mümkün değildir.

Yukarıda yaptığımız açıklamalardan hareketle ulaştığımız sonuç; sesin şiddeti azaldıkça gürültü nitelendirmesinin artan oranda sübjektif bir değerlendirme haline geldiği, bu sebeple de gürültü kavramının belirsizliği içerecek kadar göreceli bir kavram olduğudur. Ceza kanunlarında kullanılan tüm kavramların bizzat kanunda tanımlanması ge-

yolojik reaksiyonlar; kan basıncı artışı, kalp atışlarında ve solunumda hızlanma, beyin sıvısındaki basıncın azalması, ani refleksler, 3. derece gürültü: 90-120 dB(A) => fizyolojik reaksiyonlar, baş ağrıları, 4. derece gürültü: 120-140 dB(A) => iç kulakta devamlı hasar, dengenin bozulması, 5. derece gürültü: >140 dB(A) => ciddi beyin tahribatı, kulak zarının patlaması, (Bkz. <http://gurultu.cevreorman.gov.tr/gurultu/AnaSayfa/gurultu.aspx?sflang=tr>, (19.08.2016)

⁴⁴ Bu tespiti destekleyici hususlara ÇGDYY ve ekinde yer alan gürültü seviyesi sınır değerlerine ilişkin kurallardan varmak mümkündür. Çünkü bazı sınır değerler mekâna ve o mekânda yürütülen mutad faaliyete ya da zamana göre belirlenmiştir. Örneğin iç ortam gürültü seviyesi sınır değerlerine ilişkin tabloda; yataklı tedavi kurum ve kuruluşları, dispanser, poliklinik, bakım ve huzur evleri için sınır değer, (kapalı pencere) 35 dB(A)- (açık pencere) 45 dB(A); dinlenme ve tedavi odaları için sınır değer, (kapalı pencere) 25 dB(A)- (açık pencere) 35 dB(A) olarak öngörülmüştür. Yine ÇGDYY ve ekinde gürültü sınır değerleri gündüz, akşam ve gece seviyeleri ayrımı yapılarak tespit edilmiştir.

⁴⁵ Bkz. T.C. Çevre ve Şehircilik Bakanlığı Çevre Yönetimi Genel Müdürlüğü Gürültü ve Titreşim Kontrolü Şube Müdürlüğü, <http://gurultu.cevreorman.gov.tr/gurultu/AnaSayfa/gurultu.aspx?sflang=tr>, (19.08.2016)

rekmez. Ancak ceza kanunda kullanılan bir kavramın anlamının sınırları belirsiz ise kanun koyucu suçta ve cezada kanunilik ilkesi gereği ya kavramı bizzat tanımlamalı ya da kavramın anlamsal sınırlarındaki belirsizliği bertaraf etmek için tipe uygun eylemi tanımlarken başka daraltıcı unsurlar kullanmalıdır. Kanımızca gürültü ile sesi ayırt etmeye yarayacak nesnel bir kriter oluşturmak mümkün değildir. İfade edilen nedenle kanun koyucu tarafından yapılabilecek olası gürültü tanımlarının yetersiz kalacağı söylenebilir. Bu sebeple gürültüye neden olma suçu kanunilik ilkesinin alt unsuru olan belirlilik esasıyla ve ceza hukukunun ikincilliği ilkesiyle bağdaşır şekilde düzenlenmek isteniyorsa kanunda tipe uygun eylem sınırlayıcı hususlar kullanılarak dar bir biçimde tanımlanmalıdır. İşaret ettiğimiz bu gerekliliğe TCK'nın 183. maddesindeki düzenlemenin ne derecede uygun olduğu aşağıda tartışılmaya çalışılacaktır.

cc. Gürültüye Neden Olma

TCK'nın 183. maddesinde “...gürültü yapan” ifadesine değil “....gürültüye neden olan” ifadesine yer verilmiş, bu suretle tipik fiil geniş bir biçimde tarif edilmiştir.⁴⁶ Kanımızca iki kavram arasındaki fark şu örnekle somutlaştırılabilir. Bir jeneratör fabrikasında teknik standartlara uyulmayarak insan sağlığına zarar vermeye elverişli nitelikte gürültüye neden olan jeneratör üretildiğini, durum hakkında bilgilendirilmesine ve söz konusu ürünün kesinlikle satışa çıkarılmaması konusunda uyarılmasına rağmen fabrika müdürünün bu ürünü bir hastaneye sattığını düşünelim. Kurguladığımız olayda jeneratörün çalıştırılması halinde fabrika müdürü gürültü yapan olmamakla birlikte gürültüye neden olan durumundadır.

Gürültüye neden olma eylemi dikkate alındığında TCK'nın 183. maddesinde düzenlenen suç tipinin üç temel özelliğine ulaşılabilir. Bunlardan *ilki*, gürültüye neden olma suçunun maddi (neticeli) suç olduğudur.⁴⁷ TCK'nın 183. maddesinde tipe uygun eylem, netice belir-

⁴⁶ Aygörmez Uğurlubay, s.471.

⁴⁷ Öğretide Yokuş Sevük gürültüye neden olma suçunun somut tehlike suçu olduğunu ve somut tehlike suçlarının neticeli suçlar grubuna girdiğini savunmaktadır. Bkz. Yokuş Sevük, Gürültüye Neden Olma Suçu, s.376; “Gürültüye neden olan hareket ile meydana getirilen gürültü arasındaki neden sonuç ilişkisi şart teorisine göre belirlenecektir.”, “Gürültüye neden olma maddi içerik bakımından bir

tilmek suretiyle tanımlanmıştır⁴⁸. Çünkü hareket fail tarafından yapma ya da yapmama suretiyle gerçekleştirilen maddi bir faaliyet/iş iken netice bu hareketin dış dünyada meydana getirdiği değişikliktir. Bu tanımlar gürültüye neden olma suçu bakımından değerlendirildiğinde failin hareketiyle dış dünyada meydana getirilen değişiklik yani netice, başkalarının sağlığının zarar görmesine elverişli nitelikteki gürültüdür. Gürültü ile şart teorisine göre sebep sonuç ilişkisi içinde olan ve objektif istinadiyet kurallarına göre faile yüklenebilen, onun tarafından gerçekleştirilen her maddi faaliyet ise harekettir. Örneklendirmek gerekirse davul çalmak hareket, davul çalmak ile oluşan gürültü neticedir.

İkinci özellik, incelediğimiz suç tipinin serbest hareketli bir suç olmasıdır.⁴⁹ Çünkü kanunda gürültüye neden olmanın hangi hareketlerle gerçekleştirilebileceğine ilişkin bir özelleştirme yapılmamıştır. İfade edilen sebeple gürültünün kaynağı önemli değildir.⁵⁰ Dolayısıyla bu suç tipi bakımından gürültü vasfı taşıyan ses çıplak insan ya da hayvan sesi olabilir. Örneğin her hangi bir ses yükseltici araç kullanmadan bağırma, çığlık atma, şarkı söyleme, spor karşılaşmalarındaki tezahürat yapma, beslenen evcil bir hayvanın havlaması yoluyla neden olunan gürültü bu niteliktedir. Yine bu suç tipi bakımından gürültüye neden olan davranış, mekanik ya da teknik bir araçla gerçekleştirilmiş

netice olarak algılanmaya müsait bir unsurdur." saptamalarında bulunduğundan Aygörmez Uğurlubay'ın gürültüye neden olma suçunun sırf hareket suçu olmadığı görüşünde olduğu anlaşılmaktadır. Bkz. Aygörmez Uğurlubay, s.125 ve 473; Öğretide aksi yönde ileri sürülen bir başka görüşe göre ise gürültüye neden olma suçu neticesi harekete bitişik suç (şekli suç) vasfı taşımaktadır. Bu tespitin gerekçesi incelediğimiz suçun kanuni tarifinde somut bir neticenin gerçekleşmesinin aranmamış olması ile açıklanmaktadır. Bkz. Gezgin Kayan, s.116; Yılmaz, s.167; Gerçeker, s.3641;Taneri, s.173.

⁴⁸ Aksi yönde bkz. Gezgin Kayan, s.116; Yılmaz, s.167; Gerçeker, s.3641;Taneri, s.173.

⁴⁹ Gezgin Kayan, s.116; Yokuş Sevük, Gürültüye Neden Olma Suçu, s.373; Çakmut, s.107; Yaşar/Gökcan/Artuç, s.5622; Aygörmez Uğurlubay, s.473; Sezin Duygu Tuncer/Mithat Burak Başkale, "Çevre Ceza Hukukunda Zaman", *AÜHFHD*, C.65, S.4, 2016, s.3701.

⁵⁰ Alman Ceza Kanunu'nun 325a maddesinde düzenlenen suçlar bakımından ise gürültüye neden olan fiilin bir tesisin (özellikle tesis işletmeleri ya da makinelerin) işletilmesi sırasında gerçekleştirilmesi aranmıştır. Bu sebeple örneğin sadece bağırma, konuşma, bir müzik aleti çalma, spor karşılaşmalarındaki tezahürat gibi faaliyetlerle gürültüye neden olma ya da çalışma alanındaki işçilerin veya bahçeli lokantalardaki insanların uğultusu tipikliği gerçekleştirilmemektedir. Yine 325a maddesinin 4. fıkrasındaki ulaşım araçlarıyla ilgili istisna nedeniyle motorlu ulaşım araçları, raylı sistem araçları, hava ve su ulaşım araçlarıyla gürültüye neden olunması durumu bakımından da aynı tespit tekrarlanabilir. Bkz. Heine, §325a, Rn.4; Fischer, §325a, Rn.5; Eisele, §70, Rn.1237.

olabilir.⁵¹ Bu bağlamda örnek olarak motorlu bir araçtan, siren veya düdükten, ses bombasından ya da fişeğinden kaynaklanan gürültü, ses yükseltici araç kullanılarak yapılan müzik ya da duyuru gösterilebilir. Öte yandan mevcut düzenleme karşısında gürültüye neden olunan yerin bir önemi bulunmadığı da vurgulanmalıdır.⁵²

Son özellik, gürültüye neden olma suçunun sırf ihmali suç vasfı taşımasıdır. Sırf ihmali suçlar, suç tipiyle yasaklanan eylemin kanunda bir hareketin yapılmaması fiili üzerinden tanımlandığı suçlardır ve incelediğimiz suç tipi açısından eylem yapmama fiili üzerinden tanımlanmamıştır. Bu sebeple gürültüye neden olma suçunun icrai bir suç olduğuna ancak şartlarının gerçekleşmesi halinde⁵³ ihmal suretiyle icrai bir hareketle de işlenebileceğine dikkat çekmek gerekir.⁵⁴ Örneğin çalan alarmı uyarı asılsız olmasına rağmen kapatmayan sorumlu banka görevlisinin hareketi, ihmal suretiyle icrai olarak gerçekleştirilen bir harekettir. İş yerinde ses izolasyonu yapılmamasının⁵⁵ ve konutta beslenen köpeklerin havlaması sebebiyle yayılan sesin engellenmemesinin⁵⁶ TCK'nın 183. maddede düzenlenen suçu oluşturup oluşturmadığının tartışılması gerektiğine işaret eden Yargıtay kararları, uygulamada da aynı görüşün benimsendiğini göstermektedir.

⁵¹ Gürültünün bizzat fail tarafından yapmasının zorunlu olmadığı, gürültüye bir araç ya da bir hayvanın kullanılarak neden olunmasının mümkün olduğu yönündeki tespitler için bkz. Çakmut, s.107; Gerçeker, s.3641; Yaşar/Gökcan/Artuç, s.5622; Tuncer/Başkale, s.3701.

⁵² Karşılaştırmalı hukukta Alman Ceza Kanunu'nun 325a maddesinin 1. fıkrasında düzenlenen suç bakımından bir başkasının sağlığına zarar vermeye elverişli nitelikteki gürültüye tesise ait alan dışında neden olunması aranmıştır. Failin bir başkasının sağlığını ya da hayvanını veya önemli bir eşyasını tehlikeye sokmasının arandığı 2. fıkrada düzenlenen suç tipi açısından ise tesise ait veya ait olmayan alan ayrımı yapılmamıştır. Bkz. Heine, §325a, Rn.11; Fischer, §325a, Rn.6.

⁵³ İcrai suçların, ihmali bir hareketle işlenebilmesi için varlığı gereken koşullar; failin belli bir neticenin gerçekleşmesini önlemek konusunda özel bir yükümlülük altında bulunması ve failin ihmali hareketinin bu yükümlülüğe aykırılık teşkil etmesidir. Failin belli bir neticenin gerçekleşmesini önlemek konusundaki özel yükümlülüğü mevzuattan, sözleşmeden, örf ve adetten veya failin önceki hareketinden kaynaklanabilir.

⁵⁴ Gezgin Kayan, s.115 vd; Aygörmez Uğurlubay, s.471; Suçun ihmali hareketle işlenebileceğine ilişkin aynı yöndeki tespit için bkz. Yokuş Sevük, Gürültüye Neden Olma Suçu, s.373; Çakmut, s.107; Yaşar/Gökcan/Artuç, s.5622; Hafizoğulları/Özen, Toplumla Karşı Suçlar, s.61; Tuncer/Başkale, s.3701.

⁵⁵ Y4.CD, T.25.09.2012, E.2012/17482, K.2012/18402, www.kazanci.com.tr, (12.06.2016)

⁵⁶ Y4.CD, T.25.09.2012, E.2012/8722, K.2012/18431, www.kazanci.com.tr, (12.06.2016)

dd. Gürültünün Başka Bir Kişinin Sağlığının Zarar Görmesine Elverişli Nitelikte Olması

TCK'nın 183. maddesinde suçun oluşması bakımından failin neden olduğu gürültünün başka bir kimsenin sağlığının zarar görmesine elverişli nitelikte olması aranmıştır. İfade edilen sebeple iki temel sonuca ulaşılabilir. İlki; kişinin neden olduğu gürültünün sadece insan dışındaki canlılara zarar vermeye elverişli nitelikte olması halinde incelediğimiz suçun oluşmayacağıdır. Bu noktadan hareketle kanun koyucunun gürültüye neden olma suçunu çevre etiği yaklaşımlarından⁵⁷ insan merkezli yaklaşımı esas alarak tipikleştirdiği söylenebilir.⁵⁸ Kanımızca TCK'nın 183. maddesi bakımından insan merkezli yaklaşımın esas alınması isabetli bir tercihtir. Çünkü gürültü kirliliğinin çevrenin insan dışındaki unsurları açısından da ciddi tehlikeler yarattığı ve kontrol altına alınması gerektiği açık olsa da asgari ortak bir tehlikelilik eşiği bulunmamaktadır.⁵⁹ Ayrıca ceza hukukunun ikincilliği ilkesi dikkate alındığında çevrenin insan dışındaki unsurlarına ilişkin tehlikeli olabilecek nitelikteki gürültüyü engellemek bakımından hangi aşamada ceza hukukunun müdahalesini gerektiren ağırlıkta bir toplumsal ihtiyacın doğduğu sorusu, çok faktörün bir arada değerlendirilmesini gerektiren, bu sebeple de genel geçer bir yanıt bulunamayacak kadar karmaşık olan bir sorudur. Dolayısıyla kanun koyucunun tek bir suç tipiyle gürültüye neden olmak suretiyle çevrenin tüm unsurları bakımından oluşabilecek tehlikeleri bertaraf etmeye çalışmaması makul bir çözümdür.⁶⁰

⁵⁷ Çevre etiği yaklaşımlarına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Zerrin Toprak, *Çevre Yönetimi ve Politikası*, İzmir 2012, s.30 vd; Nükhet Yılmaz Turgut, *Çevre Politikası ve Hukuku*, Ankara 2012, s.29 vd; Kıvılcım Akkoyunlu Ertan, "Çevre Etiği Üzerine Değerlendirmeler", *Sosyal Çevre Bilimleri*, (Ed. Hakan Reyhan, Ahmet Mutlu, H.Hüseyin Doğan, Ayşe S. Reyhan), Ankara 2014, s.100 vd; Çevreye karşı suçların koruduğu hukuki değerleri açıklayan teoriler hakkında bkz. Aygörmez Uğurlubay, s.74 vd.

⁵⁸ Yokuş Sevük, *Gürültüye Neden Olma Suçu*, s.372; TCK'nın 183. maddesinin canlıların yaşam alanı ve yaşam kaynağı olarak çevreyi insan sağlığına ağırlık vererek koruduğu yönünde benzer görüş için bkz. Aygörmez Uğurlubay, s.89.

⁵⁹ Örneğin gürültünün hangi noktadan sonra tehlikeli olacağı fizyolojik yapısına göre hayvan türleri bakımından farklılık göstermektedir. Konuya ilişkin örnekler için bkz. Kight/Swaddle, s.1054 vd.

⁶⁰ Bununla birlikte ülkemizde gürültü haritaları tamamlandıktan sonra, soyu tükenme tehlikesi altında bulunan hayvan türleri bakımından koruma bölgeleri içerisinde ve yakınında gürültünün kontrol altına alınması ihtiyacının giderilmesi için yeni suç tiplerinin oluşturulmasının tartışılmasının yararlı olabileceğini düşünüyoruz. Bu bağlamda Alman Ceza Kanunu'nun 329. maddesinde düzenlenen ko-

Ulaşılabilecek *ikinci* sonuç; failin neden olduğu gürültünün sadece kendi sağlığı için tehlikeli olması durumunda tipikliğin gerçekleşmeyeceğidir.

Öte yandan TCK'nın 183. maddesinde gürültüye neden olma suçunun oluşması için başka bir kimsenin sağlığının zarar görmesinin aranmadığı da vurgulanmalıdır. Öğretide ve uygulamada TCK'nın 183. maddesinde yer alan "*başka bir kimsenin sağlığının zarar görmesine elverişli bir şekilde*" ifadesinden hareketle bu noktada tam bir görüş birliği bulunmaktadır.⁶¹ Ancak aktarılan ifadenin suç tipi açısından oluşturduğu hukuki nitelik öğretide tartışmalıdır.

İleri sürülen bir görüşe göre gürültüye neden olma suçunun oluşması bakımından başka bir kimsenin sağlığının zarar görmesine ilişkin somut bir tehlike oluşması gerekir. Bu sebeple gürültüye neden olma suçu somut tehlike suçu vasfı taşır.⁶² Aktarılan görüşün kabulü halin-

runması gereken alanların tehlikeye düşürülmesi suçunun olması gereken hukuk açısından fikir verecek bir örnek olarak değerlendirilebileceği kanaatindeyiz.

⁶¹ Gezgin Kayan, s.115; Yokuş Sevük, Gürültüye Neden Olma Suçu, s.374; Çakmut, s.107 vd; Gerçeker, s.3640; Yaşar/Gökcan/Artuç, s.5621; Taneri, s.172; Aygörmez Uğurlubay, s.473;Yılmaz, s.167; Parlar/Hatipoğlu, s.311.

⁶² Gezgin Kayan, s.116; Yokuş Sevük, Gürültüye Neden Olma Suçu, s.374; Çakmut, s.108; Yılmaz, s.170; Yaşar/Gökcan/Artuç, s.5621; Tuncer/Başkale, s.3701; Bu görüşün sonuçları bakımından öğretide somut tehlike suçlarında tehlikenin objektif bir cezalandırma şartı mı yoksa suçun unsuruna dahil bir husus mu olduğuna ilişkin yapılan tartışmalıya dikkat çekmek istiyoruz. Kısaca özetlemek gerekirse bir görüş somut tehlike suçları açısından tehlikenin objektif bir cezalandırma şartı vasfı taşıdığını ve suçun unsurlarının dışında yer aldığını savunurken, diğer görüş tehlikeyi suçun unsuru, neticesi olarak kabul eder. (İlk görüş için bkz. Demirbaş, 208; Koca/Üzülmez, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.115; Özgenc, s.201 vd; Artuk/Gökcan/Yenidünya s.287; İkinci görüş için bkz. Özbek/Doğan/Bacak-sız/Tepe, s.238; Öztürk/Erden, s.196 vd; Doğan, s.185; Akbulut, s.278;Toroslu/Toroslu, s.142; Centel/Zafer/Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, s.263.) Gürültüye neden olma suçunun somut tehlike suçu olduğu görüşü benimsenirse aktarılan tartışmada ileri sürülen görüşlerden hangisinin savunulduğu incelediğimiz hususun suç tipi içindeki yerini belirleyecektir. Daha açık bir anlatımla gürültüye neden olma suçu bakımından incelediğimiz hususun suçun unsurları dışında objektif cezalandırma şartı vasfı taşıdığı veya suçun unsurları içerisinde yer aldığı yönündeki iki görüş de savunulabilir olacaktır. İki görüş arasındaki farkın önemi ise kastın kapsamı ve teşebbüs açısından oluşacaktır. Öğretide gürültüye neden olma suçunun somut tehlike suçu olduğu görüşünün savunulduğu çalışmalarda ortaya koyduğumuz soru açıkça tartışılmamıştır. Ancak bu çalışmalarda gürültünün başkalarının sağlığının zarar görmesine elverişli nitelikte olmasının objektif cezalandırma şartı olarak nitelenen görüş bulunmakla birlikte söz konusu hususun suçun unsurları içerisinde incelendiği görülmektedir. Bkz. Gezgin Kayan, s.115; Yokuş Sevük, Gürültüye Neden Olma Suçu, s.374; Çakmut, s.107 vd; Yaşar/Gökcan/Artuç, s.5621.

de gürültüye neden olma davranışı ile oluşan tehlike bakımından bir başkasının sağlığının zarara uğraması ya da uğramaması ihtimali arasında tamamıyla tesadüfe bağlı bir olasılık ilişkisi bulunması gerektiği söylenebilir.

Diğer görüşe göre gürültüye neden olma suçu soyut tehlike suçunun bir türü olan potansiyel tehlike suçu vasfı taşımaktadır. Çünkü TCK'nın 183. maddesinde başka bir kişinin sağlığının zarar görmesine ilişkin somut bir tehlikenin oluşması aranmamıştır. Sadece neden olunan gürültünün başkalarının sağlığının zarar görmesine elverişli nitelikte olması aranmıştır.⁶³

Uygulamaya ilişkin olarak ise konunun derinlemesine tartışıldığı bir karar bulunmamakla birlikte Yargıtay 18. Ceza Dairesi'nin iki kararında gürültüye neden olma suçunun somut tehlike suçu olduğu tespitinde bulunduğu dikkat çekmek gerekir.⁶⁴

TCK'nın 183. maddesinin düzenleme biçimi⁶⁵ nedeniyle aktar-

⁶³ Aygörmez Uğurlubay, s.127, 471; Benzer bir tespit Alman Ceza Kanunu'ndaki 325a maddesinin ilk fıkrası açısından da yapılmaktadır. Şöyle ki Alman Ceza Kanunu'ndaki 325a maddesinin ilk fıkrasında bir tesisin işletilmesi sırasında idare hukukundan doğan yükümlülüklerle aykırı davranarak işletme dışındaki alanda bir başkasının sağlığına zarar vermeye elverişli gürültüye neden olma suç haline getirilmiştir. İkinci fıkrada yer alan suç tipinde ise "başkasının sağlığını, başkasının hayvanlarını veya diğer önem taşıyan şeylerini tehlikeye düşüren" ifadesi yer verilmiştir. Alman öğretisinde bu farklılığa dikkat çekilerek Alman Ceza Kanunu'nun 325a maddesinin ilk fıkrasındaki suçun potansiyel tehlike suçu, ikinci fıkrasında düzenlenen suçun ise somut tehlike suçu vasfı taşıdığı tespiti yapılmaktadır. Bkz. Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, §41, Rn.66-68; Eisele, §70, Rn.1328; Heine, §325a, Rn.1.

⁶⁴ Bkz. Y.18CD, T. 29.09.2015, E.2015/7959, K.2015/5947; Y.18CD, T. 04.02.2016, E.2015/18127, K.2016/1899, www.kazanci.com.tr, (12.06.2016)

⁶⁵ TCK'da yer alan tehlike suçları incelendiğinde bazı suç tiplerinde (örneğin TCK'nın 170/2, 173, 179/1, 180, 185/1, 215 ve 216. maddelerinde düzenlenen suçlar), fail tarafından gerçekleştirilen fiilin somut bir tehlikeye neden olmasının açıkça arandığı görülmektedir. Bazı suç tiplerinde ise (örneğin TCK'nın 172, 175, 177, 179/2, 183, 187 ve 217. maddelerinde düzenlenen suçlar), tipe uygun fiil tarif edilirken fiilin belirtilen bir tehlikeyi meydana getirmeye elverişli olmasından söz edilmiştir. Belirtilen iki farklı düzenleme biçiminin suç tipinin hukuki niteliğini değiştiren bir sonuç yaratıp yaratmadığı tartışılması gereken bir meseledir. Uygulamada bu meseleyle ilişkili bir tartışmaya yer verilen bir karara tarafımızdan ulaşılamamıştır. Öğretide 5237 sayılı TCK açısından bu konuya Doğan tehlike suçları ile zarar suçları arasındaki içtima sorununu, Aygörmez Uğurlubay çevre karşı suçları incelerken değinmiştir. Yapılan açıklamalarda her iki yazarın tipe uygun fiilin kanunda belli bir tehlikeyi meydana getirmeye elverişli olması esas alınarak tarif edildiği suçları potansiyel tehlike suçu (soyut-somut tehlike suçu)

dığımız ikinci görüşe katılmaktayız. Ancak olması gereken hukuk açısından ceza hukukunun ikinciliği ilkesi gereği suç tipinin somut tehlike suçu olarak düzenlenmesinin daha isabetli olabileceğini savunmaktayız.

Bu açıklamalardan sonra gürültünün başka bir kimsenin sağlığının zarar görmesine elverişli olmasının ne demek olduğu, elverişliliğin ya da elverişsizliğin tespitinin nasıl yapılabileceği sorularına odaklanmak istiyoruz. Yapılan tıbbi çalışmalar gürültünün sadece işitme sorunlarına değil, kalp ve dolaşım sistemi rahatsızlıkları, beyin sıvısındaki basıncın azalması, ciddi beyin tahribatları, psikiyatrik rahatsızlıklar gibi pek çok farklı sağlık sorununa sebep olabileceğini göstermektedir.⁶⁶ Kanun koyucunun bu durumu dikkate aldığı söylenebilir. Çünkü TCK'nın 183. maddesinde de salt işitme sağlığına ilişkin sınırlayıcı bir koşul öngörülmemiştir.⁶⁷

Öte yandan TCK'nın 183. maddesinde başka bir kimsenin hastalanmasına elverişli değil, sağlığının zarar görmesine elverişli şekilde gürültüye neden olmaktan söz edildiğine göre gürültüye neden olma suçu bakımından gürültü ile olası bir hastalık arasında neden sonuç

olarak nitelendirildiği ve somut tehlike suçlarından ayırt ettiği görülmektedir. Doğan potansiyel tehlike suçlarının soyut tehlike suçlarının bir türü olduğu, Aygörmez Uğurlubay ise potansiyel tehlike suçlarının soyut tehlike suçlarının özel, nitelikli bir türü olduğu görüşündedir. Bkz. Koray Doğan, "Tehlike Suçu ile Zarar Suçu Arasındaki Suçların İçtimaı Sorunu", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Y.5, S.16, Ocak 2014, s.184; Aygörmez Uğurlubay, s.114 vd; 765 sayılı mülga TCK döneminde ise öğretide Daragenli tehlike suçlarına ilişkin çalışmasında tehlike suçları bakımından yapılan ayrımları incelerken somut-soyut tehlike suçu diye tanımlanan karma bir kategorinin bulunduğu yönündeki Alman ve İtalyan öğretisinde ileri sürülen görüşe değinmiştir. Ancak Daragenli tehlike suçlarının kanun koyucu tarafından somut tehlike suçları, soyut tehlike suçları ve öngörülen tehlike suçları olmak üzere düzenlenebildiğini belirterek öğretide yapılan diğer ayrımları kabul etmediğini ifade etmiştir. Bu bağlamda Daragenli'ye göre soyut-somut tehlike suçları denilen suçlar soyut tehlike suçundan başka bir şey değildir. Bkz. Vesile Sonay Daragenli, "Tehlike Suçları", Prof. Dr. Sahir Erman'a Armağan, İstanbul 1999, s.179 vd, s.185.

⁶⁶ Gürültüye maruz kalmanın insan sağlığına etkilerine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Passchier Vermeer/Passchier, s.123 vd; World Health Organization, 21 vd; Stansfeld/Matheson, s.244 vd; Toprak/Aktürk s.50 vd; Yılmaz Demirkale/Aşçıgil, s.268 vd.

⁶⁷ TCK'nın 183. maddesinin kapsamında sadece bedensel sağlığın değil, aynı zamanda ruhsal sağlığın da zarar görme ihtimalinin değerlendirilmesi gerektiği tespiti için bkz. Yokuş Sevik, Gürültüye Neden Olma Suçu, s.374; Çakmut, s.108; Aygörmez Uğurlubay, s.473.

ilişkisi kurulması da aranmayacaktır⁶⁸. Ancak asıl sorun, kanımızca gürültü ile olası bir hastalık arasında neden sonuç ilişkisinin kurulamaması halinde oluşacaktır. Çünkü bu ihtimalde hangi şiddetteki ya da hangi özellikteki gürültünün insan sağlığının zarar görmesine elverişli olarak nitelendireceği sorusuna yanıt bulmak gerekecektir ki bu yanıt bulmak pek kolay gözükmemektedir. Yaptığımız tespit şöyle açıklanabilir:

Dünya Sağlık Örgütü Anayasası'nda⁶⁹ ve 05.01.1961 tarihli 224 sayılı Sağlık Hizmetlerinin Sosyalleştirilmesi Hakkında Kanun'un 2. maddesinde sağlık; yalnızca hasta olmama durumu değil, bedensel, zihinsel ve sosyal olarak tam bir iyilik hali olarak tanımlanmaktadır. Aktarılan tanım da yer alan "*sosyal olarak tam bir iyilik hali*" ifadesinin anlamı belirsizliği içerecek kadar geniş kapsamlıdır. Bu nedenle söz konusu tanımın gürültüye neden olma suçu açısından esas alınması mümkün değildir. Gürültüye neden olma suçu bakımından yaralama suçlarında sağlık bozma deyime yüklenen anlamın yol gösterici olabileceği düşünülebilir.⁷⁰ Yaralama suçları açısından sağlığı bozma, süresi ne olursa olsun mağdurun organizmasında normal çalışmasının dışında bir bozukluk meydana getirilmesi veya hastalık teşkil etmesi de bir patolojik durum ortaya çıkarılması ya da önceden var olan patolojik durumun artırılması şeklinde tanımlanmaktadır.⁷¹ Aktarılan tanım dikkate alındığında yaralama suçları açısından sağlık boz-

⁶⁸ Sağlığa zarar verme açısından basit ve kısa süreli olmadığı sürece (sinirlenmek, gülmek vb.) özellikle hastalanmış olmanın aranmayacağı tespiti için bkz. Aygörmez Uğurlubay, s.473.

⁶⁹ Dünya Sağlık Örgütü Anayasası uluslararası bir anlaşma olup, Türkiye'nin de tarafı olduğu bu anlaşmanın 09.06.1947 tarihli ve 5062 sayılı Kanun ile onaylanması uygun bulmuştur.

⁷⁰ Dünya Sağlık Örgütü'nün sağlık tanımının esas alınamayacağı, sağlık kavramının ceza hukuku açısından sağlık şeklinde anlaşılması gerektiği yönünde değerlendirme ve §223 yaralama suçuna atıf yapan açıklamalar için bkz. Fischer, §325, Rn.8; §325a, Rn.4.

⁷¹ Bkz. Nur Centel/Hamide Zafer/Özlem Çakmut, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, C.1, 3. Baskı, İstanbul 2016, s137; Mahmut Koca/İlhan Üzülmöz, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 3. Baskı, Ankara 2016, s.160; İlhan Üzülmöz, Vücut Dokunulmazlığına Karşı Suçlar, Ankara 2013, s.11 vd; Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem/ R. Murat Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 12. Baskı, Ankara 2015, s.222; Seydi Kaymaz/Hasan Tahsin Gökcan, 5236 Sayılı Türk Ceza Kanununda Taksirle Adam Öldürme ve Yaralama Suçları, Ankara 2006, s.189; Serap Keskin Kızıroğlu, "Kasten Yaralama Suçu", Prof. Dr. Nevzat Toroslu'ya Armağan, C.I, Ankara 2015, s.643 vd.

ma kavramının anlamlandırılmasında belirleyici olan hususun somut olayda mağdurun sağlık durumunun eylemden önceki ve sonraki hali arasındaki fark olduğu anlaşılmaktadır. Oysa yukarıda açıklandığı üzere gürültüye neden olma suçunda, belirli bir mağdur bulunmadığından çoğu olay bakımından bu yönde bir kıyaslama yapmak zaten mümkün değildir. Bu sebeple yaralama suçlarında kullanılan sağlık bozmaya ilişkin tanımın ancak ortalama insanda⁷² gürültünün olası etkilerinin esas alınması halinde incelediğimiz suç tipi açısından işlevsel olabileceği düşünülebilir. Ancak sesin şiddeti azaldıkça gürültünün insan sağlığına etkileri (özellikle insanın psikolojik sağlığına etkisi) artan oranda göreceli hale gelmektedir. Bu sebeple ortalama insanın esas alınmasının sorunu ne derecede çözülebileceği kuşkuludur.

İşaret ettiğimiz güçlük gürültü kabahati ile gürültüye neden olma suçu kapsamında tanımlanan eylem arasındaki farkı saptamak noktasında da belirsizliğe neden olmaktadır. Kısaca açıklamak gerekirse KK'nın 36. maddesinde gürültü başlığı altında kabahat olarak tanımlanan eylem, başkalarının huzur ve sükûnunu bozacak şekilde gürültüye neden olmaktadır.⁷³ Bu eylem ile TCK'nın 183. maddesinde suç haline

⁷² Önemli olanın bilirkişi vasıtasıyla yaratılan gürültünün ortalama insan duyu yetisine göre sağlığa zarar verme potansiyelinin bulunup bulunmadığının belirlenmesi olduğu yönündeki benzer tespit için bkz. Aygörmez Uğurlubay, s.474.

⁷³ Bu noktada KK'nın 36. maddesinde düzenlenen gürültü kabahatiyle ÇK'nın 20. maddesinin (h) bendinde ve 2918 Sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun (KTK) 30. maddesinin (b) bendinde düzenlenen kabahatler arasındaki ilişkiye de değinmek istiyoruz. KTK'da yer alan düzenlemeye göre çevredekileri rahatsız edecek derecede gürültü çıkaran araçları kullanan sürücülere idari para cezası uygulanacaktır. Bu hüküm 21.05.1997 tarihli 4262 sayılı Kanun ile değiştirilerek oluşturulmuştur. ÇK'nın 20. maddesinin (h) bendinde ise aynı kanunun 14. maddesine göre çıkarılan yönetmelikle belirlenen önlemleri almayan veya bu yönetmelikte belirlenen standartlar üzerinde ulaşım araçları, şantiye, fabrika, atölye, işyeri, eğlence yeri veya konutlardan kaynaklanan gürültüye neden olanlar hakkında farklı miktarlarda idari yaptırım uygulanacağı belirtilmektedir. Bu hüküm KK'dan sonra yürürlüğe giren 26.04.2006 tarihli ve 5491 sayılı Kanun ile değiştirilerek oluşturulmuştur. Uygulamada Yargıtay kararlarında sıklıkla yer verilen bir tespite göre üç hüküm arasındaki ilişki şöyle özetlenebilir: Gürültünün sırf başkasının huzur ve sükûnu bozma amacına yönelmemiş olması ön koşuluyla; çevresel gürültünün kaynağı ÇK'nın 14. maddesinde belirtilen "ulaşım araçları, şantiye, fabrika, atölye, işyeri, eğlence yeri, hizmet binaları veya konutlar" ise; gürültünün bir kimsenin sağlığını zarar görmesine elverişli nitelikte olmaması, sadece mağdurun huzur ve sükûnunu bozacak nitelikte olması halinde ÇK'nın 20/h maddesindeki kabahat oluşacaktır. Gürültünün sırf başkasının huzur ve sükûnu bozma amacına yönelmemiş olması ön koşuluyla; çevresel gürültünün kaynağı, ulaşım araçları, şantiye, fabrika, atölye, işyeri, eğlence yeri, hizmet binaları ve konutlar haricinin-

getirilen eylem ile kıyaslandığında kanun koyucunun bir derecelendirmeye gitmeyi amaçladığı görülmektedir.⁷⁴ Kanun koyucu başkala-

deki bir yer ise ve gürültü başka bir kimsenin sağlığının zarar görmesine elverişli olmayacak nitelikte ise KK'nın 36. maddesindeki kabahat oluşacaktır. Son olarak motorlu araç sürücülerinin araçlarının çevredekileri rahatsız edecek derecede gürültü çıkartması halinde ÇK'nın 20/h maddesindeki kabahati oluşturmuyor ise KK'nın 15/1 maddesindeki içtima kuralı gereğince KTK'nın 30/b ve KK'nın 36. maddesindeki idari para cezalarından hangisi daha ağır ise o kabahate göre yaptırım uygulanacaktır. (Bkz. Y.4.CD, T.19.02.2015, E.2015/1619, K.2015/21076; 18.CD, T.01.06.2016, E.2015/13033, K.2016/12044; 18.CD, T.27.04.2016, E.2015/13060, K.2016/8837; www.kazanci.com.tr, (12.06.2016); Kanımızca aktarılan tespit dört noktada isabetli değildir: 1) ÇK'nın 20. maddesinin (h) bendi sonraki özel kanun niteliğinde olduğundan bu hüküm, gürültüyle ilgili kısmıyla sınırlı olarak KTK'nın 30. maddesindeki düzenlemeyi yürürlükten kaldırmıştır. 2) Her ne kadar ÇK'nın 14. maddesinde gürültü yapmayı yasaklayan ve yönetmelikle düzenleme yapılacağını işaret eden hükümde "hizmet binaları" ifadesi yer alsın da kabahati düzenleyen 20. maddede hizmet binaları için idari yaptırım uygulanacağı belirtilmemiştir. Bu sebeple hizmet binalarından kaynaklı gürültüye neden olunması halinde ÇK'nın 20. maddesi uygulanamaz. 3) ÇK'nın 14. maddesinde "Kişilerin huzur ve sükûnunu, beden ve ruh sağlığını bozacak şekilde ilgili yönetmeliklerle belirlenen standartlar üzerinde gürültü ve titreşim oluşturulması yasaktır" denilmiş olsa da 14. maddede gürültünün kişilerin huzur ve sükûnunu, beden ve ruh sağlığını bozacak nitelikte olmasına ilişkin bir koşula yer verilmemiştir. Sadece 14. maddesine göre çıkarılan yönetmelikle belirlenen önlemleri almama veya bu yönetmelikte belirlenen standartlara uymama ile ilgili fiiller kabahat olarak tanımlanmıştır. O halde ÇK'nın 20. maddesinin h bendindeki kabahatin oluşması bakımından gürültünün kişilerin huzur ve sükûnunu, beden ve ruh sağlığını bozacak nitelikte olması gerekmektedir. Çıkarılan yönetmelikle belirlenen önlemleri almama veya bu yönetmelikte belirlenen standartlar üzerinde ulaşım araçları, şantiye, fabrika, atölye, işyeri, eğlence veya konutlardan kaynaklanan gürültüye neden olma, ÇK'nın 20. maddesinin h bendindeki kabahatin oluşması bakımından yeterlidir. Bu durumda KK'nın 36. maddesinde düzenlenen kabahat, gürültünün kişilerin huzur ve sükûnunu bozacak nitelikte olması koşuluyla; sadece ulaşım araçları, şantiye, fabrika, atölye, işyeri, eğlence yeri veya konutlardan kaynaklanmayan gürültüye neden olma halinde oluşabilir. 4) Gürültünün sırf başkasının huzur ve sükûnu bozma amacına yönelmiş olması, ÇK veya KK'daki kabahatin oluşmasına engel olmaz. TCK'nın 123. maddesindeki suçun oluşması halinde faile oluşan kabahatten dolayı ayrıca yaptırım uygulanmasını engeller. Bir bütün olarak değerlendirildiğinde ÇK'nın 20. maddesinin (h) bendinde yer alan düzenleme ile bilinçli ya da bilinçsiz olarak KK'nın 36. maddesinin uygulanma alanının büyük ölçüde daraltıldığı söylenebilir. Kanun koyucunun bu tercihi, karmaşa yaratmakta olup gürültüyü kontrol altına almak bakımından olumlu bir etki yaratmamaktadır. İfade edilen nedenle kanımızca ÇK'nın 20. maddesinin (h) bendi ile KK'nın 36. maddesinin uyum içerecek şekilde yeniden düzenlenmesi acil bir ihtiyaçtır.

⁷⁴ Öğretide ve uygulamada gürültüye neden olma suçu ile gürültü kabahati arasındaki ayrımında, neden olunan gürültünün sadece başkalarının huzur ve sükununu bozacak nitelikte mi yoksa başkalarının sağlığına zarar vermeye elverişli nitelikte mi olduğu dikkate alınarak yapılabileceği konusunda tam bir görüş birliği bulunduğu söylenebilir. Bkz. Parlar/Hatipoğlu, s.309; Çakmut, s.108; Yokuş Sevik, Gü-

rının sağlığına zarar vermeye elverişli olmayan fakat sadece başkalarının huzur ve sükûnunu bozacak nitelikte gürültüye neden olunmasını tamamen yaptırımsız bırakmak istememiş, ancak ceza hukukunun ikincilliği ilkesi çerçevesinde suç haline getirmekten de kaçınarak kabahat olarak düzenlemeyi uygun görmüştür. Öğretide ileri sürülen bir görüşe göre somut olaylarda fail tarafından neden olunan gürültünün başka bir kimsenin sağlığının zarar görmesine elverişli mi yoksa sadece başkalarının huzur ve sükûnunu bozacak nitelikte mi olduğunu ayırt etmek güçtür.⁷⁵

Yapılan eleştiriye katılmaktayız. Bir örnekle somutlaştırmak gerekirse görece düşük bir şiddette olmakla birlikte 30-65dB(A) şiddetindeki sesin uyku düzensizliğine neden olabileceği bilinmektedir.⁷⁶ Uyku düzensizliği ise pek çok sağlık sorunuyla ilişkilendirilen bir sebeptir. Fakat aynı zamanda uyku düzensizliği kişilerin huzurunu bozan bir nedendir. Fısıltılı konuşmanın desibel cinsinden seviyesi 30, fon müziğinin oluşturduğu sesin büyüklüğü ise 60dB(A)'dir.⁷⁷ O halde gece duyulan bu seslerin insan sağlığına zarar vermeye elverişli olduğu, çünkü uyku düzensizliğine neden olabileceği söylenebilecek midir? Yoksa sadece bu gürültülerin kişilerin huzur ve sükûnunu bozacak nitelikte mi olduğu sonucuna varılacaktır. İlk cevabın benimsenmesi halinde TCK'nın 183. maddesinin uygulama alanı ceza hukukunun ikincilliği ilkesiyle bağdaşmaz bir biçimde ve belirsizliği içerecek kadar genişlemektedir. Neredeyse KK'nın 36. maddesi uygulanamaz hale geldiği söylenebilir. İkinci cevabın benimsenmesi halinde ise bu sonuca varmayı gerektiren objektif bir gerekçeye dayanmak mümkün

rültüye Neden Olma Suçu, s.377; Hafızoğulları/Özen, Toplum Karşı Suçlar, s.62; Taneri, s.168; Gerçekler, s.3640; Yaşar/Gökcan/Artuç, s.5621; Cengiz Otacı/İbrahim Keskin, Türk Kabahatler Hukuku, Ankara 2014, s.141; İsmail Malkoç, Açıklamalı Türk Ceza Kanunu, C.3, Ankara 2013, s.2986; Uygulamaya ilişkin örnek teşkil etmek üzere bkz. Y.4.CD, T.19.02.2015, E.2015/1619, K.2015/21076, Y.4.CD, T.19.01.2015, E.2013/30354, K.2015/1453; www.kazanci.com.tr, (12.06.2016)

⁷⁵ Firuz D. Yaşamış, "Çevre Ceza Hukuku'nda Son Gelişmeler: Yeni Türk Ceza Kanunu ve Kabahatler Kanunu", *TBB*, S.58, 2005, s.141, 146.

⁷⁶ Bu veri için bkz. T.C. Çevre ve Şehircilik Bakanlığı Çevre Yönetimi Genel Müdürlüğü Gürültü ve Titreşim Kontrolü Şube Müdürlüğü, <http://gurultu.cevreorman.gov.tr/gurultu/AnaSayfa/gurultu.aspx?sflang=tr>, (19.08. 2016)

⁷⁷ Bu veri için bkz. T.C. Çevre ve Şehircilik Bakanlığı Çevre Yönetimi Genel Müdürlüğü Gürültü ve Titreşim Kontrolü Şube Müdürlüğü, <http://gurultu.cevreorman.gov.tr/gurultu/AnaSayfa/gurultu/gurultudegerleri.aspx?sflang=tr>, (19.08. 2016)

gözükmemektir. İfade edilen sebeplerle incelediğimiz suç tipinin kanunilik ilkesinin belirlilik esasına ve dolayısıyla Anayasa'ya aykırı olduğu görüşündeyiz.⁷⁸

Uygulamada ise “*başka bir kimsenin sağlığının zarar görmesine elverişli*” ifadesinin anlamının ne olduğu ya da gürültünün insan sağlığına olası etkisi hangi dereceye ulaştığında başka bir kimsenin sağlığının zarar görmesine elverişli olarak nitelendirileceği sorularının tartışıldığı bir karar bulunmamaktadır. Mevcut kararlarda yapılan saptamalar; gürültünün başka bir kimsenin sağlığının zarar görmesine elverişli olup olmadığı konusunda karar vermek için tıbbi bir değerlendirme yapılmasına ihtiyaç olduğu, bu sebeple bilirkişi görüşüne başvurulması gerektiği,⁷⁹ ÇGDYY’de gürültünün kaynaklarına göre belirlenen kriter ve göstergeleri aşan her gürültünün insan sağlığını zarara görmesine elverişli olarak nitelendirilemeyeceği,⁸⁰ gürültünün insan sağlığına zarar vermeye elverişli olup olmadığını uzman görüşleri yardımıyla belirlenirken sesin düzeyi, saati, kaynağı ve mesafesi gibi hususların da dikkate alınması gerektiği⁸¹ ve kurusıkı tabancayla atış yapılmasıyla KK’nın 36. maddesinde düzenlenen kabahatin oluşacağı⁸² şeklinde sıralanabilir.

⁷⁸ Aynı yönde TCK’nın 183. maddesinde kullanılan “zarar görmeye elverişlilik” ifadesinin suç ve cezaların kanuniliği ilkesi açısından yeter derecede açık olmadığı tespiti için bkz. Taneri, s.172.

⁷⁹ Konuya ilişkin değerlendirme yapmak için bilirkişiye başvurulması gerektiği tespitini içeren kararlara örnek olarak bkz. Y.18CD, T. 29.09.2015, E.2015/7959, K.2015/5947; Y.4CD, T. 25.09.2012, E.2012/17482, K.2012/18402; Y.4CD, T. 25.09.2012, E.2012/8722, K.2012/18431, www.kazanci.com.tr, (12.06.2016) Yargıtay 4. Ceza Dairesi verdiği iki kararda ise gürültünün insan sağlığına zarar verip vermediğinin tespiti için kulak burun boğaz anabilim dalında kulak uzmanı hekimlerden ve tercihen odyoloji uzmanı hekim ve odyologdan oluşan bilirkişi heyetine başvurulması gerektiğini belirtmiştir. Kanımızca bu karar gürültünün sadece işitme sağlığı açısından risk oluşturabileceği yanlıgısını içerdiğinden isabetsizdir. Bkz. Y.4.CD, T.19.02.2015, E.2015/1619, K.2015/21076; Y.4.CD, T.19.01.2015, E.2013/30354, K.2015/1453; www.kazanci.com.tr, (12.06.2016)

⁸⁰ Y.4.CD, T.19.02.2015, E.2015/1619, K.2015/21076, Y.4.CD, T.19.01.2015, E.2013/30354, K.2015/1453; www.kazanci.com.tr, (12.06.2016); Öğretide Gezgin Kayan’ın aksi görüşte olduğu söylenebilir. Çünkü Gezgin Kayan’a göre gürültüye neden olma suçu somut bir tehlike suçudur ve bu suçta hareketin başka bir kimsenin zarar görmesine elverişli olması halinde beklenen netice somut bir tehlikedir. Gürültü ilgili mevzuatta belirtilen standardın üstünde gerçekleştiği anda netice ile hareket arasında nedensellik bağı kurulmuş olacaktır. Bkz. Gezgin Kayan, s.117.

⁸¹ Y.4.CD, T.19.02.2015, E.2015/1619, K.2015/21076; Y.4.CD, T.19.01.2015, E.2013/30354, K.2015/1453; www.kazanci.com.tr, (12.06.2016)

⁸² Bkz. Y.8.CD, T.18.02.2016, E.2015/15408, K.2016/1782; Y.8.CD, T.18.02.2016,

ee. İlgili Kanunlarda Belirlenen Yükümlülüklerle Aykırılık

(1) Genel Açıklama

TCK 183. maddesinde suçun oluşması bakımından gürültüye neden olma eyleminin “*ilgili kanunlarla belirlenen yükümlülüklerle aykırı olarak*” gerçekleşmesi aranmıştır. Öğretide gürültüye neden olma suçuna ilişkin çalışmalar incelendiğinde bu hususun suçun farklı unsurları içinde ele alındığı görülmektedir. İlk yaklaşım konunun suçun tipe uygunluk unsuru,⁸³ ikinci yaklaşım hukuka aykırılık unsuru⁸⁴ içinde incelenmesidir. Üçüncü yaklaşım konunun hem tipe uygunluk unsuru içerisinde açıklanması hem de hakkın kullanılması hukuka uygunluk nedeni ile ilişkilendirerek hukuka aykırılık unsuru içerisinde yeniden ele alınmasıdır.⁸⁵ Öğretide söz konusu hususun inceleme yerine ilişkin bu farklılığın dayandığı neden ve sonuçları ise açıkça tartışılmamaktadır. Oysa bu konunun suç tipi içinde hukuka aykırılık ya da tipe uygunluk unsuru içinde yer aldığı yönündeki iki farklı tespit, kastın kapsamı ve TCK’nın 30. maddesinde düzenlenen hata bakımından farklı sonuçlara varılmasına neden olacak derecede önemli bir saptamadır. Bu sebeple TCK’nın 183. maddesinde yer verilen “*ilgili kanunlarla belirlenen yükümlülüklerle aykırı olarak*” ifadesinin anlamını incelemeyen önce neden söz konusu hususu tipe uygunluk unsuru içinde ele aldığımızı açıklamak istiyoruz.

Kanımızca kanun koyucu TCK’nın 183. maddesinde “*ilgili kanunlarla belirlenen yükümlülüklerle aykırı olarak*” ifadesine yer vermek suretiyle bu suç tipinde özel olarak hukuka aykırılığa işaret etmiştir. Öğretide suçun kanuni tarifinde özel olarak hukuka aykırılığın belirtildiği hallerde, bu hususun suçun hangi unsuru içinde yer aldığı tartışmalıdır. Kısaca özetlemek gerekirse ileri sürülen bir görüşe göre suçun kanuni tarifinde özel olarak hukuka aykırılığa işaret eden bir ifadeye yer verdiği hallerde bu hususun inceleme yeri tipe uygunluk unsurudur.⁸⁶

E.2016/817, K.2016/1800; Y.8.CD, T.16.11.2015, E.2015/7552, K.2015/124562; Y.8.CD, T.09.11.2015, E.2015/14341, K.2015/24182; Y.8.CD, T.05.11.2015, E.2015/1475, K.2015/24086, www.kazanci.com.tr, (12.06.2016)

⁸³ Bkz. Yokuş Sevük, Gürültüye Neden Olma Suçu, s.373 vd; Aygörmez Uğurlubay, s.475 vd; Taneri, s.172.

⁸⁴ Bkz. Gezgin Kayan, s.117.

⁸⁵ Bkz. Hafizoğulları/Özen, Toplum Karşı Suçlar, s.61 vd; Çakmut, s.107 vd; Yılmaz, s.168.

⁸⁶ Bkz. Akbulut, s.415; Artuk/Gökcan/Yenidünya, s.382.

İkinci görüş ikili bir ayırım yapmaktadır. Bu görüşe göre suç tipinde özel olarak belirtilen hukuka aykırılık; tipe uygunluk unsuru içinde yer alan objektif nitelikteki unsurlardan birini nitelendirmekteyse tipe uygunluk, haksızlığın tümünü değerlendirici bir nitelendirme ise hukuka aykırılık unsuruna dâhildir.⁸⁷ Konuya ilişkin ileri öğretide sürülen diğer görüşlerin ortak özelliği; suç tipinde özel olarak hukuka aykırılığa işaret edildiği hallerde bu hususun tipe uygunluk unsuru içerisinde incelenmesi gerektiğine dair bir tespite yer vermemeleridir. Ancak bu görüşler kapsamında da suçun kanuni tarifinde özel olarak hukuka aykırılığa işaret eden ifadelere yer verilen suçlar ile belirtilen özelliği taşımayan suçlar arasında kast, olası kast veya haksızlık bilinci bakımından farklı sonuçlara ulaşılmaktadır.⁸⁸

Özetlediğimiz tartışma açısından suçun kanuni tarifinde özel olarak hukuka aykırılığın belirtildiği hallerde, bu hususun inceleme yerini kanunda kullanılan ifadenin nitelendirmesine göre ikili bir ayırma tabi tutarak saptayan görüşe katılmaktayız. Bu bağlamda TCK'nın 183. maddesi "İlgili kanunlarla belirlenen yükümlülüklere aykırı olarak" ifadesinin suçun tipe uygunluk unsuru içerisinde incelenmesi gerektiğini savunmaktayız. Çünkü kanımızca kanun koyucu belirtilen ifadeyi haksızlığın tümünü değerlendirici bir niteleme teşkil etmek üzere değil, suçun tipe uygunluk unsuru içinde yer alan objektif nitelikteki unsurlardan gürültüye neden olma eylemini sınırlandırmak için kullan-

⁸⁷ Bkz. Koca/Üzülmez, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.259; Öztürk/Erdem, s.212; Neslihan Göktürk, "Suçun Yasal Tanımında Yer Alan "Hukuka Aykırılık" İfadesinin İcra Ettiği Fonksiyon", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.7, S.1, 2016, s.426 vd.

⁸⁸ Bu bağlamda ileri sürülen bir görüşe göre suç tipinde özel olarak hukuka aykırılığa işaret edildiği hallerde bu husus kastın kapsamındadır, ifade edilen özelliği taşıyan suç tiplerinde failin doğrudan kastla hareket etmesi gerekir, bu suçlar olası kast ile işlenemez. (Bkz. Özgenç, s.293 vd); Diğer görüş ise suç tipinde özel olarak hukuka aykırılığa işaret edildiği hallerde kusurun hukuka aykırılığı da kapsamı gerektiğini belirtir ancak suçun olası kastla işlenip işlemeyeceğine ilişkin bir saptamada bulunmaz. (Bkz. Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.289; Demirbaş, s.268.); Başka bir görüş ise hukuka özel aykırılığın arandığı suçlarda kusurluluğun hukuka aykırılığı kapsadığı varsayımından hareket edilemeyeceği, failin hukuka aykırılığı bildiğinin ayrıca ispat edilmesi gerektiği yönündedir. (Bkz. Centel/Zafer/Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, s.297); Aktarmak istediğimiz son görüşe göre ise hukuka özel aykırılığı içeren suç tipleri bakımından hukuka aykırılık unsuruna yeni bir unsur eklenmemektedir. Ancak bu suçlarda manevi unsurun yani kusurluluğun hukuka aykırılığı kapsamı gerekir. Bkz. Dönmezer/Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku C.II, s.20.

mıştır. Bu sebeple TCK'nın 183. maddesinde yer alan “*ilgili kanunlarla belirlenen yükümlülüklerle aykırı olarak*” ifadesini “*kanunlarda gürültüyle ilgili belirlenen yükümlülüklerle aykırı olarak*” şeklinde anlamak gerektiğini savunmaktayız.⁸⁹

(2) Kanunlarla Gürültüyle İlgili Belirlenen Yükümlülükler

Öğretide TCK'nın 183. maddesinde yer alan “*ilgili kanunlarla belirlenen yükümlülüklerle aykırı olarak*” ifadesinin anlamı tartışmalıdır. Bu bağlamda çoğunluğun “*ilgili kanunlar*” ifadesinin salt şekli anlamda kanunları kapsamadığı görüşünde olduğu söylenebilir. Çünkü gürültüye neden olma suçuna ilişkin yapılan çalışmalarda yaygın bir biçimde ilgili kanun ifadesinin yaşam alanlarında ses yüksekliğini düzenleyen mevzuat,⁹⁰ ÇK ve bu konuda düzenleme yapan ilgili kanunlar ile söz konusu kanunların atf yaptığı yönetmelikler,⁹¹ ÇK ve yönetmelikler dâhil konuya ilişkin düzenleme getiren tüm mevzuat⁹² ve gürültü kontrolüne yönelik her türlü yazılı mevzuat⁹³ şeklinde anlaşılması gerektiği yönünde tespitlerde bulunmaktadır.⁹⁴ Ayrıca TCK'nın 183.

⁸⁹ Bağlantılı açıklamalar için bkz. “Sübjektif Nitelikli Unsur” ve “Kusurluluk” başlıkları altında yapılan açıklamalar

⁹⁰ Bkz. Hafızoğulları/Özen, Toplum Karşı Suçlar, s.62.

⁹¹ Yokuş/Sevük, Gürültüye Neden Olma Suçu, s.373; Gerçeker, s.3640; Yaşar/Gökcan/Artuç, 5620 vd.

⁹² Çakmut, s.107.

⁹³ Aygörmez Uğurlubay, s.475.

⁹⁴ TCK'nın 181. maddesinde düzenlenen çevrenin kasten kirletilmesi suçunda, suçun oluşması bakımından atık ya da artıkların ilgili kanunlarla belirlenen teknik usullere aykırı olarak toprağa, suya veya havaya verilmesi aranmıştır. Bu suç tipi açısından da ilgili kanun ifadesinin anlamı tartışmalıdır. Bir görüşe göre ilgili kanun ifadesi sadece kanunu değil aynı zamanda bir kanuna dayalı olarak çıkarılan idari düzenleyici işlemleri de kapsar. Bkz. Serdar Talas, “Türk Ceza Kanunu’nda Çevrenin Kasten ve Taksirle Kirletilmesi Suçları”, *İÜHFİM*, C.LXXI, S.1, 2013, s.1153; Handan Yokuş Sevük, Çevre Hukuku Doğal Çevrenin Korunması, Ankara 2013, s.302, Aygörmez Uğurlubay, s.403; Diğer görüşe göre ise söz konusu hükümde yer alan ilgili kanun ifadesi şekli kanunu anlatır. İdari düzenleyici işlemlerin de ilgili kanun kapsamında olduğu kabul edilirse idari düzenleyici işlem ile suç ve ceza oluşturulması veya ortadan kaldırılması mümkün hale gelecektir. Ayrıca TCK'nın 181. maddesinin oluşturulma süreci de bu görüşü desteklemektedir. Çünkü maddenin Adalet Alt Komisyonu’nda kabul edilen tasarı metninde yer alan “ilgili mevzuatta belirlenen teknik usullere aykırı olarak” ifadesi Adalet Komisyonu’nda “ilgili kanunlarla belirlenen teknik usullere aykırı olarak” şeklinde değiştirilmiş olup, bu değişikliğin gerekçesi suçta ve cezada kanunilik ilkesine riayet etme amacı vurgulanarak açıklanmıştır. Bkz. Süheyla Alica, “Türkiye’de Çevreye Karşı Suçlar”, Uğur Alacakaptan’a Armağan, C.1, İstanbul 2008, s.63; Ahmet Hulusi Akkaş, Ceza Muhakemesi Bağlamında Yargı Mercileri Kararları-

maddesine yer alan ilgili kanunlar ifadesinin kapsamına ÇGDYY'nin girdiği hususuna özellikle dikkat çekildiği⁹⁵ görülmektedir.

Azınlıktaki görüşe göre her ne kadar TCK'nın 183. maddesinde ilgili kanunlarla belirlenen yükümlülüklerle aykırılıktan söz edilmiş olsa da hukukumuzda hiçbir kanunda hangi ses düzeyinin gürültü sayılacağına ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu sebeple ilgili kanunlarla belirlenen yükümlülüklerin ihlal edilip edilmediğini ÇGDYY'yi esas alarak saptamak, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 7, Anayasa'nın 38 ve TCK'nın 2. maddelerinde yer alan kanunilik ilkesine aykırıdır.⁹⁶

Konuya ilişkin uygulamanın yaklaşımı ise üç husus dikkate alınarak açıklanabilir. Bunlardan *ilki*, TCK'nın 183. maddesinin incelendiği ulaşılabilir kararlarda kanunilik ilkesine ilişkin bir tartışma yapılmamasıdır. Kanımızca bu husus uygulamada yukarıda aktarılan, öğretide ileri sürülen azınlıktaki görüşün şimdilik benimsenmediğini ortaya koymaktadır. İkincisi, ulaşılabilir kararlarda TCK'nın 183. maddesinde yer alan ilgili kanunlarla belirlenen yükümlülük ifadesinin "2872 sayılı Çevre Kanunu'nun "çevreyi kirletmeme" ilkesi gereğince çerçeve olarak benimsediği düzenlemeye dayanılarak oluşturulan yönetmeliklerde açıklanan "çevresel gürültüye neden olmama" yükümlüğünü ifade ettiği" tespitine yer verilmesidir.⁹⁷ Aktarılan tespit, karşıt kavram yoluyla yorumlandığında uygulamada ÇK'ya dayanan - dayanmayan yönetmelik ayrımı yapıldığı şeklinde bir değerlendirmeye varılmasına elverişlidir. Bu yorumdan hareketle TCK'nın 183. maddesindeki "ilgili kanunlarla belirlenen yükümlülük" ifadesinin öğretide çoğunluk tarafından sa-

nın Birbirleri Üzerindeki Etkisi, Ankara 2016, s.39 vd; TCK'nın 181. maddesinde açıkça "ilgili kanunlarla" ifadesinin yer aldığı, bu sebeple idari düzenleyici işlemlerin getirdiği teknik usullere aykırı davranışların çevrenin kasten kirletilmesi suçu bakımından hukuka aykırılığı oluşturmayacağı yönündeki tespit için bkz. Hafızoğulları/Özen, Toplum Karşı Suçlar, s.55; Uygulamada TCK'nın 181. maddesi bakımından yönetmelik hükümlerine atfen suçun oluşup oluşmadığına karar verildiği, bu durumun kanunilik ilkesiyle bağdaşmadığı görüş ve tespiti için bkz. Taneri, s.20.

⁹⁵ Bkz. Yaşar/Gökcan/Artuç, 5621;Yılmaz, s.168 vd; Yokuş Sevük, Gürültüye Neden Olma Suçu, s.374; Aygörmez Uğurlubay, s.475; Gezgin Kayan, s.117.

⁹⁶ Otacı/Keskin, s.142.

⁹⁷ Bkz. Y.4.CD, T.19.02.2015, E.2015/1619, K.2015/21076, Y.4.CD, T.19.01.2015, E.2013/30354, K.2015/ 1453; Y.18.CD, T.01.06.2016, E.2015/13033, K.2016/12044; Y.18.CD, T.27.04.2016, E.2015/13060, K.2016/8837; www.kazanci.com.tr, (12.06.2016)

vunulan görüşten daha dar anlamlandırıldığını gösterdiği söylenebilir. Üçüncü husus, TCK'nın 183. maddesine ilişkin ulaşılabilir tüm kararlarda ÇGDYY dışında başka hiçbir yönetmeliğe değinilmemiş olmasıdır.⁹⁸ Bu üç husus bir arada değerlendirildiğinde uygulamanın yaklaşımı, kararlarda açıkça ifade edilmese de TCK'nın 183. maddesi bakımından fail tarafından ihlal edilen yükümlülüklerin kaynağının salt ÇGDYY olarak görüldüğü saptamasıyla özetlenebilir.

Aktardığımız tartışmaya ilişkin görüşümüzü açıklamadan önce hukukumuzda gürültüyü kontrol altına almaya yönelik olarak yükümlülük öngören hüküm içeren düzenlemelere ilişkin genel bir tablo oluşturmanın yararlı olabileceğini düşünmekteyiz. Bu bağlamda mevzuat taraması yoluyla ulaştığımız sonuçlar kısaca şöyle özetlenebilir:

- Yürürlükte bulunan on iki kanunda⁹⁹ gürültü ifadesine yer verildiği görülmektedir. Ancak bu kanunların hiçbirinde gürültünün kontrol altına alınmasını sağlamaya yönelik olarak açıkça içeriği ve sınırları tespit edilmiş, somut yükümlülükler öngörülmemiştir. Söz konusu kanun hükümlerinin bir kısmı topluma yönelik olarak gürültü yapılmasını yasaklayan genel düzenlemelerdir. Örneğin ÇK'nın 14. maddesinde yer alan "*Kişilerin huzur ve sükûnunu, beden ve ruh sağlığını bozacak şekilde ilgili yönetmeliklerle belirlenen standartlar üzerinde gürültü ve titreşim oluşturulması yasaktır. Ulaşım araçları, şantiye, fabrika, atölye, işyeri, eğlence yeri, hizmet binaları ve konutlardan kaynaklanan gürültü ve titreşimin yönetmeliklerle belirlenen standartlara indirilmesi için faaliyet sahipleri tarafından gerekli tedbirler alınır.*" hükmü ile bir yasak öngörülmüş, yasağın içeriğinin tespiti ilgili yönetmeliklere bırakılmıştır. Kanunlarda yer alan düzenlemelerin bir kısmı belirli makamlara standart belirleme görevi vermektedir. Örneğin Sivil Havacılık Genel Müdürlüğü Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'un 8. maddesinde Uçuşa Elverişlilik Daire Başkanlığı'nın görevleri arasında gürültü

⁹⁸ Bkz. Y.4.CD, T.19.02.2015, E.2015/1619, K.2015/21076, Y.4.CD, T.19.01.2015, E.2013/30354, K.2015/ 1453; Y.18.CD, T.01.06.2016, E.2015/13033, K.2016/12044 Y.18.CD, T.27.04.2016, E.2015/13060, K.2016/8837; www.kazanci.com.tr, (12.06.2016)

⁹⁹ TCK, Askeri Ceza Kanunu, Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun, Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu, Çarşı ve Mahalle Bekçileri Kanunu, İmar Kanunu, Karayolları Trafik Kanunu, Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanun, Sivil Havacılık Genel Müdürlüğü Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun, Türk Medeni Kanunu, KK ve ÇK.

standartlarını belirlemek görevi yer almaktadır. Kanunlarda yer alan düzenlemelerin bir kısmı ise belirli makamlara gürültünün sona erdirilmesini sağlama ve/veya yaptırım uygulama görevleri yüklemektedir. Bu kapsamda Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu'nun 14. maddesinde örnek gösterilebilir.

- Hukukumuzda gürültüyle ilgili yükümlülük oluşturan hüküm içeren çok sayıda yönetmelik bulunmaktadır. Bu yönetmeliklerin bir kısmında gürültüye ilişkin standart belirleyen düzenlemeler mevcuttur. Örneğin Açık Alanda Kullanılan Teçhizat Tarafından Oluşturulan Çevredeki Gürültü Emisyonu İle İlgili Yönetmelik, Çalışanların Gürültü İle İlgili Risklerden Korunmalarına Dair Yönetmelik, Motorlu Araçların Dış Gürültü Emisyonları ve Egzoz Sistemleri İle İlgili Tip Onayı Yönetmeliği (70/157/AT), Gemi Adamlarının İkamet Yerleri, Sağlık ve İaşelerine Dair Yönetmelik, Gezi Tekneleri Yönetmeliği, Hava Aracı ve İlgili Ürün, Parça ve Cihazın Uçuşa Elverişlilik ve Çevresel Sertifikasyonu Yönetmeliği (SHY-21), Heliport Yapım ve İşletim Yönetmeliği (SHY-14B), İki veya Üç Tekerlekli Motorlu Araçların Bazı Aksam ve Özellikleri ile İlgili Tip Onayı Yönetmeliği (97/24/AT), Lastiklerin Yakıt Verimliliği ve Diğer Esas Parametreler Gözetilerek Etiketlenmesi Hakkında Yönetmelik (1222/2009/AT), İnsan Taşımak Üzere Tasarımlanan Kablolü Taşıma Tesisatı Yönetmeliği (2000/9/At), Maden İşyerlerinde İş Sağlığı ve Güvenliği Yönetmeliği, Makina Emniyeti Yönetmeliği, Atık Yönetimi Yönetmeliği ve ÇGDYY bu kapsamdadır.

- ÇK'ya dayalı olarak oluşturulan ve çevresel gürültüye kontrol altına almayı sağlamak üzere yükümlükler içeren yönetmelikler; Atık Pil ve Akümülatörlerin Kontrolü Yönetmeliği, Atık Yağların Kontrolü Yönetmeliği, Hafriyat Toprağı, İnşaat ve Yıkıntı Atıklarının Kontrolü Yönetmeliği, Hayvanların Korunmasına Dair Uygulama Yönetmeliği, Ömrünü Tamamlamış Lastiklerin Kontrolü Yönetmeliği, Atık Yönetimi Yönetmeliği, Atıkların Düzenli Depolanmasına Dair Yönetmelik, Atıkların Yakılmasına İlişkin Yönetmelik, Maden Atıkları Yönetmeliği, Ömrünü Tamamlamış Araçların Kontrolü Hakkında Yönetmelik ve ÇGDYY şeklinde sıralanabilir. Yukarıda belirtilen diğer yönetmelikler ise ÇK'ya dayalı olarak oluşturulmamıştır. Örneğin Çalışanların Gürültü İle İlgili Risklerden Korunmalarına Dair Yönetmelik ÇK'ya dayalı olarak değil, 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu ve 3146 sayılı Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'a dayalı olarak çıkarılmıştır.

- Gerek ÇK'ya gerekse diğer kanunlara dayalı olarak oluşturulmuş gürültüyü kontrol altına almaya yönelik hüküm içeren yönetmelikler incelendiğinde sıklıkla atıf hükümlerine yer verildiği görülmektedir. Bu bağlamda örneğin Atık Pil ve Akümülatörlerin Kontrolü Yönetmeliği ile Hafriyat Toprağı, İnşaat ve Yıkıntı Atıklarının Kontrolü Yönetmeliği'nde ÇGDYY'e¹⁰⁰; ÇGDYY'de ise Açık Alanda Kullanılan Teçhizat Tarafından Oluşturulan Çevredeki Gürültü Emisyonu ile İlgili Yönetmelik (2000/14/AT), Çevre Kanununca Alınması Gereken İzin ve Lisanslar Hakkında Yönetmeliği, İki veya Üç Tekerlekli Motorlu Araçların Bazı Aksam ve Özellikleri ile İlgili Tip Onayı Yönetmeliği (97/24/AT), Karayolları Trafik Yönetmeliği, Makina Emniyeti Yönetmeliğinde (2006/42/AT), Motorlu Araçların Dış Gürültü Emisyonları ve Egzoz Sistemleri ile İlgili Tip Onayı Yönetmeliği, Motorlu Araçların Sesli İkaz Cihazları ve Bunların Takılması ile İlgili Tip Onayı Yönetmeliği, Tekerlekli Tarım veya Orman Traktörlerinin Bazı Parçaları ve Özellikleri ile İlgili Tip Onayı Yönetmeliği (74/151/AT) atıf yapan düzenlemeler bulunmaktadır.

- Yürürlükteki yönetmelik hükümlerinin bir kısmının gürültünün kontrol altına alınmasında standart oluşturacak bazı esasların bakanlık veya müsteşarlıklar ya da çeşitli kurumlar tarafından yapılacak düzenlemelerle belirleneceği yönünde göndermeler içerdiği görülmektedir. Örneğin ÇGDYY'nin 12. maddesinde "*Deniz, göl veya başka su yollarında kullanılan araçların dış gürültü seviyeleri ile yolcu ve su yolu aracı çalışanlarının kulak sağlığı ve konforu açısından iç gürültü ile araç içi titreşim seviyelerine ilişkin düzenlemeleri 10.8.1993 tarihli ve 491 sayılı Denizcilik Müsteşarlığının Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname hükümleri uyarınca Denizcilik Müsteşarlığı yapar*", hükmü yer almaktadır.

¹⁰⁰ Atık Pil ve Akümülatörlerin Kontrolü Yönetmeliği ile Hafriyat Toprağı, İnşaat ve Yıkıntı Atıklarının Kontrolü Yönetmeliği 11.12.1986 tarihli 19308 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Gürültü Kontrol Yönetmeliği'ne atıf yapmaktadır. Ancak söz konusu yönetmelik 01.05.2005 tarihli 25862 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Çevresel Gürültünün Değerlendirilmesi ve Yönetimi Yönetmeliği ile bu yönetmelik ise 07.03.2008 tarihli ve 26809 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Çevresel Gürültünün Değerlendirilmesi ve Yönetimi Yönetmeliği (2002/49/EC) ile yürürlükten kaldırılmıştır. Belirtilen yönetmelik ise şu an yürürlükte bulunan 04.06.2010 tarihli 27601 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan ÇGDYY ile yürürlükte kaldırılmıştır. Bu sebeple Atık Pil ve Akümülatörlerin Kontrolü Yönetmeliği ile Hafriyat Toprağı, İnşaat ve Yıkıntı Atıklarının Kontrolü Yönetmeliği'nde yapılan atıfların yürürlükte bulunan ÇGDYY'e ilişkin olduğu söylenebilir.

- Son olarak bazı yönetmeliklerde gürültünün azaltılması için gerekli tedbirlerin alınacağına ilişkin genel ifadelere yer verildiği görülmektedir. Örneğin Atıkların Yakılmasına İlişkin Yönetmelik'te, "Yakma veya beraber yakma tesisinin işleticisi, özellikle havanın, toprağın, yüzey ve yeraltı sularının kirlenmesi ile koku ve gürültü gibi çevre üzerindeki olası olumsuz etkileri ve insan sağlığı açısından doğrudan risk oluşturan kirlilik kaynaklarını önlemek veya azaltmak zorundadır.", Balıkçı Gemilerinde Yapılan Çalışmalarda Sağlık ve Güvenlik Önlemleri Hakkında Yönetmelik'te ise, "Geminin büyüklüğü dikkate alınarak, çalışma yerlerindeki ve yaşam bölümlerindeki gürültü düzeyini en aza indirmek için gerekli teknik önlemler alınır." hükmü yer almaktadır.

Sıraladığımız hususları gürültüye neden olma suçuyla bağlantılı olarak değerlendirdiğimizde TCK'nın 183. maddesinde yer alan "ilgili kanunlarla belirlenen yükümlülükler" ifadesine ilişkin ulaştığımız sonuçlar şöyle sıralanabilir:

1) Hukukumuzda gürültünün kontrol altına alınmasını sağlamaya yönelik olarak somut yükümlülükler belirleyen (şekli anlamda) kanun bulunmamaktadır. Bu sebeple konuya ilişkin yükümlülük içeren bir kanun yürürlüğe girinceye kadar TCK'nın 183. maddesinde düzenlenen suçun oluşmasının mümkün olmadığı kanaatindeyiz.¹⁰¹

2) Kanımızca TCK'nın 183. maddesinde kullanılan "ilgili kanunlar" ifadesi, gerek ÇK gerekse diğer kanunlara dayalı olarak oluşturulan ya da atıf yapılan yönetmelikler şeklinde yorumlanamaz. Çünkü öncelikle TCK'nın 183. maddesinde "kanunlar" terimine yer verilmiş olup, yönetmelik ya da mevzuattan söz edilmemiştir.¹⁰² Gürültüyle

¹⁰¹ Uygulama ve öğretide hâkim görüş aksi yönde olduğundan diğer başlıklar altında yer verilen açıklamalar, aksi belirtilmediği sürece TCK'nın 183. maddesindeki ilgili kanun ifadesinin gürültüye ilişkin yazılı mevzuat şeklinde anlamlandırılması suretiyle yapılacaktır.

¹⁰² Örneğin Alman kanun koyucunun bu noktada tercihi farklıdır. Çünkü Alman Ceza Kanunu'nun 325a maddesinde ilgili kanunda belirlenen yükümlülükler aykırı davranılması değil, açıkça idare hukukundan doğan yükümlülüklerin ihlal edilmesi unsuru aranmıştır. Aynı atfa Alman Ceza Kanunu'nun 324a, 325 ve 326. maddelerinde de yer verilmiş olup, Alman Ceza Kanunu'nun 330d maddesinde "idare hukukundan doğan yükümlülük" ifadesinin anlamı açıklanmıştır. Bu düzenlemeye göre söz konusu ifade, çevreyi, özellikle insanları, hayvanları veya bitkileri, suları, havayı ya da toprağı tehlikelere karşı korumaya yarayan; bir mevzuat hükmünden, bir mahkeme kararından, icra edilebilir nitelikteki bir idari işlemden, yerine getirilebilir bir hukuki yükümlülükten ya da kamu hukuku sözleşmesinden doğan yükümlülüğü anlatır. Aktarılan düzenlemede yer alan mevzuat ifadesinin sadece şekli anlamda kanunu değil maddi anlamda kanunu da anlattığı

ilgili yükümlülüklerin hepsinin şekli anlamda kanunla düzenlenmesinin fiilen mümkün olup olmadığı, olması gereken hukuk açısından yapılması gereken başka bir tartışmanın konusudur. Bu tartışmada gürültüyle ilgili yükümlülüklerin tümünün şekli anlamda kanunla düzenlenmesinin mümkün olmadığı sonucuna varılması, mevcut yasal düzenlemeden hareketle kanunilik ilkesi gereği ulaştığımız sonucu göz ardı etmemizi haklı kılmamaktadır.

3) TCK'nın 183. maddesinde yer alan ilgili kanun ifadesinin maddi anlamda kanunu anlatmak için kullanıldığı, genel, soyut, belli bir kişiyi hedef tutmayan idari düzenleyici işlemlerin de maddi anlamda kanun vasfı taşıdığı, bu sebeple de yönetmeliklerin TCK'nın 183. maddesinde yer alan ilgili kanun ifadesinin kapsamında olduğu düşünülebilir. Ancak bu yorum, kanunilik ilkesinin alt unsuru olan idari düzenleyici işlemle suç yaratma yasağının dolanılmasını içerir. Çünkü TCK'nın 183. maddesinde yer alan ilgili kanun ifadesinin yönetmelikleri de kapsadığı kabul edilirse TCK'nın 183. maddesinin beyaz (açık) norm olduğunu söylemek gerekecektir.¹⁰³ Beyaz (açık) norm, suç teşkil eden fiilin açıkça kanunda tanımlanmadığı, kanunda yaptırımı belirtilen fiilin içeriğini tayin etme yetkisinin idareye bırakıldığı kanun hükümlerini anlatmak için kullanılan bir nitelendirmedir. Öğretide aksi görüş bulunmakla birlikte¹⁰⁴ katıldığımız çoğunluktaki görüşe göre¹⁰⁵

ve fakat belirlilik ilkesi gereği program (somut bir yükümlülük oluşturmayan) hükümlerin bu kapsamda değerlendirilemeyeceği saptaması yapılmaktadır. Bkz. Fischer, §330d, Rn.6; Heine, §330d, Rn.13.

¹⁰³ Öğretide Talas ifade ettiğimiz sonucun aksini çevrenin kirletilmesi suçları bakımından savunmaktadır. Çünkü Talas TCK'nın 181. maddesinde ilgili kanunlarda belirtilen yükümlülükler atıf yapılmış olmasından hareketle her ne kadar hüküm beyaz hüküm olduğu eleştirisinin yapılabileceğine dikkat çekse de suç teşkil eden fiil ve yaptırım kanunda açıkça düzenlendiğinden TCK'nın 181. maddesinin beyaz hüküm vasfı taşımadığı sonucuna ulaşmaktadır. Bkz. Talas, s.1153.

¹⁰⁴ Bkz. Dönmezer/Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku C.I, s.148 vd; Soyaslan, s.94; Hafizoğulları/Özen, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.20 vd, 67 vd; Ezgi Aygün Eşitli, "Suçların ve Cezaların Kanuniliği İlkesi", *TBB D*, S.104, 2013, s.235.

¹⁰⁵ Bkz. Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.78 vd; Öztürk/Erdem, s.42 vd; Koca/Üzülmez, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.67 vd; Özgenç, s.109 vd; Artuk/Gökcan/Yeni Dünya, s.105 vd; Centel/Zafer/Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, s.61; Akbulut, s.79 vd; Ayşe Nuhoğlu, "Kanunilik İlkesi Işığında 554 Sayılı Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname", Prof.Dr. Ergun Önen' e Armağan, İstanbul 2003, s.682 vd; Yener Ünver, "Türk Yargı Kararlarının Kanunilik İlkesi ve Sonuçları Açısından Değerlendirmesi", *Gesetzlichkeitsprinzip im Strafrecht (Ceza Hukukunda Kanunilik İlkesi)*, C.3, Ankara 2014, s.21; Mehmet Emin Artuk, "Kanunilik İlkesi ve Tarihçesi", *Gesetzlichkeitsprinzip im Strafrecht (Ceza Hukukunda Kanunilik İlkesi)*, C.3, Ankara 2014, s.52 vd.

kanun koyucunun bir suç tipini beyaz norm oluşturarak düzenlemesi halinde hüküm kanunilik ilkesiyle çelişir.

3) Bir suç tipinin beyaz norm oluşturularak düzenlenmesinin kanunilik ilkesine aykırı olmadığı yönündeki görüşün¹⁰⁶ kabulü halinde de incelediğimiz düzenleme kanunilik ilkesinin belirlilik esasıyla çelişmektedir. Çünkü mevzuatta yer alan gürültünün kontrolüne yö-

¹⁰⁶ Anayasa Mahkemesi'nin kanun koyucunun bir suç tipini beyaz norm oluşturarak düzenlemesi halinde salt bu nedenle hükmün kanunilik ilkesine aykırı olduğu yönünde genel geçer bir sonucuna ulaşmadığı, konuyu kanunilik ilkesinin belirlilik esasını çerçevesinde değerlendirdiği söylenebilir. Örneğin Anayasa Mahkemesi bir kararında "Öğretide suçun yasa da tanımlanmış ve karşılığında bir cezanın gösterilmiş olması, yasayla saptama olarak kabul edilmektedir. Suç sayılan eylem ve cezası yasa da açıkça gösterildikten sonra yasama organının uzmanlık ve yönetim tekniğine ilişkin konularda alınacak önlemlerin duyulan gereksinmelere uygunluğunu sağlamak amacıyla yürütme organına kimi kararlar almak üzere yetki vermesi idari kararlarla suç ihdası anlamına gelmez. 213 sayılı Yasa'nın 353. maddesi ile özel usulsüzlüklerin hangi eylemlerden oluştuğu ve karşılığında ne tür bir ceza verileceği açık bir şekilde ortaya konulmaktadır. İtiraz konusu kuralın yer aldığı 353. maddenin 2. fıkrasında sayılan ve düzenlenmemeleri özel usulsüzlük cezasını gerektiren belgelerin neler olduğu ve taşınması gereken bilgilerin içeriği anılan Yasa'nın 227 ila 242. maddelerinde ayrıntılı biçimde sayılmıştır. Bu fıkra da sayılan belgelerin niteliği ve amacı gözetildiğinde; vergi kayıp ve kaçırma önlemek amacıyla Maliye Bakanlığına verilen, sayılan belgelere ilaveten belge düzenlenmesini belirleme yetkisinin, günlük olayların izlenmesine, teknik ya da ayrıntıya ilişkin konuların düzenlenmesine yönelik önlem niteliğinde olduğunun kabulü gerektiğinden Anayasanın 38. maddesine aykırılık görülmemiştir." tespitinde bulunmuştur. (Karar için bkz. AM. T.03.02.2011, E.2009/5, K.2011/31. Başka bir kararda ise "Anayasa'nın 38. maddesinin ilk fıkrasında, "Kimse, ... kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz" denilerek "suçun yasallığı", üçüncü fıkrasında da "ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur" denilerek, "cezanın yasallığı" ilkesi getirilmiştir. Anayasa'da öngörülen suçta ve cezada yasallık ilkesi, insan hak ve özgürlüklerini esas alan bir anlayışın öne çıktığı günümüzde, ceza hukukunun da temel ilkelerinden birini oluşturmaktadır. Anayasa'nın 38. maddesine paralel olarak Türk Ceza Kanunu'nun 2. maddesinde yer alan "suçta ve cezada kanunilik" ilkesi uyarınca, hangi eylemlerin yasaklandığı ve bu yasak eylemlere verilecek cezaların hiçbir kuşkuya yer bırakmayacak biçimde yasa da gösterilmesi, kuralın açık, anlaşılır ve sınırlarının belli olması gerekmektedir. Kişilerin yasak eylemleri önceden bilmeleri düşüncesine dayanan bu ilkeyle temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınması amaçlanmaktadır. 297. maddenin (1) numaralı fıkrasında suç konu olabilecek eşyaların nitelikleri tek tek sayılmış olmasına karşın, itiraz konusu kuralda böyle bir nitelik belirlemesi yapılmadan, sınırsız, belirsiz ve geniş bir alanda idare içinde yer alan yetkili makama suç konu olabilecek eşyaları belirleme yetkisi tanınmıştır. Buna göre kuralda, idare içinde yer alan yetkili makama suç konu olabilecek eşyaları belirlerken hangi nitelikleri esas alacağı hususuna açık ve belirgin olarak yer verilmediğinden dolayı kural, belirli ve öngörülebilir olmadığı gibi suçun yasallığı ilkesine de uygun değildir." tespitinde bulunmuştur. Karar için bkz. AM. T.07.07.2011, E.2010/69, K.2011/116; Ayrıca bkz. AM. T.11.04.2012, E.2011/18, K.2012/53, www.kazanci.com.tr, (12.06.2016)

nelik düzenlemeler, belirsizliği içerecek kadar dağınık ve karmaşıktır. Yukarıda açıklandığı üzere öncelikle yönetmelikler konuyu tamamen düzenlememektedir. Aksine bazı yönetmeliklerde gürültünün kontrol altına alınmasında standart oluşturacak birtakım esasları düzenleme görevi açıkça bakanlık veya müsteşarlıklara ya da çeşitli kurumlara bırakılmıştır. Ayrıca gürültüyle ilgili yönetmeliklerde kısa aralıklarla değişik yapıldığı görülmektedir ki bu durum mevcut karmaşayı artırmaktadır.¹⁰⁷ Hal böyleyken hukukçular için bile gürültüyü kontrol altına almaya yönelik olarak yükümlülük oluşturan mevzuatı eksiksiz bir biçimde tespit etmenin zor olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

4) Bir an için aksi kabul edilirse kanımızca uygulama sıklıkla yer verilen “ ilgili kanunlarla belirlenen yükümlülük ifadesinin 2872 sayılı Çevre Kanunu’nun “çevreyi kirletmeme” ilkesi gereğince çerçeve olarak benimsediği düzenlemeye dayanılarak oluşturulan yönetmeliklerde açıklanan “çevresel gürültüye neden olmama” yükümlüğünü ifade ettiği” yönündeki tespit isabetli değildir. Çünkü bu tespit yukarıda belirtildiği üzere ÇK’ya dayanan-dayanmayan yönetmelik ayrımını içerdiği şeklinde yorumlanmaya elverişlidir. Söz konusu kararlarda kastedilen bu ise aktarılan tespit öncelikle TCK’nın 183. maddesinde yer verilen düzenleme biçimiyle uyumsuzdur. Zira TCK’nın 183. maddesinde ÇK ya da kanun ifadesine yer verilmemiş, çoğul olan kanunlar ifadesine yer verilmiştir. Kaldı ki ÇK’ya değil de diğer kanunlara dayalı olarak oluşturulan ve çevresel gürültüyü kontrol altına almaya yönelik yükümlülükler belirleyen yönetmelik hükümlerini ÇK’ya dayalı olarak çıkarılan çevresel gürültüyü kontrol altına almaya yönelik yönetmelik hükümlerinden ayırt etmeyi haklı kılan bir unsur, TCK’nın 183. maddesinde bulunmamaktadır.

2. Sübjektif Nitelikteki Unsur

Gürültüye neden olma suçu sadece kasten işlenebilir.¹⁰⁸ Çünkü bu suç tipinin taksirle işlenebileceği konusunda TCK’nın 183. maddesin-

¹⁰⁷ Örnek olarak bkz. 100 nolu dipnot.

¹⁰⁸ Bkz. Parlar/Hatipoğlu, s.311; Çakmut, s.114; Yokuş Sevik, Gürültüye Neden Olma Suçu, s.375; Hafızoğulları/Özen, Topluma Karşı Suçlar, s.63; Taneri, s.173; Gerçeker, s.3641; Yaşar/Gökcan/Artuç, s.5623; Aygörmez Uğurlubay, s.476; Gezgin Kayan, s.117 vd; Yılmaz, s.170.

de özel bir düzenleme bulunmamaktadır.¹⁰⁹ Öğretide olması gereken hukuk açısından ileri sürülen bir görüşe göre gürültüye neden olma suçunun taksirli halinin de tipikleştirilmesi yerinde olacaktır.¹¹⁰ Bu görüşe ceza hukukunun ikincilliği ilkesini gerekçe göstererek katılmaktayız. Çünkü hukukumuzda başkalarının sağlığına zarar vermeye elverişli nitelikte gürültüye taksirle neden olunmasının yaptırımı zaten bulunmaktadır. Açıklamak gerekirse yukarıda belirttiğimiz üzere KK'nın 36. maddesinde ve ÇK'nın 20. maddesinin (h) bendinde gürültü kabahatleri düzenlenmiştir. KK'nın 9. maddesi dikkate alındığında bu kabahatlerin taksirle de işlenebileceği anlaşılmaktadır. Bu durum dikkate alındığında taksirle gürültüye neden olma fiili bakımından suç yaratmak yoluyla sosyal düzen açısından müdahaleyi gerektiren ağır bir ihtiyaç bulunmamaktadır. Asıl ihtiyaç, KK'nın 36., ÇK'nın 20. maddesinin (h) bendinde düzenlenen kabahatler ve TCK'nın 183. maddesi arasındaki belirsizliğin giderilmesidir.¹¹¹ Bu yapılmadan gürültüye neden olma suçunun taksirli halinin de tipikleştirilmesi mevcut karmaşayı artıracaktır.

Gürültüye neden olma suçu bakımından kastın kapsamı açısından iki hususa özellikle dikkat çekmek istiyoruz. Hatırlatmak gerekirse gürültünün başka bir kimsenin sağlığına zarar vermeye elverişli olmasının objektif cezalandırma şartı olmadığını, suçun tipe uygunluk unsuru içinde değerlendirilmesi gerektiğini düşündüğümüzü yukarıda belirtmiştik. Savunduğumuz bu tespitin bağlantılı bir sonucu; failin kastının gürültünün başka kimselerin sağlığına zarar vermeye elverişli olması hususunu da kapsamı gerektiğidir.¹¹² Bu sebeple fail

¹⁰⁹ Alman Ceza Kanunu'nda ise farklı bir tercih söz konusudur. Çünkü Alman Ceza Kanunu'nun 325a maddesinin 3. fıkrasında 1 ve 2. fıkralarda düzenlenen fiillerin taksirle gerçekleştirilmesi halinde failin cezalandırılacağına ilişkin özel bir düzenleme yer almaktadır.

¹¹⁰ Aygörmez Uğurlubay, s.470.

¹¹¹ Bkz. 73 nolu dipnot.

¹¹² Öğretide ileri sürülen bir görüşe göre gürültünün başka kimselerin sağlığına zarar vermeye elverişli olması objektif cezalandırma şartıdır. (Bkz. Gezin Kayan, s.115); Bu görüşü kabulü halinde yaptığımız tespitin aksini savunmak mümkündür. Çünkü objektif cezalandırma şartları suçun unsurları dışında yer almakta ve kastın kapsamında bulunmamaktadır. Objektif cezalandırma şartlarının kastın kapsamında olmadığına ilişkin bkz. Dönmezer/Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku C.I, s.321; Demirbaş, s.207 vd; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.468; Öztürk/Erdem, s.157; Centel/Zafer/Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, s.212; Özgenc, s.648; Koca/Üzülmez, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.359; Artuk/

neden olduğu gürültünün başkalarının sağlığına zarar vermeye elverişli olduğunu bilmiyorsa incelediğimiz suç oluşmaz. Yine yukarıda gürültüye neden olma suçu açısından ilgili kanunlarda belirlenen yükümlülüklerle aykırılığın suçun hukuka aykırılık unsuru içinde değil tipe uygunluk unsuru içinde ele alınması gerektiğini düşündüğümüzü açıklamıştık. Bu tespitin kastın kapsamıyla bağlantılı sonucu; failin ilgili kanunlarla belirlenen yükümlülüklerle aykırı davranmak noktasında kastının bulunması gerektiğidir. Bir diğer ifadeyle fail kasten gürültüye neden olma eylemini gerçekleştirmiş olmakla birlikte bu eylemin ilgili kanunlarla belirlenen yükümlülüklerle aykırı olduğunu bilmiyorsa incelediğimiz suç oluşmayacaktır.¹¹³

Öte yandan kanunda gürültüye neden olma suçu tanımlanırken failin saikine ilişkin özelleştirici bir unsura yer verilmemiştir. Bu sebeple gürültüye neden olma suçunun oluşması bakımından tipe uygun davranışı gerçekleştiren failin kasten hareket etmesi yeterli olup, failin amacı önem taşımamaktadır.¹¹⁴ İfade edilen husus, kişilerin huzur ve sükûnunu bozma suçuyla gürültüye neden olma suçu arasındaki farklardan birini teşkil etmektedir. Çünkü TCK'nın 123. maddesinde kişilerin huzur ve sükûnunu bozma suçunun oluşması için failin mağdurun sırf huzur ve sükûnunu bozmak maksadıyla hareket etmesi aranmıştır.¹¹⁵

Son olarak gürültüye neden olma suçunun olası kastla işlenmesinin mümkün olduğuna dikkat çekmek gerekir.¹¹⁶ Fail, ilgili kanunlarla belirlenen yükümlülüklerle aykırı olarak yaptığı hareketle başka bir kimsenin sağlığının zarar görmesine elverişli şekilde gürültüye neden

Gökcan/Yenidünya, s.573; Akbulut, s.206.

¹¹³ Failin ilgili kanunlarla belirlenen yükümlülüklerle aykırı hareket ettiğini bilmesi ya da öngörmesi gerektiği yönündeki görüş için bkz. Aygörmez Uğurlubay, s.476.

¹¹⁴ Çakmut, s.114; Yılmaz, s.170; Gezgin Kayan, s.117; Taneri, s.169; Parlar/Hatipoğlu, s.309.

¹¹⁵ Çakmut, s.114; Taneri, s.169; Parlar/Hatipoğlu, s.309; Kocasakal, s.117.

¹¹⁶ Bkz. Parlar/Hatipoğlu, s.311; Çakmut, s.114; Yokuş Sevük, Gürültüye Neden Olma Suçu, s.375; Taneri, s.173; Yaşar/Gökcan/Artuç, s.5623; Aygörmez Uğurlubay, s.476; Gezgin Kayan, s.118; Yılmaz, s.170; Öğretide ileri sürülen bir görüşe göre suç tipinde özel olarak hukuka aykırılığa işaret edildiği hallerde failin doğrudan kastla hareket etmesi gerekir, bu suçlar olası kast ile işlenemez. (Bkz. Özgenç, s.293 vd.) Aktardığımız görüşe katılmamaktayız. Çünkü kanunda suç tipinde özel olarak hukuka aykırılığa işaret edildiği tüm suçlarda failin doğrudan kastla hareket etmesinin aranmasını gerektiren bir neden bulunmamaktadır.

olabileceğini öngörmesine rağmen bu sonucu kabullenerek, umursamadan fiili gerçekleştirmişse olası kastla hareket etmiş demektir ve belirtilen durumda diğer şartlar bulunmaktaysa gürültüye neden olma suçu oluşur.

B. Hukuka Aykırılık Unsuru

Gürültüye neden olma suçu bakımından meşru savunma ve ilgili rızası hukuka uygunluk nedenlerinin koşullarının oluşması mümkün değildir.¹¹⁷ Çünkü daha önce ifade edildiği üzere gürültüye neden olma suçu mağduru belli bir kişi olmayan suçlardandır.

Öğretide kanun hükmünün yerine getirilmesi,¹¹⁸ amirinin emri¹¹⁹ veya zorunluluk hali¹²⁰ hukuka uygunluk nedenlerinin gürültüye neden olma suçu açısından oluşabileceğine ilişkin tespitler yapılmaktadır. Yine gürültüye neden olma suçuna ilişkin yapılmış çalışmaların bir kısmında hakkın kullanılması hukuka uygunluk nedeniyle TCK'nın 183. maddesinde yer alan "ilgili kanunlarla belirlenen yükümlülüklere aykırı olarak" ifadesi arasında bağlantı kurulduğu görülmektedir. Bu çalışmalarda failin eyleminin gürültüye ilişkin ilgili mevzuatta öngörülen yükümlülüklere uygun olması halinde TCK'nın 26. maddesinde düzenlenen hakkın kullanılması hukuka uygunluk nedeninin oluşacağı sonucuna varılmaktadır.¹²¹

¹¹⁷ Yokuş Sevük, Gürültüye Neden Olma Suçu, s.375; Çakmut, s.111; ilgilinin rızası hukuka uygunluk nedeniyle sınırlı olmak üzere aynı tespit için bkz. Aygörmez Uğurlubay, s.476.

¹¹⁸ Bu hukuka uygunluk nedeninin oluşabileceği görüşü için bkz. Gezgin Kayan, s.117; Parlar/Hatipoğlu, s.311; Yılmaz, s.170; Taneri, s.173.

¹¹⁹ Gürültüye neden olma suçu bakımından amirinin emrini hukuka uygunluk nedeni başlığı altında ele alan ve incelediğimiz suç açısından hukuka uygunluk nedeni teşkil edebileceği tespitini içeren görüş için bkz. Gezgin Kayan, s.117; Parlar/Hatipoğlu, s.311; Taneri, s.173.

¹²⁰ Gürültüye neden olma suçu bakımından zorunluluk halini hukuka uygunluk nedeni başlığı altında ele alan ve incelediğimiz suç açısından hukuka uygunluk nedeni teşkil edebileceği tespitini içeren görüş için Yokuş Sevük, Gürültüye Neden Olma Suçu, s.375 vd.

¹²¹ Gezgin Kayan, s.117; Yılmaz, s.169; TCK'nın 183. maddesi açısından "ilgili kanunlarda belirtilen yükümlülüklerin" ihlal edildiğinde failin hukuka aykırı olacağı, hakkını kullanan kişinin TCK'nın 26. maddesinde göre suç işlemiş olmayacağı, ancak hakkın kötüye kullanılmasını hukukun korumayacağı yönündeki tespitler için Hafızoğulları/Özen, Toplum Karşı Suçlar, s.63; Bu suç tipi açısından hakkın kullanılması hukuka uygunluk nedeninin uygulama alanı bulabileceğine ilişkin genel görüş için bkz. Taneri, s.173.

Zorunluluk hali ve hukuka aykırı fakat bağlayıcı emrinin yerine getirilmesi hukukumuzda kusurluluğu kaldıran haller olarak düzenlenmiştir. Bu sebeple suçun kusurluluk unsuru içinde aşağıda incelenecektir. Hakkın kullanılması ve kanun hükmünün yerine getirilmesi hukuka uygunluk nedenin bu suç tipi açısından uygulama alanı bulabileceği yönündeki tespitlere ilişkin görüşümüz ise şöyle açıklanabilir. Daha önce TCK'nın 183. maddesinde yer alan ilgili kanunlarla belirlenen yükümlülüklerle aykırı olarak ifadesinin tipe uygun eylemi sınırlandırmak için kullanıldığını, bu sebeple tipe uygunluk unsuru içinde ele alınması gerektiğini düşündüğümüzü açıklamıştık. Genel kural, suç tipleri unsurlara ayrılarak incelenirken tipe uygunluk unsurunun hukuka aykırılık unsurundan önce ele alınmasıdır. Çünkü eylem tipe uygun değilse hukuka aykırılık unsurunu incelemeye gerek bulunmamaktadır. Bu bağlamda kanımızca fail gürültüye neden olmakla beraber gürültüye ilişkin ilgili kanunlarla belirlenen yükümlülüklerle aykırı davranmamışsa zaten tipiklik gerçekleşmemiştir. Bu sebeple hukuka aykırılık unsuru kapsamında hakkın kullanılması ve kanun hükmünün yerine getirilmesi ayrıca bakımından bir değerlendirme yapmaya gerek bulunmamaktadır.

Ancak fail gürültüye ilişkin ilgili kanunlarla belirlenen yükümlülüklerle aykırı davranmış olmakla beraber gürültüye neden olan eylem ile diğer bir kanunun hükmünü yerine getirmişse farklı bir değerlendirme yapmak gerekir. Çünkü bu durumda failin fiili, tipe uygun olmakla birlikte fail kanunun hükmünü yerine getirdiği için hukuka uygundur. Dolayısıyla TCK'nın 24. maddesinin 1. fıkrası uygulama alanı bulur. Yaptığımız tespit örnekle somutlaştırmak gerekirse, ÇGDYY'nin 26. maddesinde gürültüye hassas kullanımların bulunduğu alanlarda ses yükseltici araçlarla duyuru yapılması yasaklanmıştır. Polis Çevik Kuvvet Yönetmeliği'nin 25. maddesinde ise kanuna aykırı toplantı ve gösteri yürüyüşleri nedeniyle toplumsal olaylara müdahale gerektiğinde ses yükseltici veya yayıcı cihaz aracılığıyla ihtarda bulunulacağı düzenlenmiştir. Bu bağlamda gürültüye hassas kullanım alanlarından biri olan hastane bahçesinde kanuna aykırı olarak yapılan gösteriye müdahale etmek için ses yükseltici araç ile ihtar yapan polisin davranışı, somut olayda diğer koşulları mevcutsa TCK'nın 183. maddesi bakımından tipe uygundur. Ancak polis, Polis Çevik Kuvvet Yönetmeliği'nin 25. maddesi çerçevesinde kanun hükmünü yerine ge-

tirdiğinden fiili hukuka aykırı değildir. Bu sebeple gürültüye neden olma suçu oluşmayacaktır.

C. Kusurluluk

Kusurluluk; failin hukuka uygun hareket edebilme imkânına sahip olmasına rağmen, hukuka aykırı bir davranışı seçmiş ve gerçekleştirmiş olması nedeniyle kınanabilmesi ve neticenin ona sübjektif olarak yüklenebilmesini anlatır.¹²² Suçun kusurluluk unsurunun oluştuğu sonucuna varmak için öncelikle failin kusur yeteneğine sahip olması gerekir. Bu koşulun gerçekleşip gerçekleşmediği tespit edilirken somut olayda kusur yeteneğine etki eden nedenlerin (yaş küçüklüğü, akıl hastalığı, sağır ve dilsizlik, geçici nedenler ile alkol veya uyuşturucu madde etkisi altında olma) bulunup bulunmadığı belirlenmelidir. İfade edilen husus gürültüye neden olma suçu özelinde de tekrarlanabilir.

Kusurluluğun diğer koşulu, somut olayda kusurluluğu kaldıran bir nedenin gerçekleşmemesidir. Kusurluluğu kaldıran nedenler açısından gürültüye neden olma suçu değerlendirildiğinde cebir- şiddet- tehdide ilişkin TCK'nın 28. maddesi ile zorunluluk haline ilişkin TCK'nın 25. maddesinin 2. fıkrasının uygulama alanı bulabileceği söylenebilir.¹²³

Kusurluluğu kaldıran hallerden bir diğeri, TCK'nın 30. maddesinin 4. fıkrasında düzenlenen yasaklılık yanılmasıdır. Yukarıda gürültüye neden olma suçunun kanuni tarifinde yer verilen "ilgili kanunlarda belirlenen yükümlülüklerle aykırı olarak" ifadesinin suçunun hukuka aykırılık unsuru içinde değil, tipe uygunluk unsuru içerisinde incelenmesi gerektiğini savunduğumuzu açıklamıştık. Kanımızca bu tespiti yasaklılık yanılığısıyla ilişkilendirerek önemli bir sonuca ulaşmak mümkündür. Şöyle ki başkalarının sağlığının zarar görmesine el-

¹²² Tanım için ve suçun kusurluluk unsuru için bkz. Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.371; Suçun kusurluluk unsuru için bkz. Öztürk/Erdem, s.257 vd; Özgenç, s.370 vd; Koca/Üzülmez, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.298 vd; Akbulut, s.480 vd;

¹²³ Gürültüye neden olma suçu bakımından zorunluluk halini hukuka uygunluk nedeni başlığı altında ele alan ve incelediğimiz suç açısından zorunluluk halinin oluşabileceği tespitini içeren görüş için Yokuş Sevük, Gürültüye Neden Olma Suçu, s.375 vd.

verişli nitelikte gürültüye neden olan fail, ilgili kanunlarda belirlenen yükümlülüklerle aykırı davrandığını bilmemekteyse, yasaklılık yanılmasına ilişkin bir inceleme yapmaya gerek yoktur. Çünkü belirtilen olasılıkta hata suçun tipe uygunluk unsuru içinde yer alan objektif nitelikteki bir unsura ilişkin olup, TCK'nın 30. maddesinin 1. fıkrasına göre kastın oluşmasını engellemektedir.¹²⁴

Ancak bu tespitten hareketle gürültüye neden olma suçu açısından yasaklılık yanılmasına ilişkin TCK'nın 30. maddesinin 4. fıkrasının uygulama alanı bulmayacağı yönünde bir genellemeye gitmek de doğru değildir. Çünkü bu genelleme hukuka uygunluk nedeninin varlığında hata halini göz ardı etme yanılığını içerir. Kısaca açıklamak gerekirse hukuka uygunluk nedeninin varlığında hata halinde, fail fiili bilerek ve isteyerek gerçekleştirmekte ancak mevcut bir sebepten ötürü fiilinin hukuka uygun olduğunu düşünmektedir. Fakat gerçekte o sebep bir hukuka uygunluk nedeni teşkil etmemektedir. Her ne kadar hukuka uygunluk sebebinin varlığında hata, TCK'nın 30. maddesinde açıkça düzenlenmemişse de aslında bir değerlendirme hatasıdır ve failin haksızlık bilincine kaçınılmaz olarak sahip olmamasına neden oluyorsa yasaklılık yanılmasına ilişkin 4. fıkra hükmü uygulanmalıdır.¹²⁵ Aktardığımız tespit gürültüye neden olma suçuyla ilişkilendirildiğinde örneğin failin ilgilinin rızasının bu suç tipi açısından hukuka uygunluk nedeni teşkil ettiği düşüncesiyle hareket etmesi halinde, failin içinde bulunduğu hata kaçınılmaz ise TCK'nın 30. maddesinin 4. fıkrası uygulama alanı bulacaktır.

Kusurluluğu kaldıran hallerden sonuncusu amirin hukuka aykırı emridir. Gürültüye neden olma suçu bakımından bu nedene dayalı olarak suçun kusurluluk unsurunun oluşmadığı sonucuna varılamayacağını düşünmekteyiz. Çünkü TCK'nın 25. maddesinin 2 vd. fıkralarıyla Anayasa'nın 137. maddesindeki düzenleme nedeniyle amirin

¹²⁴ TCK'nın 183. maddesinin yapısal olarak eksik ceza normu olduğu, bu sebeple failin ilgili kanunlarda belirtilen yükümlülükleri bilmemesinin eksik veya yanlış bilmesinin fiili hata mahiyetinde olacağı ve kastı kaldıracağı yönündeki aynı sonucu içeren görüş için bkz. Hafizoğulları/Özen, *Topluma Karşı Suçlar*, s.63.

¹²⁵ Hukuka uygunluk nedeninin varlığında hatanın (dolaylı haksızlık yanılması veya somut yasak yanılığı), haksızlık yanılmasının bir türü olduğuna ilişkin Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.456; Öztürk/Erdem, s.315; Koca/Üzülmez, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s.355; Artuk/Gökçen/Yenidünya, s.567; Akbulut, s.541.

hukuka aykırı emrinin yerine getirilmesinin kusurluluğa etki edebilmesi için öncelikle emrin konusunun suç teşkil etmemesi gerekir. Bu bakımdan eğer fail ilgili kanunlarda öngörülen yükümlülüklerle aykırı davranmak suretiyle başkalarının sağlığının zarar görmesine elverişli nitelikte gürültüye neden olması konusunda emir almış ve bu emre uygun hareket etmişse konusu suç teşkil eden emri yerine getirmiş demektir. Bu durumda emrin yazılı olarak tekrarlanması onun sorumluluğu ortadan kaldırmamaktadır.

Son olarak kusurluluğu azaltan bir neden olan haksız tahrike ilişkin TCK'nın 29. maddesi hükmünün bu suç tipi bakımından uygulama alanı bulamayacağına dikkat çekmek istiyoruz. Çünkü yukarıda belirtildiği üzere gürültüye neden olma suçunun mağduru belli bir kişi olmadığından haksız tahrik hükmünün koşullarının oluşması mümkün değildir.

III. Teşebbüs

Öğretide gürültüye neden olma suçunun teşebbüse elverişli olup olmadığı tartışmalıdır. Söz konusu tartışma açısından ileri sürülen görüşler ulaşılan nihai sonuç dikkate alındığında iki ana gruba ayrılarak aktarılabilir. İlk grupta gürültüye neden olma suçunun teşebbüse elverişli olmadığı savını içeren görüşler yer alır. Bu bağlamda bir görüşe göre gürültüye neden olma suçu neticesi harekete bitişik suç olduğundan teşebbüse elverişli değildir.¹²⁶ Diğer görüşe göre gürültüye neden olma suçu, başkalarının sağlığının zarar görmesine elverişli olabilecek şekilde yüksek seviyede gürültüye neden olunmasıyla tamamlandığından teşebbüse hükümlerinin uygulanması olanaksızdır.¹²⁷ Üçüncü görüşe göre gürültüye neden olma suçunda, fail icra hareketlerine başlamış ancak örneğin elektrik kesintisi, yapılan denetim nedeniyle makinelerin çalışmaması gibi bir sebeple suçu tamamlayamamışsa suçun maddi konusunun bulunmaması ya da suç için kullanılan aracın elverişsizliği nedeniyle işlenemez suçta teşebbüs durumu söz konusu olur.¹²⁸

İkinci grupta gürültüye neden olma suçunun teşebbüse elverişli olduğu savını içeren görüşler yer almaktadır. Öğretide bu savı gerek-

¹²⁶ Taneri, s.173; Yılmaz, s.170; Gerçeker, s.3641.

¹²⁷ Parlar/Hatipoğlu, s.311.

¹²⁸ Gezgin Kayan, s.118.

çelendirerek açıklayan görüşlerin¹²⁹ ortak özelliği, teşebbüs hükümlerinin uygulanabileceği yönündeki tespiti gürültüye neden olma suçunun neticeli suç vasfı taşıdığı saptamasıyla ilişkilendirmeleridir. Çünkü bir düşünceye göre gürültüye neden olma suçu somut tehlike suçudur ve somut tehlike suçları neticeli suçlar grubuna girdiğinden teşebbüse elverişlidir.¹³⁰ Diğer düşünce ise gürültüye neden olma suçunun soyut tehlike suçlarının özellikli bir türünü teşkil eden potansiyel tehlike suçu vasfı taşıdığı¹³¹, neticeli bir suç olduğu¹³² ve teşebbüse elverişli nitelikte olduğu yönündedir.¹³³

Aktardığımız tartışma açısından görüşümüzü açıklamak gerekirse, suçun tipe uygunluk unsurunu incelerken gürültüye neden olma suçunun neticesi harekete bitişik suç (sırf hareket suçu- şekli suç) olmadığını düşündüğümüzü belirtmiştik. Ancak bir an için aksi kabul edilse bile kanımızca gürültüye neden olma suçunun salt neticesi harekete bitişik suç olduğu gerekçesiyle teşebbüs hükümlerinin uygulanamayacağı sonucuna varılamaz. Çünkü neticesi harekete bitişik suçlarda da icra hareketlerinin bölünebilir olması halinde teşebbüs hükümlerinin uygulanması mümkündür.

Gürültüye neden olma suçu bakımından teşebbüs hükümlerinin uygulanamayacağı tespitini işlenmez suça teşebbüs ile ilişkilendirerek açıklayan görüşe de katılmamaktayız. Çünkü öncelikle bu suçun maddi konusu gürültü olmayıp, gürültüye maruz kalan çevredir.¹³⁴ Ayrıca gürültüye neden olma neticesini gerçekleştirmek için seçilen ancak elektrik kesintisi, denetim gibi nedenlerle kullanılamayan araç-

¹²⁹ Öğretide gürültüye neden olma suçunun incelendiği bazı eserlerde suçun teşebbüse elverişli olduğu belirtilmekle birlikte, bu tespitin gerekçesi açıklamamaktadır. Gürültüye neden olma suçunun teşebbüse elverişli olduğu, örneğin bazı kimşelerin mahalle arasında gecenin bir saatinde mevzuata aykırı olarak sırf şamata çıkarmak, başkalarını tedirgin etmek için davulu zurnalı havai fişek gösterisine başlayacakları esnada yakalanmaları halinde suça teşebbüs etmiş olacakları yönündeki açıklama için bkz. Hafizoğulları/Özen, Toplum Karşı Suçlar, s.62; Fafilin başkalarının sağlığını bozacak düzeyde gürültü yapmak için harekete geçip, elinde olmayan nedenlerle hareketi tamamlayamaması durumunda teşebbüs hükümleri uygulanabileceği yönündeki genel tespit için bkz. Yaşar/Gökcan/Artuç, s.5623.

¹³⁰ Yokuş Sevik, Gürültüye Neden Olma Suçu, s.376; Çakmut, s.115.

¹³¹ Aygörmez Uğurlubay, s.127 ve s.471.

¹³² Aygörmez Uğurlubay, s.125 ve s.473.

¹³³ Aygörmez Uğurlubay, s.476.

¹³⁴ Bkz. Suçun Maddi Konusu başlığı altındaki açıklamalar

ların varlığı, neticeyi gerçekleştirmek bakımından araçların elverişsiz olduğunu göstermez. Sadece icra hareketlerinin failin elinde olmayan nedenle tamamlanamadığını gösterir. Bu sebeple belirtilen örneklerde suçun maddi konusu veya araçların elverişsizliği nedeniyle işlemez suça teşebbüsün söz konusu olduğu yönünde yapılan genelleme isabetli değildir.

Öte yandan daha önce tipe uygunluk başlığı altında belirttiğimiz üzere gürültüye neden olma suçunun somut tehlike suçu olmadığını düşünmekteyiz. Ancak gürültüye neden olma suçunun somut tehlike suçu olduğu yönündeki görüşün kabulü halinde kanımızca incelediğimiz suç tipinin teşebbüse elverişli olmadığı tespitini savunmak mümkündür. Çünkü öğretilerde aksi görüş¹³⁵ bulunmakla birlikte ileri sürülen bir görüşe göre somut tehlike suçlarında tehlike objektif cezalandırılabilme şartıdır.¹³⁶ Bu görüş esas alınırsa olayda somut tehlike oluşmuşsa objektif cezalandırılabilme şartı gerçekleşmediğinden teşebbüs hükümlerinin uygulanamayacağı sonucuna varmak gerekir.

Sonuç olarak gürültüye neden olma suçunun soyut tehlike suçlarının özellikli bir türünü teşkil eden potansiyel tehlike suçu olduğu ve TCK'nın 183. maddesinde neticeli bir suç olarak düzenlendiği yönündeki görüşleri benimsediğimizden bu suçun teşebbüse elverişli olduğu görüşüne katılmaktayız. Ancak iki sebeple bu suç bakımından teşebbüs hükümlerinin uygulanma alanının dar olduğunu düşünüyoruz. İlki; suç yolunda teşebbüsün mümkün olduğu aralığının kısıtlıdır. Çünkü gürültüye neden olma suçunun oluşması bakımından zarar ya da somut bir zarar tehlikesinin gerçekleşmesi aranmadığı gibi suç potansiyel tehlike suçu olarak düzenlenmiştir. Bu sebeple fail tarafından gerçekleştirilen hareket, başkalarının sağlığına zararlı olma potansiyeline sahip nitelikte gürültüye neden olduğu anda zaten suç tipinde öngörülen netice gerçekleşmiş olur ve suç tamamlanır.¹³⁷ İkinci sebep teşebbüsün koşullarından biri olan hareketin elverişliliği koşuluyla

¹³⁵ Somut tehlike suçlarında tehlikenin suçun unsuru olduğu ve objektif cezalandırılabilme şartı vasfı taşımadığı görüşü için bkz. Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.238; Öztürk/Erдем, s.196 vd; Doğan, s.185; Akbulut, s.278; Toroslu/Toroslu, s.142; Centel/Zafer/Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, s.263.

¹³⁶ Bkz. Demirbaş, s.208 vd; Koca/Üzülmez, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.115; Özgenç, s.201 vd ve s.651; Artuk/Gökçen/Yenidünya s.287 ve s.625.

¹³⁷ Aygörmez Uğurlubay, s.476 vd.

bağlantılıdır. Hatırlatmak gerekirse gürültüye neden olma suçunun neticesi başkalarının sağlığının zarar görmesine elverişli nitelikteki gürültüdür. Bu husus dikkate alındığında teşebbüsün oluşup oluşmadığı belirlenirken, fail tarafından yapılan hareketin başkalarının sağlığının zarar görmesine elverişli nitelikteki gürültüyü gerçekleştirmek bakımından elverişli olup olmadığı tartışılacaktır. Bir başka ifade ile ilki gerçekleşmeyen neticeye, ikincisi fail tarafından gerçekleştirilen harekete ilişkin olmak üzere iki kez elverişlilik değerlendirmesi yapılacaktır. Bu değerlendirmede kanımızca teşebbüsün koşullarının oluştuğuna ilişkin şüphenin yenilmesi çoğu olay bakımından zordur. İfade edilen nedenle olsa gerek uygulamada ulaşabildiğimiz kararlarda gürültüye neden olma suçunun teşebbüse elverişli olup olmadığı ilişkin bir tartışmaya yer verilmemiştir. Yine aynı nedenden ötürü olsa gerek öğretide gürültüye neden olma suçu açısından teşebbüs hükümlerinin uygulaması için somut olayın özelliklerine göre bir değerlendirme yapılacağı belirtilmektedir.¹³⁸

IV. İştirak

Öğretide genel kurallar çerçevesinde gürültüye neden olma suçuna iştirakin mümkün olduğu belirtilmektedir.¹³⁹ Aktarılan tespite katılmakla birlikte iki hususa dikkat çekmek istiyoruz. Tıpe uygunluk unsurunu incelerken TCK'nın 183. maddesinde eylemin, gürültü yapmak değil gürültüye neden olmak fiili esas alınarak tanımlandığını açıklamıştık. Gürültü yapma ile gürültüye neden olma arasındaki anlam farkından hareketle tipik fiilin kanunda geniş bir biçimde tarif edildiği sonucuna ulaşmıştık. Bu sonuç iştirak ile ilişkilendirildiğinde kanımızca bizzat gürültü yapmayan ancak bir başkasını araç olarak kullanarak gürültüye neden olan kişi dolaylı fail değil, doğrudan fail olarak nitelendirilmelidir.¹⁴⁰ Öte yandan bu nitelendirmenin cezai sorumluluk açısından esasa etkili bir fark yaratmadığı da belirtilmelidir.

Dikkat çekmek istediğimiz ikinci husus, gürültüyle ilgili kanunda öngörülen yükümlülüğün muhatabının yalnızca belli nitelikteki kişiler

¹³⁸ Yaşar/Gökcan/Artuç, s.5623.

¹³⁹ Yaşar/Gökcan/Artuç, s.5624; Parlar/Hatipoğlu, s.311; Yokuş Sevik, Gürültüye Neden Olma Suçu, s.377; Çakmut, s.116; Yılmaz, s.170; Aygörmez Uğurlubay, s.477.

¹⁴⁰ Aksi yönde bkz. Gezgin Kayan, s.118.

olarak düzenlenmiş olması durumuyla ilgilidir. Bu olasılıkta TCK'nın 40. maddesinin 2. fıkrasının uygulanması gerekecektir.¹⁴¹ Çünkü söz konusu hükümde özgü suçlarda sadece özel faillik niteliği taşıyan kişinin fail olabileceği, diğer kimselerin ise suça iştirakları halinde azmettiren ya da yardım eden olarak sorumlu tutulacağı düzenlenmiştir.

V. İçtima

A. Zincirleme Suç

Zincirleme suç, TCK'nın 43. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenmiştir. Söz konusu fıkra hükmü şöyledir: *"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..... Mağduru belli bir kişi olmayan suçlarda da bu fıkra hükmü uygulanır."* Aktarılan hüküm bir bütün olarak değerlendirildiğinde zincirleme suç aynı suçun tek bir suç işleme kararı kapsamında değişik zamanlarda aynı mağdura karşı birden fazla kez işlenmesi biçimde tanımlanabilir.

Gürültüye neden olma suçunun zincirleme suç şeklinde işlenmesi mümkündür.¹⁴² Bunun için üç koşulun gerçekleşmesi gerektiği söylenebilir. İlk koşul, farklı zamanlarda en az iki kez gürültüye neden olma suçunun işlenmesidir. Bu koşul gürültüye neden olma eyleminin kesintisiz olarak devam etmesi halinde oluşmaz. Çünkü belirtilen olasılıkta tek bir eylem mevcuttur ve tek bir suç oluşur.¹⁴³ Aynı tespit, hukuki anlamda tek bir eylem olarak nitelendirilen çok kısa aralıklarla gerçekleştirilen, birden fazla hareketin yapılmış olması hali için de tekrarlanabilir. Öte yandan bu koşul bakımından kişilerin huzur ve sükûnunu bozma suçu ya da gürültü kabahatlerinin gürültüye neden olma suçundan bağımsız olduğu vurgulanmalıdır. İfade edilen sebeple örneğin fail değişik zamanlarda gürültüye neden olma suçunu ve KK'nın 36. maddesinde düzenlenen gürültü kabahatini işlemişse işlenen suçlar aynı olmadığından zincirleme suç hükmü uygulanamaz.

¹⁴¹ Bkz. Aygörmez Uğurlubay, s.476.

¹⁴² Yokuş Sevük, Gürültüye Neden Olma Suçu, s.377; Çakmut, s.116; Yılmaz, s.171; Gezgin Kayan, s.119; Yaşar/Gökcan/Artuç, s.5624; Parlar/Hatipoğlu, s.311; Aygörmez Uğurlubay, s.477.

¹⁴³ Yokuş Sevük, Gürültüye Neden Olma Suçu, s.377; Çakmut, s.116; Yaşar/Gökcan/Artuç, s.5624; Aygörmez Uğurlubay, s.477.

Zincirleme suçun oluşması için varlığı gereken *ikinci koşul*, işlenen suçların aynı suç işleme kararına dayanmasıdır. Bu sebeple fırsat buldukça gürültüye neden olma suçunun işlenmesi halinde zincirleme suç hükmü uygulanmaz.

Üçüncü koşul, suçların aynı mağdura karşı işlenmesidir. Bu koşul açısından gürültüye neden olma suçunun mağdurunun kim olduğuna ilişkin yapılan tespit belirleyici olacaktır. Suçun mağdurunu inceleyen öğretide iki farklı görüşün bulunduğu belirtilmiştir. Hatırlatmak gerekirse ilk görüşe göre gürültüye neden olma suçunun mağduru toplum, katıldığımız diğer görüşe göre ise gürültünün gerçekleştiği, duyulduğu yerde bulunan toplumdur.¹⁴⁴ İlk görüşün kabulü halinde gürültüye neden olma suçları nerede işlenirse işlensin suçların mağduru aynı olacak, incelediğimiz koşul gerçekleşecektir. Ancak kanımızca ikinci görüş esas alındığında somut olayın özelliklerine göre farklı sonuçlara ulaşmak mümkündür. Örneğin fail tek bir suç işleme kararı kapsamında önce Kars'ta sonra İzmir'de gürültüye neden olma suçunu işlemişse işlenen suçların mağdurları aynı olmadığından zincirleme suç hükmü uygulanamayacaktır.

B. Aynı Neviden Fikri İçtima

Aynı neviden fikri içtima TCK'nın 43. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenmiştir. Söz konusu hükümde aynı suçun birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlenmesi halinde 43. maddenin 1. fıkrasının uygulanacağı belirtilmektedir. Gürültüye neden olma suçu bakımından konuyu incelemeyen önce kısaca genel olarak mağduru belli bir kişi olmayan suçlarda TCK'nın 43. maddesinin 2. fıkrasının uygulanıp uygulanmayacağını saptamak istemekteyiz.

Öğretide ileri sürülen bir görüşe göre TCK'da mağduru belli bir kişi olmayan suçlar kategorisinin yaratılması ciddi bir sıkıntıya sebep olmaktadır. Kısaca açıklamak gerekirse 43. maddenin 2. fıkrasında aynı maddenin ilk fıkrasına atıf yapılmaktadır. İlk fıkranın son cümlesinde ise " *Mağduru belli bir kişi olmayan suçlarda da bu fıkra hükmü uygulanır*" düzenlemesi yer almaktadır. Eğer topluma karşı işlenen suçların mağduru belli bir kişi olmayan suçlardan olduğu kabul edilirse, bu

¹⁴⁴ Bkz. "Mağdur" başlığı altındaki açıklamalar

suçlar zaten ancak birden çok kişiye yönelik olarak işlenebildiğinden, her olay bakımından aynı neviden fikri içtima kuralını uygulamak gerekecek, TCK'nın 43. maddesine göre her olayda ceza otomatik olarak ağırlaştırılacaktır.¹⁴⁵

Aktarılan eleştiri bakımından, kanun koyucunun tercih ettiği düzenleme biçiminin isabetli olup olmadığı sorusu bir yana bırakılırsa¹⁴⁶ kanımızca “topluma karşı işlenen suçlar mağduru belli bir kişi olmayan suçlardan değildir” demek meseleyi çözmeye yetmemektedir. Çünkü “topluma karşı işlenen suçlar mağduru belli bir kişi olmayan suçlardan değildir” önermesi kabul edilirse yeni bir sorun oluşacaktır. Şöyle ki TCK'nın 43. maddesinin 1. fıkrasında ilk cümlesinde “*aynı kişi*” ifadesine yer verildiğinden zincirleme suç hükmünün topluma karşı işlenen suçlarda uygulanamayacağı sonucuna varmak gerekecektir. Bu kabulde TCK'nın 43. maddesinin 1. fıkrasının son cümlesi tamamen anlamsız hale gelecektir.

Kanımızca hükmün konuluş amacı dikkate alındığında TCK'nın 43. maddesinin 2. fıkrasında yer alan “*birden fazla kişiye karşı*” ifadesi “*belirli birden fazla kişiye*” şeklinde anlaşılmalıdır. Kaldı ki aynı neviden fikri içtima TCK'nın 43. maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenmiştir. Mağduru belli bir kişi olmayan suçlara ilişkin kural ise aynı maddenin 1. fıkrasının son cümlesinde yer almaktadır. O halde söz konusu cümleye kanun koyucu TCK'nın 43. maddesinin 1. fıkrasındaki zincirleme suç kuralının mağduru belli bir kişi olmayan suçlarda uygulanacağını belirtmek için yer vermiştir. Kanımızca kanun koyucu mağduru belli bir kişi olmayan suçlar açısından aynı neviden fikri içtima kuralının da uygulanabilmesini sağlamayı amaçlasaydı, TCK'nın 43. maddesinin ilk fıkrasının son cümlesindeki düzenlemeye maddenin 2. fıkrasından sonra örneğin 3. fıkrasında yer verebilirdi. Bu bağlamda hükmün düzenleme yerinin yol gösterici olduğunu düşünmekteyiz. Nitekim TCK'nın 43. maddesinin 2. fıkrası 5377 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle oluşturulmuştur ve söz konusu kanuna ilişkin hazırlanan TBMM Adalet Komisyonu Raporu'nda aynı neviden fikri içtima ile

¹⁴⁵ Katoğlu, s.688 vd; Ayrıca bkz. Türkan Yalçın Sancar, “Türk Ceza Kanunu'nda Zincirleme Suç”, *TBBD*, S.70, 2007, s.256 vd.

¹⁴⁶ Aynı neviden fikri içtimaya ilişkin düzenlemenin yerine dair eleştiriler için bkz. Mahmut Koca, “Fikri İçtima”, *CHD*, Y.2, S.4, Ağustos 2007, s.199, 215; Koca/Üzülmmez, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s.520; Özgenç, s.596.

zincirleme suçun tek ortak noktasının cezada yapılacak artırım oranı olduğu belirtilmiştir.¹⁴⁷

Belirtilen sebeplerle aynı neviden fikri içtimanın aynı suçun belirli birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlenmesi durumunu anlattığını düşünüyoruz ve gürültüye neden olma suçunun mağduru belli bir kişi olmadığından aynı neviden fikri içtima hükmünün bu suç bakımından uygulama alanı bulmayacağı kanaatindeyiz. Öte yandan bir an için mağduru belli bir kişi olmayan suçlar bakımından da aynı neviden fikri içtima hükmünün uygulanabileceği kabul edilse dahi kanımızca gürültüye neden olma suçu açısından ulaştığımız sonuç geçerlidir. Çünkü suçun konusunun tek olması halinde aynı neviden fikri içtima söz konusu olmaz¹⁴⁸. Daha önce belirttiğimiz üzere gürültüye neden olma suçunun maddi konusu gürültüden etkilenen insanlar veya onların sağlığı olmayıp, gürültüye maruz kalan çevredir. Bir başka ifade ile suçun maddi konusu taktır.

C. Farklı Neviden Fikri İçtima

TCK'nın 44. maddesinde düzenlenen farklı neviden fikri içtima, tek bir hareketle¹⁴⁹ farklı suçların oluşması şeklinde tanımlanabilir. Bu durumda faile daha ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı ceza verilir.

¹⁴⁷ TBMM Adalet Komisyonu Raporu, T.16.05.2005, E.2/452, K.79, <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss901m.htm>, (12.03.2016)

¹⁴⁸ Özgenç, s.596; Koca/Üzülmez, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.522; Akbulut, s.716.

¹⁴⁹ Fiil hareket, nedensellik bağı ve neticenin toplamıdır. Öğretide ileri sürülen bir görüşe göre her ne kadar 43. maddenin 2. fıkrasında ve 44. maddede fiil ifadesine yer verilmiş olsa da kastedilen harekettir. Bkz. Koca, s.202; Koca/Üzülmez, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.514; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.605, 610; Demirbaş, s.540 vd; Artuk/Gökçen/Yenidünya, s.712; Centel/Zafer/Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, s.514, 524; Akbulut, s.709; TCK'nın 44. maddesinde kullanılan fiil ifadesi açısından aynı tespit için bkz. Öztürk/Erdem, s.375; Diğer görüşe göre tek fiil farklı neviden fikri içtimada olduğu gibi kanunun farklı hükümlerini ihlal edebilir. Ancak tek fiil ile kanunun aynı hükmü birden fazla kez ihlal edilemez. Bu bağlamda 43. maddenin 2. fıkrasında kullanılan fiil ifadesini hareket olarak anlamak gerekir. Aksi takdirde 43. maddenin 2. fıkrasının uygulanması mümkün olmayacaktır. Çünkü 43. maddede bir fiil, birden çok mağdurdan söz edilmiştir. Oysa birden çok mağdurun varlığı halinde birden çok netice ve dolayısıyla birden çok fiil vardır. O halde 43. maddenin 2. fıkrasında fiil ifadesi kullanılmışsa da kastedilen harekettir. Bu görüş kapsamında her ne kadar açıkça ifade edilmese de TCK'nın 44. maddesinde kullanılan fiil ifadesinin doğru kullanılmış olduğu anlaşılmaktadır. Bkz. Yalçın Sancar, s.251.

