

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. Hüseyin Özbek, TBB Başkan Yardımcısı

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. 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 Sokak No: 8

06520 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 Sokak 25/B Demirtepe - Ankara

www.senmatbaa.com

Basım Tarihi / Printing Date : 15. 05. 2018

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 **yayın@barobirlik.org.tr** adresine gönderilmelidir.
- Yazılar, TBB Dergisi Yayın Kuralları’na uygun değilse reddedilir.
- Yazarların; ünvanlarını, görev yaptıkları kurumları, haberleşme adresleri ile telefon numaralarını ve e-posta adreslerini göndermeleri zorunludur.
- Yazılar, “kör hakemlik” sistemi uyarınca, yazarların adı yazı metninden çıkarılarak 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 Yakup Levent KORKUT / Semih Batur KAYA**
İktidar ve Yargı İlişkileri Sorunu / The Problem of Power and Judiciary Relations
- 39 Müslüm FİNCAN**
Sendikal Hakların Kullanılmasının Engellenmesi Suçu / Offense of Preventing the Enjoyment of Trade Unions Rights
- 75 Uğur ERSOY**
İntihara Yönlendirme Suçu / Crime of Directing Suicide
- 141 Barış BAHÇECİ**
İHAM'ın Vergi Cezalarında Ne Bis İn İdem İçtihadı ile Türk Hukukunun Uyum Sorunu / The Issues Related to Compliance of Turkish Law to ECtHR's Jurisprudence on Application of Ne Bis In Idem Principle on Tax Penalties
- 167 Cenk AKİL / Mehmet Akif GÜL**
Medenî Yargıda Hâkimin Kanunî Süreyi Kararında Yanlış Göstermesi Problemine İlişkin Düşünceler / Considerations on the Problem of Being Indicated the Legal Period Wrongly in the Decision by the Judge in Civil Procedure
- 185 Selda TANER**
Vergi Yargısında İstinaf Üzerine Bir Değerlendirme / An Assessment on First Degree Appeal in Tax Judgement
- 225 S. Derya YAKUPOĞLU**
Olumlu Miras Sözleşmesinin Bağlayıcılığı / Die Bindungswirkung des Erbvertrages
- 263 Seda GAYRETLİ AYDIN**
Kadın ve Kanuni Bekleme Süresi / Woman And Legal Waiting Period
- 293 Özde DEREBOYLULAR / Perçem ARMAN**
Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Kıbrıs İlgili Verdiği Kararların KKTC ve Türkiye'ye Etkisi / The Effect of European Court of Human Rights' Decisions in Relation to Cyprus Regarding TRNC and Turkey

327 İsmail DEMİR

Montrö Boğazlar Sözleşmesi'nin Feshi / The Denunciation of Montreux Straits Convention

359 Ayşe Füsun ARSAVA

BM Güvenlik Konseyi Rezolüsyonlarının Yorumu / The Interpretation of UN Security Council Resolutions

HAKEMLİ MAKALELER / REFEREED ARTICLES

395 Talih UYAR

Menfi Tespit Davalarında "Takibin Durdurulması" İçin Borçlu Tarafından Yatırılan Teminatın İşlevi

başkan'dan

Değerli Meslektaşlarım,

Mesleğimiz ve kimliğimiz ne olursa olsun; günlük yaşamımızın her anında hukuk kuralları içinde yaşıyoruz.

Evde, işte, sokakta, okulda, otobüste olmamız fark etmez. İnsanın olduğu her yerde hukuk var. Hukukun olduğu her yerde haklarımız var.

Bir ülkenin vatandaşlarında hak arama bilinci ne kadar gelişirse, o toplum da o kadar gelişir. Bu düşünce doğrultusunda Türkiye Barolar Birliği olarak geçtiğimiz Aralık ayında bir proje başlattık; Hukuk Okur Yazarlığı (HOY) Projesi.

HOY Projesinin amacı Türkiye Cumhuriyeti vatandaşlarına, sahip oldukları hakları oğretmektir.

Haklarını oğrenen vatandaşlarımıza haklarını nasıl arayacaklarının yolunu göstermektir.

Yani bu proje bir Cumhuriyet projesidir.

Bu büyük projeyi gönüllü eğitmenlik yapan meslektaşlarımızın büyük katkılarıyla, barolarımızla, belediyelerimizle, valiliklerimizle ve sivil toplum kuruluşlarıyla elbirliğiyle yürütüyoruz.

İlk etapta Amasya'da, orum'da, Eskişehir'de, Isparta'da, Düzce'de, İstanbul'da başlattığımız eğitimlere vatandaşlarımızın, özellikle de kadınlarımızın gösterdiği ilgi ve heyecan bizleri daha fazla hizmet vermeye teşvik ediyor.

En kısa zamanda Edirne, Trabzon, Giresun, Zonguldak, Gaziantep, şanlıurfa, Hatay, Bolu ve Antalya'da da Hukuk Okur Yazarlığı eğitimlerini başlatacağız.

Bu eğitimlere katılan vatandaşlarımız artık kendilerini daha rahat ifade edebiliyorlar, çaresizliğe düşmeden, daha canları yandığı ilk anda bir avukattan yardım alabileceklerini biliyorlar.

Hukukun ve savunma hakkının hayatımızın her alanında ne kadar vazgeçilmez olduğunu görüyorlar.

Bu projenin yaratıcısı TBB Yönetim Kurulu Üyesi ve Proje Başkanı Av. Filiz Saraç'a, projeye destek veren barolarımıza ve gönüllü eğitimlik yapan meslektaşlarımıza şükranlarımı sunuyorum.

Saygılarımla.

Av. Prof. Dr. Metin FEYZİOĞLU

Türkiye Barolar Birliği Başkanı

İKTİDAR VE YARGI İLİŞKİLERİ SORUNU

THE PROBLEM OF POWER AND JUDICIARY RELATIONS

Yakup Levent KORKUT*

Semih Batur KAYA**

Özet: İktidar bulunduğu ortamda hacim genişletmeye eğilim gösterir. Bu yönüyle iktidar hak ve özgürlükler üzerinde potansiyel bir tehlike gösterir. Dolayısıyla iktidar ve yargı ilişkileri insan hak ve özgürlükleri için hayati bir önem taşımaktadır. İktidarın belirlenmesi, tanımlanması ve sınırlandırılması sürecinde yargı iradesi demokratik hukuk devletinde olmazsa olmaz şarttır. Demokratik hukuk devletinin karakterini belirleyen esas etken bağımsız ve tarafsız bir yargı iradesidir. Zira iktidarın denetlenmesi ve dengelenmesi sürecinde yargı iradesi hayati bir rol oynamaktadır. Şu halde bağımsız ve tarafsız bir yargı iradesi burada iktidar karşısında konumlanan bir özne olarak ortaya çıkmaktadır. Bu özne bir yandan iktidar öznesini dengelerken diğer yandan iktidarı denetleyerek özneler arasında en önemli işlevi görmektedir.

Anahtar Kelimeler: İktidar, Bağımsız ve Tarafsız Yargı, Kuvvetler Ayrılığı, Hukuk Devleti, Çoğulcu Demokrasi

Abstract: Power, particularly political power constitutes the biggest threat on rights and freedoms of individuals and communities and on the democratic governance. Monopoly and singularity of power and using force makes political power a potential danger on individuals and relations between them and state. Several tools are developed to avoid this kind of situation to a certain extent. Adventure of limitation, identification and finally definition of political power and in general power is an expression of that kind of effort. Constitutionalism and a series of values developed with this effort, separation of Powers, state of law, pluralist democracy and control of political power can be concrete evidences of that effort. Democratic and Judicial control are vital tools forensuring the consistency of limited, identified and defined political power.

Keywords: Power, Independent and Impartial Justice, Separation of Powers, Law State, Pluralistic Democracy

* Dr. Öğretim Üyesi

** Arş. Gör.

Giriş

Tahsin Yücel'in Gökdelen adlı romanında roman kahramanı ünlü bir avukat olan Can Tezcan bulunduğu bir duruşmayı terk eder ve iktidar yargı ilişkilerinden ve yargının yozlaşmışlığından şu şekilde yakınır: "Benim gençliğimde arkadaşlarımız herkesin gözü önünde öldürülür, ama suçlu hiçbir zaman bulunamazdı. En yakın arkadaşlarımdan Tufan da böyle gitti, gazeteler bir adamın Tufan'a bir buçuk metreden ateş edişini gösteren fotoğrafı kaç gün üst üste birinci sayfalarında yayımladılar, gene de bulunamadı adam, yargı da fotoğrafın tek başına kesin kanıt oluşturamayacağı kanısına vardı. Ama şimdi yaklaşım değişti, hükümete ters düşen kişilerin varını yoğunu ellerinden alıp kendilerini içeri atıyorlar. Her şeyi özelleştirdiklerine göre, yargıyı da özelleştirseler bari, bundan daha iyi olur, daha kötü olmaz".¹

Edebiyatın tüm karanlık yüzleri iktidarı anlatmak için hafif kalır. Kimi zaman baba otoritesi, kimi zaman toplumsal baskı kimi zaman da siyasal bir görünüm biçimi kazanabilen iktidar kendine özgü adeta bir yaşam rejimi kurgular. Bu yaşam rejiminde bireylerin tek güveneceği liman yargı iradesidir. Aksi halde bireyi korku ve karanlık ortamı beklemektedir. Kafka Dava adlı romanına şu cümleyle başlamaktadır: Joseph K. iftiraya uğramış olmalıydı, zira kötü bir şey yapmadığı halde bir sabah tutuklandı. İşte bağımsız ve tarafsız bir yargının olmadığı bir durumda iktidarın yaşam rejimi içerisinde herkes potansiyel Joseph K. halini alır. Zira bağımsız ve tarafsız bir yargının olmadığı zaman hiç kimsenin canı, malı, hak ve özgürlükleri güvende değildir. Bu durumda kimse anlam dünyasını, bir diğer ifade ile kendini yaşam pratiğine dökemez, gerçekleştiremez.

İşte çalışma bu doğrultuda iktidar ve yargı sorunlarını işlemektedir. Bu çalışmada kuvvetler ayrılığının önemi özellikle yargının bağımsızlığı ve tarafsızlığı üzerinden incelenmeye çalışılmıştır. İktidarın belirlenmesi, tanımlanması ve sınırlandırılması, hak ve özgürlüklerin yaşam pratiğine aktarılması için olmazsa olmazdır. İktidar denetlenmeli ve dengelenmelidir. Bunu sağlayacak yegâne irade bağımsız ve tarafsız bir yargı iradesidir. İrade diyorum çünkü toplumsal ve siyasal ilişkilerde bir özne olarak beliren iktidara karşı yargının da bir özne

¹ Tahsin Yücel, Gökdelen, Can Yayınları, İstanbul 2006, s. 22.

olarak var olması gerekir. Hatta bu özne, yani yargı iradesi iktidar odakları içerisinde en önemli öznedir; zira denetleme ve dengelemenin özü yargı iradesi tarafından gerçekleştirilmektedir. İyi bir yönetimin, bir diğer ifadeyle hak ve özgürlüklerin yaşam rejimi olduğu bir yönetimin ahlaki temeli bağımsız ve tarafsız bir yargı iradesidir. Çalışmada iktidar ve yargının iletişim ve etkileşimi analitik bir yaklaşımla ele alınmaya çalışılmıştır.

A. İktidar

Hobbes'a göre iktidarı kurgulamanın tek yolu bireylerin tüm kudret ve güçlerini, tek bir kişiye veya hepsinin iradesini oyların çokluğu ile tek bir iradeye indirgeyecek bir heyete devretmeleridir. Bu yapıldığında tek bir kişi halinde birleşmiş olan topluluk, bir devlet olarak adlandırılır. İşte o EJDERHA'nın ya da bir diğer ifade ile "ölümsüz tanrı"nın doğuşu böyle olur. Zira devletteki her bir kimsenin ona verdiği yetkiyle onun elinde o kadar çok kudret ve güç toplanmış olur ki, o kişi, bu kudret ve gücün dehşetiyle, tüm insanların yurttan barış ve yurt dışında düşmanlara karşı yardımlaşma yönündeki iradelerini bütünleştirip şekillendirmeye muktedir hale gelir.² İşte Hobbes'un betimleyici ve tanımlayıcı bu iktidar yaklaşımı iktidarın temel karakterini ve saf halini yansıtmaktadır. İktidarın tekil ve tekelleştirme durumu Machiavelli'de de vardır. Zira ona göre bu olmayınca yok olunur. Prens iktidarını korumak ve devam ettirmek için gerektiğinde ahlaki ve erdem değerlerinden vazgeçebilir ve kötülüğün tüm yollarını kullanabilir. Çünkü temel amaç iktidar ve bunun devamlılığıdır.³

Tekil ve tekel iktidar ve geriye kalanların tamamıyla kul olma

² Mete Tunçay, *Batı'da Siyasal Düşünceler Tarihi*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 5. Baskı, İstanbul 2014, s. 229-230.

³ Machiavelli Yine bu doğrultuda şunu demektedir: Nasıl görüldüğünüzü herkes görür, ama çok az kişi gerçekte nasıl olduğunuzu bilir ve o az sayıda kişi, arkalarında devletin desteği olan çoğunluğun görüşüne karşı çıkmaya cesaret edemez ve insanların, özellikle de başvurulacak bir mahkemenin olmadığı prenslerin eylemlerine gelince önemli olan sonuçtur. Yani bir prens iktidarı ele geçirecek ve koruyacak şekilde bulunmalıdır; başvurduğu yöntemler daima onurlu sayılacak ve herkes tarafından övülecektir, çünkü sıradan insanlar daima bir şeyin görünüşüne ve sonuçlarına aldanır. Dünyanın büyük kısmı sıradan insanlardan oluşur ve az sayıda olanlar ancak çok sayıda olanlar dayanacak yer bulamayınca kendilerine yer bulurlar. Nicolo Machiavelli, *Prens, Remzi Kitabevi*, 3. Basım, İstanbul, 2016Prens, s. 87-88.

durumu iktidarın bütünlüğü için oldukça güçlü bir tutkaldır. Çünkü egemenden başka özne ve irade yani herhangi bir iktidarı olan veya herhangi bir biçimde aday olabilen yok, geriye kalanlar ve her şey iktidar amacıyla ancak araçtır. Bu heterojen olan, birden çok değişkeni olan denklem ve iktidar biçimi değildir; bu tek bir değişkeni olan bir denklem ve homojen bir iktidar biçimidir. Bu iktidarı bütünüyle tek ve tekil olan egemenin varlığıyla koşullandırma durumudur.

İktidar büyümlü bir olgudur. Nitekim iktidarın baş döndürücü bir tarihsel gelişimi vardır. Bu gelişimi ile iktidar toplumsal alandan siyasal ilişkilere ve sosyolojik etkileşimlere kadar oldukça geniş bir ortamda hacim bulmuş ve beraberinde tartışmalar getirmiştir. İktidarın ne olduğu sorunu kadar iktidarın denetlenmesi de başlı başına bir sorundur. İktidarın neliği sorunu iki değişken, daha doğrusu özne ve nesne ilişkisi etrafında belirmektedir. İktidar geniş anlamda hacim bulurken bir yandan öznel tekilleşme eğilimi gösterir diğer yandan nesnel çoğalır. Bu yönüyle iktidar organik bir yapı gösterir. Baş ve kontrol edeceği diğer organlar varlık bulur. İktidar bunu rasyonel ve romantik hiyerarşisi ile kurgular. İktidarın denetimi sorunu ise denetim ve denge olarak kendi içerisinde farklılaşmaktadır. Denetim iktidara ilişkin öznel arasında ters bir ilişki biçimi oluştururken denge ise en az iki özne yapısı gerektirir. Bu şekilde nihai olarak iktidarın belirlenmesi, tanımlanması ve sınırlandırılması söz konusu olur.

Bununla beraber iktidar yine de belirsiz bir olgudur. Gerçekten de iktidarın belirlenmesi, tanımlanması ve nihai olarak sınırlandırılması süreci oldukça zor bir faaliyettir. Nitekim Nye bu bağlamda "İktidar, tıpkı aşk gibidir; deneyimlenmesi, tanımlanmasından ve ölçülmesinden daha kolaydır" demiştir.⁴ Yine Nye'nin belirttiği gibi iktidar bu yönüyle hava durumuna benzemektedir. Herkes hakkında konuşur ancak kimileri onu anlar.⁵ Hawley de bu gerçekliği vurgulamış ve iktidarı enerjiye benzetmiştir. Ona göre fizikteki enerji gibi sosyal alanda iktidarın her yerde aynı anda var olan ve değişik görünüm biçimi kazanabilen bir yapısı bulunmaktadır. Bu sebeple her sosyal davranış, ilişki ve yapı iktidar ile ilintilidir.⁶ Russel de fizikte enerji ne ise iktidarı

⁴ Joseph S. Nye, "The Changing Nature of World Power", *Political Science Quarterly*, V. 105, S. 2, 1990, s. 177.

⁵ Nye, a.g.e., s. 177.

⁶ Amos H. Hawley, "Community Power and Urban Renewal Success", *The Ameri-*

ona benzetmektedir. “Enerji nasıl çeşitli biçimler alıyorsa, iktidarın da aynı şekilde, servet, silah gücü, sivil makamlar, düşünceye söz geçirme gibi biçimler vardır. Bunların hiçbirisi ötekine üstün sayılamayacağı gibi, bu biçimlerin hiçbirisi ötekileri kendinden türetmiş de değildir”.⁷

Siyasi iktidar, iktidarın bir görünüm biçimi olmakla birlikte iktidar olgusunun teşkil ettiği denklemde aynı zamanda en önemli değişken konumundadır. Locke siyasi iktidarı diğer iktidar türlerinden, yani efendinin, kocanın ve benzeri iktidarlarından ayırıştırır ve siyasi iktidarı “... Mülkiyeti Düzenlemek ve Korumak için Normlar yapma; Topluluğun gücünü bu Normların Uygulanmasında ve Devletin Dış Zararlarına karşı savunulmasında kullanma ve bütün bunları Kamu Yararı için yapma *Hakkı* olarak” şeklinde tanımlamaktadır.⁸ Siyasi iktidarın en önemli bileşeni ise güç olgusudur. Güç siyasi iktidarın zorlayıcı yanını teşkil eder. Dahl da aralarında ilişki söz konusu olan değişkenlerden birisi, diğerine eğer o olmasaydı yapamayacakları bir şeyi yaptırıyorsa söz konusu bu ilişki etkindir diyerek bu gerçekliği ifade etmektedir.⁹ Canetti'nin de ortaya koyduğu gibi “fiziksel güç” deyimini gerçekte aynı düşüncenin daha net bir ifadesidir; zira daha aşağı ve kaba dışavurumların içindeki iktidar, her zaman güç olarak daha iyi betimlenmiştir.¹⁰ Güç zaman bulduğunda iktidara dönüşme potansiyelini taşımaktadır; ancak kriz anı, geri dönüşsüz karar anı gelince güç çıplak güç haline geri döner.¹¹ Gerçekten de kriz zamanlarında iktidar püriten bir kaba kuvvet halini alır ki esas demokratik hukuk devleti refleksi tam da bu kriz anlarında gereklidir.

İktidar güçten daha geniş bir hacimde varlık bulur. Canetti'nin belirttiği üzere güçle iktidar arasındaki ilişki kedi ile fare arasındaki ilişkiyle çok basit bir şekilde açıklanabilir. “Kedi, gücü, fareyi yakalamak, onu ele geçirmek, pençelerinin arasında tutmak ve nihai olarak

can Journal of Sociology, C. 68, S. 4, 1963, s. 422.

⁷ Bertrand Russell, İktidar, Cem Yayınevi, 1. Basım, Çev. Mete Ergin, İstanbul 2014 İktidar, s. 15.

⁸ John Locke, Hükümet Üzerine İkinci İnceleme, Eksi Yayınları, 3. Baskı, Çev. Fahri Bakırcı, Ankara 2016, s. 11.

⁹ Bruce Stinebrickner, “Robert A. Dahl an the essentials of Modern Political Analysis: politics, influence, power, and polyarchy”, *Journal of Political Power*, 2015, 189-207, s. 194.

¹⁰ Elias Canetti, Kitle ve İktidar, Çev. Gülşat Aygen, Ayrıntı Yayınları, 5. Basım, İstanbul 2012, s. 283.

¹¹ Canetti, a.g.e. s. 283.

da onu öldürmek için kullanır. Ama fare ile oynamasında bir başka etken daha vardır. Kedi farenin gitmesine izin verir, birazcık kaçmasına, hatta arkasını dönmesine fırsat tanır; bu süre boyunca fare artık güce maruz değildir. Ancak hala kedinin iktidar [alan]ının içindedir ve her an tekrar yakalanabilir. Derhal uzaklaşırsa, kedinin iktidar alanından kaçır; ama, artık ulaşılamayacak olduğu noktaya varana kadar hala kedinin iktidar alanının içindedir. Kedinin egemen olduğu uzam, fareye yaşattığı umut anları, bir yandan da bütün bu zaman zarfında onu yakından izlemeyi sürdürmesi ve onu yok etmeye gösterdiği ilgiyi ve yok etme niyetini asla elden bırakmaması; bunların hepsine yani uzam, umut, dikkatle izleme ve yok etme niyetine iktidarın fiili bedeni, ya da daha basit bir biçimde, iktidarın ta kendisi denebilir¹². Gerçekten de Orwell'in 1984 adlı romanında bu tür bir iktidar ve güç ilişkisi söz konusudur. Büyük Birader'in gözü sürekli insanların üzerindedir. O iktidarıyla dehşete düşürür, yıkar ve nihai olarak yok eder.

Öte yandan siyasal iktidar ile öteki iktidarlardan kimi farklılıklar bulunmaktadır. Kapani'nin de belirttiği gibi siyasal iktidar kapsam bakımından öteki iktidarlardan daha farklıdır ve onlara göre çok daha geniş bir alanı, tüm ülkeyi, kapsamaktadır. İkinci olarak siyasal iktidar ile toplumdaki diğer iktidar türleri arasında bir eşitlik ilişkisi değil bir hiyerarşik ilişki söz konusudur. Siyasal iktidar diğer iktidar türlerine göre en üstündür. Üçüncü olarak siyasal iktidarın en önemli karakteristiği onun maddi güç ve zor kullanma gücüne ve yetkisine haiz olmasıdır. Ancak o iradesini, emirlerini ve kararlarını yürütmek için gerektiğinde kuvvete başvurabilir.¹³

Ancak iktidar yalnızca güce dayanmamaktadır; ayrıca iktidarın rıza unsuru da söz konusudur. Yönetilenler çoğunlukla hiçbir zorlama olmadan iktidarın emirlerine ve kararlarına kendiliğinden itaat ederler. Bir diğer ifadeyle ona rıza gösterirler. Peki, bu rızanın esası nedir? Bunun çeşitli sebepleri olabilir. Kararlara ve emirlere uyma (iktidarın amacına ve yararlandığı oranda) bilinçli olabileceği gibi bilinçsiz ve mekanik de olabilir. Gelenek ve görenek, alışkanlık, çevrenin etkisi, eğitim, şartlandırılma, menfaat umudu, ceza korkusu ve nihayet çare-

¹² Canetti, a.g.e., s. 284.

¹³ Münci Kapani, *Politika Bilimine Giriş*, Bilgi Yayınları, 19. Basım, Ankara 2007, s. 51-52.

sizlik duygusu rızanın farklı sebepleri arasındadır. Dolayısıyla iktidar mutlaka belirli bir oranda yönetilenlerin rızasına dayanmak zorundadır.¹⁴ Nitekim Rousseau'nun belirttiği gibi "en güçlü, gücünü hak, itaati görev biçimine dönüştüremediği sürece, hep efendi kalacak kadar yeterince güçlü olamaz".¹⁵

Görüldüğü gibi iktidar oldukça önemli bir sorun olarak varlık bulmaktadır. İktidar üzerine yoğunlaşan bir yaklaşıma göre, iktidarın merkezi ve tep tip değil, kılcal damarlarla toplumu etki altına alan; dışlayan değil içine alan; negatif değil pozitif mekanizmalar yolu ile işlediğine dikkat çekilmektedir. Dolayısıyla hak ve özgürlükler adına, modern toplumun iktidar kalelerine karşı etkin bir siyasi karşı duruş için de, bireylerin etik ilke ve esaslara dayanan yeni ilişkiler kurması gerekir.¹⁶

Öte yandan Locke'un iktidara ilişkin söylediklerini yeniden hatırlamak gerekir. Locke "Bütün hükümetler mutlak monarşidir" ve "Hiçbir insan özgür doğmaz" önermelerine karşı çıkmaktadır. Locke'a göre prensler mutlak iktidara ilişkin Tanrı'dan kaynaklı bir hakkı bulundurmazlar. Otoritenin normlar ile hangi koşullara bağlı kılınacağı prenslerin iradesine bırakılmamıştır. Locke, prenslerin normlara bağlı olmadığına ilişkin görüşü dalkavukluk olarak nitelemektedir. Bu insanın doğal özgürlüğünün inkârı demektir. Locke, dinde de akılda da Tanrı'nın insanları başkalarının sınırsız iradesine tabi kıldığına ilişkin herhangi bir veri yoktur demektir. Locke'a göre insanların özgür doğmadığı, hiçbir zaman hükümet edenleri ya da hükümet biçimlerini seçme özgürlüklerinin bulunmadığı, prenslerin Tanrıya dayanan mutlak bir iktidarlarının bulunduğu, kölelerin hiçbir zaman anlaşma yapma ya da uzlaşma haklarının bulunmadığı, Adem'in mutlak bir monark olduğu ve bütün prenslerin Adem'den beri mutlak monark olduğu şeklindeki görüş yanlıştır. Locke bu anlayışı çürütmeyi hedeflemektedir.¹⁷

¹⁴ Kapani, a.g.e., s. 53.

¹⁵ Jean Jacques Rousseau, Toplum Sözleşmesi, Çev. Ayşe Meral, Alfa Yayınları, İstanbul 2016, s. 16.

¹⁶ Cengiz Gül, İktidarın Sınırlandırılması ve Hukuk Devleti, Adalet Yayınları, Ankara 2010, s. 15.

¹⁷ John Locke, Hükümet Üzerine Birinci İnceleme, İmaj Yayınevi, 2. Baskı, Çev. Fahri Bakırcı, Ankara 2015, s. 2-4.

Bununla beraber çeşitli destek olguların da iktidarın deyim yerindeyse ehlileştirilmesi için gereklidir. Bu olgular hukuk devleti, kuvvetler ayrılığı ve çoğulcu demokrasi anlayışı gibi somutlaşmaktadır. Bu şekilde siyasi iktidarın denetimi ve dengelenmesi söz konusu olabilir. Burada ise karşımıza bağımsız ve tarafsız bir organ veya daha doğrusu iktidar alanı olarak yargı çıkmaktadır. Yargı siyasi iktidarın belirlenmesi, tanımlanması ve sınırlandırılması için veya bir başka ifade ile dengelenmesi ve denetlenmesi için olmazsa olmaz bir kurumdur. İşte bu doğrultuda aşağıda bağımsız ve tarafsız bir yargının varlığının önemi üzerinde durulacaktır.

B. Anayasacılık ve Yargı

1. Organik Yaklaşımdan Mekanik Yaklaşım: Denge ve Denetim

Madison Federalist yazılarında şunu demektedir: “çeşitli yetkilerin gitgide aynı organda toplanmasına karşı asıl güvence, her organı yürütenlere ötekilerden gelecek karışımlara dayanabilmeleri için gerekli anayasa araçlarını ve kişisel itkileri vermektir. Bütün başka durumlarda olduğu gibi, burada da savunma araçları saldırma tehlikesiyle orantılı olmalıdır. Tutkuya karşı tutku çıkarmak gerekir. İnsanın çıkarı, bulunduğu yerin anayasal haklarıyla ilişkili olmalıdır. Devlet erkinin kötüye kullanılmaması için bu gibi çarelerin gerekli görülmesi, belki insan doğasına güvensizlik sayılabilir. İnsanlar melek olsaydı, devlete gerek kalmazdı. İnsanları melekler yönetseydi, insanlar üstünde ne dış denetlemelere gereksinme duyulurdu ne de iç denetlemelere. İnsanlar tarafından, insanlar üstünde yürütülecek bir devlet kurarken, en büyük güçlük şurada: Önce devleti, yönetilenleri denetimi altına alabilecek bir duruma getireceksiniz, ondan sonra da kendi kendisini denetimi altına almasını isteyeceksiniz. Kuşkusuz, devlet üstündeki asıl denetim, devletin halka dayandırılmasıdır; fakat tecrübe yardımcı tedbirlerin gerekliliğini de insanlığa öğretmiştir.”¹⁸

Kaboğlu'nun ifade ettiği gibi “anayasa, bir özgürlük tekniğidir”. Bu özlü tanım “özgürlük ve otorite arasında denge” tesis eden temel norm olarak anayasanın işlevinde “özgürlük lehine” vurguyu ortaya

¹⁸ Tunçay, a.g.e., s. 520.

koyar.¹⁹ Friedrich'in ortaya koyduğu gibi anayasacılık ise her zaman için hem kuramda hem de uygulamada iktidar sorunu ile ilintili olmuştur. Tarihsel olarak anayasacılık ister hükümdarlık ister ulusal devlet biçiminde olsun, modern devletlerin birliklerini sağlamasıyla beraber iktidarın yoğunlaşmasına bir tepki olarak meydana gelmiştir. Bu doğrultuda anayasacılık teorisyenleri monarkların iktidarlarının tanımlanmasının ve sınırlanmasının önemini ortaya koymuşlardır. İşte Hobbes iktidarın bu şekilde yoğunlaşmasının rasyonel yapısını tanımlayıp, bunu iktidarın gerçek felsefesi olarak geliştirirken, Locke bu olguyu görüp, her ne kadar iktidarın en son ve birleşmiş kaynağı halk olsa da, iktidarın kullanılmasının, daha önce yapılmış plana bağlamında ayrışmasını öngörmüştür.²⁰

Anayasacılık, klasik anlamıyla siyasi iktidarın sınırlandırılmasıdır.²¹ Loughlin'in de belirttiği gibi anayasacılık bir yandan iktidarın sınırlandırılması diğer yandan anayasaların hangi muhtevaya sahip olmaları gerektiği ile ilgilidir. Bu muhteva yalnızca iktidarı sınırlandırmaz aynı zamanda iktidarın işleyişini de düzenler. Anayasacılığa bağlı değerler dizisi bağımsız bir yargı, kuvvetler ayrılığı, insan hakları ve anayasa yargısıdır.²² Yine Butlericthe'nin ortaya koyduğu gibi anayasacılık iktidarın sınırlandırılmasını ve dengelenmesini, hak ve özgürlüklerin tanınması ve korunmasını ve demokratik yönetimi içerir.²³ Çağlar'ın da deyimiyle anayasacılık temel norm olarak anayasa üstünlüğünün açığa çıkmasıdır ve anayasa düşüncesinin yalnızca siyasi değil ancak aynı zamanda hukuki biçimi ile de büyük yenilenişinin bir ifadesidir.²⁴ Yine bu doğrultuda hak ve özgürlüklerin hukuksileşmesi ve siyasi muhalefetin hukuki statüsünün kurulması, bugün, liberal-demokratik rejimler için önemli bir teminattır.²⁵

Bu şekilde anayasacılık bir yandan siyasi iktidarın yapamayacağı şeyler olmasını, diğer yandan da keyfi ve baskıcı yönetimden kaçın-

¹⁹ İbrahim Ö. Kaboğlu, "Anayasa 'Toplumun Özgeçmiş'i' Olabilir Mi?", içinde, Türkiye'nin Anayasa Gündemi, İletişim Yayınları, 3. Baskı, İstanbul 2016, s. 280.

²⁰ Carl J. Friedrich, Sınırlı Devlet, Liberte Yayınları, 2. Baskı, Ankara 2014, s. 37.

²¹ Mustafa Erdoğan, Hukuk ve Demokrasi, Kesit Yayınları, İstanbul 2013, s. 91.

²² Martin Loughlin ve Petra Dobner, The Twilight of Constitutionalism, Oxford University Press, New York 2010, s. 55.

²³ David Butlericthe, "The Confines of Modern Constitutionalism", Pierce Law Review, V. 3, N. 1, 2004, 1-32, s. 6.

²⁴ Bakır Çağlar, "Yeni-Anayasacılık Üzerine Notlar", İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, C. 6, S. 1-3, 1985, 29-42, s. 29.

²⁵ Çağlar, a.g.e., s. 36.

mayı gerektirmektedir. İşte hak ve özgürlükler birinci gereğe hukuk devleti ise ikinci gereğe karşılık gelir. Siyasi iktidarı sınırlandırmanın bir yolu da iktidarın tek bir elde toplanmasını önlemeye dönük kurumsal düzenlemelerdir ki bunların başında yatay ve dikey anlamda kuvvetler ayrılığı ilkesi gelir.²⁶ Nitekim 1789 Fransız İnsan ve Vatandaş Hakları Bildirisi'nin 16. maddesinde kuvvetler ayrılığının yer almadığı bir toplumun anayasası yoktur denilmektedir.²⁷

Görüldüğü gibi anayasacılık beraberinde hukuk devleti, kuvvetler ayrılığı ve özellikle de çoğulcu demokrasi anlayışını getirmektedir. Şu halde Erdoğan'ın da dediği gibi iktidarın sınırlandırılma ihtiyacından şüphesiz demokratik yönetimler de muaf değildir. Dolayısıyla demokratik iktidarlar da hukuk düzenini aşma eğiliminde olabilirler ve bu tür bir ihtimal tehlikesi otokratik bir iktidarın yarattığı tehlikeden daha az olmayabilir. Zira kendisini halkın tek meşru temsilcisi olarak gören bir iktidar hak ve özgürlükleri ve dolayısıyla da hukuk düzenini tanımama eğilimine girebileceği gibi, demokratik iktidarların bu şekildeki sapmalarının çoğunluk tarafından meşru görülmesi de güçlü bir ihtimaldir. Bu nedenle demokratik yönetimlerin bireysel özgürlükler için tehlike yaratma ihtimali onların giderek genişleyen görev alanıyla da ilgilidir.²⁸

Gerçekten de iktidarın birey aleyhine gitgide bir hacim genişlemesi söz konusu olabilmektedir. Burada hacim kelimesi bilerek kullanılmaktadır; zira iktidarlar alan genişlemesi ile çoğunlukla yetinmezler ve daha kapsayıcı, bir diğer ifade ile totaliter bir refleks ile hareket ederler. İşin ilginç tarafı bu hacim genişlemesi daha çok demokratik iktidarlar tarafından talep edilmektedir. Bu durum demokrasinin de iktidarlar tarafından araçsallaştırılabildiği sonucunu ortaya koymaktadır. Demokrasi ise araçsallaştırıldığı vakit bireyin hak ve özgürlükleri aleyhine tehlike arz edebilmektedir. Demokrasinin hak ve özgürlükler üzerindeki bu potansiyel tehlikesi ancak demokrasi anlayışının değiştirilmesi, demokrasinin anayasacılığa bağlı bir değerler dizisi olarak doğru bir şekilde kavranması, yani çoğulcu bir anlayışın benimsenmesi ile mümkündür.

²⁶ Erdoğan, Hukuk ve Demokrasi, s. 92.

²⁷ Richard Bellamy, "Constitutionalism", https://www.researchgate.net/publication/311261951_Constitutionalism, s. 6, erişim 7.1.2018.

²⁸ Erdoğan, Hukuk ve Demokrasi, s. 92.

Öte yandan demokrasi ile anayasacılık, yani sınırlı iktidar olgusu birbirleriyle çelişen değerler değildir. Nitekim Grimm'in de belirttiği gibi anayasal yönetimin bir fonksiyonu meşru yönetimi inşa etmek ve kanun koyucular tarafından bu yönetimin kapsamlı bir şekilde sürdürülmesidir. Gücü halk kaynağına dayanan demokratik rejimi ve sınırlı yönetimi reddeden bir yaklaşım modern anayasasının işleviyle ilintili değildir.²⁹ Yine Dobner'in de belirttiği gibi hukuk devleti demokratik yönetimin bir gerçeğidir. Hukuk devleti ilkesi olmadan demokrasi düşünülemez.³⁰ Kaldı ki Sartori'nin belirttiği üzere halkın otoriter ve totaliter rejimlerden korunması (demo protection) halkın iktidarla donatılmasının ön koşuludur; bireylerin özgürleştirilmesi insanların yetkiyle donatılmasının ön şartıdır.³¹

Özbudun'un da ortaya koyduğu gibi anayasacılık ve onun bir yansıması olan hukuk devleti kavramlarının ilk ortaya çıktığı dönemlerde, özgürlüğün negatif anlamda, yani devletin keyfi müdahalelerinden korunma anlamında anlaşıldığı ve hukuk devletinin de bu korunmayı sağlayacak bir araç olarak düşünüldüğü doğrudur. Çağımızda sosyal devlet anlayışının gelişmesine paralel olarak özgürlüğe pozitif bir anlam verilmeye başlanmış, yani kimi özgürlüklerin, devletin müdahale etmemesiyle değil, aksine müdahalesiyle gerçekleşebileceği düşünülmüştür. Bu sistemi eyleme döken organlar ise, şüphesiz, demokratik seçimlerle oluşan ve halk çoğunluğunun beklentilerini yerine getirmeye çalışan seçilmiş organlardır. Fakat bu gerçeklerden, demokrasi ve hukuk devletinin, birbirleri ile çelişen ya da birbirleriyle uyuşmayacak olgular olduğu sonucu çıkarılamaz. Çağdaş demokrasiler, özgürlüğün

²⁹ Dieter Grimm, "The Achievement of Constitutionalism and its Prospects in a Changed World", *The Twilight of Constitutionalism?*, Oxford University Press, New York, 2010, s. 10.

³⁰ Petra Dobner, "More Law, Less Democracy", *The Twilight of Constitutionalism?*, Oxford University Press, New York 2010, s. 142.

³¹ Giovanni Sartori, "How Far Can Free Government Travel", *Journal of Democracy*, V. 6, N. 3, 101-111, s. 101. Öte yandan Troper bu noktada farklı düşünmektedir. Ona göre hukuk devletinin koşullarına göre ya halkın temsilcilerinin iktidarı sınırlanmamıştır ya da sınırlandırılmışsa artık demokrasiden söz etmek mümkün değildir. Bu nedenle kimileri demokrasi ile uyumlu bir sınırlı iktidar anlayışını kurtarabilmek için demokrasi olgusunu değiştirmeyi önermektedirler. Fakat hukuk devleti olan demokrasi bir tür demokrasi değildir; aristokrasinin bir biçimidir. Michel Troper, "Sınırlı İktidar, Hukuk Devleti ve Demokrasi", Çev. Burak Öztürk, *Demokrasi ve Yargı*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ed. Ozan Ergül, Ankara 2005, s. 12-24.

hem negatif hem de pozitif cephelerine eşit önem veren rejimlerdir. Hukuk devleti, elbette, çoğunluk iktidarının keyfi kullanımını engelleyen, onu sınırlandıran bir araçtır. Fakat demokrasiyi çoğunluğun mutlak ve sınırsız iktidarı olarak görmek, bugün çok marjinal çevreler dışında, kimsenin itibar etmediği bir görüştür. Hukukun üstünlüğü ile sınırlandırılmış bir devlet, negatif özgürlüklerin korunması kadar, pozitif özgürlüklerin de korunup geliştirilmesi açısından zorunlu bir koşuldur.³²

Şu halde anayasacılığın esas özü denge ve denetim olgusunda belirmektedir. Bir diğer ifade ile denge ve denetim anayasacılığın özünü teşkil etmektedir. Vile'nin belirttiği gibi siyasal özgürlüğün gerçekleştirilmesi ve devamı için devletin üç dala, yani yasama, yürütme ve yargı organlarına bölünmesi zorunludur. Söz konusu bu üç dala denk düşen üç ayrıt edilebilir devlet fonksiyonu, yasama, yürütme ve yargı fonksiyonları vardır. Devletin her dalı, kendi fonksiyonunun gerçekleştirimi ile sınırlı olmalı ve diğer dalların fonksiyonlarına karışmamalıdır. Bununla beraber, bu üç devlet dalını teşkil eden kişiler birbirlerinden farklı olmalı, hiç kimsenin aynı anda birden çok dalın üyesi olmasına müsaade edilmemelidir. Bu şekilde her dal, diğerleri üzerinde bir fren mekanizması meydana getirecek ve hiçbir birey grubu, devlet mekanizmasına egemen olamayacaktır.³³

Çünkü Madison'un ortaya koyduğu gibi "toplumu yalnız hükmedenlerin zulmünden korumak değil, fakat toplumun bir kısmını öteki kısmının haksızlığından korumak da çok önemlidir. Farklı sınıflardaki vatandaşların ister istemez farklı çıkarları olur. Çoğunluk ortak bir çıkarda birleşmişse, azınlığın hakları güven altında değil demektir".³⁴ Şu halde yine Madison'un belirttiği gibi anayasada yer alan "kâğıttan engeller" yeterli değildir. "Bu organlar, her birine diğerleri üzerinde bir anayasal denetim sağlayacak şekilde, birbirleriyle ilişkilendirilip karıştırılmadıkları müddetçe, teoriye göre, hür bir devlet için gerekli ölçüde ayrılık, uygulamada hiçbir zaman gerektiği gibi sürdürülemez... Devletin anayasasında bu organların sınırlarını açıkça belirtmek ve iktidarın yayılmacı ruhuna kağıttan bu engellere güvenmek yeterli

³² Ergun Özbudun, Anayasacılık ve Demokrasi, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2015, s. 67.

³³ Özbudun, Anayasacılık ve Demokrasi, s. 15.

³⁴ Tunçay, a.g.e., s. 522.

olacak mıdır?.. Tecrübeler bize göstermektedir ki, kuralın etkinliği fazlasıyla abartılmıştır ve devletin daha zayıf unsurlarını daha güçlülere karşı korumak için daha güçlü bir savunma mutlaka gereklidir... Değişik organların anayasal sınırlarının kâğıt üzerinde belirlenmesi, devletin bütün yetkilerinin aynı ellerde müstebitçe toplanmasına yol açan yayılmacılıklara karşı yeterli korunma aracı değildir".³⁵

Dolayısıyla, 1787 Anayasası, esas ilke olarak kuvvetler ayrılığını benimsemek ve yasama iradesini Kongre'ye, yürütme iradesini Başkan'a, yargı iradesini ise yargı organına vermekle beraber, her organın diğer organlar üzerinde etkili olabileceği karmaşık bir frenler ve dengeler sistemine de yer vermiştir.³⁶ Amerikan anayasacılığın temel felsefesi bu şekilde iktidarın hukuki denetim altına alınmasıdır.³⁷

İşte bu noktada anayasacılığın özü bakımından organik ve mekanik anayasacılığı tartışmak gerekir. Bilindiği gibi anayasacılığın özü iktidarın sınırlandırılması ve hak ve özgürlüklerin güvenceye bağlanmasıdır; yani bir diğer ifade ile denge ve denetimin sağlanmasıdır. Peki, hangi anayasacılık anlayışı bu işlevi tam anlamıyla yerine getirebilmektedir?

Aydınlanma Çağı'nda Avrupa'da insanlığın akıl ve bilim rehberliğinde ilerleme anlayışı egemen olmaya başlar. Bir diğer anlatımla evrensel mekanizmanın yasalarından yola çıkarak mükemmel bir toplum tesis edilmesi süreci söz konusudur. Zira bu tür bir çalışma ile toplumda var olan dinamikler ortaya çıkarılacak, toplumsal iktidarlarda arasında bir denge inşa edilecek ve böylelikle toplumun ilerlemesi sağlanacaktır. Evren fizik yasaları ile yönetilir ve bu şekilde sarılmaz bir dengeye ulaşır. Aynı şekilde toplumda var olan adalet ve düzenin ideal yasaları da önceden konulmuş, ezeli ve ebedi normlardır. Bunların ortaya çıkarılması için rasyonel aklın gücünden istifade etmek lazımdır.³⁸ İşte bu durum Newton fiziğiyle daha çok gerçeklik kazandı. Denge statükonun sürdürülmesi için tasarlanmış ve statik bir yapıya dayanıyordu. Ancak mekanik anayasacılık Newton fiziğine dayanır.

³⁵ Özbudun, Anayasacılık ve Demokrasi, s. 16.

³⁶ Özbudun, Anayasacılık ve Demokrasi, s. 16.

³⁷ Stephen M. Griffin, American Constitutionalism, Princeton University Press, New Jersey 1996, s. 6.

³⁸ Levent Gönenç, Siyasi İktidarın Denetlenmesi-Dengelenmesi ve Yargı, Adalet Yayınevi, 2. Baskı, Ankara 2015, s. 66.

Bu yaklaşımda denge zıt iktidar odaklarının bir arada çalışabilir duruma getirilmesini ve dinamik bir dengede durmalarını sağlar.³⁹ Nitekim Newtoncu bağlamda “denge ideali” Amerikan siyasal kültürünün gerçek anlamda bir parçasıdır ve denge kültü Amerikan siyasi sistemini ve açıklamak için kullanılan esas bir olgudur.⁴⁰

Organik metaforun temelleri ile İlkçağ siyaset felsefesine kadar uzanmaktadır. Nitekim Platon devleti veya toplumu bir organizmaya benzeterek denge haline ulaşır. Ona göre, tıpkı insanda olduğu gibi siyasi toplumda da çeşitli uzuvlar ve fonksiyonlar söz konusudur. Düşünmek, karar almak ve yönetmek başın işlevidir ve baş filozof kralları temsil eder. Savaşçılar toplumun kalbi, köylüler ve tüccarlar ise toplumun midesi niteliğindedir. Bu unsurlar arasında dengeli ilişkilerin tesisi devletin sürekliliğini ve istikrarını gerçekleştirir. Platon’un siyaset felsefesinde devletin ve toplumun tıpkı bir organizma gibi tasarlanması aynı zamanda bu organizmanın uzuvları arasında bir hiyerarşinin de tasarlandığı anlamına gelir. Zira filozof krallar bu organizmanın başıdır, beynidir, aklıdır ve bu nedenle bu tasarımda hiyerarşik olarak onlara öncelik veya ağırlık verildiği görülür.⁴¹

Kanımızca anayasacılık anlamında mekanik anlayış tercih edilmelidir. İktidar belirli bir derinliğe ve yüksekliğe sahiptir. Yani iktidar rasyonel ve romantik unsurlarla hiyerarşisini kurgular. Bu rasyonel ve romantik hiyerarşisiyle iktidar bir yaşam rejimi inşa etmeye eğilim gösterir. İşte mekanik anlayış yönetim denkleminde iktidar ve diğer değişkenlerin birbiriyle iletişimi ve etkileşimini bir dengede tutar. Denklem bu şekilde yönetimin karakterini belirler. Bununla beraber anayasacılığın özü de zaten iktidarın belirlenmesi, tanımlanması ve sınırlandırılmasıdır. Bir diğer ifadeyle anayasacılığın özü denge ve denetimdir. Bu denge ve denetimi sağlayabilecek yegâne irade ise yargı iradesidir.

Görüldüğü gibi anayasacılık iktidara ilişkindir ve iktidarın denetlenmesi ve dengelenmesini ifade etmektedir. Anayasacılık bu işlevini içinde barındırdığı hukuk devleti, kuvvetler ayrılığı ve çoğulcu demokrasi gibi değerler dizisiyle yerine getirmektedir. Burada kuvvetler

³⁹ Bellamy, a.g.e., s. 5.

⁴⁰ Gönenç, a.g.e, s. 70.

⁴¹ Gönenç, a.g.e., s. 70-71.

ayrılığı üzerinde ve özellikle de yargı üzerinde durmak gerekir. Kuvvetler ayrılığı yaşam pratiğinde bireylere özerk bir alan sağlamaktadır.⁴² Zira kuvvetler ayrılığı yalnızca iktidarın bölünmesini ve ayrılmasını içermemekte aynı zamanda bireylerin hak ve özgürlüklerini yaşam pratiğine aktarmalarına ortam hazırlamaktadır. Bununla beraber hukuka dayalı anayasacılık “anayasanın üstünlüğü”nü esas alır. Bunu da siyasal müzakere araçlarıyla beraber, yargının anayasal değerleri korumaya yönelik tutumuyla ve siyasal iktidar karşısında yargı iradesinin çatışma çözücü işleviyle pekiştirir.⁴³

2. Yargı Sorunu

Hukuk devleti iktidarı sınırlandırmayı ve dengelemeyi hedefler. Bu yönüyle hukuk devleti yönetim faaliyetlerinde norm sorununu çözer. Norm sorunu normun biçimsel ve maddi yönü olarak bütünsel bir olguyu ifade eder. İşte hukuk devleti norm sorununu insan hak ve özgürlükleri doğrultusunda tasarlayarak çözümler; yani normu nitelikli kılar. Bu şekilde iktidarın denge ve denetimi sağlanır. İktidarın denge ve denetimi sağlayan en önemli organ olarak yargı ön plana çıkmaktadır. Yargı bu faaliyetini bir yandan bir iktidar olgusu olarak ortaya çıkararak dengeyi sağlayarak, diğer yandan iktidarlara arasında öne çıkarak denetim gerçekleştirerek yerine getirir.

Rosenfeld’in belirttiği gibi hukukun üstünlüğü anayasal demokrasinin temel taşlarından biri olarak dikkat çekmektedir. En geniş anlatımla hukukun devleti, devletin bireyleri yalnızca kamuya açıklanmış kanunlara tabi tutmasını, devletin yasama iradesinin yargı iradesinden ayrı olmasını ve devlet içinde hiç kimsenin hukukun üstünde olmamasını gerektirir. Modern anayasacılığın üç esas niteliği de devletin yetkilerinin sınırlandırılması, hukuk devletine bağlılık ve hak ve özgürlüklerin korunmasıdır.⁴⁴

Görüldüğü gibi, hukuk devletinin esası, kamu işlemlerinin hukuka uygunluğunun bağımsız yargı organlarınınca denetlenmesidir. Kapani’nin anlatımıyla, devlet iktidarının hukukla sınırlanmasını ve

⁴² Friedrich, a.g.e., s. 49.

⁴³ Bertil Emrah Oder, “Anayasa Nedir? Anayasacılık Nedir?” içinde Türkiye’nin Anayasa Gündemi, İletişim Yayınları, 3. Baskı, İstanbul 2016, s. 17.

⁴⁴ Michel Rosenfeld, “The Rule of Law and the Legitimacy of Constitutional Democracy”, *Southern California Law Review*, V. 74, 2001, 1307-1351, s. 1307-1309.

özgürlüklerin korunmasını gerçekten etkili kılacak başlıca güvence kurumlarından –belki de en önemlisi- yargı denetimdir. Yargı denetimi, devletin çeşitli organlarının, kendilerine anayasa ve kanunlar tarafından tanınmış olan yetkilerin sınırlarını herhangi bir biçimde aşmış olmalarının bağımsız mahkemeler tarafından kontrolünü ifade eder.⁴⁵ Hukuk devletinin temel unsuru devletin kural olarak tüm işlemlerinin yargı denetimine tabi olmasıdır. Günümüzde bunun, hem yasama, hem yürütme işlemlerini kapsamaya gerektiği kabul edilmektedir.⁴⁶

Demokrasi Abraham Lincoln'un de belirttiği gibi "halkın, halk tarafından, halk için yönetimi"dir. Çoğulcu demokrasi ise iktidara ilişkin irade sorununu çözümlenmektedir.⁴⁷ Çoğulcu demokrasinin aksine yönetim faaliyetinde iradenin kısıtlanması değildir. Tam tersine burada iradenin genişlemesi söz konusudur. İrade genişlemesi şu esasa dayanır: Bir kere çoğulcu demokraside çoğunluğun yönetim hakkı korunmakla beraber azınlıkta kalanların bir yandan hak ve özgürlükleri güvence altına alınır ve dolayısıyla bu şekilde azınlığın da iradesi göz önüne alınır diğer yandan azınlıkların ileride çoğunluk haline gelme potansiyelleri korunur. Görüldüğü gibi burada deyim yerindeyse yönetime ilişkin toplam kütlede bir irade genişlemesi söz konusu olmaktadır.

Bu noktada Dworkin'in "ortaklık demokrasisi"ne de yer verilmelidir. Buna göre ortaklık demokrasisi çoğunlukçu demokrasiden farklıdır. İnsanlar arasında anlaşmazlıklar mevcut olsa dahi, aynı bir ortaklıkta olduğu gibi, birbirlerinin çıkarını göz önüne alarak karar alırlar. Peki, bunu sağlayan şartlar nelerdir? İlk olarak bireyler siyasal kararlar üzerinde eşit söz hakkına sahip olmalıdır. Hiçbir birey sırf düşünceleri rahatsız edici diye siyasal sürece katılım imkânından yoksun bırakılmamalıdır. İkinci olarak eşit özen ilkesi geliştirilmelidir. Her bireyin bireysel var oluş koşulları ortak kararlarda gözetilmelidir. Ortak kararlar yalnızca çoğunluğun çıkarlarını değil herkesin çıkarlarını dikkate almalıdır. Zira herkesin yaşamı eşit önemdedir. Üçüncü şart onur şartıdır. Buna göre bireylerin onurunu korumak amacıyla,

⁴⁵ Ergun Özbudun, *Anayasacılık ve Demokrasi*, s. 58-59.

⁴⁶ Özbudun, *Anayasacılık ve Demokrasi*, s. 59.

⁴⁷ Kemal Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları*, Ekin Yayınevi, 5. Baskı, Bursa 2014, s. 258.

yalnızca kendilerinin karar vermesi gereken konularda çoğunluk tarafından herhangi bir şekilde karar alınmamasını öngörür. Siyasal kararlar bireylerin onuru ile uyumlu olduğu oranda ancak alınmalıdır.⁴⁸ Dolayısıyla demokrasi olgusunu savunmak kendi içerisinde bir çelişki barındırmaz. Demokrasinin temelinde eşit insan onuru düşüncesi ve insanın kendi kaderini belirleme kapasitesine, yani otonomisine duyulan inanç bulunmaktadır.⁴⁹

Bu şekilde yönetim faaliyetine ilişkin beliren norm sorunu da görüldüğü gibi çoğulcu demokrasi veya bir diğer ifade ile “ortaklık demokrasisi” ile halledilir. İşte bu irade sorunun çözümlenmesi de yine yargı erki tarafından gerçekleştirilir. Bu noktada özellikle anayasa yargısına görev düşmektedir. Özbudun anayasa yargısını hukuk devletinin gelişiminde “son ve en önemli merhale” olarak tanımlamaktadır.⁵⁰ Kanımızca bu tanımın önemi çoğulcu demokrasi anlayışı için katlanarak artmaktadır; yani anayasa yargısı çoğulcu demokrasi bakımından da son ve en önemli merhale teşkil etmektedir.

Gerçekten de yakın denilebilecek zamanlara kadar hukuk devleti deyiminden temel olarak yürütme erkinin kanunlara bağlılığını sağlayacak yargısal denetim anlaşılmıştır. Fransız İhtilalinden gelen bölünmez, devredilmez, yanılmaz ve temsil edilemez genel irade anlayışı etkisiyle, yasama iradesinin birey haklarına tecavüz edebileceği, dolayısıyla birey haklarının yalnızca yürütme erki karşısında değil, yasama iradesi karşısında da korunması gerekebileceği pek düşünülmemiştir.⁵¹ Hâlbuki yasama iradesi de, özellikle çoğunlukçu demokrasi anlayışında, en az yürütme iradesi kadar bireyin hak ve özgürlüklerini ihlal etmektedir. Gerçekten de irade kültürü yakın zamanlarda oldukça dehşet verici insan kısımlarına yol açmıştır.

Görüldüğü gibi iktidarın belirlenmesi, tanımlanması ve sınırlandırılması sürecinde yargı iradesi oldukça etkindir. Zira yargı iradesi yönetime ilişkin norm ve irade sorununu çözümlenmektedir. Bu şekilde

⁴⁸ Ronald Dworkin, “Siyasal Anayasanın Ahlaki Temelleri”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 28, 2011, 27-39, s. 29-30.