Öğretide gürültüye neden olma suçu bakımından farklı nevide fikri içtima hükmünün uygulanıp uygulanmayacağı sorusu daha çok yaralama neticesi bakımından tartışılmıştır. İleri sürülen bir görüşe göre gürültüye neden olma eylemiyle aynı zamanda yaralama neticesi doğmuşsa iki suç oluşmuştur ve gerçek içtima kurallarının uygulanması gerekmektedir.¹⁵⁰ Diğer görüşe göre belirtilen durumda iki suç oluşmuştur ancak farklı neviden fikri içtima kuralları uygulanmalıdır.¹⁵¹

Uygulamada ise tarafımızdan ulaşılabilen kararlarda gürültüye neden olma suçu bakımından farklı nevide fikri içtima konusunun TCK'nın 123. maddesinde düzenlenen kişilerin huzur ve sükûnunu bozma suçu açısından ele alındığı görülmektedir. Bu kararlarda gürültü, sırf başka birisinin huzur veya sükûnu bozmak maksadıyla yapılmış olsa bile başka bir kimsenin sağlığının zarar görmesine elverişli olduğu takdirde TCK'nın 44. maddesi çerçevesinde TCK'nın 123. ve 183. maddelerindeki suçlardan en ağır cezayı gerektiren suçun cezasının uygulanması gerektiği sonucuna varılmıştır.¹⁵²

Kanımızca gürültüye neden olma suçu açısından farklı nevide fikri içtimanın mümkün olup olmadığını gerekçelendirerek belirlemek açısından anahtar kavram hareketin tekliği'dir. Öğretide hareketin tekliğinin tespiti açısından farklı görüşler bulunduğu belirtilmektedir.¹⁵³ Konumuz açısından varılacak sonuç hareketin tekliğini belirleyecek kriter açısından benimsenen görüşe göre değişecektir. Aşağıda hareketin sayısına ilişkin ileri sürülen üç görüş esas alınarak konu değerlendirilmeye çalışılacaktır.

¹⁵⁰ Yaşar/Gökcan/Artuç, s.5624; Çakmut, s.116.

¹⁵¹ Gezgin Kayan, s.119; Parlar/Hatipoğlu, s.311; Taneri, s.173; Yılmaz, s.171; Gürültüye neden olma eylemiyle kişilerin sağlığı bozulmuşsa ya da aynı zamanda TCK'nın 123. maddesinde düzenlenen kişilerin huzur ve sükûnunu bozma suçu oluşmuşsa farklı nevide fikri içtima hükmünün uygulanacağı tespiti için bkz. Aygörmez Uğurlubay, s.477; Gürültüye neden olma eylemiyle hem huzur ve sükûnu bozma suçu hem de gürültüye neden olma suçu oluşmuşsa özel hüküm olması sebebiyle TCK'nın 183. maddesinin uygulanacağı yönündeki tespit için bkz. Kocasakal, s.123.

¹⁵² Y.4.CD, T.19.02.2015, E.2015/1619, K.2015/21076; 18.CD, T.01.06.2016, E.2015/13033, K.2016/12044; 18.CD, T.27.04.2016, E.2015/13060, K.2016/8837; www.kazanci.com.tr, (12.06.2016)

¹⁵³ Bu görüşler hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. Koca, s.203 vd; Koca/Üzülmmez, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.490 vd; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.608 vd; Demirbaş, s.538 vd; Artuk/Gökçen/ Yenidünya, s.713 vd; Centel/Zafer/Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, s.512 vd; Akbulut, s.661 vd.

Hareketin sayısını neticeye göre belirleyen görüş esas alınırsa; şu örneklerde farklı neviden fikri içtima kurallarının uygulanması mümkün değildir: Gürültüye neden olma suçu bakımından netice başkalarının sağlığına zarar vermeye elverişli nitelikteki gürültüdür. Bu neticeye sebep olan hareket aynı zamanda başka birinin yaralanması, ölmesi, çocuğunu düşürmesi veya malının zarar görmesi neticesini de doğurmuşsa birden fazla netice var demektir ve farklı neviden fikri içtima oluşmaz. Her bir suçun oluşup oluşmadığı ayrı ayrı tartışılmalı ve ulaşılan sonuca göre gerçek içtima kuralları uygulanmalıdır. Ancak şu örneklerde farklı neviden fikri içtima durumu söz konusudur. Fail A, hamile B'nin çocuğunu düşürtmek ister. Bu amaçla çok yüksek seslerden korktuğunu bildiği B'nin evinin önüne gelir. Gecenin geç vaktinde ses fişeği kullanır, yaptığı eyleminin gürültüye ilişkin mevzuata aykırı olduğunu bilir ve B'nin komşularının da sağlıklarının zarar görmesi ihtimalini umursamaz. Ancak ne B ne komşuları gürültüden etkilenmez. Kurguladığımız olayda gürültüye neden olma suçu tamamlanmış, TCK'nın 99. maddesinde düzenlenen çocuk düşürme suçu ise icra hareketlerine başlanmış olmakla birlikte failin elinde olmayan nedenle tamamlanamamış yani teşebbüs aşamasında kalmıştır.(Olay 1) Kurguladığımız olayda tek bir netice (gürültü) mevcut olduğundan hareket taktır ve farklı neviden fikri içtima kuralları uygulanabilir. Bu noktadan hareketle taksirle yaralama ve öldürme, icra hareketlerinin tamamlanamamış olması nedenine dayalı olarak teşebbüs aşamasında kalmamış olması şartıyla kasten yaralama, kasten öldürme, işkence, çocuk düşürtme ve mala zarar verme suçlarıyla gürültüye neden olma suçları arasında fikri içtima durumu oluşamaz şeklinde bir genellemeye gidilebilir.

Hareketin sayısını suç işleme kararına göre belirleyen görüş esas alınırsa, gürültüye neden olma suçunda fikri içtimanın söz konusu olacağı ya da olmayacağı örnekler kurgulamak mümkündür. D, komşusu E'nin huzurunu kaçırmak için evinin bahçesinde gece ses fişekleri patlatır. D neden olduğu gürültünün insanların sağlığına zarar verecek nitelikte olduğunu ve gürültüyle ilgili mevzuat hükümlerini ihlal ettiğini bilir ama umursamaz.(Olay 2) Kurguladığımız bu olayda fail D'nin suç işleme kararı hem kişilerin huzur ve sükûnunu bozma hem de gürültüye neden olma suçunu kapsadığından hareketi tek değildir, fikri içtima hükümleri uygulanamaz. Yine yukarıdaki yer verdiğimiz

olay 1 bakımından fikri içtima kurallarının uygulanması mümkün değildir. Çünkü A'nın suç işleme kararı hem gürültüye neden olma suçu hem de çocuk düşürtme suçunu kapsamaktadır. Ancak şu olayda fikri içtima kurallarının uygulanması gerektiği sonucuna varılabilir. C arkadaşına şaka yapmak için onun evine gider ve gecenin geç vaktinde uzun bir süre siren çalar, yaptığı eyleminin gürültüye ilişkin mevzuata aykırı olduğunu ve gürültünün insanların sağlığına zarar verebileceğini bilir ama umursamaz. C bu gürültüden çok korkar, kalp krizi geçirir ancak iyileşir. (Olay 3) Kurguladığımız olayda C'nin suç işleme kararı taksirle yaralamayı kapsamadığından hareket tektir ve fikri içtima kuralları uygulanır.

Katıldığımız hareketin sayısını hukuki anlamda harekete göre belirleyen görüş esas alınır; gürültüye neden olma suçu ile kasten ya da taksirle yaralama, kasten ya da taksirle öldürme, işkence, çocuk düşürtme mala zarar verme veya kişilerin huzur ve sükûnunu bozma suçları gibi başka suçlar arasında farklı neviden fikri içtima durumunun oluşabileceği söylenebilir. Yukarıda kurguladığımız örnekler ile bu tespiti somutlaştırmak mümkündür. Olay 1 ve 2'de ses fişeginin kullanılması dışında başka bir hareket bulunmamaktadır. Bu hareketle olay 1'de hem gürültüye neden olma suçu hem de teşebbüs aşmasında kalan çocuk düşürtme suçu işlenmiştir, olay 2'de hem gürültüye neden olma suçu hem de kişilerin huzur ve sükûnunu bozma suçu işlenmiştir. Olay 3'de ise sirenin çalıştırılması hareketi ile hem taksirle yaralama hem de gürültüye neden olma suçu işlenmiştir. Üç olayda da farklı neviden fikri içtimanın koşulları oluşmuştur.

Son olarak farklı neviden fikri içtima açısından gürültüye neden olma suçu ile gürültü kabahatleri arasındaki ilişkiye değinmek istemekteyiz. Daha önce belirtildiği üzere KK'nın 36. maddesinde kabahat olarak tanımlanan eylem, başkalarının huzur ve sükûnunu bozacak şekilde gürültüye neden olmaktır. Yine ÇK'nın 20. maddesinde, aynı kanunun 14. maddesine göre çıkarılan yönetmelikle belirlenen önlemleri almayan veya bu yönetmelikte belirlenen standartlar üzerinde ulaşım araçları, şantiye, fabrika, atölye, işyeri, eğlence veya konuttan kaynaklanan gürültüye neden olanlar hakkında idari yaptırım uygulanacağı düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemeler dikkate alındığında gürültüye neden olma suçunun oluşması halinde fail tarafından gerçekleştirilen fiil ile aynı zamanda KK'nın 36. veya ÇK'nın 20. maddesinde

düzenlenen kabahat de oluşur. KK'nın 15. maddesinin son fıkrasında "*Bir fiil hem kabahat hem de suç olarak tanımlanmış ise, sadece suçtan dolayı yaptırım uygulanabilir*"¹⁵⁴ hükmü yer aldığından belirtilen olasılıkta fail sadece gürültüye neden olma suçu bakımından cezalandırılacaktır.¹⁵⁵

VI. Yaptırım

TCK'nın 183. maddesine göre gürültüye neden olma suçu bakımından uygulanacak ceza, iki aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezasıdır. TCK'nın 183. maddesinde adli para cezası ve hapis cezası seçimlik olarak öngörüldüğünden yalnız birine hükmolunabilir.

Adli para cezası açısından TCK'nın 183. maddesinde adli para cezasına ilişkin özel bir düzenleme bulunmadığı vurgulanmalıdır. Bu nedenle adli para cezasına esas alınacak gün sayısı TCK'nın 52. maddesine göre 5 günden az 730 günden fazla olmamak üzere belirlenmelidir. Ancak kanımızca mahkemelerin adli para cezasına esas alınacak gün sayısı ve gün başına uygulanacak para cezası miktarını belirlerken KK'nın 36. ve ÇK'nın 20. maddesinin (h) bendinde öngörülen idari para cezalarının miktarlarını da göz önünde bulundurmaları ve bu miktarlardan daha az olmamak üzere sonuç cezayı hesaplamaları orantılık ilkesine uygun olur.

Hapis cezası açısından ise iki husus vurgulanmalıdır. İlki, hapis cezasının üst sınırı dikkate alındığında TCK'nın 51. maddesine göre erteleme karara verilmesinin mümkün olduğudur. İkincisi kısa süreli hapis cezasına mahkûmiyete halinde cezanın para cezası dışındaki diğer seçenek yaptırımlara çevrilebileceğidir.¹⁵⁶

¹⁵⁴ ÇK'nın 27. maddesinde "Bu kanunda yazılı fiiller hakkında verilecek idari nitelikteki cezalar, bu fiiller için diğer kanunlarda yazılı cezaların uygulanmasına engel olmaz." hükmü yer almaktadır. Ancak bu hüküm sonraki genel kanun vasfı taşıyan KK'nın 15. maddesiyle zımnen yürürlükten kaldırılmıştır. Çünkü KK'nın 3. maddesinin 1. fıkrasının (b) bendinde KK'nın kanun yollarına ilişkin hükümleri dışındaki genel hükümlerinin idari para cezası veya mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımını gerektiren bütün fiiller hakkında uygulanacağı belirtilmiştir. Aynı yönde bkz. Yokuş Sevük, Gürültüye Neden Olma Suçu, s.377 vd; Yaşar/Gökcan/Artuç, s.5625; Gerçeker, s.3641; Y.4.CD, T.27.03.2013, E.2012/12910, K.2013/8802; www.kazanci.com.tr, (12.06.2016)

¹⁵⁵ Yokuş Sevük, Gürültüye Neden Olma Suçu, s.378 vd; Gerçeker, s.3641; Yaşar/Gökcan/Artuç, s.5625; Aygörmez Uğurlubay, s.477.

¹⁵⁶ Yokuş Sevük, Gürültüye Neden Olma Suçu, s.378.

Öte yandan TCK'nın 60. maddesine göre tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbirlerinin uygulanması için kanunda özel düzenleme bulunması gerekmektedir. Gürültüye neden olma suçu bakımından böyle bir özel düzenleme bulunmadığından lehine gürültüye neden olma suçu işlenen tüzel kişi hakkında iznin iptali ve müsadere güvenlik tedbirleri uygulanamaz. Bununla birlikte tüzel kişi lehine gürültüye neden olma suçunun işlenmesi halinde yukarıda belirtildiği üzere gerçekleştirilen fiil, aynı zamanda KK'nın 36. veya ÇK'nın 20. maddesinde düzenlenen kabahatin oluşmasına sebebiyet verecektir. Bu noktadan hareketle söz konusu kabahatlerin lehine gürültüye neden olma suçu işlenen tüzel kişiler açısından da caydırıcılığı sağlayabileceği düşünülebilir. Ancak KK'nın 36. ve ÇK'nın 20. maddesinde düzenlenen kabahatler açısından tüzel kişiler hakkında sadece idari para cezası yaptırımının uygulanması mümkündür.¹⁵⁷ Çünkü KK'nın 18. maddesine göre mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımının uygulanması kanunda açık düzenleme bulunmasına bağlıdır. Bu yönde KK'nın 36. ve ÇK'nın 20. maddesinde özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Aktarılan hususlar bir arada değerlendirildiğinde sıklıkla gürültüye neden olma suçu tüzel kişi lehine işlense de kanun koyucunun bu durumu dikkate almadığı, idari para cezası dışında tüzel kişiler bakımından caydırıcılık sağlama-ya yönelik etkin bir düzenleme oluşturmadığı görülmektedir.

Sonuç

Gürültü kirliliği nüfus artışı, kentleşme, sanayileşme, ulaşım imkânlarının ve teknolojinin gelişmesiyle birlikte her geçen gün büyüyen bir çevre sorunudur. Bu çevre sorunun toplum sağlığı için yarattığı tehlikenin büyüklüğünü dikkate alan kanun koyucu, gürültüye neden olmayı insan merkezli yaklaşımla suç haline getirmiştir. Çalışmamızın sonunda bu suç tipine ilişkin ulaştığımız sonuçlar aşağıda sıralanmıştır:

1) Gürültüye neden olma suçunun düzenlendiği TCK'nın 183. maddesinde tipe uygun eylem iki unsur kullanılarak sınırlı bir biçim-

¹⁵⁷ Tüzel kişi hakkında idari para cezası uygulanabileceğine ilişkin bkz. Gezgin Kaya, s.114; Yaşar/Gökcan/Artuç, s.5620; Yokuş Sevük, Gürültüye Neden Olma Suçu, s.372; Çakmut, s.97; Yılmaz, s.165; Taşkın, s.154 vd.

de tanımlanmaya çalışılmıştır. İlk unsur, gürültüyle ilgili kanunlarla belirlenen yükümlülüklerle aykırılıktır. Ancak hukukumuzda gürültünün kontrol altına alınmasını sağlamaya yönelik olarak somut yükümlülükler belirleyen (şekli anlamda) kanun bulunmamaktadır. Konuya ilişkin yükümlülük içeren bir kanun yürürlüğe girinceye kadar yönetmelik hükümlerinden hareketle ihlal edilen bir yükümlülük bulunduğundan bahisle TCK'nın 183. maddesinde düzenlenen suçun oluştuğu sonucuna varılamayacağı düşüncesindeyiz. Aksi yöndeki yaklaşımın idarenin düzenleyici işleme suç yaratamayacağı ilkesini dolanmayı içerdiğini savunuyoruz.

TCK'nın 183. maddesinde tipe uygun eylemi sınırlandırarak tanımlamak bakımından kullanılan *ikinci unsur*, gürültünün başka bir kimsenin sağlığının zarar görmesine elverişli nitelikte olmasıdır. Bu unsur açısından özellikle gürültüye neden olma suçunun soyut tehlike suçunun bir türü olan potansiyel tehlike suçu olarak düzenlendiğini vurgulanmak istiyoruz. Çünkü TCK'nın 183. maddesinde suçun oluşması bakımından başka bir kişinin sağlığının zarar görmesine ilişkin somut bir tehlikenin oluşması değil, somut bir tehlikeye yol açsın ya da açmasın sadece neden olunan gürültünün başkalarının sağlığının zarar görmesine elverişli nitelikte olması aranmıştır. Bu durum ve sesin şiddeti azaldıkça gürültünün insan sağlığına etkilerinin artan oranda göreceli hale geldiği gerçeği bir arada değerlendirildiğinde, başkalarının sağlığının zarar görmesine elverişli olan - olmayan nitelikteki gürültü ayırımını yapmanın güç olduğu anlaşılmaktadır. İfade edilen nedenle bu unsur, tipe uygun eylemi belirlilik ilkesiyle bağdaşacak şekilde tanımlamaya elverişli bir sınırlama oluşturmamaktadır.

Yukarıda belirtilen hususların yanı sıra TCK'nın 183. maddesinde tipe uygun eylem tarif edilirken neden olunan gürültünün kaynağına dair bir sınırlama getirilmemiş olması, gürültüye neden olma suçunun geniş tanımlanmasına yol açmıştır. Oysaki gürültüye neden olabilecek eylemlerin çeşitliliği dikkate alındığında bu suçun çok geniş kapsamlı tanımlanması, ceza hukuku yoluyla sosyal yaşama ve kişi özgürlüklerine orantısız olarak müdahalede bulunulması riskine sebebiyet verebilir.

Açıklanan nedenlerle gürültüye neden olma suçunun tipe uygunluk unsuru içinde yer alan eylem açısından ulaştığımız sonuç, mevcut düzenlemenin kanunilik ve ceza hukukunun ikincilliği ilkelerine aykırı olduğu ve tipe uygun eylemin daha dar kapsamlı olarak yeniden düzenlenmesi ihtiyacının bulunduğudır. İfade edilen ihtiyacı karşılamak üzere olması gereken hukuk açısından önerimiz tipe uygun eylem tanımlanırken şu üç hususun gözetilmesidir. İlki, gürültü neden olma eyleminin gürültünün kaynağı esas alınarak sınırlandırılmasıdır. Bu bağlamda Alman Ceza Kanunu'nun 325a maddesinden yararlanılabilir. Söz konusu hükümde gürültüye neden olma tipikleştirilirken fiilin bir tesisin (özellikle tesis işletmeleri ya da makinelerin) işletilmesi sırasında gerçekleştirilmesi arandığı görülmektedir. İkinci husus, gürültüye neden olma suçunun potansiyel tehlike suçu olarak değil, somut tehlike suçu olarak formüle edilmesidir. *Son* husus, atıf suçu formülasyonu ile bağlantılıdır. Bir derecelendirmeye gidilmeli, ihlalleri halinde insan sağlığının zarar görmesi tehlikesi kuvvetli olan gürültüyle ilgili yükümlülükler açıkça kanunla düzenlenmelidir. Ancak bu suretle kanunilik ilkesine uygun olarak ilgili yükümlülüklerin ihlali ile gürültüye neden olma suçu ilişkilendirilebilir. İhlalleri durumunda insan sağlığı bakımından daha hafif tehlike oluşturan diğer yükümlülüklerin tespiti yönetmeliklere bırakılabilir. Bu suretle ÇK'nın 20. maddesinde çerçevesinde idari yaptırım uygulanması sağlanarak ceza hukukunun ikincilliği ve kanunilik ilkesine uyumlu bir çözüm oluşturulabilir.

2) Tipe uygunluk unsuru içinde yer alan sübjektif nitelikteki unsur açısından ulaştığımız sonuçlar, gürültüye neden olma suçunun olası kast da dâhil olmak üzere kasten işlenebileceği, kastın kapsamına gürültüyle ilgili kanunla belirlenen yükümlülüklerle aykırılık ve gürültünün başkalarının sağlığının zarar görmesine elverişli nitelikte olması hususlarının da girdiğidir.

Olması gereken hukuk açısından ise taksirle gürültüye neden olmanın TCK'da suç haline getirilmesinin isabetli bir tercih olduğu sonucuna vardığımızı vurgulamak istiyoruz. Çünkü hukukumuzda başkalarının sağlığına zarar vermeye elverişli nitelikte gürültüye taksirle neden olunmasının yaptırımı KK'nın 36. maddesi ve ÇK'nın 20. maddesinin (h) bendi dikkate alındığında zaten bulunmaktadır. Bu durum gözetildiğinde taksirle gürültüye neden olma fiili bakımından suç ya-

ratmak yoluyla sosyal düzen açısından müdahaleyi gerektiren ağır bir ihtiyaç bulunmamaktadır. Asıl ihtiyaç KK'nın 36., ÇK'nın 20. maddesinin (h) bendinde düzenlenen kabahatler ve TCK'nın 183. maddesi arasındaki belirsizliğin giderilmesidir.

3) Suçun hukuka aykırılık unsuru açısından ulaştığımız sonuçlar; gürültüye neden olma suçunun mağduru belli bir kişi olan suçlardan olmaması sebebiyle bu suç tipi bakımından ilgilinin rızası ve meşru savunma hukuka uygunluk nedenlerinin oluşamayacağı, kanun hükmünün yerine getirilmesi hukuka uygunluk nedeninin uygulama alanı bulabileceğidir.

4) Suçun kusurluluk unsuru açısından ulaştığımız sonuçlar; zorunluluk halinin ve hukuka uygunluk nedeninin varlığında hata durumunda yasaklılık yanılmasının kusurluluğu kaldırabileceğidir.

5) Gürültüye neden olma suçu açısından teşebbüse ilişkin ulaştığımız temel sonuç, suçun maddi (neticeli) bir suç olması sebebiyle teşebbüse elverişli olduğudur. Ancak vurgulamak gerekir ki suçun potansiyel tehlike suçu olarak düzenlenmesi sebebiyle suç yolunda teşebbüsün gerçekleşebileceği zaman aralığı kısadır. Kanun koyucu tarafından gürültüye neden olma suçunun somut tehlike suçu olarak yeniden düzenlenmesi halinde, somut tehlikenin varlığı objektif cezalandırma şartı haline geleceğinden bu ihtimalde teşebbüs hükümlerinin uygulanamayacağını düşünmekteyiz.

6) İştirak açısından ulaştığımız ilk sonuç, TCK'nın 183. maddesinde eylemin gürültü yapmak değil gürültüye neden olmak fiili esas alınarak tanımlanması sebebiyle bizzat gürültü yapmayan ancak bir başkasını araç olarak kullanarak gürültüye neden olan kişi dolaylı fail değil, doğrudan fail olarak nitelendirilmesi gerektiğidir. İkinci sonuç, gürültüyle ilgili kanunda öngörülen yükümlülüğün muhatabının yalnızca belli nitelikteki kişiler olarak düzenlenmiş olması durumunda TCK'nın 40. maddesinin 2. fıkrasının uygulanması gerekeceğidir.

7) Çalışmamızda içtima bakımından ulaştığımız sonuçlar şöyle sıralanabilir:

- TCK'nın 43. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenen zincirleme suç hükmünün gürültüye neden olma suçu açısından uygulanması mümkündür. Bu sonuç bakımından özellikle suçun mağdurunun toplumun

geneli olmadığını, sadece gürültünün duyulduğu yerde bulunan toplum olduğunu, ifade edilen tespit in zincirleme suç hükmünün uygulanması açısından belirleyici olacağını vurgulamak istemekteyiz.

- TCK'nın 43. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenen aynı neviden fikri ıçtima, aynı suçun belirli birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlenmesi durumunu anlatır. Bu tanım dikkate alındığında gürültüye neden olma suçunun mağduru belli bir kişi olmadığı için aynı neviden fikri ıçtima hükmünün bu suç bakımından uygulama alanı bulunmadığı anlaşılmaktadır.

- Gürültüye neden olma suçu bakımından TCK'nın 44. maddesinde düzenlenen farklı neviden fikri ıçtima hükmünün uygulanması mümkündür. Farklı neviden fikri ıçtima açısından somut olayda hareketin sayısını hukuki anlamda harekete göre belirleyen görüş esas alınarak bir değerlendirme yapılması gerekmektedir.

-Gürültüye neden olma suçunun oluşması halinde fail tarafından gerçekleştirilen fiil ile aynı zamanda KK'nın 36. veya ÇK'nın 20. maddesinde düzenlenen kabahat de oluşur. KK'nın 15. maddesinin son fıkrasında nedeniyle belirtilen durumda fail sadece gürültüye neden olma suçu bakımından cezalandırılacaktır.

8) Gürültüye neden olma suçunun yaptırımı bakımından ulaştığımız sonuç, TCK'nın 183. maddesinde seçimlik ceza olarak düzenlenen adli para cezasına mahkûmiyete karar vermesi halinde, mahkemelerin esas alınacak gün sayısı ve gün başına uygulanacak para cezası miktarını KK'nın 36. ve ÇK'nın 20. maddesinin (h) bendinde öngörülen idari para cezalarının miktarlarını göz önünde bulundurarak ve bu miktarlardan daha az olmamak üzere sonuç cezayı hesaplamalarının orantılık ilkesine uygun olacaktır.

Kaynakça

- Akbulut Berrin, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2016;
- Akkaş Ahmet Hulusi, Ceza Muhakemesi Bağlamında Yargı Mercileri Kararlarının Birbirleri Üzerindeki Etkisi, Adalet Yayınevi, Ankara 2016;
- Akkoyunlu Ertan Kivilcim, "Çevre Etiği Üzerine Değerlendirmeler", Sosyal Çevre Bilimleri, (Ed. Hakan Reyhan, Ahmet Mutlu, H. Hüseyin Doğan, Ayşe S. Reyhan), Siyasal Kitapevi, Ankara 2014, ss.95-118;

- Alica Süheyla, "Türkiye'de Çevreye Karşı Suçlar", Uğur Alacakaptan'a Armağan, C. 1, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2008, ss.59-88;
- Artuk Mehmet Emin, "Kanunilik İlkesi ve Tarihçesi", Gesetzlichkeitsprinzip im Strafrecht (Ceza Hukukunda Kanunilik İlkesi), (Ed.Yener Ünver), C.3, Seçkin Yayınevi, Ankara 2014, ss.35-59;
- Artuk Mehmet Emin/Gökçen Ahmet/Yenidünya A. Caner, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 10. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2016;
- Arzt Gunther/Weber Ulrich/Heinrich Bernd/Hilgendorf Eric, Strafrecht Besonderer Teil, Verlag Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld 2009;
- Aygörmez Uğurlubay Gülsün Ayhan, Çevreye Karşı Suçlar, Yetkin Yayınları, Ankara 2015;
- Aygün Eşitli Ezgi, "Suçların ve Cezaların Kanuniliği İlkesi", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S.104, 2013, ss.225-246;
- Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz, Bau und Reaktorsicherheit, <http://www.bmub.bund.de/themen/luft-laerm-verkehr/laermschutz/laermschutz-imueberblick/was-ist-laerm/>, (19.08.2016);
- Centel Nur/Zafer Hamide/Çakmut Özlem, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, C.1, 3. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 2016;
- Daragenli Vesile Sonay, "Tehlike Suçları", Prof. Dr. Sahir Erman'a Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Eğitim, Öğretim ve Yardımlaşma Vakfı Yayını, İstanbul 1999, ss.163-188;
- Değirmenci Olgun, "Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Mağdur Hakları", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S.77, 2008, ss.33-86;
- Demirbaş Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2016;
- Doğan Koray, "Tehlike Suçu ile Zarar Suçu Arasındaki Suçların İçtimai Sorunu", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Y.5, S.16, Ocak 2014, ss.179-208;
- Dönmezer Sulhi/Erman Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku C.I, 14. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 1997;
- Dönmezer Sulhi/Erman Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku C.II, 11. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 1999;
- Eisele Jörg, Strafrecht- Besonderer Teil I, Verlag W. Kohlhammer, Stuttgart 2012;
- Fischer Thomas, Beck'sche kurz-Kommentare Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 58. Auflage, Verlag C.H. Beck, München 2011;
- Gerçeker Hasan, Türk Ceza Kanunu, C.3, Seçkin Yayınevi, Ankara 2014;
- Gezgin Kayan Rahşan Bengi, "Gürültüye Neden Olma/Gürültü Kirliliği", *Ceza Hukuku Dergisi*, Y.3, S.7, Ağustos 2008, ss.111-120;
- Göktürk Neslihan, "Suçun Yasal Tanımında Yer Alan "Hukuka Aykırılık" İfadesinin İcra Ettiği Fonksiyon", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.7, S.1, 2016, ss.407-450;
- Hafizoğulları Zeki/Özen Muharrem, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8. Baskı, USA Yayıncılık, Ankara 2015;

- Hafizoğulları Zeki/Özen Muharrem, *Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler Toplama Karşı Suçlar*, USA Yayıncılık, Ankara 2012;
- Heine Günter, in Schönke/Schröder *Strafgesetzbuch Kommentar*, 28. Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 2010;
- Katoğlu Tuğrul, "Ceza Hukukunda Suçun Mağduru Kavramının Sınırları", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.61, S.2, 2012, ss.657-693;
- Kaymaz Seydi/Gökcan Hasan Tahsin, 5236 Sayılı Türk Ceza Kanununda Taksirle Adam Öldürme ve Yaralama Suçları, Seçkin Yayınevi, Ankara 2006;
- Keskin Kızıroğlu Serap, "Kasten Yaralama Suçu", Prof. Dr. Nevzat Toroslu'ya Armağan, C.I, Ankara Üniversitesi Yayını, Ankara 2015, ss.639-686;
- Kight Caitlin R./Swaddle John P., "How and Why Environmental Noise Impacts Animals: An Integrative, Mechanistic Review", *Ecology Letters*, V. 14, Iss. 10, 2011, pp.1052-1061;
- Koca Mahmut, "Fikri İctima", *Ceza Hukuku Dergisi*, Y.2, S.4, Ağustos 2007, ss.197-221;
- Koca Mahmut/Üzülmez İlhan, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 9. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2016;
- Koca Mahmut/Üzülmez İlhan, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2016,
- Kocasakal Ümit, "Kişilerin Huzur ve Sükûnunu Bozma Suçu (TCK 123)", *Ankara Barosu Dergisi*, S.2, 2015, ss.111-146;
- Malkoç İsmail, *Açıklamalı Türk Ceza Kanunu*, C.3, Malkoç Yayınevi, Ankara 2013;
- Nuhoğlu Ayşe, "Kanunilik İlkesi Işığında 554 Sayılı Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkında Kanun Hükümünde Kararname", Prof.Dr. Ergun Önen' e Armağan, İstanbul 2003, ss.677-696;
- Otacı Cengiz/Keskin İbrahim, *Türk Kabahatler Hukuku*, HUKAB Yayınları, Ankara 2014;
- Özar Süleyman, "Türk Ceza Kanunu'nun Sistematiğine İlişkin Kritik Noktalar", *Ankara Barosu Dergisi*, S.3, 2006, ss.97-114;
- Özbek Veli Özer/Doğan Koray/Bacaksız Pınar/Tepe İlker, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 7. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2016;
- Özgenç İzzet, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 12. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2016;
- Öztürk Bahri/Erdem Mustafa Ruhan, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, 16. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2016;
- Parlar Ali/Hatipoğlu Muzaffer, *Cezai ve Hukuki Sorumluluk Boyutlarıyla Çevre Hukuku*, Adalet Yayınevi, Ankara 2010;
- Passchier Vermeer Willy/Passchier Wim F., "Noise Exposure and Public Health", *Environmental Health Perspectives*, Vol. 108, Supplement 1, March 2000, pp.123-131;
- Pavlogeorgatos Gerasimos, "Environmental Parameters in Museums", *Building and Environment*, Vol.38, Iss.12, December 2003, pp.1457-1461;
- Soyaslan Doğan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 7. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara 2016;

- Stansfeld Stephen A./Matheson Mark P., "Noise Pollution: Non-Auditory Effects on Health", *British Medical Bulletin*, Vol.68, 2003, Iss.1, pp.243-257;
- T.C. Çevre ve Şehircilik Bakanlığı Çevre Yönetimi Genel Müdürlüğü Gürültü ve Titreşim Kontrolü Şube Müdürlüğü, <http://gurultu.cevreorman.gov.tr/gurultu/AnaSayfa/gurultu.aspx?sflang=tr>, (19.08.2016);
- Talas Serdar, "Türk Ceza Kanunu'nda Çevrenin Kasten ve Taksirle Kirletilmesi Suçları", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C.LXXI, S.1, 2013, ss.1147-1157;
- Taneri Gökhan, *Çevreye Karşı Suçlar*, Bilge Yayınevi, Ankara 2016;
- Taşkın Ozan Ercan, "Maddi ve Muhakeme Boyutuyla Çevre Ceza Hukukuna Dair Bazı Tespitler/Kısmi Öneriler", *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi*, C.3 S.1, Haziran 2015, ss.119-166;
- TBMM Adalet Komisyonu Raporu, T.16.05.2005, E.2/452, K.79, <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss901m.htm>, (12.03.2016).
- TDK, Güncel Türkçe Sözlük, <http://www.tdk.gov.tr>, (19.08.2016);
- Tezcan Durmuş/Erdem Mustafa Ruhan/Önok R. Murat, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 12. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2015;
- Toprak Remzi/Aktürk Nizami, "Gürültünün İnsan Sağlığı Üzerindeki Olumsuz Etkileri", *Türkiye Hijyen ve Deneysel Biyoloji Dergisi*, C.61, No.1,2,3, 2004, ss.49-58;
- Toprak Zerrin, *Çevre Yönetimi ve Politikası*, Albi Yayınları, İzmir 2012;
- Toroslu Nevzat/Toroslu Haluk, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, 23. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara 2016;
- Tuncer Sezin Duygu/Başkale Mithat Burak, "Çevre Ceza Hukukunda Zaman", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.65, S.4, 2016, ss.3695-3714;
- US Environmental Protection Agency, <https://www.epa.gov/clean-air-act-overview/title-iv-noise-pollution>, (19.08.2016);
- Ünver Yener, "Türk Yargı Kararlarının Kanunilik İlkesi ve Sonuçları Açısından Değerlendirmesi", *Gesetzlichkeitsprinzip im Strafrecht (Ceza Hukukunda Kanunilik İlkesi)*, (Ed. Yener Ünver), C.3, Seçkin Yayınevi, Ankara 2014, ss.15-34;
- Ünver Yener, *Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2003;
- Üzülmez İlhan, *Vücut Dokunulmazlığına Karşı Suçlar*, Adalet Yayınevi, Ankara 2013;
- World Health Organization, *Guidelines For Community Noise*, (Ed. Birgitta Berglund, Thomas Lindvall, Dietrich H.Schwela), World Health Organization, Geneva 1999;
- Yalçın Sancar Türkan, "Türk Ceza Kanunu'nda Zincirleme Suç", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S.70, 2007, ss.244-259;
- Yaşamış Firuz D., "Çevre Ceza Hukuku'nda Son Gelişmeler: Yeni Türk Ceza Kanunu ve Kabahatler Kanunu", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S.58, 2005, ss.137-147;
- Yaşar Osman/Gökcan Hasan Tahsin/Artuç Mustafa, *Türk Ceza Kanunu*, C.4, Adalet Yayınevi, Ankara 2014;

- Yenerer Çakmut Özlem, Kişilerin Huzur ve Sükûnunu Bozma ve Gürültüye Neden Olma Suçu, Beta Yayınevi, İstanbul 2014;
- Yılmaz Demirkale Sevtap/Aşçıgil Mine, "Sağlıklı Kentlerle ve Yapılarla İlgili Türkiye'nin Gürültü Politikası", VIII. Ulusal Tesisat Mühendisliği Kongresi Sempozyum Bildirileri, İzmir 2007, ss.267-284;
- Yılmaz Sacit, Çevre Hukuku Bağlamında Türk Ceza Kanunundaki Çevre Suçları, Adalet Yayınevi, Ankara 2013;
- Yılmaz Turgut Nühket, Çevre Politikası ve Hukuku, İmaj Yayıncılık, Ankara 2012;
- Yokuş Sevik Handan, Çevre Hukuku Doğal Çevrenin Korunması, Adalet Yayınevi, Ankara 2013;
- Yokuş Sevik Handan, "Gürültüye Neden Olma Suçu", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan Özel Sayı*, C.19, S.2, 2013, ss.363-379.

CEZA MUHAKEMESİ HUKUKUNDA MAĞDURUN HUKUKİ YARDIM ALMA HAKKI

RIGHT TO LEGAL AID OF CRIME VICTIM IN CRIMINAL PROCEDURE LAW

Ahmet BOZDAĞ*

Özet: Ceza muhakemesinin bir süjesi olan mağdur, suçla korunan hukuksal değer in sahibidir. Suçla korunan hukuksal değer in sahibi olması nedeniyle suçtan doğrudan zarar gören veya zarar görme tehlikesi geçirmiş olan mağdur için de failin yargılanması ve cezalandırılması büyük önem taşımaktadır. Uzun süre ihmal edilmiş olan mağdur hakları, son yıllarda hem ulusal hem de uluslararası hukukta düzenlenmiş ve geliştirilmiştir.

Türk ceza muhakemesi hukukunda mağdura, şikâyet ve ihbarda bulunma hakkı, dosyayı inceleme hakkı, delil araştırması yapılmasını isteme hakkı, davaya katılma hakkı, delil sunma hakkı, bazı işlemlerde hazır bulunma hakkı, kanun yollarına başvurma hakkı gibi birçok hak tanınmıştır. Bu çalışmada, sadece Türk ceza muhakemesi hukuku kapsamında suç mağdurlarının bir avukatın hukuki yardımından yararlanma hakları üzerinde durulmuştur. Bu kapsamda, mağdurun ceza yargılamasında hukuki yardım alma hakkı, bu hakkın kapsamı ve bu haktan yararlanmanın koşulları incelenmiştir. Çalışmanın sonunda, mağdurun, avukatın hukuki yardımından yararlanma hakkı konusundaki yasal eksiklikler tespit edilmiş ve çözüm önerileri sunulmuştur.

Anahtar kelimeler: Mağdur, Mağdurun Hakları, Hukuki Yardım, İhtiyari Hukuki Yardım, Zorunlu Hukuki Yardım

Abstract: The victim of crime, which is the subject of criminal procedure, is the owner of the protected legal interest. It is of great importance for the victim who is harmed or at risk of being harmed by the crime that the perpetrator be judged and charged. Victim rights, which have been neglected for a long time, have been regulated within the scope of domestic and international laws in recent years.

In the Turkish Criminal Procedure Law, the victim has been granted the rights to complain and report, review the case file, present a motion for evidence to be collected, to intervene in the claim, present evidence to the court, and file a motion of legal remedies. In this study, we specifically examine the rights of crime victims to receive legal assistance from a legal counsel in the context of Turkish Criminal Procedure Law. In this context, the victim's right to receive legal assistance during criminal procedure, the scope of this

* Yrd. Doç. Dr., Gaziantep Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

right, and the circumstances required to benefit from this right were analyzed. In the final section of the study, we present some legal inadequacies about the victim's right to receive legal assistance from a legal counsel and some solution suggestions.

Keywords: Victim of Crime, Victim's Rights, Legal Aid, Arbitrary Legal Aid, Obligatory Legal Aid

I. GİRİŞ

Katılan sıfatı ile bireysel iddia makamında süje olma hakkına sahip olan mağdur, ceza muhakemesi hukukunun önemli kavramlarından biridir. Ceza muhakemesinde şüpheli ve sanık açısından maddi gerçeğin ortaya çıkarılması ve adil ve hakkaniyete uygun bir yargılamanın yapılması ne kadar önemli ise, suçun mağdur veya mağdurları için de bir o kadar önemlidir. Çünkü adalet, sadece devlet ile şüpheli ve sanık için değil, aynı zamanda mağdur için de gereklidir. Ceza ve ceza muhakemesi hukukunun amaçlarından biri de etkin bir soruşturma ve kovuşturma yapılarak maddi gerçeğe ulaşmak ve suç işlediği kesinleşen sanığın etkili bir yaptırıma tabi tutularak mağdurun tatmin edilmesi ve böylece ihkak-ı hakkın önüne geçmektir. Bu amaca ulaşmak ancak mağdurun, soruşturma ve kovuşturmayla etkili bir şekilde katılmasını sağlamaktır. Mağdurun yargılamaya etkin bir şekilde katılması ise ancak bir hukukçunun hukuki yardımından yararlanması ile mümkün olabilecektir.

Uzun süre hem uluslararası hukukta hem de ulusal hukuklarda, şüpheli ve sanık hakları (adil yargılanma hakkı, savunma hakkı, maddi gerçeğe ulaşma) üzerinde yoğunlaşmış, mağdur ve suçtan zarar görenin hakları ihmal edilmiş adeta mağdur kendi mağduriyeti ile başbaşa bırakılmıştır. Ancak viktimolojinin gelişmesine paralel olarak son yıllarda hem uluslararası hukukta hem de ulusal hukukumuzda mağdurun ceza yargılamasında belirli haklara sahibi olduğu kabul edilmiş ve bu hakların içeriği konusunda detaylı çalışmalar ve düzenlemeler yapılmaya başlanmıştır.¹ Bu bağlamda yapılan düzenlemeler içerisinde en önemlileri, mağdurun bir avukatın hukuki yardımından yararlanma hakkına sahip olduğuna ve belirli durumlarda mağdurun

¹ Özkan Güntekin, "Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Mağdur Hakları", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Yıl 2012, S.11, s.122.

avukatın hukuki yardımından yararlanmasının zorunlu olduğuna ilişkin yükümlülükler ile mağdurun, avukatın hukuki yardımından yararlanması konusunda devlete belirli pozitif yükümlülükler getiren **düzenlemelerdir**.

Türk ceza muhakemesi hukukunda da özellikle 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun yürürlüğe girmesi ile mağdurun bir vekilin hukuki yardımından yararlanmasına yönelik önemli düzenlemeler yapılmıştır.

II. MAĞDUR KAVRAMI

Ceza hukukunu düzenleyen mevzuatta sıkça ifade edilen² ve muhakeme sürecinde birçok hakka ve yetkiye sahip olan mağdur³ kavramı, Ceza Muhakemesi Kanunu'nda (CMK) tanımlanmadığı gibi bu kavramın doktrinde de ortak bir tanımı yapılamamıştır.⁴

“Mağdur” kelimesi, Arapça zulüm, merhametsizlik, haksızlık anlamına gelen “gadr” kelimesinden türetilmiş bir kavram olup,⁵ hukuk literatüründe de suçtan veya haksız bir fiilden zarar görmüş kimse olarak tanımlanmıştır.⁶ Mağdur kavramı günlük hayatta ve hukukta, suç mağduru, banka mağduru, doğal afet mağduru, sözleşme mağduru, haksız fiil mağduru, kabahat mağduru gibi birçok farklı anlamda kullanılmaktadır. Ceza mevzuatında mağdur kavramı, suç işlenmesi sonucu mağdur olmuş kişileri ifade etmek için kullanıldığından biz de çalışmamızda mağdur kavramını, suçun mağdurunu ifade edecek şekilde kullanmaktayız.

Ceza hukukunu düzenleyen mevzuatta mağdur kavramı, ilk defa ve sadece 5 Mart 2013 tarihli ve 28578 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Denetimli Serbestlik Hizmetleri Yönetmeliğinde, “mağdur, kendisine veya birinci dereceden aile üyelerinden birine karşı işlenen suçun fiziksel, duygusal veya maddi sonuçları sebebiyle desteğe ihtiyaç duyan kişi” olarak

² TCK m. 12, 22, 50, 51, 55, 73, 76, 77, 79, 86, ...; CMK m. 12, 15, 22, 52, 58, 66, 158, 170, 202, 233, 234, ...

³ CMK m. 158, 233, 234, 239...; TCK m. 73.

⁴ Bahri Öztürk ve Diğerleri, Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınları, 2013, s.237.

⁵ TBMM İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu, Mağdur Hakları İnceleme Raporu, 12. 6. 2014, s. 2.

⁶ Ejder Yılmaz, Hukuk Sözlüğü, 7. Bası, Yetkin Yayınları, 2002, s.758.

tanımlanmıştır (m.4/1-p).⁷ Ayrıca, henüz tasarı aşamasında bulunan *Mağdur Hakları Kanun Tasarısı'nda* "mağdur, kendisine karşı işlenen suç nedeniyle zarar gören veya bu sebeple ekonomik kayba uğrayan kişi" olarak tanımlanmıştır.⁸ Kanaatimizce, kanun tasarısındaki bu tanım, suçtan zarar görmeyi esas aldığından, netice yani zarar koşulu bulunmayan sırf hareket suçlarının mağdurunun tespit edilmesinde yetersiz kalacaktır.

Bugüne kadar yapılmış tanımları da dikkate alarak ceza hukuku bakımından mağduru şöyle tanımlayabiliriz. Mağdur,⁹ suçla korunan hukuksal değerın sahibidir.¹⁰ Diğer bir ifadeyle mağdur, işlenen suçun konusu kişilik hakları veya malvarlığı üzerindeki mülkiyet hakkı olması nedeniyle suçtan doğrudan doğruya zarar görmüş¹¹ veya zarar görme tehlikesiyle karşı karşıya kalmış olan kişidir.¹² Dolayısıyla bir kişinin suçun mağduru olması için, suçun konusunun kendisine ait olması,¹³ işlenen suçun kişilik haklarını veya mülkiyet hakkını ihlal etmiş olması ve ihlal sonucunda doğrudan doğruya zarar görmüş veya

⁷ Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Suç Mağdurlarına Yardımla İlgili 14 Hazi-
ran 2006 Tarihli ve 8 Sayılı Tavsiye Kararı'nda mağdur, "bir üye ülkenin ceza hu-
kukunun ihlali ile sonuçlanan eylem ve ihmaller dolayısıyla fiziksel veya zihinsel
yaralanma, duygusal acı veya ekonomik kayıp dâhil zarara uğramış gerçek kişi"
şeklinde tanımlanmıştır. TBMM İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu, Mağdur
Hakları İnceleme Raporu, 12.6.2104, s. 3.

⁸ Muhittin Özdemir, "Suç Mağdurlarına Yardım İçin Yeni Bir Başlangıç", Uluslara-
rası Mağdur Hakları Sempozyumu 30-31 Ekim 2014, Mağdur Hakları Daire Baş-
kanlığı Yayın No: 1, 2015, s. 121

⁹ Suç Mağdurlarının Hakları, Desteklenmesi ve Korunması Hakkında Asgari Stan-
dartlar Oluşturmak Üzere Avrupa Birliği Parlamentosu ve Konseyi'nin 2012 ta-
rihli ve 29 sayılı Direktifinde "mağdur, suç neticesinde doğrudan fiziksel, duygusal
veya zihinsel zarar gören veya ekonomik kayba uğrayan gerçek kişi ve işlenen
suç neticesinde ölen kişinin, bu ölüm neticesinde zarar gören aile bireyleri" ola-
rak tanımlanmıştır. Asuman İnceoğlu, "Uluslararası Düzenlemeler Işığında Türk
Hukukunda Mağdur Hakları", Uluslararası Mağdur Hakları Sempozyumu 30-31
Ekim 2014, Mağdur Hakları Daire Başkanlığı Yayın No: 1, 2015, s.59.

¹⁰ Ali Kemal Yıldız, Ceza Muhakemesinde Mağdur, Suçtan Zarar Gören, Şikâyetçi,
Ankara, 2008, s. 27; Tuğrul Katoğlu, "Ceza Hukukunda Suçun Mağduru Kavramı-
nın Sınırları", *AÜHFD*, S.61, 2012, s.662; Mahmut Koca, İlhan Üzülmöz, Türk Ceza
Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014, s.107.

¹¹ Nurullah Kunter, Feridun Yenisey, Ayşe Nuhoglu, Muhakeme Hukuku Dalı Ola-
rak Ceza Muhakemesi Hukuku, 18. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2010, s.373.

¹² Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen, A. Caner Yenidünya, Ceza Hukuku Genel
Hükümler, 8. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, s.280, 283.

¹³ Fatma Karakaş Doğan, "Suçtan doğan Mağduriyetin Devlet Tarafından Gideril-
mesi ve Suç Mağdurlarına Yardım Hakkında Kanun Tasarısı", *Türkiye Barolar Bir-
liği Dergisi*, 2011/95, s. 203.

zarar görme tehlikesi geçirmiş olması gerekir. Kişilik hakkı veya mülkiyet hakkı ihlal edilmediği halde, işlenen suçtan zarar görmüş kişiler ise, “suçtan zarar gören kişi” olarak ifade edilebilir.¹⁴ Diğer bir ifade ile suçtan zarar gören, suçun konusu kendisine ait olmadığı halde mağdurla yakınlığı bulunan ya da mülkiyet hakkının türevleri olan kullanma ve/veya yararlanma haklarına sahip olmaları nedeniyle işlenen suçtan zarar gören kişidir. Hemen belirtelim ki, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nda ve diğer mevzuatta, birçok maddede mağdur ve suçtan zarar gören aynı anlamda ve birbirinin yerine kullanılmıştır. Ayrıca her mağdur, aynı zamanda potansiyel olarak suçtan zarar gören veya zarar görme tehlikesi geçiren durumunda olduğundan, CMK’da suçtan zarar görene tanınan hakların, aynı zamanda mağdura da tanındığını kabul etmekteyiz. Mağdur kavramına benzer ve mağdur kavramı ile karıştırılan kavramlardan biri de “malen sorumlu” olan kişidir. Malen sorumlu, “yargılama konusu için hükme bağlanması ve bunun kesinleşmesinden sonra, maddî ve malî sorumluluk taşıyarak hükmün sonuçlarından etkilenecek veya bunlara katlanacak kişidir” (CMK m. 2/1-i). Malen sorumlu, (mağdur ve suçtan zarar gören dışında) suçun işlenmesinden değil, ceza yargılamasının sonunda verilecek hükümden maddi veya mali yönden etkilenecek kişidir.

III. MAĞDURUN HUKUKİ YARDIM ALMA HAKKI VE KAPSAMI

Ceza muhakemesinde adil bir yargılamanın yapılması, maddi gerçeğe ulaşılması ve yargılama sonucunda mahkûm edilen kişinin hakkaniyete uygun bir ceza ile cezalandırılması devlet, toplum ve şüpheli/sanık için ne kadar önemliyse, mağdur için de bir o kadar önemlidir. Bu önem karşısında kanun koyucu da nasıl ki iddia makamında yer alan Cumhuriyet savcısını birçok yetki ile donatmış, savunma makamında yer alan müdafî¹⁵ ve şüpheli/sanığa birçok hak ve yetki vermiş ise, işlenen suçtan en çok etkilenen mağdura da ceza yargılamasında aktif rol alabilmesi için birçok hak tanımıştır. Ceza muhakemesinde

¹⁴ Süleyman Akdemir, Ceza Hukukunda Mağdurun korunması, Akevler Akdeniz Bilimsel Araştırma Merkezi Yayınları -4, İzmir, 1988, s.12.

¹⁵ Müdafî ve müdafie tanınan hak ve yetkiler hakkında geniş bilgi için bkz. Ahmet Bozdağ, Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafî, 1. Basi, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014.

mağdurun etkin rol alması ve maddi gerçeğe eksiksiz olarak ulaşılabilmesi için mağdura, kovuşturmaya katılma,¹⁶ şikâyet ve ihbarda bulunma, soruşturma ve kovuşturma dosyasını inceleme ve örnek alma, kanun yollarına başvurma, delillerin toplanmasını isteme ve bizzat delil toplama, soru sorma,¹⁷ tercümandan yararlanma (CMK m. 202/1), hukuki yardım alma gibi birçok hak ve yetki tanınmıştır.¹⁸

Mağdura tanınan hakların en önemlilerinden biri de, hukuki yardım alma hakkıdır.¹⁹ Hukuki yardım alma hakkı mağdurun, hukuk bilgi ve tecrübesine sahip olan bir kişiden mağduriyetine sebep olduğunu düşündüğü faillerinin yargılanması ve gerekli yaptırımlarla cezalandırılması için ceza muhakemesi süresince hukuki yardım alma imkânına sahip olmasını ifade etmektedir. Ceza muhakemesinde mağdurun, başka kişilerden hukuki yardım almasına ilişkin herhangi bir yasaklayıcı veya sınırlayıcı hüküm bulunmamaktadır. Dolayısıyla mağdur, ceza muhakemesinde istediği herkesten ve istediği kadar kişiden hukuki yardım alma hakkına sahiptir.²⁰ Fakat hukuki yardım sağlamak amacıyla mağdurla birlikte veya mağduru temsilen ceza muhakemesi sürecinde hazır bulunma ve/veya işlem yapma hakkı ve yetkisi, sadece avukat olan kişilere tanınmıştır.²¹ CMK'da, ceza muha-

¹⁶ "Mağdur, suçtan zarar gören gerçek ve tüzel kişiler ile malen sorumlu olanlar, ilk derece mahkemesindeki kovuşturma evresinin her aşamasında hüküm verilmeye kadar şikâyetçi olduklarını bildirecek kamu davasına katılabilirler" (CMK m. 237).

¹⁷ "Cumhuriyet savcısı, müdafi veya vekil sıfatıyla duruşmaya katılan avukat; sanığa, katılana, tanıklara, bilirkişilere ve duruşmaya çağrılmış diğer kişilere, duruşma disiplinine uygun olarak doğrudan soru yöneltebilirler. Sanık ve katılan da mahkeme başkanı veya hâkim aracılığı ile soru yöneltebilir" (CMK m. 201).

¹⁸ Heinz Schöch, "Mağdurun Korunması-Ceza Usul Hukuku Reformu Düşüncelerinin Sınanması", (Çev.: Ayşe Nuhoglu) Suç Politikası, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 5, Ankara 2006, s. 117.

¹⁹ Çağdaş ceza hukukunda suçun asli mağdurunun devlet olduğu fikrinin kabul edilmesi ile devlet kendi mağduriyetini gidermek için resmi bir teşkilat olan ve hukukçulardan oluşan savcılık makamını kurmuştur. Devletin toplam adına suçları kovuşturmaya başlaması ile birlikte şüpheli/sanık devlet karşısında zayıf kalmıştır. Şüphelinin/sanığın bu zayıflığını ortadan kaldırmak amacıyla şüphelinin/sanığın bir hukukçu olan müdafi aracılığıyla savunulması gerektiği prensip olarak kabul edilmeye başlanmıştır. Fakat mağdurun hukuki yardım alma hakkına sahip olması uzun süre ihmal edilmiştir. Bunun sebebi, mağdurun iddia makamında savcı ile birlikte yer almasıdır. Akdemir, s.78.

²⁰ Veli Özer Özbek ve Diğerleri, Ceza Muhakemesi Hukuku, 2. Bası, Seçkin Yayıncılık, 2011, s.235.

²¹ "Kanun işlerinde ve hukuki meselelerde mütalaa vermek, mahkeme, hakem veya

kemesi süresince mağdura hukuki yardım sunmak ve mağduru temsil etme yetkisine sahip olan avukat, vekil olarak tanımlanmıştır (CMK m. 2/1-d).

Mağdurun hukuki yardım alma hakkı, uluslararası hukuk metinlerinde düzenlendiği gibi ulusal mevzuatımızda da düzenlenmiştir. Birleşmiş Milletler'in 29 Kasım 1985 tarihli 40/34 sayılı "Suçtan ve Yetki İstismarından Mağdur Olanlara Adalet Sağlanmasına Dair Temel Prensipler Deklarasyonu"nda (m.6/c)²²;15 Mart 2001 Tarihli Avrupa Birliği Konseyinin "Ceza Muhakemesinde Mağdurun Konumuna İlişkin Çerçeve Kararında"²³; Suç Mağdurlarının Hakları, Desteklenmesi ve Korunması Hakkında Asgari Standartlar Oluşturmak Üzere Avrupa Birliği Parlamentosu ve Konseyi'nin 2012 tarihli ve 29 sayılı Direktifinde (13. Paragraf)²⁴, genel olarak ceza muhakemesi sürecinde mağdurun hukuki yardım alma hakkına sahip olduğu ve devletin de bu hakka hem saygı göstermek hem de bu hakkın etkin kullanılması için aktif görev alması gerektiği düzenlenmiştir.²⁵

1982 Anayasası'na göre, "herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı ... olarak iddia ... hakkına sahiptir" (Any. m. 36). Ceza muhakemesinde mağdur, iddia makamında yer alan bir süje (katılan - **şikayetçi**- ihbarcı) ve hukuki yardım alma hakkı da meşru bir vasıta olduğundan, anayasal olarak mağdurun hukuki yardım alma hakkına sahip olduğu açıkça ifade edilebilir. Ayrıca Ceza Muhakemesi Kanunu'nda düzenlenmiş olan, "vekili bulunmaması

yargı yetkisini haiz bulunan diğer organlar huzurunda gerçek ve tüzel kişilere ait hakları dava etmek ve savunmak, adli işlemleri takip etmek, bu işlere ait bütün evrakı düzenlemek, yalnız baroda yazılı avukatlara aittir" (Av. K m.35).

²² "Hukuki süreç boyunca mağdurlara uygun bir hukuki yardım sağlanır" (m. 6/c), Muharrem Balcı, Gülden Sönmez, Temel Belgelerde İnsan Hakları, Danışman Yayınları, İstanbul, 2001, s. 204.

²³ İnceoğlu, s.68.

²⁴ "Üye devletler, ceza muhakemesine katılan mağdurlara ihtiyaç duydukları hukuki yardımı sağlamalıdır. Mağdurlara hukuki yardımında nasıl sağlanacağı, üye devletlerin ulusal hukukları tarafından belirlenir"(13. Paragraf). İngilizce metni için bkz. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32012L0029> (Erişim: 06.04.2016).

²⁵ "Batı ülkelerinde Victim Support ve Victim Assistance adları altında 35-40 yıldan beri örgütlü faaliyetler yürütülmekte olan ve etki alanı uluslararası seviyelere ulaşan örgütlenmeler bulunmaktadır". Bayram Erzurumluoğlu, "Avrupa Birliği Normlarında Mağdur Haklarının Korunması", *Polis Bilimleri Dergisi*, C.11, 2009, s.70.

halinde, cinsel saldırı suçu ile alt sınırı beş yıldan fazla hapis cezasını gerektiren suçlarda, baro tarafından kendisine avukat görevlendirilmesini isteme” (CMK m. 234/1-a-3, 239/1), *“mağdur, on sekiz yaşını doldurmamış, sağır veya dilsiz ya da meramını ifade edemeyecek derecede malûl olur ve bir vekili de bulunmazsa, istemi aranmaksızın bir vekil görevlendirilir”* (CMK m. 234/2, 239/2), şeklindeki hükümlerden de mağdurun, bir vekilin hukuki yardımından yararlanma hakkına sahip olduğu açıkça anlaşılmaktadır.

Hem ulusal hem de uluslararası mevzuattaki bu hükümler dikkate alındığında, mağdurun ceza muhakemesinin her aşamasında hukuki yardım alma ve bir vekilin hukuki yardımından yararlanma hakkına sahip olduğu kabul edilmelidir. Ayrıca yetkili mercilerin, mağdura bir vekilin hukuki yardımından yararlanma hakkı olduğunu hatırlatmaları ve mağdurun talep etmesi üzerine veya kanundaki istisnai durumlarda re’sen bir vekil görevlendirmeleri zorunludur (CMK m. 234/3, 239/1-2). Talep üzerine veya re’sen vekil görevlendirilmesi, soruşturma aşamasında ifadeyi alan Cumhuriyet savcısı/kolluk memuru veya sorguyu yapan sulh ceza hâkimi, kovuşturma aşamasında ise mahkeme tarafından barodan talep edilir.²⁶ Soruşturma aşamasında eğer mağdur belli ise, soruşturmaya başlandıktan sonra tutanağa geçirilmek üzere sözlü olarak veya yazılı olarak soruşturmaya başlandığının ve soruşturma kapsamında bir avukatın hukuki yardımından yararlanma hakkının bulunduğu soruşturma mercileri tarafından en kısa zamanda mağdura hatırlatılması gerekir. Ancak zorunlu vekillik gerektiren hallerde ise, soruşturmaya başlandıktan sonra vekili bulunmayan mağdura re’sen vekil görevlendirilmelidir. Kovuşturma aşamasında ise, zorunlu vekillik gerektiren hallerde katılma talebi bulunup bulunmamasına bakılmaksızın iddianamenin kabulünden sonra vekili bulunmayan mağdura re’sen vekil görevlendirilmesi gerekir. Zorunlu vekillik gerektirmeyen hallerde ise, mağdurun katılma talebinin kabulünden sonra mağdura vekilden yararlanma hakkının hatırlatılması gerekir.

²⁶ 02.03.2007 tarihli Ceza Muhakemesi Kanunu Gereğince Müdafî ve Vekilin Görevlendirilmeleri ile Yapılacak Ödemelerin Usul ve Esaslarına İlişkin Yönetmelik m. 5/6.

IV. MAĞDURUN HUKUKİ YARDIM ALMA BİÇİMLERİ

A) Genel Olarak

Ceza muhakemesinde bir vekilin hukuki yardımından yararlanmak mağdur için bir hak olduğundan, kural olarak bu haktan yararlanıp yararlanmamaya mağdurun özgürce karar verme hakkı bulunmaktadır. Bir başka ifadeyle, ceza muhakemesinde mağdur için vekilin hukuki yardımından yararlanmak kural olarak ihtiyaridir (CMK m. 234/1-a-3, 2- 239/1). Ancak adaletin ve adil yargılamanın gerektirdiği istisnai durumlarda mağdurun, bir vekilin hukuki yardımından yararlanması zorunluluk olarak düzenlenmiştir (CMK m. 234/3, 239/2).²⁷

Kanundaki bu düzenlemeler dikkate alınarak, mağdurun hukuki yardım alma hakkı, “ihtiyari hukuki yardım alma” ve “zorunlu hukuki yardım alma” olarak iki alt başlıkta incelenmektedir. Ayrıca bu ayırım doğrultusunda, mağdurun hukuki yardımından yararlandığı vekil de, “ihtiyari vekil” ve “zorunlu vekil” olarak sınıflandırılmaktadır.

B) İhtiyari Hukuki Yardım Alma

İhtiyari hukuki yardım alma, vekilin hukuki yardımından yararlanıp yararlanmamanın mağdurun takdirine bırakıldığı ve ceza muhakemesinin vekil olmadan da yürütülebilmesinin mümkün olduğu hukuki yardım alma türüdür.

Ceza Muhakemesi Kanunu’na göre mağdur, hem soruşturma aşamasında hem de kovuşturma aşamasında “*vekili bulunmaması halinde, cinsel saldırı suçu ile alt sınırı beş yıldan fazla hapis cezasını gerektiren suçlarda, baro tarafından kendisine avukat görevlendirilmesini isteme*” hakkına sahiptir (CMK m. 234/1-a-3, 2- 239/1). Kanun koyucu mağdurun, vekilin hukuki yardımından yararlanma hakkına sahip olduğunu ve vekil seçme hakkı bulunduğunu açıkça ifade etmemiş olup, sadece “(özgür iradesiyle seçtiği) **vekilinin bulunmaması halinde**” baro tarafından vekil görevlendirileceğini ifade etmiştir. Ancak bu ifadeden mağdurun, soruşturma ve kovuşturmanın her aşamasında kendi öz-

²⁷ “CMK, mağdura önemli haklar tanımıştır. Bu suretle daha düne kadar topal olan ceza muhakememiz, nihayet iki ayağı üzerine basmaya başlamıştır. CMK mağdura önemli haklar tanımıştır. Bu devrim niteliğinde bir düzenlemedir”. Öztürk ve Diğerleri, s. 238-239.

gür iradesiyle seçtiği bir veya birden fazla vekilin hukuki yardımından yararlanma hakkına sahip olduğu rahatlıkla çıkarılabilir.²⁸

Ceza muhakemesinde, mağdur için vekilin hukuki yardımından yararlanmak bir hak olup, bu haktan yararlanıp yararlanmamak kural olarak mağdur için ihtiyaridir. Dolayısıyla mağdur, ceza muhakemesi süresince haklarını savunmak ve maddi gerçeğin ortaya çıkarılması için gerekli işlem ve talepleri bizzat yapma hakkına sahip olduğu gibi, sahip olduğu hakları bir vekil yardımıyla da kullanabilme özgürlüğüne sahiptir. Mağdurun, vekilin hukuki yardımından yararlanma hakkına sahip olması kadar önemli bir diğer konu da mağdurun, vekilin hukuki yardımından yararlanma hakkına sahip olduğunun yetkili soruşturma ve kovuşturma makamlarınca kendisine anlatılmasıdır.²⁹ Bu amaçla kanun koyucu da mağdura, vekilin hukuki yardımından yararlanma hakkına sahip olduğunun yetkili merciler tarafından anlatılıp açıklanmasını ve bu durumun yazılı tutanağa bağlanmasını zorunlu tutmuştur (CMK m. 234/3).

Vekilin hukuki yardımından yararlanmanın ihtiyari olduğu durumlarda mağdur, bir veya birden fazla vekili bizzat seçebileceği gibi, kanunun belirttiği sınırlı hallerde talep etmesi halinde baro tarafından da kendisine ücretsiz bir vekil görevlendirilebilir. Vekilin hukuki yardımından yararlanmanın ihtiyari olduğu durumlarda, hem mağdur tarafından seçilen vekil hem de baro tarafından görevlendirilen vekil, ihtiyari vekil olarak nitelendirilmektedir.

1. İhtiyari Vekilin Seçilmesi

Ceza muhakemesinde genel kural, vekilin hukuki yardımından yararlanmak isteyen mağdurun, vekilini bizzat seçme hakkına sahip olmasıdır. Dolayısıyla kanunda vekilin avukat olması dışında herhangi bir koşul aranmadığından mağdur, Türkiye'deki bir baroya kayıtlı

²⁸ Oysaki kanun koyucu, şüpheli/sanığın müdafiden yararlanma hakkını düzenlerken, açıkça "şüpheli veya sanık, soruşturma ve kovuşturmanın her aşamasında bir veya birden fazla müdafinin yardımından yararlanabilir" (CMK m. 149/1); "şüpheli veya sanıktan kendisine bir müdafii seçmesi istenir. Şüpheli veya sanık, müdafii seçebilecek durumda olmadığını beyan ederse, istemi halinde bir müdafii görevlendirilir" (CMK m. 150/1), diyerek şüpheli ve sanığın, müdafisini özgürce seçme hakkına sahip olduğunu düzenlemiştir. Detaylı bilgi için bkz. Bozdağ, s.99-106.

²⁹ Özbek ve Diğerleri, s.236.

bulunan herhangi bir avukatı, bizzat vekil olarak seçebilir. Mağdur tarafından vekilin seçilmesi veya göreve başlaması herhangi bir soruşturma veya kovuşturma makamının iznine veya onayına tabi olmadığı gibi, soruşturma veya kovuşturma makamlarının mağdur tarafından seçilen vekili kabul etmeme yetkisi de kural olarak bulunmamaktadır.³⁰

Vekilin, bizzat mağdur tarafından seçildiği hallerde, mağdur ile vekil arasında vekâlet ilişkisi bir avukatlık sözleşmesiyle kurulur (Av. K m. 163/1). Mağdur ile vekil arasında yapılacak avukatlık sözleşmesi, vekilin, vekâlet görevinin gerektirdiği tüm görevleri yapmayı üstlendiği ve bunun karşılığında da mağdurun da belirli bir ücret ödemeyi taahhüt ettiği kendine özgü özellikleri olan bir özel hukuk sözleşmesidir.

CMK'da şüpheli/sanığa, kanuni temsilcisi tarafından da müdafii seçilebileceği düzenlenmesine rağmen (CMK m. 149/1), mağdura kanuni temsilcisi tarafından vekil seçilebileceğine ilişkin herhangi bir açık hüküm bulunmamaktadır. Ancak CMK'nın 234/3'üncü maddesinde yer alan "*on sekiz yaşını doldurmamış, sağır veya dilsiz ya da meramını ifade edemeyecek derecede malûl olanların vekili de bulunmazsa*" ifadesinden dolayı olarak velayet veya vesayet altındaki kişilerin seçilmiş vekil yardımından yararlanabileceği anlaşılmaktadır. Türk Medeni Kanunu'na göre, ayırt etme yeteneği olmayan küçük ve kısıtlılar (tam ehliyetsizler) kendilerini borç altına koyan hukuki işlemleri bizzat hiçbir şekilde yapamadıkları için, bu kişiler adına tüm borçlandırıcı işlemleri kanuni temsilcileri yapmak zorundadır (TMK m. 15). Ayrıca ayırt etme yeteneği bulunan küçük ve kısıtlılar (sınırlı ehliyetliler) ise, kanuni temsilcilerinin izni veya onayı olmadan kendilerini borç altına koyan hukuki işlemler yapamadıkları için, bu kişilerin yapacağı hukuki işlemler ya kanuni temsilci tarafından bizzat yapılır ya da küçük veya kısıtlı tarafından yapılan bu tür işlemler kanuni temsilcinin izni veya onayıyla geçerlilik kazanır³¹ (TMK m. 16). Mağdur ile vekil arasındaki vekâlet ilişkisini doğuracak avukatlık sözleşmesi, borçlan-

³⁰ Haklarında avukatlıktan yasaklılık nedenleri bulunan avukatlar, bu nedenler ortadan kalkmadıkça avukatlık yapamazlar. Yasaklılık nedenleri için detaylı bilgi için bkz. Bozdağ, s. 74-92.

³¹ Turgut Akıntürk, Derya Ateş Karaman, Medeni Hukuk, 16. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2011, s.135.

dırıcı bir sözleşme olduğundan bu sözleşmenin küçük veya kısıtlılar tarafından bizzat ve tek başına yapılması mümkün değildir. Sonuç olarak CMK 234/3'üncü maddesi gereği vekil seçme hakkına sahip olan küçük ve kısıtlılar, Medeni Kanun gereği ya kanuni temsilcilerinin izni veya onayıyla bizzat vekil seçebilecek ya da bizzat kanuni temsilcileri tarafından bu kişilere vekil seçilecektir.

Bu nedenlerle, kanunda açık hüküm bulunmamakla birlikte velayet veya vesayet altındaki mağdurların kanuni temsilcilerinin de, mağdurlar için vekil seçebileceği kanaatindeyiz.

2. İhtiyari Vekilin Görevlendirilmesi

Kural, vekilin hukuki yardımından yararlanmak isteyen mağdurun, bizzat vekil seçmesi veya kanuni temsilci tarafından mağdura vekil seçilmesi olmakla birlikte; hak arama özgürlüğünün etkin bir şekilde kullanılması, mağdurun sahip olduğu hakları daha etkin ve bilinçli kullanması, hukuk devleti ve sosyal devletin gereğinin yerine getirilmesi için bir vekilin (avukat) hukuki yardımından yararlanmak istemesine rağmen, ekonomik veya diğer sebeplerle vekil seçemeyecek durumda olduğunu beyan eden mağdura, devlet tarafından ücretsiz vekil görevlendirilmesi de ceza muhakemesi hukukumuzda kabul edilmiştir.³²

Ceza muhakemesi Kanunu'na göre, hem soruşturma hem de kovuşturma aşamasında yetkili mercilerin mağdura, vekil seçme hakkının bulunduğunu, vekil seçemeyecek durumda olması ve talep etmesi halinde kendisine baro tarafından ücretsiz bir vekil görevlendirileceğini ve görevlendirilecek vekile yapılan ödemelerin yargılama giderlerinden sayılacağını hatırlatması zorunludur³³ (CMK m. 234/1-a-3, 2, 3 -239/1). Mağdurun re'sen talep etmesi veya yetkili mercilerin hatırlatması üzerine vekilin olmadığını, vekil seçemeyeceğini bu nedenle kendisine baro tarafından ücretsiz vekil görevlendirilmesini istediğini beyan etmesi halinde, yetkili merciler tarafından mağdura, vekil görevlendirilmesi zorunludur.³⁴

³² Özbek ve Diğerleri, s.237.

³³ Yener Ünver, Hakan Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, Cilt 1, 9. Bası, Adalet Yayınevi, 2014, s. 759.

³⁴ "Müşteki talimatla alınan ifadesinde, katılma talebi ile birlikte mahkemesince ta-

Ceza Muhakemesi Kanunu'nda 2008 yılına kadar, vekili bulunmayan ve kendisine vekil görevlendirilmesini talep eden her mağdura suç ayrımı gözetmeksizin, soruşturma ve kovuşturmanın her aşamasında vekil görevlendirilmesi gerektiği kabul edilmişti.³⁵ Diğer bir ifadeyle 2008 yılına kadar mağdura baro tarafından vekil görevlendirilmesi için, suç ayrımı yapılmamış ve mağdurun kişisel özellikleri göz önünde bulundurulmamıştı. Fakat 2008 yılında bazı ekonomik sebeplerle CMK'nın 234. ve 239'üncü maddesinde yapılan değişikliklerle, mağdura ücretsiz vekil görevlendirilmesi belirli suçların varlığına bağlanmıştır.³⁶ Buna göre, mağdurun talebi üzerine baro tarafından ücretsiz ihtiyari vekil görevlendirilmesi için hem soruşturma hem de kovuşturma aşamasında şu koşulların tümünün aynı anda bulunması gerekir³⁷ (CMK m. 234/1-a-3,2 - 239/1);

- Mağdur veya kanuni temsilcisi tarafından seçilmiş bir vekilinin olmaması,
- İşlendiği iddia edilen suçun, cinsel saldırı suçu (TCK m. 102) olması veya alt sınırı beş yıldan fazla hapis cezası gerektiren bir suç olması ve

rafına avukat atanmasını talep ettiği halde, şikâyetçiyi ceza yargılamasında temsil edecek bir avukatın vekil olarak baro tarafından görevlendirilmesi sağlanmadan hüküm kurulması suretiyle CMK'nın 234/b-5 ve 239/1. maddelerine aykırı davranılması, nedeniyle kararın oy birliği ile bozulmasına" (Y2.CD, E. 2008/10155, K. 2008/15704, T. 14.10.2008); Kunter, Yenisey, Nuhoğlu, s.376-377; Nur Centel, Hamide Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, 12. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2015, s.887.

³⁵ "Mağdure E. talimatla alınan 18.04.2005 tarihli ve suçtan zarar gören müşteki A. 14.07.2006 günlü beyanlarında şikâyetçi olduklarını belirterek CMK'nın 237/1. maddesine uygun olarak kamu davasına katılma isteminde bulunmalarına rağmen mahkemece bu hususta 5271 sayılı CMK'nın 238/3, maddesi uyarınca olumlu ya da olumsuz bir karar verilmemesi ile müşteki A.'nin vekil atanmasını istemesine rağmen vekil atanmaması ve vekilsiz dinlenilmesi suretiyle CMK'nın 234/1b-5 maddesine aykırı davranılması, nedeniyle kararın oy birliği ile bozulmasına" (Y5.CD, E. 2007/733, K. 2007/2052, T. 19.03.2007).

³⁶ Nusret Alper Pazarcıkçı, "Türk Ceza Yargısında Soruşturma ve Kovuşturma Evresindeki Mağdur Hakları", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Yıl:4, S. 14, 2013, s.986-987.

³⁷ TBMM İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu, Mağdur Hakları İnceleme Raporu, 12. 6. 2014, s. 28; "Zorunlu vekillik ile kanun koyucunun amacı, güçlü savunma ve güçlü savcılığın yanında mağdura da güçlü bir koruma sağlamak olduğu halde, uygulamada görülen ödeme zorlukları ve diğer pratik aksaklıklar nedeniyle bu kurumdan istenilen verimi sağlayamamıştır". Kunter, Yenisey, Nuhoğlu, s. 377; Gültekin, s. 135.

- Mağdurun, yetkili mercilerden vekil görevlendirilmesi için talepte bulunmuş olması gerekir.

İhtiyari vekil görevlendirilmesinin bazı suç tipleri ile sınırlı tutulmuş olması, bazı hak kayıplarına ve mağduriyetlere sebebiyet verebileceği gibi aynı zamanda eşitlik ilkesine de aykırılık oluşturacaktır. Çünkü böyle bir düzenlenme, bazı mağdurların korunması bazılarının korunmaması, bazı suçların daha az mağduriyete sebep olduğu bazı suçların daha çok mağduriyete sebep olduğu, bazı mağduriyetlerin önemli olduğu bazı mağduriyetlerin önemsiz olduğu şeklinde tamamen sübjektif değerlendirmeler içeren bir düzenlemedir. Ayrıca sadece alt sınırı beş yıldan fazla hapis cezası gerektiren suçların ücretsiz vekil görevlendirilmesi için kabul edilmiş olması da bazı mağduriyetlere sebebiyet verebilecek niteliktedir. Şöyle ki, işlendiği iddia edilen fiilin hangi suçu oluşturduğuna ilişkin yanlış nitelendirme yapılması veya sonradan suçun niteliğinin değişmesi halinde, bu zamana kadar geçen sürede mağdur, vekil yardımından yararlanmamış olacaktır. Bu durum, mağdurun soruşturma veya kovuşturma aşamalarının bir kısmında vekil yardımından yararlanmasına, bir kısmında ise yararlanamamasına neden olacaktır. Ayrıca asliye ceza mahkemelerinde yapılacak yargılamalardaki duruşmalarda 2019 yılına kadar savcının da bulunmayacak olması,³⁸ bu mahkemelerdeki yargılamalarda mağdurun haklarının korumasız kalmasına ve ikinci bir mağduriyete sebebiyet verecektir.

Oysaki CMK'nın şüpheli/sanık için ihtiyari müdafii görevlendirilmesine ilişkin hükümlerinde açıkça, suç ayrımı yapılmaksızın ve şüpheli/sanığın kişisel özellikleri dikkate alınmaksızın müdafisi olmayan ve müdafii talep eden her şüpheli/sanığa müdafii görevlendirileceği kabul edilmiştir (CMK m. 150/1).³⁹ Kanaatimizce, müdafii görevlendirilmesine paralel bir şekilde düzenlenmiş olan CMK'nın 2008 yılında yapılan değişiklik öncesindeki mağdur "*vekili yoksa barodan kendisine bir vekil görevlendirilmesini isteme*" hakkına sahiptir, şeklindeki 234/1-a-3 ve 239/1'inci maddelerindeki hüküm daha isabetli ve hakkaniyete ve adil yargılanmaya daha uygundur. Adil yargılanma hakkı, ceza

³⁸ 23.03.2005 tarihli ve 5320 sayılı CMK'nın Yürürlük ve Uygulanma Şekli Hakkında Kanunu Geçici m.9.

³⁹ Bozdağ, s.107-114.

yargılaması, hukuk yargılaması ve idari yargılama için geçerli olan ve uyumsuzluğun tüm tarafları için geçerli bir ilkedir.⁴⁰ Ceza yargılamasında, adil yargılanma ve maddi gerçeğe ulaşma şüpheli/sanık için bir hak olduğu kadar ceza muhakemesinin bir süjesi olan mağdur için de bir haktır. Dolayısıyla adil yargılanma ceza muhakemesinin tüm süjeleri için bir hak, adil yargılama ise devlet için bir görevdir.

İhtiyari vekilin görevlendirilmesi, yukarıda belirtilen şartların bulunması ve talep üzerine, soruşturma evresinde ifadeyi alan merciin veya sorguyu yapan hâkimin, kovuşturma evresinde ise mahkemenin talebi üzerine soruşturma ve kovuşturmanın yapıldığı yer barosu tarafından yapılır.⁴¹

C) Zorunlu Hukuki Yardım Alma

Zorunlu hukuki yardım alma, vekilin hukuki yardımından yararlanmanın mağdurun takdirine bağlı olmadığı ve ceza muhakemesinin vekil olmadan yürütülebilmesinin kabul edilmediği hukuki yardım alma türüdür. Zorunlu hukuki yardım alma, soruşturma ve kovuşturma aşamasında mağdurun ruhsal ve fiziksel durumu ile yaşı dikkate alınarak mağdurun bir vekilin yardımından yararlanmasının zorunlu tutulmasıdır. Ceza muhakemesinde, mağdur için vekilin hukuki yardımından yararlanmak bir hak olup, bu haktan yararlanıp yararlanmamak kural olarak mağdur için ihtiyaridir. Fakat kanun koyucu, işlenen suç nedeniyle mağdur olan kişilerin ruhsal⁴² ve fiziksel özellikleri ile yaşlarını⁴³ dikkate alarak, mağdurların haklarını yeterince ve etkili bir şekilde kullanmasını sağlamak amacıyla bazı mağdurların, vekilin

⁴⁰ Ünver, Hakeri, s.20.

⁴¹ 02.03.2007 tarihli Ceza Muhakemesi Kanunu Gereğince Müdafî ve Vekilin Görevlendirilmeleri ile Yapılacak Ödemelerin Usul ve Esaslarına İlişkin Yönetmelik m. 5/6

⁴² "17.01.2005 tarihli adli raporda mağdurun epilepsi hastası olduğu belirtilip, mahkemece yargılama sırasında, rahatsızlığından dolayı beyanda bulunamadığı ve meramını anlatamadığının gözlenmesi karşısında 5271 sayılı CMK'nın 234/2. maddesi uyarınca istemi aranmaksızın (zorunlu) vekil görevlendirilmesi gerektiğinin gözetilmemesi, nedeniyle kararın oy birliği ile bozulmasına" (Y2.CD, E. 2008/1974, K. 2008/7716, T. 30.04.2008).

⁴³ "5271 sayılı Yasa'nın yürürlükte olduğu son oturumda henüz 18 yaşını doldurmuş mağdureye (zorunlu) vekil atanmayarak CMK'nın 234/2. maddesine aykırı davranılması, nedeniyle kararın oy birliği ile bozulmasına" (Y5.CD, E. 2006/810, K. 2006/823, T. 15.02.2006).

hukuki yardımından yararlanmasını zorunlu tutmuştur. Zorunlu vekillik gerektiren hallerde, vekil seçilmeden veya görevlendirilmeden ceza muhakemesi işlemleri yapılamaz.⁴⁴ Mağdurun, vekilin hukuki yardımından yararlanmasının zorunlu olduğu hallerde görev yapan vekil, zorunlu vekil olarak nitelendirilmektedir.

1. Zorunlu Vekillik Gerektiren Haller

Zorunlu vekillik, devlete yüklediği yüksek ekonomik külfet ile avukatlık mesleğinin serbest olması özelliği göz önünde bulundurularak her mağdur için kabul edilmemiş olup, sadece bazı istisnai mağdurlar için kabul edilmiştir.⁴⁵ Ceza Muhakemesi Kanunu'na göre hem soruşturma hem de kovuşturma aşamasında suç ayırımı gözetmeksizinin "mağdur, on sekiz yaşını doldurmuş, sağır veya dilsiz ya da meramını ifade edemeyecek derecede malûl olur ve seçilmiş bir vekili de bulunmazsa, istemi aranmaksızın bir vekil görevlendirilir"⁴⁶ (CMK'nın 234/2, 239/2). Kanun koyucu, zorunlu vekillik gerektiren halleri belirlerken, sadece mağdurun fiziksel ve ruhsal özellikleri ile yaşını dikkate almıştır⁴⁷. Diğer bir ifadeyle, zorunlu vekillik gerektiren haller düzenlenirken, işlendiği iddia edilen fiil ve suç türü ile meydana gelen zarar dikka-

⁴⁴ Alman ceza hukukunda, "Mağdur davanın her aşamasında kendisini bir avukatla temsil etme hakkına sahiptir. Bu durumda avukatlık ücreti, mağdur tarafından karşılanmaktadır. Ekonomik durumu iyi olmayan mağdurun ağır ceza gerektiren bazı davalarda dilekçe ile avukat talep etme hakkı bulunmaktadır. Bu gibi durumlarda devlet tarafından görevlendirilen avukatın ücreti, mahkûmiyet halinde sanık tarafından, beraat halinde mağdur tarafından karşılanmaktadır. Fakat cinayet ve cinsel saldırı gibi ağır cezalı bazı davalarda mağdura avukat görevlendirilmesi zorunludur. Bu durumda görevlendirilen avukatın ücreti, sanık beraat etse dahi devlet tarafından karşılanmaktadır". Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü Mağdur Hakları Daire Başkanlığı, Almanya Çalışma Ziyareti Raporu, 8-10 Nisan 2014, s.15.

⁴⁵ Olgun Değirmenci, "Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Mağdur Hakları", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2008, S. 77, s. 63.

⁴⁶ "CMK'nın 234/2.maddesinin amir hükmü gereğince on sekiz yaşını doldurmadığı ve vekilinin de bulunmadığı anlaşılın mağdure M'ye istemi aranmaksızın bir vekil atanması gerektiğinin gözetilmemesi nedeniyle kararın oy birliği ile bozulmasına" (Y5.CD, E. 2007/3445, K. 2007/4322, T. 04.06.2007); "20.02.1989 doğumlu olan ve hüküm tarihinde 18 yaşını tamamlamadığı anlaşılın mağdure S'ye CMK'nın 234/2. ve 188/1. maddeleri uyarınca istemi aranmaksızın zorunlu vekil tayin edilmesi gerektiği gözetilmeden ve de duruşmaya çağrılıp dinlenmeden karar verilmesi nedeniyle kararın oy birliği ile bozulmasına" (Y5.CD, E. 2006/12729, K. 2006/10585, T. 25.12.2006).

⁴⁷ TBMM İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu, Mağdur Hakları İnceleme Raporu, 12. 6. 2014, s. 29.

te alınmamıştır. Ceza muhakemesinde mağdur, yargılamaya katılmış olsun veya olmasın şartların bulunması halinde soruşturma ve kovuşturmanın her aşamasında zorunlu vekilden yararlanmak zorundadır⁴⁸.

Ceza Muhakemesi Kanunu'nda zorunlu vekillik gerektiren haller şunlardır⁴⁹;

- Mağdurun on sekiz yaşını doldurmamış olması⁵⁰,
- Mağdurun sağır veya dilsiz olması,
- Mağdurun meramını ifade edemeyecek derecede malûl olması halidir⁵¹.

2. Zorunlu Vekilden Yararlanma

Zorunlu vekillik gerektiren hallerde vekil, ya mağdur tarafından bizzat ya da kanuni temsilcisi tarafından seçilmekte veya ilgili merciin re'sen talep etmesi üzerine baro tarafından görevlendirilmektedir.

a) Zorunlu Vekilin Seçilmesi

Ceza Muhakemesi Kanunu'na göre, soruşturma ve kovuşturma aşamasında zorunlu vekillik gerektiren hallerde, mağdur bizzat veya kanuni temsilcisinin seçtiği vekili yoksa yetkili merciler tarafından vekil görevlendirilmesi zorunludur⁵² (CMK m. 234/2, 239/2). Bu hükümden de açıkça anlaşılacağı gibi zorunlu vekillik gerektiren

⁴⁸ Hakan Karakehya, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesi Bağlamında Ceza Muhakemesinde Duruşma, 1. Bası, Savaş Yayınevi, Ankara, 2008, s.73.

⁴⁹ Öztürk ve Diğerleri, s. 238; Süheyl Donay, Ceza Yargılama Hukuku, 1. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2010, s.188; Pazarcıkçı, s.988; Ünver, Hakeri, s.759.

⁵⁰ "Suç ile hüküm tarihinde onsekiz yaşından küçük olan ve kendisine karşı suç işlendiği kabul edilen mağdur A.'ya yargılamayı yapan mahkemece 5271 sayılı CMK'nın 234/2. maddesi uyarınca istemi aranmaksızın bir vekil görevlendirilmesi zorunluluğunun gözetilmemesi nedeniyle kararın oy birliği ile bozulmasına" (Y5.CD, E. 2007/7834, K. 2007/6508, T. 20.09.2007).

⁵¹ "17.01.2005 tarihli adli raporda mağdurun epilepsi hastası olduğu belirtilip, mahkemece yargılama sırasında, rahatsızlığından dolayı beyanda bulunamadığı ve meramını anlatamadığının gözlenmesi karşısında 5271 sayılı CMK'nın 234/2. maddesi uyarınca istemi aranmaksızın (zorunlu) vekil görevlendirilmesi gerektiğinin gözetilmemesi, nedeniyle kararın oy birliği ile bozulmasına" (Y2.CD, E. 2008/1974, K. 2008/7716, T. 30.04.2008).

⁵² 02.03.2007 tarihli Ceza Muhakemesi Kanunu Gereğince Müdafî ve Vekilin Görevlendirilmeleri ile Yapılacak Ödemelerin Usul ve Esaslarına İlişkin Yönetmelik m. 5/5.

hallerde de mağdur veya kanuni temsilci tarafından bir veya birden fazla vekil seçilebilir. Mağdur veya kanuni temsilci tarafından seçilen vekil de zorunlu vekil olarak nitelendirilecektir. Zorunlu vekilin seçilme usulü ile ihtiyari vekilin seçilme usulü aynı olduğundan, tekrara düşmemek adına zorunlu vekilin seçilmesi konusunda ihtiyari vekilin seçilmesi ile ilgili bölüme atıf yapmakla yetinmeyi uygun görüyoruz.

Kanaatimizce, zorunlu vekillik gerektiren hallerde, mağdur veya kanuni temsilci tarafından seçilen zorunlu vekilin görevini açıkça yapmaması veya geçerli mazereti olmadan bazı soruşturma ve kovuşturma işlemlerinde hazır bulunmayarak görevini savsaması halinde, soruşturma ve kovuşturma makamlarınca durumun re'sen tutanağa bağlanarak mağdura baro tarafından zorunlu vekil görevlendirilmesi için gerekli taleplerin yapılması zorunludur.⁵³

b) Zorunlu Vekilin Görevlendirilmesi

Ceza muhakemesi hukukunda zorunlu vekillik gerektiren hallerde, seçilmiş vekili bulunmayan mağdura soruşturma aşamasında ifade alan merciin veya sorguyu yapan hâkimin ve kovuşturma aşamasında kovuşturmayı yürüten mahkemenin re'sen veya talebi üzerine, soruşturma veya kovuşturmanın yürütüldüğü yer barosu tarafından bir vekil görevlendirilmesi zorunludur.⁵⁴ Zorunlu vekilin görevlendirilebilmesi için hem mağdurun seçilmiş vekilinin olmaması hem de zorunlu vekillik gerektiren hallerden en azından birinin bulunması gerekir. Seçilmiş zorunlu vekili bulunan mağdura, yetkili mercilerce re'sen zorunlu vekil görevlendirilemez.

Zorunlu vekillik gerektiren hallerde, ilgili mercilerin konu hakkında mağdura veya kanuni temsilcisine bilgi vermesi ve kendisine bir vekil görevlendirmesini aksi halde re'sen kendisine yetkili mercilerin talebi üzerine baro tarafından vekil görevlendirileceğini anlayacağı bir dilde izah etmesi ve durumu yazılı tutanağa bağlaması zorunludur (CMK m. 234/3). Zorunlu vekillik gerektiren hallerde mağdurun seçil-

⁵³ 02.03.2007 tarihli Ceza Muhakemesi Kanunu Gereğince Müdafî ve Vekilin Görevlendirilmeleri ile Yapılacak Ödemelerin Usul ve Esaslarına İlişkin Yönetmelik m. 6/6.

⁵⁴ 02.03.2007 tarihli Ceza Muhakemesi Kanunu Gereğince Müdafî ve Vekilin Görevlendirilmeleri ile Yapılacak Ödemelerin Usul ve Esaslarına İlişkin Yönetmelik m. 5/6.

miş vekilinin bulunmaması halinde, mağdur açıkça karşı çıkarsa dahi yine de mağdura yetkili mercilerce vekil görevlendirilmesi zorunludur.⁵⁵ Diğer bir ifadeyle zorunlu vekilin görevlendirilmesinde, mağdurun veya kanuni temsilcinin rızası aranmaz.⁵⁶ Zorunlu vekilin görevlendirilmesi için yukarıda belirtilen şartların bulunması halinde; soruşturma evresinde ifadeyi alan merciin veya sorguyu yapan hâkimin, kovuşturma evresinde ise mahkemenin talebi üzerine soruşturma ve kovuşturmanın yapıldığı yer barosu tarafından yapılır.⁵⁷ Yetkili merciler tarafından görevlendirilmiş zorunlu vekil, soruşturma evresinde ya da duruşmada hazır bulunmaz veya vakitsiz olarak duruşmadan çekilir veya görevini yerine getirmekten kaçınırsa, Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme re'sen derhal başka bir vekil görevlendirilmesi için gerekli işlemi yapmak zorundadır.⁵⁸

D) Birden Fazla Mağdura Aynı Vekilin Görevlendirilmesi

Kural olarak aynı soruşturma ve/veya kovuşturmada birden fazla mağdur bulunması halinde, birden fazla mağdura aynı avukatın zorunlu veya ihtiyari vekil olarak yetkili merciiler tarafından görevlendirilmesi mümkündür. Fakat aynı soruşturma ve/veya kovuşturma kapsamında mağdur statüsünde bulunan birden fazla mağdur arasında menfaat çatışması bulunması halinde, aralarında menfaat çatışması bulunan mağdurlar için aynı avukat vekil olarak görevlendirilemez. Bu durumda aralarında menfaat çatışması bulunan her mağdura ayrı

⁵⁵ "Suç ile hüküm tarihinde on sekiz yaşından küçük olan ve kendisine karşı suç işlendiği kabul edilen mağdur A.'ya yargılamayı yapan mahkemece 5271 sayılı CMK'nın 234/2. maddesi uyarınca istemi aranmaksızın bir vekil görevlendirilmesi zorunluluğunun gözetilmemesi nedeniyle kararın oy birliği ile bozulmasına" (Y5.CD, E. 2007/7834, K. 2007/6508, T. 20.09.2007).

⁵⁶ "Kovuşturma aşamasında 18 yaşını doldurmamış olan mağdurun, sanık hakkında şikâyetçi olup davaya katılmak istemediği anlaşılmakta ise de, CMK'nın 234/2. maddesi gereği mağdura atanan zorunlu vekilin iradesine üstünlük tanınması gerektiği gözetilmeden, duruşma esnasında mağdur vekiline davaya katılıp katılmayacağı sorulmadan hüküm kurulması hukuka aykırıdır". (Y5. CD, T. 28.12.2009, E. 2009/11952, K. 2009/15015).

⁵⁷ 02.03.2007 tarihli Ceza Muhakemesi Kanunu Gereğince Müdafî ve Vekilin Görevlendirilmeleri ile Yapılacak Ödemelerin Usul ve Esaslarına İlişkin Yönetmelik m. 5/6

⁵⁸ 02.03.2007 tarihli Ceza Muhakemesi Kanunu Gereğince Müdafî ve Vekilin Görevlendirilmeleri ile Yapılacak Ödemelerin Usul ve Esaslarına İlişkin Yönetmelik m. 6/6.

bir vekil görevlendirilmesi gerekir.⁵⁹ Örneğin, suçun konusunun kime ait olduğu, mağdurlardan hangisinin zarar gördüğü, failin suçu işleyip işlemediği konularında farklı düşünen mağdurlar arasında menfaat çatışması bulunduğu kabul edilmelidir.

E) Vekil Sayısı

Ceza muhakemesinde kural olarak mağdur, soruşturma ve kovuşturma aşamasının her evresinde bir veya birden fazla vekilin hukuki yardımından yararlanabilir. Diğer bir ifadeyle mağdurun yardımından yararlanabileceği vekil sayısı konusunda sınırlayıcı bir hüküm bulunmamaktadır. Mağdur veya kanuni temsilcisi, istediği sayıda vekili seçebilir ve yardımından yararlanabilir. Fakat baro tarafından görevlendirilecek (hem ihtiyari hem de zorunlu) vekil sayısı birden fazla olamaz (CMK m. 234/2).

Mağdur veya kanuni temsilci tarafından seçilen birden fazla vekilin, aynı anda görev yapamayacağına ilişkin herhangi bir sınırlayıcı hüküm bulunmamaktadır. Bu nedenle seçilmiş olan birden fazla vekilin aynı anda görev yapması ve soruşturma ve kovuşturma işlemlerinde hazır bulunması mümkündür.

F) Vekilin Görevinin Sona Ermesi

Vekillik ilişkisi, vekil ile mağdur arasında ya da vekil ile mağdurun kanuni temsilcisi arasında yapılacak bir avukatlık sözleşmesiyle (vekâletname) veyahut da vekilin, yetkili mercilerin talebi üzerine baro tarafından görevlendirilmesi ile kurulur. Vekil, mağdur, katılan, suçtan zarar gören veya malen sorumlu kişiyi ceza muhakemesinde temsil eden avukat olduğundan, vekillik ilişkisi sürekli bir ilişki olmayıp, kural olarak en fazla başlamış olan ceza muhakemesi süresi ile sınırlı bir hukuki ilişkidir. Fakat başlamış olan ceza muhakemesi süreci sona ermeseye dahi, başkaca belirli sebeplerin varlığı vekillik ilişkisinin sona ermesi sonucunu doğurabilmektedir.

Buna göre vekilin ölmesi, vekilin avukat olma yeterliliğini kaybetmesi, vekilin azledilmesi, vekilin istifa etmesi, başka bir vekilin se-

⁵⁹ Bozdağ, s.87-88; 02.03.2007 tarihli Ceza Muhakemesi Kanunu Gereğince Müdafî ve Vekilin Görevlendirilmeleri ile Yapılacak Ödemelerin Usul ve Esaslarına İlişkin Yönetmelik m. 6/2

çilmesi, vekilin görevden yasaklanması, vekilin görevden alınması ve kovuşturmayaya yer olmadığına ilişkin kararın kesinleşmesi veya hükmün kesinleşmesi halinde vekillik ilişkisi de sona erecektir.

Yetkili mercilerin talebi üzerine görevlendirilmiş olan ihtiyari vekil ve zorunlu vekil, mağdur veya kanuni temsilcisi tarafından azledilemez.⁶⁰ Görevlendirilmiş ihtiyari vekil ve zorunlu vekil, ancak mağdur veya kanuni temsilcisinin haklı şikâyeti üzerine, yetkili merciler tarafından görevden alınabilir. Fakat mağdur tarafından ya da kanuni temsilcisi tarafından sonradan bir veya birden fazla vekil seçilmesi halinde, yetkili merciler tarafından görevlendirilmiş ihtiyari vekilin ve zorunlu vekilin görevi re'sen sona erecektir.⁶¹

Yetkili merciler tarafından görevlendirilmiş ihtiyari vekil ve zorunlu vekil, soruşturma evresindeki işlemlerde ya da duruşmada hazır bulunmaz veya vakitsiz olarak duruşmadan çekilir veya görevini yerine getirmekten kaçınırsa, Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme re'sen derhal başka bir vekil görevlendirilmesi için gerekli işlemi yapmak zorundadır.⁶²

Vekilin görevinin sona erme nedenleri ve hukuki sonuçları konusu başlı başına bir makalenin konusunu oluşturacak kadar geniş bir konu olduğundan, makalenin mikro konusunun özünü kaybetmemek adına bu konuda daha fazla detaya girilmemiştir.

V. VEKİLİN ÜCRETİ

Serbest meslek olan avukatlık mesleğini ifa eden vekil, kural olarak vekillik görevini belirli bir ücret karşılığında yapar. Vekillik ücreti, avukatın hukukî yardımının karşılığı olan parasal meblâğı veya değeri ifade etmektedir (Av. K. m. 164/1). Vekilin, yapmış olduğu hukuki yardımın karşılığı olarak alacağı ücretin miktarının belirlenmesi, seçilmiş vekillikte ve görevlendirilmiş vekillikte birbirinden farklıdır.

⁶⁰ 02.03.2007 tarihli Ceza Muhakemesi Kanunu Gereğince Müdafî ve Vekilin Görevlendirilmeleri ile Yapılacak Ödemelerin Usul ve Esaslarına İlişkin Yönetmelik m. 7/2.

⁶¹ 02.03.2007 tarihli Ceza Muhakemesi Kanunu Gereğince Müdafî ve Vekilin Görevlendirilmeleri ile Yapılacak Ödemelerin Usul ve Esaslarına İlişkin Yönetmelik m.

⁶² 02.03.2007 tarihli Ceza Muhakemesi Kanunu Gereğince Müdafî ve Vekilin Görevlendirilmeleri ile Yapılacak Ödemelerin Usul ve Esaslarına İlişkin Yönetmelik m. 6/6.

A) Seçilmiş Vekilin Ücreti

Seçilmiş vekillikte vekillik ilişkisi, ya mağdur ya da bu mağdurun kanuni temsilcisi ile vekil arasında yapılacak bir avukatlık sözleşmesiyle kurulur. Avukatlık sözleşmesi bir özel hukuk sözleşmesi olduğundan, kural olarak taraflarca serbestçe düzenlenebilir (Av. K. m.163/1). Bu nedenle, vekil ile mağdur ya da bu mağdurun kanuni temsilcisi arasında yapılacak avukatlık sözleşmesinde taraflar, kural olarak vekillik ücretini de özgürce belirleme hakkına sahiptir. Ancak avukatlık sözleşmesiyle belirlenecek vekillik ücreti, avukatlık asgari ücret tarifesinin altında olmamak şartıyla özgürce belirlenebilir. Ayrıca ücretsiz vekillik yapılması halinde, durumun baro yönetim kuruluna bildirilmesi zorunludur (Av. K. m.164/4). Vekillik ücretinin taraflarca kararlaştırılmamış olduğu, taraflar arasında yazılı ücret sözleşmesinin bulunmadığı, ücret sözleşmesinin belirgin olmadığı veya tartışmalı olduğu veyahut ücret sözleşmesinin ücrete ilişkin hükmünün geçersiz sayıldığı hallerde vekillik ücreti, avukatlık asgari ücret tarifesine göre belirlenir⁶³ (Av. K. m. 164/4). Vekillik ücretinin takdirinde, hukukî yardımın tamamlandığı veya dava sonunda hükmün verildiği tarihte yürürlükte olan avukatlık asgari ücret tarifesi esas alınır (Av. K. m. 168/3).

Seçilmiş vekilin ücretini ödeme yükümlülüğü, vekil ile avukatlık sözleşmesini yapan kişiye aittir. Dolayısıyla avukatlık sözleşmesini mağdur yapmışsa, ücret ödeme yükümlülüğü mağdura ait olacaktır. Fakat avukatlık sözleşmesini kanuni temsilci yapmışsa, ücret ödeme yükümlülüğü kanuni temsilciye aittir.⁶⁴

B) Görevlendirilmiş Vekilin Ücreti

Mağdur için görevlendirilen vekilin ücreti, soruşturma ve kovuşturma aşamaları için ayrı ayrı olmak üzere, avukatlık asgari ücret

⁶³ 2017 yılı avukatlık asgari ücret tarifesine göre, soruşturma evresinde takip edilen işler için 600 TL, sulh ceza hâkimlikleri ile infaz hâkimliklerinde takip edilen davalar için 770 TL, asliye ceza mahkemelerinde takip edilen davalar için 1980 TL, ağır ceza mahkemelerinde takip edilen davalar için 3960 TL, çocuk ceza mahkemelerinde takip edilen davalar için 1980 TL ve çocuk ağır ceza mahkemelerinde takip edilen davalar için 3960 TL, bölge adliye mahkemelerinde tek duruşma yapılan davalarda 990 TL'dir (2017 tarihli TBB Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi).

⁶⁴ Bozdağ, s.138.

tarifesinden ayırık olarak hazırlanan “Ceza Muhakemesi Kanunu Gereğince Görevlendirilen Müdafî ve Vekillere Yapılacak Ödemelere İlişkin Tarife”⁶⁵ gereğince Adalet Bakanlığı bütçesinde bu amaçla ayrılan ödenekten ödenir.⁶⁶ Vekile, vekillik görevinin gerektirdiği yol giderleri ile diğer masraflar da ayrıca ödenir. Görevlendirilen vekile ödenen vekillik ücreti ve diğer giderler, yargılama giderlerinden sayılır.⁶⁷

SONUÇ

Ceza muhakemesinde maddi gerçeğin ortaya çıkarılması ve adil ve hakkaniyete uygun bir yargılamanın yapılması, suçun mağdur veya mağdurları için de önemlidir. **Çünkü** adalet, sadece devlet ile **şüpheli ve sanık için değil, aynı zamanda mağdur içinde gereklidir.** Ceza ve ceza hukukunun amaçlarından biri de etkin bir soruşturma ve kovuşturma yapılarak maddi gerçeğe ulaşmak ve suç işlediği kesinleşen sanığın etkili bir yaptırıma tabi tutularak mağdurun tatmin edilmesi ve böylece ihkakıhakkın önüne geçmektir. Bu amaca ulaşmanın gereklerinden biri de mağdurun, soruşturma ve kovuşturmaya etkili bir şekilde katılmasını sağlamakla mümkündür. Mağdurun yargılamaya etkin bir şekilde katılması ise ancak bir hukukçunun hukuki yardımından yararlanması ile mümkün olabilecektir.

Hem uluslararası hukukta hem de ulusal hukukumuzda mağdurun ceza yargılamasında bir avukatın hukuki yardımından yararlanma

⁶⁵ Ceza Muhakemesi Kanunu gereğince baro tarafından görevlendirilen vekile ödenecek ücret, Türkiye Barolar Birliğinin görüşü de alınmak suretiyle Adalet ve Maliye Bakanlıkları tarafından her yıl Aralık ayında hazırlanan ve 1 Ocak tarihinden geçerli olmak üzere düzenlenen tarifede gösterilir (Ceza Muhakemesi Kanunu Gereğince Müdafî ve Vekillerin Görevlendirilmeleri ile Yapılacak Ödemelerin Usul ve Esaslarına İlişkin Yönetmelik m. 9/1).

⁶⁶ 2017 yılı için görevlendirilen vekile ödenecek ücret, soruşturma evresinde takip edilen işler için 260 TL, sulh ceza hâkimliklerinde takip edilen işler için 405 TL, asliye ceza mahkemelerinde takip edilen davalar için 445 TL, ağır ceza mahkemelerinde takip edilen davalar için 800 TL, çocuk ceza mahkemelerinde takip edilen davalar için 445 TL, çocuk ağır ceza mahkemelerinde takip edilen davalar için 800 TL, Askeri ceza mahkemelerinde takip edilen davalar için 445, icra ceza ve fikri ve sınai haklar ceza mahkemeleri ile infaz hâkimliklerinde takip edilen dava ve işler için 445, Bölge Adliye Mahkemelerinde görülen duruşmalı davalar için 800 ve Yargıtay’da görülen duruşmalı davalar için 900 TL’dir (Ceza Muhakemesi Kanunu Gereğince Görevlendirilen Müdafî ve Vekillere Yapılacak Ödemelere İlişkin 2017 Yılı Tarifesi m. 4).

⁶⁷ Ceza Muhakemesi Kanunu Gereğince Müdafî ve Vekillerin Görevlendirilmeleri ile Yapılacak Ödemelerin Usul ve Esaslarına İlişkin Yönetmelik m. 8, 11.

hakkına sahip olduğu, belirli durumlarda da bu haktan yararlanmasının zorunlu olduğuna ve bu konuda devlete belirli yükümlülükler yükleyen düzenlemeler bulunmaktadır.

Ceza muhakemesi hukukumuzda mağdurun, hem soruşturma hem de kovuşturma aşamasında bizzat seçeceği veya kanuni temsilcisinin seçeceği bir veya birden fazla avukatın hukuki yardımından yararlanabileceği düzenlenmiştir. Ayrıca hak arama özgürlüğünün etkin bir şekilde kullanılması, mağdurun sahip olduğu hakları daha etkin ve bilinçli kullanması, hukuk devleti ve sosyal devletin gereğinin yerine getirilmesi için bir vekilin (avukat) hukuki yardımından yararlanmak istemesine rağmen, ekonomik veya diğer sebeplerle vekil seçemeyecek durumda olduğunu beyan eden mağdura, seçilmiş vekilinin bulunmaması koşuluyla ve sadece cinsel istismar suçları ile alt sınırı beş yıldan fazla hapis cezası gerektiren suçlarda devlet tarafından ücretsiz vekil görevlendirilmesinin zorunlu olduğu düzenlenmiştir. Bunun yanında kanun koyucu, işlenen suç nedeniyle mağdur olan kişilerin ruhsal ve fiziksel özellikleri ile yaşlarını dikkate alarak, mağdurların haklarını yeterince ve etkili bir şekilde kullanmasını sağlamak amacıyla, on sekiz yaşını doldurmamış, sağır veya dilsiz ya da meramını ifade edemeyecek derecede malûl olan mağdurların seçilmiş vekilinin bulunmaması halinde yetkili merciler tarafından re'sen vekil görevlendirilmesinin zorunlu olduğunu düzenlemiştir.

Ceza muhakemesi hukukunda mağdurun hukuki yardım alma hakkı konusunda yapılan bu önemli düzenlemelerin varlığı ve yararı inkâr edilmemekle birlikte, bu konuda mevzuatta bazı eksikliklerin bulunduğu da aşikârdır. Bu konuda tespit ettiğimiz eksiklikler ve öneriler şunlardır;

- Mağdurun, soruşturma ve kovuşturmanın her aşamasında bir veya birden fazla vekilin yardımından yararlanabileceği ve kanuni temsilcinin de mağdura vekil seçebileceği açıkça düzenlenmiştir. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 234. maddesinde yapılacak bir değişiklikle, *"mağdurun ve suçtan zarar görenin soruşturmanın ve kovuşturmanın her aşamasında bizzat seçtiği veya kanuni temsil tarafından seçilen bir veya birden fazla vekilin hukuki yardımından yararlanabilir"* şeklinde bir hüküm eklenmesi uygun olacaktır.
- Yetkili merciler tarafından mağdur için ihtiyari vekil görevlendi-

rilmesinin sadece cinsel istismar suçu ile alt sınırı beş yıldan fazla hapis cezası gerektiren suçlarla sınırlı tutulması, bazı hak kayıplarına ve mağduriyetlere sebebiyet verebileceği gibi aynı zamanda eşitlik ilkesine de aykırılık oluşturacaktır. Ayrıca asliye ceza mahkemelerinde yapılan kovuşturmalarda 31.12.2019 tarihine kadar savcının bulunmayacak olması nedeniyle, mağdurun bu mahkemelerde vekil yardımından da yararlanmaması halinde korumasız kalacağı ve ikinci bir mağduriyet yaşayacağı açıktır. Bu nedenle Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 234/1-a-3. maddesinin, "mağdurun ve suçtan zarar görenin soruşturmanın ve kovuşturmanın her aşamasında seçilmiş vekilinin bulunmaması, ekonomik durumunun yetersiz olması ve talep etmesi halinde yetkili merciler tarafından ücretsiz olarak vekil görevlendirilir" şeklinde değiştirilmesi uygun olacaktır.

Kaynakça

- Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü Mağdur Hakları Daire Başkanlığı, Almanya Çalışma Ziyareti Raporu, 8-10 Nisan 2014.
- Akdemir Süleyman, Ceza Hukukunda Mağdurun Korunması, Akevler Akdeniz Bilimsel Araştırma Merkezi Yayınları -4, İzmir, 1988.
- Akıntürk Turgut, Karaman Derya Ateş, Medeni Hukuk, 16. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2011.
- Artuk Mehmet Emin, Gökçen Ahmet, Yenidünya Ahmet Caner, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014.
- Balcı Muharrem, Sönmez Gülden, Temel Belgelerde İnsan Hakları, Danışman Yayınları, İstanbul, 2001.
- Bozdağ Ahmet, Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafî, 1. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014.
- Centel Nur, Zafer Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, 12. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2015.
- Değirmenci Olgun, "Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Mağdur Hakları", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2008, S. 77.
- Doğan Fatma Karakaş, "Suçtan doğan Mağduriyetin Devlet Tarafından Giderilmesi ve Suç Mağdurlarına Yardım Hakkında Kanun Tasarısı", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2011/95.
- Donay Süheyl, Ceza Yargılama Hukuku, 1. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2010.
- Erzurumluoğlu Bayram, "Avrupa Birliği Normlarında Mağdur Haklarının Korunması", *Polis Bilimleri Dergisi*, C.11, 2009.
- Güntekin Özkan, "Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Mağdur Hakları", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Yıl 2012, S.11.

- İnceoğlu** Asuman, "Uluslararası Düzenlemeler Işığında Türk Hukukunda Mağdur Hakları", Uluslararası Mağdur Hakları Sempozyumu 30-31 Ekim 2014, Mağdur Hakları Daire Başkanlığı Yayın No: 1, 2015.
- Karakehya Hakan, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. Maddesi Bağlamında Ceza Muhakemesinde Duruşma, 1. Bası, Savaş Yayınevi, Ankara, 2008.
- Katoğlu Tuğrul, "Ceza Hukukunda Suçun Mağduru Kavramının Sınırları", *AÜHFD*, S.61, 2012.
- Koca Mahmut, Üzülmez İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014.
- Kunter Nurullah, Yenisey Feridun, Nuhoglu Ayşe, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 18. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2010, s.373.
- Özbek Veli Özer ve Diğerleri, Ceza Muhakemesi Hukuku, 2. Bası, Seçkin Yayıncılık, 2011.
- Özdemir Muhittin, "Suç Mağdurlarına Yardım İçin Yeni Bir Başlangıç", Uluslararası Mağdur Hakları Sempozyumu 30-31 Ekim 2014, Mağdur Hakları Daire Başkanlığı Yayın No: 1, 2015.
- Öztürk Bahri ve Diğerleri, Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınları, 2013.
- Pazarcıkçı Nusret Alper, "Türk Ceza Yargısında Soruşturma ve Kovuşturma Evresindeki Mağdur Hakları", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl:4, S. 14, 2013, s.986-987.
- Schöch Heinz, "Mağdurun Korunması-Ceza Usul Hukuku Reformu Düşüncelerinin Sınanması", (Çev.: Ayşe Nuhoglu) Suç Politikası, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 5, Ankara 2006.
- TBMM İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu, Mağdur Hakları İnceleme Raporu, 12.6.2104.
- Ünver Yener, Hakeri Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, 9. Bası, Adalet Yayınevi, 2014.
- Yıldız Ali Kemal, Ceza Muhakemesinde Mağdur, Suçtan Zarar Gören, Şikâyetçi, Ankara, 2008.

**HAKKINDA ÖDEMEDEN MEN KARARI VERİLEN
ÇEK İCRA TAKİBİNE KONU EDİLEBİLİR Mİ?
-YARGITAY 12. HD'NİN İÇTİHADININ ELEŞTİRİSİ-
MAY A CHECK, ON WHICH A DECISION OF PRECLUSION FROM
THE PAYMENT HAS BEEN REND-ERED, BE SUBJECT TO AN
ENFORCEMENT PROCEEDING?
-COMMENTARY ON THE JURISPRUDENCE OF THE 12TH CIVIL DIVISION OF THE
COURT OF APPEALS-**

Dr. Alihan AYDIN

Özet: Yargıtay 12. Hukuk Dairesi, hamilin rızası hilâfına elinden çıktığı iddiasıyla çekin iptali talebi kapsamında muhatap bankaya yönelik ödemeden men kararı alması ardından çeki fiilen elinde bulunduranın bankaya başvurup bankanın “mahkemece verilen ödemeden men kararı nedeniyle çek bedelinin ödenemeyeceği” beyanıyla karşılaşması üzerine düzenleyen ve diğer müracaat borçluları aleyhine icra takibi yapmak suretiyle çek bedelinin tahsil edilmesinin mümkün olduğunu içtihat etmektedir. Burada incelenen sorun Yargıtay’ın söz konusu içtihadının hukuken yerinde olup olmadığıdır.

Anahtar kelimeler: Çekin Zıyaı, Ödemeden Men Kararı, İcra Takibi, Müracaat Hakkı

May a check, on which a decision of preclusion from the payment has been rendered, be subject to an enforcement proceeding? –Commentary on the jurisprudence of the 12th Civil Division of the Court of Appeals–

Abstract: In a lawsuit commenced by the bearer of a check for cancellation of the check by alleging that the check was lost contrary to his will; the 12th Civil Division of the Court of Appeals has rendered a jurisprudence and held possible to collect the amount of the check via pursuing an enforcement proceeding against the issuer of the check and the other debtors from whom the payment was requested upon encountering with the objection of “nonpayment of the amount of the check due to the court’s decision of preclusion from the payment” by the bank, holding the check following a decision of preclusion from the payment is obtained by the court is rendered in relation to the correspondent bank. The issue examined herein is whether the Court of Appeal’s jurisprudence is legally justifiable or not.

Keywords: Loss of the Check, Decision of Preclusion from the Payment of a Check, Enforcement Proceeding, Right to Claim

I. Sorun

Pek de uzak sayılamayacak bir zamandan beri Yargıtay 12. Hukuk Dairesi hamilin rızası hilafına elinden çıktığı iddiasıyla çekin iptali talebini ileri sürdüğü yargılama kapsamında muhatap bankaya yönelik ödemeden men kararı alması ardından çeki fiilen elinde bulunduranın ibraz süresi içinde bankaya başvurup bankanın “mahkemece verilen ödemeden men kararı nedeniyle çek bedelinin ödenemeyeceği” beyanıyla karşılaşması üzerine düzenleyen ve diğer müracaat borçlularını aleyhine icra takibi yapmak suretiyle çek bedelini tahsil etmesinin mümkün olduğunu içtihat etmektedir. Yargıtay 12. HD’nin bu içtihatla bulunurken varlığını ileri sürdüğü prensip şudur: Çekin zıyı gerekçesiyle açılan -uygulamadaki adıyla- “iptal davası”ndaki¹ ödemeden men kararı hasımsız olarak verildiği için davaya taraf olmayan iyi niyetli üçüncü kişiyi (çek hamilini) bağlamaz.²

Yargıtay 12. HD’nin söz konusu içtihadının nasıl bir sonuca sebebiyet verdiği açıktır: Çeki elinde bulunduran çek karşılığı bankada mevcut olmasına rağmen ödemeden men kararı nedeniyle çekin ödenmesini sağlayamayınca icra takibi başlatmak suretiyle bedeli tahsil cihetine gitmekte, böylelikle çekte borç altına giren kişiler (ciran-ta, avalist ve düzenleyen) çek bedeli yanında artık bir de icra takip

¹ Kıymetli evrakın (bu bağlamda çekin) “iptal”i aslında -aşağıda ayrıca belirtileceği üzere- çekişmesiz yargıya tâbi bir iştir; o nedenle bu talebin konu olduğu yargılamanın bir “dava”, dolayısıyla bu yargılamanın “iptal davası” olarak nitelendirilmesi aslında teknik kullanım itibarıyla uygun görülmeyebilir. Bununla birlikte anılan yargılama, uygulama yanında öğretide de sıklıkla “iptal davası” olarak adlandırılmaktadır. Örnek olarak bkz. Hayri Domaniç, Kıymetli Evrak Hukuku, İstanbul 1975, s. 59; Fırat Öztan, Kıymetli Evrak Hukuku, 2. Bası, Ankara 1997, s. 269 vd.; A. Hulusi Gürbüz, Ticari Senetlerin İptali Davaları ve Ticari Senetlere Özgü Sorunlar, İstanbul 1984, s. 774 vd.; Ali Bozer/Celal Göle, Kıymetli Evrak Hukuku, 6. Bası, Ankara 2017, s. 44-45; Hüseyin Ülgen/Mehmet Helvacı/Abuzer Kendigelen/Arslan Kaya, Kıymetli Evrak Hukuku, 10. Bası, İstanbul 2015, s. 52 vd.; Hasan Pulaşlı, Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları, 5. Baskı, İstanbul 2017, s. 109. Bu makalede geçen “iptal davası” terimi de öğretide ve uygulamadaki bu yaygın kullanım ışığında anlamlandırılmalıdır.

² Örnek olarak bkz. Yarg. 12. HD’nin 17.11.2014 tarih ve 20532/27504 sayılı kararı (karar metni için bkz. www.emsalyargi.com); düzenleyenin sadece çek tazminatından sorumlu olmayacağı, ancak icra takibinin diğer talepler yönünden devam edeceğini belirtmekle sonuç itibarıyla aynı yönde bkz. Yarg. 12. HD’nin 25.06.2014 tarih ve 15130/18567 sayılı kararı (karar metni için bkz. www.emsalyargi.com).

masraflarını, takip çoğunlukla bir vekil aracılığıyla yapıldığı için yasal vekâlet ücretini ve hatta (yalnızca düzenleyen) çek tazminatını³ ödemek zorunda kalmaktadırlar.

Burada değerlendirilmek istenen sorun Yargıtay'ın anılan içtihadının yerinde görülüp görülemeyeceğidir.

II. Değerlendirme

1. TK m. 818/1-(s) gereğince poliçenin iptaline ilişkin “F) İptal” alt başlığı altında yer alan 757 ilâ 763. maddeler ve 764. maddenin birinci fıkrası çeklerin iptali hakkında da uygulama alanı bulur.

Anılan hükümlerde poliçenin (dolayısıyla çekin) iptali prosedürü senedin zayı olduğu iddiasını ileri süren kişinin muhatabı öncelikle ödemedi men etmeye yönelik -kuşkusuz ihtiyari nitelikte-⁴ talepte bulunması imkânı ile başlar (TK m. 757)⁵ ve ardından düzenleme ikili bir ayrıma göre şekillenir.

Buna göre bir olasılık senedi eline geçiren kimsenin bilinmesidir.⁶ Bu hâlde mahkeme senedi elinde tutana karşı senedin iadesi davası açması için dilekçe sahibine bir süre tanır. Dilekçe sahibinin buna uy-

³ Bununla birlikte d.pn. 2’de anılan Yarg. 12. HD’nin 25.06.2014 tarih ve 15130/18567 sayılı kararında ise çek tazminatı bakımından bir istisna tanındığına işaret edelim.

⁴ TK m. 757/1 deki “...poliçe elinden çıkan kişi, ... muhatabın poliçeyi ödemekten men edilmesini isteyebilir.” cümlesinde geçen “isteyebilir” yüklemi bu ihtiyariliği açıklıkla belirtmektedir.

⁵ Senedin zayı iddiasında bulunan kişinin öncelikle muhatabın senedi getirene ödeme yapmaktan men edilmesini talep edecek olması (TK m. 757 düzenlemesi) doğal bir ihtiyacın giderilmesine hizmet eder. Gerçekten, senedi ibraz edene muhatap tarafından bir kez ödeme yapıldıktan sonra senetten kaynaklanan kambiyo alacağı, dolayısıyla senedin işlevi son bulmuş olur. Bu olasılıkta artık senedin zıyı nedeniyle iptali talebinin hiçbir anlamı kalmaz; senet bedeli ödendikten ve böylelikle senedin kambiyo vasfı ortadan kalktıktan sonra senedin rızası hilafına elinden çıktığı iddiasındaki kişinin hakkını elde etmek için gideceği yol kendi aleyhine sebepsiz zenginleştiği iddiası ile tahsilatı gerçekleştiren kişiye karşı bir alacak davası açmak olacaktır.

⁶ Aslında bu olasılıkta teknik manada bir iptal talebi, eş söyleyişle bir “iptal davası” yoktur. Zira kıymetli evrakın iptalinde amaç, senedin oluşturulmasıyla meydana gelen senet-hak birlikteliğinin (TK m. 645) çözülmesini sağlamak, kıymetli evraka yerleşen hakkın senetsiz ileri sürülebilmesini mümkün hâle getirmektir. Senedin kimin elinde bulunduğu bilindiği olasılıkta hamile karşı açılacak iade davası ile ulaşılmak istenen ise, kuşkusuz, senetle hakkı birbirinden ayırmak değil, senedin zilyedliğinin davayı açan kişiye geçirilmesini sağlamaktır.

gun davranması üzerine ihtilâf, söz konusu çekişmeli yargıya tâbi iade davasında çözüme kavuşturulur (TK m. 758/1). Dilekçe sahibi mahkemece kendisine tanınan süre içinde iade davasını açmazsa mahkeme ödeme yasağını kaldırır (TK m. 758/2).

İkinci olasılık senedi eline geçiren kişinin bilinmemesidir. Bu hâlde mahkeme önce TK m. 760-762’de düzenlendiği şekle uygun olarak ilânlar yapıp poliçeyi/çeki elinde bulunduranı senedi getirmeye davet eder ve ilânlarda senedin getirilmemesi durumunda iptal edileceği ihtarına yer verilir. Senedi elinde bulunduranın ilânlardan haberdar olarak senedi mahkemeye sunması hâlinde mahkeme iade davası açması için dilekçe sahibine süre tanır (TK m. 763). Bir diğer anlatımla, yapılan ilânlar ardından elinde senedi bulunduranın bunu mahkemeye sunması ile birlikte artık TK m. 758’de düzenlenen (kanunun kullandığı kenar başlığıyla) “*Poliçeyi eline geçiren kişinin bilinmesi*” olasılığına dönülmüş olur ve senet üzerinde gerçekte kimin hak sahibi olduğu sorunu dilekçe sahibi ile senedi mahkemeye sunan arasında görülecek çekişmeli yargıya tâbi iade davasında çözüme kavuşturulur. Tanınan süre içinde dilekçe sahibi dava açmazsa mahkeme, poliçeyi/çeki mahkemeye sunana geri verir ve muhatap hakkındaki ödeme yasağını kaldırır (TK m. 763).⁷ İlânlar ardından senedin mahkemeye sunulmaması durumunda ise mahkemece senedin iptaline karar verilir (TK m. 764/1).

2. Söz konusu hükümlerin salt lâfzından çok rahatlıkla anlaşılacağı üzere -ki bu mantıksal bir gerekliliğin sonucundan başka bir şey değildir- poliçe ve çekte muhatabın (veya müracaat borçlusunu düzenleyen), (TK m. 778/I, (1) gereğince aynı hükümlerin uygulanacak olan) bonoda düzenleyen -bu sıfatları nedeniyle- hiçbir zaman senet elinden rıza dışında çıktığı iddiasındaki kişi tarafından ileri sürülecek iptal talebine taraf olabilmeleri mümkün değildir. Daha açık söyleyelim:

⁷ Biraz önce belirtildiği üzere ilân üzerine senedi elinde bulunduranın bunu mahkemeye sunması ile birlikte esasen TK m. 758’de düzenlenen olasılığa geri dönmüştür. Dolayısıyla buna paralel olarak TK m. 763, 2. cümle ile TK m. 758/2 aynı düzenlemeyi içermektedir.

Police/bono/çeki zayı ettiği iddiasında bulunan ancak senedin kimin elinde olduğunu bilmeyen kişinin ileri süreceği iptal talebi (yani “III-Policeyi eline geçirenin bilinmemesi” alt başlıklı TK m. 759 vd..nda düzenlenen olasılık) çekişmesiz yargıya tâbi bir iştir; dolayısıyla bu davada zaten “davalı” yoktur.⁸

Police/bono/çekin kimin elinde bulunduğunun bilindiği olasılıkta ise (TK m. 758/I ve 763’te düzenlenen olasılık) senet rızası dışında elinden çıkan kişi doğal olarak iade talebini senet elinde olan kişiye yöneltecektir; dolayısıyla police/bono/çekte düzenleyenin ve police/çekte muhatabın -bu sıfatları nedeniyle-⁹ söz konusu talebin tarafı olmaları, yani davalı konumunda yer alabilmeleri gene düşünülemez.

Şu var ki ödemedenden men kararı sonrası ister çekin elinde bulunduğu kişi bilinmediğinden çekişmesiz yargıya tâbi iptal istemi (uygulamadaki adıyla iptal davası) ileri sürülsün, isterse çekin elinde bulunduğu kişi bilindiğinden çekişmeli yargıya tâbi bir dava (iade davası) açılsın, “ödemeden men” talebinin değerlendirileceği yargılama her hâlükârda davalı gösterilmeksizin yürütülür. Şöyle ki: İhtiyati tedbirlerin temel özelliklerinden biri ihtiyati tedbir ile asıl dava arasında sıkı ilişki bulunması ve bunun neticesi olarak tedbir yargılamasının tarafları ile asıl davanın taraflarının aynı olmasıdır.¹⁰ Ne var ki TK m. 757’de “önleyici önlemler”¹¹ altında düzenlenen “ödemeden men” kurumu teknik anlamda “ihtiyati tedbir” olmadığı gibi¹² kanun, çekin elin-

⁸ Nitekim buna uygun olarak “çekişmesiz yargı işleri”nin düzenlendiği HMK m. 382/2’de, “e) Ticaret hukukundaki çekişmesiz yargı işleri” bendi altındaki 6. alt bentte “Kıymetli evrakın iptali” de sayılmaktadır.

⁹ Bu sıfatları (“düzenleyen” veya “muhatab”) nedeniyle diyoruz; çünkü davanın anılan kişilere senedi haksız şekilde elde ettiği gerekçesiyle yöneltilmesi ve bu sıfatla davalı konumunda bulunmaları bambaşka bir husustur.

¹⁰ Bkz. Evrim Erişir, Geçici Hukuki Korumanın Temelleri ve İhtiyati Tedbir Türleri, İstanbul 2013, s. 160.

¹¹ 6762 sayılı TK’daki muadil hüküm m. 669’un kenar başlığı ise “önleyici tedbirler”-di.

¹² Bkz. Ejder Yılmaz, Geçici Hukuki Himaye Tedbirleri, C. I, Ankara 2010, s. 745; Erişir, a.g.e., s. 161, dpn. 85; Ahmet Sezer, Kıymetli Evrakın Zayı Olması ve İptal Davası, 3. Baskı, Ankara 2013, s. 100.

Bununla birlikte bkz. ve karşı TK’da öngörülen “önleyici önlemler/tedbirlerin” HMK’da düzenlenen ihtiyati tedbirlerden farklı olan yanları bulunduğuna işaret etmekle birlikte önleyici önlemlerin bir çeşit ihtiyati tedbir olduğundan söz

de bulunduğu kişinin bilinmesi olasılığına yönelik prosedür bakımından da “ödemeden men” yargılamasında davalı taraf gösterilmesini gerekli görmemiştir. Başka bir deyişle TK m. 757, senedin kimin elinde olduğunun bilindiği veya bilinmediği olasılıklarının her ikisi bakımından da uygulama alanı bulacak ortak bir hüküm olarak düzenlenmiş, böylece hangi olasılık yönünden olursa olsun ödemeden men yargılamasında davalı taraf gösterilmesi zorunlu kılınmamıştır.

3. TK’da poliçenin/çekin iptali için belirlenen bu yasal düzenleme karşısında yanıtı aranmak gereken soru şudur: Yargıtay’ın mahkemece verilen ödemeden men kararının davanın tarafı olmayan senedi elinde bulunduranı bağlamayacağı, dolayısıyla anılan karara rağmen senedi elinde tutan hamilin bu çek ile başvuru (müracaat) borçlularına talep ileri sürmesine (bu çerçevede icra takibi başlatmasına) hukuksal bir engel olmadığı yönündeki yukarıda yer verilen içtihadı dikkate alındığında TK m. 757’de düzenlenen “ödeme yasağı” hiçbir sonucu olmayan bir kurum, dolayısıyla söz konusu hüküm kanun koyucunun aslında “abesle iştigal”inden başka bir anlam taşımayan bir düzenleme midir? Kuşkusuz bu soruya verilecek yanıt “hayır!”dır. Başka bir şekilde soruyu şöyle de dillendirebiliriz: TK m. 757’de düzenlenen

eden Hanife Öztürk Dirikkan, Kıymetli Evrakın Zıyatı ve İptali, Ankara 1990, s. 40; Vural Seven, “Kıymetli Evrakın Zıyatı Hâlinde Uygulanabilecek Önleyici Tedbirler”, *İzmir Barosu Dergisi*, 1996/4, s. 10; terim olarak dahi aralarında herhangi bir ayrım yapmaksızın “ödemeden men kararı” yerine “ihtiyati tedbir kararı” ifadesi kullanarak ödemeden men kararını ihtiyati tedbir olarak nitelendiren Seza Reisoglu, *Çek Hukuku*, Ankara 2011, s. 270 vd.. Bu son yazar eserinde ayrıca, “[Uygulamada] Mahkemelerin genel olarak ödememe şeklinde verdikleri ihtiyati tedbir kararı yasaya aykırıdır. İhtiyati tedbir kararında, sadece aleyhine tedbir istenen kişinin çeki ibraz etmesi hâlinde ödenmemesi açıkça yer almalıdır.” şeklinde bir açıklamaya yer vermektedir. Bu ifade birkaç yönden isabetsizdir. Bir kere yazar, mahkemelerin genel olarak ödememe şeklinde verdikleri kararın yasaya aykırılığında (ki yazar “hangi yasa”ya aykırı olduğunu göstermemektedir) söz etmekteyse de tam aksine mahkemece verilen ödemeden men kararı TK m. 757/1’e, yani doğrudan yasaya dayanmaktadır. İkincisi teknik manada iptal talebinin (iptal davasının) söz konusu olduğu olasılıkta (yani çekin elinden rıza dışında çıktığı iddiasındaki kişinin çekin kimin elinde olduğunu bilmediği durumda) mahkemeye herhangi bir kişi ismi zikrederek bu kişiye ödeme yapılmasına engel olunmasını talep etmesi mantıken mümkün değildir. Kaldı ki yukarıda ayrıntısıyla izah olunduğu üzere TK m. 757/1, çeki rızası dışında elinden çıkartan kişinin çeki eline geçireni bilmesi olasılığında dahi uygulanacak ortak bir hükümdür.

ödemedi men kararı senedi elinde bulunduran yönünden hiçbir etki doğurmamakta, ancak bankanın ödeme yapmasını engellemekte ise bu ödeme engellenmesi sonucunda kimin, hangi hukuki menfaati korunmuş olmaktadır? Aslında bu son soru salt sorunun içeriği ile bir gerçeği de tüm çıplaklığıyla ortaya koymaktadır: Yargıtay bir taraftan ödeme yasağı kararının hamili “yargılamanın tarafı olmadığı” için bağlamayacağını ileri sürerken aynı kararın yargılamanın yine tarafı olmayan muhatap bankayı ise bağladığını kabul etmekle kendi içinde bile çelişmektedir. Gerçekten, ödeme yasağı talebinin değerlendirileceği yargılamada muhatap banka ile iyi niyetli çek hâmilinin hukuki durumu aynıdır; muhatap banka da, tıpkı çek hamili bakımından olduğu gibi, anılan yargılamanın tarafı değildir. Hatta sadece ödeme yasağı talebinin değerlendirildiği yargılamada değil, çekin kimin elinde bulunduğu bilindiği (iade davası) ve kimin elinde olduğunun bilinmediği (iptal davası) olasılığa göre yapılacak yargılamaların hiçbirinde muhatap banka taraf değildir. Hâlbuki Çek Kanunu m. 3 gereğince muhatap banka karşılığı bulunan çeki ödemekle yükümlüdür. İşte muhatap bankanın “tarafı olmadığı” bir yargılamada verilen “önleyici önlem” mahiyetindeki “ödemedi men kararı” (TK m. 757) nedeniyle çeki süresi içinde kendisine ibraz edene ödeme yapmamasının yegâne nedeni mahkemece verilen kararın kendisi hakkında bağlayıcı olmasından başka bir şey değildir.

Görüldüğü üzere Yargıtay’ın çekin iptaline ilişkin yargılamada verilen ödemedi men kararının bu yargılamaya taraf olmayan kişiyi bağlamayacağı yönündeki gerekçesinin incelenen sorunun çözümünde hiçbir yasal temeli ve kıymeti yoktur; aksine TK m. 757 tam da böyle olmadığını düzenlemektedir.

4. Yargıtay’ın aslında burada çeki ilişkin ödemedi men kararı verilmesinin hamilin başvuru hakkının doğmasına neden olabileceğini ifade etmek istediği şeklinde bir yorumla anılan içtihadın hukuksal bir temele oturtulması da gene mümkün değildir.

TK m. 808 uyarınca hamil, süresinde ibraz edilmiş bir çekin ödenmemesi ve bu ödemenin anılan maddede düzenlenen yöntemlerden biri ile tespit edilmesi hâlinde “cirantalar, düzenleyen ve diğer çek

borçlularına karşı" başvurma hakkını elde eder. Esasen tıpkı poliçe gibi çek de hukuki niteliği itibariyle nitelikli havale¹³ olduğundan düzenleyen dâhil çek üzerinde taahhüdü yer alan herkes sadece "başvuru borçlusunu" konumundadır. Dolayısıyla bir başvuru borçlusunun borcunun doğabilmesi için öncelikle çekin ödenmemesi ve bu ödeme olgusunun süresi içinde, yasada öngörülen yöntemlerden biri ile tespit olunması şarttır.¹⁴

Her ne kadar TK m. 808'de hamilin başvurma hakkının doğması için "çekin ödenmemiş olduğu" nun tespiti gerektiğinden söz edilmekteyse de her ödememe olgusu başvurma hakkının doğumunu sağlamaz. Bu bağlamda başvurma hakkının doğumunu sağlayan temel neden çekin "karşılıksız" kalmasıdır.¹⁵ Doğal olarak bu hâlde artık değerlendirme konusu edilmek gereken çekin karşılıksız kalmasından ne anlaşılacağıdır.

Kuşkusuz karşılıksızlığının en tipik hâli çek bedelini karşılayacak paranın düzenleyenin muhatap bankadaki çekle işleyen hesabında bulunmamasıdır. Ancak çek hamili bunun dışında başkaca nedenlerle de çekin bedelini tahsil edemeyebilir. Örneğin çekle işleyen hesap üzerinde haciz veya rehin bulunması, muhatap bankanın hataen ya da bilinçli şekilde çeki ödemediği kaçınması ve -incelemekte olduğumuz sorun olarak- mahkemece verilen ödemediği men kararı nedeniyle çekin ödenmemesi hâllerinin hepsinde hamil çek bedelini tahsil edememiş olacaktır. Bu durumda söz konusu hâllerin hangisinde başvuru hakkının doğabileceği sorusuna yanıt aramak gerekir.

Biraz önce belirtildiği üzere düzenleyen, ciranta ve avalistlerden oluşan çek borçlularının tamamı çekte müracaat borçlusudur. Düzenleyen çeki keşide etmekle esas itibariyle çeki verdiği lehdar ve sonraki hamillere karşı çek bedelini ibraz süresi içinde muhatap bankadaki he-

¹³ Bkz. Öztan, a.g.e., s. 1029; Reisoğlu, a.g.e., s. 37; Abuzer Kendigelen, Çek Hukuku, 4. Bası, İstanbul 2007, s. 35.

¹⁴ Oysa bonoda durum farklıdır. Bono düzenleyenin "ödeme vaadi"ni içerdiğinden süresinde ibraz edilmemiş ve protesto ile ödememe durumu tespit ettirilmemiş olsa bile zamanaşımı süresi içinde bono bedelinin "düzenleyen"den talep edilmesi mümkündür.

¹⁵ Birçokları yerine bkz. Kendigelen, a.g.e., s. 282.

sabında bulundurmayı ve ödenmesini sağlamayı taahhüt etmiş olur; söz konusu taahhüt çekin keşide edilmesinde mündemiçtir.¹⁶ Çekteki diğer müracaat borçluları da -cirantanın sorumsuzluk kaydı koyması veya avalistin yalnızca çek bedelinin bir kısmının ödenmesini taahhüt etmesi gibi sorumluluğu kaldıran veya sınırlandıran hâller bir yana-çke imza koymakla kendilerinden sonra çeki iktisap edenlere karşı aslında düzenleyenin taahhüdünü yerine getireceğini, aksi hâlde kendilerinin sorumlu olmayı kabul ettiklerini beyan etmiş olurlar (TK m. 818/1-(d)'nin atfı ile m. 685/1 ve TK m. 794/1).

Şu durumda düzenleyenin sorumluluğunun doğacağı hâlleri, bir diğer deyişle, düzenleyenin muhatap bankadaki hesabında çek bedelini ödemeye yeterli karşılığın mevcudiyetine rağmen hesap üzerinde haciz veya rehin bulunmasını, bankanın hataen ya da bilerek ödeme yapmamasını, ödemedi men kararı nedeniyle ödemenin gerçekleştirilmemesini vb. değerlendirirken düzenleyenin çek keşide etmekle üstlendiği taahhüdüne hangi olasılıklarda aykırılık yapmış sayılabileceğini belirleyerek bir sonuca ulaşmak gerekir.

Bu bağlamda hesap üzerinde haciz veya rehin bulunmasının düzenleyenin sorumluluğunu gerektireceği açıktır. Zira düzenleyenin bir alacaklısı tarafından muhatap bankadaki hesabı üzerine haciz konulması olasılığında buna sebebiyet veren kişi, bizatihi alacaklısına karşı borcunu yerine getirmeyen düzenleyen olacaktır. Benzer şekilde hesap üzerinde rehin bulunması da yine düzenleyenin rehin alacaklısı ile akdettiği bir sözleşmeden kaynaklanacağına göre hesap üzerindeki rehin nedeniyle ödeme yapılmamasına sebebiyet veren düzenleyen olduğu tartışma götürmez.

Bunun yanında çekle işleyen hesap müsait olmasına, yani hesapta çek bedelini ödeyecek yeterli karşılık bulunmasına rağmen muhatap bankanın hataen veya bilerek çek bedelini hamile ödememesinden dolayı da düzenleyen sorumludur. Esasen muhatap banka, çekin ödenmesinde düzenleyene bir hizmet ifa eden; nezdindeki hesapta bulunan

¹⁶ Nitekim TK m. 818/1-(c)'nin göndermesiyle çeki de uygulanacak olan TK m. 679'a göre düzenleyenin çekin ödenmemesinden sorumlu olmayacağına ilişkin bir kayıt çeki yazılamaz.

düzenleyenin parasını düzenleyenin çeki keşide etmek suretiyle verdiği talimat ile çekin yetkili hamiline ödeyen konumundadır. Gerçi Çek Kanunu m. 3/1 ile karşılığı bulunan çekin muhatap bankaca ödenmesi zorunlu kılınmış, m. 3/7'de bu ödemenin yapılmaması hâlinde muhatap bankaca geçen her gün için binde üç oranında gecikme cezası ödeneceği hükme bağlanmış, hatta m. 7/5'te karşılığı bulunan ve süresinde ibraz edilen çeki ödemeyen banka görevlisinin hapis cezası ile cezalandırılabilmesi bile düzenlenmiştir. Ne var ki anılan düzenlemeler muhatap bankanın karşılığı bulunan çeki ödememesi üzerine hamilin başvurma hakkının doğmasına engel değildir; muhatap bankanın kanundan kaynaklanan çeki ödeme yükümlülüğü ile düzenleyenin müracaat borçlusu sıfatıyla çekin ödenmemesinden doğan sorumluluğu yanyana geçerliliğini korur. Başka bir anlatımla muhatap bankanın Çek Kanunu'ndan kaynaklanan, çekin karşılığı bulunması hâlinde bunu çeki ibraz edene ödeme yükümlülüğü, düzenleyenin müracaat borçlusu sıfatı ile başvuruya maruz kalabilmesi için öncelikle tüketilmek zorunda olunan bir yol, bir önşart mahiyeti taşımaz. Şu hâlde düzenleyenin, muhatap bankanın karşılığı bulunan çeki hataen veya bilerek ödememesi nedeniyle ortaya çıkan sorumluluğu da yine çeki keşide etmekle birlikte lehdar ve sonraki hamillere karşı üstlendiği taahhütten kaynaklanır.¹⁷

5. Oysa hamilin çek elinden rızası dışında çıktığı iddiası ile mahkemeye başvurup TK m. 757 uyarınca ödemeden men kararı alması olasılığında durum tamamen farklıdır. Bu hâlde düzenleyenin ne herhangi bir şekilde kendi iradesi nedeniyle katlanması gereken bir sonuçtan (alacaklının hesabı haczi veya rehin hâllerindeki gibi), ne de sözleşmesel ilişki içinde bulunduğu ve kendisine hizmet ifa eden kişinin eylemi (muhatap bankanın çekin karşılığı olmasına rağmen hataen veya bilerek çek bedelini ödememesinde olduğu gibi) nedeniyle sorumluluğundan söz edilebilir. Ödeme yasağı kararı alan hamil (ziya

¹⁷ Her ne kadar muhatap banka, karşılığı bulunan çeki hataen veya bilerek ödemeden kaçınması nedeniyle düzenleyenle aralarında akdettikleri çek anlaşması gereğince (TK m. 783/1) düzenleyenin uğradığı zararları ödemekle yükümlü tutulabilecekse de çek anlaşması üçüncü kişi yararına sözleşme niteliği taşımayıp yalnızca düzenleyen ile muhatap banka için karşılıklı borçlar doğurduğundan biraz önce belirtildiği üzere bu husus, başvuru hakkının ortaya çıkması bakımından bir engel oluşturmaz.

iddiasında bulunan) tamamıyla düzenleyenin sorumluluk alanı dışındadır ve düzenleyenin çeki düzenlemekle, çeki elinde bulunduracak herkese karşı, iradesinin oluşması bakımından üzerinde hiçbir etkisinin olmadığı, herhangi bir yasal düzenleme nedeniyle de eylemlerinden sorumlu bulunmadığı bu üçüncü kişinin “ödeme yasağı kararı almak için mahkeme başvurmayacağı” gibi bir taahhütte bulunmuş sayılması gerektiği hiç kuşku yok ki söylenemez.¹⁸

6. Burada hemen bir parantez açmalı ve düzenleyenin muhatap banka nezdindeki hesabında çeki ödemeye yeterli karşılığın bulunmadığı hâlde ise ödeme yasağı kararının karşılıksız kalan kısım bakımından iyi niyetli çek hamilinin müracaat imkânını ortadan kaldırmayacağını belirtmeliyiz. Bu sonuç, bir önceki çıkarımla çelişmez. Zira bu son hâlde müracaat hakkının doğmasının sebebi çekin karşılığının bulunmamasıdır; yoksa mahkemece verilen ödeme yasağı kararının hamilin başvurma hakkını engellememesi değil. Bununla birlikte söz konusu müracaat hakkının ancak çekin “karşılıksız kalan kısmı” için doğacağını, yoksa bu olasılıkta tüm çek bedelinin artık müracaat hakkının doğduğu gerekçesiyle talep edilebilir hâle gelmeyeceğini vurgulamak gerekir.¹⁹

Gerçekten, Çek Kanunu m. 3/3'te düzenlenen çekle işleyen hesapta hiç para bulunmasa bile muhatap bankanın her durumda çekin belirli bir tutarını ödeme yükümlülüğü nedeniyle bir çekin “tamamen karşılıksız kalması” mümkün değildir. Başka bir deyişle Çek Kanunu m. 3/3, her durumda çekin kısmi karşılığının bulunduğu bir ifade-

¹⁸ Karş. Kendigelen, a.g.e., s. 285. Yazar, çekin “karşılıksız” kalmasına ilişkin açıklamalarında, gerekçesini göstermeksizin “Çek hakkında keşideci tarafından [e] TK 711/III hükmüne dayalı olarak bir ödmeden men talimatı veya mahkemece bir ödmeden men kararı verilmesi hâlinde de aynı sonuca varılmalıdır.” diyerek eTK 711/3'te düzenlenen “keşidecinin ödmeden men talimatı vermesi” ile mahkemece ödmeden men kararı verilmesini aynı şekilde değerlendirmektedir. Yukarıda zikrettiğimiz gerekçelerle bu değerlendirmeye katılma imkânı bulamıyoruz. eTK m. 711/3'te düzenlenen ihtimal ile mahkemece verilen ödmeden men kararı birbirinden apayrı iki müessesedir ve yapılacak değerlendirme anılan müesseselerinin bu nitelikleri göz önünde tutularak gerçekleştirilmelidir. Bu konuda bkz. aşağıda N. 10.

¹⁹ Bununla birlikte bkz. ve karşı. Abuzer Kendigelen, “Çekte Kısmi Karşılık”, Makalelerim, C. I, 2. Bası, İstanbul 2006, s. 506. Yazar, kısmi karşılığı kabul etmeyen hamilin diğer çek borçlularına karşı müracaat hakkını kaybetmekle birlikte düzenleyene karşı bu hakkı kaybetmeyeceği düşüncesindedir.

sidir. Nitekim aynı hükme göre “*Bu husus, hesap sahibi ile muhatap banka arasında çek defterinin teslimi sırasında yapılmış olan dönülemeyecek bir gayri nakdî kredi sözleşmesi hükmündedir.*”. Kanun, TK m. 783’te bir çekin düzenlenmesi için “muhatabın elinde düzenleyenin emrine tahsis edilmiş bir karşılık bulunması” gereğini ararken karşılığın kaynağına ilişkin bir sınırlama yapmamıştır. Karşılığın kaynağı doğrudan düzenleyenin muhataba tevdi ettiği bir “para” olabileceği gibi muhatap ile düzenleyen arasında akdedilmiş bir kredi sözleşmesi de olabilir.²⁰ Çek Kanunu m. 3/3’te muhatap çek tutarının belirli kısmını her hâlde ödemekle yükümlü tutulurken 2. cümle söz konusu karşılığın kaynağının ne olduğunu hükme bağlamaktadır.

İşte Çek Kanunu m. 3/3 uyarınca bir çekin her durumda bir “kısmi karşılığı”nın bulunacağı dikkate alındığında çekin rıza hilâfına elden çıktığı iddiasıyla yapılan başvuru üzerine mahkemece TK m. 757/1 gereğince verilecek ödemeden men kararı, yukarıda dile getirdiğimiz üzere, muhatap bankanın ödeme yapmasını durdurmakla bu kısma ilişkin müracaat hakkının doğumunu engellerken karşılığın bulunmadığı kısım yönünden müracaat hakkı doğar.

7. Düzenleyen, hamil ve çekle ilgili diğer kişilerin menfaatleri göz önünde tutulduğu ve TK m. 757 vd. ndaki iptal hükümleri söz konusu menfaatlerin korunması ışığında değerlendirildiğinde muhatap banka nezdindeki çekle işleyen hesap müsait olmasına karşın çek elinden rızası dışında çıktığı iddiasındaki kişinin alacağı ödemeden men kararının varlığı hâlinde çek hamilinin başvurma hakkının doğmayacağı yolundaki bu açıklamalarımızın isabetinin sağlaması da yapılmış olacağı gibi, bunun karşısında, Yargıtay’ın mevcut uygulaması ile ne denli haksız sonuçlara sebebiyet verildiği kendiliğinden anlaşılmış olur. Şöyle ki:

Yargıtay’ın uygulamasına göre çekin karşılığı muhatap bankada bulunduğu hâlde TK m. 757 gereğince alınan ödemeden men kararının çek hamilinin başvurma hakkının doğmasına imkân sağlayacağı kabul edildiğinde başvurma borçluları (cirantalar ve avalistler) ve nihai olarak düzenleyen, çek bedeli dışında ayrıca (icra takibi yapılmış-

²⁰ Birçokları yerine ayrıntılı bilgi için bkz. Kendigelen, a.g.e., s. 54.

sa) takip masrafları, vekâlet ücreti, gecikme faizi vb. ödemek zorunda kalmaktadır. Nihai olarak tüm bu bedelleri ödemek zorunda kalan düzenleyen, TK m. 757 kapsamında çekin ödenmesini engelleyen kişi olmadığına göre her hâlde uğradığı zararı (çek bedeli dışında fazladan ödenen kısmı) haklı olarak rücuen tahsil etmek isteyecektir. Peki, kimden ve hangi hukuki gerekçeyle? Çek elinden rızası hilâfına çıktığı iddiasıyla mahkemeye başvuran kişiden mi ve bu kişinin salt iptal prosedürüne başvurmasının BK m. 49 uyarınca kendisi (düzenleyen) aleyhine haksız fiil sayılacağını iddia ederek mi? Hâlbuki çeki zayi ettiği iddiasında olan kişi TK m. 757 uyarınca mahkemeden ödemediği kararını alıp iptal prosedürünü başlatmakla sadece kanunun kendisine tanıdığı makul bir hakkı kullanmıştır, o kadar. Yasal bir hakkın kullanılması kuşkusuz tek başına bir haksız fiil sayılmaz. Eğer çek elinden rızası dışında çıkan kişi bir iptal talebinde bulunamayacak idiyse o zaman TK m. 757 vd.ındaki hükümler hangi menfaati korumak için getirilmiştir? Öyle ki çek elinden rızası dışında çıktığı iddiasındaki kişi esasen TK m. 758 ve 763 gereğince çek eline geçen kişiye karşı bir iade davası açsa ve bu dava reddedilmiş olsa da bu husus dava hakkının kötüye kullanıldığı anlamına gelmez; bir davadaki talebin mahkemeyi ikna edici şekilde ispatlanamamış olması nedeniyle reddi otomatik şekilde dava açanın kötünietli sayılmasını sağlamaz. Örneğin emre veya hamiline yazılı bir çek, hamilin elinden rızası dışında çıkmış olsa, ardından kötünietli bir kimse bu çeki ele geçirip üçüncü kişilere devretse, çeki kötünietli kişiden iktisap eden iyiniyetli sonraki müktesiplerin bu iktisabı korunur (TK m. 792). Bu olasılıkta çeki iktisap eden kişi senedi iade etmekten her hâlde haklı olarak kaçınacaktır, oysa çek elinden rızası dışında çıktığı iddiasında bulunan kişi de iyiniyetlidir; kanun iki iyiniyetliden birine üstünlük tanımaktadır/tanımak zorundadır. Dolayısıyla bu örnekte iptal prosedürüne başvuran kişinin hiçbir şekilde dava hakkını kötüye kullandığından, eş deyişle haksız fiil işlediğinden söz edilemez.

Düzenleyen uğradığı zararı iptal isteminde bulunandan talep edemeyecekse kimden talep edecektir; çeki arada kötünietli olarak eline geçiren ve devreden kişiden mi? Düzenleyene çeki eline geçiren kötünietli kişiyi takip etme külfeti getirecek böyle bir mecburiyetin yasal dayanağı ne olacaktır? Hiç kuşku yok ki kanunun düzenlemesine göre

bir çek keşide etme bu denli ağır sonuçlar doğuracak riskli bir iş olmaz; düzenleyenden tedavülü sırasında çekin sürekli “koruyucusu” olması gerektiği anlamını taşıyacak böyle bir absürd fikir de hukuken savunulamaz.

8. Oysa Yargıtay’ın burada değerlendirme konusu edilen uygulamasının sebebiyet verdiği tüm bu ve benzeri haksız, sağlıklı bir hukuki düşünce ile açıklanması imkânsız sonuçlardan kaçınmanın yolu değerlendirmelerimizin başında da işaret ettiğimiz TK m. 757 vd. hükümlerinde açıkça tarif edilmiştir. Buna göre çek elinden rızası dışında çıktığı iddiası ile bir kimsenin TK m. 757 gereğince muhatap bankayı ödmeden men eden karar alması ardından dilekçe sahibi iptal prosedürünü başlatacak ve mahkeme kararı ile çekin getirilmesi için ilânlar yapılacaktır. İşte bu aşamada çeki fiilen elinde tutan, muhatap bankaya başvurup hesapta yeterli karşılık olmasına rağmen ödeme yasağı kararı nedeniyle kendisine ödeme yapılmaması üzerine iptal isteminden haberdar hâle gelecek ve TK m. 763 gereğince çeki mahkemeye sunacaktır. Gerçi dilerse hamil, çeki mahkemeye sunmaktan imtina edebilir, ancak kendisi için hiçbir faydası olmayacağından pratik bakımdan bu pek olası değildir. Zira muhatap banka ödmeden men kararı nedeniyle kendisine ödeme yapmayacağı gibi müracaat hakkı doğmadığından hamilin başvuru borçlularına karşı talepte bulunması imkânı da bulunmayacak, dolayısıyla senedi elinde tutmasının pratik bir faydası kalmayacaktır. Senedin mahkemeye sunulması üzerine ise mahkeme TK m. 763 uyarınca iade davası açması için dilekçe sahibine bir süre verecek ve söz konusu dava açılırsa çekin hukuken korunan hak sahibinin kim olduğu sorunu bu davada çözüme kavuşturulacaktır.

Bu arada çekin ibraz süresinin geçirilmesinin beraberinde getirebileceği sorunların çözümü ise TK m. 757/2’dedir. İade davasının devamı sonucunda muhatap banka nezdindeki karşılığın hak sahibine ödenmesini sağlamak için mahkeme TK m. 757/2 uyarınca muhatap bankaya çek bedelini tevdi etmesi için bir yer belirlemelidir. Yargılama sonunda çek üzerinde gerçekte kimin hak sahibi olduğu sorununun çözülmesi ile de hak sahibi tevdi edilen yerden parayı alarak tatmin edilmiş olacaktır.

Görüldüğü üzere kanunun bu kurgusu biraz önce dile getirdiğimiz, düzenleyen ve diğer çek borçlularının mantıklı ve haklı görülmesi mümkün olmayan taleplerle karşılaşmalarını da tamamen engellemektedir.

Rızası dışında çek elinden çıkanın aldığı ödemedenden men kararına karşın çekle işleyen hesapta zaten karşılık olmaması hâlinde farklı bir sonucun ortaya çıkacağını, zira bu hâlde çek “karşılıksız olduğu için” hamilin başvurma hakkının doğduğunu yukarıda belirtmiştik.²¹ Bir diğer anlatımla, bu olasılıkta çeki elinde bulunduran, düzenleyen ve diğer çek borçlularına karşı talepte bulunabilir; dolayısıyla icra takibi marifetiyle çekin tahsili cihetine gidilmesine hukuken bir engel yoktur. TK m. 757’de düzenlenen ödeme yasağı kararı muhatap bankaya yöneliktir; yoksa ödeme yasağı kararı çeki elinde bulunduran aleyhine alınmış, çekin icra takibine konu edilmesini yasaklayan bir mahiyet taşımaz.²² Bu hâlde çek rızası dışında elinden çıkanın yapacağı şey, çek eline geçen kişi artık bilindiğine göre (icra takibinde bulunan) ona karşı çekin iadesi davası açmak olacaktır. Ne var ki bu olasılıkta gerçekte çekin üzerinde kimin hak sahibi olduğu sorunu, düzenleyen ve diğer çek borçlularının düzenleyen çekin karşılığını muhatap bankada bulundurmaması nedeniyle ortaya çıkan sorumlulukları üzerinde bir değişikliğe neden olmaz.

9. Çekle işleyen hesapta yeterli karşılık bulunduğu hâlde TK m. 757 gereğince çek rızası dışında elinden çıktığı iddiasıyla hamilin aldığı ödemedenden men kararının çeki fiilen elinde tutanın başvuru hakkının doğmasına engel olduğu yolundaki yukarıda yer verdiğimiz açıklamalarımızın doğal ve zorunlu bir başka sonucu böyle bir hâlde düzenleyen ve diğer çek borçluları aleyhine ihtiyati haciz kararı alınmasına imkân olmamasıdır. Çünkü bankada yeterli karşılığın mevcudiyetine rağmen TK m. 757’de düzenlenen ödemedenden men kararı nedeniyle muhatap bankaca ödeme yapılmamışsa çeki fiilen elinde bulunduran

²¹ Bkz. yukarıda N. 6.

²² Tekrar ve önemle belirtelim, çek bedelinin düzenleyen muhatap bankadaki hesabında bulunmadığı olasılıkta ödemedenden men kararının varlığına rağmen müracaat hakkının doğması başka bir şey, hesapta karşılık olması olasılığında artık müracaat hakkının doğmaması, o nedenle bu son hâlde mahkemece verilen ödemedenden men kararının hamilin düzenleyen ve diğer çek borçlularına karşı talepte bulunmasına engel olması (müracaat hakkı doğmadığı için) başka bir şeydir.

kişi ödeme yasağı kararını veren mahkemeye müracaat edeceği ve neticede ödemeden men kararı için talepte bulunan ile çeki elinde tutandan hangisinin gerçek hak sahibi olduğu sorunu çözüme kavuşturulacağı, bu arada TK m. 757/2 uyarınca mahkemece muhatap bankaya çek bedelini tevdi için bir yer tayin edileceğinden yargılama sonunda hak sahibi çek bedelini tahsil edebilir durumda olacaktır.²³

10. TK m. 757/1 gereğince alınacak ödemeden men kararı ardından gidilecek yol yasada bu denli açık şekilde düzenlenmesine, dolayısıyla bu aşamada müracaat hakkı doğmadığı için hamilin düzenleyen veya diğer çek borçlularına karşı talep yöneltme imkânının bulunmadığı bu kadar berrak olmasına rağmen acaba Yargıtay 12. HD'nin inceleme konusu ettiğimiz hatalı içtihadı neden ortaya çıkmıştır? Kanımızca bu sorunun cevabını eTK m. 711/3'ün zihinlerde bıraktığı tortuda aramak gerekir. Bilindiği üzere eTK m. 711/3'te, sonradan 5838 sayılı Kanununun 32/19. maddesi ile²⁴ yürürlükten kaldırılmış olan "*Keşideci çekin kendisinin veya üçüncü bir kimsenin elinden rızası olmaksızın çıkmış olduğu iddiasında ise muhatabı çeki ödemekten men edebilir*" hükmü yer almaktaydı. Mezkûr hüküm çerçevesinde düzenleyen muhatap bankayı ödeme yapmaktan men ederse çok doğal olarak hamil, böyle bir çek nedeni ile müracaat hakkını kullanabilir hâle gelmekteydi. Bu çok doğaldı, çünkü düzenleyenin ödemeden men talimatı esasen düzenleyenin çeki imzalamakla muhatap bankaya verdiği, çek ibraz edildiğinde bedelinin muhatap bankadaki hesabından ödenmesi yönündeki yetkiyi geri alması mahiyetindeydi ve doğrudan düzenleyenin iradesine dayanmaktaydı. Bir başka deyişle düzenleyenin ödemeden men talimatı,

²³ Bu nedenle Yargıtay 11. HD'nin ulaştığımız bazı kararlarında mahkemece ödemeden men kararı verilmesinin hamilin ihtiyati haciz istemine engel olmayacağı yönündeki ifadeleri isabetli görülemez (Bkz. Yarg. 11. HD'nin 12.10.2012 tarih ve 13177/16038 sayılı; 24.01.2013 tarih ve 2012/18656-1568 sayılı kararları [karar metinleri için bkz. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası]). Doğrusu anılan kararlardan mahkemece verilen ödemeden men kararına rağmen düzenleyen muhatap bankadaki çekle işleyen hesabında çek bedelini ödemeye yeterli miktarda olup olmadığı anlaşılamamaktadır. Ne var ki şayet somut olaylarda düzenleyen muhatap bankadaki hesabında çek bedelini ödemeye yeterli miktarda para varsa bu durumda müracaat hakkı henüz doğmadığına göre düzenleyen veya diğer çek borçlularına karşı ihtiyati haciz talebinde bulunulması mümkün değildir. Dolayısıyla en azından kararlarda yer alan, ödemeden men kararının bulunmasının ihtiyati haciz kararı verilmesine engel olmadığı ifadesinin tam isabet taşıdığı söylenemez.

²⁴ Bkz. 28.02.2009 tarih ve 27155 sayılı Mük. RG.

doğrudan düzenleyenin iradesinden kaynaklanan, bu nedenle de sonuçlarına düzenleyenin ve onun çek bedelinin ödeneceği konusunda kendisinden sonrakilere karşı kanun gereği taahhüt altına girmiş olan diğer çek borçlularının katlanması gereken bir sebebe dayanmaktaydı. Oysa mahkemece verilen ödemeden men kararı, yukarıda ayrıntısıyla izah olunduğu üzere, düzenleyenin çeki imzalamasında mündemiç taahhüdünün kapsamının dışındadır ve bu yönüyle iki ödemeden men müessesesi birbirinden hassasiyetle ayrı tutulmak gerekir.

III. Sonuç

Rızası hilafına elinden çıktığı iddiasıyla hamilin çekin iptali prosedürüne başvurması ve bu kapsamda TK m. 757 uyarınca mahkemeden ödemeden men kararı alması, ardından çeki fiilen elinde bulunduran kişinin bankaya başvurduğunda kendisine ödeme yapılmaması üzerine çek borçlularına müracaat hakkının doğup doğmadığı sorunu çekle işleyen hesapta karşılık bulunup bulunmamasına göre çözüme kavuşturulur.

Buna göre bir olasılık çekle işleyen hesapta yeterli karşılığın varlığıdır. Şayet ödemeden men kararına rağmen çekle işleyen hesapta yeterli karşılık varsa çeki elinde bulunduranın müracaat hakkı doğmaz; dolayısıyla çek borçlularına karşı bir talepte bulunması, bu bağlamda bir icra takibi yapması mümkün değildir. Bu olasılıkta çeki elinde bulunduranın ödemeden men kararı karşısında çek bedelini tahsil edebilmek için yapması gereken TK m. 763 gereğince çeki, ödemeden men kararını veren mahkeme sunması ve anılan mahkemede takip edilecek yargılama prosedürüne göre alacağına kavuşmaya çalışmasıdır. Şu hâlde hamilin çek elinden rızası hilafına çıktığı iddiasıyla ödemeden men kararı alması ardından çeki fiilen elinde bulunduranın çekle işleyen hesapta yeterli karşılık olmasına rağmen ödemeden men kararı nedeniyle çek bedelini tahsil edememesi durumunda çek borçlularına karşı başlatacağı bir icra takibi iptale mahkûmdur.

Buna karşılık ikinci bir olasılık ödemeden men kararı yanında çekle işleyen hesapta zaten yeterli karşılığın bulunmamasıdır. Çekle işleyen hesapta karşılık olup olmadığı değerlendirmesinde Çek Kanunu m. 3/3 hükmü de göz önünde tutulur. Ödemeden men kararı olması-

na karşın şayet çekle işleyen hesapta yeterli karşılık yoksa, karşılıksız kalan kısım bakımından müracaat hakkı doğar. Dolayısıyla bu hâlde TK m. 763'ten farklı olarak ödemeden men kararı çeki elinde bulunduranın müracaat hakkını kullanmasını engellemez. Ancak altını bir kez daha çizmek gerekir ki bu olasılıkta müracaat hakkının doğumunun nedeni ödemeden men kararının çeki fiilen elinde bulunduran yönünden bağlayıcı olmaması değil, çekin hesap müsait olmadığı için karşılıksız kalmasıdır.

Bu hukuki tahliller yapılmaksızın Yargıtay 12. HD'nin çekle işleyen hesapta yeterli karşılık olduğu hâlde hamilin çekin rızası hilafına elinden çıktığı iddiasıyla başlattığı iptal prosedürü kapsamında aldığı ödemeden men kararı ardından çeki fiilen elinde bulunduranın muhatap bankaya başvurması ve bankaca bu karar nedeniyle kendisine ödeme yapılmaması üzerine artık çek borçlularına müracaat etmesinin yerinde olduğu içtihadı doğrusu tam da TK m. 757 vd. ndaki düzenlemenin ihlâlidir ve yüksek mahkemenin bir an önce bu isabetsiz uygulamadan dönmesi umulur.

EŞLERİN ÇOCUK SAHİBİ OLMA KONUSUNDA UYUŞMAZLIĞA DÜŞMESİ

DISAGREEMENT BETWEEN SPOUSES ABOUT HAVING CHILDREN

Metin İKİZLER*

Özet: Kişilerin yaşamında çocuk sahibi olmak önemli bir karardır. Üreme hakkı insan haklarından ve her bireyin çocuk sahibi olup olmamaya karar verme hakkı vardır. Evlilikte ise eşler, çocuk sahibi olup olmamaya genellikle birlikte karar verir. Ancak bazen eşlerden biri çocuk isterken diğeri istemeyebilir. Türk hukukunda eşler, içlerinden birinin evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerini yerine getirmemesi veya evlilik birliğine ilişkin önemli bir konuda uyuşmazlığa düşmeleri hâlinde, ayrı ayrı veya birlikte hâkimin meseleye müdahalesini isteyebilirler (Türk Medeni Kanunu m. 195). İşte bu çalışmada eşlerin çocuk sahibi olma hususunda uyuşmazlığa düşmesi hukuki açıdan incelenecek son olarak kürtaj, yani ana rahmindeki çocuğun istenmemesi noktasında ana ve babanın karar hakkına değinilecektir.

Anahtar Kelimeler: Üreme Hakkı, Evlilik, Eşlerin Uyuşmazlığı, Hâkimin Müdahalesi, Rahim Tahliyesi (Kürtaj)

Abstract: Having a child is one of most important decision in people's life. Reproductive rights are human rights and thus individuals have the right to decide whether or not to have a child. Usually, in marriage, spouses decide together on this matter. But sometimes one spouse want children while the other doesn't. In Turkish Law, if a spouse fails to fulfil his or her duties to the family or if the spouses disagree on matters of importance to the marital union, they may apply jointly or separately to the court (Art. 195 of Turkish Civil Code). In this article, legal issues of disagreement between spouses about having children will be discussed and, finally, mother and father's rights on abortion will be touched upon.

Keywords: Reproductive Rights, Marriage, Disagreement Between Spouse, Court Measures, Abortion

* Doç. Dr., Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

GİRİŞ

Kadınla çocuğu arasındaki ilişki fizyolojik, psikolojik, biyolojik, sosyolojik çok farklı boyutları olan bir ilişkidir. Başlangıçta çocuk kadının bedeninin bir parçası olmakla, bedenine dâhil olmakla, kadında fizyolojik, biyolojik değişimlere yol açar. Genetik bağlantıyı belki ayrıca belirtmeye gerek de yoktur. Kadının bedeninden sağ ve tam doğumla ayrılmasıyla birlikte, bu sefer de, yeni bireyle kadın arasında ana-çocuk ilişkisi doğar. Ana-çocuk ilişkisi güçlü, ömür boyu hatta ölümden sonra da manevi değerler üzerinden süren ve maddi sonuçları olan çok sıkı bir bağdır. Bu bağlılık o denli toplumca bilinir düzeydedir ki ayrıca açıklanmaya gereksinim göstermez.

Erkek için de çocuk sahibi olmak hiç kuşkusuz önemli bir karardır. Tıpkı, ana-çocuk ilişkisi gibi, baba-çocuk ilişkisi de maddi ve manevi sonuçları ile ömür boyu süren bir ilişkidir.

Çocukla ana ve baba arasındaki ilişki, hukuken de son derece önemsenen bir ilişkidir ve kural olarak ilgililerin bu ilişkiyi sona erdirmeye olanağı yoktur.

Bilindiği gibi, Türk hukukunda “evlatlıktan reddetme” gibi bir hukuki kurum mevcut değildir. Bu nedenle gerek ana ile çocuk gerekse baba ile çocuk arasındaki soybağı ve hısımlık ilişkisi bir kere kurulduktan sonra kural olarak artık koparılamaz.

“Kural olarak” ifadesi, erkek için geçerlidir. Zira karine gereği çocuğun babası olarak kabul edilen koca (Türk Medeni Kanunu, TMK, m. 285), soybağının reddi davası yoluyla, kendinden olmayan çocukla bağını koparabilir (TMK m. 286). TMK, biyolojik babayı kayıtsız şartsız hukuki baba olarak kabul eden bir sistem üzerine kurulu değildir. Dolayısıyla erkek ile çocuk arasında, ana ile evlilik, tanıma veya babalık hükmü yoluyla soybağı kurulduğu takdirde, baba-çocuk ilişkisi doğmuş olacaktır.

Kadın için ise durum daha farklıdır; doğumla birlikte, onun isteğine bakılmaksızın, çocukla arasında soybağı kurulur (TMK m. 282/1). Bu kuralın istisnası yoktur. Çocuğu doğurmakla ana sıfatı kazanan kadın, çocuğu istememe gibi bir hakka sahip değildir. Dolayısıyla ana-çocuk arasında; hısımlık, nafaka yükümlülüğü ve daha birçok aile hukukuna ve diğer hukuk dallarına ilişkin soybağının varlığına bağlı kural, uygulanmaya başlar.

Görüldüğü gibi, kadının doğurduğu çocukla soybağı kurması ter-
cihine bırakılmamıştır; ana, çocuktan göbek bağı koparsa da, soyba-
ğını hiçbir şekilde koparamaz.¹

Bir satış, kira hatta evlilik gibi bir hukuki ilişkiden tamamen farklı
olarak, görülüyor ki, ebeveyn-çocuk ilişkisi, kişinin bütün yaşamı bo-
yunca süren, vicdani, toplumsal, biyolojik, hukuki vb. etkileri olan bir
ilişki biçimidir. Çocuk sahibi olma kararının verilmesi de, hâliyle, son
derece önemli bir karar olmaktadır. Diğer yandan, bir kişinin çocuk
sahibi olmaya zorlanması da o derecede kişinin irade özerkliğine, ya-
şamına; maddi ve manevi varlığını geliştirmesi, geleceğini belirlemesi
vb. özgürlük alanlarına müdahale anlamına gelmektedir.

Çocuk sahibi olma kararı bir yandan bireyin kendisi ile ilgili bir
kararken, özellikle eşler için bu karar, diğer eşin de çocuk sahibi olma-
sını ve çocuk sahibi olma hakkını etkileyen bir karardır. Dolayısıyla eş-
lerin çocuk istememe hakkının olup olmadığı, varsa bu hakkın sınırları
üzerinde durulması gerekir.

Kuşkusuz eşlerden her ikisinin kararı aynı yönde ise, ikisi de ço-
cuk istemiyorsa veya tam aksine ikisi de çocuk istiyorsa, ortaya bir
uyuşmazlık çıkmayacaktır. Sorun, eşlerden biri çocuk istemezken di-
ğerinin çocuk istemesi durumunda doğacaktır. Aşağıda çocuk isteme-
me üzerinden ve bu hakkın sınırları esas alınarak, çocuk sahibi olma
konusunda eşler arasında çıkan uyuşmazlıkla ilgili hukuki değerlen-
dirmelerde bulunulacaktır.

1. Genel Olarak Bireylerin Çocuk İstememe Hakkı

Türk hukuku bireyleri çocuk sahibi olmaya zorlayan bir hukuk
sistemi değildir. Esasen bireyler çocuk sahibi olmaya zorlanamaz.² Bu

¹ Belki ileride taşıyıcı annelik vb. uygulamalar bu kuralın da değiştirilmesine veya
esnetilmesine neden olabilecektir. Taşıyıcı annelik hakkında bak. Cemile Turgut,
Yapay Döllenne Taşıyıcı Annelik ve Soybağına İlişkin Hukuki Sorunlar, XII Lev-
ha Yayıncılık, İstanbul 2016, s. 107 vd.

² Birleşmiş Milletler tarafından 1954 yılından itibaren aralıklarla düzenlenen Nüfus
Konferansları'nda, bireylerin çocuk sahibi olup olmamaya karar verme hakkının
olduğu genellikle vurgulanmaktadır. Nitekim üreme hakları insan haklarının
alt kümesi olarak 1968'de Tahran'da toplanan Birleşmiş Milletler İnsan Hakları
Konferansı'nın nihai bildirgesinde beyan edilmiş; Bildirge'de ana-babanın dün-
yaya getirecekleri çocuk sayısı ve aralığı hakkında özgür ve sorumlu karar verme
ve bu çerçevede yeterli bilgi ve eğitim alma haklarının olduğu ifade edilmiştir
(International Conference on Human Rights, Teheran, 22 April-13 May 1968, Re-
solution XVIII: Human Rights Aspects of Family Planning). Bak. United Nations,

insan haklarına aykırı olur.³ Çocuk sahibi olma, çocuk sayısına ve zamanına karar verme özgürlüğü üreme hakkı üst başlığı altında toplanmaktadır.⁴ Üreme hakkı olumsuzunu; ürememe hakkını da içeren bir kavramdır.⁵ Dolayısıyla çocuk istememe hakkı da üreme hakkı altında toplanan değerlerdendir.

Anlaşıyor ki bireylerin ve ayrıca vurgulamak gerekirse kadının, gelecek nesli üretme yükümlülüğü yoktur.⁶

Final Act of the International Conference on Human Rights, U.N. Document A/CONF. 32/41, Newyork 1968, s. 15.

3 "Üreme hakları, bu bağlamda temel dayanağını İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nden almaktadır. Bu beyannamenin yaşam hakkının korunmasına ilişkin 3, özel hayatın ve aile yaşamının korunmasına ilişkin 12, evlenme hakkı ve özgürlüğüne ilişkin 16, düşünce, vicdan ve kanaat özgürlüğüne ilişkin 18, ifade özgürlüğüne ilişkin 19, tıbbi bakım ve sağlık hizmetlerinden yararlanma hakkına ilişkin 25 ve eğitim hakkına ilişkin 26'ncı maddeleri, üreme hakkının hayata geçirilmesinde göz önünde bulundurulması ve uygulanması gereken temel hakları belirlemektedir" Recep Doğan, "Kadının Üreme Hakkı, Kürtaj, Çocuk Düşürme ve Düşürtme Suçları", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 127, 2016, s. 78.

4 Üreme hakkı ve bireylerin çocuk sahibi olup olmamaya karar verme hakkı hususunda bak. Gürkan Sert, Üreme Haklarının Yasal Temelleri ve Etik Değerlendirme, İnsan Kaynağını Geliştirme Vakfı, İstanbul 2013, s. 18 vd.; "Üreme hakları, evrensel insan hakları bağlamında çiftlerin ve bireylerin yapacakları çocukların sayısı ve aralığına özgür ve sorumlu olarak karar verebilmeleri, bunun için gerekli bilgiye sahip olabilmeleri, sağlık hizmetlerine ulaşabilmeleri sırasında hiçbir şiddet baskı ve ayrımcılığa maruz kalmamaları olarak tanımlanmaktadır" Doğan, 78.

5 Her insan hakkının olumsuzunu da içerdiği söylenemez. Örneğin yaşam hakkı (Anayasa m. 17), yaşamama hakkını içermez. Bu anlamda intihar hukuka uygun görülemez ve intihar hakkından söz edilemez. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi açısından "...2. madde, herhangi bir dil çarpıtması olmadan, tamamen zıt bir hakkı verdiği şeklinde yorumlanamaz, bir ölme hakkı ya da bu madde bireyin yaşamaktansa ölmeyi seçme hakkı bağlamında kendi kaderini tayin hakkını yaratamaz". Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Pretty/Birleşik Krallık Kararı, Karar tarihi: 29.04.2002, Başvuru no: 2346/02, bu karar için bak. Douwe Korff, Yaşam Hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 2. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz Kitap, çev. Çınar, Özgür Heval/Kaya Abdülcelil, Avrupa Konseyi İnsan Hakları El Kitabı No. 8, Strasbourg 2006, s. 19-20; Serkan Cengiz, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Yaşam Hakkı", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 93, 2011, s. 402-403; Mert Nomer, "Yaşam Hakkına Saygı Nedeniyle Ölümü İstemek, Pretty-Birleşik Krallığa Karşı", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 113, 2014, s. 41 vd.

Bunun gibi, Türk hukukunda; "Ötenazi yasaktır. Tıbbi gereklerden bahisle veya her ne suretle olursa olsun, hayat hakkından vazgeçilemez. Kendisinin veya bir başkasının talebi olsa dahi, kimsenin hayatına son verilemez" Hasta Hakları Yönetmeliği m. 13; ayrıca Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi açısından bak. Korff, 16 vd; Cengiz, 401 vd.

6 "Annelik özgür bir seçim olmalıdır. Her kadın çocuk sahibi olmak için en iyi zamanlamaya, sahip olmak istediği çocuk sayısına ve doğumlar arası bekleme süre-

2. Eşlerin Çocuk İstememe Hakkı ve Sınırları

Yukarıda, birey olarak erkek ve kadının çocuk istememe hakkının olduğu ortaya kondu. *Birbiriyle evlilik birliği kurmuş olanların; karı-kocanın, eşlerin çocuk sahibi olmama, çocuk istememe hakkının olup olmadığı ve bunun sonuçları ise daha ayrıntılı bir değerlendirmeyi gerektirmektedir.*

Öncelikle belirtmek gerekir ki, hukukumuzda bireyleri çocuk sahibi olmaya zorlayan bir kural olmadığı gibi, evli çiftleri çocuk sahibi olmaya zorlayan bir kural da yoktur. Bir başka deyişle, evli çiftler de çocuk sahibi olmaya zorlanamaz.

Eşlerin birbirine yönelttikleri çocuk sahibi olma istekleri ise, kamu hukukundan doğan bir zorlamadan çok farklıdır. Evlilik bir özel hukuk münasebetidir ve sonuçta eşler arasındaki bir sözleşmeyle, evlenme ile kurulur. “Evlenme, tam ve sürekli bir hayat ortaklığı yaratmak üzere cinsiyetleri ayrı iki kişinin hukuk düzeninin belirlediği şekil ve şartlar çerçevesinde geçerli bir şekilde birleşmesi olup, toplumsal, ahlaksal ve aynı zamanda hukuksal bir kurumdur”.⁷ Evlenme bir kadınla bir erkeğin yuva kurması, önceki mensubiyetlerinden farklı olarak, yeni bir ailenin kurucuları olmaları anlamına gelir. Evlenme, hatta öncesinde nişanlanma ile birlikte, eşler aile hukukunun kapsamına girmiş olurlar. Böylece birbirleri ile ilişkileri bir takım kurallara tabi olur. Kanun koyucu bu anlamda aileyi kendine başına bırakmamış, kanun yolu ile aile yaşamına müdahale etmiştir. Hatta aile hukukunun temel ilkelerinden birinin emredicilik olduğu anımsanırsa, bu müdahalenin katı bir müdahale olduğu da anlaşılır.

Evlilikte çocuk isteyip istememe sorunu, eşlerden birinin çocuk sahibi olma isteğine diğerinin olumsuz yaklaşımı ile doğar. Bu anlamda çocuk istemeyen, eşlerden kadın olabileceği gibi erkek de olabilir.

sine karar verme hakkına sahiptir. Her kadın için etkin doğum kontrol yöntemleri erişilebilir olmalıdır”. Anne ve Yeni doğan Hakları Barselona Deklarasyonu (Declaration of Barcelona on the Rights of Mother and Newborn) m. 1; Deklarasyon hakkında bak. Begüm Atasay/Saadet Arsan, “Anne ve Yenidoğan Hakları Barselona Deklarasyonu”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 52, 2004, s. 172 vd.

⁷ Bülent Köprülü/Selim Kaneti, *Aile Hukuku*, 2. bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 1989, s. 62.

2.1. Eşitlik İlkesi Açısından Konunun Değerlendirilmesi

Özellikle 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun kadın-erkek eşitliğine verdiği önem açıktır. Gerçekten de 4721 sayılı Kanun, kadın-erkek eşitliğini temel ilke olarak benimsemiştir.⁸ Bu anlamda 743 sayılı önceki Medeni Kanun'a göre çok daha fazla eşitliğe dayalı hüküm, yeni Kanun'da yer almıştır. Böylece bir bakıma aile hukuku alanında Anayasa'ya işlerlik de kazandırılmıştır. Zira Anayasa'da eşitlikle ilgili iki ana ilke bu hususta başka türlü davranılmasına aslında izin vermez. Bu iki ilkeden ilki 10. maddededir: "Herkes,....cinsiyet(ayrım) gözetilmeksizin kanun önünde eşittir" (f. 1). "Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür" (f. 2). İkincisi ise, 41. maddededir: "Aile, Türk toplumunun temelidir ve eşler arasında eşitliğe dayanır" (f. 1).

Eşitlik ilkesi gereği, evlilik birliğinde kadının erkeğe, erkeğin kadına bir üstünlüğü, egemenliği yoktur. Bundan çıkan sonuç, erkeğin çocuk istemi karşısında kadının çocuk sahibi olmama tercihi varsa, bunlardan biri diğerine kadın veya erkekten geliyor olma yönüyle üstün tutulamaz.⁹

O hâlde salt eşitlik ilkesinden hareket edildiğinde, evli kadın eğer istemiyorsa, eşinin çocuk istemini karşılamak zorunda değildir; evli kadının kocasının çocuk sahibi olma kararını gerçekleştirme kendisinden beklenemez. Aynı esas, kuşkusuz, karısının çocuk isteğini geri çeviren koca için de geçerlidir.

2.2. TMK m. 185 Açısından Konunun Değerlendirilmesi

Öncelikle belirtmek gerekir ki, Türk Medeni Kanunu'nda eşlerden birine, diğerinin çocuk istemini yahut özlemini giderme yükümlülüğü

⁸ Bilge Öztan, Aile Hukuku, 6. bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2015, s. 9, 188.

⁹ "Taraf Devletler evlilik ve aile ilişkileri ile ilgili bütün konularda kadınlara karşı ayrımcılığı tasfiye etmek için gerekli her türlü tedbiri alır ve özellikle erkeklerle kadınların eşitliğini öngören aşağıdaki hakları tanır: e-Çocukların sayısına ve dünyaya getirilme zamanına serbestçe ve makulce karar verme konusunda aynı hakka sahip olma ve bu hakları kullanabilmeleri için gerekli bilgiye, eğitime ve araçlara sahip olma". Kadınlara Karşı Her Tür Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi (CEDAW) m. 16, (Türkiye Sözleşme'yi 1985 yılında imzalamış, 19.01.1986'da da Sözleşme yürürlüğe girmiştir).

yükleyen açık bir hüküm yoktur. Bu durumda, çeşitli hükümlerden yorum yoluyla böyle bir yükümlülüğün çıkarılıp çıkarılmayacağına bakmak gerekir.

Acaba TMK m 185, böyle bir yükümlülüğe dayanak olabilir mi? TMK m. 185, “Evliliğin Genel Hükümleri” bölümünün ilk hükmüdür. Evlilikten doğan hak ve yükümlülükleri genel olarak düzenleyen hükmüdür. Bu hükme göre;

“Evlenmeyle eşler arasında evlilik birliği kurulmuş olur.

Eşler, bu birliğin mutluluğunu elbirliğiyle sağlamak ve çocukların bakımına, eğitim ve gözetimine beraberce özen göstermekle yükümlüdürler.

Eşler birlikte yaşamak, birbirine sadık kalmak ve yardımcı olmak zorundadırlar”.

Hükmün ikinci fıkrasında her ne kadar çocuklardan söz etse de, bundan asıl maksadın çocuk sahibi olmak değil; eğer çocuk sahibi olursa, onun bakımında, eğitim ve gözetiminde diğer eşi yalnız bırakmamak olduğu kolayca anlaşılır.

Sorun açısından maddede geçen asıl değinilmesi gereken ifadeler ise, eşlerin “evlilik birliğinin mutluluğunu elbirliğiyle sağlamak” ve “birbirine yardımcı olmak” yükümlülükleridir:

-Gerek evliliğin toplumsal algısından gerekse TMK'nın ruhundan, evlilikte eşlerin çocuk beklentisi olduğu, eşlerin veya en azından içlerinden birinin çocuk beklentisinin doğal olduğu sonucuna varılabilir.

TMK'nın “Aile hukuku” kitabının “Evlilik hukuku” başlığını taşıyan birinci kısmının hemen ardından “Hısımlık” başlığını taşıyan ikinci kısmı gelir. Bu kısımda öncelikle çocuğun soybağı düzenlenir. Bu sistematik göstermektedir ki, aile hukukunu düzenleyen TMK'nın aile anlayışı yalnız kadın ve erkekten oluşan evlilik birliği değildir.

Nitekim öğretide,¹⁰ TMK'da aile kavramının üç ayrı anlamda kullanıldığı ifade edilmektedir:

¹⁰ Fezyi Necmeddin Feyzioğlu, Aile Hukuku, 3. baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 1986, s. 4-5; Turgut Akıntürk/Derya Ateş, Türk Medeni Hukuku, Cilt. II, Aile Hukuku, 15. bası, Beta Yayınları, İstanbul 2013, s. 4 vd.; Öztan, 3.

- i. Kuşkusuz aile, ilk kurulduğu şekliyle eşlerden ibarettir. Bu dar anlamda aileyi ifade eder. TMK 185. maddede “*Evlenmeyle eşler arasında evlilik birliği kurulmuş olur*” denilmek suretiyle, dar anlamda aile, evlilik birliği olarak adlandırılmış ve çeşitli maddelerde bu kavram esas alınmıştır.
- ii. Eşlerden oluşan aileye çocukların katılmasıyla geniş anlamda aile meydana gelir. Bu anlamda ana-baba ve çocuklardan oluşan aile kavramı ortaya çıkar. TMK m. 335 ve devamında velayet başlığı altında düzenlenen hükümler bu aile kavramını esas alan hükümlerdir. Nitekim bu kısımda, çocuklar üzerindeki velayet, velayetin kapsamı, çocukların eğitimi, temsili, çocuğun korunması, velayetin kaldırılması vb. hükümler yer alır. Bu nedenle geniş anlamda aile, velayet ailesi olarak da anılmaktadır.
- iii. Son olarak aile belirli bir düzen içerisinde bir arada yaşayan büyükbaba ve büyükanneler, amca, dayı, hala, eşler ve çocuklardan oluşan, hatta hizmetçi, bakıcı vb. çalışanları kapsayan bir anlamda kullanılır ki bu en geniş anlamda aileyi oluşturur. TMK bu en geniş anlamda aileyi “*Ev düzeni*” başlığı altında düzenler (TMK m. 367 vd.).

Görüldüğü gibi, her üç aile kavramı da hukukta yerini bulmaktadır. Bununla birlikte, eşlerden ve eş ve çocuklardan oluşan aile kavramının görülme sıklığı ve önemi herhâlde daha fazladır. Hatta Anayasa Mahkemesi’nin bakış açısıyla ki bu toplumsal bakış açısıyla da uyumludur, aile denince tahayyül edilen, eşlerden ve çocuklardan ibaret topluluktur. Anayasa Mahkemesi’nin ifadesi ile “*Aile, insanın tabii olarak içinde yaşama ihtiyacı duyduğu ilk topluluk türüdür. Bu ihtiyaç bugün de sürmektedir. Toplumsal olgu ve müesseselerin her biri gibi aile de zaman içinde değişip gelişmiştir. Günümüzün ailesi “küçük aile” denilen eşler ile evlenmemiş çocuklardan oluşan aile tipidir*”.¹¹

Tüm bu bilgiler ışığında, evlenmeyle birlikte eşlerin, çocuk sahibi olma beklentisi içine girmelerinin ya da bu beklentilerinin de karşılanması düşüncesi ile evlenme sözleşmesi yapmalarının¹² gayet doğal ve makul olduğu sonucuna varılabilir.

¹¹ Anayasa Mahkemesi, 25.06.2009 T., E. 2008/30, K. 2009/96 (RG 07.10.2009 T., Sayı: 27369).

¹² Evlenme sözleşmenin amacı çocuk sahibi olmak değildir. Bu sözleşme TMK anlamında evlilik birliği kurmak için yapılır. Ancak evlenen kişiler, özellikle Türk toplumunda, evliliklerinin bir meyvesi olarak kuşkusuz çocuk beklentisi içine de girmektedir.

Çocuk sahibi olma isteği -evlenme ile kurulan evlilik birliği içinde- gayet doğal ve makul bir beklenti olduğuna göre, bu istemin karşılanması, TMK m. 185'te hüküm altına alınan; *eşlerin evlilik birliğinin mutluluğunu elbirliğiyle sağlamak ve birbirine yardımcı olmak yükümlülüklerinin kapsamında kabul edilmelidir.*

Gerçekten de, bir kişinin soyunu sürdürme, çocuk sahibi olma arzusu gayet doğal bir arzudur, dürtüdür ve evli birinin yasal olarak bunu eşinin dışında bir kişi ile gerçekleştirmesi mümkün değildir. Evli kişiye bunun aksi bir alternatif sunulamayacağı gibi böyle bir şeye de zorlanamaz. Şu hâlde, eşlerden birinin çocuk sahibi olma isteğini diğer eşe yöneltmesi ve bu arzunun onun yardımı ve katkısı ile gerçekleşmesini beklemesi işin niteliği icabıdır.

Çocuk sahibi olma isteğinin evlilikten doğan gayet doğal ve makul bir beklenti olması, bu istemi reddeden eşin tutumunu dürüstlük kuralları açısından da (TMK m. 2) sorgulanır kılar. Şöyle ki, bir sözleşme olan evlenmenin görüşmeleri aşamasında, nişanlılık döneminde, evlilikten doğacak makul beklentilerin diğer tarafa iletilmemesi makul görülebilir. Bu bağlamda çocuk sahibi olma beklentisindeki tarafın bunu dile getirmemesi olağan karşılanabilir. Ancak doğal ve makul beklentilerin aksi düşünceye sahip, yani çocuk sahibi olmayı istemeyen tarafın, nişanlının, bu düşüncesini karşı tarafa iletmemesine aynı müsamaha ile yaklaşamaz. Bu nedenle dürüstlük kuralı çocuk sahibi olmak istemeyen tarafın, bu düşüncesini muhatabına açıklamasını gerektirir.

2.3. TMK m. 195'ten Yararlanma Olanığı

Eşlerden birinin, diğerinin çocuk sahibi olma istemini reddetmesinin aile hukuku açısından haklı görülemeyeceği yukarıda tespit edilmiş oldu. Bu durumda çocuk istemeyen eşe karşı nasıl bir yola başvurulabilecektir?

TMK m. 195'te evlilik birliğini korumaya yönelik bir genel hüküm öngörülmiştir. Bu hükme göre;

“Evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerin yerine getirilmemesi veya evlilik birliğine ilişkin önemli bir konuda uyuşmazlığa düşülmesi hâlinde, eşler ayrı ayrı veya birlikte hâkimin müdahalesini isteyebilirler.

Hâkim, eşleri yükümlülükleri konusunda uyarır; onları uzlaştırmaya çalışır ve eşlerin ortak rızası ile uzman kişilerin yardımını isteyebilir.

Hâkim, gerektiği takdirde eşlerden birinin istemi üzerine kanunda öngörülen önlemleri alır”.

Görüldüğü gibi, evlilik birliği içinde eşlerin çözemedikleri ciddi¹³ sorunları hâkime götürmelerine TMK m. 195 olanak sağlamaktadır. Bunun için evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerin yerine getirilmemesi veya evlilik birliğine ilişkin önemli bir konuda uyuşmazlığa düşülmesi gerekir. Çocuk sahibi olma konusunda eşlerin düştüğü uyuşmazlık -yukarıdaki açıklamalar doğrultusunda- her iki koşulun kapsamına da girer. Özellikle, bu hususun evlilik birliğine ilişkin önemli bir konu olduğunda her hâlde bir kuşku yoktur. TMK m. 195'in koşullarını sağladığına göre, çocuk sahibi olup olmama noktasında uyuşmazlığa düşen eşler ayrı ayrı veya birlikte hâkimin müdahalesini isteyebilirler.

Müdahale istemi üzerine hâkimin izleyeceği yol, hükmün ikinci fıkrasından çıkmaktadır. Hâkim, asıl olarak, eşleri yükümlülükleri konusunda uyaracak ve onları uzlaştırmaya çalışacaktır. Bu durumda hâkim, çocuk istemini geri çeviren eşi özellikle uyaracak ve çocuğun aile için önemini, eşinin bu isteğini ona yöneltmesinin gayet doğal ve makul olduğunu vurgulayacaktır.

Kuşkusuz, bu tespitler ve hatta uyarının kime ne oranda yapılacağı ve ağırlığı; evliliğin özel, somut koşulları ile yakından ilgilidir. Örneğin, kocanın gelir düzeyinin çok düşük olması ve kadının endişesinin bundan kaynaklanması, zaten birkaç çocuklu bir ailede eşlerden birinin yeni çocuk isteği, uyarının tam tersine çocuk isteyen eşe yöneltilmesine de neden olabilir. Bu gibi olasılıklarda zaten çocuk istemeyen eşin m. 185 anlamında evlilik birliğinin mutluluğunu elbirliğiyle sağlamak ve birbirine yardımcı olmak yükümlülüklerine aykırı davranıldığı da söylenemez. Yine kadın için doğumun ya da yeni doğumun sağlık sorunlarına neden olacağı durumlarda uyarı erkeğe gelmelidir.

¹³ Öztan, 331; Mustafa Dural/Tufan Ögüz/Mustafa Alper Gümüş, Türk Özel Hukuku, Cilt: III, Aile Hukuku, 11. bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2016, s. 177; Akıntürk/Ateş, 134.

Belki bu konuda hâkimi en çok zorlayacak olan kadının kariyer isteğidir. Çocuk sahibi olmanın gerek gebelik dönemi gerek sonrası için kadını, kocasına göre, kariyer hedeflerine ulaşmada daha çok zorlayacağı açıktır. Diğer yandan, evlilik içinde eşitlik ilkesi gereği, kadının kariyer arzusu ve hedeflerinin kocanınkinden daha az değerli veya feda edilebilir görülmemesi, hâkimin derin bir değerlendirmeye gitmesini gerektirecektir.

TMK m. 195/2 gereği, hâkim, eşleri yükümlülükleri konusunda uyarır; onları uzlaştırmaya çalışır ve fakat eğer uyarılar sonuçsuz kalır ve uzlaşma sağlanamazsa uygulayacağı bir yaptırım yoktur.¹⁴ Hâkim ne eşlerin çocuk sahibi olmasına karar verebilir ne de çocuk istemeyen taraf buna zorlanabilir. TMK m. 195/3'ün "Hâkim, gerektiği takdirde eşlerden birinin istemi üzerine kanunda öngörülen önlemleri alır" kuralı burada uygulanma kabiliyetine sahip değildir. Her şeyden önce, kanunda bu durum için öngörülen bir "önlem" yoktur. TMK m. 195/3'ün açık ifadesi, kanunda düzenlenmemiş bir önlem hâkimin *icat edip* uygulayamayacağına yorumlanmalıdır. Bunun nedeni, evlilik birliği içindeki sorunun çözümünde eşlerin kararının her zaman öncelikli olması, hâkimin müdahalesinin bu nedenle sınırlı tutulmasıdır.¹⁵

Kaldı ki TMK m. 195 hâkime, kanunda olmayan önlemler alma ve eşleri bu önlemlere uymaya zorlama yetkisi verseydi; hatta evlenmeden önce eşlerden biri diğerine, çocuk sahibi olma konusunda istekli olacağına dair yazılı bir taahhüt vermiş olsaydı dahi, yine de o, çocuk sahibi olmaya zorlanamazdı. Zira çocuk isteyip istememe kararı; kişilik değerleri ile kişinin fiziksel ve psikolojik bütünlüğü ile kişinin genetik varlığıyla, insani boyutu ve ömür boyu sürecek etkileri ile öyle önemli bir karardır ki, ne kendisinin önceki beyanları ne de dışarıdan gelen bir zorlama, kadının veya erkeğin nihai kararının üzerinde sınırlayıcı bir güce sahip olabilir. Bu yönüyle çocuk isteyip istememe kararı, nişanlanan kişilerin evlenmeye zorlanamamasına benzer bir özellik arz eder. Nişanlanmada da bir taraf diğerine kesin şekilde¹⁶ onunla evlenme taahhüdünde bulunmasına rağmen, bu yükümlülük altına

¹⁴ Dural/Öğüz/Gümüş, 178; Öztan, 337.

¹⁵ Bak. Öztan, 339.

¹⁶ Kesin şekilde, zira nişanlanma bir sözleşmedir ve bağlanma niyeti (hukuki sonuç iradesi) taşıyan irade açıklamaları ile kurulur.

girmesine rağmen, evlenmeye zorlanamamaktadır.¹⁷ Önceden taahhütte bulunmuş olması, evleneceğini beyan etmesi, onun sonradan bu fikrinden caymasını engellememektedir.¹⁸ İşte çocuk isteği için de aynı esas geçerli olup aksi yönde beyanı olsa da, kendi isteğiyle olmadıkça, kadın –herhangi bir tıbbi müdahale vb. ile-¹⁹ gebe kalmaya²⁰ zorlanamaz.

Sonuç olarak eşlerin ayrı ayrı veya birlikte başvurusu ile hâkim her ne kadar çocuk sorununa dâhil olsa da, eşleri uyarmaktan ve uzlaştırmaya çalışmaktan öte bir yola başvuramayacaktır.

Uyuşmazlığa karşı TMK m. 195’te öngörülen bir başka yol, uzman kişilerin yardımına başvurulmasıdır. Psikologlar, aile danışmanları vb. uzman kişiler tanımına girer.²¹ Ancak eşlerin ortak rızası olmadıkça hâkim bu yola başvuramaz.

2.4. Boşanmaya Yol Açma Açısından Çocuk İstememe

Yukarıdaki değerlendirmelerden çıkan sonuç, çocuk sahibi olmak istemeyen eşin buna zorlanamayacağıdır; gerek diğer eş gerek hâkim, onu, çocuk sahibi olmaya hukuken zorlayamaz.

Bu tespitten sonra, eşlerden birinin çocuk istememedeki ısrarının, evlenmeye etkisi üzerinde durulmalıdır.

Türk hukukunda boşanma nedenleri, bir ayırımı göre, özel ve genel boşanma nedenleri olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Eşlerden

¹⁷ “Nişanlılık, evlenmeye zorlamak için dava hakkı vermez” (TMK m. 119/1). “Evlenmeden kaçınma hâli için öngörülen cayma tazminatı veya ceza şartı dava edilemez; ancak yapılan ödemeler de geri istenemez” (TMK m. 119/2).

¹⁸ Benzer şekilde; “Yazılı rıza üzerine insan kökenli biyolojik maddelerin alınması, aşılınması ve nakli mümkündür. Ancak, biyolojik madde verme borcu altına girmiş olandan edimini yerine getirmesi istenemez; maddî ve manevî tazminat isteminde bulunulamaz” (TMK m. 23/2).

¹⁹ Aynı esas erkek için de geçerlidir; mahkeme zoruyla, kocanın spermelerinin tıbbi müdahale ile alınarak (aşılama yoluyla, tüp bebek yoluyla vb.) diğer eşin çocuk sahibi olması sağlanamaz.

²⁰ Burada “gebe kalmaya” zorlanamaz ifadesi isabetli olmaktadır; zira gebe kalmaktan sonra çocuğu isteyip istememeye devletin müdahalesi söz konusu olmaktadır ki bu konu aşağıda “Ana rahmine düşen çocuğun istenmemesi” başlığı altında ele alınmaktadır.

²¹ Öztan, 338.

birinin çocuk istememesi ya da diğer eşin çocuk isteğini karşılamaması/karşılayamaması²² gibi bir özel boşanma nedeni Kanun'da bulunmamaktadır. Hâl böyle olunca çocuk istememe ancak genel boşanma nedeni olabilir.

“Evlilik birliğinin sarsılması” başlığını taşıyan TMK m. 166'ya göre, “Evlilik birliği, ortak hayatı sürdürmeleri kendilerinden beklenemeyecek derecede temelinden sarsılmış olursa, eşlerden her biri boşanma davası açabilir”. Evlilik birliğinin temelinden sarsılması, eşler arasındaki birlikte yaşamayı sağlayan fikir ve duygu bağının kopması anlamına gelir. Bu kopuş, çoğu zaman eşler arasında şiddetli geçimsizlik şeklinde kendini gösterir.²³ Eşler arasında yaşanan olayların sonucunda, evlilik birliğinin temelinden sarsılıp sarsılmadığını hâkim takdir edecektir. Hâkim, bu olaylar sonucunda, eşlerin ortak hayatı sürdürmelerinin artık kendilerinden beklenemeyecek olduğu kanaatine varırsa boşanmaya karar verecektir.

Eşlerin çocuk sahibi olma konusundaki fikir ayrılığı, günlük yaşam deneyimleri göstermektedir ki, ciddi bir sorundur ve şiddetli tartışmalara yol açabilir. Bu tartışmalar ortak yaşamın sürdürülmesini artık beklenmez hâle getirirse kuşkusuz eşlerin boşanmasına neden olabilir.

Yukarıda varılan sonuçlar ışığında, kadın ya da erkek, eşlerden biri, çocuk sahibi olma konusunda diğer eşin istemlerini geri çevirmesini makul bir nedene dayandıramıyorsa boşanmada daha kusurlu taraf olarak kabul edilebilir. Bu bakımdan eşinin açtığı davaya itiraz edemez. Zira bilindiği gibi, evlilik birliğinin temelinden sarsılmasında davacının kusuru daha ağır ise, davalının açılan davaya itiraz hakkı vardır (TMK m. 166/2).

²² “Evlilik kader birliğini zorunlu kılar. Tasada ve kıvançta beraberliği gerektirir. Davalının kalp hastası olması ve bu sebeple çocuk yapmasının sakınca yaratması evlilik birliğini temelinden sarsan sebep kabul edilemez. Boşanmayı gerektiren başka bir maddi vakanın varlığı da ileri sürülüp ispat edilmemiştir. Gerçekleşen bu durum karşısında, davanın reddi gerekirken delillerin değerlendirilmesinde yanlıya düşülerek yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırıdır” Yargıtay 2. HD, 27.12.1999 T., E. 1999/12938, K. 1999/14535 (HukukTürk Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası).

²³ Dural/Öğüz/Gümüş, 117; Ahmet M. Kılıçoğlu, Aile Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 2015, s. 136 vd.

Özellikle, evlenme öncesinde çocuk sahibi olma niyetini kendisine defalarca tekrarlayan eşine karşı sessiz kalan veya -gerçek niyetini gizleyerek- bu hevesini paylaştığını dile getiren tarafın, geçimsizliği doğuran nedende, karşı tarafın tepkisinin şiddetlenmesinde, etkin rolü üstlendiği kabul edilebilir.

Özetle, eşlerden birinin çocuk istememesinin tek başına bir yaptırımı yoktur; kadın çocuk doğurmaya zorlanamaz, erkek de çocuk sahibi olmaya zorlanamaz. Diğer eş, eğer bu isteksizlik evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına yol açıyorsa, ancak boşanma yoluna gidilebilir.

3. Ana Rahmine Düşen Çocuğun İstenmemesi

Çocuk istememe aşamasından, çocuğun -arzulanarak ya da arzulanmayarak- ana rahmine düşmesi ile birlikte, artık somutlaşan bir varlığı, insan adayını isteme/istememe aşamasına geçilir. Bu noktada eşlerin çocuğu/cenini istememe hakkının olup olmadığı, gebeliğin iradi olarak sonlandırılıp sonlandırılmayacağı ile yakından ilgilidir. Gebeliğin sonlandırılması ile ilgili tartışmalar, genellikle, gebeliğin sonlandırılmasına yol açan tıbbi yol olan rahim tahliyesi ya da yaygın adıyla kürtaj üzerinden sürüp gitmektedir.²⁴ Bu tartışmanın hukuki, ahlaki, toplumsal, biyolojik, sosyolojik vb. birçok boyutu vardır. Aşağıda bu tartışmalara hiç girilmeden Türk pozitif hukukunun kürtaja; gebeliğin sonlandırılmasına, rahim tahliyesine yaklaşımı üzerinde durulacaktır.

-Türk hukukunda gebeliğin onuncu haftası doluncaya kadar, anenin isteği üzerine rahim tahliyesi olanaklıdır (Nüfus Planlaması Hakkında Kanun, NPHK, m. 5).

NPHK m. 5 ile Türk hukukunda gebe kadına çocuğu istememe

²⁴ Bak. Burcu Dönmez, "TCK'da Çocuk Düşürtme Suçu, Mukayeseli Hukuk ve AİHM'nin Bakış Açısıyla Ceninin Yaşam Hakkının Sınırlandırılması", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 9, S. 2, 2007, s. 99 vd.; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin özel hayata ve aile hayatına saygı hakkını düzenleyen 8. maddesinin kürtaj ve üreme haklarına uygulanabileceği yönünde bak. Ivana Ragna, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkının Korunması, çev. Ayşe Gül Alkış Schaling, Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Hukukun Üstünlüğü Genel Müdürlüğü, (Türkçe baskı) Ankara 2012, s. 21 vd.; Oktay Bahadır, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukukunda Yaşama Hakkı, Adalet Yayınevi, Ankara 2009, s. 18 vd.

hakkının tanındığı görülmektedir. Bu hakkın teorik olarak tanınabileceği en uzun süre, gebelik durumunun sona ermesi, kadının doğum yapması anıdır. Kanun koyucu bu süreyi gebeliğin onuncu haftasının tamamlanması ile sınırlamıştır. Bu bakımdan kural olarak²⁵ on birinci haftadan gün alan bir çocuğun tahliyesi istenemez. Kadının çocuğu istememe hakkı şu hâlde belirli bir süre ile sınırlanmıştır.

Kadın evli ise gebeliğin sona erdirilmesine tek başına karar veremez; rahim tahliyesi için eşinin de rızası gerekir (NPHK m. 6).²⁶ Dolayısıyla bu aşamada ortaya çıkan uyuşmazlıkta, çocuk isteyen eşin kararı pozitif hukuk açısından belirleyici olmaktadır;²⁷ sonuçta eşler çocuk sahibi olmaktadır.²⁸ Gebelikten önceki aşamada ise, uyuşmazlık hâlinde, çocuk istemeyen eşin kararı hayata geçmekte; eşler sonuçta çocuk sahibi olamamaktadır.

Uygulamada bazen, buna rağmen, evli olmayan kadının gebeliğin sonlandırılması istemi yeterli görülmemekte ve kadının gebe kaldığı erkeğin de rahim tahliyesine rızası aranmaktadır. Bu tür bir uygulamanın NPHK'da bir dayanağı yoktur. Medeni Kanun açısından da tartışılır bir uygulamadır. Zira biyolojik baba ile hukuki baba kavramları farklıdır. Evli kadının kocası babalık karinesi gereği doğacak çocuğun babası olacaktır. Nasıl ki gebe kadın ana adayı ise aynı derecede koca

²⁵ "Gebelik süresi, on haftadan fazla ise rahim ancak gebelik, annenin hayatını tehdit ettiği veya edeceği veya doğacak çocuk ile onu takip edecek nesiller için ağır maluliyete neden olacağı hallerde doğum ve kadın hastalıkları uzmanı ve ilgili daldan bir uzmanın objektif bulgulara dayanan gerekçeli raporları ile tahliye edilir" (NPHK m. 5/2).

²⁶ Bak. Emel Badur, "Eşin Rızası", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 109, 2013, s. 296 vd.

²⁷ Eşlerden ikisinin de rızası olmadan rahim tahliyesi gerçekleşmeyeceğinden, çocuğu istemeyen eş, diğerini ikna edemezse, çocuğun doğumunu engelleyemeyecektir.

²⁸ Buna karşın, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi açısından, "Strazburg hâkimleri, potansiyel babaların özel ve aile hayatına saygı gösterilmesi hakkı, onların görüşüne başvurma veya mahkemeye eşinin talep ettiği kürtajla ilgili başvurmasını içerecek genişlikte yorumlanamaz, çünkü hamile kadının -hamilelik, devamı ve sonlanmasıyla ilgili öncelikli alakalı kişi olarak- özel hayatına saygı, babanın her türlü hakkının önüne geçecek şekilde yorumlanacağı sonucuna varmıştır. Sonuç olarak, Boso davasında, karısının kürtaj olma kararını kendisiyle paylaşmamasına ilişkin şikâyeti, Mahkeme açıkça temelsiz bularak reddetmiştir. İçtihat gösteriyor ki, iki müstakbel ebeveynin menfaati söz konusu olduğunda, anne-baba olmama kararı, olma kararına üstün gelmektedir. Annenin fiziksel bütünlüğü mevzu bahis olduğunda, onun özerklik hakkı otomatik olarak egemen olmaktadır." Roagna, 22.

da baba adayıdır. Ancak evli olmayan kadının ilişkiye girdiği kişinin hukuken böyle bir sıfatı yoktur; bu kişi hukuken baba adayı değildir. Yani çocuğun doğumu ile baba sıfatı kazanamaz. Bunun için babalık davası açılması ya da babalığın tanınması gerekir. Dolayısıyla evli olmayan gebe kadının taşıdığı cenin için hukuken muhatap alınacak bir baba bulunmamaktadır. Bu durumdaki bir erkeğin rahim tahliyesinde söz sahibi olmaması, şu hâlde, TMK açısından da isabetlidir.

Belirtmek gerekir ki, tanımayı düzenleyen TMK m. 295 ve devamında tanımın ne zamandan itibaren gerçekleştirilebileceğine ilişkin bir hüküm yoktur. Öğretide ise ana rahmine düşmüş çocuğun, doğumdan önce de tanınabileceği kabul edilmektedir.²⁹ Bu durumda ana karındaki çocuğu tanımak suretiyle, tıpkı koca gibi, baba adayı hâline gelen erkeğe gebeliğin sonlandırılmasında söz hakkı verilmesinin isabetli olup olmayacağı adalet düşüncesi açısından ayrıca tartışılmalıdır.³⁰

Bu hususta son olarak belirtmek gerekir ki, tıbbi zorunluluk bulunmadığı hâlde, rızaya dayalı olsa bile, gebelik süresi on haftadan fazla olan bir kadının çocuğunu düşürten kişi, iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Çocuğunun düşürtülmesine rıza gösteren kadın hakkında da bir yıla kadar hapis veya adli para cezasına hükmolunur (Türk Ceza Kanunu m. 99/2).³¹ Keza, gebelik süresi on haftadan fazla olan kadının çocuğunu isteyerek düşürmesi, bu yolla gebeliğini sonlandırması da Türk Ceza Kanunu anlamında suç oluşturur. Bu suçtan dolayı, bir yıla kadar hapis veya adli para cezasına hükmolunur (TCK m. 100).³²

²⁹ Dural/Öğüz/Gümüş, 284; Kılıçoğlu, 543; Peter Tuor/Bernhard Schnyder/Jörg Schmid/Alexandra Rumo-Jungo, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, begr. von Peter Tour, 13. Aufl., Schulthess Verlag, Zürich 2010, s. 426; Cem Baygın, Soybağı Hukuku, XII Levha Yayıncılık, İstanbul 2010, s. 59; Ivo Schwander, Art. 260 N. 2, in: OFK- Orell Füssli Kommentar, ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, hrsg. von Jolanta Kren Kostkiewicz/Peter Nobel/ Ivo Schwander/Stephan Wolf, 2. Aufl., Orell Füssli Verlag, Zürich 2011.

³⁰ Öğretide babalık davasının da (TMK m. 301 vd.) çocuğun ana rahmine düştüğü andan itibaren açılabilmesi kabul edildiği için (Öztan, 934; Baygın, 80; Johannes Reich, Art. 263 N. 1, in: CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Art. 1-456 ZGB, hrsg. von Peter Breitschmid/ Alexandra Rumo-Jungo, 2. Aufl., Schulthess Verlag, Zürich 2012; Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo, 432; Schwander, in: OFK, Art. 263 N. 2), aynı tartışma, babalık hükmü ile hukuki babalık sıfatının kazanıldığı durumlar için de yapılmalıdır.

³¹ Ayrıntılı bilgi için bak. Dönmez, 99 vd.

³² Ayrıntılı bilgi için bak. Serap Keskin Kiziroğlu, "Türk Ceza Hukukunda Çocuk

SONUÇ

Çalışma kapsamında varılan sonuçlar şu şekilde sıralanabilir:

1. Bireyin çocuk istememe hakkı vardır ve bu nedenle çocuk sahibi olmaya zorlanamaz.
2. Eşlerden birinin, diğer eşin çocuk sahibi olma isteğine olumlu karşılık vermesi, evlilik birliğinden doğan bir yükümlülük olarak görülmelidir. Ancak eşi çocuk isterken, kendisi çocuk istemeyen eşe sırf bu nedenle uygulanacak bir yaptırım yoktur. Hâkimin fikir ayrılığına müdahalesi, eşleri uyarmak ve uzlaştırmaya çalışmakla sınırlıdır. Bir de eşler rıza gösterirse hâkim, uzman kişilerin yardımını isteyebilir.
3. Çocuk sahibi olma konusundaki fikir ayrılığının evliliğe etkisine gelince, eğer bu fikir ayrılığı ve yol açtığı geçimsizlik, evlilik birliğini temelinden sarsacak derecede olursa, artık eşlerin boşanmasına yol açabilir. Böyle bir durumda, eşinin çocuk istemini reddeden tarafın boşanmada daha kusurlu görülmesi güçlü bir olasılıktır.
4. Kadının, rahmine düşen çocuğu istememe hakkı vardır. Ancak bu hak gebeliğin ilk on haftası ile sınırlandırılmıştır.

Eğer kadın evli ise, gebeliğin sonlanmasına tek başına karar veremez; eşinin de çocuğu istememesi gerekir, rahim tahliyesine rızası gerekir.

Eğer kadın evli değilse, rahim tahliyesi için erkeğin rızası aranmaz.

Kaynakça

- Akıntürk Turgut/Ateş Derya, *Türk Medeni Hukuku*, Cilt: II, Aile Hukuku, 18. bası, Beta Yayınları, İstanbul 2016.
- Atasay Begüm/Arsan Saadet, "Anne ve Yenidoğan Hakları Barselona Deklarasyonu", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 52, 2004, s. 172-176.
- Badur Emel, "Eşin Rızası", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 109, 2013, s. 251-302.
- Bahadır Oktay, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukukunda Yaşama Hakkı*, Adalet Yayınevi, Ankara 2009.
- Baygın Cem, *Soybağı Hukuku*, XII Levha Yayıncılık, İstanbul 2010

- Breitschmid Peter/Rumo-Jungo Alexandra (Hrsg.), *CHK-Handkommentar Zum Schweizer Privatrecht, Art. 1-456 ZGB, 2. Aufl., Schulthess Verlag, Zürich 2012.*
- Cengiz Serkan, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Yaşam Hakkı, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 93, 2011, s. 383-404.*
- Doğan Recep, "Kadının Üreme Hakkı, Kürtaj, Çocuk Düşürme ve Düşürtme Suçları", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 127, 2016, s. 73-120.*
- Dönmez Burcu, "TCK'da Çocuk Düşürtme Suçu, Mukayeseli Hukuk ve AİHM'nin Bakış Açısıyla Ceninin Yaşam Hakkının Sınırlandırılması", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 9, S. 2, 2007, s. 99-141.*
- Dural Mustafa/Öğüz Tufan/Gümüş Mustafa Alper: *Türk Özel Hukuku, Cilt: III, Aile Hukuku, 11. bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2016.*
- Feyzioglu Feyzi Necmeddin, *Aile Hukuku, 3. baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 1986.*
- Keşkin Kızıroğlu Serap, "Türk Ceza Hukukunda Çocuk Düşürtme, Düşürme Ve Kısırlaştırma Suçları", Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 19, S. 2, 2003, s.165-190.*
- Kılıçoğlu Ahmet M., *Aile Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 2015.*
- Korff Douwe, *Yaşam Hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 2. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz Kitap, çev. Çınar, Özgür Heval/Kaya Abdülcelil, Avrupa Konseyi İnsan Hakları El Kitabı No. 8, Strasbourg 2006.*
- Kostkiewicz Jolanta Kren/Nobel, Peter/Schwander, Ivo/Wolf, Stephan (Hrsg.), *OFK-Orell Füssli Kommentar, ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 2. Aufl., Orell Füssli Verlag, Zürich 2011.*
- Köprülü Bülent/Kaneti Selim, *Aile Hukuku, 2. bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 1989.*
- Nomer Mert, "Yaşam Hakkına Saygı Nedeniyle Ölümü İstemek, Pretty-Birleşik Krallığa Karşı, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 113, 2014, s. 41-55.*
- Öztañ Bilge, *Aile Hukuku, 6. bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2015.*
- Roagna Ivana, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkının Korunması, çev. Alkış Schaling, Ayşe Gül, Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Hukukun Üstünlüğü Genel Müdürlüğü, (Türkçe Baskı), Ankara 2012.*
- Tuor Peter/Schnyder Bernhard/Schmid Jörg/Rumo-Jungo Alexandra, *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, begr. von Peter Tour, 13. Aufl., Schulthess Verlag, Zürich 2010.*
- Turgut Cemile, *Yapay Dölllenme Taşıyıcı Annelik ve Soybağına İlişkin Hukuki Sorunlar, XII Levha Yayıncılık, İstanbul 2016.*
- United Nations, *Final Act of the International Conference on Human Rights, U.N. Document A/CONF. 32/41, Newyork 1968.*

TÜRK AİLE HUKUKUNDA TOPLUMSAL CİNSİYET ROLLERİ GENDER ROLES IN TURKISH FAMILY LAW

Ayşe Seda GÜLSEVEN*

Özet:Toplumsal cinsiyet rolleri, kadınlardan ve erkeklerden toplumun beklediği davranış kalıplarını ifade eder. Bu roller, erkek egemen sistem tarafından biçimlendirilmiş olması sebebiyle, toplumsal ve kültürel olarak süregelen kadın erkek eşitsizliği üzerine inşa edilmiştir. Kadın haklarına ilişkin uluslararası insan hakları belgelerinde de vurgulandığı üzere; kadın erkek eşitliğinin yaşama geçirilmesinin önemli aşamalarından biri geleneksel cinsiyet rollerinin terkedilmesi ve eşitlikçi cinsiyet rollerine geçilmesidir. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 2002 yılında yürürlüğe girmesiyle, Medeni Kanun'daki toplumsal cinsiyet rollerini içeren düzenlemeler Kanun metninden çıkmıştır. Ancak aynı şeyi yargı içtihatları için söylemek mümkün değildir. Bu çalışmada, toplumsal cinsiyet rollerinin Türk aile hukukunda özellikle boşanma davalarında karşılığı inceleme konusu yapılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Toplumsal Cinsiyet Roller, Kadın Erkek Eşitliği, Türk Aile Hukuku, Türk Medeni Kanunu

Abstract: Gender roles refer to the community expectations of how men and women behave. Since these roles are shaped by the patriarchal system, they are socially and culturally based on continuing inequality between men and women. As stated and emphasized in international human rights documents regarding women's rights, the most important steps are to leave the traditional gender roles behind and switch to equal gender roles in order to implement equality between men and women. When the Turkish Civil Code numbered 4721 came into force in 2002, the legislation that regulates the gender roles was removed. However, it is not possible to say the same thing for the jurisprudence. This work analyzes gender roles in Turkish family law by particularly focusing on divorce cases.

Keywords: Gender Roles, Equality Between Men and Women, Turkish Family Law, Turkish Civil Code

* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kamu Hukuku Bölümü Doktora Öğrencisi

GİRİŞ

Toplum, biyolojik olarak kadın ve erkek olan bireylerden, birbirinden farklı düşünce ve davranış kalıplarına uygun davranmalarını bekler. Kadınlığa ve erkeklığe ilişkin farklı düşünce ve davranış kalıpları, sosyal ve kültürel kaynaklardan beslenerek oluşmuştur. Ancak doğrudan cinsiyetle ilgili olduğu düşünülür ve bireylerin yetiştirildiği toplum içerisinde farkında olmadan bireyin toplumsal cinsiyet kimliğini şekillendirir. Bu süreç, kadınlık ve erkeklik rolleriyle bütünleşen bireyin, yaşamı boyunca nasıl düşünmesi ve nasıl davranması gerektiğini belirlemekle birlikte, nasıl hissetmesi, ne tür işlerde çalışması, çalışma yaşamında ne kadar para kazanması, karşı cinsle kuracağı ilişkilerde hangi özelliklere sahip olması gerektiği gibi pek çok bireysel tercihi de biçimlendirmektedir. Bunun sonucunda, kadın ve erkek bireyler, toplumun belirlediği toplumsal cinsiyet rolleri çerçevesinde yaşamlarını devam ettirmekle yükümlüdürler. Bu rollerin dışına çıkanlar yine toplumun ya da diğer bireylerin kendi yöntemleriyle cezalandırılırlar.

Toplumsal cinsiyet rolleri, bireyleri verili kalıplar içerisine yerleştirerek onları sınırlar. Toplum kadın ve erkeğe eşit roller vermediğinden, kadın ve erkek arasındaki eşitsizliği gün yüzüne çıkarır. Kadınlar ve erkekler, kendileri için belirlenmiş olan toplumsal cinsiyet rollerine uyduklarında eşit olarak ödüllendirilmedikleri gibi, uymadıklarında da eşit olarak cezalandırılmazlar. Toplumsal cinsiyet rollerinin devamı, kadın ve erkek arasındaki eşitsiz güç ilişkisinin de devamıdır.

Geleneksel toplumsal cinsiyet rollerini şekillendiren ve yeniden üreten araçlardan biri de hukuktur. Bununla birlikte, eşitlikçi rollerin yaşama geçirilmesi için de önemli bir işleve sahiptir. Medeni hukuk ve ceza hukuku, toplumsal cinsiyet eşitsizliğinden kaynaklanan sorunların en fazla görünür olduğu alanlardır. Bu makalede, toplumsal cinsiyet rollerinin etkisi medeni hukuk alanına, özellikle boşanma davalarıyla sınırlı olarak, inceleme konusu yapılmıştır.

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 2002 yılında yürürlüğe girmesiyle, önceki kanun metnindeki kadın ve erkeğin evlilikte farklı rolleri olduğunu düzenleyen hükümleri kaldırılmışsa da, hukuk metinleriyle ortaya konulan çerçeve sosyolojik gerçekliği tümüyle değiştirememiştir. Bu sonuca, gündelik hayat ve kişisel deneyimler üze-

rinden ulaşmak da mümkündür. Aynı durumu, hukuk metinlerinin uygulaması olan yargı kararlarında da görmek mümkündür. İçtihatlarda, kanun metnilerindeki nötr eşitlik yerini geleneksel cinsiyet rollerine bırakmaktadır. Bu çalışmada, boşanma davalarında toplumsal cinsiyet rollerinin en çok görünür olduğu içtihatlar üzerinden yapılan incelemeyle, toplumsal cinsiyet rollerinin, yargı kararlarına nasıl yansıtıldığının ve yargı kararlarıyla nasıl yeniden üretildiğinin ortaya konulması amaçlanmıştır.

I. TOPLUMSAL CİNSİYET ROLLERİ

1. Toplumsal Cinsiyet Kavramı

Toplumsal yaşamda kanıksanmış şekilde varlığını koruyan, kadınlar ve erkekler arasındaki sosyal farklılığın, biyolojik bir farklılığın doğal sonucu mu, yoksa biyolojik farklılığın çok ötesinde toplumsal yaşamın içinde yaratılmış bir farklılık mı olduğu sorusu,¹ bizi önemli bir tartışma alanına götürür. Cinsiyetler arasında var olan biyolojik farklılıkların, mevcut toplumsal farkları açıklayacak ve cinsiyet eşitsizliğini meşru gösterecek özellikler olmadığı bu alanda yapılan araştırmalar sonunda artık açık olarak kabul edilmektedir.² Erkekliği ve kadınlığı tanımlayan yasaların, normların, hakların ve zorunlulukların çoğunun, biyolojik gerçekliklerden ziyade insanın hayal gücünü yansıttığı ifade edilmektedir.³ Fiziksel, kimyasal, biyolojik farklılıkların varlığına karşılık, bu farklılıkların ne anlam ifade edeceklerini kültürler, toplumlar, insanlar, yani toplumsal, ekonomik, tarihsel çıkarlar, iktidar ilişkileri belirlemiştir.⁴

¹ Cemal Bali Akal, İktidarın Üç Yüzü, Dost Kitabevi, Ankara 2005, s. 267.

² Yıldız Ecevit, Toplumsal Cinsiyet Sosyolojisine Başlangıç, Toplumsal Cinsiyet Sosyolojisi içinde, (Edt. Yıldız Ecevit-Nadide Karkıner), Anadolu Üniversitesi Yay., Eskişehir 2011, s. 2-25; Berna Kılınc, Aklın Cinsiyeti Var mı?, Cinsiyetli Olmak, Sosyal Bilimlere Feminist Bakışlar içinde, (Derleyen: Zeynep Direk), YKY Yayınları, B. 5, İstanbul 2015, s. 35-50; Zehra Dökmen, Toplumsal Cinsiyet, Sosyal Psikolojik Açıklamalar, Remzi Kitabevi, B. 6, İstanbul 2015, s. 185-190.

Biyolojik özelliklere ve genetik farklara dayalı üstünlük iddiasının, modernliğin bilimsel keşifleriyle beslenen ideolojik ilkeleri gereği savunulamaz olduğu yönünde bkz. Serpil Sancar, Erkeklik: İmkansız İktidar Ailede, Piyasada ve Sokakta Erkekler, Metis Yay., B.3, İstanbul 2013, s. 114-115,52.

³ Yuval Noah Harari, Hayvanlardan Tanrılara Sapiens İnsan Türünün Kısa Bir Tarihi, Kolektif Kitap, B. 24, İstanbul 2015, s.155-156.

⁴ Zeynep Direk, "Şiddet Kavramı Üzerine", *Güncel Hukuk*, Mart 2013, s. 22-23.

Cinsiyet (*sex*) kavramı, esasen fizyolojik ve/veya genetik özelliklere karşılık gelen biyolojik bir kategoriye ifade eder. Biyolojik olarak insanlar, eriller ve dişiler olarak ayrılır. Buna karşın “erkek” ve “kadın” biyolojik değil, kültürel kategorilerdir ve cinsiyet kavramı cinsler arasındaki eşitsiz ilişkileri açıklamak için yetersizdir. Bu eşitsiz ilişkilerin toplumsal bağlarına ve anlamlarına dikkat çeken, cinsiyetin sadece biyolojik bir özellik olarak algılanmasını reddeden toplumsal cinsiyet (*gender*) kavramı, bu alandaki tartışmalara yeni bir boyut katarak feminist kuramcılar tarafından kullanılmıştır.⁵ Bu iki kavram arasındaki ayırmda; biyolojik cinsiyet eril ve dişil arasındaki gerçek/tabii farklılıklara karşılık gelirken, toplumsal cinsiyet toplum içinde yaratılmış bir nevi yapay/suni farklılıkları ifade eder. Toplumsal cinsiyet, bir “cinsiyet konumu” ya da “cins kimliği”dir. Cinsiyet farklılığını belirlemekle birlikte, aynı zamanda cinsler arasındaki eşitsiz güç ilişkilerini de belirler.⁶

Toplum içinde yaşam biçimlerini belirleyen ve birbirini besler şekilde toplum içindeki yaşam biçimleri tarafından şekillendirilen bir olguyu ifade etmek için toplumsal cinsiyet kavramı kullanılmaktadır. Biyolojik cinsiyetten farklı olarak, kadınla erkeğin sosyal ve kültürel açıdan tanımlanmasını, toplumların bu iki cinsi birbirinden ayırt etme biçimini, onlara verdiği toplumsal rolleri anlatmak için kapsayıcı bir kavramdır. Aynı zamanda kadınlar ve erkekler arasındaki güç ilişkilerini anlamaya, eşitsizlikleri sorgulamaya yarar.⁷

Toplumsal cinsiyet, toplumsal ve kültürel olarak belirlendiğinden, içeriği toplumdaki topluma ve tarihsel olarak da değişmiştir. Biyolojik cinsiyetin ayırımı sağlayan ölçütler tarih boyunca aynı kalmış olmasına karşın, toplumsal cinsiyeti belirleyen ölçütler, diğer bir ifadeyle “erkeksi” ve “kadınsı” özellikler daima değişim içerisinde olmuştur. Biyolojik cinsiyet ve toplumsal cinsiyet ölçütlerindeki farklılığı açıklamak için klasik Atina kadınlarıyla modern Atina kadınlarını karşılaştıran küçük bir örnek dahi bunun anlaşılmasını kolaylaştırmaktadır. Klasik Atina’da modern Atina’da olduğu gibi dişilerin kromozom-

⁵ Serpil Sancar, *Erkeklik: İmkânsız İktidar Ailede, Piyasada ve Sokakta Erkekler*, s. 176.

⁶ Fatmağül Berktaş, *Tek Tanrılı Dinler Karşısında Kadın*, Metis Yay., B. 4, İstanbul 2012, s. 16.

⁷ Ecevit, *Toplumsal Cinsiyet Sosyolojisine Başlangıç*, s. 2-25.

larında, hormonlarında bir farklılık yoktur. Buna karşın kültürel bir kategori olarak kadın, klasik Atina'da oy kullanamaz, hâkim olamaz, hükümette görev alamaz, kiminle evleneceğine kendisi karar veremez, genelde okuma yazma bilmez ve yasal olarak baba ya da kocaya aitken, modern Atina'daki kadın için bu örneklerin aksi söz konusudur.⁸

2. Cinsiyet Farkları Rejimi ve Toplumsal Cinsiyet Rollerini

Toplumsal cinsiyetle, biyolojik cinsiyeti ayıran Beauvoir'ın ünlü "kadın doğulmaz, kadın olunur" ifadesi, toplumsal cinsiyetin tarihsel, kültürel ve toplumsal koşullar tarafından şekillendirildiğini dikkat çekici bir şekilde ortaya koyar. Kız ya da oğlan bebekler olarak dünyaya gelen insan teklerinin bu dünyada başlarına gelen pek çok şey sonucu kadınlara ve erkeklere dönüşmesi, basitçe "sosyalleşme" olarak adlandırılmayacak bir süreçtir. Kişiyi biçimlendiren karmaşık ilişkiler bir yandan kişisel düzeyde kadınlık ve erkekliğe, diğer yandan toplumsal düzeyde erkek egemen sisteme işaret eder. Kadınlık ve erkeklik değerleri de erkek egemen sistem tarafından belirlenmektedir.

Erkek egemen sistem, temelde, iktidar aygıtlarının, egemen erkeklik değerlerine sahip erkeklerin denetiminde olmasını ve onların temsil edip yönettiği bir toplumsal düzeni ifade eder. Erkek egemen toplumun merkezinde, egemen erkeklik değerleri vardır ve bu iktidar düzeninde her tür farklı erkeklik ve kadınlık konumu buna göre denetim altında tutulur.⁹ Bu sistemin en etkin egemenlik alanı cinsiyettir. Erkek egemen sistem kadınlık ve erkekliğin içinde örüldüğü toplumsal ilişkileri belirler. Erkek egemen sistemle toplumsal cinsiyet kavramı ancak birlikte düşünüldüğünde analitik bir çerçeve sunarlar. Özneyle birlikte toplumsal yapı ve ilişkilere bakabilme imkânı sağlarlar.¹⁰

Erkek egemen sistem, kadınlık ve erkeklik değerlerini belirlerken, toplum da, içeriğini erkek egemen sistemin biçimlendirdiği şekilde, bireylerden "kadın-dişil" ve "erkek-eril" olmalarını, bu kimliklere uygun özellikler taşımalarını ve bu kimliklerin gerektirdiği rolleri yerine

⁸ Harari, s.155-156.

⁹ Serpil Sancar, Erkeklik, Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları içinde, (Edt. Yıldız Ecevit-Nadide Karkıner), Anadolu Üniversitesi Yay., Eskişehir 2011, s.172.

¹⁰ Aksu Bora-İlknur Üstün, 'Sıcak Aile Ortamı', Demokratikleşme Sürecinde Kadın ve Erkekler, Tesev Yay., İstanbul 2005, s. 13.

getirmelerini beklemektedir. Ancak beklenen biçimde davranırlarsa kabul görecekları, kadına ve erkeğe ayrı ayrı araçlarla ve toplumsal ve özel yaşamın her alanında bildirilmektedir. Bu şekilde oluşan toplumsal cinsiyet rolleri, kadınları ve erkekleri verili kalıplar içerisine yerleştirmekte ve bu kalıpların dışına çıkan kadın ya da erkek bireye şiddet dâhil farklı yaptırımlar uygulanarak, erkek egemen sistemin devamı sağlanmaktadır.

Erkek egemen toplumların, erkekleri erkeksi düşünmek ve davranmak, kadınları da kadınsı düşünmek ve davranmak üzere eğittiği ve bu sınırların dışına çıkanları cezalandırdığı tarihsel olarak bilinen bir gerçeklik olmakla birlikte, bu kurallara uyan kadın ve erkeklerin eşit şekilde ödüllendirilmediği de başka bir gerçekliktir. Tarihin eski zamanlarından beri erkeksi kabul edilen özellikler, kadınsı kabul edilenlerden daha fazla ödüllendirilmiş ve toplumun kadınsı ideallerini gerçekleştirenler, erkeksi idealini gerçekleştirenlerden daha azıyla yetinmiştir.¹¹

Kadınlık ve erkeklığe ilişkin yaygın inançlar ve değerler erkek egemen sistemin somut ilişkiler içinde nasıl görüldüğünün, nasıl üretildiğinin ve nasıl yeniden üretildiğinin anlaşılması için ipuçları sunar.¹² Kadınsı ve erkeksi olarak ayrılmış toplumsal değerler içerisinde, erkeksi olanlar daha değerli görülür. Toplumsal olgular da “eril” ve “dişil” anlamlara sahiptir. Cinsiyet eşitsizlikleriyle diğer toplumsal eşitsizlikler birbiriyle bağlantılıdır. Akıl, rasyonel düşünme becerisi, rekabeti göze alma ve doğru karar alma yeteneği gibi özellikler modern toplumların *eril değerleridir* ve bu değerlere diğer toplumsal değerlere göre üstünlük ve ayrıcalık atfedilir. Diğer taraftan duygusallık, merhamet, başkaları için fedakârlık yapmak, uyumlu ve itaatkâr olmak gibi davranışlar *dişil değerlerdir* ve modern toplumsal ilişkilerde bu tür davranışlar yaygın olarak insanın güçlü ve başarılı olmasını sağlamada gerekli ve arzulanan davranışlar değildir. Bu sebeple *dişil değerler* ancak özel yaşamda, aile ve çocuklarla ilişkilerde, cinsellik ve dostluk ilişkilerinde geçerlidir. Bu değer farklılıklarının cinsiyet farklarıyla bağlantılı olduğu da görülmelidir; dişil değerler kadınların, eril değerler erkeklerin sahip oldukları özelliklerdir. Bütün bunlar, gün-

¹¹ Harari, s.159-165.

¹² Bora-Üstün, Sıcak Aile Ortamı, s. 42.

delik yaşamımızda, araba kullanmanın neden erkeksi, çamaşır yıkanmanın neden kadınsı olduğu düşüncesine rasyonel bir sorgulamayla ulaşmamız mümkün değilken, bu işlerin neden erkeksi ya da kadınsı olduğunu anlamamıza yarar. Cinsiyet farkları rejimi; eril ve dişil değerleri belirlemektedir.¹³

Türk toplumunu temel alarak cinsiyet rolü ölçeği geliştiren bir çalışmada, kadınlarla erkeklere yüklenen olumlu özellikler tespit edilmiştir. Kadınlar için beklenen olumlu özellikler şunlardır: Duygusal, çekici, düzenli, etkileyici, fedakâr, görgülü, iyi huylu, kibar, terbiyeli, pratik, sabırlı, sevimli, saygılı, sevecen, sadık, tatlı dilli, itaatkâr, üretken, yumuşak, zarif. Erkekler için beklenen olumlu özellikler şunlardır: Atılgan, bağımsız, cesur, çevik, kavgacı, dayanıklı, sporsever, güçlü, girişimci, hakkını savunabilen, hızlı, hırslı, kendine güvenen, kararlı, mert, mücadeleci, onurlu, otoriter, sert, soğukkanlı.¹⁴ Beklenen olumlu özelliklerin, kadın ve erkeklere zorunlu olarak yüklenen davranış kalıplarını belirlediği de akıldan çıkarılmamalıdır. Kadınların ve erkeklerin beklenen özelliklere sahip olduklarını varsaydığımızda, kadınların ve erkeklerin özel yaşamlarındaki dengenin ne şekilde biçimleneceği ve çalışma yaşamlarının ne kadar farklı şekillenebileceği görülmelidir.

Kadınlığın ve erkekliğin kurucu öğelerinden biri de cinselliktir ve toplumsal cinsiyetin eşitsiz kuruluşunu dikkat çekici bir şekilde göz önüne serer. Muktedir olmanın eril bir anlama sahip olmasının bir sonucu olarak; erkekte cinsel performans düşüklüğü “iktidarsızlık” olarak ifade edilir.¹⁵ Erkek egemenliğini kuran önemli stratejilerden biri; erkeklerin aşırı, saldırgan ve hatta etik dışı olarak nitelendirilebilecek cinsel davranışlarının kökeninde erkek biyolojisinin yattığına ve bu biyolojik kökenli cinselliğin dizginlenemez olduğuna dair yaygın kabuldür. Erkek egemen sistem, kadınlara tek eşli evlilikler dışında cinselliği yasaklarken, erkeklere evlilik içinde veya dışında serbestlik tanır. Erkekler için evlilik dışında cinsellik “deneyim”, kadınlar içinse tehlikeli sonuçları olan “erkeğin yasaını ihlal” anlamına gelebilir.¹⁶ Bu

¹³ Sancar, Erkeklik, Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları içinde, s. 169-170.

¹⁴ Dökmen, s. 109.

¹⁵ Gülçin Elçik, Beden, İki Nokta Üst Üste, Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları içinde (Hazırlayan: Feryal Saygılıgil), Dipnot Yay., Ankara 2016, s.187-212.

¹⁶ Sancar, Erkeklik: İmkânsız İktidar Ailede, Piyasada ve Sokakta Erkekler, s. 197-200.

sebeple kadının bekâreti üzerine çok önemli toplumsal roller ve kurumlar inşa edilmiştir. Aranan bekâretin yokluğu, kadının ağır şekilde cezalandırılması sonucunu doğurur.

Kadını ve erkeksi olduğu kabul edilen özelliklerin, cinsiyete dayalı işbölümüyle de yakından ilgili olduğu görülmelidir. Cinsiyete dayalı işbölümü, kadının erkek otoritesine ve toplumsal normlara uymasına tekabül eder.¹⁷ Cinsiyete dayalı işbölümü, kadınların ve erkeklerin farklı işler yaparak farklı konumlar, statüler ve getiriler elde etmesine yol açmaktadır. Kadınları ev ve aile işleriyle, diğer bir ifadeyle ev içi emekle sınırlamaktadır. Aynı zamanda karşılıksız ya da görünmeyen emek olarak da ifade edilen kadının ev içi emeği; ev içinde kadınların yapması beklenen tüm ev işleriyle yaşlı, engelli ve çocuk bakımını kapsayan bakım sorumluluklarını ifade eden bir kavramdır. Kadının ev içi emeğini “görünmeyen emek” olarak ifade eden, Gülnur Acar-Savran’a göre, bu emek cinsiyete dayalı işbölümü ve toplumsal cinsiyet ilişkileri çerçevesinde harcanan bir emek biçimidir, görünmez olmasının ise üç temel sebebi vardır.¹⁸ Öncelikle bu emek doğallaştırılmış bir emektir. Ev içindeki işler kadın doğasının bir parçası, kadınların doğal yetenekleri olarak sunulur. Evde harcanan emek bir iş değil, bir davranış biçimidir. İkinci olarak görünmeyen emeğin miktarı belirlenemez. Ev içi çalışma düzeni, miktarın belirlenmesini gizler. Belirlenmiş mesele-

¹⁷ Yakın Ertürk, Sınır Tanımayan Şiddet, Paradigma, Politika ve Pratikteki Yönleriyle Kadına Şiddet Olgusu, Metis Yay., İstanbul 2015, s. 366.

Temel işbölümü Durkheim’ın (1933) ve diğerlerinin belirttiği gibi yaşa ve cinsiyete göre yapılır. Yaş eninde sonunda erişilen bir kategoridir. Cins ise daimi ve değişmezdir. Erkek ve kadın arasındaki biyolojik farklar yalnız kadının doğurma, emzirme ve yalnız erkeğin gebe bırakabilme kabiliyeti olmasına neden olmuştur. Bu görünür değişikliklerin hiçbiri bir çeşit işi kadına diğerini erkeğe yüklemek için gerekçe oluşturamaz. Gerçekten de herhangi bir kültürde ya da tarihi dönemde bir işin yalnız kadınlar ve yalnız erkekler tarafından yapılan çok az iş sıralanabilir. Kadınlar tarlalarda ve madenlerde çalışmışlardır ve hala çalışmaktadır. Erkekler de çamaşır yıkama meyva toplamış ve çocuklara bakmışlardır. Avcılık ve savaşıklık hemen her zaman erkek işleri, küçük ve hastalara bakmak da kadın işi sayılmıştır. Ancak işlerin dağılımında yaş önemli bir etken olmuştur. Bu yüzden genç erkekler avlanırken, kadınların ve yaşlı erkeklerin çocuklara bakmış olması, yaşlı kadınlar yemek yaparken genç kadın ve erkeklerin tarlada veya madende çalışmış olması mümkündür.” Diana Gittins, Aile Sorgulanıyor, Pencere Yay., B. 2, İstanbul 2011, s. 91-92.

¹⁸ Gülnur Acar Savran, İkinci Basıma Önsöz, Kadının Görünmeyen Emeği içinde, (Hazırlayanlar: Gülnur Acar Savran-Nesrin Tura Demiryontan) Yordam Kitap, B.2, İstanbul 2012, s.9-16.

ri yoktur ve iş zamanıyla dinlenme zamanı iç içe geçmiştir. Son olarak bu emeğin karşılığı yoktur. Kadınların ev işlerini yapmak ve aile üyelerinin bakımı ve sağlığını sağlamak için harcadıkları emeğin karşılığı olmadığından, ev içi emek özellikle bu sebeple görünmezdir.

“Ekmek parası kazanma” ve “aile geçindirme” rolünü üstlenmiş olan erkeğin piyasa koşullarında daha yüksek ücret alması, erkeğin ücretinin bütün aile için, kadının aldığı ücretin kendi harçlığı olduğu yönündeki yerleşik cinsiyet düzeninin temelleri 19. yüzyılın ortalarında atılmıştır.¹⁹ Günümüzde kadınların iş yaşamına katılımı, temelleri 19. yüzyılda atılmış olan cinsiyete dayalı işbölümünü oldukça değiştirmişse de, işbölümünün eşit bir seviyeye geldiği söylenemez. Eğitimden, kültür ve sanattan yüzlerce yıl uzak tutulan, özgürce seyahat etme ve böylece yaşam deneyimini zenginleştirme olanaklarına sahip olmayan, özel alanda ev işi ve çocuk bakımı gibi işlerle uğraşmaya mecbur bırakılmış kadınların, ekonomik alanda yetkinlikleri de kısıtlıdır. Kadınların ailelerinin malvarlıklarından erkekler kadar yararlanamamaları, daha az eğitim olanaklarına sahip olmaları, çalışma yaşamına da birer meslek sahibi bireyler olarak katılmalarını, donanımlarının yetersizliği sebebiyle engellenmektedir. Yeterli malvarlığı ve eğitimden yoksun kalan kadının, çalışma yaşamına erkeklerle eşit koşullarda katılımını beklemek gerçekçi değildir.²⁰ Bu durum, geçmişte olduğu gibi günümüzde de, kadının cinsiyete dayalı iş bölümündeki rolünü, daha da fazla ev işleriyle, çocuk ve yaşlı bakımıyla bağlantılı hale getirmektedir. Aynı zamanda kadınların anılan bakım yükümlülükleri,

¹⁹ Sancar, Erkeklik: İmkânsız İktidar Ailede, Piyasada ve Sokakta Erkekler, s. 31, 52-53.

²⁰ “Entelektüel özgürlük maddi şeylere bağlıdır. Şiir de entelektüel özgürlüğe bağlıdır. Ve kadınlar her zaman yoksul olmuştur, yalnızca iki yüzyıl boyunca değil, zamanın başlangıcından bu yana.” der Virginia Woolf, 1928 yılında, Kendine Ait Bir Oda eserini oluşturan konuşmasında. Kadın ve erkek arasındaki eşitsizliğin sonuçlarını onlarca örnekle ortaya koyan yazarın bakış açısıyla, bugün yaşadığımız topraklara baktığımızda, kadınların çocukluk çağından itibaren maruz kaldığı eşitsizliklerin sonuçlarını eserin yazıldığı tarihteki sonuçlarla kıyaslamak mümkündür. Eğitime erişimi erkek çocuklarının sahip olduğu kadar hak olarak görülmeyen, erken yaşta ev işlerinin yükünü annesiyle paylaşan, erken yaşta evlendirilen ve erken yaşta çocuk sahibi olan, zamanının çoğunu ev ve bakım işlerine ayırmak zorunda olduğundan kendisini geliştirme olanağı sınırlı olan, ekonomik gelir getiren bir işte çalışsa bile ev ve bakım işleri devam eden kadınların çoğunlukta olduğu toplumsal düzende, cinsiyete dayalı geleneksel toplumsal cinsiyet rollerini değiştirebilmelerinin imkânının sınırlı olduğu görülmelidir. Bkz. Virginia Woolf, Kendine Ait Bir Oda, (Çev. Handan Saraç), Remzi Kitabevi, 2014.

ev içi sorumlulukları ve toplumsal cinsiyet rollerinin doğurduğu diğer beklentiler, kadınların ücretli işe erişiminin önünde önemli engellerden biri olmaktadır. Kadınların ev dışında gelir getirici bir işte çalışmaları ev içindeki çalışmalarının sona ermesi anlamına gelmez. Bunun gerçekleşebilmesi için, ciddi bir devlet müdahalesine ihtiyaç vardır. Özellikle çocuk, yaşlı ve engelli bakım yükümlülüğünün devletin veya başka kurumların üstlenmesi, devletin de buna ciddi bir kaynak aktarması gerekir.²¹ Çocuk, yaşlı, engelli, hasta bakımı hizmetleri konusunda aile kurumunun desteği ve bu işleri evde kadınların yaptığına dair hâkim toplumsal cinsiyet beklentileri kadın erkek eşitsizliğini yeniden üretmektedir.²² Bu kısır döngü, erkeğin rolünü ekonomik alanda güçlendirmektedir. Diğer taraftan erkeklerin evin rızkını temin etme, kadınların mutlu bir yuvanın inşası ve çocukların yetiştirilmesi yükümlülükleri hukuka ve yargı kararlarına da yansımaktadır. Böylece yargı kararlarıyla bu rollerin yeniden üretildiğine dikkat çekilmelidir.²³

Birleşmiş Milletler Kalkınma Fonu (UNDP) tarafından hazırlanan Cinsiyet Eşitsizliği Endeksi'nde 2013 yılı verilerine göre Türkiye 187 ülke içerisinde 69. sıradadır. Bu endekste anne ölüm oranı (100.000 canlı doğum başına), genç anne doğum oranı (15-19 yaşlarında doğum yapan 1.000 kadın başına), mecliste kadın milletvekili oranı, en az ortaokul eğitimi almış kadın ve erkek nüfus oranı ve kadın ve erkek işgücüne katılım oranı kullanılmaktadır. Türkiye'yi cinsiyet eşitsizliği sıralamasında geriye düşüren en önemli faktörler, eğitim ve işgücüne katılım oranlarının kadınlar aleyhine düşük olmasıdır.²⁴ Kadınlarla

²¹ Betül Urhan, Kadın Emeği ve Toplumsal Cinsiyet, Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları içinde (Hazırlayan: Feryal Saygılıgil), Dipnot Yay., Ankara 2016, s.121-152.

²² Narin Bağdatlıvural, Sosyal Politika ve Toplumsal Cinsiyet, Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları içinde (Hazırlayan: Feryal Saygılıgil), Dipnot Yay., Ankara 2016, s.103-120.

²³ Ekonomik güç ve cinsiyet eşitsizliği üzerine oldukça çok değerlendirme yapılmış olsa da, bu konuda Simone de Beauvoir'ın erken tarihli değerlendirmesine değinilmelidir. Simone de Beauvoir'a göre; evliliğin geleneksel biçimi yavaş yavaş değişmektedir ancak ekonomik sorumluluk erkekte olduğu sürece soyut haklar açısından sezilen eşitlik bir yanılsamadan öteye gidemeyecektir. Bkz. Simone De Beauvoir, Kadın İkinci Cins II Evlilik Çağı, Payel Yay., İstanbul, 1993, s. 107.

²⁴ Yelda Yücel, Ekonomik Kalkınma ve Toplumsal Cinsiyet, Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları içinde (Hazırlayan: Feryal Saygılıgil), Dipnot Yay., 2016, s. 85-102. İnsani gelişmişlik düzeyi eşitsizliğinde Türkiye'ye yakın ülkeler arasında, Malezya 39., Bulgaristan 38., Kazakistan 59. sıralarıyla Türkiye'ye göre daha iyi konumda bulunmaktadırlar. Bkz. Yücel, s. 89.

erkekler arasında eğitim ve işgücüne katılım alanlarındaki eşitsizlik, toplumsal cinsiyet rollerini doğrudan etkilemektedir. Kadınların iş gücüne katılımı düşük oldukça, kadın erkek eşitliği konusunda kâğıt üzerindeki kazanımların hayata geçirilmesi zorlaşmakta, ekonomik sorumluluk erkeğin üzerinde kalmakta, diğer bir ifadeyle bu erkeğin ekonomik özgürlüğünü kadınsa ekonomik bağımlılığını artırmaktadır. Geleneksel rollerin değişiminde ekonomik bağımlılık en önemli engeldir.

Yargının bu engeli garip bir biçimde büyüttüğü, kadın işçinin evlendikten sonra bir yıl içerisinde iş akdini haklı sebeple feshedebileceğini düzenleyen 4857 sayılı İş Kanunu'nun 120. maddesi yollamasıyla yürürlükte kalan 1475 sayılı İş Kanunu'nun 14. maddesinin 1. fıkrasının uygulanmasına ilişkin aşağıdaki içtihadında görmek mümkündür:

“Kadın işçinin, iş sözleşmesini evlilik nedenine dayalı olarak feshine rağmen başka bir işte çalışmaya başlamasının yasal hakkın kötüye kullanımı olup olmadığı her bir somut olay yönünden ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Evliliğin kadına yüklediği toplumsal sorumluluğun bir gereği olarak yasanın belirlenen fesih hakkı tanınmıştır. Çalışma hayatının evlilikle birlikte gereği gibi yürütülemeyeceği düşüncesi, aile birliğinin korunması ve kadının aile ile ilgili görevleri, yasa koyucuyu bu doğrultuda bir düzenlemeye yöneltmiştir. Bununla birlikte Anayasal temeli olan çalışma hak ve hürriyetinin ortadan kaldırılması düşünülemez. Kadın işçinin evlilik nedenine bağlı feshinin ardından kısa bir süre sonra yeniden çalışmasının gerekleri ortaya çıkmış olabilir. Hatta kadın işçi evlilik nedenine dayalı feshin ardından ara vermeksizin başka bir işyerinde çalışmaya başlayabilir ve bu durum evliliğin kadına yüklediği görevlerin yerine getirilmesi noktasında daha olumlu sonuçlar doğurabilir.”²⁵

Görüldüğü üzere Yargıtay, cinsiyete dayalı işbölümünü tümüyle kabul etmiş, evliliğin kadına yüklediği toplumsal sorumluluğun yasanın gerekçesi olduğunu ifade etmiştir. Yargıtay, yasa koyucuyla aynı fikirdedir: Aile birliğinin korunması ve kadının aile ile ilgili gö-

²⁵ Yargıtay'ın aynı içerikteki kararlarında aynı metni kullandığı görülmektedir. Örnek olarak bkz. Yargıtay 9. HD, 19.02.2009 tarih, 2007/36367 E.-2009/3048 K.; 05.10.2011 tarih, 2009/20934 E.-2011/35239 K.; 22.09.2014 tarih, 2012/26431 E.-2014/27565 K.; Yargıtay 7. HD, 21/01/2016 tarih, 2015/5355 E.-2016/597 K.; 26.05.2016 tarih, 2015/4396 E.-2016/11482 K.

revleri sebebiyle kadın çalışma hayatını evlilikle birlikte gereği gibi yürütemez. Diğer taraftan paragrafın sonundan anladığımız haliyle; kadının iş akdini evlenme sebebiyle feshetmesinden sonra başka bir işyerinde çalışmaya başlaması, evliliğin kadına yüklediği görevlerin yerine getirilmesi noktasında daha olumlu sonuçlar doğurabilir. Bu olumlu sonuçlar nedir? Bunların evliliğin kadına yüklediği toplumsal sorumlulukla, ailenin korunması ve kadının aile ile ilgili görevleriyle bir ilgisi var mıdır? Yargıtay'ın bakış açısının bu konuda ne olduğunu açıklayabilmek mümkün görünmese de, Yargıtay'ın kadının yeniden çalışmaya başlaması durumuna ilişkin içtihadının temelinde, yargının kimi kararlarında yer verdiği kadına yönelik korumacı yaklaşım olduğunun söylenmesi gerekir. Esasen yargının bu tutumu, çelişkili bir şekilde kadını korumaktan ziyade kadını geleneksel rolüne hapsedmektedir. Daha ziyade, kadınlara ilişkin geleneksel toplumsal cinsiyet rollerinin korunduğu görülmektedir. Bu, kadının ekonomik bağımlılığı sebebiyle yargının geleneksel korumacı tedbirleri öne çıkardığı, bu tedbirler yoluyla kadının ekonomik bağımlılığının daha da arttığı kısır döngünün tezahürlerinden biridir.

Aynı tutumu Anayasa Mahkemesi'nin kararlarının bir kısmında da görmek mümkündür. İzmir 6. İş Mahkemesi, 1475 İş Kanunu'nun 14. maddesinin 1. fıkrasının; 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'yla evli kadın ve evli erkeğin çalışması eşit koşullara kavuşturulduğu halde, erkek işçiye evlilik nedeniyle kıdem tazminatı hakkının tanınmaması sebebiyle kadın işçiyle erkek işçi arasında eşitsizlik yarattığı gerekçesiyle, Anayasa'ya aykırı olduğunu ileri sürmüştür. Anayasa Mahkemesi, "*kadınların aile ve toplum yaşamında üstlendiği sorumluluk*" ve "*kimi sosyal gerçekler*"e dayanarak hükmün Anayasa'ya aykırı olmadığına karar vermiştir.²⁶ Benzer şekilde, 5434 sayılı Emekli Sandığı Kanunu uyarınca, kız çocuklarına yetim aylığı bağlanmasında yaş, maluliyet ve muhtaçlık koşulu aranmazken, aynı konumda olan erkek çocukları için bu koşulların aranması da Anayasa Mahkemesi'nce Anayasa'ya uygun bulunmuştur. Gerekçede, kadın erkek eşitliğinin temelde kabul edildiği belirtilmekle birlikte, tarihsel, ekonomik ve sosyal nedenlerle eşitliğin tam anlamıyla gerçekleştirilemiyor olduğuna dayanılmış ve bu tür koruma önlemlerinin, uzun yılların eşitsizlik yaratan olumsuz

²⁶ Anayasa Mahkemesi Kararı, 19.06.2008 tarih, 2006/156 E.-2008/125 K.

birikimlerini azaltmak ve önlemek amacına yönelik olduğu belirtilmiştir.²⁷

Anayasa Mahkemesi'nin, bir tür koruma tedbiri olarak nitelendirdiği kanun hükümlerini, "toplumsal gerçeğin telafisi" olarak gerekçelendirmesi, kadın erkek eşitliğinin yaşama geçirilmesi için eylemli eşitliği benimsemesi sebebiyle önemlidir. Fakat esasen Anayasa Mahkemesi, kadınların aile ve ücretsiz ev emeği alanında sıkışmasına karşı çıkmayan, adeta bu tür bir kısıtlılığı teşvik eden ya da bu durumun erkek egemen toplumdaki kaynaklanan temellerini hiç ele almayan, sadece ortaya çıkan zayıflık ve bağımlılıktan doğan zararı tazmin amacıyla kendini sınırlayan geleneksel korumacı tedbirleri uygulamaktadır. Gerekçedeki telafi yaklaşımı, kadın erkek eşitliğini eylemli olarak yaşama geçirmeyi hedefleyen, kadınlar ve kız çocuklarına yönelik destek programları, öncelik hakkı ve kotalar gibi önlemler için de kullanılmalıdır. Meslek edindirme, kadın istihdamını destekleme, kadınların eğitim hakkından yararlanmalarının önündeki engelleri kaldırma, sosyal güvenlik sistemini geliştirme, bütçede kadın politikasına pay ayırma gibi kapsamlı uygulamalarda da eylemli eşitlik ön plana alınmadığı takdirde, yargı kararlarının bu tutumu, kadının bağımlı ve korunmaya muhtaç bir birey olduğu yaklaşımını desteklemektedir. Benimsenen bu korumacılık, "toplumsal gerçeğin telafisi"nden ziyade, pekişmesine yol açabilecek niteliktedir.²⁸

Benzer bir yaklaşımı Anayasa Mahkemesi'nin, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun (TMK) 219. maddesinin ikinci fıkrasının (4) numaralı bendinin Anayasa'ya aykırı olması sebebiyle iptali talebi üzerine vermiş olduğu kararında da görmek mümkündür.²⁹ Anılan Kanun hükmünde, edinilmiş mallara katılma rejiminde, kişisel malların gelirlerinin de edinilmiş mallar arasında olduğu düzenlenmiştir. Anayasa Mahkemesi, hükmün Anayasa'ya aykırı olmadığı sonucuna varmakla, Kanun'un amaçladığı eşler arasındaki eşitliği koruyan olumlu yönde bir karar vermişse de, kararın gerekçesi, eşler arasındaki eşitlikten zi-

²⁷ Anayasa Mahkemesi Kararı, 22.10.1996 tarih, 1996/10 E.-1996/40 K.

²⁸ Bertil Emrah Oder, Anayasa'da Kadın Sorunsalı: Norm, İhtihat ve Hukuk Politikası, Türkiye'de Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları: Eşitsizlikler, Mücadeleler, Kazanımlar içinde (Derl. Hülya Durudoğan-Fatoş Gökşen-Bertil Emrah Oder-Deniz Yüksekler), Koç Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2010, s. 207-239.

²⁹ Anayasa Mahkemesi Kararı, 14.12.2016 tarih, 2016/36 E.-2016/187 K.

yade, ailenin ve kadının korunması temeline dayandırılmış olmasıyla eleştiriye açıktır.

TMK'nın 1 Ocak 2002 tarihinde yürürlüğe girmesinden sonra, eşler arasında yasal mal rejiminin edinilmiş mallara katılma rejimi olduğu kabul edilmiş ve eşlere Kanun'da belirlenen diğer mal rejimlerinden birini seçme hakkı da tanınmıştır (TMK m.202). Edinilmiş mallar yanında eşlerin kişisel mallarının da olduğunu kabul eden bu rejim, kişisel malların gelirlerinin edinilmiş mallar arasında olduğunu, Anayasa'ya aykırılığı iddia edilen hükümlerle kabul etmiştir. Yasal mal rejimi olarak edinilmiş mallara katılma rejiminin kabul edilmesi, öncelikle eşler arasındaki eşitlik temeline dayalı bir hukuki rejimin oluşturulmasına sunduğu katkı sebebiyle önemliyken, Anayasa Mahkemesi'nin gerekçesinde bu hususa hiç değinilmemiştir. Anayasa Mahkemesi, iptali istenen hükmün mülkiyet hakkına bir müdahale oluşturduğunu kabul etmiş ve değerlendirilmesi gerekenin, bu müdahalenin meşru amaçlara dayanıp dayanmadığının, söz konusu kısıtlamanın demokratik toplum düzeninin gerekleriyle ölçülülük ilkesine uygun olup olmadığının tespiti olduğunu belirtmiştir.³⁰ Yaptığı değerlendirme sonunda, mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin meşru bir amaca dayanmadığının söylenemeyeceği sonucuna varmış ve Kanun hükmününün " ... kişisel malların evlilik birliği içinde edinilen gelirlerinin ortak paylaşımını öngörerek ailenin özellikle kadınların korunmasını sağlamak için kamu yararı amacıyla çıkarıldığı açık ..."³¹ olduğunu belirleterek, meşru amacı ailenin özellikle kadınların korunması olarak ifade etmiştir. Kadını ve onun ayrı düşünülmediği aileyi koruma güdüsü yerine, kişisel malların gelirlerinin de edinilmiş mal sayılmasında, evlilik süresince eşin, bu malın gelir getirmesi için emek harcayacağı, bu eş kişisel malına emek ve zaman harcarken, diğer eşin de eve ya da edinilmiş mala emek harcayacağı görüşüne³² dayanmış olmasının, geleneksel toplumsal cinsiyet rollerinden uzaklaşılmasına sunacağı katkı açıktır. Oysa Anayasa Mahkemesi bu yolu tercih etmemiştir.