⁴⁹ David Bethaam, *Demokrasi ve İnsan Hakları*, Liberte Yayınları, Çev. Bilal Canatan, 2. Baskı, Ankara 2014, s. 28.

⁵⁰ Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, Yetkin Yayınları, 16. Baskı, Ankara 2016, s. 403.

⁵¹ Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku* s. 403.

denge ve denetim sağlanmaktadır. Yargının kökeni veya bir başka deyişle yargının kaynağı denetim ve denge arayışıdır. Bu arayış iktidarın tüm değişik görünüm biçimlerinde gözüktür. Nitekim yargı faaliyeti Antik Yunan'a kadar dayanmaktadır. Orada bugünkü modern anlamda olmasa da halk mahkemeleri yargısal işlev niteliğini ifa ediyordu.⁵² Peki, yargılamanın esası nedir? Burada yargı iradesinin önemini ortaya koymak gerekir.

Hukuk bilimi yönünden, devlet iradesinin üç esas işlevinden biri olan yargı veya yargılama genel olarak özel kişiler arasında veya özel kişilerle devlet arasında meydana gelen hukuki uyuşmazlıkları nihai olarak çözüme konusundaki bağlayıcı yetkiyi ortaya koyar. Yargı işlevi, bir diğer ifade ile bir durumun hukukiliği ve müeyyidesi hakkında bağlayıcı karar vermek olarak da belirtilebilir. Uyuşmazlıkları nihai olarak sonuçlandırmak, esasında "kesin hüküm" tesis edebilmek demektir. Yargı organı olan mahkemeler bu işlevi hukuk kurallarını somut durumlara uygulamak yoluyla ifa ederler.⁵³

Yargının amacı hukuk düzeninin korunması ve gerçekleştirilmesidir. Yargı iradesinin doğrudan doğruya adaletin gerçekleştirilmesi amacıyla yönelik niteliği ve hukuki uyuşmazlıkları kesin çözüme özelliği, bu fonksiyonu yerine getiren devlet organlarının da kendilerine özgü kimi nitelikler taşıması sonucunu meydana getirmiştir. Nitekim idari usullerden önemli oranda farklı birey haklarının korunup geliştirilmesi yönünden çok daha güvenceli yargısal usuller teşkil edilmiştir. Daha önemlisi, benimsenen hükümet sistemi ne olursa olsun, tüm demokratik hukuk devletlerinde yargı iradesinin, siyasal irade olarak nitelenebilecek yürütme ve yasama iradeleri karşısında bağımsızlık ilkesi kabul görmüştür. Yine bu ilkeyi gerçekleştirecek bir araç olarak, yargı görevini yerine getiren hâkimlerin, başka kamu görevlilerinden daha teminatlı bir statüye kavuşturulmaları benimsenmiştir.⁵⁴

Öte yandan yargının, yasama ve yürütme kuvvetlerinden ayrı, bağımsız bir kuvvet olup olmadığı hukuk doktrininde tartışmalıdır. Bir görüşe göre, bir devlette mantıken yalnızca iki kuvvetin varlığı söz konusudur: kanunları yapan kuvvet ve bunları icra eden kuvvet. Yar-

⁵² Oktay Uygun, *Demokrasi*, XII Levha Yayınları, 2. Baskı, İstanbul 2014, s. 30.

⁵³ Mustafa Erdoğan, *Anayasa ve Özgürlük*, Yetkin Yayınları, Ankara 2002, s. 23.

⁵⁴ Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 384.

gı fonksiyonu ise bir uyumsuzluk dolayısıyla, kanunun uygulanmasından ibarettir. Bu nedenle yargı fonksiyonu da, yürütme kuvvetinin bir unsuru, bir parçası saymak gerekir. Hatta bazı yazarlara göre, yargının tam manasıyla bağımsız bir kuvvet olabilmesi, ancak hâkimlerin, egemenliğin tek ve gerçek sahibi bulunan halk tarafından seçilmeleri koşuluna bağlıdır.⁵⁵

Kanımızca bu görüş yerinde değildir. Kaldı ki kuvvetler ayrılığının temel felsefesi, ya da bir diğer ifadeyle ahlaki temeli, bağımsız ve tarafsız bir yargı iradesinin varlığıdır.⁵⁶ Kuvvetler ayrılığı yasama, yürütme ve en önemlisi yargı iradesini birbirinden ayırıştırarak denge ve denetimi sağlamayı hedeflemektedir. Denge ve denetimin momentini ise bağımsız ve tarafsız bir yargı teşkil etmektedir. Erdoğan'ın da belirttiği gibi hukukun basit uygulayıcısı" biçimindeki yargıç imajı bir efsanedir. Yargıçlar hemen hemen hiçbir zaman hukuk normlarının "lafzı ne diyorsa" onu uygulayan konumda değildirler. Bu durumun bu şekilde cereyan etmesi ise kaçınılmazdır; zira hemen hemen hiçbir norm, hukuki terim veya ilke apaçık veya tek anlamlı değildir. Dolayısıyla yargıçlar mümkün olan anlam ve yorumlar arasından bir tercihte bulunmak zorunda oldukları bir "inşa" süreci yoluyla hukuka anlam verirler. Bu bakımından bakıldığında, esasında tüm hukukun yargıç yapısı olduğu dahi söylenebilir.⁵⁷

Bununla beraber Özbudun'un belirttiği gibi yargının üçüncü bir kuvvet olup olmadığı tartışmasında varılabilecek sonuç ne olursa olsun, şu gerçeği önemle belirtmek gerekir ki, bu tartışmanın hâkimlerin bağımsızlığı sorunu ile bir ilişkisi söz konusu değildir. Hâkimlerin bağımsızlığı, hukuk devletinin vazgeçilmez bir koşulu olarak tüm demokratik hukuk devletlerinde benimsenmiş olan bir ilkedir. O halde hâkimlerin bağımsızlığı kuvvetler ayrılığı teorisinin bir sonucu olmadığı gibi, bağımsız bir yargı kuvvetinin varlığına da bağlı değildir.⁵⁸

⁵⁵ Özbudun, Türk Anayasa Hukuku, s. 384.

⁵⁶ Kuvvetler ayrılığı, belli bir dönemde, liberal siyasi felsefenin neticesi olup, mutlak monarşilerin baskı yönetimlerine karşı, bireylerin hak ve özgürlüklerini güvence altına almayı hedefler. Esasında kuvvetler ayrılığı bir siyasal sanat ilkesi olup, şu biçimde ifade edilir: Kamusal faaliyetlerin iyi işleyebilmesi bakımından olduğu kadar, devlet tarafından, birey hak ve özgürlüklerine saygılı olması bakımından da, çeşitli devlet fonksiyonları (yasama-yürütme-yargılama), birbirlerine karşı, belirli bir bağımsızlığı olan organlar tarafından kullanılmalıdır. Erdoğan Teziç, Anayasa Hukuku, Beta Yayınları, 7. Baskı, İstanbul 2001, s. 390.

⁵⁷ Erdoğan, Anayasa ve Özgürlük, s. 23-24.

⁵⁸ Özbudun, Türk Anayasa Hukuku, s. 384-385.

Gerçekten de, 19. yüzyıldan itibaren siyasi parti olgusunun ortaya çıkması ve siyasal partilerin demokratik rejimin en temel mekanizmalarından biri haline dönüşmesi, kuvvetler ayrılığı ilkesine 18. yüzyılda izafe edilen anlamda radikal bir değişime neden olmuştur. Mutlak monarşilerin meşrutî ya da anayasal monarşiler doğrultusunda evrilmeye başladıkları dönemde, yasama ve yürütme kuvvetleri açısından kuvvetler ayrılığı, esas itibariyle hala monarka bağlı olan yürütme organı ile halkın ya da halkın bir kesiminin temsilcisi olan yasama iradesi arasında bir yetki bölüşümü, bir karşılıklı frenler ve dengeler sistemi şeklinde kavramsallaşmıştır.⁵⁹ Oy hakkının genişletilmesi ve siyasal partilerin güçlenmesini sonucunu doğuran demokratik gelişme, kuvvetler ayrılığı kökenindeki bu ikili meşruiyeti ortadan kaldırmıştır. Özellikle de bakanlar kurulunun yasama iradesinin güvenine dayandığı parlamenter rejimde, iktidar partisi, yasama ve yürütme iradelerini birbirine bağlayan bir köprü olmuştur. İki irade arasında daha sert bir görevler ayrılığına sahip başkanlık rejimlerinde bile, siyasi partilerin rolü inkâr edilemez. Şu halde çağdaş çoğulcu demokrasilerde kuvvetler ayrılığı, yasam ve yürütme iradeleri arasındaki ilişkiler yönünden değil, yargının bu iki siyasi irade karşısındaki konumu açısından önem taşımaktadır.⁶⁰

Kaldı ki demokratik sistemlerde çoğunlukçu anlayışa dayanan bir yönetim anlayışında bu söz konusu iki siyasi irade hak ve özgürlükler açısından oldukça tehlikeli bir hale gelebilmektedir. Nitekim Teziç'in de belirttiği gibi "çoğunluğun ya da bir meclisin kurduğu baskı yönetimi ise, kişisel iktidarı kullananların baskısı kadar tehlikelidir. Çünkü bir meclis çoğunluğu da, çıkardığı kanunlar ile kişi hürriyetlerini yok edebilir".⁶¹ Bu noktada Bentham'ın yasamaya dair söylediklerini olduğu gibi almada fayda vardır: "Hükümetlerde de, tıpta olan olur; [bunların] tek kişi, kötünün tercihidir. Bütün yasalar kötüdür; çünkü bütün yasalar özgürlüğün ihlalidir: ama tekrar ediyorum, hükümetler yalnızca kötünün tercihine vakıftır".⁶²

⁵⁹ Ergun Özbudun, Türkiye'de Demokratikleşme Serüveni, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2014, s. 147.

⁶⁰ Özbudun, Türkiye'de Demokratikleşme, s. 147-148.

⁶¹ Teziç, Anayasa Hukuku, s. 391.

⁶² Jeremy Bentham, Yasamanın İlkeleri, XII Levha Yayınları, Çev. Barkın Asal, İstanbul 2011, s. 60.

21. yüzyılda devlet iktidarının yasama, yürütme ve yargı organları arasında bölüştürüldüğü bir kuvvetler ayrılığı sistemini benimsemeyen bir anayasal hukuk devleti hayal dahi edilemez. Devlet erkinin üç kuvvete ayrılması günümüz anayasa hukukun “frenler ve dengelemler” diye nitelendirilen mekanizmanın yaşama geçirilmesine imkân sağlar. Bir diğer anlatımla, bu üç kuvvet arasında oluşan fren ve denge sistemi ile iktidarın tekelleşmesi, suiistimal ya da keyfi kullanımının engellenmesi hedeflenmektedir. Fren ve denge mekanizması bireylerin hak ve özgürlüklerinin korunması için de büyük önem taşımaktadır.⁶³

Öte yandan özellikle anayasa yargıçları için dile getirilen “yargıçlar hükümeti” eleştirisi de kanımızca yerinde değildir. Gerçekten de yargıçların hukuk normlarını yorumlarken cazibesine kapılabilecekleri en büyük sapma özellikle anayasa yargısında ve kısmen idari yargıda ortaya çıkabilir. Bu durum, yargıçların kendilerine emanet edilmiş olan hukuki denetim görevini amacından saptırarak politika belirleyiciliğe dönüştürme eğilimi sergilemeleridir. Hâlbuki yüksek yargıçların dahi anayasal yorumu anayasa mühendisliği haline dönüştürmeye hakları bulunmamaktadır.⁶⁴ Nitekim Amerikan Yüksek Mahkemesi başkanlarından Jackson’ın belirttiği gibi: “Mahkemeler mahkeme olarak hareket etmeyi bırakıp politikayı kontrol eden organlar haline dönüştüklerinde hukuk devleti emin olmayan ellere geçmiş demektir”.⁶⁵ Bu durumun en az yasama organının keyfiliği kadar sakıncalı sonuçlar doğuracağı ortadadır. Hukuk bireylere öngörülebilirlik sağlayan açık-seçik kurallar demektir; bireylerin, kamu gücü kullananların gelip geçici heveslerine mahkûm olmaları değil.⁶⁶

Gerçekten de son yüzyıl içerisinde devletin faaliyet alanının çok büyük oranda genişlemesinin yargı alanındaki bir yansıması da, hâkimin takdir hakkının ve “hâkim tarafından yaratılan hukuk” alanının buna göre genişlemesidir. Söz konusu bu değişim, hâkim tarafından yaratılan hukukun her zaman önemli bir rol oynamış olduğu Anglo-Amerikan “common law” sistemlerinden ziyade, esas itibarıyla

⁶³ Seada Palavric, “Yargının Bağımsızlığı, Yargının Tarafsızlığı ve Sorumluluğu”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 27, 2010, 23-26, s. 23.

⁶⁴ Erdoğan, *Anayasa ve Özgürlük*, s. 24.

⁶⁵ Erdoğan, *Anayasa ve Özgürlük*, s. 24.

⁶⁶ Erdoğan, *Anayasa ve Özgürlük*, s. 24.

yazılı hukuka dayanan Kıta Avrupası hukuk sistemleri bakımından radikal bir değişiklik oluşturmuştur. Bunun neticesinde, günümüzde de hararetli konulara “yargısal aktivizm”⁶⁷ veya “yargıçlar hükümeti”⁶⁸ kavramları meydana gelmiştir.⁶⁹ Ancak Özbudun’un da belirttiği gibi genellikle yerici anlamda kullanılan bu kavramlar, yargı organının kendi yetkilerini yorum yoluyla genişleterek, demokratik usuller gereği seçilmiş yasama ve yürütme iradelerine ait olması gereken yetkileri üstlenmesi, hatta gasp etmesi anlamına gelmektedir. Bu ihtimal, anayasa yargısı alanında daha kuvvetli olmakla beraber idari hatta adli yargı alanında da söz konusu olabilir. Hâkimin hukuk yaratması bir bakıma, hukuk devletinin esas unsurlarından olan kanunların kesinliği, bilinirliği ve öngörülebilirliği ilkelerine aykırı görülebilir. Fakat bu durumun, devletin çağımızdaki evriminin kaçınılmaz bir sonucu olduğu söylenebilir.⁷⁰

Nitekim Cappelletti’nin ortaya koyduğu gibi “doğasından gelen bütün sınırlılıklara rağmen, hâkimin hukuk yaratması, bizatihi anti-demokratik değildir. Şüphesiz demokrasi kavramı, basit bir çoğunlukçu anlayışa indirgenemez. Demokrasi, aynı zamanda katılım demektir, hoşgörü ve hürriyet demektir. Çoğunluğun kaprislerinden makul ölçüde bağımsız bir yargı organı, demokrasiye büyük katkıda bulunabilir; gerek siyasal organlar karşısında bir frenler ve dengeler sistemini koruyabilecek gerek çağdaş toplumlarımızda çok tipik olan devlet-dışı veya devlet-benzeri iktidar merkezleri karşısında yeterli denetimi sağlayabilecek derecede aktif, dinamik ve yaratıcı bir yargı organı bunu başarabilir.”⁷¹

⁶⁷ A. Ernest Young, “Judicial Activism and Conservative Politics”, *Colorado Law Review*, C. 73, S. 4, 2002, s. 1139-1216; Keenan D. Kmiec, “The Origin and Current Meanings of Judicial Activism”, *California Law Review*, C. 92, S. 5, 2004, s. 1441-1478; Roger Craig Green, “An Intellectual History of Judicial Activism”, (http://works.bepress.com/roger_craig_green/1/ erişim 07.05.2015), 2008, s.1-54; Özan Ergül, “Berraklaşırılmayan Bir Kavram: ‘Yargısal Aktivizm’”, *TBB Dergisi*, S. 104, 2013, s.37-54; Serdar Korumcu, *Yargısal Aktivizm*, Seçkin Yayıncılık, b. 1, Ankara 2014.

⁶⁸ Kavram için bkz. Ran Hirschl, “The Political Origins of the New Constitutionalism”, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, C. 11, S. 1, 2004, s. 71-73.

⁶⁹ Özbudun, *Anayasacılık ve Demokrasi*, s. 69.

⁷⁰ Özbudun, *Anayasacılık ve Demokrasi*, s. 69.

⁷¹ Mauro Cappelletti, “‘Who Watches the Watchmen’ A Comparative Study on Judicial Responsibility”, *American Journal of Comparative Law*, V. 31, N. 1, 1983, s. 46’dan akataran Özbudun, *Anayasacılık ve Demokrasi*, s. 69.

Hukuk devletinin gerekleri olarak dikkate alınan yasaların anayasa uygunluğunun sağlanması ve yönetimde hukuka bağlılığın yargı denetimine tabi olması ilkeleri, bu denetimin en etkili araçlarından olan yargı iradesinin güvenilirliğinin gerçekleştirilmesi gerekir. Zira bu güvenilirliği oluşturacak şartların sağlanamaması, bireylerin yargıya duyacakları güven duygusunu sarsacak ve hukuk devleti ilkesi ve toplumdaki adalet duygusu zedelenecektir.⁷²

Dolayısıyla yargının tarafsızlığının ve bağımsızlığının sağlanması gerekir. Volcansek'in belirttiği gibi yargının tarafsızlığı ve bağımsızlığı bir madalyonun iki yüzü gibidir.⁷³ Locke da bu doğrultuda yasama ve yürütme iktidarlarının birleştiği bir yerde bağımsız, adaletli ve tarafsız bir yargı merciiinin olmadığını belirtmektedir.⁷⁴ Erdoğan'ın belirttiği gibi yargının bağımsızlığı "anayasal demokrasi"nin ve "hukuk devleti"nin esas koşullarından biridir. Özbudun'a göre de yargının siyasi irade karşısında bağımsızlığı, hükümet sistemi ne olursa olsun tüm anayasal demokrasilerin ve onlardan ayrılmaz bir unsur olarak hukuk devletinin vazgeçilmez bir koşuludur.⁷⁵ Bunun nedeni daha çok yargıcın hukuku yorumlarken normların anlamını onlardan etkilenen bireylerin görüşlerine uydurmasına yol açacak biçimde baskı altında olmamasına ve maddi olguları değerlendirirken bireysel çıkar veya masalahata uygunluk mülahazalarından etkilenmemesine olan evrensel ihtiyaçtır. Bir başka anlatımla, yargı bağımsızlığının gerekçesi, yargıcın kendisine verilen görevleri yerine getirirken iktidar iradesinden gelebilecek müdahalelerden masun olmasıdır. Bu durum, anayasal demokrasi anlayışının doruk noktasıdır. Zira herhangi bir harici etki ve baskıya karşı korunmadığı sürece, yargıç adaleti hukuka uygun olarak ve tarafsızca dağıtacak bir konumda değildir. Dolayısıyla, yargıcın efendisi hukuk, sadece hukuk olmalıdır. Yargı bağımsızlığı bunun yanında bireylerin hak ve özgürlüklerinin en önemli güvencelerinden biridir.⁷⁶

⁷² Yavuz Sabuncu, *Anayasaya Giriş*, İmaj Yayınevi, 9. Baskı, Ankara 2003, s. 85.

⁷³ Mary L. Volcansek, "Appointing Judges the European Way", *Fordham Urban Law Journal*, V. 34, 2007, s. 365.

⁷⁴ John Locke, *Hükümet Üzerine İkinci İnceleme*, s. 97. Gerçi Locke'un yargı anlayışı önemli bir sorun içermektedir; zira O yargıyı yasama iktidarının ya kendisi ya da bir türevi olarak ele almaktadır.

⁷⁵ Özbudun, *Türkiye'de Demokratikleşme Süreci*, s. 147.

⁷⁶ Erdoğan, *Anayasa ve Özgürlük*, s. 25.

Bu nedenle artık yargı bağımsız ve tarafsız olsun mu olmasın mı aşaması sona ermiştir. Yargı bağımsız ve tarafsız olmak zorundadır. Bireylerin bu tür bir yargıyı isteme hakları vardır. Bu hak iktidar tarafından dikkate alınmak zorundadır. Dolayısıyla kâğıt üzerindeki gerçekliklerin yargı pratiğine de aktarılması zorunludur. Şahbaz'ın da belirttiği gibi bu noktada yargıçların profesyonellikleri önem kazanmaktadır. Zira profesyonelliğin kaliteyi artıracığı yönünde yaygın kanaat söz konusudur. Yargının kalitesi yoksa bağımsızlığının bir anlamı yoktur; yargı bağımsız değilse de kaliteli olması mümkün değildir.⁷⁷

Bağımsızlık iki organ arasındaki ilişkinin niteliği ile ilgilidir ve bu organlardan birinin fonksiyonel açıdan diğerinin etki ve karışması olmaksızın çalışabilmesidir. Yargıç karar verirken hiçbir şekilde hiçbir sebeple hiç kimsenin, hiçbir iradenin etkisi altında girmeyen kimse değildir. İşte yargıcın bu biçimde karar oluşturabilmesi için hem bu niteliği kazanabilecek şekilde yetiştirilmesi hem de anayasal ve yasal düzenlemelerin gerekli ortamı hazırlaması gerekir.⁷⁸ Bağımsız yargı hukuk devletini, hukukun üstünlüğünü en biçimde sağlayan sistem olarak kabul edilmektedir. Bu bağlamda yargı iradesine ilişkin atama, tayin, azil ile ilgili işlemler yasama ve yürütmenin elinden alınmalı ve bağımsız bir organa verilmelidir.⁷⁹

Yargının tarafsızlığına gelince yargıçlar iki anlamda tarafgir olabilmektedirler. İlk olarak dış etkenlerden kaynaklanan tarafgirlikten söz edilebilir. Bu durum partiler, meclis ve hükümet gibi iktidar odaklarının yargı üzerinde güç kullanabilmeleri neticesinde ortaya çıkabilir. Ancak bu tür tarafgirlik yargının siyasi iktidardan bağımsız olmasını sağlayan kurumlar yoluyla önemli oranda giderilebilir. Buna karşılık, bir de bizatihi yargıcın önyargı ve sempatilerinden, özellikle de bunları yargısal karar verme sürecine karıştırmalarından doğan içsel tarafgirlik söz konusudur. Bu durum da yargıçların nasıl atandıklarından ziyade kimlerin yargıç olarak atandıklarıyla ve onların hukuk kültürüyle alakalıdır. Gerçekten de yargıçlar arasında mevcut siyasi ve sosyal düzeni savunmaya eğilimli olma anlamında muhafazakâr bir tarafgirlik oldukça sık rastlanan bir durumdur. Bu aynı zamanda

⁷⁷ İbrahim Şahbaz, "AİHM Kararlarında Yargı Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı", *Anayasa Yargısı Dergisi*, C: 25, 2008, 229-289, s. 232.

⁷⁸ Şahbaz, a.g.e., s. 233.

⁷⁹ Şahbaz, a.g.e., s. 233-234.

yargıçların geldikleri toplumsal katmanla ve aldıkları eğitimle de yakından ilişkilidir.⁸⁰

Erdoğan'ın belirttiği gibi yargının kurumsal olarak bağımsız olması yargıçların iktidar iradesi ve devlet iktidarı karşısında tarafsız davranacaklarını her zaman garanti etmemektedir. Hatta kimi zaman kurumsal bağımsızlık cari rejim doğrultusunda bir tarafgirliğin maske haline de gelebilir. Bu durum, ideolojik devletlerde sıkça rastlanan bir durumdur. Bu biçimdeki devletlerde yargıçların kendilerini hukukun evrensel amaçları olan, adalet, özgürlük ve barış ilkelerinden ziyade cari rejimin ideolojik tercihlerini korumakla görevli saymaları genel bir eğilimdir. Bu da hukuku gündelik siyasal faaliyetlerin basit bir aracına dönüştürür. Yargıçların kendilerini halk adına bağımsız bir irade olarak değil de, yerleşik kurumsal yapı çerçevesindeki devletin bekçileri (rejim muhafızı), olarak görmeleri özgür bir toplum için akla gelebilecek en büyük tehlikelerden biridir.⁸¹

Görüldüğü gibi yargı kararlarının adaletli olması için yargı iradesinin kesin olarak tarafsız olması şarttır. Tarafsızlık hâkimlerin hem dış çevrelerinin hem de kendi bireysel çıkarları, siyasal görüşleri, felsefi düşünceleri ve kanaatlerinin etkisinde kalmadan karar vermeleri anlamına gelir. Nitekim mahkemelere tanınan bağımsızlığın amacı da işte bu tarafsızlığı gerçekleştirmektir.⁸² Olması gereken yargıçların bağımsız ve tarafsız şekilde hukuka ve vicdani kanaatlerine göre hüküm tesis etmeleridir.⁸³ Gerçekten de vicdan ve hukuk, yargıçların bir yargılamada referans almaları gereken hayati öneme sahip iki unsurdur. Nitekim Montesquieu şöyle demektedir: "Yasaları yapma, kamuya yönelik kararları alma ve suçları yargılama yetkilerini aynı elde topladınız mı, her şey bitmiştir insan için. ... Yargılama yetkisi, yasama erkiyle uygulama erkinden ayrılmazsa ortada yine özgürlük diye bir şey kalmaz. Yargılama erki yasama erkiyle birleştirilseydi vatandaşların yaşamı ve özgürlüğü üstündeki erk keyfi hale gelirdi: Çünkü yargıç aynı zamanda yasa yapıcısı olurdu. Uygulama erkiyle birleştirilseydi, o zaman yargıcın elinde yargılama erkinden başka bir de baskı kuvveti bulunurdu".⁸⁴

⁸⁰ Erdoğan, Anayasa ve Özgürlük, s. 25.

⁸¹ Erdoğan, Anayasa ve Özgürlük, s. 26.

⁸² Yavuz Atar, Türk Anayasa Hukuku, Mimoza Yayınları, 7. Baskı, Konya 2012, s. 284.

⁸³ Murat Sevinç, Anayasa Yazıları, İmaj Yayınevi, Ankara 2010, s. 318.

⁸⁴ Mehmet Akad ve Bihterin Vural Dinçkol, Der Yayınları, 7. Basım, İstanbul 2013, s.

Bağımsız ve tarafsız bir yargı hukuk devleti ve çoğulcu demokrasinin olmazsa olmazıdır. Yargı iradesi bu işleviyle denetim ve denge olgusunun en önemli unsudur. Hukuk düzeninde devletin ve genel olarak iktidarın tüm değişik görünüm biçimlerinin eylem ve işlemlerinin yargı denetimine tabi olması gerekir. Bu denetim Tanör ve Yüzbaşıoğlu'nun belirttiği üzere kuralların niteliğine bağlı olarak çeşitli kademelere ayrılır. Birey-devlet ilişkilerinde daha ziyade idari eylem ve işlemlerle karşı karşıya gelindiğinden ilk kademe yürütme iradesinin yargı denetimine bağlı olması gerekir. İkinci adım yasama iradesi karşısında hukuk güvenliği sorunudur. Yasama iradesinin de anayasaya uygunluğu tam manasıyla sağlanmalıdır. Nihayet üçüncü aşama da, anayasanın kendisinin hukuk devleti ilke ve gerekleri karşısındaki sınavı nasıl verdiğidir.⁸⁵ Yargının bu geniş kapsamlı denetimi ancak tarafsız ve bağımsız bir yargı düzeni ile kurulur. Zira hâkimlerin bağımsızlığı, onların hiçbir baskı ve etki altına kalmadan, hukuka ve vicdanlarına göre karar vermelerini hedefler. Hâkimlerin görevlerine ilişkin bu objektif bağımsızlık, onlara tanınan bir ayrıcalık olmayıp; adaletin ve her türlü etki, baskı, yönlendirme ve şüpheden uzak dağıtacağı yolundaki güven ve inancı yerleştirmektedir.⁸⁶

Sonuç

Hukuk ve siyaset ilişkisi oldukça kaygan bir zeminde yer almaktadır. Siyaset bulunduğu ortamda geniş bir hacim bulmaya eğilim gösterirken hukuk belirliliği, tanımlılığı ve nihai olarak sınırlılığı ifade eder. Siyaset en hafif tabirle pragmatizmle hareket eder. Hukuk ise belirliliği ve güvenliği yaşam pratiğinde eylemselleştirir. Dolayısıyla siyaset ve onun somut bir formu olarak siyasal iktidar gerektiğinde hak ve özgürlükleri ihlal eder, kısıtlar ve hatta askıya alır. Hukuk ise hak ve özgürlüklerin güvenceye bağlanmasını ve geliştirilmesini amaçlar. Hukuk bu işlevini siyasal iktidarı dengeleyerek ve denetleyerek yerine getirir. Şu halde hukuk öncelikle siyasal iktidarı belirler. Belirleme faaliyeti ile hukuk siyasal iktidarın bulunduğu konumu ve hacmini hesaplar. İkinci olarak hukuk siyasal iktidarı tanımlar. Tanımlama ile

151-152.

⁸⁵ Bülent Tanör ve Necmi Yüzbaşıoğlu, *Türk Anayasa Hukuku*, Beta Yayınları, 16. Baskı, İstanbul 2016, s. 110.

⁸⁶ Tanör ve Yüzbaşıoğlu, a.g.e., s. 461.

hukuk siyasal iktidarın ne olduğunu sorgular ve nesnel bir araç olarak kullanılmasını sağlar. Üçüncü olarak hukuk siyasal iktidarı sınırlandırır. Bu işleviyle hukuk siyasal iktidarın hacmini kısıtlar ve potansiyel alan genişlemesinin önüne geçer. Nihai olarak hukuk siyasal iktidarı böler. Bu şekilde de siyasal iktidarın çekim gücünü azaltır ve iktidarın yoğunlaşıp tortulaşmasını önler.

İşte hukuk bu işlevlerini somut bir kurumsal aracı ile yani yargı aracılığıyla yapar. Yargı siyasal iktidarı denetleme ve dengeleme sürecinde en önemli araçtır. Yargı her şeyden önce devlet iktidarları arasında hem bir öznedir hem de öznelerin en önemlisidir. Yargı bir öznedir; zira devlet iktidarları arasında momenti sağlayan iradedir. Yargı aynı zamanda en önemli öznedir; çünkü diğer iktidarları hukukun tanımlanmış alanı içerisinde tutarak, yani yargılayarak denetler.

İdeoloji siyaseti olduğu gibi hukukun en önemli kurumu olarak yargıyı da çürütebilecek en önemli olgudur. Elbette hâkimler kanunlara uymakla birlikte kanunun açık olmadığı durumlarda yargılamada hâkimlerin kanaatleri oldukça hayati bir rol oynar.⁸⁷ Ancak ideoloji maalesef hâkimlerin karar alırken gerek dışsal gerek içsel olarak referans aldıkları en önemli faktör olarak varlık bulmaktadır. Nitekim Sunstein'in de ifade ettiği gibi devlet başkanları bu gerçekliğin farkında olup atamalarda bunu büyük bir sevgiyle dikkate alırlar. Amerika Birleşik Devletleri'nde cumhuriyetçi üyeler demokratik üyelerden pek çok noktada farklı kararlar vermektedirler ki ayırım sahalı olarak cinsiyet ayrımcılığı, çevre korunması, iş hukuku, engelli ayrımcılığı ve daha pek çoğu sayılabilir.⁸⁸

Bununla birlikte yargı iradesine, özellikle de anayasa yargısına ilişkin "yargıçlar hükümeti" tartışmasına kanımızca temkinli yaklaşmak gerekir. Bu tartışmadan hareketle yargıyı sınırlandırma girişimleri iktidarın hukuki denetim alanı dışına çıkmasına neden olmamalıdır. Siyasi iktidarın kuvvetler ayrılığı sistemi içerisinde tekil ve tekel olma refleksini dengeleyecek bir yargı denetimi hukuk devleti idealini hayata geçirecek önemli bir araçtır. Şüphesiz yargı her türlü ideolojik saplantıdan uzak bağımsız ve tarafsız olmalıdır; ancak bu durum si-

⁸⁷ Cass R. Sunstein ve diğerleri, *Are Judges Political?*, Brookings Institution Press, Washington 2006, s. 147.

⁸⁸ Sunstein ve diğerleri, a.g.e., s. 147-148.

yasal iktidarlar tarafından yargı iradesinin araçsallaştırılmasına meydan vermemelidir. Sonuç olarak bağımsız ve tarafsız bir yargı iradesi demokratik bir hukuk devleti için olmazsa olmaz öncelikli koşuldur. Bağımsız ve tarafsız bir yargısı olmayan bir rejim demokratik devlet de değildir hukuk devleti de değildir. Anayasal demokrasi olarak da formüleleştirilen demokratik hukuk devleti insan hak ve özgürlüklerinin en büyük güvencesi konumundadır.

Kaynakça

- Akad Mehmet ve Bihterin Vural Dinçkol, Genel Kamu Hukuku, Der Yayınları, 7. Basım, İstanbul 2013.
- Atar Yavuz, Türk Anayasa Hukuku, Mimoza Yayınları, 7. Baskı, Konya 2012.
- Bellamy Richard, "Constitutionalism", https://www.researchgate.net/publication/311261951_Constitutionalism, s. 6, erişim 7.1.2018.
- Bethaam David, Demokrasi ve İnsan Hakları, Liberte Yayınları, Çev. Bilal Canatan, 2. Baskı, Ankara 2014.
- Bentham Jeremy, Yasamanın İlkeleri, XII Levha Yayınları, Çev. Barkın Asal, İstanbul 2011
- Butleritche David, "The Confines of Modern Constitutionalism", *Pierce Law Review*, V. 3, N. 1, 2004, 1-32.
- Cappelletti Mauro, "Who Watches the Watchmen? A Comparative Study on Judicial Responsibility", *American Journal of Comparative Law*, V. 31, N. 1, 1983.
- Canetti Elias, Kitle ve İktidar, Çev. Gülşat Aygen, Ayrıntı Yayınları, 5. Basım, İstanbul 2012.
- Çağlar Bakır, "Yeni-Anayasacılık Üzerine Notlar", *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, C. 6, S. 1-3, 1985, 29-42.
- Dobner Petra, "More Law, Less Democracy", *The Twilight of Constitutionalism?*, Oxford University Press, New York 2010.
- Dworkin Ronald, "Siyasal Anayasanın Ahlaki Temelleri", *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 28, 2011, 27-39.
- Erdoğan Mustafa, Anayasa ve Özgürlük, Yetkin Yayınları, Ankara 2002.
- Erdoğan Mustafa, Hukuk ve Demokrasi, Kesit Yayınları, İstanbul 2013.
- Friedrich Carl J., Sınırlı Devlet, Liberte Yayınları, 2. Baskı, Ankara 2014.
- Gönenç Levent, Siyasi İktidarın Denetlenmesi-Dengelenmesi ve Yargı, Adalet Yayınevi, 2. Baskı, Ankara 2015.
- Gözler Kemal, Anayasa Hukukunun Genel Esasları, Ekin Yayınevi, 5. Baskı, Bursa 2014.
- Griffin Stephen M., American Constitutionalism, Princeton University Press, New Jersey 1996.

- Grimm Dieter, "The Achievement of Constitutionalism and its Prospects in a Cahnged World", *The Twilight of Constitutionalism?*, Oxford University Press, New York, 2010.
- Gül Cengiz, İktidarın Sınırlandırılması ve Hukuk Devleti, Adalet Yayınları, Ankara 2010.
- Hawley Amos H., "Community Power and Urban Renewal Success", *The American Journal of Sociology*, C. 68, S. 4, 1963.
- Hirschl Ran, "The Political Origins of the New Constitutionalism", *Indiana Journal of Global Legal Studies*, C. 11, S. 1, 2004.
- Kaboğlu İbrahim Ö., "Anayasa 'Toplumun Özgeçmiş'i' Olabilir Mi?", içinde, Türkiye'nin Anayasa Gündemi, İletişim Yayınları, 3. Baskı, İstanbul 2016.
- Kapani Münci, Politika Bilimine Giriş, Bilgi Yayınları, 19. Basım, Ankara 2007.
- Locke John, Hükümet Üzerine Birinci İnceleme, İmaj Yayınevi, 2. Baskı, Çev. Fahri Bakırcı, Ankara 2015.
- Locke John, Hükümet Üzerine İkinci İnceleme, Eksi Yayınları, 3. Baskı, Çev. Fahri Bakırcı, Ankara 2016.
- Loughlin Martin ve Petra Dobner, *The Twilight of Consttutionalism*, Oxford University Press, New York 2010.
- Machiavelli Nicolo, Prens, Remzi Kitabevi, 3. Basım, İstanbul, 2016.
- Nye Joseph S., "The Changing Nature of World Power", *Political Science Quarterly*, V. 105, S. 2, 1990.
- Oder Bertil Emrah, "Anayasa Nedir? Anayasacılık Nedir?" içinde Türkiye'nin Anayasa Gündemi, İletişim Yayınları, 3. Baskı, İstanbul 2016.
- Özbudun Ergun, Türkiye'de Demokratikleşme Serüveni, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2014.
- Özbudun Ergun, Anayasacılık ve Demokrasi, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2015.
- Özbudun Ergun, Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, 16. Baskı, Ankara 2016.
- Palavric Seada, "Yargının Bağımsızlığı, Yargının Tarafsızlığı ve Sorumluluğu", *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 27, 2010, 23-26.
- Rosenfeld Michel, "The Rule of Law and the LEgitimacy of Constitutional Democracy", *Southern California Law Review*, V. 74, 2001, 1307-1351.
- Rousseau Jean Jacques, Toplum Sözleşmesi, Çev. Ayşe Meral, Alfa Yayınları, İstanbul 2016.
- Russell Bertrand, İktidar, Cem Yayınevi, 1. Basım, Çev. Mete Ergin, İstanbul 2014.
- Sabuncu Yavuz, Anayasaya Giriş, İmaj Yayınevi, 9. Baskı, Ankara 2003.
- Sartori Givanni, "How Far Can Free Government Travel?", *Journal of Democracy*, V. 6, N. 3, 101-111.
- Sevinç Murat, Anayasa Yazıları, İmaj Yayınevi, Ankara 2010.
- Stinebrickner Bruce, "Robert A. Dahl an the essentials of Modern Political Analysis: politics, influence, power, and polyarchy", *Journal of Political Power*, 2015, 189-207.

- Sunstein Cass R. ve diğerleri, *Are Judges Political?* Brookings Institution Press, Washington 2006.
- Şahbaz İbrahim, "AİHM Kararlarında Yargı Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı", *Anayasa Yargısı Dergisi*, C: 25, 2008, 229-289.
- Tanör Bülent ve Necmi Yüzabaşoğlu, *Türk Anayasa Hukuku*, Beta Yayınları, 16. Baskı, İstanbul 2016.
- Teziç Erdoğan, *Anayasa Hukuku*, Beta Yayınları, 7. Baskı, İstanbul 2001.
- Troper Michel, "Sınırlı İktidar, Hukuk Devleti ve Demokrasi", Çev. Burak Öztürk, Demokrasi ve Yargı, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ed. Ozan Ergül, Ankara 2005.
- Tunçay Mete, *Batı'da Siyasal Düşünceler Tarihi*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 5. Baskı, İstanbul 2014.
- Uygun Oktay, *Demokrasi*, XII Levha Yayınları, 2. Baskı, İstanbul 2014.
- Volcansek Mary L., "Appointing Judges the European Way", *Fordham Urban Law Journal*, V. 34, 2007
- Yücel Tahsin, *Gökdelen*, Can Yayınları, İstanbul 2006.

SENDİKAL HAKLARIN KULLANILMASININ ENGELLENMESİ SUÇU

OFFENSE OF PREVENTING THE ENJOYMENT OF TRADE UNIONS RIGHTS

Müslüm FİNCAN*

Özet: Sendikalar, yıllardır işçilerin ve işverenlerin sosyal ve ekonomik haklarını koruyan ve gözeten müesseselerdir. Çalışmamızda, bireysel ve kolektif sendika özgürlüğünü koruyan sendikal hakların kullanılmasının engellenmesi suçu ve sendikalar ile ilgili olabilecek diğer suçlar incelenmiştir. Özellikle sendikal hakların kullanılmasının engellenmesi suçu; maddi ve manevi unsurlar, teşebbüs, iştirak ve içtima başlıkları altında ele alınmıştır. Sendika, sendika yöneticileri ve sendika üyeleri tarafından veya bunlara karşı işlenebilecek suçlar, içtihatlar ve istatistikler ışığı altında değerlendirilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Sendika, Sendikal Haklar, Sendikal Hareket, Sendikal Hakların Kullanılmasının Engellenmesi Suçu, Sendikalar ile İlgili Suçlar

Abstract: Trade Unions are organizations that protect and vindicate employees and employers' social and economic rights. In our study, we examine the offense of prevention the enjoyment of trade union rights that protect the freedoms of both individuals and collective entities. In particular, the crime of preventing the enjoyment of trade union rights is relevant in cases where the elements of a crime include a mens rea (intent), in cases of attempt, abetting and aiding, or in joinder of offenses. Offenses committed by or against trade unions, members or executives of trade unions are examined by using judicial decisions and statistics.

Keywords: Syndicate / Trade Union, Union Right, Trade Union Movement, Offense of Preventing the Enjoyment of Trade Union Rights, Crimes About Trade Unions.

* Avukat, Doktora Öğrencisi, Friedrich Alexander Üniversitesi, Erlangen, Almanya, muslumfc@hotmail.com.

I. SENDİKA VE SENDİKAL HAKLAR HAKKINDA GENEL BİLGİLER

Türk Dil Kurumu tarafından sendika, işçilerin veya işverenlerin iş, kazanç, toplumsal ve kültürel konular bakımından çıkarlarını korumak ve daha da geliştirmek için aralarında kurdukları birlik şeklinde ifade edilmiştir.¹ Sendika; çalışanların, çalışma hayatına ilişkin problemlerini çözmek, ortak çıkarlarını ve haklarını korumak, geliştirmek amacıyla kurdukları örgütlere denilmektedir.² Türk Hukuku'nda ilk işçi kuruluşunun 1871 yılında kurulan Ameleperver Cemiyeti olduğu kabul edilmektedir.³ Ancak doktrinde bir takım yazarlar bu cemiyetin asıl adının "Amelperver Cemiyeti" olduğunu⁴ ve işçiler tarafından değil; yabancı bürokratlar tarafından kurulmuş olan bir yardım derneği olduğunu ifade etmişlerdir.⁵ Hukukumuzda bilinen ilk sendika türü örgütlenme; 1894-1895 yıllarında kurulan Amele-i Osmani Cemiyeti'dir.

1933 yılında eski TCK'da yapılan düzenleme ile cebir ve şiddet ya da tehdit ile işçileri greve zorlayan kişilerin altı aydan beş yıla dek hapis cezasına çarptırılması kararlaştırılmıştır.⁶ 1938 tarihinde yürürlüğe giren 3512 sayılı Cemiyetler Kanunu'nun⁷ 9. maddesindeki "Aile, cemaat, ırk, cins ve sınıf esasına veya adına dayanan cemiyetlerin teşkili yasaktır." hükmü uyarınca sendikaların kurulması ve sendikal faaliyetlerin yapılması engellenmiştir. 3512 sayılı Cemiyetler Kanunu'nun 35.

¹ Türk Dil Kurumu tarafından yapılan tanıma için bkz., http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5a4240985846d4.83849733, (Erişim tarihi: 26.12.2017).

² Doktrinde yapılan sendika tanımlarına ilişkin daha fazla bilgi için bkz., Turhan Esener/Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu, *Sendika Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014, s. 55; Duygun Yarsuvat, Çalışma Ceza Hukuku, Sendika Özgürlüğüne Karşı Suçlar, Kanunsuz Grev ve Lokavt Suçları, Sermet Matbaası, İstanbul, 1978, s. 23-24.*

³ Esener/Bozkurt Gümrükçüoğlu, s. 9.

⁴ Yıldırım Koç, "Sendikacılık Tarihi", *Türk-İş Eğitim Yayınları, No: 1, Ankara, 1998, s. 3, <http://yildirimkoc.com.tr/usrfile/1322171321b.pdf>, (E.T.: 23.06.2015).*

⁵ Adnan Mahiroğulları, *Dünyada ve Türkiye'de Sendikacılık, Ekin Yayınevi, Bursa, 2013, s. 167.*

⁶ Necmettin Özerkmen, "Geçmişten Günümüze Türkiye'de Anayasa ve Yasalarda Sendikal Hakların Düzenlenmesi ve Getirilen Kısıtlamalar", *Ankara Üniversitesi Dil ve Tarih Coğrafya Fakültesi Dergisi, C. 43, S. 1, 2003, s. 244, <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/26/1009/12246.pdf>, (E.T.: 19.12.2017).*

⁷ Bu kanun, 1972 tarihli ve 1630 sayılı Dernekler Kanunu'nun 76. maddesi ile yürürlükten kaldırılmıştır.

maddesi uyarınca; aynı Kanun'un 9. maddesine aykırı harekette bulunanların Türk Ceza Kanunu'na göre bu fiilleri ayrıca bir suç teşkil etmediği takdirde bir seneye kadar hafif hapis veya on liradan 200 liraya kadar hafif para cezasıyla cezalandırılması gerektiği ifade edilmiştir. Söz konusu 9. madde hükmü, 5 Haziran 1946 tarihli ve 4919 sayılı Cemiyetler Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine Dair Kanun ile yürürlükten kaldırılmıştır ve bu tarihten sonra sendika kurma serbest hale gelmiştir.⁸

Dünya'da azalmakta olan sendikal üyelik akımı, ülkemizde de benzer bir düşüşe sahiptir. Örneğin İngiltere'de 1975 yılında %50 civarında olan sendikal yoğunluk, 2010 yılında %26,5'e gerilemiştir.⁹ 2012 yılında %26 olan bu oran; 2013 yılında %25,6'ya;¹⁰ 2016 yılı açısından ise %23,3'e düşmüştür.¹¹ Günümüzde İngiltere'de sendikal kuruluşların tepesinde yer alan ve 1868 yılında kurulan "İşçi Sendikaları Kongresi" (*Trade Union Congress, TUC*), sendikalar arasında çıkan uyuşmazlıkları çözme ve sendikal politikaların uygulanmasını sağlamada etkin rol oynamaktadır.¹² Almanya'da 1949 yılında sendikaların bir araya gelmesi ile "Alman İşçi Sendikaları Birliği" (*Deutsche Gewerkschaftsbund, DGB*) Hans Böckler önderliğinde kurulmuştur.¹³ 1958 yılında 6.3 milyon üyeye sahip olan bu federasyon,¹⁴ 6 milyon üyesiyle¹⁵ halen günümüzde Almanya'da bulunan en güçlü sendikal örgüt olarak karşımıza

⁸ Esener/Bozkurt Gümrükçüoğlu, s. 19.

⁹ Mahiroğulları, s. 101.

¹⁰ https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/313768/bis-14-p77-trade-union-membership-statistical-bulletin-2013.pdf, (E.T.: 25.12.2017).

¹¹ https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/616966/trade-union-membership-statistical-bulletin-2016-rev.pdf, sf. 25 (E.T.: 26.12.2017).

¹² Nizamettin Aktay, Avrupa Birliği Ülkeleri Toplu İş Hukuku, Kamu İşletmeleri İşverenleri Sendikası, Ankara, 1997, 5. Bölüm, s. 13.

¹³ Deutscher Gewerkschaftsbund, <http://www.dgb.de/uber-uns/bewegte-zeiten/60-jahre-dgb>, (E.T.: 26.12.2017).

¹⁴ Franz Lepinski, "The German Trade Union Movement", *International Labour Review*, S. 79, 1959, s. 66, <http://heinonline.org/HOL/Print?collection=journals&handle=hein.journals/intlr79&id=73>, (E.T.: 20.12.2017).

¹⁵ Heiner Dribbusch / Peter Birke, "Trade Unions in Germany", Friedrich Ebert Stiftung, 2012, s. 2, <http://library.fes.de/pdf-files/id-moe/09113-20120828.pdf>, (E.T.: 20.12.2017); Deutscher Gewerkschaftsbund, <http://www.dgb.de/uber-uns/dgb-heute/mitgliederzahlen/2010>, (E.T.: 26.12.2017).

çıkılmaktadır. 2010 yılı sonu itibariyle Almanya'da işçilerin %19'u,¹⁶ 2011 yılı itibariyle ise %18'i sendikaya üye durumdadır.¹⁷ Son olarak Amerika Birleşik Devletleri'nde %40 oranıyla 1940'lı yıllarda en yüksek seviyeye ulaşan sendikal yoğunluk,¹⁸ yıllar itibariyle azalma eğilimi göstermiştir. Söz konusu oran, 1970 yılında %27, 1980 yılında %20, 1995 yılında %15 ve seviyelerine gerilemiştir.¹⁹ 2016 yılında ise işçilerin sendikaya üye olma oranı %10,7'ye düşmüştür.²⁰

Ülkemizde 1984 yılında %55 olan ve 1994 yılında %69'a kadar çıkan²¹ sendikalaşma oranları, her yıl Ocak ve Temmuz aylarında yayımlanan Bakanlık raporuna göre; 2017 yılı Temmuz ayı itibariyle %11,95'e düşmüştür.²² Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından yayımlanan raporda konfederasyonların üye sayılarına baktığımızda; TÜRK-İŞ'in 907.328, HAK-İŞ'in 544.566, DİSK'in 145.988, TÜR-İŞ'in 486, TİSKON-BİR'in ise 379 üyesinin olduğu görülmektedir. Belirli bir konfederasyon çatısı altında olmayan bağımsız sendikaların üye sayısı ise, 24.891 olarak belirtilmiştir.²³

Yıllardır artma eğilimi gösteren sendikal özgürlükler; çeşitli yasal düzenlemeler ile koruma altına alınmıştır. Dar anlamda sendika

¹⁶ Dribbusch / Birke, s. 2.

¹⁷ <http://www.worker-participation.eu/National-Industrial-Relations/Countries/Germany/Trade-Unions#note1>, (E.T.: 26.12.2017).

¹⁸ Carsten Strobj Jensen, Sendikacılık: Farklılıklar ve Benzerlikler - Avrupa, ABD ve Asya Üzerine Karşılaştırmalı Bir İnceleme, çev. Fuat Man, s. 16, <http://www.e-akademi.org/incele.asp?konu=Sendikac%FDI%FDk:%20Farkl%FDI%FDklar%20ve%20Benzerlikler%20%96%20Avrupa,%20ABD%20ve%20Asya%20DCzeline%20Kar%FE%FDIa%FEt%FDrmal%FD%20Bir%20DDnceleme&kimlik=1557287192&url=makaleler/jensen-1.htm>, (E.T.: 21.07.2015).

¹⁹ Aziz Çelik, Dünden Bugüne Sendikal Hareket Sorunları, Arayışlar, Çözümler, s. 103, http://www.egitimsen.org.tr/ekler/2958907d0d829d1_ek.pdf, (E.T.: 21.07.2015).

²⁰ Birleşik Devletler Çalışma Bakanlığı İşgücü İstatistikleri Birimi, <https://www.bls.gov/news.release/union2.nr0.htm>, (E.T.: 21.12.2017).

²¹ Mahiroğulları, s. 266.

²² 2017 yılı Temmuz ayı itibariyle; 13.581.554 işçinin 1.623.638'i sendikal işçi statüsündedir. Ayrıntılı bilgi için bkz., Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, İşkol- larındaki İşçi Sayıları ve Sendikaların Üye Sayılarına İlişkin 2017 Temmuz Ayı İstatistikleri Hakkında Tebliğ, <https://www.csqb.gov.tr/media/5605/2017-temmuz-ay%C4%B1-%C4%B0statistigi.pdf>, (E.T.: 26.12.2017).

²³ Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu Gereğince İş Kollarındaki İşçi Sayıları ve Sendikaların Üye Sayılarına İlişkin 2017 Temmuz Ayı İstatistikleri, <https://www.csqb.gov.tr/media/5605/2017-temmuz-ay%C4%B1-%C4%B0statistigi.pdf>, (E.T.: 29.12.2017).

özgürlüğü, “Aynı mesleğe mensup kimselerin kendi mesleki menfaatlerini koruma maksadıyla cemiyetler kurma hakkına sahip olmalarıdır” şeklinde tanımlanabilir. Geniş anlamda ise, yalnızca sendikaların serbestçe kurulması değil; üyelerin sendika ve devlet karşısında serbest olmalarını ifade eder.²⁴

1924 Anayasası’nda kişisel bir hak olarak düzenlenen sendikal haklar; 1961 Anayasası’nın 46. maddesiyle sosyal bir hak olarak düzenlenmiştir.²⁵ 1982 Anayasası’nın 51. maddesinde sosyal ve ekonomik haklar başlığı altında düzenlenen sendikal haklar özetle; çalışan ve işverenlerin sendika kurma, sendikalara özgürce üye olma ve sendika üyeliğinden rahatça çekilebilmeleri olarak ifade edilebilir.²⁶ Anayasa’da tanınan bu haklar, aynı şekilde 4688 ve 6356 sayılı Kanun’da da yinelenmiştir. Sendikaya üye olma ve sendika kurabilme hakları, olumlu sendika özgürlüğü; sendikadan özgürce ayrılabilme ise olumsuz sendika özgürlüğü şeklinde de ifade edilmektedir.²⁷

1950 yılında kabul edilen Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 11. maddesinde sendika kurma ve sendikaya üye olma özgürlüğünden bahsedilmiştir.²⁸ AİHS’nin 11. maddesinde, sendikal faaliyetler nedeniyle mevcut olan haklar korunmamaktadır.²⁹ Grev ve lokavt gibi temel sendikal haklar, bu maddenin kapsamı dışında tutulmuştur.³⁰ Konu ile ilgili olarak verilen 1981 tarihli Young, James ve Webster /

²⁴ Metin Kutsal, “Sendika Hürriyeti”, *Sosyal Siyaset Konferansları Dergisi*, S. 13, 1962.), s. 102, <http://www.journals.istanbul.edu.tr/iusskd/article/view/1023007552/1023007054>, (E.T.: 26.12.2017).

²⁵ 1961 Anayasası ile işçilere toplu sözleşme ve grev hakkı tanımlanmış ancak bu hakların kanunla düzenleneceği ifade edilmiştir. Keza 1961 Anayasası ile işçilerin memur sıfatıyla çalışan kısmına da sendika üyeliği izni verilmiştir. Memurlara tanınan hakların kullanılmasına ilişkin düzenleme, ancak 1965 yılında 624 sayılı Devlet Personeli Sendikaları Kanunu ile hayata geçirilmiştir.

²⁶ Mustafa Sözen, “Bireysel Sendika Özgürlüğü ve Sendikal Hakların Kullanılmasının Engellenmesi Suçu”, *Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, C. 12, S. 46, 2015, s. 50.

²⁷ Esener/Bozkurt Gümrükçüoğlu, s. 32; Mahiroğulları, s. 10; Akyiğit, s. 398.

²⁸ Esener/Bozkurt Gümrükçüoğlu, s. 45.

²⁹ AİHS’nin 11. maddesi şu şekildedir: “Herkes asayişini bozmayan toplantılar yapmak, dernek kurmak, ayrıca çıkarlarını korumak için başkalarıyla birlikte sendikalar kurmak ve sendikalara katılmak haklarına sahiptir.”

³⁰ Osman Ermumcu, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 11. Maddesinin Tahlili”, *Türk Hukuk Enstitüsü*, s. 3, <http://www.izmirbim.adalet.gov.tr/makaleler/mesleki/A%4%B0HS.11.MADDES%4%B0N%4%B0N%20TAHL%4%B0L%4%B0%20O.ERMUMCU.doc>, (E.T.: 30.12.2017).

İngiltere kararında,³¹ başvuranların sendikaya girmeyi reddetmeleri nedeniyle iş sözleşmelerinin feshedilmesi ihlal olarak nitelendirilmiştir. AİHM tarafından 1975 yılında verilen Belçika Ulusal Polis Sendikası / Belçika kararında; devletin, sendikalara ayrıcalıklı muamele göstermesinin ve sendikaya danışma zorunluluğunu güvence altına alınmadığını ifade etmiştir. Aynı kararda; devletin, sendikal eylemin yapılmasına izin verme zorunluluğundan ve sendikanın sesini duyurma hakkının bulunduğundan bahsedilmiştir.³²

Sendikaların sahip olduğu en temel hak, grev hakkıdır. Grev, 6356 sayılı Kanun'un 58. maddesine göre; *"İşçilerin, topluca çalışmamak suretiyle işyerinde faaliyeti durdurmak veya işin niteliğine göre önemli ölçüde aksatmak amacıyla, aralarında anlaşarak veya bir kuruluşun aynı amaçla topluca çalışmamaları için verdiği karara uyarak işi bırakmalarına denir."* şeklinde ifade edilmiştir. Grev, kolektif bir hareket olup; iktisadi ve sosyal durumları korumak amacıyla işyerindeki faaliyeti geçici olarak durdurmak suretiyle yapılmaktadır. Geçici nitelik taşıyan grev, kural olarak işveren ile işçiler arasında uzlaşmanın sağlandığı anda son bulacaktır.³³ İşçilere tanınan grev hakkının kullanılmasına yapılacak her türlü kısıtlama, sendikal haklara doğrudan bir saldırı niteliğinde olacaktır.³⁴

6356 sayılı Kanun'un 62. maddesinde grev yasaklarından bahsedilmiştir. Maddeye göre; can ve mal kurtarma işlerinde; cenaze işlerinde ve mezarlıklarda; şehir şebeke suyu, elektrik, doğal gaz, petrol üretimi, tasfiyesi ve dağıtımı ile nafta veya doğalgazdan başlayan petrokimya işlerinde; Millî Savunma Bakanlığı ile Jandarma Genel Komutanlığı ve Sahil Güvenlik Komutanlığı'nca doğrudan işletilen işyerlerinde; kamu kuruluşlarınca yürütülen itfaiye ve hastanelerde grev yapılamaz.

Bakanlar Kurulu, genel hayatı önemli ölçüde etkileyen doğa olaylarının gerçekleştiği yerlerde bu durumun devamı süresince yürürlükte kalmak kaydıyla gerekli gördüğü işyerlerinde grevi yasaklayabilir.

³¹ Kararın İngilizce metni için bkz., <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57608>, (E.T.: 30.12.2017).

³² Karar metni için bkz., <http://aihmanadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=20>; <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57435>, (E.T.: 26.12.2017).

³³ Yarsuvat, Çalışma, s. 277.

³⁴ Yarsuvat, Çalışma, s. 82.

Yasağın kalkmasından itibaren altmış gün içinde altı iş günü önce karşı tarafa bildirilmek kaydıyla grev uygulamasına devam edilir. Başladığı yolculuğu yurt içindeki varış yerlerinde bitirmemiş deniz, hava, demir ve kara ulaştırma araçlarında grev yapılamaz. Bakanlar Kurulu, bazı özel durumlar için grevi erteleme yetkisine sahiptir. 63. madde uyarınca Bakanlar Kurulu, karar verilmiş veya başlanmış bir kanuni grevi; bu eylemlerin genel sağlığı veya milli güvenliği bozucu nitelikte olması halinde altmış gün erteleyebilir.

Kanuni grev için aranan söz konusu Kanun'un 58. maddesinin 1. fıkrasındaki şartlar sağlanmadan veya yasak olan durumlarda gerçekleştirilen grev, aynı maddenin üçüncü fıkrasına göre kanun dışıdır. Kanun dışı grev nedeniyle 6356 sayılı Kanun'un 70. maddesi uyarınca işveren, kanun dışı grevin yapılması kararına iştirak eden, kanun dışı grevin yapılmasını teşvik eden, kanun dışı greve katılan ya da katılmaya veya devama teşvik eden işçilerin iş sözleşmelerini haklı nedenle feshedebilir ve bu fesih dolayısıyla işçiye bir tazminat verilmez.³⁵ Ancak, Yargıtay'ın vermiş olduğu çeşitli kararlarda, grevin kanun dışı olduğunu bilmeyen ve bilecek durumda olmayan işçilere kusur yüklenilmeyeceği ifade edilmiştir.³⁶

II. TÜRK HUKUKUNDA SENDİKAL HAKLARIN KORUNMASI

1982 Anayasası, 4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları ve Toplu Sözleşme Kanunu ve 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu ve başta ILO Sözleşmeleri olmak üzere uluslararası sözleşmeler ile belirtilen ve koruma altına alınan; sendikal hakların kullanılmasının engellenmesi, sendikal nedenlerle işçi veya işverenlerin ayrımcılığa maruz kalmaları, iş sözleşmesinin sendika üyeliği nedeniyle feshedilmesi gibi durumlar Türk Ceza Hukuku'nun koruması altına alınmıştır. Bu bölümde, Türk Ceza Kanunu'nda düzenlenen sendikal faaliyetlerle ilgili olabilecek suçlar ve diğer kanunlardaki cezai hükümler; istatistikler, Yargıtay ve AİHM kararları ile doktrinindeki görüşler ışığında incelenecektir.

³⁵ Algun Çifter, "Yasadışı Grev ve Sonuçları", İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Mecmuası, C. 55, 2005, s. 475, <http://dergipark.ulakbim.gov.tr/iuifm/article/viewFile/1023007249/1023006763>, (E.T.: 29.12.2017).

³⁶ Çifter, s. 478.

6356 sayılı Kanun'dan önceki 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nda 31. maddesindeki düzenlemeye göre; "İşçilerin işe alınmaları; belli bir sendikaya girmeleri veya girmemeleri veya belli bir sendikadaki üyeliği muhafaza veya üyelikten istifa etmeleri veya sendikaya girmeleri veya girmemeleri şartına bağlı tutulamaz." Buna aykırı davranan işverenler aynı Kanun'un 59. maddesi uyarınca, sanayi kesiminde çalışan 16 yaşından büyük işçiler için belirlenen asgari ücretin aylık brüt tutarının yarısından az olmamak üzere ağır para cezasına çarptırılmaktaydı. Ancak bu hükmün, TCK'nın 118. maddesi ile çatışması nedeniyle³⁷ ve son dönemde gelişen dekriminalizasyon (suç olmaktan çıkarma) siyaseti kapsamında 6356 sayılı Kanun'da adli para cezasına yer verilmemiş; idari para cezası öngörülmüştür.³⁸

4688 sayılı Kanun'un 38. maddesine göre; hapis ve adli para cezası ile cezalandırılan bazı sendikal hak ihlalleri, 6356 sayılı Kanun'da hapis ve adli para cezası değil; idari para cezası ile cezalandırılmıştır. Gerçekten, 6356 sayılı Kanun'un "Ceza Hükümleri" başlıklı 78. maddesi uyarınca, üye olmayı engelleyenler, üye kalmaya veya üyelikten ayrılmaya zorlayan kişiler, fiilleri daha ağır bir cezayı gerektirmediği takdirde; üyeliği engellenen veya üyelikten ayrılmaya zorlanan her kimse için 1080 TL idari para cezası ile cezalandırılmalıdırlar.³⁹ Söz konusu madde ile olumlu ve olumsuz sendikal haklar koruma altına alınmıştır. Bu idari yaptırımın, gerekçeli olarak Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürü tarafından verileceği belirtilmiştir. Ancak bu fiiller nedeniyle TCK'nın 118. maddesindeki sendikal hakların kullanılmasının engellenmesi suçu gerçekleştiği takdirde, Kabahatler Kanunu'nun 15. maddesinin son fıkrasındaki içtima hükümleri uyarınca, bu madde hükmü uygulanmayacaktır.

Türk Ceza Kanunu'nda özel olarak düzenlenen sendikal hakların kullanılmasının engellenmesi suçu, mehzaz kanun olan Alman Ceza

³⁷ Tankut Centel, "Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Çalışma Yaşamına İlişkin Düzenlemeler", Çimento İşveren Dergisi, S. 5, C. 19, 2005, s. 11, http://www.ceis.org.tr/dergiDocs/yeni_turk_ceza_kanunu.pdf, (E.T.: 24.12.2017).

³⁸ Yarsuvat, Çalışma, s. 308.

³⁹ Kanun metninde ödenmesi gereken tutar 700 TL olarak belirtilmiş olsa da; 2017 yılı için ödenmesi gereken ücret, yeniden değerlendirme oranı ile hesaplandığında 1080 TL olarak Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından güncellenmiştir. Güncel tablo için bkz., <https://www.csgb.gov.tr/home/announcements/0163/>, (E.T.: 17.04.2018).

Kanunu'nda (Strafgesetzbuch - StGB) genel olarak düzenlenmiştir.⁴⁰ StGB'nin kişisel özgürlüğe karşı suçlar başlıklı 18. bölümünde düzenlenen 240. ve 241. maddedeki Cebir (Nötigung) ve Tehdit (Bedrohung) suçları somut olayda uygulanmalıdır.

Şartların oluşması halinde, sendikaların kanun dışı faaliyetleri nedeniyle StGB'nin 125. maddesindeki Kamu Barışını Bozma Suçu'ndan da (Landfriedensbruch) bahsedilebilecektir. Kamu Barışını Bozma Suçunda, "Her kim, kamu güvenliğini tehdit eder bir şekilde birleştirilen güçlerle, bir insan topluluğu tarafından gerçekleştirilmekte olan; insana veya eşyaya yönelik cebir ve şiddet hareketlerine veya insanların cebir ve şiddet hareketlerinin yapılacağı konusunda tehdit edilmesi fiillerine fail veya şerik olarak katılırsa ... üç yıla kadar hapis cezası veya adli para cezası ile cezalandırılır."⁴¹ hükmü bulunmaktadır. Ancak Alman Ceza Mahkemeleri'nin içtihatları incelendiğinde, Kamu Barışını Bozma Suçu içeren bir sendikal eyleme ya da engelleme rastlamak pek mümkün değildir. Yaptığımız araştırma neticesinde bu suçlarla alakalı sendikal eylem nedeniyle yalnızca bir karara rastlanılmıştır. Bavyera Yüksek Eyalet Mahkemesi tarafından 1955 yılında verilmiş olan kararda özetle;⁴² grev esnasında greve katılmayan işçinin fabrikaya girişinin cebir suretiyle engellenmesiyle Cebir ve Kamu Barışını Bozma suçlarının meydana geldiği vurgulanmaktadır.⁴³ Sonuç olarak; Türk Ceza Kanunu'nda sendikal

⁴⁰ Almanca metnin çevirisi; Feridun Yenisey/Gottfried Plagemann, Alman Ceza Kanunu Strafgesetzbuch Türkçe Çeviri, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2015, s. 353.

⁴¹ Yenisey/Plagemann, s. 212.

⁴² BayObLG, 07.10.1955 - RevReg. 3 St 182 a-b/155, BayObLGSt 1955, 172, <https://beck-online.beck.de/Dokument?vpath=bibdata%2Fzeits%2Fbayoblgst%2F1955%2Fcont%2FBAYOBLGST.1955.172.1.htm&anchor=Y-300-Z-BAYOBLGST-B-1955-S-172>, (E.T.: 18.04.2018).

⁴³ Söz konusu kararı kısaca anlatmak gerekirse; IG Metall Sendikası üyesi olan ve 9-31 Ağustos 1953 tarihleri arasında A tesisinde (fabrikasında) grev yapmakta olan sanıklar B ve C, yine bu şirkette çalışmaktadır. Sanıkların daha önce grev hakkında bir tecrübesi bulunmamaktadır ve her ikisi de daha evvel hiçbir greve katılmamıştır. Sanıklar grev gözcüsü konumundadır. B, grev gözcüsünün yetki ve görevlerinden habersiz iken; C ise grevdeki diğer işçileri grev hakkında bilgilendirmekte ve cesaretlendirici konuşmalar yapmaktadır ancak hiçbir işçi fabrikaya zorla girme konusunda bir yönelimde bulunmamaktadır. Daha evvel kararlaştırılan saatte B ve C nöbetçi olarak fabrikanın ana giriş kapısında beklemektedirler. B ile C arasında yaklaşık 2 metre bulunmakta ve giriş kapısını tamamen kapatır biçimde durmaktadırlar. Bu esnada IG Metall Sendikası üyesi olmayan, greve katılmayan ve işe gitmek isteyen K, fabrikanın önüne gelir. K'yı gören B, onun yanına doğru birkaç adım atarak "Bizi azarlayan-fırçalayan fabrikaya bir de çalışmak için mi gidiyorsun?" der ve K'nın koşarak fabrikaya girmesi üzerine B, K'yı

haklara ilişkin 118. maddesinde özel olarak düzenlenen hüküm bulunmasaydı, Almanya'da ve eski TCK döneminde olduğu gibi cebir ve tehdide ilişkin genel hükümlerinin uygulanması gerekecekti.

III. SENDİKAL HAKLARIN KULLANILMASININ ENGELLENMESİ SUÇU HAKKINDA GENEL BİLGİLER

Sendikal hakların engellenmesi suçu, 5237 Türk Ceza Kanunu'nun Hürriyete Karşı Suçlar başlıklı 7. bölümünde, 118. maddede yer almaktadır. 765 sayılı Eski Türk Ceza Kanunu'nda yer almayan bu suç; 2005 yılından önce tehdit ve cebir suçları çerçevesinde cezalandırılmaktaydı.⁴⁴ TCK'nın hazırlanışı esnasında; Hükümet Tasarısında ve TBMM Adalet Alt Komisyonu Raporunda bulunmayan bu suç, daha sonra Adalet Komisyonu tarafından Kanun taslağına ilave edilmiştir.⁴⁵ 5237 sayılı TCK'nın yürürlüğe girmesi ile birlikte bu suç, özel olarak Türk Ceza Kanunu'na dâhil olmuştur.⁴⁶

A. KORUNAN HUKUKİ YARAR

TCK'nın 118. maddesinde düzenlenen suç açısından korunan hukuki yarar; hem 1982 Anayasası'nın 51. maddesi, hem de uluslararası andlaşmalar ile koruma altına alınan, sendikaya üye olup-olmama, sendikal faaliyetlere katılıp katılmama, sendika yönetiminde görev alıp almama ve sendikadan serbestçe ayrılabilme gibi bir takım hak-

montunun arka tarafından yakasından tutarak yakalar ve oldukça cüsseli olan C ise K'nın kafasının arkasından bir kez vurur. Bunun akabinde daha hızlı olan K, kaçarak ana giriş kapısından içeri girer.

Bavyera Yüksek Eyalet Mahkemesi verdiği kararda, B ve C'nin eylemlerinin, K'yı yaralamaları nedeniyle Cebir suçunu; yolu bilerek kapatarak girişi kasten engellemeleri, K'nın yaralanması ve B ile C arasında mesafenin az olması neticesinde içeri girmeyi düşünen diğer işçilerin ürkmesi nedenlerinden ötürü Kamu Barışının Bozulması Suçu'nu meydana getirdiğini ifade etmiştir.

⁴⁴ Sesim Soyer, "İş ve Çalışma Hürriyetinin İhlali ile Sendikal Hakların Kullanılmasının Engellenmesi Suçlarına İlişkin Bazı Düşünceler", *Hukuki Perspektifler Dergisi*, S. 7, 2006, s. 105; Duygun Yarsuvat, "Yeni Türk Ceza Kanunu'nun 117. ve 118. Maddelerinde Yer Alan İş ve Çalışma Hürriyetinin İhlali, Sendikal Hakların Kullanılmasının Engellenmesi Suçları", *Sicil İş Hukuku Dergisi*, S. 7, 2007, s. 142, https://www.mess.org.tr/content/sicil_eyl%C3%BCl_2007.pdf, (E.T.: 23.12.2017).

⁴⁵ Ahmet Gökçen, "Hürriyete Karşı Suçlar", s. 31, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/117.doc; Centel, s. 10.

⁴⁶ Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem/Murat Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 12. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2015, s. 423; Sözen, s. 57.

ların korunmasıdır. Bireysel sendika özgürlüğünü koruma altına alan ilk fıkranın yanında, ikinci fıkradaki kolektif sendika özgürlüğü açısından korunan hukuki yarar ise; sendikanın kanunlar tarafından kendisine tanınmış olan haklarının kullanım özgürlüğü olarak ifade edilebilir.⁴⁷ Olumlu ve olumsuz olarak ikiye ayrılarak incelenmesi mümkün olan bireysel sendikal özgürlük kavramı, kişilerin kendi iradeleri ile sendika kurma, sendikalara üye olma ve sendikal eylemlerde bulunup sendikanın faaliyetlerine katılma veya sendikaya üye olma, üye olduğu sendikadan ayrılma ve sendikalar tarafından organize edilen sendikal faaliyetlere katılmamayı içinde barındırmaktadır.⁴⁸ Türk Ceza Kanunu'nun 118. maddesinin ikinci fıkrası ile koruma altına alınan kolektif sendikal özgürlük ise, sendikal eylemlerin herhangi bir engelleme ve tehdide maruz kalmaksızın gerçekleştirilerek sendikaların varlığının korunması şeklinde ifade edilebilir.⁴⁹ Anayasa'nın 53. ve 54. maddelerinde kolektif haklardan bahsedilmiş; işçilerin toplu iş sözleşmesi ve grev hakkına sahip oldukları ifade edilmiştir. Aynı maddede 2010 Anayasa değişiklikleri sonrasında memurlar ve diğer kamu görevlilerine de toplu iş sözleşmesi yapma hakkı tanınmıştır.

B. SUÇUN MADDİ UNSURU

1. Fail ve Mağdur

Yapmış olduğu hareketin anlam ve sonuçlarını kavrama yetisine sahip olan gerçek kişiler fail olabilirler.⁵⁰ Sendikal hakların kullanılmasının engellenmesi suçunun faili bakımından esasen bir özellik arz etmemektedir. Bu suçu, cezai sorumluluğu bulunan herkes; işçi-işveren veya bir başka kimse olması fark etmeksizin işleyebilir. Ancak bu suçu bir kamu görevlisinin, görevi gereği elinde bulundurduğu araç

⁴⁷ Ali Hakan Evik, "Sendikal Hakların Kullanılmasının Engellenmesi Suçu", İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, S. 10, 2006, s. 206; Sözen, s. 58; Soyer, s. 101.

⁴⁸ Uğur Ersoy, "Sendikal Hakların Kullanılmasının Engellenmesi Suçu", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XX, S. 2, 2016, s. 479, http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/20_2_14.pdf, (E.T.: 28.12.2017); Irmak Erdoğan, "Ceza Hukukunun Sendikasıyla Mücadelesi: Sendikal Hakların Kullanılmasının Engellenmesi Suçu", *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2015/2, s. 71, <http://dosya.gsu.edu.tr/Sayfalar/2016/5/gsu-hfd-2015-2-192.pdf>, (E.T.: 16.04.2018).

⁴⁹ Erdoğan, s. 72.

⁵⁰ Hamide Zafer, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2015, s. 148.

ve gereçler ile işlemesi durumunda; ayrıca TCK'nın 266. maddesindeki "*Kamu Görevine Ait Araç ve Gereçleri Suçta Kullanma*" suçundan cezalandırma yoluna gidilmelidir. Örneğin; bir polisin, görevi gereğince kendisine verilen silah ile bir işçiyi tehdit ederek sendikaya üye olmasını engellemesi gibi.

Suçtan zarar gören kavramından ayrı bir kavram olan mağdur, bir suçun işlenmesi dolayısıyla zarar gören kişidir. Mağdur, hayatta olmalı ve insan olmalıdır.⁵¹ Sendikal hakların kullanılmasının engellenmesi suçunun mağduru; ilk ve ikinci fıkrada farklılık arz etmektedir. İlk fıkrada suçun mağduru; sendikaya üye olabilecek işçi ve işverenler, sendikaya üye olan işçi ve işverenler ile sendikada görev almış kimseler olabilir. Sendikanın, işçi ya da işveren sendikası veya kamu görevlisi sendikası olması suçun mağduru bakımından değişikliğe sebebiyet vermeyecektir.⁵² 4688 sayılı Kanun'da belirtilen sendikaya üye olamayacak kişilerin veya sendikaya üyelik hakkı olmayan kimselerin, sendikaya üye olmalarının engellenmesi halinde; bu kimseler suçun mağduru olmayacaktır. Yargıtay'ın 2012 yılındaki içtihadına göre 118. maddenin ilk fıkrası açısından, sendikayı suçtan zarar gören olarak kabul edilmemiş ve katılma talepleri reddedilmiştir.⁵³

TCK'nın 118. maddesinin 2. fıkrası bakımından ise; sendikal faaliyetlerin engellenmesi durumunda kanımızca suçun mağduru, sendika tüzel kişiliğidir. Sendikanın yapabileceği faaliyetler; işçi ve işveren sendikaları açısından 6356 sayılı Kanun'un 26. maddesinde,⁵⁴ kamu

⁵¹ İzzet Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013, s. 211.

⁵² Soyer, s. 102.

⁵³ Erdoğan, s. 89.

⁵⁴ 6356 sayılı Kanun'un 26. maddesi şu şekildedir: "(1) Kuruluşlar, tüzüklerinde yer alan konularda serbestçe faaliyette bulunur. (2) Kuruluşlar, çalışma hayatından, mevzuattan, örf ve adetten doğan uyuşmazlıklarda işçi ve işverenleri temsilen; sendikalar, yazılı başvuruları üzerine iş sözleşmesinden ve çalışma ilişkisinden doğan hakları ile sosyal güvenlik haklarında üyelerini ve mirasçılarını temsilen dava açmak ve bu nedenle açılmış davada davayı takip yetkisine sahiptir. Yargılama sürecinde üyeliğin sona ermesi üyenin yazılı onay vermesi kaydıyla bu yetkiyi etkilemez. (3) Kuruluşlar, faaliyetlerinden yararlanmada üyeleri arasında eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasaklarına uymakla yükümlüdür. Kuruluşlar, faaliyetlerinde toplumsal cinsiyet eşitliğini gözetir. (4) Kuruluşların kendi faaliyetleri ile üyelerine sağladıkları hak ve çıkarların üyesi olmayanlara uygulanması, bu Kanunun yedinci ila on ikinci bölümlerinde yer alan hükümler saklı kalmak kaydıyla yazılı onaylarına bağlıdır. (5) Kuruluşlar, tüzükleriyle belirlenen amaçları dışında faaliyette bulunamaz. (6) İşçiler ve işçi kuruluşları işveren kuruluşlarına,

görevlileri sendikası bakımından ise 4688 sayılı Kanun'un 19. maddesinde⁵⁵ belirtilmiştir. Söz konusu sendikal faaliyetin, sendikal yasaklar kapsamındaki bir fiil olması halinde, TCK'nın 118. maddesinin 2. fıkrasındaki suç oluşmayacaktır.

2. Fiil

TCK'nın 118. maddesinde düzenlenen bu suçta, söz konusu suç teşkil eden fiilleri iki şekilde sınıflandırmamız mümkündür. Bu mad-

işveren kuruluşları da işçi kuruluşlarına üye olamaz; gerek doğrudan doğruya, gerek temsilcileri veya mensupları veya araya koyacakları diğer kimseler aracılığıyla biri diğerinin kurulmasına, yönetim ve faaliyetine müdahalede bulunamaz. (7) Kuruluşlar siyasi partilerin ad, amblem, rumuz veya işaretlerini kullanamaz. (8) Kuruluşlar ticaretle uğraşamaz. Ancak, kuruluşlar genel kurul kararıyla nakit mevcudunun yüzde kırkıdan fazla olmamak kaydıyla sanayi ve ticaret kuruluşlarına yatırımda bulunabilir.”

55 4688 sayılı Kanun'un 19. maddesi düzenlenen sendikal faaliyetler; “(1) Kamu görevlileri sendikaları ile konfederasyonlar, bu Kanun'daki hükümler çerçevesinde, toplu sözleşme görüşmelerinde taraf olmaya yetkilidir. Sendika ve konfederasyonlar kuruluş amaçları doğrultusunda toplumsal cinsiyet eşitliğini gözeterek aşağıdaki faaliyetlerde bulunabilirler: (2) a) Genel olarak kamu personelinin hak ve ödevleri, çalışma koşulları, yükümlülükleri, iş güvenlikleri ile sağlık koşullarının geliştirilmesi konularında görüş bildirmek ve toplu sözleşmenin uygulanmasını izlemek üzere yapılacak çalışmalara temsilciler göndermek. b) Devlet personel mevzuatında kamu görevlilerinin temsili öngören çeşitli kurullara temsilci göndermek. c) Verimlilik araştırmaları yapmak, sonuçlarla ilgili raporlar düzenlemek, önerilerde bulunmak ve işverenlerle bu konularda ortak çalışmalar yapmak. d) Üyelerin mesleki yeterliliklerinin artırılması ve sorunlarının çözülmesi ile sendikal faaliyetlerinin geliştirilmesine yönelik kurs, seminer ve sosyal amaçlı toplantılar düzenlemek, bilimsel çalışmalar yapmak ve yayınlarda bulunmak. e) Üyelerin ortak ekonomik ve sosyal hak ve menfaatleri ile personel hukukunu ilgilendiren konularda ilgili kurumlara ve yetkili makamlara sunulmak üzere çalışmalar yapmak ve öneriler getirmek. f) Üyelerin idare ile ilgili doğacak ihtilaflarında, ortak hak ve menfaatlerinin izlenmesinde veya hukukî yardım gerekliliğinin ortaya çıkması durumunda üyelerini veya mirasçılarını, her düzeyde ve derecedeki yönetim ve yargı organları önünde temsil etmek veya ettirmek, dava açmak ve bu nedenle açılan davalarda taraf olmak. g) Üyeleri ve ailelerinin yararlanmaları için hizmet amacıyla, eğitim ve sağlık tesisleri, dinlenme yerleri, misafirhane spor alanları ve benzeri yerler ile kitaplık, kreş, yuva ve huzur evleri, yardımlaşma sandıkları kurmak ve yönetmek ile herhangi bir bağışta bulunmamak kaydı ile üyeleri için kooperatifler kurulmasına yardım etmek ve nakit mevcudunun yüzde onundan fazla olmamak kaydıyla bu kooperatiflere kredi vermek. h) Yangın, su baskını, deprem gibi tabii afetlerin vukuunda, gerektiğinde üyelik şartı aranmaksızın nakit mevcudunun yüzde onunu aşmamak kaydıyla afete uğrayan bölgelerde konut, sağlık ve eğitim tesisleri yapılması amacıyla kamu yararına çalışan dernekler ve Bakanlar Kurulunca vergi muafiyeti tanınan vakıflar ile kamu kurum ve kuruluşlarına aynı ve nakdî yardımda bulunmak, afete uğrayan bölgelerde konut ve sağlık tesisleri yapmak.”

denin ilk fıkrasında bireysel sendikal özgürlüklerin korunması, ikinci fıkrasında ise; kolektif sendikal özgürlüklerin korunması amaçlanmıştır.⁵⁶

Sendikal hakların engellenmesi suçunun ilk fıkrasındaki düzenlemede; bir kimsenin sendikaya üye olmasına veya olmamasına, sendikadan faaliyetlerine katılmasına ya da katılmamasına, sendikadan veya sendika yönetimindeki görevinden ayrılmasına neden olmak için; o kimseye karşı cebir veya tehdit kullanılması fiili cezayı gerektirmektedir.⁵⁷ Bu suçta mağdur, sendikaya üye olmak veya sendikal faaliyetlere katılmak istemekte; ancak fail cebir ve tehdit kullanarak mağdurun bu haklarını kullanmasını engellemektedir. Örneğin; sendikal bir işçi sendikadan düzenlemiş olduğu greve katılmak istemekte, ancak sendika üyelerinden biri, işçiyi tehdit ederek zorla greve katılmasını sağlamaktadır.

Bu suçun meydana gelmesi için; cebir ya da tehdit sonucunda kişinin üyelikten ayrılması, üye olmaya ya da üye olmamaya karar vermesi veya sendikal faaliyetlere katılıp/katılmaması önem arz etmemektedir. Seçimlik hareketli olan bu suçta, yukarıda belirttiğimiz amaçlarla cebir, tehdidin veya ikinci fıkra için hukuka aykırı başka bir davranışın meydana gelmesi ile birlikte suç tamamlanmış olacaktır.⁵⁸ Madde gerekçesinde⁵⁹ bu suçun teşebbüs suçu⁶⁰ olduğu ifade edilmiştir.⁶¹ Çünkü teşebbüs suçu olduğunu savunan görüşlere göre; bu suç ile sendikaya üyelikten alıkonma veya sendikadan ayrılma amacıyla cebir veya tehdit kullanılması cezalandırılmaktadır.⁶²

⁵⁶ Evik, s. 206.

⁵⁷ Sendikal hakların kullanımına ilişkin ceza sorumluluğunun yanı sıra, 6356 sayılı Kanun'un 25. maddesine göre tazminat sorumluluğu da bulunmaktadır.

⁵⁸ Sözen, s. 61.

⁵⁹ Türkiye Büyük Millet Meclisi, Türk Ceza Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu, <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss664m.htm>, (E.T.: 14.12.2017).

⁶⁰ Teşebbüs suçları, suçun teşebbüs aşamasında kalması halinde dahi, tamamlanmış şekliyle cezalandırma yoluna gidilen suçlar olarak ifade edilebilir. Teşebbüs suçlarına örnek olarak; Yargı Görevi Yapanı, Bilirkişiyi veya Tanığı Etkilemeye Teşebbüs (m. 277), Adil Yargılamayı Etkilemeye Teşebbüs (m. 288) ya da Cumhurbaşkanına Suikast ve Fiili Saldırı (m. 310) suçları verilebilir. Ayrıntılı bilgi için bkz., M. Emin Artuk / Ahmet Gökçen / Caner Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 9. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015, s. 587.

⁶¹ Gökçen, s. 32; Centel, s. 10; Soyer, s. 105.

⁶² Soyer, s. 105.

Sendikal hakların engellenmesi suçunun unsurlarından biri olan cebir; TCK'nın 108. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre; *“Bir şeyi yapması veya yapmaması ya da kendisinin yapmasına müsaade etmesi için bir kişiye karşı cebir kullanılması halinde, kasten yaralama suçundan verilecek ceza artırılır”* hükmü konulmuştur. Madde gerekçesinde cebir; *“Kişiye karşı fiziki güç kullanmak suretiyle, onun veya bir üçüncü kişinin iradesi ve davranışları üzerinde zecri (zorlayıcı) bir etki meydana getirilmesidir”* şeklinde ifade edilmiştir. Cebir doktrinde; *“Bir kişinin halen hissedeceği bir kötülük, tecavüz icrası suretiyle, bu veya bir üçüncü kişinin iradesi ve davranışları üzerinde zorlayıcı bir etki meydana getirilmesidir”* şekilde de tanımlanmıştır.⁶³ Ayrıca cebir hakkında, *“Bir kimsenin, maddeten yani fiziki güç kullanılmak suretiyle zorlanarak bir suçu işlemek zorunda bırakılmasını belirtmektedir”* şeklinde bir tanım da yapılmıştır.⁶⁴

Cebre maruz kalan kimse; cebrin meydana getirdiği acının da etkisi ile belli bir davranışta bulunmaya zorlanmaktadır. Cebir suçundan dolayı verilecek ceza ayrı bir ceza olmayıp, kasten yaralama suçuna atıf yapılmaktadır ve kasten yaralama nedeniyle verilecek cezanın artırılacağı ifade edilmektedir. Cebir suçu, tehlike suçu niteliğinde olup, bağlı hareketli bir suçtur. Salt hareket suçu olan cebir, belirli bir amaca yönelik olarak cebre başvurulması ile tamamlanacaktır.⁶⁵ Cebir suçunun işlenmesi ile yararına haksız menfaat sağlanan tüzel kişiler hakkında da TCK'nın 111. maddesi uyarınca tüzel kişilere özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunacaktır.⁶⁶

Manevi cebir anlamına da gelen⁶⁷ tehdit⁶⁸ ile ilgili olarak doktrin-

⁶³ Adem Sözüer, *“Tehdit Suçu”*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 54, S. 1-4, 1994, s. 128, <http://www.journals.istanbul.edu.tr/iuhfm/article/view/1023014653/1023013869>, (E.T.: 14.12.2017).

⁶⁴ Recep Gülşen, *Ceza Hukukunda Sorumluluğu Kaldıran Nedenlerden Kaza, Mücbir Sebep, Cebir ve Tehdit*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2007, s. 132.

⁶⁵ Tezcan/Erdem/Önok, s. 454.

⁶⁶ M. Emin Artuk / Ahmet Gökçen / Caner Yenidünya, *TCK Şerhi*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2009, s. 2801.

⁶⁷ Sedat Bakıcı, *“Tehdit Suçu ve Unsurları”*, *Ankara Barosu Dergisi*, S. 5, 1992, s. 717, <http://www.ankarabarusu.org.tr/siteler/ankarabarusu/tekmakale/1992-5/1.pdf>, (E.T.: 14.12.2017).

⁶⁸ Türk Ceza Kanunu'nun 106. maddesine göre; *“Bir başkasını, kendisinin veya yakınının hayatına, vücut veya cinsel dokunulmazlığına yönelik bir saldırı gerçekleştireceğinden bahisle tehdit eden kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*

Malvarlığı itibarıyla büyük bir zarara uğratacağından veya sair bir kötülük

de; “Az veya çok yakın bir kötülük yapılacağına başkasına bildirilmesi demektir” şeklinde bir tanıma da yer verilmiştir.⁶⁹ Bir başka tanıma göre tehdit; “Gerçekleşmesi, failin isteğinin yerine getirilmemesi şartına bağlı olan bir tecavüzün veya kötülüğün mağdura bildirilmesidir” şeklinde ifade edilmiştir.⁷⁰

Tehditte, tehdidin konusunu oluşturan isteğin yerine getirilmemesi durumunda, kötülüğün failin iradesi kapsamında meydana geleceğinin bildirilmesi durumu vardır. Tehdit suçunu oluşturacak fiiller ile mağdurun hayatına, vücut veya cinsel dokunulmazlığına yöneltilmiş bir saldırı olmalıdır. Bunlardan herhangi birine yöneltilen tehdit etme fiili, TCK'nın 106. maddesinin 1. fıkrasındaki suçun oluşması için yeterli olacaktır.⁷¹ Tehdidin, mağdurun huzurunu bozmaya ve onda korku meydana getirmeye elverişli olması gerekmektedir.⁷² Tehdit suçunun temel şeklinin veya nitelikli hallerinden birinin meydana gelmesi, suçun meydana gelmesi bakımından farklılık oluşturmayacaktır.⁷³ Belirtmemiz gerekir ki cebir ve tehdit, bu suç bakımından cezanın unsurunun olmasının yanında, ceza hukukumuz açısından ceza sorumluluğunu kaldıran bir neden olarak da meydana gelebilmektedir.⁷⁴

Tehdidin gerçekleşip gerçekleşmemesi, suçun oluşumu için önemli olmayıp; tehdidin ciddi olması ve mağdur üzerinde olumsuz bir etki

edeceğinden bahisle tehditte ise, mağdurun şikayeti üzerine, altı aya kadar hapis veya adli para cezasına hükmolunur.

Tehdidin; silahla, kişinin kendisini tanınmayacak bir hale koyması suretiyle, imzasız mektupla veya özel işaretlerle, birden fazla kişi tarafından birlikte, var olan veya var sayılan suç örgütlerinin oluşturdukları korkutucu güçten yararlanılarak işlenmesi halinde, fail hakkında iki yıldan beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. Tehdit amacıyla kasten öldürme, kasten yaralama veya malvarlığına zarar verme suçunun işlenmesi halinde, ayrıca bu suçlardan dolayı ceza verilir.”

⁶⁹ Sahir Erman, “Çalışma Hürriyetinin Tahdidi Veya Men'i Suçu”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 18, S. 3-4, 1952, s. 693, <http://www.journals.istanbul.edu.tr/iuhfm/article/view/1023005005/1023004545>, (E.T.: 28.12.2017).

⁷⁰ Sözüer, s. 129.

⁷¹ Erdener Yurtcan, Yargıtay Kararları Işığında Hürriyete Karşı Suçlar, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012, s. 2.

⁷² M. Emin Artuk/Ahmet Gökçen/Caner Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 15. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015, s. 347.

⁷³ Yargıtay 4. CD., E. 2009/12067, K. 2009/15749, Türk Ceza Hukuku Derneği, Yargıtay Kararları Çerçevesinde Ceza Hukuku Sempozyumu, Ufuk Matbaacılık, İstanbul, 2011, s. 158.

⁷⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz., Recep Gülşen, s. 132-176.

bırakması yeterlidir.⁷⁵ Belirtmemiz gerekir ki; grev yapmakta olan işçilerin, fabrikanın kapısı önünde toplanması fiilinde, fabrikaya giriş ve çıkışa engel olunmadığı takdirde, tehdit suçu oluşmayacaktır. Ancak grev esnasında, yol kesme, abluka altına alma, bağırıp çağırma gibi tehdit oluşturabilecek olayların meydana gelmesi durumunda tehdit veya şartları oluşturduğu takdirde iş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçundan söz edilebilmesi mümkündür.⁷⁶ İş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçu açısından oluşabilecek durumlara ise, ileride değinilecektir.

Bir kimsenin bir sendikaya üye olması halinde baskı uygulayacağını zımni veya açık bir şekilde ifade eden veya belirli bir sendikanın faaliyetine katılması durumunda soruşturma açacağından bahisle tehdit eden amir, tehdit dolayısıyla sendikal hakların kullanılmasının engellenmesi nedeniyle sorumlu olacaktır. Keza, bir işçinin sendikanın düzenlediği greve katılması amacıyla dövülmesi ya da bir işçinin bir sendikadan ayrılmaması halinde ailesinden birine zarar verileceğinin söylenmesi durumunda da bu suç cebir suretiyle oluşacaktır.

İş sözleşmesine konulan; sendikaya üye olunmayacağı ve üyelik halinde iş sözleşmesinin sona erdirileceğine ilişkin ibarenin konmasının tehdit niteliğinde olmayacağını ifade eden görüşün⁷⁷ aksine; bir kişinin işinin sona erdirileceğine yönelik bu tür beyanların tehdit olması gerektiği kanaatindeyiz. Belirtmemiz gerekir ki; iş sözleşmelerine konulan bu tür ifadeler, 6356 sayılı Kanun'un 25. maddesine aykırılık nedeniyle hukuken geçersizdir. Ancak söz konusu geçersizlik, tüm sözleşmeyi değil; sözleşmedeki ahlaka aykırı olan maddeyi etkileyecektir. Bu geçersizliğe rağmen suçun oluşması için ikili bir ayırım yapılması gerektiğini düşünmekteyiz.

İşveren tarafından sözleşmeye konulan hüküm gerekçe gösterilerek sözleşmenin feshedilmesi, feshedileceğine ilişkin işçiye sözlü veya yazılı olarak uyarı verilmesi, işçinin sendika üyeliği nedeniyle disiplin cezasına çarptırılması gibi somut şekilde bir sendikal ihlalin varlığı durumunda TCK'nın 118. maddesi, sözleşmedeki ahlaka aykırı

⁷⁵ Artuk/Gökçen/Yenidünya, TCK Şerhi, s. 2716; Hale Gülşen, Türk İş Hukukunda Sendikal Ayrımcılık, Önlenmesi ve Yaptırımı, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2008, s. 161.

⁷⁶ Erman, s. 694.

⁷⁷ Soyer, s. 106.

hükümün geçersiz oluşuna bakılmaksızın uygulanacaktır. Ancak işçinin işe giriş esnasında, henüz işçi statüsü kazanmaması ve işçi statüsü olmayan bir kimsenin de sendikaya üye olamaması nedeniyle suç oluşmayacaktır. Aynı işyerinde sözleşme yenilerken yeni sözleşmeye sendikal hakkın kullanılmasının engellenmesi nedeniyle bir hüküm konulması halinde yine TCK'nın 118. maddesinin uygulanması gerekecektir. Keza, yalnızca kâğıt üzerinde kalan ve işçide tedirginlik yaratmayan durumlarda da işverene ceza verilmemelidir. Bu gibi durumlarda işvereni TCK'nın 118. maddesi gereği cezalandırmak, adalete aykırı olacaktır. Belirtmemiz gerekir ki, sendikal nedenle işten çıkarma durumunda İş Kanunu hükümleri uyarınca işçinin tazminat talep etme hakkı da mevcuttur.

Nitekim Kütahya 2. Sulh Ceza Mahkemesi, 2007 tarihinde vermiş olduğu kararda,⁷⁸ bir şirkette müdür olarak görev yapan sanığın, işçileri sendikadan ayrılmaya zorlama amacıyla baskı uygulaması, bu işçileri ağır işlere vermesi, toplu iş sözleşmesinden yararlandırmaması, istifa edin demesi, hafta tatili ve bayram izinlerini kaldırması ve *"kapının önüne koymak"* gibi söz ve davranışlarda bulunmasını tehdit olarak derlendirmiş ve sanık hakkında, bireysel sendikal haklarının kullanılmasının engellenmesi suçu nedeniyle hapis cezasına hükmetmiştir. Ayrıca mahkeme, sanığın pişmanlık emaresi göstermemesi ve bu suçu tekrar işleyeceği algısını oluşturması nedeniyle cezayı seçenek yaptırımlara çevirmemiş ve ertelememiştir. Ancak yaptığımız araştırmalar neticesinde söz konusu yerel mahkeme kararının temyiz merciine taşınıp taşınmadığı tespit edilememiş, taşınmış olsa dahi ilgili Yargıtay kararına ulaşılamamıştır. Söz konusu kararla ilgili olarak Belediye-İş sendikası tarafından henüz herhangi bir yanıt alınamamıştır.

Isparta eski Belediye Başkanının sendikal hakların kullanılmasının engellenmesi suçu nedeniyle mahkûm edildiği davada, belediye başkanı 152 belediye işçisinin iş sözleşmelerini feshetmiş ve baskı ve tehdit suretiyle işçilerin sendikalarını değiştirmeye zorlamıştır. Bu ey-

⁷⁸ Kütahya 2. Sulh Ceza Mahkemesi, E. 2006/366, K. 2007/268, Gökhan Candoğan, "Sendikasılaştırma Aracı Olarak Yetki Tespitine İtiraz Süreci ile Sendikal Hakların Kullanılmasının Engellenmesi Suçunun Uygulanması", *İş ve Hayat Dergisi*, S. 1, s. 188, http://www.sekeris.org.tr/dergi/multimedia/dergi/21_sendikasislastirma_araci_olarak_yetki_tespitine_itiraz_sureci_ile_sendikal_haklarin_kullanilmasinin_engellenmesi_sucunun_uygulanmasi.pdf, (E.T.: 16.04.2018); Erdoğan, s. 89.

lemleri sonucunda iki buçuk yıl hapis cezasına mahkûm olan belediye başkanı, “Aldığım ceza Hak-İş Sendikası’nı belediyede kayırmam ve onları desteklemem iddiasıyla verilmiştir. Onur duyarım” demekle suç işlemedeki saikini açıkça sergilemiştir.⁷⁹

Yargıtay 4. Ceza Dairesi’nin 2010 tarihinde vermiş olduğu bir kararda,⁸⁰ şirket yetkilisi sanıkların, Birleşik Metal İşçileri Sendikası’na üye olduğunu öğrendikleri katılan hakkında “*sendikadan istifa et, yoksa seni işten atarız*” şeklindeki beyanları tehdit olarak değerlendirilmiş ve sanıklar hakkında tehdit suretiyle bireysel sendikal hakların kullanılmasının engellenmesi suçu dolayısıyla cezaya hükmolunarak yerel mahkemenin verdiği beraat kararı bozulmuştur. Bunun yanında, Belediye-İş Sendikası’na üye olan 152 işçiyi baskı ve tehditle sendika değiştirmeye zorlayan, bu işçileri işten çıkartan, daha sonra işe iade kararları ile işe alan Belediye Başkanı hakkında 2,5 yıl hapis cezasına hükmolunmuştur.⁸¹

Yargıtay 18. Ceza Dairesi’nin 2015 yılında vermiş olduğu bir kararda,⁸² AIHM’nin 2007 tarihli Ezelin/Fransa, Karaçay/Türkiye, Kaya ve Seyhan/Türkiye kararlarına da atıf yapılarak şirket yetkilisi olan sanığın, Selüloz İş Sendikasına üye olan 2007 yılında işe girip 2012 yılında sendikaya üye olan işçiye - katılana sendikadan ayrılması için telkinlerde bulunduğu, baskı yaparak üyelikten ayrılmasını istediği ve ayrılmadığı takdirde işten çıkarılacağını söyleyerek üzerinde manevi cebir uyguladığı iddiası ile açılan davada tanık beyanlarının dışında yeterli bir delil olmaması nedeniyle sanık hakkında vermiş olduğu beraat kararı bozulmuştur.

Davada tanıklar, sanığın kendilerine sendikadan ayrılmaları yolunda telkinde bulunduğunu, eğer üyeliklerine devam ederlerse fabrikanın kapanacağını, kendilerinin ve diğer çalışanların işten çıkarılacağını söylediğini, ayrıca sendikadan istifa edenlerin noter masraflarının

⁷⁹ Candoğan, s. 189.

⁸⁰ Yargıtay 4. CD., E. 2008/15172, K. 2010/13889, www.kazanci.com, (E.T.: 08.12.2017).

⁸¹ “Sendikal baskıya hapis cezası” başlıklı haber için bkz., <http://belediyeis.org.tr/haberyaz.php?mlzid=14&lang=tr&haberid=12>, (E.T.: 08.12.2017).

⁸² Yargıtay 18. CD., E. 2015/16809, K. 2015/10352, <http://www.hukukmedeniye-ti.org/karar/48461/sendikal-haklarin-kullanilmasinin-engellenmesi-suc/>, (E.T. 30.12.2017).

işveren tarafından karşılandığını ifade etmişlerdir. Keza tanıklardan birinin, sanığın katılana “bir kaç yerde adın geçiyor topun ağzındasın” dediğini duyduğu ifade edilmiştir. Davada sendika il temsilcisinin ifadesine göre katılan ve arkadaşlarının sendikadan ayrılmaları konusunda işyeri tarafından baskı yapıldığı belirtilmiştir. Katılan sendikaya üye olduktan 4 ay sonra işine son verildiğini iddia etmiştir ancak yerel mahkeme tarafından katılanın iş sözleşmesinin hangi gerekçe ile feshedildiği sorulmamış ve işe iade davasının varlığı ile ilgili gerekli araştırma yapılmamıştır. Yargıtay da kararında gerekli araştırmanın yapılmadığı gerekçesiyle yerel mahkemenin vermiş olduğu beraat kararını bozmuştur.

Cebir veya tehdit olmaksızın bir kişinin sendikaya üye olması veya olmaması, sendikal faaliyetlere katılması veya katılmaması ya da sendikadan ayrılmaya zorlanması halinde bu suç oluşmayacaktır. Örneğin; bir kişinin sendikaya üye olmasını engelleme amacıyla işçinin e-devlet şifresini çalıp, bu sistem üzerinden üyelik başvurusunu iptal eden ya da üyelikten çıkma başvurusu yapan kişi; sendikal hakların engellenmesi suçu nedeniyle cezalandırılmayacaktır. Ancak belirtilen ki, bu durumda bilişim suçları veya verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme suçları bakımından cezai sorumluluk devam etmektedir. Yine; oğlunun sendikanın düzenlediği gösteri yürüyüşüne katılmaması amacıyla oğlunu odaya kilitlemesi ya da bir kişinin, arkadaşının sendikal faaliyete katılması amacıyla kandırarak gösteri alanına getirmesi fiilleri nedeniyle sendikal hakların kullanılmasının engellenmesi suçu bakımından cezalandırma yoluna gidilmeyecektir. Oğlunu odaya kilitleyen babanın durumunda şartları olduğu takdirde; TCK'nın 109. maddesindeki kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu oluşabilecektir.

Sendika üyeliğinin kontrolü amacıyla e-devlet şifresini işçisinden isteyen; ancak e-devlet şifresini vermediği için işçiyi işten çıkarmakla tehdit eden işveren sanık hakkında, sendikal hakların kullanılmasının engellenmesi suçu nedeniyle cezaya hükmolunmuştur.⁸³ Burada işverenin kastı, sendikal üyeliğin durumu öğrenmesi ile birlikte işçiye karşı negatif tutumlar sergilemek ve hatta işten çıkartmak olduğun-

⁸³ “Sendikal hakka engele hapis cezası verildi” haberi, <http://www.tekgida.org.tr/Oku/8954/Sendikal-Hakka-Engel-Hapis-Cezasi-Verildi>, (E.T.: 08.12.2017).

dan, sendikal hakların kullanılmasının engellenmesi olarak değerlendirilmiştir. Dolayısıyla e-devlet şifresini vermek istemeyen işçiye yönelik bu tür eylemler, TCK'nın 118. maddesinin 1. fıkrası uyarınca cezalandırılmalıdır.

TCK'nın 118. maddesinin 2. fıkrasında ise; cebir veya tehdit kullanılarak ya da hukuka aykırı başka bir davranışla bir sendikanın faaliyetlerinin engellenmesi halinde fail hakkında hapis cezasına hükmolunacaktır. Yukarıda da bahsettiğimiz gibi, burada korunan hukuki yarar kolektif sendika özgürlüğüdür. Kanun dışı olan sendikal faaliyetlerin engellenmesinin bu madde kapsamında kabul edilmesi mümkün değildir.⁸⁴ Söz konusu suç, sendikal faaliyetin engellenmesi ile tamamlanmış olacaktır. TCK'nın 118. maddesinin 1. fıkrasındaki cebir ve tehdit unsurlarının yanında; 2. fıkrada "hukuka aykırı bir başka davranış" ile de suçun işlenmesi mümkün hale getirilmiştir. Örneğin; kapalı sendika toplantısı esnasında ses sistemlerinin kablolarını koparan, elektriklerin kesilmesine neden olan ve bu fiiller dolayısıyla sendikal faaliyeti engelleyen kişi, 2. fıkra uyarınca cezalandırılmalıdır. Ayrıca, sendika toplantısının yapılmaması amacıyla diğer sendika üyeleri tarafından toplu bir şekilde cebir uygulanması da 2. fıkra hükmü kapsamında değerlendirilmelidir.

TCK'nın 118. maddesinin ilk fıkrasındaki ihlaller, cebir veya tehdit olmadan hukuka aykırı bir davranış ile meydana gelirse, bu maddeden değil; şartları oluşması durumunda 4688 veya 6356 sayılı Kanun'un cezai hükümlerince yaptırım uygulanacaktır. Kanımızca, ikinci fıkradaki "*hukuka aykırı bir başka davranış*" unsuru, ilk fıkraya da eklenmelidir. Bu suretle sendikal hakların daha etkin bir şekilde korunabilmesi mümkün olacaktır. Ayrıca belirtmemiz gerekir ki; mesai saatleri içinde sendikal faaliyetlere katılmanın işveren tarafından engellenmesi, sendikal hakların kullanılmasının engellenmesi suçunu oluşturmayacaktır.⁸⁵

⁸⁴ Soyer, s. 102.

⁸⁵ 4688 sayılı Kanun'un 23. maddesi uyarınca: "İşçilerden farklı olarak işyeri sendika temsilcileri, sendikal görevlerini işyerinde, haftada dört saat olmak üzere yerine getirirler ve bu sürede izinli sayılırlar. İşyeri sendika temsilcilerinin bu izinlerini farklı günlerde kullanması mümkündür." 6356 sayılı Kanun'un 27. maddesine göre: "İşyerlerinde, sendika temsilcilerine görevlerini hızlı ve etkili biçimde yapmalarına imkân verecek kolaylıklar sağlanır." hükmü bulunmaktadır. İzinleri farklı günlerde kullanabilmeye ilişkin Devlet Personel Başkanlığı'nın 2013 yılındaki 55921223.450.01.00 sayılı tebliği için bkz., <http://www.memurlar.net/common/news/documents/494171/sendikalizin.jpg>, (E.T.: 14.12.2017).

Sendikal hakların engellenmesi suçunun, bireysel sendikal özgürlükleri koruma altına alan ilk fıkrası, ani suç niteliğindedir. Çünkü ilk fıkradaki sendikal özgürlükleri engelleme amacıyla cebir veya tehdidin uygulandığı an suç tamamlanmış olacaktır. Aynı şekilde, kolektif sendikal özgürlüklere ilişkin TCK'nın 118. maddesinin 2. fıkrası da ani suç olarak kabul edilmelidir. Bu suçların meydana gelmesi kapsamında işlenen fiillerin mütemadi suç olmaları, sendikal hakların engellenmesi suçunun ani suç olması özelliğini etkilemeyecektir. Örneğin sendika başkanının kaçırılması durumunda, hürriyetten yoksun bırakma fiili mütemadi suç niteliği taşımaktadır. Ancak kaçırma fiilinin, sendikal hakların kullanılmasının engellenmesi amacını içermesi nedeniyle, kaçırma fiilinin başladığı andan itibaren sendikal hakların kullanılmasının engellenmesi suçu gerçekleşmiş olacaktır. Bu eylem neticesinde hem TCK'nın 118. maddesindeki suç; hem de 109. maddesindeki hürriyetten yoksun bırakma suçu oluşacak ve TCK'nın 44. maddesindeki fikri içtima hükümleri uyarınca daha ağır cezayı gerektiren hürriyetten yoksun bırakma suçu uygulanacaktır.

Sendikal hakların engellenmesi suçunun ilk fıkrasındaki fiil, icrai nitelikte olup; cebirin, tehdidin veya hukuka aykırı davranışın ihmali surette meydana gelmemesi nedeniyle bu suçun ihmali davranışla⁸⁶ işlenmesi mümkün değildir.⁸⁷ Ancak ikinci fıkradaki kolektif sendikal özgürlüğe ilişkin suçun, ihmali olarak işlenmesi de mümkündür. Örneğin, sendika toplantısının yapılacağı salonun kapısını açmama gibi.⁸⁸ Ayrıca bu suç, zarar suçu değil; tehlike suçu niteliğindedir. Çünkü iki fıkradaki sendikal faaliyetlerin engellenmesi amacıyla tehdidin, cebirin veya ikinci fıkradaki hüküm uyarınca hukuka aykırı bir fiilin meydana gelmesiyle oluşacak zararın bir önemi olmamakta; sendikal faaliyetlerin engellenme amacı suçun oluşumu için yeterli olmaktadır.

C. MANEVİ UNSUR

Türk Ceza Kanunu'nun Ceza Sorumluluğunun Şahsiliği, Kast ve Taksir başlıklı birinci bölümünün 21. - 22. maddelerinde düzenlenen

⁸⁶ Hakan Hakeri, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 18. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015, s. 169 vd.

⁸⁷ Sözen, s. 62.

⁸⁸ Sözen, s. 63; Evik, s. 212.

kast ve taksir bakımından kural, kastın varlığıdır ve tüm suçlar kasten işlenebilmektedir. Ancak istisnai olarak, TCK'da özel olarak belirtilecek suçun taksirli şekli de cezalandırılmaktadır. Kastten işlenen fiillerden dolayı sorumluluğun oluşması için ayrıca bir düzenlemeye gerek yoktur.⁸⁹ Kast; TCK'nın 21. maddesinde "*Kast, suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir*" şeklinde tanımlanmıştır.

Taksir; TCK'nın 22. maddesinde düzenlenmiş olup, "*Dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen neticesi öngörülmeyle gerçekleştirilmesidir*" şeklinde tanımlanmıştır. Türk Ceza Kanunu'nda sınırlı sayıda suçlarda mümkün olan⁹⁰ taksirin cezalandırılabilmesi için açıkça belirtilmek zorunluluğu vardır. Aksi takdirde taksire ilişkin sorumluluktan bahsedilemez. Taksir, bilinçli ve bilinçsiz taksir şeklinde ikiye ayrılmaktadır. Failin, netice öngörmemesi ve istememesi halinde bilinçsiz taksir; kişinin öngördüğü neticeyi istememesi durumunda ise bilinçli taksirden söz edilir.⁹¹ TCK'nın 22. maddesinin 3. fıkrası uyarınca; bilinçli taksir halinde taksirli suça ilişkin ceza, üçte birinden yarısına kadar artırılır.