Anayasa'ya uygunluk denetiminde, Anayasa Mahkemesi'nin toplumsal cinsiyet karşısındaki tutumunun; ceza hukuku normları söz

³⁰ Anayasa Mahkemesi Kararı, 14.12.2016 tarih, 2016/36 E.-2016/187 K., par. 22.

³¹ Anayasa Mahkemesi Kararı, 14.12.2016 tarih, 2016/36 E.-2016/187 K., par. 24.

³² Bu görüş için bkz. Ahmet M. Kılıçoğlu, Medeni Kanun'umuzun Aile - Miras ve Eşya Hukuku'nda Getirdiği Yenilikler, B.3, Ankara 2014, s.208.

konusu olduğunda, doğrudan toplumsal- kültürel kalıplar biçiminde, özel hukuk normlarındaysa aile birliği, kökleşmiş gelenekler, kamu yararı, kamu düzeni göndermeleriyle ortaya çıktığı ifade edilmektedir. Bu kararlarda; kadın, bağımlı, korunmaya muhtaç olabilen, bazı cinsel suçları işleyemeyen, seçimlerinde yarı-özerk kişidir. Erkekse; baskın, kamu yararı ve kamu düzenini soyadı ve ikametgâhıyla sağlayabilen, kadının işleyemediği cinsel suçları işleyebildir. Farklı örneklerin varlığına rağmen Anayasa Mahkemesi'nin içtihatlarından çıkan genel sonuç; toplumsal cinsiyet kalıplarını pekiştiren bir eğilimin varlığıdır.³³

3. Toplumsal Cinsiyet Eşitliği ve Eşitlikçi Roller

Kadına yönelik ayrımcılığı ve toplumsal cinsiyet eşitliğinin önündeki engelleri ortadan kaldırmak, uluslararası insan hakları hukukunun temel hedeflerinden biridir. Bu kapsamda geleneksel cinsiyet rollerinin terk edilmesi ve yerine eşitlikçi rollerin kabul edilmesi gerekliliği de çeşitli uluslararası belgelerde yerini almıştır. En genel ifadesiyle eşitlikçi roller; ailede, evlilikte, eğitimde, mesleki ve sosyal yaşamda kadın ve erkeğin sorumlulukları eşit olarak paylaşmasını ifade eder. Eşitlikçi cinsiyet rollerinin hayata geçirilmesi, kadın erkek eşitliğinde, şekli eşitliğin aşılp hedeflenen maddi eşitliğe ulaşılması için önemlidir.

Kadınlara yönelik ayrımcılığı açıkça insan hakları ihlali olarak ele alan, cinsiyet eşitliğine odaklanan ve kadınların insan hakları konusundaki en kapsamlı belge olan 1979 tarihli *Birleşmiş Milletler Kadınlara Karşı Her Türü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi - CEDAW* de, toplumsal cinsiyete bağlı sosyal ve kültürel davranış kalıplarını değiştirmeyi taraf devletlerin temel bir önceliği olarak belirtir.³⁴

³³ Bertil Emrah Oder, s. 207-239.

³⁴ CEDAW, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından 1979'da kabul edilmiş ve 1981'de yürürlüğe gitmiştir. Türkiye Sözleşme'yi 1985 tarihinde imzalamış olup, 11 Haziran 1985 tarihli ve 3232 sayılı Kadınlara Karşı Her Türü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesine Katılmanın Uygun Bulduğuna Dair Kanun 25 Haziran 1985 tarihli ve 18792 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır. CEDAW İngilizce metninde "elimination" kelimesi kullanılmıştır. "Elimination" kelimesinin Türkçe karşılığının, ortadan kaldırma, yok etme olmasına karşın resmî çeviride Sözleşme'nin adı "Kadınlara Karşı Her Türü Ayrımcılığın **Önlenmesi** Sözleşmesi"dir. Çeviri hatası olarak da nitelendirilebilecek olan bu hususun kav-

Sözleşme'nin 5. maddesine göre taraf devletler aşağıdaki temel hedefler için uygun önlemleri alacaklardır;

“a. Her iki cinsten birinin aşağılığı veya üstünlüğü fikrine veya kadın ile erkeğin kalıplaşmış rollerine dayalı ön yargıların, geleneksel ve diğer bütün uygulamaların ortadan kaldırılmasını sağlamak amacıyla kadın ve erkeklerin sosyal ve kültürel davranış kalıplarını değiştirmek;

b. Anneliğin sosyal bir görev olarak anlaşılmasını ve çocukların yetiştirilmesi ve gelişiminde kadın ve erkeğin ortak sorumluluğunun tanınmasını öngören ve her durumda çocukların çıkarlarını her şeyden önce gözetilen anlayışa dayanan bir aile eğitimini sağlamak.”

Toplumsal cinsiyet rollerinin değiştirilmesi, CEDAW'ın 5. maddesinde genel bir yükümlülük olmanın yanında, eğitimde kadınların erkeklerle eşit haklara sahip olmasının düzenlendiği Sözleşme'nin 10. maddesinde, özel bir ödev olarak vurgulanmıştır:

“Kadın ve erkeğin rolleriyle ilgili kalıplaşmış kavramların eğitimin her şeklinden ve kademesinden kaldırılması ve bu amaca ulaşılması için karma eğitimin ve diğer eğitim şekillerinin teşvik edilmesi, özellikle ders kitaplarının ve okul programlarının yeniden gözden geçirilmesi ve eğitim metotlarının bu amaca göre düzenlenmesi;”

Avrupa Konseyi bünyesindeki çalışmalar sonunda kabul edilen ve Avrupa Konseyi'ne üye olmayan devletlerin de kabul ve onayına açık bir belge olarak hazırlanmış olan *Kadına Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi - İstanbul Sözleşmesi* de geleneksel cinsiyet rollerine karşı duruşunu ortaya koymuştur.³⁵ Kadınlara yönelik şiddeti ve ev içi şiddeti önlemek, soruşturmak ve ortadan kaldırmak amacıyla hazırlanmış olan İstanbul

ramsal bir boyutu bulunmaktadır. Şöyle ki, olmayan bir şey önlenebilir, olan bir şey ise ancak yok edilebilir, ortadan kaldırılabilir ve “Ortadan Kaldırma” ifadesi “Önleme” ifadesinden daha etkilidir. CEDAW'ın özünde kadına karşı ayrımcılığın bir evrensel gerçeklik olduğu olgusu olduğu dikkate alınarak, çalışma kapsamında Sözleşme'nin resmî çevirideki adı yerine “Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi” ifadesi kullanılmıştır.

³⁵ Council of Europe, Convention on Preventing and Combating Violence Against Women and Domestic Violence, 11.05.2011 İstanbul. Türkiye, İstanbul Sözleşmesi'ni ilk imzalayan devlet olup, 29.11.2011'de Sözleşme'yi imzalamıştır. Bakanlar Kurulu'nun Sözleşme'nin onayına ilişkin kararı 08.03.2012 tarihli ve 28227 (Mükerrer) sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır. Sözleşme, Türkiye bakımında 01.08.2014 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

Sözleşmesi, geleneksel cinsiyet rollerinin değiştirilmesine, şiddetin önlenmesi için taraf devletlerin genel yükümlülükleri arasında yer vermiştir. Sözleşme'nin 12/1. maddesine göre;

“Taraf Devletler, kadınların aşağı bir cins olduğu veya erkekler ile kadınlar için alışlagelmiş rollerin bulunduğu düşüncesine dayanan önyargıları, örf ve adetleri, gelenekleri ve her türlü uygulamaları yok etmek amacıyla kadınların ve erkeklerin sosyal ve kültürel davranış kalıplarının değiştirilmesi için gerekli tedbirleri alır.”

Kadına yönelik şiddeti önleme hedefiyle kaleme alınan İstanbul Sözleşmesi'nin taraf devletleri toplumsal cinsiyet rollerinin değiştirilmesi için tedbirler almakla yükümlü tutmasının temel sebebi, toplumsal cinsiyet rolleriyle şiddet arasındaki bağıdır.

Kadına yönelik şiddet, kadının davranışlarının ve bedeninin erkek tarafından kontrolü amacını da taşır. Bu güç ilişkisini kadınlık ve erkeklik rolleri destekler.³⁶ Toplumsal cinsiyete dayalı rol dağılımının, kadın aleyhine, eşitsizliği artıran ya da eşitsizliği yaratan bir işlev görmekte olduğu tartışmasızdır. Kadın ve erkek rolleri, erkeklerin kadınlar üzerinde güç sahibi oldukları ve kadınları kontrol ettikleri bir hiyerarşik düzeni devam ettirecek şekilde inşa edilmiştir. Kadına yönelik şiddet de, bu noktada karşımıza erkeğin kadın üzerindeki tahakkümünün araçlarından biri olarak çıkar. Bir erkeğin bir kadına şiddet uygulaması, onu öldürmesi, genel olarak bir cinsin diğeri üzerinde kurduğu evrensel boyuttaki tahakkümün görünümüdür.³⁷ Bu haliyle şiddet; hem kadınların erkeklere tabi olmalarını sürdürmek için bir araç, hem de tabi olmalarına ilişkin bir sonuç olarak erkek otoritesinin sürdürülmesiyle bağlantılı bir mekanizmadır. Erkekten kadına yönelen şiddet, şiddetin niteliği itibarıyla, bir toplumsal cinsiyet sorunudur.

Toplumsal cinsiyete dayalı kadına yönelik şiddet, kadınların iradesini ve özgürlüğünü kısıtlar, psikolojik ve/veya fiziksel zarar verir, kişiliğini olumsuz etkiler. Kadının toplumdaki bağımlı rolünün sürmesine hizmet eder. Toplumsal cinsiyete dayalı şiddetin, kadın ve erkeklige dair eşitsiz rol dağılımıyla doğrudan bağlantılı olduğu gö-

³⁶ Gülriz Uygur-İrem Çağlar, Şiddet, Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları içinde, (Edt. Yıldız Ecevit-Nadide Karkıner), Anadolu Üniversitesi Yay., Eskişehir 2011, s.124.

³⁷ Direk, Şiddet Kavramı Üzerine, s. 22-23.

rülmelidir. Kadına yönelik şiddet olgusunun temelinde, tüm kurumları biçimlendiren köklü ve etkili ataerkil güç yapısı ve kadını olduğu yerde tutma amacı yatmaktadır.³⁸ Bir kadının, cinselliğini düzenleyen sosyal normları ihlal ettiği ya da ailesine ilişkin toplumsal rollerini yerine getirmediği gerekçesiyle şiddete maruz kalması halinde şiddetin bireysel bir olay olduğu söylenemez. Bu şekilde şiddet, cezalandırma ve kontrol etme işlevleriyle toplumsal cinsiyet rollerini hâkim kılmakta kullanılmaktadır.³⁹

Dünya Sağlık Örgütü'nün eşlerden gelen şiddet ve HIV/AIDS konusuna ilişkin raporundaki bir tespit, kadınlar ve erkekler arasındaki hiyerarşik ilişkiyi ve şiddetin bu ilişkide ne tür bir araç olduğunu ortaya koyması sebebiyle dikkate değerdir. Buna göre; *“Erkekler, kadınlara yönelik şiddeti, geleneksel kadın rollerinin ihlallerinde ya da yaşanan sorunları erkekliklerine ilişkin sorunlar olarak algıladıklarında bir terbiye etme yöntemi olarak”*⁴⁰ kullanılmaktadır.

Kadına yönelik şiddetle toplumsal cinsiyet rolleri arasındaki ilişki, 2006 - 2007 yılları arasında Türkiye ölçeğinde yapılan istatistiksel araştırmaların sonuçlarında da görülmektedir.⁴¹ Kadınların aileye kocalarından daha çok gelir getirmelerinin, dayak riskini en az iki misli artırdığına ilişkin tespit önemli bir örnektir. Bu bulgu ekonomik gücünü kaybeden erkeklerin ataerkil otoritelerini fiziksel güce başvurarak perçinlemeye çalışmaları olarak yorumlanabilir ve kadına yönelik şiddetin erkek otoritesinin sürdürülmesine hizmet eden bir mekanizma olduğu tespitini güçlendirmektedir.⁴²

Geleneksel toplumsal cinsiyet rolleriyle kadına yönelik şiddet arasındaki bağ kadar, kadınların ve erkeklerin bireysel tercihleri doğrultusunda gelişimi, psikolojik sorunları, iş ve özel yaşamlarındaki

³⁸ Ertürk, Sınır Tanımayan Şiddet, s. 39.

³⁹ UN General Assembly, Report of the Secretary-General, In-depth Study on All Forms of Violence Against Women, A/61/122/Add.1, 06.07.2006, par. 69-78.

⁴⁰ World Health Organization (WHO), Violence Against Women and HIV/AIDS: Critical Intersections Intimate partner violence and HIV/AIDS, WHO Information Bulletin Series, Number 1, s.5. <http://www.who.int/hac/techguidance/pht/InfoBulletinIntimatePartnerViolenceFinal.pdf> (Erişim: 10.05.2017)

⁴¹ Ayşe Gül Altınay-Yeşim Arat, Türkiye’de Kadına Yönelik Şiddet, Metis Yay., B. 1, İstanbul 2007, Tablo 28 - Aileye Kimin Daha Çok Gelir Getirdiği ve Fiziksel Şiddet, s. 85.

⁴² Altınay-Arat, s. 104.

sorunlarıyla toplumsal cinsiyet rolleri arasında da sıkı bir bağ bulunmaktadır. Kadınların ve erkeklerin tek tip olması yönünde baskının, bireylerin kendi istedikleri yönde gelişmelerinin, kendilerini gerçekleştirmelerinin önünde bir engel olduğu bilinmektedir. Toplumun zorladığı cinsiyetleri ayrıştırma ve tiplendirme sonunda, daha çok kadınlar bu baskı altında bunalırlar, kendilerine özgürce yol çizemezler. Bunun sonucunda psikolojik ve fiziksel rahatsızlıklar ortaya çıkar. Toplumsal cinsiyet rolleri, evde günlük yaşamı sürdürebilmek için yapılması gereken işlerde, kadın ve erkeğin eşit sorumluluk almasının önüne geçtiğinden kadınlar çalışsınlar ya da çalışmasınlar, geleneksel rolü benimsemesinler ya da benimsemesinler, ev işlerinden sorumludurlar. Çalışma yaşamında da toplumsal cinsiyet rollerinin kadın çalışan üzerindeki olumsuz etkisini görmek mümkündür. Öncelikle evdeki sorumlulukları kadınların işlerinde yükselmelerini engeller. Diğer taraftan kadınların liderlik yeteneğine sahip olmadıkları inancı, kadınların erkek çalışanlar üzerinde otorite olarak kabul edilmelerini önleyen sosyal değerler, davranışlar ve cinsiyet rolü sosyalleşmeleri, kadınların iyi bir liderlik için gerekli olduğu söylenen erkeksi özellikleri sahip olmadıkları algısı, kadınların doğrudan gözlenemeyen engellerle karşılaşmasına ve yükselememelerine sebep olur. Cam tavan etkisi olarak ifade edilen bu durum, bireysel bir yetersizlik nedeniyle yükselememeyi değil, sadece kadın olmaktan dolayı yükseltilmemeyi ifade eder. Açıklanan bu tablo içerisinde, evliliğin erkeklere kıyasla kadınlar için daha az avantajlı bir durum olduğu ifade edilmektedir. Depresyon oranının işsiz ve dul kadınlarda en yüksek, evli ve çalışan erkeklerde en düşük olduğu da tespit edilmiştir.⁴³

Toplumsal cinsiyet rollerinin yarattığı bu baskıyla, erkeklerin de farklı sorunlar yaşadığı görülmelidir. Öncelikle, toplum erkekleri hep başarıya ve yüksek statüye yönlendirir. Kendini gerçekleştirmek için değil, para ve statü kazanmak için çok çalışan erkek, bunu gerçekleştiremediğinde kendine duyduğu saygıyı kaybeder ve kendini güvensiz hisseder. Aynı zamanda fiziksel, zihinsel ve duygusal olarak güçlü olması beklenen erkekler, daha çok risk alırlar ve saldırgan davranırlar. Bunu eşine şiddet uygulayan erkek imajında görmek mümkün olduğu gibi, kavga eden, içkili araba kullanan, korunmasız ve sorumsuz seks

⁴³ Dökmen, s. 191-216.

gibi riskli davranışlar sergileyen erkek de bunun örneğidir. Fiziksel olarak güçlü olma beklentisi, cinsel yönden güçlü olma beklentisini de içerir. Bu beklenti, erkeklerin büyük bir cinsel performans anksiyetesi yaşamalarına ve kendilerini ciddi bir tehdit altında hissetmelerine neden olabilir. Erkekleri en çok baskı altında tutan beklenti kuşkusuz, kadınsı olmamaktır. Kadına uygun görülen özellik ve davranışların, değersiz ve aşağı bulunmasının bir sonucu olarak, ağlamak, duygulanmak, sıkıntısını dile getirmek, ev işleriyle meşgul olmak erkeğin kaçınması gereken durumlar olarak algılanır. Erkeklik rolünden sapma, eşcinsel olmakla bir tutulabilecek olduğundan erkek dünyasında ciddi bir korkuya yol açar.⁴⁴

Kadını daha fazla sınırlamakla birlikte, erkeği de farklı alanlarda baskı altında tutan toplumsal cinsiyet rolleri yerine, eşitlikçi rollerin toplumsal düzen içerisinde yaşam bulması, kadın ve erkeğin kendini gerçekleştirme ve kadının cinsiyet ayrımcılığı sebebiyle yaşadığı sorunları geride bırakabilmesi için oldukça önemlidir.

II. TOPLUMSAL CİNSİYET ROLLERİNİN BOŞANMA DAVALARINA YANSIMASI

1. Eşlerin Birliğin Giderlerine Emek ve Malvarlığıyla Katılma Yükümlülükleri

a. Türk Medeni Kanunu'na Hâkim Olan Yaklaşım

Evlilik birliğinde eşlerin haklarını ve yükümlülüklerini düzenleyen TMK'nın 185. maddesine göre; eşler evlilik birliğinin mutluluğunu elbirliğiyle sağlamak ve çocukların bakımına, eğitim ve gözetimine beraberce özen göstermekle yükümlüdürler. Aynı zamanda eşlerin birlikte yaşama, birbirlerine yardımcı olma ve sadık kalma yükümlülükleri vardır. TMK'nın 186. maddesinde, eşlerin oturacakları konutu birlikte seçecekleri, birliği beraberce yönetecekleri ve *birliğin giderlerine güçleri oranında emek ve malvarlıklarıyla katılacakları* düzenlenmiştir. Bu düzenlemelerle TMK, evlilik içerisinde toplumsal cinsiyet rollerini açık şekilde kanun metnine taşıyan 743 sayılı Eski Türk Medeni

⁴⁴ Dökmen, s. 219-225.

Kanunu'ndan (ETMK) ayrılmaktadır. ETMK'ya göre; koca aile birliğinin reisidir (ETMK 152), ortak konutu seçer (ETMK 21/1-152/II), karısının ve çocuklarının bakım ve geçiminden sorumludur (ETMK 152), kadının bir meslek veya sanatla uğraşması kocanın iznine tabidir (ETMK 159),⁴⁵ çocuklar üzerindeki velayet birlikte kullanılsa da, anlaşmazlık halinde kocanın oyu üstündür (ETMK 263). Kadınsa kocasının seçtiği ortak konuta bağlı olduğu gibi o konutta oturmakla da yükümlüdür (ETMK 152/1), evin iç işlerini yapma hakkına sahiptir ve bunlarla yükümlüdür (ETMK 153/2), ortak yaşamın mutluluğunu sağlamada gücü yettiği oranda kocasının yardımcısı ve danışmanıdır (ETMK 153/2), evin giderlerine uygun miktarda katılabilir (ETMK 190), evin günlük ihtiyaçları için evlilik birliğini temsil eder (ETMK 155). TMK metni, ETMK'daki gibi toplumsal cinsiyet rollerinde bir ayrıma gitmemiş ve eşler arasındaki eşitliği esas alan bir düzenlemeyi kabul etmiştir.

TMK'nın 186. maddesi, erkeklerin evin rızkını temin etme, kadınların mutlu bir yuvanın inşası ve çocukların yetiştirilmesi yükümlülüklerini içeren toplumsal cinsiyet rollerine yer vermeyerek, hukuki perspektiften toplumsal cinsiyet rollerindeki değişimin habercisidir. Diğer bir ifadeyle bu değişime hukuki bir zemin yaratmaktadır. TMK'nın 186. maddesindeki, eşlerin "birliğin giderlerine güçleri oranında emek ve malvarlıklarıyla katılacakları" hükmüyle Kanun'un, çalışmayla elde edilen geliri yani parayı değil, emek ve malvarlığını esas almış olduğunun öncelikle belirtilmesi gerekir. Bu, evlilik birliğinin ihtiyaçlarının karşılanabilmesi için ancak emeğini sunabilen eşin de birlik giderlerine katkıda bulunduğu kabul edilmesidir. Kadınların iş yaşamına katılımlarının düşük olduğu, çoğunlukla meslek sahibi olmadıkları, meslek sahibi olsalar da olmasalar da, çocuklarının bakımını üstlenmek suretiyle çalışmadıkları ve böylece emeklerini eve özgüledikleri toplumsal olarak da gözlemlediğimiz bir olgudur. Kanun'la evlilik birliğinin ihtiyaçlarını ancak emeğini sunarak karşılayabilecek eşin de, birlik giderlerine katkıda bulunduğu kabul edilmiştir. Böylece kadının evdeki karşılıksız emeği TMK'da evlilik birliği içerisinde karşılık bulmuştur.

⁴⁵ Bu hüküm, Anayasa Mahkemesi'nin 29.11.1990 tarih ve 1990/30 E.-1990/31 K. sayılı kararıyla iptal edilmiştir. RG. 02.07.1992, S. 21272.

Birlik giderlerine malvarlığıyla ya da emeğiyle katkı yapan eşler arasında bir ayırım da gözetilmemiş, eşitlik ilkesi benimsenmiştir. Bu şekli bir eşitlik değil, maddi bir eşitliktir. Eşler birliğin giderlerine *güçleri oranında* emek ve malvarlığıyla katılacaklardır. Bu noktadan hareketle şu sonuca ulaşmak mümkündür; toplumsal cinsiyet rollerinin tersine kadının malvarlığıyla erkeğin de emeğiyle evlilik birliğinin ihtiyaçlarını karşılayabilmesi yasal zeminde karşılık bulmuştur. Parasal olanağı, aileye emeğini özgüleyecek yeteneği ve zamanı olan her eş, cinsiyeti ne olursa olsun para ya da emek katkısını sağlama borcu altındadır. TMK'nın yürürlüğe girdiği tarih öncesinde de, kadınlar birlik giderlerine parasal katkıda bulunmalarına karşın, bu durum gelecekte olarak kadından beklenen rolün yerine getirilmesi beklentisini azaltmamıştır. Evli kadınların parasal gelir getiren işlerde çalışmanın yanında, arta kalan zamanlarda ev işlerini yaptıkları, bu şekilde çifte mesai çalıştıkları da yaygın bir durumdur. TMK'nın açmış olduğu yoldan değerlendirme yaptığımızda, birlik giderlerine kadının parasal gelir getiren bir işte çalışarak katılması kadar erkeğin de emek yoluyla katılmasını talep etmenin hukuki zemini vardır.⁴⁶

Evlilik birliğinin temelinden sarsılması nedenine dayanarak dava açan bir kadının, eşinin ev işlerine ve çocuk bakımına katılmamasını kusurlu bir davranış olarak ileri sürmesi halinde, mahkeme bu davranışla erkeğin kusurlu olduğu yönünde bir karar verebilecek midir?

⁴⁶ Damla Gürpınar, "Eşlerin Evlilik Birliğinin Giderlerine Katılma Borcu", Yaşar Üniversitesi, Prof. Dr. Aydın Zevkilere Armağan, 12/2013, C.II., S.8, s.1293-1340. Kadınların gelir getiren bir işte çalışmaları, cinsiyetçi iş bölümünde değişiklik yaratarak, ev işleri ve bakım sorumluluklarına erkeklerin de dâhil olması sonucunu doğurmamaktadır. İstatistikler de bu durumu desteklemektedir. AB ülkelerinde erkeklerin haftanın ortalama 41 saatini ücretli işe, 3 saatini ev işlerine, 5 saatini çocuk bakımına olmak üzere toplam 49 saatini ücretli-ücretsiz emek için harcadığı görülmektedir. Kadınlar ise, haftanın ortalama 34 saatini ücretli işe ayırırken, 24 saatini de ev işleri ve çocuk bakımına ayırmaktadırlar. AB ülkelerinde dahi, kadınların 58 saat olan haftalık toplam ücretli-ücretsiz emek zamanı erkeklerden 10 saat daha fazladır. 2006 yılında Türkiye'de yapılan Zaman Kullanım Anketi'ne göre; kadınlar hane ve hane halkı bakım işlerine günde ortalama 5 saat 17 dakika ayırırken, erkekler yalnızca 51 dakika ayırmaktadırlar. Kadınların ücretsiz emekleri, eğitim seviyeleri düştükçe ve doğurganlık yaşı olan 25-34 yaş arasında artmaktadır, gelir karşılığı çalışmaya ayırdıkları zaman ise azalmaktadır. Bu yaş grubundaki kadınlar, ev işlerine erkeklerden sekiz kat fazla zaman ayırırken, yalnızca çocuk bakımına beş kat daha fazla zaman ayırmaktadırlar. Evlilik erkeklerin karşılıksız emek yükünü yüzde 38 azaltırken, kadınlarınkini yüzde 49 artırmaktadır. Bkz. Urhan, s.125-127.

Aynı eşitlikçi bakış açısıyla, gelir getiren bir işte çalışarak birliğe katkıda bulunma imkânı olan bir kadının çalışmayarak birlik giderlerine gücü oranında katılmadığı iddiasıyla erkek eş tarafından boşanma davası açıldığında, mahkeme imkânı olan kadının çalışmamasını kusurlu bir davranış olarak değerlendirecek midir? Her ne kadar, bunlar için hukuki zemininin olduğunu ifade etsek de, Kanun metni, içtihatlar yoluyla hayata geçmediği takdirde, yasal zeminin varlığının kimsenin hayatına tesiri olmayacaktır.

b. Birlik Giderlerine Katılma Yükümlülüğünün Boşanma Davalarındaki Karşılığı

TMK'nın toplumsal cinsiyet rollerinden arındırılmış ve aile birliği içerisindeki kadın erkek eşitliği yanlısı düzenlemelerine karşın, boşanma davalarında geleneksel toplumsal cinsiyet rollerini dikkate alan içtihatlar tümüyle ortadan kalkmamıştır. TMK'nın toplumsal cinsiyet rollerinden arındırılmış olmasının, aile yaşamında kadın ve erkeğin toplumsal cinsiyet rollerine tabi davranışlardan uzaklaşması sonucunu doğurmasını beklemek gerçekçi değildir. Özellikle özel alana kanunların uygulanma yeteneğinin çok güçlü olmadığı, toplumdaki değerlerin ve bireylerin evlilik kurumuna yüklediği anlamın kanun metinlerinden kolaylıkla etkilenmediği de bilinmektedir.⁴⁷ Buna karşın, Kanun'un lafzında özel alanda kadın erkek eşitliği karşılık bulmuşken, yargının bakış açısını toplumsal cinsiyet rollerinden arındıramamış olması ve böylece bu rolleri tasvip ederek yeniden üreten içtihatlar oluşması, toplumsal cinsiyet rollerindeki değişimin de önüne geçmektedir.

Toplumsal cinsiyet rollerinde en baskın olan erkeğin ailenin rızkını sağlama yükümlülüğü ETMK döneminde olduğu gibi TMK döneminde de, içtihatlardaki baskın hale göre erkeğin yükümlülüğüdür ve bu yükümlülüğünü yerine getirmeyen erkek boşanma davasında kusurlu taraftır. Hiçbir işte çalışmayan, eve bakmayan, karısının ve çocuğunun infak ve iâşesini sağlamayan erkek kusurludur. Bu halde ortak hayatı temelinden sarsacak derecede ve birliğin devamına imkân vermeyecek nitelikte bir geçimsizliğin mevcut ve sabit olduğu Yargıtay tarafından kabul edilmektedir.⁴⁸

⁴⁷ Gürpınar, s.1293-1340.

⁴⁸ Örnek olarak bkz. Y 2.HD, 07.06.2002, 6536 E.-7756 K., Y 2. HD, 11.11.2004, 11941

Kadının konumu ise farklıdır. Kadın eşi zorla çalıştırmak, işten çıkarılmasını sağlamak veya özellikle mesleği olan kadın eşi çalıştırmamak ekonomik şiddete yönelik davranışlardır. Evlilik birliğinin sarsılması sebebiyle boşanma davasında boşanma konusu davranışlardır.⁴⁹ Ev işi, çocuk, hasta ve engelli gibi diğer bağımlı bakımlarını yerine getirme eksenindeki toplumsal cinsiyet beklentilerinin oluşturduğu yük üzerinden alınmadan bir kadının haneye parasal/ekonomik gelir getiren bir işte çalışmaya zorlanmasının da ağır bir ekonomik şiddet olduğunun kabul edilmesi gerekir. Ancak aksini düşünmek, yani evlilik birliğinin ihtiyaçlarına katılmak için mesleği ve olanağı olmasına karşın çalışmayan kadının bu davranışı sebebiyle evlilik birliğinin sarsıldığını ileri sürmek mümkün müdür? Kanun'un eşitlikçi yaklaşımı karşısında, erkek eşin yasal dayanağı olan bu talebinin, yargı içtihatlarındaki karşılığının, "kadın eşi zorla çalıştırmak" mı "kadın eşin evlilik birliğine malvarlığıyla katılmayarak birlik görevlerini yerine getirmemesi" mi olduğu, farklı bakış açılarını ortaya koyan önemli bir tartışma konusu olabilir.⁵⁰

Kadınların ev işleriyle ilgilenmemesi, yemek pişirmemesi, evin ve/veya çocukların temizliğine özen göstermemesi halleri yargının değerlendirmesine göre; kadınların evlilik birliğinin devamına ilişkin görevlerini yerine getirmemesidir. Bunlar boşanma davalarında kadınların kusurlu davranışları olarak kabul edilmektedir.

*" ... davalının (kadının) ev işlerini yapmadığı, temizliğe dikkat etmediği, çamaşırları yemek tenceresinde kaynattığı, doğum halinde vücudunun bozulacağını ifade ettiği anlaşılmaktadır. Kadının bu davranışları sebebiyle de taraflar arasında ortak hayatı temelinden sarsacak ve birliğin devamına imkân vermeyecek nitelikte bir geçimsizlik meydana gelmiştir."*⁵¹

E.-13431 K., Y 2. HD, 13.07.2004, 6707 E.-9526 K., Y 2.HD, 10.10.2011, 2010/14082 E.-2011/15367K.

⁴⁹ Ömer Uğur Gençcan, Boşanma Tazminat ve Nafaka Hukuku, Yetkin Yay., Ankara 2010, s. 289-390; Y 2. HD, 21.03.2002, 3342 E.-4041 K., Y 2. HD, 18.10.2006, 7329 E.-14270 K.

⁵⁰ TMK hükümlerine göre, kadının, buna imkânı varsa çalışarak birlik giderlerine katılma borcu olduğu sonucuna varılmaktaysa da, doktrinde olması gereken hukuk açısından buna karşı olan yaklaşımlar da vardır. Hatemi'ye göre; kadın eşten parasal katkı beklenmesi doğru değildir. Bkz. Hüseyin Hatemi, Aile Hukuk I (Evlilik Hukuku), Vedat Kitapçılık, İstanbul 2005, s. 87-88.

⁵¹ Gençcan, s. 368, Y. 2HD., 22.11.2006, 9359 E.-16104 K.

“ ... yapılan yargılama ve toplanan delillerden; erkeğin mahkemece kabul edilen ve gerçekleşen kusurlu davranışlarının yanında, davacı-karşı davalı kadının da yemek yapmayarak birlik görevlerini yerine getirmediği ve evine gelen misafirlere nezaketsiz davranmak suretiyle eşinin küçük düşmesine neden olduğu anlaşılmaktadır. Bu durumda erkek de dava açmakta haklı olup, onun tarafından açılan davanın da kabulü suretiyle boşanma kararı verilmesi gerekirken, reddi doğru olmamış ve bozmayı gerektirmiştir.”⁵²

Aşağıdaki kararsa evlilik içerisinde kadın ve erkeğin birbirinin karşılığı olan rollerini gösterdiği için dikkat çekicidir:

“ ... yapılan yargılama ve toplanan delillerden; davacı kadının ev ve çocuklarıyla ilgili temizlik kurallarına dikkat etmediği, buna karşılık davalı kocanın da eş ve çocuklarının ihtiyaçlarıyla ilgilenmeyip, her iki tarafın da evlilik birliğinden kaynaklanan görevlerini ihmal ettikleri anlaşılmaktadır. Taraflardan birinin kusurunun diğerinden baskın olduğu söylenemez. Hal böyle olunca; evlilik birliğinin temelinden sarsılmasında ve boşanmaya neden olan olaylarda tarafların eşit kusurlu olduklarının kabulü gerekir.”⁵³

Ancak bu rollerin yerine getirilmemesinin her zaman eşit kusur doğurduğu peşinen kabul edilemez. Çalışmayan ve evin ihtiyaçlarını karşılamayan erkek eşle, yemek pişirmeyen ve evin temizliğini yapmayan kadının kusur durumlarının eşit olmadığını Yargıtay'ın şu kararında görmek mümkündür:

“Mahkemece, “davacı, davalıyla aynı oranda kusurlu” kabul edilmiş ise de, yapılan soruşturma ve toplanan delillerden, davalının çalışmadığı ve evinin ihtiyaçlarını karşılamadığı, bu suretle evlilik birliğine ilişkin görevlerini yerine getirmediği anlaşılmaktadır. Davacıya “kusur” olarak atfedilen yemek pişirmeme ve evin temizliğini yapmama gibi olaylar, kocanın gerçekleşen kusuru yanında kadının tazminat isteğini hükümden düşürücü nitelikte sayılmaz. Gerçekleşen bu duruma göre davalının, davacıya göre daha fazla kusurlu kabul edilmesi ve buna bağlı olarak davacı yararına uygun miktarda maddi tazminat (TMK. md. 174/1) takdiri gerekirken, kusura ilişkin hatalı değerlendirme sonucu, kadının maddi tazminat talebinin reddi usul ve yasaya aykırı bulunmuştur.”⁵⁴

⁵² Y. 2. HD, 24.05.2016, 2015/17595 E.- 2016/10208 K.

⁵³ Y. 2. HD., 26.11.2013, 2013/14003 E.-2013/27767 K.

⁵⁴ Y. 2. HD, 06.12.2011, 2010/14383 E.- 2011/21030 K.

Kadının ev işlerini yaparak aile birliğine emeğiyle katılması, içti-hatlarda kadının rolü olarak kabul edilmekle birlikte, boşanma dava-sında kusurlu olan kadının bu işlerden mahrum kalan erkeğe maddi tazminat ödemesi gerektiği de tartışmaya açık bir şekilde yargı karar-ları arasında yerini almıştır:

“Olayda, koca; kendi kusuruyla yol açmadığı boşanma yüzünden, evlilik düzeni bozulmuş, en azından evin bakımı, temizliği gibi kadının ev işlerine emeğiyle sağladığı katkıdan yoksun kalmıştır. Koca, bozulan bu düzenini iler-de yeniden kurmak ve elde etmek için maddi külfet yapmak zorunda kalacaktır. Çalışmayan ve hiçbir geliri olmayan kadının edinilmiş mallarda katkı payı isteyebileceğini kabul eden Türk Medeni Kanunu sisteminde, maddi tazminat ile sorumlu tutulmayacağını önceden kabul etmek imkânsızdır. Kadının, ev kadını olması ve evlilik birliği içinde gelirinin bulunmaması, tazminat sorumluluğunun esasıyla ilgili değil, tazminatın kapsamını belirlemekle ve infaz ile ilgilidir. Bu bakımdan maddi tazminatın koşulları oluşmuştur.”⁵⁵

2. Kadında Gerekli Vasıf: Bekâret

a. Bekâretin Yokluğu Boşanma Davasında Kadının Kusurlu Davranışı Olabilir Mi?

Türk Medeni Kanunu’na göre evlilik; boşanma, ölüm, gaiplik sebebiyle evliliğin feshi ve batıl olan evliliğin iptaliyle sona erer. Ölüm, gaiplik ve boşanma geçerli bir şekilde kurulmuş olan evliliğin sona erdirilmesi, evliliğin iptaliye geçerli bir şekilde kurulmamış olan evliliğin sona erdirilmesidir.⁵⁶ TMK’nın 161 ila 166. maddeleri arasında altı boşanma sebebi hüküm altına alınmıştır. Bu sebepler; zina (m. 161), hayata kast pek kötü veya onur kırıcı davranış (m. 162), suç işleme ve haysiyetsiz hayat sürme (m. 163), terk (m. 164), akıl hastalığı (m. 165) ve evlilik birliğinin sarsılmasıdır (m. 166).

Evlilik birliğinin sarsılması nedenine dayalı boşanmanın düzenlendiği TMK’nın 166/1. maddesinde; evlilik birliğinin ortak hayatı sürdürmeleri kendilerinden beklenmeyecek derecede temelinden sarsılmış olması halinde eşlerden her birinin boşanma davası açabi-

⁵⁵ YHGK, 24.10.2007, 2007/2-787 E.-2007/766 K.

⁵⁶ Ahmet M. Kılıçoğlu, Aile Hukuku, Turhan Kitabevi, B.2, Ankara 2016, s. 72.

leceği hüküm altına almıştır. Bu boşanma sebebinde, evlilik birliğini sarsan her tür olay boşanma sebebi olabilir. Önemli olan boşanmaya konu olayın ortak yaşamı çekilmez hale getirmiş olmasıdır.⁵⁷ Evlilik birliğinin sarsılması sebebiyle boşanma, kusur odaklı değildir ancak kanun koyucu, ortak yaşamı çekilmez hale getiren olaylar karşısında dava hakkına sahip olan kişi bakımından, bu olayların doğumuna yol açan kişinin kusurunun ağırlığı ölçüsünü getirmiştir.⁵⁸ TMK'nın 166/II. maddesi davalıya, kusuru ileri sürerek, davaya engel olma hakkı tanımıştır. Davalı kusurlu olsun ya da olmasın, açılmış olan boşanma davasında, temelden sarsılmaya sebep olan olayda, davacı daha kusurluysa, bunu ileri sürerek eşinin açtığı davaya itiraz edebilir.⁵⁹ Ayrıca Kanun ne kadar kusurlu tarafa da boşanma davası açma hakkı vermişse de, Yargıtay bu hükmü tam kusurlu eşin de dava açabileceği ve yararına boşanma hükmü elde edebileceği biçimde yorumlamamak ve değerlendirmemek görüşündedir. Yargıtay'a göre; daha fazla kusurlu olan tarafın da dava hakkı bulunmakla beraber, boşanma kararı verilebilmesi için davalının az da olsa kusurunun varlığı ve bunun belirlenmesi gerekmektedir.⁶⁰ Bu durum, evlilik birliğinin sarsılmasına dayalı boşanma davalarında kusurun etkilerinden biridir. Diğer taraftan eşlerin kusur oranlarının belirlenmesi boşanmanın ferî hükümlerinin, özellikle maddi ve manevi tazminata hükmedilmesinde önem kazanmaktadır.⁶¹

Aile hukukunun düzenlendiği temel kanun olan 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nda, bekârete hukuki bir sonuç bağlanmamıştır. Bu durum, 743 sayılı Eski Türk Medeni Kanunu'nda da aynıdır. Kanun metinlerinde bekârete hukuki bir değer atfedilmemiş olmasına karşın, boşanma davalarındaki yargı içtihatlarında bekâretin hukuki sonuçları olduğu görülmektedir.

Bekâret; boşanma ve evlenmenin iptali davalarının konusu olabilmektedir. Evlilik akdi kurulduktan sonra eşinin bakire olmadığını öğrendiğini iddia eden ve evliliğini sona erdirmek isteyen erkek eşin;

⁵⁷ Kılıçoğlu, Aile Hukuku, s. 114.

⁵⁸ Kılıçoğlu, Aile Hukuku, s. 139.

⁵⁹ Mustafa Dural-Tufan Ögüz-Mustafa Alper Gümüş, Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku, Filiz Kitabevi, B. 12, İstanbul 2016, s.118-119.

⁶⁰ Gençcan, s. 286.

⁶¹ Gençcan, s. 571.

mahkemeye başvurarak eşinin “kız çıkmaması” sebebiyle boşanmayı ya da eşinin “niteliğinde hata”ya düştüğü gerekçesiyle evliliğin iptalini talep ettiği davalarla, bekâret aile hukuku içtihatlarında hukuki bir karşılık bulmuştur. Kanun uygulayıcısı, toplumsal düzenin bir değer attığı bekâreti, önüne gelen davalarla hukuki yönüyle değerlendirmek zorunda kalmıştır. Bu değerlendirme, toplumsal cinsiyet rollerinden uzaklaşmayan uygulayıcılar tarafından yapıldığından, bekâretin yokluğunu hukuki yaptırıma bağlayan içtihat ortaya çıkmıştır.

Yargıtay’ın yakın tarihli kararlarını incelediğimizde, eşinin baki-re olmaması sebebiyle boşanma davası açan erkek eşin davasının reddi gerektiği yönündeki içtihadın ağırlıklı olduğu görülmektedir. Ancak bu, bekârete hukuki bir değer verilmemesinden değil, eşler arasındaki sadakat yükümlülüğünün evlilik birliğinin kurulmasından sonra başlayacağı yorumundan kaynaklanmaktadır.

“... Erkek eş ... tarihinde Türk Medeni Kanunu’nun 166/1. maddesi hükmüne göre boşanma isteminde bulunmuştur. Erkek eş boşanma sebebi olarak sadece “Davalı bakire değil” vakiasına dayanmıştır. Tarafların sadakat yükümlülüğü evlilik birliğinin kurulmasıyla başlar (TMK m. 185). Davalı kadının evlilik öncesi cinsel ilişki yaşamış olması (bakire olmaması) boşanma davasında davalı kadın için kusur oluşturmaz. Açıklanan sebeple, davanın reddi gerekirken, yasa hükümlerinin yorumunda yanılğıya düşülerek boşanmaya karar verilmesi usul ve kanuna aykırıdır.”⁶²

Alıntı yapılan karardan anlaşılan haliyle, Yargıtay, bekâreti boşanma davasının konusu yapma kanaatinde değildir. Sadakat yükümlülüğü evlilikle başlar ve evlilikten önceki cinsel ilişki, kadın yönünden boşanma davasında kusurlu bir davranış değildir.

Nitekim evlilik birliğinin sarsılması sebebine dayalı olarak açılan boşanma davalarına konu geçimsizliğe yol açan olayların, evlilik sonrasına ilişkin olması gerektiği doktrinde de ifade edilmektedir. Bu yaklaşıma göre; evlilik öncesi eşlerin nitelikleri ve beklentilerine ilişkin olan eksiklikler, ancak yanılma veya aldatma nedeniyle, nisbî butlan sebebi olarak evliliğin iptaline yol açabilir. Evliliğin iptali için gerekli koşulların bulunmadığı ya da dava açmak için hak düşürücü sürelerin geçmesi halinde ve geçimsizlik konusu olaylar evlenme süresince de-

⁶² Y 2.HD, 12.04.2016, 2015/16257 E.-2016/7382 K.

vam ettiği TMK'nın 166. maddesi gereğince boşanma davası gündeme gelebilir.⁶³

Yargıtay'ın sadakat yükümlülüğünü evlilikle başlatıp, evlilikten önceki cinsel ilişkiyi boşanma davasının konusu etmeyen içtihadını uzun süredir devam ettirdiği ve bu içtihadının yerleşik olduğunu söylemek mümkün değildir. Bunu, Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin 18.04.2013 tarihli kararında **görmek mümkündür**. Çoğunluğun görüşüne göre:

*"Davalının alınan tarihli Adli Tıp raporunda, durumunun kesin olarak belirlenemediği Adli Tıp Kurumu 6. İhtisas Kurulunca muayene edilerek belirlenebileceği belirtildiği halde, mahkemece belirtilen İhtisas Dairesinden görüş alınmadan eksik incelemeyle davanın reddine karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirmiştir."*⁶⁴

Çoğunluğun kararına muhalif kalan üyenin karşı oy gerekçesiyle şu şekildedir:

*"Erkek eş boşanma sebebi olarak 'Davalı KIZ ÇIKMADI' vakasına dayanmıştır. Evlilik ÖNCESİ gerçekleştiği öne sürülen KIZ ÇIKMAMA vakası diğer koşulları varsa ancak NİSBİ BUTLAN sebebi oluşturur. Boşanma sebebi oluşturmaz. Açıkladığım sebeplerle davalı kadının BAKİRE olup olmadığı, ESKİ YIRTIK bulunup bulunmadığı konusunda araştırma yapmaya gerek yoktur. Boşanma davasının reddi doğrudur."*⁶⁵

Benzer şekilde, yerel mahkemenin "bakire olmama durumu"nu davalı kadının kusurlu davranışı olarak kabul ettiği başka bir kararda, Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin çoğunluğu kararın eşit kusur sebebiyle davalı-karşı davacı kadına nafaka takdir edilmesi gerektiği gerekçesiyle bozulmasına karar vermiş, yerel mahkemenin bakire olmayan kadının kusurlu olduğuna ilişkin değerlendirmesini aynen kabul etmiştir.⁶⁶ Dava konusu olayda, davacı erkek, davalı kadının evlenmeden

⁶³ Kılıçoğlu, Aile Hukuku, s. 137.

⁶⁴ Y 2.HD, 18.04.2013, 2012/26424 E.-2013/11042 K.

⁶⁵ Karara muhalif üyenin, karşı oy yazısındaki büyük harf, küçük harf kullanımı aynen korunmuştur.

Yargıtay içtihadına konu davada yerel mahkeme; davacının, davalının kız olmadığı halde bunu gizlediği iddiasıyla dava açtığını, bu durumun evliliğin nisbi butlanı nedeni olabileceğini belirterek, TMK'nın 166/1 maddesine göre evlilik birliğinin yeniden kurulamayacak derecede temelinden sarsılması nedenine dayalı açılan boşanma davasında, davalının kusurlu olduğuna dair geçerli delillerle dava ispatlanmadığından davanın reddine karar vermiştir.

⁶⁶ Şuhut Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 01.12.2011 tarih, 2011/6 E.-2011/342 K. sayılı

önce cinsel ilişkiye girdiği ve bakire olmadığı gerekçesiyle evliliğin nisbî butlan sebebiyle iptaline (m.149/2) karar verilmesini, karşı davacı kadın şiddetli geçimsizlik sebebiyle boşanmaya (m. 166/1) karar verilmesini talep etmişlerdir. Yerel mahkeme, bakire olmamanın tek başına nisbî butlan sebebi sayılamayacağı gerekçesiyle davacı erkeğin davasını reddederken, karşı davacı kadının boşanma davasının kabulüne karar vermiştir. Boşanma davasının kabulüne dair gerekçede; evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına neden olan 'bakire olmama durumu'nun, davacı erkeğin değil, karşı davacı kadının kusurlu davranışı olarak kabul edildiği ifade edilmiştir. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, yerel mahkeme kararının evliliğin iptali talebinin reddine ve boşanma talebinin kabulüne ilişkin hükmünü bozma konusu yapmamıştır. Davanın devamı sırasında kadın lehine tedbir nafakasına hükmedilmesi gerektiği ve yerel mahkemece tespit olunan kusurlu eylemlere göre evlilik birliğinin sarsılmasına neden olan olaylarda tarafların eşit derecede kusurlu bulduklarının anlaşıldığını ifade ederek, yoksulluğa düşecek olan davacı-karşı davalı kadına uygun miktarda yoksulluk nafakası takdirinin gerektiği gerekçeleriyle kararı bozmuştur. Çoğunluğun kararına muhalif olan iki üyeye göre; " ... Tarafların sadakat yükümlülüğü evlilik birliğinin kurulmasıyla başlar (TMK md. 185) Davalı kadının evlilik öncesi cinsel ilişki yaşamış olması (bakire olmaması) boşanma davasında davalı kadın için kusur oluşturmaz. Bu durum koşulları varsa Türk Medeni Kanununun 149/2 ve 150. maddelerindeki nispi butlan sebeplerini oluşturabilir. ..."

Bu haliyle, Yargıtay'ın bekâreti boşanmada kadının kusurlu bir davranışı olarak kabul edip etmemek konusundaki yaklaşımının çelişkili olduğu görülmektedir. Esasen Yargıtay'ın 2016 yılındaki kararındaki yaklaşımının hukuken daha tutarlı olduğu görülmektedir: Tarafların sadakat yükümlülüğü evlilikle başlar, kadının evlilik öncesi cinsel yaşamı boşanma davasının konusu olamaz ve bu sebeple kadına bir kusur atfedilemez.

b. Bekâretin Yokluğu Kadının Niteliğinde Yanılma Mıdır?

Evlenmenin kurulduğu sırada, gereken yasal koşulların bulunmaması halinde, evlenmenin butlanı söz konusu olur. Evlenmenin

geçerli olarak kurulabilmesi için aranan koşulun önemli ya da önemsiz olduğuna bakılmaksızın, bunun geçersizliği için mutlaka yargı kararına ihtiyaç vardır. Bu sebeple aile hukukunda butlan kavramı kullanılmakta, önemli evlenme engellerinin bulunmaması mutlak butlan, önemli olmayan evlenme engellerinin bulunmaması ise nisbî butlan olarak ifade edilmektedir.⁶⁷ TMK'nın 'Batıl Olan Evlenmeler' başlığı altında yer alan 145. maddesi "mutlak butlan" hallerini, 148-151. maddeleri "nisbî butlan" hallerini düzenlemiştir. TMK'nın 145. maddesine göre; eşlerden birinin evli bulunması, eşlerden birinin evlenme sırasında sürekli bir sebeple ayırt etme gücünden yoksun bulunması, eşlerden birinde evlenmeye engel olacak derecede akıl hastalığı bulunması ve eşler arasında evlenmeye engel olacak derecede **hısımlığın bulunması halleri**, evliliğin mutlak butlan sebebiyle iptali sebeplerini oluşturur. TMK'da yer verilen dört ayrı nisbî butlan sebebiyse şunlardır: Ayırt etme gücünden geçici yoksunluk (m. 148), yanılma (m. 149), aldatma (m. 150) ve korkutma (m. 151).

Mutlak butlan sebepleri kamu düzenini ilgilendirirken, nisbî butlan sebepleri yalnızca tarafları ilgilendirir.⁶⁸ Bu haliyle, mutlak butlan sebepleri, kesin evlenme engelleridir.⁶⁹ Mutlak butlan sebebiyle evlenmenin iptali için dava açmak, ilgililer için her zaman mümkündür ayrıca bu dava Cumhuriyet savcısı tarafından da resen açılabilir (m. 146). Bunun aksine, nisbî butlan sebebiyle evliliğin iptali için dava açmak, ilgili eşe tanınmış bir hak olup, hak düşürücü süreye bağlanmıştır. Kanun hükmüne göre; iptal davası açma hakkı, iptal sebebinin öğrenildiği veya korkunun etkisinin ortadan kalktığı tarihten başlayarak altı ay ve her hâlde evlenmenin üzerinden beş yıl geçmekle düşer (m. 152).

Bekâret olgusu, evliliğin nisbî butlan sebebiyle iptali talebiyle açılan bir kısım davanın konusunu oluşturur. Bu tür davaların hukuki dayanağı, 'yanılma' halinde eşlerden birinin evlenmenin iptalini dava edebileceğini düzenleyen TMK'nın 149. maddesinin 2. fıkrasıdır. Bu düzenlemeye göre; "Eşinde bulunmaması onunla birlikte yaşamayı kendisi için çekilmez bir duruma sokacak derecede önemli bir nitelikte yanılarak evlenmişse." yanılan eş evlenmenin iptalini talep edebilir. Eşin niteli-

⁶⁷ Kılıçoğlu, Aile Hukuku, s. 76.

⁶⁸ Dural-Öğüz-Gümüş, s. 79.

⁶⁹

⁶⁹ Kılıçoğlu, Aile Hukuku, s. 78.

ğinde yanılma sebebiyle evliliğin iptalinin talep edilebilmesi için yanılmanın, diğer bir ifadeyle hatanın bizzat eşin kendi niteliğiyle ilgili olması, bu hatanın esaslı olması ve eşin niteliğindeki hata yüzünden, hataya düşen eş için ortak hayatın çekilmez hale gelmiş olması gerekir.⁷⁰ Bu şartların yanında, kişide bulunması gereken niteliklerin evliliğin kurulduğu sırada bulunmaması gerekmekte olup, evlilik sırasında bulunan niteliklerin sonradan değişmesi veya ortadan kalkması, nisbî butlan sebebiyle evliliğin iptaline değil, ancak boşanma davasına konu edilebilir.⁷¹

Hatanın esaslı olup olmadığının tespiti içinse, hem objektif hem sübjektif yönden değerlendirme gereklidir. Buna göre; hataya düşen, eşinin gerçek durumunu bilmiş olsaydı onunla evlenmeyecek idiyse, hatanın sübjektif bakımdan esaslı olduğu ve evliliğin iptalini isteyen eşinde aradığı bu vasfın bulunmaması halinde, orta düzeyde ve normal zekâlı bir insanın da evlenmeyeceği ortaya konulduğu takdirde, hatanın objektif bakımdan esaslı olduğu kabul edilir.⁷²

Eşin niteliğinde esaslı hata olarak kabul edilen durumlar genel bir ifadeyle, eğitim düzeyi, sağlık, bedensel yapı, ekonomik durum, inanç ve düşünce yapısıyla ilgili olabilir.⁷³ Bekâretin evliliğin iptali talebiyle dava konusu edildiği durumlarda, evliliğin iptalini talep eden erkek eşin iddiası; bakire olmadığını öğrendiği eşinin “niteliğinde” yanıldığıdır ve bu durum birlikte yaşamayı kendisi için çekilmez bir duruma sokacak derecede önemlidir. Doktrinde “kızın bakire çıkmamasının” bazı yörelerde evliliğin iptali sebebi olarak kabul edilebileceği yönünde bir görüş⁷⁴ dile getirilmekle birlikte, Batı kaynaklarında ileri sürülen, bakirelik niteliğinin bugün artık önemini yitirmiş olduğu görüşünün Türk hukukunda uygulanamayacağını belirten yaklaşıma da dikkat çekmek gerekir.⁷⁵ İçtihatlara atıf yaparak eşin niteliğinde hata

⁷⁰ Bilge Öztan, Aile Hukuku, B.4, Ankara 2004, s. 342; Aydın Zevkliler-M. Beşir Acabey-K. Emre Gökyayla, Medeni Hukuk, Savaş Yay., B.5, Ankara 1997, s. 892-893; Turgut Akıntürk-Derya Ateş Karaman, Türk Medeni Hukuku, Aile Hukuku, İkinci Cilt, Beta Yay., B.14, İstanbul 2012, s. 218-219.

⁷¹ Kılıçoğlu, Aile Hukuku, s. 89.

⁷² Öztan, s. 342-343; Akıntürk-Karaman, s. 218-219.

⁷³ Kılıçoğlu, Aile Hukuku, s. 88.

⁷⁴ Dural-Öğüz-Gümüş, s.87.

⁷⁵ Hüseyin Hatemi-Burcu Kalkan Oğuztürk, Aile Hukuku, Vedat Kitapçılık, B.2, İstanbul 2013, s. 66.

örneklerine yer veren doktrin görüşlerindeyse, kadının bakire çıkmasının eşin niteliğinde hatayı oluşturduğu kabul edilmektedir.⁷⁶

Nitelikte esaslı hatayı sübjektif ve objektif yönden ele alan doktrin, kadının bekâretini, “normal düşünceli ve görüşlü, orta zekâlı insanlar” için evlenmenin zorunlu bir unsuru olarak kabul ettiğinde, toplumsal cinsiyet rollerini pekiştiren bir rol oynar. Bu yöndeki yaklaşımların, yasa metninin yorumunu toplumsal cinsiyet rollerine dayanarak yaptığının ve böylece toplumsal cinsiyet rollerini bir kere de hukuk zemininde ürettiğinin altı çizilmelidir.

Yargıtay içtihatlarındaysa toplumsal cinsiyet rollerinin yeniden üretildiği görülmektedir:

“ ... Davacı-davalı kocanın davası Türk Medeni Kanunu'nun 149/2. maddesine dayalı evliliğin iptali davasıdır. Davalı-davacı kadının zıfaf gecesi bakire (kız) çıkmadığı toplanan delillerden anlaşılmaktadır. Bu suretle kadında bulunması lazım gelen vasfın bulunmaması sebebiyle kocanın davasının kabulü gerekirken reddi isabetsizdir.”⁷⁷

Alıntı yapılan çoğunluk kararına muhalif kalan iki üye, ayrı ayrı yazdıkları muhalefet şerhlerinde, yargılamanın devamı sırasında alınan doktor raporuna göre, davalı kadının bakire olduğunun, kızlık zarının duhule müsait olduğunun anlaşılmasına karşın, davacı kocanın tanıklarının soyut ifadelerine dayanılarak evlenmenin iptali sebebinin var olduğunun kabulüne karşı çıkmışlardır. Yerel mahkeme kararına ulaşmak mümkün olmadığından, Yargıtay dairesindeki çoğunluk üyelerinin bakış açısını tam olarak anlayabilmek mümkün değildir. Ancak bir yorum olarak şu eklenebilir: Çoğunluk kararına göre esasen evliliğin iptaline sebep oluşturan, kadının evlenmeden önce başkasıyla birlikte olmuş olmasıdır, kızlık zarının duhule müsait olması sebebiyle ilişki gerçekleşmiş olsa da yapılan doktor muayenesiyle kadının bilimsel olarak bakire olduğu tespit edilmesinin bir önemi yoktur. Kadının evlenmeden önce cinsel ilişkiye girdiği yönündeki tanık beyanları yeterli görülmüştür.

⁷⁶ Zevkliler- Acabey- Gökyayla, s. 892, YİBK, 02.05.1951, 2-66 E.-53 K., HGK, 09.02.1966, 2-737 E.-34 K., HGK, 06.07.1968, 2-647 E.-548 K. sayılı kararlara atıfla yazarların bu yönde görüş bildirdiği görülmektedir.

⁷⁷ Y 2.HD, 22.02.2007, 2006/14649 E.-207/2504 K.

Yargıtay'ın ETMK dönemindeki kararlarında da benzer yaklaşımda olduğu görülmektedir:

“Davacı koca, davalı kadın ile evlenmiş ise de onun vasfı hakkında hataya düştüğünden ve bu vasfın bulunmaması birlikte yaşamayı çekilmez hale getirdiğinden bahisle evlenmenin feshini istemiştir. Davalı kadın, duruşmada, ileri sürülen olayların doğruluğunu kabul etmiş, vaktiyle evlenme dışı bir birleşme ile kızılığını zayı ettiğini, kendisinin kız çıkmaması hasebiyle kocasının yanında kaldığı müddetçe aralarında normal karı koca münasebetinin vuku bulmadığını açıkça beyan etmiş ve evlenmenin feshine rıza göstermiştir. Tarafların birlikte yaşamadıkları yolunda şahadet sevk etmiştir. Bu durumda kadında bulunması lazım gelen bekâret vasfının eksikliği sebebinin birlikte yaşamalarını çekilmez hale koyduğu anlaşılmaktadır. Medenî Kanun'un m. 116/ 2'nin uygulanmasında tarafların sosyal durumları, inançları, aile telakkileri göz önünde tutulmak icap eder. Buna göre, mahkemenin davacının davalı ile karı koca hayatı geçirmeye devam ettiğini kabul ederek davayı reddetmesi, Özel Daire bozma ilamı karşısında eski hükümde direnilmesi isabet-sizdir. Direnme kararının bozulması gerekmektedir.”⁷⁸

TMK'nın 149/2. maddesi, evliliğin iptalini isteyen eş yönünden, yanıldığı hususun kendisi için birlikte yaşamayı çekilmez bir duruma sokacak derecede önemli olduğunun ispatını da gerektirir. Ancak yargı içtihadı bu konuda peşin hükümlüdür: Bekâret kadında bulunması gereken bir vasıftır. Erkek eşin bu vasa ilişkin yanılmış olduğunu ortaya koyması, çoğu zaman usulüne uygun olarak kurulmuş bir evliliğin iptali sonucunu doğurur. Tıbben kadının bakire olup olmadığının tespiti mümkün değilse bile, evliliğin iptali mümkündür. Çünkü bekâret vasfıyla kastedilen, tıbbın himen zarına ilişkin düzenlediği rapordan ziyade, kadının evlilik öncesi ilişkiye girmesidir.

Kanun metninde, bekârete dair herhangi bir düzenleme bulunmazken, bekâretin yokluğunun evliliğin iptali gibi önemli bir hukuki sonuca bağlanabilmiş olması, hukuki yorumdaki ataerkil tutumu ortaya koymaktadır. Bu tutumun, **öncelikle** toplumsal olarak önem atfedilen himen zarına, hukuki bir anlam yüklediği görülmektedir. Böylece himen zarının toplum nezdindeki değerinin yanında hukuki bir değeri de olmuştur. İkinci olarak, kadın eşin evlilik öncesi cinsel ilişkiye

⁷⁸ YHGK, 06.07.1968, 1968/2-647 E.-1968/548 K.

girmiş olması hukuki bir yaptırıma bağlanmıştır. Bu durum, kadının ilk cinsel ilişkisini evlilikle birlikte yapması gerektiği yönündeki toplumsal cinsiyet rolünü pekiştirmiştir. Hukuk uygulayıcısı yarattığı bu içtihatla, erkek eşin bekâret arayışını haklı bulmuş, tarafgir olmuş ve toplumsal cinsiyet rollerine önemli bir katkı sunmuştur. Oysa hukuk uygulayıcısının himen zarına hukuki bir değer atfetmediği, kadının evlilik bağı olmaksızın cinsel ilişkiye girmiş olmasının yaptırımının olmadığı bir hukuk düzeninin, toplumsal cinsiyet rollerinin kadınlar üzerindeki olumsuz etkisini bertaraf etmeye katkı sunacağından kuşku yoktur.

c. Erkeğin Niteliğinde Yanılma Mümkün Müdür?

Kadınlarla erkeklerin eşit haklara sahip olduğu anayasal düzeyde ifade edilen Türk hukuk sisteminde, yargı içtihatlarının da kadın erkek eşitliği üzerine kurulu olması beklenir. Kanun'un lafzı kadar uygulaması da eşitlikçi olmalıdır. Kadın erkek eşitliğinden hareket edildiğinde, inceleme konusu yaptığımız eşin niteliğinde yanılma sebebiyle evliliğin iptali kapsamında, kadın ve erkeğin evlilik öncesi cinsel ilişkisinin aynı hukuki sonuca bağlandığı bir içtihadı beklemek de hakkaniyet gereğidir. Davacı kadının, erkek eşin niteliğinde esaslı şekilde yanıldığı iddiasıyla açtığı evliliğin iptali davalarında yargının tutumunu incelemek, kadın erkek eşitliğinin yargı içtihatlarında ne ölçüde karşılık bulduğunu tarafımıza gösterecektir. Bu aynı zamanda, toplumsal cinsiyet rollerinin içtihatlardaki karşılığını görmek için de doğru bir yöntemdir.

Davacı kadının, eşinin daha önce başka bir kadınla birlikte olduğu iddiasıyla evliliğin iptalini talep ettiği bir davayla karşılaşmak, yerleşik toplumsal cinsiyet rollerini düşündüğümüzde pek mümkün değilse de, aşağıdaki içtihadı konu olay Yargıtay'ın böyle bir iddia önüne gelmiş olsa, tutumunun ne şekilde olacağını ortaya koymak için yeterlidir:

"Davacı, davalı ile 04.01.2008 tarihinde nikâh yaptıklarını, henüz düğünleri yapıp bir araya gelmediklerini, 09.02.2008 günü düğün yapmayı kararlaştırdıklarını, davalının iki yıldır bir başka kadınla karı-koca gibi birlikte yaşadığını 25.01.2008 günü öğrendiğini, bunu bilmiş olsaydı davalı ile bu evliliği gerçekleştirmeyeceğini, davalının ahlaki yapısının evlilik birliğinin

devamı için önemli bir vasıf olup, bu durumun kendisi yönünden davalı ile birlikte yaşamayı çekilmez hale sokan bir davranış olduğunu ileri sürmektedir.

Türk Medeni Kanununun 149/2. maddesine göre, eşinde bulunmaması, onunla birlikte yaşamayı kendisi için çekilmez bir duruma sokacak derecede önemli bir niteliği hakkında hataya düşülerek evlenen karı kocadan her biri, evlenmenin iptalini dava edebilir. Davalının, evlenmeden önce iki yıldan beri bir başka kadınla fiilen beraber yaşıyor olması, yasanın 149/2. maddesinde öngörülen ve evliliğin butlanını gerektirecek nitelikte vasıfta hata oluşturmaz. İptal sebebinin gerçekleşmediği dikkate alınmadan evliliğin iptaline karar verilmiş olması usul ve yasaaya aykırıdır. ...”⁷⁹

Kadının evlenmeden önce cinsel ilişkiye girmiş olmasını erkek için, evliliğin iptali sebebi sayan Yargıtay içtihadı, evlendiği erkeğin evlenmeden önce başka bir kadınla iki yıldır birlikte yaşadığını öğrenen, yerel mahkeme kararından anladığımız haliyle henüz 19 yaşında olan kadın yönünden, aynı yaklaşımı ortaya koymamaktadır. Tespit olunan kadın ve erkeğe yönelik eşit olmayan bakış açısının temelinde toplumsal cinsiyet rollerinin olduğunu söylemek, yargının genel tutumu dikkate alındığında çok da şaşırtıcı bir tespit olmayacaktır.

Eşler arasındaki ortak hayatı çekilmez hale getiren yanılmanın neler olduğuna dair farklı yaklaşımlarla farklı örnekler verilmektedir. Hal ve tavırlarıyla üniversite mezunu olduğunu düşündüğü kişinin ilköğretim eğitimi dahi almadığını, inançları ve siyasal görüşleri nedeniyle kendisiyle uyumlu olduğunu sandığı kişinin tamamen zıt inanç ve görüşlere sahip olduğunu, çok varlıklı bir aileye mensup olduğunu zannettiği eşinin hiçbir gelir sahibi olmayan, akrabalarının yardımlarıyla ayakta durabilen bir kişi olduğunu öğrenen eş için nitelikte yanılma söz konusu olabilir.⁸⁰ Bu genel örneklerin yanında Yargıtay’ın içtihatları da taranarak, daha özel örneklerle yer verildiğindeyse; kadının kız/bakire çıkmaması, cinsel organlarında tedavisi olanaksız yapı bozuklukları sebebiyle cinsel ilişkiye elverişli olmaması, cinsel sapması bulunması, başkasından hamile olması karşılaşılan örnekler arasındadır.⁸¹ Uyuşturucu ve alkol bağımlılığının bulunması ve haysiyetsiz

⁷⁹ Y 2.HD, 29.03.2010, 2010/3102 E.-2010/5943 K.

⁸⁰ Kılıçoğlu, Aile Hukuku, s. 88.

⁸¹ Zevkliler-Acabey-Gökyayla, s. 892-893; Ali İhsan Özüğür, Evlilik Birliğini Sona Erdiren Nedenler, Boşanma, Ayrılık ve Evlenmenin İptali Davaları, Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usulleri, Adalet Yay., B.3, Ankara 2008, s. 12.

hayat sürme de eşin niteliğinde hatalar arasında sayılmaktadır.⁸² Eşin frengiye yakalanmış olduğunun anlaşılması, randevu evinde çalışması veya başka türlü fuhuş yapması, kadın ticaretiyle uğraşması, kaçakçılık, ırza geçme, hırsızlık gibi suçlardan mahkûm edilmiş bulunması da eşin niteliğinde yanılmanın söz konusu edildiği bir davanın konusu olabilir.⁸³ Kimi zaman eşin cinsel yönden iktidarsız olması, kimi zaman kocanın cinsi gücünün bulunmaması şeklinde ifade edilen erkek eşin cinsel yetersizliği bulunduğu anlaşılması halinde de nitelikte yanılmanın söz konusu olduğu ifade edilmektedir.⁸⁴

Anılan örnekler içinde, evli kadının eşinin niteliğinde yanılma olarak ifade edilen ve diğer örneklere göre daha sıklıkla yargı içtihatlarına konu olabilen örnek, Yargıtay'ın çoğu zaman kaleme aldığı şekliyle, "erkeğin cinsel ilişkiyi yerine getirebilecek kudretten yoksun olması" dır. Buna dayanılarak açılmış olan bir davanın ispatıysa oldukça zordur.

*"... Davacı dava dilekçesi ve duruşma safhasında davalı kocanın iktidarsız olduğunu ve bu sebeple cinsel birleşmede bulunamadığını iddia ederek evlenmenin feshini istemiştir. Davalı savunmasında başlangıçta davacı ile cinsel birleşmede bulduklarını, ancak bilahare davacıdan kaynaklanan sebeplerle münasebette bulunmadıklarını savunmuştur. ... Davacının cinsel birleşmenin gerçekleşmediğini iddia etmesine, davalının ise gerçekleştiğini savunmuş bulunmasına göre, davanın kabul edilebilmesi için eşler arasında cinsel birleşmenin gerçekleşmediğinin sabit olması gerekir ve bu konuda da ispat külfeti de davacıya düşer. ... Davacının delil olarak dayandığı doktor raporunda her ne kadar davacının bakire olduğu yazılı ise de aynı raporda kızlık zarının 'annüler, in-tarkt' olduğunun belirtilmesine ve davalının muayenesi ile ilgili raporlarda da iktidarsız olduğunun belirtilmemesine ve normal sağlıklı bir erkek olduğunun açıklanması karşısında davacı cinsel birleşmeyi davalının yapamadığı şeklindeki iddiasını ispat edememiştir. Vasıfta hatanın evlilik sözleşmesinin bozulması nedeni sayılabilmesi için sözleşmeden önce varlığı ve karşı taraftan gizlendiğinin gerçekleşmesi gerekir. Davalıda böyle vasıf hatasının bulunduğu kanıtlanamamıştır ..."*⁸⁵

⁸² Özüğür, s. 12.

⁸³ Zevkliler-Acabey-Gökyayla, s. 892-893.

⁸⁴ Zevkliler-Acabey-Gökyayla; s. 892-893; Özüğür, s. 12; Kılıçoğlu, Aile Hukuku, s. 88.

⁸⁵ Özel dairenin alıntı yapılan gerekçeyle bozduğu yerel mahkeme kararına karşı yerel mahkeme tarafından direnme kararı verilmiş olup, Hukuk Genel Kurulu

Görüldüğü üzere kadın, erkeğin cinsel ilişkiyi gerçekleştiremediği gerekçesiyle evliliğin iptalini talep ederek açtığı davada, yine bir bekâret muayenesine tabi tutulmaktadır. Uygulamada erkeğin niteliğinde bulunduğu iddiasıyla kadın tarafından açılan evlenmenin iptali davalarının, kadın lehine sonuçlanması, erkeğin açtığı davaların sonuçlarına kıyasla sıklıkla karşılaşılan bir olgu olmaktan uzaktır. Bu, yargı uygulamasında kadın ve erkek arasındaki eşitsizliği ortaya koymaktadır. Yargının toplumsal cinsiyet rollerini özümsemiş tutumunun, evliliğin iptali talebiyle kadının davacı olabileceği alanı ne denli sınırlarken, erkeğin davacı olabileceği alanı kadın aleyhine ne denli genişlettiği açıktır.

3. Evlilikte Cinsel İlişkinin Kurulamaması ve Toplumsal Cinsiyet Roller

Yargıtay'ın yerleşik uygulamasında sıklıkla ifade edildiği üzere; evlilik kurumunun sosyal amacının yanında, cinsel arzuları tatmin etme gayesi de vardır. Bu doğrultuda Yargıtay, evlilik içerisinde cinsel ilişkinin gerçekleşmemiş olmasını, TMK'nın 166/1. madde ve fıkrası uyarınca evlilik birliğinin sarsılması sebebiyle boşanma davasının konusu olduğunu kabul eder. Yargıtay'ın cinsel ilişkinin gerçekleşmemesini bir boşanma sebebi olarak kabul edebilmesi için, öncelikle evlilik birliğinin makul sayılabilecek bir süre devam etmiş olmasını aradığı görülmektedir. Buna göre cinsel ilişkinin beş gün içerisinde kurulamamış olması taraflar arasında cinsel uyumsuzluk olduğunu kabul etmek için yeterli değilken,⁸⁶ beş ay gibi uzun bir süre içerisinde cinsel ilişkinin kurulamamasını evlilik birliğini temelden sarsan bir durum olarak değerlendirilmektedir.⁸⁷

Evliliğin cinsel arzuları tatmin etme amacının var olduğunu kabul eden Yargıtay uygulamasında, birlikte yaşanan uzun bir süre içerisinde cinsel ilişkinin gerçekleşmemiş olmasının, evlilik birliğini sarsan bir durum olarak kabul edilmesinde esasen bir çelişki bulunmamaktadır. Yargıtay uygulamasına göre, eşlerde cinsel beraberliğe engel teş-

özel dairesinin bozma kararına uyulması gerekirken önceki kararda direnilmesini usul ve yasaya aykırı bulmuştur. YHGK, 29.06.1994, 1994/2-329 E.-1994/477 K.

⁸⁶ Y 2.HD, 08.03.2002, 2456 E.-3222 K.

⁸⁷ Y2. HD, 25.10.1995, 672 E.-844 K.

kil edecek fiziksel veya psikolojik bir rahatsızlığın bulunmadığı tespit edildiğinde, cinsel ilişki kurulamamasının sebepleri değerlendirilmelidir. Şayet kadının cinsel birliktelikten kaçındığı ispat edilirse, koca tarafından açılan dava kabul edilebilir.⁸⁸ Kadının *vaginismus* hastalığı varsa, boşanma için kadının tedaviden kaçındığının ispatı gerekir.⁸⁹ Evliliğin eşlere karşılıklı cinsel bir yükümlülük yüklediği, diğer bir ifadeyle cinsel ilişkinin evliliğin doğal ve beklenen gerekliliklerinden biri olduğu konusunda bir tartışma olmadığından, Yargıtay'ın anılan muhakemesinde de tartışılacak bir husus yoktur. Ancak Yargıtay'ın cinsel ilişkinin kurulmadığının ve cinsel ilişkinin kurulamamasında kusurlu olanın tespiti hususlarında izlediği yöntem, toplumsal cinsiyet rollerinin güçlenmesine hizmet etmektedir.

Yargıtay'a göre, cinsel ilişki kurulamadığının tespitinde tanık anlatımları yeterli değildir ve eşler arasında çekişme varsa rapor alınma-

⁸⁸ "... Toplanan delillerden tarafların 5 gün evli kaldıkları, davalı-davacı kadının cinsel ilişkiden kaçındığı, tedavi yerine hocaya gittiği, ailesinin evde büyü olduğu nedeniyle eşyaları su ve şeker serpip yakmaya çalıştığı ve eşinden tiksindiğini ve sevmediğini söylediği, davacı-davalı kocanın ve ailesinin de bu olaylar nedeniyle kadının bakire olmadığı yönünde beyanda buldukları anlaşılmaktadır. Gerçekleşen bu duruma göre evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına neden olan olaylarda davalı-davacı kadının diğer tarafa göre daha ağır kusurlu olduğu anlaşılmaktadır." Y 2.HD, 12.12.2011, 2010/22518 E.-2011/21599 K.

⁸⁹ "Dava, Türk Medeni Kanunu'nun 166/1. maddesinde ifadesini bulan evlilik birliğinin temelinden sarsılması hukuksal talebine dayanılarak açılmış, davacı maddi olay olarak eşinin "vaginismus" tabir edilen rahatsızlığı sebebiyle onunla cinsel ilişkiye giremediğini göstermiştir. Davalıda "vaginismus" rahatsızlığının mevcut olduğu taraflar arasında bu sebeple cinsel ilişkinin gerçekleşmediği, davalının halen bakire olduğu alınan raporla belirlenmiş ise de, bu rahatsızlığın tedavi edilebilir nitelikte olduğu sabittir. Davalının tedaviden kendi iradesiyle kaçınıp kaçınmadığına ilişkin bir delil getirilememiştir. Davacı, evlilik birliğini temelinden sarsacak derecede ve birliğin devamına imkân vermeyecek başkaca bir olgu ve delil göstermemiştir. O halde mahkemece davanın reddine karar verilmesi gerekirken yetersiz gerekçe ile boşanmaya karar verilmesi doğru bulunmamıştır." Y 2. HD, 23.07.2009, 2008/12583 E.-2009/14812 K.

"Mahkemece, boşanmaya neden olan olaylarda davalı (kadın)ın tamamen kusurlu olduğu kabul edilerek boşanmaya karar verilmiş ise de yapılan soruşturma ve toplanan delillerden, davalı (kadın)ın "vajinismus" hastalığının bulunduğu ve evlilik birliği içerisinde tarafların bu nedenle cinsel ilişkiyi gerçekleştiremedikleri anlaşılmaktadır. Tarafların 03.04.2012 tarihinde evlendikleri, davanın 11.07.2012 tarihinde açıldığı, tarafların yaklaşık 1 ay bir arada kaldıklarına göre bu süre cinsel ilişkiyi gerçekleştirmek için makul bir süre olmadığı gibi, davalı (kadın)ın tedaviden kaçındığına ilişkin bir delil de bulunmamaktadır. Gerçekleşen bu durum karşısında davanın reddine karar verilmesi gerekirken boşanmaya karar verilmesi doğru olmamıştır." Y 2.HD, 23.10.2014, 2014/9441 E.-2014/20641 K.

sı zorunludur.⁹⁰ Burada rapordan kastedilen öncelikle kadının bekâret raporudur. Örneğin, cinsel ilişkinin kurulamaması sebebine dayanarak kadın dava açtığında, cinsel ilişkinin kurulamadığı konusunda taraflar arasında çekişme varsa, kadın iddiasını kendisinin bakire olduğunu ispat eden bir raporla kanıtlamak durumundadır. Kadını iddiasını ispat etmek için “kızlık muayenesi”ne tabi tutan Yargıtay içtihadı, kadının evlenmeden önce cinsel ilişki yaşamış olması halini zımnen yok saymaktadır. Aynı zamanda evlilikten önce cinsel ilişki yaşamış bir kadını, evliliğinde cinsel ilişkinin gerçekleşmediğini ispat etmek konusunda olanaksız bırakmaktadır. Bu durum kadının özel hayatına müdahale oluşturmakla birlikte, kadınların ilk cinsel ilişkilerini evlilikle yaşayacakları savına dayanmakta ve bu yöndeki toplumsal cinsiyet rolünü pekiştirmektedir.

Cinsel ilişkinin kurulamaması sebebiyle açılan boşanma davalarının tümünde Yargıtay kusur konusunda bir saptamada bulunmamış olsa da, ilişki kurulamamasının sebebini tespit etmek, yine Yargıtay içtihatlarına göre yargılamanın sonuçları açısından gereklidir. Boşanmaya karar verilebilmesi için, cinsel ilişkinin gerçekleşmemesinde kusursuz olan eş tarafından dava açılmış olması gerekir.⁹¹ Aynı zamanda tazminat talep edebilme hakkı, kusursuz ya da az kusurlu olan eşe tanınmıştır.

Yargıtay’ın yerleşik uygulamasına göre; cinsel ilişkinin kurulamamasına sebep olacak fizyolojik ya da psikolojik bir rahatsızlık yoksa ve kadının cinsel ilişkiden kaçındığına dair bir delil ortaya konulamamışsa, erkek kusurludur.

⁹⁰ Gençcan, s. 393.

“... bilimsel ve uzmanlık gerektiren konularda tanık beyanlarına değer verilmez.” Y 2.HD, 21.12.2004, 13899 E.-15369 K.

“... Davacı halen bakire olduğunu iddia etmiştir. Kusur durumunun belirlenmesi açısından adı geçen uzman doktora sevki ile bakire olup olmadığı hususunda rapor alınması sonucu uyarınca maddi ve manevi tazminatlar hakkında karar verilmesi gerekirken ...” Y 2.HD, 15367 E.-3526 K..

⁹¹ Gençcan, s. 395.

“... Toplanan delillerden evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına neden olan olaylarda eşine “sen erkek değilsin” diyen kadının eylemine karşın, cinsel birleşmeyi gerçekleştiremeyen ve birlik görevlerini yerine getirmeyen kocanın daha ağır kusurlu olduğu anlaşılmaktadır. Kadının boşanma davasının da kabulü gerekirken, yazılı şekilde reddi doğru bulunmamıştır.” Y 2.HD, 17.11.2005, 13443 E.-15881 K.

“ ... Tarafların cinsel organlarının normal yapıda olmasına rağmen; psikolojik sebeple de olsa uzun evlilik süresi içinde cinsel ilişki kuramadıkları dosya içindeki raporlardan anlaşılmaktadır. Bu hal evlilik birliğini sarsar. Davalı - karşı davacı koca, davacı - karşı davalı kadının cinsel birleşmeye yanaşmadığını ya da cinsel birleşmeye engel fiziki bir rahatsızlığı bulunduğunu ispat edememiştir. Birlikte yaşanan uzun süre içinde cinsel ilişkinin başırlanamamış olması karşısında eşlerde birbirine karşı haklı bir nefretin, en azından isteksizliğin doğacağı şüphesizdir. Böyle bir durumu davacı - karşı davalı kadın açısından bir kusur olarak kabul etmek mümkün değildir. Bu koşullar altında cinsel birlikteliğin sağlanamamasında davalı- karşılık davacı kocanın tam kusurlu olduğunun kabulü ile, karşılık davanın reddi gerektiği halde ...”⁹²

Alıntı yapılan Yargıtay içtihadına konu olayda, karşı oy gerekçesinden anlaşılan haliyle, taraflar beş yıl süren evlilikte birbirlerinin cinsel ilişkiden kaçındıklarını ileri sürerek dava açmışlardır. Bu durumun evlilik birliğini temelinden sarstığı kabul eden yerel mahkeme her iki davayı da kabul ederek boşanmaya karar vermiştir. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin yaklaşımıysa yukarıda görüldüğü gibi farklıdır. Eşler arasında cinsel ilişkinin gerçekleşmesi konusunda, bir öncelik sonralık durumu yaratılmıştır. Bu, esasında toplumsal cinsiyet rollerinin yargı içtihadına yansımadır. Benzer mahiyetteki bir olayda, Yargıtay cinsel ilişkinin “başarılamamış” olmasını kadın açısından bir kusur olarak kabul etmenin mümkün olmadığını ifade etmiştir.⁹³ Yargıtay'a göre, cinsel ilişkiyi gerçekleştirme yükümlülüğü erkeğin üzerindedir. Bu yükümlülük, bu kararda olduğu gibi bazı Yargıtay kararlarında cinsel ilişkinin başırlanamaması ifadesiyle karşılık bulmakta, cinsel ilişkiyi adeta erkeğin başarması gereken bir zorluk, aşması gereken bir engel, halletmesi gereken bir mesele olarak nitelendirerek, erkeğe saldırgan bir rol biçilmektedir.⁹⁴

⁹² Y 2.HD, 20.12.2010, 2009/20100 E.-2010/21427 K.

⁹³ Y 2.HD, 16.04.2012, 2011/12396 E.-2012/10344 K.

⁹⁴ Kadın cinayetlerinde, kadının erkeğe yönelik cinsel ilişkiyi gerçekleştiremediği yönündeki ifadelerini (ya da erkeğin kadının bu yönde bir söylemde bulunarak kendisini tahrik ettiği iddialarını) öldüren erkek lehine bir haksız tahrik indirimi olarak kabul eden yargı içtihatları da, cinsel ilişkinin erkeğin görevi olduğu yönündeki toplumsal cinsiyet rolünü yeniden inşa etmektedir. Yargı kararlarında, sanığın yaşadığı sosyal, ekonomik ve kültürel çevre referans alınarak, sanık için “erkeklik statüsünün” çok önemli olduğu, bunun yokluğuna veya kullanılmadığına ilişkin söylemlerin sanıkta hiddet ve elem oluşturduğunun açık olduğu ifade

Yargıtay'ın bu yaklaşımını birden fazla kararda farklı ifadelerle görmek mümkündür:

*"...Yapılan soruşturma ve toplanan delillerden, davalının (erkek) herhangi bir fizyolojik veya ürolojik engeli bulunmadığı halde, cinsel ilişkiyi gerçekleştirmediği davacının (kadın) halen bakire olduğu anlaşılmaktadır. Davalı, davacının cinsel ilişkiden kaçındığına dair bir delil getirmediğine göre, evlilik birliğinin temelinden sarsılmasında tamamen kusurludur. ..."*⁹⁵

*"Tarafların yedi ay birlikte yaşadıkları halde aralarında cinsel birleşmenin gerçekleşmediği, davacının halen bakire olduğu hususları dosya kapsamıyla sabittir. Taraflar hakkında düzenlenen hastane sağlık kurulu raporlarında, cinsel ilişki kurmaya engel oluşturacak fiziki, anatomik ve psikolojik bir durumun saptanamadığı bildirilmiştir. Davalının ... tarihli oturumdaki açıklamaları, tanık ifadeleri ve diğer kanıtlar birlikte değerlendirildiğinde, fiziki ve psikolojik bir sorunu bulunmadığı halde, cinsel birleşmeyi gerçekleştiremeyen davalının (erkek) boşanmaya neden olan olaylarda tamamen kusurlu olduğu anlaşılmaktadır. ..."*⁹⁶

Yargıtay'ın daha eski tarihli kararını incelediğimizde de, içtihadın aynı olduğu, kullanılan dilin ise, toplumsal cinsiyet rollerini fazlasıyla özümsemiş olduğu görülmektedir:

"Normal bir yaşta yapılan evliliğe rağmen kadının bekâretini muhafaza etmiş olması (kocasından kızlığının bozulmamış bulunması) cinsel ilişkinin yokluğunun tartışmasız kesin bir kanıtını oluşturur. Böyle bir durumda kadında cinsel ilişkiye yanaşmamış ya da cinsel ilişkiyi başaramamış olan kocasına karşı haklı bir nefretin, en azından isteksizliğin doğacağı kaçınılmaz olacaktır. ... kocası ile bir evde aynı yatakta yaşayan kadının evliliğinden asıl olarak beklenmesi doğal olan davranışı (erkeğe düşen görevin yerine getirilmesini) görememek Medenî Kanununun 134/1. maddesine açık aykırılık

edilmektedir. Bu yöndeki değerlendirmeleri için bkz. Eylem Ümit Atılğan, Türkiye'deki İç Hukuk Kültürü Üzerine Sosyo-Hukuki Bir Araştırma, Haksız Tahrik Kararlarında Eril Tahakküm Kodları, Turhan Kitabevi, Ankara 2015, s. 200-214.

⁹⁵ Y2.HD, 20.07.2009, 2008/12229 E.-2009/14533 K.

⁹⁶ YHGK, 15.12.2010, 2010/2-674 E.-2010/650 K. Yerel mahkemenin, asıl davanın reddine, karşı dava yönünden ise boşanmanın kabulüne, maddi ve manevi tazminat davasının ise reddine dair kararını Yargıtay 2. Hukuk Dairesi alıntı yapılan kararıyla bozmuş, yerel mahkeme kararında direnmiştir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu ise, yerel mahkeme direnme kararını, Özel Daire bozma kararına uyulması gerektiği yönündeki değerlendirmesiyle bozmuştur.

oluşturur. Olayımızda kocanın eşinin kızlığını bozamamış olması, ...⁹⁷

“ Adli tıp meclisinin dosyada bulunan ... tarihli raporunda, ... erkeklik görevini yapabileceği belirtilmiştir. Şu halde davalı evlendikten sonra iktidarsızlığa uğramış değil, aksine evlendiği zaman ve ondan sonrada erkeklik görevini yapabilecek iktidardadır. ... Bu durumda geçimsizlik sebebi bellidir ve davacı ile davalının bir arada yaşamamalarını, davalının erkeklik görevini sekiz ay süren uzun bir zaman içinde yerine getirmemesinde aramak gerekir. ... ”⁹⁸

Cinsel ilişkinin gerçekleşmemesi halinde kusurun erkekte olduğunun kabulü, kadına tazminat ve yoksulluk nafakası talep edebilme haklarını sağlamaktadır. Yargıtay’ın erkeğin kusurlu olduğu yönündeki ön kabulünün, bu haliyle kadını koruyan bir içtihat olduğu düşünülebilir. Oysa daha geniş bir açıdan değerlendirildiğinde; sağlanan bu korumanın, kadınların “ikinci cins” konumunu güçlendirdiği, toplumsal cinsiyet rollerini pekiştirdiği ve temelinde de hukuki bir çelişkiyi barındırdığı görülecektir. Eşlerin fiziksel veya psikolojik bir rahatsızlığı yoksa cinsel ilişkinin gerçekleşmemesinden erkeği sorumlu tutan ve erkeği, kadının cinsel ilişkiye yaklaşmadığını ispatla yükümlü tutan yaklaşım ataerkil görüşün bir yansımasıdır. Cins ayrımına dayanır ve erkeği cinsel ilişkiyi başarmakla yükümlü kılarak toplumsal cinsiyet rollerini yeniden inşa eder. Toplumsal cinsiyet rolleri içerisinde erkeğe biçilen aktif cinsellik rolü; erkeği saldırgan, kadını cinsel suçların mağduru konumuna taşımaktadır. Kadına bu şekilde sağlanan koruma, kadının korunmaya muhtaç bir varlık olduğu savını kuvvetlendirmektedir.

Diğer taraftan, erkeğe cinsel ilişki kurma yükümlülüğünü yükleyen yargı içtihadından, zımnen erkeğin eşini ilişkiye zorlamasını beklediği sonucu da çıkarılabilir. Hukuki çelişki burada ortaya çıkmaktadır. Eşler arasında cinsel ilişki kurulamaması sebebiyle açılan bir boşanma davasında, her iki taraf da ilişki kurulamamasının sebebinin karşı taraf olduğunu iddia ettiğinde, erkeğin kendi kusursuzluğunu ortaya koymasının hukuken bir karşılığı yoktur. Erkekten cinsel iliş-

⁹⁷ Y 2.HD, 25.01.1990, 1990/9839 E.-1990/405 K.

⁹⁸ YHGK, 16.11.1966, 1966/2-75 E.-1966/288 K.

kiden kaçınanın kadın olduğunu, yani kadının kusurlu olduğunu ispat etmesi beklenmektedir. Erkek bunu ispat edemediğinde, yerleşik Yargıtay uygulamasına göre doğrudan kusurludur. Bu uygulamada, kadının iddiasını ispat etmesine gerek yoktur, kadın sadece kendi kusursuzluğunu ortaya koymakla yetinebilir. Bu ön kabul, evlilik içerisinde erkeğin zorla da olsa cinsel ilişkiyi gerçekleştirmesi gerektiği yorumuna müsait tehlikeli bir zemin hazırlamaktadır. Kadının ilişkiden kaçındığını erkeğin ispat etmesi, her zaman kolay olmadığından, bunu erkekten beklemek de hakkaniyetli değildir. Yargı içtihadı, kusurun karşı tarafta olduğunu ispatla yükümlü tuttuğu erkek eşi, cinsel ilişki için kadın eşini zorlamasına zımnen cevaz vermekte, eşini zorlamayan erkeği kusurlu addederek boşanmanın sonuçları bakımından tazminat ve nafaka borcuyla yükümlü tutmaktadır. Oysaki TCK'nın 102/2-son maddesinde açıklığa kavuşan haliyle evlilik için tecavüz suçtur. Aynı fiilin medeni hukuk ve ceza hukuku bakımından birbirinin zıddı sonuçları olması, hukuki bir çelişkidir.

Cinsel ilişki evliliğin en mahrem konusudur. En yakındakilerle bile paylaşılmaz, gizlidir. Bu alanın açıkça paylaşılması bile, evlilik birliğinin sarsılması sebebiyle boşanma davasında boşanma konusu davranışlardan olarak kabul edilir.⁹⁹ Böylesi bir alanda, ilişkiden kimin

⁹⁹ Eşlerin cinsel yaşamlarını anlatmaları evlilik birliğinin sarsılması sebebiyle boşanma davasında boşanma konusu davranışlardan sayıldığı yönündeki bkz. Gençcan, s. 314.

"... evlilik birliğine ilişkin görevlerini yerine getirmeyen davalı-davacı ile, aile sırlarını ve cinsel sorunlarını başkalarına ifşa eden davacı-davalının eşit kusurlu olduklarının anlaşılmasına göre davalı-davacının ... temyiz itirazları yersizdir." Y 2. HD, 04.06.2008, 7283 E.-7989K.

"Yapılan soruşturma ve toplanan delillere göre; davacı kadının güven sarsıcı davranışlarına karşılık, davalı erkeğin eşine fiziksel şiddet uygulayıp, ilgisiz davrandığı ve yatak odası sırlarını başkalarına anlattığı anlaşılmaktadır. Bu haliyle boşanmaya sebep olan olaylarda erkek ağır kusurludur." Y 2. HD, 18.04.2016, 2015/15738 E.-2016/7823 K.

"Mahkemece taraflar eşit kusurlu kabul edilerek boşanma kararı verilmiş ise de toplanan delillerden, mahkemece taraflara yüklenen kusurlu davranışların yanında davacı-davalı kadının eşine hakaret ettiği, çevreye yatak odası sırlarını anlattığı anlaşılmaktadır. Evlilik birliğinin sarsılmasına sebep olan olaylarda, davacı-davalı kadının daha fazla kusurlu olduğunun kabulü gerekir." Y 2. HD, 11.04.2016, 2016/6627 E. - 2016/7176 K.

"... davacı-davalı (koca)'nın eşine müteaddit defalar fiziki şiddet uyguladığı, ailesinin evlilik birliğine müdahalesine kayıtsız kaldığı; buna karşılık davalı-davacı (kadın)'nın da birlik görevlerini yerine getirmediği ve eşi ile yatak sırlarına ilişkin mahrem konuları yakınları ile paylaştığı anlaşılmaktadır. Gerçekleşen bu olaylar

kaçındığını tespit etmekte hâkimin işi kolay değildir. Bu tür davalar, hâkimin dünya görüşünü en çok yansıtan davalar olduğu için, adaletin sağlanması, hakkaniyetli içtihatlarla sağlanabilir. Aynı zamanda duruşmada tarafları bizzat gören ve onları dinleyen hâkim, ilişkiden kaçınanı kendi algısıyla belirlese de, bunun karara yansıtılabilmesi tespitinden daha zor olabilir. Bu bir mahremiyet sorunu değil, hâkimin kanaatinin kâğıt üzerinde ifadesinin her zaman kolay olmamasından kaynaklanmaktadır. Yerel mahkemenin saptamakta ve kâğıda aktarmakta zorlandığı bu kanaatin, tarafları görmeden dosya üzerinden inceleme yapan Yargıtay'a ulaşmasıysa daha da zordur. Bu koşullar altında, cinsel ilişkinin gerçekleşmemesinde erkeği sorumlu tutan Yargıtay içtihadı, toplumsal cinsiyet rollerini yeniden inşa etmekle birlikte, tarafları iddialarını ispat konusunda da eşit koşullara tabi tutmaktadır. Eşleri evlilikte cinsel ilişkiden birbirlerinin kaçındığını ileri sürerek dava açmaları halinde, aksi bir durum tespit edilemediğinde, eşlerin eşit kusurlu kabul edilmesi gerekir. Bu, cinsel ilişkinin evliliğin doğal ve beklenen sonucu olduğu gerçeği karşısında en hakkaniyetli çözümdür.

SONUÇ

Kadınların ve erkeklerin biyolojik olmaktan ziyade kültürel olan pek çok özelliği, kadınlar ve erkeklerden beklenen davranış kalıpları olan toplumsal cinsiyet rollerini oluşturmuştur. Toplumsal ve kültürel koşullarda şekillenmiş olan roller, kadınları ve erkekleri yetiştikleri çevre içerisinde biçimlendirmekte, aynı zamanda bu rolleri birer davranış yükümlülüğü olarak kadınların ve erkeklerin omuzlarına yüklemektedir. Bu roller, egemen erkek değerlerine göre şekillenmiş olduğu

dikkate alındığında, evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına neden olan olaylarda iki tarafında kusurlu olduğu, ancak davacı- davalı (koca)'nın daha fazla kusurlu olduğu ve Türk Medeni Kanununun 166/2. maddesi koşullarının oluştuğu anlaşılmaktadır." Y 2. HD, 20.03.2013, 2012/21633 E.-2013/7675 K.

"Toplanan delillerden davacı-davalı kocanın birlik görevlerini yerine getirmediği, eşine fiziksel şiddet uyguladığı, evi terk edip gittiği, davalı-davacı kadının da kocasına hakaret ettiği, onu aşağıladığı, yatak odası sırlarını anlattığı boşanmaya neden olan olaylarda tarafların eşit kusurlu olduğu anlaşılmaktadır." Y 2. HD, 08.12.2011, 2010/21671E. - 2011/21385 K.

"... davalı-davacı (koca)'nın "... bir daha eve gelme " diyerek eşini anasının evine bıraktığı, davacı-davalı (kadın)'ın da, yatak sırlarını başkasına anlattığı anlaşılmaktadır." Y 2. HD, 10.05.2011, 2010/5030 E. - 2011/8125 K.

için, kadın ve erkeğin eşitsiz koşullarını da gözler önüne sermektedir. Maddi anlamda kadın erkek eşitliğinin hayata geçirilmesinin önemli aşamalardan biri, geleneksel cinsiyet rollerinin yerini eşitlikçi cinsiyet rollerine bırakmasıdır. Bu, CEDAW ve İstanbul Sözleşmesi gibi kadın haklarına ilişkin uluslararası insan hakları belgelerine taraf olmuş Türkiye'nin de bir yükümlülüğüdür.

Hukuk, tarihsel olarak egemen erkek değerlerinin kabul edilip, meşrulaştırıldığı bir ortam sağlamıştır. Toplumsal cinsiyetin oluşmasına ve devam ettirilmesine önemli katkı sunan bir araçtır. Türk hukukunda 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 2002 yılında yürürlüğe girmesiyle, aile hukukundaki toplumsal cinsiyet rollerine yer veren yasa maddeleri yürürlükten kalkmıştır. Kanun metnine göre, evlilik içerisinde kadınla erkeğin hak ve sorumlulukları eşittir. Kanun'un lafzında, toplumsal cinsiyet eşitliği ve eşitlikçi roller ön plandadır. Ancak Kanun'un yürürlükte olduğu on beş yıllık sürede, evlilik içerisinde eşitlikçi değişimin gerçekleşmediği gündelik gözlemlerimizle bile ulaşabileceğimiz bir sonuçtur. Bunun toplumsal, kültürel ve özellikle ekonomik sebepleri olmakla birlikte, eşitlikçi rollerin yaşama geçmemesinin önemli sebeplerinden biri, TMK hükümlerinin içtihatlarda hayata geçmemiş olmasıdır.

Toplumsal cinsiyet rollerinin evlilik içerisinde kendisini en çok gösterdiği, ekonomik ve cinsel roller üzerinden boşanma davalarındaki içtihatları inceleme konusu yaptığımız bu çalışmada, içtihatların geleneksel toplumsal cinsiyet rollerini tümüyle benimsemiş bir tutum içerisinde olduğu görülmektedir. 4721 sayılı TMK'yla, ETMK'daki pek çok toplumsal cinsiyet rolü terk edilmiş olmasına karşın bu değişim içtihatlarla yansımamıştır. İchtihatlar ETMK dönemiyle paraleldir. Kanun metinleri, yargısal içtihatlarla hayata geçer. Bu haliyle, toplumsal cinsiyet rollerine ilişkin 4721 sayılı TMK'yla yapılan eşitlikçi değişiklik, hukuk âleminde hayata geçmemiştir. Aile hukuku içtihatları toplumsal cinsiyet rollerini pekiştirmeye ve kimi alanlarda toplumdaki değişimi bile fark etmeksizin, yeniden üretmeye devam etmektedir.

Kaynakça

Akal Cemal Bali, İktidarın Üç Yüzü, Dost Kitabevi, Ankara 2005.

Akıntürk Turgut-Karaman Derya Ateş, Türk Medeni Hukuku, Aile Hukuku, İkinci

- Cilt, Beta Yay., B.14, İstanbul 2012.
- Altınay Ayşe Gül-Arat Yeşim, Türkiye’de Kadına Yönelik Şiddet, Metis Yay., B. 1, İstanbul 2007.
- Atılgan Eylem Ümit, Türkiye’deki İç Hukuk Kültürü Üzerine Sosyo-Hukuki Bir Araştırma, Haksız Tahrik Kararlarında Eril Tahakküm Kodları, Turhan Kitabevi, Ankara 2015.
- Bağdatlıvural Narin, Sosyal Politika ve Toplumsal Cinsiyet, Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları içinde (Hazırlayan: Feryal Saygılıgil), Dipnot Yay., Ankara 2016, s.103-120.
- Berktaş Fatmagül, Tek Tanrılı Dinler Karşısında Kadın, Metis Yay., B. 4, İstanbul 2012.
- Bora Aksu-Üstün İlknur, ‘Sıcak Aile Ortamı’, Demokratikleşme Sürecinde Kadın ve Erkekler, Tesev Yay., İstanbul 2005.
- De Beauvoir Simone, Kadın İkinci Cins II Evlilik Çağı, Payel Yay., İstanbul, 1993.
- Direk Zeynep, “Şiddet Kavramı Üzerine”, *Güncel Hukuk*, Mart 2013, s. 22-23.
- Dural Mustafa -Öğüz Tufan-Gümüş Mustafa Alper, Türk Özel Hukuku Aile Hukuku Cilt III, Filiz Kitabevi, B. 12, İstanbul 2016.
- Dökmen Zehra, Toplumsal Cinsiyet, Sosyal Psikolojik Açıklamalar, Remzi Kitabevi, B. 6, İstanbul 2015.
- Ecevit Yıldız, Toplumsal Cinsiyet Sosyolojisine Başlangıç, Toplumsal Cinsiyet Sosyolojisi içinde, (Edt. Yıldız Ecevit-Nadide Karkıner), Anadolu Üniversitesi Yay., Eskişehir 2011, s. 2-25.
- Elçik Gülçin, Beden, İki Nokta Üst Üste, Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları içinde (Hazırlayan: Feryal Saygılıgil), Dipnot Yay., Ankara 2016, s.187-212.
- Ertürk Yakın, Sınır Tanımayan Şiddet, Paradigma, Politika ve Pratikteki Yönleriyle Kadına Şiddet Olgusu, Metis Yay., İstanbul 2015.
- Gençcan Ömer Uğur, Boşanma Tazminat ve Nafaka Hukuku, Yetkin Yay., Ankara 2010.
- Gittins Diana, Aile Sorguluyor, Pencere Yay., B. 2, İstanbul 2011.
- Gürpınar Damla, “Eşlerin Evlilik Birliğinin Giderlerine Katılma Borcu”, Yaşar Üniversitesi, Prof. Dr. Aydın Zevkilere Armağan, 12/2013, C.II., S.8, s.1293-1340.
- Harari Yuval Noah, Hayvanlardan Tanrılara Sapiens İnsan Türünün Kısa Bir Tarihi, Kolektif Kitap, B. 24, İstanbul 2015.
- Hatemi Hüseyin, Aile Hukuk I (Evlilik Hukuku), Vedat Kitapçılık, İstanbul 2005.
- Hatemi Hüseyin-Oğuztürk Burcu Kalkan, Aile Hukuku, Vedat Kitapçılık, B.2, İstanbul 2013.
- Kılıçoğlu Ahmet M., Medeni Kanun’umuzun Aile - Miras ve Eşya Hukuku’nda Getirdiği Yenilikler, B.3, Ankara 2014
- Kılıçoğlu Ahmet M., Aile Hukuku, Turhan Kitabevi, B.2, Ankara 2016.
- Kılınç Berna, Aklın Cinsiyeti Var mı?, Cinsiyetli Olmak, Sosyal Bilimlere Feminist Bakışlar içinde, (Derleyen: Zeynep Direk), YKY Yayınları, B. 5, İstanbul 2015, s. 35-50.
- Oder Bertil Emrah, Anayasa’da Kadın Sorunsalı: Norm, İçtihat ve Hukuk Politikası,

- Türkiye'de Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları: Eşitsizlikler, Mücadeleler, Kazanımlar içinde (Derl. Hülya Durudoğan-Fatoş Gökşen-Bertil Emrah Oder-Deniz Yüksekler), Koç Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2010, s. 207-239.
- Özcan Bilge, Aile Hukuku, B. 4, Ankara 2004.
- Sancar Serpil, Erkeklik, Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları içinde, (Edt. Yıldız Ecevit-Nadide Karkıner), Anadolu Üniversitesi Yay., Eskişehir 2011.
- Sancar Serpil, Erkeklik: İmkansız İktidar Ailede, Piyasada ve Sokakta Erkekler, Metis Yay., B.3, İstanbul 2013.
- Savran Gülnur Acar, İkinci Basıma Önsöz, Kadının Görünmeyen Emeği içinde, (Hazırlayanlar: Gülnur Acar Savran-Nesrin Tura Demiryontan) Yordam Kitap, B.2, İstanbul 2012.
- UN General Assembly, Report of the Secretary-General, In-depth Study on All Forms of Violence Against Women, A/61/122/Add.1, 06.07.2006.
- Urhan Betül, Kadın Emeği ve Toplumsal Cinsiyet, Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları içinde (Hazırlayan: Feryal Saygılıgil), Dipnot Yay., Ankara 2016, s.121-152.
- Uygur Gülriz- Çağlar İrem, Şiddet, Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları içinde, (Edt. Yıldız Ecevit-Nadide Karkıner), Anadolu Üniversitesi Yay., Eskişehir 2011.
- Woolf Virginia, Kendine Ait Bir Oda, (Çev. Handan Saraç), Remzi Kitabevi, 2014.
- World Health Organization (WHO), Violence Against Women and HIV/AIDS: Critical Intersections Intimate partner violence and HIV/AIDS, WHO Information Bulletin Series, Number 1, s.5. <http://www.who.int/hac/techguidance/pht/InfoBulletinIntimatePartnerViolenceFinal.pdf>
- Yücel Yelda, Ekonomik Kalkınma ve Toplumsal Cinsiyet, Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları içinde (Hazırlayan: Feryal Saygılıgil), Dipnot Yay., 2016.
- Zevkililer Aydın-Acabey M. Beşir-Gökyayla K. Emre, Medeni Hukuk, Savaş Yay., B. 5, Ankara, 1997.

TÜRKİYE'DE REKABET MAHKEMELERİNİN KURULMASI ÇOK MU UZAK BİR İHTİMAL? IS THE ESTABLISHMENT OF COMPETITION TRIBUNALS IN TURKEY A REMOTE POSSIBILITY?

Ahmet Fatih ÖZKAN*

Özet: Avrupa Birliği'ne üyelik kapsamında 1994 yılında ülkemizde rekabet mevzuatı yürürlüğe konulmuş ve bu mevzuatı uygulamakla görevli Rekabet Kurumu kurulmuştur. Buna karşın, bazı ülkelerin aksine, rekabet hukukundan doğan davaları karara bağlamak üzere uzmanlık mahkemesi niteliği taşıyan bir "rekabet mahkemesi" oluşturulmamıştır. Genel görevli mahkemelerden ayrı bir rekabet mahkemesi hiçbir zaman kanun koyucunun gündeminde olmamış, literatürde de rekabet mahkemesi konusu yeterince ele alınmamıştır. Bu makalede rekabet hukukundan doğan iptal ve tazminat davalarının görüldüğü mevcut mahkeme teşkilatı özetlenmekte, rekabet mahkemelerinin kurulmasının Türk yargı örgütüne ve Anayasaya uygun olup olmadığı tartışılmakta, rekabet mahkemelerinin kurulmasına yönelik bir ihtiyacın bulunup bulunmadığı sorusuna yanıt aranmakta ve rekabet mahkemelerinin nasıl olabileceğine ilişkin çeşitli senaryolar üzerinde durulmaktadır. Makalede rekabet hukuku alanında uzman hâkimlerden oluşan, karmaşık iktisadi konularda mahkemeye yardımcı olabilecek ekonomist, ekonometrist, istatistikçi vb. uzmanların da görev yapabileceği, yalnızca rekabet hukukundan doğan davaları inceleyecek, adli yargı bünyesinde ve asliye hukuk mahkemesi derecesinde ilk derece rekabet mahkemelerinin kurulması savunulmaktadır.

Anahtar kelimeler: Rekabet mahkemesi, iptal davası, tazminat davası, yargı örgütü, Rekabet Kurulu

Abstract: In the accession process of Turkey to the European Union, competition legislation was enacted in 1994 and the Turkish Competition Authority was established to implement this legislation. In contrast to many countries, a competition tribunal was not founded to solve legal disputes arising out of Turkish competition law. The idea of creating a separate competition tribunal has never been on the agenda of the Turkish lawmaker, nor has it been properly discussed in the literature either. This article illustrates the

* Dr., Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Görevlisi, PhD (University of Sussex/İngiltere), LL. M. (Hukuk ve Ekonomi, Bilkent Üniversitesi). Bu makale yazarın İstanbul Bilgi Üniversitesi Rekabet Hukuku ve Politikası Uygulama ve Araştırma Merkezi tarafından düzenlenen Uygulamalı Rekabet Hukuku Seminerleri programı bağlamında 20 Nisan 2017 tarihinde İstanbul Bilgi Üniversitesi'nde sunduğu aynı adlı tebliğden derlenmiştir. Yazar değerli yorumlarıyla bu makaleye katkıda bulunan Doç. Dr. Kerem Cem Sanlı, Yrd. Doç. Dr. Kadir Baş ve Gökşin Kekevi'ye teşekkür eder.

current courts that are authorised to hear actions for annulment and actions for damages in Turkish competition law, discusses the compatibility of competition tribunals to the Turkish judicial system and to the Constitution, seeks answer to the question as to whether the creation of competition tribunals is necessary and finally analyses different scenarios on how competition tribunals could be in practice. The article advocates the creation of competition courts, which would have judges with expertise in competition law, as well as experts like economists, econometrists and statisticians who could provide assistance in solving complex economic matters, would hear only actions arising out of competition law and would have the same degree as that of civil courts of first instance.

Keywords: Competition tribunal (court), action for annulment, action for damages, judicial system, the Turkish Competition Authority

Giriş

Türkiye’de rekabet hukuku 1990’lı yılların ortasında doğmuştur. Her ne kadar ülkemizde 1970 ve 1980’li yıllarda birtakım kanunlaştırma çabaları görülmüşse de,¹ ayrı ve bağımsız bir rekabet mevzuatının oluşturulması ancak Aralık 1994 tarihinde yasalaşarak yürürlüğe giren 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun (4054 sayılı Kanun)² ile mümkün olmuştur. Aradan geçen 23 yılı aşkın sürede, Rekabet Kurulu (RK) kararlarının iptali için başvurulmuş idari yargı ile rekabet ihlalinin doğan tazminat davalarının görüldüğü adli yargı çatısı altındaki genel görevli mahkemelerden ayrı olarak, uzmanlık mahkemesi niteliğinde bir “rekabet mahkemesi” oluşturulmamıştır. Rekabet mahkemelerinin kurulması hiçbir zaman kanun koyucunun gündeminde olmamış, konu literatürde de yeterince ele alınmamıştır.³

¹ Türkiye’de 1971 tarihli “Tüketicinin Korunması İçin Ticaret Konusu Mal ve Hizmetlerle İlgili Faaliyetlerin Düzenlenmesi Hakkında Kanun Tasarısı”, 1975 tarihli “Ticaretin Düzenlenmesi ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Tasarısı”, 1980 tarihli “Ticarette Dürüstlüğün Korunması Hakkında Kanun Tasarısı”, 1981 tarihli “Ticari Faaliyetlerin Düzenlenmesi ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Tasarısı”, 1983 ve 1984 tarihli “Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Tasarıları” ve son olarak 1984 tarihli “Rekabeti Sınırlayan Anlaşmalar ve Uygulamalar Hakkında Kanun Tasarısı” adları altında çeşitli kanun tasarıları hazırlanmış, ancak hiçbiri yürürlük kazanamamıştır. Türkiye’de rekabete ilişkin bir yasal mevzuat oluşturulmasına yönelik çalışmalar hakkında daha fazla bilgi bkz. Emel Badur, Türk Rekabet Hukukunda Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşmalar, Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi No: 6, Ankara, 2001, s. 29-38 ve Rekabet Kurumu, 5. Yıllık Rapor, Ankara, 2003, s. 6-8.

² RG 13.12.1994, s. 22140.

³ Aşağıda görüleceği üzere bazı yazarlar rekabet hukukunda uzmanlaşma sağlan-

Uzmanlık (ihtisas) mahkemeleri; alanında derin bilgi ve tecrübe sahibi hâkimlerden oluşan, bünyelerinde mahkemeye yardımcı olabilecek uzmanların da görev yapabileceği, yalnızca belli başlı dava türlerini inceleyen ve bu nedenle daha hızlı kararlar verebilen, en nihayetinde adaletin daha etkili olarak dağıtılabilmesi için mahkemelerdir.⁴ Türkiye’de hâlihazırda “*asliye ticaret mahkemeleri*”, “*fikri ve sınaî haklar mahkemeleri*”, “*tüketici mahkemeleri*”, “*aile mahkemeleri*”, “*iş mahkemeleri*”, “*icra mahkemeleri*”, “*kadastro mahkemeleri*”, “*çocuk mahkemeleri*”, “*trafik mahkemeleri*” gibi uzmanlık mahkemeleri görev yapmaktadır. Uzmanlık mahkemeleri bir ülkenin ihtiyaçları uyarınca, özellikle de önem atfettiği konulara ilişkin olarak kurulmaktadır. Örneğin Türkiye’de olmayan bir uzmanlık mahkemesi türü olarak İsveç’te çevre mahkemeleri, Avusturya’da ise göç ve iltica mahkemeleri bulunmaktadır.⁵

masını savunmuş ve bunu gerçekleştirmek üzere rekabet uzmanlık mahkemelerinin veya yüksek mahkemelerde rekabet hukukundan doğan davalara bakan özel dairelerin oluşturulması teklif etmişlerdir. Ancak bu gibi öneriler çoğu zaman üstünlük kalmış ve etraflıca tartışılmamıştır. Örneğin bu mahkemelerin adli yargı bünyesinde mi idari yargı bünyesinde mi kurulacağı, yargılama usulünün nasıl olacağı, hâkimlerinin hangi nitelikleri taşıyacağı, kararlarına karşı hangi mahkemelere başvurulacağı vb. pek çok detaya ilişkin neredeyse hiçbir açıklamada bulunulmamıştır.

⁴ Medeni usul hukuku literatüründe uzmanlık mahkemeleri ibaresine alternatif olarak “özel mahkeme” ve “özel görevli mahkeme” ibareleri de kullanılmaktadır. Örneğin Kuru’ya göre belli kişiler arasında çıkan uyuşmazlıklara veya belli çeşit uyuşmazlıklara bakmak için özel kanunlarla kurulmuş olan mahkemelere “özel mahkemeler” denir. Yazara göre özel mahkemelerin baktığı işler genel değil, özeldir; belli kişiler veya konular bakımından sınırlandırılmıştır. Özel mahkemeler, yalnız özel kanunlarında gösterilmiş olan işlere ve davalara bakmakta olup özel mahkemelerin kuruluşu, işleyişi ve yargılama usulleri, genel mahkemelere oranla bazı özellikler gösterir. Baki Kuru, Medeni Usul Hukuku, Legal Yayınevi, İstanbul, 2016, s. 14. “Özel mahkeme” kavramı ve örnekleri için ayrıca bkz. Süha Tanrıver, Medeni Usul Hukuku: Cilt 1 Temel Kavramlar ve İlk Derece Yargılaması, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016, s. 152 vd. Arslan/Yılmaz/Taşpınar ise “özel görevli mahkeme” ibaresini tercih etmekte, ancak “uzmanlık mahkemesi” ve “ihtisas mahkemesi” ibarelerini de kullanmaktadırlar. Yazarlara göre çağımızın hızlı teknolojik gelişmeleri, üretim, ticaret ve hukuki ilişkilerin gittikçe karmaşıklaşması sonucunu doğurduğundan, sorunlara, kişilere veya konulara göre uzman mahkeme anlayışı önem kazanmıştır. Bu mahkemeleri özel kılın husus, baktıkları davaların sınırlı olması ve konu veya tarafların konumu ya da sıfatlarına göre seçilmiş belli türde davalara bakmalarıdır. Ramazan Arslan, Ejder Yılmaz ve Sema Taşpınar Ayrıvaz, Medeni Usul Hukuku, 2. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016, s. 103-104.

⁵ Chris Backes ve Mariolina Eliontonio, “Administrative Law”, J. Hage ve B. Akkermans (der), Introduction to Law, Springer, 2014 içinde s. 203.

Her ne kadar uzmanlık mahkemeleri Türk yargı örgütüne yabancı bir mahkeme türü olmasa da, aşağıda inceleneceği üzere, Anglo-Sakson hukuk sistemine dâhil kimi ülkelerin aksine Türkiye’de henüz rekabet davalarını gören bir uzmanlık mahkemesi bulunmamaktadır. Ancak uzmanlık mahkemesi olarak rekabet mahkemelerinin kurulması, gerek nispeten genç bir hukuk dalı olan rekabet hukukunun gelişimine, gerekse bu hukuk dalına ilişkin yargı makamları nezdinde uzmanlaşmanın sağlanmasına katkıda bulunacaktır. Bu makalede rekabet hukuku alanında uzman hâkimlerden oluşan, karmaşık iktisadi konularda mahkemeye yardımcı olabilecek ekonomist, ekonometrist, istatistikçi vb. uzmanların da görev yapabileceği, yalnızca rekabet hukukundan doğan davaları inceleyecek, adli yargı bünyesinde ve asliye hukuk mahkemesi derecesinde ilk derece rekabet mahkemelerinin kurulması savunulmaktadır.

Beş bölümden oluşan bu makalenin ilk bölümünde, mevcut durumda Türkiye’de rekabet hukukundan doğan davaların görüldüğü idari yargı ve adli yargı çatısı altındaki mahkeme teşkilatı ortaya konulmaktadır. İkinci bölümde uzmanlık mahkemesi niteliğinde rekabet mahkemelerinin kurulmasının Türk yargı örgütüne ve yürürlükteki Anayasaya uygun olup olmadığı çeşitli örnekler ışığında tartışılmaktadır. Üçüncü bölümde rekabet mahkemelerinin kurulmasına yönelik bir ihtiyacın bulunup bulunmadığı sorusuna yanıt aranmaktadır. Dördüncü bölümde rekabet mahkemelerinin bulunduğu diğer ülke uygulamalarına değinilmektedir. Beşinci ve son bölümde ise kurulması savunulan rekabet mahkemelerinin nasıl olabileceğine ilişkin farklı senaryolar üzerinden önerilerde bulunulmaktadır.

I. Mevcut Durumda Rekabet Hukukundan Doğan Davalar Hangi Mahkeme(ler)de Görülmektedir?

Rekabet Kurumu, mal ve hizmet piyasalarında teşebbüsler arası adil ve etkin rekabetin korunmasına yönelik olarak faaliyet gösteren bir kamu kuruluşu veya Türk idare hukuku literatüründeki terminolojiye uygun olarak bir bağımsız idari otoritedir. Hukuk devleti ilkesi gereği bireylerin davranışları gibi devletin eylem ve işlemlerinin de yargı denetimine tabi olması sonucu,⁶ Rekabet Kurumu’nun karar or-

⁶ 1982 Anayasası’nın 2. maddesi uyarınca Türkiye Cumhuriyeti, bir “hukuk

ganı olan RK'nın kararları da şüphesiz yargı organlarının denetimi altındadır. Rekabet hukukundan doğan tek dava türü, RK'nın kararlarına karşı yapılan itirazlar değildir. Buna ek olarak, rekabet ihlalinin zarar gören kişilerin açacağı tazminat davaları da yine rekabet hukukundan doğmaktadır. Aşağıda ayrıntılı olarak görüleceği üzere, bu iki tür dava için ülkemizde farklı yargı kollarına başvurulmaktadır.

A. İdari Yargıda Görülen Rekabet Davaları

İdari yargı, ilke olarak idarenin, idare hukukunca düzenlenen işlem ve eylemlerinden doğan uyuşmazlıklara bakan, adli yargının dışında, kendine özgü kuralları ve yargılama yöntemleri olan bir yargı düzenidir.⁷ Başka bir deyişle idari yargı, kamu kuruluşlarının idare ve vergi hukuku alanındaki işlem ve eylemlerinden doğan uyuşmazlıkların çözümlendiği yargı koludur. Eğer idare, eylem ve işlemlerinde kamu gücü ayrıcalıklarıyla, yani özel kişiler arasındaki ilişkilerde görülmeyen birtakım imtiyazlarla donatılmış veya birtakım yükümlülüklerle tabi kılınmış ise, bu eylem ve işlemler özel hukuka değil, idare hukukuna tabi olup, onlardan kaynaklanan uyuşmazlıklar da idari yargıda çözümlenir.⁸ RK'nın kamu gücü kullanarak tesis ettiği idari işlem niteliğindeki kararlarına karşı ilgililer tarafından yapılan itirazlara ilişkin iptal davaları da idari yargıda görülmektedir.

4054 sayılı Kanun'un ilk halinde RK kararlarına karşı yargı makamlarına başvuru konusunda "[k]urulun nihai kararlarına, tedbir kararlarına ve idarî para cezalarına ilişkin kararlarına karşı iptal davaları ilk derece mahkemesi olarak Danıştay'da görülür" hükmü yer almaktaydı (m. 55). Ancak Temmuz 2012 tarihinde 6352 sayılı Yargı Hizmetlerinin Etkinleştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması ve Basın Yoluyla İşlenen Suçlara İlişkin Dava ve Cezaların Ertelenmesi Hakkında Kanun ile aynı hüküm "[i]dari yaptırım kararlarına karşı yetkili idare mahkemesinde dava açılabilir" biçiminde değiştirilmiştir. Bu değişiklik-

devleti" dir. Hukuk devleti, en kısa tanımıyla faaliyetlerinde hukuk kurallarına bağlı olan devlettir. Hukuk devletinde tüm devlet organlarının eylem ve işlemlerinin hukuka uygun olması gerekmektedir. Anayasa'nın 125. maddesinde "[i]darenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır" denilerek hukuk devletinin bu gereği kabul edilmiştir. Kemal Gözler, Anayasa Hukukuna Giriş, 25. Bası, Ekin Kitabevi, Bursa, 2016, s. 208-210.

⁷ Turgut Tan, İdare Hukuku, 5. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016, s. 613.

⁸ Kemal Gözler, İdare Hukuku Dersleri, 7. Baskı, Ekin Kitabevi, Bursa, 2008, s.796.

le birlikte RK kararlarına karşı itiraz, doğrudan Danıştay’a değil, ilk derece idare mahkemelerine, yani Rekabet Kurumu’nun merkezinin bulunduğu Ankara İdare Mahkemelerine yapılı hale gelmiştir.

20 Temmuz 2016 tarihinden itibaren Ankara İdare Mahkemelerinin verdiği kararlara karşı kararın usule ve esasa aykırı olduğu gerekçesiyle hukuki yararı bulunan kişi tarafından, RK kararına konu olan miktar veya değer (yani RK’nın verdiği idari para cezası tutarının) 2017 yılı için 5.000 TL’yi aşması koşuluyla, Ankara Bölge İdare Mahkemesi’nde (7. Daire) istinaf; yine 2017 yılı için 120.000 TL’yi aşması koşuluyla da Danıştay’da (13. Daire) temyiz kanun yoluna başvurulabilmektedir (2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu m. 45(1) ve m. 46(1)-(b)). Kanun yoluna başvuru yalnızca idari para cezası kararlarıyla sınırlı olmayıp, bu bağlamda RK’nın herhangi bir idari para cezası vermediği kararlar⁹ açısından da yukarıda belirtilen parasal sınırlara tabi olmaksızın her iki kanun yoluna başvurulabilir.

B. Adli Yargıda Görülen Rekabet Davaları

Rekabet hukukundan doğan davalar sadece idari yargıda görülmemektedir; adli yargı bünyesinde de rekabet hukukuna ilişkin davalar incelenip karara bağlanmaktadır. “*Rekabetin Sınırlanmasının Özel*

⁹ RK’nın bir ihlal tespiti yapmadığı ve soruşturma açmadan dosyayı kapattığı kararlarının hüküm kısmında farklı ibarelerin kullanıldığı gözlemlenmektedir. Örneğin RK; 23.03.2016 tarih ve 16-11/172-77 sayılı Fındık Üreticileri kararında “soruşturma açılmamasına”; 22.10.2014 tarih ve 14-42/761-337 sayılı AYEDAŞ kararında “şikâyetin reddi ile soruşturma açılmamasına”; 03.01.2008 tarih ve 08-01/6-5 sayılı Amadeus kararında “soruşturma açılmasına gerek bulunmadığına”; 17.03.2011 tarih ve 11-16/287-92 sayılı Algıda kararında “soruşturma açılmasına gerek olmadığına, şikâyetin reddine”; 04.02.2009 tarih ve 09-04/93-33 sayılı Gittigidiyor.com kararında “4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun çerçevesinde herhangi bir işlem yapılmasına gerek bulunmadığına” ve 16.12.2015 tarih ve 15-44/740-267 sayılı Batı-Güneydoğu Avrupa Demiryolu kararında “dosya konusu iddiaların 4054 sayılı Kanun kapsamında değerlendirilemeyeceğine” karar vermiştir. Her ne kadar tercih edilen ibareler farklı olsa da sonuç değişmemektedir: RK soruşturma açmadan, ön araştırma kararıyla ilgili dosyayı kapatmış olmaktadır. Ancak RK’nın soruşturma açtığı bazı kararlarında da ihlal bulunmadığı sonucuna ulaşıldığı görülmektedir. Örneğin 06.12.2012 tarih ve 12-62/1633-598 sayılı Kale Kilit kararı ile 18.02.2016 tarih ve 16-05/118-53 sayılı Nuh Çimento kararlarında RK, soruşturma sonucunda ilgili teşebbüslere “idari para cezası uygulanmasına gerek olmadığına” karar vermiştir. Özetle RK’nın bu türden kararlarına karşı, herhangi bir parasal sınıra tabi olmaksızın, istinaf ve temyiz kanun yollarına başvurulabilir.

Hukuk Alanındaki Sonuçları” başlıklı 5. bölümünde 4054 sayılı Kanun, rekabet ihlallerinden zarar gören kişilere uğradıkları zararı zarar verenlerden tazmin edebilmelerine yönelik olarak tazminat davası açma hakkı tanımıştır (m. 57-58).¹⁰ Kanunda RK kararlarının iptaline ilişkin davalar için açıkça idari yargı mahkemelerine işaret edilmiş olsa da (m.55), tazminat davalarına ilişkin görevli mahkeme(ler) konusunda sessiz kalınmıştır. Konuya ilişkin olarak yalnızca 4054 sayılı Kanun’un 58. maddesinin madde gerekçesinde tazminat davalarının “özel hukuk hükümleri çerçevesinde” görüleceği ifade edilmiştir.

Her ne kadar 4054 sayılı Kanun’da tazminat davalarının açılacağı mahkeme belirtilmemiş olsa da, Türk yargı örgütü dâhilinde bu davalar, iptal davalarının görüldüğü idari yargıda değil, adli yargı bünyesinde görülmektedir. İdari yargıda olduğu gibi, adli yargı ilk derece mahkemelerinin kararlarına karşı da kanun yoluna başvuru mümkündür. 20 Temmuz 2016 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere adli yargı mahkemelerinin kararlarına karşı tazminat davasına konu olan miktar veya değer (tazminat tutarının) 2017 yılı için **3.110 TL**’yi aşması durumunda yetkili Bölge Adliye Mahkemesinde istinaf; yine 2017 yılı için **41.530 TL**’yi aşması koşuluyla da Yargıtay’da temyiz yoluna başvurulabilecektir (6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) m. 341(2) ve m. 362(1)(a)).

İdari yargıda RK kararlarına karşı açılan iptal davaları yalnızca belli bir mahkemede, idare mahkemelerinde, görülmekteyken, adli yargı mahkemeleri açısından aynı durum söz konusu değildir. Başka bir deyişle, rekabet ihlalden doğan tazminat davaları, her hâlükârda adli yargı çatısı altında olmakla birlikte, davanın taraflarına göre farklı mahkemelerde veya yargı işlevini haiz heyetlerde görülmektedir. 4054 sayılı Kanun’da kimlerin tazminat davası açabileceği açıkça düzen-

¹⁰ 4054 sayılı Kanun’un 57. maddesi uyarınca “[h]er kim bu Kanuna aykırı olan eylem, karar, sözleşme veya anlaşma ile rekabeti engeller, bozar ya da kısıtlarsa yahut belirli bir mal veya hizmet piyasasındaki hâkim durumunu kötüye kullanırsa, bundan zarar görenlerin her türlü zararını tazmine mecburdur...” Yine aynı kanunun 58. maddesinde de “...Rekabetin sınırlanmasından etkilenen rakip teşebbüsler, bütün zararların tazminini rekabeti sınırlayan teşebbüs ya da teşebbüslerden talep edebilir” hükmü yer almaktadır. Her ikisinin de rekabet hukukundan doğmasına karşın iptal davaları, RK’nın kararlarının hukuki geçerliliğini etkileyecek nitelikte hüküm ve sonuç doğurmaktayken, tazminat davaları yalnızca rekabet ihlalden zarar gören kişilerin bu zararlarını zarar verenlerden tazmin etmelerine yöneliktir.

lenmediğinden, uygulamada görevli mahkemeyi belirleyebilmek için her bir somut davacı türü için ayrı bir değerlendirme yapılmaktadır.¹¹ Mevcut durumda tazminat davaları; (1) asliye hukuk mahkemeleri, (2) asliye ticaret mahkemeleri, (3) tüketici hakem heyetleri ve (4) tüketici mahkemelerince karara bağlanmaktadır.

1. Asliye Hukuk Mahkemelerinde Görülen Rekabet Davaları

4054 sayılı Kanun kapsamında tazminat davalarının asliye hukuk mahkemelerinde açılabilmesi için davanın (i) aşağıda inceleneceği üzere, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK) veya ilgili diğer mevzuat bağlamında bir ticari dava olmaması ve (ii) taraflarından birinin 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun (TKHK) bağlamında tüketici¹² sayılmaması gerekmektedir. 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu (HUMK) uyarınca dava konusu değer veya miktara göre sulh hukuk mahkemeleri veya asliye hukuk mahkemelerinin görevli olması esasına HMK’da yer verilmemesi nedeniyle,¹³ asliye hukuk mahkemeleri açısından tazminat davalarında herhangi bir parasal sınır bulunmamaktadır. Bu nedenle, rekabet ihlalinin doğan tazminat davaları sulh hukuk mahkemelerinde görülmemektedir.