Sendikal hakların engellenmesi suçunun her iki fıkrası da suçun taksirli işleniş şeklini cezalandırmadığından dolayı, bu suç ancak kasten işlenebilen bir suçtur. İlk fıkra bakımından failin, sendikaya üye olup olmama, sendikanın faaliyetlerine katılıp katılmama ve sendikadan veya sendika yönetimindeki görevinden ayrılmaya zorlama amacıyla cebir veya tehdit kullanması gerekmektedir. Bu amaçlardan biri ile hareket edilmediği müddetçe ilk fıkra bakımından suç oluşmayacaktır. Birinci fıkra bakımından özel kasttan söz edilmelidir. Bu suçun teşebbüs suçu olduğunu savunan görüşlere göre, bu suçta olası kasttan dolayı sorumluluk mümkün değildir.⁹² İkinci fıkradaki suç

⁸⁹ Hakeri, s. 252; Zafer, s. 255.

⁹⁰ Türk Ceza Kanunu'nda cezalandırılan taksirli suçlar şunlardır: Taksirle Öldürme (m. 85), Taksirle Yaralama (m. 89), Taksirli İflas (m. 162), Genel Güvenliğin Taksirle Tehlikeye Sokulması (m. 171), Trafik Güvenliğini Taksirle Tehlikeye Sokma (m. 180), Çevrenin Taksirle Kirletilmesi (m. 182), Askeri Tesisleri Tahrir (m. 307/3), Savaş Zamanında Yükümlülükler (m. 322/2), Devletin Güvenliğine ve Siyasal Yararlarına İlişkin Bilgileri Açıklama (m. 329/3), Yasaklanan Bilgileri Açıklama (m. 336/3).

⁹¹ Zafer, s. 268.

⁹² Soyer, s. 106; Sözen, s. 65.

açısında ise olası ve doğrudan kast ile suçun işlenmesi mümkündür.⁹³ Her iki fıkradaki suçlar açısından da suçun taksirle işlenmesi mümkün değildir.

D. SUÇUN NİTELİKLİ HALLERİ

Türk Ceza Kanunu'nda bulunan çoğu suçta, suçun daha ağır bir şekli nedeniyle cezayı artıran nitelikli hal mevcuttur. Örneğin, kasten öldürme suçunun basit halinin cezası müebbet hapis cezası iken; suçun tasarlanarak veya canavarca hisle işlenmesi halinde ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükmolunacaktır. Sendikal hakların engellenmesi suçu bakımından bir nitelikli hal belirlenmemiştir.

Hürriyete karşı suçlarda; eğitim ve öğretimin engellenmesi, kamu kurumu veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının faaliyetlerinin engellenmesi, siyasi hakların kullanılmasının engellenmesi, inanç, düşünce ve kanaat hürriyetinin kullanılmasını engelleme, konut dokunulmazlığının ihlali ile iş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçları açısından TCK'nın 119. maddesinde nitelikli halleri belirten ortak bir madde olmasına rağmen; bu maddede sendikal hakların engellenmesi suçundan bahsedilmemiştir. TCK'nın 119. maddesindeki nitelikli haller arasında bu suçun olmamasının sebebi, sendikal hakların engellenmesi suçunun TCK metnine ortak hüküm ile birlikte Adalet Alt Komisyonu'nda değil de, daha sonra Adalet Komisyonu'nda eklenmiş olmasıdır. Bu ekleme sırasında nitelikli hale ilişkin TCK'nın 119. maddesinin değiştirilmesinin unutulduğu iddia edilmiştir.⁹⁴

TCK'nın 119. maddesindeki nitelikli hallerin sendikal hakların kullanılmasının engellenmesi suçu için de uygulanabileceğini savunan görüşler⁹⁵ olsa da; suçta ve cezada kanunilik ilkesi gereği ve ceza hukukunda kıyas yasağının olması nedeniyle⁹⁶ biz de bu görüşe katılmamaktayız.⁹⁷ Kanımızca, kanun koyucu tarafından gerekli düzenle-

⁹³ Sözen, s. 65.

⁹⁴ Evik, s. 215; Salih Kılıçdağı, Türk Ceza Kanununda Çalışma ve Örgütlenme Hürriyeti Aleyhine İşlenen Suçlar, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2009, s. 168.

⁹⁵ Soyer, s. 107, dn. 69.

⁹⁶ Özgenç, s. 117.

⁹⁷ Soyer, TCK'nın 119. maddesinin sendikal hakların kullanılmasının engellenmesi suçu için uygulanamayacağını belirtmektedir, Soyer, s. 107.

meler yapılarak, TCK'nın 119. maddesindeki suçların arasına, sendikal hakların kullanılmasının engellenmesi suçu da eklenmelidir.⁹⁸

E. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ

1. Teşebbüs

Teşebbüse ilişkin hükümler; TCK'nın Ceza Sorumluluğunun Esasları kısmının, Suça Teşebbüs başlıklı üçüncü bölümünde, TCK'nın 35. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre; kişi, istemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaz ise; teşebbüsten dolayı sorumlu tutulur. Teşebbüsten söz edilebilmesi için, gerçekleştirilen fiilin icra hareketi niteliğinde olması, fiilin neticeyi meydana getirmek için elverişli olması ve suçun icra hareketlerine başladıktan sonra, failin elinde olmayan nedenlerle bu hareketin tamamlanmamış olması gerekmektedir.⁹⁹ Fiilin teşebbüs aşamasında kalması durumunda, failin cezasında TCK'nın 35. maddesinin 2. fıkrası hükümlerine göre indirim yapılır. Sendikal hakların engellenmesi suçunun ilk fıkrasının teşebbüs suçu olduğunu savunan görüşler olsa da; kanımızca bu suç teşebbüs suçu olarak nitelendirilmemelidir.¹⁰⁰

TCK'nın 118. maddesinin 2. fıkrası açısından da; suçun teşebbüs aşamasında kalması mümkündür. Örneğin, sendikanın düzenlediği yasal toplantının engellenmesi amacıyla mikrofon kablosunu kesmek üzere yakalanan, ses sistemlerini bozmakta iken icra hareketlerini tamamlayamayan ya da sendikanın düzenlediği grevdeki işçilerin iradelerini etkilemek için sendika yöneticilerinin "yalancı, düzenbaz" olduklarının iddia edildiği basılı afişleri dağıtamadan kolluk kuvvetleri tarafından yakalanmaları halinde, fail veya failer hakkında TCK'nın 35. maddesinin 2. fıkrası uyarınca ceza indirimine gidilebilecektir.

2. İştirak

TCK'nın 37. - 41. maddeleri arasında bulunan suça iştirak hükümleri; iştirak müessesesini düzenlemektedir. Faillik ve şeriklik olarak

⁹⁸ Bu görüşümüz lehinde doktrinde görüşler mevcuttur. Bkz.; Ersoy, s. 490.

⁹⁹ Daha ayrıntılı bilgi için bkz, Özgenç, s. 441-467; Zafer, s. 392-411.

¹⁰⁰ Sözen, s. 67; Bu suçun teşebbüs suçu olduğunu savunan görüşler için bkz., Soyer, s. 107.

ikiye ayrılan bu müessese, failliği; doğrudan, dolaylı ve müşterek faillik olarak üçe ayırmaktadır. Şeriklik ise; azmettiren ve yardım eden olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Bir suçun işlenişine katılan, ancak fiilin işlenişinde sağladığı katkıyla fiil üzerinde hâkimiyet kuramayan kimseler şerik olarak adlandırılmaktadır. TCK'nın 37. maddesinde doğrudan faillik, müşterek faillik ve dolaylı faillik tanımlanmıştır. TCK'nın 38. ve 39. maddelerinde; azmettirme ve yardım etme konuları düzenlenmiştir. TCK'nın 40. maddesinde ise; suça iştirakte bağlılık kuralı düzenleme alanı bulmuştur.¹⁰¹

TCK'nın 38. maddesi uyarınca; bir başkasını suç işlemeye azmettiren kimse, işlenen suçun cezası ile cezalandırılmaktadır. Üstsoy ve altsoy ilişkilerinden doğan nüfuz kullanılmak suretiyle suça azmettirme veya çocukların suça azmettirilmesi halinde ceza artırılır. Yardım etmeye ilişkin hükümlere göre ise; suçun işlenmesine yardım eden kişiye, işlenen suçun ağırlığına göre daha az da olsa bir ceza verilmektedir. Suçun işlenmesine teşvik etmek, suç işleme kararını güçlendirmek, fiilin işlenmesinden sonra yardımda bulunacağı vaadinde bulunmak, suçun nasıl işleneceği konusunda yol göstermek veya fiilin işlenmesinde kullanılan araçları sağlamak, suçun işlenmesinden önce veya işlenmesinde yardımda bulunarak icrasını kolaylaştırmak fiilleri yardım etme olarak değerlendirilmektedir.¹⁰²

Sendikal hakların kullanılmasının engellenmesi fiillerinin icrası sırasında, iştirak eden kimse hakkında genel hükümler uygulanacaktır. Bu bakımdan, sendikal hakların engellenmesi suçu bir özellik arz etmemektedir. Örneğin, sendika üyeliğinden istifa etmesi için, işverenin emri ile işçiyi tehdit eden şirket müdürü fail olacak; bu emri veren işveren ise azmettiren olarak cezaya mahkûm edilecektir. Sendikal faaliyetin engellenmesi amacıyla toplantının yapıldığı sendika binasına grup halinde taş atan, bu suretle işçilerin korkup kaçmasına ve sendikal faaliyetin engellenmesine neden olan karşıt görüşlü sendika mensubu kimseler, fail olarak değerlendirilecek ve sendikal hakların kullanılmasının engellenmesi suçu nedeniyle sorumlu tutulacaklardır.

¹⁰¹ Ayrıntılı bilgi için bkz., Devrim Aydın, Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009, s. 130 vd.

¹⁰² Özgenç, s. 506-507.

3. İçtima

Suçların içtimaı, TCK'nın 42. - 44. maddeleri arasında düzenlenmiştir. TCK'nın 42. maddesinde bileşik suç, 43. maddesinde zincirleme suç ve nihayet 44. maddesinde farklı neviden fikri içtima hükümleri düzenlenmiştir. Bir suçun, diğer bir suçun unsuru veya ağırlaştırıcı nedeni olması dolayısıyla tek fiil sayılması haline bileşik suç denilmektedir. Bileşik suçlar açısından içtima hükümleri uygulanamayacaktır.¹⁰³

Cebir ve tehdidin, sendikal hakların kullanılmasının engellenmesi suçunun unsuru olması nedeniyle, bileşik suç hükümleri uygulanacaktır. Dolayısıyla uygulanan cebir veya tehdit nedeniyle ayrıca ceza verilmeyecektir.¹⁰⁴ Ancak uygulanan cebrin, kasten yaralamanın nitelikli hallerinden birine sebebiyet vermesi durumunda, ayrıca kasten yaralama nedeniyle ceza verilmesi gerektiğini düşünmekteyiz.¹⁰⁵

Zincirleme suç hükümleri bakımından, TCK'nın 43. maddesinin 1. fıkrası zincirleme suçu, ikinci fıkrası; aynı neviden fikri içtimayı düzenlemiştir.¹⁰⁶ TCK'nın 44. maddesinde ise, farklı neviden fikri içtima düzenleme alanı bulmuştur.¹⁰⁷ Zincirleme suç kapsamında; bir suçun işlenmesi esnasında, değişik zamanlarda bir kimseye karşı aynı suçun birden çok kez işlenmesi halinde, bir cezaya hükmolunacaktır. Ancak verilecek cezada artırıma gidilecektir. Aynı neviden fikri içtima ise; aynı suçun birden çok kişiye tek bir fiille işlenmesi halidir. Bu durumda da ceza artırımına gidilmesi gerekmektedir.¹⁰⁸ Farklı neviden fikri içtima ise; bir fiil ile birden fazla suçun meydana gelmesi durumudur. Bu durumda, en ağır cezadan mahkûmiyet kurulması gerekecektir.¹⁰⁹

Örneğin; TCK'nın 118. maddesinin 2. fıkrasının cebir veya tehdit

¹⁰³ Özgenç, s. 527; Zafer, s. 444; Pervin Aksoy İpekçiöglü, "Türk Ceza Kanunu'nda Bileşik Suç", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 61, S. 1, 2012, s. 46, <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/1656/17686.pdf>, (E.T.: 17.12.2017).

¹⁰⁴ Evik, s. 215; Aksoy İpekçiöglü, s. 53.

¹⁰⁵ Bu konuda bkz., Sözen, s. 70.

¹⁰⁶ Özgenç, s. 549.

¹⁰⁷ Özgenç, s. 554.

¹⁰⁸ TCK'nın 43. maddesinin son fıkrası uyarınca; aynı neviden fikri içtima ve zincirleme suç hükümleri, kasten öldürme, kasten yaralama, işkence ve yağma suçlarında uygulanamayacaktır.

¹⁰⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz., Artuk/Gökçen/Yenidünya, *Ceza Hukuku Genel*, s. 715-724.

ile ihlal edilmesi halinde ilk fıkradaki bireysel sendika özgürlüğü de kısıtlanmış olacağından dolayı her iki fıkradaki suç da oluşacak, ancak TCK'nın 44. maddesindeki farklı neviden fikri içtima hükümleri gereği daha ağır cezayı gerektiren ikinci fıkradan ceza verilecektir.¹¹⁰ Göndermiş olduğu tek bir tehdit mektubu ile birden fazla işçinin sendikaya üye olmasını engellemeye çalışan işveren temsilcisi; aynı neviden fikri içtima hükümleri uyarınca daha fazla bir cezaya mahkûm edilecektir.

Bir diğer örnek olarak, sendika yöneticiliği seçiminde aday olan kişinin, aynı sendikaya diğer adayın başkan seçilmemesi amacıyla oylama öncesinde diğer adayı azmettirdiği bir kişi aracılığıyla öldürtmesi ve bu nedenle o kimsenin başkanlığını engellemesi olayında TCK'nın 44. maddesindeki farklı neviden fikri içtima kuralları gereği, tasarlayarak kasten öldürme suçu nedeniyle ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükmolunacak; TCK'nın 118. maddesinin 1. fıkrasındaki sendikal hakların kullanılmasının engellenmesi nedeniyle mahkûmiyet kararı verilmeyecektir.

Yukarıda bahsettiğimiz Kütahya 2. Sulh Ceza Mahkemesi, 2007 tarihinde vermiş olduğu kararda; şirkette müdür olarak görev yapan sanığın, işçileri sendikadan ayrılmaya zorlama amacıyla baskı uygulamaya ve "*kapının önüne koymak*" gibi söz ve davranışlarda bulunmasını tehdit olarak değerlendirmiş ve sanık müdür hakkında, bireysel sendikal haklarının kullanılmasının engellenmesi suçu nedeniyle hapis cezasına hükmetmiştir. Bu olayda mahkeme, her bir katılana, aynı suçu birden fazla kez birden fazla kişiye karşı işlemesi nedeniyle içtima hükümlerini uygulayarak ceza artırımına da gitmiştir.

6356 sayılı Kanun'un 78. maddesindeki sendikaya üye olunmasını engelleme fiilinin cebir veya tehdit ile meydana gelmesi durumunda; 6356 sayılı Kanun'daki idari para cezası verilmeyecek, TCK'nın 118. maddesinin 1. fıkrası uygulanacaktır. Aynı zamanda 4688 sayılı Kanun'un 38. maddesindeki sendika üyeliğini engelleme fiillerinin cebir veya tehditle işlenmesi durumunda verilmesi gereken adli para cezası da, farklı neviden fikri içtima hükümleri uyarınca ve TCK'nın 118. maddesinin daha çok cezayı gerektirmesi nedeniyle uygulanmayacaktır.

¹¹⁰ Evik, s. 215.

F. MUHAKEME VE YAPTIRIM

Sendikal hakların kullanılmasının engellenmesi suçunun her iki fıkrasının soruşturması, re'sen yapılmaktadır. İlk fıkraya göre verilecek cezanın yaptırımını altı aydan iki yıla kadar hapis cezasıdır. İkinci fıkradaki suçun yaptırımını ise; bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasıdır. Ancak örneğin, polis memuru tarafından mahkeme kararı olmaksızın sendikal faaliyeti engellemek amacıyla sendika binasına izinsiz baskın yapılması durumunda, suçun soruşturulması 4483 sayılı Kanun uyarınca izne tabi olacaktır. Bu suçun kovuşturulmasında görevli olan mahkeme, Asliye Ceza Mahkemesi'dir.¹¹¹

TCK'nın 118. maddesindeki suça ilişkin bir takım istatistiki bilgilere değinecek olursak; 2014 yılı içerisinde TCK'nın 118. maddesinin 1. fıkrasının konu olduğu 151 davada, 9 mahkûmiyet, 80 beraat, 42 hükmün açıklanmasının geri bırakılması ve 21 diğer kararlar olmak üzere toplam 152 karar verilmiştir.¹¹² Aynı maddenin ikinci fıkrası için ise; çıkan 13 davada, hiç mahkûmiyet kararı verilmemiş, 8 beraat ve 5 hükmün açıklanmasının geri bırakılması olmak üzere toplam 13 karar verilmiştir.¹¹³ 2015 yılında 47 davada, 6 mahkûmiyet 22 beraat, 19 diğer kararlar olmak üzere toplam 47 karar; ikinci fıkra açısından ise 26 davada, 1 mahkûmiyet, 14 beraat ve 11 diğer kararlar olmak üzere 26 karar verilmiştir.¹¹⁴ 2016 yılında ise; 118. maddenin 1. fıkrası uyarınca 102 davada, 8 mahkûmiyet, 66 beraat, 26 hükmün açıklanmasının geri bırakılması ve 4 diğer kararlar olmak üzere toplam 104 karar verilmiştir. TCK'nın 118. maddesinin 2. fıkrası açısından toplam 30 davada, 9 mahkûmiyet, 24 beraat ve 1 hükmün açıklanmasının geri bırakılması olmak üzere 34 tane karar verilmiştir.¹¹⁵

¹¹¹ Ayrıntılı bilgi için bkz., Yener Ünver/Hakan Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, 10. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015, s. 139-162.

¹¹² Mahkûmiyet kararları; hürriyeti bağlayıcı ceza, adli para cezası, erteleme, güvenlik tedbiri ve diğer mahkûmiyet kararlarını içermektedir. Bir sanık hakkında bir suçtan dolayı aynı karar içerisinde hürriyeti bağlayıcı ceza, güvenlik tedbiri ve ertelemeye hükmedilmesi halinde UYAP yazılımı nedeniyle karar sayısı üç olarak sayılmaktadır.

¹¹³ Adalet Bakanlığı, Adli Sicil İstatistikleri 2014, <http://www.adlisicil.adalet.gov.tr/istatistikler/1996/2014-karartck.pdf>, (E.T.: 27.12.2017).

¹¹⁴ Adalet Bakanlığı, Adli Sicil İstatistikleri 2015, <http://www.adlisicil.adalet.gov.tr/istatistikler/1996/5237kararverilen2010.pdf>, (E.T.: 27.12.2017).

¹¹⁵ Adalet Bakanlığı, Adli Sicil İstatistikleri 2016, <http://www.adlisicil.adalet.gov.tr/istatistikler/1996/2016karartck.pdf>, (E.T.: 27.12.2017).

Ülkemizdeki suç oranlarının ve dava sayılarının fazlalığı göz önüne alındığında,¹¹⁶ sendikal hakların kullanılmasının engellenmesi suçu nedeniyle açılan dava sayısının azlığının çeşitli sebepleri olabilir. Sendikaların eski öneminin günümüzde kalmadığı, sendikal hak ihlallerinin az sayıda olduğu veya sendikal hak ihlallerinin az sayıda olmasına rağmen bu nedenle yargıya taşınan vakaların az sayıda olduğu; dava sayısının az olmasının sebepleri arasında gösterilebilir. BİMER'e gönderdiğimiz ve Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü tarafından 08.07.2015 tarihinde 74044743-252.01-E.362/32510 sayıyla iletilen yanıtı göre; 2014 yılında arasında illere göre 5237 sayılı TCK'nın 118. maddesindeki Sendikal Hakların Kullanılmasının Engellenmesi Suçu'yla ilgili olarak mahkemelerce verilen kararlara ilişkin bilgilerin tablo haline getirilmiş şekli ekte gösterilmiştir.¹¹⁷

Sendikal hak ihlallerine ilişkin olarak KESK tarafından yayımlanan 1 Şubat – 7 Ağustos 2015 tarihleri arasında kapsayan sendikal hak ihlalleri raporuna göre, söz konusu tarihler arasından ülkemizde çok sayıda hak ihlali tespit edilmiştir.¹¹⁸ Bunun yanında, ITUC'un her yıl yayınladığı (*International Trade Union Confederation - Uluslararası Sendikalar Konfederasyonu*) sendikal hak ihlali raporlarında, 2015 yılı içerisinde Almanya'da sendikal hak ihlaline rastlanılmadığı ifade edilmiştir.¹¹⁹ Sendikal hak ihlallerinin kıtalar ve ülkelerin politikaları çerçevesinde değiştiğine vurgu yapan ITUC'un 2007 raporunda; Avrupa'da sendikal faaliyet nedeniyle tutuklanan veya gözaltına alınan sendikalı sayısı yalnızca 23 iken; Asya ve Pasifiklerde 2874 olarak ifade edilmiştir.¹²⁰

¹¹⁶ 2014 yılında ceza mahkemelerine gelen toplam 2.406.537 davadan, 1.324.153'ü karara bağlanmıştır; Adalet Bakanlığı, Dava Sayılarına İlişkin Adli Sicil İstatistikleri 2016, http://adlisicil.adalet.gov.tr/istatistik_2016/bulten2016.pdf, (E.T.: 15.09.2017).

¹¹⁷ BİMER aracılığıyla tarafımıza gönderilen yanıtlar ile Adli Sicil İstatistikleri'ne ilişkin Adalet Bakanlığı sitesinden temin ettiğimiz bilgiler arasındaki rakamsal farklılıklar, istatistiklerin güvenilirliğine ilişkin soru işaretleri meydana getirmektedir.

¹¹⁸ Kamu Emekçileri Sendikaları Konfederasyonu, 1 Şubat – 7 Ağustos 2015 Hak İhlalleri Raporu, <https://drive.google.com/file/d/0B779G68uZfRkR2FBRVNIRWJnR0k/view>, (E.T.: 16.12.2017).

¹¹⁹ Uluslararası Sendikalar Konfederasyonu, 2015 Küresel Haklar Göstergesi Raporu, s. 78, http://www.ituc-csi.org/IMG/pdf/survey_global_rights_index_2015_en.pdf, (E.T.: 09.11.2015).

¹²⁰ Sevda Köse, "ITUC Raporlarına Göre 2000'li Yıllarda Sendikal Hak İhlalleri (2000-2010)", Sosyal Haklar Ulusal Sempozyumu, s. 387, <http://www.sosyalhaklar.net/2010/bildiri/kose.pdf>, (E.T.: 19.12.2017).

SONUÇ

Sendikalar, işçilerin işverenler karşısında ve işverenlerin işçiler karşısındaki haklarını koruması, yıllar boyu sendikal faaliyetler aracılığıyla işçi haklarının ülkelerin kendi mevzuatlarında yer verilerek yerleşmesini sağlaması, toplantı ve gösteri yürüyüşleri düzenleyerek, basın açıklamalarıyla, grev faaliyetleri ile sendikal hakların ve işçilere sağlanan sosyal ve ekonomik hakların güçlenmesini sağlama çabasını göstermesi gibi nedenlerle toplumlarda ve hukuk âleminde önemli bir konuma sahip durumdadır.

Özellikle grev eylemleri sayesinde sendikal hakların kazanılmasına ve korunmasına katkıda bulunan sendikalar, yaptığı bu tür faaliyetler ile işçilerin bazı hakları edinmesinde öncülük etmiştir. İkinci Dünya Savaşı'nın ardından güçleri bir hayli artan sendikalar, bu dönemde birçok toplumsal olayda da ön planda olmuştur. Ancak özellikle soğuk savaş döneminin sona ermesinden sonra sendikaların üye sayısında azalmalar görülmüş ve günümüzde eskiye kıyasen oldukça az sayıda kişinin sendikaya üye olduğu istatistikler ile tespit edilmiştir.

Son zamanlarda sendika üyelikleri sebebiyle işçilere karşı artan ayrımcılık içeren eylemler maalesef işçi haklarını olumsuz yönde etkilemektedir. Sendikal ayrımcılık nedeniyle işten atılan veya farklı uygulamalara tabi tutulan kimseler, sendikalarını değiştirmek zorunda kalmakta veya işten atılmaktadırlar. Sendikal nedenle yapılan ayrımcılıkların önlenmesi amacıyla, hem yargı mensupları tarafından hem de kolluk kuvvetleri tarafından etkin bir şekilde mücadele verilmelidir. Bir kimsenin mensup olduğu sendika veya siyasi görüş sebebiyle ayrımcılığa maruz kalması, ülkemiz ve toplumumuz açısından derin yaralara neden olabilecek niteliktedir.

TCK'nın 119. maddesinde yer alan ve hürriyete karşı işlenebilecek bazı suçların nitelikli hallerini ortak bir şekilde barındıran düzenleme, unutulurken veya herhangi bir sebeple nitelikli hallerin uygulanacağı maddeler arasında TCK'nın 118. maddesindeki sendikal hakların kullanılmasının engellenmesi suçu bulunmamaktadır. Kanımızca, kanun koyucu tarafından gerekli prosedür başlatılarak 119. maddede sayılan hürriyete karşı suçların arasına TCK'nın 118. maddesi eklenmelidir.

EKLER

YIL	İL	M.	ÇDSS ¹	MHK ²	BRT ³	HGB ⁴	Y/G ⁵	DiĞER
2014	ANKARA	118/1	1	-	-	2	-	-
	ANTALYA	118/1	7	12	2	-	-	-
	BURSA	118/1	19	-	30	8	-	-
	BURSA	118/2	4	-	-	8	-	-
	DÜZCE	118/1	3	-	-	-	6	-
	DİYARBAKIR	118/1	1	-	-	-	2	-
	ESKİŞEHİR	118/1	2	-	4	-	-	-
	HATAY	118/1	1	4	-	-	-	-
	ISPARTA	118/1	2	-	-	4	-	-
	KARABÜK	118/1	1	-	-	2	-	-
	KAYSERİ	118/1	17	-	32	2	-	-
	KIRIKKALE	118/1	2	-	4	-	-	-
	KIRKLARELİ	118/1	5	-	10	-	-	-
	KOCAELİ	118/1	1	-	-	2	-	-
	KONYA	118/1	8	-	8	8	-	-
	KÜTAHYA	118/2	3	-	6	-	-	-
	MANİSA	118/1	21	2	12	8	20	-
	MARDİN	118/1	1	-	-	2	-	-
	MERSİN	118/1	6	-	12	-	-	-
	MUĞLA	118/2	1	-	2	-	-	-
	MUŞ	118/1	4	-	8	-	-	-
	NİĞDE	118/1	1	-	-	2	-	-
	RİZE	118/2	1	-	2	-	-	-
	SAKARYA	118/1	1	-	-	2	-	-
	SİVAS	118/2	1	-	2	-	-	-
	TEKİRDAĞ	118/1	9	-	12	6	-	-
	TEKİRDAĞ	118/2	1	-	2	-	-	-
	İSTANBUL	118/1	25	-	14	34	-	2
İSTANBUL	118/2	2	-	2	2	-	-	
İZMİR	118/1	13	-	12	2	12	-	
TOPLAM			164	18	76	94	40	2

Not: Mahkûmiyet kararları; hürriyeti bağlayıcı ceza, adli para cezası, erteleme, güvenlik tedbiri ve diğer mahkûmiyet kararlarını içermektedir. Bir sanık hakkında bir suçtan dolayı aynı karar içerisinde hürriyeti bağlayıcı ceza, güvenlik tedbiri ve ertelemeye hükmedilmesi halinde UYAP yazılımı nedeniyle karar sayısı üç olarak sayılmaktadır.

- 1 Çıkan davalardaki suç sayısı
- 2 Mahkûmiyet kararı
- 3 Beraat kararı
- 4 Hükümün açıklanmasının geri bırakılması
- 5 Yetkisizlik ve görevsizlik kararı

Kaynakça

- Aksoy İpekçiöğlü Pervin, "Türk Ceza Kanunu'nda Bileşik Suç", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 61, S. 1, 2012, (<http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/1656/17686.pdf>, E.T.: 17.12.2017).
- Aktay Nizamettin, Avrupa Birliği Ülkeleri Toplu İş Hukuku, Kamu İşletmeleri İşverenleri Sendikası, Ankara, 1997, 5. Bölüm.
- Artuk M. Emin/Gökçen Ahmet/Yenidünya Caner, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 9. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015.
- Artuk M. Emin/Gökçen Ahmet/Yenidünya Caner, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 15. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015.
- Artuk M. Emin/Gökçen Ahmet/Yenidünya Caner, TCK Şerhi, Turhan Kitabevi, Ankara, 2009.
- Aydın Devrim, Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009.
- Bakıcı Sedat, "Tehdit Suçu ve Unsurları", *Ankara Barosu Dergisi*, S. 5, 1992, (<http://www.ankarabarusu.org.tr/siteler/ankarabarusu/tekmakale/1992-5/1.pdf>, E.T.: 14.12.2017).
- Candoğan Gökhan, "Sendikasılaştırma Aracı Olarak Yetki Tespitine İtiraz Süreci ile Sendikal Hakların Kullanılmasının Engellenmesi Suçunun Uygulanması", *İş ve Hayat Dergisi*, S. 1, s. 188, (http://www.sekeris.org.tr/dergi/multimedia/dergi/21_sendikasizlastirma_araci_olarak_yetki_tespitine_itaraz_sureci_ile_sendikal_haklarin_kullanilmasinin_engellenmesi_sucunun_uygulanmasi.pdf, E.T.: 16.04.2018)
- Carsten Strobj Jensen, Sendikacılık: Farklılıklar ve Benzerlikler - Avrupa, ABD ve Asya Üzerine Karşılaştırmalı Bir İnceleme, çev. Fuat Man, (<http://www.e-akademi.org/incele.asp?konu=Sendikac%FDI%FDk:%20Farkl%FDI%FDklar%20ve%20Benzerlikler%20%96%20Avrupa,%20ABD%20ve%20Asya%20DCzerine%20Kar%FE%FDla%FEt%FDmal%FD%20Bir%20DDnceleme&kimlik=1557287192&url=makaleler/jensen-1.htm>, E.T.: 21.07.2015).
- Centel Tankut, "Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Çalışma Yaşamına İlişkin Düzenlemeler", *Çimento İşveren Dergisi*, S. 5, C. 19, 2005, (http://www.ceis.org.tr/dergi-Docs/yeni_turk_ceza_kanunu.pdf, E.T.: 24.12.2017).
- Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu Gereğince İş Kollarındaki İşçi Sayıları ve Sendikaların Üye Sayılarına İlişkin 2017 Temmuz Ayı İstatistikleri, (<https://www.csgeb.gov.tr/media/5605/2017-temmuz-ay%C4%B1-%C4%B0statistigi.pdf>, E.T.: 26.12.2017).
- Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, İşkollarındaki İşçi Sayıları ve Sendikaların Üye Sayılarına İlişkin 2017 Temmuz Ayı İstatistikleri Hakkında Tebliğ, (<https://www.csgeb.gov.tr/media/5605/2017-temmuz-ay%C4%B1-%C4%B0statistigi.pdf>, E.T.: 26.12.2017).
- Çelik Aziz, Düünden Bugüne Sendikal Hareket Sorunlar, Arayışlar, Çözümler, (http://www.egitimsen.org.tr/ekler/2958907d0d829d1_ek.pdf, E.T.: 21.07.2015).

- Çifter Alğun, "Yasadışı Grev ve Sonuçları", *İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Mecmuası*, C. 55, 2005, (<http://dergipark.ulakbim.gov.tr/uiufm/article/viewFile/1023007249/1023006763>, E.T.: 29.12.2017).
- Deutscher Gewerkschaftsbund, (<http://www.dgb.de/uber-uns/bewegte-zeiten/60-jahre-dgb>, E.T.: 26.12.2017).
- Dribbusch Heiner/Birke Peter, "Trade Unions in Germany", Friedrich Ebert Stiftung, 2012, (<http://library.fes.de/pdf-files/id-moe/09113-20120828.pdf>, E.T.: 20.12.2017).
- Erdoğan İrmak, "Ceza Hukukunun Sendikasızlaştırmayla Mücadelesi: Sendikal Hakların Kullanılmasının Engellenmesi Suçu", *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2015/2, s. 89, (<http://dosya.gsu.edu.tr/Sayfalar/2016/5/gsu-hfd-2015-2-192.pdf>, E.T.: 16.04.2018).
- Erman Sahir, "Çalışma Hürriyetinin Tahdidi Veya Men'i Suçu", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 18, S. 3-4, 1952, (<http://www.journals.istanbul.edu.tr/iuhfm/article/view/1023005005/1023004545>, E.T.: 28.12.2017).
- Ermumcu Osman, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 11. maddesinin Tahlili", *Türk Hukuk Enstitüsü*, (<http://www.izmirbim.adalet.gov.tr/makaleler/mesleki/A%C4%B0HS.11.MADDES%C4%B0N%C4%B0N%20TAHL%C4%B0L%C4%B0%20O.ERMUMCU.doc>, E.T.: 30.12.2017).
- Ersoy Uğur, "Sendikal Hakların Kullanılmasının Engellenmesi Suçu", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XX, S. 2, 2016, (http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/20_2_14.pdf, E.T.: 28.12.2017).
- Esener Turhan/Bozkurt Gümrükçüoğlu Yeliz, *Sendika Hukuku*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014.
- Evik Ali Hakan, "Sendikal Hakların Kullanılmasının Engellenmesi Suçu", *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, S. 10, 2006.
- Gökçen Ahmet, "Hürriyete Karşı Suçlar", (www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/117.doc, E.T.: 23.12.2017).
- Gülşen Hale, *Türk İş Hukukunda Sendikal Ayrımcılık, Önlenmesi ve Yaptırımı*, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2008.
- Gülşen Recep, *Ceza Hukukunda Sorumluluğu Kaldıran Nedenlerden Kaza, Mücbir Sebep, Cebir ve Tehdit*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2007.
- Hakeri Hakan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 18. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015.
- Kamu Emekçileri Sendikaları Konfederasyonu, "1 Şubat - 7 Ağustos 2015 Hak İhlalleri Raporu", 2015, (<https://drive.google.com/file/d/0B779G68uZfRkR2FBRVNIRWJnR0k/view>, E.T.: 16.12.2017).
- Kılıçdağı Salih, *Türk Ceza Kanununda Çalışma ve Örgütlenme Hürriyeti Aleyhine İşlenen Suçlar*, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2009.

- Koç Yıldırım, "Sendikacılık Tarihi", Türk-İş Eğitim Yayınları, No: 1, Ankara, 1998, (<http://yildirimkoc.com.tr/usrfile/1322171321b.pdf>, E.T.: 23.06.2015).
- Köse Seveda, "ITUC Raporlarına Göre 2000'li Yıllarda Sendikal Hak İhlalleri (2000-2010)", Sosyal Haklar Ulusal Sempozyumu, (<http://www.sosyalhaklar.net/2010/bildiri/kose.pdf>, E.T.: 19.12.2017).
- Kutal Metin, "Sendika Hürriyeti", *Sosyal Siyaset Konferansları Dergisi*, S. 13, 1962, (<http://www.journals.istanbul.edu.tr/iusskd/article/view/1023007552/1023007054>, E.T.: 26.12.2017).
- Lepinski Franz, "The German Trade Union Movement", *International Labour Review*, S. 79, 1959, (<http://heinonline.org/HOL/Print?collection=journals&handle=hein.journals/intlr79&id=73>, E.T.: 20.12.2017)
- Mahiroğulları Adnan, *Dünyada ve Türkiye'de Sendikacılık*, Ekin Yayınevi, Bursa, 2013.
- Özerkmen Necmettin, "Geçmişten Günümüze Türkiye'de Anayasa ve Yasalarda Sendikal Hakların Düzenlenmesi ve Getirilen Kısıtlamalar", *Ankara Üniversitesi Dil ve Tarih Coğrafya Fakültesi Dergisi*, C. 43, S. 1, 2003, (<http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/26/1009/12246.pdf>, E.T.: 19.12.2017)
- Özgenç İzzet, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013.
- Soyer Sesim, "İş ve Çalışma Hürriyetinin İhlali ile Sendikal Hakların Kullanılmasının Engellenmesi Suçlarına İlişkin Bazı Düşünceler", *Hukuki Perspektifler Dergisi*, S. 7, 2006.
- Sözen Mustafa, "Bireysel Sendika Özgürlüğü ve Sendikal Hakların Kullanılmasının Engellenmesi Suçu", *Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, C. 12, S. 46, 2015.
- Sözüer Adem, "Tehdit Suçu", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 54, S. 1-4, 1994, (<http://www.journals.istanbul.edu.tr/iuhfm/article/view/1023014653/1023013869>, E.T.: 14.12.2017).
- Tezcan Durmuş/Erdem Mustafa Ruhan/Önok Murat, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 12. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2015.
- Türk Ceza Hukuku Derneği, *Yargıtay Kararları Çerçevesinde Ceza Hukuku Sempozyumu*, Ufuk Matbaacılık, İstanbul, 2011.
- Türkiye Büyük Millet Meclisi, *Türk Ceza Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu*, (<https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss664m.htm>, E.T.: 14.12.2017).
- Uluslararası Sendikalar Konfederasyonu, *2015 Küresel Haklar Göstergesi Raporu*, http://www.ituc-csi.org/IMG/pdf/survey_global_rights_index_2015_en.pdf.
- Ünver Yener/Hakeri Hakan, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 10. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015.
- Yarsuvat Duygun, *Çalışma Ceza Hukuku, Sendika Özgürlüğüne Karşı Suçlar, Kanunsuz Grev ve Lokavt Suçları*, Sermet Matbaası, İstanbul, 1978.

Yarsuvat Duygun, "Yeni Türk Ceza Kanunu'nun 117. ve 118. maddelerinde Yer Alan İş ve Çalışma Hürriyetinin İhlali, Sendikal Hakların Kullanılmasının Engellenmesi Suçları", *Sicil İş Hukuku Dergisi*, S. 7, 2007, s. 142, (https://www.mess.org.tr/content/sicil_eyl%C3%BCI_2007.pdf, E.T.: 23.12.2017).

Yenisey Feridun/Plagemann Gottfried, Alman Ceza Kanunu - Strafgesetzbuch Türkçe Çeviri, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2015.

Yurtcan Erdener, Yargıtay Kararları Işığında Hürriyete Karşı Suçlar, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012.

Zafer Hamide, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2015.

İNTİHARA YÖNLENDİRME SUÇU

CRIME OF DIRECTING SUICIDE

Uğur ERSOY*

*“Olmak ya da olmamak, işte bütün mesele bu:
Zalim talihin oklarına ve yumruklarına dayanmak mı daha onurlu,
Yoksa bela denizlerine karşı silahlanıp,
Bunlara bir son vermek mi? Ölmek, uyumak.
Hepsi bu; bir uykuyla bitirebilmek bütün ıstırapları sonunda,
Doğanın bedene miras bıraktığı bin bir acıyı sona erdirmek,
Canı gönülden istenecek bir son olmaz mıydı? Ölmek, uyumak;
Uyumak! Ve belki düş görmek: İşte bütün zorluk bu.”*

Shakespeare, Hamlet, III, 1.

Özet: İntihar, Antikçağ’dan günümüze kadar din-ahlak-felsefe-hukuk ekseninde önemli tartışmaların odağında yer almış ve üzerinde çok şey söylenmiş bir konudur. İnsanlığın gelişim süreciyle birlikte, intihara bakış da büyük bir değişim göstermiştir.

Durkheim’in söylediği “İntihar yoktur, intiharlar vardır” ifadesi, intihar kavramı hakkında çok önemli ipuçları içermektedir. Zira intihar, ölümü, yaşama yeğleyen bir insan edimi olup, intihara neden olan durumlar da her somut olayda farklılık göstermektedir. Henry de Montherlant’ın da ifade ettiği gibi “Bir intihardan anlaşılması daha güç bir şey yoktur.” Bu açıdan bakıldığında, intihar olgusunun biyolojik, psikolojik, psikiyatrik, sosyolojik, ekonomik, teolojik, felsefi ve hukuki birçok boyutunun olduğu söylenebilir.

Çalışmamızda, intihar olgusunun ağırlıklı olarak hukuki boyutu üzerinde durulacak, bu bağlamda Türk Ceza Kanunu’nun 84. maddesinde düzenlenmiş olan intihara yönlendirme suçu incelenmeye çalışılacak; yeri geldikçe karşılaştırmalı hukuktaki düzenlemelerden ve diğer disiplinlerdeki görüşlerden de istifade edilecektir.

Anahtar Kelimeler: İntihar, İntihara Yönlendirme, İntihara Azmettirme, Yaşam Hakkı, Ölme Hakkı

* Dr. Öğretim Üyesi, Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı

Abstract: Suicide is a matter that has been said and discussed on the basis of important debates on the line of religion-morality-philosophy-law from antiquity to nowadays. Along with the development of humanity, the regard of suicide has also changed a lot.

Durkheim's statement "There is no suicide, there are suicides." contains very important clues about the concept of suicide. Because suicide is a human act, choosing death instead of life, and situations that cause suicide vary in every concrete case. As Henry de Montherlant said, "There is nothing more difficult to understand than a suicide." From this perspective, it can be said that suicide has a lot of aspects such as biological, psychological, psychiatric, sociological, economic, theological, philosophical and legal.

In our study, we will focus on the legal dimension of suicide and try to investigate "crime of directing suicide" directed in the article 84 of Turkish Criminal Code. We will use comparative legislative arrangements and views in other disciplines as well.

Keywords: Suicide, Directing Suicide, Enthuse to Suicide, Right to Live, Right to Die

Giriş

Dünya Sağlık Örgütü tarafından 2012 yılında yayınlanan bir istatistikte, dünyada her yıl bir milyona yakın insanın intihar etmek suretiyle hayatını kaybettiği belirtilmiştir. Son kırk beş yıl içerisinde intiharlar %60 oranında artış göstermiştir. Dünyadaki intihar hızı yaklaşık yüz binde on altıdır ve her kırk saniyede bir kişi intihar etmektedir. 2020 yılında intihar eden kişilerin sayısının dünyada bir buçuk milyona ulaşacağı da yapılan tahminler arasındadır. Çalışmamız açısından önem arz eden bir diğer bilgi ise, intihara teşebbüslerin, tamamlanmış intiharlardan en az on kat daha fazla olduğu gerçeğidir.

Taşıdığı özellikler nedeniyle negatif duyguları uyandıran intihar olgusu üzerinde fazla konuşulmak istenmediği bilinen bir gerçektir. Oysa her ne kadar intihar tabu olma özelliğini sürdürüyor olsa da, üzerinde önemle durulması gereken bir konudur.¹

İntihar konusunda önemli çalışmalar yapmış yazarlardan birisi *Emile Durkheim*'dir. Yazar, 1897 yılında yazdığı ve çağının istatistiklerine dayanan "İntihar" isimli çalışmasında konuyla ilgili önemli tes-

¹ Kamil Alptekin, Veli Duyan, İntihar ve İntihar Girişimi – Kavramlar, Yaygınlık, Müdahale, Önleme ve Öyküler, İstanbul 2014, s.9.

pitlerde bulunmuş ve intihardan tam olarak neyin anlaşılması gerektiğini ortaya koymuştur. Yazar ilk olarak, kişinin kendisi tarafından gerçekleştirilmiş, olumlu ya da olumsuz bir edimin, dolaylı ya da dolaysız sonucu olan her ölümün intihar olarak kabul edilmesi görüşünü eksik bulmaktadır. Zira bu tanım birbirinden çok farklı iki ölüm çeşidini birbirinden ayırmamaktadır: Gözüne birtakım hayaller görünen ve odasını bahçe katında sanıp, yüksek bir pencereden dışarı fırlayıveren adamla, aklında herhangi bir bozukluk olmadığı halde ne yaptığını bilerek kendini vuran adam aynı sınıfa sokulamaz. İkinci olarak, ölümü getiren edimin, ancak kişi tarafından bu sonuç amaçlanarak gerçekleştirilmişse intihar olarak kabul edilmesi görüşüne de *Durkheim* katılmamaktadır. Zira bir edim, kişinin peşinden gittiği amaçla belirlenemez. Eğer sadece kendini öldürme niyeti olduğunda intihar vardır dersek, görünürdeki ayrılıklara karşın, aslında herkesin intihar dediği ve başka ad verilemeyecek şeylerin tıpatıp aynı olan olaylara intihar dememek gerekir. Örneğin, bölüğünü kurtarmak için kesin bir ölüme koşan asker ölmek istemiyordur ama kendi ölümünün failidir. Dini inancı uğruna ölen şehit ile çocuğu için kendini feda eden anne için de aynı şey söylenebilir. Şu halde, yaşamın kesinlikle feda edilmesine kadar giden özveri, bilimsel olarak intihar demektir. Yazar bu açıklamaları yaptıktan sonra intiharı ve intihar girişimini şu şekilde tanımlamaktadır: “Nasıl bir sonuç vereceği bilinen, kurbanın kendisi tarafından gerçekleştirilen, olumlu ya da olumsuz bir edimin dolaysız ya da dolaylı sonucu olan her ölüm edimine intihar denir. İntihar girişimi de böyle tanımlanan, fakat ölüm sonucu vermeyen edimdir.”²

Durkheim, intiharı, üç kategoriye ayırmaya izin veren toplumsal nedenlerden bahseder: Ailevi, dini ya da siyasi grubuyla pekiyi kaynaşamamış bireyleri ilgilendiren *bencil intihar*; bireyin kendisini grup için feda etmesini haklı kılacak biçimde kaynaşmış toplumları ilgilendiren özgeci intihar; temel ihtiyaçlarını artık karşılayamayan toplumsal mekanizmaların bozulmasına bağlı olan *kuralsız intihar*. Bencil intihar, topluluğun birey üzerindeki basıncının zayıflamasının, toplumun çözülmesinin bireyde yaratabileceği tinsel şaşkınlığın sonucudur. Özgeci intihar, bireyin ortak değerlere sıkı sıkıya tabi olduğu toplumlar-

² Emile Durkheim, *İntihar - Bir Toplum Bilim İncelemesi* (Çev.: Z. Zühre İlkelen), İstanbul 2013, s.3-5.

da görülür. Kuralsız intihar ise, politik, ekonomik, kurumsal krizlerle, toplumu bütünüyle olumsuz etkileyen karışıklıklarda görülmektedir.³

Albert Camus ise, intihar olgusunun bireysel perspektiften ziyade felsefik perspektiften ele alınması gerektiğine vurgu yapmaktadır. Yazara göre, gerçekten ciddi tek bir felsefi sorun vardır: İntihar. Yaşamın, yaşanmaya değer olup olmadığına karar vermek, felsefenin temel sorusunu yanıtlamak demektir. Kurt insanın içindedir; onu orada aramak gerekir. Varoluş karşısındaki bilinçlilikten aydınlığın dışına kaçmaya götüren bu ölümcül oyuna uymak ve onu anlamak gerekir.⁴

İntiharla ilgili önemli araştırmalar yapmış isimlerden bir diğeri olan *Sigmund Freud*, 1905 yılında yayımladığı çalışmasında, intiharı, saldırganlığın "ben"e yönelmesi olarak açıklamıştır. Toplumsal baskı nedeniyle, insan, saldırganlığını gerçek nesnesine yani nefret ettiği kişiye gösteremezse, bu saldırganlık öznenin kendisine yönelir. *Freud*'un bu kuramını şu şekilde izah etmek mümkündür: "Başkaları öldürülemezince ölmek istenecektir ve her intihar belki de engellenmiş bir cinayettir." Bu bakış açısına göre, intihar oranı, dış şiddetin disiplin altına alındığı örgütlü toplumlarda artmaya yönelecek, dolayısıyla cinayet oranıyla ters orantılı olacaktır. Bununla birlikte *Freud* 1920 yılında, her insanda var olan yaşama ve üreme içgüdüsünün (*libido*) tam tersi olacak ve bazı durumlarda, kendini diğerlerine adama ve kendinden vazgeçme gibi ikame davranışlarıyla yüceltilmediği takdirde üstünlüğü ele geçirebilecek bir ölme içgüdüsünden (*destrudo*) de bahsetmektedir.⁵

Çalışmamızda ayrıntılı olarak ifade edileceği üzere, intihar etme veya intihara teşebbüs etme ceza hukuku sistemimizde suç değildir. Bu açıdan bakıldığında intihara azmettirme, teşvik etme, intihar kararını kuvvetlendirme veya intihara herhangi bir şekilde yardım etme de, iştirakte bağlılık kuralı uyarınca (TCK m.40/1) cezalandırılabilir fiiller olarak değerlendirilemeyecektir. Zira bağlılık kuralı gereğince şeriklerin cezalandırılabilmesi için, fail tarafından işlenen fiilin tipe uygun ve hukuka aykırı olması gereklidir. Oysaki intihar veya intihara teşebbüs hukukumuzda suç olarak tanımlanan bir fiil değildir.

³ Durkheim, İntihar, s.136 vd.

⁴ A. Camus, *Le Mythe de Sisyphe*. Akt. Minois, Georges, İntiharın Tarihi - İstemli Ölüm Karşısında Batı Toplumu (Çev.: Nermin Acar), Ankara 2008, s.11.

⁵ Akt. Minois, İntiharın Tarihi, s.364.

Böyle olunca da, iştirak kurallarını uygulamak suretiyle bir başkasını intihara azmettiren veya yardım edeni cezalandırmak söz konusu olamayacaktır. Bu nedenle kanun koyucu, intihara yönlendirme başlığı altında, iştirakte bağlılık kuralı gereği cezalandırılması mümkün olmayan fiilleri bağımsız bir suç tipi altında düzenlemek suretiyle yaptırma bağlama yolunu seçmiş ve TCK'nın 84. maddesinde intihara yönlendirme suçunu düzenlemiştir.⁶

Burada önemli bir hususa vurgu yapılması gerekmektedir: 84. maddedeki intihara yönlendirme suçunu oluşturan davranışlar, iştirak şekillerinden yalnızca şeriklik statüsünü oluşturan azmettirme ve yardım etme fiillerini kapsamaktadır. Bu bağlamda, intihar fiiline faillik türlerinden herhangi birisiyle iştirak edilmesi halinde, intihara yönlendirme suçundan değil, kasten öldürme suçundan bahsedilecektir. Örneğin, evinin tavanına astığı ipele intihar etmek isteyen kişi, altındaki sandalyeye tekme atmasını arkadaşından istese ve o da bu isteği yerine getirirse, bu durumda intihara yönlendirme suçundan değil, kasten öldürme suçundan söz edilecektir. Çünkü burada her ne kadar kişinin iradesi intihar etmek olsa da, ölüm sonucunu doğuran hareket intihar edenin kendi hareketiyle değil arkadaşının hareketiyle gerçekleşmektedir.⁷

İnceleme konumuzu oluşturan intihara yönlendirme suçu, TCK'nın 84. maddesinde düzenlenmiş bulunmaktadır. Madde şu şekildedir:

“İntihara yönlendirme

Madde 84. (1) Başkasını intihara azmettiren, teşvik eden, başkasının intihar kararını kuvvetlendiren ya da başkasının intiharına herhangi bir şekilde yardım eden kişi, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

⁶ Mahmut Koca, “İntihara Yönlendirme Suçu (TCK m.84)”, CHD, Yıl:5, Sayı:12, Nisan 2010, s.21; Mehmet Emin Artuk/Ahmet Gökçen/Caner Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 15. Bası, Ankara 2015, s.211; Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem/Murat Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 13. Bası, Ankara 2016, s.190-191; Mahmut Koca/İlhan Üzülmöz, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 3. Bası, Ankara 2016, s.110-112; Faruk Erem, “Ceza Hukukunda İntihar”, *Yargıtay Dergisi*, Cilt: 16, Ekim 1990, Sayı: 4, s.491.

⁷ Koca/Üzülmöz, Özel Hükümler, s.112; Koca, İntihara Yönlendirme, s.21-22.

(2) İntiharın gerçekleşmesi durumunda, kişi dört yıldan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(3) Başkalarını intihara alenen teşvik eden kişi, üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(4) İşlediği fiilin anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan veya ortadan kaldırılan kişileri intihara sevk edenlerle cebir veya tehdit kullanmak suretiyle kişileri intihara mecbur edenler, kasten öldürme suçundan sorumlu tutulurlar.”

765 sayılı TCK'nın 454. maddesinde de benzer bir düzenlemeye yer verilmişti:

“İntihara İkna ve Yardım

Madde 454. Birini intihara ikna ve buna yardım eden kimse müntehirin vefatı vuku bulduğu takdirde üç seneden on seneye kadar ağır hapis cezasına mahkûm olur.”

I. İntihar Olgusunun Tarihsel Gelişimi

A. Antikçağ'da İntihara Bakış

Antikçağ'da intiharla ilgili çok değişik görüşler ileri sürülmüştür. Pagan Antikçağ, intiharı oybirliğiyle desteklemekten çok uzaktır. Yunan toplumunda her büyük felsefe okulunun kendine özgü bir tavrı vardır ve Pythagorasçıların kesin karşıtılığından, Epikurosçu ve Stoacıların hoşgörülü tavırlarına dek bütün görüşler bu toplumda taraftar bulmuştur. Bu çeşitliliğin hukuk alanında da geçerli olduğu söylenebilir. Atina, Sparta, Thebai gibi bazı kentlerde intihar edenlerin cesedi için çeşitli cezalar öngörülürken, diğer kentlerde böyle cezalara rastlanmamaktadır.⁸

Yunan tarihine baktığımızda nedenleri çok çeşitli, gerçek ya da yarı efsanevi, büyük yankılar uyandırmış intihar vakıalarına rastlamaktayız: *Menoikeos*, *Themistokles*, *İsokrates* ve *Demosthenes*'in yurtseverce intiharları; *Aristodemos*'un vicdan azabı yüzünden intiharı; *Kleomenes*'in onur nedeni intiharı; *Pythagoras*'ın dini bir düşünceye

⁸ Minois, İntiharın Tarihi, s.56-57.

bağlılığı yüzünden intiharı; *Panthea*, *Hero* ve *Sappho*'nun aşk yüzünden intiharı gibi.⁹

Antikçağ denince akla gelen en önemli iki isim olan *Platon* ve *Aristoteles*'in de intiharla ilgili görüşlerine değinmekte yarar vardır.

Platon, "Yasalar" isimli eserinde, intihar eden kişilerin genel mezarlıklara değil ıssız yerlerde yalnız ve törensiz bir şekilde gömülmesi gerektiğini, ayrıca mezarlarında mezar taşı olamayacağını ve bunların adlarının da mezarlarına yazılamayacağını ifade etmektedir. Bununla birlikte *Platon*, devletten gelen bir kararla ya da saldırısından kaçamadığı beklenmedik bir hastalığın şiddetli acıları yüzünden ya da kendisine sunulan yaşam, çaresiz ve dayanılmayacak kadar iğrenç olduğu için intihar edenlere bu cezanın uygulanmaması gerektiğini belirtir. Buna göre şu üç temel nedenle intihar eden kişilere karşı ceza uygulanmayacaktır: Mahkûmiyet; çok ağırlı ve iyileşemez bir hastalık; sefil yaşam.¹⁰

Aristoteles'in öğretisi *Platon*'a nazaran daha katıdır: İntihar kesinlikle kınanması gereken bir fiildir; çünkü intihar, kişinin kendisine ve devlete karşı yapılmış bir haksızlıktır. İntihar, sorumluluklarından kaçan korkakların işidir, çünkü intihar erdeme aykırıdır. *Aristoteles*'e göre insan ne olursa olsun yaşamın felaketlerini soğukkanlılıkla karşılamalıdır.¹¹

Roma uygarlığına gelindiğinde ise, Roma uygarlığının, bütün Batı uygarlıkları arasında intiharı en çok desteklemiş uygarlık olduğu ifade edilmektedir.¹² Ancak Romalılar da, Yunanlılar gibi, intihar sorunu karşısında bir görüş birliğine varamamışlardır. Roma'da da çağlara, toplumsal sınıflara, siyasi ortamlara uygun olarak pek çok ayırım ortaya çıkmıştır.¹³

⁹ Minois, İntiharın Tarihi, s.57.

¹⁰ *Platon, Yasalar* (Çev.: Candan Şentuna-Saffet Babür), İstanbul 1998, s368-369.

¹¹ Akt. Minois, İntiharın Tarihi, s.60.

¹² İ.Ö. 5. yüzyıl ile İ.S. 2. yüzyıl arasında o dönemlerin en ünlü 314 isminin intihar ettiği ki bu sayının Avrupa'da 1300 yılından günümüze kadar görülenden çok daha fazla olduğu ifade edilmektedir. Bkz. Minois, İntiharın Tarihi, s.60.

¹³ Minois, İntiharın Tarihi, s.60.

Roma'da On İki Levha Kanunu'nda intiharın yasaklanmadığı ve intihar edenlerin normal biçimde gömüldüğü ifade edilmektedir. Bununla birlikte Roma'da, ekonomik ve vatani çıkarlar gibi çok açık nedenlerle iki toplumsal sınıfta intiharın yasaklandığını görmekteyiz: Köleler ve askerler. Köleler, sahiplerinin malı olarak kabul edildiğinden, intihar, özel mülkiyete karşı bir suç olarak görülmekteydi; ikinci durumda ise, ordu içinde intihara teşebbüs edip ölmeyenler için cezalar öngörüldüğü ifade edilmektedir. Bu iki sınıfın dışında kalan yurttaşlar yani özgür insanlar için, intihar konusunda kanuni ya da dini hiçbir yasaklama bulunmamaktaydı. Roma'da, yaşamın ne tanrıların bir armağanı ne kutsal bir güç ne de insani bir hak olduğu kabul edildiğinden, yurttaşların intihar etmelerinin önünde hiçbir engel yoktu. Hatta bazı düşünürlerin intiharı, mutlak özgürlüğün simgesi olarak gördüğü de ifade edilmektedir.¹⁴

B. Ortaçağ Avrupası'nda İntihara Bakış

Ortaçağ Avrupası'nda intihar uygulaması hakkında derin bir bilgiye ulaşmanın önündeki başlıca engel, intiharla ilgili kaynakların çok eksik ve tutarsız olmasıdır. Kiliseye ait ünlü ölüm kayıtlarının da intiharla ilgili bilgilere ulaşma konusunda hiçbir yardımı bulunmamaktadır; çünkü o dönemde intihar eden (müntehir) birisinin, dini usullere uygun bir biçimde gömülmeye hakkının olmadığı kabul edilmekteydi.¹⁵ Ortaçağ'da intihar, umutsuzluk yüzünden şeytani bir kışkırtmanın sonucu ya da delice bir davranış olarak görülmekte ve cinayet gibi değerlendirilmekteydi. Bunun sonucu olarak da intihar eden kişinin cesedi gömülmediği gibi bu kişinin cesedi üzerinde vahşice cezalandırma yöntemlerine başvurulmakta ve malları müsadere edilmekteydi. Ancak yargıçlar, koşulları ve ailenin durumunu göz önünde bulundurarak kimi zaman hoşgörülü davranabilmekteydiler.¹⁶

Ancak Ortaçağ'da intiharın bazı durumlarda asil/örnek bir davranış olarak değerlendirildiği de görülmektedir. Bu gibi durumlarda

¹⁴ Minois, İntiharın Tarihi, s.61-62.

¹⁵ Bu kural o kadar sert uygulanmıştır ki, Mende Piskoposu Guillaume Durant, 13. yüzyılın sonunda, Speculum juris'inde, intihar eden ve bir şekilde gömülen kadavranın mezardan çıkarılmasını istemek için mektup bile yazmıştır. Bkz. Minois, İntiharın Tarihi, s.46.

¹⁶ Koca, İntihara Yönlendirme, s.23; Minois, İntiharın Tarihi, s.18.

intihar, şövalyelik onuruna uygun düşen kahramanca bir eylem ya da şehitliğe varan sarsılmaz bir inancın belirtisi olarak değerlendirilmekteydi. Askerler ve papazlardan oluşan bir sınıf tarafından yönetilen Ortaçağ toplumunun, şövalyelik ülküsü ve dini fedakârlık arayışını bir ahlak kuralı haline getirdiği ve bu uğurda intihar edenleri cezalandırmak bir yana teşvik ettiği bile söylenebilir. Bunun en açık göstergesi olarak, Ortaçağ'da, intihar etmiş hiçbir soylunun cesedi aleyhine açılmış tek bir davanın olmaması gösterilmektedir.¹⁷

Yukarıda da ifade edildiği üzere Ortaçağ'da intiharın iki yüzü vardır. Bu dönemde intihar fiilinin kendisinden ziyade intihar edenin kişiliği ve toplumsal statüsü belirleyici bir rol oynamaktadır. Ortaçağ'da yalnızca intihar eden köylüler cezalandırılmakta, intihar eden soylular ise cezasız kalmaktadır. Zira soyluların sahip olduğu ikame yollar onları intihar etme zahmetinden kurtarmaktadır. Buna göre soylular için turnuva, av, savaş, haclı seferi, intihar etmek için iyi birer fırsattır. Başka bir ifadeyle soylu kişilerin intiharı onurlu bir davranış olarak kabul edilmektedir. Zira soylu bir kişi ya savunduğu dava için veya aşk, öfke ya da delilik yüzünden kendini feda etmiştir. Bu açıdan bakıldığında soyluların intiharı bağışlanabilir ve mazur görülebilir. Oysa köylülerin intiharı, bireysel, bencilce ve korkakça bir eylem olarak kabul edilir. Onlar kendilerini gizlice asarak sorumluluklarından kaçarlar; onları intihara iten şey, şeytan tarafından musallat olunan ölümcül hastalık, yani umutsuzluktur.¹⁸

C. Rönesans Döneminde İntihara Bakış

Rönesans döneminde intihar eden kişiler, şayet eylemlerinden sorumlu iseler, cesetleri işkenceye maruz bırakılmakta ve mallarının müsaderesine karar verilmekteydi ki bu oran bütün intiharların %95'ine karşılık gelmekteydi. İngiltere'de 1487, 1509 ve 1510 yıllarında çıkartılan yasalar ile intihar soruşturmalarının yapılması işi sorgu yargıçlarına bırakılmıştır. Bu yargıçlar, verdikleri her intihar kararı için bir mark almaktaydılar. Ayrıca intihar eden suçlunun malları, kralın papazı yararına müsadere edilmekte ve bu da yılda yüzlerce lira demektir. Bu açıdan bakıldığında, zengin tüccarların intiharlarının

¹⁷ Minois, İntiharın Tarihi, s.21, 25.

¹⁸ Minois, İntiharın Tarihi, s.25.

çok karlı olduğu görülmektedir. O halde, intiharlara ilişkin yasaların uygulanmasında, sorgu yargıcından papaza kadar bütün yöneticilerin çıkarı bulunduğu ifade edilebilir. Bütün bunlara dini rekabet ortamı da eklenince intihar olaylarının üzerinde neden bu kadar durulduğu anlaşılmaktadır.¹⁹

Bu dönemdeki müsadereyle ilgili uygulamaların, dul kadınları ve mirasçıları sefalet içinde bırakmamak için çoğu zaman yumuşatıldığı da bilinen bir gerçektir.²⁰

Sıradan bir insanın intihar etmesi büyük bir suç ve günah olarak kabul edilmesine karşın, intihar edenler soylular ve ruhban sınıfına mensup kişiler olunca bu kişilere neredeyse hiç ceza uygulanmamaktaydı. Zira bu sınıflara mensup olanların intihar etmelerinin mutlaka önemli veya affedilebilir bir nedeni olduğu kabul edilirdi: Onur, cesaret, delilik vs.²¹

Bu dönemde Fransa'da, müntehirin cesedi ya da anısı²² aleyhine dava açma usulünün nasıl olacağına ilişkin, 1670 yılında Büyük Ceza Kararnamesi kabul edilmiştir. Ancak söz konusu Kararname, cezalarla ilgili hiçbir bilgi vermemekte, sadece yargılamada izlenecek prosedürü göstermekle yetinmektedir. Bu açıdan bu Kararnamenin bir yenilik getirdiğinden söz etmek doğru olmaz; yapılan sadece mevcut geleneğin derlenmesinden ibarettir. Söz konusu Kararnamenin yirmi ikinci bölümünün ilk dört maddesi şu şekildedir: *"Madde 1. Düello, intihar ya da adaletle açıkça isyan gibi, müteveffaya dava açmayı gerektiren durumlar, yani tanrısal ya da insani otoriteye karşı işlenmiş suçlar dışında, bir ölünün cesedine ya da anısına dava açılmayacak. Madde 2. Yargıç, eğer hala duruyorsa ölünün cesedine, yoksa anısına resen bir kayyım atayacak ve aileden bu görevi yapacak biri çıkarsa onlar tercih edilecek. Madde 3. Kayyım okuma yazma biliyor olacak, ant içecek ve davanın ilk soruşturması doğal olarak ona karşı açılacak: Bununla birlikte, son sorgu sırasında sanık iskemlesinde değil, tek başına ayakta duracak; yargılamanın her evresinde adı geçecek, ancak ceza ölünün cesedine ya da sadece anısına verilecek. Madde 4. Kayyım ölünün ce-*

¹⁹ Minois, İntiharın Tarihi, s.77.

²⁰ Minois, İntiharın Tarihi, s.165.

²¹ Minois, İntiharın Tarihi, s.169.

²² Asıl olan müntehirin cesedinin cezalandırılması olsa da, kadavranın yaydığı iğrenç koku nedeniyle bu mümkün olmazsa, müntehirin anısı aleyhine dava açılmaktaydı.

sedi ya da anısı aleyhine verilmiş kararın temyizini isteyebilecek. Hatta ölünün yakınlarından biri onu bunu yapmaya zorlayabilecek, bu durumda masrafları bu kişinin karşılaması gerekecek.”²³

D. Aydınlanma Çağında İntihara Bakış

Bu dönemde intiharların yavaş yavaş sıradanlaştığını, hoşgörüle karşılandığını ve hatta mizah konusu yapıldığını bile görmekteyiz. Özellikle soylu ve ruhban sınıfında gerçekleşen intihar olaylarında müntehirlerin bir şekilde cezadan kurtulduğu, buna karşılık taşrada ve özellikle alt tabakada intihar eden köylülerin vahşice cezalandırıldığı ifade edilmektedir.²⁴

18. yüzyılda intiharla ilgili sorular tüm açıklığıyla ortaya konulmaya başlamıştır. İntiharın tartışılmaya başlaması, Latince kitaplardan ve sessiz tartışmalardan çıkarılıp, hükümetin onu bastırmak için gösterdiği çabalara rağmen tüm açıklığıyla ortaya serilir. Bu dönemde, intihar hakkında daha önce ne bu kadar konuşulmuş ne de bu kadar yazılmıştır. Kimi yazarlar intiharın lehinde, kimi yazarlar ise aleyhinde kitaplar yazmaya başlamışlardır.²⁵

Bu dönemde eski dönemlerden farklı olarak intiharın lehinde olan ve intihar edenlerin cezalandırılmasının mantıksız olduğuna ilişkin görüşlerde hatırı sayılır bir artış yaşanmıştır.

Diderot, intihara kesinlikle karşı olduğunu ifade etmektedir. Es-kiçağ filozoflarının intiharın önünü açtığı suçlamasına *Diderot* da katılmaktadır. Benzer bir yaklaşım *d’Alembert’de* de görülmektedir. Düşünür, intihar edenlerin cesetlerine uygulanan işkenceleri de eleştirmekte, suçluyu, hissedemeyeceği cezaya çarptırmanın çok saçma ve adalete aykırı olduğunu belirtmektedir. Buna göre intihar, niteliği gereği kınanmalı, ancak cezalandırılmamalıdır. İntihar edenleri ve onların ailelerini cezalandırma biçimini korkunç olarak nitelendiren *Delisle de Sales*, insanların kendilerini öldürmelerine engel olamayan ve müntehirin ailesini evsiz barksız bırakıp toplumun gözünden düşüren yasaları eleştirmekte ve şöyle demektedir: “*Keşke intiharları ceza-*

²³ Minois, İntiharın Tarihi, s.166-168.

²⁴ Minois, İntiharın Tarihi, s.234.

²⁵ Minois, İntiharın Tarihi, s.242.

landırmak yerine onları önleme politikası uygulansaydı! Ya da hiç değilse suça verilen cezalar masumun üstüne yıkılmasaydı!”²⁶

Montesquieu, İran Mektupları adlı eserinin yetmiş altıncı mektubunda (Usbek'ten İbben'e) intihar meselesine değinmektedir. Yazar intiharın yasayla cezalandırılmasını çok sert bir şekilde eleştirir ve özetle şunları ifade eder: İntihar edenlere karşı Avrupa'da kanunlar çok acımasızca uygulanmaktadır. İntihar edenler adeta bir kez daha öldürülür. Nasıl mı? Cesetleri sokaklarda sürüklenir, namus ve şerefleri çamurlara bulanır, malları müsadere edilir. Bu yasalar fazlasıyla haksız ve adaletsizdir. Bir insan kederden, sefaletten, hakaretten inleyip ezilirken bu ıstıraplarına son vermesine neden engel olunmak istenir? Neden bu kişinin sahip olduğu tek çare elinden alınmaya çalışılır? *Montesquieu* mektubunun devamında, intiharın ne topluma ne Tanrı'ya zarar verdiğini anlatır: Toplum karşılıklı menfaat zemini üzerine kurulmuştur; şayet toplum insan için bir yük, bir zorluk, bir zahmet ve sıkıntı kaynağı oluyorsa birey bu toplumdan çekilmekte özgürdür. Yaşam hakkı bir lütuf olarak verilmiştir; ancak kişi bunu artık bir lütuf gibi göremiyorsa bunu reddetme hakkına sahip olmalıdır. *Montesquieu*, Tanrı'nın birleştirdiği ruh ve bedeni birbirinden ayırarak tanrısal kadere karşı gelindiği eleştirilerine de yanıt vermektedir: Ruh bedenden ayrıldığında, acaba dünyanın düzeni ve uyumu mu bozulacaktır? Dünya sırf bu yüzden zarara mı uğrayacaktır? Yoksa Tanrı'nın muazzam ve muhteşem eserleri önemlerinden bir şey mi kaybedecektir? İntihar edenin vücudu, bir buğday başağına, bir solucana, bir çimene dönüştü diye artık tabiata yakışıksız bir varlık olarak mı kabul edilecektir? Veya ruhu, dünyadaki bütün şeylerden kaçmış ve saklanmış diye, yücelik ve mükemmelliğini mi kaybedecektir? *Montesquieu* mektubunun sonunda, insanların çok önemli olduklarına, hatta ölümlerinin doğanın düzenini değiştireceğine bile inanmalarının temelinde yatan şeyin kendini beğenmişlik, kibir ve gururdan başka bir şey olmadığını belirtmektedir.²⁷ Yetmiş altıncı mektuptan anlaşılacağı üzere *Montesquieu*, intiharın gerekçeleri konusunda herhangi bir açıklama yapmayıp yalnızca intiharın artık suç sayılmaması gerektiğini ifade etmekte yetinmektedir.

²⁶ Akt. Minois, İntiharın Tarihi, s.270-273.

²⁷ Montesquieu, İran Mektupları (Çev.: Muhiddin Göklü), 2. Bası, İstanbul 2001, s.220-223.

Bununla birlikte aynı eserin 1754 tarihli basısına *Montesquieu* yetmiş yedinci bir mektup (İbben'den Usbek'e) ekler. Burada *Montesquieu*'nun düşüncesinde meydana gelen dönüşüm ve değişiklik net bir şekilde kendini belli eder: Felaketlerimiz ve yaşadığımız acılar en kıymetli günlerimiz olmalıdır, çünkü bu sayede günahlarımızın kefaretinin öderiz; şayet Tanrı ruh ve beden birliktedir muhafaza edilmesini istiyorsa ona boyun eğmek zorundayız.²⁸

Voltaire, intihar edenin cesedine zarar veren ve ailesini cezalandıran dini ve hukuki yaptırımlarla alay eder ve bunları saçma bulur. İntihar, niteliği gereği yazarı düşündürür, ama bu durum yazarda sempaticiden çok merak uyandırır. *Voltaire*, intihardan çok sık bahseder ve intihar hakkında bilgi toplar. İnsanları intihara iten nedenleri araştırır. Düşünür ayrıca, müntehirlerin cesetlerine ve ailelerine uygulanan cezaları da saçma bulur ve eleştirir. Ona göre bu durum, babasını kaybettiği için oğlunu, kocasından yoksun kaldığı için dul eşini cezalandırmaktan başka bir şey değildir. Ölenin mallarının müsadere edilmesi ise aslında yaşayanların malına el koymaktan başka bir anlama gelmemektedir, çünkü müntehirin malları artık ailesindedir. Müsadere cezası aslında Kilise Hukukuna dayanır; zira bu hukuk sisteminde cennette hiçbir mirası olmadığı kabul edilen bir adamdan miras kalmaz.²⁹

İntiharın cezalandırılmasına karşı çıkan düşünürlerden bir diğeri ise *Beccaria*'dır. Yazara göre intihar, gerçek anlamıyla bir cezanın uygulanmasına izin vermeyen bir suç gibi görünmektedir. Zira böyle bir ceza, müntehirin dışındaki suçsuz insanlara ya da cansız bir gövdeye uygulanabilir. Nasıl ki bir heykelin kırbaçlanması hiçbir iz bırakmazsa, cezanın cansız gövdeye uygulanması durumunda da yaşayan insanlar üzerinde hiçbir etki doğmaz. Cezanın ölen dışındaki suçsuz insanlara uygulanması halinde ise ceza esasen haksız ve zorbaca olacaktır. *Beccaria*'ya göre, intihar eden kimse, devletini terk edip giden birisine kıyasla topluma daha az zarar vermektedir; çünkü kendisiyle birlikte malvarlığının bir kısmını da yanında alıp gitmektedir. İntihar

²⁸ Montesquieu, *İran Mektupları*, s.224-225.

²⁹ Minois, *İntiharın Tarihi*, s.263-264, 269; Mehmet Emin Artuk, "İntihar ve İntihara Yardım Suçu Üzerine Bir Deneme", *SÜHFD*, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nda Yapılan Son Değişiklikler Sempozyumu Özel Sayısı, Cilt:4, Yıl:1994, Sayı:1-2, s.124.

edene verilecek her ceza yararsız ve haksızdır; çünkü Tanrı'nın cezalandırdığı ve ölümden sonra da sadece Tanrı'nın cezalandırabileceği bir kusur da olsa, bu kusur insanların gözünde bir suç değildir.³⁰

18. yüzyılın ikinci yarısından başlayarak intiharın cezalandırılmaması gerektiği düşüncesi çok geniş çevrelerce dile getirilmeye başlanır. İntihar edenin cesedine uygulanacak her cezanın boş ve anlamsız olacağı; ölenin mallarının müsadere edilmesinin ise hiçbir suçu olmayan aile üyelerine karşı çok büyük bir haksızlık olduğu yüksek sesle ifade edilir. Ruhban sınıfının, intihar edenlerin dini usullere uygun biçimde gömülmesine uzun süredir ses çıkarmamasında da bu görüşlerin etkisi olduğu belirtilmektedir. Cenevre'de son ceset idamı 1732 yılında olur ve 1735'te intihar edenlerin hepsi deli ilan edilir. 1792 yılına gelindiğinde ise intiharı cezalandıran yasa yürürlükten kaldırılır. Prusya'da ise intiharı cezalandıran yasalar 1751'de ortadan kalkar; Bavyera'da ise bunun için 1817 yılını beklemek gerekecektir. 1794 tarihli Prusya Ceza Kanunu, intihar yerine, talep üzerine öldürmeyi ve intihara yardım etmeyi suç olarak düzenlemiştir. Bunu izleyen birçok Alman Devleti de 19. yüzyılın ortalarına doğru intihara yardımcı suç olarak düzenleyen hükümlere mevzuatlarında yer vermiştir. 1871 tarihli Alman İmparatorluk Ceza Kanunu ise intihara yardımcı özel bir suç olarak düzenlenmemiştir. Fransa'da ise intiharın cezalandırılmasına 1789 Fransız İhtilali ile son verilmiş, 1790 yılında intihar suç olmaktan çıkartılmış, 1791 tarihli yeni ceza kanununda ise intihardan söz edilmemiştir. Avusturya'da müntehirin cezalandırılması 1850 yılına kadar sürmüştür. 1853 tarihli Avusturya Ceza Kanunu ise intihar konusuna hiç değinmemiştir. İngiltere'de ise intihar, suç sayılmaktan çok geç kurtulur: Dini cezalar ancak 1823'te, hukuki cezalar ise 1870'de uygulamadan kalkar.³¹ İngiltere'de intihar uzun süre, adam öldürme;

³⁰ Cesare Beccaria, Suçlar ve Cezalar Hakkında, (Çev.: Sami Selçuk), Ankara 2004, s.165, 170.

³¹ Ferri'ye göre, 1889 yılında sadece İngiltere'de intihar suçu dolayısıyla 106 dava açılmış, 84 mahkûmiyet kararı verilmiştir. Yazar, intihara yardım etmenin de suç olarak kabul edildiğini belirtmektedir. Benzer şekilde Fransa'da, 1789 Fransız Devrimi'nin, intiharı yasa tarafından öngörülen cürümler listesinden çıkardığı ancak Fransızların ait oldukları bütün dinlerin intiharı yasaklamaya ve cezalandırmaya devam ettiği belirtilmiştir. Buna göre, Fransız Devrimi'nden önce, intihara yardım eden kişinin de insan öldürmüş gibi kovuşturulmaya uğradığı belirtilmektedir. Rus Hukuku'nun ise daha sert olduğu ifade edilmektedir. Buna göre,

intihara teşebbüs ise adam öldürmeye teşebbüs sayılarak cezalandırılmıştır. İngiltere’de intiharın suç olmaktan çıkartılması için 1962 yılını beklemek gerekecektir.³²

Aydınlanma çağıının sonunda, Ortaçağ’daki, intiharın şeytanla günahkâr insanın arasında olan bir olay olduğu hipotezi tümüyle ortadan kalkmasa da, bu görüş yerini, intiharı, toplumla bireysel psikoloji arasındaki bir sorun olarak gören laik anlayışa bırakmıştır. İntihar eden kişinin sorumluluğu karmaşık bir bütün içinde eriyip azalmış ve “katil”, “kurban”a dönüşmüştür. Hukuk da bu kültürel evrimi izlemiştir. 18. yüzyılın sonunda intiharı suç olarak kabul eden neredeyse hiçbir ülke kalmamıştır.³³

Ortaçağ’dan Fransız İhtilali’ne kadar olan dönemde, Kilise Hukuku’ndan etkilenerek intiharı cezalandırma yoluna giden laik hukuk sisteminin, aynı zamanda intihara yardımcı da cezalandırıp cezalandırmadığı konusunda kanuni bir düzenlemeye rastlanmamaktadır. Örneğin, dönemin en önemli kanunu olan 1532 tarihli Carolina’da, intihara yardımcıyla ilgili bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak bu dönemde, intiharın cezalandırıldığı göz önüne alındığında, intihara yardımcıının da kuvvetle muhtemel cezayı gerektirdiği sonucuna varılmaktadır.³⁴

18. yüzyılın sonlarından itibaren intihar ve intihara teşebbüsün cezalandırılmamasına karşılık, intihara yardımcıının suç sayıldığı ülke kanunlarına rastlanmaktadır. Buna göre kanunları iki gruba ayırmak mümkündür: İntiharı suç saymayan ve intihara yardımcıında bulunmayı

bir başkasını, kendini öldürmeye ikna eden ya da herhangi bir biçimde yardım eden kişi de taammüden cinayete yardım etmiş kişi gibi cezalandırılmaktadır. 1881 tarihli New York Eyaleti Ceza Yasası ise intiharı, cinayet olarak nitelendirmiştir. Ancak bu nitelermeye karşın, ceza suçluyu yararlı biçimde etkilemiyor diye cezalandırmadan vazgeçilmiştir, ama intihara teşebbüs iki yıla kadar hapisle ya da 200 dolara kadar para cezasıyla cezalandırılmıştır. İntiharı öğütlemek ya da gerçekleşmesini kolaylaştırmak, cinayete suç ortaklığı yapmakla bir tutulmuştur. Akt. Durkheim, İntihar, s.342-343.

³² Artuk, İntihar ve İntihara Yardım Suçu, s.125,128; Koca, İntihara Yönlendirme, s.24; Minois, İntiharın Tarihi, s.334-338; Sulhi Dönmezer, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, 15. Bası, İstanbul 1998, Kn.56.

³³ Minois, İntiharın Tarihi, s.342.

³⁴ Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel Hükümler, s.211; Koca, İntihara Yönlendirme, s.23-24; Artuk, İntihar ve İntihara Yardım Suçu, s.125-126.

cezalandırmayan kanunlar (Belçika, İsveç, Finlandiya, Lüksemburg vb.); intiharı suç saymayan fakat yardımda bulunanları cezalandıran kanunlar (Almanya, Arjantin, Avusturya, Danimarka, Norveç, İspanyol, Brezilya, Türkiye vb.).³⁵

II. Terim Sorunu

Doktrinde, intihara ilişkin terminolojinin çeşitlik gösterdiği ve terminolojide yer alan kavramların anlamlarının da yeterince açık olmadığı ifade edilmektedir. Ayrıca, terimlerin bazen birbiri yerine geçecek şekilde kullanıldığı, örneğin intihar düşüncesine intihar girişimi (intihar teşebbüsü); intihara intihar girişimi; intihar girişimine intihar denildiği, bunun sonucunda da kimi zaman tutarsızlıklara, kimi zaman birbiri ile çelişen anlam karışıklıklarına neden olduğu belirtilmektedir.³⁶ Örneğin bazı eserlerde, intihar terimi yerine “istemli ölüm” teriminin kullanıldığını görmekteyiz.³⁷ Çalışmamızda, genel kabul gören intihar terimi kullanılacaktır.

Türk Hukuku’nda Ünver, TCK’nın 84. maddesini karşılamak üzere “*intihara yardım (suçu)*” terimini kullanmaktadır.³⁸ Kanaatimizce yazarın yaptığı bu tercih yanlıştır, zira intihara yardım, bu suçun seçimlik hareketlerinden yalnızca birisini (...başkasının intiharına herhangi bir şekilde yardım eden kişi...) oluşturmaktadır. Çalışmamızda ayrıntılı olarak üzerinde durulacağı üzere bu suçta daha başka seçimlik hareketler de mevcuttur. Bu açıdan bakıldığında, yazarın hiçbir hukuksal gerekçe göstermeden TCK’nın 84. maddesini karşılamak için neden “*intihara yardım suçu*” ifadesini kullandığını anlamak mümkün gözükmemektedir.

Arapça kökenli bir sözcük olan intihar, kesme, boğazlama anlamına gelen *nahr* sözcüğünden türetilmiş olup kendini öldürme anlamına gelmektedir.³⁹

³⁵ Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel Hükümler, s.211; Artuk, İntihar ve İntihara Yardım Suçu, s.129.

³⁶ Alptekin/Duyan, İntihar ve İntihar Girişimi, s.23.

³⁷ Minois, İntiharın Tarihi, s.9 vd.

³⁸ Yener Ünver, “Türk Ceza Hukuku Açısından Ötanazi”, in: Hukuk ve Etik Boyutuyla Ötanazi, Derleyen: Nur Centel, İstanbul 2011, s.38, 46, 48, 57, 58.

³⁹ Mustafa Nihat Özön, Büyük Osmanlıca-Türkçe Sözlük, 5. Bası, İstanbul 1973, s.331.

İntihar terimi Avrupa'da 17. yüzyılda ortaya çıkmış olup, İngilizcede bu terim "suicide" sözcüğüyle karşılanmaktadır. Bu sözcüğün ortaya çıkışı, bu eylemi, bir başkasını öldürme eyleminden ayırma isteğine dayanmaktadır. İntihar sözcüğü ilk olarak İngiliz *Sir Thomas Browne*'un 1636 yılında yazdığı ve 1642 yılında yayımlanmış olduğu "*Religio medici*" adlı kitabında Latince biçimiyle "*suicidium*" şeklinde kullanılmıştır. "*Suicidium*" terimi Latince *sui* (kendini) ve *caedes* (öldürme) sözcüklerinin birleşmesinden oluşmuştur. Yeni sözcük, 1650'li yıllarda yavaş yavaş İngilizce eserlerde kullanılmaya başlanmıştır. Daha sonraları ise bu İngilizce terim, İspanyolca, İtalyanca ve Portekizce'ye de geçmiştir.⁴⁰ Fransızca'da da intiharı ifade etmek için *suicide* sözcüğü kullanılmaktadır.⁴¹

84. maddenin madde başlığı "*İntihara yönlendirme*"dir.⁴² Ancak doktrinde, madde başlığının, maddenin içeriği ile tam anlamıyla örtüşmediği eleştirisi haklı olarak yapılmaktadır. Buna göre, maddenin dördüncü fıkrasının ikinci cümlesi ile kişilerin cebir veya tehditle intihara mecbur edilmesi suç olarak düzenlendiğinden, cebir veya tehdidi içermeyen yönlendirme sözcüğünün bu durumu kapsamadığı belirtilmektedir.⁴³

III. Kavram Sorunu

Ölüm ile yaşam arasında kararsız bir şekilde gidip gelen intihar, uyumsuz bir davranış olmanın yanı sıra intihar bilimi (*suicidology*) literatüründe sıklıkla kullanıldığı gibi, kimi zaman ölümle bir oyundur, kimi zaman bir yardım çığığdır,⁴⁴ kimi zaman da sıkıntı ve hüzn-

⁴⁰ Minois, İntiharın Tarihi, s.210-211.

⁴¹ Anadili Fransızca olan bir kişi için *soi* (kendi) sözcüğünün ona çok benzeyen Latincesi (*sui*) ile öldüren ya da öldürme anlamları taşıyan birçok sözcüğün (homicide=cinayet, parricide=baba katili) ikinci parçası olan *-cide*'den oluşan bu sözcüğün ne anlama geldiği rahatlıkla anlaşılabilir.

⁴² 5237 sayılı TCK yürürlüğe girdiği zaman 84. maddenin başlığı "İntihar"dı. Bu hattan 29.06.2005 tarihli ve 5377 sayılı Kanun'la (m.10) dönülmüş ve madde başlığı "İntihara yönlendirme" olarak değiştirilmiştir.

⁴³ Süheyl Donay, Türk Ceza Kanunu Şerhi, İstanbul 2007, s.136; Ömer Ömeroğlu, "İntihar, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun İntihara Bakış Açısının ve İntihara Yönlendirme Suçuna İlişkin Düzenlemesinin Değerlendirilmesi", *Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi*, Sayı:67-68, s.16.

⁴⁴ Türkiye'deki intihar girişimlerinin, hayati tehlike sonucunu doğurmayan, acemice denemelerden ibaret olduğu ve bu girişimlerde ölüm isteğinin zayıf olduğu

den bir kaçıdır.⁴⁵ Davranış ve intihar bilimi açısından bu şekilde ifade edilen intihar kavramı, ceza hukukunda farklı şekilde anlaşılmaktadır. İlerleyen bölümlerde ayrıntılı bir şekilde bahsedileceği üzere, bazı yazarlar intiharı, ölümün gerçekleşmesi olarak tanımlarken, bazı yazarlar ise intihara teşebbüs edilmesinin bile intihar olarak nitelendirileceğini savunmaktadırlar. Başka bir ifadeyle, kimi yazarlara göre intihara teşebbüs edilmesi intihar olarak nitelendirilirken, kimi yazarlara göreyse ölüm sonucu gerçekleşmemişse intihardan değil intihara teşebbüsten bahsetmek gerekmektedir.

Çalışmamızda kabul edildiği üzere intihar, bilinçli bir şekilde kendini öldürme ile sonuçlanan bir davranış şeklidir. İntihar girişimi veya intihara teşebbüs ise, kişinin hayatta kaldığı başka bir ifadeyle ölümle sonuçlanmamış insan davranışı için kullanılmaktadır.⁴⁶

IV. Suçla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer

Günümüzde, intihar ve intihara teşebbüs fiili çağdaş hiçbir ülkenin ceza kanununda suç olarak düzenlenmemiştir. Buna karşılık, Türkiye'nin de dâhil olduğu birçok ülkenin ceza kanununda, başkasını intihara azmettirme, teşvik etme, yardım etme şeklindeki fiiller yaptırım altına alınmıştır.⁴⁷

İntihar etmiş kişiyi cezalandırmak imkânsız, buna teşebbüs edeni cezalandırmak ise zararlı olduğu için intihar fiili suç olarak kabul edilmemektedir.⁴⁸ İntihara teşebbüs edenin cezalandırılmaması, onun bu hareketinin hukuka uygun olduğunu göstermez, bundan dolayıdır ki bu fiile katılanlar cezalandırılmaktadır. Bu sebeple, ilerleyen bölümlerde de üzerinde durulacağı gibi, bir kimsenin intiharına engel olmak

belirtilmektedir. Burada intihar girişiminde bulunan kişilerin eylemlerinin daha çok "yardım arama" niteliği taşıdığı ifade edilmektedir. Bkz. Alptekin/Duyan, İntihar ve İntihar Girişimi, s.13.

⁴⁵ Alptekin/Duyan, İntihar ve İntihar Girişimi, s.12.

⁴⁶ Alptekin/Duyan, İntihar ve İntihar Girişimi, s.12-13.

⁴⁷ Koca, İntihara Yönlendirme, s.25; Veli Özer Özbek, Mehmet Nihat Kanbur, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, İlker Tepe, Türk Ceza Hukuku - Özel Hükümler, 9. Bası, Ankara 2015, s.170.

⁴⁸ Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel Hükümler, s.211; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s.170; Mustafa Özen, "İntihara Yönlendirme Suçu", CHD, Ağustos 2011, Sayı:16, s.33.

için güç kullanan kişi, hukuka aykırı bir saldırıyı defetmek zorunda kaldığından meşru müdafaa hükümlerinden yararlanacaktır.⁴⁹

Çağdaş ceza hukukunda, kişinin kendi yaşamına kendisinin son vermesi yani intihar veya intihara teşebbüs etmek suç olarak kabul edilmemiştir. İntiharın suç sayılmamasının nedeni, kişinin ölme hakkının varlığı veya böyle bir hakkın tanınmış olmasından ve hukuken tasvip edilen bir davranış olmasından değil, tamamen suç politikası mülahazalarından kaynaklanmaktadır. Zira intiharın suç sayılmasını ve bu suçu işleyen kişiye ceza verilmesini hukuken açıklamak ve bundan bir yarar sağlamayı beklemek mümkün değildir. Gerçekten de, intihar gerçekleşmiş ve kişi ölmüşse ortada fail bulunmayacağından intihar edeni (müntehiri) cezalandırmak da mümkün olmayacaktır. Eski çağlarda görülen ve çalışmamızın önceki bölümlerinde üzerinde durduğumuz müntehirin cesedine işkence yapılması ve mallarının müsadere edilmesi gibi uygulamalar da günümüzde asla kabul edilemez. Burada belki intihara teşebbüs edenin, başka bir ifadeyle intihar etmesine rağmen hayatta kalan kişinin cezalandırılacağı düşünülebilirse de, böyle bir cezanın kişiyi yaşadığına pişman edeceği, psikolojisinin daha da çok bozulmasına yol açabileceği ve kişiyi her ne olursa olsun intiharı ölümle sonuçlandırmaya yöneltebileceği söylenebilir.⁵⁰ Ayrıca ceza hukuku sistematigi açısından da intihara teşebbüsün cezalandırılmasının teknik olarak kabulü mümkün değildir; zira asıl fiil olan intiharın suç sayılmadığı bir sistemde, intihara teşebbüsün suç sayılması doğru değildir.⁵¹

⁴⁹ Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, *Özel Hükümler*, s.177; Sibel İnceoğlu, *Ölme Hakkı (Ötanazi)*, İstanbul 1999, s.72; Sahir Erman, Çetin Özek, *Ceza Hukuku Özel Bölüm - Kişilere Karşı İşlenen Suçlar*, İstanbul 1994, s.76.

⁵⁰ Erdoğan, intiharların gerek toplum gerek intihar eden bakımından kötü bir fiil olduğunu belirttiikten sonra, intihara teşebbüs edenlere ceza vermenin, şayet fiil akli ve psikolojik bir marazdan ileri gelmişse kişiyi ıslah etmeye yarayacağını ve intihara yönelik temayüllerini frenlemek bakımından faydalı olacağını düşünmektedir. Bkz. Erdoğan, Ahmet, "İntihar Fiili", *İleri Hukuk Aylık Dergisi*, Sayı: 39, Yıl: Eylül 1948, s.230. Yazarın ileri sürdüğü bu görüşün günümüz çağdaş hukuk sisteminde kabulü mümkün değildir. İntihara teşebbüs eden kişiyi hapis cezasıyla cezalandırarak ıslah olmasını ve iyileşmesini beklemek yerine psikolojik ve psikiyatrik destek vererek intihara yol açan sorunun ortadan kaldırılmasının amaçlanmasının daha sağlıklı bir yaklaşım olacağını düşünmekteyiz.

⁵¹ Koca, *İntihara Yönlendirme*, s.20.

İntihara yönlendirme suçuyla korunan hukuki yararın, kasten ya da taksirle öldürme suçlarında olduğu gibi kişinin yaşama hakkı olduğu ifade edilmektedir. Zira yaşama hakkı gerek ulusal (Anayasa m.17, TCK m.81-85) gerek uluslararası (İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi m.3-5, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m.2) alanda korunan ve üzerinde serbestçe tasarruf edilemeyen, vazgeçilmez ve dokunulmaz bir haktır. Nitekim TCK'da da bu suça, hayata karşı suçlar bölümünde yer verilmesi de bunun bir sonucudur. Kanun koyucu, böyle bir fiili suç haline getirmekle, insanın doğuştan sahip olduğu yaşama hakkını güvence altına almak ve başkalarının ölümüne yol açan hareketlere engel olmak istemektedir.⁵²

Türk doktrinindeki hâkim görüşten farklı düşünen Ünver, AİHS m.2'de belirtilen yaşam hakkının koruma kapsamına yalnızca üçüncü kişilerin ve siyasal iktidarın hukuka aykırı müdahalelerinin girdiğini, kişinin kendisine karşı bir korumanın bu kapsamda değerlendirilmesinin doğru olmayacağını; Anayasa'nın 17. maddesindeki düzenlemenin de bu şekilde okunması gerektiğini belirtmektedir.⁵³ Yazar, intihara yönlendirme suçunun çok geniş kapsamlı olduğunu ve bu düzenleme gereğince aktif ötanazinin bu suça vücut vereceğini ifade etmektedir. Yazara göre, TCK m.84'teki düzenleme olmasaydı, ilgili kimsenin rızası hukuka uygunluk nedenini düzenleyen pozitif bir metin olarak TCK m.26/2, aktif ötanazi eylemlerine ceza verilmemesinin en etkili gerekçesini oluştururdu. Yazara göre, pasif veya dolaylı ötanazi ile ilgili kişinin yaşamına son vermesinin kabul edilmesi, bir kimsenin kendi yaşamı üzerinde tasarruf edebileceğinin⁵⁴ pozitif hukuktaki en

⁵² Artuk/Gökçen/Yenidünya, *Özel Hükümler*, s.212; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, *Özel Hükümler*, s.170; Tezcan/Erdem/Önok, *Ceza Özel Hukuku*, s.191; Koca/Üzülmez, *Özel Hükümler*, s.113; Koca, *İntihara Yönlendirme*, s.25; Erem, *İntihar*, s.493; Ömeroğlu, *İntihar*, s.12; Mehmet Emin Artuk, "Mukayeseli Hukuk ve Türk Hukukunda İntihara İkna ve Yardım Suçu", *MÜHFHAD*, Cilt:8, Sayı:1-3, Yıl:1994, s.17; Zeki Hafizoğulları, Muharrem Özen, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler - Kişilere Karşı Suçlar*, 4. Bası, Ankara 2015, s.65; Yaprak Öntan, "İntihara Yönlendirme Suçları", Prof. Dr. Nevzat Toroslu'ya Armağan, C.2, Ankara 2015, s.849.

⁵³ Ünver, *Ötanazi*, s.37-38.

⁵⁴ Koca, kişilerin hayatlarına son verme yönünde ortaya koydukları iradenin hukuki bir değeri olmadığını, zira kişinin kendi hayatı üzerinde serbestçe tasarrufta bulunma yetkisinin bulunmadığını ifade etmektedir. Bu bağlamda Koca, "kendi kaderini serbestçe belirleme hakkı", "intihar etme hakkı" ya da "ölme hakkı" gibi kavramlardan söz etmek suretiyle intihara hukuki bir meşruiyet kazandırmanın

önemli delilidir; buna göre, pasif ötanazinin ceza hukukunu ilgilen-diren bir boyutu bulunmamakta, başka bir ifadeyle pasif ötanazi suç teşkil etmemektedir. Ayrıca yazar, ötanazi ve özellikle aktif ötanazi kavramı yerine, “ölüme yardım” kavramının kullanılması gerektiğini savunmaktadır.⁵⁵

TCK m.26/2'deki “kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere” ifadesinden ne anlaşılması gerektiğine de değinen Ünver, öğretide bu ifadeden ne anlaşılması gerektiğinin tartışmalı olduğunu belirttikten sonra, Türk doktrinindeki yazarların bu ifadeye dayanarak kişinin kendi yaşamı üzerinde mutlak surette tasarruf hakkının bulunmadığını savunduklarını, ancak böyle bir yorumun ne madde metninden ne de madde gerekçesinden çıkartılamayacağını belirtmektedir. Yazara göre bu yorum şekli, bu yazarların subjektif ve aktif ötanaziye karşı olmalarından kaynaklanan bir yorumdur. Ünver, TCK m.26/2'deki ifadenin, mağduru toplum veya devlet olan (örneğin kamu idaresine, adliyeye veya devletin güvenliğine karşı suçlar) suçlar bakımından söz konusu olduğu, bu suçlar bakımından bireyin rızasının hukuken geçerli olmadığını; buna karşın yaşam hakkının bireyin tasarruf edemeyeceği bir hak olduğu görüşünün yerinde olmadığını savunmaktadır.⁵⁶

Ünver son olarak, intihara yönlendirme suçunun TCK'dan çıkarılması gerektiğini, ancak 84. maddenin dördüncü fıkrasının adam öldürme suçları içinde özel olarak düzenlenmesi gerektiğini ifade etmektedir.⁵⁷ Yazara göre, aktif ötanazi eylemleri dışında kalan ve kişinin talebi üzerine gerçekleşen insan öldürme eylemleri, kanun koyucunun tercihi üzerine ya insan öldürme eylemleriyle eş tutulmalı ya da ilgilinin istek ve arzusu nedeniyle indirilmiş ceza ile karşılanmalıdır. Bu açıdan yapılması gereken iki temel değişiklik vardır: İlk olarak intihara yönlendirme suçunun kaldırılması, şayet bu suç mutlaka düzenlenmek isteniyorsa talep üzerine insan öldürme suçu olarak düzenlenmesi; ikinci olarak, ötanazi kavramının koşullarının kanunla düzenlenerek ötanazinin suç olmadığına açıkça düzenlenmesi.⁵⁸

doğru olmadığını belirtmektedir. Bkz. Koca, İntihara Yönlendirme, s.19.

⁵⁵ Ünver, Ötanazi, s.38-39.

⁵⁶ Ünver, Ötanazi, s.40-41, 57.

⁵⁷ Ünver, Ötanazi, s.42.

⁵⁸ Ünver, Ötanazi, s.57.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM) 2002 yılında verdiği *Pretty v. İngiltere* kararında,⁵⁹ AİHS m.2 kapsamında, gerek üçüncü bir şahsın gerek resmi bir makamın yardımıyla ölme hakkının kişilere verildiği sonucunun çıkartılamayacağına, başka bir ifadeyle, AİHS m.2'nin, kişilere kendi yaşamlarını sonlandırma hakkı tanımadığına açık bir şekilde vurgu yapılmıştır. AİHM söz konusu kararda, ötanaziyi bireye tanıyan bir devletin, AİHS m.2'yi ihlal etmiş olmayacağına da değinmiştir. AİHM'in 2011 tarihli *Haas v. İsviçre* kararında⁶⁰ da benzer tespitlerde bulunulmuş, devletin, yardımcı intihar hakkını sağlamak konusunda pozitif bir yükümlülüğünün bulunmadığına vurgu yapılmıştır.

V. Karşılaştırmalı Hukuktaki Düzenlemeler

A. Almanya

Alman ceza hukuku sisteminde 2015 yılına kadar intihara yardım olarak nitelendirilen hareketler suç teşkil etmemektedir. Bunun gerekçesi olarak Alman Ceza Kanunu'nda (Strafgesetzbuch) bu konuyla ilgili açık bir hüküm olmaması gösterilmektedir. Her ne kadar Alman Ceza Kanunu'nun "*Talep üzerine öldürme*" başlıklı 216. paragrafında "(1) Öldürülen insanın açık ve ciddi isteği üzerine öldürmeye sevk edilmiş olan kişi, altı aydan beş yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır. (2) Bu suça teşebbüs cezalandırılır."⁶¹ denilmekteyse de bu maddede cezalandırılan eylemin aktif ötanazi olduğu, başka bir ifadeyle intihara yardımın Alman ceza hukukunda cezalandırılmadığı belirtilmektedir. Bu bağlamda, intihar etmek isteyen kimseye ilaç veya tabanca temin eden kişinin eylemi, Alman Ceza Kanunu'nun 216. paragrafı kapsamında suç olarak kabul edilmemekte; buna karşılık hayatına son vermek isteyen kişinin açık ve ciddi isteği üzerine bu kişiye ateş ederek öldüren kişi Alman Ceza Kanunu'nun 216. paragrafına göre cezalandırılmaktaydı.⁶²

⁵⁹ Başvuru No: 2346/02, Karar Tarihi: 29.04.2002. <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-60448> (E.T.: 15.10.2016)

⁶⁰ Başvuru No: 31322/07, Karar Tarihi: 20.01.2011. <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-102940> (E.T.: 15.10.2016)

⁶¹ Thomas Fischer, Beck'sche Kurz Kommentare, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 61. Auflage, München 2014, s.1491.

⁶² Fischer, Kurz Kommentare, s.1493. Ayrıntılı bilgi için bkz. Gunnar Duttge, "Alman Hukukunda Ötanazi", in: Hukuk ve Etik Boyutuyla Ötanazi (Der.: Nur Cengel), İstanbul 2011, s.213-241.

2015 yılında gelindiğinde ise, yapılan bir değişiklikle, Alman Ceza Kanunu'nun 217. paragrafına yeni bir hüküm eklenmiştir.⁶³ "İntihara ekonomik teşvik" başlıklı yeni 217. paragraf şu şekildedir:

"(1) Bir başkasını intihara teşvik etme maksadıyla, bu kişiye, bu amaçla ekonomik bir olanak temin eden, sağlayan veya aracılık eden kişi, üç yıla kadar hapis veya para cezasıyla cezalandırılır.

(2) Birinci fıkrada bahsedilen kişinin akrabası ya da yakını olan kişi, hiçbir ticari faaliyette bulunmamış olması şartıyla, iştirak eden olarak cezalandırılmaz."

Bu yeni suç tipinin, netice bakımından özellik arz ettiği ifade edilmektedir. Zira Alman Ceza Kanunu'nun 211, 212, 213, 216 ve 218. paragraflarında belirtilen suçların tümünün oluşması için ölümün gerçekleşmesi gerekmektedir. Buna karşılık 217. paragrafta belirtilen suç tipinde, netice, daha ziyade salt bir "intihar" olarak nitelendirilmiştir. Ancak intiharın gerçekleşmiş olup olmaması, suçun oluşumu açısından hiçbir önem arz etmemektedir. Bu bağlamda, hayata karşı suçlar bölümünde yer verilen ve 221. paragrafta düzenlenen salt tehlike suçu olarak kabul edilen terk suçunda bile fail tarafından meydana getirilmiş bir ölüm tehlikesinin varlığı şarttır; oysa 217. paragraftaki suçun oluşabilmesi için böyle bir şartın gerçekleşmiş olması aranmamıştır. Buna göre, intihar etmeyi asla düşünmeyecek bir kişinin intihara teşvik edilmesi halinde bile bu suç oluşacaktır. Bütün bu açıklamalardan, bu yeni düzenlemenin, intihara yardımın ekonomik/ticari olarak yasaklanması olarak tanımlanabileceği ifade edilmektedir. Madde metnine rağmen uygulamada, bu suçun oluşabilmesi için intiharın gerçekleşmiş olmasının aranması gerekeceği de belirtilmektedir.⁶⁴

Bu yeni suç tipinin anlam ve gayesinin her şeyden önce intihar etmek isteyen kişiyi korumak olduğu ve bu amaçla intihar için olanak

⁶³ Söz konusu madde 10.12.2015 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

⁶⁴ Rolf Dietrich Herzberg, "Strafbare Tötung oder straflose Mitwirkung am Suizid?", Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik, 7/2016, s.440. Madde metniyle ilgili Hilgendorf tarafından da çeşitli eleştiriler yapılmaktadır. Bkz. Eric Hilgendorf, "Eine Norm für die Wissenschaft", bkz. <http://www.lto.de/recht/hintergruende/h/gesetzgebung-sterbehilfe-tatbestandsmerkmale-analyse/> (E.T.: 15.12.2016)

sağlanmasının engellenerek intihar etmeyi düşünen kişinin hayatta kalmasının amaçlandığı belirtilmektedir.⁶⁵

Maddede kullanılan “ticari/ekonomik” (*geschäftsmäßig*) kavramından ne anlaşılması gerektiği hususunun da belirsiz olduğu ifade edilmektedir. Zira Alman Ceza Kanunu’nun bazı maddelerinde bir suçun meslek olarak (*gewerbsmäßig*) veya itiyadi (*gewohnheitsmäßig*) şekilde işlenmesinin cezayı ağırlaştırıcı bir neden olduğu, ancak 217. paragrafta böyle bir durumun olmadığı belirtilmektedir. Bu suç tipinde belirtilen ticarilik (*Geschäftsmäßigkeit*) olgusu, fiili suç haline getirmektedir. Failin bu fiili yeniden işleme maksadı (*Wiederholungsabsicht*) olmaksızın gerçekleştirmesi etik olarak uygun bulunmayabilir, ancak bir sefere mahsus gerçekleştirilen bir fiilin ceza tehdidine muhatap kılınması doğru değildir.⁶⁶

Bu maddeyi eleştiren yazarlar, Alman Hukuku’nda bir insanın intihar etmesinin Alman Ceza Kanunu’nun gerek azmettirmeyi düzenleyen 26. paragrafı gerek yardım etmeyi düzenleyen 27. paragrafı bağlamında hukuka aykırı bir fiil olarak nitelendirilemeyeceğini, bu bağlamda ölümü sonuçlayan bir intihara katılmanın da asla azmettirme veya yardım etme olarak nitelendirilip cezalandırılmayacağını belirtmektedirler. Ayrıca, iştirakte bağlılık kuralı da buna bir engel olarak görülmektedir.⁶⁷

Madde gerekçesinde özetle, Alman hukuk sisteminde, kişinin kendi rızası ile intihar etmesinin suç olarak kabul edilmediği, bu bağlamda intihara teşebbüs edilmesinin veya intihara yardım edilmesinin de cezayı gerektiren fiiller olmadığı; prensip olarak bu sistemin kendi içinde tutarlı olduğu ancak bu sistemde bir değişikliğin de zorunlu bulunduğu belirtilmektedir. Söz konusu değişiklik gerekçesinde, Almanya’da son zamanlarda intihara yardımla ilgili derneklerin ya da bazı kişilerin intihar etmek isteyen insanlara ölümcül ilaçları sağladıkları veya bu konuda aracılık ettikleri ifade edilmektedir. Bunun sonucunda, intihara yardım etme biçiminde gerçekleşen bu tarz

⁶⁵ Herzberg, *Strafbare Tötung*, s.448.

⁶⁶ Herzberg, *Strafbare Tötung*, s.449.

⁶⁷ Herzberg, *Strafbare Tötung*, s.441-442.

organizasyonların sosyal yaşamda normal olarak kabul görme tehlikesinin ortaya çıktığı da belirtilmektedir. Özellikle yaşlı ya da hasta insanların bu şekilde yardımlı intihara yönlendirildiği veya doğrudan ya da dolaylı baskılara muhatap kaldıkları ifade edilmektedir. Bundan dolayı, bu tarzdaki ticari/ekonomik davranışların kendi kaderini belirleme hakkının ve yaşam hakkının korunması kapsamında ceza hukuku vasıtasıyla korunması gerektiği vurgulanmaktadır. Söz konusu değişiklik ile salt özgeci sebeplerden kaynaklı intihara yardımın suç olarak düzenlenmediğine de vurgu yapılmaktadır.⁶⁸

B. Avusturya

Avusturya Ceza Kanunu'nun 78. paragrafında intihara yardım fiili suç olarak düzenlenmiştir. "İntihara yardım" başlıklı 78. paragraf şöyledir: "Her kim bir başkasını intihara ikna eder veya intiharına yardım ederse, altı aydan beş yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır."⁶⁹

C. İsviçre

İsviçre Ceza Kanunu'nda intihara ikna ve yardım fiilleri suç olarak düzenlenmiştir. İsviçre Ceza Kanunu'nun "İntihara ikna ve yardım" başlıklı 115. maddesinde şöyle denilmektedir: "Her kim bencilce saiklerle bir başkasını intihara ikna eder veya o kişinin intiharına yardım ederse, ölümün gerçekleşmesi veya teşebbüs aşamasında kalması halinde, beş yıla kadar hapis cezasıyla veya para cezasıyla cezalandırılır."⁷⁰ Bu suçun oluşabilmesi için madde metninden de açıkça anlaşılacağı üzere failin bencilce saiklerle (yardımın para karşılığında yapılması, mirasçı olma, şöhret edinme, nefret, intikam, kin vs.) bu hareketleri gerçekleştirmesi gerekmektedir. Bunun dışında şayet fail bencilce saikle hareket etmemiş ise, örneğin, iyilik ve fedakârlık yaptığı inancıyla çektiği acılardan kurtarmak amacıyla kişiyi intihara teşvik etmek veya yardım etmek suç teşkil etmemektedir. Burada dikkat edilmesi gereken husus, intihar eyleminin bizzat mağdurun kendisi tarafından gerçekleştirilmesi gerektiğidir. Eğer mağdurun ölümüne yol açacak olan eylemin, intihara yar-

⁶⁸ <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/18/053/1805373.pdf> (E.T.: 10.12.2016)

⁶⁹ Strafrecht, Kodex des Österreichischen Rechts, 36. Auflage, Wien 2012, s.27.