Asliye hukuk mahkemelerinde açılacak tazminat davalarında da-

¹¹ Literatürde bu durum kanundaki “bir aksaklık” olarak nitelendirilmiştir. Kerem Cem Sanlı, “Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları: Genel Bakış ve Sorunlar”, K.C.Sanlı (der.), Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları, XII Levha Yayıncılık, 2013 içerisinde s. 18.

¹² TKHK’nın 3. maddesinin 1. bendinin (k) bendinde tüketici, “[t]icari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişi” olarak tanımlanmıştır. Bu tanımdan hareketle tüketici kavramının unsurları arasında (i) tüketicinin işlem yaparken amacının ticari ve mesleki olmaması, (ii) tüketicinin bir mal veya hizmet edinmesi, kullanması ya da yararlanması gibi bir harekette bulunması ve (iii) tüketicinin gerçek veya tüzel kişi olması bulunmaktadır. İ. Yılmaz Aslan, Tüketici Hukuku Dersleri, 6. Bası, Ekin Kitabevi, Bursa, 2016, s. 2. Bu düzenleme sonucu bireylere ek olarak dernekler, vakıflar vb. tüzel kişilerin de tüketici olabilmesi mümkündür.

¹³ Mülga 1086 sayılı HUMK’un 8. maddesinde “...mamelek hukukundan doğan değer veya miktarı beşmilyar lirayı geçmeyen davaları” görme görevi sulh hukuk mahkemelerine verilmişti. Maddede geçen parasal sınır her yıl yeniden değerlendirilme oranına göre ayarlanmakta ve belirlenen parasal sınıra göre dava ya sulh hukuk mahkemesinde ya da asliye hukuk mahkemesinde açılmaktaydı. 6100 sayılı HMK bu ayrıma son vermiş ve davanın konusuna ya da değerine bakılmaksızın, ilgili maddede sayılan birkaç ayrık durum dışında, malvarlığından doğan tüm davaları asliye hukuk mahkemelerinin görev alanına bırakmıştır.

vacı (zarar gören taraf) bir esnaf (örneğin esnaf işletmesi için plastik boru satın alan bir musluk tamircisi), bir çiftçi (örneğin serasında kullanılmak üzere gübre satın alan bir domates üreticisi), serbest meslek erbabı bir kişi (örneğin diş kliniğine panoramik diş röntgen cihazı satın alan bir dişçi), bir dernek veya vakıf (örneğin üyeleri ya da yöneticileri için hafta sonu bir otelde konaklama hizmeti satın alan bir dernek veya vakıf), hatta bir kamu kuruluşu (örneğin kampüsündeki asansörlerin bakımını yaptıran bir devlet üniversitesi) olabilir. Tacir veya tüketici sıfatıyla hareket edildiği takdirde ise asliye ticaret mahkemelerinin veya tüketici hakem heyetleri ya da tüketici mahkemelerinin görev alanına girilmiş olacaktır.

2. Asliye Ticaret Mahkemelerinde Görülen Rekabet Davaları

4054 sayılı Kanun kapsamında tazminat davalarının asliye ticaret mahkemelerinde açılabilmesi TTK'daki esaslara göre belirlenecektir. Aksine bir düzenleme bulunmadıkça, ticari davalar için görevli mahkeme olarak asliye ticaret mahkemelerini öngören TTK (m.5(1)), "mutlak ticari dava" ve "nispi ticari dava" şeklinde ikili bir ayırım yapmaktadır. TTK m. 4 uyarınca her iki tarafın da tacir olduğu ve her iki tarafın da ticari işletmesiyle ilgili olan uyumsuzlıklardan doğan davalara "*nispi ticari dava*" adı verilmektedir. Burada davanın tarafının tacir olup olmaması, davanın ticari dava olmasını etkilemekte, bu yüzden bu davaların "*nispi*", yani göreceli bir niteliği bulunmaktadır. Yine aynı madde uyarınca TTK'nın kendi sistematığı içerisinde yer alan hususlardan (örneğin haksız rekabet, sigorta sözleşmesi, çatma vs.) doğan davalar ise "*mutlak ticari dava*" olacaktır. Davanın taraflarına veya ticari işletmeyle ilgili olup olmadığına bakılmaması sonucu "*mutlak*" bir ticari davadan söz edilmektedir.¹⁴

¹⁴ Bunun dışında TTK'nın kendisine yaptığı atfı sonucu, bazı kanunlarda yer alan uyumsuzlıklardan doğan davalar da, yine taraflarına veya bir ticari işletmeye ilgili olup olmadığına bakılmaksızın, "*mutlak ticari dava*" sayılacaktır, örneğin marka veya patent sahibinin haklarının ihlali durumunda açılan tazminat davası. Bunun dışında, başka kanunlarda da "*mutlak ticari dava*" olarak düzenlenen davalar bulunmaktadır, örneğin 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun 154. maddesi kapsamında açılacak iflas davaları. Gerek nispi, gerekse mutlak ticari davalar için görevli mahkeme, kanunda aksi düzenlenmedikçe, asliye ticaret mahkemeleridir. Rıza Ayhan, Mehmet Özdamar ve Hayrettin Çağlar, Ticari İşletme Hukuku, 9. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016, s. 68-80.

Rekabet ihlalden doğan tazminat davalarının asliye ticaret mahkemesinde açılabilmesi için (i) davanın TTK bağlamında mutlak veya nispi bir ticari dava olması, (ii) bu ticari davayı asliye ticaret mahkemelerinin görev alanı dışına çıkaran bir yasal düzenlemenin bulunması ve (iii) taraflardan birinin TKHK bağlamında tüketici sayılması gerekmektedir. Mülga HUMK uyarınca dava konusu değer veya miktar esas alınarak sulh hukuk mahkemeleri veya asliye ticaret mahkemelerinin görev alanının belirlenmesi esasına HMK’da yer verilmesi sonucu, asliye hukuk mahkemelerinde olduğu gibi asliye ticaret mahkemelerinde açılan tazminat davaları açısından da herhangi bir parasal sınır bulunmamaktadır. Görev açısından bir fark bulunmasa da, iş bölümü açısından tazminat davasının asliye ticaret mahkemesinin hangi dairesinde görüleceği değişebilecektir.¹⁵

Asliye ticaret mahkemelerinde açılacak tazminat davalarında davacı, bir gerçek kişi tacir (örneğin ticari işletmesi için bankadan ticari kredi alan bir iş adamı) veya bir tüzel kişi tacir (örneğin sahip olduğu fabrikalar için özel güvenlik hizmeti satın alan bir anonim şirket) olabilir.¹⁶ Ancak TTK’da benimsenen mutlak ticari dava esası gereği, tacir olmayan kişilerin açacağı tazminat davalarının da belli durumlarda yine ticaret mahkemelerinde görülmesi mümkündür. Bir örnek vermek gerekirse, TTK’da bankalar ve finansal kuruluşlara (finansal kiralama (*leasing*), faktoring şirketleri vb.) ilişkin mevzuatta öngörülen hususlardan doğan hukuk davaları mutlak ticari dava sayılmaktadır

¹⁵ TTK m. 5(2) uyarınca iş durumunun gerekli kılması halinde, asliye ticaret mahkemelerinin bir veya birkaç dairesi deniz ticaretinden ve deniz sigortalarından doğan uyuşmazlıkları karara bağlayacaktır. Örneğin tazminat davasının konusu zarar deniz taşımacılığından doğmuşsa, dava asliye ticaret mahkemesinin ilgili dairesinde görülecektir. Her hâlükârda deniz ticaretinden ve deniz sigortalarından doğan uyuşmazlıklara bakmak üzere görevlendirilen mahkemeler ile asliye ticaret mahkemeleri arasındaki ilişki görev ilişkisi olmayıp, iş bölümü ilişkisidir. Rıza Ayhan, “Son Değişikliklerle Ticari Dava ve Ticaret Mahkemelerinin Görev Sahası Hakkında Getirilen Yenilikler”, *Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2015, 1(1), s. 34.

¹⁶ TTK’da tüzel kişi tacir, gerçek kişi tacirde olduğu gibi tek tip olarak düzenlenmemiş, aksine farklı gruplar tüzel kişi tacir olarak kabul edilmiştir (m. 16). Bunlar: (i) “ticaret şirketleri” (örneğin kollektif şirket, anonim şirket veya limited şirket), (ii) “dernekler” veya “vakıflar” (amaçlarına ulaşmak için bir “iktisadi işletme” işletmek ve kamu yararına faaliyet göstermemek kaydıyla) ya da (iii) kamuya ait işletmeler (kuruluş kanunları gereği özel hukuk hükümlerine göre yönetilmek veya ticari şekilde işletilmek kaydıyla). Bilgi için bkz. Fatih Bilgili ve Ertan Demirkapı, *Ticari İşletme Hukuku*, 6. Bası, Dora Yayınları, Bursa, 2016, s. 83-86.

(m. 4(1)-(f)). Bu doğrultuda örneğin bir finansal kiralama şirketinden tarlası için traktör temin eden bir çiftçi, tazminat davasını asliye hukuk mahkemelerinde değil, asliye ticaret mahkemelerinde açmak durumunda kalacaktır.

3. Tüketici Hakem Heyetleri ile Tüketici Mahkemelerinde Görülen Rekabet Davaları

4054 sayılı Kanun kapsamında tazminat davaları, tüketici hakem heyetleri veya tüketici mahkemeleri tarafından da karara bağlanabilir. TKHK, tüketici şikâyetlerinin etkin ve hızlı bir biçimde çözülmesini sağlamak üzere genel mahkemelerden ayrı, alternatif bir uyuşmazlık çözüm yöntemi benimsemiştir (m. 66 vd.). Uyuşmazlığın konusu mal veya hizmetin bedeli 2017 yılı için **3.610 TL**'den düşük ise tüketici hakem heyetlerine; yüksek ise tüketici mahkemelerine başvurulur (söz konusu parasal sınır, yeniden değerlendirme oranı ışığında her yıl değişmektedir). Bu doğrultuda 4054 sayılı Kanun kapsamında tazminat istemlerinin tüketici hakem heyetlerince karara bağlanabilmesi için (i) davacının TKHK bağlamında tüketici sayılması ve (ii) tazminat miktarının **3.610 TL**'den düşük olması gerekmektedir.

Tazminat davalarının tüketici mahkemelerinde açılabilmesi için ise (i) davacının TKHK bağlamında tüketici sayılması ve (ii) tazminat miktarının **3.610 TL**'den yüksek olması gerekmektedir. Buna ek olarak **tüketici** mahkemeleri, tüketici hakem heyetlerinin tüm kararlarına (bu bağlamda tazminat isteminin kabulü veya reddi kararlarına) karşı yapılan itirazları da inceleyip, kesin olarak karara bağlamaktadır (TKHK m. 70(3)-(5)).¹⁷ Tüketici hakem heyetlerine başvuranlar veya tüketici mahkemelerinde açılan tazminat davalarında davacılar, yalnızca TKHK bağlamında tüketiciler olabilir (örneğin kişisel ihtiyaçlarını giderebilmek için bankadan tüketici kredisi alan bir tüketici).

¹⁷ Bu noktada istinaf ve temyiz yoluna başvuru, tüketici hakem heyetleri ve tüketici mahkemeleri açısından farklı kurallara bağlanmıştır. Tüketici hakem heyetlerinin karara bağladığı tazminat istemleri için istinaf veya temyiz yoluna başvuru imkânı bulunmamakta olup, yalnızca yetkili tüketici mahkemesine itiraz edilebilir. Tüketici mahkemelerinin tazminat davaları kapsamında verdiği tüm kararlara karşı ise, şartları varsa ilgili Bölge Adliye Mahkemesi'nde istinaf ve Yargıtay'da temyiz yoluna başvurulabilir.

C. Adli Yargı-İdari Yargı İki Başlılığı

Yukarıda görüldüğü üzere mevcut sistem, RK kararlarının iptaline ilişkin davalar ile rekabet ihlalden doğan zararların tazminine yönelik davalar için iki ayrı yargı kolu öngörmektedir. Üstelik aynı yargı kolu içinde de davanın taraflarına göre farklı mahkemeler görevli olmaktadır. Böylece mevcut sistemde rekabet hukukundan doğan davalara ilişkin olarak "iki başlılık" bulunmaktadır. Bu iki başlılığı doğuran en temel neden, uzmanlık mahkemesi eksikliğidir. Rekabet mahkemeleri olmadığından RK kararlarının bizzat kendisine karşı idare mahkemelerine başvurulurken, o kararlarda ele alınan rekabet ihlallerinden zarar gören kişilerin açacağı tazminat davaları için ise adli yargı mahkemelerine başvurulmaktadır.

Aslında bu iki başlılığın nedeni bizzat rekabet hukukunun kendi yapısı olmayıp, Türk hukukunda bir yargı birliğinin bulunmamasıdır.¹⁸ İdari yargıda bir taraf mutlaka idare, yani bir kamu kuruluşudur. Bu nedenle idari yargıda aynı anda hem davacının, hem de davalının özel hukuk kişisi olmasına imkân yoktur. İdari yargıda bir özel hukuk gerçek ya da tüzel kişisine karşı, idarenin kendisinin dava açması hali dışında, dava açılmaz. İdari yargının bu özelliği sonucu rekabet hukukundan doğan tazminat davaları, ayrı bir uzmanlık mahkemesi kurulmadığı sürece, adli yargıda görülmek durumundadır. RK kararlarına karşı açılan davalarda da, RK'nın bir kamu kuruluşu olması ve kamu gücü kullanarak idari işlem tesis etmesi sonucu, idari yargı görevli olacaktır.

Normalde birbirinden ayrı düşünülemez ve birbiriyle yakından ilgili olan iptal davaları ile tazminat davaları için adli yargı-idari yargı şeklindeki iki başlılığa ve aynı yargı kolu içerisinde de olsa davanın taraflarına göre farklı mahkemelerin görevli olmasına ek olarak, bir de yargı organlarının birtakım içtihatları sonucu ülkemizde tazminat davalarının akıbeti iptal davalarına bağlı hale gelmiştir. Yargıtay'ın yerleşik içtihadına göre tazminat davalarının açılabilmesi RK'nın vereceği bir ihlal kararına bağlanmıştır.¹⁹ Buradan iki sonuç çıkmaktadır:

¹⁸ Yargı birliğinin olduğu ülkelerde yargı bir bütün olarak örgütlenmiştir. Genel olarak Anglo-Sakson (Anglo-Amerikan) hukuk sistemine dâhil ülkelerinde uygulanan yargı birliği sisteminde yargı, hem bireyler arasında çıkan uyuşmazlıklara, hem de bireylerle idare arasında çıkan uyuşmazlıklara bakar. Tan, s. 617. Ayrıca bkz. Şeref Gözübüyük, Yönetmelik Yargı, 35. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016, s. 3.

¹⁹ Bkz. Yargıtay 19. HD, 01.11.1999 tarih ve E.1999/3350, K.1999/6364 sayılı karar

birincisi RK tarafından bir ihlal kararı verilmediği sürece, adli yargıda doğrudan tazminat davası açma yolu fiilen kapatılmıştır. Yargıtay'ın bu içtihadı mahkemeleri, kamu kuruluşlarının vereceği kararlarla bağlı hale getirmesi nedeniyle yargı bağımsızlığı ve hukuk devleti ilkelerine dahi aykırılık oluşturabilecek niteliktedir.

İkinci sonuç ise kendisine başvurulmasının ardından RK'nın somut olayda herhangi bir rekabet ihlaline hükmetmediği takdirde, adli yargı mahkemelerinin dava konusu eylemin bir rekabet ihlali olup olmadığına kendilerinin karar veremeyecek olmalarıdır. RK kararlarına itiraz durumunda idari yargı mahkemeleri son sözü söyleyecek, bunun ardından adli yargı mahkemeleri tazminat davalarını görmeye başlayabilecektir. Durum böyle olunca rekabet ihlaline (ve dolayısıyla ileride açılacak tazminat davasının kaderine) idari yargı mahkemele-rince karar verilecek, bunu takiben adli yargı mahkemeleri yalnızca zararı, illiyet bağı, tazminatın miktarını vs. araştıracaktır. Hâlbuki iptal ve tazminat davalarının aynı yargı kolu dâhilinde ve uzmanlık mahkemesi niteliği taşıyan rekabet mahkemelerinde görülmesi durumunda bu iki başlılık ortadan kalkmış olacaktır.

("...tazminata karar verilebilmesi için öncelikle 4054 sayılı Yasa'nın yetkili kıldığı 'Rekabet Kurulu' tarafından hâkim durumu kötüye kullanılmış olduğunun saptanması gerekir. Mahkemece bu yön gözetilerek, davacı tarafın anılan yasa kapsamında Rekabet Kurumuna başvuruda bulunup bulunmadığının araştırılması, böyle bir müracaat yoksa yapılacak başvurunun, ön mesele olarak sonucunun beklenmesi gerekirken bu husus düşünülmeden yazılı şekilde karar verilmesinde isabet görülmemiştir."); Yargıtay 19. HD, 29.11.2002 tarih ve E.2002/2827, K.2002/7580 sayılı karar ("...Rekabet Kurulunun 21.12.1999 tarih 1999-58/624-398 sayılı kararı ile de davalının 4054 Sayılı Yasaya aykırı bir eyleminin bulunmadığı saptandığından... [ve] 4054 Sayılı Yasaya aykırılık dolayısı ile açılan idari davanın sonucunun da beklenmesine yer olmadığından davanın reddine karar verilmek gerekirken, yazılı gerekçeyle karar verilmesi isabetli görülmemiştir."); Yargıtay 11. HD, 23.06.2006 tarih ve E.2005/3755, K.2006/7408 sayılı karar ("Tazminata karar verebilmek için, ilgili anlaşma veya uygulamanın 4054 sayılı Yasa'ya aykırı olup olmadığının saptanması zorunludur ki, bu tespit için önce Rekabet Kurulu ve Kurul kararına karşı da Danıştay görevlidir. Bu nedenlerle mahkemece, öncelikle, davacının bu davadan önce 4054 sayılı Yasa'ya göre Rekabet Kurulu'na başvurup başvurmadığının araştırılması, başvurmuşsa, davalı eylemlerinin 4054 sayılı Yasa'ya aykırılığın tespiti yönünden, bu başvuru neticesini ve kesinleşmesini bekleyerek sonucuna göre karar vermesi, Rekabet Kurulu'na davadan önce başvurmamışsa, eldeki bu davanı Rekabet Kurulu'na başvurma olmadan dinlenemeyeceği ve henüz dava açma zamanı gelmediği nazara alınarak karar vermesi gerekirken, bu hususları yerine getirmeden işin esasına girilerek, yazılı şekilde hüküm tesisi doğru olmadığından kararın davalı yararına bozulmasına karar verilmek gerekmiştir.") (Kazancı İBB).

II. Rekabet Mahkemelerinin Kurulması Türk Yargı Örgütüne Uygun Olur Mu?

A. 4054 sayılı Kanun’un Yasalaşma Sürecinden Çıkarımlar

Rekabet hukuku camiasından veya bu camianın dışından Türkiye’de rekabet mahkemelerinin kurulmasına gelebilecek ilk itiraz yargı yoluna ilişkin olacaktır. Mevcut durumda kuruluş ve görevleriyle bir bütün olan idarenin bir parçasını oluşturan ve idari işlem tesis etme yetkisini haiz RK’nın verdiği kararların idari yargı örgütü bünyesinde incelenmesi pek çok kimse tarafından ileri sürülebilir. Başka bir deyişle, RK kararlarının adli yargı çatısı altında yargısal denetime açılmasına, Türk yargı örgütüne veya Anayasaya aykırılık nedeniyle itirazlar gelebilecektir. Hatta benzer itirazlar muhtemelen 4054 sayılı Kanun’u hazırlayan komisyon üyeleri tarafından da öngörülmüş ve söz konusu kanunun 55. maddesinin madde gerekçesinde şu açıklama yer verilme ihtiyacı hissedilmiştir:

“...Kurul kararlarına idari niteliği ağır bastığından Kanunda yargı yolu olarak Danıştay öngörülmüştür. Kurul kararlarının esas itibarıyla ekonomik niteliği ağır basan kararlar olduğu için, bünyesinde Hukuk Fakültesi mezunları dışında üye de bulundurabilen Danıştay’ın Kurul kararlarını daha iyi değerlendirebilecek bir teşkilat yapısına sahip olması, Danıştay’ın yargı yolu olarak seçilmesinin diğer bir nedeni olarak sayılabilir.”

Kanun koyucu idari yargıya başvurulmasının gerekçesini, idari yargı bünyesinde hukuk fakültesi mezunu dışında da hâkimlerin bulunması olarak göstermiştir (aslında bu durum hukukçuların iktisat bilmediğine ilişkin komisyon üyeleri arasındaki bir ön yargıyı da ortaya koymaktadır). Burada akıllara şu soru gelmektedir: idari yargının seçilmesinin nedeni RK kararlarında hukuki nitelendirmelere ek olarak ekonomik analizlerin de bulunması ise, hem hukuk hem de iktisat bilimine vâkıf olan hâkimlerden oluşabilecek bir uzmanlık mahkemesinin kurulması, genel görevli idari yargı mahkemelerine oranla daha etkin bir yargısal denetimin yapılmasına katkıda bulunmaz mıydı? Dolayısıyla 4054 sayılı Kanun hazırlanırken RK kararlarına karşı başvurulabilecek bir rekabet mahkemesi kurulmasının gündeme gelmediği anlaşılmaktadır.

B. İdari Yargının Görev Alanına Giren Uyuşmazlıkların Adli Yargıya Bırakılması

Normal şartlar altında idari yargıda görülmesi gereken bir uyuşmazlığın, kanun koyucunun takdiriyle adli yargı mahkemelerinin görev alanına dâhil edildiği pek çok örnek bulunmaktadır.²⁰ 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ile ilgili uyuşmazlıklardan doğan davalar²¹, 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu uyarınca idarenin verdiği kamulaştırma kararında bedele itiraz için açılan davalar²², 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'ndan doğan tazminat davaları,²³ 6831 sayılı Orman Kanunu uyarınca idarenin orman sınırlandırmasına ilişkin kararlarına karşı itiraz davaları gibi pek çok dava idari yargıda değil, adli yargı mahkemelerinde görülmektedir.²⁴ Bu örneklerden yola çıkılarak RK'nın verdiği kararların, kurulacak bir uzmanlık mahkemesi bünyesinde ve adli yargı çatısı altında çözülmesine hukuken bir engel olduğunu söylemek düşüncemize göre mümkün değildir.

Literatürde hâkim görüş RK kararlarının yargısal denetiminin adli yargıda yapılmasının mümkün olduğuna yönelik olsa da, bunun mümkün olmayacağına dair görüşler de bulunmaktadır. Örneğin *Ulusoy* RK'nın aldığı kararlarının denetimini adli yargının görev alanına

²⁰ İdari yargının görev alanına giren bir uyuşmazlığın çözümünün kanun koyucu tarafından adli yargı mahkemelerine bırakılması konusu, mevzuattan örnekler ve Anayasa Mahkemesi kararları ışığında idare hukuku literatüründe bugüne kadar yaygın olarak tartışılmıştır. Bu makale kapsamında benzer tartışmalara yer verilmeyecektir. Konuyla ilgili bir eser için bkz. Ahmet Eğerci, Rekabet Kurulu Kararlarının Hukuki Niteliği ve Yargısal Denetimi, Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi No: 12, Ankara, 2005, s. 228-252.

²¹ 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 101. maddesi uyarınca "Bu Kanunda aksine hüküm bulunmayan hallerde, bu Kanun hükümlerinin uygulanmasıyla ilgili ortaya çıkan uyuşmazlıklar iş mahkemelerinde görülür."

²² 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun 37. maddesi uyarınca "Bu Kanundan doğan tüm anlaşmazlıkların adli yargıda çözülmesi gerekenleri, taşınmaz malın bulunduğu yer asliye hukuk mahkemelerinde basit yargılama usulü ile görülür."

²³ 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu m. 110(1)'e göre "İşleteni veya sahibi Devlet ve diğer kamu kuruluşları olan araçların sebebiyet verdiği zararlara ilişkin olanları dâhil, bu Kanundan doğan sorumluluk davaları, adli yargıda görülür. Zarar görenin kamu görevlisi olması, bu fıkra hükmünün uygulanmasını önlemez. Hemzemin geçitte meydana gelen tren-trafik kazalarında da bu Kanun hükümleri uygulanır."

²⁴ Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz, s. 71-72.

birakılmasının Anayasaya aykırı olmayacağını, zira kanun koyucunun belli ve sınırlı bir idari işlem kategorisinin hangi yargı yolunda denetlenmesi konusunda idari yargı ile adli yargı arasında tercihte bulunabilmesinin Anayasaya uygun olacağını kaydetmiştir.²⁵ Atay da RK kararlarının denetiminin adli yargı mahkemelerince yapılabileceğini ifade ederek, önemli olanın adli yargı-idari yargı ayrımı değil, yargısal denetimin hukuk normlarına, hukuk mantığına ve hukuki yorum metotlarına uygun olması olduğunun altını çizmiştir.²⁶ Buna karşın, Güzel ise RK kararlarının denetiminin adli yargıda yapılmasının, anayasal sorunlara ve kurumsal tartışmalara yol açabileceğine dikkat çekerek, bugüne kadar elde edilen tecrübenin korunmasını ve mevcut sistemin devamını savunmuştur.²⁷

Kaldı ki idari yargının doğduğu Fransa’da dahi Fransız Rekabet Otoritesi’nin (*Autorité de la Concurrence*) kararlarına karşı adli yargıya başvurulmaktadır.²⁸ Anglo-Sakson (Anglo-Amerikan) hukuk sistemindeki yargı birliğinin aksine, adli yargıdan ayrı bir idari yargı oluşturulması düşüncesinin doğduğu Fransa’da, Fransız Rekabet Otoritesi’nin kararları idari yargıda değil, adli yargı bünyesinde denetlenmektedir. Bu konuda Atay, Fransız Rekabet Otoritesi’nin kararlarının yargısal denetimi işinin Fransız Danıştay’ından alınarak Fransız Yargıtayı’na verilmesine ilişkin bir kanun çıkarıldığını hatırlattıktan sonra, bu kanuna karşı Anayasaya aykırılık iddiasıyla Fransız Anayasa Konseyi’ne (*Conseil Constitutionnel*) başvurulduğunu, ancak Anayasa Konseyi’nin ekonomik ve ticari alanda faaliyet gösteren Fransız Rekabet Otoritesi’nin kararlarının adli yargıya bırakılmasının Fransız Anayasası’nda düzenlenen “yargı düallitesi ilkesi”ne aykırılık oluşturmadığı sonucuna vardığını belirtmiştir.²⁹

²⁵ Ali Ulusoy, *İdari Yapıtlarım, On İki Levha Yayıncılık, Ankara, 2013, s. 201.*

²⁶ Ender Ethem Atay, “Fransız İdare Hukukunda Bağımsız İdari Otoriteler (BİO’lar): Rekabet Konseyi”, *Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları Serisi No: 6, Ankara, 2000, s. 101.*

²⁷ Oğuzkan Güzel, “Türk Rekabet Hukuku Uygulamasında Yargının Rolü: Onbir Yıllık Deneyimin Sonuçları”, *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-IV, 7 Nisan, Erciyes Üniversitesi, Kayseri, 2006, s. 230-231.*

²⁸ Bkz. aşağıda “IV. Diğer Hukuk Sistemlerinde Rekabet Mahkemeleri Bulunmakta Mıdır?”.

²⁹ Atay, s. 100.

C. Kabahatler Kanunu Sonrası Oluşan Durum

2005 yılında 5326 sayılı Kabahatler Kanunu yürürlüğe girmesinin ardından idari para cezalarına karşı idari yargıda mı, yoksa adli yargıda mı dava açılacağı konusunda belirsizlik yaşanmıştır. Bunun nedeni kabahat cezası ve regülatif ceza da (bağımsız idari otoritelerin verdiği cezalar) dâhil, tüm idari para cezaları için yargı yolunun adli yargı olarak belirlenmiş olmasıdır.³⁰ Kabahatler Kanunu'nun ilgili hükmünün Anayasaya aykırı olduğu iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'ne başvurulmuştur. Anayasa Mahkemesi, kabahatler karşılığı verilen idari para cezalarına yapılacak itirazların adli yargı mahkemelerine bırakılmasını Anayasaya aykırı bulmamıştır. Yüce Mahkeme, bağımsız idari otoriteler tarafından verilen idari para cezalarına yapılacak itirazların, *haklı nedenler bulunması kaydıyla* kanun koyucu tarafından açıkça adli yargı mahkemeleri görevlendirilmedikçe, idari yargı bünyesinde çözülmesi gerektiğine karar vermiştir.³¹ Bu karar uyarınca rekabet hukukunda uzmanlaşmayı sağlamanın bir haklı neden olarak değerlendirilmesi düşüncemize göre mümkündür.

Konuyla ilgili sayılabilecek başka bir kararında HMK'nın 3. maddesini Anayasaya aykırı bulan Anayasa Mahkemesi³², aynı faaliyet nedeniyle oluşan zararlarından bir bölümü için (vücut bütünlüğünün kaybı nedeniyle oluşan zarar) adli yargının, diğer bölümü için ise (vücut bütünlüğünün kaybı dışındaki zararlar) idari yargının görevli kılınmasının belirsizlik ve öngörülmezlik doğurduğuna hükmetmiş ve söz konusu maddeyi iptal etmiştir.³³ Bu karardan hareketle RK kararlarının idari yargı denetiminden çıkarılıp adli yargı mahkemelerinin görev alanına bırakılması halinde oluşabilecek olası belirsizlik

³⁰ Ulusoy, s. 190-191.

³¹ Anayasa Mahkemesi, 01.03.2006 tarih ve E.2005/108, K.2006/35 sayılı karar. Aynı yönde bkz. Anayasa Mahkemesi, 16.02.2012 tarih ve E.2011/35, K.2012/23 ("... idari yargının denetimine bağlı olması gereken idari bir uyuşmazlığın çözümü, haklı neden ve kamu yararının bulunması halinde yasa koyucu tarafından adli yargıya bırakılabilir...") (her iki karar da Ulusoy'dan alınmıştır).

³² HMK'nın Anayasa Mahkemesi'nce iptal edilen 3. maddesi şu şekildeydi: "Her türlü idari eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerin yol açtığı vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine yahut kişinin ölümüne bağlı maddi ve manevi zararların tazminine ilişkin davalara asliye hukuk mahkemeleri bakar. İdarenin sorumluluğu dışında kalan sebeplerden doğan aynı tür zararların tazminine ilişkin davalarda dahi bu hüküm uygulanır. 30.1.1950 tarihli ve 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu hükümleri saklıdır."

³³ Anayasa Mahkemesi, 16.02.2012 tarih ve E.2011/35, K.2012/23 sayılı karar (Ulusoy'dan alınmıştır).

ve öngörülmezliğe oranla, adli yargı bünyesinde kurulacak uzmanlık mahkemelerinin beraberinde getireceği uzmanlaşma ve dolayısıyla adaletin daha etkin dağıtımına ilişkin faydaların daha fazla olacağı ileri sürülebilir. Son tahlilde Anayasa Mahkemesi’nin ilgili içtihadı karşısında RK kararlarının yargısal denetiminin adli yargıya bırakılması düşüncemize göre Anayasaya aykırı olmayacaktır.

D. Fikri ve Sınaî Haklar Mahkemesi Örneği

Fikri ve Sınaî Haklar Mahkemeleri, idari yargıda görülmesi gerekirken çözümü adli yargıya bırakılan uyuşmazlıklar için kurulan ve Anayasaya aykırı olduğu iddia edilmeyen önemli bir uzmanlık mahkemesi örneğidir. Aslında fikri mülkiyet alanında rekabet hukukundakine benzer bir durum söz konusudur. Türk Patent ve Marka Kurumu (TPMK), fikri mülkiyet mevzuatı kapsamında marka, patent, tasarım gibi kişilerin fikri çabalarıyla ürettikleri ürünlerin tesciliyle görevli bir kamu kuruluşudur. Rekabet Kurumu gibi TPMK da kuruluş ve görevleriyle bir bütün olan idarenin bir parçasıdır, ancak TPMK’nın kararlarının yargısal denetimi, bu kararlar idari işlemlerin hukuki rejimine tabi olmasına rağmen, idari yargıda değil, adli yargı çatısı altında ve asliye hukuk mahkemesi derecesindeki Fikri ve Sınaî Haklar Mahkemeleri tarafından yapılmaktadır.³⁴ Burada Rekabet Kurumu gibi TPMK’nın kararlarına karşı başvurulacak yargı yolu da idari yargı olabileceksen, kanun koyucu bu iş için adli yargıyı tercih etmiştir.

TPMK’nın (o zamanki adıyla Türk Patent Enstitüsü’nün) idari işlemlerinin denetiminin adli yargı bünyesindeki Fikri ve Sınaî Haklar Mahkemeleri tarafından yapılmasına ilişkin olarak Kayhan şu önemli tespitlerde bulunmaktadır:

“Enstitü’nün marka tescil sürecinde almış olduğu kararlar, idari karar niteliğindedir. Binaenaleyh, bu kararlar aleyhine açılan dava, idare hukuku-

³⁴ TPMK’nın kararlarına karşı doğrudan yargı yoluna başvurulması mümkün olmayıp, öncelikle ilgili TPMK biriminin kararına karşı kararın taraflara tebliğinden itibaren 2 aylık hak düşürücü süre içerisinde TPMK bünyesindeki “Yeniden İnceleme ve Değerlendirme Kurulu”na (YİDK) başvurulmaktadır. YİDK’nun kendisine yapılan itirazı reddetmesi durumunda, ret kararının taraflara tebliğinden itibaren 2 ay içerisinde Fikri ve Sınaî Haklar (Hukuk) Mahkemesi’ne başvurulabilir. Dolayısıyla TPMK’nın kararlarına karşı önce bir idari başvuru yolu esası benimsenmiş olup, bu yol tüketilmeden TPMK kararına karşı Fikri ve Sınaî Haklar Mahkemesi’nde doğrudan dava açma hakkı bulunmamaktadır.

na özgü bir dava türü olan 'iptal davası' niteliğindedir. Nitekim [551] sayılı eski Markalar Kanunu'nun uygulamasında, bu davalara idari yargının görevli olduğu kabul edilmekteydi. Ancak [556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname]'nin 71. maddesi ile bu davalara bakma görevi Adalet Bakanlığı'nca kurulacak ihtisas mahkemelerine verilmiştir... İdare hukukuna özgü bir davanın adli yargı örgütü içindeki bir mahkemeye bırakılması birçok paradoksal durumun ortaya çıkmasına neden olmuştur. Bilindiği gibi iptal davası, İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda düzenlenmiş bir dava türüdür. Hukuk yargılamasında bu başlık altında bir dava türü öngörülmemiştir... yargılama usulü olarak Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu uygulanmakla birlikte, idari işlemin tesisine, idari işlemin sakatlık hallerine ilişkin meselelerde idare hukuku ilke ve kurallarını hukuk yargıcının uygulaması gerektiği kanısını taşımaktayız.”³⁵

Son tahlilde fikri mülkiyet hukukunda uzmanlık mahkemeleri varken, rekabet hukukunda sadece genel görevli mahkemeler bulunmaktadır. Burada yanıtlanması gereken soru kanun koyucunun fikri mülkiyetin uzmanlık gerektirdiği ama rekabet hukukunun uzmanlık gerektirmediğinden dolayı mı böyle bir tercih yaptığıdır. Fikri mülkiyet hukuku ile rekabet hukukunun araçları farklı olabilir, ancak ortak amaçları bulunmaktadır: teknik gelişimin, yeniliğin (inovasyon) sağlanması.³⁶ Amaç konusunun tartışmalı olduğu düşünüldüğünde, bir hukuk dalının salt amacından hareketle ayrı bir uzmanlık mahkemesinin kurulması belki isabetli olmayabilir. Ancak Avrupa Birliği'ne (AB) üyelik sürecinde Gümrük Birliği kapsamında fikri mülkiyet mevzuatı ile rekabet mevzuatının aynı dönemde çıkarıldığı unutulmamalıdır.

Üstelik 4054 sayılı Kanun; Haziran 1995 tarihinde çıkarılan ancak bugün yürürlükte bulunmayan 551, 554 ve 556 sayılı patent haklarının, endüstriyel tasarımların ve markaların korunması hakkında ka-

³⁵ Fahrettin Kayhan, “Türk Patent Enstitüsü'nün Marka Hakkının Tescili Sürecinde Aldığı Kararların İptal Davası”, *Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi*, Cilt: 3, Sayı: 2003/4, 2003, s. 38-40'dan naklen.

³⁶ Mevzuattan bu durumu net olarak gösteren bir örnek olarak 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu'nun 1. maddesinde söz konusu kanunun amacının, fikri mülkiyet haklarının “korunması ve bu suretle teknolojik, ekonomik ve sosyal ilerlemenin gerçekleştirilmesine katkı sağlamak” olduğu ifade edilmiştir. Aynı şekilde, 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendinde ise “[m]alların üretim veya dağıtım ile hizmetlerin sunulmasında yeni gelişme ve iyileşmelerin ya da ekonomik veya teknik gelişmenin sağlanması”na yollama yapılmıştır.

nun hükmünde kararnamelerden de (KHK) önce, Aralık 1994 tarihinde kabul edilmiştir.³⁷ 4054 sayılı Kanun ile adı geçen KHK’ların, en azından Gümrük Birliği anlamında, aynı öneme sahip olmasına rağmen yalnızca fikri mülkiyet hukuku için uzmanlık mahkemeleri oluşturulmuştur. Rekabet mahkemeleri de kurularak bu durumun biran önce düzeltilmesi gerekmektedir. Sonuç olarak, idari yargı yerine adli yargının Anayasaya uygun olarak görevlendirilebildiği bir uzmanlık mahkemesi örneği olan Fikri ve Sınai Haklar Mahkemesi modelinden, rekabet mahkemeleri kurulurken de yararlanılmalıdır.

III. Rekabet Mahkemelerinin Kurulmasına İhtiyaç Var Mıdır?

A. Rekabet Mahkemelerinin Kurulmasının “Gereksiz” Olduğu İtirazı

Yargı yolu dışında rekabet mahkemelerine yapılabilecek başka bir itiraz ise rekabet mahkemelerinin kurulmasının “gereksiz” olduğudur. Buna göre mevcut durumdan farklı olarak ayrı bir “rekabet yargısı”nın kurulması, dosya sayısının azlığı nedeniyle “gereksiz” olarak değerlendirilebilecektir. Yine bu görüş uyarınca rekabet hukukundan doğan davaların mevcut sistem içerisinde “eritilmesi” daha uygun olacaktır. Örneğin *Ulusoy*, RK kararlarına karşı açılacak iptal davalarının çözümünün adli yargıya bırakılmasını Anayasaya aykırı görmemekle birlikte, bu konuda “*acil bir ihtiyaç ve pratik yarar*”ın bulunmadığını belirtmiştir.³⁸ Buradan hareketle, RK kararlarının denetimi için idari yargı yerine adli yargının görevlendirilmesinde dahi pratik bir yarar bulunmadığını düşünen yazara göre, rekabet hukukundan doğan davalar için ayrı bir rekabet mahkemesi kurulmasında “*pratik bir yarar*” *a fortiori* bulunmayacaktır.

Narbay ve Kesici, tazminat davalarını karar bağlamak üzere ayrı bir mahkeme kurulmasının “*maliyetli*” olacağını iddia etmiş ve bu nedenle bu yönde bir öneriyi “*oldukça radikal*” olarak nitelendirmiştir. Bu ne-

³⁷ Güncel bir gelişme olarak 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu, Aralık 2016 tarihinde Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından kabul edilmiştir. 10 Ocak 2017 itibarıyla yürürlüğe giren 6769 sayılı Kanun ile birlikte 551 sayılı Patent Haklarının Korunması Hakkında KHK, 554 sayılı Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkında KHK, 555 sayılı Coğrafi İşaretlerin Korunması Hakkında KHK ve 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında KHK yürürlükten kaldırılmıştır.

³⁸ *Ulusoy*, s. 201.

denle yazarlar, “en azından kısa vadeli bir opsiyon” olarak, bu işi için asliye ticaret mahkemelerinin bir dairesinin görevlendirilmesinin daha “rasyonel bir çözüm yolu” olacağını öne sürmüşlerdir. Yine de yazarlara göre, rekabet hukukunun özel hukuktaki sonuçlarını konu edinen dava sayısının, özel bir mahkemenin görevlendirilmesini gerektirecek seviyelere ulaşması halinde, “ayrı bir ihtisas mahkemesinin kurulması” gerekeceği “her türlü izahtan varestedir”.³⁹ Dolayısıyla *Narbay ve Kesici*, ilkesel olarak rekabet mahkemelerinin kurulmasını “gereksiz” bulmamakla birlikte, bunun ancak dosya sayısında yaşanacak artışa bağlı olarak gündeme geleceğini belirtmektedir.

Öncelikle rekabet hukukundan doğan dosya sayısının azlığı iddia ediliyorsa konuyla ilgili olarak dosya sayısını gösteren bir bilimsel çalışma yapılması gerekecektir. Zira Ankara İdare Mahkemelerinde, Ankara Bölge İdare Mahkemesi’nde ve Danıştay’da yılda toplam kaç dosyanın rekabet hukukuyla ilgili olduğu saptanmadan bir yorumda bulunmak sağlam bilimsel temellerden yoksun olacaktır. Ancak RK’nın 1998 yılından beri kararlar verdiği düşünüldüğünde⁴⁰ rekabet hukukuna ilişkin davaların azımsanmayacak bir düzeye ulaşmış olabileceği söylenebilir. Zira azlık veya çokluk, ancak bir şeyin başka bir şeyle kıyaslandığı takdirde anlam ifade eden nitelendirmelerdir. Düşüncemize göre bu noktada önemli olan “nicelik” değil “nitelik” olmalıdır; kararlar az sayıda da olsa nitelikli kararların verilebilmesini teminen uzmanlık mahkemelerinin kurulması düşünülmelidir.

İlkesel olarak, rekabet mahkemelerinin kurulması “gereksiz” olmayıp, bir ülkede rekabet hukukuna verilen değer göstergelerinden biridir. Rekabetin ne olduğunu ve rekabetçi piyasaların topluma faydalarını bu çalışmada uzun uzadıya tartışmaya gerek bulunmamaktadır. Kısaca ifade etmek gerekirse rekabet, mal ve hizmet piyasalarında faaliyet gösteren teşebbüsler arası adil ve etkin piyasa koşullarının korunması suretiyle tüketici refahının arttırılmasına yardımcı olan bir

³⁹ Şafak Narbay ve Buğra Kesici, “Rekabet Hukukunun İhlâlinden Kaynaklanan Tazminat Davalarında Görevli ve Yetkili Mahkeme Üzerine ‘Kısa Bir Değerlendirme’”, *Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1(1), 2015, s. 236-237.

⁴⁰ Her ne kadar 4054 sayılı Kanun Aralık 1994 tarihinde kabul edilip yürürlüğe girmiş olsa da, bu kanun uyarınca kurulması öngörülen Rekabet Kurumu teşkilatını ancak Kasım 1997 tarihinde tamamlandığından RK kararları fiilen 1998 yılından itibaren verilmeye başlanmıştır. Bkz. 04.11.1997 tarih ve 23160 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan 1997/5 sayılı Tebliğ.

süreçtir. Rekabet ihlallerinin önlenmesi en başta tüketicilerin yararına olacaktır ve 1982 Anayasası’nın 172. maddesi gereği devlet, tüketicileri koruyucu ve aydınlatıcı tedbirler almakla yükümlüdür. Rekabet mahkemelerinin kurulması da bu bağlamda değerlendirilmelidir. Rekabetin ve tüketicinin korunması arzu ediliyorsa rekabet mahkemesi fikri de masa dışında bırakılmamalıdır. Rekabet Kurumu’nun da rekabet hukukuna ilişkin olarak uzmanlık mahkemeleri kurulması düşüncesine sıcak baktığı görülmektedir.⁴¹

B. Tüketicinin ve Rekabetin Korunması Genel Müdürlüğü’nden Rekabet Kurumu’na

Rekabet Kurumu’nun kurulmasına yol açan nedenlerin veya Rekabet Kurumu’nun kurulması ardındaki gerekçenin, rekabet mahkemelerinin kurulması açısından kısmen de olsa geçerli olabileceği ileri sürülebilir. Hatırlanacağı üzere 4054 sayılı Kanun ile 1994 yılında Rekabet Kurumu kurulmadan önce, hâlihazırda RK’nın görevleri arasında yer alan bazı görevler, Sanayi ve Ticaret Bakanlığı’nun organizasyon şeması içerisinde yer alan “Tüketicinin ve Rekabetin Korunması Genel Müdürlüğü” (bugünkü adıyla “Tüketicinin Korunması ve Piyasa Gözetimi Genel Müdürlüğü”) tarafından yerine getirilmekteydi. 1993 yılında 494 sayılı KHK ile değiştirilen, 1985 tarihli ve 3143 sayılı Sanayi ve Ticaret Bakanlığının Teşkilatı ve Görevleri Hakkında Kanun uyarınca Tüketicinin ve Rekabetin Korunması Genel Müdürlüğü’nün görevleri ile bugün RK’nın görevleri neredeyse birebir aynıdır.⁴²

⁴¹ 2014-2018 Stratejik Raporu’nda Rekabet Kurumu, “rekabet davalarının en azından ilk derece merci olarak rekabet mahkemelerinde görülmesinin giderek artan bir eğilim olduğu”nu kaydettikten sonra, rekabet hukukuna ilişkin değerlendirmelerin uzmanlaşmamış mahkemeler tarafından yapılmasının güç olduğunu ileri sürmüş ve bu güçlüğün arkasındaki nedenler olarak, rekabet hukukunun görece karmaşık niteliği, sağlıklı sonuçlara ulaşabilmek için belli bir düzeyde iktisat bilgisine sahip olunması gibi hususları göstermiştir. Rekabet Kurumu, 2014-2018 Stratejik Raporu, 2014, s. 23, <http://www.rekabet.gov.tr/File/?path=ROOT%2F1%2FDocuments%2FG%C3%BCncel%2Fraporlar%2Fplan11.pdf> Erişim tarihi: 24.04.2017.

⁴² 3143 sayılı Kanun’un 14/A maddesinde Tüketicinin ve Rekabetin Korunması Genel Müdürlüğü’nün görevleri arasında şu hususlar bulunmaktaydı:
e) Mal ve hizmet piyasalarındaki faaliyetleri, özellikle fiyat hareketlerini izlemek, fiyatların serbest rekabet esaslarına göre oluşmasını önleyici hususların ortadan kaldırılmasına yönelik inceleme ve araştırmalar yapmak,
f) Mal ve hizmet piyasalarındaki rekabeti engelleyici, bozucu veya ortadan kaldırıcı anlaşma, uygulama ve kararların yasaklanması ile piyasaya hâkim olan teşeb-

Ülkemizde Tüketicinin ve Rekabetin Korunması Genel Müdürlüğü gibi bakanlık bünyesinde hâlihazırda bir birim bulunmaktayken, aynı görevleri yerine getirmek üzere daha sonra idari ve mali özerkliğe sahip Rekabet Kurumu kurulmuştur. Peki idari örgütlenmede neden böyle bir köklü değişiklik yapılmıştır? Ateş, rekabet hukukuyla nispeten yeni tanışan ülkelerde, gerek hukuk gerekse iktisat bilimlerine vâkıf uzmanların çalıştığı “rekabet kurumu”, “rekabet konseyi”, “rekabet otoritesi”, veya “rekabet bürosu” gibi adlar altında ayrı kamu kuruluşlarının bulunmadığını hatırlatarak, genellikle mevcut bir bakanlık veya kamu kurumuna, diğer görevlerine ek olarak rekabet hukukunu uygulamak görevi verildiğini ifade etmiştir.⁴³ Ateş’in görüşü uyarınca Rekabet Kurumu’nun kurulmasının nedeni, ülkemize, her ne kadar rekabet hukukuyla yeni tanışmış olsa da, gelişmiş ülkelerde olduğu gibi rekabet hukukunu uygulamakla görevli ayrı bir kamu kuruluşunun kazandırılması olacaktır.

Konuyla ilgili daha fazla bilgi sahibi olabilmek için 4054 sayılı Kanun’un genel gerekçesine ve madde gerekçelerine bakılmalıdır. Genel gerekçeye bakıldığında serbest piyasa ekonomisinin sağlıklı bir bi-

büslerin bu hâkimiyetlerini kötüye kullanmalarının önlenmesine yönelik tedbirleri almak,

g) Tekelleşmeye yol açacak şekilde rekabeti önemli ölçüde azaltacak birleşme, devralma ve ele geçirmeleri önleyecek tedbirleri almak,

h) ...sağlıklı bir rekabet ortamının oluşturulmasına ilişkin politikaların belirlenmesinde yurt içindeki ve yurt dışındaki kurum ve kuruluşlarla işbirliği yapmak, gerekli koordinasyonu sağlamak,

ı) ...rekabetin düzenlenmesine ilişkin olarak diğer kanunlarla ve bakanlıkça verilen görevleri yapmak.”

Yukarıda ifade edilen görevlerin hemen hemen aynuları, 4054 sayılı Kanun’un aşağıdaki maddelerinde kendilerine yer bulmaktadır.

m.4: “Belirli bir mal veya hizmet piyasasında doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran... anlaşmalar, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliklerinin bu tür karar ve eylemleri hukuka aykırı ve yasaktır.”

m.6: “Bir veya birden fazla teşebbüsün... bir mal veya hizmet piyasasındaki hâkim durumunu... kötüye kullanması hukuka aykırı ve yasaktır.”

m.7: “Bir ya da birden fazla teşebbüsün hâkim durum yaratmaya veya hâkim durumlarını daha da güçlendirmeye yönelik olarak... rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğuracak şekilde birleşmeleri veya... devralması hukuka aykırı ve yasaktır.”

m.27(h): “Rekabeti sınırlayıcı anlaşma ve kararlarla ilgili olarak diğer ülkelerin mevzuat, uygulama, politika ve tedbirlerini izlemek,”

m.27(n): “Kanunla verilen diğer görevleri yerine getirmek.”

⁴³ Mustafa Ateş, *Rekabet Hukukuna Giriş*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s. 167.

çimde işleyebilmesinin “*ancak bağımsız faaliyet gösteren ve karar alabilme yeteneğine ve yetkisine sahip organların yardımları ile gerçekleş[e]bileceği*” ne dikkat çekilmiş, Türkiye’de bu şekilde faaliyet gösterecek kuruluşlara “*şiddetle ihtiyaç*” olduğu öne sürülerek, “*bu özelliklere sahip Rekabet Kurumu*”nun kurulduğu ifade edilmiştir. Benzer biçimde, 20. maddenin gerekçesinde “*bağımsız faaliyet gösteren idari ve mali özerkliğe sahip, kararlarını herhangi bir organ, makam, merci ve kişinin etkisinden uzakta serbestçe alabilen bir kuruma ihtiyaç*” olduğu belirtilerek, “*Rekabet Kurumu[nun] bu ihtiyaca binaen oluşturul[du]ğu*” ortaya konmuştur.

20. maddenin gerekçesinin devamında Rekabet Kurumu’nun oluşturulmasındaki ana ilkenin, “*Kurumun hem politik baskılardan, hem de kararlarına taraf olacak teşebbüs ve teşebbüs birliklerinin çeşitli biçimlerde etkileme yöntemlerinden uzak bir yapıya sahip olmasını temin edebilecek bir yapıda olmasını sağlamak*” olduğuna dikkat çekilmiştir İlgili maddenin gerekçesinden görüleceği üzere Rekabet Kurumu’nun oluşturulmasındaki neden, gerek çeşitli devlet birimlerinden gelebilecek siyasi emir ve talimatlardan, gerekse soruşturma konusu piyasa aktörlerinin istek ve ricalarından arındırılabilen (deyim yerindeyse “*kafakola alınamayan*”)⁴⁴ özerk bir kamu kurumu yaratabilmektir. Dolayısıyla Tüketicinin ve Rekabetin Korunması Genel Müdürlüğü’nün böyle bir yapıya sahip olmadığından hareketle, 4054 sayılı Kanun ile birlikte Rekabet Kurumu kurulmuştur.⁴⁵

⁴⁴ Literatürde bu kavramı ifade etmek üzere “*düzenleme tuzağı*” (“*regulatory capture*”) ibaresi de kullanılmaktadır. Düzenleme tuzağı teorisinin hareket noktası düzenleyici kurumları, zaman geçtikçe tüketicilerin aleyhine olarak, düzenledikleri sektördeki teşebbüslere avantaj sağlayacak şekilde hareket etme riskidir. Düzenleme tuzağı teorisine göre, düzenleyici kurumun düzenlediği sektörle ilişkileri sağlıklı kurallara bağlanmazsa, özellikle sektöre özel düzenleyici kurumların karar organlarının teşebbüsler tarafından etki altına alınması söz konusu olabilir. Zira sektöre özel düzenleyici kurumlar, rekabet otoritelerine kıyasla görevli oldukları sektörle ilgili daha ayrıntılı bilgi, temas ve görüşe sahip olurlar. Bu özellikleri nedeniyle düzenleyici içindeki görevleri sona erdiğinde sektördeki aktörler açısından potansiyel bir yetişmiş eleman olarak kabul edilirler. Şahin Ardyok, Doğal Tekeller ve Düzenleyici Kurumlar, Türkiye İçin Düzenleyici Kurum Modeli, Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi No: 9, Ankara, 2002, s. 113.

⁴⁵ Şüphesiz AB’ye üyelik sürecinin gerektirdiği yükümlülükler gözden kaçırılmamalı ve bunun da Rekabet Kurumu’nun kurulmasının gerekçeleri arasında olduğu unutulmamalıdır. AB’ye üyelik sürecinde Gümrük Birliği kapsamında 1995 yılında imzalanan 1/95 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı ile Türkiye, AB müktesebatına (acquis communautaire) uygun olarak bir ulusal rekabet mevzuatı oluşturmayı taahhüt etmiş ve AB müktesebatı ile uyum (harmonizasyon) yükümlülüğü

Şüphesiz bu gerekçe rekabet mahkemelerinin kurulması açısından bir anlam ifade etmemektedir. Zira yargı organları, hem anayasal olarak hem de doğaları gereği bağımsızdır. 4054 sayılı Kanun'un 20. maddesinin gerekçesi yerine, madde metninde kullanılan ibareler, bu bağlamda rekabet mahkemeleri açısından da geçerlidir. Buna göre "[m]al ve hizmet piyasalarının serbest ve sağlıklı bir rekabet ortamı içinde teşekkülünün ve gelişmesinin temini... üzere Rekabet Kurumu teşkil edilmiştir." Bu gerekçeyle Rekabet Kurumu kurulmuş ise, rekabet mahkemeleri de kurulabilir. Zira rekabet mahkemeleri de bünyelerindeki uzmanlık sonucu verecekleri isabetli kararlarıyla bu amaca katkıda bulunabilecektir. Sonuç olarak, nasıl ki Türkiye'de rekabet ortamının gelişimi için önceleri bakanlık bünyesinde bir birimden bu misyon alınarak Rekabet Kurumu'na devredilmiş ise, RK kararlarına karşı yapılan itirazları karara bağlama görevi de idare mahkemelerinden alınarak rekabet mahkemelerine verilebilir.

C. Asliye Ticaret Mahkemelerinden Hareketle Rekabet Mahkemeleri Oluşturma Gereği

Rekabet mahkemelerinin kurulmasının "gereksiz" olmadığına anlaşılmasına yardım edecek başka bir örnek, kendisi de bir uzmanlık mahkemesi olan asliye ticaret mahkemeleridir. Yukarıda incelendiği üzere Türkiye'de tacirler veya tacir olmayanlar arasında, ticari veya adi işlerden doğan, TTK veya ilgili diğer mevzuatta gösterilen mutlak ve nispi ticari davalar için uzmanlık mahkemeleri görev yapmaktadır. Bu kapsamda ticari davalar, kanunlarda aksine bir hüküm olmadıkça asliye ticaret mahkemelerinde görülmektedir (TTK m. 5). TTK'da asliye hukuk mahkemeleri ile asliye ticaret mahkemeleri arasındaki ilişki, işbölümü ilişkisi olmaktan çıkarılmış ve görev ilişkisine dönüştürülmüştür (m. 5(3)). Yani kanun koyucu ticari nitelikteki uyuşmazlıkları diğer uyuşmazlıklardan ayırmış, bunların uzmanlık gerektirdiğini düşünmüş ve çözümünü için uzmanlık mahkemeleri oluşturmuştur.

altına girmiştir (Council Decision No 1/95 of the EC-Turkey Association Council on implementing the final phase of the Customs Union [1996] OJ L35/1). 1/95 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı'nın 39(2)(a) maddesi uyarınca Türkiye, rekabet mevzuatını uygulayacak ulusal bir rekabet otoritesi kurmayı taahhüt etmiştir. Nitekim bu taahhüdün gereği olarak da 4054 sayılı Kanun ile birlikte Rekabet Kurumu kurulmuştur.

Toplumsal ilişkilerdeki karmaşıklığın ve uzmanlık gerektiren ilişkilerin artmasıyla ortaya çıkan ihtiyacı karşılamak amacıyla uzmanlık mahkemeleri kurulmaktadır. Nitekim ticari hayatta yaşanan uyuşmazlıkların diğer uyuşmazlıklardan farklı olduğu ve uzmanlık gerektirdiği düşüncesiyle, uzmanlığa dayalı bir güvence oluşturmak amacıyla asliye ticaret mahkemeleri kurulmuş ve TTK ile birlikte ticari hayattaki uyuşmazlık ve davalara bakmakla görevli hale getirilmiştir.⁴⁶ Hal böyle olmakla birlikte ticaret mahkemelerinin görev alanına giren konular incelendiğinde, bazı durumlarda ticaret mahkemelerinde görülen davaların esas itibarıyla uzmanlık gerektirmediği, zira genel görevli asliye hukuk mahkemelerinin bile ticaret mahkemelerinde görülen davaların hemen hemen aynılarını hâlihazırda karara bağlayabildiği görülmektedir.

Konunun daha iyi anlaşılabilmesi için bir örnek vermek gerekirse, kuruyemiş toptancısı bir limitet şirket ile perakendeci olan ticari işletme niteliğindeki bir süpermarketin sahibi arasında bir tedarik sözleşmesi olduğu düşünülün. Toptancıdan satın aldığı kuru üzüm ve incirlerin küflü olması durumunda söz konusu perakendeci, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda (BK) düzenlenen satım sözleşmesinde ayıptan sorumluluk hükümleri (m. 219-231)⁴⁷ uyarınca ödediği bedeli

⁴⁶ Nesibe Kurt Konca, “Yeni Türk Ticaret Kanunu’na Göre Asliye Ticaret Mahkemeleri”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Yıl: 4, Sayı: 15, 2013, s. 82-83.

⁴⁷ BK’nın 219. maddesinde satıcının ayıptan sorumluluğu şu şekilde düzenlenmiştir: (1) Satıcı, alıcıya karşı herhangi bir surette bildirdiği niteliklerin satılarda bulunmaması sebebiyle sorumlu olduğu gibi, nitelik veya niteliği etkileyen niceliğine aykırı olan, kullanım amacı bakımından değerini ve alıcının ondan beklediği faydaları ortadan kaldıran veya önemli ölçüde azaltan maddi, hukuki ya da ekonomik ayıpların bulunmasından da sorumlu olur.

(2) Satıcı, bu ayıpların varlığını bilmese bile onlardan sorumludur.

Söz konusu kanunun 227. maddesinde ise satıcının ayıplı mal veya hizmet satması sonucu alıcının sahip olduğu haklara yer verilmiştir.

(1) Satıcının satılanın ayıplarından sorumlu olduğu hâllerde alıcı, aşağıdaki seçimlik haklardan birini kullanabilir:

1. Satılanı geri vermeye hazır olduğunu bildirerek sözleşmeden dönme.

2. Satılanı alıkoyup ayıp oranında satış bedelinde indirim isteme.

3. Aşırı bir masrafı gerektirmediği takdirde, bütün masrafları satıcıya ait olmak üzere satılanın ücretsiz onarılmasını isteme.

4. İmkân varsa, satılanın ayıpsız bir benzeri ile değiştirilmesini isteme.

(2) Alıcının genel hükümlere göre tazminat isteme hakkı saklıdır.

...

Son tahlilde alıcı tacir olsa da olmasa da satıcıya karşı BK uyarınca talepte bulacaktır. Ancak alıcının TKHK anlamında tüketici sıfatını taşıması durumunda ayırı

geri alabilmek için toptancıya karşı asliye ticaret mahkemelerinde (nispi ticari) dava açacaktır. Hâlbuki bu ilişkinin bir tarafı, örneğin esnaf işletmesi niteliğinde bir kafe olsaydı görevli mahkeme asliye hukuk mahkemeleri olacaktır.

Aslında ortadaki uyuşmazlık aynı olup, ayıptan sorumluluk kapsamında alıcının haklarını satıcıya karşı ileri sürmesine ilişkindir. Ancak ilişkinin taraflarına göre davayı görecektir görevli mahkeme değişmektedir. Genel görevli asliye hukuk mahkemeleri de olsa, birer uzmanlık mahkemesi olan asliye ticaret mahkemeleri de olsa son tahlilde olaya, ayıp ihbarının süresine ilişkin TTK m. 23(1)(c)'deki ayırık hüküm saklı kalmak kaydıyla,⁴⁸ BK'da yer alan hükümler uygulanacaktır. Bu örnekte uyuşmazlığı asliye hukuk mahkemeleri de çözebilir, zira ticaret mahkemelerinin uzmanlığını gerektiren bir durum bulunmamaktadır ve asliye hukuk mahkemeleri zaten aynı olayı farklı kişiler arasında olması durumunda çözüme kavuşturmaktadır.

Olaya bir de rekabet hukuku eklenecek olursa, kuruyemiş tedarikçilerinin sattıkları kuru üzüm ve incirlere ilişkin olarak ortak hareket etme kararı aldığını, bu bağlamda önceden paket başı ortalama 10-12 TL olan bayi satış fiyatlarının önümüzdeki yıldan itibaren geçerli olacak biçimde 18 TL olarak sabitlenmesine ve üreticilerden alış fiyatlarının da kg başı 5-6 TL'den 3.5 TL'ye düşürülmesine karar verdikleri varsayalım. Hatta örneğe tüketiciye perakende satış fiyatının asgari 20

48 hükümler uygulanacaktır (bkz. TKHK m. 11 vd.).
TTK'nın "Ticari satış ve mal değişimi" madde başlıklı 23. maddesinde şu hüküm yer almaktadır:

(1) Bu maddedeki özel hükümler saklı kalmak şartıyla, tacirler arasındaki satış ve mal değişimlerinde de Türk Borçlar Kanununun satış sözleşmesi ile mal değişim sözleşmesine ilişkin hükümleri uygulanır.

...

c) Malın ayıplı olduğu teslim sırasında açıkça belli ise alıcı iki gün içinde durumu satıcıya ihbar etmelidir. Açıkça belli değilse alıcı malı teslim aldıktan sonra sekiz gün içinde incelemek veya incelettirmekle ve bu inceleme sonucunda malın ayıplı olduğu ortaya çıkarsa, haklarını korumak için durumu bu süre içinde satıcıya ihbarla yükümlüdür. Diğer durumlarda, Türk Borçlar Kanununun 223 üncü maddesinin ikinci fıkrası uygulanır.

Bu maddeden anlaşılacağı üzere tacirler arasındaki satım sözleşmeleri için de BK'daki satıcının ayıptan sorumluluk hükümleri uygulanacaktır. Ancak TTK m. 23, ticari hayatta tacirler arası işlemlerin hızlı biçimde gerçekleştirilmesini temin etmek amacıyla, ayıp ihbarı süresini farklı bir düzenlemeye tabi tutmaktadır. TTK m. 23'ün düzenlendiği hususlarının dışındaki hususlar için, maddenin de açıkça belirttiği üzere, BK uygulama alanı bulacaktır.

TL olması konusunda tedarikçilerin, düşük alım yapan perakendecilerden bazılarıyla olan tedarik sözleşmelerine hükümler koyması da eklenebilir. Olaydaki rakipler arası fiyat tespiti⁴⁹ ve sağlayıcı ile bayi arasında yeniden satış fiyatının belirlenmesine⁵⁰ 4054 sayılı Kanun ve ilgili ikincil mevzuat hükümleri uygulanacaktır.

Burada tarafların şirket, ticari işletme, esnaf vs. olmasının bir farkı bulunmamakta olup, 4054 sayılı Kanun kapsamında “teşebbüs” veya “teşebbüs birliği” niteliğini taşımaları gerekli ve yeterlidir.⁵¹ Bu örnekte tedarikçilerin anlaşarak 18 TL’ye çıkardığı bayi satış fiyatlarının perakendeciler üzerinde yol açtığı net zararın nasıl hesaplanacağı, perakendecilerin bu fiyat artışını tüketicilere yansıtması halindeki *passing-on* (aktarma) durumunun nasıl değerlendirileceği,⁵² çifte tazminat ödeme riskinin nasıl önleneceği vs. uzmanlık gerektiren konular

⁴⁹ Rakiplerin fiyatları birlikte tespit etmeleri (price fixing), en ağır rekabet hukuku ihlallerinden birini oluşturmaktadır. Serbest piyasa ekonomilerinde fiyatların arz ve talebe göre piyasa aktörleri tarafından serbestçe belirlenmesine izin verilmekle birlikte, fiyatların her bir teşebbüs tarafından bağımsız olarak değil de teşebbüslerce ortaklaşa belirlenmesine rekabet hukuku kuralları gereği izin verilmemektedir. 4054 sayılı Kanun’un 4. maddesinin (a) bendi gereği “[m]al veya hizmetlerin alım ya da satım fiyatının, fiyatı oluşturan maliyet, kâr gibi unsurlar ile her türlü alım yahut satım şartlarının tespit edilmesi”ne yönelik anlaşma ya da uyumlu eylemler yasaklanmaktadır.

⁵⁰ Sağlayıcının, mal sattığı bayinin kendi satış fiyatını serbestçe belirlemesine engel olmak suretiyle bayinin tüketiciye perakende satış fiyatını, yani malın yeniden satış fiyatını, belirlemesine “yeniden satış fiyatının belirlenmesi” (“resale price maintenance”) adı verilmektedir. Rekabet kuralları uyarınca bayinin kendi satış fiyatını rekabet koşulları altında serbestçe belirlemesi gerekse de bayi için azami satış fiyatının getirilmesi veya perakende satış fiyatının sağlayıcı tarafından tavsiye edilmesi genellikle bir rekabet ihlali olarak değerlendirilmemektedir. 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği’nin 4. maddesinde “alıcının kendi satış fiyatını belirleme serbestisinin engellenmesi” durumunda ilgili dikey anlaşmanın söz konusu tebliğ kapsamında grup muafiyetinden yararlanamayacağı ifade edilmektedir. Ancak yine aynı maddede yer alan diğer bir hüküm uyarınca ise “taraflardan herhangi birinin baskısı veya teşvik etmesi sonucu sabit veya asgari satış fiyatına dönüşmemesi koşuluyla, sağlayıcının azami satış fiyatını belirlemesi veya satış fiyatını tavsiye etmesi”nin mümkün olduğu belirtilmektedir.

⁵¹ 4054 sayılı Kanun yalnızca “teşebbüs” veya “teşebbüs birliği” niteliği taşıyan gerçek veya tüzel kişilere uygulanabilir niteliktedir. Teşebbüs niteliği taşımayan birimler, örneğin bakanlıklar ya da belediyeler, 4054 sayılı Kanun’un kapsamı dışındadır. Bu terimlerin tanımı için bkz. 4054 sayılı Kanun m. 3.

⁵² Bu konuyla ilgili daha fazla bilgi için bkz. Kadir Baş, “Türk Hukukunda Rekabet İhlallerine İlişkin Tazminat Davalarında Passing-On Savunması ve Dolaylı Alıcı Kuralının Uygulanması: ABD ve AB Uygulamaları Işığında Değerlendirme ve Öneriler”, *Rekabet Dergisi*, 2011, 12(4), s. 3-74.

arasındadır. Bu nedenle, rekabet ihlalden doğan tazminat davalarını esastan karara bağlayabilmek için iktisat bilimine yabancı olmayan ve alanında uzman rekabet mahkemelerinin kurulması faydalı olacaktır.

D. Rekabet Davaları Asliye Ticaret Mahkemelerinde Görülebilir Mi?

Bilindiği üzere ticaret hukuku, Türkiye’de hukuk fakültelerinde okutulan bir anabilim dalıdır. Rekabet hukuku ise tartışmalı olmakla birlikte bu anabilim dalına dâhil bir bilim dalı olarak kabul görmektedir. Buradan çıkan sonuç ise anabilim dalının geneli kapsamındaki uyuşmazlıklar için uzmanlık mahkemeleri görev yapmaktayken, anabilim dalı mensuplarının bile yeri geldiğinde hâkim olmadığı, çok spesifik ve başlı başına bir uzmanlık alanı olan rekabet hukuku kapsamındaki uyuşmazlıklar için sadece genel görevli mahkemelerin bulunmasıdır. Üstelik rekabet hukuku, disiplinler arası (*interdisciplinary*) bir hukuk dalıdır ve bu nedenle belli ölçüde uzmanlığı gerektirmektedir. Bu durum bir çelişkidir. Bu çelişkinin en etkili çözüm yolu rekabet mahkemelerinin kurulmasıdır.

Alternatif bir seçenek olarak TTK’da değişiklik yapılarak, 4054 sayılı Kanun’dan doğan davalar da mutlak ticari dava olarak sayılabilir ve ticaret mahkemelerinin görev alanına girebilir. Literatürde bazı yazarlar, rekabet hukukundan doğan tazminat davaları kapsamında, ayrı bir ilk derece uzmanlık mahkemesi kurulması yerine, asliye ticaret mahkemelerinin ilk derece mahkemesi sıfatıyla tazminat davalarını görebileceğini ileri sürmüştür. Örneğin *Narbay ve Kesici*, tazminat davalarının “*ekseriyetle ticarî bir karakter*” gösterdiğini iddia ederek, rekabet hukukunda uzlaşma sağlanmak isteniyorsa, tazminat davasının taraflarına ve uyuşmazlığın ticari işletmeyle ilgili olup olmadığına bakılmaksızın, bu davalar için ticaret mahkemelerinin görevli hale getirilmesi gerektiğini belirtmişlerdir.⁵³

⁵³ Narbay ve Kesici, s. 235. Bunun nasıl olacağına ilişkin olarak ise yazarlar şunları kaydetmişlerdir: “...doğrudan RKHK md. 57-59 hükümlerine yapılacak ilâveyle anılan maddelerin uygulanmasından doğan ihtilafların, asliye ticaret mahkemelerinde görüleceği eklenmek suretiyle ‘özel bir mutlak ticarî dava’ kriteri öngörülmesi sağlanabileceği gibi; TTK md. 4’e yapılacak ilâve ile RKHK md. 57-59 arasındaki ihtilafların asliye ticaret mahkemeleri nezdinde görülmesi hükme bağlanarak, özel hukuk ayağından doğan uyuşmazlıkların ‘mutlak ticarî dava’ haline getirilmesi düşünülebilir.”

Benzer biçimde *Sekmen*, rekabet hukukunun özelliği, niteliği ve önemi nedeniyle bu hukuk dalından kaynaklanan tazminat davalarına bakmak konusunda asliye ticaret mahkemelerinin bir dairesinin görevlendirilmesinin uygun olacağını öne sürmüştür. Yazara göre tüketicilerin açacağı tazminat davalarının, rekabet ihlalinin bir haksız fiil olduğu gerekçesiyle, tüketici mahkemelerinde görülmesi mümkün olmayıp, bu tür davaların genel hükümler doğrultusunda asliye hukuk mahkemelerinde karara bağlanması gerekmektedir. Bu noktada genel hükümlerin uygulanmasının tazminat davalarının etkinliğini azaltacağını savunan yazar, tazminat davalarının etkinliğini sağlamak açısından asliye ticaret mahkemelerinin görevlendirilmesini savunmaktadır.⁵⁴

Düşüncemize göre bu görüşlere katılma imkânı bulunmamaktadır. Öncelikle tüketiciler, tüketici sıfatıyla yaptığı hukuki işlemlerden doğan tazminat davalarını tüketici hakem heyetleri veya tüketici mahkemelerinde açacaklardır. Bunun için asliye hukuk mahkemelerine işaret etmek, TKHK’yı açıkça yok saymak demektir. Üstelik tüketiciler, davada haksız çıksalar dahi tüketici hakem heyetlerinde açtıkları davalarda harç ve yargılama gideri de ödememektedirler (tüketici mahkemelerinde ise sadece karşı tarafın avukatına vekâlet ücreti ödemektedirler). Ticaret mahkemesinde bu tür davaların görülmesi halinde ise tüketiciler, harç ve yargılama gideri ödemek durumunda kalacaklardır.⁵⁵ Sonuç olarak ticaret mahkemelerinin görevli olmasını savunan her iki görüş de teorik temelden kısmen yoksun ve pratik açıdan isabetsizdir.

Kaldı ki ticaret mahkemelerinin görevlendirilmesine yönelik bir düzenleme yalnızca tazminat davaları için geçerli olabilecek olup, RK kararlarına itiraz için açılan iptal davalarının TTK sistematığı uyarınca ticari dava sayılabilmesi hukuken mümkün değildir. 4054 sayılı Kanun’dan doğan tazminat davaları, TTK anlamında mutlak ticari

⁵⁴ Orhan Sekmen, *Rekabet Hukukunda Tazminat Sorumluluğu*, Bilge Yayınevi, İstanbul, 2013, s. 101.

⁵⁵ Rekabet mahkemelerinde tüketici sıfatıyla dava açan davacıların durumu için TKHK’daki tüketici mahkemesinde açılan davalardaki harç ve vekâlet ücretine ilişkin hükümlere (TKHK m. 73(2)-(3)) atıf yapılarak tüketicileri koruyan bir düzenleme yapılabilir.

dava olarak değerlendirilse bile, rekabet hukukundan doğan davalarda yukarıda bahsedilen adli yargı-idari yargı arasındaki iki başlılık ortadan kalkmış olmayacaktır. Bu yüzden sorunun asıl çözüm yolu asliye ticaret mahkemelerinin görevlendirilmesi değil, ilk derece mahkemesi olarak rekabet mahkemelerinin kurulmasıdır. Rekabet hukukundan doğan tüm davaların ticaret mahkemelerinde görülmesinin mümkün olmaması, rekabet mahkemelerinin kurulmasına ihtiyaç olduğunu göstermektedir.

E. Geleceğe Yönelik Bir Tartışma: Toplu Dava Sorunu

Tazminat davalarında uygulanacak usul kuralları da önem arz etmektedir. Özellikle tazminat davaları açısından toplu dava (topluluk davası, sınıf davası) (*class action*) açılmasıyla ilgili bir mesele bulunmaktadır. Rekabet ihlalinin geniş kitleler zarar görmüşse (örneğin bayiler, müşteriler, tüketiciler), tazminat davalarının ayrı mahkemelerde görülme ihtimali doğacaktır. Yukarıda açıklandığı üzere mevcut durumda bayiler ticaret mahkemelerinde, tacir olmayan müşteriler asliye hukuk mahkemelerinde, tüketiciler ise tüketici mahkemelerinde dava açacaklardır. Hatta uğradığı zararın miktarına göre, aynı uyuşmazlık için olsa bile, bir tüketici hakem heyetine, diğeri ise tüketici mahkemesine başvurmak durumunda dahi kalabilecektir. Bu açıdan değerlendirildiğinde toplu davalara sağlayacağı kolaylık, rekabet mahkemelerinin en temel faydalarından biri olacaktır.

Belirtmek gerekir ki mevcut durumda, ülkemizde toplu dava şeklinde tazminat davaları açmak hukuken mümkün değildir. Türk hukukunda bir davada davacının, ancak kendi hukuki yararını korumak için dava açmasına izin verilmekte, bunun dışında başka bir kişinin hukuki yararını korumak üzere dava açması durumunda, bu dava hukuki yarar yokluğundan reddedilmektedir. Hal böyle olmakla birlikte ülkemizde son yıllarda dernek, sendika gibi tüzel kişilerin, üyelerinin menfaatlerini korumak amacıyla toplu dava açıp açamayacakları tartışılmaya başlanmıştır.⁵⁶ Nihayet HMK'da "topluluk davası", bir dava türü olarak yer almıştır. HMK m.113 uyarınca "[d]ernekler ve diğer tüzel kişiler, statüleri çerçevesinde, üyelerinin veya mensuplarının yahut temsil

⁵⁶ Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz, s. 306.

ettikleri kesimin menfaatlerini korumak için, kendi adlarına, ilgililerin haklarının tespiti veya hukuka aykırı durumun giderilmesi yahut ilgililerin gelecekteki haklarının ihlal edilmesinin önüne geçilmesi için dava açabilir."

HMK'daki hüküm incelendiğinde topluluk davalarının, ancak tüzel kişiler tarafından ve üyelerinin menfaatlerinin korunması amacıyla açılabileceği anlaşılmaktadır.⁵⁷ Başka bir deyişle, Türk hukukunda gerçek kişilerin bir araya gelip toplu dava açması kabul edilmemektedir. Buna ek olarak, toplu dava açma gerekçeleri de sınırlı olarak sayılmıştır. Sınırlı sayılan durumlar arasında örneğin hakların tespiti, ihlalin önlenmesi veya durdurulması gibi yasal nedenler bulunmakta olup, uğranılan bir zararın tazminine ise bu bağlamda yer verilmemiştir. Bu da tazminat davalarının toplu dava biçiminde açılmasının önünde bir yasal engel oluşturmaktadır. Literatürde bazı yazarlar, haklı olarak, HMK'nun ilgili hükmünü, "AB hukukun gerisinde kalmış bir düzenleme" olarak nitelendirmişlerdir.⁵⁸

AB rekabet hukukunda, üye devletler nezdinde tazminat davalarının yaygınlaşmasını sağlamak üzere çalışmalar yapılmaktadır.⁵⁹

⁵⁷ Toplu davaya ilişkin bir hüküm de TKHK'da bulunmaktadır. TKHK m. 73(6) uyarınca "Tüketici örgütleri, ilgili kamu kurum ve kuruluşları ile Bakanlık; haksız ticari uygulamalar ve ticari reklamlara ilişkin hükümler dışında, genel olarak tüketicileri ilgilendiren ve bu Kanuna aykırı bir durumun doğma tehlikesi olan hâllerde bunun önlenmesine veya durdurulmasına ilişkin ihtiyati tedbir kararı alınması veya hukuka aykırı durumun tespiti, önlenmesi veya durdurulması amacıyla tüketici mahkemelerinde dava açabilir." HMK m. 113'de olduğu gibi TKHK m. 73(6)'da da ancak tüzel kişilerin davacı olabilmesine izin verilmiş ve dava açma nedenleri sınırlı olarak sayılmıştır.

⁵⁸ Erdem Büyüksağış ve Tuğçe Koyuncu, "Rekabet İhlallerinden Kaynaklanan Tazminat Davalarına İlişkin AB Yönergesi'nde Yer Alan Aktarma (Passing-On) Savunması ve Toplu Dava Hakkı", *BATİDER*, 2016, 32(1), s. 38.

⁵⁹ Bu bağlamda 2014/104 sayılı Rekabet İhlalinden Doğan Zararların Tazminine İlişkin Direktif (Directive 2014/104/EU on certain rules governing actions for damages under national law for infringements of the competition law provisions of the Member States and of the European Union [2014] OJ L349/1) Aralık 2014 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Söz konusu direktifte zararın kapsamı ve nasıl hesaplanacağı, zamanaşımı, rekabet otoritelerinin ihlal kararlarının tazminat davalarında delil kabul edilmesi, ihlale yol açan teşebbüslerin müteselsil sorumluluğu, dolaylı alıcı kuralı ve passing-on savunması, uzlaşma görüşmeleri gibi konularda düzenlemeler ve iyileştirmeler yapılmaktadır. Konuyla ilgili olarak bkz. Christopher Weidt, "The Directive on Actions for Antitrust Damages After Passing the European Parliament", *European Competition Law Review*, 2014, 35(9), s. 438-444; Stephen Wisking, Kim Dietzel ve Molly Herron, "European Commission Finally Publishes

Mehaz AB hukukundaki gelişmelerden AB üyeliği için aday ülke konumundaki Türkiye'nin de yararlanacağı tahmin edilmektedir.⁶⁰ Dolayısıyla ülkemizde de tazminat davalarının toplu dava biçiminde açılmasına imkân veren bir yasal düzenleme yapılabilir. Şayet ileride böyle bir düzenleme yürürlüğe girse bile, Türk yargı örgütünde tazminat davalarını farklı mahkemelerin karara bağlamaları nedeniyle toplu dava açılması *de facto* anlamsızlaşacaktır. Hâlbuki rekabet mahkemele-ri kurularak dolaylı alıcı olan ve zararları birbirine bağımlı olabilecek gerçek kişilerin **açacakları toplu tazminat** davaları bir arada görülebilir.⁶¹ Toplu davalara sağlayacağı kolaylık, rekabet mahkemelerine olan ihtiyacın ve bu mahkemelerin hiç de "gereksiz" olmadığını başka bir göstergesidir.

IV. Diğer Hukuk Sistemlerinde Rekabet Mahkemeleri Bulunmakta Mıdır?

Elbette rekabet mahkemeleri sadece Türk hukukuna özgü olmayacaktır; dünya çapında çeşitli ülkelerde de rekabet mahkemelerinin olduğu görülmektedir. Aslında rekabet mahkemelerinin "gereksiz" olmadığını başka bir kanıtı da, bu bağlamda başka ülkelerde de benzer mahkemelere yer verilmesidir. Diğer ülke uygulamaları incelendiğinde, Anglo-Sakson (Anglo-Amerikan) hukuk sistemi ile Kıta (Kara) Avrupası hukuk sistemine dâhil olan ülkeler arasında rekabet mahkemelerinin varlığı konusunda belirgin bir fark olduğu anlaşılmaktadır. Bu bölümde söz konusu iki hukuk sistemi üzerinden çeşitli ülke uygulamalarına değinilmektedir. Aşağıda ilk olarak İngiltere (Birleşik Krallık), Avustralya, Kanada, Güney Afrika ve Amerika Birleşik Devletleri (ABD) örnekleri incelenmektedir.

Measures to Facilitate Competition Law Private Actions in the European Union", *European Competition Law Review*, 2014, 35(4), s. 185-193.

⁶⁰ Hilal Utku, Belit Polat ve Seda Deniz, "Rekabet Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğu ve Tazminat Davalarında Usul Sorunları", *Rekabet Dergisi*, 2012, 13(1), s. 124-125.

⁶¹ Benzer bir görüş için bkz. Tuğçe Koyuncu, Rekabet Hukukunda Tazminat Davalarının Etkinliği Perspektifinden Toplu Dava Modelleri, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No: 128, Ankara, 2012, s. 81 ("...rekabet hukukunun uzmanlaşma gerektiren bir hukuk dalı olduğu da göz önüne alındığında, İngiltere'deki gibi rekabet ihlallerine bakmakla yetkilendirilmiş bir mahkemenin kurulması halinde katılmalı grup davasına ilişkin çözümler uzun vadede değerlendirilebilecektir.)

A. Anglo-Sakson (Anglo-Amerikan) Hukuk Sisteminde Rekabet Mahkemeleri

1. İngiltere

Anglo-Sakson hukuk sisteminin beşiği İngiltere’de Rekabet Temyiz Mahkemesi (*Competition Appeal Tribunal*), İngiliz rekabet otoritesi olan Rekabet ve Piyasalar Otoritesi’nin (*Competition and Markets Authority*, CMA) ve sektörel düzenleyici kurumların⁶² verdiği kararların yargısal denetimini yapmaktadır.⁶³ 2002 yılında kurulan İngiliz Rekabet Temyiz Mahkemesi, Rekabet ve Piyasalar Otoritesi’nin verdiği kararlar için hukuka uygunluk denetimi makamı olduğu kadar, aynı zamanda rekabet ihlalinden doğan tazminat davalarını da karara bağlama organıdır. İngiliz rekabet hukukunda tazminat davaları gerek CMA, gerekse sektörel düzenleyici kurumların verdiği bir ihlal kararının ardından, gerekse herhangi bir ihlal kararı bulunmaksızın doğrudan, Rekabet Temyiz Mahkemesi veya İngiltere ve Galler Yüksek Mahkemesi (*High Court of England and Wales*) nezdinde açılabilir.⁶⁴

2. Avustralya

Avustralya rekabet hukukunda Avustralya Rekabet ve Tüketici Komisyonu’nun (*Australian Competition and Consumer Commission*) verdiği kararlar aleyhine, 1965 yılında bu yana faaliyet gösteren Avustralya Rekabet Mahkemesi’ne (*Competition Tribunal*) başvurulabilir. Avustralya Rekabet Mahkemesi’nin, Avustralya Federal Mahkemesi ile organik bağları bulunmaktadır. Avustralya Rekabet Mahkemesi’nin kendi kaynağı bulunmamakta, kaynak kullanımı Federal Mahkeme tarafından gerçekleştirilmektedir. Ayrıca Federal Mahkeme’nin per-

⁶² İngiltere’de sektörel düzenleyici kurumlar şunlardır: Office of Communications (OfCOM), Office of Gas and Electricity Markets (OfGAS), Office of Rail and Road (ORR), Water Services Regulation Authority (OfWAT) ve Civil Aviation Authority (CAA). İngiliz hukukunda adı geçen sektörel düzenleyici kurumlar, İngiliz rekabet kanununu (Competition Act 1998) CMA ile birlikte uygulamaktadır. Richard Whish ve David Bailey, *EU Competition Law*, 8. Bası, Oxford University Press, Birleşik Krallık, 2015, s. 465.

⁶³ Bkz. <http://www.catribunal.org.uk/242/About-the-Tribunal.html> Erişim tarihi: 11.04.2017.

⁶⁴ Ahmet Fatih Özkan, “‘Brexit’ Sonrası İngiliz Rekabet Hukukunu Neler Bekliyor?”, *Rekabet Forumu*, 2016, Sayı: 104, s.11.

soneli Rekabet Mahkemesi'ne de yardımcı olmaktadır. Başvurular da Federal Mahkeme'ye yapılmaktadır.⁶⁵

3. Kanada

Kanada'da, 1986 yılından itibaren Kanada Rekabet Mahkemesi (*Competition Tribunal*) faaliyet göstermektedir. Kanada rekabet kanununun ihlali halinde soruşturma yapma yetkisi Kanada Rekabet Otoritesi'ndedir (*Competition Bureau*). Ancak Kanada Rekabet Otoritesi, İngiliz Rekabet ve Piyasalar Otoritesinde olduğu gibi kendi bünyesindeki uzmanların rekabet soruşturmasını yürüttüğü ve Kurul üyelerinin karar verdiği bir sistemle (*inquisitorial approach*) çalışmamaktadır. İngiltere ve Avustralya'daki sistemden farklı olarak Kanada'daki sistemde, rekabet soruşturmasını bir idari makam olan Kanada Rekabet Otoritesi yapmaktayken, bu soruşturmaların nihai kararını bir yargı makamu olan Kanada Rekabet Mahkemesi vermektedir (*prosecutorial approach*).⁶⁶

4. Güney Afrika

Kanada'da uygulanan sisteme benzer bir sistem, eski bir İngiliz sömürgesi ve diğer bir Anglo-Sakson ülkesi olan Güney Afrika'da da bulunmaktadır. Güney Afrika Rekabet Otoritesi'nin (*Competition Commission*) başlattığı rekabeti sınırlayıcı anlaşmalar ile hâkim duruma kötüye kullanılmasına ilişkin soruşturmalarda ve büyük ölçekli birleşme ve devralma dosyalarında karar mercii, 1998 yılında kurulan Güney Afrika Rekabet Mahkemesi'dir (*Competition Tribunal*). Rekabet Otoritesi, yalnızca küçük ve orta ölçekli birleşme ve devralma işlemlerini kendisi karara bağlayabilmektedir. Güney Afrika Rekabet Mahkemesi'nin kararlarına karşı ise Güney Afrika Rekabet Temyiz Mahkemesi'ne başvurulabilir (*Competition Appeal Court*).⁶⁷

5. Amerika Birleşik Devletleri

Temeli Anglo-Sakson hukuk sistemine dayanan Anglo-Amerikan

⁶⁵ Bkz. <http://www.competitiontribunal.gov.au/about> Erişim tarihi: 11.04.2017.

⁶⁶ Bkz. <http://www.ct-tc.gc.ca/Procedures/FAQs-eng.asp> Erişim tarihi: 11.04.2017.

⁶⁷ Bkz. <http://www.comptrib.co.za/about/faq/> Erişim tarihi: 11.04.2017.

hukuk sisteminin uygulandığı, üstelik modern rekabet hukukunun “beşiği” olan ABD’de ise ilginç bir biçimde genel mahkemelerden ayrı rekabet mahkemeleri faaliyet göstermemektedir. Rekabet hukuku davaları, diğer hukuk dallarından doğan davalar gibi, ABD’nin yargı birliğine dayanan mevcut yargı örgütü içerisinde görülmekte olup, ne federe düzeyde ne de federal düzeyde genel görevli mahkemelerden ayrı rekabet mahkemeleri yer almamaktadır. Federal düzeyde genel görevli mahkemeler arasında Eyalet Mahkemeleri (*District Courts*), Temyiz Mahkemeleri (*Courts of Appeals* veya *Appellate Courts*) ve son olarak Amerikan Federal Mahkemesi (*Supreme Court*) bulunmaktadır.⁶⁸

Aynı zamanda, pek çok rekabet hukuku sisteminden farklı olarak, ABD’de rekabet mevzuatının uygulanmasını sağlayan genellikle idari otoriteler değil (*public enforcement*), özel hukuk kişileridir (*private enforcement*). Özel hukuk kişilerine ek olarak idari makamlardan olan Adalet Bakanlığı Antitröst Dairesi (*Department of Justice*) ile Federal Ticaret Komisyonu (*Federal Trade Commission*) ve Eyalet savcıları da (*State attorneys general*) federal ve federe düzeyde rekabet hukukunun uygulanmasında rol oynamaktadır. ABD’de rekabet hukuku ağırlıklı olarak doğrudan mahkemeler tarafından uygulandığından, idari makamların kararlarına karşı yargıya başvurulması yerine eyalet mahkemelerinin kararlarına karşı temyiz mahkemelerine başvurulmasına daha sık rastlanmaktadır.

B. Kıta (Kara) Avrupası Hukuk Sisteminde Rekabet Mahkemeleri

Anglo-Sakson (Anglo-Amerikan) hukuk sisteminin uygulandığı ülkelerin aksine Kıta (Kara) Avrupası hukuk sistemine dâhil ülkelerde, genel olarak ayrı bir rekabet mahkemesi veya “rekabet yargısı” bulunmamaktadır. Bu hukuk sisteminde rekabet hukukuna ilişkin davalar, bazı ülkelerde adli yargıda bazı ülkelerde ise idari yargıda görülse de, mevcut genel bir yargı kolu içerisinde karara bağlanmaktadır. Aşağıda Almanya, Fransa, İtalya, Avusturya ve Hollanda örnekleri incelenmektedir.

⁶⁸ ABD yargı örgütü hakkında daha fazla bilgi için bkz. <http://www.uscourts.gov/sites/default/files/understanding-federal-courts.pdf> Erişim tarihi: 11.04.2017.

1. Almanya

Almanya'da Alman Rekabet Otoritesi'nin (*Bundeskartellsamt*) kararlarına karşı Düsseldorf Eyalet Mahkemesi'ne (*Oberlandesgericht Düsseldorf*) itirazda bulunulabilir. Söz konusu mahkemenin kararlarının yargısal denetimi ise Alman Federal Mahkemesi (*Bundesgerichtshof*) tarafından yapılmaktadır. Düsseldorf Eyalet Mahkemesi'nin iki, Alman Federal Mahkemesi'nin ise bir dairesi rekabet hukukunda uzmanlaşmıştır.⁶⁹

Almanya'da tazminat davaları ise ilk derece mahkemesi niteliğindeki ilgili bölge mahkemelerinde (*Landgerichte*) açılmaktadır. Bölge mahkemelerinin kararlarının vakıa ve hukuka uygunluk denetimi (*Berufung*), mahkemenin bulunduğu yargı çevresindeki eyalet mahkemeleri (*Oberlandesgericht*) tarafından yapılmaktadır. Eyalet mahkemelerinin kararlarının hukuki denetimi (*Revision*) için ise Alman Federal Mahkemesi'ne başvurulabilir.⁷⁰

2. Fransa

Fransız rekabet hukukunda Fransız Rekabet Otoritesi'nin (*Autorité de la Concurrence*) kararlarına karşı ilk önce Paris İstinaf Mahkemesi'ne (*Cour d'appel de Paris*), sonrasında ise Fransız Yargıtayı'na (*Cour de Cassation*) başvurulabilir.⁷¹ Yukarıda ifade edildiği üzere Fransa'da rekabet otoritesinin kararlarının hukuka uygunluk denetimini yapmak üzere idari yargı değil, adli yargı makamları görevlendirilmiştir. Tazminat davaları ise adli yargı ilk derece mahkemelerinde (asliye hukuk veya ticaret) açılmaktadır. Bu mahkemelerin verdiği kararlara karşı yine Paris İstinaf Mahkemesi'ne, sonrasında ise Fransız Yargıtayı'na başvurulabilir.⁷²

3. İtalya

İtalya'da İtalyan Rekabet Otoritesi'nin verdiği (*Autorità Garante*

⁶⁹ Bkz. http://unctad.org/sections/wcmu/docs/tdrbpconf6p019_en.pdf Erişim tarihi: 11.04.2017.

⁷⁰ Bkz. <https://iclg.com/practice-areas/competition-litigation/competition-litigation-2017/germany> Erişim tarihi: 11.04.2017.

⁷¹ Bkz. http://www.autoritedelaconurrence.fr/user/standard.php?id_rub=177&id_article=465 Erişim tarihi: 11.04.2017.

⁷² Bkz. <https://iclg.com/practice-areas/competition-litigation/competition-litigation-2017/france> Erişim tarihi: 11.04.2017.

della Concorrenza e del Mercato, AGCM) kararlara karşı Roma'da bulunan Bölge İdare Mahkemesi'ne (*Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio*) itiraz edilebilir. Bölge İdare Mahkemesi'nin nihai olmayan kararlarına ilişkin olarak İtalyan Danıştay (Consiglio di Stato) nezdinde temyiz yoluna başvurulabilir.

İtalya'da iptal davaları idari yargıda görülmekteyken, rekabet ihlalden doğan tazminat davaları ise adli yargı mahkemelerinde görülmektedir. İlk derece adli yargı mahkemelerinin verdiği kararlara karşı ilgili mahkemenin bulunduğu yargı çevresindeki Temyiz Mahkemesi'ne (*Corte di Appello*) başvurulabilir. Temyiz Mahkemesi'nin kararlarının hukuki denetimi ise İtalyan Yüksek Mahkemesi (*Corte di Cassazione*) tarafından yapılmaktadır.⁷³

4. Avusturya

Kıta (Kara) Avrupası hukuk sistemine dâhil bir ülke olsa da Avusturya'da, tıpkı Kanada ve Güney Afrika'da uygulanan sistemde olduğu gibi, Avusturya Rekabet Otoritesi'nin (*Bundeswettbewerbshörde*) başlattığı soruşturmalarda nihai karar verme yetkisi Avusturya Kartel Mahkemesi'ne (*Kartellgericht*) aittir. Avusturya Kartel Mahkemesi, Viyana Temyiz Mahkemesi'nin (*Oberlandesgericht Wien*) uzmanlaşmış bir dairesi olup, Avusturya rekabet mevzuatını uygulamakla görevlidir.

Avusturya Kartel Mahkemesi'nin kararlarına karşı ise Avusturya Federal Mahkemesi (*Oberster Gerichtshof*) bünyesinde uzmanlaşmış bir birim olan Avusturya Kartel Yüksek Mahkemesi'ne (*Kartellobergericht*) başvurulmaktadır. Avusturya Rekabet Otoritesi, kararlarını kendisi veremediğinden, ilgililer bu otoritenin değil Avusturya Kartel Mahkemesi'nin kararlarına itiraz edebilmektedir. Avusturya'da tazminat davaları ise adli yargı ilk derece mahkemelerinde (asliye hukuk veya ticaret) açılmaktadır.⁷⁴

⁷³ Bkz. <https://iclg.com/practice-areas/competition-litigation/competition-litigation-2017/italy> Erişim tarihi: 11.04.2017.

⁷⁴ Bkz. <https://iclg.com/practice-areas/competition-litigation/competition-litigation-2017/austria> Erişim tarihi: 11.04.2017.

5. Hollanda

Hollanda’da ayrı bir ilk derece rekabet mahkemesi bulunmamakla birlikte, rekabet hukukundan doğan davalar için genel temyiz mahkemesinden ayrı olarak özel görevli bir temyiz mahkemesi oluşturulmuştur. Hollanda’nın rekabet otoritesi olan Tüketiciler ve Piyasalar Otoritesi’nin (*Autoriteit Consument & Markt*) kararlarının iptali için ilk olarak Rotterdam’da bulunan Bölge Mahkemesi’ne (*Arrondissement-rechtbank te Rotterdam*), sonrasında ise temyiz mercii olarak Lahey’de bulunan Ticaret ve Sanayi Temyiz Mahkemesi’ne (*College van Beroep voor het bedrijfsleven*) başvurulmaktadır.⁷⁵

İdari yargıda genel görevli Temyiz Mahkemesi’nden (*Raad van State*) ayrı olarak, yine idari yargı bünyesinde Ticaret ve Sanayi Temyiz Mahkemesi sadece rekabet hukukuyla değil, örneğin telekomünikasyon hukuku gibi üst bir başlık olarak “ekonomi hukuku” kapsamına giren diğer hukuk dallarından doğan davalar için de temyiz incelemesi yapmaktadır.⁷⁶ Hollanda örneği, Kıta (Kara) Avrupası hukuk sistemine dâhil ülkelerde de rekabet davaları için, yüksek mahkeme derecesinde de olsa, ayrı bir uzmanlık mahkemesi oluşturulabileceğini göstermesi açısından önemlidir.

Hollanda’da rekabet ihlalden doğan tazminat davaları ise adli yargı bünyesinde bulunan ilk derece mahkemesi niteliğindeki ilgili bölge mahkemelerinde (*Rechtbanken*) açılmaktadır. Bölge mahkemelelerinin verdiği kararların vakia ve hukuka uygunluk denetimi için ilgili bölge mahkemesinin yargı çevresindeki ve adli yargı bünyesindeki temyiz mahkemelerine (*Gerechtshoven*) başvurulabilir. Temyiz mahkemelerinin kararlarının hukuki denetimi ise Hollanda Yüksek Mahkemesi (*Hoge Raad der Nederlanden*) tarafından yapılmaktadır.⁷⁷

⁷⁵ George Cumming ve Mirjam Freudenthal, *Civil Procedure in EU Competition Cases Before the English and Dutch Courts*, Kluwer Law International, Birleşik Krallık, 2010, s. 179.

⁷⁶ Bkz. <https://www.rechtspraak.nl/Organisatie-en-contact/Organisatie/College-van-Beroep-voor-het-bedrijfsleven/Paginas/default.aspx> Erişim tarihi: 13.04.2017.

⁷⁷ Bkz. <http://www.lexadin.nl/wlg/courts/nofr/eur/lxctned.htm> Erişim tarihi: 13.04.2017.

V. Nasıl Bir Rekabet Mahkemesi Kurulmalıdır?

A. Önerilen Senaryo: Rekabet Mahkemelerinin İlk Derece Mahkemesi Derecesinde Kurulması

1. Rekabet Mahkemeleri İçin Adli Yargı Çatısı

Rekabet mahkemelerinin nasıl olmasına ilişkin ilk akla gelen ve en radikal model bunların “ilk derece mahkemesi” derecesinde kurulmasıdır. İlk derece mahkemeleri, davanın ilk kez görülerek karara bağlandığı ve verdiği kararlara karşı üst derece mahkemelerine ve koşulları varsa yüksek mahkemeye başvurulduğu mahkemelerdir.⁷⁸ Rekabet mahkemeleri ilk derece mahkemesi olarak örgütlenecek olursa RK kararlarına karşı açılan iptal davaları ile rekabet ihlallerinde zarar görenlerce doğrudan (*stand-alone action*) veya RK tarafından verilen bir ihlal kararının ardından (*follow-on action*) açılan tazminat davaları ilk olarak rekabet mahkemeleri tarafından karara bağlanacaktır. Rekabet mahkemelerinin kararlarına karşı üst derece mahkemelerine istinaf, yüksek mahkemeye de temyiz yoluna başvurulabilecektir.

Rekabet mahkemelerinin, ilk derece mahkemesi derecesinde kurulması durumunda söz konusu mahkemelerin adli yargı çatısı altında mı, yoksa idari yargı çatısı altında mı olması sorusu gündeme gelecektir. Öncelikle konusunu iktisadi faaliyetlerin oluşturduğu rekabet hukukunun süjeleri, ağırlık olarak özel hukuk gerçek ve tüzel kişileridir.⁷⁹ Bunun dışında, RK’ya bildirilmesi gereken birleşme ve devralma işlemlerinde ortaklık yapılarının belirlenmesinde özel hukukun bir dalı olan ticaret hukukunun belirgin bir rolü bulunmaktadır.⁸⁰ Ayrıca, rekabet ihlalden doğan tazminat sorumluluğu, özel hukuktaki “haksız fiil” esa-

⁷⁸ Medeni usul hukukunda ilk derece mahkemesine alternatif olarak “bidayet mahkemesi”, “hüküm mahkemesi” veya “yerel (mahalli) mahkeme” ibareleri de kullanılmaktadır. Bkz. Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz, s. 85.

⁷⁹ Serbest piyasa ekonomilerinde iktisadi faaliyette bulunanlar ise özel teşebbüslerdir. Bu itibarla rekabet hukuku, piyasada serbest ve adil rekabet düzenini sağlamak amacıyla özel teşebbüslere uygulanan kurallar bütünüdür. Şüphesiz bu kurallar kamu teşebbüslerine de uygulanabilir niteliktedir. Zira 4054 sayılı Kanun kapsamında kamu ve özel teşebbüs ayrımı yapılmamaktadır.

⁸⁰ Ateş, s. 351 (“...teşebbüslerin birleşme ve devralma işlemleri... gibi konularda ekonomik bütünlük, tek kontrol, ortak kontrol, belirleyici etki, ciro gibi bazı rekabet hukuku kavramlarının yorumunda ticaret hukuku mevzuatı, uygulaması ve öğretisinden de önemli ölçüde yararlanılabilmektedir.”)

sına dayanmaktadır.⁸¹ Son olarak, rekabet mahkemeleri için örnek model olan Fikri ve Sınâî Haklar Mahkemeleri de adli yargı çatısı altında örgütlenmiştir. Tüm bu nedenler göz önüne alındığında, rekabet mahkemeleri için idari yargı değil, adli yargı bünyesi tercih edilmelidir.⁸²

2. Rekabet Mahkemelerinde Görev Alabilecek Hâkimler ve Uzmanlar

Rekabet mahkemeleri oluşturulurken bir uzmanlık mahkemesi olan aile mahkemelerinin örgütlenmesinden yararlanılmalıdır. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun aile hukuku kitabından doğan uyuşmazlıkları karara bağlamakla görevli mahkemeler aile mahkemeleridir. Aile mahkemelerini genel görevli mahkemelerden ve diğer uzmanlık mahkemelerinden ayıran bir özelliği de bünyesinde pedagog, psikolog ve sosyal araştırmacı gibi uzman niteliğindeki kişilerin bulunmasıdır (4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun m. 5).⁸³ Özellikle velayet ve evlat edinmeye ilişkin davalarda çocukların korunması gerekçesiyle aile mahkemeleri bünyesindeki psikologlar tarafları dinler ve bir rapor hazırlar. Yine aile mahkemelerinde görev yapan hâkimlerin de tercihan aile hukuku alanında lisansüstü eğitim (yüksek lisans veya doktora) yapmış olmaları aranmaktadır (m. 3). Bu düzenlemeyle hâkimlerin konuya ilişkin uzmanlık düzeyinin artırılması hedeflenmektedir.

⁸¹ Konuyla ilgili olarak bkz. Kerem Cem Sanlı, "Türk Rekabet Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğu", *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-I*, 4 Nisan, Erciyes Üniversitesi, Kayseri, 2003, s. 211-276.

⁸² Ayrıca bkz. Haluk Arı, "Rekabet Kurulu'na 5728 sayılı Kanunla Verilen, Cezalara İlişkin Yönetmelik Çıkarma Yetkisinin Kanunilik İlkesi Bağlamında Değerlendirilmesi", *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-VI*, 4-5 Nisan, Erciyes Üniversitesi, Kayseri, 2008, s.357 ("...rekabet hukukuna ilişkin hukuk kurallarının oluşumu özel hukuk menseldir. Dolayısıyla, özel hukuk menseli olan kuralları idari makamlar tatbik ediyor diye bunu mutlak surette idari yargıya vermek gerekmez.").

⁸³ Kanunda yer alan uzmanlardan psikolog, psikolojiyle uğraşan kimsedir. Psikolog, bireylerin duygu ve düşüncelerini, davranışlarını, zekâ ve yeteneklerini anlamaya çalışarak, onların davranışlarını düzeltmelerine ve geliştirmelerine yardımcı olur ve onların çevreleriyle olan uyum sürecindeki sorunları inceleyip çözüm yolları sunmaya çalışır. Pedagog, eğitim bilimi uzmanıdır. Özellikle çocuklarla ilgili çalışmalar yapan pedagog, çocukların sosyal problemlerinin çözümüyle ilgilenir. Sosyal çalışmacı ise insanların sosyal hayatıyla ilgili çalışmalar yapan sosyal hizmet uzmanıdır. Aziz Serkan Arslan, "Türk Aile Mahkemelerinin Yapısı ve Yargılama Usulü", *Ankara Barosu Dergisi*, 2010, Yıl: 68, Sayı: 2010/1, s. 192.

Rekabet mahkemelerinde görev alacak hâkimlerin de rekabet hukukunda lisansüstü eğitim yapmış olması aranabilir. Türkiye’de doğrudan rekabet hukuku üzerine yüksek lisans veya doktora programları bulunmasa da, ekonomi hukuku veya özel hukuk başlıkları altında rekabet hukukuyla ilgili dersler içeren programlar mevcuttur. Bu türden lisansüstü programlarda hâkim adaylarının rekabet hukuku alanında –ki rekabet hukuku pek çok açıdan hala bakir bir alandır– yüksek lisans ve doktora tezi yazması mümkündür. Daha da önemlisi davalarda rekabet hukukçularının zayıf kaldığı karmaşık ekonomik konuların çözüme kavuşturulmasını sağlamak üzere, kurulacak rekabet mahkemeleri bünyesinde ekonomist, ekonometrist, istatistikçi vb. uzmanlar görev yapabilir. Bu sayede mevcut uygulamadaki bilirkişilik kurumunun rolü azalır, davalar daha hızlı ve objektif biçimde sonlandırılabilir.

3. Rekabet Mahkemelerinin Görev Alanı

Görev, belirli bir davaya o yerdeki (il veya ilçedeki) ilk derece mahkemelerinden hangisi tarafından bakılacağını belirtir.⁸⁴ Asliye hukuk mahkemesi derecesinde kurulabilecek rekabet mahkemeleri ile diğer adli yargı mahkemeleri arasındaki ilişki, HMK anlamında “görev” ilişkisi olarak düzenlenmelidir (m. 1 vd.). Belli bir yargı çevresinde bir rekabet mahkemesinin bulunması halinde, rekabet davaları özel görevli bu rekabet mahkemesinde görülmelidir. Zira özel görevli mahkemelerin görevi, genel görevli mahkemelerin görevinden önce gelmektedir.⁸⁵ Ayrı bir rekabet mahkemesinin bulunmadığı yargı çevrelerinde ise dava, rekabet mahkemesi sıfatıyla asliye hukuk mahkemelerinde açılmalıdır.⁸⁶ Göreve ilişkin bu durum, yine HMK bağlamında bir “dava şartı” olarak kabul edilmelidir (m. 114(1)(c)). Rekabet mahkemelerinin görev alanı, 4054 sayılı Kanun’un uygulanmasından doğan her türlü dava ile kanunla öngörülen diğer davalar olmalıdır.

⁸⁴ Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz, s. 191.

⁸⁵ *ibid.*

⁸⁶ 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun’un 6(2). maddesinde asliye hukuk mahkemelerinin, sulh hukuk mahkemelerinin görevleri dışında kalan ve özel hukuk ilişkilerinden doğan her türlü davalara bakacağı, ancak özel kanunlarla kurulan mahkemelerin görevlerinin saklı olduğu belirtilmektedir. Buradan hareketle belli bir il merkezinde veya ilçede bir rekabet mahkemesinin bulunmadığı durumlarda, 4054 sayılı Kanun’dan doğan davalar rekabet mahkemesi sıfatıyla o yerdeki asliye hukuk mahkemeleri tarafından görülebilecektir.

Literatürde de bazı yazarlar rekabet mahkemelerinin ilk derece ve uzmanlık mahkemesi statüsünde kurulmasını savunmaktadır. Örneğin Ateş, rekabet davalarının “bir ihtisas mahkemesince denetlenmesi[nin] ülkemiz bakımından yerinde olaca[ğ]ını” ifade ettikten sonra, bu doğrultuda “bir ‘Rekabet İhtisas Mahkemesi’ kurulma[sını], bu mahkeme[nin] hem Rekabet Kurulu kararlarının hukuka uygunluğunu denetleme[sini] hem de rekabet ihlalinin kaynaklanan kişisel zararlar için özel hukuk alanında ortaya çıkan ihtilaflara bakma[sı]” gerektiğini ileri sürmüştür.⁸⁷ (Haluk) Arı, bir rekabet mahkemesinin kurulması gerektiğini, rekabet hukukuna ilişkin tüm konulara tamamen bu mahkemenin karar vermesini ve bunun bir tercihten öte bir zorunluluk olduğunu ileri sürmüştür.⁸⁸ (Zekeriyya) Arı da tazminat davaları açısından “ihtisas mahkemelerinin” kurulmasının yerinde olacağı görüşündedir.⁸⁹

4. Rekabet Mahkemelerinin Yetkisi

Yetki, bir davanın hangi yerdeki (il veya ilçedeki) görevli mahkeme tarafından görüleceğini ifade eder.⁹⁰ Yetki açısından öncelikle Rekabet Kurumu’nun bulunduğu yer mahkemesi olması nedeniyle her hâlükârda Ankara’da rekabet mahkemeleri kurulmalıdır.⁹¹ İş yükünün ağırlığına göre diğer yargı çevrelerinde de (örneğin İstanbul, İzmir, Bursa vs.) rekabet mahkemeleri kurulabilir. Ayrıca iş yükünün ağırlığına göre yine rekabet mahkemesi bünyesinde birden fazla daire kurulması da gündeme gelebilir. İlk olarak HMK’daki genel yetki kuralı (m. 6) uyarınca, davalının yerleşim yerinde rekabet mahkemesi varsa bu mahkeme genel yetkili olmalıdır. Bunun dışında, yine HMK’daki haksız fiil halindeki özel yetki kuralında (m. 16) olduğu gibi, tazminat konusu rekabet ihlalinin işlendiği yer veya zararın meydana geldiği yer ya da zararı görenin yerleşim yeri mahkemesi de özel yetkili sayılmalıdır. Yine sözleşmeden doğan davalarda yetki (m. 10),

⁸⁷ Ateş, s. 181.

⁸⁸ Arı, s. 348.

⁸⁹ Zekeriyya Arı, Rekabet Hukukunda Danışıklılık Kavramı ve Hukuki Sonuçları, Seçkin Kitabevi, Ankara, 2004, s. 235.

⁹⁰ Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz, s. 201.

⁹¹ İş yoğunluğu göz önüne alındığında Ankara il merkezinde rekabet mahkemelerinin kurulmasının yeterli olacağı, bunun yanında hukuk yargılamalarında olduğu gibi Ankara’nın Sincan ya da Gölbaşı gibi ilçelerinde ayrı rekabet mahkemelerinin kurulmasına gerek olmayacağı düşünülebilir.

şubenin bulunduğu yer mahkemesinin yetkisi (m. 14) vb. diğer özel yetki kurallarının da uygulanması gündeme gelebilir.

Genel ve özel yetki kurallarından farklı olarak medeni usul hukukunda bir de “kesin yetki” kavramı bulunmaktadır. Kesin yetki kuralının geçerli olduğu bir dava, yalnızca mevzuatta belirtilen kesin yetkili mahkemede açılabilir. Ancak kesin yetki kuralı istisnadır.⁹² Rekabet mahkemelerinin yetkisi açısından kesin yetkiden kaçınılmalıdır. Bunun nedeni iptal davaları ile tazminat davalarının aynı mahkemede görülecek olması ve bu iki davanın birbirleriyle olan yakın ilişkisidir. Örneğin davanın RK kararının iptaline ilişkin olması halinde Ankara rekabet mahkemeleri kesin yetkili olarak kabul edilmemelidir. Mesela Ankara dışındaki rekabet mahkemelerinde açılan bir tazminat davası kapsamında davacının tazminat istemine karşı, davalının da RK kararının iptalini talep ettiği bir durumda şayet kesin yetki kuralı olursa iptal istem için Ankara rekabet mahkemelerinde dava açılması gerekecektir. Dolayısıyla kesin yetkinin neden olmaması gerektiğinin anlaşılması için rekabet davalarında izlenilecek yargılama usulü incelenmelidir.

5. Rekabet Davalarında İzlenilecek Yargılama Usulü

İlk derece rekabet mahkemelerinin kurulmasıyla birlikte hem RK kararlarının iptali davaları, hem de rekabet ihlali nedeniyle açılacak tazminat davaları aynı mahkemede görüleceğinden, bu davaların birbirleriyle olan ilişkisi özel olarak düzenlenmelidir. Öncelikle tazminat davası kapsamında rekabet mahkemesi, konuyla ilgili olarak RK’nın herhangi bir kararı bulunmuyorsa,⁹³ ilk önce rekabet ihlalinin araştırıp bu konuda kendisi bir tespit yapmalıdır. Rekabet mahkemesi ihlalin varlığını tespit ederse,⁹⁴ tazminat talebini karara bağlamalı ve şartları

⁹² Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz, s.219.

⁹³ Konuyla ilgili olarak RK’nın hâlihazırda devam eden bir incelemesi veya soruşturması bulunması durumunda rekabet mahkemelerinde hüküm verilebilmesi, idari bir makam olan RK’nın tespitine bağlı olacağından, HMK’daki “bekletici sorun” (m. 165) kurumu uyarınca rekabet mahkemeleri tazminat davası kapsamında yargılamayı RK’nın konuyla ilgili nihai kararını vermesine kadar bekletebilir.

⁹⁴ Tazminat davası kapsamında rekabet mahkemesinin ihlal tespiti yapması halinde, RK’nın nasıl bir yol izleyeceği üzerine düşünülmelidir. Bir mahkemenin ihlal tespiti yapmasının ardından 4054 sayılı Kanun’u uygulamakla görevlendirilmiş RK’nın, konuya ilişkin olarak bir soruşturma açması ve adı geçen kanunla öngö-

oluşmuşsa da tazminata hükmetmelidir. Eğer RK konuyla ilgili olarak şikâyetin reddine (veya soruşturma sonucu bir ihlalin bulunmadığına) karar vermişse, davacı ya bu karara karşı doğrudan iptal davası açmalı ya da açtığı tazminat davası kapsamında tazminat talebinden önce ilk olarak RK kararının iptalini rekabet mahkemesinden talep etmelidir.

Başka bir alternatif olarak, RK'nın konuyla ilgili olarak verdiği bir ihlal kararının bulunması halinde, rekabet mahkemelerinde açılacak tazminat davasında ilgili karar rekabet ihlalinin varlığına ilişkin bir "takdiri delil"⁹⁵ oluşturmalıdır (*prima facie evidence*). Bilindiği üzere mahkemelerin verdikleri kararlar, "kesin hüküm" halini aldıktan sonra hukuk âleminde ve bu arada diğer mahkemeler nezdinde "kesin delil" olarak değerlendirilirken, mahkemeler dışında kuruluşların, örneğin kamu kuruluşlarının, verdiği kararlar ise mahkemeler nezdinde ancak "takdiri delil" olabilir. Buradan hareketle RK'nın ihlal kararı, rekabet mahkemelerinde görülecek tazminat davalarında yalnızca "takdiri delil" olabilecektir. Yani rekabet mahkemeleri, RK'nın ihlal kararıyla hukuken bağlı olmayacak ve gerektiği takdirde bunun aksini kararlaştırabilecektir. RK'nın ihlal kararının takdiri delil olması sonucu, ihlalin bulunmadığını iddia eden davalı bu iddiasını ispat ile yükümlü olacaktır.⁹⁶

Literatürde RK kararlarının kesin delil olmasına sıcak bakılma-

rülen kamusal menfaati sağlamak amacıyla, rekabet mahkemesi tarafından verilen ihlal kararının gereğini yerine getirmek üzere teşebbüslerin bir önceki mali yıldaki ciro bilgileri ile ağırlaştırıcı ve hafifletici nedenleri de dikkate alarak teşebbüslere idari para cezası uygulamasının uygun olacağı ileri sürülebilir.

⁹⁵ Bir delil eğer hâkimi bağlayıcı nitelikte ise kesin delil, eğer hâkim tarafından serbestçe değerlendirilebiliyor ise takdiri delildir. Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz, s. 384-385.

⁹⁶ Belirtmek gerekir ki bu uygulama mehz mevzuatla da uyumlu olacaktır. Yukarıda adı geçen 2014/104 sayılı Rekabet İhlalinden Doğan Zararların Tazminine İlişkin Direktif'in kabul edilmesiyle birlikte AB düzeyinde rekabet otoritelerinin verdiği ihlal kararlarının, tazminat davaları kapsamında delil olma konusu net kurallara bağlanmıştır. Söz konusu direktifin 9. maddesinin 1. fıkrasına göre bir üye devletin kendi rekabet otoritesinin verdiği ihlal kararları, o üye devletin kendi mahkemelerinde görülen tazminat davaları kapsamında kesin delil olarak değerlendirilmektedir. Direktifte bu husus "aksi kanıtlanamayacak biçimde ortaya koyulmuş" (irrefutably established) şeklinde ifade edilmiştir. Direktifin 2. fıkrası uyarınca ise başka üye devletlerin rekabet otoriteleri tarafından verilen ihlal kararları, bir üye devletin kendi mahkemelerinde görülen tazminat davaları kapsamında en azından takdiri bir delil (*prima facie evidence*) olarak değerlendirilmektedir.

maktadır. Örneğin *Güven*, adli yargıya başvurulduğu sırada RK’nın mevcut bir ihlal kararının olması halinde, RK kararının bir mahkeme kararı olmaması nedeniyle kesin delil oluşturmayacağını ve mahkeme tarafından ancak takdiri delil olarak dikkate alınabileceğini belirttikten sonra, RK kararının Danıştay incelemesinden geçerek kesinleşmiş olması halinde ise ilgili Danıştay kararının adli yargıdaki tazminat davalarında kesin delil olacağına dikkat çekmektedir.⁹⁷ Aynı şekilde İnan da RK’nın bir yargı organı olmayıp idari bir makam olduğu, bu nedenle adli yargıda çatısı altındaki mahkemeleri RK’nın idari kararlarıyla bağlı tutmanın mümkün olmadığı, bunun yargı bağımsızlığıyla çelişeceği görüşündedir.⁹⁸ Her hâlükarda RK’nın kararları kesin delil olmasa da, RK’nın 20 yıllık rekabet hukuku deneyimi düşünüldüğünde, rekabet mahkemeleri tarafından göz ardı edilemeyecek nitelikte olacaktır.⁹⁹

RK’nın verdiği ihlal kararlarının takdiri delil olması sonucu ortada bir rekabet ihlalinin bulunmadığını ispat edebilmek açısından davalı, tazminat davasına dayanak teşkil eden RK kararının iptalini mahkemeden talep edebilmelidir. Tazminat davası kapsamında eğer davalı RK kararına karşı itiraz ederse, yani ortada bir rekabet ihlalinin bulunmadığını iddia ederse, rekabet mahkemeleri tazminat istemini karara bağlamadan önce HMK anlamında bir “ön sorun” (m. 164) olarak RK kararının hukuki denetimini yapmalıdır.¹⁰⁰ Usul ekonomisi açısından RK kararına itiraz talebi ayrı bir dava açılmak suretiyle, başka bir deyişle karşı dava şeklinde incelenmemeli, davacı tarafından açı-

⁹⁷ Pelin Güven, “Rekabet Hukukuna Dayalı Tazminat Davalarının Mahkeme Kararları Işığında Değerlendirilmesi”, *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-V*, 6-7 Nisan, Erciyes Üniversitesi, Kayseri, 2007, s. 226.

⁹⁸ Nurkut İnan, “4054 Sayılı Rekabet Korunması Hakkında Kanun’un Özel Hukuk Hükümlerine Eleştirisel Bir Bakış”, *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-II*, 9 Nisan, Erciyes Üniversitesi, Kayseri, 2004, s. 63.

⁹⁹ Ayrıca, rekabet mahkemeleriyle birlikte adli yargı-idari yargı iki başlılığı da ortadan kalkacağından adli yargıda tazminat davası devam ederken, idari yargıda RK kararının istinaf sürecinde Bölge İdare Mahkemesi veya Danıştay tarafından onaylanması durumunda, kesinleşmiş bu kararın ihlal için bir kesin delil oluşturması ve mevcut durumdaki gibi bu hususun davacıya yaşatabileceği sorunlar da hiç doğmayacaktır.

¹⁰⁰ Görülmekte olan bir davada uyuşmazlığın esasının karara bağlanmasından önce çözümlenmesi gereken bazı tali sorunlar ortaya çıkabilir. Bu gibi hallerde mahkemenin, davanın esası hakkında karar verebilmesi için önce bu sorunları çözmesi gerekir. Bu tür sorunlara “ön sorun” adı verilmektedir. Arslan/Yılmaz/Taşpınar *Ayvaz*, s. 475.

lan tazminat davası bağlamında öncelikle karara bağlanması gereken bir ön sorun olarak değerlendirilmelidir. Tazminat davası kapsamında RK'nın verdiği ihlal kararının rekabet mahkemesi tarafından iptal edilmesi durumunda, ortada bir rekabet zararı da kalmayacağından, tazminat istemi reddedilmelidir.

Son olarak, herhangi bir tazminat istemi olmaksızın sadece RK kararının iptalinin talep edildiği durumlarda ise (örneğin şikâyeti reddedilen teşebbüsün, kararın iptalini talep ederek yeniden soruşturma açılmasını sağlamak istemesi) davalının Rekabet Kurumu olması nedeniyle genel yetkili mahkeme Ankara rekabet mahkemeleri olmalıdır. Sonuç olarak, tazminat davası bağlamında davalının RK'nın ihlal kararının iptalini talep edebilmesi nedeniyle, iptal davaları kesin yetki kuralına tabi olmamalıdır. İptal davası açabilmek için Ankara rekabet mahkemelerinin kesin yetkili sayılması halinde, iptal davaları yalnızca bu mahkemelerde açılmak durumunda kalacağından, ama tazminat davası ihlalin gerçekleştiği veya zararın doğduğu yer mahkemesinde de açılacağından, genel görevli mahkemelerde ayrı rekabet mahkemelerinin kurulmasının bir anlamı kalmayacaktır. Ayrıca bu ihtimalde, adli yargı-idari yargı örneğindeki gibi yeni bir iki başlılığın doğması gündeme gelebilecektir.

6. Rekabet Mahkemelerinde Dava Açma Süresi ve Zamanaşımı

Rekabet mahkemelerinin kurulmasıyla birlikte, hâlihazırda zaten çeşitli belirsizlikler içeren tazminat davası açma süresi ile RK kararlarının iptali için dava açma süresine ilişkin düzenleme yapılması da faydalı olacaktır. Öncelikle iptal davası açabilmek için RK'nın kararını vermesinin ardından belli bir süre sınırı olmalıdır. 4054 sayılı Kanun'un "*Kurul Kararlarına Karşı Yargı Yolu*" madde başlıklı 55. maddesinde herhangi bir süre öngörülmediğinden, mevcut durumda 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu (İYUK) uyarınca RK kararlarının iptali istemiyle açılacak davalar için dava açma süresi 60 gündür.¹⁰¹ Rekabet mahkemelerinin kurulmasıyla birlikte RK kararlarının iptali

¹⁰¹ İYUK m. 7 uyarınca "[d]ava açma süresi, özel kanunlarında ayrı süre gösterilmeyen hallerde Danıştay'da ve idare mahkemelerinde altmış ve vergi mahkemelerinde otuz gündür."

adli yargı mahkemelerine bırakılabileceğinden idari yargı için geçerli 60 günlük bu süre yerine, HMK’da adli yargıda istinaf için öngörülen 2 hafta (m. 345) veya temyiz için öngörülen 1 aylık (m. 361) sürelerden birinin, örneğin daha uzun olması nedeniyle 1 aylık sürenin, uygulanması düşünülebilir.

Ancak tazminat davası kapsamında davalının yukarıda açıklandığı üzere iptal isteminde bulunması halinde ise normalde iptal davası için süre sınırı bu kadar kısa olmamalıdır. Tazminat davası RK’nın verdiği bir ihlal kararının ardından açılmışsa ve RK’nın kararına karşı iptal davası açma süresi de geçmişse, davalının RK kararının iptali isteminde bulunamayacağını kabul edilmesi davalının rekabet ihlalinin yokluğunu ispat etmesini güçleştirecektir. Bu nedenle, tazminat davası kapsamında iptal istemine ilişkin süre RK kararının verilmesinden itibaren her hâlükârda 10 yıl olmalıdır. 10 yıllık süre, bir taraftan davalının rekabet ihlalinin yokluğunu ispat etmesini kolaylaştıracak, diğer taraftan da hukuk güvenliğinin sağlanması ve yargılama makamlarının geçmişteki olaylarla uzun süre meşgul edilmemesi açısından makul bir süre olacaktır. Son olarak, tazminat davası açısından ise zamanaşımı, rekabet zararının ve failin öğrenilmesinin ardından BK m. 72’ye uygun olarak 2 yıl ve 10 yıl olmalıdır.¹⁰² Tazminat davası öncesi RK’ya başvurulması halinde ise zamanaşımı kesilmelidir.

B. Gerçekçi Senaryo: İstinaf Mahkemeleri Bünyesinde Rekabet Hukukunda Uzman Ayrı Bir Daire Oluşturulması

1. İstinaf Kanun Yolu ve İstinaf Mahkemelerinin Oluşumu

Yukarıda bahsi geçen önerilen senaryonun ardından bu bölümde ifade edilen modelin “gerçekçi senaryo” olarak adlandırılmasının nedeni, Türk yargı örgütünde Temmuz 2016 tarihinden itibaren istinaf kanun yolunun yürürlüğe girmesi ve istinaf incelemesi yapacak

¹⁰² Belirtmek gerekir ki rekabet ihlalden doğan tazminat davalarında zamanaşımı konusu, 4054 sayılı Kanun’da düzenlenmemiştir. Yargıtay’ın son tarihli kararlarında rekabet ihlalden doğan tazminat davalarında zamanaşımının başlangıcı olarak davacının RK’ya başvuru tarihi esas alınmakta ve süre açısından ise 5236 sayılı Kabahatler Kanunu’nun 20. maddesinin 3. fıkrasına gönderme yapılmaktadır. Kabahatler Kanunu’nun adı geçen maddesine göre “[n]ispi idari para cezasını gerektiren kabahatlerde zamanaşımı süresi sekiz yıldır.” Yargıtay 11. HD, 27.10.2015 tarih ve E.2015/3450, K.2015/11139 sayılı karar (Kazancı İBB).

bölge adliye ve idare mahkemelerinin kurulmasıdır. İstinaf öncesinde ayrı bir rekabet mahkemesi kurulması cazip bir modeldi. Ancak istinaf sonrası, temyiz kanun yoluna ek bir de istinaf kanun yolunun devreye girmesiyle birlikte ilk derece adli yargı mahkemeleri ile Yargıtay ve ilk derece idare mahkemeleri ile Danıştay arasına bir de sırasıyla bölge adliye mahkemeleri ve bölge idare mahkemeleri eklenmiştir. Başka bir deyişle, Türkiye’de üç dereceli bir yargılama sistemine geçilmiştir.¹⁰³ Bu ilişkide ilk derece mahkemesi safhası tamamlanmadan doğrudan istinaf yoluna veya istinaf yolu “bypass edilerek” doğrudan temyiz yoluna başvurulamamaktadır.

İstinafın uygulanmaya başlanmasıyla hem ilk derece mahkemelerinde, hem istinaf merciinde, hem de temyiz merciinde aynı anda rekabet hukuku alanında uzmanlaşma sağlanması pek mümkün görünmemektedir. Başka bir deyişle, istinafın ardından yargı makamları nezdinde rekabet hukuku alanında uzmanlaşma sağlama açısından gerçekçi yol, istinaf mahkemelerinde rekabet hukukundan doğan davalara bakan ayrı bir daire oluşturmaktır. Üstelik Türkiye’de istinaf mahkemeleri kurulurken tam da bu doğrultuda hareket edilmiştir. Örneğin Ankara Bölge Adliye Mahkemesi kurulurken asliye ticaret mahkemelerinde görev yapan hâkimlerin bir bölümü yeni açılacak Ankara Bölge Adliye Mahkemesi’nde ticaret hukukuyla ilgili davaların görüleceği daireye, iş mahkemelerinde görev yapan hâkimlerin bir bölümü ise yine iş hukukuyla ilgili davaların görüleceği daireye atanmıştır.

2. Rekabet Mahkemeleri İçin İstinaf Mahkemesi Modeli

İstinaf mahkemelerinde uzman dairelerin oluşturulması yöntemi rekabet hukukunda uzmanlaşma açısından da uygulanabilir niteliktedir. Bu doğrultuda rekabet hukukundan doğan davaların istinaf incelemesinin, bölge adliye veya bölge idare mahkemeleri nezdinde kurulacak ayrı bir daire tarafından yapılması düşünülebilir. Mevcut durumda, Danıştay bünyesinde rekabet hukukuyla ilgili davalar tek bir daire (13. Daire) tarafından incelenerek karara bağlanmaktadır.¹⁰⁴

¹⁰³ Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz, s. 86.

¹⁰⁴ 31.12.2016 tarih ve 29935 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan Danıştay Başkanlık Kurulu’nun 29.12.2016 tarih ve 2016/72 sayılı kararında belirtildiği üzere hâlihazırda Danıştay 13. Dairesi’nin görevleri arasında, diğerleri meyanında, 4054 sayılı Kanun’dan kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümü bulunmaktadır.

Temyiz merciinde tek bir dairenin rekabet hukukundan doğan davalara bakması belli bir bilgi birikimi ve uzmanlık oluşumu açısından isabetlidir. Ancak aynı durum Ankara İdare Mahkemeleri ve Ankara Bölge İdare Mahkemesi açısından geçerli değildir; iptal davaları Ankara İdare Mahkemeleri bünyesinde herhangi bir dairenin önüne gelebileceğinden uzmanlaşmış bir daire bulunmamaktadır. Ankara Bölge İdare Mahkemesi henüz çok yeni olup, rekabet hukukunda uzmanlaşma sağlanamamıştır.

Literatürde de üst (istinaf) veya yüksek mahkemelerde ayrı bir rekabet dairesi oluşturulması görüşü hâkimdir. İnan, Danıştay’da bir “rekabet dairesi”nin oluşturulmasını savunmak suretiyle konuyu gündeme getiren belki de en eski yazardır.¹⁰⁵ Kumcu da RK kararlarının, gerek hukuki gerekse iktisadi birikime sahip “uzmanlaşmış bir üst mahkeme” tarafından denetlenmesi gerektiğine dikkat çekmiştir.¹⁰⁶ Yine 4054 sayılı Kanun’u hazırlayan komisyon üyeleri de RK kararlarının iktisadi yönünün bulunması nedeniyle idari yargının görevli olmasını öngördüklerini hatırlattıktan sonra, buna uygun olarak Danıştay’ı işaret ettiklerini ve ilerleyen dönemde Danıştay içerisinde hukuk ve iktisatçıların bulunduğu “özel bir daire” kurulacağını düşündüklerini kaydetmişler, ancak Danıştay Kanunu’nda buna ilişkin gerekli değişikliğin yapılmadığını vurgulamışlardır.¹⁰⁷ İstinafla birlikte ise rekabet hukukunda uzmanlaşmanın sağlanması için istinaf mahkemelerine işaret edilmektedir.¹⁰⁸

02.06.2004 tarihinde 5183 sayılı Kanunla, 2575 sayılı Danıştay Kanunu’nda yapılan değişikliğin ardından 2005 yılında kurulan Danıştay 13. Dairesi’nden önce, rekabet hukukuna ilişkin davalar Danıştay 10. Dairesi tarafından incelenip karara bağlanmaktaydı. Literatürde 13. Daire kurulmadan önce, 10. Dairenin “torba daire” olduğuna ve RK kararlarının yargısal denetimi için gerekli bilgi ve tecrübeye sahip olmadığına yönelik eleştiriler bulunmaktaydı. Nurkut İnan, “Rekabet Hukukunun Diğer Disiplinlerle İlişkisi”, Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları Serisi No: 1, Ankara, 1999, s. 19.

¹⁰⁵ *ibid.*

¹⁰⁶ Ercan Kumcu, Rekabet Üzerine Denemeler, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara, 2008, s. 67.

¹⁰⁷ Atay, s. 101.

¹⁰⁸ Mehmet Mete Başbuğ, Rekabet Hukuku Yargılamalarına Yeni Bir Model: Rekabet İhtisas Mahkemeleri, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No: 143, Ankara, 2015, s. 60 (“[Rekabet mahkemesi] için görevli mahkemenin, adli yargı yerlerinde kurulacak istinaf mahkemeleri olan Bölge Adliye Mahkemeleri (BAM) içerisinde teşekkül etmesi; yetkili mahkemenin ise Rekabet Kurumunun da bulunduğu yer olan Ankara Bölge Adliye Mahkemeleri olarak belirlenmesi gerektiği düşünül-

Ülkemizde hâlihazırdaki eğilim göz önüne alındığında rekabet hukukunda uzmanlaşmanın istinaf mahkemeleri nezdinde ayrı bir daire kurulmak suretiyle sağlanması, ayrı ilk derece rekabet mahkemelerinin kurulmasından daha yüksek bir olasılıktır. Bu nedenle İngiltere ve Avustralya gibi ülkelerde uygulanmakta olan sistemin, kanun koyucu tarafından Türkiye için model alınması düşük bir ihtimaldir. Yine rekabet hukukundan doğan davalar için ayrı bir daire oluşturulması yerine Hollanda'daki gibi ayrı bir temyiz mahkemesinin kurulması da Türk yargı örgütüne yabancı bir yöntemdir. Kaldı ki ABD, Almanya ve Fransa gibi gelişmiş ülkelerde bile ilk derece rekabet mahkemelerinin bulunmadığı dikkate alındığında Türkiye'de bu tür mahkemelerin kurulmasının, rekabet hukukuna atfedilen değer de dikkate alındığında, bir hayalden öteye gidemeyeceği dahi söylenebilir.

Sonuç olarak Türkiye'de rekabet hukukunda uzmanlaşma, hâlihazırda iptal davalarıyla sınırlı olmak üzere ve yalnızca Danıştay nezdinde bulunmakta olup, ilk derece mahkemeleri ve istinaf mahkemeleri nezdinde bir uzmanlaşma söz konusu değildir. Ancak her ne kadar temyiz mahkemesi nezdinde bir uzmanlaşma sağlanmış olsa da ilk derece mahkemeleri nezdinde bir düzenlemeye gidilmeksizin uzmanlaşmanın tam olarak hayata geçirilmesi, özellikle de mevcut sistemdeki adli yargı-idari yargı iki başlılığının ortadan kaldırılması mümkün değildir. Unutulmaması gereken başka bir gelişme de istinafın yürürlüğe girmesinin ardından iptal davalarında temyiz yoluna başvurudaki parasal sınırın 120.000 TL'ye çıkarılmış olmasıdır. Bu nedenle RK'nın verdiği kararların bir bölümü daha Danıştay'a ulaşmadan istinaf aşamasında kesinleşecek, bu da Danıştay 13. Daire'deki uzmanlığın önemini azaltabilecektir.

Sonuç

AB'ye üyelik sürecinde ülkemizde 1994 yılında 4054 sayılı Kanun yürürlüğe koyulmuş, bu kanunu uygulamakla görevli ve yetkili olan Rekabet Kurumu kurulmuş, böylece bakanlık bünyesinde bir birim

mektedir. Ankara Bölge Adliye Mahkemelerindeki bir dairenin rekabet hukuku konusunda ihtisaslaşması ve Kurul kararlarının ilk derece yargı denetiminin bu mahkemede yapılması, temyiz merciinin ise Yargıtay'ın ilgili Hukuk Dairesi olmasını önermekteyiz.”)

olan Tüketicinin ve Rekabetin Korunması Genel Müdürlüğü’nden ilgili görev ve yetkiler alınarak, idari ve mali özerklik tanınan bu kuruma devredilmiştir. Buna karşın, RK kararlarının iptali için başvuru idari yargı ile rekabet ihlalden doğan tazminat davalarının görüldüğü adli yargı çatısı altındaki genel görevli mahkemelerden ayrı olarak, uzmanlık mahkemesi niteliğinde bir “rekabet mahkemesi” oluşturulmamıştır. Rekabet mevzuatıyla hemen hemen aynı zaman dilimi içerisinde yasalaşan fikri mülkiyet mevzuatının uygulanmasından doğan davaların görüldüğü Fikri ve Sınai Haklar Mahkemeleri örneğinin aksine, rekabet mahkemeleri konusu kanun koyucunun gündemine hiçbir zaman girememiş, literatürde de yeterince tartışılmamıştır.

Türkiye’deki mevcut sistem, aslında birbirinden ayrı düşünüle-meyecek ve birbiriyle yakından ilgili olan iptal davaları ile tazminat davaları için iki ayrı yargı kolu öngörmektedir. Adli yargı-idari yargı arasındaki bu iki başlılık ve davanın taraflarına göre farklı mahkemelerin görevli olması sorunu dışında, bir de Yargıtay’ın içtihatları sonucu tazminat davalarının akıbeti iptal davalarına bağlı hale gelmiştir. Bu sorunlara bir çözüm bulabilmek amacıyla, iptal ve tazminat davalarının aynı yargı koluna dâhil mahkemelerde, bu bağlamda rekabet mahkemelerinde görülmesi daha isabetli olacaktır. Rekabet mahkemelerinin gerekli olup olmadığı kimilerine göre tartışılabilirse de faydalı olacağı tartışmasızdır. AB’ye uyum sürecinde rekabet mevzuatı yürürlüğe koymuş Türkiye, rekabetin gelişimine uzmanlık mahkemelerinin kurulmasıyla katkıda bulunmalıdır. Türk yargı örgütüne aykırılık oluşturmayacağı düşünülen rekabet mahkemeleri, gerek nispeten genç bir hukuk dalı olan rekabet hukukunun gelişimine, gerekse bu hukuk dalına ilişkin yargı makamları nezdinde uzmanlaşmanın sağlanmasına katkıda bulunacaktır.

Ülkemizde rekabet hukukundan doğan davalar için ilk derece mahkemesi derecesinde olmasa da yüksek mahkeme nezdinde ayrı bir daire oluşturulmak suretiyle uzmanlık sağlanmaya çalışılmaktadır. 2005 yılında 13. Dairenin kurulmasının ardından Danıştay nezdinde, iptal davalarıyla sınırlı olarak, uzmanlık bulunmaktadır. Ancak RK kararlarına karşı açılan iptal davaları Ankara İdare Mahkemelerinin herhangi bir dairesinin önüne gelebildiğinden ve Temmuz 2016 tarihinde faaliyet geçen Ankara Bölge İdare Mahkemesi bünyesinde henüz rekabet hukukunda uzmanlaşma sağlanamadığından ilk derece ve istinaf

mahkemeleri nezdinde aynı şeyi söylemek mümkün değildir. Diğer taraftan, tazminat davaları açısından ise Yargıtay nezdinde uzmanlık söz konusu değildir. Yargıtay içtihatları sonucu RK tarafından verilen bir ihlal kararının bulunmadığı durumlarda tazminat davalarının önü fiilen kapalı olduğundan, adli yargıda rekabete ilişkin uzmanlık eksikliği de pek fazla hissedilmemektedir.

Bu makalede rekabet hukuku alanında uzman hâkimlerden oluşan, karmaşık iktisadi konularda mahkemeye yardımcı olabilecek ekonomist, ekonometrist, istatistikçi vb. uzmanların da görev yapabileceği, yalnızca rekabet hukukundan doğan davaları inceleyecek, adli yargı bünyesinde ve asliye hukuk mahkemesi derecesinde rekabet mahkemelerinin kurulması savunulmaktadır (önerilen senaryo). Ancak istinaf kanun yürürlüğe girmesinin ardından, bu modelin cazibesini kaybettiği söylenebilir. Türkiye’deki mevcut eğilim, istinaf mahkemeleri nezdinde ayrı daireler kurmak suretiyle uzmanlık sağlama biçimindedir. Bu eğilim göz önüne alındığında, istinaf mahkemeleri nezdinde ayrı bir daire kurularak rekabet hukukuyla ilgili davaların bu dairenin önüne gelmesine ilişkin düzenlemenin hayata geçirilmesi daha olasıdır (gerçekçi senaryo). Rekabet mahkemelerinin genellikle Anglo-Sakson hukuk sistemine dâhil ülkelerde bulunduğu ve ABD, Almanya ve Fransa gibi gelişmiş ülkelerde dahi ilk derece rekabet mahkemelerine rastlanmadığı dikkate alındığında, Türkiye’de rekabet mahkemelerinin kurulmasının belki de çok uzak bir ihtimal olduğu söylenebilir.

Kaynakça

- Ardıyok Şahin, Doğal Tekeller ve Düzenleyici Kurumlar, Türkiye İçin Düzenleyici Kurum Modeli, Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi No: 9, Ankara, 2002
- Arı Zekeriyya, Rekabet Hukukunda Danışıklılık Kavramı ve Hukuki Sonuçları, Seçkin Kitabevi, Ankara, 2004
- Arı Haluk, “Rekabet Kurulu’na 5728 sayılı Kanun’la Verilen, Cezalara İlişkin Yönetmelik Çıkarma Yetkisinin Kanunilik İlkesi Bağlamında Değerlendirilmesi”, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-VI, 4-5 Nisan, Erciyes Üniversitesi, Kayseri, 2008, s. 241-286
- Arslan Aziz Serkan, “Türk Aile Mahkemelerinin Yapısı ve Yargılama Usulü”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2010, Yıl: 68, Sayı: 2010/1, s. 187-204
- Arslan Ramazan, Yılmaz Ejder ve Taşpınar Ayvaz Sema, Medeni Usul Hukuku, 2. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016

- Aslan İ. Yılmaz, *Tüketici Hukuku Dersleri*, 6. Bası, Ekin Kitabevi, Bursa, 2016
- Atay Ender Ethem, "Fransız İdare Hukukunda Bağımsız İdari Otoriteler (BİO'lar): Rekabet Konseyi", *Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları Serisi No: 6*, Ankara, 2000
- Ateş Mustafa, *Rekabet Hukukuna Giriş*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013
- Ayhan Rıza, "Son Değişikliklerle Ticarî Dava ve Ticaret Mahkemelerinin Görev Sahası Hakkında Getirilen Yenilikler, *Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2015, 1(1), s. 13-64
- Ayhan Rıza, Özdamar Mehmet ve Çağlar Hayrettin, *Ticari İşletme Hukuku*, 9. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016
- Backes Chris ve Eliantonio Mariolina, "Administrative Law", J. Hage ve B. Akkermans (der), *Introduction to Law*, Springer, 2014 içinde s. 189-209
- Badur Emel, *Türk Rekabet Hukukunda Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşmalar*, Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi No: 6, Ankara, 2001
- Baş Kadir, "Türk Hukukunda Rekabet İhlallerine İlişkin Tazminat Davalarında Passing-On Savunması ve Dolaylı Alıcı Kuralının Uygulanması: ABD ve AB Uygulamaları Işığında Değerlendirme ve Öneriler", *Rekabet Dergisi*, 2011, 12(4), s. 3-74
- Başbuğ Mehmet Mete, *Rekabet Hukuku Yargılamalarına Yeni Bir Model: Rekabet İhtisas Mahkemeleri*, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No: 143, Ankara, 2015
- Bilgili Fatih ve Bilgili Ertan Bilgili, *Ticari İşletme Hukuku*, 6. Bası, Dora Yayınları, Bursa, 2016
- Büyüksağış Erdem ve Koyuncu Tuğçe, "Rekabet İhlallerinden Kaynaklanan Tazminat Davalarına İlişkin AB Yönergesi'nde Yer Alan Aktarma (Passing-On) Savunması ve Toplu Dava Hakkı", *BATİDER*, 2016, 32(1), s. 3-45
- Cumming George ve Freudenthal Mirjam, *Civil Procedure in EU Competition Cases Before the English and Dutch Courts*, Kluwer Law International, Birleşik Krallık, 2010
- Eğerci Ahmet, *Rekabet Kurulu Kararlarının Hukuki Niteliği ve Yargısal Denetimi*, Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi No: 12, Ankara, 2005
- Gözler Kemal, *Anayasa Hukukuna Giriş*, 25. Bası, Ekin Kitabevi, Bursa, 2016
- Gözler Kemal, *İdare Hukuku Dersleri*, 7. Baskı, Ekin Kitabevi, Bursa, 2008
- Gözübüyük Şeref, *Yönetmelik Yargı*, 35. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016
- Güven Pelin, "Rekabet Hukukuna Dayalı Tazminat Davalarının Mahkeme Kararları Işığında Değerlendirilmesi", *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-V*, 6-7 Nisan, Erciyes Üniversitesi, Kayseri, 2007, s. 211-259
- Güzel Oğuzkan, "Türk Rekabet Hukuku Uygulamasında Yargının Rolü: Onbir Yıllık Deneyimin Sonuçları", *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-IV*, 7 Nisan, Erciyes Üniversitesi, Kayseri, 2006, s. 187-231
- İnan Nurkut, "4054 Sayılı Rekabet Korunması Hakkında Kanun'un Özel Hukuk Hükümlerine Eleştirel Bir Bakış", *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-II*, 9 Nisan, Erciyes Üniversitesi, Kayseri, 2004, s. 43-66

- İnan Nurkut, "Rekabet Hukukunun Diğer Disiplinlerle İlişkisi", Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları Serisi No: 1, Ankara, 1999
- Kayhan Fahrettin, "Türk Patent Enstitüsü'nün Marka Hakkının Tescili Sürecinde Aldığı Kararların İptal Davası", *Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi*, Cilt: 3, Sayı: 2003/4, 2003, s. 25-50
- Koyuncu Tuğçe, Rekabet Hukukunda Tazminat Davalarının Etkinliği Perspektifinden Toplu Dava Modelleri, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No: 128, Ankara, 2012
- Kumcu Ercan, Rekabet Üzerine Denemeler, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara, 2008
- Kurt Konca Nesibe, "Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Asliye Ticaret Mahkemeleri", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Yıl: 4, Sayı: 15, 2013, s. 79-125
- Kuru Baki, *Medeni Usul Hukuku*, Legal Yayınevi, İstanbul, 2016
- Narbay Şafak ve Kesici Buğra, "Rekabet Hukukunun İhlâlinden Kaynaklanan Tazminat Davalarında Görevli ve Yetkili Mahkeme Üzerine 'Kısa Bir Değerlendirme'", *Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1(1), 2015, s. 207-262
- Özkan Ahmet Fatih, "'Brexit' Sonrası İngiliz Rekabet Hukukunu Neler Bekliyor?", *Rekabet Forumu*, 2016, Sayı: 104, s. 5-15
- Rekabet Kurumu, 2014-2018 Stratejik Raporu, 2014, <http://www.rekabet.gov.tr/File/?path=ROOT%2F1%2FDocuments%2FG%C3%BCncel%2Fraporlar%2Fplan11.pdf>
Erişim tarihi: 24.04.2017
- Rekabet Kurumu, 5. Yıllık Rapor, Ankara, 2003
- Sanlı Kerem Cem, "Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları: Genel Bakış ve Sorunlar", K.C.Sanlı (der.), *Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları*, XII Levha Yayıncılık, 2013 içerisinde s. 15-82
- Sanlı Kerem Cem, "Türk Rekabet Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğu", *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-I*, 4 Nisan, Erciyes Üniversitesi, Kayseri, 2003, s. 211-276
- Sekmen Orhan, *Rekabet Hukukunda Tazminat Sorumluluğu*, Bilge Yayınevi, İstanbul, 2013
- Tan Turgut, *İdare Hukuku*, 5. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016
- Tanrıver Süha, *Medeni Usul Hukuku: Cilt 1 Temel Kavramlar ve İlk Derece Yargılaması*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016
- Ulusoy Ali, *İdari Yaptırımlar*, On İki Levha Yayıncılık, Ankara, 2013
- Utku Hilal, Polat Belit ve Deniz Seda, "Rekabet Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğu ve Tazminat Davalarında Usul Sorunları", *Rekabet Dergisi*, 2012, 13(1), s. 129-162
- Weidt Christopher, "The Directive on Actions for Antitrust Damages After Passing the European Parliament", *European Competition Law Review*, 2014, 35(9), s. 438-444
- Whish Richard ve Bailey David, *EU Competition Law*, 8. Bası, Oxford University Press, Birleşik Krallık, 2015
- Wisking Stephen, Dietzel Kim ve Herron Molly, "European Commission Finally Publishes Measures to Facilitate Competition Law Private Actions in the European

Union", *European Competition Law Review*, 2014, 35(4), s. 185-193

Anayasa Mahkemesi Kararları

Anayasa Mahkemesi, 01.03.2006 tarih ve E.2005/108, K.2006/35 sayılı karar

Anayasa Mahkemesi, 16.02.2012 tarih ve E.2011/35, K.2012/23 sayılı karar

Yargıtay Kararları

Yargıtay 11. HD, 23.06.2006 tarih ve E.2005/3755, K.2006/7408 sayılı karar

Yargıtay 11. HD, 27.10.2015 tarih ve E.2015/3450, K.2015/11139 sayılı karar

Yargıtay 19. HD, 01.11.1999 tarih ve E.1999/3350, K.1999/6364 sayılı karar

Yargıtay 19. HD, 29.11.2002 tarih ve E.2002/2827, K.2002/7580 sayılı karar

ULUSLARARASI ANTLAŞMALARIN YARGISAL DENETİMİ BAĞLAMINDA KKTC ANAYASA MAHKEMESİNİN VERMİŞ OLDUĞU KARARIN TÜRKİYE AÇISINDAN ÖNEMİ

THE IMPORTANCE OF THE TRNC CONSTITUTIONAL COURT JUDGEMENT FROM TURKEY'S PERSPECTIVE IN RELATION TO THE JUDICIAL REVIEW OF INTERNATIONAL AGREEMENTS

Erdi ŞAFAK*

Özet: Antlaşmaların onaylanması ve yürürlüğe girmesi konusunda, Türkiye Cumhuriyeti (TC) Anayasası ve Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti (KKTC) Anayasası benzer hükümler içermektedir. Ancak her iki ülkenin Anayasalarının 90.maddesinde “*Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasa’ya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesi’ne başvurulamaz*” hükmü iki ülkede farklı şekilde değerlendirilmiştir. Bu makalede, KKTC Anayasa Mahkemesi’nin, 90. madde bağlamında antlaşmaların denetlenmesinin ne şekilde değerlendirildiğini ve Türkiye açısından önemi incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: Uluslararası Antlaşmalar, Ön Denetim, Uygun Bulma Kanunu, Anayasa Mahkemesi

Abstract: With regards to the approval and enforcement of treaties, the Constitution of the Republic of Turkey and the Turkish Republic of Northern Cyprus (TRNC) Constitution contain similar provisions. However, Article 90 of both Constitutions contain the same provision which sets forth that “International agreements duly put into effect shall have the force of law. No appeal to the Constitutional Court shall be made with regards to these agreements on the grounds that they are unconstitutional”, yet they are both interpreted differently. The aim of this article is to discuss how this provision is interpreted by the Constitutional Court in the Turkish Republic of Northern Cyprus and its importance to Turkey.

Keywords: International Treaty, Preliminary Audit, Assent Procedure, Constitutional Court

* Arş. Gör., Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Uluslararası Hukuk Anabilim Dalı, erdi.safak@neu.edu.tr.

I. GİRİŞ

Uluslararası antlaşmaların onaylanması ve yürürlüğe girmesi açısından Türkiye Cumhuriyeti (TC) ve Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti (KKTC) Anayasaları benzer hükümler içermektedir. İki ülkenin Anayasalarının 90. maddesine göre, “.....Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar¹ kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa mahkemesine başvurulamaz.” Bu kural, uluslararası antlaşmalara, yargısal denetim yolunu kapatmıştır.

Ancak KKTC Anayasa Mahkemesi, 05.08.2016 tarihinde önemli bir karar vererek uluslararası antlaşmaların yargısal denetimi konusunu KKTC hukuk sistemi açısından gündeme taşımış bulunmaktadır. KKTC Anayasa Mahkemesi'nin usulüne göre yürürlüğe girmemiş antlaşmaları Anayasa'ya aykırılık yönünden denetime açan bu kararı, Türk hukuk sistemi açısından da son derece önemlidir. Bu karar özellikle Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi'nin aynı konudaki içtihadının yeniden değerlendirilmesine yol açabilecek bir bakış açısı sunmaktadır. Bu yeni bakış açısı KKTC hukuk sisteminde istisnai olarak yer alan ön denetim yönteminin bir ürünüdür. Dolayısıyla Türkiye açısından da antlaşmaların ön denetim mekanizması ile denetlenebilmesi ihtiyacını yeniden gündeme getirmiş olmaktadır. Türk hukuk sisteminde antlaşmalar Anayasa Mahkemesi tarafından sadece şekil yönünden denetlenmekte, esas yönünden bir denetleme Mahkeme tarafından yapılamamaktadır. KKTC hukuk sisteminde ise Anayasa Mahkemesi, uluslararası antlaşmanın esas yönünden de denetlenebileceğine hükmederek, bu çalışmayı ele almamızda önemli bir rol oynamıştır.

Buna göre, KKTC Anayasa Mahkemesi'nin vermiş olduğu bu karardan yola çıkarak, önce KKTC'de antlaşmaların denetimi konusunu ve Anayasa Mahkemesi'nin yaklaşımını inceleyeceğiz. Çalışmamızın diğer kısmı Türk hukukunda antlaşmaların yargısal denetimi ve Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi'nin konuya yaklaşımı ile ilgili olacaktır.

¹ Andlaşma genel olarak bir irade uyuşmasını bildirmesi yanında, özel olarak onay gerektiren andlaşma türünü bildirmektedir. Bu terim bazı çalışmalarda “antlaşma” olarak kullanılmakta olduğundan bizde çalışmamızda, bundan sonraki bölümlerde genel olarak “antlaşma” terimini kullanacağız.

II. KKTC ANAYASASI'NIN 90. MADDESİ ÇERÇEVESİNDE ANTLAŞMALARIN DENETİMİ

A. GENEL OLARAK ANTLAŞMALARIN DENETİMİ

KKTC'de uluslararası antlaşmaların iç hukuktaki yeri KKTC Anayasası 90. maddesinde düzenlenmiştir. Söz konusu madde hükmü şöyledir: *“Usulüne göre yürürlüğe konulmuş uluslararası antlaşmalar yasa hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasa'ya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesi olarak görev yapan Yüksek Mahkeme'ye başvurulamaz.”*² Türkiye Cumhuriyeti Anayasası 90. maddesine benzer bir düzenleme olan KKTC Anayasası 90. maddesi de açıkça belirtmektedir ki, *“uluslararası antlaşmalar”* hakkında Anayasa'ya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesi'ne başvurulamaz.

KKTC'de bir antlaşmanın hüküm doğurabilmesi için, mevcut mevzuat çerçevesinde gerekli hukuksal işlemlerin yapılması gerekmektedir. KKTC'de, uluslararası antlaşmanın hüküm doğurması, Cumhurbaşkanı tarafından Resmi Gazete'de yayımlanması ile gerçekleşir. Anayasa'nın 94. maddesi³ altında antlaşmaların onay yasa⁴ Cumhurbaşkanlığı tarafından Resmi Gazete'de yayımlanması gerekmektedir. Cumhurbaşkanı'nın uluslararası antlaşmayı yayımlamasından sonra, uluslararası antlaşma Anayasa'nın 90(5). maddesi

² KKTC Anayasa 90 (5)

³ KKTC Anayasa Madde 94 (1) Cumhurbaşkanı, Cumhuriyet Meclisince kabul edilen yasaları on beş gün içinde Resmi Gazete'de yayımlar. Yayımlanmasını uygun bulmadığı yasaları bir daha görüşülmek üzere gerekçesi ile birlikte aynı süre içinde Cumhuriyet Meclisine geri gönderir. (2) Cumhuriyet Meclisi, geri gönderilen yasaları, değiştirerek veya aynen, üye tamsayısının salt çoğunluğu ile kabul ederse, yasa Cumhurbaşkanınca yayımlanır. Çekimser oylar karar yetersayısı bakımından dikkate alınmaz. (3) Cumhurbaşkanı, Cumhuriyet Meclisince kabul edilen yasaları, yayımlanma süresi içinde, Bakanlar Kurulunun istemi üzerine halkoylamasına sunar. Halkoylamasında kabul edilen yasalar, kabul tarihinden başlayarak on gün içinde Resmi Gazete'de yayımlanır. (4) Cumhurbaşkanı, 146. maddedeki yetkisini, on beş günlük süre içinde kullanabilir. Bu takdirde, 146. madde kuralları uygulanır.

⁴ Onay Yasası, Türkiye Cumhuriyeti'nde “Uygun Bulma Kanunu” şeklinde ifade edilmektedir. Bu doğrultuda çalışmamızda karışıklığa neden olmaması amacıyla belirtilen kanun maddeleri ve mahkeme görüşleri haricinde “kanun” yerine “yasa” terimini “uygun bulma kanunu” yerine ise “uygun bulma yasası” terimini kullanacağız.

kapsamında usulüne göre yürürlüğe konmuş uluslararası bir antlaşma olmakta ve o andan itibaren de uluslararası antlaşma yasa hükmünde kabul edilmektedir.⁵

KKTC'de, Meclis antlaşma metnini onay yasasının ekinde Cumhurbaşkanı'na sunmaktadır. Cumhurbaşkanı uluslararası antlaşmayı onaylayan onay yasasının eki ile birlikte, Anayasa'nın 94. maddesi altında Cumhuriyet Meclisi'nce kabul edilen yasaları on beş gün içinde Resmi Gazete'de yayımlayabilmekte veya yasayı tekrar görüşülmesi için Meclis'e iade edebilmekte veya 146. madde⁶ altında görüşü için konuyu Anayasa Mahkemesi'ne sunabilmektedir.

KKTC Anayasası ile Türkiye Cumhuriyeti 1982 Anayasası arasında, bir yasanın Resmi Gazete'de yayımlanması öncesine ilişkin önemli bir farklılık mevcuttur. KKTC Anayasası'nın 146. maddesinin 1. fıkrasının muadili, 1982 Anayasası'nda bulunmamaktadır. 1982 Anayasası'nda, Cumhurbaşkanı tarafından uygun bulma yasasının yayımlanmasından önce, Anayasa Mahkemesi'ne sunulmasına yetki veren bir hüküm bulunmamaktadır. KKTC Anayasası'nda ise Cumhurbaşkanı, uluslararası bir antlaşmanın ek olduğu onay yasasını, madde 90(5) kapsamında usulüne göre yürürlüğe koymadan önce Anayasa Mahkemesi'ne

⁵ Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Cumhurbaşkanının Anayasa'nın 146. maddesi altında, Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Hükümeti arasında Gençlik ve Spor Bakanlığı Yurt Dışı Koordinasyon Ofisinin Kurulması ve Faaliyetlerine İlişkin Antlaşmanın Onaylanmasının Uygun Bulunmasına İlişkin (Onay) Yasası'nın ve Yasaya konu Protokolün Anayasa'ya aykırı olup olmadığı hususunda Görüş İstemi, D. 4/2016, Anayasa Mahkemesi: 11/2016, s.16.

⁶ Yasaların Anayasaya Aykırılığı Konusu: Madde 146 (1) Cumhurbaşkanı, bir yasayı veya herhangi bir yasanın herhangi belli bir kuralını veya Cumhuriyet Meclisinin herhangi bir kararını yayımlamadan önce, bu Anayasanın herhangi bir kuralına aykırı veya ona uygun olup olmadığı konusunda görüşünü bildirmek üzere Anayasa Mahkemesine sunabilir. (2) Anayasa Mahkemesi, bu maddenin (1). fıkrası gereğince kendisine sunulan her konuyu inceler ve Cumhurbaşkanı ve Cumhuriyet Meclisi adına ileri sürülen iddiaları dinledikten sonra, konu hakkındaki görüşünü en geç kırkbeş gün içinde karara bağlar ve bunu Cumhurbaşkanına yazılı olarak bildirir. (3) Anayasa Mahkemesi böyle bir yasa, karar veya onun herhangi bir kuralının bu Anayasanın herhangi bir kuralına aykırı olduğu veya ona uygun olmadığı görüşünde ise, sözkonusu yasa, karar veya kural Cumhurbaşkanı tarafından yayımlanmaz ve gerekçesi ile birlikte Cumhuriyet Meclisine geri gönderilir. (4) Bu şekilde geri gönderilen yasa, karar veya kural hakkında 94. maddenin geri gönderme ile ilgili kuralları uygulanmaz.

görüş için sunabilmektedir. 1982 Anayasası'nın 89. Maddesi,⁷ KKTC Anayasası'nın 94. maddesinden farklı olarak, Cumhurbaşkanı'na sadece yasaları 15 gün içerisinde yayımlama veya bir daha görüşülmek üzere Meclis'e iade hakkı vermektedir.⁸

KKTC'de, Türkiye Cumhuriyeti 244 sayılı Yasa'ya⁹ benzer bir mevzuat da bulunmamaktadır. 244 sayılı Yasa'ya göre; *“Milletlerarası andlaşmaların onaylanması, bunlara katılma, bunların feshini ihbar etme suretiyle yürürlük süresini uzatma, Türkiye Cumhuriyeti'ni bağlayan bir milletlerarası andlaşmanın belli hükümlerinin yürürlüğe konulması için gerekli bildirimleri yapma, milletlerarası andlaşmaların uygulama alanının değiştiğini tespit etme, bunların hükümlerinin uygulanmasını durdurma ve bunları sona erdirmeye, Bakanlar Kurulu Kararnamesi'yle olur. Onaylama veya katılma konusu olan milletlerarası andlaşmanın Türkçe metni ile andlaşmada muteber olduğu belirtilen dil veya dillerden biri ile yazılmış metni, yukarıdaki fıkrada söz konusu kararnameye ekli olarak Resmi Gazete'de yayınlanır”*.

Buna karşılık KKTC'de onaylama işlemi, Meclis'in uluslararası antlaşma metnini, onaylamayı uygun bulma yasasının ekinde Cumhurbaşkanı'na sunması ile başlamaktadır. Cumhurbaşkanı, uluslararası antlaşmayı, uygun bulma yasasının eki olarak Anayasa'nın 94. maddesi uyarınca yayımlayabilmekte veya yasayı tekrar görüşülmesi için Meclis'e iade edebilmekte veya 146. maddesinin sağladığı ön denetim imkânını harekete geçirerek konuyu Anayasa Mahkemesi'ne sunabilmektedir.

⁷ KKTC Anayasa Madde 89 (1) Yasa ve karar önermeye, Bakanlar Kurulu ve milletvekilleri yetkilidir. Yasa ve karar tasarı ve önerilerinin Cumhuriyet Meclisinde görüşülme usul ve esasları İçtüzükle düzenlenir. (2) Yasa tasarı ve önerilerinin halkın bilgisine nasıl sunulacağı İçtüzükle düzenlenir.

⁸ Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Cumhurbaşkanının Anayasa'nın 146. maddesi altında, Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Hükümeti arasında Gençlik ve Spor Bakanlığı Yurt Dışı Koordinasyon Ofisinin Kurulması ve Faaliyetlerine İlişkin Antlaşmanın Onaylanmasının Uygun Bulunmasına İlişkin (Onay) Yasası'nın ve Yasaya konu Protokolün Anayasa'ya aykırı olup olmadığı hususunda Görüş İstemi, D. 4/2016, Anayasa Mahkemesi: 11/2016, s.18.

⁹ Milletlerarası Andlaşmaların Yapılması İçin Bakanlar Kuruluna Yetki Verilmesi Hakkında Kanun. Kanun Numarası: 244 Kabul Tarihi: 31.5.1963 Yayımlandığı R.Gazete: Tarih: 11.6.1963 Sayı: 11425 Yayımlandığı Düstur: Tertip: 5 Cilt: 2 Sayfa: 1507

B. ONAY YASALARININ ANAYASAL DENETİMİ ÜZERİNE KKTC ANAYASA MAHKEMESİNİN YAKLAŞIMI

Konumuz ile ilgili söz konusu dava 05.08.2016 tarih ve D. 4/2016 sayılı “Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Cumhurbaşkanı’nın Anayasa’nın 146. maddesi altında, Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Hükümeti arasında Gençlik ve Spor Bakanlığı Yurt Dışı Koordinasyon Ofisinin Kurulması ve Faaliyetlerine İlişkin Antlaşmanın Onaylanmasının Uygun Bulunmasına İlişkin (Onay) Yasası’nın ve Yasaya konu Protokolün Anayasa’ya aykırı olup olmadığı hususunda Görüş İstemi¹⁰ ile ilgilidir.

Davada, Cumhurbaşkanı, “Onay Yasası”nın tamamının Anayasa’nın 1, 2, 3, 59, 60, 61, 78, 81 ve 90. maddelerine aykırı olduğu; bu iddiaya itibar edilmemesi halinde Onay Yasası’na konu Protokolün 1, 2, 3, 4 ve 7. maddelerinin Anayasa’nın başlangıcında yer alan Temel İlkeler ile Anayasa’nın 1, 2, 3, 59, 60, 61, 78, 81 ve 90. maddelerine aykırı olduğu iddiasında bulunmaktadır. Ancak konumuz açısından inceleyeceğimiz kısım, Cumhurbaşkanı’nın ‘Onay Yasası’nı Anayasa Mahkemesi’ne sunmaya yetkisinin olup olmadığı ve Anayasa Mahkemesi’nin antlaşmayı inceleme yetkisinin bulunup bulunmadığı ile sınırlı olacaktır.

Mahkeme, ilk olarak Cumhurbaşkanı’nın uluslararası bir antlaşmanın onaylanmasını uygun bulan yasa ile bu yasanın konusu olan antlaşmayı KKTC Anayasası’nın 146. maddesi uyarınca görüş için Anayasa Mahkemesi’ne sunabilme yetkisinin bulunup bulunmadığı konusunu incelemiştir. Mahkeme, bu aşamada “Onay Yasası”na konu olan Antlaşmayı, halen Anayasa’nın 90(5) maddesi kapsamında usulüne göre yürürlüğe konmuş bir Uluslararası Antlaşma olarak değerlendirmemiştir. Yine daha önce değindiğimiz üzere, KKTC mevzuatına göre, onay yasının Cumhurbaşkanı tarafından yayımlanmasından sonra, onay yasasına konu antlaşma, usulüne göre yürürlüğe konmuş

¹⁰ KKTC Cumhurbaşkanı’nın Anayasa’nın 146. maddesi altında, Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Hükümeti arasında Gençlik ve Spor Bakanlığı Yurt Dışı Koordinasyon Ofisinin Kurulması ve Faaliyetlerine İlişkin Antlaşmanın Onaylanmasının Uygun Bulunmasına İlişkin (Onay) Yasası’nın ve Yasaya konu Protokolün Anayasa’ya aykırı olup olmadığı hususunda Görüş İstemi, D. 4/2016, Anayasa Mahkemesi: 11/2016.

bir uluslararası antlaşma niteliğine bürünmektedir. Bu nedenle Mahkeme, Cumhurbaşkanı'nın Onay Yasası'nın ekinde yer alan başvuruya konu Uluslararası Antlaşma ile ilgili görüş talebini Anayasa'nın 94. ve 146. maddeleri altında Anayasa Mahkemesi'ne sunma hakkına sahip olduğu yönünde karar vermiş ve Cumhurbaşkanı'nın belirtmiş olduğu Onay Yasası'nın tamamının Anayasa'nın 1, 2, 3, 59, 60, 61, 78, 81 ve 90. maddelerine aykırı olduğu iddiaları üzerinde görüş bildirmiştir.¹¹ Söz konusu kararda Mahkeme ayrıca, uluslararası bir antlaşma ile ilgili Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi'nin Esas Sayı: 2011/47 ve Karar Sayısı: 2012/87¹² davasının kararına da atıfta bulunmuştur. Söz konusu Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi kararı; *“Uygun buldukları andlaşmayı tekrar etmeyen ve ilke olarak üç maddeden oluşan uygun bulma kanunlarının esas yönünden denetimini yapmayı kabul etmek, andlaşmanın içeriğine ilişkin çeşitli değerlendirmelerde bulunmayı gerektirir. Uygun bulma kanununun andlaşma kuralları gözetilerek yapılacak bir incelemesi, andlaşma kurallarının dolaylı olarak denetlenmesi anlamına gelir. Oysa Anayasa'nın 90.maddesi böyle bir incelemeye engeldir”* şeklindedir. KKTC Anayasa Mahkemesi, bu karara atıf yaparak, önemli bir noktaya değinmiştir.

KKTC Anayasa Mahkemesi uluslararası bir antlaşmanın onay yasasının Resmi Gazete'de yayımlanmasından önce görüş için Anayasa Mahkemesi'ne sunulmasına ilişkin prosedürün Türkiye Cumhuriyeti 1982 Anayasası'nda bulunmadığını belirttikten sonra, KKTC için aynı kuralın geçerli olmadığı görüşünde bulunmuştur. Bu çerçevede kendisine görüş için sunulan, onay yasası ile birlikte antlaşma metnini, Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi görüşünden farklı olarak inceleme yetkisi olduğunu belirten Mahkeme, Antlaşmanın 3(1)(g) maddesini¹³ Anayasa'nın 90(4) maddesine aykırı bulunduğundan, be-

¹¹ KKTC Cumhurbaşkanı'nın Anayasa'nın 146. maddesi altında, Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Hükümeti arasında Gençlik ve Spor Bakanlığı Yurt Dışı Koordinasyon Ofisinin Kurulması ve Faaliyetlerine İlişkin Antlaşmanın Onaylanmasının Uygun Bulunmasına İlişkin (Onay) Yasası'nın ve Yasaya konu Protokolün Anayasa'ya aykırı olup olmadığı hususunda Görüş İstemi, D. 4/2016, Anayasa Mahkemesi: 11/2016.

¹² TC Anayasa Mahkemesi'nin bu kararını çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde ayrıntılı olarak inceleyeceğimiz için şimdilik sadece atıfta bulunulduğuna değinmekle yetiniyoruz.

¹³ Madde 3

lirtilen maddenin KKTC Anayasası'na aykırı olduğu yönünde değerlendirilmedi bulunmuştur¹⁴.

II. 1982 ANAYASASI'NA VE UYGULAMASINA GÖRE TÜRK HUKUKUNDA ULUSLARARASI ANTLAŞMALARIN YARGISAL DENETİMİ

A. ULUSLARARASI ANTLAŞMALARIN FAKLI BOYUTLARI

1982 Anayasası'nın 90. maddesine¹⁵ göre Türkiye Cumhuriyeti adına yabancı devletlerle ve uluslararası kuruluşlarca yapılacak antlaşmaların onaylanması Türkiye Büyük Millet Meclisi (TBMM)'nin

1)Türkiye Cumhuriyeti Tarafı bu Anlaşma hükümleri uyarınca aşağıdaki yükümlülükleri üstlenmektedir

(g) KKTC genelinde Kredi ve Yurtlar Genel Müdürlüğüne işletilen ve işletilecek yurtlar olmak üzere öğrenci yurtlarının inşası, işletilmesi, tamiri, bakımı ile var olan yurtların modernizasyonunu sağlamak ve işletmek üzere KKTC'nin ilgili Bakanlığı ile 10.02.2012 tarihinde önceden imzalanan ve her iki ülke Bakanlar Kurulunca onaylanarak yürürlüğe giren protokolü Ofis tarafından yürütmek. Gerekirse yeni protokoller yapmak.

14 KKTC Cumhurbaşkanı'nın Anayasa'nın 146. maddesi altında, Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Hükümeti arasında Gençlik ve Spor Bakanlığı Yurt Dışı Koordinasyon Ofisinin Kurulması ve Faaliyetlerine İlişkin Antlaşmanın Onaylanmasının Uygun Bulunmasına İlişkin (Onay) Yasası'nun ve Yasaya konu Protokolün Anayasa'ya aykırı olup olmadığı hususunda Görüş İstemi, D. 4/2016, Anayasa Mahkemesi: 11/2016.

15 Madde 90- Türkiye Cumhuriyeti adına yabancı devletlerle ve milletlerarası kuruluşlarla yapılacak andlaşmaların onaylanması, Türkiye Büyük Millet Meclisinin onaylamayı bir kanunla uygun bulmasına bağlıdır. /Ekonomik, ticarî veya teknik ilişkileri düzenleyen ve süresi bir yılı aşmayan andlaşmalar, Devlet Maliyesi bakımından bir yüklenme getirmemek, kişi hallerine ve Türklerin yabancı memleketlerdeki mülkiyet haklarına dokunmamak şartıyla, yayımlanma ile yürürlüğe konabilir. Bu takdirde bu andlaşmalar, yayımlarından başlayarak iki ay içinde Türkiye Büyük Millet Meclisinin bilgisine sunulur. /Milletlerarası bir andlaşmaya dayanan uygulama andlaşmaları ile kanunun verdiği yetkiye dayanarak yapılan ekonomik, ticarî, teknik veya idarî andlaşmaların Türkiye Büyük Millet Meclisince uygun bulunması zorunluluğu yoktur; ancak, bu fıkraya göre yapılan ekonomik, ticarî veya özel kişilerin haklarını ilgilendiren andlaşmalar, yayımlanmadan yürürlüğe konulamaz. /Türk kanunlarına değişiklik getiren her türlü andlaşmaların yapılmasında birinci fıkra hükmü uygulanır. /Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. / (Ek cümle: 7.5.2004-5170/7 md.) Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır.

onaylamayı bir yasayla uygun bulmasına bağlıdır. Maddenin ikinci ve üçüncü fıkralarında bu kuralın istisnaları düzenlenmektedir. Ancak 90. maddenin dördüncü fıkrasında, Türk yasalarına değişiklik getiren her türlü antlaşmanın onaylanması, TBMM'nin onaylamayı bir yasayla uygun bulmasına bağlıdır.¹⁶ 1982 Anayasası'na göre antlaşmaların bağlayıcılık kazanması için olağan yol budur. Bununla birlikte, 1982 Anayasası ve ilgili mevzuat, bir ikinci grup antlaşmanın geçerlilik kazanması için herhangi bir uygun bulma yasasına gerek görmeden, Bakanlar Kurulu'nun yetkili olabileceğini kabul etmektedir. Bu ikinci grup antlaşmaların da ikiye ayrıldığı görülmektedir. Birinci alt-grubu oluşturan antlaşmaların sahip olması gereken özellikler şunlardır; ekonomik, ticari ya da teknik ilişkileri düzenlemek, süre olarak 1 yılı aşmamak, devlet maliyesine bir yüklemeye getirmemek, kişisel statüye ve Türklerin yabancı devletlerdeki mülkiyet haklarına dokunmamak ve Türk yasalarına değişiklik getirmemek. Bu ikinci grup antlaşmaların ikinci alt-grubuna giren antlaşmalar ise, yine Türk yasalarına değişiklik getirmemek koşuluyla, şunlar olmaktadır; daha önceden yapılmış bir antlaşmaya dayanılarak yapılan uygulama antlaşmaları, yasaların önceden tanıdığı yetkiye dayanılarak yapılan ekonomik, ticari, teknik ya da yönetsel antlaşmalar.¹⁷

244 sayılı Yasa iki özel hüküm ile belirli birtakım antlaşmaları anılan bu ikinci alt - grup antlaşmalardan saymaktadır. Daha önce yürürlüğe konmuş antlaşmalara ya da bu Yasa'ya dayanarak yapılacak olan bu antlaşmaların birinci kümesi şu antlaşma türlerini kapsamaktadır; ekonomik, ticari, teknik ya da yönetsel nitelikteki bütün antlaşmalar (süresi 1 yılı geçse, maliyeye yüklenme getirirse, kişisel statülere ve Türklerin yabancı devletlerdeki mülkiyet haklarına dokunsa bile), hibe kredileri ve öteki yardım antlaşmaları, teknik ya da yönetsel işbirliği antlaşmaları ve borç ertelenmesi ya da ticaret antlaşmaları.¹⁸

Bir antlaşmanın uygun bulma yasası ya da Bakanlar Kurulu Kararnamesi tasarıları hazırlanması Dışişleri Bakanlığı'nın görevidir. Uy-

¹⁶ İzzet Erol, "1982 Anayasası Döneminde Uluslararası Antlaşmaların TBMM'de Görüşülmesi ve Denetimi", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Cilt:2, Yıl:2, Sayı:4, Ocak, 2011, s.293.

¹⁷ Hüseyin Pazarıcı, *Uluslararası Hukuk Dersleri I*.Kitap, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016, s.178.

¹⁸ Pazarıcı, s.178-179.

gulamada Dışişleri Bakanlığı'nca hazırlanan uygun bulma yasa tasarısının Bakanlar Kurulu'nun değerlendirmesine bağlı olarak Meclis'e sunulup sunulmamasına karar verildiği görülmektedir. Diğer bir ifadeyle, önceden imzalanmış bir antlaşmanın mutlaka Hükümetçe TBMM'ne sunulması zorunluluğu yoktur.¹⁹

Anayasa'nın 90. maddesinin 1. fıkrası antlaşmaların onaylanmasından önce Meclis tarafından uygun bulma yasasının çıkarılmasını bir ilke olarak ortaya koymuşsa da, aynı maddenin 2. ve 3. fıkralarında yer alan istisnalar birçok uluslararası antlaşmanın yürürlüğe girmesi sürecinde Meclis'in devre dışı bırakılması sonucunu doğurmuştur. Daha açık bir ifade ile 90. maddenin 3. fıkrası ile 244 sayılı Yasa'nın ilgili hükümleri birlikte okunduğunda, Bakanlar Kurulu'na genel veya özel nitelikli bir yasa ile bir yetki verilmiş ve buna dayanarak bir antlaşma yapılmış ise, bu tür antlaşmaların ekonomik, ticari, teknik veya idari nitelikte olup olmadığına bakılması gerekecektir. Eğer bu niteliklere sahip bir antlaşma söz konusu ise, Yasama organı tarafından uygun bulma yasası çıkarılmasının önüne geçilmiş olmaktadır. Başka bir ifadeyle, konusu, ticari, teknik veya idari nitelikte olan antlaşmalar süresi bir yılı aşsa bile, bunlar hakkında onaylama ve katılmayı uygun bulmak üzere "yasa" yapılması zorunluluğu yoktur. Ekonomik veya ticari nitelikte olmayan, özel kişilerin haklarını ilgilendirmeyen ve Türk yasalarına değişiklik getirmeyenlerin yayınlanması zorunlu olmadığı gibi, bunlarla ilgili kararnemelerin de yayınlanması zorunlu değildir.²⁰

Bu düzenlemede Anayasa'ya aykırı bir durum olmamakla birlikte, bir başka sorun bulunmaktadır. Özellikle, tek partili iktidarların ege-men olduğu dönemlerde, Parlamento çıkaracağı yetki yasaları ile pek çok ikili veya çok taraflı antlaşmaların yapılması yetkisini Bakanlar Kurulu'na verebilir. Bu durumda, Bakanlar Kurulu Türkiye'nin ulusal çıkarlarını veya güvenliğini ilgilendiren antlaşmaları bir kararname ile yürürlüğe koyabilir. Bu antlaşmalardan idari ve teknik nitelikte olanların Resmi Gazete'de yayımlanmasına bile gerek yoktur.²¹

¹⁹ Pazarıcı, s.179.

²⁰ 244 sayılı Kanun, m.2/4 ve m.3/3(1), Kemal Başlar, "Uluslararası Antlaşmaların Onaylanması ve Anayasal Denetimi Üzerine", Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Hukuk Bülteni: Prof. Dr. Sevin Toluner'e Armağan, 24/1-2, 2004, s.5.

²¹ Başlar, s.7.

Bu şekilde yürürlüğe konulan antlaşmalar hakkında uygun bulma yasası kabul edilmediği için, bunların anayasal denetiminin yapılmasının da önüne geçilmiş olmaktadır. Bu nedenle, Anayasa'ya aykırı uluslararası antlaşmaların yapılması söz konusu olabilir. Ancak Bakanlar Kurulu'nun Anayasa'nın kendisine tanıdığı yetki sınırlarının dışına çıktığı ve bu nedenle antlaşmanın "usulüne uygun olarak" yürürlüğe girmiş sayılamayacağı iddiasıyla kabul kararnamesine karşı Danıştay'a başvuru yapılmasına hukuki bir engel yoktur.²² Burada kanun hükmünde olan onay kararı değil, antlaşmanın kendisidir, dolayısıyla bir idari işlem olan onay kararnamesinin iptal edilmesi mümkün olabilir şeklinde bir görüş akla gelebilir ise de, antlaşma ile onay kararnamesinin birbirinden ayrılması söz konusu olamayacağından, bir başka deyişle, onay kararnamesinin iptalinin antlaşmanın da yürürlükten kalkması sonucunu doğuracak olması nedeniyle, onay kararnamelelerinin idari yargı yerince iptali mümkün değildir.²³

Anayasa'da öngörülen usule uygun olarak Bakanlar Kurulu Kararnamesi'yle onaylanmak ve Resmi Gazete'de yayımlanmak suretiyle iç hukukun bir parçası haline gelmiş bir uluslararası antlaşma söz konusu ise, buna ilişkin olarak açılacak iptal davasının esasının, onay kararname ile eki antlaşmanın birbirinden ayrılmasının mümkün olmaması nedeniyle incelenme olanağı bulunmamaktadır. Bu Kararname'lerin sadece şeklen hukuka uygunluğunun denetimi yapılabilir²⁴. Zira Danıştay'ın uluslararası antlaşmalar hakkında Anayasa'ya aykırılık iddiasında bulunulamayacağına ilişkin hüküm ile ilgili vermiş olduğu bir görüşü; "... Anayasa'nın yukarıda belirtilen 90. maddesinin son fıkrasındaki düzenleme ile anayasa koyucu, milletlerarası ilişkilerin siyasi yönünün ağır basması nedeniyle dış ilişkilerin sürekliliği bakımından doğabilecek sakıncaların önlenmesi amacıyla milletlerarası antlaşmaların iptali için Anayasa Mahkemesi'ne başvurulmasını engellemeyi amaçlamıştır"²⁵

²² Selda Çağlar, "Milletlerarası Antlaşmaların Onaylanmasına İlişkin İç Hukuk Rejimi", Prof. Dr. Hüseyin Pazarcıya Armağan, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayın No:614, 2015, s.648.

²³ Keziban Gülcan Kaya, "Milletlerarası Antlaşmaların Uygun Bulunmasına Dair Kararnamelerin Yargısal Denetimi", *Danıştay Dergisi*, Yıl: 2013, Sayı: 133, s.18.

²⁴ Kaya, s.19/ Kemal Gözler, "Milletlerarası Andlaşmalar ve Sözleşmeler", <http://www.anayasa.gen.tr/andlasma-bilgi.htm>, E.T. 20.07.2017.

²⁵ Danıştay 13. Dairesi, T.29.04.2008, E.2006/286, K.2008/4009 (Kazancı İçtihat ve Mevzuat Programı).

şeklinde dir.²⁶ Ancak ilerleyen tarihlerde Mersin Akkuyu’da yapılması planlanan nükleer santral için, 5170 sayılı Nükleer Güç Santrallerinin Kurulması ve İşletilmesi ile Enerji Satışına İlişkin Kanun’a uygun şekilde yapılan ihalenin, Rusya Devleti’ne bağlı bir kamu şirketi olan *Atomstroyexport* şirketine verilmesinin ardından Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği (TMMOB)’nin açtığı davada Danıştay, söz konusu ihalenin dayanağı olan yönetmeliğin, üç maddesinin yürürlüğünü durdurarak uluslararası antlaşmalarla ilgili çok önemli bir karara imza atmıştır.²⁷ “Yer tahsisi” ve “aktif elektrik enerjisi birim satış fiyatını oluşturma usul ve esasları” ile ilgili bu maddelerin yürürlüğünün durdurulması üzerine, kararı temyiz etmesi halinde olumlu sonuç alamayacağını düşünen, ihalenin yapılmasından sorumlu kurum durumundaki Türkiye Elektrik Ticaret ve Taahhüt A.Ş (TETAŞ) ihaleyi tümten iptal etmiştir.²⁸ Sonraki süreçte ise Türk Hükümeti engel olarak gördüğü iç yargı denetimini önlemek amacıyla Akkuyu’da yapılması düşünülen nükleer güç santralini bir uluslararası antlaşmayla inşa etmeye karar vermiştir. Bu doğrultuda Rusya Federasyonu ile nükleer enerji alanında hükümetler arası bir işbirliği antlaşması imzalanmasına karar verilmiştir. “Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Rusya Federasyonu Hükümeti Arasında Türkiye Cumhuriyeti’nde Akkuyu Sahası’nda Bir Nükleer Güç Santralini Tesisine ve İşletimine Dair İşbirliğine İlişkin Anlaşma²⁹” başlıklı antlaşma 12 Mayıs 2010 tarihinde Ankara’da imzalanmış, TBMM tarafından 6007 sayılı Kanun’la 15 Temmuz 2010 tarihinde onaylanması uygun bulunmuş ve 27.08.2010 tarihinde, Dışişleri Bakanlığı’nın 16.08.2010 tarihli ve HUMŞ/182338 sayılı yazısı üzerine, 31.05.1963 tarihli ve 244 sayılı Kanun’un 3. maddesine göre Bakanlar Kurulu’nca onaylanması kararlaştırılmıştır. Bakanlar Kurulu’nca onaylanmış olan söz konusu antlaşma Cumhurbaşkanı’nun imzasıyla 6 Ekim 2010 tarihli Resmî Gazete’de “*Milletlerarası Andlaşma*” başlı-

²⁶ Erhan Karakaş, “Milletlerarası Antlaşmaların Türk İç Hukukundaki Yeri”, *Neşehir Barosu Dergisi*, Yıl 1, Sayı 1 - Mart 2014, s.86.

²⁷ Danıştay 6. Dairesi Esas No: 2011/6066, 13.02.2012.

²⁸ Serkan Köybaşı, “Yargı Denetiminden Milletlerarası Andlaşmalar Yoluyla Kaçmak: Akkuyu Nükleer Güç Santrali Andlaşması”, *Anayasa Hukuku Dergisi* - Cilt: 3 / Sayı:5 / Yıl:2014, s.346.

²⁹ 6.10.2010 tarihli ve 27721 sayılı Resmî Gazete’de yayınlanan Bakanlar Kurulu’nun onay kararında söz konusu antlaşmanın başlığında “anlaşma” terimi kullanılmıştır.

ğıyla yayınlanarak yürürlüğe girmiştir³⁰. Resmî Gazete’de “Milletlerarası Andlaşma” başlığı altında yayınlanan antlaşma hiç kuşku yok ki Anayasa’nın 90. maddesi kapsamında değerlendirilmesi gereken uluslararası bir antlaşma halini almıştır. Böylece Türk hükümeti amacına ulaşmış ve Akkuyu’daki nükleer güç santralının yapılması için hukuksal engelleri aşmıştır³¹.

Konumuz açısından önem arz eden 1982 Anayasası’nın 90/5 maddesi şu şekildedir: “*Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasa’ya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesi’ne başvurulamaz*”. Öğretide yaygın şekilde kabul edildiği üzere, söz konusu yasağın amacı, devletin uluslararası alanda yükümlülük üstlendikten sonra bir iç yargı organının antlaşmayı iptal etmesiyle doğabilecek uluslararası sorumluluktan korunmaktır. Devletin uluslararası güvenilirliğini sürdürme endişesi de Anayasa’da bu hükme yer verilme sebeplerinden sayılmıştır.³² Madde hükmü gereğince onaylanarak yürürlüğe girmiş bir antlaşmaya dokunulamaz. Bu, yasa hükmündedir, ama Anayasa’ya aykırı olduğu iddiası ile Anayasa Mahkemesi’ne başvurulamaz.³³

Bakanlar Kurulu üyelerince imzalanan uluslararası antlaşmaların uygun bulunmasına dair yasa tasarıları Başbakanlık Tezkeresi ile birlikte TBMM Başkanlığı’na sunulmaktadır. TBMM’de öncelikle Genel Evrak ve Arşiv Müdürlüğü’nde kaydı yapılarak evrak kayıt numara-

³⁰ Köybaşı, s.347.

³¹ Cumhuriyet Halk Partisi, 16.9.2010 tarihinde, Anamuhalefet partisi sıfatıyla, söz konusu antlaşmanın içerik açısından da Anayasa’ya aykırılığı iddiasında bulunmuştur. CHP’nin iddialarını değerlendiren Anayasa Mahkemesi, 31 Mayıs 2012 Perşembe günü yaptığı toplantıda 2010/92 esas sayılı dosyayı görüşerek Anayasa’ya aykırılık olmadığı gerekçesiyle hem yürürlüğü durdurma, hem de iptal istemini reddetmiştir. Mahkeme özetle, onay kanunlarının ilgili milletlerarası antlaşmalarla birlikte değerlendirildiğinde bir anlam taşıdığını ancak söz konusu antlaşmaların içeriğinin denetlenmesinin de Anayasa’nın 90. maddesi gereğince mümkün olmadığını ifade etmiştir. E.2011/48, K.2012/88, 31.5.2012 karar günlü Anayasa Mahkemesi kararı. Ayrıntılı Bilgi İçin bknz; Serkan Köybaşı, “Yargı Denetiminden Milletlerarası Andlaşmalar Yoluyla Kaçmak: Akkuyu Nükleer Güç Santrali Andlaşması”, *Anayasa Hukuku Dergisi* - Cilt: 3 / Sayı:5 / Yıl:2014,

³² Ali Bal, “Uluslararası Antlaşmaların Anayasa Mahkemesi Tarafından Denetlenmesi”, Rona Aybay’a Armağan, *Legal Hukuk Dergisi* Özel Sayı - Aralık 2014, Cilt 2, s.465-466.

³³ Servet Armağan, “1982 Anayasası’nda Uluslararası Andlaşmaların İmzalanması ve Onaylanması Sistemi” *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt:17, 2000, s.358.

sı verilen tasarılar, Kanunlar ve Kararlar Müdürlüğü'ne gönderilir ve Müdürlük bünyesindeki Araştırma ve İnceleme Bürosu uzmanlarınca Anayasa'ya, yasa yapım tekniği ilkeleri ile hukuk sistemine uygunluk bakımından incelenerek bir inceleme raporu hazırlanır. Uygun bulma yasa tasarıları genellikle üç maddeden oluşmaktadır. Birinci maddede ilgili antlaşmanın onaylanmasının uygun bulunduğu ifadesine yer verilmekte, 2 ve 3. maddelerde ise yürürlük ve yürütme maddeleri düzenlenmektedir. Tasarı ekinde antlaşmanın onaylı metinleri ve antlaşmanın Türkçe tercümesinin bulunması gerekmektedir.³⁴

Antlaşmaların görüşme ve imzalama aşamalarında henüz yürürlüğe konmuş, daha doğrusu, uygulanacak bir metin söz konusu olmadığı için, denetlenmesi ve iptal edilmesi istenilebilecek bir işlem de yoktur. Onaylamanın uygun bulunmasına ilişkin yasa, henüz onay işlemi yapılmış olmadığı için dış hukuk bakımından devleti bağlayıcı nitelik taşımasa da, TBMM İçtüzük hükümlerine göre görüşülmüş, onaylanmış, numara ve tarih alarak Cumhurbaşkanı'nca Resmi Gazete'yle yayımlanmış bir yasadır. Herhangi bir yasanın taşıdığı bütün biçim koşullarını taşımaktadır. Dolayısıyla, bütün yasalar gibi Anayasa Mahkemesi önünde yargı denetimine konu olabilmelidir. Onaylamanın bir antlaşmaya ilişkin olması ve antlaşmaların Anayasa'ya aykırılık iddiasına konu edilememesi, uygun bulma yasasının yargı denetimi dışında tutulacağı anlamına gelmemelidir.³⁵

TBMM'de uygun bulma yasası ile kabul edilen bir antlaşma, onaylama işlemi için Cumhurbaşkanı'na sunulma durumuna gelmektedir. Antlaşmaların yargısal denetime tabi olması konusu da, Cumhurbaşkanı'nca imzalanmadan önceki aşamadaki durumu ile ilgilidir. KKTC, örneğinde açıkladığımız üzere, Cumhurbaşkanı uluslararası antlaşmayı onaylamadan önce, Anayasa'ya aykırı olup olmadığı görüşü istemiyle, Anayasa Mahkemesi'ne sunabilmektedir. Türk hukuk sisteminde, Cumhurbaşkanı'nın böyle bir yetkisi olmadığı için, yargısal denetim konusu uygun bulma yasası yönünden olabilecektir.

³⁴ Erol, s.299.

³⁵ Mümtaz Soysal, "Uluslararası Antlaşmalar Konusunda Anayasa Yargısı", http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anyarg14/mumtazsoysal.pdf, s.178 -179, E.T.20.12.2016.

Anayasa Mahkemesi yasaların Anayasa'ya uygunluk denetimini şekil ve esas bakımından yapmaktadır. Anayasa'nın 148. maddesine göre; *"Kanunların şekil bakımından denetlenmesi son oylamanın öngörülen çoğunlukla yapıp yapılmadığıile sınırlıdır. Şekil bakımından denetleme, Cumhurbaşkanı'nca veya TBMM üyelerinin beşte biri tarafından istenebilir. Kanunun yayımlandığı tarihten itibaren on gün geçtikten sonra, şekil bozukluğuna dayalı iptal davası açılmaz; defi yoluyla da ileri sürülemez"*. Son oylama için öngörülen çoğunluğun ne olduğu ise Anayasa'nın 96. maddesinde belirtilmiştir. Anılan maddeye göre, üye tam sayısının en az üçte birinin mevcut olduğu anlaşıldığı takdirde toplantı yeter sayısı sağlanmış olacağından Meclis Genel Kurulu'nda görüşmelere geçilmesi mümkündür. Eş deyişle, 184 milletvekilinin hazır bulunduğu bir oturumda, üye tam sayısının dörtte birinden bir fazlasına karşılık gelen 138 milletvekilinin kabulüyle, yasaların üzerinde normatif bir değere sahip olacak bir uluslararası antlaşmanın görüşülüp kabul edilmesi anayasal açıdan bir problem oluşturmamaktadır.³⁶

Bir yasanın esas bakımından denetimi ise, o yasanın içeriğinin Anayasa hükümlerine uygun olup olmadığının araştırılması demektir. Bu araştırmada idari işlemlerin hukuka uygunluğunun araştırılmasında kullanılan yöntem kullanılmakta ve bir yasanın Anayasa'ya uygun olup olmadığı "sebe", "amaç" ve "konu" unsurları ele alınarak belirlenmektedir³⁷. Antlaşmaların esas bakımından denetlenmesi öğretide tartışılmış ve farklı görüşler dile getirilmiştir.³⁸ Bu konu ile ilgili genel değerlendirmemiz, doktrindeki görüşlerden ziyade, Anayasa Mahkemesi'nin konuya yaklaşımı üzerine olacaktır.

B. UYGUN BULMA YASALARININ ANAYASAL DENETİMİNE İLİŞKİN ANAYASA MAHKEMESİ'NİN YAKLAŞIMI

Konumuz ile ilgili Anayasa Mahkemesi önüne gelen ilk dava, 03.08.1996 günlü, 4163 Sayılı "İslam Ülkeleri Arası Yatırım ve İhracat Kredi Sigortası Kurumu Kuruluş Antlaşmasının Onaylanmasının

³⁶ Tufan Höbek, Türk Hukukunda Andlaşmaların Yapılması ve Yargısal Denetimi, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s.130/Başlar, s.33.

³⁷ Höbek, s.131

³⁸ Doktrindeki Farklı Görüşler İçin Bknz. Höbek, s.131-138.

Uygun Bulunduğuna Dair Kanun"un çekince konulan 1.maddesinin Anayasa'nın Başlangıç bölümü ile 2., 4., 7., ve 147. maddelerine aykırılığı iddiasına dayanarak açılmıştır.³⁹

Dava dilekçesinde özetle, Antlaşmanın çekince konulan maddelerinin Anayasa'ya aykırı olduğu, Antlaşmanın 57. maddesinin dördüncü fıkrasında, "*Kurumun şer'i hükümlerine göre faaliyet göstermesini engelleyecek hiç bir değişiklik yapılamaz*" denildiği, çekincenin antlaşma metninde görülmemesi nedeniyle taraf devletler bakımından bağlayıcılığının bulunmadığı ve Anayasa'ya aykırı olan antlaşma metnine anayasal güvence sağlayamadığı, bu durumda antlaşmanın Anayasa'nın 2.maddesindeki "laik devlet" ilkesine ve dolayısıyla 4.maddesine aykırı olduğu ileri sürülerek maddenin bu bölümünün iptali istenilmiştir. Anayasa Mahkemesi ilk inceleme toplantısında dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine oybirliği ile karar vermiştir.⁴⁰

Anayasa Mahkemesi, 4163 sayılı Uygun Bulma Yasasının Anayasa'ya aykırılığı konusunda güçlü belirtiler saptanamadığı gerekçesiyle yürürlüğün durdurulması istemini reddetmiştir.

Mahkeme esasın incelenmesi faslında öncelikle uluslararası antlaşmaların uygun bulunmasına ilişkin yasaların anayasal denetimi sorununu ele almıştır. Mahkeme, Anayasa'nın 90. maddesinde yer alan "*Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasa'ya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesi'ne başvurulamaz*" hükmü ile anayasal denetim dışında tutulmak istenenin sadece yürürlüğe konulmuş olan uluslararası antlaşmalar olduğunu, bu nedenle antlaşmadan bağımsız olarak onay yasalarına karşı Anayasa Mahkemesi'ne başvurulabileceği sonucuna varmıştır.⁴¹

Mahkeme, Antlaşmanın çekince konulmadan onaylanması uygun bulunan bazı maddelerinin Anayasa'ya aykırılığı hususunda da önemli bir karar vermiştir. Mahkeme'ye göre, onay yasasının birinci

³⁹ AYMK, E.1996/55, K.1997/33, KT.04.03.1965, RG.24.03.2001-24352.

⁴⁰ Çağlar, s.675-676.

⁴¹ Hübek, s.141.

maddesinin çekince konulmayan bölümünün Antlaşma maddelerine bakılarak incelenmesi olanaklı değildir. Zira “*Antlaşma kuralları gözetilerek yapılacak bir inceleme, antlaşma kurallarını dolaylı olarak denetlenmesi anlamına gelir. Oysa Anayasa’nın 90. maddesi böyle bir incelemeye engeldir*”. Mahkeme, “çekince konulmadığı için Antlaşma hükümlerinden bağımsız olarak incelenebilen” birinci maddenin kalan bölümlerinde ise sadece Antlaşmanın onaylanması uygun görüldüğünden, bu haliyle Anayasa’ya aykırılık bulmamıştır.⁴²

Konumuz açısından bir diğer önemli dava konusu ise 22.2.2011 günlü, 6118 sayılı Uluslararası Ticaret Finansmanı İslami Kurumu Kurucu Antlaşmanın Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun’un 1. maddesinin Anayasa’nın Başlangıç’ı ile 2., 4., 7. ve 174. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline ve yürürlüğünün durdurulmasına karar verilmesi istemi ile ilgilidir.⁴³

Dava konusu özetle, uluslararası bir antlaşmayı uygun bulma yasası ile ilgilidir. Konu Yasa’nın Anayasa’ya aykırı maddeler taşıdığı, Anayasa’ya aykırılık savının temel nedeni de, bu ihtirazı kaydın Anayasa’ya aykırılığı önleyemeyeceği ve Türkiye’nin zaman zaman Anayasa’nın 2. maddesindeki ilkelere karşın, şariat ilkelerini uygulamak zorunda kalacak olmasıdır.

Mahkeme işin esasının incelenmesinde ilk olarak “uluslararası antlaşmaların yargısal denetimi” konusunu değerlendirmiştir. Mahkeme;

“Milletlerarası andlaşmaların Türk hukuk düzenindeki yeri ve Anayasal denetimi, Anayasa’nın 90. maddesinin son fıkrasında “Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasa’ya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesi’ne başvurulamaz” biçiminde düzenlenmiştir. Bu hükümde yer alan “başvurulamaz” ibaresi, kesin bir önerme olup andlaşmalara karşı Anayasa Mahkemesi’ne başvuru yolunu kapatmaktadır. Anayasa, andlaşmaların denetimine ilişkin istisnai düzenlemelere de yer vermemiş olduğundan bu hükmün aksine bir uygulamanın da yorum yoluyla yapılabilmesi mümkün değildir. Ayrıca,

⁴² Höbek, s.142.

⁴³ AYMK E.2011/47, K.2012/87, KT.31.05.2012, RG.22.11.2013 - 28829.

anayasanın bütünlüğü ilkesi açısından bakıldığında, milletlerarası ilişkilerin niteliği gereği andlaşmalar üzerindeki tek denetimin onların onaylanmasını uygun bulmaya dair kanunun görüşülmesi sırasında TBMM'nin yapabileceği siyasal denetim olduğu açıktır.

Usulüne göre yürürlüğe konulmuş bir milletlerarası andlaşmanın, Anayasa'ya aykırı bulunarak iptal edilmesi, Devletin o andlaşmayla kabul ettiği yükümlülüklerini yerine getirememesi neticesini ortaya çıkaracaktır. Bu hâl tartışmasız Devleti, uluslararası hukuk karşısında zor durumda bırakacak, Devlet andlaşmanın niteliğine ve kapsamına göre birtakım yaptırımlara maruz kalabilecek ve uluslararası alandaki saygınlığının zarar görmesi söz konusu olabilecektir. Bu nedenle, anayasa koyucu, milletlerarası andlaşmaların onaylanmalarının ardından iptale konu olabilmesinin uluslararası hukuk açısından Devleti bir takım ciddi sorumluluklar altına sokabileceğini düşünmüş ve onları Anayasal denetimin dışında tutmuştur”.

Mahkeme'nin bir diğer incelediği konu ise Uluslararası Andlaşmayı Onaylamayı Uygun Bulma Yasasının Yargısal Denetimi ile ilgili olmuştur. Mahkeme uygun bulma yasının denetimi konusunda şu görüşte bulunmuştur;

“...belirtilen anayasal düzenlemeler karşısında bu denetimin yapılması, devletin bütün etkinliklerinde hukuka ve Anayasa'ya uyması, işlem ve eylemlerinin bağımsız yargı denetimine tabi olması anlamına gelen hukuk devleti ilkesinin bir gereğidir. Bu nedenle, andlaşmalardan bağımsız olarak uygun bulma kanunlarına karşı Anayasa Mahkemesine başvurulabileceği kabul edilmelidir.

Uygun bulma kanununun şekil bakımından denetimi, kanunun son oylamasında öngörülen çoğunlukla kabul edilip edilmediği ile sınırlıdır. Şekil denetimi kapsamında Anayasa'nın 90. maddesiyle getirilen yasağı bertaraf edici nitelikte denetim yapılması da söz konusu olamaz.

Bununla beraber, uygun bulma kanununun bazı hükümleri, onaylanmasını uygun bulduğu andlaşmadan ayrılabilir, bağımsız olarak kendi başına hüküm ifade edebilir ve ondan ayrı olarak hukuk düzeninde etki yapabiliyorsa, anılan hükümlerin Anayasa'ya aykırılığı iddiasının esas bakımından incelenmesi mümkündür. Buna karşılık uygun bulma kanununun ancak andlaşma ile birlikte anlam ve etki ta-

şıyan nitelikteki hükümlerinin esas bakımından denetlenebilmesi söz konusu değildir.

Son olarak Mahkeme antlaşmanın Anayasa'ya aykırılık sorunu ile ilgili şu değerlendirmede bulunmuştur;

“Kanun’un dava konusu kural olan 1. maddesi, uygun bulunduğu Antlaşma ile birlikte anlam taşımaktadır ve ancak onunla birlikte ele alındığında hukuk düzenimizde etki yapabilir niteliktedir. Bu nedenle söz konusu kuralın denetiminin ancak Antlaşma kuralları gözetilerek yapılabileceği, bunun da Anayasa’nın 90. maddesinde yasaklanan uluslararası andlaşma kurallarının denetlenmesi anlamına geleceği açıktır. Açıklanan nedenlerle, Kanun’un 1. maddesine yönelik Anayasa’ya aykırılık iddiası yerinde görülmediğinden bu konudaki iptal isteminin reddi gerekir”.

Sonuç olarak Anayasa Mahkemesi sadece antlaşmalardan bağımsız olarak uygun bulma yasalarına karşı Anayasa Mahkemesi’ne başvurulabileceği yönünde karar vermiştir. Bunun dışında herhangi bir nedenle antlaşmaların Anayasa’ya aykırı olduğu yönünde incelemenin yapılması Anayasa’nın 90. maddesinde yasaklanan uluslararası antlaşma kurallarının denetlenmesi anlamına geleceği için yapılamayacağına karar vermiştir.

Antlaşmaların Anayasa’ya aykırılığının denetlenemeyeceğine hükmeden Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi’nin görüşünün aksine, KKTC Anayasa Mahkemesi antlaşma maddelerinin Anayasa’ya uygun olup olmadığını denetlemek suretiyle, farklı bir uygulamada bulunmuştur. Bu farklılığın en önemli sebebi, Cumhurbaşkanının uluslararası antlaşmayı onaylayan onay yasasının eki ile birlikte, Anayasa’nın 94. maddesi altında yayımlayabilmesi veya yasayı tekrar görüşülmesi için Meclise iade edebilmesi veya 146.madde altında görüşü için konuyu Anayasa Mahkemesi’ne sunabilmesidir. Bu tarz bir öndenetim, Türk hukukunda bulunmamaktadır. Bu nedenle, Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi işin esasına girmeden, antlaşmalar ile ilgili uygun bulma yasasını sadece şekil yönünden denetleme yapmakla yetinmektedir.

SONUÇ

Antlaşmaların yargısal denetimi konusu Türk hukuk sisteminde uzun süredir tartışılmalıdır. Doktrinde bu konuda farklı değerlendirmeler bulunmaktadır. Anayasa Mahkemesi'nin konuya yaklaşımı, antlaşmalar ile ilgili uygun bulma yasalarının sadece şekil bakımından denetlenebileceği, işin esas yönünden denetlenemeyeceği yönündedir.

Türk hukuk sisteminde tartışılan bu konu ile ilgili, KKTC Anayasa Mahkemesi 05.08.2016 tarihinde, "Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Hükümeti arasında Gençlik ve Spor Bakanlığı Yurt Dışı Koordinasyon Ofisinin Kurulması ve Faaliyetlerine İlişkin Antlaşma"nın esas yönünden de denetlenebileceği yönünde bir karar vererek, Türk hukuk sistemi açısından da önemli bir konuya dikkat çekmiştir. Türk hukuku için daha öncede tartışılan antlaşmaların ön denetimi konusu, KKTC Anayasa Mahkemesi'nin kararından sonra yeniden düşünülmektedir. Bu konu 1982 Anayasası'nın hazırlık çalışmalarının yürütülmekte olduğu dönemde, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi ve Hukuk Fakültelerinin ilgili öğretim üyelerince "Gerekçeli Anayasa Önerisi" başlığı ile hazırlanmış ve yayımlanmış olan kitapta ele alınmıştır. Bu çalışmada uluslararası antlaşmalar açısından ön-denetim sağlayacak bir sistem öngörülmüş ancak bu öneri 1982 Anayasası'nda yer almamıştır. Konu daha sonra Türkiye Barolar Birliği'nin 2007 Anayasa Önerisi'nde yeniden gündeme alınmıştır. Bu öneride Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası antlaşmalarla ilgili olarak, onaydan önce işleyecek bir "ön-denetim" düzeneği öngörülmüştü. Bu düzenek, hem Anayasa Mahkemesi yoluyla işleyecek "yargısal" hem de TBMM içinde işleyecek "siyasal yerindelik" denetimlerini içermektedir. Ayrıca, Cumhurbaşkanı ve TBMM içindeki siyasal güçlerce sakıncalı görülmeyen antlaşmaların da, yetki yasasına gerek kalmaksızın, hızla onaylanmasına olanak vermekteydi. Ancak bu düzenleme de Anayasa Değişikliğine yansımamıştır⁴⁴.

Sonuç olarak Türk hukuk sisteminde, birkaç defa gündeme gelmesine rağmen uygulanma imkânı bulamayan ön denetim sistemi, KKTC hukuk sisteminde önemli bir işlev görmektedir. KKTC Cumhurbaşkanı, uluslararası bir antlaşmanın Anayasa'ya uygun olup ol-

⁴⁴ Rona Aybay, Uluslararası Antlaşmalar Konusunda Türk Hukukunun Önemli Bir Eksikliği : "Ön-Denetim", <http://ronaaybay.com.tr/?p=86>, E.T.08.02.2017.

madığı konusunda Anayasa Mahkemesi'nden görüş isteminde bulunmuş, KKTC Anayasa Mahkemesi, antlaşma maddelerini Anayasa açısından değerlendirmiş ve bir maddenin, Anayasa'ya aykırı olduğu yönünde karar vermiştir. Kararın neticesinde, Cumhurbaşkanı, Antlaşmayı onaylamayarak Meclise geri sunmuş ve antlaşma geçerlilik kazanmamıştır. Anayasa'ya aykırı antlaşma maddelerinin tartışılması, Türk hukuk sistemi açısından da önemli bir ihtiyaçtır ve Anayasa Mahkemesi'nin görev ve yetkilerine ilişkin olarak yapılması düşünülen değişiklikler çerçevesinde, antlaşmaların denetlenmesi konusunun da dikkate alınması hukuk sistemimiz açısından önem arz etmektedir. Dr Kemal Başlar'da konu ile ilgili olarak, ilerleyen günlerde hazırlanacak sivil Anayasa'da, antlaşmaların sadece ön denetiminin değil; yürürlüğe girdiği tarihten itibaren 60 veya 90 gün içerisinde onay sonrası denetiminin de normatif olarak sağlanmasının, Anayasa'ya aykırı uluslararası antlaşmaların yürürlüğe girmesini engelleyeceğini ve yürürlüğe girenlerin sona erdirilmesini ya da Anayasa'da yer alan aykırılığın giderilmesi sonucunu doğuracağını belirtmiştir⁴⁵.

Kaynakça

- Aybay Rona, Uluslararası Antlaşmalar Konusunda Türk Hukukunun Önemli Bir Etkisi: "Ön-Denetim", <http://ronaaybay.com.tr/?p=86>, E.T.08.02.2017.
- Armağan Servet, "1982 Anayasası'nda Uluslararası Antlaşmaların İmzalanması ve Onaylanması Sistemi" *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt:17, 2000.
- Bal Ali, "Uluslararası Antlaşmaların Anayasa Mahkemesi Tarafından Denetlenmesi", Rona AYBAY'a Armağan, *Legal Hukuk Dergisi Özel Sayı - Aralık 2014*, Cilt 2.
- Başlar Kemal, "Uluslararası Antlaşmaların Onaylanması ve Anayasal Denetimi Üzerine", *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Hukuk Bülteni*: Prof. Dr. Sevin Toluner'e Armağan, 24/1-2, 2004.
- Çağlar Selda, "Milletlerarası Antlaşmaların Onaylanmasına İlişkin İç Hukuk Rejimi", Prof. Dr. Hüseyin Pazarıcıya Armağan, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayın No:614, 2015.
- Erhan Karakaş, "Milletlerarası Antlaşmaların Türk İç Hukukundaki Yeri", *Neşehir Barosu Dergisi*, Yıl 1, Sayı 1 - Mart 2014.
- Erol İzzet, "1982 Anayasası Döneminde Uluslararası Antlaşmaların TBMM'de Görüşülmesi ve Denetimi", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Cilt:2, Yıl:2, Sayı:4, Ocak, 2011.

⁴⁵ Kemal Başlar, "Yeni Sivil Anayasada Uluslararası Hukuka İlişkin Hükümler", <https://anayasa.tbmm.gov.tr/docs/dr-kemal-baslar.pdf>, s.10. E.T. 28.07.2017.

- Höbek Tufan, *Türk Hukukunda Andlaşmaların Yapılması ve Yargısal Denetimi*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013.
- Kemal Başlar, "Yeni Sivil Anayasada Uluslararası Hukuka İlişkin Hükümler", <https://anayasa.tbmm.gov.tr/docs/dr-kemal-baslar.pdf>.
- Kemal Gözler, "Milletlerarası Andlaşmalar ve Sözleşmeler", <http://www.anayasa.gen.tr/andlasma-bilgi.htm>.
- Keziban Gülcan Kaya, "Milletlerarası Antlaşmaların Uygun Bulunmasına Dair Kararnamelerin Yargısal Denetimi", *Danıştay Dergisi*, Yıl: 2013, Sayı: 133.
- Pazarcı Hüseyin, *Uluslararası Hukuk Dersleri I. Kitap*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016.
- Serkan Köybaşı, "Yargı Denetiminden Milletlerarası Andlaşmalar Yoluyla Kaçmak: Akkuyu Nükleer Güç Santrali Andlaşması", *Anayasa Hukuku Dergisi - Cilt: 3 / Sayı:5 / Yıl:2014*.
- Soysal Mümtaz, "Uluslararası Antlaşmalar Konusunda Anayasa Yargısı", http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anyarg14/mumtazsoysal.pdf, E.T.20.12.2016.

ABD ANAYASAL DÜZENİ ÜZERİNDE EMPERYAL BAŞKANLIK GÖLGESİ

THE SHADOW OF THE IMPERIAL PRESIDENCY OVER THE US' CONSTITUTIONAL ORDER

Özcan ALTAY*

Özet: Birçoklarına göre Amerikan başkanlık sistemi ve onun öngördüğü keskin kuvvetler ayrılığı rejimi benzersiz bir örnektir. Bu klasikleşmiş kavrayışa göre, ABD başkanlık sisteminin ayırıcı özelliği, başkanın tek başına temsil ettiği güçlü yürütme organının aynı oranda güçlü kontrol mekanizmaları ile kuşatılmış olmasıdır. Ancak, ABD Anayasası'nın çerçevesini çizdiği bu sistemin pratikte kurucu babaların öngördüğü biçimde işlemediği, hatta bu çizgiden çoktan sapıldığı yönünde birçok görüş ortaya konulmaktadır. Ünlü siyasi tarihçi Arthur Meier Schlesinger Jr.'ın, ABD hükümet sisteminin geldiği noktayı "emperyal başkanlık" olarak niteleyen çalışması benzer görüşler içerisinde özel bir yere sahiptir. Schlesinger'in ABD başkanlarının yürütme organına fiilen güç devşirmelerini betimlemek üzere kullandığı bu yapı kendisini Amerikan iç ve dış siyasetinde halen kuvvetli şekilde hissettirmektedir. Bu çalışmada, sözü edilen emperyal başkanlık kavramının teorik altyapısı ve tarihsel ilerleyişi yeniden işlenecek, kavramın güncelliği ABD iç ve dış politikasındaki yansımalarından örnekler verilerek irdelenecektir.

Anahtar Kelimeler: Emperyal Başkanlık, Milli Güvenlik, Savaş Yetkileri, Yürütmenin Gizliliği, Yürütme İmtiyazı

Abstract: For many, the American presidential system and the sharp separation of powers is of unique character. According to this classical perception, the idiosyncratic character of the US presidential system is that the strong executive branch, which is represented solely by the President, is surrounded by equally strong control mechanisms. Nevertheless, there are plenty of views assuming that the system does not function as the Framers envisaged, and that it had for so long diverted from its direction. The prominent political historian Arthur Meier Schlesinger Jr.'s work, which defined the status of the US system of government as "imperial presidency", has a special position within similar arguments. Schlesinger's concept, which he used for defining the presidents' de facto (and inherent) power claims to the executive branch, makes itself still evident both at internal and foreign affairs of the United States. This work, thus, reiterates the theoretical base and the historical progress of the so-called imperial presidency fact, and examines the actuality of the concept by giving examples on its repercussions to the internal and foreign policies of the United States of America.

Keywords: Imperial Presidency, National Security, War Powers, Executive Secrecy, Executive Privilege

GİRİŞ

ABD’de anayasal düzene alternatif bir bakış getiren emperyal başkanlık kavramını 1973 yılında yazdığı aynı adlı kitabıyla (*The Imperial Presidency*) tarihçi Arthur Meier Schlesinger, Jr. popülerleştirmiştir. Kavramlaştırmada kullanılan emperyal (*imperial*) kavramı, ilk bakışta siyasi bakımdan zayıf memleketlerin daha kuvvetlilerce idaresi anlamında emperyalizmi çağrışırsa da Schlesinger bunu imparatorluk gibi monarşik yönetimlerde görülen seviyede güçlü iktidarı vurgulamak üzere kullanmıştır.¹

Bir bütün olarak emperyal başkanlık ifadesi ise günümüzde “Anayasanın müsaade ettiği kadar fazla güçle nitelenen Amerikan başkanlığı” olarak tanımlanmaktadır.² Kavramı teorik çerçevede ele alan Schlesinger’in hareket noktası da Amerikan anayasal sistemindeki kuvvetler dengesinin zaman içinde kurucu babaların asli iradesine aykırı olarak yürütme (başkanlık makamı) lehine bozulmuş olmasıdır.³ Yalnız, bu anayasal sistemden uzaklaşma sürecini topyekûn emperyal başkanlık serüveni içinde değerlendirmek doğru olmaz. Savı ortaya atan Schlesinger de bu düşünceyle Amerikan anayasal tarihindeki yürütmenin doğal gelişimi ve güçlenmesi ile emperyal başkanlık süreçlerini birbirinden ayrı tutmaktadır. Bugün birçok tarihçi, siyaset bilimci ve hukukçu, “ABD başkanlık tarihinin, büyüyüp gelişmenin tarihi”⁴ olduğunu kabul etmektedir, ancak emperyal başkanlık olgusu bu güç kazanımı ile aynı çizgide ilerlemiş değildir.

Schlesinger’a göre Amerikan İç Savaşı, Büyük Buhran (*Great Depression*) ve iki büyük dünya savaşıyla perçinlenen güçlü başkanlık olgusu George Washington’dan İkinci Dünya Savaşı sonrası Harry Truman yönetimine kadar anayasal sınırlar içinde varlığını sürdürmüştür. Yürütmenin güçlenmesi sürecini bu şekilde farklı bir zemine oturtan ünlü tarihçi, emperyal başkanlığın temel unsurunu ve dönüm noktasını “Soğuk Savaş dönemi ile birlikte gereksinim duyulan olağanüstü

¹ Arthur Meier, Schlesinger Jr., *The Imperial Presidency*, New York, Houghton Mifflin, 2005, s. xiii (giriş bölümünden).

² Donald R. Wolfensberger, “Return of Imperial Presidency?,” *The Wilson Quarterly*, Cilt 26, No 2, 2002, s. 36.

³ Schlesinger, *The Imperial Presidency*, s. x-xxvi.

⁴ Bkz. Edward S. Corwin, *The President: Office and Powers*, New York, New York University Press, 1957, ss. 29-30.

yetkilerin başkanlığın anayasal bakımdan doğal yetkileriymiş gibi iddia edilmesi” olarak açıklar.⁵ Bu dönem itibarıyla başkanlık kurumu öncelikli devlet organı olmanın ötesine geçip açık üstünlüğünü ilan etmiştir.⁶ Yazara göre tek taraflı, geçici olması beklenen ve anayasal sınırlar dışında kullanılan yetkilerin başkanlığın zaten uhdesindeymiş gibi gösterilmesi diğer başkanlar için emsal oluşturacak niteliktedir ve bu merkezi güç iddiası emperyal başkanlığın olmazsa olmaz şartıdır.

Bu temel unsur dışında bir başkanlık döneminin emperyal olarak nitelenmesi için şu üç gösterge Schlesinger için önemlidir: Yürütme tekelinde savaş yapma yetkisi (*Executive war-making power*), yürütmenin gizliliği (*executive secrecy*) ve milli güvenlik yetkilerinin siyasi kazanç için kullanılması.⁷ Schlesinger’in teorisi bu unsurların bir başkanlık dönemi içerisinde zorunlu olarak bir arada bulunmasını gerektirmez, ancak yukarıda bahsettiğim olağanüstü yetkilerin başkanlık makamında zaten mündemiç olduğu iddiası (*claiming inherent powers in the presidential office*) kendisini bu üç temel göstergeyle (veya diğer benzeri göstergelerle) somutlaştırır. Bu unsurların birlikteliği, emperyal başkanlığın anayasal dengenin en başından beri yürütmeye doğal olarak kaydığı dış ilişkiler alanıyla sınırlı kalmayıp iç politikaya da sirayet ettiğini gösterir.

Richard Nixon dönemi (1969–1974) bu unsurların hepsini içermesi bakımından emperyal başkanlığın hala en şiddetli hali olarak gösterilebilir. Nixon sonrası dönemde yasama organı ABD Kongresi tekrar dengeyi sağlamış, ancak bu durum fazla uzun sürmemiş ve 80’li yılların sonundan itibaren özellikle dış politika ve savaş yetkileri tekrar başkanlık tekeline geçmeye başlamıştır. Başkanlık makamının gücünü pekiştirdiği ve anayasal dengenin yeniden sarsıldığı dönüm noktası ise 11 Eylül saldırılarıdır. George W. Bush Yönetimi bu saldırıların doğal sonucu olarak eline geçirdiği olağanüstü yetkileri yürütme gücünün her alanda genişlemesi için kullanmış ve emperyal başkanlık eleştirilerinin tekrar gündeme taşınmasına ön ayak olmuştur.

Obama dönemi ise 11 Eylülün getirdiği terörle küresel savaş politikasının halen geçerli olduğu ve hatta yer yer genişlediği bir dönem-

⁵ Schlesinger, *The Imperial Presidency*, s. x.

⁶ *Ibid.*, s. xxvi.

⁷ *Ibid.*, s. xxvi.

dir. ABD'deki bu dirençli düzenek sadece dış politika alanıyla sınırlı kalmayıp içerde temel haklar düzenini de tehdit eden dayatmacı bir başkanlık anlayışını sıcak tutmaktadır. Zira Amerikan Özel Kuvvetleri bugün için kamuoyunun bir kısmından haberdar dahi olmadığı 130'dan fazla ülkede operasyonlarını devam ettirmektedir.⁸ Sivil halka zarar verme potansiyeli yüksek insan hava araçlarına dayalı operasyonların sayısı ise giderek artmaktadır. Emperyal başkanlık kavramı, Cumhuriyetçi Partililer'in (*Republicans*) Demokrat başkanlara, Demokrat Partililer'in (*Democrats*) ise Cumhuriyetçi başkanlara sürekli yakıştırmaları nedeniyle ciddiyetini kaybetmiş gibi görünse de, parti politikalarından bağımsız olarak başkanların milli güvenlik politikalarına bakışını yansıtmaması ve iç ve dış barışa doğrudan etkisi sebebiyle halen değerini korumaktadır. Aşağıda somut meselelere tesiri bakımından güncelliğini koruduğuna inandığım bu kavramı, teorik çerçevesi ve ABD sistemi içindeki etkinliği bakımından irdedeleyeceğim.

1. Güçlü ve Enerjik Yürütmeden Emperyal Başkanlığa: Olağanüstü Yetkilerin Başkanlık Makamında Mündemiç Olduğu İddiası

ABD anayasa yapım sürecinde güçlü merkezi hükümet yanlısı federalistler ile gücün paylaşılması taraftarı olan anti-federalistler arasında en çekişmeli olan konulardan birisi de yürütme organının kuruluşu ve yetkileri olmuştur. Süreçten görece üstün ayrılan federalistlerin arzusuna yakın biçimde yürütme, halk tarafından seçilecek bir başkanın önderliğinde tek başlı olarak kurulmuş ve önemli yetkilerle donatılmıştır. Önde gelen federalistlerden Alexander Hamilton, tek başlı yürütme tercihinin iyi yönetim için gerek duyulan enerjinin tek kişiden daha rahat elde edilebilmesi düşüncesine bağlamıştır. Bu düşünceye göre karar, faaliyet, gizlilik, sevk ve idare kalitesinin hükümet eden sayısındaki artış ile ters orantılı olduğu değerlendirilmiştir.⁹ Tek yetkili başkan tercihinde pratikte (özellikle savunma alanında) olum-

⁸ Nick Turse, "American Special Operations Forces Are Deployed to 70 Percent of the World's Countries," 5 Ocak 2017, <https://www.thenation.com/article/american-special-forces-are-deployed-to-70-percent-of-the-worlds-countries/>, (Erişim Tarihi: 22 Mart 2017).

⁹ Charlie Savage, *Takeover-The Return of the Imperial Presidency and the Subversion of American Presidency*, New York, Little, Brown and Company, 2007, s. 48.

suz sonuçlar doğurmuş konfederasyon tecrübesinin ana etken olduğu da ABD’de sıklıkla başvuru olan bir görüştür.

Güçlü ve gerektiğinde hızlı kararlar alabilen enerjik bir yürütme organı yaratmanın karşısında anayasa kurucu iradeye yansıyan diğer baskın duygu ise bu tek başlı yürütme organının ABD’nin bağımsızlığın kotarıldığı Britanya’daki kraliyet yönetiminde olduğu gibi “tiranlığa” kayma endişesidir. Bu kaygıları gidermek adına, güçlü merkezi hükümetin hararetle savunulduğu Federalist Yazılar (*Federalist Papers*)’da Hamilton, ABD anayasal sisteminde öngörülen başkanın Britanya Kralı’na hiçbir şekilde benzemediğini vurgulamıştır. Yürütmenin başı olacak ABD Başkanı, Kral’dan farklı olarak gerektiğinde görevinden uzaklaştırılabilen, kanunlar üzerindeki veto hakkı parlamento çoğunluğuyla hükümsüz kılınabilen, başkomutan sıfatına sahip olmasına rağmen savaş ilanına yetkili olmayan; parlamentoyu fesih yetkisinden mahrum olan, yasama organının çıkardığı yasaları sadakatle uygulama yükümlülüğü bulunan ve nihayet dış ilişkilerin uluslararası antlaşmalar yoluyla yürütülmesi yetkisini ve atadığı üst düzey kamu yöneticileri ile federal yargıçların atanması yetkilerini parlamento kanadı Senato ile paylaşmak durumunda olan bir “tek” adamdır.¹⁰ Sonuç olarak, ABD Anayasasını kuran irade güçlü yürütme organını aynı şekilde güçlü denge ve fren mekanizmalarıyla kuşatma yolunu tercih etmiştir.

Bu teorik anayasal çerçeve birçok ülkede olduğu gibi uygulayıcılar elinde şekil almıştır. Yürütme organı özellikle dış politika alanında – belki de doğal olarak – en başından anayasanın biçimsel ifadesinden (sözünden) farklı yorumlanacak imtiyazlar elde etmiştir. Güçlü merkezi yönetime şüpheli yaklaşan Thomas Jefferson ve James Madison gibi başkanlar dahi karşılaşılan tehditler ve fiili güçlükler karşısında yürütme yetkisini geniş yorumlama eğiliminde olmuşlardır. Bunun örneklerini ilk başkan George Washington dönemine kadar götürmek mümkündür. Başkan Washington, Britanya ile imza ettikleri uluslararası antlaşma (Jay Treaty) görüşmelerine ilişkin belgeleri müzakerele zarara verebileceği endişesiyle Temsilciler Meclisi’ne sunmayı red-

¹⁰ “The Federalist Papers 69–The Real Character of the Executive,” <https://www.congress.gov/resources/display/content/The+Federalist+Papers#TheFederalistPapers-69>, (Erişim Tarihi: 26 Ekim 2016)

detmiştir. Benzer şekilde Washington, Fransa ve İngiltere arasındaki savaşta benimsenen tarafsız kalma kararını Kongre'ye danışmadan tek taraflı işlemle tesis etmiştir.¹¹ Jefferson, John Locke'un öne sürdüğü "ani ve yakın tehlikenin bastırılması için yürütmenin olağanüstü hal imtiyazının (*Lockean emergency prerogative*) bulunduğu" savından hareketle Kongre'ye danışmadan deniz kuvvetlerini korsanlar üzerine yollamıştır. Jefferson ile aynı siyasi ekolden gelen Madison da başkanlığı esnasında Arjantin ve Şili'de gizli operasyonlar tertip etmekten çekinmemiştir.¹²

Kuruluş yıllarının ardından Amerikan başkanlığı esas güç testine İç Savaş'ta (*Civil War, 1861–65*) tabi tutulmuştur. Savaş doğal olarak yürütme organının yetkilerini en üst düzeye çıkarmıştır. Dönemin ünlü Amerikan başkanı Abraham Lincoln savaşın başlangıcından itibaren muhaliflerin tutuklanması için mahkeme kararı zorunluluğunu kaldırmıştır.¹³ Lincoln, bu kararıyla hukukun ötesine geçilme zorunluluğunun bulunduğunu, ülkenin bölünmesinden Habeas Corpus Yasasının Birlik (*the Union*) karşıtı ayrılıkçılara uygulanmamasını yeğlediğini açıkça ifade etmiştir.¹⁴

İç Savaş yıllarının akabinde başkanlık makamı, biraz güç kaybetse de XIX. yüzyıl sonlarında Theodore Roosevelt yönetiminde tekrar mevzi kazanmış, XX. yüzyılda Birinci Dünya Savaşı ve Ekonomik Buhran sonrasında ise Amerikan başkanları "dünya lideri, barışın koruyucusu, baş kanun koyucu veya halkın sesi gibi" unvanlarla anılan kült karakterlere dönüşmüştür.¹⁵ Bu yükseliş sadece başkanların kendi karakterleriyle *sınırlı kalmamış*, 1939'da Franklin D. Roosevelt dö-

¹¹ Schlesinger, *The Imperial Presidency*, ss. 17–19.

¹² Schlesinger, *War and the American Presidency*, London, Norton, 2005, ss. 48–49.

¹³ ABD Anayasasının Yasama başlıklı 1'inci maddesinin 9'uncu kısmında yasama organının yapmaktan yasaklı olduğu işlemler arasında, isyan veya ülkenin istilası sırasında kamu güvenliğinin gerektirdiği haller dışında tutuklanmanın yetkili adli mercilerin kararına bağlı olması hakkının durdurulması yer almaktadır. Bu hüküm tersinden okunduğunda sözü edilen kısıtlamanın ancak ABD Kongresi tarafından yapılabileceği, dolayısıyla Başkanın buna kesinlikle yetkili olmadığı yorumu getirilebilir.

¹⁴ Michael A. Genovese, "The American Presidency: Full Circle?," Wilfried Mausbach et al. (der.), *The American Presidency*, Heidelberg, Heidelberg Universitätsverlag, 2012, s. 99.

¹⁵ Gene Healy, *The Cult of the Presidency-America's Dangerous Devotion to Executive Power*, Washington D.C., Cato Institute, 2008, s. 7.

neminde faaliyete geçen Başkanlık İdari Teşkilatı (*Executive Office of the President*) karar alma ve danışmanlık süreçlerinde yürütme organı içindeki diğer bakanlık (sekreterlik) teşkilatlarının önüne geçmiştir.¹⁶

Kısaca özetlediğim bu süreci Schlesinger, başkanlık makamının sağlıklı ve organik gelişimi içerisinde değerlendirmektedir. Yazara göre, bu süre zarfındaki büyüme süreci ekonomik ve siyasi şartlarla mücadelenin dayattığı bir gereksinimdir ve bu dönemde başkanlar anayasal sistemin dışında yorumlanacak münferit hareketlerini kendi doğal yetkileriymiş (*inherent powers*) gibi gösterme amacını gütmemiştir. Örneğin, Washington, Fransa ve İngiltere arasındaki savaşta tarafsızlık kararını tek başına almakla birlikte, bu politikayı düzelterek, geliştirecek ve uygulayacak olan kudretin yasama erki olduğuna işaret etmiş ve Kongre'yi bu konuda harekete geçirmiştir. Bu uygulaması ile ABD'nin başka devletlerarasındaki savaşlarda tarafsız kalma hususunda Kongre'nin yetkili olması teamülüne öncülük etmiştir.¹⁷ Yine bahsi geçen Jay Antlaşması ile Temsilciler Meclisi'nin talep ettiği belgeleri reddetmesindeki gerekçe uluslararası antlaşmalar konusunda yetkinin parlamentonun görece az sayıda üyeye sahip organı Senato olmasındandır. Jefferson ve Madison'un ani saldırılara (*çok yakın savaş tehdidi*) cevaben bildirimsiz olarak giriştikleri düşük yoğunluklu savaşlar bu durumlarla sınırlı kalacak biçimde ve anayasal teamül gelişmesine mani olma gayreti içinde verilmiştir. Jefferson, olağanüstü yetkilerin kullanılmasındaki zor kararların tarihin yargısına bırakılmasını savunmuş,¹⁸ Kongre haberdar edilmeden yapılan askeri müdahaleler için ileride anayasal teamül oluşturacak "yapay hukuksal çözümler" (*factitious legality*) üretme yoluna gitmemiştir.¹⁹ Benzer biçimde Lincoln, Konfederasyon yanlısı muhalifler hakkında hürriyetin tahdidine ilişkin hakları durdurma kararının ancak çok istisnai hallerde uygulanabileceğinin altını çizmiştir.²⁰ 4 Temmuz 1861 tarihinde Kongreye

¹⁶ James Pfiffner, "Cabinet Secretaries versus the White House Staff," 24 Mart 2015, <http://www.brookings.edu/blogs/fixgov/posts/2015/03/24-cabinet-secretaries-white-house-staff-pfiffner>, (Erişim Tarihi: 03 Kasım 2016).

¹⁷ Schlesinger, *The Imperial Presidency*, s. 20.

¹⁸ *Ibid.*, s. 25.

¹⁹ *Ibid.*, s. 9.

²⁰ "Ex parte Merryman and Debates on Civil Liberties During the Civil War", 30 Ekim 2015, http://www.fjc.gov/history/home.nsf/page/tu_merryman_narrative.html, (Erişim Tarihi: 16 Kasım 2016).

seslenişinde yapmak zorunda kaldığı anayasal ihlalleri uzun uzun gerekçelendirme ihtiyacı hissetmiş, demokratik ve anayasal bir devletin, çok ciddi ulusal tehditlerle karşı karşıya kalsa dahi, hak ve özgürlük düzenini ortadan kaldıracak kadar güç kullanmaması gerektiğinin altını çizmiştir.²¹

İç Savaş sonrası kuvvetler arası anayasal denge tekrar tesis edilmiş, ancak XIX. yüzyıl sonunda kendi kabul ettiren modernizasyon süreci ekonomik ve siyasi yetkilerin tekrar (bu sefer daha sistematik ve kalıcı biçimde) Kongre'den Başkan'a aktarımını sağlamıştır. Bu süreci betimlerken Theodore Roosevelt ve Woodrow Wilson yükselen küresel güç ABD'nin dümeninde Kongre'nin değil Başkan'ın yer alması gerekliliğine işaret etmişlerdir.²² ABD tarihinin en uzun başkanlık dönemini yaşayan Franklin D. Roosevelt (FDR) iç politika ve Yüksek Mahkeme (Supreme Court)'nin de desteğiyle²³ dış politika alanında tam yetkili hale gelmiştir. Ancak bu dönemde dahi başkanların söylemi kendilerine anayasal düzenin öngördüğünden fazla güç atfeder düzeye erişmemiştir. Şöyle ki FDR, İngiliz Başbakanı Winston Churchill'in İkinci Dünya Savaşı esnasında İngiliz Kanalı'nı Nazi güçlerinden korumak adına Amerikan destroyerlerini kullanma ricasını, bunun ancak Kongre'nin açık rızası ile gerçekleşebileceğini gerekçe göstererek reddetmiştir.²⁴

Yürütmenin bu şekilde güçlenmesi sürecinin emperyal başkanlık olarak nitelenmesindeki dönüm noktası Soğuk Savaş (Cold War)'ın başlamasıdır. Başkan Truman, milli güvenlik konseptini Merkezi İstihbarat Teşkilatı (CIA)'nın ve Milli Güvenlik Kurulu (National Security Council-NSC)'nin de kurulmasıyla devlet politikalarının merkezine yerleştirmiş ve etrafına ABD'nin yenedünya düzeninin dümeninde olması gerektiğini düşünen güvenlik danışmanlarını yerleştirmiştir.²⁵ Bu anlayışa uygun olarak Truman, Soğuk Savaş'ın getirdiği ortamdan faydalanmış ve savaş yetkilerini Kongre'nin elinden almıştır. Truman

²¹ Clinton Rossiter, *Constitutional Dictatorship*, New York, Harbinger, 1963, s. 3.

²² Schlesinger, Jr., *The Cycles of American History*, New York, Houghton Mifflin, 1999, s. 279.

²³ Bu dönemde Yüksek Mahkemece Başkanın dış politika alanında neredeyse sınırsız yetki sahibi olduğuna vurgu yapan U.S. v. Curtis-Wright Corporation ve United States v. Belmont kararları alınmıştır.

²⁴ Schlesinger, *The Imperial Presidency*, s. 105.

²⁵ Michael J. Hogan, *A Cross of Iron-Harry S. Truman and the Origins of the National Security State, 1945-1954*, New York, Cambridge University Press, 1998, s. 4.

Kongre'ye danışmadan (Birleşmiş Milletler kararına dayanarak) *Güney Kore'de kendi inisiyatifıyla kuvvet kullanılmasına karar vermiş ve bunu yaparken Anayasa ile kayıtlı olmadığını iddia etmiştir*. Böylelikle Truman başkanların "doğal yetkilerine dayanarak" Kongre'den bağımsız ve rutin şekilde savaş ilanına ve kuvvet kullanılmasına karar vermesi usulüne *öncülük etmiştir*.²⁶ Burada Truman'ı seleflerinden ayıran temel faktör Kongre'ye haber vermeden askeri operasyona girişmesi değil bunu yapmasına Anayasa ve kanunlar nezdinde bir mani olmadığını düşünmesi olmuştur.

Truman'ın açtığı yolu Lyndon B. Johnson genişletmiş, nihayet Richard Nixon dönemiyle beraber emperyal başkanlık güncel deyimle pik yapmıştır. Nixon, emperyal başkanlığın kulvarını dış politikadan iç politika-ya, askeri mecradan sivil alana kaydırmıştır. Bu dönemde, Vietnam Savaşı'nın yürütme tekelinde sürdürülmesi, milli güvenlik yetkilerinin siyasal rakiplerle mücadele için kullanması; bu uğurda dinleme ve fişleme faaliyetlerinin doruk noktaya ulaşması, Kongre'nin bütçe hakkını kullanarak belli kurumlara hasrettiği ödeneklerin başkanca tek taraflı askıya alması (*impoundment*) gibi birçok alanda başkanlık yetkileri kötüye kullanılmıştır.²⁷ Nixon, bu eylemlerinin başkanlığın doğal yetkileri olduğunu ise İngiliz gazeteci David Prost'a verdiği röportajda veciz şekilde ifade etmiştir. Prost'un, bir başkanın ulusun menfaatleri söz konusu olduğunda kanun dışı eylemlerde bulunup bulunamayacağı sorusuna Nixon, "Bir şeyi Başkan yapıyorsa, o kanun dışı değildir" cevabını vermiştir.²⁸

Nixon'ın suçlandırma (*impeachment*) tehdidi altında istifasıyla sonuçlanan dönemin ardından, yürütmenin dizginlenmesi gerekliliği, Vietnam Savaşı'ndan edinilen derslerin de etkisiyle, Amerikan kamuoyunda kabul görmüştür. 70'lerin ikinci yarısından 2000'li yılların başına kadar anayasal denge – Ronald Reagan, George W. H. Bush ve Bill Clinton dönemlerindeki genişlemelere rağmen – tekrardan sağla-

²⁶ Schlesinger, *War and the American Presidency*, s. 51.

²⁷ Milton Cantor, "War is the Health of the Presidency," *Reviews in American History*, Cilt 2, No 3, 1974, s. 323.

²⁸ "I Have Impeached Myself-Edited Transcript of David Frost's Interview with Richard Nixon," 7 Eylül 2007, <http://www.theguardian.com/theguardian/2007/sep/07/greatinterviews1>, (Erişim Tarihi: 8 Ocak 2017).

nabilmiştir.²⁹ Ancak 2000’li yılların başında azaldığı varsayılan ulusal güvenlik tehditlerinin emperyal başkanlık dönemini sona erdireceğine ilişkin tahminler George W. Bush başkanlık döneminde yaşanan 11 Eylül terör saldırıları ile boşa çıkmıştır. Bu hadise ile birlikte olağanüstü halden kaynaklanan yetkilerin Başkanlık makamına doğal yetkiler atfetmeye dönüşmesi *süreci, yani emperyal başkanlık, yeniden doğmuştur.*³⁰

Oğul Bush yönetimi (özellikle Başkan yardımcısı Dick Cheney), Reagan döneminde Kongre’nin yasalarla yetkilendirdiği bağımsız idari otoritelere karşı bütüncül bir yürütme modelini savunmak için kullanılan üniter yürütme doktrinini (*unitary executive doctrine*), *yürütmenin diğer anayasal organlar karşısında güçlendirilmesi* olarak kullanmayı tercih etmiştir. Bu doğrultuda başkanın Kongre ve Yüksek Mahkeme’den tamamen bağımsız olarak dış ilişkileri yürütmesi, düşman devlet ve terör örgütlerine karşı önalıcı ve önleyici savaflara (*preemptive and preventive wars*) girişebilmesi öngörülmüştür.³¹ Burada Bush yönetiminin işlettiği temel mantık söz konusu olan Amerikan ulusunun menfaatleri ve vatandaşların can güvenliği ise başkanın münhasıran ve anayasal organlardan bağımsız geniş yetkiler kullanabilmesi gerektiğidir.³² Yukarıda Lincoln dönemi için zikredilen olağanüstü hal imtiyazı içinde değerlendirilebilir gözükten bu anlayış özünde farklıdır. Çünkü Lincoln bahsettiğimiz üzere Anayasanın ötesinde olağanüstü yetkiler kullandığını kabul etmiş ve bunun ancak en üst düzeyde gereklilik halinde ve yine mümkün olduğunca hukuk içinde kalınarak uygulanması gerektiğine vurgu yapmıştır. Bush yönetimi ise (özellikle Bush’un hukuk danışmanlarından John Yoo’nun tezleri üzerinden) ABD Anayasasının ta en başından bu yetkileri yürütme organına verdiği ve Başkan’ın *anayasal çizgiler içinde kaldığında ısrarcı olmuştur. Sözü edilen olağanüstü durumun süresi ve kapsamı üzerinde durulmamış, Anayasanın Başkana her zaman karşılığı olan açık bir çek sunduğu var-*

²⁹ Michael Beschloss, “The End of the Imperial Presidency,” 18 Aralık 2000, <http://www.nytimes.com/2000/12/18/opinion/the-end-of-the-imperial-presidency.html>, (Erişim Tarihi: 22 Mart 2017).

³⁰ Schlesinger, *The Imperial Presidency*, x.

³¹ John Yoo, *The Powers of War and Peace*, Chicago, The University of Chicago Press, 2005, ss. ix-x.

³² Barton Gellman and Dafna Linzer, “Pushing the Limits of Wartime Powers,” 18, Aralık 2005, <http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2005/12/17/AR2005121701233.html>, (Erişim Tarihi: 2 Ocak 2017).

sayılmıştır. Benimsenen bu retorik çerçevesinde Bush yönetimi, terörle küresel savaş şiarıyla ABD vatandaşlarını ve diğer devlet vatandaşı sivilleri içine alacak geniş çerçevede insan hakları ve demokrasi ihlallerine imza atmış, halefi Barack Obama'ya devraldığından çok daha güçlü bir Amerikan başkanlığı miras bırakmıştır.³³

Obama, Bush'un bıraktığı mirası ret edeceğini hatta tersine çevireceğini ABD'nin içinde bulunduğu sorunların giderek gücü artan ve Kongre'ye aldırmaayan yürütme organında aranması gerektiğini seçim kampanyasında dile getirmiştir. Buna uygun olarak başkanlığının ilk gününde yayınladığı genelge ile yürütmede şeffaflığın kural gizliliğinin *istisna tutulmasını tebliğ* etmiş, ertesi gün yayınladığı başkanlık kararname (executive order) ile de işkencenin önlenmesi konusunda uluslararası belgelere sadık kalınacağını, çoğunluğunu yabancı savaşçıların (*enemy combatants*) oluşturduğu tutsaklara hukuk içerisinde muamele edilip nihayetinde Guantanamo hapishanesinin kapatılacağını duyurmuştur.³⁴

Bu olumlu başlangıca rağmen uygulamada terörle küresel savaşın birçok cephede genişletilmesi, özellikle milli güvenlik alanında Obama'nın baitan itibaren emperyal başkanlığın unsurları bakımından pek fark yaratamaması sonucunu doğurmuştur. Ancak, emperyal başkanlığın öncelikli şartı olan başkanlığa doğal yetkiler atfetme yönünden görece daha iyi bir portre çizdiği söylenebilir. Şöyle ki, Obama'nın kararlarını dayandırdığı hukuki altyapı ve onun *yönetiminde* kullanılan söylem selevi George W. Bush'a göre daha ana akım hukuksal görüşlere ve teorilere dayalıdır. Bush döneminde sadece başkana yakın hukukçular tarafından benimsenmiş ve yeniden yorumlanmış olan üniter yürütme doktrininin terkedildiği, dönemin terörle mücadelede alanındaki işkence, askeri yargılamalar ve istihbarat dinlemeleri gibi netameli konularda geçerli yazılı hukukun ve emsal yargı kararlarının ön plana çıkarıldığı savunulmuştur.³⁵

³³ Jonathan Mahler, "After the Imperial Presidency," 7 Kasım 2008, http://www.nytimes.com/2008/11/09/magazine/09power-t.html?pagewanted=all&_r=0, (Erişim Tarihi: 2 Ocak 2017).

³⁴ David K. Nichols, "Professor Obama and the Constitution," Carol McNamara et al. (der.), *The Obama Presidency in the Constitutional Order*, Plymouth, Rowman & Littlefield Publishing, 2011, s. 36.

³⁵ Gordon Silverstein, "Bush, Cheney, and the Separation of Powers," *Presidential Studies Quarterly*, Cilt 39, No 4, 2009, s. 887.

Bu görüşlerin aksine, benimsenen söylemin aldatıcı olduğu ve terörle mücadele tarzında esaslı bir değişiklik olmayıp³⁶ Obama döneminin henüz başlarında dahi temel hak ve özgürlüklere ve anayasal kuvvetler dengesine katkı sağlayacak değişikliklerin yapılmadığı öne sürülmüştür.³⁷ Bush döneminin ünlü hukukçularından Jack Goldsmith'e göre Obama, Bush'un düştüğü hataya düşmeyerek başkanlık yetkilerini genişletme fikrini açığa vurmamış, bunun yerine bu önemli yetkileri hissettirmeden, tabiri caizse çaktırmadan kullanmıştır.

Bu iki uç görüşü tartabilmek adına uygulamada Obama'nın Guantanamo hapishanesinin tek taraflı işleme kapatılma girişimi ve Libya'ya yasama organının izni olmadan yapılan askeri müdahale konuları önemlidir. Obama, Guantanamo'yu kapatma konusundaki kararlılığını yukarıda da bahsettiğimiz başkanlık kararnamesi ile ortaya koymuştur. Ancak Obama bu konuda bazı Demokrat senatörler de dâhil olmak üzere başkanlık süresi boyunca Kongre'nin ciddi direnci ile karşılaşmıştır. Obama, Bush döneminde *çok sık başvurulan* başkanlık imza şerhleri (*presidential signing statements*) uygulamasını³⁸ Guantanamo mevzunda devam ettirmiştir. Baştan itibaren kötü üne sahip hapishaneyi kapatmayı ve tutsakların ABD topraklarına transferini Obama bir temel haklar konusu olmaktan çok seçmenlerine verdiği taahhüdü tek taraflı işleme de olsa yerine getirmek olarak görmüştür. Sonuçta, Kongre'nin ciddi direncine karşı koyamamış ve bu taahhüdünü gerçekleştirememiştir. Buna karşın, Obama, Kongre'nin kabul ettiği milli savunma tahsis ve yetkilendirme yasalarına (2010-2015 yılları arasında

³⁶ Jack Goldsmith, "The Cheney Fallacy," 18 Mayıs 2009, <https://newrepublic.com/article/62742/the-cheney-fallacy>, (Erişim Tarihi: 3 Ocak 2017).

³⁷ Charlie Savage, "To Critics, New Policy on Terror Looks Old," 1 Temmuz, 2009, http://www.nytimes.com/2009/07/02/us/02gitmo.html?_r=0, (Erişim Tarihi: 4 Ocak 2017).

³⁸ ABD başkanları bazı kanunların kabulü esnasında Anayasaya aykırı buldukları veya uygulanmasında mahzur gördükleri yasa hükümlerini, yasanın tümünü veto etmek yerine, şerh koyarak kabul ettiklerini kamuoyuna duyururlar. Bunlara uygulamada başkanlık imza şerhleri adı verilmektedir. Bu şerhler yasa hükümleri gibi hukuki etki doğurmaz, ancak bu hükümleri uygulamakla görevli idarelerin söz konusu şerhlere dayanarak yasaları yorumlaması ve aynı zamanda yargı organlarının da bu şerhleri kararlarında göz önüne alması mümkündür. Geçmiş çok daha gerilere dayanan başkanlık imza şerhleri, özellikle Reagan dönemi itibarıyla başkanların yasama organıyla uyumadığı politika tercihlerini vurgulama aracı olarak kullanılmaya başlanmıştır. George W. Bush döneminde tam 700'ün üstünde yasa hükmü için bu şerhler kullanılmıştır. "Presidential Signing Statements", <https://www.loc.gov/law/help/statements.php>, (Erişim Tarihi: 09.01.2017).

çıkan) koyduğu şerhlerde ve nihayetinde 2015 yılında ilgili kanunun veto gerekçesinde milli güvenlik ve dış politika konusundaki başkanlık yetkilerinin yasama tarafından anayasa aykırı biçimde engellendiği görüşünü savunmuştur.³⁹ Sonrasında Başkan Başdanışmanı Josh Earnest Obama'nın Kongre'nin muhalefetine bakmaksızın Guantanamo hapishanesini tek taraflı yürütme işlemi ile kapatacağı uyarısında bulunmuştur.⁴⁰

Bu emsal özelinde değerlendirildiğinde Obama yönetiminin, Başkanlık yetkilerini genişletme amacını açıkça ifade eden ve yürütmenin terörle mücadelenin ve milli güvenliğin gerektirdiği zaruriyetler karşısında tek yetkili olduğu fikrindeki Bush ile aynı çizgide olmadığı bir gerçektir. Ancak, Obama yönetiminin gerektiğinde başkanlığın milli güvenlik ve dış politika alanında tek yetkili olduğu ve gerekirse yasama organı iradesiyle çelişen tek taraflı işlemlerde bulunabileceği söylemini sahiplendiği görülmektedir. Zaten, bir sonraki bölümde ayrıntılarına girilecek Libya müdahalesinde bu başkanlığa doğal yetkiler atfetme söyleminin şüpheye yer vermeyecek şekilde sahiplenildiği görülecektir.

Adaylığını açıkladığından bu yana tartışma yaratan ve politik doğruculuk karşıtı popülist yeni başkan Donald Trump'ın bu söylemi ne kadar sahipleneceği ve tek başına icra edeceği işlemleri hangi anayasal ve yasal çerçeveye dayandıracağı merak konusu! Başkanlık yetkileri tarihinde yeni bir sayfa açılması kuvvetle muhtemel bu dönem öncesindeki birikim için ise şu son sözler söylenebilir:

Amerikan başkanlığı tarihi anayasaya aykırı olarak yorumlanabilecek birçok eylemle doludur. Ancak, bazı başkanlar bilinçli olarak anayasayı en geniş şekilde yorumlayıp kendilerine fiili ve doğal yetkiler devşirmeyi ve bunları kullanmayı tercih etmiş ve emperyal başkanlık olgusunu yaratmışlardır. Bu doğal hak iddiası, bir sistem değişikliğini savunma veya Anayasayı değiştirme çabasına değil, Anayasanın zaten ve her daim bu yetkileri başkanın tekeline verdiği varsayımına

³⁹ Benjamin Wittes, "The Great Guantanamo Showdown," 9 Kasım 2015, <https://www.brookings.edu/blog/order-from-chaos/2015/11/09/the-great-guantanamo-showdown/>, (Erişim Tarihi: 4 Ocak 2017).

⁴⁰ "Press Briefing by Press Secretary Josh Earnest," 11 Haziran 2015, <https://www.whitehouse.gov/the-press-office/2015/11/06/press-briefing-press-secretary-josh-earnest-1162015.>, (Erişim Tarihi: 4 Ocak 2017).

dayanmıştır. Bu iddia emperyal başkanlığın temelini oluşturur ve diğer hukuk dışı eylemlere zemin hazırlar. Anayasa hükümlerinin sadece bir yorumu olmadığı malumdur, ancak bazı başkanların diğer anayasal devlet organlarının ve kamuoyunun müdahalesinden bağımsız şekilde kendi sağduyusuna ve vizyonuna dayalı bir subketif anayasal yorum ve uygulamaları kaçınılmaz olarak emperyal başkanlık tezini ortaya çıkarmıştır.

2. Emperyal Başkanlık Pratiği

2.1. Yürütme Tekelinde Savaş Yapma (Kuvvet Kullanma) Yetkisi

Bir önceki başlık altında emperyal başkanlık teorisinin özünün başkanlığa doğal yetkiler atfetme olduğunu ortaya koyduk. Bunun pratiğe dökülmesinde en öne çıkan unsur ise yürütmenin savaş yetkilerini zaman içinde tekeline alması olarak nitelenebilir. Schlesinger'ın ortaya koyduğu gibi emperyal başkanlık kendisini ilk olarak dış ilişkilerin yürütülmesinde ve özellikle savaş yetkilerinin kullanılmasıyla göstermiştir. ABD Anayasası savaş yetkilerini yasama ve yürütme organı arasında paylaşmıştır. Bu paylaşımında yasama organı Kongre savaş ilan etme ve silahlı kuvvetleri yetiştirme ve destekleme (A.y. md. 1/8), yürütme ise Başkanın başkomutan sıfatıyla orduya komuta etme yetki ve görevleriyle (A.y. md. 2/2) donatılmıştır.⁴¹ Kurucu babalardan James Madison, bu paylaşımın savaşa komuta etme yetkisine sahip olanlara (yani bu durumda başkana) işin doğası gereği savaşı başlatma, sürdürme ve sona erdirmeye yetkilerinin emanet edilmemesi esasına dayandığını vurgulamıştır. Ancak, yukarıda da söylendiği gibi anayasal ve siyasal pratik bu öngörüü büyük ölçüde boşa çıkarmıştır.⁴²

Anayasada öngörülen savaş yetkileri sisteminde zamanla yaşanan bu değişim sadece yürütme organının kendi kendine güç devşirmesi ile gerçekleşmemiştir. Yasama ve yargı organları da, zaman zaman ağırlıklarını hissettirseler de, pasif kalarak buna katkıda bulunmuşlardır. Özellikle *savaş ve kriz anlarında* başkanlığa güç aktarımı Kongre ve mahkemelerin yürütme üzerinde kontrollerini gevşetmeleri ile katlanarak artmıştır.⁴³

⁴¹ War Powers–Overview,” <https://www.loc.gov/law/help/war-powers.php>, (Erişim Tarihi: 29 Ocak 2017).

⁴² Savage, Takeover, s. 19.

⁴³ Schlesinger, War and the American Presidency, s. 46.

Daha önce ifade edildiği gibi ABD Kongresi genel olarak *gücünü kuruluş yıllarının ardından XIX. yüzyıl* boyunca (İç Savaş yılları dâhil) koruyabilmiştir. XX. yy.'ın ilk yarısı Ekonomik Buhran ve I. Dünya Savaşı'nın da etkisiyle başkanı güçlendirse de savaş yetkilerinin yürütmenin tekeline alınması Soğuk Savaş ile birlikte kendisini kabul ettirmiştir. Schlesinger'e göre sonraki yıllarda bulaşıcı hale gelecek bir politika aracı olarak Kongre'yi savaş yetkilerinin dışında tutma yukarıda da ifade edildiği üzere Truman ile başlamıştır. Sonrasında, Johnson'un ünlü Vietnam Savaşı'nı yine Kongre kararına dayanmadan başlatması ve akabinde Nixon'un cepheyi yine izinsiz biçimde Kamboçya'ya genişletmesi bu uygulamayı perçinlemiştir. Nixon, ayrıca Kongre'nin Güneydoğu Asya'da girişilecek askeri müdahaleleri Amerikan birliklerine saldırı yapılması durumu ile sınırlayan Tonkin Körfezi Kararı'na uymayarak saldırı savaşını devam ettirmiştir.⁴⁴

Amerikan Kongresi özellikle Vietnam Savaşı boyunca (Nixon döneminin sonuna kadar) uysal/söz dinleyen Kongre (acquiescent Congress) adıyla anılmış,⁴⁵ özellikle başkanlar Truman, Johnson ve Nixon savaş yetkileri bakımından Kongre'yi baypas etmişlerdir. Nixon'un istifaya zorlanması neticesinde Kongre artık üzerinde ciddi muğlaklıklar olan savaş yetkileri hususunu açıklığa kavuşturmak amacıyla Savaş Yetkileri Müsterek Kararı'nı⁴⁶ (War Powers Resolution) kabul etmiştir. Bu karar ile başkanın, başkomutanlık yetkilerini ancak Kongre tarafından savaş ilan edilmesi veya Kongre'nin kuvvet kullanılmasına rıza göstermesi yahut Birleşik Devletler'e ani bir saldırı olması halinde kullanabileceği vurgulanmıştır. Ayrıca, başkanın Kongre'nin onayına başvurmadan giriştiği askeri müdahalelerin 60 gün içerisinde Kongre tarafından onaylanmaması (açık ya da örtülü iradesiyle) halinde sona erdirilmesi ve her halükarda askeri *müdahalenin başlamasından 48 saat içinde* Kongre'ye başkan tarafından rapor verilmesi gibi düzenlemeler getirilmiştir.⁴⁷

⁴⁴ Savage, Takeover, 22.

⁴⁵ Andrew Rudalevige, "The Contemporary Presidency: The Decline and Resurgence and Decline (and Resurgence?) of Congress: Charting a New Imperial Presidency," *Presidential Studies Quarterly*, Cilt 36, No 3 2006, s. 508.

⁴⁶ ABD parlamento hukukunda "joint resolution" olarak ifade edilen bu düzenlemeler Senato ve Temsilciler Meclisinin onayından geçer ve kanun gücündedir. Bu tip düzenlemeler kanunlardan farklı olarak başlangıç kısmı da içerirler.

⁴⁷ "War Powers-Overview," <https://www.loc.gov/law/help/war-powers.php>.

Bu yasa gücünde kararın sözü ile uygulaması tarihsel süreç içinde pek uyuşmamıştır. Özellikle Nixon sonrası Kongre'nin gücünü pekiştirdiği kısa dönemin ardından Savaş Yetkileri Kararı'nın kendisini uygulamakla yükümlü ABD başkanları tarafından hassasiyetle ve istikrarlı biçimde uygulandığı söylenemez. Zaman zaman başkanlara önceden sahip olmadıkları 60 günlük süre boyunca Kongre'nin iznine tabi olmadan kuvvet kullanma hakkını vermesi nedeniyle de eleştirilen Savaş Yetkileri Kararı'nın Kongre'nin elini arzu edilen ölçüde güçlendirmede geçtiği geçmiş tecrübelerle anlaşılmıştır. ABD başkanları Kararın Anayasaya aykırı olduğunu savunmuş ve uygulamak konusunda hep ağır davranmışlardır. Reagan döneminde Lübnan ve Grenada, Clinton döneminde Haiti, Obama döneminde Libya operasyonları bu karar gözetilmeden yürütülmüştür.⁴⁸

Tarihe güvenlik politikaları bakımından en sert başkanlık dönemlerinden biri olarak geçen George W. Bush dönemi ise tahminlerin aksine savaş yetkileri bakımından yasal prosedürlere riayet edildiği bir dönemdir. Oğul Bush Kongre'den hem Afganistan'a hem de Irak'a yapılan müdahaleler için izin almıştır. Dahası, 24 Ekim 2001 tarihinde (11 Eylül terör saldırılarının ardından) yurt içinde ve dışında terörle mücadelenin hukuki alt yapısı ABD Yurtsever Yasası (USA Patriot Act)⁴⁹ ile kurulmuştur.

Bununla birlikte Bush dönemi politikalarının bu yasal altyapıyla uyumlu olduğu söylenemez. Zira, terör şüpheli ve sanıklarına yapılan gayri insani muameleler, yargılamalar için kurulan askeri komisyonlar, gerçekleştirilen yasa dışı dinlemeler yukarıda bahsettiğimiz üniter yürütme doktrini çerçevesinde başkana sınırsız takdir hakkı tanıyan bir anlayışla gerçekleştirilmiştir. ABD yasalarınca yasak olan işkencenin dahi teröristlere bir sorgulama taktiği olarak benimsenebileceği Bush yönetimince savunulmuş⁵⁰ ve Afganistan'da Abu Ghraib hapis-

⁴⁸ Nancy Kassop ve William G. Howell, "Resolved, Congress Should Pass the War Powers Consultation Act," Richard J. Ellis et. al., (der.), *Debating Reform: Conflicting Perspectives on How to Fix the American Political System*, Los Angeles, Sage, 2014, s. 353.

⁴⁹ Bu İngilizce kısaltma aynı dilde *Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism* ifadesinin karşılığı olarak kullanılmaktadır.