⁷⁰ <https://www.admin.ch/opc/de/print.html?id=lawid-2-6> (E.T.: 09.09.2016)

dım eden kişi tarafından gerçekleştirilmesi (örneğin ölüme yol açacak maddenin yardım eden tarafından mağdura enjekte edilmesi) halinde, bu fiil 115. madde anlamında intihara teşvik ve yardım suçunu değil, 114. maddede belirtilen talep üzerine öldürme suçunu oluşturacaktır.⁷¹

D. İtalya

1889 tarihli İtalyan Ceza Kanunu'nun 370. maddesinde, intihara azmettiren ya da intihara yardım eden cezalandırılmaktaydı. 1930 tarihli yeni İtalyan Ceza Kanunu ise bu suçu çok daha ayrıntılı bir şekilde 580. maddede düzenlemiştir. Söz konusu madde şu şekildedir: *"Başkasını intihara azmettiren veya intihar kararını kuvvetlendiren veya her ne şekilde olursa olsun icrasını kolaylaştıran kimse, eğer intihar meydana gelirse cezalandırılır. Eğer intihar meydana gelmezse ve intihar teşebbüsü ağır veya ağırca bir müessir fiil doğurmuşsa daha az ceza verilir. Eğer azmettiren, kararı kuvvetlendiren ve yardım eden kimse, 18 yaşından küçük veya akıl hastası ise veya herhangi bir maluliyet yüzünden alkol veya uyuşturucu madde sebebiyle ruhsal çöküntü halindeyse ceza artırılır. Mağdur, 14 yaşından küçükse, herhangi bir sebeple anlamak veya istemek ehliyetinden mahrumsa adam öldürmeye ilişkin 575-577 madde hükümleri uygulanır."*⁷²

E. Fransa

Yeni Fransız Ceza Kanunu'nun *"İntihara Teşvik"* başlıklı 6. bölümünde intihara teşvik suçuyla ilgili hükümlere yer verilmiştir. 223-13. maddede başka bir insanı intihara teşvik eden kişinin, intiharin gerçekleşmesi veya teşebbüs aşamasında kalması halinde üç yıl hapis ve 45.000 Euro para cezasıyla cezalandırılacağı; ikinci fıkrada ise, mağdurun on beş yaşından küçük olması halinde verilecek cezanın beş yıl hapis ve 75.000 Euro para cezası olacağı belirtilmiştir. Diğer maddelerde ise söz konusu suçun basın yayın organlarıyla veya tüzel kişiler tarafından yapılması halinde uygulanacak yaptırımlar gösterilmiştir.⁷³

⁷¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Julian Mausbach, "İsviçre Hukukunda Yardımlı İntihar", in: Hukuk ve Etik Boyutuyla Ötanazi (Der.: Nur Centel), İstanbul 2011, s.161-180.

⁷² Sıdika Burçak Kalay, 5237 s. Türk Ceza Kanunu'na Göre İntihara Yönlendirme Suçu, İstanbul 2015, s.16 (Yayımlanmamış yüksek lisans tezi).

⁷³ http://www.legislationline.org/download/action/download/id/6382/file/France_CC_am2016_fr.pdf (E.T.: 11.09.2016)

VI. Tipikliğin Maddi (Objektif) Unsurları

A. Fail

Bu suçun faili herhangi bir kimse olabilir, çünkü maddede suçun faili bakımından herhangi bir özellik aranmamıştır. Ayrıca intihara yönlendirme suçu, kasten öldürme suçundan ayrı ve bağımsız bir suç olduğu için, 82. maddede belirtilen nitelikli haller bu suç bakımından uygulama alanı bulmaz.⁷⁴

B. Mağdur

Bu suçun mağduru, intihara azmettirilen, teşvik edilen, intihar kararı kuvvetlendirilen veya intiharına herhangi bir şekilde yardım edilen kimsedir.

Mağdur bakımından dikkat edilmesi gereken iki durum vardır: Birincisi, maddenin üçüncü fıkrasındaki durumun oluşabilmesi için, belli bir kişinin muhatap alınmasının gerekmemesidir. Şayet belli bir kişi veya kişiler intihara yönlendirilmiş ise, başka bir ifadeyle mağdurlar belli ise, fail üçüncü fıkraya göre değil birinci fıkraya göre cezalandırılacaktır. İkincisi, maddenin son fıkrasındaki durumdur. Buna göre, şayet mağdur, işlediği fiilin anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş veya ortadan kaldırılmış (örneğin, çocuk, akıl hastası, sarhoş vs.) ya da kendisine karşı kullanılan cebir veya tehdit nedeniyle intihara mecbur edilmiş bir kişi ise, bu durumda intihara yönlendirme suçu değil, dolaylı faillik yoluyla işlenen kasten öldürme suçu gündeme gelecektir.⁷⁵

⁷⁴ Tezcan/Erdem/Önok, Ceza Özel Hukuku, s.198; Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s.113; Koca, İntihara Yönlendirme, s.27. Aksi yönde görüş için bkz. Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s.176.

⁷⁵ Tezcan/Erdem/Önok, Ceza Özel Hukuku, s.192; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s.170-171; Koca, İntihara Yönlendirme, s.27. Yargıtay da vermiş olduğu bir kararda bu hususa dikkat çekmiştir: "Dosya kapsamına göre, mağdur Metin ile haklarında verilen hüküm kesinleşen Doğan ve Mustafa'nın birlikte işledikleri nitelikli öldürme, yağma ve hürriyeti sınırlama suçlarından hükümlü olarak aynı cezaevinde buldukları, Doğan ve Mustafa'nın, yanlarına yine hakkında verilen hükmü kesinleşmiş olan Ersin ve sanık Engin'i de alarak, sürekli baskı altında tuttıkları mağduru, kendileri yararına kantin alışverişi yapmaya zorladıktan, olay günü mağdurun parasının kalmaması sebebiyle sanıkların isteklerini yerine getiremediği, bunun üzerine, sanıkların hep birlikte bahçeye çağdırdıkları mağdur darp etmeye başladıkları, temin ettikleri bir çamaşır ipini mağdurun kalmış olduğu koğuşun pencere demirine bağladıkları, ardından "in-

Yukarıda yapılan açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, intihara yönlendirme suçunun mağdurunun şu iki özelliğe bir arada sahip olması gerekmektedir: İşlediği fiilin anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmiş veya bu yeteneği ortadan kaldırılmamış olacak; kişi üzerinde cebir veya tehdit kullanılmamış olacak.⁷⁶

C. Konu

İntihara yönlendirme suçunun konusu, müntehirin hayatıdır.⁷⁷

D. Hareket

İntihara yönlendirme suçu, seçimlik hareketli bir suçtur. Bu seçimlik hareketler şunlardır: İntihara azmettirme; intihara teşvik etme; intihar kararını kuvvetlendirme; intihara herhangi bir şekilde yardım etme. Bu seçimlik hareketlerden yalnızca birisinin yapılması suçun oluşumu açısından yeterlidir.⁷⁸ Failin bu hareketlerden birkaçını bir-

tihar etmezsen seni öldürürüz” diyerek, buldukları tabureyi asmış oldukları ipin altına koydukları, mağduru tabureye çıkıp kendisini asma için yoğun bir baskı uygulayarak zorladıkları, nihayet tüm bu baskılardan bunalan mağdurun tabureye çıkıp boynuna ipi geçirdiği, tabureye vurduğu tekmeyle birlikte boynundan sallanmaya başladığı, bu esnada paniğe kapılan sanıkların ipi kesmek suretiyle mağduru kurtardıkları olayda, mağdurun kendi iradesi ile değil, sanık Engin’in de içinde bulunduğu grubun fiili ve psikolojik baskı ve zorlamaları sonucu intihar ortamına sürüklendiği, bu durumda ölümün gerçekleşmesi halinde TCK’nın 84/2-son maddesi uyarınca “kasten öldürme” suçundan, ölümün sanıktan kaynaklanmayan bir nedenle gerçekleşmemesi halinde “öldürmeye teşebbüs”ten, neticenin bizzat sanık tarafından engellenmesi halinde ise TCK’nın 36. maddesi uyarınca “kasten yaralama” suçundan hüküm kurulması gerektiği, somut olayda neticenin sanık tarafından engellendiği anlaşıldığı halde, sanığın “kasten yaralama” suçundan, TCK’nın 61. maddesi uyarınca, suçun işleniş biçimi, suçun işlendiği zaman ve yer, sanığın kasta dayalı kusurunun ağırlığı ile güttüğü amaç ve saik gibi hususlar göz önünde bulundurularak, üst sınırdan bir ceza ile cezalandırılması yerine, suç niteliğinde yanılığa düşülerek, yazılı biçimde intihara yönlendirme suçundan hüküm kurulması bozmayı gerektirmiş...” (1.CD, 04.03.2014 T., 2014/282-1248 E.K.)

⁷⁶ Koca, İntihara Yönlendirme, s.27.

⁷⁷ Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s.114; Koca, İntihara Yönlendirme, s.26.

⁷⁸ Tezcan/Erdem/Önok, Ceza Özel Hukuku, s.192; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacak-sız/Tepe, Özel Hükümler, s.171; Hafızoğulları/Özen, Kişilere Karşı Suçlar, s.65; Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel Hükümler, s.214. 765 sayılı TCK döneminde 454. maddede düzenlenmiş olan intihara ikna ve yardım suçunun hareket unsurunu ikna ve yardım oluşturmaktaydı. Başka bir ifadeyle sadece ikna veya yardım tek başına bu suçun oluşumu için yeterli olmamakta, her iki hareketin birlikte gerçekleştirilmiş olması aranmaktaydı. Bu nedenle de 765 sayılı TCK döneminde

den yapması, örneğin, azmettirdikten sonra intihara yardım etmesi, suçun teklifiğini etkilemez, bu durum sadece verilecek cezada göz önünde bulundurulur.⁷⁹ Bu seçimlik hareketlerin olayın niteliğine göre intihardan önce ve/veya intihar sırasında gerçekleştirilmesi gerekir.⁸⁰

Bu suçun seçimlik hareketleri açısından dikkat edilmesi gereken önemli bir husus vardır, o da intihar fiilini gerçekleştiren kişinin bizzat mağdurun kendisi olması gerektiğidir. Başka bir ifadeyle, failin intihara katkısı, maddede sayılan seçimlik hareketlerle sınırlı olmalı; mağdurun intihar etmesi, kendi iradesiyle aldığı karara istinaden bizzat mağdur tarafından gerçekleştirilmelidir. Şayet fail, maddede sayılan seçimlik hareketlerle birlikte veya seçimlik hareketleri gerçekleştirmeden ölümü meydana getiren icra hareketini kendisi gerçekleştirmişse, intihara yönlendirme suçunu değil, kasten öldürme suçunu işlemiş olur. Örneğin, ipi boynuna geçiren mağdurun altındaki sandalyeyi çeken kişi, kasten öldürme suçundan dolayı cezalandırılacaktır. Diğer taraftan fail, mağduru cebir veya tehdit kullanarak intihara mecbur bırakmışsa, yani mağduru öldürmek için mağduru araç olarak kullanmışsa, bu durumda da işlenen suç intihara yönlendirme değil kasten öldürme suçu olacaktır. Bu son durumda fail, mağdura işlettiği bu suçun dolaylı faili (m.37/2) olarak cezalandırılacaktır.⁸¹

Burada üzerinde durmak istediğimiz bir husus bulunmaktadır: *"İkili ölüm"*. İki kişinin birlikte intihar etmesi veya birinin diğerini öldürüp daha sonra intihar etmesi şeklinde tanımlanan ölüme ikili ölüm denilmektedir.⁸² Konumuz açısından önemli olan durum, ikili intihar olgularında, girişimde bulunan bireylerden birisinin ölüp diğerinin hayatta kaldığı durumlarda hayatta kalan kişinin cezai sorumluluğun nasıl belirleneceğidir. Doktrindeki bir görüş, intihara birlikte karar ve-

⁷⁹ intihara ikna ve yardım suçunun uygulama alanı son derece sınırlandırılmıştı.

Koca, İntihara Yönlendirme, s.28; Öntan, İntihara Yönlendirme, s.851.

⁸⁰ Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s.172; Tezcan/Erdem/Önok, Ceza Özel Hukuku, s.193.

⁸¹ Tezcan/Erdem/Önok, Ceza Özel Hukuku, s.192; Koca, İntihara Yönlendirme, s.29.

⁸² Hakan Hakeri, Fatih Yağmur, Harun Akkaya, Esra Ünal, Seyfullah Sarı, Feyzullah Erdem, Berna Durmuş, Ufuk Buluş, "İkili İntihar Girişimi Durumunda Birinin Hayatta Kaldığı Olgularda Yasal Süreç", *Terazi Hukuk Dergisi*, Cilt:9, Sayı:100, Aralık 2014, s.36.

rildiğinden, bir kişinin diğerini intihara azmettirmesinin söz konusu olmayacağını, ancak hayatta kalan kişi şayet intiharda kullanılan malzemeyi temin etmiş veya müntehirin intihar kararını kuvvetlendirmişse intihara yönlendirme suçunun oluşacağını ifade etmektedir. Ancak bu görüşteki yazarlar, intihara azmettirme ile iki kişinin beraber intihar etmek için giriştikleri eylemler sonucunda birisinin hayatta kalmasının aynı kefedeki değerlendirilmesini doğru bulmamakta ve bu tür ikili intihar olgularında daha özel hükümler getirilmesi gerektiğini savunmaktadırlar.⁸³ Bu görüşü savunan yazarlar -ki içlerinde bir ceza hukukçusunun da olduğu toplam sekiz kişi- konuyu ele aldıkları üç sayfalık çalışmalarında, bu hususla ilgili nasıl bir çözüm önerisi getirileceği konusunda sessiz kalmayı tercih etmişlerdir.

Tezcan/Erdem/Önok karşılıklı anlaşma ile birden fazla kişinin birlikte intihar kararı alması halinde sağ kalan kişinin cezai sorumluluğunun bulunmadığını düşünmektedirler.⁸⁴

Yargıtay'ın bu konuyla ilgili vermiş olduğu iki karardan ilki şöyledir: *"Evlî ve iki çocuk babası olan 31 yaşındaki sanık Bilal ile 16 yaşındaki mağdur Kader'in arkadaşlık yapmasını ailelerinin onaylamaması üzerine, Bilal'in 11.03.2010 tarihinde Kader'in telefonuna mesaj çekerek "benimle her şeye var mısın" dediği, Kader'in de "evet" şeklinde cevap vermesi üzerine, bu kez de mağdureden öldürecek bir ilaç getirmesini istediği, 12.03.2010 tarihinde Kader'in evden 4 kutu ilaç alarak okul çıkışı Bilal ile buluştuğu, birlikte Mersin'den Erdemli'ye gittikleri, burada bir pansiyonda kaldıkları, 14.03.2010 tarihinde Bilal'in Kader'e ilaçları getirip getirmediğini sorduğu, Kader'in de getirdiğini söylemesi üzerine ilaçları paylaştıkları, önce Kader'in içmeye başladığı, Bilal'in de ilaçları içtiği, bir süre sonra hastaneye gittikleri ve tedavi sonucu yaşama döndükleri olayda, intihar etmeyi sanık Bilal'in teklif ettiği ve intihar etmekte kullanılan ilaçları sanığın isteği üzerine mağdurenin temin ederek getirdiği anlaşılmalı, sanığın eylemine uyan intihara yönlendirme suçundan cezalandırılması gerektiği düşünülmeksizin..." (1.CD, 04.12.2013 T.,*

⁸³ Hakeri/Yağmur/Akkaya/Ünal/Sarı/Erdem/Durmuş/Buluğ, İkili İntihar, s.37-38.

⁸⁴ Tezcan/Erdem/Önok, Ceza Özel Hukuku, s.197. Bu konuda ikili bir ayırım yapan Özen, intihar fikrini ilk defa kimin ortaya attığının önemli olduğunu ifade etmektedir. Eğer karşılıklı intihar fikrini kurtulan kişi ortaya atmışsa, kurtulan kişi, azmettirme şeklinde gerçekleşen intihara yönlendirme suçundan sorumlu olacaktır. Şayet karşılıklı intihar fikrini intihar eden ortaya atmışsa, hayatta kalanın herhangi bir cezai sorumluluğu bulunmayacaktır. Bkz. Özen, İntihara Yönlendirme, s.47.

2013/4118-7481 E.K.) Kanaatimizce Yargıtay'ın vermiş olduğu bu karar hatalıdır. Zira somut olayda, sanık Bilal'in 11.03.2010 tarihinde Kader'e çektiği mesajın anlam ve içeriği itibariyle intihara azmettirme olarak; intihar kararı vermiş olan Bilal'e istediği ilaçları getiren Kader'in hareketinin ise intihara yardım etme olarak nitelendirilmesi gerekmektedir. Bu bağlamda, gerek Bilal'in gerek Kader'in birbirlerine karşı gerçekleştirdikleri hareketlerin intihara yönlendirme suçu olarak kabul edilmesi gerekmektedir. Başka bir ifadeyle, Yargıtay'ın kabul ettiği gibi, Kader'in, intihar etmekte kullanılan ilaçları Bilal'in isteği üzerine temin etmesinin Kader'in cezai sorumluluğunu ortadan kaldırmayacağı düşünmekteyiz.

Yargıtay'ın bu konuda vermiş olduğu bir başka karar ise şu şekildedir: *“Sanık E.D. ile maktul Zeynep'in bir süre önce internette tanıştıkları, Zeynep'in kendisini K.A. olarak tanıttığı ve yazışmalarda erkek gibi davrandığı, bunun sonucunda aralarında duygusal bir ilişkinin geliştiği, bir süre sonra yine internet üzerinden Zeynep'in açıklaması üzerine onun aslında erkek olmadığını öğrenen E.D. önce ilişkiye son vermek istediği, daha sonra ise ilişkiyi sürdürme kararı aldıkları, önce Tokat'ta buluştukları, sonra da birlikte yaşamak için Antalya'ya gidip olaydan yaklaşık bir ay önce orada bir ev tutarak birlikte yaşamaya ve aynı zamanda cinsel yönden de birlikte olmaya başladıkları, bu arada Zeynep'in ameliyatla erkek olmak istediği ve bunun için çaba harcadığı daha sonra Zeynep'in bunu başaramaması üzerine artık yaşamanın anlamsız olduğu yönünde değerlendirmede bulunarak önceden konuştukları birlikte intihar etme fikrini hayata geçirmeye karar verdikleri, Zeynep'in İstanbul'a gidip babasının olduğunu söylediği bir tabanca ile döndüğü, olay günü iki adet intihar mektubu yazıp birlikte kahvaltı yaptıktan sonra, tabanca ile intihar etmek üzere yan yana oturdukları, evvela kimin önce intihar edeceği konusunda konuştukları, ikisinin de bir diğerinden önce intihar etmek istediği, daha sonra Zeynep'in baskın çıkması üzerine, öncelikle Zeynep'in tabancayı alıp kafasına dayayarak tetiğe basmak suretiyle intihar edip öldüğü, ardından E.D.'nin de tabancayı aldığı, kafasına dayadığı ve tetiğe bastığı ancak merminin sıkışması üzerine silahın ateş almadığı, birkaç kez denemesine rağmen silahı ateşlemeyi başaramadığı, bunun üzerine annesine telefon ederek yardım istediği ve kolluk güçlerinin E.D. ile maktulün bulunduğu yere geldikleri olayda; her ne kadar, maktulün intihar etme kararı üzerinde sanığın kendisine ait intihar etme kararının etkili olduğu ve onun kararını takviye ettiği söylenbilirse de, sanığın kararının münhasıran kendi intiharına ilişkin olması ve*

*bunun dışında maktulün intiharına yönelik herhangi bir söz veya hareketinin bulunmaması ve hatta intihar anında sanık ve maktulden her birinin bir diğ-
ğinin intiharını istemek bir yana öncelikle kendisinin intihar etmek istedi-
ğinin açıkça anlaşılması karşısında, sanığın intihara yönlendirme suçundan
beraatı yerine mahkûmiyetine karar verilmiş olması..."* (1.CD, 11.04.2013 T.,
2010/6485 E., 2013/3121 K.)

İntihara yönlendirme suçu esas itibariyle icrai hareketle işlenebi-
len bir suç tipidir. Buna karşın, intihara yönlendirme suçunun seçim-
lik hareketlerinden olan intihara yardım etmenin, ihmali hareketle
işlenip işlenemeyeceği sorusu doktrinde görüş ayrılıklarına neden ol-
maktadır.

İntihara ihmali davranışla yardım etmenin mümkün olduğunu
savunan yazarlar⁸⁵, esas itibariyle bir kimsenin bir başkasının intiharı-
nı engellememesinin başlı başına intihara yardım olarak nitelendirile-
meyeceğini; ihmali hareketle intihara yardımın söz konusu olabilmesi
için, intihar olayıyla karşılaşan kişinin intiharı önleme konusunda ka-
nundan, sözleşmeden ve öngelen tehlikeli davranıştan kaynaklanan
hukuki bir yükümlülüğünün bulunmasını şart koşmaktadırlar. Mad-
de gerekçesinde de bu görüşteki yazarlarla benzer açıklamalarda bu-
lunulmuştur: *"Başlı başına cezalandırılabilir bir fiil olarak intihara yardım,
esas itibariyle icrai davranışla gerçekleştirilebilir. Ancak, intiharı önleme ko-
nusunda hukuki yükümlülük altında bulunan kişinin, bir intihar olgusuyla
karşı karşıya olmasına rağmen, bu intihar girişimini engellememesi, bu giri-
şim karşısında kayıtsız davranması; intihara ihmali davranışla yardım olarak
nitelendirilmek gerekir. Ancak bunun için, kişinin intiharı önleme konusunda
hukuki bir yükümlülüğünün olması gerekir."*

İntihara ihmali davranışla yardım etmenin mümkün olmadığını
savunan yazarlar⁸⁶ ise, bunun gerekçesi olarak TCK'da açık bir kanuni
düzenleme olmamasını göstermektedirler. Kasten öldürme için ihmali
hareket ayrıca düzenlenmiş olduğuna göre, bu hareketle işlenebilecek
diğer tüm suçlar bakımından da açık bir düzenlemeye ihtiyaç vardır.

⁸⁵ Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel Hükümler, s.217; Tezcan/Erdem/Önok, Ceza
Özel Hukuku, s.195-196; Koca, İntihara Yönlendirme, s.33-35; Erem, İntihar, s.496;
Artuk, İntihara İkna ve Yardım Suçu, s.45; Hakan Hakeri, Ceza Hukukunda İhmal
Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, Ankara 2003, s.300.

⁸⁶ Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s.174-175; Öntan, İnti-
hara Yönlendirme, s.858.

Bu görüşteki yazarlar, her ne kadar madde gerekçesinde intihara ihmali davranışla yardım etmenin mümkün olduğu belirtilmişse de gerekçenin hükme dâhil olmaması ve yalnızca bir yorum aracı olduğu gerçeğinden hareketle bunu bağlayıcı görmemektedirler. Biz de bu görüşteki yazarlara katılmaktayız. Şayet kanun koyucu intihara yönlendirme suçunun ihmali hareketle işlenebileceğini kabul etmek istiyorsa, bunu madde gerekçesinin satır aralarında değil, yapılacak bir kanun değişikliğiyle maddede açık bir şekilde belirtmek zorundadır.

Burada üzerinde durulması gereken bir diğer husus ise maddenin dördüncü fıkrasındaki düzenlemedir. Söz konusu hükme göre *“İşlediği fiilin anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan veya ortadan kaldırılan kişileri intihara sevk edenlerle cebir veya tehdit kullanmak suretiyle intihara mecbur edenler, kasten öldürme suçundan sorumlu tutulurlar.”* Buna göre bu fıkra düzenlenmiş suçun isnat yeteneği gelişmiş olan veya isnat yeteneği ortadan kaldırılmayan kişilere karşı sadece cebir veya tehditle işlenmesi mümkün olduğundan dolayı, bu suçu bağlı hareketli bir suç olarak nitelendirebiliriz. Başka bir ifadeyle, cebir veya tehdit dışında bir yolla kişinin intihara mecbur edilmesi halinde bu suçun oluşmayacağını düşünmekteyiz. Buna karşın, doktrininde *Tezcan/Erdem/Önok*, 84. maddenin dördüncü fıkrasında her ne kadar *“hile”*den açıkça söz edilmemişse de, böyle bir durumda genel hüküm olan m.37/2'deki *“suçun işlenmesinde bir başkasını araç olarak kullanan kişi de fail olarak sorumlu tutulur.”* hükmüne dayanarak faili kasten öldürme suçundan dolayı cezalandırmanın mümkün olduğunu, kaldı ki m.37/2 anlamında *“başkası”* kavramının içine mağdurun da gireceğini savunmaktadırlar.⁸⁷

Kanaatimizce, 84. maddenin dördüncü fıkrasında hileden bahsedilmediğinden dolayı, söz konusu hükmün kapsamına sadece cebir ve tehdidin girdiğini ifade edebiliriz. Ayrıca dördüncü fıkra geçen *“intihara mecbur edenler”* ifadesi ile yalnızca cebir ve tehdidin bağdaşabileceğini, hilenin ise bu ifade ile bağdaşmayacağını düşünmekteyiz. Bu bağlamda hile kullanmak suretiyle kişinin intihara mecbur edilmesi durumunda, suçta ve cezada kanunilik prensibi gereği suçun oluşmayacağını ifade edebiliriz.

⁸⁷ Tezcan/Erdem/Önok, Ceza Özel Hukuku, s.192.

84. maddenin dördüncü fıkrası ile dolaylı faillğe ilişkin özel bir düzenleme getirilmektedir. Böyle bir hüküm olmasaydı bile⁸⁸, dolaylı faillğe ilişkin 37. maddenin ikinci fıkrası gereğince, cebir veya tehdit kullanarak başkalarını intihara mecbur edenler ile algılama yeteneği gelişmemiş (çocuklar, akıl hastaları gibi) veya ortadan kaldırılan⁸⁹ (irade dışı alkol veya uyuşturucu madde verilmiş, hipnoz edilmiş kişiler gibi) kişileri intihara yönlendirenler, kasten öldürme suçunun dolaylı faili olarak sorumlu tutulacaklardı. Bir başka deyişle burada işlenen suç aslında intihara yönlendirme suçu değil, kasten öldürme suçudur.⁹⁰ Maddenin kaleme alınış şekline göre, ölüm neticesi gerçekleşmeden doğrudan kasten öldürme suçunun cezası verilecekmiş gibi bir anlam çıkıyor olsa da burada kastedilen, bu özelliklere sahip kişilerin intihara yönlendirilmeleri sonucu ölüm neticesi gerçekleşmemiş ise kasten öldürmeye teşebbüsten; ölüm neticesi gerçekleşmiş ise kasten öldürmeden sorumlu tutulmalarıdır.⁹¹ Hatta doktrinde bir görüş,

⁸⁸ 765 sayılı TCK döneminde de, intihara ikna ve yardım suçunun düzenlendiği 454. maddede, 5237 sayılı TCK'nın 84. maddesinin dördüncü fıkrasına benzer bir hüküm yer almamasına rağmen, müntehirin hareket özgürlüğünün cebir, şiddet veya tehdit ile ortadan kaldırılması halinde adam öldürme suçunun oluştuğundan söz edilmekteydi. Bkz. Erem, İntihar, s.498.

⁸⁹ Hafızoğulları/Özen, dördüncü fıkrada isnat yeteneğinin kalkmasından değil "kaldırılmasından" söz edildiğinden hareketle, isteyerek uyuşturucu, uyarıcı madde veya alkol etkisi altında olan bir kimsenin bu durumundan yararlanılarak intihara sevk edilmesinde, dördüncü fıkra hükmünün değil ikinci fıkra hükmünün uygulanması gerektiğini savunmaktadırlar. Başka bir ifadeyle yazarlara göre, isnat yeteneğinin mutlaka başkası tarafından kaldırılması gerekmektedir. Hafızoğulları/Özen, Kişilere Karşı Suçlar, s.70. Buna karşılık Tezcan/Erdem/Önok, bu hükmün uygulanabilmesi için algılama yeteneğinin kim tarafından ortadan kaldırıldığının bir önemi olmadığını, bu yeteneğin bizzat mağdur tarafından da ortadan kaldırılmış olabileceğini, önemli olanın, mağdurun bu yeteneğinin fiilin işlendiği sırada mevcut olmaması ve bu durumun da failce biliniyor olması gerektiğini savunmaktadırlar. Bkz. Tezcan/Erdem/Önok, Ceza Özel Hukuku, s.193.

⁹⁰ Koca, İntihara Yönlendirme, s.38.

⁹¹ Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s.176; Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel Hükümler, s.220. "...olayda, mağdurun kendi iradesi ile değil, sanık Engin'in de içinde bulunduğu grubun fiili ve psikolojik baskı ve zorlamaları sonucu intihar ortamına sürüklendiği, bu durumda ölümün gerçekleşmesi halinde TCK'nın 84/2-son maddesi uyarınca "kastan öldürme" suçundan, ölümün sanıktan kaynaklanmayan bir nedenle gerçekleşmemesi halinde "öldürmeye teşebbüs"ten, neticenin bizzat sanık tarafından engellenmesi halinde ise TCK'nın 36. maddesi uyarınca "kastan yaralama" suçundan hüküm kurulması gerektiği, somut olayda neticenin sanık tarafından engellendiği anlaşıldığı halde, sanığın "kastan yaralama" suçundan, TCK'nın 61. maddesi uyarınca, suçun işleniş biçimi,

söz konusu kişilerin intihara yönlendirilmiş fakat intihar girişiminde dahi bulunmamış olmaları halinde bile kasten öldürmeye teşebbüsten cezalandırılmaları gerektiğini savunmaktadır.⁹²

Kanaatimizce maddedeki hareket unsuru bağlamında önemli eksikliklerden birisi, mağdurdan kaynaklı nitelikli hallere yer verilmiş olmasıdır. Bu bağlamda, maddede yapılacak bir kanun değişikliğiyle, intihara yönlendirme suçunun üstsoy veya altsoydan birine, eş veya kardeşe, gebe olduğu bilinen kadına karşı veya töre saikiyle işlenmesi gibi durumların cezayı ağırlaştırıcı nitelikli hal olarak düzenlenmesinin isabetli olacağını düşünmekteyiz.

Ayrıca terminolojik açıdan da maddeyle ilgili bazı eleştirilerde bulunmak istiyoruz. 84. maddenin birinci fıkrasındaki seçimlik hareketlere bakıldığında şu kalıpların kullanıldığı görülmektedir: “Azmettirme”, “teşvik etme”, “intihar kararını kuvvetlendirme”, “herhangi bir şekilde yardım etme”. Her şeyden önce, maddede kullanılan bu hukuki terimlerin, teknik anlamlarıyla kullanılmadığını ifade etmek istiyoruz. Şöyle ki; “azmettirme” TCK’nın 38. maddesinde düzenlenmiş bulunan iştirak şekillerinden birisidir: “Başkasını suç işlemeye azmettiren kişi, işlenen suçun cezası ile cezalandırılır.” (TCK m.38/1). Buna göre, azmettirmenin söz konusu olabilmesi için, ortada, azmettirilen kişinin işleyebileceği bir “suç” olması gerekmektedir. Oysa intihar etmek bir “suç” değildir. Bunun gibi, TCK m.84’te kullanılan diğer hukuki terimler olan “teşvik etme”, “intihar kararını kuvvetlendirme” ve “herhangi bir şekilde yardım etme” TCK’nın 39. maddesinde düzenlenmiş bulunan iştirak şekillerinden birisini oluşturan “yardım etme”nin gerçekleştiriliş şekillerinden başka bir şey değildir. Oysa yukarıda da ifade edildiği üzere, intihar etmek hukukumuzda suç olmadığından, intihara azmettirme, teşvik etme, intihar kararını kuvvetlendirme veya intihara herhangi bir şe-

suçun işlendiği zaman ve yer, sanığın kasta dayalı kusurunun ağırlığı ile güttüğü amaç ve saik gibi hususlar gözönünde bulundurularak, üst sınırdan bir ceza ile cezalandırılması yerine, suç niteliğinde yanılığa düşülerek, yazılı biçimde intihara yönlendirme suçundan hüküm kurulması bozmayı gerektirmiş...” (1.CD, 04.03.2014 T., 2014/282-1248 E.K.)

⁹² Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s.176. Bu görüşün eleştirisi için bkz. Tezcan/Erdem/Önok, Ceza Özel Hukuku, s.193 dn.345 (Yazarlar haksız ve aşırı sonuçlara yol açacak bu yorumun kabul edilmemesinin uygun olacağını ifade etmektedirler.).

kilde yardım etme de, iştirakte bağıllık kuralı uyarınca cezalandırılabilir fiiller olarak değerlendirilemeyecektir. Zira bu kural gereğince şeriklerin cezalandırılabilmesi için, fail tarafından işlenen fiilin tipe uygun ve hukuka aykırı olması gereklidir. Kanaatimizce söz konusu madde hazırlanırken bu suçun *sui generis* yapısı göz önünde tutulmalıydı ve TCK'daki iştirak kalıplarının kullanılmaması doğru olurdu. Olması gereken, farklı ifadelerin maddede kullanılması olmalıydı. Gerçekten de, intihara yönlendirmeyi bağımsız bir suç haline getiren kanunların, genel iştirak hükümlerinden ayrıldıklarını belirtmek için iştirakte kullanılan terimlerden farklı fakat aynı anlama gelen sözcüklere yer vermeleri gerçeği de görüşümüzü doğrulamaktadır.

Son olarak, 84. maddenin birinci fıkrasında belirtilen seçimlik hareketler arasında verilecek ceza miktarı bakımından bir farklılık yaratılmamış olması da kanaatimizce hakkaniyete aykırı sonuçlara yol açabilecek niteliktedir. Zira TCK'nın 38. maddesinde düzenlenen azmettirme kurumunda, azmettirenin, işlenen suçun cezası ile cezalandırılacağı; 39. maddede düzenlenen yardım etme kurumunda ise, yardım eden kişinin (teşvik etme, suç işleme kararını kuvvetlendirme, yardımda bulunarak icrayı kolaylaştırma gibi) cezasının işlenen suçtan daha az olacağı belirtilmiştir. Bu bağlamda, suça iştirak kalıplarıyla benzerlik gösteren intihara yönlendirme suçunun seçimlik hareketlerinde bu şekilde bir ceza farklılığı öngörülmemiş olması ceza hukuku sistematığına uygun değildir. Zira azmettirme ile maddede belirtilen diğer seçimlik hareketlerin haksızlık içeriklerinin aynı olduğunu söylemek mümkün değildir. Bu itirazlarla maddenin Anayasa Mahkemesi önüne götürülmesi durumunda muhtemel bir iptal kararının da gündeme gelebileceğini düşünmekteyiz. Bu nedenle kanaatimizce, mevcut sistem içerisinde, maddede yapılacak bir kanun değişikliğiyle, intihara azmettirme ile diğer seçimlik hareketler arasında farklı cezalar öngören bir düzenleme yapılması, bu bağlamda intihara azmettirme için daha fazla bir ceza miktarının belirlenmesi sağlıklı olacaktır.

Bu değerlendirmelerden sonra, 84. maddenin birinci fıkrasında belirtilen dört seçimlik hareketle ilgili açıklamalarda bulunmak istiyoruz.

1) İntihara Azmettirme

İntihara azmettirmeden⁹³ kasıt, aklında hiç intihar düşüncesi olmayan kimsede intihar düşüncesi uyandırarak, intihar etmesi yolunda karar aldirmek ve böylece intiharın ilk ve etkili sebebi olmak demektir.^{94 95} Şayet kişi, öncesinde intihar kararını vermiş ve intihar düşüncesine sahipse artık intihara azmettirmeden bahsedilemez; bu durumda olsa olsa intihara teşvikten veya intihar kararını kuvvetlendirmeden söz edilebilir.⁹⁶

İntihara azmettirme açısından önemli olan, azmettirmenin, mağduru etkileyerek onu intihar girişimine sürüklemeye elverişli olmasıdır.⁹⁷

Mağduru intihara azmettirmede kullanılan vasıtanın hiçbir önemi bulunmamaktadır. Somut olayda, mağdurun intihar kararı almasına etkili olabilecek her türlü vasıta (örneğin, felaket haberi veren uyurdu bir mektup, e-mail, SMS, tweet, snap vs.) kullanılabilir.⁹⁸

⁹³ 765 sayılı TCK'nın 454. maddesinde "azmettirme" tabiri değil "ikna" tabiri kullanılmıştı. Bunun gerekçesi olarak, intihar etmek suç olmadığından ve suç olmayan bir eyleme azmettirmede söz konusu olamayacağından, bu ayrılığı belirtmek amacıyla "ikna" kelimesinin kullanıldığı ifade edilmekteydi. Bkz. Artuk, İntihara İkna ve Yardım Suçu, s.28. Ancak Erem, "ikna" kelimesinin yanlış bir tercüme olduğunu, mehzar kanunda "azmettirme" ifadesinin kullanıldığını belirtmektedir. Yazara göre ikna, azmettirmeden daha geniş bir anlama sahiptir. Ancak uygulamada ikna, azmettirme olarak değerlendirilmiş ve yorumlanmıştır. Bkz. Erem, İntihar, s.494-495.

⁹⁴ Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s.172; Tezcan/Erdem/Önok, Ceza Özel Hukuku, s.193; Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel Hükümler, s.216; Hafizoğulları/Özen, Kişilere Karşı Suçlar, s.65; Erem, İntihar, s.495; Artuk, İntihara İkna ve Yardım Suçu, s.25.

⁹⁵ "Sanık ...'nin maktulü kucaklayarak antreye çıkardığı, telefonla 112'yi aradığı, ancak maktulün olay yerinde ateşli silah mermi çekirdeği yaralanmasına bağlı iç organ ve büyük damar yaralanmasından gelişen iç kanama sonucu öldüğü olayda, maktulün sağ el dış svaplarında atış artıkları bulunduğu tespit edildiği anlaşılmalı, Sanık ...'nin eşi olan maktul ...'ı tabanca ile öldürdüğüne dair her türlü kuşkudan yeterli ve kesin kanıt elde edilemediği, ancak sanık ...'nin maktul ... ile yaptığı telefon görüşmesi sırasında "seni gelirse silahla vuracağım, ben gelmeden kendini vur, bu işi bana bırakma" şeklindeki sözlerinden bir süre sonra ölümün meydana gelmesi dikkate alındığında, sanık ... hakkında 5237 sayılı TCK'nın 84. maddesi uyarınca intihara yönlendirme suçundan cezalandırılması gerektiği gözetilmeden..." (1.CD, 02.07.2015 T., 2014/3770 E., 2015/4273 K.)

⁹⁶ Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel Hükümler, s.217; Koca, İntihara Yönlendirme, s.29.

⁹⁷ Koca, İntihara Yönlendirme, s.29; Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel Hükümler, s.216.

⁹⁸ Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel Hükümler, s.216; Artuk, İntihara İkna ve Yardım Suçu, s.29.

2) İntihara Teşvik Etme ve İntihara Alenen Teşvik Etme

İntihara teşvik, intihar etmeyi düşünen fakat bu konuda net kararını vermemiş olan bir kişiyi intihar kararı vermeye yöneltmektir; başka bir ifadeyle mağdurda intihar düşüncesi uyandırmak, bu konuda onu destekleyip vereceği kararı onaylamaktır.⁹⁹

Azmettirme ile teşvik etme arasında fark vardır: Teşvikte, mevcut olan ancak ortaya çıkmamış bulunan intihar düşüncesi kişide harekete geçirilmekte ve kişi intihara özendirilmektedir; ayrıca azmettirmede, fail, mağdurun üzerinde kurduğu yoğun baskı sonucunda mağdurun intihar kararı almasını sağlarken, teşvikte, intihar kararını mağdur daha serbest iradeyle vermektedir.¹⁰⁰

İntihara teşvik bakımından üzerinde durulması gereken bir diğer husus ise, intihara teşvikin alenen yapılması¹⁰¹ halidir. Zira 84. maddenin üçüncü fıkrasında şöyle denilmektedir: *“Başkalarını intihara alenen teşvik eden kişi, üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”* Birinci fıkradaki suçun oluşabilmesi için belli bir kişinin muhatap alınması yeterlidir, başka bir ifadeyle mağdurun veya mağdurların belli olması gerekmektedir. Üçüncü fıkradaki suçun oluşabilmesi içinse her şeyden önce belli bir kişi muhatap alınmamalı, başka bir ifadeyle intihara teşvik belirsiz sayıda kişiye yani kamuya yönelmiş olmalıdır. Birinci fıkra ile üçüncü fıkra arasındaki bir diğer fark ise, üçüncü fıkradaki suçta, teşvikin alenen yapılmasının gerekmesidir. Aleniyetten kasıt, fiilin, gerçekleştiği koşullar itibariyle belirli olmayan birden fazla kişi tarafından algılanabilir olmasıdır. Şayet teşvik basın ve yayın organları aracılığıyla¹⁰² veya sosyal medya vasıtasıyla yapılmışsa her halükarda aleniyet unsurunun gerçekleşmiş olduğundan bahsedilir.¹⁰³

⁹⁹ Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s.172; Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel Hükümler, s.217; Hafizoğulları/Özen, Kişilere Karşı Suçlar, s.65; Tezcan/Erdem/Önok, Ceza Özel Hukuku, s.193.

¹⁰⁰ Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s.172.

¹⁰¹ Hafizoğulları/Özen, 84. maddenin üçüncü fıkrasında düzenlenen başkalarını alenen intihara teşvik suçunun, 214. maddede öngörülen suç işlemeye tahrik suçunun özel bir görünüm şekli olduğunu savunmaktadırlar. Bkz. Hafizoğulları/Özen, Kişilere Karşı Suçlar, s.68.

¹⁰² İntihara alenen teşvikin basın ve yayın yoluyla işlenmesi hali 84. maddenin ilk halinde üçüncü fıkranın ikinci cümlesinde suçun nitelikli hali olarak düzenlenmişti. Ancak 29.06.2005 tarih ve 5377 sayılı Kanun'un 10. maddesi ile bu cümle madde metninden çıkarılmıştır.

¹⁰³ Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel Hükümler, s.218; Özbek/Kanbur/Doğan/

İntihara alenen teşvik sonucunda bazı kişilerin intihar etmesi halinde failin cezai sorumluluğunun nasıl belirleneceği de önemli bir sorundur. Böyle bir durumda, her şeyden önce maddenin üçüncü fıkrasında düzenlenen suçun işlendiği ortadadır. Zira üçüncü fıkradaki suçun oluşabilmesi için başkalarının intihara alenen teşvik edilmesi yeterlidir. Acaba, maddenin ikinci fıkrasında düzenlenmiş olan ve intiharın gerçekleşmesi halinde dört yıldan on yıla kadar hapis cezasını öngören hüküm, üçüncü fıkradaki alenen intihara teşvik sonucu meydana gelen intihar olaylarında da uygulanabilecek midir?

Doktrinde *Koca*, her şeyden önce, maddedeki fıkraların sistematik yeri nedeniyle böyle bir uygulamanın mümkün olamayacağını ifade etmektedir. Yazar ayrıca, maddenin üçüncü fıkrasının, birinci fıkranın nitelikli bir unsuru değil, müstakil bir suç olduğunu da belirtmektedir. *Koca*, burada şu şekilde bir çözüm şeklini kabul etmektedir: İntihara alenen teşvik hareketi, öngelen tehlikeli hareket olarak değerlendirilmeli ve meydana gelen ölüm olaylarında faillerin en azından olası kastlarının varlığı nedeniyle ihmal suretiyle kasten öldürme (m.83) suçunun da oluştuğunu kabul etmek gerekir. Başka bir ifadeyle, başkalarını intihara alenen teşvik neticesinde birilerinin intihar etmesi halinde, fail hem 84. maddenin üçüncü fıkrasını, hem de 83. maddeyi ihlal etmiş olacaktır.¹⁰⁴ Buna karşılık doktrindeki diğer görüşteki yazarlar, maddenin ikinci fıkrasının hem sistematik yeri açısından, hem de nitelikli hal olarak birinci fıkra ile bağlantılı olmasından ötürü, ayrıca alenen teşvikin bağımsız bir suç tipi olduğu dikkate alındığında, intihara alenen teşvik sonucunda intiharın gerçekleşmesi durumunda yalnızca 84. maddenin üçüncü fıkrasının uygulanacağını savunmaktadırlar.¹⁰⁵

Her şeyden önce ifade etmek isteriz ki, bizim de benimsediğimiz bir görüşe göre, garantörsel/görünüşte ihmali suçlarla ilgili TCK'nın

Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s.172; Tezcan/Erdem/Önok, Ceza Özel Hukuku, s.194; Koca, İntihara Yönlendirme, s.30. Buna karşılık Artuk/Gökçen/Yenidünya'ya göre, intihara teşvik, belirli bir kimseye alenen gerçekleştirilirse, örneğin facebook hesabında intihar fikrini paylaşan arkadaşının gönderisinin altına yaptığı yorumla onu teşvik etme durumunda, 84. maddenin birinci fıkrasının uygulanması gerektiğini savunmaktadırlar. Bkz. Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel Hükümler, s.217.

¹⁰⁴ Koca, İntihara Yönlendirme, s.32.

¹⁰⁵ Tezcan/Erdem/Önok, Ceza Özel Hukuku, s.194; Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel Hükümler, s.219.

genel hükümler kitabında herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiş olmasından ötürü, TCK'da özel olarak düzenlenen bazı suçlar (m.83, 88, 94/5) haricindeki suçların ihmal suretiyle işlendiği takdirde cezalandırılmayacağı savunulmaktadır. Başka bir ifadeyle, bir suçun garantörsel/görünüşte ihmali suç olarak kabul edilebilmesi için kanunda açık bir düzenleme olması gerektiğini ifade edebiliriz.

Acaba intihara alenen teşvik hareketi, öngelen tehlikeli hareket olarak değerlendirilebilir mi? Hareketi ile bir zarar doğma tehlikesine neden olan kişinin, zararın meydana gelmesini önleme yükümlülüğünden kaynaklanan garantörlük türüne, öngelen tehlikeli eylemden kaynaklanan garantörlük denilmektedir. Buna göre, bir kimsenin, bazı olaylara neden olması veya o olayların gelişimine seyirci kalması, bazı diğer hukuki değerler bakımından da zararları sonuçlara yol açabilir. Böyle bir muhtemel zarar halinde, kişi, neticeyi önleme yükümlülüğü altındadır. Öngelen tehlikeli eylemden kaynaklanan garantörlükte, failin bizzat kendisi tehlikenin kaynağını oluşturmaktadır. Bu kişinin yaptığı şey, başkalarını tehlikeye soktuğundan, tehlikenin neden olabileceği sonuçları önlemelidir.¹⁰⁶

Kanaatimizce, intihara alenen teşvik, öngelen tehlikeli hareketten dolayı garantör olma sonucunu doğurmaz. Bunun çeşitli gerekçeleri vardır: Her şeyden önce, her ne kadar intihara alenen teşvik hareketi fail tarafından yapılmaktaysa da, intihar, kendi sorumluluğunun bilincinde olan kişi tarafından kasten gerçekleştirilmekte olduğundan dolayı bu gibi durumlarda intihara alenen teşvik eden kişi garantör olarak nitelendirilemez. İkinci olarak, şayet intihara alenen teşvik eden kişi garantör olarak kabul edilse dahi, "*ultra posse nemo obligatur*" yani kimse yapabileceğinin ötesinde zorlanamaz kuralı gereği, bu kişinin neticeyi önleme olanağına sahip olduğundan bahsetmek de çoğu durumda mümkün olmayacaktır.

Yapmış olduğumuz bu açıklamadan da anlaşılacağı üzere, intihara alenen teşvik sonucunda bazı kişilerin intihar etmesi durumunda, failin, gerçekleşen intihar fiilinden dolayı cezalandırılabilmesi mevcut sistemde mümkün gözükmemektedir. Bu nedenle kanaatimizce, 84. maddede yapılacak bir değişiklikle, üçüncü fıkranın birinci cümlesin-

¹⁰⁶ Hakan Hakeri, *Kasten Öldürme Suçları TCK 81-82-83*, Ankara 2007, s.117-118.

den sonra gelmek üzere “İntihara alenen teşvik sonucunda bir veya birden fazla kişinin intihar etmesi halinde, kişi 6 yıldan 16 yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.” cümlesi eklenmelidir.

3) İntihar Kararını Kuvvetlendirme

İntihar kararını kuvvetlendirme,¹⁰⁷ intihar kararı vermiş bir kişinin kararını güçlendirmek, almış olduğu intihar kararını icra safhasına koyması için onu cesaretlendirmektir.¹⁰⁸ Örneğin, yüksek bir binaya çıkıp, atlayıp atlamamakta tereddüt geçiren bir kişiye aşağıdaki birisinin “Madem çıktın oraya atlamalısın, erkek adam verdiği karardan dönmez!” şeklinde kişiyi intihar etmeye motive edici şekilde bağırması halinde suç oluşacaktır.¹⁰⁹ Fail, hiç tanımadığı fakat intihara teşebbüs eden kişiye duyduğu kızgınlıkla¹¹⁰ veya intihara teşebbüs eden kişiyi o duruma getiren sebepleri idrak edemeyerek ve olayın ciddiyetini anlamayarak hareket edebilir ve anlık söylediği bir sözle intihara teşebbüs eden kişinin intihar kararını kuvvetlendirebilir. Dolayısıyla, intihara yönlendirme suçunun gerçekleşmesinde, fail ile mağdurun önceden tanışıklığına, samimiyetine ve irtibatına gerek yoktur.¹¹¹

Yargıtay’ın konuyla ilgili vermiş olduğu bir kararda şu tespitlerde bulunulmuştur: “Oluşa ve dosya içeriğine göre, sanık ... ve maktul ... ara-

¹⁰⁷ 765 sayılı TCK döneminde, intihar kararını kuvvetlendirme kavramına, intihara ikna ve yardım suçunda unsur olarak yer verilmesi gerektiği ifade edilmekteydi. Bkz. Artuk, İntihara İkna ve Yardım Suçu, s.29. Bu bağlamda söz konusu kavrama 84. maddede yer verilmiş olması olumlu bir gelişmedir.

¹⁰⁸ Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel Hükümler, s.217; Tezcan/Erdem/Önok, Ceza Özel Hukuku, s.193; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s.173.

¹⁰⁹ Koca, İntihara Yönlendirme, s.33.

¹¹⁰ Yargıtay vermiş olduğu bir kararda, kızgınlıkla ve tepki amaçlı söylenen sözlerin intihara yönlendirme suçunu oluşturmayacağına vurgu yapmıştır: “Sanığın sabah işten evine geldiğinde, reşit olmayan kızı mağdur Zeliha’nın erkek arkadaşından hamile kalarak bir kız çocuğu doğurduğunu öğrendiği, duyduğu derin üzüntü ve kapıldığı infial ile mağdurun da annesi olan eşi tanık Nurdaniye Korkmaz’a “Zeliha’ya söyle, kardeşlerini, annesini, babasını düşünüyorsa kıysın canına, intihar etsin” diyerek mağdura mesaj gönderdiği anlaşılmış ise de; davaya konu sözlerin kızgınlıkla tepkisini göstermek için söylendiği, sözleri mağdura ileten annesi Nurdaniye’nin kızına aynı zamanda “kafana takma” diyerek bu sözleri ciddiye almaması gerektiğini belirttiği, mağdurun da sanığın sözlerini önemsemediğinin anlaşıldığı olayda; sanığın suç işleme kastı bulunmadığından beraatine karar verilmesi yerine...” (1.CD, 13.11.2013 T., 2011/7369 E., 2013/6272 K.)

¹¹¹ Ersan Şen, “İntihara Yönlendirme”, Kaynak: www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/1836064-intihara-yonlendirme (E.T.: 16.10.2016)

sında yüz yüze gelmeden ve birbirlerini görmeksizin sadece telefonla konuşma ve mesajlaşmaktan ibaret arkadaşlık ilişkisinin olduğu, bu ilişki sırasında sanığın bir süre maktulün kız kardeşi ile de aynı şekilde görüştüğü ve bundan dolayı her iki kız kardeş arasında tartışma da yaşandığı, bir süre sonra sanığın maktul ile olan ilişkisini bitirmek istediğini maktule iletmediği, bunun üzerine duygusal olarak sanığa aşırı derecede bağlanan maktulün sanığa hitaben “bana dönmezsen canıma kıyacağım, zehir içeceğim” şeklinde mesaj gönderdiği, maktul tarafından kendisine gönderilen bu mesajı ciddiye almayan sanığın ise maktule hitaben “son kurşunu kafama sıkayım hoşçakal” ve “... ben yapıyorum bile bitanem” şeklinde mesajlar gönderdiği, kısa bir süre sonra da maktulün etkene saptanamayan toksik bir maddeyi içmek suretiyle intihar ettiği olayda; sanık tarafından maktule gönderilen cep telefonu mesajlarının nitelik ve yoğunluk bakımından intihar kararını kuvvetlendirme olarak kabul edilemeyeceği, dolayısıyla yasal unsurları oluşmayan atılı suç yönünden sanığın beraatine karar verilmesi yerine...” (1.CD, 13.05.2015 T., 2014/2844 E., 2015/3135 K.)

4) İntihara Herhangi Bir Şekilde Yardım Etme

İntihara karar vermiş olan bir kimsenin intiharını fiilen ve etkili şekilde kolaylaştırmaya yönelik her türlü hareket yardım etme olarak nitelendirilir.¹¹² İntiharın icrasını kolaylaştıran yardım, intihardan önce olabileceği gibi intihar sırasında da olabilir. Ayrıca maddede, yardımın herhangi bir şekilde olabileceği belirtildiğinden, bir kimseye intihar etmesi için silah, zehir, ip verme veya yüksekten atlayacağı yere götürme gibi hareketler, maddi anlamda intihara yardım etme olarak değerlendirilirken; mağdura intiharı ne şekilde gerçekleştireceği konusunda yol gösterme, intihar sonrası geride kalan çocuklarına bakacağını söyleme ise manevi anlamda intihara yardım olarak kabul edilebilir.¹¹³

¹¹² Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel Hükümler, s.217; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s.173; Artuk, İntihara İkna ve Yardım Suçu, s.44; Hafızoğulları/Özen, Kişilere Karşı Suçlar, s.65; Tezcan/Erdem/Önok, Ceza Özel Hukuku, s.193.

¹¹³ Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel Hükümler, s.217; Koca, İntihara Yönlendirme, s.33; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s.173.

E. Netice

İntihara yönlendirme suçunun temel şekli, maddede sayılan seçimlik hareketlerden birisinin yapılmasıyla tamamlanır. Başka bir ifadeyle, suçun oluşması için kanuni tanımda belirtilen hareketin sonucunda bir neticenin (mağdurun intihar etmesi veya intihara teşebbüs etmesi) meydana gelmesi aranmaz; bundan dolayı bu suç sırf hareket suçudur. Mağdurun intihar etmesi bu suçun nitelikli halini oluşturur.¹¹⁴

F. Nedensellik Bağı

Koca'ya göre, mağdurun intihar etmesi veya intihara teşebbüs etmesi doğal anlamda bir netice olarak nitelendirilemez; çünkü netice, hareketin dış dünyada meydana getirdiği değişikliktir ve hareketle arasında doğal anlamda bir nedensellik bağı bulunmalıdır. Halbuki intihar etme, kişinin özgür iradesiyle aldığı bir kararın sonucudur ve azmettirme dâhil maddede sayılan diğer hareketlerin dış dünyada meydana getirdiği doğal bir değişiklik değildir. Dış dünyadaki değişikliği mağdurun kendisi meydana getirmektedir. Buradaki nedensellik bağı ancak failin hareketinin mağdurun intihar kararına etkisi itibariyle bir değerlendirmeye tabi tutulabilir. Suçun temel şekli bakımından ise nedensellik bağının varlığını aramak gerekmez, çünkü sırf hareket suçlarında, suçun oluşması için kanunda belirtilen hareketin yapılması yeterlidir.¹¹⁵

Buna karşın konuyu azmettirme bakımından ele alan *Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe*, diğer seçimlik hareketlerden farklı olarak azmettirme ile intihar arasında nedensel bir ilişkinin varlığını zorunlu görmektedirler; başka bir ifadeyle fail azmettirmeseydi, kişi intihar etmeyecekti denebilmelidir. Yazarlara göre, intihara teşvik etme ve intihar kararını kuvvetlendirme hareketleri ile intihar arasında da nedensel bir ilişki mevcuttur ancak buradaki ilişki, zorunlu olmazsa olmaz bir şart değildir.¹¹⁶

¹¹⁴ Tezcan/Erdem/Önok, *Ceza Özel Hukuku*, s.197; Artuk/Gökçen/Yenidünya, *Özel Hükümler*, s.212; Hafızoğulları/Özen, *Kişilere Karşı Suçlar*, s.65. İntiharın gerçekleşmesinin, suçun neticesi sebebiyle ağırlaşmış şekli olduğu yolundaki görüş için bkz. *Koca, İntihara Yönlendirme*, s.28, 36.