⁵⁰ "Memorandum for Alberto R. Gonzales, Counsel to the President, from Jay S. Bybee, Assistant Attorney General, Re: Standards of Conduct for Interrogation under 18 U.S.C. §§ 2340-

hanesinden yansıyan görüntülerle bu yöntemlere başvurulduğu ortaya çıkmıştır. Bu dönemin öne çıkan karakteri olan milli güvenliğin çok amaçlı kullanımı (*all-purpose invocation of national security*) ve ani saldırı tehdidi olmaksızın ön alıcı (*preemptive*) savaş stratejisi gücün özellikle askeri alanda yürütmenin tekelinde toplanmasına yol açmıştır.

Obama, başkanlığının ikinci gününde yayınladığı kararnameler ile işkence konusunda Cenevre Konvansiyonuna uygun davranılacağı ve Guantanamo'nun kapatılması dâhil terör tutuklu ve hükümlülerine muamelenin hukuki sınırlara çekileceğini taahhüt etmiştir. Ancak, yukarıda ifade edildiği gibi başkanlığının ilk günlerinden itibaren Obama'nın terörle küresel savaş konsepti altında uyguladığı milli güvenlik politikalarının selefiyle esaslı noktalarda pek ayrışmadığı görülmüştür. Bu doğrultuda tutuklular için kurulan askeri komisyonlar varlığını devam ettirmiş, mahkemelerde federal hükümetin savunusunda düşman savaşçı (*enemy combatant*) kavramı korunarak ABD'nin uluslararası ve iç hukuktan bağımsız şekilde terör tutsaklarını yargılaması usulü devam ettirilmiştir.

Obama yönetiminin çok amaçlı milli güvenlik uygulamasında esas dönüm noktası ise Umar Farouk Abdulmutallab adında Nijeryalı teröristin 2009 yılı Noel gününde Amsterdam Detroit seferi yapan Northwest Airlines uçağında teşebbüs ettiği canlı bomba eylemi olmuştur. Bu eylemin ardından terör tehdidinin hala ciddi şekilde devam ettiğine ikna olan Obama'nın milli güvenlik ve savaş yetkilerini başkanlık makamında toplama eğilimini artırdığı değerlendirilmektedir.⁵¹ Bu girişimden sonra insansız hava araçları (*drones*) ile yapılan saldırılar artırılmış⁵² ve Obama yönetimince askeri otoritelerin ve CIA'in Soğuk Savaş yıllarında olduğu gibi yurt dışı nokta operasyonlarla (Amerikan vatandaşları dâhil) terör şüphelilerinin öldürülmesi (*targeted killings*) meşru gösterilmiştir.⁵³

2340A," 1 Ağustos 2002, <http://www.justice.gov/sites/default/files/olc/legacy/2010/08/05/memo-gonzales-aug2002.pdf>, (Erişim Tarihi: 24 Mart 2017).

⁵¹ Glenn Greenwald, "Interview with Charlie Savage on Obama's War on Terror Legacy," 10 Kasım 2015, <https://theintercept.com/2015/11/10/42692/>, (Erişim Tarihi: 25 Mart 2017).

⁵² Scott Shane, "Drone Strikes Reveal Uncomfortable Truth: U.S. Is Often Unsure About Who Will Die," 23 Nisan 2015, http://www.nytimes.com/2015/04/24/world/asia/drone-strikes-reveal-uncomfortable-truth-us-is-often-unsure-about-who-will-die.html?_r=0, (Erişim Tarihi: 31 Mart 2017)

⁵³ Charlie Savage, *Power Wars—Inside Obama's Post 9/11 Presidency*, New York,

Selef yönetimden devralınan bu anlayışın dışında Obama'nın savaş yetkilerini kendi tekeline alma çabasının en önemli göstergesi Libya Operasyonu olmuştur. Bilindiği üzere, Arap Baharı'nın Libya'ya yayılması sancılı olmuş ve gösteriler Kaddafi yönetiminin çok sert tepkisine maruz kalmıştır. Obama'nın şiddet olaylarının artması üzerine uluslararası topluma yaptığı çağrı karşılık bulmuş ve BM Güvenlik Konseyi 1973 Sayılı Karar ile askeri müdahaleye onay vermiştir. Bu kararın hemen ardından tıpkı Truman zamanında olduğu gibi Kongre'nin rızası aranmadan salt BM kararına dayanılarak 19 Mart 2011'de ABD askeri müdahalesi başlatılmıştır.

Müdahale kararında Kongre'ye başvurulma gereksinimi duyulmadığı gibi kararın gerekçesinde uluslararası hukukun gereklerinden ziyade ABD'nin askeri müdahalede bulunmasındaki milli menfaatler dile getirilmiştir. Libya'daki durumun esasen ABD iç güvenliğini tehdit ettiği varsayılmıştır.⁵⁴

Müdahalenin emperyal başkanlık bakımından en göze batan yanı ise Savaş Yetkileri Kararı'nda şart koşulan 60 gün sınırının aşılmasına rağmen Kongre'nin onayı olmadan devam ettirilmesidir. Yönetim, Libya operasyonunun düşmanla silahlı çatışmaya dönüşmediği ve dolayısıyla kapsamı nedeniyle Kongre'ye bildirilmesi gereken bir "savaş" niteliğinde olmadığı tezini savunmuştur. Böylelikle Libya operasyonunda Savaş Yetkileri Kararı'nın 60 gün içinde Kongre'nin rızası alınmaması durumunda askerlerin geri çekilmesini gerektiren hükmünün uygulama alanı kalmadığı belirtilmiştir.⁵⁵ Burada ABD askeri güçlerinin herhangi bir mukavemetle karşılaşmadığı için yapılan operasyonun kanunen savaş niteliğinde olmadığı savı haklı olarak eleştirilmiş⁵⁶ ve zorlama bir hukuki yorum olarak değerlendirilmiştir.

Little, Brown and Company, 2015, ss. 132-140.

⁵⁴ Jean Galbraith, "International Law and the Domestic Separation of War Powers," *Virginia Law Review*, Cilt 99, No 5, 2013, s. 1036.

⁵⁵ Harold Hongju Koh, "Testimony Before the Senate Foreign Relations Committee," 28 Haziran 2011, <http://www.state.gov/s/1/releases/remarks/167250.htm#ftn8>, (Erişim Tarihi: 10 Mart 2017).

⁵⁶ Örnek olarak Kongre yanlısı yazılılarıyla bilinen hukukçu Louis Fisher bir nükleer saldırının karşı askeri güçle hiç muhatap olmadan ve çatışma yaşamadan yapılabileceği varsayımına dayanarak yönetimin argümanının çok zayıf olduğunu vurgulamıştır. Louis Fisher, "Military Operations in Libya: No War? No Hostilities?" *Presidential Studies Quarterly*, Cilt 42, No 1, 2012, s. 180.

Obama'nın Libya'da giriştiği bu operasyonun tek taraflı başkanlık işlemiyle ve hukuka aykırı şekilde yapılmış olmasından ziyade, bu yetkinin kullanılmasında Obama'nın kendisine bağımsız ve doğal yetkiler atfetmesi emperyal başkanlık eleştirisi bakımından daha belirleyici olmuştur. Obama, operasyonun başlamasından iki gün içinde Kongre'ye gönderdiği mektupta müdahaleyi, Anayasanın yürütmenin başı ve başkomutan sıfatıyla kendisine verdiği ülkenin dış ilişkilerini yürütme yetkisi çerçevesinde başlattığını bildirmiştir.⁵⁷ Operasyon üzerine Başkanlık Hukuk Müşavirliği'nin görüşünde de başkanların tek başlarına ve bağımsız şekilde savaş yetkilerini kullandığı ve yerleşmiş hukuki ve siyasi pratiğin⁵⁸ Anayasanın muğlak lafzının önüne geçtiği iddia edilmiştir. Ayrıca, Savaş Yetkileri Kararı ile başkanların zaten (en azından 60 günlüğüne) tek taraflı müdahalede bulunabileceğinin kabul edildiği ön plana çıkarılmıştır.⁵⁹

Sonuç olarak, Obama ve hukukçu danışmanları milli güvenlik ve menfaatler söz konusu olduğunda başkanın diğer anayasal organların her durumda doğal olarak önünde olduğu görüşünü, Bush yönetimi kadar net ve tabiri caizse kör göze parmak biçimde olmasa da, savunmuşlardır. Bu savunu beraberinde artık kuvvet kullanımı veya savaş ilanı⁶⁰ sınırlı olmayan (tutsaklara müdahale, askeri yargı, işkence, hukuksuz telefon ve ortam dinlemeleri vs) milli güvenlik ve savaş yet-

⁵⁷ "Letter from the President regarding the Commencement of Operations in Libya," 21 Mart 2011, <https://www.whitehouse.gov/the-press-office/2011/03/21/letter-presidentregarding-commencement-operations-libya>, (Erişim Tarihi: 10 Mart 2017).

⁵⁸ Bu mütalaada başkanın dış ilişkileri yürütme tekeline sahip olduğu (American Ins. Assn. v. Garamendi) ve başkanın ülkenin milli menfaatleri söz konusu olduğunda tek yetkili organ olduğuna (Durand v. Hollins) vurgu yapan yargı kararları öne çıkarılmıştır. Ancak, yargının yürütmeye dış ilişkiler ve savaş yetkileri konusunda istikrarlı biçimde koşulsuz destek verdiği izlenimini yaratmak yanıltıcıdır. Nitekim Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer davasında Yüksek Mahkeme Truman'ın Kore Savaşı esnasında milli güvenlik gerekçesiyle bir çelik fabrikasına el koyma girişimine engel olmuştur. Ünlü kararda Hâkim Jackson'ın başkanın yetkilerinin Kongre ile çatışma halinde en aşağı seviyede olduğunu varsayan görüşü halen yaygın kabul görmektedir.

⁵⁹ "Authority to Use Military Force in Libya-Memorandum Opinion for the Attorney General," 1 Nisan 2011, http://www.justice.gov/sites/default/files/olc/opinions/2011/04/31/authority-military-use-in-libya_0.pdf, (Erişim Tarihi: 11 Mart 2017).

⁶⁰ Bu noktada yürütülen onca savaşa rağmen 11 Aralık 1941'den beri ABD Kongresinin resmen savaş ilan etmediğini belirtmek gerekir. Kassop, Howell, "Resolved, Congress Should Pass the War Powers Consultation Act," s. 353.

kilerinin Bush dönemiyle neredeyse aynı düzeyde kullanılmasını getirmiştir. Hatta Libya operasyonu usul bakımından bu dönemin ihlal bakımından ötesine bile geçmiştir.

Temel hak ve özgürlüklerle ilgili meselelerde dahi yargı müdahalesinden rahatsızlığını ifade eden Başkan Trump'ın savaş alanındaki liderliğinin yasama ve yargı organlarınca denetlenmesi hakkında ne şekilde hareket edeceği ve daha da önemlisi kullanacağı yetkileri hangi anayasal ve yasal görüşler zemininde uygulanacağı henüz netlik kazanmamıştır. Ancak rump'ın Kuzey Kore ile yaşanan güncel gerilim içerisinde Twitter'dan sarf ettiği sözler⁶¹ bu konuda Kongre'nin ve ABD kamuoyunun ikinci planda kalacağına dair işaretler vermektedir. Nihayet, yürütme tekelinde savaş yetkisi ve milli güvenliğin çok amaçlı kullanımı bugün kapsamı çeşitlenen emperyal başkanlık tarzının en önemli unsurlarından biri olmayı sürdürmektedir.

2.2. Yürütmenin Gizliliği (*Executive secrecy*)

ABD'de yürütmenin Kongre'den ve mahkemelerden özellikle dış ilişkilerin yürütülmesi hususunda bilgi saklaması belli ölçülerde kuruştan beri tecrübe edilen bir durumdur. O zaman Washington'un kabinesinde yer alan Jefferson Kongre'ye yukarıda adı geçen Jay Antlaşması'nın Kongre'den gizlenmesini, "Şayet Senato antlaşmada takınacağımız tavırdan haberdar olsaydı, bu hemen İngiliz bakan Hammond'un kulağına giderdi"⁶² sözleriyle açıklamıştır.

Bununla birlikte, başkanlığa doğal yetkiler atfetme ve savaş yetkilerinin tekilde toplanmasında olduğu gibi Soğuk Savaş Dönemi'nin yürütmenin gizliliği konusunda da dönüm noktası olduğu söylenebilir.⁶³ Truman, Kongre'ye karşı ileri sürdüğü yürütme imtiyazını (*executive privilege*)⁶⁴ Kongre'den siyasi rakiplerinin kullanmasını ön-

⁶¹ ABD ordusunun Kuzey Kore'yi vurmaya zaten hazır ve nazır olduğunu belirten sözler için bkz. "Trump warns N Korea that US military is 'locked and loaded'", 11 Ağustos 2017, <http://www.bbc.com/news/world-us-canada-40901746>, Erişim: 12 Ağustos 2017.

⁶² Schlesinger, *The Imperial Presidency*, s. 15.

⁶³ Schlesinger'e göre, bu dönemin hemen öncesinde FDR'nin başkanlığında Kongre komisyonlarıyla hala istihbarat bilgileri paylaşılmaktaydı ve bilginin paylaşılması durumunda yürütme imtiyazında ise yazılı hukuka gönderme yapıyordu. Bkz. *Ibid.*, ss.339-40.

⁶⁴ Rozell'e göre yürütme imtiyazı başkanın ya da bakan ve bürokratların Kongre'den,

lemek amacıyla bilgi saklama yönünde kullanmayı tercih ederek bir zihniyet değişiminin öncüsü olmuştur. Truman, ünlü Senatör Joseph McCarthy'nin yaptığı fişlemeleri yürütme imtiyazını öne sürerek Kongre ile paylaşmayı reddetmiş ve bunun kuvvetler ayrılığı ilkesiyle de uyumlu olduğunu savunmuştur.⁶⁵ Bu dönemde, aşırı gizlilik olgusu (*overclassifying*) askeri alanların da dışına çıkmış, ticari faaliyetlerden üst düzey federal yöneticilerin kişisel belgelerini gizlemeye kadar varmıştır.⁶⁶ Truman, tüm idari teşkilatına söz konusu olan ülkenin milli güvenlik menfaatleri ise Kongre'den bilgi saklanabileceği talimatını vermiştir. Schlesinger'in deyişiyle bu faaliyetler milli güvenlik *mantrası* (*national security incantation*) ile gizlenmiştir.⁶⁷

Nixon dönemi ise gizliliğin sadece Kongre'ye bilgi paylaşmamakla sınırlı kalmayıp sistemli bir yönetim biçimi haline geldiği bir dönemdir. Bu dönemde yürütme imtiyazı sınırsız, başkanın kendi politik amaçlarına hizmet eder ve yürütme organının tüm personelini kapsar biçimde uygulanmıştır.⁶⁸

Nixon sonrasında gizliliğin zirve yaptığı dönem yine Oğul Bush dönemi olmuştur. Başkan yardımcısı Cheney, Nixon'dan sonra başkanlık yetkilerinin haksız yere tırpanlandığı savını ortaya koymak suretiyle Kongre'nin Genel Hesap Birimi (*General Accounting Office*) (bir bakıma Amerikan Sayıştay) ile enerji bürokratlarının görüşmelerini paylaşmayı reddetmiştir.⁶⁹ Yine bu dönem içerisinde İç Güvenlik Bakanlığı (*Homeland Security*) bürokratlarının da Kongre komisyonlarına bilgi vermesi engellenmiştir.⁷⁰ Son olarak yabancı savaşçıların olağan-

mahkemelerden veya halktan bilgi saklama hakkı olarak tanımlanabilir. Bilgileri açıklamama için devlet sırrı, Beyaz Saray görüşmelerinin gizliliği veya özel hayatın gizliliği gibi gerekçelere başvurulmaktadır. Hukukçular arasında yürütme imtiyazının meşruluğu veya meşru kabul edilse dahi sınırları hakkında görüş ayrılıkları çoktur. Mark J. Rozell, "President Nixon's Conception of Executive Privilege: Defining the Scope and Limits of Executive Branch Secrecy", *Presidential Studies Quarterly*, Cilt 22, No 2, 1992, s. 323.

⁶⁵ Athan G. Theoharis, *The Truman Presidency, the Origins of the Imperial Presidency and the National Security State*, London, Heyden, 1979, s. 57.

⁶⁶ *Ibid.*, s. 76.

⁶⁷ Schlesinger, *The Imperial Presidency*, s. 457.

⁶⁸ Rozell, "President Nixon's Conception of Executive Privilege," ss. 325-27.

⁶⁹ Wolfensberger, "The Return of the Imperial Presidency?," s. 38

⁷⁰ Martin Thunert, "Beyond the Imperial Presidency: Presidential Power and Its Limits during the George W. Bush Presidency," Wilfried Mausbach et al. (der.) Heidelberg, Heidelberg Universitätsverlag, 2012, ss. 142-43.

dışı yollardan getirilmesi (*extraordinary rendition*) ve Ulusal Güvenlik Birimi (NSA) aracılığıyla yasa dışı dinleme davalarında mahkemelere bilgi ve belge paylaşmama ve hatta davaların düşürülmesi talepleri yürütme imtiyazı öne sürülerek gerçekleştirilmiştir.⁷¹

Obama dönemi ise yürütmenin demokratik denetimi bakımından umut verici gelişmelerle açılmış, yeni şeffaflık stratejisi (*new era of openness*) yürütme politikası olarak benimsenmiştir. Obama'nın 26 Ocak 2009 tarihli ilk başkanlık kararnamesi sadece görevdeki başkanlara yürütme imtiyazını kullanarak başkanlık kayıtlarını⁷² açıklamama yetkisi vermiştir. Ayrıca Obama idareye genel olarak Bilgi Edinme Hakkı Yasası (*Freedom of Information Act-FOIA*) çerçevesinde bilgi taleplerine karşı şeffaflık-gizlilik dengesinde şeffaflık yanlısı tutum izlemeleri talimatı vermiştir.⁷³

Yalnız, bu olumlu hava çabuk dağılıp yerini öncelikle devlet sırrı niteliğinde ve milli güvenliğe tesir edecek bilgilerin mahkemelerle paylaşılmaması geleneğine terk etmiştir. (*Al-Haramain Islamic Found. v. Obama, Al-Aulaqi v. Panetta, Shubert v. Obama, Ibrahim v. Department of Homeland Security, El-Masri, Maher Arar, and Jeppesen Dataplan davaları*). Sonrasında Beyaz Saray danışmanlarının siyasi olmayan gündelik meseleler için dahi (kamuoyunda rahatsızlık uyandıran Beyaz Saray'da düzenlenen bir eğlence organizasyonuna istinaden) Kongre komisyonlarının çağrılarına cevap vermedikleri görülmüştür. Hatta, Başkanlık Hukuk Müşavirliği Obama'nın yakın danışmanlarının Kongre komisyonlarına çağrılmaktan tamamen muaf tutulması gerektiği görüşüyle hesap verebilirlik açısından sorunlu bu anlayışı pekiştirmiştir.⁷⁴

⁷¹ Louis Fisher, "The State Secrets Privilege: From Bush II to Obama," *Presidential Studies Quarterly*, Cilt 46, No 1, 2016, s. 13.

⁷² Başkanlık kayıtlarından (veya arşivinden) (presidential records), 1978 tarihli Başkanlık Kayıtları Yasası'nda belirtilen başkanın, başkanın birincil yardımcı personelinin veya Başkanlık İdari Teşkilatı bünyesinde başkana danışma ve yardım ile görevli birim veya personelin anayasal, yasal veya törenselleşmiş işlerin yürütülmesine ilişkin aldıkları veya ürettikleri bütün belgeler anlaşılmalıdır. "Presidential Records Act (44 U.S.C. Chapter 22)", <https://www.archives.gov/about/laws/presidential-records.html>, (Erişim Tarihi: 8 Mart 2017).

⁷³ "Executive Order 13489—Presidential Records", <https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/FR-2009-01-26/pdf/E9-1712.pdf>, (Erişim Tarihi: 13 Mart 2017).

⁷⁴ "Immunity of the Assistant to the President and Director of the Office of Political Strategy and Outreach from Congressional Subpoena," 15 Temmuz 2014, http://www.justice.gov/sites/default/files/opinions/attachments/2014/07/25/simas-immunity-final_1.pdf, (Erişim Tarihi: 20 Mart 2017).

Yürütmenin gizliliği alanında bahse değer başka aşırılıklar da yaşanmış olmakla birlikte, yürütme imtiyazının amacı dışında kullanılmasına ilişkin en bariz örnek kamuoyunda Hızlı ve Öfkeli Skandalı (*Fast and Furious Scandal*) olarak bilinen vakadır. Adalet Bakanlığı Alkol, Tütün, Ateşli Silah ve Patlayıcılar Bürosu (ATF)'nin uyuşturucu kartellerini ortaya çıkarmak için silah tedarikçisi rolüyle çetelerle değiş tokuş yaptığı silahların izinin kaybolması ve daha sonra bu silahlarla Meksika ve ABD'de çeşitli suçlar işlendiğinin ortaya çıkması üzerine patlak veren olay Kongre ile Başkanlık arasında ciddi sürtüşmeye neden olmuştur.

Skandalın soruşturulması kapsamında Temsilciler Meclisi Adalet Komisyonu ve daha sonra konuya özgü kurulan denetim komisyonu silahların istenmeyen ellere gitmesinden Adalet Bakanlığını sorumlu tutmuş ve dönemin bakanı Eric Holder'ın görüşlerine başvurmuştur. Holder, Adalet Komisyonu'na verdiği ifadede yürütme imtiyazının sadece milli güvenlik konularında ileri sürüleceğini beyan etmiştir.⁷⁵ Ancak, başarısız operasyonun yürütülmesi esnasında bazı ihlâllere rastlayan denetim komisyonu ATF departmanındaki iç yazışmaları kurumdan talep ettiğinde red cevabı almıştır. Yürütme ile süren restleşmeler neticesinde ilk kez görev başındaki bir kabine üyesi (Bakan Holder) komisyon celbine rağmen (*subpeona*) istenilen belgeleri göndermediği için Temsilciler Meclisi tarafından Kongre'yi tahkir (contempt of Congress) ile itham edilmiş ve kınanmıştır.⁷⁶ Bu oylama öncesi ve sonrasında Obama yönetimi tarafından yürütme imtiyazı itirazı yapılmış ve kurum içindeki yazışmaların gizli olduğu vurgusu yapılmıştır. Dolayısıyla, bu itiraz bir milli güvenlik sorunu için değil idarenin başarısız bir operasyonunu kamuoyundan gizlemek için kullanılmıştır.⁷⁷

Sonuç olarak, Obama da şeffaflık açısından iyi sınav verememiş ve gizlilik alanını askeri ve geleneksel alanların dışına taşıyarak Truman'ın, Nixon'un, George W. Bush'un yolundan belirgin şekilde

⁷⁵ "Justice Department Oversight Part I," 3 Mayıs 2011, <http://www.cspan.org/video/?299299-1/justice-department-oversight-part-1>, (Erişim Tarihi: 20 Mart 2017).

⁷⁶ Jonathan Weisman ve Charlie Savage, "House Finds Holder in Contempt Over Inquiry on Guns," 28 Haziran 2012, <http://www.nytimes.com/2012/06/29/us/politics/fast-and-furiousholder-contempt-citation-battle.html>, (Erişim Tarihi: 20 Mart 2017).

⁷⁷ Louis Fisher, "Obama's Executive Privilege and Holder's Contempt: 'Operation Fast and Furious'," *Presidential Studies Quarterly*, Cilt 43, No 1, 2013, s. 182.

sapmayı başaramamıştır. ABD’de Yüksek Mahkeme tarafından amacına uygun ve yerinde kullanıldığı takdirde kabul görmüş (*U.S. v. Reynolds-1953*⁷⁸) olan yürütme imtiyazı⁷⁹ amacından saptırılarak siyasi amaçlar için de kullanılmıştır.

2.3. Milli Güvenlik Yetkilerinin Siyasi Kazançlar İçin Kullanılması

Nixon döneminde normal şartlarda dış tehditlere karşı başvuru olan olağanüstü yetkilerin Amerikan vatandaşlarına karşı kullanılması,⁸⁰ Schlesinger’in emperyal başkanlık tezini kurmasında büyük pay sahibidir. Ünlü tarihçi, Nixon’ın bu şekilde Vietnam Savaşı’nın gerektirdiği savaş zamanı yetkilerini aynı zamanda muhalefeti sindirmek için kullandığına işaret etmiştir. Gerçekten de Nixon, *Plumbers* lakaplı kanun dışı örgütlenme yoluyla siyasi rakipler üzerinde gizli araştırmalar yaptırmış ve bu grup takip işlerini başkanın yeniden seçilmesi için malzeme toplama adına o dönem Demokrat Parti karargâhı olarak kullanılan Washington D.C.’deki Watergate binasına bazı belgeleri çalmak için girmeye kadar vardmıştır. Nixon daha sonra istifasını hazırlayan soruşturmalar sırasında inkâr etse de *Plumbers* örgütünün yıllar süren siyasi casusluk faaliyetleri ve usulsüz takip ve dinlemeleri ortaya çıkarılmıştır.⁸¹ Bunun dışında, Nixon’un muhalifler üzerinde cezalandırıcı vergiler uygulaması,⁸² yabancı istihbarat ile görevli NSA’in politik amaçlar için dinlemeler yapması ve Vietnam Savaşı erresinde yeniden güç kazanmış Kongre’de kurulan Church Komisyonu (Senato) ve Pike Komisyonu (Temsilciler Meclisi) çalışmalarıyla ortaya

⁷⁸ *United States v. Reynolds*, (1953), <http://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/345/1.html>, (Erişim Tarihi: 21 Mart 2017).

⁷⁹ David A. Yalof, “Obama and the Law: Judicial Restraint at the Crossroads,” Bert A. Rockman et al. (der.), Washington, CQ Press, 2012, s. 236.

⁸⁰ Schlesinger, *The Imperial Presidency*, s. 441. Bu şekilde emperyal başkanlığın tarihi zirvesini gördüğü söylenebilir, ancak siyasi muhaliflere karşı bu tür faaliyetlerin Truman döneminde Senatör McCarthy’nin girişimleriyle başladığı görülmektedir. Ancak, bu faaliyetlerin yürütme organından ziyade Kongre Temsilciler Meclisinde kurulan komisyon (The House Un-American Activities Committee) eliyle yürütülmesi konunun emperyal başkanlık konusu dışında ele alınmasını gerektirmektedir.

⁸¹ “Top 10 Abuses of Power”, http://content.time.com/time/specials/packages/article/0,28804,2071839_2071844_2071846,00.html, (Erişim Tarihi: 22 Mart 2017).

⁸² Andrew, Rudalevige, *The New Imperial Presidency-Renewing Presidential Power after Watergate*, Ann Arbor: The University of Michigan Press, 2005, s. 58.

çıkarılan siyasi muhaliflere ait seks kayıtları ve fişlemeler dönemdeki suiistimallerin ne boyutlara geldiğini ortaya koymaktadır.⁸³

Bu dönem ertesinde milli güvenlik yetkilerinin siyasi amaçlar için kullanılmasının Nixon dönemi standartlarına erişmediğini veya en azından hiçbir Amerikan başkanının bu seviyede ihlaller yaparken yalananmadığını (en azından bunun gün yüzüne çıkartılmadığını) belirtmek gerekir. 1978’de kabul edilen Yabancı İstihbarat Takibi Yasası (*Foreign Intelligence Surveillance Act-FISA*) Amerikan vatandaşlarının yurtdışı istihbarat gereksinimleri için dinlenebilmesini hâkim kararına bağlamış ve mahkeme kararı olmaksızın gerçekleşecek dinleme ve aramaların olağanüstü hal ve savaş halleriyle sınırlanmasını düzenlemiştir. Bu yasanın da yukarıda bahsedilen Savaş Yetkileri Kararı’nın kaderini paylaşarak başkanlar tarafından sıklıkla siyasi amaçlar için kullanıldığını belirtmek gerekir. Özellikle, George W. Bush döneminde bu yasa Amerikan vatandaşlarının El-Kaide’nin Amerikan topraklarındaki uzantılarıyla mücadele adı altında oldukça esnetilmiştir. NSA’in birçok ABD vatandaşını mahkeme kararı olmaksızın rutin olarak dinlediği ortaya çıkmıştır.⁸⁴

Benzer şekilde, Obama döneminde de NSA kaynaklı *PRISM* adlı bir program ile *Google, Microsoft, Yahoo, Facebook* gibi birçok ünlü şirketin serverlarına girerek kullanıcı bilgilerine eriştiği açığa çıkarılmıştır.⁸⁵ Mahkeme kararıyla terör tehditleriyle ilgisi bulunmayan 56.000 kişinin usulsüz dinlendiği tespit edilmiştir.⁸⁶ Ancak, bu ihlallerin siyasi kazançlar elde etmek için kullanıldığına dair bir bulguya rastlanmamıştır.

Sonuç olarak, bir anlamda emperyal başkanlığın zirvesini ifade eden milli güvenlik yetkilerinin siyasi kazançlar elde etme amacıyla kullanılmasının Nixon sonrasında ciddi olarak hüküm sürdüğü bir başkanlık döneminden bahsetmek ancak zorlama yorumlarla müm-

⁸³ Bruce Fein, “Presidential Authority to Gather Foreign Intelligence,” *Presidential Studies Quarterly*, Cilt 37, No 1, 2007, ss. 26–27.

⁸⁴ *Ibid.*, s. 24.

⁸⁵ Glenn Greenwald, “Obama’s New FBI Chief Approved Bush’s NSA Warrantless Wiretapping Scheme,” 30 Mayıs 2013, <http://www.theguardian.com/commentisfree/2013/may/30/james-omey-fbi-bush-nsa>, (Erişim Tarihi: 22 Mart 2017).

⁸⁶ Aiden Warren ve Alexander Dirksen, “Augmenting State Secrets: Obama’s Information War,” *Yale Journal of International Affairs*, Cilt 9, No 1, 2014, s. 69.

kün olacaktır. Görevdeki Başkan Donald Trump'ın Obama'nın Trump Towers'ı dinlettiği iddiaları ve Trump'ın başkanlık seçim kampanyası esnasında Rusya'nın da desteğini alarak rakibi Hillary Clinton aleyhinde kullanılabilir propaganda malzemesi topladığına dair haberler⁸⁷ bu başkanlık döneminin söz konusu emperyal başkanlık kriteri bakımından dikkate değer gelişmelere gebe olabileceğine işaret etmektedir.

SONUÇ

ABD'de kurucu iradenin hem tiranlığa hem de Konfederasyon ile tecrübe ettikleri bölünmüş hükümete karşı duracak bir anayasa tasavvur ettiklerini söylemek yanlış olmaz. Bu doğrultuda kurucu babalar anayasa müzakereleri neticesinde güçlü yürütmeyi aynı oranda güçlü fren ve denge mekanizmalarıyla çevrelemeyi uygun görmüşlerdir.

Doğal olarak bu biçimsel çerçeve anayasayı uygulayanlar elinde şekillenmiş ve kuruluş yıllarından itibaren yürütme organı bilhassa milli güvenlik tehditleri ve ulusal çıkarlar ekseninde yasama ve yargı karşısında güç kazanmaya başlamıştır. Yasama ile yürütme arasında sert ayrılık öngören başkanlık hükümet sisteminin beki de doğal sonucu olarak Amerikan başkanları makamlarının güçlenmesine kolay adapte olmuşlardır.

Yürütmenin bu anayasal sınırlar içinde değerlendirilebilecek "organik ve doğal büyüme" süreci Soğuk Savaş Dönemi ile birlikte farklı bir boyuta taşınmıştır. Truman'ın kendisine hak gördüğü başkanların Kongre'den bağımsız ve rutin biçimde savaş yetkilerini kullanabileceği savı üzerine inşa olunan bu "emperyal" güç birikimi, yürütmenin güvenlik alanı dışına taşan aşırı gizliliği ve nihayet normal şartlarda düşman ile mücadelede kullanılan olağanüstü yetkilerin siyasi muhaleflere uygulanması ile taçlanmıştır.

Nixon dönemi ile zirve yapan ve 11 Eylül saldırılarıyla tekrar uyandırılan emperyal başkanlık olgusu bugün hala ABD anayasal düzeni üzerinde gölge gibi dolaşmaktadır. Liberal çizgideki Demokrat başkanlar dahi – rakiplerince daha çok iç politikaya (çevre, sağlık sigortası, göç vb.) müdahaleleri yüzünden emperyal sıfatına layık görül-

⁸⁷ "The definitive Trump-Russia timeline of events", <http://www.politico.com/trump-russia-ties-scandal-guide/timeline-of-events>, (Erişim Tarihi: 24 Mart 2017).

seler de – milli güvenlik politikaları ve dış politikanın yürütülmesinde işlevselliği tartışılmaz bu yönetim biçimini tercih etmekten çekinmemektedir. Obama'nın da bu yönde selefinden aldığı emperyal mirası reddetmediği, rüzgârı tersine çevirmek adına bir uğraş içine girmediği görülmüştür. Yeni başkan Trump'ın görevine haklarında yargının veya idari organların kararı olmaksızın tespit edilen yedi ülkenin vatandaşlarının ABD'ye girişlerini yasaklayan başkanlık kararnamesi ile başlaması ve bu kararnamenin anayasaya aykırılığına hükmeden yargıca “sözde” sıfatını yakıştırdığı düşünülürse, son dönemin bu köklü anayasal düzen üzerinde yeni kalıcı zararlar bırakması muhtemel görünmektedir.

Kaynakça

- ABD Adalet Bakanlığı Hukuk Müşavirliği, “Memorandum Re: Standards of Conduct for Interrogation under 18 U.S.C. §§ 2340–2340A,” 1 Ağustos 2002, <http://www.justice.gov/sites/default/files/olc/legacy/2010/08/05/memo-gonzales-aug2002.pdf>.
- “Authority to Use Military Force in Libya–Memorandum Opinion for the Attorney General,” 1 Nisan 2011, http://www.justice.gov/sites/default/files/olc/opinions/2011/04/31/authority-military-use-in-libya_0.pdf.
- “Immunity of the Assistant to the President and Director of the Office of Political Strategy and Outreach from Congressional Subpoena,” 15 Temmuz 2014, http://www.justice.gov/sites/default/files/opinions/attachments/2014/07/25/simas-immunity-final_1.pdf,
- ABD Barolar Birliği, “Ex parte Merryman and Debates on Civil Liberties”,http://www.americanbar.org/content/dam/aba/images/public_education/exparte_merryman.pdf.
- ABD Devlet Yayınevi, “Executive Order 13489–Presidential Records”, <https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/FR-2009-01-26/pdf/E9-1712.pdf>.
- ABD Kongre Kütüphanesi, “Presidential Signing Statements,” <https://www.loc.gov/law/help/statements.php>.
- War Powers–Overview,” <https://www.loc.gov/law/help/war-powers.php>.
- ABD Milli Arşiv Dairesi, “Presidential Records Act (44 U.S.C. Chapter 22)”, <https://www.archives.gov/about/laws/presidential-records.html>.
- Beschloss, Michael, “The End of the Imperial Presidency,” 18 Aralık 2000, <http://www.nytimes.com/2000/12/18/opinion/the-end-of-the-imperial-presidency.html>.
- Beyaz Saray, “Press Briefing by Press Secretary Josh Earnest,” 11 Haziran 2015, <https://www.whitehouse.gov/the-press-office/2015/11/06/press-briefing-press-secretary-josh-earnest-1162015>.

- "Letter from the President regarding the Commencement of Operations in Libya," 21 Mart 2011, <https://www.whitehouse.gov/the-press-office/2011/03/21/letter-presidentregarding-commencement-operations-libya>,
- Cantor Milton, "War is the Health of the Presidency," *Reviews in American History*, Cilt 2, No 3, 1974.
- Corwin Edward S., *The President: Office and Powers*, New York, New York University Press, 1957.
- BBC, "Trump warns N Korea that US military is 'locked and loaded'", 11 Ağustos 2017, <http://www.bbc.com/news/world-us-canada-40901746>.
- C-SPAN TV Kanalı, "Justice Department Oversight Part I," 3 Mayıs 2011, <http://www.cspan.org/video/?299299-1/justice-department-oversight-part-1>.
- Fein Bruce, "Presidential Authority to Gather Foreign Intelligence," *Presidential Studies Quarterly*, Cilt 37, No 1, 2007.
- Fisher Louis, "Military Operations in Libya: No War? No Hostilities?" *Presidential Studies Quarterly*, Cilt 42, No 1, 2012.
- "The State Secrets Privilege: Form Bush II to Obama," *Presidential Studies Quarterly*, Cilt 46, No 1, 2016.
- "Obama's Executive Privilege and Holder's Contempt: 'Operation Fast and Furious,'" *Presidential Studies Quarterly*, Cilt 43, No 1, 2013.
- Galbraith Jean, "International Law and the Domestic Separation of War Powers," *Virginia Law Review*, Cilt 99, No 5, 2013.
- Gellman Barton, Linzer Dafna, "Pushing the Limits of Wartime Powers," 18, Aralık 2005, <http://www.washingtonpost.com/wpdyn/content/article/2005/12/17/AR2005121701233.html>.
- Genovese Michael A., "The American Presidency: Full Circle?," Wilfried Mausbach et al. (der.), *The American Presidency*, Heidelberg, Heidelberg Universitätsverlag, 2012.
- Goldsmith Jack, "The Cheney Fallacy," 18 Mayıs 2009, <https://newrepublic.com/article/62742/the-cheney-fallacy>.
- Greenwald Glenn, "Interview with Charlie Savage on Obama's War on Terror Legacy," 10 Kasım 2015, <https://theintercept.com/2015/11/10/42692/>.
- "Obama's New FBI Chief Approved Bush's NSA Warrantless Wiretapping Scheme," 30 Mayıs 2013, <http://www.theguardian.com/commentisfree/2013/may/30/james-omey-fbi-bush-nsa>.
- Healy Gene, *The Cult of the Presidency-America's Dangerous Devotion to Executive Power*, Washington D.C., Cato Institute, 2008.
- Hogan Michael J., *A Cross of Iron-Harry S. Truman and the Origins of the National Security State, 1945-1954*, New York, Cambridge University Press, 1998.
- Kassop Nancy, Howell William G., "Resolved, Congress Should Pass the War Powers Consultation Act," Richard J. Ellis et. al., (der.), *Debating Reform: Conflicting Perspectives on How to Fix the American Political System*, Los Angeles, Sage, 2014.

- Koh Harold Hongju, "Testimony Before the Senate Foreign Relations Committee," 28 Haziran 2011, <http://www.state.gov/s/1/releases/remarks/167250.htm#ftn8>,
- Mahler Jonathan, "After the Imperial Presidency," 7 Kasım 2008, http://www.nytimes.com/2008/11/09/magazine/09powert.html?pagewanted=all&_r=0,
- Nichols David K., "Professor Obama and the Constitution," Carol McNamara et al. (der.), *The Obama Presidency in the Constitutional Order*, Plymouth, Rowman & Littlefield Publishing, 2011.
- Pfiffner James, "Cabinet Secretaries versus the White House Staff," 24 Mart 2015, <http://www.brookings.edu/blogs/fixgov/posts/2015/03/24-cabinet-secretaries-white-house-staff-pfiffner>.
- Politico, "The definitive Trump-Russia timeline of events", <http://www.politico.com/trump-russia-ties-scandal-guide/timeline-of-events>.
- Rossiter Clinton, *Constitutional Dictatorship*, New York, Harbinger, 1963.
- Rozell Mark J., "President Nixon's Conception of Executive Privilege: Defining the Scope and Limits of Executive Branch Secrecy", *Presidential Studies Quarterly*, Cilt 22, No 2, 1992.
- Rudalevige Andrew, "The Contemporary Presidency: The Decline and Resurgence and Decline (and Resurgence?) of Congress: Charting a New Imperial Presidency," *Presidential Studies Quarterly*, Cilt 36, No 3, 2006.
- The New Imperial Presidency-Renewing Presidential Power after Watergate, Ann Arbor: The University of Michigan Press, 2005.
- Savage Charlie, *Takeover-The Return of the Imperial Presidency and the Subversion of American Presidency*, New York, Little, Brown and Company, 2007.
- Power Wars-Inside Obama's Post 9/11 Presidency, New York, Little, Brown and Company, 2015.
- Schlesinger Jr. Arthur Meier, *The Imperial Presidency*, New York, Houghton Mifflin, 2005.
- The Cycles of American History, New York, Houghton Mifflin, 1999.
- War and the American Presidency, London, Norton, 2005.
- Shane Scott, "Drone Strikes Reveal Uncomfortable Truth: U.S. Is Often Unsure About Who Will Die," 23 Nisan 2015, http://www.nytimes.com/2015/04/24/world/asia/drone-strikes-reveal-uncomfortable-truth-us-is-often-unsure-about-who-will-die.html?_r=0.
- Silverstein Gordon, "Bush, Cheney, and the Separation of Powers," *Presidential Studies Quarterly*, Cilt 39, No 4, 2009.
- The Guardian, "Edited Transcript of David Frost's Interview with Richard Nixon", 7 Eylül 2007, <http://www.theguardian.com/theguardian/2007/sep/07/greatinterviews1>.
- The Federalist Papers 69, "The Real Character of the Executive", <https://www.congress.gov/resources/display/content/The+Federalist+Papers#TheFederalistPapers-69>.
- Theoharis Athan G., *The Truman Presidency, the Origins of the Imperial Presidency and the National Security State*, London, Heyden, 1979.

- Thunert Martin, "Beyond the Imperial Presidency: Presidential Power and Its Limits during the George W. Bush Presidency," Wilfried Mausbach et al. (der.) Heidelberg, Heidelberg Universitätsverlag, 2012.
- TIME, "Top 10 Abuses of Power", http://content.time.com/time/specials/packages/article/0,28804,2071839_2071844_2071846,00.html
- Turse Nick, "American Special Operations Forces Are Deployed to 70 Percent of the World's Countries," 5 Ocak 2017, <https://www.thenation.com/article/american-special-forces-are-deployed-to-70-percent-of-the-worlds-countries/>.
- United States v. Reynolds, (1953), <http://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/345/1.html>.
- Warren Aiden, Dirksen Alexander, "Augmenting State Secrets: Obama's Information War," Yale Journal of International Affairs, Cilt 9, No 1, 2014.
- Weisman Jonathan, Savage Charlie, "House Finds Holder in Contempt Over Inquiry on Guns," 28 Haziran 2012, <http://www.nytimes.com/2012/06/29/us/politics/fast-and-furiouholder-contempt-citation-battle.html>.
- Wittes Benjamin, "The Great Guantanamo Showdown," 9 Kasım 2015, <https://www.brookings.edu/blog/order-from-chaos/2015/11/09/the-great-guantanamo-showdown/>.
- Wolfensberger Donald R., "Return of Imperial Presidency?," The Wilson Quarterly, Cilt 26, No 2, 2002.
- Yalof David A., "Obama and the Law: Judicial Restraint at the Crossroads," Bert A. Rockman et al. (der.), Washington, CQ Press, 2012.
- Yoo John, The Powers of War and Peace, Chicago, The University of Chicago Press, 2005.

YOLCU İSİM KAYITLARININ TERÖRLE MÜCADELE KAPSAMINDA YURT DIŞINA YASAL AKTARIMI: AVRUPA BİRLİĞİ UYGULAMALARI VE TÜRKİYE

LEGAL TRANSMISSION OF PASSENGER NAME RECORDS ABROAD FOR FIGHTING AGAINST TERRORISM: EUROPEAN UNION PRACTICES AND TURKEY

Gizem GÜLTEKİN VÂRKONYI*

Özet: Terörizmin son yıllarda daha uluslararası bir nitelik kazanmasıyla terörle mücadelede uluslararası iş birliğinin önemi artmıştır. Kişisel verilerin suç ve terörle mücadelede bir istihbarat değeri olduğu bilinmektedir. Bu kapsamda veriler bir güvenlik önlemi olarak toplanıp işlenebilmektedir. Ancak verilerin toplanması ve işlenmesi esnasında Kişisel Verilerin Korunması hakkı ihlal edilmeden yasal bir temele dayanmalıdır. Havaçılık sektöründe Passenger Name Records (PNR) olarak bilinen Yolcu İsim/Rezervasyon Kayıtları farklı tür ve miktarda kişisel veri içermektedir. Bu veriler ilk kez Amerika Birleşik Devletleri güvenlik güçleri tarafından ABD'ye gelen ve ABD'den giden uçaklardaki yolcuların profil analizini yapmak üzere ek güvenlik önlemi olarak edinilmiş, ancak kısa zamanda Avrupa Birliği tarafından Kişisel Verilerin Korunması mevzuatını ihlal ettiği gerekçesiyle yasal bir temele dayandırılması gerektiği ortaya çıkmıştır. Terörle en aktif biçimde mücadele eden ülkemizde kişisel verilerin korunması ile ilgili mevzuatın yetersiz kalmasından dolayı ülkemiz böyle bir programdan yararlanamamaktadır. Türkiye, AB ve ABD arasındaki ikili iş birliği örneğinde olduğu gibi, programa dahil olabilmek için gerekli yasal düzenlemelerde bulunmalıdır.

Anahtar kelimeler: Kişisel Verilerin Korunması, Terörle Mücadele, Güvenlik, PNR

Abstract: Terrorism has become a more international issue which brought the fact that it can be solved with international cooperation. It is well known that personal data has an intelligence value in the frame of counter-terrorism. Personal data can be collected and processed in this way. However, this shall be done in a legitimate ground without interfering the fundamental rights of people. PNR program in the aviation security has been launched by the US authorities as an additional security measure but shortly it was recognized that it should be based on a cooperative bilateral agree-

* Szeged Üniversitesi Siyasal Bilimler ve Hukuk Fakültesi Doktora Öğrencisi, gizemgv@juris.u-szeged.hu

ment for a reason that it breaches the EU personal data legislation. Turkey, as one of the active fighting countries against terrorism, could not benefit from such collaboration due to the weak personal data legislation. Turkey should take necessary legal steps to benefit from such cooperation.

Keywords: Personal Data Protection, Counter-Terrorism, Security, PNR

Kişisel verilerin korunması ile ilgili ilk adımlar genelde özel hayatın gizliliği kapsamında atılmış, özel hayatın gizliliği ise fiziksel çevrenin korunması veya aile yaşamına saygı gibi temel haklar kapsamında kavramsallaştırılmıştır. Kişisel verilerin korunması hakkı bir temel hak olarak ulusal anlamda ilk kez Almanya, İsviçre, Portekiz gibi Avrupa ülkeleri mevzuatında, uluslararası anlamda ise ilk kez Avrupa Konseyi (AK) ve Avrupa Birliğinin (AB) mevzuatlarında görülmektedir. AK'nin 1981 yılında imzaya açtığı "Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Bireylerin Korunması Sözleşmesi (108 Sayılı Sözleşme)¹ konu ile ilgili ortaya konmuş ilk uluslararası belge olarak kabul edilebilir. Akabinde 1995 yılında AB mevzuatına katılan "95/46/EC Sayılı Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Serbest Dolaşımı Bakımından Bireylerin Korunmasına İlişkin Avrupa Parlamentosu ve Avrupa Konseyi Direktifi" (95 Direktifi)² yalnızca AB ülkeleri için değil, diğer ülkeler için de önemli bir model haline gelmiştir. Ayrıca, Kişisel Verilerin Korunması hakkının AB Temel Haklar Şartınının 8. maddesinde başlı başına bir hak olarak belirtilmesi ve 95 Direktifinin Kişisel Veri Koruma Yönergesi olarak değiştirilmesi, AB'nin konuyu yakından takip ettiğini göstermektedir.

Teknolojik gelişmelerin veri toplama ve işleme konusunu sistemler açısından çok daha kolay ve uygun hale gelmesi ile birlikte verilerin hem bir ülke sınırları içerisinde gezinebilmesi hem de sınır dışına kolayca aktarılabilmesi gerçeğini ortaya çıkmıştır. Bu gerçek, verilerin elektronik sistemlerde güvenliğinin sağlanması gerektiğini, bunun ise

¹ Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulma Sürecinde Bireylerin Korunmasına İlişkin 108 Sayılı Sözleşme, , 28.1.1981, CETS 108, Strasbourg.

² OJ L 281 , 23/11/1995 P. 0031- 0050. Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31995L0046:en:HTML>

ancak yasal adımlarla düzenlenebileceğini göstermiştir. Kişisel verilerin milli güvenlik çerçevesinde terörle mücadele ve ciddi suç teşkil eden durumlar kapsamında istihbarat oluşturma adına yurt dışına aktarımı ise başlı başına yasal düzenleme gerektiren bir konu olarak zamanla ortaya çıkmıştır. Konu zaman zaman ikili ülkeler arasında siyasi krizlere yol açsa da hukukun gücü bu konuya da çare olmuştur. Yolcu İsim Kayıtları (YİK)³ kişilerin veri koruma hakkına ve gizliliğine zarar verebilecek şekilde böyle bir kategoride değerlendirilebilecek bir örnek olarak verilebilir.

YİK Programı terörle mücadele kapsamında ABD'ye gelen ve ABD'den başka ülkelere hava yolu ile yolculuk yapacak yolcuların ön güvenlik kontrollerinin yapılabilmesi amacıyla 19 Kasım 2001'de yürürlüğe giren Havacılık ve Taşımacılık Güvenliği Yasası⁴ ile gündeme gelmiştir. Bu program bilhassa 9/11 terör saldırısı üzerine ve dünyada ve ABD'de artan terör olaylarına karşılık ek bir güvenlik önlemi olarak geliştirilmiştir. ABD'li güvenlik güçlerinin (ABD İç Güvenlik Bakanlığı başta olmak üzere) YİK bilgilerini paylaşmayan havayolu şirketlerine para cezası verme veya inişe izin vermeme gibi yaptırımları birçok havayolu şirketini YİK bilgilerini paylaşmaya zorlamıştır. İç Güvenlik Bakanlığı adına YİK bilgilerini toplayan ABD Gümrük ve Sınır Koruma idaresi, bu bilgileri bir yolcunun milli güvenliğe zarar verip vermeyeceği ile ilgili karar vermek için kullanmaktadır. Artan terör olaylarına önlem almak amacıyla bu denli geniş ve detaylı kişisel bilgilerin sağlanması, işlenmesi ve saklanması güvenlik güçleri ve havayolu şirketlerine çeşitli sorumluluklar getirmiştir. Kişisel verilerin aktarımı konusunda her ülkede yeterli yasal düzenlemenin bulunmaması, toplanan verilerin korunması ve güvenliğinin sağlanması ile ilgili sorumluluğun yerine getirilememesi durumunu ortaya çıkarmıştır.

YİK bilgileri emniyet teşkilatı, gümrük birimleri ve göç bürolarının vereceği kritik kararları etkileyen ve içerik açısından oldukça önemli

³ Yazar İngilizcesi "Passenger Name Record" olan ve Türkçe'de "Rezervasyon Kaydı" olarak kullanılan terimin, isimle başlayıp çok sayıda önemli kişisel verileri içeren bir kod olarak, ticari anlamda kullanılan birleşik rakamlardan daha fazlası olduğuna dikkat çekmek için birebir çeviriyi tercih etmiştir.

⁴ Aviation and Transportation Security Act, 49 U.S. Code § 114, Nov. 19,2001. https://www.tsa.gov/sites/default/files/aviation_and_transportation_security_act_atsa_public_law_107_1771.pdf

bilgilerdir. Terörle mücadelede uluslararası iş birliklerinin öneminin kavranması üzerine YİK bilgilerinin toplanması ve işlenmesi yalnızca ABD’de değil başka ülkelerde de gündeme gelmiştir. Ancak bu denli geniş ve ayrıntılı kişisel verilerin korunması konusunda özellikle ABD düzenlemelerinin AB standartları ve 95 Direktifiyle çelişmesi AB otoritelerinin dikkatini çekmiştir. AB ve ABD arasında uzun süren politik tartışma ve görüşmeler sonucunda 2004 yılında, YİK bilgilerinin ABD’ye yasal bir biçimde aktarımını öngören ilk anlaşma imzalanmıştır. Ancak bu anlaşma Avrupa Adalet Divanı (AAD) tarafından iptal edilmiştir.⁵ AAD bu kararı, ABD ve AB’nin gizlilik konusuna tamamen farklı pencerelerden yaklaştığı gerçeğine dayanarak almıştır. Buna göre ABD, aldığı YİK verilerini yeterli düzeyde koruyacak yasal altyapısı olmadığı sebebiyle 95 Direktifini ihlal etmiştir. Kararın gerekçeleri ise şöyledir:

- Verilerin elektronik sistemlerden “çekme”⁶ yoluyla sağlanması veri aktarımı için adil ve uygun bir metot değildir,
- Aktarılacak verilerin sayısı ihtiyaç duyulandan fazladır,
- Verilerin sağlanma amacı net bir biçimde ifade edilmemiştir,
- Verilerin ABD tarafından gereğinden fazla bir zaman dilimi içerisinde saklayabileceği fark edilmiştir.

Anlaşmanın bahsedilen sorunlar çerçevesinde 8 yıl içerisinde birkaç kez düzeltilmesine rağmen, taraflar iş birliklerini yasal bir temelde devam etme kararı alarak 2012’de yılında “AB-ABD YİK Verilerinin ABD İç Güvenlik Bakanlığı tarafından Kullanımı ve Transferi Anlaşmasını”⁷ imzalamıştır. Günümüzde hala geçerliliğini koruyan anlaşmanın süresi 2019 yılında sona erecektir.

⁵ Judgement of the Court (Grand Chamber), 30 May 2006, ECLI:EU:C:2006:346 <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=57549&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=440984>

⁶ Veriyi talep eden elektronik sistem, istediği zaman istediği veriyi karşı sistem very tabanından çekebilmektedir.

⁷ OJ L 215, 11.8.2012, p. 5-14. Agreement between the United States of America and the European Union on the use and transfer of passenger name records to the United States Department of Homeland Security. Anlaşmanın 26. maddesine göre anlaşma 7 yıl geçerlidir. [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TX-T/?qid=1416915581157&uri=CELEX:22012A0811\(01\)](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TX-T/?qid=1416915581157&uri=CELEX:22012A0811(01))

AB, bahsi geçen anlaşma ilk olmak üzere 2006'dan beri Kanada, 2013'den beri Avusturalya olmak üzere iş birliğini genişletmiştir. Meksika ile 2015'ten beri süren görüşmeler AB'nin konu ile ilgili çalışmalarının devam ettiğini göstermektedir. AB'nin üye devletler arasında da konuyu standartlaştırmaya ve yasal bir arka plana dayandırmaya çalıştığı bilinmektedir. Ancak özellikle kendisine üye olmayan ülkelerle olası iş birliğini standart bir yasal arka plana dayandırmak isteyen AB, 2010 yılında yayınladığı "AB'ye üye olmayan ülkelerle AB arasında YİK veri transferi genel kriterleri" veya kısaca Küresel Yaklaşım olarak adlandırabileceğimiz bildirimini ile aslında standart bir çerçeveyi kendi açısından çizmiştir.

Türkiye 40 yılı aşkın bir süredir terörle en aktif biçimde mücadele eden bir ülkedir ancak, özellikle 2015-2017 yılları arasındaki saldırılar adeta 90'lardaki kanlı ve vahşi saldırıları hatırlatmaktadır. Çok farklı terör örgütleri tarafından aynı amaçla yapılan yaklaşık 40 terör saldırısı ve darbe girişimi adı altındaki 15 Temmuz 2016 terör saldırısı, yüzlerce vatandaşımızın hayatını kaybetmesine ve yine yüzlercesinin de yaralanmasına veya sakat kalmasına sebep olmuştur. Rus Büyükelçisinin Aralık 2016'da Ankara'da katledilmesi ile birlikte artık açıkça belli olmuştur ki, Türkiye bugün farklı gruplara mensup ve farklı alanlarda aynı amaca hizmet eden bir terörist profili ile karşı karşıyadır. Bazen istihbarat,⁸ bazen de yılların tecrübesine⁹ dayanan tek bir fark ediş, birçok vatandaşımızın hayatını kurtaran ve ülke güvenliğine katkıda bulunan önemli unsurlardır. En ufak bir bilgi veya verinin teröristlerin hain planlarını bozmak için ne denli önemli olduğundan aşağıda bahsedeceğiz. Bu yüzden bu çalışmamızda Türkiye'nin de terörle mücadele konusunda önemli sayılan

⁸ Türkiye'deki terör saldırıları geçmişte belki de daha çok ülke sınırları içerisindeki bir grup terörist tarafından planlanıp icra ediliyordu. Ancak Türkiye'ye karşı her türlü terör olaylarının dışarıdan da açık biçimde desteklenmesi, komşu ülkelerde ortaya çıkan IŞİD gibi agresif terör örgütleri ve bu örgütlerin her yerde aktif eylemlerde bulunmaya başlaması ülkemizi etkilemektedir. Hatta teröristler Türkiye'yi Avrupa'ya açılan bir kapı olarak görmekte, komşu ülkelere Avrupa'ya veya Avrupa'dan komşu ülkelere yolculuk eden teröristler Türkiye'den mutlaka geçmektedir.

⁹ 5 Ocak 2017'de İzmir Adalet Sarayına saldırı planıyla gelen ancak kahraman Fethi Sekin'in canı pahasına durdurduğu teröristlerden bahsetmekteyiz. Teröristlerin arabasından 2 kalaşnikof, 8 el bombası, 8 roketatar ve çeşitli silahların çıkması planın büyüklüğünü göstermektedir.

YİK verilerinin aktarımı konusunda AB ile bir iş birliği anlaşmasına varmasının önemini vurgulayacağız.

Türkiye’de veri koruma yasalarının yetersizliği ve konu ile ilgili çalışmalarda oldukça geç kalınmış olması, kişisel verilerin korunması konusunda global bir lider konumunda olan AB ile iş birliği konusunda sorunlar çıkmasına sebep olmuştur. Bir Avrupa ülkesi olarak Türkiye, Kişisel Verilerin Koruma Kanununu kabul etme konusunda çok geç kalmıştır. Türkiye yukarıda bahsi geçen 108 Sayılı Sözleşmeyi imzalamış, ancak anlaşmanın Türkiye Büyük Millet Meclisi’nde onaylanması için 2016’ya kadar beklenmiştir. 2014 yılında yapılan Anayasa Referandumunu ile birlikte 1982 Anayasamıza giren Kişisel Verilerin Korunması hakkı, 2016’da kanunlaşmış olmasına rağmen gerek güncel siyasi gelişmeler gerekse darbe girişimi sonrasında gergin atmosferden dolayı ön planda tutulamamıştır. Bu durum, çalışmamızın da temelini hazırlayan bazı soruları akıllara getirmektedir:

1. Kişisel Verilerin Korunması Kanunu özellikle Avrupa Birliği ülkeleri ile YİK verileri paylaşımı konusunda yeterli midir?
2. Türkiye’den yurt dışına YİK veri aktarımı yapılmakta mıdır? Konunun yasal arka planı nedir? Pratikte durum ne şekildedir?
3. Uluslararası YİK Programından Türkiye nasıl faydalanabilir?

Bu çalışmada kişisel verilerin korunması ile ilgili genel bir değerlendirme, ardından terörle mücadele amaçlı YİK paylaşımı kapsamında AB ile ABD müzakerelerini inceleyerek daha dar kapsamda bir tartışma sunacağız. Daha sonra YİK verilerinin yurt dışına aktarılması ile ilgili Türkiye’nin mevcut yasal temelini, AB’nin PNR Verisi Transferlerine Küresel Yaklaşımı¹⁰ belgesine göre inceleyeceğiz. Ayrıca, Türkiye’den YİK verilerinin yurt dışına aktarılması konusunda pratikte nasıl bir yol izlendiğini göstermeye çalışacağız. Sonuç kısmında ise Türkiye ile AB arasında olası bir YİK veri aktarımı anlaşması için Türkiye tarafında atılması gereken olası adımları tartışacağız.

¹⁰ Communication from the Commission on the global approach to transfers of Passenger Name Record (PNR) data to third countries COM/2010/0492 final. Belge, AB ile AB olmayan ülkeler arasında YİK veri aktarımının gerçekleşmesini sağlayacak ikili anlaşmalar için genel yasal kriterleri belirlemektedir. Yazar bu dokümanın başlığını Küresel Yaklaşım dokümanı olarak çevirmiştir

1. Temel Bir Hak Olarak Kişisel Verilerin Korunması

Ünlü Gartner Inc.'in Başkan Vekili Peter Sondergaard, büyük verinin 21.yüzyılın petrolü olduğunu söyleyerek¹¹ verinin, bilginin ve bilmenin gücüne işaret eder. Bilgi temelde bir grup verinin anlamlı biçimde belli bir amaçla bir araya gelmesi ile oluşan bir kavramdır. Bu çerçevede bilginin ham veriye göre anlaşılması ve yorumlanmasının da daha kolay olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Verilerin anlamlı bütünler haline getirilebilmesi şüphesiz bir miktar zaman ve emek gerektirir. İkinci Dünya Savaşı sonrası yaşanan bilgi patlaması ve bilme merakındaki artış, aslında daha çok bilenin daha da güçlü olabileceği önermesinin temelini oluşturur. Zaten, Sondergaard'ın yorumunun temeli olarak düşündüğümüz bilginin güç olduğu gerçeği de buradan gelmektedir. Teknolojinin ve elektronik sistemlerin gelişimi ile bu gelişmelerin kişilerin günlük hayatına girişi, veri ve bilgiye erişme, bunların aktarılması ve saklanması işlemlerini çok daha kolay hale gelmiştir. Bu gelişmeler aynı zamanda kişilerin kendi ile ilgili bilgileri kontrolsüz biçimde Internet ortamında paylaşmasına sebep olmuş, bu paylaşım gizlilik ile ilgili endişeleri gündeme getirmiş ve sonuçta gizlilik ile kişisel verilerin korunması arasında bir ilişki olduğu fark edilmiştir. Bu ilişki ise şöyle açıklanmaktadır;¹² “Veri koruma hakkı, gizlilik hakkından hem daha geniş hem de daha dardır. Daha geniştir, çünkü veri koruma hakkı ifade özgürlüğü, din ve vicdan hürriyeti, bilgi edinme özgürlüğü, ayrımcılık yapmama ilkesi gibi kişisel hakların yanı sıra diğer temel hakları da korumaktadır. Ancak daha dardır, çünkü verilerin korunması hakkı yalnızca kişisel veriler işlendiği zaman geçerlidir”.

Kişisel verilerin korunması hakkı günümüzde birçok devletin anayasası tarafından temel haklar çerçevesinde yasal garantiye alınması gereken bir haktır. 1990'lı yıllardan önce yasalarda ve hukuk literatüründe bu konu genelde gizlilik hakkı ile bağdaştırılıp yorumlan-

¹¹ Peter Sondergaard, “Big Data Fades to the Algorithm Economy”, Forbes/Tech, 14 August 2015. <https://www.forbes.com/sites/gartnergroup/2015/08/14/big-data-fades-to-the-algorithm-economy/#2f3b5c1a51a3>

¹² Serge Gutwirth, Yves Poullet ve Paul de Hert, “Data Protection in a Profiled World” Dordrecht ; New York : Springer, 2010, s.37.

maktaydı. Gizliliğin korunması hakkı İkinci Dünya savaşı sonrasında kişisel verilerin saklandığı veri tabanlarının ırkçılık, soykırım ve azınlıkları hedef alan uygulamalarda kullanılması sebebiyle kamunun özel yaşama müdahalesinin ne denli tehlikeli olduğunun açıkça anlaşılması¹³ ile tekrar düzenlenmiştir. Gizliliğin korunması bir temel hak olarak İnsan Hakları Evrensel Beyanname'si'nde¹⁴ veya Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi¹⁵ gibi uluslararası mevzuatta yerini almıştır. Ancak bilgisayar, akıllı telefon, tablet gibi teknoloji ürünleri ile çevirim içi hizmetler gibi insan hayatını kolaylaştıran yazılım ürünleri günlük hayatta artan şekilde yer almaya başladıkça salt gizliliğin korunması hakkı yasal anlamda yetersiz görülmeye başlandı. Bir yandan, bu ürünleri kullanmak istemeyenlerin bile belli hizmetleri daha masraflı olarak edinmemek için kullanmaya alışması, diğer yandan yasal eksiklikler sebebiyle teknolojik nimetlerin insanların temel haklarına zarar verdiği gerçeğinin fark edilmesi çok uzun sürmedi. Böylelikle gizlilik terimi tek başına gelişmeleri karşılayamayıp bilgi gizliliği, manevi (karar) gizlilik ve fiziksel gizlilik (özel yaşamın veya aile yaşamının gizliliği) gibi çeşitli konseptlere genişledi.¹⁶ Bilgi gizliliği genelde kişisel veri koruma konusunu da kapsarken, halk arasında gözetim konusunda artan algı ve anlayış¹⁷ sayesinde bilgi gizliliğinden öteye gidilmesi gerektiği fark edildi. Örneğin, İnternet daha önceleri gizliliğin korunmasına katkı sağlayan bir araç iken, pazarlama ile ilgili yöntemlerin internetle birlikte değişimi ve gelişimi sebebiyle artık kimin hangi internet sitelerinden ne tür ürünler satın aldığı ve hatta demografik bilgileri kolayca edinilebilir hale gelmiştir.¹⁸ İsimler, adresler, banka kartı bilgileri ve bunun gibi birçok değerli bilgi yeterli güvenlik önlemleri alınmadıysa

¹³ Neil Robinson, Hans Graux, Maarten Botterman ve Lorenzo Valeri, "Review of the European Data Protection Directive", The Rand Corporation, 2009, s.6.

¹⁴ Birleşmiş Milletler Genel Kurulu, "İnsan Hakları Evrensel Beyanname'si", 10 Aralık 1948, 217 A(III).

¹⁵ Avrupa Konseyi, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi", 4 Kasım 1950, ETS 5

¹⁶ Alina Savoie, Catalin Capatina Basarabescu, "The Right to Privacy", Annals of the Constantin Brancusi University of Targu Jiu Juridical Sciences Series, 1, 89-96, 2013

¹⁷ David Wright ve Charles Raab, "Privacy Principles, Risks and Harms." International Review of Law, Computers & Technology 28, no. 3, 2014, s.278.

¹⁸ Chen-Hung Chang, "New Technology, New Information Privacy: Social-Value-Oriented Information Privacy Theory", National Taiwan University Law Review 10, no. 1, 2015, s.130.

kolayca elde edilebilir, yeterli yasal önlemler alınmadıysa da kötü niyetli kişilerin eline kolayca geçebilir hale gelmiştir.

2. Hava Taşımacılığı Alanında Kullanılan Yolcu İsim Kayıtları

Uluslararası Sivil Havacılık Örgütünün (USHÖ) 2010 yılında yayımladığı YİK Verileri Kılavuzuna¹⁹ göre YİK, hava taşımacılığı sektöründe²⁰ yolcunun kendi yaptığı veya yolcu adına yapılan her bir rezervasyon kaydının havayolu şirketi veya yetkili acentalar tarafından ürettiği eşsiz kayıt numarasıdır. Zamanla, yolcuların kendi rezervasyonlarını rahatça yapabilmeleri için *online rezervasyon* sistemleri de geliştirilmiştir. Avrupa Konseyine göre YİK verilerinin kullanım amacı, hava taşımacılığı hizmetlerinin geliştirilebilmesi adına ticari amaçlıdır. Bir YİK verisini oluşturan veri parçacıklarının listesi oldukça uzun ve detaylıdır. Avrupa Konseyinin YİK ile ilgili tespit ettiği veri alanları en güncel olmakla birlikte yolcunun tam adından varsa yolcu üyelik bilgilerine, bagaj bilgisinden YİK rezervasyon tarihçesine kadar toplamda 22 adet veri alanından oluşmaktadır.

YİK verileri “terörizm ve suçla mücadelede önemli bir silah”²¹ olarak da tanımlanmaktadır, ancak aynı zamanda bu verilerin toplanması, saklanması ve işlenmesi sonucunda masum insanların da suçlu gibi muamele görmesi ihtimalini beraberinde getirmektedir. Konuya ilişkin sorunlar özellikle ihtiyaç duyulandan daha fazla bilgi toplanması ve terörizmle mücadele kapsamı dışındaki otoritelerle paylaşılması veya kullanılması ihtimali üzerine ortaya çıkmaktadır.

Yolcuların uçak bileti rezervasyonu esnasında verdikleri bütün bilgiler Küresel Dağıtım Sistemi olarak da bilinen Bilgisayarlı Rezervasyon Sisteminde (BRS)²² ve havayolu taşıyıcılarının kendi rezer-

¹⁹ International Civil Aviation Organization (ICAO), “Guidelines on Passenger Name Record (PNR) Data”, ICAO, 2010. https://www.iata.org/iata/passenger-data-toolkit/assets/doc_library/04-pnr/New%20Doc%209944%201st%20Edition%20PNR.pdf

²⁰ Türkiye’de bazı otobüs firmaları, web üzerinden rezervasyon yapan yolcularına YİK kodu sağlamaktadır. Kodlar genelde isim ve soyisim, yolculuk tarihi ve saati bilgisinden oluşmakta T.C. Kimlik Numarası da bazen istenmektedir.

²¹ Georgios Nouskalis, “Biometrics, E-Identity and the Balance between Security and Privacy: A Case Study of Passenger Name Record (PNR) System Comment”, *The Scientific World Journal*, 11, 2010, s.474.

²² Uluslararası alanda Global Distribution Systems (GDS) ve Computerized Reser-

vasyon sistemlerinde tutulmaktadır.²³ İsim-soy isim, doğum tarihi, telefon numarası gibi bilgilerin yanı sıra yolcuların milliyeti, pasaport numarası, cinsiyeti ve yemek tercihi gibi daha özel ve hassas bilgileri de bu sistemlerde tutulur. Rezervasyonlar iptal olsa bile bu bilgiler sistemde tutulur. Oluşturduğu kişisel seyahat bloğunu yasal bir bilgilendirme platformuna çeviren Hasbrouck, BRS'lerin düzenli yolculuk yapan yolcuların geçmiş rezervasyon işlemlerinden yola çıkarak tüm veri tabanlarından elde ettiği bilgileri bütünlendirip bir profil oluşturduğuna dikkat çekmektedir. Bu profil biletleme veya pazarlama amaçlı değildir; örneğin göçmen büroları bu profili kişiyle ilgili bilgi edinmek için kullanılabilir. Aslında sistemlerde tutulan yolcu verileri yalnızca YİK verileri ile sınırlı değildir. İleri Seviye Yolcu Bilgileri (İSYB) olarak bilinen ve kişilerin daha çok pasaport ve vize bilgileri gibi bilgilerini içeren bir veri paketi daha bulunmaktadır. YİK ve İSYB verileri arasındaki farkı şöyle açıklayabiliriz: YİK verileri öncelikle hava yolları şirketlerinin ticari amaçlarla oluşturduğu verilerdir. Bu verilerin güvenlik kontrolü için kullanılmaya başlanması ilk defa ABD tarafından gerçekleşmiştir. İSYB Sistemleri ise ilgili yolculuğun gerçekleşeceği sınır ve güvenlik kontrol birimlerinin uçak harekete geçmeden önce yolcu bilgilerinin aktarıldığı sistemlerdir. Eğer birimler bu bilgileri uçak kalkmadan önce alamazsa, indikten sonra kontrolleri gerçekleştirmeye başlayacak bu da çeşitli güvenlik sorunları ile zaman kaybına yol açacaktır.²⁴ YİK verileri standart olarak bilinmekte ve bu şekilde aktarılmakta iken, İSYB verilerinin her ülkeye göre değiştiği bilinmektedir. Hem YİK hem de İSYB verileri, sınır kontrolü görevlilerinin yolcuların uçağa binış izinlerinin verilip verilmemesiyle ilgili karar verme aşamasında kullanılan yardımcı verilerdir. Örneğin, ABD başta olmak üzere birçok ülke bu verileri milli güvenlik açısından riskli olarak tanımlanmış yolcuların listesini oluşturmak amacıyla kullanmaktadır.

vation Systems (CRS) olarak bilinmektedir.

²³ Richard D. Rasmussen, "Is International Travel Per Se Suspicion of Terrorism - The Dispute between the United States and European Union over Passenger Name Record Data Transfers Notes and Comments", *Wisconsin International Law Journal*, 26, 2008, s.553.

²⁴ Rasmussen, s.555

YİK verileri oluşturulduğu anda bu veriler havayolu şirketinin mülkü haline gelir ve havayolu şirketleri bu bilgileri konu özellikle milli güvenlik ise yolcunun onayını almadan da üçüncü şahıslarla paylaşabilir veya paylaşmak zorunda kalabilir. 2001 yılından beri ABD'ye uçan tüm şirketlerin bu bilgileri yolcunun bilgisi haricinde paylaştığı bilinmektedir. Buradaki sorun ise, verilerin aktarımı herhangi bir yasal temele dayanmadığı takdirde, yolcunun temel haklarının ihlal edilmesidir.

3. Kişisel Verilerin Paylaşımıyla Ortaya Çıkabilecek Tehditler

Geniş ve çok sayıda bilginin terörle mücadele konusunda faydalı bir ek önlem getirebileceği bir gerçektir, ancak bilgilerin yalnızca bu amaçla kullanılıyor olmasının temin edilmesi gerekir. YİK verileri ayrıntılı, hassas ve bir kişiyi doğru tanımlamada oldukça faydalı bilgiler olarak yanlış yorumlandığında veya toplanış amacından farklı kullanıldığında kişi açısından ciddi sorunlara yol açabilir. Kişisel verilerin hükümetlerce toplanış amacından farklı kullanılması günümüzde yaygın bir sorundur. Veriler bir kez toplandığında hükümetlerin gözetleme stratejileri için bir araç olarak kullanılabilir. Böylelikle yalnızca terörist veya potansiyel teröristler değil, sıradan kişiler siyasi amaçlarla izlenebilir; bu da milli güvenlik amacıyla veri elde etme ile verilerin siyasi emellere hizmet eme amacıyla toplanması arasındaki sınırı bulanıklaştırabilir.²⁵ Bu durumun hem ülke içinde hem de uluslararası alanda sorun teşkil ettiği bilinmektedir. Örneğin, 2013 yılında eski Amerikan Ulusal Güvenlik Ajansı (NSA, National Security Agency) ve gizlilik aktivistlerinden Edward Snowden, Ajans ve diğer ABD yetkililerinin internetten ve telekomünikasyon şirketlerinden kişisel veriler elde ederek hem bireyleri hem de Brezilya, Hindistan gibi ülkeleri gözetlediğini açıklamıştır.²⁶ Bu durum Brezilya ve Hindistan ile ABD

²⁵ Quirine Eijkman, "Counter-Terrorism, Technology and Transparency: Reconsidering State Accountability", *The Journal of International Security and Terrorism* 3, 1, 2012, s.34.

²⁶ Henry Farrell ve Abraham Newman, "The Transatlantic Data War: Europe Fights Back against the NSA", *Foreign Affairs* VO - 95. Council on Foreign Relations, Inc., 2016., s130; Courtney Giles, "Balancing the breach: Data privacy laws in the wake of the NSA revelations", *Houston Journal of International Law* 37, 2, s.544.

arasında gerilime sebep olurken, AB ile ABD'nin birlikte geliştirdiği²⁷ ve kişisel verilerin bu iki ülke arasında ticari maksatla aktarımını sağlayan Safe Harbor Framework (Güvenli Liman) iş birliği AAD'ce sona erdirilmiştir.²⁸ ABD ve İngiltere'nin sadece kendi ülke vatandaşlarının değil başkalarının da kişisel bilgilerini soruşturma adı altında Google gibi özel şirketlerden elde ettiği bilinmektedir.²⁹ AB tarafında ise gözetim ve kişisel veri işlemenin daha geniş bir AB terörle mücadele stratejisi oluşturmasına engel olduğu, fakat AB'nin katı kuralları sayesinde şu ana kadar herhangi bir hak ihlali yaşanmadığı söylenmektedir.³⁰

Ülke sınırları içerisindeki kişilerin izlenmesi yasa dışı örgütleri destekleyenleri deşifre etme amacı dışında siyasilere kendisini destekleyen-desteklemeyenleri fişleme amaçlı da yapılmaktadır. Ancak terörle mücadele söz konusu olduğunda devletlerin siyasi emellerini değil milli güvenliği ön planda tuttuğunda başarılı sanal operasyonlar gerçekleştirdiği bir gerçektir. Örneğin, ABD İç Güvenlik Bakanlığı durumsal farkındalık adı altında Huffington Post gazetesinden Jihad-Watch isimli Web bloguna kadar farklı platformlardaki milyarlarca kişisel hesabı izleyerek İslam adı altında aşırı eylemlerde bulunan grupların ABD bağlantılarını ortaya çıkarmıştır.³¹

YİK verilerinin toplanmasından dolayı ortaya çıkabilecek en büyük risklerden biri yolcu verilerinin yolcuları "güvenli uçuş, kayıtlı yolcu ve güvenilir yolcu" olarak sınıflamaktır.³² Bu tanımlamanın açıklaması, insanları potansiyel terörist olarak sınıflamak veya sınıflamamakla

²⁷ U.S. Department of Commerce, "U.S.- EU Safe Harbor Framework: A Guide to Self-Certification", March 2009, s.1. <http://trade.gov/media/publications/pdf/safeharbor-selfcert2009.pdf>

²⁸ Avurstuyalı bir hukuk öğrencisi ABD'nin Facebook aracılığıyla yaptığı casusluk ve gözetimin Avrupa mevzuatına aykırı olduğunu savunarak İrlanda mahkemelerine dava başvurusunda bulunmuştur. Avrupa Adalet Divanı anlaşmayı yürürlükten kaldırmıştır; Farrell ve Newman, s.130.

²⁹ Giles, s.549

³⁰ Giovanni Buttarelli "Counter-Terrorism Policy and Data Protection", Hearing of the European Economic and Social Committee (EESC) 9 February 2010, s.2.

³¹ Gözetlenen tüm sitelerin listesi ve hükümet açıklamaları ile ilgili haber için Bkz., Reuters Reporter, "Department of Homeland Security monitors Facebook, Twitter and news sites for 'situational awareness", DailyMail, 13 Ocak 2012. <http://www.dailymail.co.uk/news/article-2085940/Facebook-Twitter-news-sites-monitored-US-Homeland-Security.html>

³² Rasmussen, s.577.

ilgilidir. Özellikle kişisel bilgilerin hatalı veya yanlış yorumlanması insanların yanlış yargılanmalara veya şüpheli sıfatına girmelerine sebep olarak masumiyetlerine zarar verir. Bir kişinin Müslüman olduğunu anlamak için YİK verileri gerçekten de oldukça yeterlidir. Yolcunun yemek seçimi, geldiği ülke, dış görünüşü gibi veriler onun hangi dine mensup olduğunu gösterebilirken, otoritelerce yanlış kararlar alınmasına sebep olabilir. Bu bilgilerin herhangi bir şekilde sızması ayrımcılık, ırkçılık, yabancı düşmanlığı gibi olumsuz durumları tetikleyebilir.

Kişisel verilerin korunması yasal olduğu kadar teknolojik koruma gerektiren bir alandır. Özellikle bilgisayar sistemlerinde her gün onlarca yeni güvenlik açığının keşfedilmesi teknolojik güvenliğin önemi vurgulamaktadır. Ancak bu çalışmadan yalnızca yasal koruma üzerinde durulacaktır. Çünkü aslında iyi tasarlanmış bir yasal düzenleme teknolojik güvenliğin sağlanmasına da katkıda bulunacaktır; bir verinin bir veri tabanı üzerinde 5 yıl saklanması ise 15 yıl saklanması arasında teknolojik açıdan da fark vardır. YİK verilerinin nasıl elde edileceği, nerede ve ne kadar zaman saklanacağı gibi konular öncelikle yasal altyapıda çizilmesi gereken noktalar. Öyle inanıyoruz ki, yasal altyapı sağlıklı bir uygulama için ilk ve en önemli adımdır.

4. Yolcu İsim Kayıtlarındaki Verilerin Önemi

Teknolojik küreselleşmenin getirdiği olumsuzluklardan biri, teröristlerin de teknolojiye haberdar olması ve onu etkili olarak kullanmasıdır. İnternet ve her gün gelişen Bilgi ve İletişim Teknolojileri (BİT) teröristlerce saldırı planlama ve bu planları uygulama çerçevesinde kullanılmaktadır. Teröristler BİT'i reklam yapma ve finans kaynağı olarak da kullanılmaktadır. Böylelikle kitlelere daha kolay ulaşabilmekte ve onları daha kolay etkileyebilmektedirler. Örneğin 90'lı yıllarda El-Kaide lideri bin Laden'in kendine inanları Avrupa, Orta Doğu, Güney Asya ve Afrika'ya göndermiş ve tüm bu teröristler arasındaki koordinasyonu internet üzerinden sağlamıştır.³³ Bu teröristler belirtilen bölgelere uçak aracılığıyla da ulaşmıştır.

³³ Joshua W. Hedges, "Eliminating the Learning Curve: A Pragmatic Look at Jihadist Use of the Internet", *Journal of Applied Security Research* 3, 1, 2008, s.75.

Günümüzde terörizmin sınır tanımayan karakteri yüzünden takibi zorlaşmıştır. Sosyal medya hesaplarının, Web bloglarının, Web sitelerinin veya online davranışların incelenmesi yeni bir yöntem olsa da bu yöntemle teröristler hakkında kesin bilgiler elde edebilmek pek mümkün değildir. Teröristin milliyeti, telefon numarası, görüntüsü, banka bilgileri gibi bilgiler İnternette kolay erişilemeyebilir. Ancak bir terörist ile ilgili havayolu yolculuğu öncesi veya esnasında bilgi edinme, onu teyit etme ve hakkında karar verme çok daha kolay ve garantili bir yöntemdir.

YİK verileri yalnızca terörist avlamak için değil insan kaçakçılığı, uyuşturucu kaçakçılığı yapan veya ölümcül bulaşıcı hastalıklar taşıyan kişileri de tespit etmek için kullanılmıştır. ABD hükümeti gibi başka devlet hükümetlerinin de uçuştan önce yolcu isim listelerini arananlar listeleri ile karşılaştırarak bazı suçlulara ulaştığı bilinmektedir³⁴. Bu alanlarda kullanılan bilgisayar tabanlı karar verme sistemleri sayesinde teröristlerin de tespit edilmesi de kolaylaşmıştır.

ABD otoritelerinin YİK verilerini elde etmek istemeleri aslında bu verilerin içerdiği bilgi zenginliğinden kaynaklanmaktadır. Ayrıntılı, kolay erişilebilen ve doğruluk oranı yüksek bilgiler güvenlik otoritelerine kişilerin güvenlik açısından analiz edilmesi ve hakkında karar verilmesi konusunda yardımcı olmaktadır. Veriler yolcunun kendisinden direkt olarak elde edilmiştir ve bu yüzden kimlik tespit işlemi kapsamlı şekilde yapılabilir. YİK verileri çok boyutlu veriler olarak bir ve hatta birkaç kişi hakkında ayrıntılı tespit yapılmasını sağlar.

YİK verileri öncelikle ve temelde bir kişinin milli güvenlik üzerinde yaratabileceği olası tehditlerin ortaya konabilmesi için kullanılır. Toplanan veriler riskli yolcuları sınıflandırmak ve daha sonrasında bu yolcular ile ilgili ne yapılacağı konusunda karar vermek için yorumlanır. Bir sonraki adımda veriler sorgulama veya davalarda kullanılabilir; daha sonra önlem alma ve koruma amaçlarına hizmet eder. Ülkeler veya birimler arası istihbarat ve tecrübe paylaşımı sayesinde hem ulusal hem de küresel güvenliğe katkı sağlanır.

³⁴ House of Lords-European Union Committee. The EU/US Passenger Name Record (PNR) Agreement, Authority of the House of Lords, 21st Report of Session 2006-07, s.7. <http://www.statewatch.org/news/2007/jun/eu-pnr-hol-report.pdf>



Diyagram-YİK verilerinin terörlle mücadelede fayda piramidi

YİK verileri yolcu **kimlik tespiti** adına birçok önemli bilgi taşır. USHÖ YİK Rehberine³⁵ göz atıldığında verilerin iki gruba ayrıldığı kolayca fark edilebilir: Kişisel bilgiler ve kişinin (planladığı) yolculuk ile ilgili bilgiler. Kişisel bilgiler isim, soy isim, varsa diğer isimler; adres, telefon numarası veya e-posta adresi gibi iletişim bilgileri ve rezervasyon veya satışta kullanılan banka/kredi kartı ile ilgili bilgiler (son kullanım tarihi, kart numarası vs.) gibi finansal bilgilerden oluşmaktadır. Bu rehberde YİK ve İSYB beraber değerlendirilmektedir ve sebebi olarak havacılık sektöründe YİK verilerinin artık İSYB ile birlikte aktarıldığı gösterilmektedir. Böylece yolcuların pasaport numarası, vize bilgileri gibi çok daha ayırt edici bilgileri de YİK verileri içerisinde aktarılır. Şu ana kadar bile bir kişiyi tanımlamaya yetecek kadar bilgiyi elde etmiş durumdayız.

Yolculuk ile ilgili bilgiler en az diğer bilgiler kadar önemlidir; çünkü bu bilgiler yolculuğa ait en doğru bilgilerdir. Kişisel bilgiler “kim” sorusunda cevap verirken, bu bilgiler “ne zaman, nereye ve nasıl” sorularına cevap verir. Yolculuk öncesi, yolculuk esnası ve yolculuk sonrası bilgiler bu kategoridedir. Yolculuk öncesi bilgiler oldukça geniş kapsamlıdır; neredeyse yolculuğun tam amacının tahmin edilmesini sağlar. Rezervasyonun kim tarafından yapıldığı, ne zaman yapıldığı, uçak kapı bilgisi gibi uçağa binış ve iniş bilgileri bu bilgilerden birkaçı-

³⁵ ICAO, Appendix 1.

dır. Check-in bilgileri ekstra bilgi kaynağıdır ve bu işlem sonrasındaki bilgiler yolculuk esnasında üretilen bilgileri oluşturur. Örneğin yolcunun hangi koltukta oturduğu, bagaj bilgisi, yemek seçimi gibi bilgiler bu kategoridedir. Yolcunun bagajını alıp almadığı bilgisi ise yolculuk sonrası bilgiler kategorisine örnek olarak verilebilir. Bu bilgiler artık yüzde yüz doğrulukta bilgilerdir. YİK verisine sahip bir yolcu yanında beraber rezervasyon yaptığı başka bir yolcu varsa, o yolcunun da tüm verisine erişilmesi sağlanır.

YİK verileri zaten bilinen suçlu veya teröristleri değil, şüpheliler üzerinden tespit yapmak için kullanılan verilerdir ve bu yüzden çok değerlidir. Tespitler **risk değerlendirme ve karar verme** süreçleri sonunda yapılır. Başarılı bir risk değerlendirme, yolcuların uçuş öncesi ve sonrası belli risk kriterlerine göre sınıflandırılmasıyla doğru orantılıdır. Kriterler ancak kaliteli bilgi sağlama ve edinilen tecrübelerle geliştirilebilir. Karar verme aşamasından sonra otoriteler sorgulama ve yargılama yoluyla koruma önlemleri alır. Avrupa Parlamentosu ve Konseyinin YİK verileri ile ilgili hazırladığı öneri metninde³⁶ verilerin sadece önleyici değil teröristlerin trend analizi, genel davranışları ve gerçeklere dayalı yolculuk senaryoları oluşturmak için de uzun süreli kullanılabilmesi vurgulanmıştır.

İstihbarat ve tecrübe paylaşımı hem güvenlik güçleri birimleri hem de devletler arasında terörle mücadele konusunda sürekli bilgi akışı ve iş birliği kurulmasını sağlar. Uluslararası iş birliğinin önemi birçok başarı öyküsünde görülebilir. Örneğin, Kanada'da konuşlanmış bir şirketin kimyasal madde zinciri adı altında Hizbullah'ı desteklediği narkotik ABD ve Kanada narkotik birimlerinin iş birliği sayesinde ortaya çıkmıştır.³⁷ Bu örnek direkt olarak YİK verilerinin paylaşımı

³⁶ Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the use of Passenger Name Record data for the prevention, detection, investigation and prosecution of terrorist offences and serious crime. COM (2011) 32 final. Öneride PNR veri kullanımının faydaları arasında suç ile ilgili araştırma ve sorgulamalarda; bir güvenlik önlemi olarak ve yolcular uçuşa başlamadan önce bir güvenlik değerlendirme kriteri olarak kullanılabilmesi ifade edilmektedir. Öneri çevirim içi erişilebilir:
<http://register.consilium.europa.eu/doc/srv?l=EN&f=ST%206007%202011%20INIT>

³⁷ White House, "National Strategy for Information Sharing: Successes and Challenges In Improving Terrorism-Related Information Sharing" October 2007, s.10

sayesinde kazanılmış bir başarı olmamakla beraber, veri paylaşımının teröristleri avlama konusundaki önemli rolünü göstermektedir.

Devletler arası iş birliği ve güven eksikliği teröristlerin eylemlerini daha cesaretle gerçekleştirmesine sebep olur. Örneğin, eğer Belçikalı yetkililer Türkiye'nin Brüksel katliamcısı Ibrahim el-Bakraoui ile ilgili yaptığı uyarıları dikkate alsaydı, bu katliam gerçekleşmemiş olabilirdi. 24 Mart 2016 tarihli WSJ haberine³⁸ göre bu terörist Türk polisi tarafından Suriye sınırına yakın bir yerde IŞİD şüphelisi olarak yakalanıp sınır dışı edilmiş ancak istihbarat eksikliği sebebiyle terörist olduğu ortaya çıkarılamamıştır. Diğer bir başarısızlık hikayesi ise, 26 Kasım 2015 tarihli The Economist'in³⁹ haberi olan 2015 Paris saldırıyı Abdelhamid Abaaoud ile ilgilidir. Buna göre terörist, Belçikalı polisler tarafından aranıyor olmasına rağmen Suriye'ye uçak yolculuğu yapmış oradan da Fransa'ya geri dönebilmıştır. Fransa hiçbir Avrupa ülkesinden kendilerine istihbarat gelmediğini ifade etmiş, onlarca insan istihbarat eksikliği yüzünden can vermiştir.

Son olarak YİK verileri çok gelişmiş yazılımlar sayesinde çok kolay aktarılabilen veriler olduğundan, analiz yapabilmek için gereken zaman ve insan gücünü azaltarak işlemi önemli ölçüde kolaylaştırır. Milyonlarca verinin insan gücü ile analiz edilmesi oldukça zor olduğundan YİK verileri gibi standart ve sınıflandırılmış verileri sistemlerde belirlenmiş eşik değerlerine göre analiz yapmak işleri kolaylaştırır ve hızlandırır. Zaten terörle mücadelede hızlı hareket etmek olası saldırıları engelleme adına önemli bir etkidir.

YİK verilerinin aktarımı, analizi ve işlenmesi terörle özellikle aktif olarak mücadele eden ülkelere yardımcı bir güvenlik unsurudur; ancak verilerle ilgili tüm işlemlerin temel haklara zarar getirmeyecek şekilde yasal bir temele dayandırılması gerekmektedir.

https://nsi.ncirc.gov/documents/National_Strategy_for_Information_Sharing.pdf

³⁸ Matthias Verbergt, Natalia Drozdiak, Dion Nissenbaum, "Brussels Suicide Bomber Slipped Terror Net", The Wall Street Journal, 24 March 2016. <https://www.wsj.com/articles/brussels-suicide-bomber-slipped-terror-net-1458779556>

³⁹ The Economist, "The terrorist in the data", 26 November 2015. <https://www.economist.com/news/briefing/21679266-how-balance-security-privacy-after-paris-attacks-terrorist-data>

5. Yolcu İsim Kayıtlarının Yurt Dışına Yasal Aktarımı: Avrupa Birliğinin Yaklaşımı

Avrupa Birliği veri koruma konusunda attığı adımlarla küresel anlamda diğer ülkelere de yön veren örnek bir yapıdır. Kişisel verilerin korunması hakkının 1995 yılında kabul edilen “Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Dolaşımı Kapsamında Bireylerin Korunması Direktifi”⁴⁰ ile yasal bir temele dayandıran ilk organizasyonlardan biridir. Bu Direktif Avrupa Parlamentosu, AB Konseyi ve özellikle Article 29 Working Party (Çalışma Grubu) olarak bilinen veri koruma danışma grubunun çalışmaları sonucunda 2018 yılında yürürlüğe girecek olan AB Veri Koruma Tüzüğü⁴¹ ile değiştirilmiştir.

Küresel terör olaylarına paralel olarak son yıllarda birçok AB ülkesinde terör saldırılarının arttığı görülmektedir. Özellikle 2012 sonrasında IŞİD gibi yeni ortaya çıkan terör örgütleri Fransa, Almanya ve Belçika’da çeşitli eylemler gerçekleştirmiştir. Sadece 2016 yılında Hamburg, Normandy, Ansbach, Nice, Münih ve Brüksel⁴² terör saldırısına maruz kalmış birkaç Avrupa şehrine örnek gösterilebilir. AB üye devletlerinin güvenlik ile ilgili karar ve uygulamaları genelde ülkelerin kendi iç işleri sayılmasına rağmen, AB’nin bu konuda takındığı genel bir tavır vardır: Terörle mücadelede yasal temellere dayanan kapsamlı iş birlikleri sayesinde etkili çözümler üretmek. Nitekim, Avrupa Komisyonu ABD yetkililerine ABD’nin PNR uygulamalarını başlatmasından yaklaşık iki sene sonra, 2003 yılında, uygulamanın Direktife aykırı olduğu konusundaki endişelerini iletmıştır. ABD ve AB 2012 yılında imzaladıkları PNR anlaşması⁴³ sayesinde şu anda ortak bir PNR programı yürütmektedir, ancak bu anlaşmanın sağlanması için birçok anlaşma ve müzakere yapılması gerekmiştir. Yasal bir temelde PNR veri aktarımının nasıl yapılacağı konusunda tarafların geçirdiği süreci anlamak için 2003’ten 2012’ye geçen süreyi kısaca inceleyeceğiz.

⁴⁰ OJ L 281, 23/11/1995 P. 0031 – 0050. Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31995L0046:en:HTML>

⁴¹ OJ L 119, 4.5.2016, p. 1–88 Protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation)

⁴² Saldırılarla ilgili bilgi ve tarihler için Bkz.: <https://www.rt.com/viral/370973-terror-attacks-timeline-europe/>

⁴³ OJ L 215, 11.8.2012, p. 5–14

Kişisel verilerin korunması konusu AB ile ABD arasında her zaman sorun olmuş bir konudur. Sorunun sebebi ise AB ile ABD'nin gizlilik kavramına farklı açılardan yaklaşımı ve bu yaklaşımın haliyle yasalara yansımasıdır. AB gizlilik konusuna temel haklar çerçevesinde yaklaşmakta, ABD ise konuyu bir tüketici hakkı olarak görmektedir. Bu çok yönlü çatışmalar açıkça şöyle ifade edilmektedir;⁴⁴ Gizlilik konusundaki farklı algılar güvenliğe karşı gizlilik; ABD'ye karşı AB terörle mücadele mevzuatı, AB'ye karşı ABD gizlilik rejimi; AP'ye karşı Avrupa Konseyi ve Avrupa Komisyonu; verilerin ticari amaçla işlenmesine karşı güvenlik amacıyla işlenmesi ve veri yönetimine karşı veri madenciliği konularını karşı karşıya getirmiştir. Örneğin Güvenli Liman (Safe Harbor) anlaşması AB'den ABD'ye kişisel verilerin ticari amaçlı akışına kişilerin veri koruma hakkı çerçevesinde izin veren bir anlaşma olarak imzalanmıştı. Ancak bu anlaşma, verileri temin eden ABD şirketlerinin güvenlik veya terörle mücadele kapsamında başka ABD otoriteleriyle paylaşımı hususunu bulanık bırakmıştır. Bunun gibi örnekler çerçevesinde AB, ABD'nin YİK Programına şüpheyle yaklaşmıştır. YİK Programı bir yandan güvenlik için gerekli görülmeyle bir yandan da AB mevzuatını ihlal etmekte, aynı zamanda da havayolu şirketlerine para cezaları öngörmesiyle AB firmalarını zarar etmekte yüz yüze bırakmıştır⁴⁵.

AB YİK veri aktarımının güvenlik artırıcı bir önlem olduğu konusunda her zaman ABD ile hemfikir olmuştur. AB'nin ABD'den önce kendi içinde bir YİK programı planladığı ve bazı üye devletlerin ticari amaçlı da olsa YİK paylaşım sistemleri olduğu bilinmektedir.⁴⁶ AB 27 Nisan 2016'de kabul ettiği AB-YİK Direktifi⁴⁷ ile bu verilerin AB üye ülkeleri güvenlik birimleri arasında paylaşılmasını yasal hale getirmiştir.

⁴⁴ Maria Tzanou, "The War against Terror and Transatlantic Information Sharing: Spillovers of Privacy or Spillovers of Security Research Article", *Utrecht Journal of International and European Law*, 31, 80, s.88.

⁴⁵ Alenka Kuhelj, "The Twilight Zone of Privacy for Passengers on International Flights between the EU & USA." *U.C. Davis Journal of International Law & Policy*, 16, 2, 2009, s.403

⁴⁶ *Ibid*, s.394

⁴⁷ OJ L 119, 4.5.2016, p. 132-149 Directive (EU) 2016/681 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the use of passenger name record (PNR) data for the prevention, detection, investigation and prosecution of terrorist offences and serious crime. <http://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2016/681/oj>

Verilerin AB dışına aktarımı söz konusu olduğunda, AB tarafından veri aktarım kriterlerinin oluşturulması zorunluluğu fark edildi.⁴⁸ AB Komisyonu bu boşluğu acele olarak doldurmak amacıyla ABD ile 2004 yılında YİK verilerinin ABD İç Güvenlik Bakanlığı, Gümrük ve Sınır Koruma Bürosuna aktarılması ve Büro tarafından işlenmesine izin veren anlaşmayı imzaladı.⁴⁹ Bu anlaşma Avrupa Komisyonu'nun AP ve AAD tarafından sertçe eleştirilip AAD tarafından iptal edildi. AAD iptal gerekçesinde Komisyonun AB mevzuatına göre böyle bir anlaşma imzalama yetkisinin olmadığını belirtmesinin yanı sıra, anlaşmanın YİK verilerinin yeterli düzeyde korunmasını öngören maddelerden hala yoksun olduğunu belirtti. Koruma düzeyinin belirlenmesinde verinin aktarım şekli, sebebi ve aktarılmış verinin saklanma süresinin belirtilmesi gerektiği vurgulandı.⁵⁰

2004'te Madrid tren istasyonuna, 2005'te Londra ulaşım ağına yapılan terör saldırıları AB'nin üye ülkelerin güvenliği için veri paylaşımı konusunda hızlı biçimde hareket etmesini sağladı.⁵¹ Bunun üzerine AB ve ABD 2006 yılında geçici bir YİK anlaşması imzaladı.⁵² Bir yıl deneme süresinden sonra 2007 yılında yeni bir YİK veri aktarım anlaşması imzalandı.⁵³ Bu anlaşma 2012 yılında sona ererken taraflar aynı yıl 2019 yılına kadar sürecek bir anlaşma daha imzaladılar. Her bir anlaşma elde edilen tecrübeler ve değerlendirmeler çerçevesinde yeni-

⁴⁸ ECLI:EU:C:2006:346 Protection of individuals with regard to the processing of personal data - Air transport - Decision 2004/496/EC - Agreement between the European Community and the United States of America - Passenger Name Records of air passengers transferred to the United States Bureau of Customs and Border Protection - Directive 95/46/EC - Article 25 - Third countries - Decision 2004/535/EC - Adequate level of protection. <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=57549&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1449729>

⁴⁹ Agreement between the European Community and the United States of America on the Processing and Transfer of PNR Data by Air Carriers to the United States Department of Homeland Security, Bureau of Customs and Border Protection, 28 May 2004. http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/adequacy/pnr/2004-05-28-agreement_en.pdf

⁵⁰ House of Lords-European Union Committee, s.14.

⁵¹ Global Business Travel Association, "EU Passenger Name Record (PNR) & Bilateral PNR Agreements", 21 Kasım 2016 tarihinde <http://dbta.dk/wp-content/uploads/2015/10/GBTA-ISSUE-TRACKER-EU-PNR-Bilateral-agreements.pdf> adresinden erişildi.

⁵² OJ L 298, 27.10.2006, p. 27-31

⁵³ OJ L 204, 4.8.2007, p. 16-25

lenerek kabul edildi. Örneğin 2003 yılında imzalanan geçici anlaşma, 2004 Anlaşmasına benzemekle beraber veri aktarım yönteminin değiştirilmesi, verinin paylaşılacağı ABD otoritelerinin sınırlandırılması gibi bazı değişiklikleri de getirdi. 2007 Anlaşması, ABD'nin yolcuları (veri sahiplerini) konuyla ilgili bilgilendirme zorunluluğunu getirdi. Ayrıca bu anlaşma aktarılan veri sayısını 35'ten 19'a indirip yolculara kendi verilerine ulaşma, verilerinin silinmesini talep etme ve gerekirse yasal yollara başvurma haklarını verdi.⁵⁴ 2007 Anlaşması çok daha iyi yapılandırılmış, ayrıntılı ve daha çok yolcu haklarını gözetilen bir anlaşma olarak değerlendirilebilir. 2012 Anlaşması⁵⁵ 8 yıl süren bir serüvenden sonra imzalanmıştır. Bu anlaşma şu anda YİK verilerinin terörle mücadele amacıyla aktarımı, işlenmesi ve saklanması konusundaki en kapsamlı anlaşma olarak kabul edilebilir. Bu sebeple, AB diğer ülkelerle yapacağı olası YİK veri aktarımı anlaşmalarına 2012 Anlaşmasını temel gösteren bir doküman yayımlamıştır. Bu doküman Türkiye ile AB arasında yapılabilecek bir anlaşmaya temel olması açısından önemlidir.

“YİK verilerinin üçüncü ülkelere transferi için Küresel Yaklaşım”⁵⁶ dokümanı 2010 yılında AB Komisyonu tarafından hazırlanmıştır. AB'nin böyle bir Küresel Yaklaşım ihtiyacı duyma sebebi, ABD ile yapılan anlaşmayla başlayan YİK veri aktarımı küresel bir terörle mücadele aracı olarak kullanmak istemesi olarak düşünülebilir.⁵⁷ Mevcutta Kanada ve Avustralya ile YİK anlaşması olan AB, 2015'ten beri Meksika ile görüşmelerini devam ettirmektedir. Konu yalnızca AB'nin değil başka ülkelerin de yakın takibi altındadır. Örneğin Japonya, 2020 Tokyo olimpiyatları öncesinde güvenlik önlemlerini artırmak adına havayolu şirketlerinden YİK verilerini isteyeceğini açıklamıştır.⁵⁸ Gün-

⁵⁴ İç Güvenlik Bakanlığı hassas YİK verilerinin filtrelenmesi için bir otomasyon sistemi kullanmakta ve bu verileri sistemden silmektedir.

⁵⁵ OJ L 215, 11.8.2012, p. 5-14

⁵⁶ Ibid.

⁵⁷ Bu istek AB'nin “Roadmap” European Commission Legislative proposal and Communication on the transfer of passenger data to third countries 10/2013 başlıklı bildirisinde dile getirilmiştir. Çevirim içi erişilebilir: http://ec.europa.eu/smart-regulation/impact/planned_ia/docs/2014_home_004_transfer_pnr_data_3rd_countries_en.pdf

⁵⁸ Japan Times, “Japan to force airlines to hand over personal data on all passengers”, 9 May 2015. <http://www.japantimes.co.jp/news/2015/05/09/national/japan-to-force-airlines-to-hand-over-personal-data-on-all-passengers/>

den güne bu programdan faydalanmak isteyen ülke sayısı artmaktadır. Ülkemizde ise böyle bir iş birliğinden henüz bahsedememekteyiz. Teknik konular bir yana, bu programdan AB tarafında yararlanmak isteyen tüm ülkeler er ya da geç Küresel Yaklaşım dokümanı gerekliliklerini sağlamak durumundadırlar. Ayrıca, ABD ile böyle bir iş birliğine girmek isteyen ülkeler için yine bu doküman güvenli bir temel oluşturabilir. Türkiye'nin terörle mücadeledeki küresel önemi ve ülke içindeki terör olaylarına karşı alınabilecek ek önlemler açısından uluslararası iş birliğinin hem Türkiye hem de Avrupa açısından gerekli olduğuna inanmaktayız. Bu sebeple, Küresel Yaklaşım Türkiye'yi de yakından ilgilendiren bir doküman olarak kabul edilebilir.

6. Avrupa Birliğinin Yolcu İsim Kayıtlarının Aktarımına Küresel Yaklaşımı

Kişisel verilerin terörle ve suçla mücadelede AB tarafından bir istihbarat olarak görülüp başka ülkelerle iş birliği içerisinde elde edilmesi, YİK verileri için de aynı yaklaşımı benimsediklerini göstermiştir. Bu yaklaşımın uluslararası kapsamda daha fazla veri aktarımını gerektireceği aşikardır. Küresel Yaklaşım dokümanı bu veri alışverişi için gerekli asgari yasal şartları gösterdiği için önemlidir.

Küresel Yaklaşım dokümanı ilk defa 2003 yılında hazırlanmasına rağmen zaman içerisinde AB içerisinde değişen gizlilik ve kişisel veri koruma yaklaşımları dokümanın güncellenmesine sebep olmuştur. Güncellenen doküman, üçüncü ülkelerle olası YİK veri alışverişi için gerekli yasal standartları gösterirken aslında AB'ye göre yeterli korumanın ne demek olduğunu da açıklamaktadır.

Küresel Yaklaşım'a göre YİK verileri ile İSYB verileri farklı olarak tanımlanmamıştır. İSYB verilerinin teröristleri tanımlamaktan öte bilinen terörist ve suçluları doğrulamaya yönelik olduğunu belirtmiştik. Bu sebeple dokümanda İSYB verileri YİK verilerinin içerisinde düşünülerek bir tutulmuştur. Dokümanda bu iki veri türünün yanı sıra "hassas veri" kavramı ve tanımına yer verildiği görülmektedir. Buna göre kişilerin dini, etnik kökeni, siyasi görüşü gibi verileri hassas veri olarak tanımlanmıştır. Bu bilgiler hayati tehlike teşkil eden durumlarda ve gerekli güvenlik önlemleri alındığı sürece aktarılabilen ve YİK verisinden ayrı olarak düşünülmektedir. Veriler yalnızca *duruma*

göre, görevi yüksek bir pozisyonda olan görevlinin gözetiminde ve aktarımın asıl gerçekleşme sebebinden asla ayrılmayacak biçimde paylaşılabilir.

YİK verisinin AB'ye göre ne demek olduğunu gördükten sonra, dokümanın temelde üç bölümde incelenebileceği görülmektedir: Veri aktarım ve işleme kuralları; Yolcu hakları, ve Genel kural ve prensipler.

AB ile herhangi bir ülke arasında yapılacak YİK veri aktarımı anlaşmasında yer alması gerek Genel kural ve prensipler şunlardır:

- Gözetim ve hesap verilebilirlik: Bu ilke temelde YİK verilerini elde eden kurumların verilerle ilgili işlemlerinde bağımsız bir otorite tarafından gözlemlenmesini öngörür. Bu otorite Ombudsman veya Veri Koruma Kurulu gibi bağımsız bir kurum olmalıdır.
- Karşılıklılık: İkili anlaşma karşılıklılık ilkesi gereği AB üye devletleri ve Eurojust, Eurojust gibi AB ajanslarının da karşı taraftan YİK verilerini elde etmelerini ve işleyebilmelerini sağlamalıdır.
- Periyodik gözden geçirme, inceleme ve değerlendirme: Anlaşmanın hem etkili biçimde uygulanabilmesi hem de eksikliklerinin giderilebilmesi için periyodik gözlemlere ve değerlendirmelere ihtiyaç duyulmaktadır. Anlaşma gerektiğinde karşılıklı istişarelerle yeniden düzenlenebilir olmalıdır.
- Anlaşmanın geçerlilik süresi ve anlaşmazlıkların çözümü: Anlaşmanın ne kadar süre yürürlükte olacağı anlaşmada açıkça belirtilmelidir. Tarafların anlaşmanın icrası veya ilgili anlaşmazlıklar karşısında başvurabilecekleri bir mekanizmanın tanımlanması gerekir.

İkili anlaşmanın diğer bir kısmında Veri aktarımı ve işleme kuralları açıklanmalıdır. Veri aktarım kuralları aşağıdaki gibi belirlenmiştir:

- Veri aktarım yöntemi: Verileri talep eden otoriteler verileri istediği zaman istediği şekilde karşı tarafın sistemlerinden çekememeli (pull yöntemi), karşı tarafın kontrolünde verilerin itilmesi (push yöntemi) şeklinde aktarılmalıdır.
- Sınırlamalar: Anlaşmada belirtilen YİK veri alanlarından daha

fazlası aktarılmamalı veya daha fazla verinin gerekliliği söz konusuysa tarafların tekrar anlaşması beklenmelidir.

- Paylaşım Kısıtlamaları: Elde edilen veriler anlaşmada belirtilen otorite, kurum veya kuruluşlar haricinde başka kurumlara aktarılmamalıdır. Bu kural hem ülke içindeki hem de dışındaki yetkisiz birimlere veri akışının engellenmesi için önemlidir. Ancak anlaşma dışında kalan başka bir ülkeye veri aktarımı şartsa, o ülkede Küresel Yaklaşım kurallarına uyulduğunun kanıtlanması halinde veri aktarımı gerçekleştirilebilir.

YİK verilerinin nasıl kullanılması gerektiğini gösteren İşleme kuralları aşağıdaki şekildedir:

- Verilerin saklanma süresi: Verilerin veri tabanlarında ne kadar süreyle saklanacağı mutlaka belirtilmesi gerekmektedir. Veriler gerek görülen zamandan daha fazla elde tutulmamalıdır.
- Veri güvenliği: Veri güvenliğinin sağlanması için gerekli tüm teknik tedbirler alınmalıdır. Verilerin dışarı sızması, amaç dışı kullanılmaması ve verilere yasa dışı erişimin engellenmesi için gerekli tüm tedbirler alınmalıdır.
- Otomatik Karar Mekanizması: YİK veri işleme sistemleri yolcular hakkında önemli kararların (sorgulama, yargılama gibi) verilmesine yardım etmeli ancak, tek başlarına karar verici sistemler olarak kullanılmamalıdır. Verilerin belli listelerdeki profillere göre sistem içi değerlendirmesi yapıldıktan sonra mutlaka insan gücünün dahil olması ve kararların insanların yaptığı analiz sonucu alınması gerekir.

Anlaşmada olması gereken son kısım ise verilerin sahibi olan kişilerin haklarının yani Yolcu Haklarının belirlenmesidir. Bu haklar:

- Şeffaflık ve Bilgilendirme: Yolcular verilerinin neden, nerede ve nasıl işleneceği hakkında ayrıntılı biçimde bilgilendirilmelidir. Bilgiler aynı zamanda yolcuların haklarını nasıl ve nerede arayacaklarını içermelidir. Bilgilendirme hava yolları şirketleri tarafından yapılabileceği gibi verileri talep eden kurumlar tarafından da yapılabilir.
- Erişim, düzeltme ve silme talebi: Tüm yolcular kendi verilerine

erişme, verilerini düzeltme ve silinmesini talep etme hakkına sahip olmalıdır.

- Tazminat: Şeffaflık ilkesinde belirtilen hakların aranması konusunda bilgilerin toplanış amacı dışında kullanılmaması veya korunamaması üzerine hangi mahkemelerin yetkili olduğu açıkça belirtilmelidir.

Sonuç olarak Küresel Yaklaşım dokümanında belirtilen tüm standartların AB'nin veri koruma mevzuat ve uygulamalarıyla uyumlu olduğu gözlenmiştir. Anlaşma içeriği taraflarca değiştirilebilir veya geliştirilebilir ancak AB ve Türkiye arasındaki olası YİK anlaşmasının standart olarak bu dokümanı temel alacağı kesindir.

7. Olası Türkiye-AB YİK Veri Aktarımı Anlaşması

Avrupa'nın en kalabalık ve en büyük ülkelerinden biri olan Türkiye, coğrafi konumu açısından Asya, Avrupa ve Afrika kıtasına bağlantısı olan tek ülkedir. Coğrafi konumunun etkisiyle örneğin yalnızca 2015 yılında⁵⁹ yaklaşık 100 milyon uluslararası yolcu, 623.715 kez yapılan hava trafiği ile Türkiye üzerinden geçmiş veya Türkiye'ye gelmiştir. Bu yaklaşık 100 milyon verinin de Türkiye'ye uçtuğu anlamına gelmektedir. 2011 yılından beri 128 ülkeden yaklaşık 38 bin kişinin ülkeye girişi reddedilmiş; bunlardan 2016 Brüksel teröristi İbrahim el Bakraou'nin de içinde bulunduğu 3 bin kişi, terörist veya terör örgütleriyle ilişkisi olması sebebiyle ülkeye kabul edilmemiştir.⁶⁰

Türkiye'nin coğrafi konumundan oldukça etkilenen güvenlik durumu, komşu ülkelerde devam etmekte olan iç savaşlar ve siyasi anlaşmazlıklar sebebiyle şimdi çok daha zor bir durumdadır. IŞİD olarak bilinen terör örgütü sadece Türkiye'nin değil Avrupa devletlerinin de güvenliğini tehdit etmektedir. Türkiye Cumhuriyeti Hükümetinin Iraklı ve Suriyeli insanların hayatını kurtarmak için iyi niyetle başlattığı mülteci programları ülkeye milyonlarca masum mültecinin girmesini

⁵⁹ Türkiye İstatistik Kurumundan konuyla ilgili daha fazla istatistiğe göz atmak için: http://www.tuik.gov.tr/PreTablo.do?alt_id=1051 23 Kasım 2016 tarihinde ziyaret edildi.

⁶⁰ Sertaç Bulur, "Türkiye'nin yabancı terörist savaşçılarla mücadelesi", Anadolu Ajansı, 24.03.2016 tarihli haber. <http://aa.com.tr/tr/turkiye/turkiyenin-yabanci-terorist-savascilarla-mucadelesi-/543046?amp=1>

sağlarken belki de teröristlerin de girmesini engelleyememiştir. Çevre ülkelerden Türkiye'ye giren mülteci ve göçmenlerle artan terör olayları arasındaki ilişki kesin biçimde kanıtlanamasa da teröristlerin sadece kara yoluyla değil hava yoluyla da ülkeye giriş yaptığı bilinmektedir. Giriş kısmında belirttiğimiz terör olayları ile ilgili sayıları hatırlayarak, Türkiye'nin 2015'ten beri yoğun bir terör tehdidinde olduğunu tekrarlayabiliriz. Bazen neredeyse her iki haftada bir gerçekleşen saldırılar komşu ülkelerde de aynı sıklık ve şiddetle gözlenmiştir. Saldırıların hep ülke dışında değil ülke içinde de planlanıp gerçekleştirildiği bilince de biz bu çalışmada dışarıdan gelecek tehditlere karşı AB/ABD-Türkiye YİK veri aktarımını ek bir güvenlik önlemi olarak önereceğiz.

7. Türkiye'de Kişisel Verilerin Korunması Mevzuatı

Kişisel verilerin korunması hakkı 2010 yılında gerçekleşen anayasa referandumunda 1982 Anayasasına 8. madde olarak eklenmiştir.⁶¹ Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nu bu referandumdan 6 yıl sonra kabul edebilen ülkemiz aslında 108 Sayılı Sözleşmeyi ilk imzalayan ülkelerdendir. Ancak 1981'de imzalanan bu Sözleşmenin mevzuata girmesi yaklaşık 30 yıl sürmüştür. Bu süre zarfında yapılan bazı çalışmaların etkisiz kaldığı bir gerçektir. Konuyla ilgili 2000 yılına kadar herhangi bir anayasa maddesi teklifi yapılmamış, 2000 yılından sonra ise AB'deki gelişmelere paralel olarak bir hareketlilik gözlenmiştir.⁶² Çünkü 2000 yılında AB Temel Haklar Şartı kabul edilmiş, 2009 yılında ise tüm AB kurum ve üyelerinde insan haklarının gözetimi için yasal temel haline getirilmiştir. Şartın 8. maddesi kişisel verilerin korunması hakkını ayrı bir satırda göstermesi bakımından önemlidir. AB'ye aday ülkelerden biri olan Türkiye'nin bu gelişmelerden etkilendiği düşünülmektedir.

Türkiye ile AB arasında pembe dizileri aratmayacak ilişki 1959'den beri devam etmektedir.⁶³ Bu uzun sürede Türkiye gerçekten de AB ile

⁶¹ 07.04.2016 tarihli ve 29677 sayılı Resmi Gazete

⁶² Elif Küzeci, "Kişisel Verilerin Korunması", Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Doktora Tezi, 2010, s.285. <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/>

⁶³ Türkiye'nin AB üyelik süreci ile ilgili kısa tarihçeye Avrupa Komisyonu'nun Avrupa Komşuluk Politikası ve Genişleme web sitesinde erişilebilir: http://ec.europa.eu/enlargement/countries/detailed-country-information/turkey/index_en.htm

uyumlu olma adına önemli adımlar atmış, bu adımların bazıları başarılı bazıları başarısız olmuştur. Bazı adımların atılması ise zaman almıştır. AB Türkiye ilerleme raporlarına göz atıldığında uzun zaman alan başarı hikayelerinden birinin de veri koruma olduğu görülmektedir. 1998 ile 2015 yıllarında Türkiye ile ilgili yayınlanan her raporda,⁶⁴ Türkiye’de bir veri koruma yasasının olmadığı tekrar edilmiştir. 1999’da yayınlanan ilk Düzenli Rapor, konuya İç Pazar (Internal Market) değerlendirmesi olarak yaklaşmaktadır. Sonrasında “veri koruma kanununun ve bağımsız bir veri koruma kurulunun eksikliği” her Düzenli Rapor ve İlerleme Raporunda karşımıza çıkar. Raporlarda ticaret alanında, ilaç sektöründe; gizliliğin korunması hakkı ve aile yaşamına saygı konusunda; vizelerin kaldırılması, gümrük birliği (veya iş birliği) ve iletişim konularında zaman zaman veri koruma ile ilgili yasal eksikliğe değinildiği görülmektedir. Ancak raporlarda bahsedilen ve çalışmamızla en ilişkili olan konu şüphesiz 2008-2015 yılları arasındaki tüm raporlarda tekrarlanan “terörle ve organize suçlarla mücadelede uluslararası iş birliği ve uluslararası yargı iş birliği”⁶⁵ konusudur. Raporlara göre Türkiye, AB ajanslarından Europol ve Eurojust ile veri koruma mevzuatının zayıflığı sebebiyle iş birliği yapamamaktadır. Bu gerçeğin Türkiye’de terörle mücadelede bazı somut adımların atılmamasına sebep olduğunu düşünmekteyiz.

Kişisel Verilerin Korunması Yasası’nın kabulüne kadar geçen zamanda Türkiye’de elbette veri koruma ile ilgili düzenlemeler yer almaktaydı.⁶⁶ Türk Ceza Kanunu, Dokuzuncu Bölüm ve 135, 136, 137, 138 ve 139. maddelerinde kişisel verilerin hukuka aykırı olarak kaydedilmesi, yok edilmemesi ve nitelikli haller gibi durumlarda verilecek cezaları düzenlemektedir. Türk Medeni Kanunu’nun 23. maddesine göre kişisel veriler kişiliğin bir parçası olarak görülmekte ve biyolojik veya genetik bilgiler ancak kişilerin yazılı rızası ile alınabilmektedir.

⁶⁴ European Commission, Regular Report from the Commission on Turkey’s Progress Towards Accession, 1998, s.45. European Commission, Turkey 2015 Progress Report, s.5. Tüm raporlar yıllık olarak yayımlanmakta olup, çevirim içi erişilebilir: European Commission, ‘Enlargement Policy Strategy and Reports’ https://ec.europa.eu/neighbourhood-enlargement/countries/package_en

⁶⁵ European Commission, Turkey 2008 Progress Report, s.73. European Commission, Turkey 2015 Progress Report, s.20.

⁶⁶ Mehmet Bedii Kaya ve Furkan Güven Taştan, “Veri Koruma Hukuku: Mevzuat&Çalışmalar”, Sinerjik.org, 2010. <http://www.sinerjik.org/veri-koruma-hukuku/>

Ceza Muhakemesi Kanunu, Medeni Kanun gibi, 80. maddesinde Genetik inceleme sonuçlarını kişisel veri niteliğinde saymakta ve bu bilgilerin amacı dışında kullanımını kısıtlamaktadır. Saydığımız kanunların hiçbirisinde, verilerin yurt dışına aktarımı ile ilgili bir düzenleme geçmemektedir.

Bu kanunlara ek olarak kişisel verilerin korunması hakkını çeşitli sektörler içerisinde tek tek düzenleyen yönetmelikler bulunmaktadır. Bu sektörler: Bilgi ve İletişim Teknolojileri,⁶⁷ bankacılık,⁶⁸ sağlık,⁶⁹ ticaret⁷⁰ ve kamu sektörüdür.⁷¹ Farklı alanlarda aynı konuyu farklı yaklaşımlarla çözmeye çalışan mevzuatın bütünleştirilmesi gerekliliği açıktır. Yine de bu düzenlemelerin Türkiye’de kişisel verilerin korunması konusunda belli bir altyapı sağladığı söylenebilir.

Kişisel Verilerin Korunması Kanunu 2010 yılında Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın Özel hayatın gizliliği başlığı altında 20. maddesi çerçevesinde kabul edilmiştir. Anayasada ifade edildiği şekliyle kişisel verilerin korunması hakkı:

“Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak; kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar. Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen

⁶⁷ 23.05.2007 tarih ve 26530 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun; 23/1/2004 tarih ve 25355 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu; 24.10.2003 tarih ve 25269 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu; 10.11.2008 tarih ve 27050 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu; 28.07.2010 tarih ve 27655 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Elektronik Haberleşme Sektöründe Tüketici Hakları Yönetmeliği.

⁶⁸ 01.03.2006 tarih ve 26095 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 5464 sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu; 07.04.2001 tarih ve 24366 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 6740 sayılı Bireysel Emeklilik Tasarruf ve Yatırım Sistemi Kanunu.

⁶⁹ 01.08.1998 tarih ve 23420 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Hasta Hakları Yönetmeliği.

⁷⁰ 05.11.2014 tarih ve 29166 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 6563 sayılı Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun.

⁷¹ 18.11.2005 tarih ve 25997 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 5429 sayılı Türkiye İstatistik Kurumu Kanunu; 23.05.2013 tarih ve 28655 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 6425 sayılı Posta Hizmetleri Kanunu; 10.06.2003 tarih ve 25134 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 4857 sayılı İş Kanunu; 20.05.2006 tarih ve 26173 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 5502 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumu Kanunu.

hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir.”

Kanunu ayrıntılı biçimde incelemek, Kanundaki veri aktarımı ile ilgili düzenlemeleri görebilmek açısından faydalı olacaktır.

a) Kişisel Verilerin Korunması Kanunu

Kanun akademik çevrelerce ilk bakışta her ne kadar yakın zamanda yürürlükten kalkacak da olsa AB'nin 95 Direktifi ile 108 Sayılı Sözleşme'nin bir harmanı olarak değerlendirilmektedir.⁷² Kanunun Avrupa mevzuatı örnek alınarak hazırlanmış olması Türkiye'nin bu alanda en gelişmiş mevzuatı göz önünde bulundurması açısından olumludur. Türkiye'nin AB Genel Veri Koruma Tüzüğü karşısında nasıl bir tepki vereceği bilinmemekle birlikte, bir Veri Koruma Kanununun kabul edilmiş olmasının başlı başına önemli bir adım olduğunu söyleyebiliriz. Ancak Türkiye'nin Kanun hazırlık aşamasında neden Tüzüğü es geçtiği başka bir çalışmanın konusu olabilir.

Kanun AB'nin 95 Direktifine benzer şekilde, 7 Bölüm ve 33 maddeden oluşmaktadır.⁷³ İlk Bölümde Kanunun amacı, kapsamı ve Kanunda geçen temel terimlerin tanımı yapılmıştır. Kanunun 3. maddesinin birinci fıkrasının (d) bendine göre kişisel veri “Kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgi” olarak tanımlanmıştır. Ayrıca Kanunda Özel nitelikli kişisel veri ayrımı ve tanımı yapılmıştır. Kanunun 6. maddesine göre “Kişilerin ırkı, etnik kökeni, siyasi düşüncesi, felsefi inancı, dini, mezhebi veya diğer inançları, kılık ve kıyafeti, dernek, vakıf ya da sendika üyeliği, sağlığı, cinsel hayatı, ceza mahkûmiyeti ve güvenlik tedbirleriyle ilgili verileri ile biyomet-

⁷² İbrahim Korkmaz, “Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Hakkında Bir Değerlendirme.” *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 124, 2016: 81-152. <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2016-124-1571> Gökhan Uğur Bağcı, “14 Soruda Kişisel Verilerin Korunması Kanunu”, E-ticaret ve internet hukuku, 10 Mayıs 2016. <http://www.eticarethukuku.com/14-soruda-kisisel-verilerin-korunmasi-kanunu#more-176> Fevzi Toksoy, Bahadır Balkı ve Sera Erzene Yıldız, “Data Protection in Turkey: Overview” *Practical Law Multi-Jurisdictional Guide 2016/17 Data Protection 2016*. <http://us.practicallaw.com/7-520-1896?q=turkey> Zihni Bilgehan ve Yusuf Mansur Özer. “Turkey, Data Protection 2016”, ICLG, 9 Mayıs 2016. <https://www.iclg.co.uk/practice-areas/data-protection/data-protection-2016/turkey#chaptercontent1>

⁷³ Direktifte 7 Bölüm ve 34 Madde bulunmaktaydı.

rik ve genetik verileri özel nitelikli kişisel veri” olarak tanımlanmıştır. Tanımlar hangi çerçevede kişisel verilerden bahsettiğimizi anlamamız açısından önemlidir.

Her iki tür veri için geçerli genel kural, verilerin ilgili kişinin açık rızası olmadan işlenemeyeceğidir. Açık rıza kavramı Kanunun 3. maddesi (a) bendine göre “Belirli bir konuya ilişkin, bilgilendirilmeye dayanan ve özgür iradeyle açıklanan rıza” olarak tanımlanmıştır. Bu tanıma göre eğer ilgili kişinin bilgisi dahilinde verileri işlenmişse, işleyen kişi veya kurumun Kanunu ihlal edeceği anlamı ortaya çıkmaktadır. Açık rıza kavramı, Kişisel Verileri Koruma Kurulu tarafından hazırlanan kitapçıklarda açıklanmıştır.⁷⁴

Kanun veri işleme ile ilgili temel prensipleri, koşulları ve istisnaları, veri işleyenlerin sorumluluklarını ve haklar ve yükümlülükleri açıklamaktadır. Kanunda, Kanunun kabulünü takiben 6 ay içerisinde kurulması öngörülen Kişisel Verileri Koruma Kurulu’na da ayrıntılı biçimde yer verilmiştir. Kanun Nisan 2016’da kabul edilmiş ancak Kurul üyeleri 12 Ocak 2017’de yeminlerini ederek görevlerine başlamıştır.⁷⁵

Kişisel Verilerin Korunması Kanunu’nun şüphesiz göz atılması gereken birçok önemli kısmı vardır ancak çalışmamız kapsamında yalnızca Kanunun 9. maddesi olan “Kişisel verilerin yurt dışına aktarılması” üzerinde duracağız.

b) Kişisel Verilerin Yurt Dışına Aktarılması

Kanunun 9. maddesinin birinci fıkrası uyarınca kişisel verilerin yurt dışına aktarımı için ilgilinin açık rızası olması gerekmektedir. Ancak bazı durumlarda ilgilinin açık rızası aranmayabilir. Bu durumlar Kanunun 5. maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen “Kişisel verilerin işlenmesi” kuralları ile aynıdır:

- Kanunlarda açıkça öngörülmesi.
- Fiili imkânsızlık nedeniyle rızasını açıklayamayacak durumda bulunan veya rızasına hukuki geçerlilik tanınmayan kişinin ken-

⁷⁴ <http://kvkk.gov.tr/yayinlar/A%C3%87IK%20RIZA.pdf>

⁷⁵ <http://kvkk.gov.tr/haber-kuruluyelerigorevebasladi.html>

disinin ya da bir başkasının hayatı veya beden bütünlüğünün korunması için zorunlu olması.

- Bir sözleşmenin kurulması veya ifasıyla doğrudan doğruya ilgili olması kaydıyla, sözleşmenin taraflarına ait kişisel verilerin işlenmesinin gerekli olması.
- Veri sorumlusunun hukuki yükümlülüğünü yerine getirebilmesi için zorunlu olması.
- İlgili kişinin kendisi tarafından alenileştirilmiş olması.
- Bir hakkın tesisi, kullanılması veya korunması için veri işlenmesinin zorunlu olması.
- İlgili kişinin temel hak ve özgürlüklerine zarar vermemek kaydıyla, veri sorumlusunun meşru menfaatleri için veri işlenmesinin zorunlu olması.

Kanun ışığında YİK verilerinin aktarılması için ilk gerekli şart, aktarımın Kanunlarda açıkça öngörülüyor olması gerekliliğidir. Mevcutta, YİK veri aktarımını öngören herhangi bir kanun veya Türkiye'nin taraf olduğu herhangi bir uluslararası anlaşma bulunmamaktadır. Kanunun 5. maddesinin ikinci fıkrasının (ç) bendinde veri sorumlusunun hukuki yükümlülüğünü yerine getirebilmesi veri aktarımı yapabileceği öngörülmektedir. Örneğin ABD hukuku karşısında Türk hava yolları şirketlerinin sorumluluğunu yerine getirebilmek için veri aktarımı yapma durumunda kalması bu kapsamda örnek verilebilir. Burada dikkatimizi çeken husus ise AB'nin ABD otoriteleri ile ilgili yaşadığı endişelerin Türkiye tarafından da değerlendirilmesi gerektiği gerçeğidir. O halde Türk hava yolları şirketlerinin YİK verilerini eksik bir hukuki zeminde aktarıldığını söylememiz yanlış olmayacaktır. Kanaatimiz, Türkiye'nin bu eksikliği ancak bir YİK anlaşması ile doldurabileceği şeklindedir.

Hassas kişisel verilerin yurt dışına aktarılması için gereken koşul 6.Maddenin Üçüncü fıkrasında düzenlenmiştir. Buna göre sağlık ve cinsel hayat dışındaki hassas kişisel veriler, yani kişilerin ırkı, etnik kökeni, siyasi düşüncesi, felsefi inancı, dini, mezhebi veya diğer inançları, kılık ve kıyafeti, dernek, vakıf ya da sendika üyeliği, ceza mahkûmiyeti ve güvenlik tedbirleriyle ilgili verileri ile biyometrik ve genetik verileri kanunlarda öngörülen hâllerde ilgili kişinin açık rıza-

sı aranmaksızın işlenebilir. Burada tekrar YİK verilerinin yurt dışına aktarılması ile ilgili herhangi bir mevzuatın olmadığını belirtmemiz gerekir.