¹¹⁵ *Koca, İntihara Yönlendirme*, s.28.

¹¹⁶ *Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler*, s.172.

Özbek/*Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe*'nin görüşünü eleştiren *Koca*, 765 sayılı TCK'nın 454. maddesinde mağdurun ölmesinin, failin cezalandırılabilmesi için şart olarak arandığından hareketle, yazarların görüşlerinin 765 sayılı TCK bakımından doğru kabul edilse bile, 5237 sayılı TCK'da mağdurun intihar etmesinin failin cezalandırılabilmesi için şart olarak aranmamasından ötürü bu yorumun artık geçerli olmadığını ifade etmektedir. *Koca*'ya göre önemli olan, azmettirmenin mağduru etkileyerek onu intihar girişimine sürüklemeye elverişli olmasıdır.¹¹⁷

Buna karşın, *Artuk/Gökçen/Yenidünya*, genel iştirak kuralları uyarınca (bağlılık kuralı) azmettiren ve yardım edenin sorumlu tutulabilmesi için, fiilin en azından teşebbüs aşamasında kalmış olmasını aramaktadırlar (m.40/3). Bununla birlikte, mağdurun intihar girişimi, failin hareketinin eseri olarak ortaya çıkmalıdır; başka bir ifadeyle, intihar girişimi ile intihara yönlendirme arasında nedensellik bağı bulunmalıdır.¹¹⁸

Kanaatimizce doktrindeki bu tartışmanın temelini, 84. maddenin ikinci fıkrasında belirtilen intiharın gerçekleşmesinin hukuki niteliğine verilen anlam farklılığı oluşturmaktadır. Çalışmamızda kabul ettiğimiz üzere, intihara yönlendirme suçunun birinci fıkrada belirtilen temel şekli somut tehlike suçu olarak değerlendirilmelidir. Buna karşın ikinci fıkradaki intiharın gerçekleşmesi şartı ise suçun cezayı ağırlaştırıcı nitelikli halini oluşturmaktadır. Bundan hareketle, failin kastının, intihar neticesini kapsamaması gerekmektedir. Bu bağlamda, intihara yönlendirme ile intihar arasında nedensellik bağının bulunması gerektiğini düşünmekteyiz.

G. İntiharın Gerçekleşmesinin Hukuki Niteliği

Avusturya Ceza Kanunu'nun 78. maddesinde intihara teşvik ve yardım etmek suç olarak düzenlenmiştir. Bunun gibi İsviçre Ceza Kanunu'nun 115. maddesinde de intihara teşvik ve yardım suç olarak kabul edilmiştir. Ancak İsviçre Ceza Kanunu, Avusturya Ceza Kanunu'ndan farklı olarak, intihara teşvik ve yardımda bulunan ki-

¹¹⁷ Koca, İntihara Yönlendirme, s.29.

¹¹⁸ Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel Hükümler, s.214.

şinin cezalandırılabilmesi için intiharin gerçekleşmiş veya teşebbüs aşamasında kalmış olmasını aramaktadır.¹¹⁹

765 sayılı TCK, intihara ikna etmeyi ve yardımda bulunmayı suç saymış, suçun cezalandırılmasını, intiharin gerçekleşmesi (ölüm) şartına bağlamıştı.¹²⁰ Şayet intihar gerçekleşmemiş olursa, başka bir ifadeyle intihara ikna eden ve yardımda bulunan kişinin fiili teşebbüs aşamasında kalırsa fail teşebbüsten dolayı cezalandırılmamaktaydı.¹²¹ Bu nedenle 765 sayılı TCK döneminde intiharin gerçekleşmesinin hukuki niteliği doktrinde bazı yazarlarca objektif cezalandırılabilme şartı olarak yorumlanmaktaydı.¹²² Buna karşılık doktrinindeki diğer görüş sahipleri, ölümün gerçekleşmesinin, ikna ve yardımda bulunan failin bilmesi gereken bir sonuç olduğundan bahisle, objektif cezalandırılabilme şartı olarak değil, suçun unsuru olarak kabul edilmesi gerektiğini savunmaktaydılar.¹²³

Bu açıdan bakıldığında, 5237 sayılı TCK'nın 765 sayılı TCK'dan farklı olarak bir kimseyi salt intihara yönlendirmeyi suç saydığını, intiharin gerçekleşmesi halinde ise cezayı ağırlaştırdığını söylememiz mümkündür; başka bir ifade ile intihara yönlendirme suçundan dolayı failin cezalandırılabilmesi, intiharin (ölümün) gerçekleşmesine bağlı değildir.¹²⁴

¹¹⁹ Bu nedenle doktrinde, İsviçre Ceza Kanunu'nun 115. maddesinde aranan intiharin gerçekleşmiş veya teşebbüs aşamasında kalmış olması şartı, objektif cezalandırılabilme şartı olarak değerlendirilmektedir.

¹²⁰ Hafizoğulları/Özen, Kişilere Karşı Suçlar, s.64; Dönmezer, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, Kn.59; Koca, İntihara Yönlendirme, s.29 (Yazar, madde metninde geçen "intiharin gerçekleşmesi" ifadesiyle kastedilenin mağdurun ölmesi olduğunu ifade etmektedir. Bu nedenle, Yazar, doktrinde, söz konusu ifadenin, mağdurun ölmesi olarak değil de intihar fiilinin gerçekleştirilmesi yani intihara teşebbüs edilmesi gerektiği yönündeki düşünceye katılmadığını ifade etmektedir. Bkz. aynı eser, s.36); Özen, İntihara Yönlendirme, s.35; Önder, Ayhan, Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar, İstanbul 1994, s.79.

¹²¹ Dönmezer, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, Kn.60.

¹²² Zeki Hafizoğulları, Muammer Ketizmen, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Hayata Karşı Suçlar", *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl:66, Sayı:1, Kış 2008, s.151.

¹²³ Dönmezer, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, Kn.59.

¹²⁴ Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s.175; Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel Hükümler, s.214; Koca, İntihara Yönlendirme Suçu, s.26; Hafizoğulları/Ketizmen, s.151-152 (Yazarlara göre, yeni TCK'nın kabul etmiş olduğu düzenleme ile düşünce, salt inanç ve kanaatin kendisi yasaklanmış, yani suçun kanuni hazırlık hareketleri cezalandırılmıştır. Ayrıca yazarlara göre 765 sayılı TCK dönemindeki uygulamanın 5237 sayılı TCK döneminde de sürdürülebilmesi

Doktrinde bazı yazarlar¹²⁵ intiharın gerçekleşmesiyle kastedilenin, mağdurun ölmesi değil, intihar eyleminin gerçekleştirilmesi olduğunu ifade etmektedirler. Buna karşın, bizim de katıldığımız diğer görüşteki yazarlar ile Yargıtay¹²⁶, intiharın gerçekleşmesiyle kastedilenin mağdurun ölmesi olduğunu ifade etmektedir. Bu bağlamda kanaatimizce 765 sayılı TCK döneminde, intihara ikna ve yardım suçu açısından cezalandırılabilmenin söz konusu olabilmesi için ölümün gerçekleşmesinin aranması, ölümün gerçekleşmemesi durumunda ise failin cezalandırılmamasının yarattığı adaletsiz durum, 84. maddenin birinci fıkrasıyla ortadan kaldırılmıştır.

Bir görüşe göre, söz konusu madde bağlamında suç teşkil eden haksızlık, bir kimsenin intihara yönlendirilmesiyle, teşvik edilmesiyle, intihar kararının kuvvetlendirilmesiyle ya da intiharına herhangi bir şekilde yardım edilmesiyle oluşmaktadır; mağdurun intihar etmesi yani ölmesi, suçun neticesi sebebiyle ağırlaşmış şeklini oluşturmaktadır¹²⁷. Benzer şekilde maddenin gerekçesinde de, intiharın gerçekleşmiş olması durumunda, söz konusu suçun neticesi sebebiyle ağırlaşmış halinin söz konusu olacağı belirtilmiştir.

mümkündür.); Özen, İntihara Yönlendirme Suçu, s.56.

¹²⁵ Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s.175.

¹²⁶ Tezcan/Erdem/Önok, Ceza Özel Hukuku, s.197; Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel Hükümler, s.214, 221; Hafızoğulları/Özen, Kişilere Karşı Suçlar, s.67; Koca, İntihara Yönlendirme, s.36. "Kabule göre de; suçun nitelikli halini oluşturan ve mağdurenin ölmesi halinde uygulanabilecek olan TCK'nın 84/2. maddesinin..." (1. CD, 22.11.2013 T., 2013/995-6761 E.K.)

¹²⁷ Koca, İntihara Yönlendirme, s.26, 36 (Yazara göre, intiharın gerçekleşmesi, intihara yönlendirme suçunun nitelikli bir hali değil, neticesi sebebiyle ağırlaşmış şeklidir. Her iki kurum arasındaki fark manevi unsur bakımından ortaya çıkmaktadır. Her ne kadar, bir başkasını intihara teşvik veya yardım eden kimse, o kişinin intihar edebileceğini en azından öngöreceğinden ve dolayısıyla da ağırlaşmış netice olan intihar bakımından kişinin en azından olası kastı mevcut bulunacağından, intiharın gerçekleşmesinin nasıl nitelendirildiğinin pratik bir önemi kalmamakta ise de, nitelikli unsurun mutlaka bilinmesi, başka bir ifadeyle, nitelikli unsurun failin kastının kapsamında olması gerekmektedir. Ağır neticenin faille yüklenebilmesi bakımından ise, failin en azından taksirinin bulunması (TCK m.23) yeterlidir. Bkz. aynı eser s.36-37); Ömeroğlu, İntihar, s.14; Özen, İntihara Yönlendirme, s.57. Aksi yönde görüş için bkz. Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s.175 (Yazarlara göre, intiharın gerçekleşmiş olması cezayı ağırlaştırıcı nitelikli bir haldir. Ayrıca intiharın gerçekleştirilmesinden kasıt mağdurun ölmesi değil, intihar eyleminin gerçekleştirilmesi olarak anlaşılmalıdır. Bu yönüyle de 5237 sayılı TCK, suçun oluşması bakımından intihar edenin ölmesi zorunluluğunu arayan 765 sayılı TCK'dan ayrılmaktadır.).

Buna karşın diğer görüşteki yazarlar ile Yargıtay, intiharın gerçekleşmiş olmasını, cezayı ağırlaştırılan nitelikli hal olarak kabul etmektedir.¹²⁸

Koca, suçla (maddenin birinci fıkrası bakımından) korunan hukuki değer dikkate alındığında, failin hareketinin, kişinin yaşamı üzerinde yakın ve somut bir tehlike ortaya çıkartması gerektiğini; böyle bir durumun varlığının ise, mağdurun hareketten etkilenerek intihar girişiminde bulunup bulunmadığına bakılarak anlaşılabilceğini belirtmekte, bu nedenle de söz konusu suçun somut bir tehlike suçu olduğunu kabul etmektedir.¹²⁹ Bununla birlikte *Koca*, çalışmasında başka

¹²⁸ Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s.175; Tezcan/Erdem/Önok, Ceza Özel Hukuku, s.197. "Kabule göre de; suçun nitelikli halini oluşturan ve mağdurenin ölmesi halinde uygulanabilecek olan TCK'nın 84/2. maddesinin..." (1.CD, 22.11.2013 T., 2013/995-6761 E.K.)

¹²⁹ *Koca*, İntihara Yönlendirme, s.26; benzer görüş için bkz. Tezcan/Erdem/Önok, Ceza Özel Hukuku, s.196-197; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s.174 (Yazarlara göre, bu suçun oluşabilmesi için mağdurun ölmesi hatta madde gerekçesi esas alındığında intihar etmesi bile şart değildir. Bu yönüyle maddenin ilk fıkrası, soyut tehlike suçudur. Mağdurun intihar etmesinin bile gerekmemesi, bu suçun soyut tehlike suçu olarak kabulüne yeterli görünmektedir. Ancak, azmettirme, teşvik, yardım etme gibi hareketlerin intihara sürükleyebilecek nitelikte olmasının yani nedensellik bağının aranması en doğru çözüm şekli olacaktır. Bu nedenle yazarlar, söz konusu suçun, sorumluluk alanını olağanüstü genişletecek soyut tehlike suçu olarak değil, tam tersine somut tehlike suçu olarak değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmektedirler.). Benzer eleştiriler ve tespitler için bkz. Hafizoğulları/Özen, Kişilere Karşı Suçlar, s.66 (Hafizoğulları/Özen, intihara yönlendirmeyi düzenleyen TCK'nın 84/1 maddesi hükmünün, iştirak kipleri esas alınarak hazırlanmış olduğunu belirtmekle birlikte, bunun, teknik yapı olarak suça iştirakle bir benzerlik göstermediğini, dolayısıyla salt düşünce, inanç ve kanaatin kendisinin yasaklanması tehlikesini doğurduğunu ifade etmektedirler. Zira yazarlara göre kanun koyucular, iştirakin cezalandırılabilmesi için iştirak edilen suçun en azından tehlibüs derecesinde işlenmesini aramaktadırlar. İştirak edilen suç bu aşamaya getirilmemişse, o ana kadar yapılan hareketler hazırlık hareketi olarak kabul edilmekte ve cezalandırılmamaktadır. İntihara yönlendirme suçunda ise, kanun koyucu, suçun işlenmesi için salt intihara azmettirmeyi, teşvik etmeyi, intihar fikrini kuvvetlendirmeyi, intihar etmek isteyen kimseye salt araç temin etmeyi suç saymış, ancak mağdurun intihara kalkışmış olmasını aramamıştır. 765 sayılı TCK'nın, fiilin cezalandırılabilir olmasını intiharın gerçekleşmesine bağlamış olmasının nedeni, düşünce, inanç ve kanaatin kendisini yasaklamak istememesinde yatmaktadır. Ancak yazarlar, 5237 sayılı TCK'da bu inceliğin kavranamamış olduğunu ve mevcut düzenleme ile düşünce, salt inanç ve kanaatin, başka bir ifadeyle suçun hazırlık hareketlerinin cezalandırılmış olduğunu ifade etmektedirler. Bu nedenle Yazarlar, söz konusu suçtan dolayı failin cezalandırılabilmesi ve maddenin, Anayasal bir hak olan düşünce ve ifade özgürlüğünü ihlal etmeyecek şekilde uygulanabilmesi için, mağdurun mutlaka intihara kalkışmış olmasının aranması gerektiğini ifade etmektedirler.).

önemli tespitlerde de bulunmaktadır. Yazara göre, intihara yönlendirme suçu bakımından, kişinin yaşamına yönelik somut bir tehlikenin ortaya çıkması madde metninde açıkça belirtilmemişse de, suçla korunan hukuki değer, suçun konusu ve madde metninde azmettirme, teşvik etme, kararı kuvvetlendirme ve yardım etme hareketlerinin kişinin intiharıyla, yani kendisini öldürmesiyle bağlantılı olduğunun belirtilmesi bu sonuca varılmasını zorunlu kılmaktadır. Zira TCK'nın kabul etmiş olduğu sistemde, suç teşkil eden bir fiili işlemeye azmettiren kişi, ancak failin suçun icra hareketlerine başlaması halinde cezalandırılabilir (TCK m.40/3). Örneğin, A, C'yi, B'yi öldürmesi için azmettirse ve fakat C hareket geçmese, A cezalandırılmayacaktır. Buna karşılık, A, B'yi intihar etmesi için azmettirse ve fakat B, A'nın isteğini yerine getirmese, bu durumda, eğer 84. maddenin 1. fıkrası bakımından failin cezalandırılması için mağdurun intihar girişiminde bulunmasını aramazsak, A'nın intihara azmettirmeden cezalandırılması gerekecektir. Hâlbuki yazar, bir kimseyi başkasını öldürmeye azmettirme ile kendisini öldürmeye azmettirmenin haksızlık içeriği karşılaştırıldığında, hiç şüphesiz birincisinin çok daha ağır olduğunu yerinde bir şekilde ifade etmektedir. Bu nedenle, *Koca*, intihara yönlendirme suçu bakımından sırf azmettirme, teşvik ve yardım hareketlerinin yapılmış olmasını yeterli görmemekte, bu hareketlerin, mağduru intihara sürükleyecek nitelikte olmasının da somut olarak aranması gerektiğine işaret etmektedir. Sonuç olarak *Koca*, failin, maddenin 1. fıkrası kapsamında cezalandırılabilmesi için, mağdurun intihara teşebbüs etmesinin objektif cezalandırılabilme şartı olarak açıkça düzenlenmesinin en doğru çözüm olacağını savunmaktadır.¹³⁰

İntiharın gerçekleşmesinin hukuki niteliğiyle ilgili görüşlerimizi açıklamadan önce bazı tespit ve değerlendirmelerde bulunmak istiyoruz.

Kanun koyucu, TCK'nın 84. maddesinin birinci fıkrası ile bir ki-

¹³⁰ Söz konusu tespitler için bkz. *Koca*, İntihara Yönlendirme, s.26-27 (Yazar, 765 sayılı TCK'nın 454. maddesinde, mağdurun ölmesinin, failin cezalandırılabilmesi için şart olarak aranmasına karşılık, yeni TCK'da mağdurun intihar etmesinin failin cezalandırılabilmesi için şart olmadığını; burada önemli olanın, azmettirmenin, mağduru etkileyerek onu intihar girişimine sürüklemeye elverişli olması olduğunu ifade etmektedir. Bkz. aynı eser s.29). Benzer nitelikte görüş için bkz. *Koca/Üzülmez*, Özel Hükümler, s.114-115.

şiyi intihara yönlendirmeyi, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılmayı gerektiren bir haksızlık olarak kabul etmiş bulunmaktadır.

Kanaatimizce, maddenin birinci fıkrasının kaleme alınış şekline, söz konusu suçun, soyut tehlike suçu olduğu izlenimi ortaya çıkarmaktadır. Ancak, suç için öngörülen ceza miktarına bakıldığında (iki yıldan beş yıla kadar hapis) söz konusu cezanın, soyut bir tehlike suçu için çok fazla olduğu sonucuna varmaktayız. Bununla birlikte, fail tarafından maddede belirtilen hareketlerin yapılmasına rağmen failin intihar etmemesi halinde bile bu cezaya hükmedileceğini düşünmek, bizim gibi başka yazarlar tarafından da kuşkuyla karşılanmış ve değişik çözüm önerileri getirilmiştir. Bu çözüm önerilerinden Özbek/*Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe* ve *Koca* tarafından dile getirilen ve bizim de katıldığımız görüşe göre, intihara yönlendirme suçu bakımından maddede bahsedilen azmettirme, teşvik ve yardım hareketlerinin yapılmış olması suçun oluşması açısından tek başına yeterli görülmemeli, bu hareketlerin, mağduru intihara sürükleyecek nitelikte olmasının da somut olarak aranması gerekmektedir. Başka bir ifadeyle, söz konusu suçun, somut tehlike suçu olarak değerlendirilmesi gerekmektedir. Şayet, failin yapmış olduğu hareketler, intihara yönlendirdiği kişi bakımından hiçbir etki doğurmamış ise, suçun oluşmadığını kabul etmek gerekecektir. Aksinin kabulü halinde, doktrinde *Hafizoğulları/Özen* tarafından yerinde bir şekilde ifade edildiği üzere, salt düşünce, inanç ve kanaatin kendisinin yasaklanması tehlikesi gündeme gelebilecektir.

Maddenin ikinci fıkrasında ise, intiharın gerçekleşmesi halinde, failin dört yıldan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacağı hükme bağlanmıştır. Burada tartışmaları bünyesinde barındıran iki husus bulunmaktadır: Bunlardan ilki, madde metninde kullanılan “*intiharın gerçekleşmesi*” ile kastedilmek istenenin, “*intihara yönelik hareketin yapılması*” mı, yoksa “*ölümün gerçekleşmesi*” mi olduğu; ikincisi ise “*intiharın gerçekleşmesi*”nin, suçun nitelikli hali mi, yoksa suçun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hali mi olduğudur.

Kanaatimizce “*intiharın gerçekleşmesi*”nden kastedilen ölümün gerçekleşmiş olmasıdır. Ayrıca maddenin ikinci fıkrasının, suçun ne-

ticesi sebebiyle ağırlaşmış hali değil, cezayı ağırlaştırıcı nitelikli hal olduğunu düşünmekteyiz. Neticesi sebebiyle ağırlaşmış hal ile cezayı ağırlaştırıcı nitelikli hal arasındaki temel fark şu noktada yatmaktadır: Nitelikli unsurun fail tarafından bilinmesi gerekmektedir, başka bir ifadeyle nitelikli unsur failin kastının kapsamına girmektedir; buna karşılık, netice sebebiyle ağırlaşmış suç bakımından gerçekleşen ikinci netice bakımından failin sorumluluğu cihetine gidilebilmesi için gerçekleşen ikinci netice bakımından failin en azından taksirinin bulunması gerekmektedir. İntiharın gerçekleşmesini suçun nitelikli hali olarak kabul etmemizin temelinde şu husus yatmaktadır: Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçtan bahsedebilmek için, failin kasten gerçekleştirdiği hareketinden dolayı, meydana gelen ağır veya başka bir neticenin istenmemiş olması gerekmektedir. Ancak intihara yönlendirme suçunda, failin neticeyi yani intiharın gerçekleşmesini istememiş olduğunu söylememiz mümkün değildir; başka bir ifadeyle, intihara yönlendirme suçunda intiharın gerçekleşmesi fail tarafından istenen bir neticedir. Bu açıdan bakıldığında, 84. maddenin ikinci fıkrasında ifade edilen intiharın yani ölümün gerçekleşmiş olmasının, cezayı ağırlaştırıcı nitelikli hal olarak değerlendirilmesi gerektiğini düşünmekteyiz.

Son olarak, bir hususu daha ifade etmek istiyoruz: Kanaatimizce, olması gereken, böylesine karışık, bir sürü tartışmayı ve bilinmezliği bünyesinde barındıran bir sistemden vazgeçilerek, gerek 765 sayılı TCK'dakine gerek İsviçre Ceza Kanunu'ndakine benzer bir sistemin TCK'ya getirilmesi olmalıdır. Buna göre, intihara yönlendirmede bulunan kişinin cezalandırılabilmesi için intiharın (ölümün) gerçekleşmiş veya en azından teşebbüs aşamasında kalmış olması aranmalıdır. Bu konsept bakımından aranan, intiharın (ölümün) gerçekleşmiş veya teşebbüs aşamasında kalmış olması ise, objektif cezalandırılabilme şartı olarak değerlendirilecektir.

VII. Tipikliğin Manevi (Subjektif) Unsuru

İntihara yönlendirme suçu ancak kasten işlenebilir, taksirle işlenemez. Bu suçun olası kastla da işlenmesi mümkündür.¹³¹ Fail, bir

¹³¹ Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s.177; Tezcan/Erdem/

başkasını intihara azmettirdiğini, teşvik ettiğini, onun intihar kararını kuvvetlendirdiğini veya intiharına herhangi bir şekilde yardımda bulunduğunu bilmelidir.¹³²

Burada uygulamada nadir olsa da karşılaşılan bir durumdan bahsetmek istiyoruz. Evlilik birliği devam ederken kocanın karısına sürekli olarak kötü muamelede bulunması ve bundan bıkan kadının intihar etmesi durumunda kocanın intihara yönlendirme suçunu işleyip işlemediğinin tespiti önemli bir sorundur. Yargıtay'ın 765 sayılı TCK döneminde vermiş olduğu bir karara konu oluşturan olayda, ilk derece mahkemesi, karısının intiharından dolayı sanık hakkında kasten adam öldürmeden (765 s. TCK m.448) hüküm kurmuş, Yargıtay 1. Ceza Dairesi somut olayda kastın aşılması suretiyle adam öldürmenin (m.452) gerçekleşeceği gerekçesiyle kararı bozmuştur. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nın itirazı üzere Yargıtay Ceza Genel Kurulu ise şu kararı vermiştir: *"Kocası olan sanık tarafından iki gün önce dövülen kadın, kendisini asarak canına kıydığı anlaşılmasına göre, müessir fiil ile ölüm arasında mağdurenin intiharı gibi bir olay girmiş ve bu bakımdan nedensellik bağı kesilmiştir. Başka bir deyişle, ölümle sanığın eylemi arasında maddi bir bağlantı bulunmadığı anlaşılmıştır. Bir kimse egemenlik ve etki alanının dışında kalan ve bu nedenle tahmini kendisinden beklenemeyen bir sonuçtan sorumlu tutulamaz. Sanığın karısını dövüp yaralamasında müessir fiille ölüme sebebiyet ve intihara yardım suçlarının öğeleri oluşmamıştır."*¹³³

Kanaatimizce bu olayda ne ilk derece mahkemesinin, ne Yargıtay 1. Ceza Dairesi'nin ne de Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun vermiş olduğu karar isabetlidir. İlk derece mahkemesinin kasten adam öldürmeden vermiş olduğu kararın doğru olmadığıyla ilgili açıklama

Önok, Ceza Özel Hukuku, s.198.

¹³² Tezcan/Erdem/Önok, Ceza Özel Hukuku, s.198; Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s.123; Koca, İntihara Yönlendirme, s.35.

¹³³ YCGK, 12.05.1980 T., 151/206 E.K. Akt. Erem, İntihar, s.498-499. 1. Ceza Dairesi'nin 2012 tarihli bir kararında da benzer tespitlerde bulunulmuştur: "...sürekli alkol alıp, ailesine karşı maddi ve manevi sorumluluklarını yerine getirmeyen ve ölen eşini başka kadınlarla aldattığı anlaşılan sanığın, mağdura sistematik şekilde fiziki, ekonomik ve manevi şiddet uyguladığı, aile birliğinin gereklerine aykırı olarak, şefkatle bağdaşmayan davranışlarda bulunduğu anlaşılmalı, her ne kadar sanığın ölen eşine karşı eylemi intihara yönlendirme suçunu oluşturmasa da, iddianamedeki anlatıma göre, TCK'nun 96. maddesinde tanımlanan eziyet suçunu oluşturup oluşturmadığının tartışılması..." (1.CD, 03.05.2012 T., 2009/6614 E., 2012/3501 K.)

yapma gereği duymuyoruz. Kastın aşılması suretiyle adam öldürmeden bahsedebilmek içinse gerçekleştirilen müessir fiil neticesinde ölümün meydana gelmiş olması gerekmektedir; oysa somut olayda ölümlü meydana getiren olay kadının intiharıdır. Bundan dolayı 1. Ceza Dairesi'nin kararı da isabetsizdir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun kararı ise netice olarak doğru, gerekçe olarak yanlıştır. Zira kadının intiharından kocanın sorumlu tutulamamasının nedeni, nedensellik bağının kesilmesi değil, suçun unsurlarının somut olayda gerçekleşmemiş olmasıdır. 765 sayılı TCK döneminde intihara ikna ve yardım suçunun oluşabilmesi için failin mağduru intihara ikna etmesi yetmemekte ayrıca buna yardım da etmesi gerekmektedir; kaldı ki somut olayda kocanın kastının karısının intihar etmesi olduğunu da söyleyemeyiz. Somut olayda bunların hiçbirisi mevcut değildir; bu nedenle de Ceza Genel Kurulu'nun nedensellik bağı eksenli çözüm şekli isabetli değildir. Söz konusu olay günümüzde yaşansa bile yine intihara yönlendirme suçunun oluştuğundan bahsedilemez. Zira kasten yaralama suçunun işlenmesi tek başına, 84. madde bağlamında aranan seçimlik hareketlerden hiçbirisinin kapsamına girmez. Bununla birlikte, örneğin, kocanın karısına karşı şiddet uyguladıktan sonra tabancayı masanın üstüne bırakıp karısına hitaben *"ben gittikten sonra bu hayattan ve dayaklarından kurtulmak için gereğini yap!"* şeklinde bir söz söylemesi, somut olay bağlamında intihara azmettirme kalıbı içerisinde değerlendirilip, intihara yönlendirme suçunu oluşturabilecektir.

VIII. Hukuka Aykırılık Unsuru

Bu suç bakımından uygulanması düşünülebilecek ilk hukuka uygunluk sebebi¹³⁴ ilgilinin rızasıdır (m.26/2). TCK m.84'te, seçimlik olarak gösterilen hareketlerden rıza açısından önemli olanı, başkasının intiharına herhangi bir şekilde yardım edilmesidir. Bundan dolayı, başkasını intihara azmettirme, teşvik etme, başkasının intihar kararını kuvvetlendirme fiilleri bakımından rızanın hiçbir önemi yoktur. Ancak mağdurun/ilgilinin rızası, intihara yönlendirme suçunu huku-

¹³⁴ İntihara yönlendirme suçu bakımından hukuka uygunluk nedenlerinin uygulama alanı bulamayacağını savunan yazarlar için bkz. Tezcan/Erdem/Önok, Ceza Özel Hukuku, s.199; Hafizoğulları/Özen, Kişilere Karşı Suçlar, s.66.

ka uygun hale getirmez. Aslında bu suç açısından aranan mağdurun rızası, bir hukuka uygunluk sebebi olmaktan ziyade, suçun bir unsuru; zira daha önce de ifade edildiği üzere, somut olayda mağdurun rızası yoksa gerçekleşen suç intihara yönlendirme değil, kasten öldürme suçu olur.¹³⁵

Doktrinde savunulan bir görüşe göre, bir kimsenin intiharına engel olmak için kuvvet kullanılması meşru savunma kapsamında değerlendirilmelidir. Zira intihar, kişinin kendi yaşamına karşı yaptığı haksız bir saldırı olarak nitelendirilmekte, dolayısıyla bu haksız saldırıyı defetmek zorunda kalarak kuvvet kullanan kişinin fiili de hukuka uygun sayılmaktadır.¹³⁶

IX. Suçun Özel Görünüm Şekilleri

1. Teşebbüs

İntihara yönlendirme suçu, maddede sayılan seçimlik hareketlerden birisinin yapılmasıyla tamamlanır. Başka bir ifadeyle, suçun oluşması için kanuni tanımda belirtilen hareketin sonucunda bir neticenin (mağdurun intihar etmesi veya intihara teşebbüs etmesi) meydana gelmesi aranmaz;¹³⁷ bundan dolayı bu suç sırf hareket suçudur.¹³⁸ Bu nedenle de bu suçta teşebbüs mümkün değildir.¹³⁹

¹³⁵ Koca, İntihara Yönlendirme, s.36; Erem, İntihar, s.491; Meral Ekici-Şahin, Ceza Hukukunda Rıza, İstanbul 2012, s.285-286.

¹³⁶ Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s.177; Erman/Özek, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s.76; Öntan, İntihara Yönlendirme, s.869.

¹³⁷ Aksi yönde görüş için bkz. Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel Hükümler, s.221 (Yazarlara göre intihara yönlendirme suçu, maddede sayılan seçimlik hareketler neticesinde kişinin intihar girişiminde bulunması ile tamamlanır.).

¹³⁸ 765 sayılı TCK döneminde intihara azmettirme ve yardım etme suçunda ölümün gerçekleşmesi şartı arandığı için bu suçun şekli suç/sırf hareket suçu değil zarar suçu olduğu ifade edilmekteydi. Bkz. Erem, İntihar, s.492. Bu dönemde, intihara ikna ve yardım eden kişinin cezalandırılabilmesi için, ölümün gerçekleşmesi şartı arandığından, müntehirin ikna girişimi teşebbüs aşamasında kalırsa fail cezalandırılmamaktaydı. Bu yönüyle madde eleştirilmekteydi. Bkz. Artuk, İntihar ve İntihara Yardım Suçu, s.134. Buna karşın, Erman/Özek, ölüm neticesini suçun bir unsuru olarak kabul etmekte ve ölümün gerçekleşmemesini failin teşebbüsten dolayı cezalandırılması önünde bir engel olarak kabul etmemekteydiler. Bkz. Erman/Özek, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s.78.

¹³⁹ Tezcan/Erdem/Önok, Ceza Özel Hukuku, s.199; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s.177; Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s.124; Hafızogulları/Özen, Kişilere Karşı Suçlar, s.67; Koca, İntihara Yönlendirme, s.37.

Burada tartışma konusu olan husus, mağdurun intihara teşebbüs etmesi fakat ölümün gerçekleşmemesi halinde failin cezai sorumluluğunun nasıl belirleneceği noktasında toplanmaktadır. Bir örnek vermek gerekirse; A'nın B'yi intihara azmettirdiğini, bu azmettirme neticesinde yüksek bir binanın tepesine çıkan B'nin aşağı atladığını ancak ölmediğini düşünelim. Bu durumda fail A, 84. maddenin birinci fıkrasına göre mi yoksa ikinci fıkrasına göre mi cezalandırılacaktır? Burada ikili bir ayrımla sonuca ulaşmak gerekmektedir: Eğer maddenin ikinci fıkrasındaki intiharın gerçekleşmesi suçun nitelikli hali olarak kabul edilirse, failin kastının bu nitelikli hali kapsamı halinde, ikinci fıkraya teşebbüsten dolayı ceza verilecektir. Buna karşın, intiharın gerçekleşmesi netice sebebiyle ağırlaşan hal olarak kabul edilirse, sorunun cevabı bu tür suçlara teşebbüsün mümkün olup olmayacağı tartışmasına bağlı olarak değişecektir.

İntiharın gerçekleşmesini netice sebebiyle ağırlaşan hal olarak kabul eden *Koca*'ya göre, böyle bir durumda faili, ağırlaşan neticeye teşebbüsten dolayı cezalandırmak gerekecektir; aksi takdirde ise 84. maddenin birinci fıkrasına göre üst sınırdan ceza tayin edilecektir.¹⁴⁰

Çalışmamızda, intiharın gerçekleşmesini suçun nitelikli hali olarak kabul ettiğimizden dolayı, vermiş olduğumuz örnekte A'nın, 84. maddenin ikinci fıkrasına teşebbüsten dolayı cezalandırılması gerektiğini düşünmekteyiz.¹⁴¹

84. maddenin ikinci fıkrasına teşebbüsü mümkün gördüğümüzden dolayı, intihara yönlendirme suçu açısından gönüllü vazgeçme (m.36) kurumunun da işlerlik kazanabileceğini düşünmekteyiz. Bu bağlamda, intihara azmettirdiği B'nin intihar etmek için binanın çatısından atladığını gören A'nın, B'yi hemen hastaneye yetiştirip hayatta kalmasına yardımcı olması halinde, gönüllü vazgeçme hükümlerinden istifade edeceğini, başka bir ifadeyle A'nın, 84. maddenin ikinci fıkrası uyarınca değil yalnızca 84. maddenin birinci fıkrası uyarınca cezalandırılması gerektiğini düşünmekteyiz. Aynı olayda, A'nın B'yi çatıdan atlamadan intihardan vazgeçirmesi durumunda da yine gö-

¹⁴⁰ Tezcan/Erdem/Önok, *Ceza Özel Hukuku*, s.199; Koca, *İntihara Yönlendirme*, s.37.

¹⁴¹ Aksi yönde görüş için bkz. Tezcan/Erdem/Önok, *Ceza Özel Hukuku*, s.199.

nüllü vazgeçme kurumu işletilecek ve A'nın o zamana kadar gerçekleştirdiği fiil başka bir suça vücut vermiyorsa A'nın cezalandırılması söz konusu olmayacaktır.

2. İştirak

Bu suç iştirak bakımından herhangi bir özellik göstermez. Bu bağlamda, bu suça da azmettirme veya yardım etmenin mümkün olduğunu söyleyebiliriz. Örneğin, A'yı, B'yi intihara yönlendirmeye azmettiren C, intihara yönlendirme suçuna azmettirmeden; A'ya, B'nin intiharda kullanacağı zehri veren D ise intihara yönlendirme suçuna yardım etmeden sorumlu olacaktır.¹⁴²

84. maddenin dördüncü fıkrasında esas itibariyle dolaylı faillik kurumunun düzenlendiğini daha önce belirtmiştik. İşlediği fiilin anlam ve sonuçlarını algılaya yeteneği gelişmemiş olan kişi çoğu zaman örneğin akıl hastası gibi kusur yeteneği olmayan kişilerden olacağından, bu durumda 84. maddenin dördüncü fıkrasına göre belirlenen cezanın m.37/2 gereği üçte birden yarısına kadar artırılması gerekecektir.¹⁴³

3. İctima

Suçların içtimaı açısından gündeme gelebilecek ilk durum, intihara alenen teşvikin basın yoluyla işlenmesi halinde 84. maddenin üçüncü fıkrasının mı yoksa intihara özendirici yayın yapılmasını cezalandıran 5187 sayılı Basın Kanunu'nun 20. maddesinin mi uygulanacağıdır.

Basın Kanunu'nun "Cinsel saldırı, cinayet ve intihara özendirme" başlıklı 20. maddesi şu şekildedir: "Cinsel saldırı, cinayet ve intihar olayları hakkında, haber vermenin sınırlarını aşan ve okuyucuyu bu tür fiillere özendirilecek nitelikte olan yazı ve resim yayımlayanlar bir milyar liradan yirmi milyar liraya kadar ağır para cezasıyla cezalandırılır. Bu ceza bölgesel süreli yayınlarda iki milyar liradan, yaygın süreli yayınlarda on milyar liradan az olamaz."

¹⁴² Tezcan/Erdem/Önok, Ceza Özel Hukuku, s.200; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s.178; Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel Hükümler, s.222.

¹⁴³ Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s.178.

Doktrinde bu konuyla ilgili dört farklı görüş bulunmaktadır. Konuya 765 sayılı TCK ve eski Basın Kanunu yürürlükte olduğu dönemde değinen *Artuk*'a göre, mesele, her somut olayın özelliğine göre ayrı ayrı belirlenmelidir. Buna göre yazının haber niteliği taşıyıp taşımadığı veya ilmi veya edebi niteliğinin bulunup bulunmadığına bakılmalıdır. Şayet yazıda bu nitelikler ağır basıyorsa intihara yardım suçunun oluştuğundan bahsedilemez. Buna karşın, yazı, bu niteliklerden uzak olarak yalnızca intihara özendirme amacı güdülerek kaleme alınmışsa, diğer koşulların da varlığı halinde belirsiz kişilere karşı intihara ikna ve yardım suçunun oluştuğu kabul edilecektir.¹⁴⁴ *Koca*, *Artuk*'un ortaya koyduğu ölçüye göre hareket edilmesinin doğru olacağını savunmaktadır. Yazara göre, Basın Kanunu'nun 20. maddesinde, basın mensubuna tanınan haber verme hakkının sınırının aşılmasına yönelik özel bir düzenleme söz konusudur. İntihar olaylarıyla ilgili haber yazmak suç olarak kabul edilemez, çünkü bu tür olayların basın mensubu tarafından okuyucuya aktarılması haber verme hakkının kullanılması çerçevesinde bir hukuka uygunluk nedenidir (TCK m.26/1). Kanun koyucunun Basın Kanunu ile yasaklamak istediği husus, intihar olaylarıyla ilgili olarak yapılan haberlerin, haber verme hakkının sınırlarını aşarak okuyucuyu intihara özendirme tehlikesi doğurmasıdır. Şayet basın mensubu, intihar olayını haber yaparken, haber verme amacı değil de, intihara özendirme amacı güdüyorsa, yani haber verme hakkının sınırını kasten aşıyorsa, intihara alenen teşvik suçunun faili olacaktır. Buna karşın, yazının haber niteliği ağır basıyor ancak yazı içerik ve üslup olarak okuyucuyu bu olaylara özendirici nitelik taşıyorsa Basın Kanunu'nun 20. maddesi ihlal edilmiş olur.¹⁴⁵ *Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe* ve *Artuk/Gökçen/Yenidünya*'ya göre ise sorunun özel-genel kanun ve önceki-sonraki kanun ilişkisinden yararlanılarak çözülmesi gerekmektedir. Bu görüşteki yazarlara göre, Basın Kanunu özel bir kanun olmakla birlikte, sonraki genel kanun olan 84. maddenin üçüncü fıkrasıyla önceki kanun olan Basın Kanunu'nun 20. maddesi yürürlükten kaldırılmıştır. Başka bir ifadeyle yazarlara göre, intihara basın yoluyla teşvik edilmesi halinde 84. maddenin üçüncü fıkrası

¹⁴⁴ Artuk, İntihara İkna ve Yardım Suçu, s.33.

¹⁴⁵ Koca, İntihara Yönlendirme, s.31-32.

uygulanacaktır.¹⁴⁶ *Tezcan/Erdem/Önok*'a göreyse, intihara alenen teşvik suçunun basın yoluyla işlenmesi halinde, Basın Kanunu'nun 20. maddesinin özel hüküm olarak öncelikle uygulanması gerekmektedir.¹⁴⁷

İçtima konusunda üzerinde durulması gereken bir diğer husus ise, failin birden fazla kimseyi tek bir fiille intihara yönlendirmesi durumunda nasıl bir uygulama yapılacağıdır. Böyle bir durumda, aynı suçun birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlenmesi yani aynı neviden fikri içtima hali (m.43/2) söz konusu olacağından, zincirleme suça ilişkin artırma hükmü uygulanacaktır; ancak aynı neviden fikri içtima hükmü maddenin yalnızca birinci ve ikinci fıkrası bakımından uygulama alanı bulacaktır. Maddenin üçüncü fıkrasında düzenlenen başkalarını intihara alenen teşvik suçu ise, niteliği gereği belirsiz sayıda kişiye karşı işlenebileceğinden aynı neviden fikri içtimaya müsait değildir.¹⁴⁸

İntihara yönlendirme suçunun zincirleme suç şeklinde işlenebileceğini belirtmek istiyoruz. Örneğin, A'nın intihar etmesi için B'ye zehir temin etmesi, zehri içmesine rağmen B'nin ölmemesi üzerine bu kez de B'ye silah vererek intihar etmesini istemesi halinde -diğer şartların da mevcudiyeti halinde- intihara yönlendirme suçunun zincirleme suç şeklinde işlenmiş olacağını söyleyebiliriz.¹⁴⁹

Zincirleme suç konusuyla ilgili olarak üzerinde durmak istediğimiz son bir husus daha vardır: Bilindiği üzere zincirleme suç kurumunun düzenlendiği 43. maddenin son fıkrasına göre, kasten öldürme, kasten yaralama, işkence ve yağma suçlarında zincirleme suç hükümleri uygulanmamaktadır. Bu bağlamda, 84. maddenin son fıkrasına göre, işlediği fiilin anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan veya ortadan kaldırılan kişileri intihara sevk edenlerle, cebir veya tehdit kullanmak suretiyle¹⁵⁰ kişileri intihara mecbur edenlerin kasten

¹⁴⁶ Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, *Özel Hükümler*, s.173; Artuk/Gökçen/Yenidünya, *Özel Hükümler*, s.219.

¹⁴⁷ Tezcan/Erdem/Önok, *Ceza Özel Hukuku*, s.195.

¹⁴⁸ Koca, *İntihara Yönlendirme*, s.38-39; Artuk/Gökçen/Yenidünya, *Özel Hükümler*, s.222.

¹⁴⁹ Hafızoğulları/Özen, *Kişilere Karşı Suçlar*, s.67; Koca, *İntihara Yönlendirme*, s.39. Aksi yönde görüş için bkz. Tezcan/Erdem/Önok, *Ceza Özel Hukuku*, s.200.

¹⁵⁰ "Sanık İbrahim hakkında intihara yönlendirme suçundan kurulan beraat hükmünün incelenmesinde; Ödemiş Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından düzenlenen

öldürme suçundan sorumlu tutulacakları belirtildiğinden, maddenin son fıkrası bakımından zincirleme suç hükümlerinin uygulama alanı bulmayacağını belirtmek istiyoruz.¹⁵¹

Kanaatimizce, maddenin dördüncü fıkrası uyarınca cevaplandırılması gereken önemli iki soru daha vardır: Bu sorulardan ilki, cebir veya tehdit kullanmak suretiyle intihara mecbur etme durumunda, faile ayrıca cebir veya tehditten dolayı da ceza verilip verilemeyeceğidir. Cebir veya tehdit, bağlı hareketli bir suç olan bu suçun hareket unsurunu oluşturduğundan dolayı faile ayrıca cebir (m.108) veya tehdit (m.106) suçundan dolayı ceza verilmeyecektir. Cevaplandırılması gereken ikinci soru ise, kullanılan cebrin yaralama boyutuna ulaşmış olması durumunda nasıl bir yol izlenmesi gerektiğidir. Böyle bir durumda, yani kullanılan cebrin yaralama boyutuna ulaşmış olması halinde, gerçek içtima kuralı gereği, failin kasten yaralama suçundan dolayı ayrıca cezalandırılması gerektiğini düşünmekteyiz.

X. Yargılama

1. Soruşturma ve Kovuşturma Usulü

İntihara yönlendirme suçu re'sen soruşturulan ve kovuşturulan bir suçtur. Bundan dolayı da uzlaşma hükümlerinin bu suç bakımından uygulanması mümkün değildir. Bu suç bakımından özel bir soruşturma ve kovuşturma usulü de öngörülmemiştir.

Yargıtay konuyla ilgili vermiş olduğu bazı kararlarda¹⁵², 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun'un 20. maddesinin ikinci fıkrasına göre¹⁵³ ilk derece mahkeme-

02.04.2010 tarih ve 2010/780 esas nolu iddianamede sanığın olay sabahı maktulün evine giderek maktule "bugün bu para yatmazsa birimiz mezara birimiz hapse gidecek" şeklinde söz sarf etmesinin de dava konusu edilmiş olması karşısında, sanığın eyleminin tehdit suçunu oluşturup oluşturmadığının karar yerinde tartışmasız bırakılarak yazılı şekilde hüküm kurulması..." (1.CD, 23.01.2013 T., 2012/4943 E., 2013/436 K.)

¹⁵¹ Tezcan/Erdem/Önok, Ceza Özel Hukuku, s.200; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacak-sız/Tepe, Özel Hükümler, s.178; Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel Hükümler, s.222.

¹⁵² 1. CD, 11.04.2016 T., 2016/721-1865 E.K.; 1. CD, 16.03.2016 T., 2015/2075 E., 2016/1310 K.

¹⁵³ m.20/2: "Bakanlık, gerekli görmesi halinde kadın, çocuk ve aile bireylerine yönelik olarak uygulanan şiddet veya şiddet tehlikesi dolayısıyla açılan idari, cezai, hukuki her tür davaya ve çekişmesiz yargıya katılabilir."

sinde davaya katılma ve dolayısıyla kararı temyiz etme hakkı bulunan Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı'nın davadan haberdar edilmemesi ve gerekçeli kararın Bakanlığa tebliğ edilmemesi nedeniyle esas hakkında bir inceleme yapmamakta ve bu eksikliklerin giderilmesi için dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesine karar vermektedir.

2. Görevli ve Yetkili Mahkeme

Maddenin ilk üç fıkrası bakımından 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'un 11. maddesi gereği görevli mahkeme asliye ceza mahkemesidir. Ancak 84. maddenin son fıkrasına giren durumlarda görevli mahkeme ağır ceza mahkemesi olacaktır (5235 s. Kn. m.12).

Yetkili mahkeme ise, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 12. maddesi gereği suçun işlendiği yer mahkemesidir.

SONUÇ

İntihar, kişinin kendi hayatını bilinçli ve kasıtlı bir şekilde sonlandırmasını ifade eden biyolojik, psikolojik, psikiyatrik, psikososyal faktörlerin etkili olduğu, yaşam ile ölüm isteği gibi birbirine zıt duyguların iç içe geçtiği çok karmaşık bir davranış biçimidir. Hukuk dışındaki diğer bilim dallarının da yakından ilgilendiği bu davranış biçiminin altında yatan motifleri ve nedenleri net bir şekilde belirleyebilmek son derece zordur. İntihar ile uğraşan diğer disiplinlerde yapılan çalışmalardan da anlaşıldığı üzere, intihar, sadece kişinin kendisini öldürmesi olayı olmayıp, öldürme olayından uzun zaman önce düşünce aşamasından başlayan karmaşık bir süreçtir. Kişiyi intihara iten bu süreç ve bu süreci başlatan olay veya olaylar hakkında net bir tespit bulabilmek ise çoğu zaman imkânsız denecek kadar güçtür. Bu bağlamda, TCK'nın 84. maddesinde ifadesini bulan intihara azmettirme, teşvik etme, intihar kararını kuvvetlendirme ya da intihara yardım etme olarak ifade edilen seçimlik hareketlerin, somut olayda gerçekleşen intihar sürecinde nasıl ve ne derece rol oynadığının hiçbir kuşkuya yer bırakmayacak açıklıkta tespit edilebilmesinin çok zor olduğunu söyleyebiliriz.

İntihar etmek veya intihara teşebbüs etmek ceza hukuku sistemi-mizde suç değildir. Bu açıdan bakıldığında intihara azmettirme, teşvik etme, intihar kararını kuvvetlendirme veya intihara herhangi bir şekilde yardım etme de, iştirakte bağlılık kuralı uyarınca (TCK m.40/1) cezalandırılabilir fiiller olarak değerlendirilemeyecektir. Böyle olunca da, iştirak kurallarını uygulamak suretiyle bir başkasını intihara azmettiren veya yardım edeni cezalandırmak söz konusu olamayacaktır. Bu nedenle kanun koyucu, intihara yönlendirme başlığı altında, iştirakte bağlılık kuralı gereği cezalandırılması mümkün olmayan fiilleri bağımsız bir suç tipi altında düzenlemek suretiyle yaptırıma bağlama yolunu seçmiş ve TCK'nın 84. maddesinde intihara yönlendirme suçunu düzenlemiştir.

84. maddedeki intihara yönlendirme suçunu oluşturan davranışlar, iştirak şekillerinden yalnızca şeriklik statüsünü oluşturan azmettirme ve yardım etme fiillerini kapsamaktadır. Bu bağlamda, intihar fiiline faillik türlerinden herhangi birisiyle iştirak edilmesi halinde, intihara yönlendirme suçundan değil, kasten öldürme suçundan bahsedilecektir.

İntihara yönlendirme suçu esas itibariyle icrai hareketle işlenebilen bir suç tipidir. Buna karşın, intihara yönlendirme suçunun seçimlik hareketlerinden olan intihara yardım etmenin, ihmali hareketle işlenip işlenemeyeceği sorusu doktrinde görüş ayrılıklarına neden olmuştur. Bizim de katıldığımız görüş, intihara ihmali davranışla yardım etmenin mümkün olmadığını savunmaktadır. Kanaatimizce, şayet kanun koyucu intihara yönlendirme suçunun ihmali hareketle işlenebileceğini kabul etmek istiyorsa, bunu maddede açık bir şekilde belirtmek zorundadır.

84. maddedeki hareket unsuru bağlamında önemli eksikliklerden birisi, mağdurdan kaynaklı nitelikli hallere yer verilmemiş olmasıdır. Bu bağlamda, maddede yapılacak bir kanun değişikliğiyle, intihara yönlendirme suçunun üstsoy veya altsoydan birine, eş veya kardeşe, gebe olduğu bilinen kadına karşı veya töre saikiyle işlenmesi gibi durumların cezayı ağırlaştırıcı nitelikli hal olarak düzenlenmesinin isabetli olacağını düşünmekteyiz.

İntihara yönlendirme suçunun hukuki niteliğinin ne olduğu konusu da doktrinde oldukça tartışmalıdır. Çalışmamızda savunulduğu üzere, maddenin birinci fıkrasının kaleme alınış şekline, söz konusu suçun, soyut tehlike suçu olduğu izlenimi ortaya çıkmaktadır. Ancak, suç için öngörülen ceza miktarına bakıldığında (iki yıldan beş yıla kadar hapis) söz konusu cezanın, soyut bir tehlike suçu için çok fazla olduğu sonucuna varılmaktadır. Bununla birlikte, fail tarafından maddede belirtilen hareketlerin yapılmasına rağmen failin intihar etmemesi halinde bile bu cezaya hükmedileceğini kabul etmek bazı yazarlarca eleştirilmiş ve değişik çözüm önerileri getirilmiştir. Bizim de katıldığımız görüşe göre, intihara yönlendirme suçu bakımından maddede bahsedilen azmettirme, teşvik ve yardım hareketlerinin yapılmış olması suçun oluşması açısından tek başına yeterli görülmemeli, bu hareketlerin, mağduru intihara sürükleyecek nitelikte olmasının da somut olarak aranması gerekmektedir. Başka bir ifadeyle, söz konusu suçun, somut tehlike suçu olarak değerlendirilmesi gerekmektedir. Şayet, failin yapmış olduğu hareketler, intihara yönlendirdiği kişi bakımından hiçbir etki doğurmamış ise, suçun oluşmadığını kabul etmek gerekecektir. Aksinin kabulü halinde, salt düşünce, inanç ve kanaatin kendisinin yasaklanması tehlikesi gündeme gelebilecektir.

Maddenin ikinci fıkrasında, intiharın gerçekleşmesi halinde, failin dört yıldan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacağı hükme bağlanmıştır. Burada tartışmaları bünyesinde barındıran iki husus bulunmaktadır: Bunlardan ilki, madde metninde kullanılan “*intiharın gerçekleşmesi*” ile kastedilmek istenenin, “*intihara yönelik hareketin yapılması*” mı, yoksa “*ölümün gerçekleşmesi*” mi olduğu; ikincisi ise “*intiharın gerçekleşmesi*”nin, suçun nitelikli hali mi, yoksa suçun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hali mi olduğudur. Kanaatimizce “*intiharın gerçekleşmesi*”nden kastedilen ölümün gerçekleşmiş olmasıdır. Ayrıca maddenin ikinci fıkrasının, suçun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hali değil, cezayı ağırlaştıran nitelikli hali olduğunu düşünmekteyiz. İntiharın gerçekleşmesini suçun nitelikli hali olarak kabul etmemizin temelinde şu husus yatmaktadır: Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçtan bahsedebilmek için, failin kasten gerçekleştirdiği hareketinden dolayı, meydana gelen ağır veya başka bir neticenin istenmemiş olması

gerekmektedir. Ancak intihara yönlendirme suçunda, failin neticeyi yani intiharın gerçekleşmesini istememiş olduğunu söylemek mümkün değildir; başka bir ifadeyle, intihara yönlendirme suçunda intiharın gerçekleşmesi fail tarafından istenen bir neticedir. Bu açıdan bakıldığında, 84. maddenin ikinci fıkrasında ifade edilen intiharın yani ölümün gerçekleşmiş olmasının, cezayı ağırlaştırıcı nitelikli hal olarak değerlendirilmesi gerektiğini düşünmekteyiz.

84. maddenin birinci fıkrasında belirtilen seçimlik hareketler arasında verilecek ceza miktarı bakımından bir farklılık yaratılmamış olması hakkaniyete aykırı sonuçlara yol açabilecek niteliktedir. Zira TCK'nın 38. maddesinde düzenlenen azmettirme kurumunda, azmettirenin, işlenen suçun cezası ile cezalandırılacağı; 39. maddede düzenlenen yardım etme kurumunda ise, yardım eden kişinin (teşvik etme, suç işleme kararını kuvvetlendirme, yardımda bulunarak icrayı kolaylaştırma gibi) cezasının işlenen suçtan daha az olacağı belirtilmiştir. Bu bağlamda, suça iştirak kalıplarıyla benzerlik gösteren intihara yönlendirme suçunun seçimlik hareketlerinde bu şekilde bir ceza farklılığı öngörülmemiş olması ceza hukuku sistematığına uygun değildir. Zira azmettirme ile maddede belirtilen diğer seçimlik hareketlerin haksızlık içeriklerinin aynı olduğunu söylemek mümkün değildir. Bu itirazlarla maddenin Anayasa Mahkemesi önüne götürülmesi durumunda muhtemel bir iptal kararının da gündeme gelebileceğini düşünmekteyiz. Bu nedenle kanaatimizce, mevcut sistem içerisinde, maddede yapılacak bir kanun değişikliğiyle, intihara azmettirme ile diğer seçimlik hareketler arasında farklı cezalar öngören bir düzenleme yapılması, bu bağlamda intihara azmettirme için daha fazla bir ceza miktarının belirlenmesi sağlıklı olacaktır.