Kanunun 9. maddesinin 3, 5 ve 6. fıkrasında Kişisel verilerin yurt dışına aktarılması kuralları devam etmektedir. Maddenin üçüncü fıkrasına göre Kişisel Verileri Koruma Kurulu (Kurul) verilerin aktarımı için güvenli ülkelerin listesini duyuracaktır. Kurul henüz bu duyuru-yu yapmadığı için örneğin YİK verilerinin güvenli olmayan ülkelere hala aktarılıyor olma olasılığı sürmektedir. 9. maddenin beşinci fıkrasına göre Türkiye'nin veya ilgili kişinin veri aktarımı sebebiyle menfaatlerinin zarar göreceği ihtimaline karşı verilerin aktarılma durumuna, ilgili kurum ve kuruluşların görüşü ışığında Kurul karar verecektir. Kişisel verilerin yurt dışına aktarılması ile ilgili diğer kanun hükümlerinin saklı olduğu 9.maddenin altıncı fıkrasında belirtilmiştir.

Çalışmamız açısından Kanunda en önemli olan madde 9.maddenin dördüncü fıkrasıdır Buna göre kişisel verilerin yurt dışına aktarımı ancak verinin aktarılacağı ülke tarafından yeterli koruma sağlanması şartıyla yapılabilir. Hatırlayacak olursak, ABD ile AB arasındaki bazı YİK veri aktarımı anlaşmaları tam olarak bu şart yüzünden iptal edilmiş veya yetersiz kalmıştır. Kurulun bu noktada hızlı biçimde çalışmalarına başlaması çok önemlidir, çünkü Türkiye'den (kamu veya tüzel kişilerden) kişisel veri talep eden herhangi bir ülkede yeterli koruma bulunup bulunmadığını yalnızca Kurul belirleyebilecektir. İşte 9.Maddenin dördüncü fıkrası yeterli koruma ilkelerini belirlemesi açısından bu yüzden çok önemlidir. Kurul bir ülkede yeterli koruma sağlanıp sağlanmadığını şu hususlara göre değerlendirecektir:

- Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelere bakılacaktır. Ülkemizin uluslararası alanda yalnızca 108 Sayılı Sözleşme 'ye taraf olduğunu belirtmiştik. Bu sözleşme YİK veri aktarımı için belki taraf devletler için yeterli ancak AB için yeterli olmayacaktır. AB Küresel Yaklaşım dokümanı ile nasıl bir YİK anlaşması yapılabileceğini zaten göstermiştir.
- Aktarılacak verinin kullanım amacı, kapsamı ve süresine bakılacaktır.
- Kişisel verilerin aktarılacağı ülkenin konuyla ilgili kendi mevzuat

ve uygulamaları ile veri sorumlusunun taahhütlerine bakılacaktır. Her ülkede gizliliğin ve kişisel verilerin korunması ile ilgili yaklaşımın aynı olmadığını, bunun mevzuata ve uygulamalara da yansıdığını ABD ile AB arasındaki olaylardan hatırlayabiliriz.

- Kişisel veri aktarımı konusunda karşılıklılık ilkesi göz önünde bulundurulacaktır. Çalışmamız açısından en önemli sayılabilecek nokta karşılıklılık ilkesidir. ABD ile AB örneğinde olduğu gibi ikili veya çok taraflı veri aktarma anlaşmalarında bu ilkenin mutlaka konmuş olması önemlidir.

Kanunda geçen tüm kurallar kişisel verilerin yurt dışına aktarımı ile ilgilidir. Ancak Kanunda aktarımla ilgili ayrıntılı teknik bilgi bulunmamakta ve aktarımdan sonra verilerin korunması ile ilgili kısıtlı bir bilgi bulunmaktadır. Bu sebepler YİK veri aktarımı için ABD ve AB arasında olduğu gibi ikili anlaşmaların gerekliliğini ortaya çıkarmaktadır. Özellikle AB ile yapılacak olası bir YİK anlaşması için Türkiye'de Küresel Yaklaşımına göre bir temel hazırlanmalıdır. Aslında Türkiye'nin örgütlü suçlar ve terörle mücadele kapsamında bazı AB devletleri ve ABD halihazırda anlaşması bulunmaktadır. Bu anlaşmalar terörle ve suçla mücadelede kişisel veri değişimi ile ilgili maddeleri bulunması bakımından önemlidir. Bu anlaşmaları Küresel Yaklaşımına göre inceleyip değerlendirmeye çalışacağız.

b) Türkiye'nin Terörle ve Suçla Mücadele Alanında Başka Ülkelerle Yaptığı İşbirliği Anlaşmalarında Kişisel Veri Aktarımının Yeri

Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Polonya Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Örgütlü Suçlar, Terörizm ve Diğer Suçlarla Mücadelede İşbirliği Anlaşması⁷⁶ 2003 yılında organize suçlar, terörle mücadele ve diğer suçlarla mücadelede iş birliği yapmak amacıyla imzalanmıştır. Polonya'nın terör örgütü PKK'nın yoğun olarak konuşlandığı Almanya, İsviçre, Danimarka ve Hollanda gibi ülkelerle bu ülkelerin doğusunda kalan diğer ülkeler arasında köprü konumunda bulunması sebebiyle böyle bir anlaşmanın faydalı olacağı düşünülmüştür. Ayrıca Polonya'nın PKK gibi terör örgütlerine ve terör olaylarına karşı duyar-

⁷⁶ 15.06.2004 tarihli ve 25493 sayılı Resmi Gazete

lı bir ülke olduğu bilinmektedir. Bu anlaşma Polonya ve Türkiye'nin terörle mücadeledeki ciddiyetini, kişisel veri paylaşımının ise ciddi bir güvenlik önlemi olarak algılandığını göstermektedir. Anlaşmada veri aktarımının yapılacağı otoriteler belirtilmiş, bunlar dışındaki otoritelere veya taraf ülkeler dışına veri aktarımı yapılması gerektiğinde taraflar arasında yazılı bir izin gerektiği vurgulanmıştır. Böylelikle verilerin anlaşma haricindeki kurumlara ve taraf olmayan ülkelere aktarımı ile ilgili düzenleme anlaşmada yer almıştır. Anlaşmada kişisel verinin ne olduğu ile ilgili dar bir tanım yapılmamış "kişilere ait tüm bilgiler" şeklinde bir tanım yapılmıştır. Bu bilgilerin yalnızca amacına uygun aktarılması ve kullanılması gerektiği vurgulanmıştır.

Anlaşmaya göre taraflar aktarılan bilgilerin doğruluğu ve güvenliğinden sorumludur. Bu kapsamda taraflar, yetkisiz kişilerin veriye erişimini, verilerin değiştirilmesini veya verilerin açıklanmasını engelleme adına gerekli önlemleri almalıdırlar. Bu önlemler veri güvenliği ile ilgili alınan teknik ve idari önlemler olarak yorumlanabilir. Yeterli düzeyde korumanın her iki taraf için ne anlama geldiği bu anlaşma içerisinde çok açık olmasa da, tarafların yürürlükteki mevzuatları ve uluslararası anlaşmaların bağlayıcı nitelikte olduğu belirtilmiştir. Verilerin aktarımında hangi yöntem izleneceği bilinmemekte ancak verilerin bilgisayar dosyaları şeklinde aktarılacağı anlaşılmaktadır. Verilerin sistemlerde tutulma süresi için herhangi bir süre belirtilmemiş ve verileri aktarılan kişilerin konuyla ilgili bilgilendirilmesi öngörülmemiştir. Bu iki durum Küresel Yaklaşım kriterleri ile çelişmektedir. Anlaşma kapsamında iki ülke arasında YİK verilerinin aktarılıp aktarılamadığı bilinmese de bunun için bir zemin hazırlıyor olması önemlidir.

Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Slovenya Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Örgütlü Suçlar, Uyuşturucu Madde Kaçakçılığı, Uluslararası Terörizm ve Diğer Ciddi Suçlarla Mücadelede İşbirliği Anlaşması⁷⁷ 2004 yılında Slovenya'nın Türkiye üzerinden Avrupa'ya doğru uyuşturucu ve insan kaçakçılığı olaylarından fazlaca etkilenen bir ülke olması sebebiyle imzalanmıştır. Anlaşmanın temel amacı uyuşturucu ve insan kaçakçılığını önlemek olsa da anlaşmada suç ve terörle mücadele konularına da yer verilmiştir. Bu anlaşma yukarıda açıkladığımız Türkiye-Polonya anlaşmasından çok farklı değildir, ancak bazı farklı

⁷⁷ 27.10.2004 tarihli ve 25626 sayılı Resmi Gazete

yönler tarafımızca tespit edilmiştir. Anlaşmada verileri aktarılan kişilerin konuyla ilgili bilgilendirilmesi gerektiği ifade edilerek şeffaflık ilkesi vurgulanmıştır. Ayrıca, verilerin korunması konusunda 108 Sayılı Sözleşme ilkelerinin bağlayıcılığı kabul edilmiştir. Verilerin ne kadar süre için tutulacağı ve nasıl yok edileceğinin belirtilmemesi, Küresel Yaklaşım kriterlerine uygun değildir.

Türkiye 2005 yılında Bulgaristan ile Polis İşbirliği anlaşması⁷⁸ imzalamıştır. Bu anlaşma veri aktarımı kriterleri bakımından Polonya ve Slovenya anlaşmalarına oldukça benzemektedir. Örneğin, şeffaflık ilkesi; verilerin amaç ve kapsam çerçevesinde kullanımı, verileri alan otoritenin verilerin doğruluğu ve güncelliğinden sorumlu olması; verilerin yetkisiz kişilerce erişiminin yasak olması gibi kriterler bu anlaşmalardaki ortak kriterlerdendir. Bulgaristan anlaşmasında farklı olarak verilerin yok edilmesi ile ilgili kuralların ayrıntılı olarak açıklandığı görülmektedir. Buna göre, eğer taraflardan biri verilerin kapsam dışı kullanıldığını veya verilerin güncel olmadığını tespit ederse, verileri yok edebilmektedir. Aksi halde verileri tarafların sistemlerinde zaman sınırı olmaksızın kalabilmektedir.

Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Finlandiya Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Suçun Önlenmesi ve Suçla Mücadelede İşbirliği Anlaşması⁷⁹ 2004 yılında imzalanmıştır. Anlaşmanın 4. maddesine göre taraflar, kişisel veri aktarımları için kendi mevzuatlarındaki kurallara ve uluslararası anlaşmalara uyacaktır. 2004 yılında Türkiye’de kişisel verilerin korunması ile ilgili herhangi bir düzenleme bulunmamakta ve hatta gizlilik kavramını bile ayrı bir maddede ele almamış 1926 tarihli Ceza Kanunu yürürlükte idi. Konuyla ilgili tek yasal dayanak Medeni Kanun olmakta bunun haricinde 108 Sayılı Sözleşme de o tarihte henüz geçeli değildi. Bu durumda iki ülke arasında YİK veri aktarımının, eğer gerçekleşmişse, belli bir yasal temele dayanarak gerçekleşmediği söylenebilir.

Türkiye’nin 2004’te Europol ile teknik ve stratejik bilgi değişimi yardımıyla suçların tanımlanması, kontrol edilmesi ve önlemlerin alınmasını öngören bir İşbirliği Anlaşması imzalamıştır.⁸⁰ Ancak bu

⁷⁸ 03.06.2005 tarihli ve 25834 sayılı Resmi Gazete

⁷⁹ 29.08.2004 tarihli ve 25568 sayılı Resmi Gazete

⁸⁰ 15.07.2004 tarih ve 25523 sayılı Resmi Gazete

anlaşma Türkiye’de bir veri koruma kanununun olmaması sebebiyle yürürlüğe girememiştir. Anlaşmada iş birliği kapsamında kişisel verilerin aktarımının anlaşma dışında tutulduğunu belirten bir maddenin olması konuyu açıkça ortaya koymaktadır. Ancak Emniyet Genel Müdürlüğü’nün Interpol-Europol-Sirene Dairesi Başkanlığı web sitesinde Kişisel Verilerin Korunması Kanununun kabulü sonrasında olumlu bir gelişme olarak konu ile ilgili girişimlerde bulunulduğu haberine yer verilmiştir.⁸¹

Türkiye ile ABD arasında 2000 yılında imzalanan ve Nisan 2001’de yürürlüğe giren Hava Taşımacılığı Anlaşması’nın⁸² asıl amacı iki ülke arasındaki hava taşımacılığını standart ve eşitlik çerçevesinde gerçekleştirebilmektir. Anlaşma daha çok ticari bir anlaşma olmasına rağmen Bilgisayarlı Rezervasyon Sistemlerinin ve bu sistemler içindeki bilgilerin eşit, rekabetçi ve iş birliği çerçevesinde kullanılması ile ilgili konulara yer vermiştir. Anlaşmanın 7. maddesine göre iki ülke arasında güvenli uçuşların yapılabilmesi için gerekli bazı kurallar vardır. Havacılık Güvenliği başlığı altında iki ülkenin birbirlerinin mevzuatlarına uygun hareket edecekleri, aynı zamanda yolcular uçağa binmeden veya bagajlar yüklenmeden önce kabin ekibi ile yolcuların kendilerinin, özel eşyalarının ve bagajlarının bir güvenlik önlemi olarak kontrol edileceği belirtilmiştir. Bu anlaşma direkt olarak YİK aktarımından bahsetmemekte ancak buna zemin hazırlamaktadır. İlerleyen bölümde Türkiye’de bulunan havayolları firmalarından ABD’li otoritelere kişisel verilerin aktarıldığını göreceğiz.

Yukarıda saydığımız bütün anlaşmalar terörle mücadele kapsamında kişisel veri, bilgi ve tecrübe paylaşımını gerekli ve önemli gören anlaşmalardır. YİK verilerinin bu anlaşmalar kapsamında aktarılması olasıdır, ancak anlaşmaların hiçbirisi AB Küresel Yaklaşım kriterlerini tam olarak karşılamamaktadır. Çünkü bu anlaşmalar verilerin amaç ve kapsamı dışında kullanılmaması, veri güvenliği ile ilgili bazı kurallar, şeffaflık, paylaşım kısıtlamaları ve gözden geçirme kurallarından bahsetmesi dışında aşağıdaki noktalarda noksan kalmıştır:

⁸¹ <http://www.interpol.pol.tr/Sayfalar/turkeuropoliliski.aspx>
⁸² 09.05.2001 tarihli ve24397 sayılı Resmi Gazete

- Hesap verilebilirlik ve gözetim,
- Anlaşmazlıkların çözümü,
- Veri aktarımı yöntemi,
- Otomatik Karar Mekanizması,
- Erişim, düzeltme ve silme talebi,
- Tazminat,
- Gözetim ve hesap verilebilirlik,
- Sınırlamalar,
- Paylaşım Kısıtlamaları,
- Verilerin saklanma süresi,
- Kişisel verileri aktarılanları bilgilendirme.

Hemen belirtmek gerekir ki bu anlaşmalar aslında daha çok bilgiyi bir yerlerde kayıtlı şekilde bilinen suçlu veya teröristlerin yakalanmasında uluslararası bir iş birliğine yöneliktir. Türkiye'nin terörle mücadelede bu gibi anlaşmalardan çok daha fazlasına ihtiyacı olduğunu göz önünde bulundurmakla beraber yasalara ve insan haklarına dayanan her uygulamanın ülkenin yararına olacağını düşünmekteyiz. Bu anlaşmaların YİK veri aktarımına izin verip vermediği net olmamakla birlikte konu terör olduğunda bu tür ek güvenlik önlemlerinin göz ardı edilmemesi gerektiği açıktır. Anlaşmaların Avrupa kısmı 2004-2006 yıllarında imzalanmış, ABD anlaşması ise 9/11 olaylarından önce imzalanmıştır. Geçen süre içerisinde teknolojik gelişmelerin, terör algısı ve anlayışının, kişisel veri mevzuatının dünyada değişmiş olduğu kesindir. Bahsedilen anlaşmalar çerçevesinde Türkiye'nin kişisel veri alışverişi yapıp yapmadığını pratikte bilemiyoruz ancak Türkiye terörle mücadele konusunda her türlü adımı atmak zorunda olan bir ülke olarak dünyadaki her türlü gelişmeyi takip etmek durumundadır. Sonuç olarak ülkemizde YİK verilerinin Küresel Yaklaşım dokümanında öngörülen kriterler çerçevesinde karşılıklı aktarımını sağlayacak ayrı bir anlaşma veya anlaşmalara ihtiyaç duyulmaktadır

c) Türk Havacılık Mevzuatında Kişisel Verilerin Yurt Dışına Aktarılması

Daha önce de aktardığımız üzere, ülkemizde Kişisel Verilerin Korunması Kanunundan önce kişisel veriler, farklı alanlarda karşımıza çıkan mevzuatla düzenlenmiştir. Bu yüzden konu havacılık olduğu için kişisel verilerin yurt dışına aktarımı konusunda Türk havacılık hukukuna da bakmamız gerekir. Konu ile ilişkisi olduğunu düşündüğümüz iki Yönetmelik bulunmaktadır: Havayolu ile Seyahat Eden Yolcuların Haklarına İlişkin Yönetmelik⁸³ ve Havayolu Taşıyıcılarının Yükümlülükleri Yönetmeliği.⁸⁴

Havayolu ile Seyahat Eden Yolcuların Haklarına İlişkin Yönetmelik'in amacı "havayolu ile seyahat eden yolcuların sahip olduğu haklar ve bu hakların geçerli olduğu durumlar ile yolcuların uçağa kabul edilmediği, uçuşlarının iptal edildiği ve uçuşlarının ertelendiği durumlardaki asgari haklarını belirlemek ve düzenlemektir". Yönetmelikte yolcuların kişisel verileri ile ilgili hakları konusunda hiçbir madde bulunmamaktadır. Ancak yolcu verilerinin en azından ABD güvenlik otoritelerine aktarılıp orada işlendiği bilinmektedir. Yönetmeliğin daha çok olası seyahat olumsuzluklarına karşı yolcu haklarını belirttiği açıktır, ancak yine de bu başlıkta bir yönetmeliğin yolcuların kendi bilgileri ile ilgili en azından bilgilendirilme hakkı olduğu belirtilebilirdi. Yönetmeliğin AB'nin EC 261/2004 sayılı Tüzüğüne⁸⁵ paralel olarak hazırlandığı atfı yapılmıştır. Bu Tüzükte de kişisel verilerle ilgili herhangi bir madde olmamasına rağmen AB'nin zaten 95 Direktifi ve YİK anlaşmaları aracılığıyla belli bir mevzuat sahip olduğunu bilmekteyiz. Bu Yönetmelik 2012 yılında yürürlüğe girmiş ancak geçen zaman içerisinde konu ile ilgili herhangi bir düzeltme yapılmamıştır. Düşüncemiz, Sivil Havacılık Genel Müdürlüğü'nün konuyu havayolu şirketleri ile ilgisi bakımından onlara bırakmış olduğu yönündedir. Bu yüzden konu ile ilgili yurt dışına da taşımacılık yapan hava yolu şirketlerinin web sitelerini inceleyerek ve onlarla iletişime geçerek bilgi

⁸³ 03.12.2011 tarihli ve 28131 sayılı Resmi Gazete

⁸⁴ 07.11.2015 tarihli ve 29525 sayılı Resmi Gazete

⁸⁵ OJ L 46, 17.2.2004, p. 1-8. Regulation (EC) No 261/2004 of the European Parliament and of the Council of 11 February 2004 establishing common rules on compensation and assistance to passengers in the event of denied boarding and of cancellation or long delay of flights, and repealing Regulation (EEC) No 295/91

almaya çalıştık.⁸⁶ Öncelikle ziyaret ettiğimiz 6 havayolu şirketinin web sitelerinde konuya yaklaşımları bakımından farklılıklar olduğunu tespit ettik. Şirketler konuyu gizlilik, yolcu hakları ve kişisel verilerin korunması başlıklarında aktarmaktadır. Bu değerlendirmelerin hiçbiri yanlış veya eksik değildir. Ancak yolcuların bilgilendirilmesinde atıf yapılan yasaların birbirinden farklı olması ilgi çekicidir. Yalnızca 2 havayolu şirketi yeni Kanuna atıf yapmakta, biri Yolcu Hakları Yönetmeliğine atıf yapmakta, biri kişisel verilerin Alma Federal Yasalarına göre işlendiğini belirtmekte, sonuncusu ise yolcuların Web sitesine verdiği bilgilerin başkalarıyla paylaşılmayacağını taahhüt etmektedir. E-posta yoluyla iletişim kurduğumuz ve yurt dışına uçuşları bulunan 18 havayolu şirketinin 3'ü "YİK verilerini yurt dışına aktarıyor musunuz?" sorusuna şu yanıtları vermiştir:

- Şirket A, İnternet üzerinden rezervasyon için verilen bilgileri yalnızca bu amaçla kullanmakta ve üçüncü şahıslarla paylaşmadığını belirtmiştir. Ancak yolcular verilerinin belli amaçlar doğrultusunda Şirket tarafından kullanılma hakkına sahip olduğunu kesinlikle kabul etmek durumundadır. Bu amaçlar, Şirketin deyimiyile, "Türkiye'nin ve herhangi bir ülkenin tüm uygulanabilir kanunlarına, kurallarına ve düzenlemelerine uygun bir şekilde ve belirtilmekte olan şartlar ve koşullar altında uygulandığı sürece" ve hizmetlere ilişkin rezervasyonlar ile seyahat ve giriş formalitelerinin yerine getirilmesi, bilgilerin uçuşun gerçekleştirilebilmesi amacıyla ilgili mercilere bildirilmesi" olarak belirtilmiştir. Bu amaçlarla yetkili bürolara, yetkili acentelere, yurt içindeki ve yurt dışındaki yetkililere, güvenlik güçlerine, adli makamlara, diğer uçak şirketlerine ve sair kişilere kişisel bilgileri vermektedir.
- Şirket B, YİK verilerinin kişisel veri kapsamında bulunduğundan ve kişisel veriler ancak 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu hükümleri uyarınca paylaşılabilir durumda olduğunu vermiştir.
- Şirket C ise Amerika, İngiltere, İsrail gibi bazı ülkelerin vize-pasaport güvenlik prosedürleri konusunda çok sıkı kurallarının

⁸⁶ Web siteleri incelemeleri ile şirketlerle yapılan e-posta yazışmaları Ocak 2017'de gerçekleşmiştir. Makalenin yayımlandığı tarihte bu sonuçların değişebilme olasılığı göz önünde bulundurulmalıdır.

olduğunu, bu ülkelere seyahat edecek yolcuların vize-pasaport bilgisi kontrollerinin ve yolcu verilerinin aktarımının ilgili ülkelerin onayı ile bir firma tarafından yapıldığı aktarılmıştır. Firma ile kurduğumuz iletişim sonucunda kişisel veri ile ilgili hizmetlerin ilgili Bakanlıklardan temin edilen ruhsatlara istinaden, Milli Sivil Havacılık mevzuatı çerçevesinde, anlaşmalı bulunan havayolları adına gerçekleştirildiği bilgisi edinilmiştir.

Bu bilgilere göre havayolları şirketlerinin YİK verilerini yurt dışına aktardığı kesinleşmiştir. Web site değerlendirmelerine göre bazı havayollarının yolcularını konu ile ilgili Kanun veya Yönetmeliklere dayanarak bilgilendirme yaptığı anlaşılmıştır. Buna göre YİK verilerinin yasal bir çerçevede aktarıldığı söylenebilir. Şirketler YİK verilerini aktarmaktadır ancak verilerin aktarım dışında örneğin ne kadar zaman tutulacağı, hangi yöntemle aktarıldığı, açıkça hangi otoritelere aktardığı, yolcuların kendi verileri ile ilgili hakları gibi konularda garanti verememektedir. Bu noktaların Küresel Yaklaşım kriterlerine göre düzenlenmesi önerilir.

Diğer bir önemli kaynak olan Havayolu Taşıyıcılarının Yükümlülükleri Yönetmeliği hava yolu şirketlerinin düzenli göçe teşvik ve düzensiz göç ile mücadele konularındaki yükümlülükleri ile ilgilidir. Yönetmelik daha çok Türkiye'ye gelen veya Türkiye üzerinden başka ülkelere yolculuk eden yabancıları kapsamaktadır. Buna göre hava yolu şirketleri düzenli göçün teşviki kapsamında çeşitli önlemler almalıdır. Önlemlerden biri ise ilk defa bir mevzuatta tanımı yapılan YİK ve İSYB verilerinin şirketler tarafından Göç İdaresi Genel Müdürlüğüne aktarılmasıdır. Genel Müdürlük aktarılacak verilerin kapsamına uluslararası standartlar çerçevesinde karar verecek kurum görevini üstlenmiştir. Verilerin kullanımı ise yalnızca Yönetmelik sınırlarında olacaktır. Genel Müdürlük verilerin yurt içinde başka kurumlara veya yurt dışına aktarılmasına karar vermeye yetkilidir. Buna göre istihbarat birimleri, polis ve terörle mücadele kapsamına giren kurumlara verilerin aktarılabilmesi belirtilmiştir. Bu Yönetmelik sayesinde yabancıların verileri gerçekten de güvence altına alınmıştır. Genel Müdürlüğün karar verme yetkisinin Kişisel Verilerin Korunması Kurulu ile nasıl değişeceği henüz bilinmemekle beraber, Müdürlüğün bu yetkiyi Kurula aktarması beklenebilir.

Bahsi geçen Yönetmeliklerde, Kişisel Verilerin Korunması Kanuna atıf yapılabilir veya yolcuların kişisel verileri ile ilgili haklarına dair bir bölüme yer verilebilirdi. Bu durum, Kanun öncesinde yolcu bilgilerinin aslında Türkiye tarafından yasal güvenceye alınmadan yurt dışına aktarıldığını göstermektedir. Yeni Kanun ile birlikte ek bir güvenlik önlemi olarak YİK verilerinin yurt dışına aktarılması ve Türkiye'ye yolcu taşıyan hava yolu şirketlerinin bu verileri Türk yetkililerine aktarabilmesi ile verilerin güvenlik güçlerince kullanımı işlenmesi, saklanması gibi konuların yasal temellere dayandırılması uygun olacaktır. Bu sebeple, ilk adımın AB ile atılmasını, Küresel Yaklaşım çerçevesinde imzalanacak ikili bir anlaşma ile hem temel hakların korunması hem de güvenlik önlemlerinin artırılması önerilmektedir.

Sonuç

Bilginin güç olduğu günümüzde kişisel bilgilerin temini de her alanda gerekli görülmekte, özellikle Avrupalı devletlerce temel bir hak olarak kabul edilmesi sebebiyle yasal güvence altına alınması gereken bir kavramdır.

Kişisel bilgiler teröristlerin tespiti, hakkında karar verilmesi ve terör eylemlerine karşı ek bir güvenlik önlemi niteliğinde olması sebebiyle istihbarat değeri yüksek bilgilerdir. Terörle mücadelede son yıllarda uluslararası iş birliğinin gerekliliği bilgi, veri ve tecrübe paylaşımı olarak şekillenmiştir. 9/11 terör saldırıları sonrasında alınan ek güvenlik önlemlerinden biri de ABD'ye veya ABD'den havayolu ile seyahat edecek yolcu bilgilerinin havayollarınca ABD yetkililerine aktarılması olmuştur. AB, verilerin yasal bir çerçevede aktarılabilmesi için ABD ile ikili anlaşmalar imzalamış, başka devletlerle aynı kapsamda anlaşmalar yapmıştır. AB açısından YİK verilerinin oldukça önemli bir güvenlik önlemi olduğu görülmekte ve AB'nin bu tür anlaşmaları artıracığı bilinmektedir.

İnsan hakları konusunda gelişmiş bir mevzuata sahip AB, YİK verilerinin aktarımı ile ilgili hazırladığı Küresel Yaklaşım dokümanında, verilerin AB üyesi olmayan ülkelere aktarımını standart bir temel dayandıran kriterleri açıklamaktadır. AB ile bu programda yer almak isteyen herhangi bir ülkenin bu kriterleri sağlaması üzerine veri aktarımı yapılabilir.

Terörle mücadele konusunda her türlü önlemi almak ve değerlendirmek zorunda olan ülkemizin AB ile ABD arasında örneği olan YİK verilerinin aktarımı programını örnek olarak almalıdır. Bu programda suçlu-masum ayrımı olmadan her yolcunun verileri aktarılıp işlenmeye tabi olduğu için herkese eşit bir şekilde yasal korumanın sağlanması gerekmektedir. Kişisel verilerin korunması konusunda belli bir mevzuatı olan ancak kanun düzeyinde bir düzenlemede Avrupa'daki gelişmeleri henüz yakalayabilen ülkemiz, bu durumdan dolayı böyle bir programdan şimdiye kadar faydalanamamıştır. Kanunda verilerin yurt dışına aktarılması ile ilgili bölümünde belirtilen kurallar dahilinde veri aktarımının yapılması önemlidir. Bu kurallara göre veri aktarımı yapılacak ülke ile Türkiye arasındaki anlaşmalar ve karşılıklık ilkesi birer kriterdir. Türkiye'nin terörle mücadele kapsamında kişisel verilerin paylaşımını bir kriter olarak ele alan ikili anlaşmalarına baktığımızda anlaşmaların oldukça eski tarihlerde imzalanmış olması, daha sonra güncellenmemiş olması ve AB'nin Küresel Yaklaşım kriterlerinden uzak kalmış olması bu anlaşmaların yetersiz olduğunu göstermiştir. Ayrıca Türk havacılık mevzuatında gerek yolcu hakkı olarak gerekse havayolu şirketlerinin sorumlulukları altında yolcuların kişisel verilerinin korunması ile ilgili herhangi bir düzenleme bulunmuyor olması YİK verilerinin aktarımı ile ilgili bir boşluğa işaret etmektedir. Türkiye'nin konu ile ilgili mevzuatı gözden geçirip AB ile YİK veri aktarımı anlaşması imzalaması hem ülkedeki güvenlik için hem de insan haklarının güvence altına alınması açısından faydalı olacaktır.

Kaynakça

- Bilgehan, Zihni ve Özer, Yusuf Mansur, "Turkey, Data Protection 2016", ICLG, 9 Mayıs 2016. <https://www.iclg.co.uk/practice-areas/data-protection/data-protection-2016/turkey#chaptercontent1>.
- Chang, Chen-Hung, "New Technology, New Information Privacy: Social-Value-Oriented Information Privacy Theory." *National Taiwan University Law Review* 10, no. 1, 2015: 127-75.
- Eijkman Quirine, "Counter-Terrorism, Technology and Transparency: Reconsidering State Accountability." *The Journal of International Security and Terrorism* 3, 1, 2012: 29-40. http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2199118
- Farrell Henry ve Newman Abraham, "The Transatlantic Data War: Europe Fights Back against the NSA." *Foreign Affairs VO - 95*. Council on Foreign Relations, Inc., 2016. <http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=edsgao&AN=edsgcl.439135741&lang=tr&site=eds-live&authtype=ip,uid>.

- Giles Courtney, "Balancing the Breach: Data Privacy Laws in the Wake of the NSA Revelations." *Houston Journal of International Law* 37, no. 2, 2015: 543-79. <http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=a9h&AN=102839256&site=ehost-live>.
- Bağcı Gökhan Uğur, "14 Soruda Kişisel Verilerin Korunması Kanunu", E-ticaret ve internet hukuku, 10 Mayıs 2016. <http://www.eticaret.hukuku.com/14-soruda-kisisel-verilerin-korunmasi-kanunu#more-176>
- Buttarelli Giovanni, Counter-Terrorism Policy and Data Protection, Hearing of the European Economic and Social Committee (EESC), 9 February 2010. http://www.eesc.europa.eu/resources/docs/edps_counterterrorismmandataprotection.pdf
- Bulur Sertaç, "Türkiye'nin yabancı terörist savaşıyla mücadelesi", Anadolu Ajansı, 24.03.2016 çevirim içi haberi. <http://aa.com.tr/tr/turkiye/turkiyenin-yabanci-terorist-savascilarla-mucadelesi-/543046?amp=1>
- Gutwirth Serge, Yves Poullet, ve de Hert Paul, Data Protection in a Profiled World. Dordrecht; New York : Springer, c2010., 2010. Ebsco veri tabanından erişildi.
- Hedges Joshua W. "Eliminating the Learning Curve: A Pragmatic Look at Jihadist Use of the Internet." *Journal of Applied Security Research* 3, no. 1, 2008: 71-91. doi:10.1300/J530v03n01_07
- House of Lords-European Union Committee. The EU/US Passenger Name Record (PNR) Agreement, Authority of the House of Lords, 21st Report of Session 2006-07. <http://www.statewatch.org/news/2007/jun/eu-pnr-hol-report.pdf>
- International Civil Aviation Organization, "Guidelines on Passenger Name Record (PNR) Data", ICAO, 2010. https://www.iata.org/iata/passenger-data-toolkit/assets/doc_library/04-pnr/New%20Doc%209944%201st%20Edition%20PNR.pdf
- Kaya Mehmet Bedii ve Taştan Furkan Güven, "Veri Koruma Hukuku: Mevzuat & İçtihat", Sinerjik.org, 2010. <http://www.sinerjik.org/veri-koruma-hukuku/>
- Korkmaz İbrahim, "Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Hakkında Bir Değerlendirme." *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 124, 2016: 81-152. <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2016-124-1571>
- Kuhelj, Alenka. "The Twilight Zone of Privacy for Passengers on International Flights between the EU & USA." *U.C. Davis Journal of International Law & Policy* 16, no. 2 2009: 383-436.
- Küzeci Elif, "Kişisel Verilerin Korunması / Data Protection." Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Doktora Tezi, 2010. <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/>
- Rasmussen D Richard, "Is International Travel Per Se Suspicion of Terrorism - The Dispute between the United States and European Union over Passenger Name Record Data Transfers Notes and Comments." *Wisconsin International Law Journal* 26, 2008: 551-90.
- Reuters Reporter, "Department of Homeland Security monitors Facebook, Twitter and news sites for 'situational awareness", DailyMail, 13 Ocak 2012 <http://www.dailymail.co.uk/news/article-2085940/Facebook-Twitter-news-sites-monitored-US-Homeland-Security.html>

- Robinson, Neil, Hans Graux, Maarten Botterman ve Lorenzo Valeri. "Review of the European Data Protection Directive." The RAND Corporation, 2009.
- Savoiu Alina and Catalin Capatina Basarabescu, "The Right to Privacy." *Annals of the Constantin Brancusi University of Targu Jiu Juridical Sciences Series* 2013, no. 1 (2013): 89-96.
- Sondergaard Peter, "Big Data Fades to the Algorithm Economy", *Forbes/Tech*, 14 August 2015. <https://www.forbes.com/sites/gartnergroup/2015/08/14/big-data-fades-to-the-algorithm-economy/#2f3b5c1a51a3>
- The Wall Street Journal, "2016 Belgium's Tragic Terror Lessons" 24 Mart 2016 <http://www.wsj.com/articles/belgiums-tragic-terror-lessons-1458861105>
- The Economist, "The terrorist in the data", 26 Novemver 2015. <http://www.economist.com/news/briefing/21679266-how-balance-security-privacy-after-paris-attacks-terrorist-data>
- Toksoy Fevzi, Balkı Bahadır ve Yıldız Sera Erzene, "Data Protection in Turkey: Overview" *Practical Law Multi-Jurisdictional Guide 2016/17 Data Protection 2016*. <http://us.practicallaw.com/7-520-1896?q=turkey>
- Tzanou Maria, "The War against Terror and Transatlantic Information Sharing: Spillovers of Privacy or Spillovers of Security Research Article." *Utrecht Journal of International and European Law* 31, no. 80, 2015: 87-103. doi:<http://doi.org/10.5334/ujiel.cq>.
- U.S. Department of Commerce, "U.S.- EU Safe Harbor Framework: A Guide to Self-Certification", March 2009. <http://trade.gov/media/publications/pdf/safeharbor-selfcert2009.pdf>
- White House, "National Strategy for Information Sharing: Successes and Challenges In Improving Terrorism-Related Information Sharing" October 2007 https://nsi.ncirc.gov/documents/National_Strategy_for_Information_Sharing.pdf
- Wright David ve Charles Raab, "Privacy Principles, Risks and Harms." *International Review of Law, Computers & Technology* 28, no. 3 , 2014: 277-98.
- Nouskalis Georgios, "Biometrics, E-Identity and the Balance between Security and Privacy: A Case Study of Passenger Name Record (PNR) System Comment." *The Scientific World Journal*, 11, 2010: 474-77. doi: <http://10.1100/tsw.2011.48>

“İSTİSNA HALİ” ÜZERİNDEN BİR EGEMENLİK KAVRAMI TARTIŞMASI

Schmitt ve Agamben’in Teorileri Hakkında Bir Çalışma
A DISCUSSION IN TERMS OF SOVEREIGNTY BASED
ON THE “STATE OF EXCEPTION”
A Study On Schmitt and Agamben’s Theories

Sibel YILMAZ*

Özet: Bu makalede istisna hali kavramı, egemenlik kavramı ve egemenliğin icrası üzerinden açıklanacaktır. Ancak bu konu, Carl Schmitt ve Giorgio Agamben’in teorileriyle sınırlı tutulmuştur. Belirsiz bir alan olan istisna halinin ele alınmasında hukuk ile siyaset arasındaki ilişki göz önünde bulundurulmalıdır. Çalışmada istisna halinin, egemenliğin icrasında kural olmaya doğru gittiği vurgulanacaktır.

Anahtar Kelimeler: Egemenlik, İstisna Hali, Hukuk, Siyaset

Abstract: In this article, the concept of the state of exception will be explained through the concept and execution of sovereignty. However this subject is confined to Carl Schmitt and Giorgio Agamben’s theories. In order to address the state of emergency as an ambiguous sphere, the relationship between law and politics should be taken into consideration. In the study it will be indicated that the state of exception evolves to being the principle in the execution of sovereignty.

Keywords: Sovereignty, State of Exception, Law, Politics

1. Giriş

İstisna hali gerek siyasetin hukukla ilişkisinin belirlenmesi, gerek egemenliğin gücünün gösterilmesi bakımından önemli bir kavramdır. Carl Schmitt, egemenliği istisna haliyle bağlantılı olarak tanımlamıştır. O günden bugüne Giorgio Agamben’in de belirttiği gibi istisna haliyle ilgili kuramsal bir çerçeve çizilememiştir. Aslında bu durum istisna halinin içkin zorluğundan kaynaklanmaktadır. Hukuk ve siyasetle ilişkisi çetrefilli olan bu konu üzerinde Schmitt ve Agamben’in görüşlerine değinilecektir.

* Araştırma Görevlisi, Uludağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Günümüzde mutlak ve üstün bir güç olarak tanımlanan egemenlik kavramından ziyade hayatın her anına sindirilmiş iktidar ilişkilerini öne çıkaran biyosiyaset üzerinden tartışmalar yürütülmektedir. İstisna hali biyosiyasetin bir taktiği olarak nasıl araçsallaştırıldığı gösterilmeye çalışılacaktır.

2. Hukuk İle Siyaset İlişisine Kısa Bir Giriş

Hukuk ile siyaset arasındaki ilişkiye bakıldığında siyasetin yanında hukukun ikincil konumda olduğu görülür. Egemen erkin hukuku kuran ve koruyan "üstün" konumundan ötürü hem hukuk ile siyaset arasında zorunlu bir ilişki vardır hem de bu ilişkide siyaset birincil konumu almaktadır. Nitekim hukuk egemen ideolojinin paradigmasında biçim kazanan hak ve özgürlükleri korur. Kısacası siyaset, hukuku kuran, onu önceleyen ve belirleyen bir olgu olarak ortaya çıkmaktadır. Hukuk ise kendi belirlediği değil, egemen erkin belirlediği sınırları gözetilen bir konumdadır. O halde hukuk ile siyaset, "doğal" bir özellik olarak kabul edilen zorunlu bir ilişki içerisindedir.¹

Siyasetin, esasen hukukun belirlediği sınırlarda hareket etmesi zorunludur. Ancak egemenliğin kurucu ve koruyucu dinamiği içinde yasal olanı askıya alıp aşma olanağı egemen iktidarın doğasına içkin bir durumdur.² Egemenin hukuku askıya aldığı bu durum, hukukun siyasal olan karşısında başka bir sebepten ötürü ikincil konuma geldiği istisna halidir.³ Çalışma boyunca bu ilişki istisna hali üzerinden ele alınacaktır. Bunun için öncelikle Carl Schmitt'in görüşleri açıklanacaktır.

3. Carl Schmitt: Egemen, Olağanüstü Hale Karar Verendir!

İstisna hali denildiğinde akla ilk gelen isim, bu konuyu "Siyasi İlahiyat" adlı eserinde işleyen Carl Schmitt'tir. Schmitt, şu meşhur cümleyle başlar kitabına: "Egemen, olağanüstü hale karar verendir."⁴ Bu cümle, çalışma boyunca hangi kavramlar üzerinde tartışacağını-

¹ Feysel Taşçier, "Hukukun (Si)yasal Kaynağı Olarak Egemenliğin İki Yüzü", *Felsefe ve Sosyal Bilimler Dergisi*, 2009 Bahar, Sayı 7, s. 48-49.

² Taşçier, s. 50.

³ Taşçier, s. 51.

⁴ Carl Schmitt, *Siyasi İlahiyat Egemenlik Kuramı Üzerine Dört Bölüm*, çev.: Emre Zeybekoğlu, Dost Kitabevi, Ankara, 2005, s. 13.

zı açıkça göstermektedir. Egemenlik nedir ve nasıl işler, karar derken kastedilen nedir, egemene olağanüstü hale karar verme yetkisini veren güç nedir ve nihayetinde tüm bu soruların hem sebebi hem de sonucu olabilecek şekilde olağanüstü hal yani bizim çalışmamızda tercih edeceğimiz diğer ismiyle “istisna hali” nedir?⁵

Schmitt’in olağanüstü hal ile kastettiği olağanüstü hal kararname-leri veya sıkıyönetim halleri değildir. Schmitt’e göre olağanüstü hal, olağanüstü önlemlerin uygulanmasını gerektiren her türlü ciddi, acil, siyasi veya ekonomik karışıklık durumudur. Olağanüstü hal kavramını bir sınır-kavram olarak kabul eden Schmitt, bu kavramı devlet kuramının genel bir kavramı olarak ele almaktadır. Zira olağanüstü hal hakkında verilen karar onun deyiimiyle “kelimenin tam anlamıyla ‘karar’dır.”⁶

Olağan hallerde uygulanan genel bir norm, mutlak bir istisnayı hiçbir zaman içermeyeceğinden hiçbir zaman olağanüstü halin var olduğuna ilişkin karara kusursuz bir temel teşkil edemez.⁷ Schmitt, hukuki düzen kavramının iki unsuru dediği norm ve kararı tamamen farklı kavramlar olarak ele almaktadır.

Egemenliğin en üstün ve asli hükmedici güç şeklindeki klasik tanımının işlevsel olmadığını düşünen Schmitt, somut olay halinde, yani bir anlaşmazlık durumunda kamusal çıkar veya devletin çıkarı, kamu güvenliği ve düzeni, kamunun selameti ve benzeri konularda kimin karar vereceğinden yola çıkarak bir egemenlik analizi yapmayı tercih etmektedir.⁸ “Ne acil bir durumun ne zaman söz konusu olacağı kesin olarak bilinebilir, ne de böyle bir durumda nelerin meydana gelebileceği içeriksel olarak tek tek sayılabilir, hele son derece acil bir durum ve bunun bertaraf edilmesi söz konusu olursa...” Öyleyse olağanüstü hal mevzu hukukta “tanımlanabilir ama gerçeğe uygun olarak tarif edilemez.” Schmitt’e göre ekstrem olağanüstü halin ortadan kaldırılıp kaldırılamayacağı hukuksal bir sorun değildir. Olağanüstü halde hu-

⁵ Çalışmanın kimi yerlerinde “istisna hali”, kimi yerlerinde “olağanüstü hal” kavramı yazarların kavramlarına ve çevirilere sadık kalma amacıyla kullanılmaktadır.

⁶ Schmitt, *Siyasi İlahiyat Egemenlik Kuramı Üzerine Dört Bölüm*, s. 14.

⁷ Schmitt, *Siyasi İlahiyat Egemenlik Kuramı Üzerine Dört Bölüm*, s. 13.

⁸ Schmitt, *Siyasi İlahiyat Egemenlik Kuramı Üzerine Dört Bölüm*, s. 14.

kuk devleti anlayışına uygun bir yetkiye yer olmadığını söyleyen yazara göre "Anayasa, böyle bir durumda, olsa olsa kimin müdahaleye yetkili olduğunu belirtebilir."⁹

Egemen hem son derece acil bir durumun söz konusu olup olmadığına, hem de bu durumu bertaraf etmek için nelerin yapılması gerektiğine karar verendir. Egemen böyle bir kararı vermekle bir yandan normal hukuk düzeninin dışında yer almakta, öte yandan, anayasanın tümüyle askıya alınıp alınamayacağı onun elinde olduğu için, aynı zamanda bu düzenin içinde yer almaktadır.¹⁰

Schmitt kendi icat ettiği "desizyonist" kavramından yola çıkarak kararı tanımlar. Ona göre desizyonist tipin klasik temsilcisi Hobbes'tur. Bu kavramı en iyi anlatabilecek olan herhalde Hobbes'un kullandığı şu cümledir: *Autoritas, non veritas facit legem* [Yasayı yapan otoritedir, hakikat değil].¹¹ Bu karar somut ve belli bir merciden kaynaklanan bir karardır. Kararın bağımsız anlamı onun içeriği kadar, kararı verecek olanın bağımsızlığını da içermektedir. Hukuki yaşamın gerçeği bakımından önemli olan ise kararı kimin vereceğidir.¹²

Schmitt hukuki düzenin norma değil, karara dayandığını belirtmektedir. Ona göre somut durumda kamu düzeni ve güvenliğinin ne zaman var olduğuna ve ne zaman bozulup tehlikeye düştüğüne değişik hukuk düzenlerinde değişik merciler karar verir. İşte bu hukuki düzenler norma değil karara dayanan düzenlerdir.¹³

Schmitt'e göre, egemenliğin olağanüstü hal ile ilgili olduğunu Jean Bodin de belirtmiştir. Bodin'in "Prensın tebaaya veya halka karşı sorumluluğu, verdiği sözün yerine gelmesi halkın çıkarına olduğu sürece devam eder, ancak si la nécessité est urgente [acil gereksinimler söz konusu olduğunda] bağlılığı sona erer" ifadesine değinen Schmitt'e göre, egemenliği bölünmez birlik olarak algılayan ve devlet içindeki iktidar sorununu nihai çözüme kavuşturan asıl nokta Bodin'in, "karar"ı egemenlik kavramı içerisine yerleştirmiş olmasıdır.¹⁴ Öyle ki

⁹ Schmitt, *Siyasi İlahiyat Egemenlik Kuramı Üzerine Dört Bölüm*, s. 14-15.

¹⁰ Schmitt, *Siyasi İlahiyat Egemenlik Kuramı Üzerine Dört Bölüm*, s. 15.

¹¹ Schmitt, *Siyasi İlahiyat Egemenlik Kuramı Üzerine Dört Bölüm*, s. 38.

¹² Schmitt, *Siyasi İlahiyat Egemenlik Kuramı Üzerine Dört Bölüm*, s. 39.

¹³ Schmitt, *Siyasi İlahiyat Egemenlik Kuramı Üzerine Dört Bölüm*, s. 17.

¹⁴ Schmitt, *Siyasi İlahiyat Egemenlik Kuramı Üzerine Dört Bölüm*, s. 16.

egemenliğin alamet-i farikası yürürlükteki kanunu ilga etme yetkisidir ve Bodin egemenliğin diğer tüm ayırt edici niteliklerini (savaş ilanı ve barış yapılması, af ve nihai temyiz yetkisi gibi) buradan türetmek istemiştir.¹⁵

Schmitt'e göre olağanüstü halde bahsedilen yetkilerin, karşılıklı kontrolle, zaman sınırlaması ile ve hukuk devletinin sıkıyönetim düzenlemelerinde olduğu gibi olağanüstü yetkilerin tek tek sayılmasıyla tanımlanması, egemenliğe ilişkin sorunun önemini büyük ölçüde aşındırır da bunu ortadan kaldıramaz.¹⁶

Schmitt, yalnızca genel bir kanun hükmünün yetkili olabileceğini daima çıkış noktası alan hukuk devleti geleneğini eleştirir. Ona göre kanunun yetkiyi kime verdiği belli değildir. "Bir karar normu olarak kanun hükmü, yalnızca nasıl karar verilmesi gerektiğini belirtir, kimin karar vermesi gerektiğini değil. Nihai bir merci olmasaydı, herkes içriksel doğruluğun ne olduğunu ileri sürebilirdi. Ama nihai merci, karar normundan anlaşılabilir." O halde sorun yetkiye ilişkindir. "Yetki sorununu maddi olana gönderme yaparak çözümlenmek, biriyle alay etmekle eş anlamlıdır."¹⁷

Olağanüstü halde karar verenin kim olduğunu belirlemek, aslında sınırsız iktidar faraziyesinin kime ait olduğu sorundur. Çünkü egemen tam da yetki unsurunun öngörülmediği, hukuk düzeninin yetki sorununu çözmediği durumda kimin yetkili olacağı sorunuyla bağlantılıdır. Schmitt'e göre, bu nedenle olağanüstü hal (*extremus necessitatis casus*) hakkındaki tartışma da buradan kaynaklanmaktadır.¹⁸ Schmitt, 1919 Alman Anayasasını örnek verir. Anayasa'nın 48. maddesine göre, olağanüstü hal, devlet başkanı tarafından ilan edilir, ancak dilediği zaman bunun askıya alınmasını talep edebilecek parlamentonun denetimi altındadır. Schmitt'e göre hukuk devleti gelişimi ve pratiğine uygun olarak böyle bir yetki bölüşümü ve karşılıklı denetim yoluna gidilmiştir. Bu yolla egemenlik sorununun olabildiğince ertelenmeye çalışıldığını belirten Schmitt, bu sorunun bu şekilde ertelenirse dahi yok edilemeyeceğini ima etmektedir. Zira hukuk devletinin

¹⁵ Schmitt, Siyasi İlahiyat Egemenlik Kuramı Üzerine Dört Bölüm, s. 16-17.

¹⁶ Schmitt, Siyasi İlahiyat Egemenlik Kuramı Üzerine Dört Bölüm, s. 19.

¹⁷ Schmitt, Siyasi İlahiyat Egemenlik Kuramı Üzerine Dört Bölüm, s. 37.

¹⁸ Schmitt, Siyasi İlahiyat Egemenlik Kuramı Üzerine Dört Bölüm, s. 18.

gereği olarak 48. maddede düzenlenen, ancak olağanüstü yetkilerinin ön şartıdır; maddenin içeriksel düzenlenmesi değil. Dolayısıyla bu madde sınırsız güç bahsetmektedir ve bu güç uygulandığında egemen ortaya çıkmış olacaktır. Schmitt bir Alman ülkesinin devlet olup olmadığının tespitinde, referans noktası olarak da olağanüstü hal ilan etme konusundaki bağımsız yetkilere sahip olmasını görmektedir.¹⁹

Schmitt olağanüstü hali şu şekilde açığa kavuşturmuştur: Olağanüstü halin söz konusu olabilmesi için kural olarak sınırsız yetkinin mevcut olması, yani mevcut düzenin bütünüyle askıya alınması gerekmektedir. Elbette devletin bu durumda üstünlüğü tartışmasızdır, zaten amaç devletin varlığını korumasıdır. Bu düşüncenin temelinde yatan ise devletin kendini koruma hakkına dayandığıdır. Olağanüstü halde hukuk geri adım atarken devlet hep bakidir. Kaostan ve anarşiden farklı olarak olağanüstü halde hukuki olmasa da bir düzen mevcuttur.²⁰ Olağanüstü hali yaratan karar, tüm normatif bağlardan kurtularak gerçek anlamda mutlak hale gelir. Hukuki düzenin iki bağımsız unsuru olan karar ve norm karşı karşıya gelirler ve norm olağanüstü halde yok edilir. Yine de olağanüstü hal bir yönüyle hukuki düzenin içerisinde, zira karar da norm gibi varlığını hukuk çerçevesinde sürdürmektedir.²¹

Agamben, Schmitt'in istisna hali kuramını ele alırken bu durumu, *dışarıda olmak, gene de ait olmak* olarak ele alır. Nitekim istisna halinin topolojik yapısı da budur. "*Egemen istisna haline karar verendir*" denildiğinde egemenin tanımı istisna tarafından belirlendiği için, sırf bu yüzden, egemen de *dışarıda olma-ait olma* gibi iki zıt özellikle ifade edilebilir.²²

Olağanüstü halin ortaya çıkabilmesi için her şeyden önce, kanun hükümlerinin yürürlük kazandıkları bir olağan halin söz konusu olma-

¹⁹ Schmitt, *Siyasi İlahiyat Egemenlik Kuramı Üzerine Dört Bölüm*, s. 19.

²⁰ Schmitt'in gerek bu şekildeki ifadesine gerek de Diktatörlük eserindeki "Diktatörlük, ister temsili diktatörlük olsun, ister egemen diktatörlüğü, bir hukuk bağlamına göndermeyi gösterir" ifadesine değinerek amacının istisna halini hukuki bir bağlama yerleştirmek olduğunu belirtir. Schmitt'in kuramının kendine özgü katkısı tam da istisna hali-hukuk düzeni arasında böyle bir ilişki kurmasıdır. Giorgio Agamben, *İstisna Hali*, çev.: Kemal Atakay, Otonom Yayıncılık, İstanbul, 2006, s. 44.

²¹ Schmitt, *Siyasi İlahiyat Egemenlik Kuramı Üzerine Dört Bölüm*, s. 20.

²² Agamben, *İstisna Hali*, s. 46.

sı gerekmektedir. Schmitt'e göre her norm kendi için geçerliliği gereği uygulama alanı bulabileceği ve normatif düzenlemesine tabi olacağı hayat şartları talep eder. Normun, bu yapısı gereği, kaos ortamında uygulanması mümkün değildir. İşte gereken bu normal durumu yaratacak olan ve bu durumun gerçekten hüküm sürüp sürmediğine karar verecek olan egemendir. Egemen bu düzeni yaratır ve garanti altına alır. Egemenin buna yönelik vereceği karar, olağanüstü hal, devlet otoritesinin özünü en net şekliyle ortaya koyar. Karar burada hukuki normdan ayrılır; çünkü "hukuk üretmek için haklı olmak gerekmediğini kanıtlar."²³ Agamben'e göre, Schmitt istisna hali kuramını egemenlik doktrini şeklinde sunmuştur; çünkü "istisna hali hakkında karar verebilen egemen, istisna halinin hukuk düzeniyle bağlantısını güvence altına alır."²⁴

Schmitt metninin ilerleyen kısmında *haklı olmanın gerekmemesinin* ne demek olduğunu kararın niteliğini belirtirken açığa vurmaktadır. Ona göre kararın yetkili makam tarafından verilmesi, içeriğinin doğruluğundan bağımsız olarak görelî, bazı durumlarda ise mutlak hale getirir. "Karar, bir anda, tanımlayıcı gerekçelerden bağımsız hale gelir ve otonom bir değer kazanır... Zaten mutlak anlamda açıklayıcı olan bir kararın asla var olamayacağı, karar düşüncesinin tabiatında vardır. Temel teşkil eden normun içeriği açısından bakıldığında, kararın bu kurucu ve spesifik unsuru yeni ve yabancı bir şeydir. Normatif açıdan bakıldığında, karar, bir Hiç'ten doğmuştur"²⁵ Kısacası kararın referans noktası bir norm olamaz, bir norma atıf yapılarak karar açıklanamaz.²⁶

Kaostan, anarşiden ayrılabilirdiği sürece olağanüstü hal yine de hukuki bir sorundur. Anayasal düzenin, olağanüstü hali mümkün olduğunca ayrıntılı bir şekilde düzenlemeye çalışırken esasen yapılan hukuk sisteminin olağanüstü hali öngörmeye çalışıp "*kendini askıya alabileceği*" durumu tanımlama girişimidir.²⁷ Peki, bu nasıl mümkün olmaktadır ve hukuk bu gücü nereden almaktadır?

²³ Schmitt, Siyasi İlahiyat Egemenlik Kuramı Üzerine Dört Bölüm, s. 20.

²⁴ Agamben, İstisna Hali, s. 46.

²⁵ Schmitt, Siyasi İlahiyat Egemenlik Kuramı Üzerine Dört Bölüm, s. 36.

²⁶ Schmitt, Siyasi İlahiyat Egemenlik Kuramı Üzerine Dört Bölüm, s. 36.

²⁷ Schmitt, Siyasi İlahiyat Egemenlik Kuramı Üzerine Dört Bölüm, s. 21.

Schmitt, bir ilahiyatçının şu ifadelerine de dayanarak istisnanın her şeyi kanıtladığını, normun ancak istisna sayesinde yaşayabileceğini savunmaktadır: "İstisna hali hem tümeli, hem de kendisini açıklar. Ve eğer tümel hakkında doğru dürüst bir inceleme yapılmak istenirse, ihtiyaç duyulan tek şey, gerçek bir istisnayı bulmaya çalışmaktır. İstisna, her şeyi tümelden çok daha açık bir şekilde ortaya koyar. Tümel hakkındaki sonu gelmeyen konuşmalar uzadıkça bıkkınlık verir; istisnalar vardır. Eğer bunlar açıklanamıyorsa, tümel de açıklanamaz. Çoğunlukla bu güçlüğü farkına varılmaz, çünkü tümel tutkuyla değil, rahat bir yüzeysellikte düşünülür. Buna karşılık, istisna, tümeli yoğun bir tutkuyla düşünür."²⁸ Schmitt'e göre "istisnada gerçek hayatın gücü, tekrarlanmaktan katılmış mekanizmanın kabuğunu kırar."²⁹

Schmitt "Parlamentar Demokrasinin Krizi" adlı eserinde de egemen ve olağanüstü hal ilişkisine değinir. Buna göre, "egemenlik, somut durumun gereğine göre kaideyi bozan istisnaları tanımak gerektiği bilincinden doğar ve egemen, istisnanın ne olduğuna karar verir."³⁰ Sonrasında Schmitt, yukarıda değindiğimiz "yasayı yapan otoritedir, hakikat değil" cümlesine açıklık getirmektedir. Yine Hobbes'tan aldığı "yasa, tavsiye değil, emirdir" (*Law is not Counsell, but Command*) cümlesini de referans gösteren Schmitt otoritenin doğal, rasyonalist hukuk devletinin yasa kavramının ise doğal olan hakikat ve adalet olduğunu belirtir. Tam da bu belirlemeden yola çıkılarak, neden olağanüstü hale karar vermenin otoriteyi açıkladığı anlaşılmaktadır. Yukarıda da belirttiğimiz gibi, olağanüstü hale karar verme normdan başka bir şeydir. Norm ise rasyonalist hukuk devletine göre adalet ve gerçek iken, esas güç kararı veren otoritededir.

"Siyasal Kavramı" adlı eserinde siyasetin dost-düşman ayrımı üzerinden işlediğini anlatan Schmitt, siyasi birliğin doğası gereği tayin edici birlik olduğunu söyler. Siyasi birlik en üstün güçtür, yani kriz anında belirleyici olan birliktir. Devletin bir birlik olması ise onun siyasi karakterinden kaynaklanır.³¹ İşte siyasi birlik olarak devlet,

²⁸ Schmitt, *Siyasi İlahiyat Egemenlik Kuramı Üzerine Dört Bölüm*, s. 22.

²⁹ Schmitt, *Siyasi İlahiyat Egemenlik Kuramı Üzerine Dört Bölüm*, s. 22.

³⁰ Carl Schmitt, *Parlamentar Demokrasinin Krizi*, çev.: Emre Zeybekoğlu, Dost Kitabevi, Ankara, 2006, s. 65-66.

³¹ Carl Schmitt, *Siyasal Kavramı*, çev.: Ece Göztepe, Metis Yayınları, İstanbul, 2006, s. 62-63.

devasa bir yetkiyi kendinde toplamıştır. “Savaşma olasılığını ve böylelikle insanların yaşamları üzerinde açıkça tasarrufta bulunma yetkisi... Kendi halkından ölümü ve öldürmeyi göze almayı talep etme ve düşmanını öldürme yetkisi.” Ancak devletin esas performansı, Schmitt’in diğer eserlerinde de otoritenin esas göstergesi olarak belirttiği gibi, “devlet içinde ve kendi egemenlik alanında mutlak memnuniyeti, ‘huzur, güven ve düzeni’ sağlamak, bu yolla hukuk normlarının geçerliliği için önkoşul niteliğindeki normal durumu tesis etmektir”. Daha önce de söylediğimiz gibi, çünkü “norm baştan olağan bir durum varsayar ve hiçbir norm kendisi için anormal bir durum karşısında geçerliliğini koruyamaz.”³² Bu belirlemelerden sonra Schmitt, devlette huzuru sağlama mecburiyeti gereği, siyasal birlik olan devletin eğer varsa kendi iç düşmanını kendiliğinden tespit etmesi gerektiğini belirtir.³³ Elbette iç düşmanın varlığının tespit edilmesi ve buna yönelik olarak siyasal birlik olan devletin düşmanı belirlemesi, bu yönde yapılacakları tespit etmeye girişmesi olağanüstü hal ile doğrudan alakalıdır.

4. Agamben’in Bakış Açısından İstisna Hali

Schmitt’ten sonra istisna hali üzerine çalışmış olan Agamben, Schmitt’in de görüşlerini ele alıp, kendi değerlendirmelerini yapmıştır.

A. İstisna Hali Kuramsallaştırması

Agamben “İstisna Hali” kitabını George Bush’un emriyle, Irak’ın işgal edilmesinden sonra yazmıştır. Dolayısıyla yakın zamanda gerçekleşen olaylar üzerine yazılan bu kitap, Schmitt’ten itibaren konunun hala güncelliğini koruduğunu gösterir. Öyle ki Agamben’e göre istisna halinin (*state of exception*) oturmuş bir kuramsal analizi mevcut değildir henüz ve onun İstisna Hali kitabı bu çabayla yazılmıştır.

İstisna hali kavramının esas önemi, kavramın “kamu hukuku”, “siyasal olgu” ve “hukuk düzeni” ile “yaşam” arasındaki bölgenin tanımlanmasında anahtar rol oynayan bir kavram olmasından kaynaklanmaktadır. Bu alanın belirlenmesi çabası esasen “Siyasi karar nedir?” sorusunun cevaplanması çabasıdır. Bu çalışma da önceki cümlelerde belirtildiği gibi hukuku, siyasi kararı, yaşamı ve bunlar arasındaki ilişkiyi anlama çabasıdır.

³² Schmitt, Siyasal Kavramı, s. 62-63.

³³ Schmitt, Siyasal Kavramı, s. 62-63.

Agamben'e göre, bugün bile kamu hukukunda bir istisna hali kuramı yoktur ve hukukçular ile kamu hukuku kuramcıları, sorunu gerçek bir hukuk sorunundan çok, fiili durum olarak değerlendirmektedirler. Bu yazarlar *necessitas legem non habet* [zorunluluğun yasası yoktur] deyiminden yola çıkarak istisnanın dayandığı zorunluluk halinin hukuki biçimi olamayacağını savunmaktadırlar. Bu durum aynı zamanda istisna hali teriminin siyaset ile hukuk arasındaki sınırdaki konumunu da belirsizleştirmektedir.³⁴

İstisna halini "kamu hukuku ile siyaset olgu arasında bir dengesizlik noktası"dır ve istisna hali, iç savaş, ayaklanma ve direniş gibi, "ikircikli ve belirsiz bir sınır çizgisinde, hukuki olan ile siyaset olan arasında kesişme noktasında" konumlandırılan yaygın görüşe değinen³⁵ Agamben, kavramı şu şekilde sorunsallaştırır: "İstisnai önlemler, siyaset kriz dönemlerinin ürünü iseler ve bu nitelikleriyle hukuki-anayasal alanda değil, siyaset alanda anlaşılacak zorunda iseler; bu önlemler, hukuk düzleminde anlaşılabilen hukuki önlemler gibi paradoksal bir durumda konumlanırlar ve istisna hali, yasal biçimi olmayan şeyin yasal biçimi halini alır. Öte yandan, eğer istisna, hukukun onun aracılığıyla gönderme yaptığı ve kendini askıya alarak yaşamı bünyesine kattığı özgün araç ise, o zaman bir istisna hali kuramı, canlılığı hem hukuka bağlayan, hem ona terk eden ilişkinin tanımlanmasının ön koşuludur."³⁶

B. İstisna Halinin Tanımlanması

İstisna hali ile iç savaş, ayaklanma ve direniş arasındaki yakın bağ onun tanımını güçleştirmektedir. Bu bakımından Agamben, istisna halinin normal halin zıddı ve devlet gücünün en aşırı iç çatışmalara doğrudan yanıtı olmasından ötürü, iç savaşın istisna haline nazaran belirsiz bir alanda kaldığını belirtmektedir. Bu noktada Hitler'in iktidarı ele alır almaz "Halkın ve Devletin Korunması Kararı"nın örnek gösteren Agamben, bu kararın Weimer Anayasa'sının kişisel özgürlüklerle ilgili maddelerini askıya almasını ve hiçbir zaman yürürlükten kaldırılmasını göstererek, durumu hukuki açıdan on iki yıl boyunca süren

³⁴ Agamben, İstisna Hali, s. 9.

³⁵ Agamben, İstisna Hali, s. 9.

³⁶ Agamben, İstisna Hali, s. 10.

bir istisna hali olarak ele almaktadır. Bu aynı zamanda, modern totalitarizmin istisna hali aracılığıyla yalnızca siyasi hasımlarını değil, farklı nedenlerden ötürü siyasi sistemle bütünleştiremeyecekleri belli olan yurttaş kesimlerinin bedenlen ortadan kaldırılmasına izin veren yasal bir iç savaş olarak da tanımlanabilir.³⁷ Bu noktada Agamben, Weimer Anayasası'nın askıya alınmasından bu yana esasen kalıcı bir acil durum halinin iradi olarak oluşturulduğunu ve istisna halinin çağdaş siyasette bir yönetim tekniğine dönüşmekte olduğu uyarısını da yapmaktadır. Öyle ki "istisna hali demokrasi ile mutlakiyet arasında bir belirsizlik eşliğine dönüşmektedir."³⁸ "İstisna hali...kural haline geldiği için, her geçen gün istisnai bir önlem olarak değil, bir yönetim tekniği olarak kendini göstermekle kalmayıp, hukuk düzeninin oluşturucu paradigması şeklindeki doğasını apaçık belli etmektedir."³⁹

Kavramın belirsizliğiyle terminolojik belirsizliğin birebir örtüştüğünü söyleyen Agamben, "istisna hali" kavramını tercih etmektedir. Ona göre "kuşatma hali" ve "askeri yasa" kavramları tarihsel gelişmelerıyla irtibatlı olarak savaş haliyle bir bağlantıyı dile getirmekte, olgunun kendine özgü yapısını tanımlamakta yetersiz kalmaktadır.⁴⁰ "İstisna hali özel bir hukuk değildir (savaş hukuku gibi), hukuk düzeninin kendisini askıya alınması olarak, hukukun eşliğini ya da sınır-kavramını belirler."⁴¹ Kaldı ki Agamben'e göre, modern istisna halinin mutlakiyetçi bir geleneğin değil; demokratik devrimci geleneğin bir ürünü olduğu unutulmamalıdır.⁴²

Yürütme yetkilerinin, "tam yetkili" denen yasaların içerdiği yetkilendirme sonucu kararnameler ve yasal önlemler çıkarma yoluyla, yasama erkini kapsayacak şekilde genişletilmesi olgusu üzerinde duran yazar, tam yetkinin geçici ve denetlenebilir bir kullanımının kuramsal olarak demokratik anayasalarla bağdaşsa dahi, bu yetkilerin kullanımının sistematik ve düzenli hale gelmesinin zorunlu olarak demokrasi tasfiyesine yol açacağını belirtmektedir. Günümüzde de par-

³⁷ Agamben, İstisna Hali, s. 10.

³⁸ Agamben, İstisna Hali, s. 11.

³⁹ Agamben, İstisna Hali, s. 15.

⁴⁰ Agamben, İstisna Hali, s. 13.

⁴¹ Agamben, İstisna Hali, s. 13.

⁴² Agamben, İstisna Hali, s. 13.

lamentonun yasa yapma yetkisinin aşındığı, çoğunlukla yürütmenin yasa hükmündeki kararnamele aldığı yasal önlemleri onaylamakla yetindiğini görmekteyiz. İstisna halinin temel niteliklerinden biri, kuvvetler ayrılığının ortadan kalktığı bu geçici durumu kalıcı yönetim uygulamasına dönüştürme eğilimidir.⁴³

Agamben, Schmitt'in ayrımı olan temsili diktatörlük-egemen diktatörlüğü ayırmasına ve anayasal diktatörlüğün bizzat kendisine karşıdır⁴⁴. Temsili diktatörlük ile egemen diktatörlüğün arasındaki fark esasen nitelik değil, nicelik farkıdır ve temsili diktatörlüğün her an egemen diktatörlüğü haline dönüşme ihtimali vardır. Anayasal diktatörlük, yani istisna hali her an kural haline gelebilir.⁴⁵

Doktrinde istisna halinin anayasa ya da yasada düzenlenmesini savunanlar ile kavramın tanımı gereği norma sokulamayacağını, yasayla düzenlenemeyeceğini söyleyen iki grup vardır. Aynı şekilde istisna halini mevzuatında düzenleyen ve düzenlemeyen ülkeler mevcuttur. Agamben'e göre bu ayrım biçimsel anayasa anlamında bir anlam ifade edebilse de, maddi anayasa düzleminde istisna hali gibi bir şey, bütün sistemlerde yer alır.⁴⁶ İstisna hali bu yönüyle direniş hukuku sorunuyla da önemli benzerlikler gösterir. Direnişin anayasada düzenlenerek hak haline gelmesi, aynı zamanda ödev halini alması sorunlu bir noktadır, bu nedenle anayasanın ortadan kalkmasına karşılık halkın direnmesinin normatif olarak düzenlenmesinden yana olanlar ve buna karşı olanlar vardır. "Gerek direniş hukukunda, gerek istisna halinde söz konusu olan, kendi içinde hukuk dışı olan bir eylem alanının hukuki anlamının ne olduğudur." Burada çatışan görüşler, hukukla normun örtüşmesi gerektiği tezi ile hukuk alanının normu aştığını iddia eden tezdır. Ancak, son tahlilde, "iki konum da, bütünüyle hukuk dışı bir eylem alanının varlığını dışlama noktasında birleşirler."⁴⁷

⁴³ Agamben, İstisna Hali, s. 16.

⁴⁴ Agamben Schmitt'in Diktatörlük kitabında ele aldığı kavramları şu değerlendirmeye açıklar: "Yürürlükteki anayasayı korumak ya da düzeltmek amacı güden 'temsili diktatörlük' ile diktatörlüğün, istisna figürü olarak, deyim yerindeyse, kritik kütesine ya da ergime noktasına ulaştığı 'egemen diktatörlüğü'". Agamben, İstisna Hali, s. 43.

⁴⁵ Agamben, İstisna Hali, s. 16-18.

⁴⁶ Agamben, İstisna Hali, s. 18-19.

⁴⁷ Agamben, İstisna Hali, s. 20.

C. İstisna Halinin Hukuk Düzeniyle İlişkisi

İstisna halinin hukuk düzeniyle ilişkisi bağlamında farklı görüşler mevcuttur: İstisna halini hukuk düzeni içerisinde görenler, hukuk dışı olgu olarak değerlendirenler. İstisna halini hukuk düzeni bağlamında ele alanlardan bir kısmı, istisna halinin temeli olarak zorunluluğu kabul ettikleri ve zorunluluğu özerk bir hukuk kaynağı olarak gördükleri için istisna halini pozitif hukukun belirleyici bir parçası olarak algı-larken; bazılarıysa istisna halini devletin kendini korumasına yönelik öznal-doğal ya da anayasal bir hak olarak görmektedirler.⁴⁸

Doktrindeki diğer kesim ise zorunluluğu ve istisna halini fiili bir durum olarak ele almakta, bu kavramları hukuk dışı olarak değerlendirmektedir. Agamben yetersiz bulduğu bu görüşleri bu şekilde aktardıktan sonra, şu esas meseleyi sorularla aydınlatmaya çalışacaktır: “İstisna halinin temel niteliği, hukuki düzenin (bütünsel ya da kısmi olarak) askıya alınması ise, bu askıya alma nasıl olur da yasal düzen içinde yer alabilir? Nasıl olur da hukuki düzen içinde bir yasadızlığa yer verilebilir? Bunun aksine, istisna hali, yalnızca fiili ve bu niteliğiyle yasaya yabancı ya da onunla çelişik bir durum ise, düzenin tam da belirleyici durumu ilgilendiren bir boşluğu içermesi nasıl mümkün olur?” Bu sorulara, çalışmanın ilerleyen kısımlarında üzerinde daha fazla duracağımız şu cevabı verir: “Aslında, istisna hali hukuki düzenin ne dışında, ne de içindedir ve istisna halinin tanımı sorunu, tam olarak, iç ile dışın birbirini dışlamadığı, tersine birbirini belirlediği bir eşik ya da bir ‘ne o ne bu’ bölgesi ile ilgilidir. Normun askıya alınması, ortadan kaldırılması anlamına gelmez ve askıya alınanın kurduğu yasadızlık bölgesi, hukuk düzeniyle bağlantısız değildir.”⁴⁹ Peki, istisna halinin hukukun ne içinde ne dışında olması, bir belirsiz alanına bir eşığe tekabül etmesi ne demektir?

D. İstisna Halinin Zorunluluk ile İlişkisi

İstisna halinin temeline zorunluluk kavramının yerleştirilmesi, yaygın bir görüştür. *Necessitates legem not habet* (zorunluluğun yasası

⁴⁸ Bu ikinci görüş devlet aklı ile istisna hali arasındaki ilişkide de görülebileceği gibi pek de hafife alınan bir görüş değildir. Agamben, *İstisna Hali*, s. 32-33.

⁴⁹ Agamben, *İstisna Hali*, s. 33.

yoktur). Bu deyiminin şu iki karşıt anlamı barındırdığını söyler Agamben: "Zorunluluk hiçbir yasa tanımaz", "zorunluluk kendi yarasını yaratır." Bu her iki durumda da, zorunluluk halinin meşruluğu, istisna halini meşru kılmaya yetmektedir.⁵⁰

Agamben, Gratianus'un Decretum yapısından yola çıkarak "zorunluluğun yarası yoktur" deyiminden iki anlam çıkarır. İlkinde şu anlam ortaya çıkmaktadır: "Bir şey zorunluluktan ötürü yapılıyorsa, yasal olarak yapılıyor demektir, çünkü hukukta zorunluluk yasal olmayanı yasal hale getirir. Keza zorunluluğun yarası yoktur."⁵¹ Diğer bir durumda ise zorunluluk, "yasal olmayanı yasal kılmaktan çok, belirli tek bir vakiada bir istisna yoluyla bir ihlalin haklı gösterilmesi işlevini görür."⁵² Burada zorunluluk hali istisna hali kuramıdır esasen. Bu istisnaya bağlı olarak hukuk askıya alınmamakta, yalnızca tekil bir örnek yasaya uyma zorunluluğu dışında bırakılmaktadır.

Agamben'e göre Ortaçağ istisnası bu şekilde hukuk sisteminin bir dış olguya açılmasının temsil edilmesi iken; modern istisna hali, istisnanın kendisini hukuk düzenine katma, olgu ile hukukun örtüştüğü bir belirsizlik alanı yaratma girişimindedir.⁵³ Ortaçağ'da geçerli olan zorunluluk yarasının zorlayıcı gücünü yitirdiği tekil bir durumu tanımlaması ilkesi modernlerle birlikte tersine çevrilmiş, zorunluluk hukuk düzenine dâhil edilmeye ve yasanın gerçek bir 'hali' olarak sunulmaya başlamıştır.⁵⁴ Öyle ki zorunluluk adeta yasanın nihai temeli ve kaynağını oluşturan ilke haline getirilmiştir. Bu durum hem bir devletin bu yolla ulusal çıkarlarını başka bir devlete karşı haklı göstermeye çalışması hem de yasa hükmündeki kararnemelerin geçerliliğin temeli olarak zorunluluğu görmek bakımından geçerlidir.⁵⁵

Agamben'e göre istisna halinin zorunluluk haliyle açıklanması ciddi açmazlara yol açar. Neyin zorunlu olduğu, bir kere her şeyden önce öznel bir değerlendirmeyi gerekir. Bu da ulaşılmak istenen amaçla bağlantılıdır ve bu amacı herkesin isteyip istemediği muammadır. "Zorunluluğa başvurma ahlaki ya da siyasal (ya da, her durumda hu-

⁵⁰ Agamben, İstisna Hali, s. 34.

⁵¹ Agamben, İstisna Hali, s. 34.

⁵² Agamben, İstisna Hali, s. 35.

⁵³ Agamben, İstisna Hali, s. 36.

⁵⁴ Agamben, İstisna Hali, s. 36.

⁵⁵ Agamben, İstisna Hali, s. 37.

kuk dıŖı) bir değerlendirmeyi ima eder; hukuk dzenini bu değerlendirmeye gre yargılanır ve olası bir ihlali pahasına da olsa korunmaya ya da gclendirilmeye değer bulunur...⁵⁶ İkinci olarak, Ŗu sorular yine zorunluluk ilkesiyle istisna halinin açıklanamayacağını gstermektedir: “Zorunluluk nlemi, yalın bir olgu değil de zaten hukuk normu ise, niçin... elzem grdğ üzere, bir yasa aracılığıyla onaylanması ve meclisten geçirilmesi zorunludur? Zaten hukuk ise, yasama organlarınınca onaylanmazsa niçin geçersiz hale gelmektedir? Buna karŖılık, eğer yle değil de yalın bir olgu idiyse, nasıl olur da onaylamanın hukuki etkileri yasaya dnŖtrme anından itibaren değil de, *ex tunc* [o zamandan] baŖlar?”⁵⁷

E. Yasanın Askıya Alınması-Yasanın Gcü

Agamben, istisna halinin “yasanın gccn” yasadaki soyutlaması üzerinde durmaktadır. “İstisna hali, bir yandan normun yrrlkte olduğu, ama uygulanmadığı (‘gc’nn olmadığı), te yandan, yasa değeri olmayan kararların yasanın ‘gc’n edindikleri bir ‘yasa halini’ tanımlar.”⁵⁸ “İstisna hali, yasadaki bir yasa gccnn sz konusu olduğu bir yasadaki uzamıdır.”⁵⁹

Normun uygulanması, normda ierilmiŖ değildir, o normdan çıkarılması da olanaksızdır. İstisna hali bu anlamda, uygulama ile normun ayrılıklarını sergiledikleri, katıŖsız “yasadaki bir yasa gccne sahip yasanın”, uygulaması askıya alınmıŖ bir normu geekleŖtirdięi bir alanın açılmasıdır.⁶⁰ Yani, esas yasa istisna halinde askıya alınmakta, bu durumda sz konusu olan “yasadaki bir yasa gccne sahip yasa” bu askıya alma halindeki mevcudiyetiyle, Ŗu anda uygulanmasa bile, sz konusu normun uygulanmasını sağlamaktadır, tam da bu askıya alma iŖlemiyle. İstisna hali, norm ile geeklik arasında bu Ŗekilde bir bağ olduğu varsayımından doğar. Agamben’in deyimiyle “bu bir normu uygulamak için, son tahlilde, onun uygulanmasını askıya almak, bir istisna üretmek gerektiği anlamına gelir.”⁶¹

⁵⁶ Balladore-Pallieri, akt. Agamben, İstisna Hali, s. 40.

⁵⁷ Agamben, İstisna Hali, s. 39.

⁵⁸ Agamben, İstisna Hali, s. 49.

⁵⁹ Agamben, İstisna Hali, s. 50.

⁶⁰ Agamben, İstisna Hali, s. 51.

⁶¹ Agamben, İstisna Hali, s. 51.

F. İstisna Halinin Yönetim Paradigması Haline Gelmesi

İtalya'daki istisna halini örnek olarak ele alan Agamben, hükümetlerin yasa hükmünde kararnameler yoluyla yasama uygulamalarının kural haline geldiğini göstermektedir. Siyasal kriz anlarında acil durum kararnamelerine başvurulması, böylece yurttaşların haklarının ancak yasayla sınırlandırılabilceğini öngören anayasa ilkesinin göz ardı edilmesi söz konusudur (Terörizmin bastırılması için, 28 Mart 1978 tarihli yasa hükmünde kararname ile 15 Aralık 1979 tarihli yasa hükmünde kararname yasalaştırılmıştır). Bu kararnameler olağan bir yasama biçimi haline gelmişlerdir. Bu durum güçler ayrılığının kısmen ortadan kalktığını, yürütme erkinin kısmen yasama erkini bünyesine aldığını göstermektedir. Cumhuriyet artık parlamentoya değil, yürütme erkine dayalıdır; çünkü parlamentonun yaptığı yürütmenin çıkardığı bu kararnameleri onaylamaktan ibarettir. Kısacası "parlamento yurttaşlara yasa yoluyla yaptırım uygulama gücünü elinde bulunduran en üst organ değildir."⁶²

Yukarıda da belirtildiği gibi bugün cumhuriyet parlamenter olmaktan çok hükümeteşeldir. Bu esasen yasanın gücünün yasadan yalıtılması sonucuyla elde edilir. "İstisna hali askıya olan normun hala geçerli ama (gücü olmadığı için) uygulanamadığı ve yasa değerine sahip olmayan tasarıların/ eylemlerin yasa gücünü elde ettiği bir hukuki rejimi ifade eder."⁶³ Bu haliyle "istisna hali, yasadışı bir yasa gücünün söz konusu olduğu kuralsız bir alandır."⁶⁴ Elbette bu durum sadece İtalya'da değil bütün Avrupa'da ve modern devletlerde gözlenmektedir.⁶⁵ Agamben durumu şu vurucu ifadelerle açıklamaktadır: "Batı'nın siyasal kültürü, tam da farklı kültürlerle ve geleneklere demokrasi dersleri vermek istediği bir anda, demokrasinin dayandığı ilkeleri bütünüyle yitirdiğinin farkına varmamaktadır."⁶⁶

⁶² Agamben, İstisna Hali, s. 26-27.

⁶³ Giorgio Agamben, "Olağanüstü Hal", Şiddetin Eleştirisi Üzerine, yay. haz. Aykut Çelebi, Metis Yayınları, İstanbul, 2010, s. 169.

⁶⁴ Agamben, "Olağanüstü Hal", s. 169.

⁶⁵ Bu gelişmelerin içinde yalnızca askeri acil durum kararnameleri yer almamaktadır. Bunun yanında ve hatta sıklıkla ekonomik acil durum kararnameleri de bu olağanlaşmaya yol açmıştır.

⁶⁶ Agamben, İstisna Hali, s. 27.

G. Iustitium Üzerinden İstisna Halinin Açıklanması

Agamben istisna hali kavramını aydınlatılabilmek yani “hukukun kendi etkisini sürdürdüğü ve olağanüstü halde salt bir güç olarak hareket ettiği bu tür mistik bir ögeyi” açıklamak için Roma hukukundaki *iustitium* kurumunu ele alır. İstisna halini paradigmatik olarak ele almak için, minyatür bir model olarak bu kurumdan yararlanır.⁶⁷ Roma’da Senato, Cumhuriyet’i tehlikeye sokan bir durumda, bir *senatus consultum ultimum* [son senato kararı] çıkarmaktadır. Bu kararlar konsüllerden, bazı durumlarda *pretor* ve *pleb* tribünlerinden, uç durumlarda ise bütün yurttaşlardan devletin kurtuluşu için gerekli görülen önlemlerin alınması talep edilmektedir. Bu senato kararının temelinde *tumultus* (bir dış savaş, ayaklanma ya da iç savaş sonucu ortaya çıkan acil durum) ilan eden ve genellikle bir *iustitium* çıkarılmasına/ilan edilmesine yol açan bir karar vardır.⁶⁸

Iustitium, bütün hukuki düzenin durdurulmasına ve askıya alınmasına yol açmaktadır, bu nedenle Roma’daki diktatörlük kurumundan tamamen farklıdır.⁶⁹ Agamben burada adeta parantez açarcasına, bu durumun modern istisna hali için de geçerli olduğunu; yani istisna haliyle diktatörlük rejimlerinin karıştırılmaması gerektiğini belirtir.⁷⁰ *Iustitium*’da “özel olan ile kamusal olanın, *ius civile* ile *imperium*’un ve uç noktada hukuki olan ile hukuki olmayanın bu paradoksal örtüşmesi, aslında, temel bir sorunu, düşünmenin güçlüğüne ya da olanaksızlığını ortaya koyar: *Iustitium* sırasında yapılan eylemlerin doğası sorunu”.⁷¹ Bu sorun esasen somut olarak, mahkûm edilmemiş bir Roma yurttaşının öldürülmesinin cezalandırılıp cezalandırılmayacağıyla ilgiliydi. Agamben *senatus consultum ultimum*’un hiçbir pozitif içeriği olmadığını belirttikten sonra (bu kararda “konsüller... sağlasınlar” şeklindedir ifade ve bu tamamen bir tavsiyeyi dile getirmektedir) *iustitium* sırasında eylemde bulunan yöneticinin veya sivil yurttaşın,

⁶⁷ Agamben, İstisna Hali, s. 53.

⁶⁸ Agamben, İstisna Hali, s. 53.

⁶⁹ Agamben, İstisna Hali, s. 59.

⁷⁰ Ne Mussolini ne de Hitler teknik olarak diktatör olarak betimlenebilirler; zira bu iki yönetici de mevzuata uygun bir şekilde yönetime gelmişlerdir. Ancak bu rejimlerde yürürlükte olan yasaların, yasal anayasanın yanına ikinci bir yapı yerleştirmişlerdir. Çoğunlukla resmi yapıya kavuşturulmamış olan bu yapının varlığını mümkün kılan ise istisna hali olmuştur. Agamben, İstisna Hali, s. 60-61.

⁷¹ Agamben, İstisna Hali, s. 61.

açık olarak ne bir yasayı yerine getirmekte, ne bir yasayı ihlal etmekte, ne de yasa yapmakta olduğunu söyler.⁷² Bu bir yasadışı alanıdır ve bu alanda hareket eden kişi yasayı yerine getirmiş veya ihlal etmiş olmaz; yalnızca yasayı *yerine getirmemiş* olur. Dolayısıyla bu sorunun değerlendirilmesi *iustitium* sonrasında, koşullara bağlı olsa da *iustitium* sürecinde bu konu hakkında hiçbir karar verilemez ve bu eylemlerin doğalarının tanımı hukukun dışında kalır.⁷³

Iustitium üzerine yukarıda belirttiğimiz değerlendirmelerde bulunan Agamben istisna hali için şu sonuçlara varmaktadır:

1. "İstisna hali, diktatörlük değildir; bütün hukuki belirlenimlerin – ve her şeyden önce, kamusal olan ile özel olan arasındaki ayrımın devre dışı bırakıldığı bir hukuki boşluk alanı, yasadışı bölgedir". Dolayısıyla istisna halini hukuka bağlamaya çalışan bütün doktrinler ve Schmitt'in yaptığı gibi istisna hali dolaylı yoldan bir hukuki bağlama oturtmaya çalışan doktrinler yanlıştır.⁷⁴
2. Hukuk düzeni, bu hukuki boşluk haliyle ilişki kurmak zorunda gibidir. Bir yandan bu hukuki boşluk hukuk açısından düşünülemezken; öte yandan istisna hali hukuk düzeni için elinden kaçırılması gereken belirleyici bir stratejik önem taşımaktadır.⁷⁵
3. Hukukun askıya alınmasıyla bağlantılı bir sorun olarak *iustitium* sırasındaki eylemler her türlü hukuki tanımın dışında kalıyor gibidir.⁷⁶
4. "Yasadışı bir yasa gücüne sahip yasa", bu tanımlanamazlığa ve *yok-yere* karşılık geliyor gibidir. Hukuk böyle bir yasa aracılığıyla "kendi yokluğunu kendi bünyesine katmaya ve istisna halini temellük etmeye ya da hiç olmazsa onunla bir ilişkiyi güvence altına almaya çalışır."⁷⁷ Agamben bunu bir kurmaca olarak görür; öyle bir kurmaca ki istisna halinde, yasadışlığın hala hukuk düzeniyle ilişki içinde olduğu ve normu askıya alma erkinin yaşamı doğrudan et-

⁷² Agamben, *İstisna Hali*, s. 62.

⁷³ Agamben, *İstisna Hali*, s. 63.

⁷⁴ Agamben, *İstisna Hali*, s. 63.

⁷⁵ Agamben, *İstisna Hali*, s. 64.

⁷⁶ Agamben, *İstisna Hali*, s. 64.

⁷⁷ Agamben, *İstisna Hali*, s. 64.

kilediği gibi bir varsayım söz konudur.⁷⁸ Bu anlamda “istisna hali, son çözümlenmede, yasadızlık ile yasa, yaşam ile hukuk... arasında bir belirlenemezlik eşiği oluşturarak, hukuki-siyasal makinenin iki eklememesi ve bir arada tutması gereken düzenektir.”⁷⁹

5. Agamben ve Schmitt’in İstisna Kuramlarının Eleştirisi

Agamben’e göre, “bütünlüğü içerisinde yasal düzeni askıya aldığı” oranda, istisna halinin “her türlü yasal düzenlemeden kaçınıyor” görüldüğünün farkına varmasına rağmen Schmitt, istisna hali ile yasal düzen arasında bir ilişki kurmaya çalışmıştır. Schmitt’in yukarıda da değindiğimiz şu ifadesi bunun en net göstergesidir: “Olağanüstü hal ile anarşi ve kaos arasında her zaman bir fark vardır ve yasal anlamda, hala içinde bir düzen barındırır, her ne kadar bu yasal bir düzen olmasa da.”⁸⁰ Aslında bu söz paradoksal görünebilir; zira yasal alanda yazılması gereken şey, esas olarak ona dışsaldır. Schmitt’in kuramında olağanüstü hal, yasalara bir kuralsızlık alanı sokar ve bu ona göre, gerçekliğin etkili bir şekilde düzenlenmesini sağlar. Agamben’e göre tam da istisna halini hukuk düzeniyle ilişkili olarak kurgulama çabasından ötürü Schmitt egemenlikle olağanüstü hal arasında böyle sıkı bir ilişkiden bahsetmiştir. “Olağanüstü hal ilan edebilen bir egemen, bu suretle yasal düzenin sınırları dâhilinde kalmayı garanti altına almış olur. Fakat tam da buradaki karar, normun iptaline ilişkin olduğu için ve dolayısıyla olağanüstü hal dış ya da iç bir alanın denetimini temsil etmediği içindir ki ‘egemen normalde geçerli olan yasal düzenin dışında kalır ve yine de ona aittir, çünkü Anayasa’nın toptan askıya alınmayacağı kararının sorumluluğu ona aittir.”⁸¹

Schmitt’e göre istisna hali, olgusal bir gerekliliktir. Söz gelimi ülkenin içinde ülkeyi bölmek için çalışan, devlete isyan eden, ona karşı ayaklanan bir düşmanın varlığına hükmedilirse, egemen gerekli bulursa ülkenin bir bölümünde veya tamamında acil durum ilan eder, bununla birlikte de bireysel haklar, demokratik yasalar askıya alınır. Bu süreçte düşman, normal zamanda geçerli olan hukuk normlarına

⁷⁸ Agamben, *İstisna Hali*, s. 103.

⁷⁹ Agamben, *İstisna Hali*, s. 102.

⁸⁰ Akt. Agamben, “Olağanüstü Hal”, s. 167.

⁸¹ Agamben, “Olağanüstü Hal”, s. 168.

tabi olmayacakları bilinerek yok edilir.⁸² Agamben ise istisna hali ile askıya aldığı hukuk arasındaki ilişkiyi olgusal olarak kabul etmemektedir. Olgusal değildir, yani fiili bir duruma, söz gelimi belli bir tarihte belli bir yerde ortaya çıkan düşmana dayanmamaktadır istisna hali. O halde Schmitt'te acil durum, hukuka kayıtlı ve bağlıdır, ancak ona özsel değildir. Agamben'e göreyse istisna hali ile hukuk arasındaki ilişki özsel bir ilişkidir. Agamben'in teorisinde "istisna hali ile hukuk zamansallıkları itibariyle birlikte bulunan, birlikte ikamet eden, birbirini tamamlayan varlıklardır. İstisna hali yalnızca hukukta kayıtlı bir imkân değildir; bir kuvve veya bilfiil olarak gizli olarak veya açıkça bilfiil olarak, görülür veya görülemez bir biçimde her zaman mevcuttur."⁸³

6. İstisna Halinin Araçsal Kullanımı

Agamben'in esas amacı yukarıda da belirtilen kurmacayı ortaya çıkararak "içinde yaşadığımız" istisna halini gözler önüne sermeye çalışmaktadır. "İktidar sandığının/lahtinin merkezinde barındırdığı şey, istisna halidir- ama bu temel olarak, hukukla ilişkisiz bir insan eyleminin yaşamla ilişkisiz bir normla karşı karşıya geldiği boş bir uzamdır."⁸⁴ İstisna hali bugün uygulamasının azami noktasına ulaşmıştır; dışarıda uluslararası hukuk göz ardı edilmekte, ulusal alanda ise kalıcı bir istisna hali yaratılarak, hukuku uyguladığını öne süren bir şiddet rejimi varlığını korumaktadır. İstisna hali de, bu "hukuku uygulama" iddiasının dayandığı o kurmaca zemindir. Bu şekilde, ceza görmeksizin hukukun normatif yönü yok sayılabilmekte ve ona karşı çıkılabilmektedir.⁸⁵ Böyle bir durumda kuran ve yerleştiren güç ile etkinliğe son veren ve alaşağı eden güç arasındaki gerilimin azami noktasını istisna hali oluşturmaktadır ve bu kuralla örtüştüğü noktada bu iki gücü birbirinden ayırmak zorlaşmaktadır. Bu şekliyle istisna hali adeta ölümcül bir makineye dönüşmüştür.⁸⁶

⁸² Zeynep Direk, "Yasa, Adalet ve Siyaset", Şiddetin Eleştirisi Üzerine, yay. haz. Aykut Çelebi, Metis Yayınları, İstanbul, 2010, s. 238.

⁸³ Direk, s. 238.

⁸⁴ Agamben, İstisna Hali, s. 103.

⁸⁵ Agamben, İstisna Hali, s. 103.

⁸⁶ Agamben, İstisna Hali, s. 104.

İstisna halinin çağdaş egemen siyasette bir yönetim paradigması olarak sunulmaktadır. Ancak istisna hali bir kural haline geldiğinde, yani bir hükümet etme tekniğine dönüştüğünde, anayasanın farklı biçimleri arasında geleneksel ayırımın ortadan kaldırılmasına yol açma tehlikesi vardır.⁸⁷ İşte Judith Butler tam da hükümet etme biçimi olarak istisna halinin kullanılmasından, hukukun bu durumda taktiksel bir araç olarak ele alınmasından bahsetmektedir.

Butler'e göre, devletin kendi hukukunu askıya alması, bu egemen iktidarın bir işlemi olmaktan daha ziyade, hukuksuz bir egemen iktidarın, sayesinde varlık bulduğu, hatta yeni bir şekle bürünerek yeniden ortaya çıktığı bir işlemdir.⁸⁸ Bu tam da Agamben'in istisna hali kurmacasının bahsettiği işlevidir. Nitekim Butler de Agamben'in, devletin hukukun üstünlüğüne istisna teşkil eden bir durum belirlediğinde, böylece hukuku askıya aldığı anda, yasaüstü statüsünü ortaya koymuş olması düşüncesine değinmektedir.⁸⁹

Butler'e göre, hukukun askıya alındığı an, kuvvetler ayrılığını ortadan kaldırmaya çalışan çağdaş bir egemenlik versiyonudur. Ona göre, "Devlet geri çekme edimi (Butler askıya alma yerine geri çekme tabirini kullanmaktadır) üzerinden hukuk olmayan bir hukuk, mahkeme olmayan bir mahkeme, yasal işlem olmayan bir yasal işlem üretir. Olağanüstü hal, iktidarın işleyişini bir dizi yasadan (adli) bir dizi kaideye (yönetimsel) geri taşır ve kaideler egemen iktidarı eski yerine taşır."⁹⁰

Butler, esasen Michel Foucault'nun "yönetimsellik"⁹¹ terimi üzerinden istisna halinin değerlendirmesini yapmaktadır ve burada yönetimselliği egemenliğin yeni icrasının koşulu olarak görmektedir. Zira istisna hali burada taktiksel bir olaydır. Bu yönetimsellik yoluyla egemenliğin icrasında büyük bir bürokrasi söz konusudur ve burada mev-

⁸⁷ Agamben, "Olağanüstü Hal", s. 167.

⁸⁸ Judith Butler, *Kırılgan Hayat Yasın ve Şiddetin Gücü*, çev.: Başak Ertür, Metis Yayınları, İstanbul, 2005, s. 73.

⁸⁹ Butler, s. 74.

⁹⁰ Butler, s. 74.

⁹¹ "Yönetimsellik en genel anlamıyla bedenler ile kişilerin bakım ve denetimiyle, kişiler ile nüfusun üretilmesi ve düzene sokulmasıyla, nüfusun yaşamını sürdürüp kısıtladığı ölçüde malların dolaşımıyla ilgilenen bir iktidar tarzı"dır. Butler, s. 65.

cut olan "egemenler"dir ve elbette bunlar gerçek egemenler değildir.⁹² "Bunlar küçük egemenler, yaptıkları işten bir yere kadar habersizler, ama edimlerini tek yanlı olarak ve devasa önemde yol açacak şekilde gerçekleştiriyorlar. Edimleri açıkça koşullanmış durumda, ama yine de yeniden incelemeye ya da temyize tabi olmayıp nihai yargılar olmaları bakımından bu edimler koşulsuz."⁹³ "Buna rağmen yönetselliğin sınırları içinde kimin alıkonulup kimin alıkonmayacağına, kimin hapisanenin dışındaki yaşamı tekrar görüp kimin görmeyeceğine karar verecek olanlar, karar verenler olarak kurulmuş haldedirler; bu da iktidarın had safhada dolaylı bir şekilde verilmesini ve ele geçirilmesini teşkil eder."⁹⁴

Judith Butler meseleyi iktidarın hukukun üstünlüğünü askıya almasıyla ele almaktansa, hukukun üstünlüğünün askıya alınmasıyla hem eylem üzerinden hem de sonuç olarak egemenliğin üretilmesi üzerinde durmaktadır. Egemen iktidarın bu eylemi gayrimeşru olmanın yanında aynı zamanda "sorumlu tutulamazlık" niteliğine de sahip olmaktadır.⁹⁵

Butler'e göre egemenliğin hedefi kendini icra etmek için iktidarını kullanarak arttırmayı sürdürmektir. Bu hedefe ise ancak nüfusu hukuk dışından idare ederek ulaşabilir. Dolayısıyla egemenlik yönetselliğin sahasında, nüfusun idaresinde işler.⁹⁶ Burada söz konusu olan yasadışılık değil, yasaüstülüktür. Yönetsellik hukuku taktik olarak görür ve hukuk taktik haline geldiğindeyse meşrulaştırıcı bir işlev olmaktan çıkar, "yönetsellik iktidarın hukuka indirgenemeyeceği anlayışını somutlaştırır." Böylece yönetsellik egemenliğin kendini yeniden gösterdiği saha haline gelir ve bu durumda egemenliğin hukuk içinde bir temeli bulunmamaktadır.⁹⁷ İstisna halinde egemenlik temelde hukuksuz bir iktidar biçimini alır, bu hukuksuzluğu da hukukun askıya alınmasında kendisini göstermektedir.⁹⁸ Bu durumu

⁹² Butler bu durumu "yönetsellik içinde egemenlerin nasıl ortaya çıktığını gösteren kusursuz bir paradoks" olarak adlandırmaktadır. Butler, s. 77.

⁹³ Butler, s. 77.

⁹⁴ Butler, s. 74-75.

⁹⁵ Butler, s. 78.

⁹⁶ Butler, s. 105.

⁹⁷ Butler, s. 102.

⁹⁸ Butler, s. 102.

somutlaştırmak adına Guantanamo Körfezi'ndeki hapishane örneği verilebilir: "Savaş hapishanesi kendisini kendi gerekçesi olarak gören ve yönetimselliğin yasaüstü boyutunu canlandırıp harekete geçiren egemenliğin bu kendini gerekçelendirici biçimini yaymaya çalışan bir yönetimsellik teşkil ediyor."⁹⁹

7. 11 Eylül Saldırılarından Sonra Egemenlik-Siyaset-Hukuk-İstisna Hali Değerlendirmesi

Amerikan tarihinde istisna haline verilecek örneklerdense, istisna halinin hala güncelliğini koruduğunu gösteren 11 Eylül 2001 sonrası olaylara bakmak daha anlamlıdır. Bush kendisinden ordunun başkumandanı olarak söz etme kararıyla, istisna haline gönderme yapmış; acil durum kural haline getirilmeye ve barış ile savaş arasındaki ayrımın olanaksız olduğu bir belirsizlik yaratmaya çalışmıştır.¹⁰⁰

ABD'nin 11 Eylül saldırılarından sonra yaptığı şey, daha doğrusu ABD'de net görülen şey denilebilir; çünkü bu diğer devletlerde de elbette böyledir, daha çok güvenlik için daha az özgürlük, hukuka esnek bağlılık ve daha çok otorite sağlamaktır. İşte tam bu noktada böyle bir rejimi sağlayabilecek hafif ama kapsamlı bir terim ve uygulama gündeme gelmektedir: Olağanüstü hal. Bu da beraberinde dünyayı sürekli bir olağanüstü hal rejimiyle yürütmeyi getirmektedir.¹⁰¹ ABD küresel ölçekte bir olağanüstü hal kararı alarak da esasen tam da Schmitt'in belirttiği anlamda dünya egemenliğini ortaya koymuştur. ABD bu egemenliği dünya üzerinde kural (norm) koymaktan çok Schmitt'i tasdik edercesine, kuralı sistemli ve kapsamlı bir şekilde ihlal edebilme gücüyle göstermektedir.¹⁰²

Kalıcı global olağanüstü hali esasen 11 Eylül 2001 sonrası daha yoğun olarak tartışılmaktadır. 11 Eylül saldırılarının ardından ABD'de "siyasetin reel bir savaş ihtimali önşartına" dayan dost-düşman ayrımının en somut uygulamasını, bunun doğal sonucu olarak da global

⁹⁹ Butler, s. 103.

¹⁰⁰ Agamben, İstisna Hali, s. 32.

¹⁰¹ Mithat Sancar, "Kalıcı Global Olağanüstü Hal", *Birikim Dergisi*, İstanbul, Kasım 2011, s. 19.

¹⁰² Sancar, s. 20.

bir istisna hali yönetim tekniğinin devreye girdiğini görmekteyiz.¹⁰³ ABD bunu "bizden yana olanlar" ve "bizim karşımızda olanlar" yani terörist olan ya da teröristlere yardım edenler gruplaması yaparak gerçekleştirmektedir. Nitekim saldırılar sırasında yapılan ilk açıklamalardan biri olarak Henry Kissinger'in ifadesi şu şekildedir: "Her kim ki destek sağlar, finanse eder yahut teröristlere ilham verir, bunlar en az teröristler kadar suçludur."¹⁰⁴

11 Eylül olayından sonra ABD gerek ulusal gerek uluslararası düzeyde hukuku fiilen askıya almıştır. 21 Mart 2002'de ABD Savunma Bakanlığı ile Adalet Bakanlığı yurtiçinde ve Guantanamo Körfezi'nde alıkonulan tutsakların yargılanacağı askeri mahkemeler için bazı kulları yürürlüğe sokmuştur.¹⁰⁵ Bu kurallara göre bazı durumlarda süresiz alıkoyma, herhangi bir mahkeme kararı olmaksızın mümkün olabilmektedir. Süresiz alıkoyma hukukun ne zaman ve nerede askıya alınacağı, yasal yargı yetkisinin sınırları ve kapsamı bakımından incelenecek bir örnek oluşturmaktadır.¹⁰⁶

Süresiz alıkonulan tutsaklar askeri mahkemelerde yargılanmakta ve buradan beraat etseler dahi zorunlu olarak yürütmenin yeniden incelenmesine tabi kalmaktadırlar. Yine bu kişilerin sivil mahkemelere başvurma hakları bulunmamaktadır.¹⁰⁷ Yürütme organları kişinin masumiyeti, suçu, cezasıyla ilgili karar verme yetkisine sahiptir. Esasen ne alıkonulma kararı ne askeri mahkemenin yürürlüğe konması hukuka dayanmaktadır. Birini alıkoymak, devletin resmi yetkilisi tarafından mümkün olabilmektedir.¹⁰⁸

Guantanamo Körfezi'ndeki Delta Kampındaki tutsaklar "tutsak" olarak dahi adlandırılmamakta, "gözaltındaki kimseler" olarak alıkonulmaktadırlar. Böylece bu insanlar için hukuk söz konusu olmaktan çıkmaktadır. Bu insanlar hukukun korunmasından süresiz olarak mahrum edilmişlerdir, tam bu noktada da egemenliğin hukuksuz

¹⁰³ Sancar, s. 14.

¹⁰⁴ Akt. Sancar, s. 14.

¹⁰⁵ Butler, s. 64.

¹⁰⁶ Butler, s. 64.

¹⁰⁷ Butler, s. 70.

¹⁰⁸ Butler, s. 71.

kullanımı sınırsızlaşmaktadır. Bunun sebebi ise ulusal olağanüstü hal. Böylece olağanüstü hal zaman ve mekânla sınırlı olmaktan da çıkmaktadır.¹⁰⁹

Agamben yasanın kendisini askıya alarak canlı varlıkları kendisiyle birleştirmesini sağlayan özgün bir yapı olarak istisna haline 11 Eylül olaylarından sonraki ABD örneğini vermektedir. Ona göre Bush'un verdiği emir ile sınırsız olarak alıkonulacak kişilerin yasal konumu ortadan kaldırılmakta ve yasalar tarafından ne adlandırılabilir ne sınıflandırılabilir bir konuma sokulmaktadır. Bu kişiler yalnızca süresi bakımından değil doğası bakımından da belirsiz olan saf fiili bir egemenliğe/tutukluluğa mahkûmdurlar. "Guantanamo Üssü'ndeki tutuklularla çıplak yaşam, en uç belirsizliğine geri dönmektedir."¹¹⁰

Butler, süresiz alıkoymayı iktidarın yönetsellik ve egemenlik dikkate alındığında nasıl ve ne yollarla işlediğini daha açık bir şekilde ifade etme amacıyla olsa gerek, süresiz alıkoymanın, istisnai bir duruma değil, istisnanın nötrleştirilmiş norm olarak tesis edilme yollarına işaret ettiğini belirtir: "Süresiz alıkoyma' gayri meşru bir iktidar kullanımı olmakla beraber, güvenlik adına hukukun üstünlüğünü nötrleştirmeye yönelik daha geniş bir taktiğin önemli bir parçasıdır... Devlet iktidarının yasaüstü kullanımının sınırsızca gerekçelendirilmesi için bir fırsat ve araç haline gelir, böylece kalıcılık ihtimali bulunan bir özellik olarak...siyasi yaşama yerleşir."¹¹¹

Her ne kadar 11 Eylül saldırısından sonra ABD'deki ve Avrupa'ya yansıyan durumdan bahsedilse de, şüphesiz son yıllarda radikal dinci örgütlerin Avrupa'da gerçekleştirdiği şiddet eylemlerinin sonucu olarak Avrupa da bariz bir olağanüstü hal alanına dönüşmüştür. Fransa'da, en son Cezayir savaşında tüm ülkeyi kaplayan olağanüstü hal ilan edilmişken, silahlı ve bombalı 2015 Paris saldırılarıyla beraber (13 Kasım 2015), aynı günün gecesinde olağanüstü hal ilan edilmiş ve İkinci Dünya Savaşından bu yana Fransa sınırları ilk defa kapatılmıştır.¹¹² Fransa'da ilan edilen bu olağanüstü hal, 15 Aralık 2016 parla-

¹⁰⁹ Butler, s. 77.

¹¹⁰ Agamben, "Olağanüstü Hal", s. 167.

¹¹¹ Butler, s. 78.

¹¹² https://tr.wikipedia.org/wiki/2015_Paris_sald%C4%B1r%C4%B1lar%C4%B1

mento kararıyla, 15 Temmuz 2017'ye kadar olmak üzere beşinci kez uzatılmıştır.¹¹³

Fransa'daki olağanüstü hali "Hukuk Devletinden Güvenlik Devletine" başlıklı yazısında değerlendiren Agamben, olağanüstü hal ilanının demokrasiyi koruyacak kalkan olduğu iddiasına kesinlikle karşı çıkıp, bunun tam tersini, yani olağanüstü hal ilanlarının totaliter iktidarları kurmak için araç olduğunu yeniden vurgulamaktadır.¹¹⁴ Agamben'e göre, Batı demokrasileri artık Güvenlik Devleti olarak adlandırılmalıdır. Burada söz konusu olan, ilk olarak, Hobbes'un toplum sözleşmesi teorisine göre korkuya son verme nedeniyle oluşmuş olan devletin aksine, korkuyu ayakta tutan ve esas işlev ve meşruiyetini bu korkudan sağlayan devlettir. Yazara göre terör nedeniyle ileri sürülen güvenlik tedbirleri, terörist hedefleri öngörüp önleyemez; ancak insanlarla umumi ve sınırsız bir denetimi içeren bir ilişki kurma amaçlıdır. Bu tip devletteki ikinci önemli husus ise egemenliğe ilişkindir. Egemenliğin asıl sahibi kabul edilen yurttaşların ve halkın siyasi statüsünde değişim yaşanır. Apolitikleşen halkın rolü, seçimler aracılığıyla sınırlı olmak üzere siyasi yaşama katılan ve varlığı devletin koruma ve büyümesi için gereken, özünde siyasî olmayan bir roldür. Aslında burada Agamben'in egemenliğe ilişkin olarak belirttiği durum yeni bir durum değildir. Kendisinin bu değerlendirmesi önceki çalışmalarıyla beraber alındığında anlaşılacağı gibi, yazarın bu görüşü Batı demokrasilerinin tarihinde rastlanılan durumun özetidir. Egemenliğin halka ait olduğu iddiasının doğruluğuna yönelik şüphe, özellikle olağanüstü halin ilanı ve devamı durumlarında güçlü ve görünür olmaktadır. Agamben'in nitelediği Güvenlik Devleti'nin üçüncü özelliği ise, birçok alanın yanı sıra olağanüstü hale ilişkin yasal düzenlemelere de yansıyan belirsizlik, hukuki kesinlikten vazgeçişlerdir. Bunların sonucu olarak Agamben, Güvenlik Devleti'nin yöneldiği

(Son erişim tarihi: 10 Nisan 2017).

¹¹³ <http://www.loc.gov/law/foreign-news/article/france-state-of-emergency-extended-to-july-2017/> (Son erişim tarihi: 10 Nisan 2017).

¹¹⁴ "Hukuk Devletinden Güvenlik Devletine", Çev. Haldun Bayrı, "<http://medyascope.tv/2015/12/27/giorgio-agamben-hukuk-devletinden-guvenlik-devletine/>. Yazının orijinal hali, http://www.lemonde.fr/idees/article/2015/12/23/de-l-etat-de-droit-a-l-etat-de-securite_4836816_3232.html (Son erişim tarihi: 10 Nisan 2017).

alanın, kamusal ile özeline birbirine geçtiği, sınırları belirlenemeyen belirsiz alan olduğunu yine vurgular.

8. Sonuç

Yukarıdaki açıklamalardan anlaşılacağı gibi, istisna hali egemenliğin icra edildiği ve kendini daha da güçlendirdiği bir belirsiz alan olarak çağdaş siyasette yerini almıştır. Şu anda çoğu çağdaş devlette parlamenter sistemden, rasyonel hukuk düzeninden bahsetsek de esasen istisna halinin yönetim tekniğine haline geldiği, hükümet yönetimlerinin bu şekilde mevcut olduğu sistemlerle karşı karşıyayız. Üstelik böyle parlamenter, demokratik rejimlere sahip olduğunu iddia eden çağdaş devletlerde siyasetin, hukukun belirlediği sınırlar içerisinde kalması gerekirken; egemenin, herhangi bir durumu kriz olarak (ekonomik veya siyasi) iddia ettiği veya buna karar verdiği her durumda siyasetin, yine hukuku öncelediğini görmekteyiz. Bu bakımdan çalışmanın başında da belirtildiği gibi, istisna hali siyasal olan ile hukuksal olanın sınırlarını ve bu ikisinin birbiriyle ilişkisini gösteren bir durum olmakla son derece önemli bir kavramsal-olgusal kurum olarak varlığını sürdürmektedir.

Esasen acil durum ile kamu hukuku arasındaki ilişki yapısal olarak aydınlatıldığında siyaset ile hukuk ilişkisinin ontolojisinin özsel bir kısmı da açıklanmış olacaktır.¹¹⁵ Bu acil durum ile kamu hukuku arasındaki ilişkinin anlaşılması bakımından istisna hali, kilit bir kavram haline gelmektedir. Bu nedenle Agamben'in bahsettiği "kurmaca" üzerinde biraz daha düşünmekte fayda vardır.

Kaynakça

- Agamben Giorgio, *İstisna Hali*, çev.: Kemal Atakay, Otonom Yayıncılık, İstanbul, 2006.
- Agamben Giorgio, "Olağanüstü Hal", *Şiddetin Eleştirisi Üzerine*, yay. haz. Aykut Çelebi, Metis Yayınları, İstanbul, 2010.
- Butler Judith, *Kırılğan Hayat Yasın ve Şiddetin Gücü*, çev.: Başak Ertür, Metis Yayınları, İstanbul, 2005.
- Direk Zeynep, "Yasa, Adalet ve Siyaset", *Şiddetin Eleştirisi Üzerine*, yay. haz. Aykut Çelebi, Metis Yayınları, İstanbul, 2010.

¹¹⁵ Direk, s. 237.

- Sancar Mithat, "Kalıcı Global Olağanüstü Hal", *Birikim Dergisi*, İstanbul, Kasım 2011, s.12-21.
- Schmitt Carl, Siyasi İlahiyat Egemenlik Kuramı Üzerine Dört Bölüm, çev.: Emre Zeybekoğlu, Dost Kitabevi, Ankara, 2005.
- Schmitt Carl, Parlamenter Demokrasinin Krizi, çev.: Emre Zeybekoğlu, Dost Kitabevi, Ankara, 2006.
- Schmitt Carl, Siyasal Kavramı, çev.: Ece Göztepe, Metis Yayınları, İstanbul, 2006.
- Taşçer Feysel, "Hukukun (Si)yasal Kaynağı Olarak Egemenliğin İki Yüzü, *Felsefe ve Sosyal Bilimler Dergisi*, Ankara, Bahar 2009, Sayı 7, s. 47-57.
- <http://www.loc.gov/law/foreign-news/article/france-state-of-emergency-extended-to-july-2017/> (Son erişim tarihi: 10 Nisan 2017).
- https://tr.wikipedia.org/wiki/2015_Paris_sald%C4%B1r%C4%B1lar%C4%B1 (Son erişim tarihi: 10 Nisan 2017).
- "Hukuk Devletinden Güvenlik Devletine", Çev. Haldun Bayrı, "<http://medyascope.tv/2015.12.27/giorgio-agamben-hukuk-devletinden-guvenlik-devletine/>. Yazının orijinal hali, http://www.lemonde.fr/idees/article/2015/12/23/de-l-etat-de-droit-a-l-etat-de-securite_4836816_3232.html (Son erişim tarihi: 10 Nisan 2017).

“AÇIK ARTIRMA İLE YAPILAN SATIŞLARDA MÜLKİYETİN ALICIYA GEÇME ANI” VE “SATIŞ İLANINDA SATILAN TAŞINMAZIN BULUNDUĞU SOKAK NUMARASININ YANLIŞ BELİRTİLMİŞ OLMASININ İHALENİN FESHİNE NEDEN OLUP OLMAYACAĞI”*

Talih UYAR**

a) Satış Memurluğunca yapılan açık artırma suretiyle satışta, ileri sürülen en yüksek pey *tellal* tarafından yüksek sesle, orada bulunan kişilerle artırmaya katılmış olan kimselere “*satıyorum bir*”, “*satıyorum iki*”, “*satıyorum üç*” şeklinde duyurulduktan sonra “*sattım*” denilmeden satış sonlandırılırsa, satışa konu taşınmazın mülkiyeti -en yüksek pey sürmüş olan- alıcıya geçmiş olur mu?

b) Satışa konu taşınmazın *adres*i -bulunduğu sokak- “satış ilanı” nda ‘... *Mah. 165 Sok. No: ..,*’ yerine ‘... *Mah. 156 Sok. No: ..,*’ şeklinde ‘yanlış’ belirtilmişse, bu usulsüzlük “yapılan ihalenin feshine” neden olur mu ?

A) Açık artırma ile satış, taşınmazın bulunduğu yerdeki *icra dairesi* tarafından yapılır (İİK. m. 123). Satış, kural olarak *icra müdürü* (*müdür yardımcısı* veya *icra kâtipleri*) tarafından yapılır.¹

Ortaklığın giderilmesi satışları, “ortaklığın giderilmesine” karar vermiş olan sulh hukuk mahkemesinin görevlendirdiği (HMK. m. 4/1-b) memur tarafından yapılır (HMK. m.322/2). Sulh hukuk mahkemesi, kendi yazı işleri müdürünü, zabıt kâtibini veya o yerdeki icra müdürünü ‘*satış memuru*’ olarak görevlendirebilir.

* Bu yazı, bir dava dosyasına “hukuki mütala” (uzman görüşü) ‘HMK. m. 293’ olarak sunulmuştur.

** Avukat, İzmir Barosu (9 Eylül Ün. Huk. Fak. E. Öğr. Gör.)

¹ Bknz: 12. HD. 11.10.2005 T. 15766/19683; 06.05.2004 T. 7084/11469 (www.e-uyar.com)

Açık artırma, *icra (satış) müdürü* tarafından yönetilir.

Artırma yapılırken belediye tarafından görevlendirilmiş bir ‘*resmi tellal*’ in hazır bulunması zorunludur.²

Açık artırmayı yöneten memurun, katılanları pey sürmeye davetmesi üzerine *artırma işlemine* başlanır. Katılanların sürdükleri peyler *tellal* tarafından yüksek sesle tekrar edilerek duyurulur. Yeni (daha yüksek) bir pey sürülünce, daha az pey sürmüş olan kişi, teklifinden (icabından) kurtulur (TBK. m.276).³

Peylerin sürülmesi bitince *tellal* tarafından üç defa bağırıldıktan sonra, taşınmaz en çok artırana (pey sürene) *icra müdürü* (artırmayı yöneten memur) tarafından ihale edilir (İİK. m. 129/I, c: 1).⁴ Başka bir deyişle, satışa çıkarılan taşınmaz üç kez bağırıldıktan sonra, en çok artırana (en yüksek pey sürene) ihale edilir. Bu husus, *icra (satış) müdürü* tarafından -veya satışta görevlendirilmiş olan *tellal* vasıtasıyla- uygulama da genellikle; “... **TL’ye satıyorum, fazla artıran var mı ?**”, “... **TL’ye satıyorum, fazla artıran var mı ?**” ve üçüncü kez yine “... **TL’ye satıyorum, fazla artıran var mı ?**” şeklinde yüksek sesle belirtildikten sonra “**sattım**” denilerek ihale sonuçlandırılır. Satılanın mülkiyeti “**sattım**” sözcüğü ile alıcıya geçer. “**Sattım**” denilinceye kadar ihaleye katılmış olanların pey sürmesi mümkündür. Bu hususun ‘ihale tutanağı’ ndan açıkça anlaşılması gerekir...⁵

Doktrinde bu konuyla ilgili olarak;

- “ ... *Pey süremeler devam ediyorsa, satış bitiş saati ile bağlı kalınmayarak, nida ve pey alınmasına devam edilerek en son münadinin (tellalın) üç defa ‘satıyorum’ ve bu arada pey artıranlar olursa alınarak, en son icra müdürü, yardımcısı, kâtabi, kim satışı idare ediyorsa münadiye vereceği işaretle, münadi, ‘sattım’ diyerek ihale tamamlanmış olur.*”⁶
- “ ... *En yüksek peyin tellal tarafından bağırılmasından sonra icra müdürü veya ihaleyi yapan kişi tarafından taşınmazın en yüksek pey süren alıcıya*

² Bknz: HGK. 17.12.2003 T. 12-790/769 (www.e-uyar.com)

³ Baki Kuru, İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, 2. Baskı, 2013, s 667.

⁴ Baki Kuru, a.g.e., s: 667.

⁵ Bknz: www. e-uyar.com (İİK. mad. 129; Açıklama: IX)

⁶ E. Karmış, Satış & Satışın İptali, C:2, 2015, s: 978

ihale edildiğini bildirmesi üzerine ihale tamamlanmış olur...”⁷

- “ ... İsteklilerin sürdükleri peyler, tellal tarafından yüksek sesle tekrar edilerek katılanlara duyurulur. Yeni bir pey (daha yüksek pey) sürülünce, daha az pey süren teklifinden (icabından) kurtulur. Satılığa çıkarılan taşınmaz (taşınmaz) mal, tellal tarafından üç defa bağırıldıktan sonra en çok artırana (pey sürene), icra müdürü tarafından ihale edilir.”⁸
- “Satışa çıkarılan taşınmaz, üç kez bağırıldıktan (seslenildikten) sonra, en çok artırana (en yüksek pey sürene) ihale edilir. Bu husus icra müdürü (müdür yardımcısı veya icra katibi) tarafından, satışta görevlendirilmiş olan tellal vasıtasıyla; “... TL’na satıyorum, fazla artıran var mı?”, “... TL’na satıyorum, fazla artıran var mı?” ve üçüncü kez yine “... TL’na satıyorum, fazla artıran var mı?” şeklinde yüksek sesle belirtildikten sonra “sattım” diye ihalenin sonuçlandırılması gerekir. Satılanın mülkiyeti “sattım” sözcüğü ile alıcıya geçer. “Sattım” denilinceye kadar ihaleye katılmış olanların “pey sürmesi” mümkündür. Bu hususun, «ihale tutanağı»ndan açıkça anlaşılması gerekir. Ancak, hemen belirtelim ki, ihalenin yapılmış olduğunun açıkça anlaşılabilmesi halinde, kural olarak yapılan ihalenin feshi gerekirse de, gerçekte «ihaleden önce üç kez bağırıldığı halde bu hususun tutanakta belirtilmesinin unutulmuş olduğu»nun tanıkla (İİK. mad. 8/son gereğince) kanıtlanması halinde, ihalenin feshine karar verilemez.”⁹
- “İcra müdürünün tellal tarafından üç kez bağırılması üzerine taşınmazın (en yüksek pey süren) alıcıya ihale edildiğini bildirmesi (ihale kararını vermesi, m. 129, I, c:1) ile ihale tamamlanır ve taşınmazın mülkiyeti alıcıya geçer (m. 134, I)...”¹⁰
- “Açık artırmayı yöneten memurun, katılanları pey süremeye davet etmesi üzerine artırma işlemine başlanır. Katılanların (isteklilerin) sürdükleri peyler tellal (münadi) tarafından yüksek sesle tekrar edilerek duyurulur. Yeni (daha yüksek) bir pey sürülünce, daha az pey sürmüş olan teklifinden (icabından) kurtulur (YBK. M. 276).

⁷ C. Ruhi, İcra ve İflas Hukukuna Göre İhale, İhalenin Yapılması ve İhalenin Feshi, 4. Baskı, 2016, s: 85

⁸ R. Arslan/E. Yılmaz,/ S.T. Ayvaz S. T. İcra ve İflas Hukuku, 2. Baskı, 2016, s: 309

⁹ Bknz: www. e-uyar.com (İİK. mad. 129; Açıklama: IX)

¹⁰ Baki Kuru, İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, 2. Baskı, 2013, s: 668 – Baki Kuru, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflas Hukuku, 2016, s: 311

... *Tellal tarafından üç defa bağırıldıktan sonra, taşınmaz en çok artırana (pey sürene) icra müdürü (artırmayı yöneten memur) tarafından ihale edilir (m. 129, I, c: 1)."*¹¹

- “ *Taşınmaz üç defa bağırıldıktan sonra, elektronik ortamda verilen en yüksek teklif de değerlendirilerek, en çok artırana (en yüksek peyi ileri sürmüş olan kişiye) icra müdürünce ihale edilir (m. 129/f.1, cüm. 2)"*¹²
- “ *İsteklilerin sürdükleri peyler, tellal tarafından yüksek sesle duyurulur. Taşınmaz tellal tarafından üç defa bağırıldıktan sonra, elektronik ortamda verilen yüksek teklif de değerlendirilerek, en çok pey sürene, icra müdürü tarafından ihale edilir."*¹³

denilmiştir.

Yüksek mahkeme (Yargıtay 12. Hukuk Dairesi) bu konuyla ilgili olarak;

- “İhalenin, İİK'nun 129. maddesi hükmü uyarınca tellal tarafından üç defa bağırıldıktan sonra, en çok artırana taşınmazın satılmış olduğunun belirtilmesi ile sonuçlandırılması gerekeceğini”¹⁴
- “Üç kez bağırıldıktan sonra, satışa çıkarılan şeyin en çok artırana ihale edilebileceğini”¹⁵

belirtmiştir.

B) Taşınmazın açık artırma ilanında nelerin belirtileceği İİK'nun 126. maddesinde ayrıntılı biçimde öngörülmüştür.

Makale konusu uyuşmazlıkla ilgili olarak önem taşıyan husus “*taşınmazın bilinmesine yarayacak kayıtlar*” ın -yani; ‘*taşınmazın cinsi ve önemli özellikleri*’ nin- “açık artırma ilanında” doğru ve gerçeğe uygun olarak belirtilmesi gerekir. Örneğin; **taşınmazın bulunduğu yerin (mahallesi, sokağı, tapu kayıtları), yüzölçümü, takdir edilen kıymeti, son imar durumu gibi.**¹⁶

¹¹Baki Kuru, İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, 2. Baskı, 2013, s: 667

¹²T. Muşul, İcra ve İflas Hukuku Esasları, 5. Baskı, 2015, s: 428

¹³H. Pekantez /O. Atalay/M.S. Özkan/ Özkes, M. İcra ve İflas Hukuku, 11. Bası, 2013, s: 374

¹⁴ Bknz: 12. HD. 25.11.1987 T. 10094/12135 (www.e-uyar.com)

¹⁵ Bknz: 12. HD. 3.7.1984 T. 5946/8382 (www.e-uyar.com)

¹⁶ Talih Uyar, C. İİK. Şerhi, 3. Baskı, 2014, C:2, s: 2215 –Baki Kuru, İstinaf Sistemine

Satış ilanında, taşınmaza ilişkin -yukarıda değinilen- bilgilerin yanlış gösterilmesi, satışa olan rağbeti (ilgiyi) azaltır. Bu durum yapılan ihalenin feshine neden olur. **Yüksek mahkeme** aşağıda sunulan içtihatlarında bu hususu açıkça vurgulamıştır. Gerçekten **yüksek mahkeme**;

- “Satış ilanında, taşınmazlarla ilgisi olmayan bir adres yazıldıktan sonra taşınmazların bulunduğu adres belirtmek suretiyle iki ayrı adres ve tapu bilgisine yer verilmesinin talebi ve talibi olumsuz yönde etkileyeceğinden ihalenin feshini gerektireceğini”¹⁷
- “Satış ilanından, satışa çıkarılan dairenin hangi daire olduğunun açıkça anlaşılmasının ihalenin feshine neden olacağını”¹⁸
- “Satış ilanında satışa konu taşınmazın adresinin hatalı gösterilmesinin satışa rağbeti azaltacağını ve borçlunun bu ilandaki yanlışlığa yapılan tebligata rağmen yedi gün içinde itiraz etmemesinin ihalenin feshi davasının reddini gerektirmeyeceğini”¹⁹
- “Satış ilanında, satılması gereken daireden başka dairenin belirtilmesinin, satışa ilgiyi azaltacağını ve ihaleyi usulsüz hale getireceğini”²⁰
- “Gazetede ilanda, satılan taşınmazın bulunduğu yerin farklı olarak belirtilmesinin, satışa ilgiyi (rağbeti) azaltacağını”²¹

ifade etmiştir.

*

Bir uyuşmazlıkta;

a) Sulh Hukuk Mahkemesi Satış Memurluğunun/... sayılı satış dosyasında, satışa konu taşınmazın/... tarihinde yapılan ihalesinde; satış memuru tarafından görevlendirilen *tellal*, satış süresi dolduktan sonra tarafların teklif vermeye devam etmesi üzerine, davacı tarafından 985.000 TL’lik teklif verildikten sonra, davalı tarafın 1.000.000 TL’lik teklif vermesi üzerine “**satıyorum bir**”, “**satıyorum**

Göre Yazılmış İcra ve İflas Hukuku, s: 304 - Baki Kuru, İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, s: 647

¹⁷ Bknz: 12. HD. 12.02.2013 T. 32084//3901 (www.e-uyar.com)

¹⁸ Bknz: 12. HD 13.9.1993 T. 7120/13082 (www.e-uyar.com)

¹⁹ Bknz: 12. HD. 05.11.1984 T. 8331/11230 (www.e-uyar.com)

²⁰ Bknz: 12. HD. 16.06.1983 T. 3513/4855(www.e-uyar.com)

²¹ Bknz: 12. HD. 11.01.1982 T. 8132/825 (www.e-uyar.com)

iki” ve “satıyorum üç” diyerek yüksek sesle bunu etrafa duyurduktan sonra -henüz “*sattım*” demeden- yaklaşık iki saniye sonra, davacı taraf -1. AÇIK ARTIRMA TUTANAĞI’nda davacı vekilinin düştüğü not’tan ve mahkemece tayin edilen bilirkişi tarafından hazırlanan raporun dördüncü sayfasındaki fotoğraftan da açıkça anlaşıldığı gibi- 1.000.001 TL teklif etmiş, ancak davacı tarafın bu teklifi ne *tellal* ve ne de *satış memuru* tarafından dikkate alınmamıştır.

Somut olayda, ne *tellal* ve ne de *satış memuru*, *tellalın “satıyorum üç”* demesinden sonra “**SATTIM**” sözcüğünü kullanmadığı için, -yukarıda belirttiğimiz gibi²²- satış tamamlanmamış ve mülkiyet alıcıya geçmemiştir. Yapılan ihalenin “**SATTIM**” sözcüğü kullanılmadan sonlandırıldığı, mahkemece ‘bilirkişi’ olarak atanmış olan kişinin dosyadaki ../.../.... tarihli BİLİRKİŞİ RAPORU’ndan da açıkça anlaşılmaktadır. Bu nedenle, *tellalın “satıyorum üç”* demesinden sonra, alıcıların -*tellal* ya da *satış memuru* tarafından “**sattım**” denilmesine kadar yeni tekliflerini bildirme hakları mevcuttur.²³

Bu hatalı hareket -yukarıda belirttiğimiz gibi²⁴- yapılmış olan ihalenin feshine neden olacak niteliktedir.

b) Sulh Hukuk Mahkemesi Satış Memurluğunun .../... sayılı satış dosyasında düzenlenmiş olan SATIŞ İLANI’nda, satışa konu taşınmazın adresi; “ ‘... Mah. **165 Sok. No: .. , .../....’ yerine ‘... Mah. **156 Sok.** No: .. , .../....’ ” olarak belirtilmiştir.**

Bu yanlışlık, -yukarıda belirttiğimiz gibi²⁵- ihaleye katılımı azaltacağından, ihalenin feshine neden olacak bir durumdur...

²² Bknz: Yuk. dipn. 5, 13 civarı

²³ Bknz: Yuk. dipn. 9 civarı

²⁴ Bknz: Yuk. dipn. 4-15 civarı

²⁵ Bknz: Yuk. dipn. 16-21 civarı