Doktrinde, intihara alenen teşvikin öngelen tehlikeli hareketten dolayı garantör olma sonucunu doğurduğu savunulmaktadır. Ancak kanaatimizce intihara alenen teşvik, öngelen tehlikeli hareketten dolayı garantör olma sonucunu doğurmaz. Bunun çeşitli gerekçeleri vardır: Her şeyden önce, her ne kadar intihara alenen teşvik hareketi fail tarafından yapılmaktaysa da, intihar, kendi sorumluluğunun bilincinde olan kişi tarafından kasten gerçekleştirilmekte olduğundan dolayı bu gibi durumlarda intihara alenen teşvik eden kişi garantör

olarak nitelendirilemez. İkinci olarak, şayet intihara alenen teşvik eden kişi garantör olarak kabul edilse dahi, “*ultra posse nemo obligatur*” yani kimse yapabileceğinin ötesinde zorlanamaz kuralı gereği, bu kişinin neticeyi önleme olanağına sahip olduğundan bahsetmek de çoğu durumda mümkün olmayacaktır. Bu bağlamda, intihara alenen teşvik sonucunda bazı kişilerin intihar etmesi durumunda, failin, gerçekleşen intihar fiilinden dolayı cezalandırılabilmesi mevcut sistemde mümkün gözükmemektedir. Bu nedenle, 84. maddede yapılacak bir değişiklikle, üçüncü fıkranın birinci cümlesinden sonra gelmek üzere “*İntihara alenen teşvik sonucunda bir veya birden fazla kişinin intihar etmesi halinde, kişi 6 yıldan 16 yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*” cümlesi eklenmelidir.

Doktrinde bazı yazarlarca, 84. maddenin dördüncü fıkrasında her ne kadar “*hile*”den açıkça söz edilmemişse de, böyle bir durumda genel hüküm olan m.37/2’deki “*suçun işlenmesinde bir başkasını araç olarak kullanan kişi de fail olarak sorumlu tutulur.*” hükmüne dayanarak faili kasten öldürme suçundan dolayı cezalandırmanın mümkün olduğunu, kaldı ki m.37/2 anlamında “*başkası*” kavramının içine mağdurun da gireceğini savunulmaktadır. Kanaatimizce, 84. maddenin dördüncü fıkrasında hileden bahsedilmediğinden dolayı, söz konusu hükmün kapsamına sadece cebir ve tehdidin girmektedir. Ayrıca dördüncü fıkrada geçen “*intihara mecbur edenler*” ifadesi ile yalnızca cebir ve tehdidin bağdaşabileceğini, hilenin ise bu ifade ile bağdaşmayacağını düşünmekteyiz. Bu bağlamda hile kullanmak suretiyle kişinin intihara mecbur edilmesi durumunda, suçta ve cezada kanunilik prensibi gereği suçun oluşmayacağını söyleyebiliriz.

Maddenin dördüncü fıkrası uyarınca cevaplandırılması gereken iki soru daha vardır: Bu sorulardan ilki, cebir veya tehdit kullanmak suretiyle intihara mecbur etme durumunda, faile ayrıca cebir veya tehditten dolayı ceza verilip verilemeyeceğidir. Cebir veya tehdit, bağlı hareketli bir suç olan bu suçun hareket unsurunu oluşturduğundan dolayı faile ayrıca cebir (m.108) veya tehdit (m.106) suçundan dolayı ceza verilmeyecektir. Cevaplandırılması gereken ikinci soru ise, kullanılan cebrin yaralama boyutuna ulaşmış olması durumunda nasıl bir yol izlenmesi gerektiğidir. Böyle bir durumda, yani kullanılan cebrin

yaralama boyutuna ulaşmış olması halinde, gerçek içtima kuralı gereği, failin kasten yaralama suçundan dolayı ayrıca cezalandırılması gerektiğini düşünmekteyiz.

84. maddenin dördüncü fıkrası ile dolaylı faillğe ilişkin özel bir düzenleme getirilmiştir. Böyle bir özel düzenleme olmasaydı bile, dolaylı faillğe ilişkin 37. maddenin ikinci fıkrası gereğince, cebir veya tehdit kullanarak başkalarını intihara mecbur edenler ile algılama yeteneği gelişmemiş (çocuklar, akıl hastaları gibi) veya ortadan kaldırılan (irade dışı alkol veya uyuşturucu madde verilmiş, hipnoz edilmiş kişiler gibi) kişileri intihara yönlendirenler, kasten öldürme suçunun dolaylı faili olarak sorumlu tutulacaklardı. Bir başka deyişle burada işlenen suç aslında intihara yönlendirme suçu değil, kasten öldürme suçudur. Bu nedenle, 84. maddenin dördüncü fıkrasının ya madde metninden çıkartılması ya da illa muhafaza edilmek isteniyorsa adam öldürme suçları içinde özel olarak düzenlenmesi gerektiğini düşünmekteyiz.

Sonuç olarak, böylesine karışık, bir sürü tartışmayı ve bilinmezliği bünyesinde barındıran bir sistemden vazgeçilerek, gerek 765 sayılı TCK'dakine gerek İsviçre Ceza Kanunu'ndakine benzer bir sistemin TCK'ya getirilmesinin daha sağlıklı olacağını düşünmekteyiz. Buna göre, oluşturulacak yeni sistemde, intihara yönlendirmede bulunan kişinin cezalandırılabilmesi için intiharın (ölümün) gerçekleşmesi veya en azından teşebbüs aşamasında kalması şartının aranması birçok sorunu ve bilinmezliği ortadan kaldıracaktır.

Kaynakça

- Alptekin Kamil/Duyan Veli, İntihar ve İntihar Girişimi – Kavramlar, Yaygınlık, Müdahale, Önleme ve Öyküler, İstanbul 2014.
- Artuk Mehmet Emin, "İntihar ve İntihara Yardım Suçu Üzerine Bir Deneme", *SÜHFD*, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nda Yapılan Son Değişiklikler Sempozyumu Özel Sayısı, Cilt:4, Yıl:1994, Sayı:1-2.
- Artuk Mehmet Emin, "Mukayeseli Hukuk ve Türk Hukukunda İntihara İkna ve Yardım Suçu", *MÜHFHAD*, Cilt:8, Sayı:1-3, Yıl:1994.
- Artuk Mehmet Emin/Gökçen Ahmet/Yenidünya Caner, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 15. Bası, Ankara 2015.
- Beccaria Cesare, Suçlar ve Cezalar Hakkında, (Çev.: Sami Selçuk), Ankara 2004.
- Donay Süheyl, Türk Ceza Kanunu Şerhi, İstanbul 2007.
- Dönmezer Sulhi, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, 15. Bası, İstanbul 1998.

- Durkheim Emile, *İntihar – Bir Toplum Bilim İncelemesi* (Çev.: Z. Zühre İlkelen), İstanbul 2013.
- Duttge Gunnar, “Alman Hukukunda Ötanazi”, in: *Hukuk ve Etik Boyutuyla Ötanazi* (Der.: Nur Centel), İstanbul 2011.
- Ekici-Şahin Meral, *Ceza Hukukunda Rıza*, İstanbul 2012.
- Erdoğan Ahmet, “İntihar Fiili”, *İleri Hukuk Aylık Dergisi*, Sayı: 39, Yıl: Eylül 1948.
- Erem Faruk, “Ceza Hukukunda İntihar”, *Yargıtay Dergisi*, Cilt: 16, Ekim 1990, Sayı: 4.
- Erman Sahir/Özek Çetin, *Ceza Hukuku Özel Bölüm – Kişilere Karşı İşlenen Suçlar*, İstanbul 1994.
- Fischer Thomas, *Beck’sche Kurz Kommentare, Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 61. Auflage, München 2014.
- Hafizoğulları Zeki/Ketizmen Muammer, “5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Hayata Karşı Suçlar”, *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl:66, Sayı:1, Kış 2008.
- Hafizoğulları Zeki/Özen Muharrem, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler – Kişilere Karşı Suçlar*, 4. Bası, Ankara 2015.
- Hakeri Hakan, *Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri*, Ankara 2003.
- Hakeri Hakan, *Kasten Öldürme Suçları TCK 81-82-83*, Ankara 2007.
- Hakeri Hakan/Yağmur Fatih/Akkaya Harun/Ünal Esra/Sarı Seyfullah/Erdem Feyzullah/Durmuş Berna/Buluğ Ufuk, “İkili İntihar Girişimi Durumunda Birinin Hayatta Kaldığı Olgularda Yasal Süreç”, *Terazi Hukuk Dergisi*, Cilt:9, Sayı:100, Aralık 2014.
- Herzberg Rolf Dietrich, “Strafbare Tötung oder straflose Mitwirkung am Suizid?”, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 7/2016.
- Hilgendorf Eric, “Eine Norm für die Wissenschaft”, www.lto.de/recht/hintergruende/h/gesetzgebung-sterbehilfe-tatbestandsmerkmale-analyse/ (E.T.: 15.12.2016)
- İnceoğlu Sibel, *Ölme Hakkı (Ötanazi)*, İstanbul 1999.
- Kalay Sıdıka Burçak, *5237 s. Türk Ceza Kanunu’na Göre İntihara Yönlendirme Suçu*, İstanbul 2015 (Yayımlanmamış yüksek lisans tezi).
- Koca Mahmut, “İntihara Yönlendirme Suçu (TCK m.84)”, *CHD*, Yıl:5, Sayı:12, Nisan 2010.
- Koca Mahmut/Üzülmüş İlhan, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 3. Bası, Ankara 2016.
- Mausbach Julian, “İsviçre Hukukunda Yardımlı İntihar”, in: *Hukuk ve Etik Boyutuyla Ötanazi* (Der.: Nur Centel), İstanbul 2011.
- Minois Georges, *İntiharın Tarihi – İstemli Ölüm Karşısında Batı Toplumunu* (Çev.: Nermin Acar), Ankara 2008.
- Montesquieu, *İran Mektupları* (Çev.: Muhiddin Göklü), 2. Bası, İstanbul 2001.
- Ömeroğlu Ömer, “İntihar, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nun İntihara Bakış Açısının ve İntihara Yönlendirme Suçuna İlişkin Düzenlemesinin Değerlendirilmesi”, *Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi*, Sayı:67-68.

- Önder Ayhan, Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar, İstanbul 1994.
- Öntan Yaprak, "İntihara Yönlendirme Suçları", Prof. Dr. Nevzat Toroslu'ya Armağan, C.2, Ankara 2015.
- Özbek Veli Özer/Kanbur Mehmet Nihat/Doğan Koray/Bacaksız Pınar/Tepe İlker, Türk Ceza Hukuku - Özel Hükümler, 9. Bası, Ankara 2015.
- Özen Mustafa, "İntihara Yönlendirme Suçu", *CHD*, Ağustos 2011, Sayı:16.
- Özön Mustafa Nihat, Büyük Osmanlıca-Türkçe Sözlük, 5. Bası, İstanbul 1973.
- Platon, Yasalar (Çev.: Candan Şentuna-Saffet Babür), İstanbul 1998.
- Strafrecht, Kodex des Österreichischen Rechts, 36. Auflage, Wien 2012.
- Şen Ersan, "İntihara Yönlendirme", Kaynak: www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/1836064-intihara-yonlendirme (E.T.: 16.10.2016).
- Tezcan Durmuş/Erdem Mustafa Ruhan/Önok Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 13. Bası, Ankara 2016.
- Ünver Yener, "Türk Ceza Hukuku Açısından Ötanazi", in: Hukuk ve Etik Boyutuyla Ötanazi, Derleyen: Nur Centel, İstanbul 2011.

İHAM'IN VERGİ CEZALARINDA NE BIS IN IDEM İÇTİHADI İLE TÜRK HUKUKUNUN UYUM SORUNU

THE ISSUES RELATED TO COMPLIANCE OF TURKISH LAW TO ECTHR'S JURISPRUDENCE ON APPLICATION OF NE BIS IN IDEM PRINCIPLE ON TAX PENALTIES

Barış BAHÇECİ*

Özet: İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi (İHAM) kaynağını İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ne ek 7. Protokolün 4. maddesinde bulunan ne bis in idem ilkesini Zolotukhin/Rusya kararıyla yeniden yorumlamıştır. Bu yeni yorumun vergi cezaları özelindeki yansımaları son olarak A ve B/Norveç kararıyla şekillenmiştir. İHAM'ın getirdiği yeni yorum, ayniyet (idem) ve mükerrerlik (bis) kavramları çerçevesinde olduğundan, bu çalışmada Türk hukukundaki vergi suç ve kabahatlerine ilişkin hükümler aynı kavramlar üzerinden irdelenmiştir. Bu kapsamda ilk olarak kaçakçılık suçu, vergi ziyai, usulsüzlük ve özel usulsüzlük kabahatlerinin konu aldığı filler arasında bir örtüşme olup olmadığı, bu fiillere bağlanan cezalara ilişkin içtima kuralları ortaya konularak ayniyet (idem) unsuru açısından uyum sorunu değerlendirilmiştir. Mükerrerlik (bis) başlığı altında ise vergi cezaları arasında İHAM içtihadı gereği bir bütünsellik bulunup bulunmadığı ve özellikle aynı fiil kaynaklı farklı yargılamalar arasındaki etkileşim sorunu ve muhtemel çözüm yollarına dikkat çekilmiştir. Çalışmanın sonuç bölümünde ne bis in idem kuralı açısından Türk hukukunda sorun oluşturan başlıklar ve ilgili Vergi Usul Kanunu hükümleri belirlenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Vergi Suçları, Vergi Kabahatleri, İçtima, Ne Bis In Idem, İHAM İçtihadı

Abstract: In Zolotukhin v. Russia decision, European Court of Human Rights reinterpreted the ne bis in idem principle set forth under the Protocol 7 Article 4. The Court adapted this new approach on tax penalties in its A and B v. Norway decision. In this study, tax crimes and offenses under Turkish law are examined by using the elements of bis and idem, since the Court based its new approach on these concepts. In this context, firstly the conformity with the element of idem has been assessed by examining whether there is an overlap between the acts which cause tax fraud, tax evasion, irregularity and special irregularity offenses and by taking into account the rules of consolidation which apply to the sanctions imposed for

* Doç. Dr., İzmir Ekonomi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi, barisbahceci@gmail.com, ORCID: 0000-0001-9991-0378

committing these crimes. While analyzing the element of bis, the issues with respect to the existence of an integral system for tax penalties as required by the Court's jurisprudence and especially, to the lack of connection between different judicial and administrative proceedings arising from same facts have been addressed together with possible ways to overcome these problems. In conclusion, the problematic topics and related provisions of Turkish Tax Procedural Code have been identified.

Keywords: Tax Crimes, Tax Offenses, Consolidation, Ne Bis In Idem, Jurisprudence of European Court of Human Rights

Giriş

Bu çalışmanın amacı Türk hukukundaki vergisel yaptırımların İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi (İHAM/Mahkeme) içtihadı ışığında 'ne bis in idem' kuralıyla uyumunu incelemektir. Kaynağını İHAM'ın İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ne (Sözleşme) ek 7. Protokolün 4. maddesinde (P 7 md 4) bulan kural, Mahkemenin 2009 tarihli Zolotukhin/Rusya ve 2014 tarihli Glantz/Finlandiya kararlarında yeniden yorumlayarak uygulanmıştır. Ne var ki bu yeni yorumun sonuçları, 7. Protokole taraf olan Avrupa Konseyi üyesi bazı devletlerin iç hukukları açısından bir uyum sorunu doğurmuştur. Bu durum karşısında harekete geçen bazı devletlerin, iç hukuklarında yaptıkları değişikliklerle, P 7 md 4'ün yeni yorumuna aykırı sonuçları gidermeye çalıştıkları görülmektedir.¹

Türkiye ise, P 7 md 4'ün yeni yorumu ile iç hukuku arasında bir uyumsuzluğun varlığının bilinmesine karşın, iç hukukunda herhangi bir değişiklik yapmadan 7. Protokolü onaylayarak yürürlüğe sokmuş-

¹ Nitekim bu devletlerden vergi suç ve kabahatlerinde, hem idari hem de cezai dava sürecinin işletildiği İsveç'te 2013 yılında bir hükümet komitesi toplanarak yeni yasal düzenlemelerin ne şekilde yapılması gerektiğini rapor haline getirmiş, Belçika 2012 yılında çıkarılan kanunla idari ve adli süreçleri ihtilafın özelliklerine göre tek süreç içinde eritmiş, hatta ne bis in idem anayasa yargısı denetiminde bir iptal sebebi olarak da kullanılmıştır (Jacques Malherbe/ Bart Peeters/ Geoffroy Galéa, "Surcharges and Penalties in Tax Law Belgium", EATLP Congress, Milan 2015, <http://www.eatlp.org/uploads/public/2015/National%20report%20Belgium.pdf>, s 27). Finlandiya da 2013 yılında aynı yönde hareket ederek idari ve adli süreçlerin aynı anda işletilmesini engelleyici bir kanuni değişiklik yapmıştır (Raimo Immonen/ Juha Lindgren, "Surcharges and Penalties in Tax Law, -Finland", EATLP Congress, Milan 2015, <http://www.eatlp.org/uploads/public/2015/National%20report%20Finland.pdf>, s 9)

tur.² Hatta bu onay işlemi İHAM'ın Glantz kararından -yani bu uyum sorununun en bariz biçimde ortaya çıkmasından- sonra yapılmıştır. Öte yandan İHAM'ın Glantz kararındaki yorumunu, A ve B/Norveç kararında kısmen değiştirmesi, konunun Avrupa insan hakları hukuku açısından da henüz yeterli berraklığı taşımadığını göstermektedir. İşte bu kaotik ortamda, ne bis in idem kavramı açısından, İHAM içti-hadı ile Türk hukuku arasındaki uyum sorunu irdelenecektir.

İlk bakışta 'ne bis in idem' kavramı açısından yapılacak değerlendirmenin neden sadece suçlarla sınırlı olmadığı, kabahatleri de içine aldığı merak edilebilir. Nitekim Latince 'ne bis in idem' kavramı Türkçede genellikle "aynı suçtan iki kere yargılama olmaz" şeklinde algılanmaktadır. Ne var ki, ne bis in idem kavramı anatomik olarak incelendiğinde, içerdiği 'idem' ve 'bis' unsurlarının sabit ve anlamaya yeter nitelikte bulunmadığı, tam tersine tarihsel gelişimi içinde yorum yoluyla genişletildiği görülmektedir.³ Nitekim P 7 md 4, "iki kez yargılanmama veya cezalandırılmama hakkı" başlığını taşımasına ve madde içeriğinde de ne bis in idem kavramına yer verilmemesine rağmen, İHAM, içtihadını idem ve bis kavramlarını kullanarak geliştirmiştir. 7. Protokolü imzalayan devletlerin uygulamaya ilişkin olarak, idari yaptırımların adli cezalar gibi değerlendirilmesini önleme amacını güden bazı çekince ve kayıtlar koymasının altında da bu kaygı yatar.

Gerçekten İHAM da bu kaygıyı haklı çıkarır biçimde, 7. Protokol 1984 yılında imzaya açılmadan önce,⁴ 1976 yılında verdiği Engel/Hol-

² Türkiye 7. Protokolü herhangi bir çekince ve beyan koymaksızın 1985'te imzalamış, 10.03.2016 tarih ve 6684 sayılı "11 Nolu Protokol ile Değişik İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Ek 7 Nolu Protokolün Onaylanmasının Uygun Bulunmasına Dair Kanun"un (RG 25.03.2016-29664) kabulünden sonra, 28.03.2016 tarih ve 2016/8717 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile onay işlemi tamamlanmış (RG 08.04.2016-29678) 01.08.2016 tarihinde yürürlüğe sokulmuştur.

³ Gerçekten Latince 'ne' (ya da bazen 'non bis idem' kullanımında karşılaştığımız 'non') olumsuzluk anlamı taşımakta, 'bis' 'tekrar', 'idem' ise 'aynı' anlamlarına gelmektedir (www.online-latin-dictionary.com/). Bu nedenle kavrama geçmişte verilen anlamlar da günümüzde bu kavramın suç ve kabahatler arasında da geçerli olacak şekilde uygulanması da kavramı yorumlayanın iradesine bağlı olarak değişmektedir.

⁴ 7. Protokolün imza ve onay sürecine ilişkin detaylı liste için: https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/117/signatures?p_auth=FhZpgDNC

landa kararıyla,⁵ cezayı özerk bir kavram olarak devletlerin iç hukukundan bağımsız olarak tanımlamanın yolunu açmıştır. Mahkeme daha sonra 1984'te verdiği Öztürk/Almanya kararında,⁶ 'ceza nedir?' sorusunu, 'tazmine değil cezalandırma veya caydırıcılığa yönelik yaptırımlardır' şeklinde cevaplayarak, bir yaptırımın iç hukukta suç ya da kabahat olarak tanımlanmasından bağımsız, objektif bir bakış açısı geliştirmiştir. Bu bakış açısı 1994'te verilen Bendenoun/Fransa kararında vergi cezaları özelinde de uygulanır hale gelmiş,⁷ böylece vergi suç ve kabahatleri arasındaki ayırım da Avrupa insan hakları hukuku açısından silikleşmiştir.

Hiç şüphesiz kabahat-suç ayırımının nesnelliği tartışması İHAM içtihadı ile sınırlı değildir. Öğretide öteden beri bir fiilin suç veya kabahat olarak sınıflandırılması dayanağı tartışma konusu olmuş ve 'suç ve kabahat arasındaki fark nedir?' sorusunun cevabı, 'yöneldikleri amaçlar',⁸ 'korunan toplumsal değerler' gibi öznel ölçütlere bağlı olarak verilmeye çalışılmıştır.⁹ Ne var ki suç ve kabahat formları arasında niteliksel açıdan ayırım yapılmasını sağlayacak nesnel bir ölçüt yoktur. Ayırım, suça veya kabahate bağlanan yaptırım kararının hangi makam tarafından ve nasıl bir usul izlenerek verildiğine dayanmakta, suça bağlanan cezalar ceza mahkemesi tarafından verilmekte iken, kabahate bağlanan yaptırımlar idari bir işlem şeklinde ortaya çıkmaktadır. Yaptırım çeşitleri ve yaptırım kararının verilmesi usulü, kanun koyucu tarafından belirlenmekte, bu belirlemede nesnel ve genel geçer ölçütlerden çok, kanun koyucuya hâkim siyasal¹⁰ ve sosyal bakış açısı etkili olmaktadır. Dolayısıyla bir fiil kanundaki tanımlanmasına bağlı olarak suç veya kabahat olarak nitelendirilir.

Suç ve kabahat arasındaki bu şekli ayrıma karşın, İHAM içtihadında da kabul edildiği üzere değişmeyen ortak bir özellikleri bulun-

⁵ Engel/ Hollanda, 08.06.1976, paragraf 82

⁶ Öztürk/Almanya, 21.02.1984, paragraf 53

⁷ Bendenoun/Fransa, 24.02.1994, paragraf 47

⁸ Doğan Şenyüz, Vergi Ceza Hukuku, Ekin Yay, Bursa, 2017, s 29

⁹ Bu konudaki görüş farklılıklarının özeti ve değerlendirmesi için: Mahmut Kaşıkçı, Türk Hukukunda Vergi Kaçakçılığı Suçları, Ethemler İstanbul 2007, s 107-118. Kayıhan İçel, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Beta Yay, İstanbul, 2017, s 227

¹⁰ İçel, s 228. Bu nedenle suç tanımı yapılırken, kanun koyucunun suç olarak tanımladığı fiil suçtur şeklindeki tespit (Tahir Taner, Ceza Hukuku Umumi Kısım, 3. Baskı, İÜ Yay, İstanbul, 1953, s 80) daha gerçekçidir.

maktadır: Yaptırımların tazmine değil, cezalandırmaya ya da caydırılmaya yönelik olmaları. Dolayısıyla bir hukuk düzeninde aynı fiilin bazen hem suç hem de kabahat olarak tanınması idari yaptırımların da ne bis in idem kuralının koruma kapsamına alınması ihtiyacını doğurmaktadır.

Ne var ki P 7 md 4 metninde kabahatler ya da idari yaptırımlardan bahsedilmemesi karşısında, Mahkemenin “ne bis in idem” denetimi, ayniyet (idem) ve mükerrerlik (bis) kavramlarının yorumu üzerinden şekillenmiş, denetim izleği de dava konusu olayda öncelikle ayniyet ardından mükerrerliğin oluşup oluşmadığı şeklinde sıralanmıştır. Bu çalışmada da aynı sıra izlenerek İHAM içtihadı ışığında Türk hukukundaki kabahat ve suçlar arasında öncelikle yaptırıma bağlanan fiiller açısından (1) ayniyet (idem) sorunu ele alınacaktır. Daha sonra ise öngörülen yaptırımların bütünselliği ve izlenecek muhakeme süreçleri açısından (2) mükerrerlik (bis) oluşup oluşmadığı irdelenecektir.

1. Ayniyet (idem) Sorunu

Ayniyet sorunu, soyuttan somuta uzanan üç alt başlıklı bir incelemeyi gerektirir. Bu izlek, önce (1) konunun ceza hukuku teorisini de içeren kavramsal temeli, ardından (2) İHAM’ın bu kavramsal temeli ne şekilde tanımlayıp uyguladığı ve son olarak (3) Türk hukukundaki mevcut durumun ilk iki başlıkta belirlenen içerikle uyumu şeklinde sıralanacaktır.

1.1. Teorik Altyapı

Ayniyet (idem) kavramına ilişkin en önemli tartışma, ‘aynı’ olmakla neyin kastedildiğidir. Bu nedenle öncelikli çaba, “aynı (idem) x hakkında, mükerrer (bis) y yapılamaz” kuralındaki “x” öznesinin belirlenmesi faaliyetidir. Dolayısıyla mükerrerliğin belirlenmesine göre daha önceliklidir ve muhakeme konusu olayda ayniyetin tespit edilememesi halinde mükerrerlik denetimine de gerek kalmayacaktır.

Kavramsal bir tartışmada, mükerrerlik yasağının öznesi ya saf haliyle bir fiil, ya da bu fiili bir ya da birden çok yaptırıma bağlayan iç hukuk kuralları olabilir. Aynı olandan kastedilen fiil ise, bu fiil için sadece bir suçun/kabahatin konusunu oluşturacak, aynı fiile bağlanan

diğer suç/kabahat tipi bir ayniyet doğuracaktır. Oysa 'aynı' olandan kastedilen fiil değil de suç ise, failin sadece aynı suç nedeniyle yeniden yargılanıp yargılanmadığına bakılacak, fiilin ilgili hukuk düzeninde birden çok suç/kabahat oluşturmasında ayniyet açısından bir sorun oluşturmayacaktır.

Gerçekten, örneğin bir kamu görevlisine yönelik bir ifade, tek bir fiil oluşturmakla beraber ilgili hukuk düzeninde birden çok suç tipi altında düzenlenebilir. Örneğin bir kamu görevlisine yönelik bir fiilin aynı anda hem hakaret, hem de kamu düzenini bozma suçlarını oluşturabilecektir. Yasaklanan aynı suçtan yeniden yargılanma ise bu durumda yapılacak iki ayrı yargılamanın aynı suçu konu aldığı söylemeyecek, bir devlet aynı fiil için birden çok suç ihdas edebilecektir. Yok, eğer yasaklanan aynı suçun değil aynı fiilin yeniden yargılamaya konu edilmesi ise, be sefer aksi sonuca ulaşmak gerekecektir. Dolayısıyla aynı olandan kastedilenin kural (örneğin suç normu) olması şüphelinin/sanığın aleyhine, fiil olması ise şüphelinin/sanığın lehinedir.

Ceza hukuku öğretisinde fikri içtima kavramı tartışmasına ilişkin görüş ayrılığını da bu kapsamda hatırlatmak gerekir. Sözü ettiğimiz ayrılığın, fiili bir kavram olarak belirlerken hareket ve sonuç kavramlarına verilen anlamdan doğduğu görülmektedir.¹¹ Harekete üstünlük tanıyan ilk görüş, aynı eylemin birden çok sonuca yol açması halinde dahi tek bir suç işlenmiş sayılacağını savunmaktadır.¹² Bu soyut açıklama, suçların içtimaı kurumunda somut sonuçlar doğurmaktadır. Tek bir hareketle birden çok ceza normunun ihlali halinde, hareket tek olduğundan faile ancak bir ceza verilecektir.

İkinci görüş ise, fiili dış dünyada değişiklik şeklinde gerçekleşen bir bütün olarak tanımlamakta, 'fiil', hareket yanında bu hareketin doğurduğu sonucu da kapsamaktadır. Bu durumda fiil, hukuksal bir kavram olarak, hareket, sonuç ve nedensellik bağı unsurlarını içinde taşımaktadır.¹³ Dolayısıyla tek hareketle doğan birden çok sonuç, bir-

¹¹ Bu tartışma için: Veli Özer Özbek/Koray Doğan/Pınar Bacaksız/İlker Tepe, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yay, Ankara 2017, s 550-553. Neslihan Göktürk, "Türk Hukukunda Suçların İçtimaı", *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi*, C 2, S 1-2, Y2014, s 33-36

¹² İçel, s 263

¹³ Nevzat Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Savaş Yay, Ankara 2012, s 344.

den çok fiilin işlendiği anlamına gelebilecek ve böylece aynı hareketle birden çok suç doğabilecektir.

Sonuç unsurunu dikkate alan ikinci görüş açısından bir alt ayırım daha yapılması gerekir. Sonuç kavramı ile 'maddi âlemde doğan olayların' mı, yoksa maddi âlemde farklı bir sonuç doğmasına bakılmaksızın 'aynı fiile bağlanan hukuksal yaptırımların' mı kastedildiği bizi farklı sonuçlara götürecektir. Maddi sonuçlar ile normatif sonuçlar şeklinde tanımlanabilecek bu ayırım öğretideki klasikleşmiş örnek üzerinden somutlaştırabilir: Bir patlayıcı ile bir kişi öldürülür, diğeri yaralanır ve bir başkasının binasına hasar verilirse birden çok suç işlenmiş olur.¹⁴ Ancak burada birden çok suçun işlenmiş sayılması maddi âlemde doğan (öldürme, yaralama, mala zarar verme gibi) gerçek sonuçlardır. Oysa bir kişinin işlediği aynı fiil (örneğin kamu görevlisine hakaret) ile maddi âlemde farklı sonuçlar doğmaksızın salt birden çok ceza normunu ihlal etmesi ihtimalinde doğan normatif sonuçların (hakaret, kamu düzenini bozma) çokluğu kurmaca/sanaldır.¹⁵

Bu durumda ceza hukuku öğretisinde karşımıza çıkan ve fiili hareket olarak değerlendiren görüş şüpheli/sanık lehine bir sonuç doğurmakta iken; fiilin sonuç unsurunu da içine aldığı, dolayısıyla tek hareketle yaratılan birden çok sonucun ayrı fiiller olarak farklı ceza kurallarını ihlal edebileceği görüşü fail aleyhine bir sonuç doğurmaktadır. Oysa her iki bakış açısının dışında üçüncü bir yol olarak, sonuca ağırlık vermekle beraber 'sonuç' unsurunu kanundaki normatif durumla değil, maddi âlemdeki karşılaşılan olay bazında dikkate almak mümkündür. Bir başka deyişle fiilin sonuçları dikkate alınmalı ancak bu sonuçlar, birden çok yaptırıma bağlanmaktan doğan kurmaca/sanal sonuçlar değil, maddi âlemde gözlenebilen gerçek sonuçlar olmalıdır. Bu konuya aşağıda Türk hukuku açısından yapılacak değerlendirmede fikri içtima açısından doğacak somut sonuçları belirlerken döneceğiz ama bundan önce İHAS sistemindeki uygulamaya bakmak gerekecek.

İçel, s 262

¹⁴ Toroslu, s 345. İçel, s 573

¹⁵ Bu nedenle suçların sayısını belirlemede, hareketin sayısının değil kanuni tiplerin sayısının dikkate alınması gerektiği yönündeki görüş de (İçel, s 573) hatalıdır ve aşağıda irdedeceğimiz İHAM içtihadı bu görüşün esas alınmasını gerektirmemektedir.

1.2. İHAM'ın Gördüğü

Konuyla ilgili teorik tartışma ve fikir ayrılığı, uluslararası insan hakları belgelerine de yansımıştır. “Aynı (idem) olan nedir?” sorusunun cevabını ararken farklı metinlerde karşımıza çıkan cevaplar, suç (offence), neden (cause), hareket (act) ya da eylem (conduct) şeklinde sıralanmaktadır.¹⁶ Bu terim karmaşasının yanında, metnin uygulama sırasında lafzından farklı bir biçimde yorumlandığı da bir gerçektir. Hatta bu durumun en bariz örneği de bu çalışmaya konu olan P 7 md 4 fıkra 1 düzenlemesidir.

Düzenlemeye göre, “Hiç kimse bir devletin ceza yargılaması usulüne ve yasaya uygun olarak kesin bir hükümle mahkûm edildiği ya da beraat ettiği bir suçtan dolayı aynı devletin yargısal yetkisi altındaki yargılama usulleri çerçevesinde **yeniden yargılanamaz veya mahkûm edilemez.**” Koyularak gösterildiği üzere mükerrerlik yasağına konu edilen fiil değil suçken, İHAM “suç” kavramını iç hukuktaki anlamıyla sınırlı olarak yorumlamamış, dahası ayniyet (idem) başlığı altında farklı tarihlerdeki çelişkili kararları Zolotukhin/Rusya kararında örnekleriyle göstermiş ve ayniyet (idem) kavramını belirli bir tanıma oturtmaya çalışmıştır.

Bu çaba çerçevesinde Mahkeme, daha önceki bazı kararlarda ayniyet kavramı yorumlanırken kullanılan ‘esaslı unsurlar’ ölçütünden vazgeçmiştir. Çünkü bu ölçüt, adeta bir maymuncuk işlevi görmekteydi. Kimi zaman suçun manevi unsurları “esaslı unsur” kabul edilerek aynı fiili cezalandıran iki normdan birinin kastı gerektirmesi diğerinin taksirle de işlenebilmesi halinde, ikisi arasında bir ayniyet bulunmadığı sonucuna varılıyordu.¹⁷ Kimi zaman ise aynı fiili yaptırıma bağlayan farklı normların farklı hukuksal yararları koruduğu gerekçesiyle

¹⁶ Nitekim P 7 md 4, Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi md 14, Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı md 50’de suç (offence), İnsan Hakları Amerikan Sözleşmesi neden (cause), Schengen Anlaşması hareket (act), Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü md 20 fiil (conduct) terimlerini içermektedir: Norel Neagu, “Interpretation of European Courts: Towards Uniform Interpretation”, *Leiden Journal of International Law*, Y 2012, N 25, s 956

¹⁷ Gerçekten, Ponsetti ve Chesnel /Fransa kararında başvuruca aynı fiili nedeniyle verilen iki ayrı cezayı değerlendirilmiş, davaya konu süresinde beyanname vermeme ile kasten işlenebilen beyannameyle vergi kaçırma suçları arasında bir ayniyet (idem) olmadığı sonucuna varılmıştır. Dolayısıyla esaslı unsur ölçütü bu davada suçun manevi unsuru olan kasıt-taksir ayırımına dayandırılmıştır. Ponsetti ve Chesnel /Fransa, 3. Daire, 14.09.1999 (kabul edilemezlik kararı)

aralarında ayniyet bulunmadığı tespitine dayanak oluştuyordu.¹⁸ Esaslı unsurlar ölçütünün bu kadar belirsiz ve geniş bir içerikle kullanılması, fiilin değil suçun (devletin iç hukukunun) dikkate alınmasını sağlarken, Mahkeme içtihadının objektif bir temele oturmasına da engel olmaktaydı.

İşte Zolotukhin kararıyla ayniyet (idem) kavramının içeriğinin belirlenmesi için 'esaslı unsurlar' (essential elements) yerine olay temelinde (fact base) bir çözümü benimsemiş, aynı (idem) olandan anlaşılması gerekenin "aynı olaylar veya özünde aynı olan olaylar" olduğu tespit edilmiştir.¹⁹ Ancak dikkat çekeceği üzere, İHAM'ın bu yeni içtihadı, yukarıdaki teorik ayrımında -fiil mi yoksa iç hukuktaki sınıflama mı olacağı- tartışmasına hiç girmemekte, ceza hukuku teorisine ilişkin açık bir belirlemeyi de içermemektedir. Ne var ki, bakış açısının 'hareket ya da ceza normu değil', 'olay' temeline oturtulmuş olması üstü kapalı bir biçimde maddi âlemde doğan sonuçların dikkate alınacağını göstermektedir.

Daha sonra verilen Glantz/Finlandiya kararına konu olayda ise vergi kaçakçılığı yaptığı tespit edilen başvurucu hakkında hem hapis cezası verilmiş, hem de para cezası niteliğinde bir ek mali yükümlülük (surcharge) uygulanmıştır. Mahkeme Zolotukhin kararına atıf yaparak olayda hem cezai hem de idari yaptırımların başvuranın gerçeğe aykırı (düşük) vergi beyanından doğduğunu belirlemiştir.²⁰ Dolayısıyla bu olayda iki farklı cezaya tabi tutulan fiil aynıdır (idem). Glantz ka-

¹⁸ Rosenquist/İsveç kararında ise suçun unsurları değil, cezanın koruduğu hukuki yarar görüntüsü altında karşımıza çıkmıştır. Karara konu olayda vergi beyanname vermeyerek kaçakçılık suçu işleyen başvurucuya hapis cezası yanında, hem de ziyaa uğrattığı tutarının %40'ı oranında cezai nitelikte ek yükümlülük (surcharge) uygulanmıştır. Mahkeme idari para cezasının amacının hapis cezasından farklı olmak üzere, beyana dayalı vergi sisteminin ayakta tutulması için, vergi ödevlilerinin kapsamlı ve doğru olgusal bilgi ve materyal sunma temel görevleri ile etkin bir uyumluluğun sağlanması için gerekli olduğunu yani koruduğu hukuki yararın farklı olduğu gerekçesiyle ihlal kararı vermemiştir. Rosenquist/İsveç, 4. Daire, 14.09.2004 (kabul edilemezlik kararı)

¹⁹ Zolotukhin/Rusya, Büyük Daire, 10.02.2009, paragraf 84

²⁰ Glantz/Finlandiya, 4. Daire, 20.08.2014, paragraf 52. Keza Lucky Dev/İsveç kararında da, başvurucu hakkındaki vergi kaçakçılığı suçlamasıyla ceza niteliği taşıyan ek yükümlülük yaptırımının, başvurunun gerçek dışı vergi beyanıyla aynı döneme ait aynı miktardaki vergiyi vergilendirme dışı bırakma fiiline karşılık uygulandığı gözetilerek ayniyet (idem) unsurunun var olduğu tespit edilmiştir.

rarının 'idem' açısından ulaştığı bu sonucun, aşağıda eleştirilecek 'bis' açısından ulaştığı sonuçtan farklı olmak üzere tutarlı ve doğru olduğu görülmektedir. Zira başvuru vergi beyannamesinde gelirini doğru beyan etmemesi sonucunda doğan kaçakçılık suçu ile vergi ziyayı kabahati aynı olayla aynı anda doğmuştur.

Glantz kararından sonra verilen Lucky Dev/İsveç kararında ise bu maddi sonuçlar yaklaşımı daha belirgin bir hal almıştır. Karara konu olayda başvuruçunun itham edildiği defter hilesi suçunun unsurlarıyla, vergi kaybına bağlı uygulanan cezai nitelikteki yaptırımın farklı olaylardan kaynaklandığı belirlenerek ayniyet unsurunun oluşmadığı sonucuna ulaşılmıştır. Mahkeme bu çerçevede vergi kaçakçılığı suçunun defterlerde usulsüzlük yapılmadan da işlenebilecek nitelikte olduğunu, defterlerde doğru kayıt yükümlülüğünün vergisel sonuçlardan bağımsız olduğunu ve dolayısıyla her iki suç arasında olay yönünden bir örtüşme olmadığını belirlemiştir.²¹ Gerçekten defterlerde yapılan gerçek dışı kayıtlar ile gerçek dışı/düşük tutarlı bir vergi beyannamesi verilmesi fiilleri birbirinden farklı tarihlerde işlenmekte ve birbirlerinden ayrılabilirlerdir.

Bu değerlendirme vergi cezaları kapsamında 'idem' unsuru açısından önemli bir tartışmayı da içinde barındırmaktadır: Defterlerdeki usulsüzlüklerin vergi kaçakçılığı amacıyla işlenmesi halinde söz konusu olan aynı fiil değil midir? Bu soruyu ilgili devletteki vergi sistemi ve suç tiplerine göre cevaplamak gerekir. Beyana dayalı bir sistemde verginin kaçırılması fiili, eksik/hatalı bilgileri içeren vergi beyannamesinin idareye sunulması ile işlenir. Defterlerde hileli kayıt tutmak ise bağımsız olarak vergi kaçırma suçunu oluşturmaksızın aynı amaca yönelik bağımsız bir fiildir. Tıpkı salt cinayet suçunu işlemek için ruhsatsız silah edinilmesinin, cinayet suçunu oluşturan hareketler kapsamında içinde değerlendirilmeyip ya da içtima uygulanmadan ayrı bir cezanın konusunu oluşturması gibi. Nitekim daha az vergi ödemek için sahte belge kullanma ve ilgili vergi döneminde vergi matrahını daha düşük gösterme fiilleri (tıpkı ruhsatsız silah-cinayet örneğindeki gibi) aynı amaç için ifa edilse bile, toplamda ilki tehlike ikincisi ise

²¹ Lucky Dev/İsveç, 5. Daire, 27.02.2015, paragraf 55

zarar doğuran iki ayrı fiil vardır. Dolayısıyla tehlike ve zarar sonucu doğuran ve farklı tarihlerde ifa edilen iki ayrı fiil nedeniyle birden çok suç/kabahat işlenmiş olacak ve ikisi arasında bir ayniyet ilişkisi bulunmayacaktır. Bu saptamanın sonuçları aşağıda Türk hukuku açısından özel olarak ele alınacaktır.

Ancak bunu yapmadan hemen önce bir hatırlatma yapmakta fayda var. İHAM aynı fiil nedeniyle tüzel kişi temsilcisinin adli ceza, tüzel kişinin ise idari ceza yaptırımını ile muhatap olması durumunda idem koşulunun gerçekleşmeyeceğini Pirttimaki/Finlandiya kararıyla ortaya koymuştur.²² Dolayısıyla en azından şimdilik ayniyet (idem) kaynaklı sorunların gerçek kişi vergi mükellefleri ile sınırlı olduğu görülmektedir. Şimdi Türk hukukundaki duruma geçebiliriz.

1.3. Türk Hukukunda Olan

Türk Hukukunun İHAM içtihadı ile ayniyet (idem) kavramı açısından uyumu sorunu VUK'ta yer alan üç ayrı hükme bağlı olarak incelenmelidir.²³ Bu düzenlemelerden birincisi md 359'da yer alan *“Kaçakçılık suçlarını işleyenler hakkında bu maddede yazılı cezaların uygulanması 344 üncü maddede yazılı vergi ziyai cezasının ayrıca uygulanmasına engel teşkil etmez”* hükmüdür. İkincisi md 336'daki *“Cezayı istilzam eden tek bir fiil ile vergi ziyai ve usulsüzlük birlikte işlenmiş olursa bunlara ait cezalardan sadece miktar itibarıyla en ağırı kesilir”* hükmüdür. Üçüncü hükümse md 340'da yer alan *“Bu kanunda yazılı vergi ziyai cezası ve usulsüzlük cezaları*

²² Pirttimaki/Finlandiya, 4. Daire, 20.08.2014, paragraf 50-52

²³ Zira vergi cezalarının içtimasında, genel hüküm olan Kabahatler Kanunu md 15 değil, hem suç ve kabahatler, hem de kabahatler arası cezalar arasındaki içtima için özel hükümler içeren VUK'un uygulanması gerekir: Funda Başaran Yavaşlar, Vergi Suç ve Kabahatleri Hukukunda Son Durum, *İstanbul Barosu Dergisi*, C 82, S 6, s 2847. Kabahatler Kanunu md 15- (1) Bir fiil ile birden fazla kabahatin işlenmesi halinde bu kabahatlere ilişkin tanımlarda sadece idarî para cezası öngörülmüşse, en ağır idarî para cezası verilir. Bu kabahatlerle ilgili olarak kanunda idarî para cezasından başka idarî yaptırımlar da öngörülmüş ise, bu yaptırımların her birinin uygulanmasına karar verilir.

(2) Aynı kabahatin birden fazla işlenmesi halinde her bir kabahatle ilgili olarak ayrı ayrı idarî para cezası verilir. Kesintisiz fiille işlenebilen kabahatlerde, bu nedenle idarî yaptırım kararı verilinceye kadar fiil tek sayılır.

(3) Bir fiil hem kabahat hem de suç olarak tanımlanmış ise, sadece suçtan dolayı yaptırım uygulanabilir. Ancak, suçtan dolayı yaptırım uygulanamayan hallerde kabahat dolayısıyla yaptırım uygulanır.

ile 359 uncu maddede ve diğer kanunlarda yazılı cezalar; içtima ve tekerrür hükümleri bakımından birleştirilemez" düzenlemesidir. Anlaşıldığı kadarıyla md 340 ile aslında kaçakçılık suçları ile usulsüzlük-vergi ziyai kabahatleri arasında içtima uygulanmayacağı düzenlenmiş, bozuk bir sistematik sonucunda md 359 aynı hükmü vergi kaçakçılığı-vergi ziyai açısından tekrarlamıştır. Bu nedenle aşağıda, önce (1) kaçakçılık- vergi ziyai, sonra (2) vergi ziyai-usulsüzlük, ardından (3) kaçakçılık-usulsüzlük ve son olarak (4) özel usulsüzlüğün vergi ziyai, usulsüzlük ve kaçakçılıkla ilişkisi üzerinde durulacaktır.

Ne var ki aşağıda bu alt başlıklara geçmeden önce, bir ön sorun olarak ayniyet irdelemesine konu VUK md 359'da yer alan "kaçakçılık" suçlarının niteliğine dikkat çekilerek bir yanlış anlamanın önüne geçilmelidir. Çünkü madde başlığında yer alan "vergi kaçakçılığı" terimi, 'vergi kayıtlarının gerçek dışı ya da hiç tutulmaması şeklinde bir usulsüzlük fiili' ile 'ödenmesi gereken verginin ödenmemesi' fiilinin sonuçlarının bir arada bulunacağı bir düzenlemeyle karşılaşacağımız beklentisini doğurur. Ne var ki, md 359 içeriği incelendiğinde madde-nin aslında dört ayrı suçu aynı madde içinde düzenlediği, ancak bu dört suçtan hiçbirinin sözel anlamıyla "vergi kaçırma" fiilini içermediği görülür.²⁴ Dolayısıyla vergi kaçakçılığı ifadesinin yarattığı beklentinin aksine, md 359'daki suçların tamamı tehlike suçu niteliği taşır ve dolayısıyla suçun işlenmesi için vergi ziyai sonucunun gerçekleşmesi gerekmez. Karşılaştırmalı hukuk açısından bakıldığında Avrupa'daki pek çok örnekte görüldüğü üzere bu hüküm konusu düzenleme, bir vergi kaybindan ziyade hileli fiil niteliğiyle ön plana çıktığı için kaçakçılık (evasion) değil hile (fraud)²⁵ terimi ile karşılanır.²⁶ Bu hileli

²⁴ Gerçekten md 359 ile düzenlenen suçlar, özetle ve sırasıyla şu şekildedir:1) Defter ve kayıtlarda hile yapma, vergi matrahının azalması sonucunu doğuracak şekilde çifte kayıt tutma,

2) Defter, kayıt ve belgeleri tahrif etme, ibraz etmeme de dâhil olmak üzere gizleme veya muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge düzenleme veya kullanma

3) Defter, kayıt ve belgeleri yok etme, sahte belge düzenleme veya kullanma

4)Ancak Maliye Bakanlığı ile anlaşması bulunan kişilerin basabileceği belgeleri, Bakanlık ile anlaşması olmadığı halde basma veya bilerek kullanma

²⁵ Adolf Berger, Encyclopedic Dictionary of Roman Law, Philadelphia 1953, s 477

²⁶ Kaşıkçı, s 11. Nitekim VUK'un mülga 357. maddesi bugün kaçakçılık suçları arasında yer verilen sahte ve muhteviyatı itibariyle yanıltıcı vesika tanzim etme fiilini, "hileli vergi suçu" başlığı altında düzenlemekteydi. (Ertuğrul Akçaoğlu, "Vergi Ziyai Kavramı Üzerine Bazı Tespit ve Değerlendirmeler", Vergi Kaçakçılığı

fiillerin defter, kayıt ve belge düzenine ilişkin olması karşısında, aslında daha basit halleri birer kabahat olarak düzenlenen usulsüzlük fiillerinin, suç olarak tipikleştirilmiş “nitelikli” hallerini oluşturduğunu söylemek mümkündür. Bu saptamadan sonra şimdi ayniyet sorununu her bir ceza özelinde daha ayrıntılı incelemeye geçebiliriz.

1.3.1. Kaçakçılık - Vergi Ziyayı İlişkisi

Türk hukukundaki genel sistematik açısından karşılaştığımız durum özetle şudur: VUK md 359’da yer verilen fiillerin icrası iki ayrı sonuç doğurabilmektedir. Bunlardan birincisi vergi kaybı yaşanmasa da, bu kayıp tehlikesinin yaptırıma bağlanmasıdır. Dolayısıyla md 359’a konu fiillerle vergi ziyayı sonucu doğurmadan suçun işlenmesi mümkündür. İkincisi ise anılan fiillerin işlenmesi sonucunda ayrıca vergi kaybı da doğmuşsa, VUK md 344’te düzenlenen vergi ziyayı cezası uygulanacaktır. Düzenlemenin bu haliyle md 359’da yer verilen fiiller sonucunda zararın yani bir vergi kaybının doğmasının ağırlaştırıcı bir neden olarak görülmediği, bunun yerine doğan tehlike ve zararın bir bileşik suç formunda değil ayrı ayrı formlarda düzenlenmesinin tercih ettiği anlaşılmaktadır.

Cezai yaptırıma bağlanan bir fiilin sonucu ya vergi kaybı ya da belge/kayıt düzeninin ihlalidir.²⁷ Bu gözle bakıldığında, VUK md 359 ile usulsüzlüğün ve tehlikenin, VUK md 344 ileyse vergi kaybının yani zararın yaptırıma bağlanmaya çalışıldığı görülür. Kanun koyucunun böyle bir tercihte bulunması -her ne kadar aşağıda ele alınacak uygulamadan kaynaklı bazı sorunlarla karşılaşılsa da- kendi içinde tutarlıdır. Tehlikenin ayrı, bu tehlikenin sonuç doğurarak belirli bir zarara dönüşmesi halinde bu zararın ilave bir yaptırıma bağlanması, -cezalandırılan maddi sonuçlar arasında bir örtüşme ve buna bağlı olarak yargılamada mükerrerlik oluşturmadığı sürece- ne bis in idem kuralına aykırı değildir.

Özellikle belirtmek gerekir ki, Glantz kararında varılan sonuca göre de, kaçakçılık ve vergi ziyayı suçları arasında bir ayniyet yoktur.

²⁷ Suçları Sempozyum Kitabı, Yetkin Yay, Ankara 2018, s 32)
Turgut Candan, Vergisel Kabahatler Hukuku, <https://turgutcandan.com/2012/10/03/vergisel-kabahatler-hukuku/> 25.03.2018

Nitekim Glantz kararına konu olayda, o dönemde Finlandiya hukukundaki vergi kaçakçılığı suçunun gerçek anlamıyla kullanıldığı, dolayısıyla kararda da tespit edildiği üzere vergi kaçakçılığı suçu ile vergi kaybından doğan cezai nitelikteki yaptırımın, düşük vergi beyanından kaynaklandığı görülmektedir.²⁸ Bir başka deyişle, Finlandiya hukukunda vergi kaçakçılığı olarak adlandırılan fiil, aynı zamanda vergi ziyayı sonucunu doğuran olması gerekenden düşük tutarlı beyanname verilmesi ile gerçekleşmiştir. Bu durumda her iki yaptırımı konu eden suç ve kabahat normları arasındaki ayniyet ilişkisi açıktır. Oysa Türk hukukunda vergi kaçakçılığı suçları olarak adlandırılan fiiller ile vergi ziyayı arasında oluşum tarihi açısından bir fark vardır. Vergi ziyayı kabahati, defter ve kayıtlarda hile yapılması, sahte fatura düzenlenmesi ve kullanılması suçları işlendiği anda değil, doğan vergi borcunun tahakkuk etmesi gerektiği anda işlenir. Türk hukukunda vergi kaçakçılığı suçu ile vergi ziyayı kabahati arasında ayniyet (idem) unsuru açısından bir sorun bulunmamakta, buradaki tereddüt de kanunun aslında vergi kaçakçılığı kimliğini taşımayan suç tiplerini vergi kaçakçılığı olarak adlandırmasından kaynaklanmaktadır. Mükerrerlik (bis) açısından yapılacak değerlendirmeye ise aşağıda yer verilecektir.

1.3.2. Vergi Ziyayı-Usulsüzlük İlişkisi

VUK md 336, VUK md 359 ve md 340'taki düzenlemelerden farklı olarak *"Cezayı istilzam eden tek bir fiil ile vergi ziyayı ve usulsüzlük birlikte işlenmiş olursa bunlara ait cezalardan sadece miktar itibarıyla en ağırı kesilir"* şeklindeki içeriğiyle bir soru işareti doğurur. Çünkü gerek md 359 ile kaçakçılık ve vergi ziyayı arasında, md 340 ile de usulsüzlük ve kaçakçılık cezalarında içtima kuralının uygulanmayacağı düzenlenmişken, md 336 ile aksi yönde bir tercihte bulunulmuştur. Üstelik vergi ziyayı (sözcük anlamıyla) bir zararı, usulsüzlük ise bir tehlikeyi doğurduğu halde, iki farklı sonucun tek bir cezaya bağlanması 'kanun koyucunun burada harekete üstünlük tanıyan görüşü mü benimsediği?' sorusunu akla getirir. Cevabı -hayır- olsa da, sorunun kaynağındaki tereddüt yersiz değildir.

²⁸ Glantz/Finlandiya, paragraf 52

Gerçekten tereddüdün kaynağı, VUK md 341'in "vergi ziyayı" şeklindeki başlığı ile madde içeriği arasında tam bir örtüşme bulunmamasıdır. Düzenlemeye göre "*Vergi ziyayı, mükellefin veya sorumlunun vergilendirme ile ilgili ödevlerini zamanında yerine getirmemesi veya eksik yerine getirmesi yüzünden, verginin zamanında tahakkuk ettirilmemesini veya eksik tahakkuk ettirilmesini ifade eder*". Ne var ki, düzenlemeye konu fiillerden özellikle 'verginin zamanında tahakkuk ettirilmemesi', tahsil işlemine değil, tıpkı bazı usulsüzlük kabahatlerinde görüldüğü gibi tahakkuk safhasına ilişkindir. Böylelikle yaptırıma bağlanan sonuç, verginin ödenmemesi değil, verginin zamanında tahakkuk ettirilmemesi şeklinde karşımıza çıkmaktadır.²⁹

İşte bu noktada, VUK md 352/I'de düzenlenen usulsüzlük kabahati tiplerinden "*Vergi ve harç beyannamelerinin süresinde verilmemiş olması*" fiili ile VUK md 341'de düzenlenen "*vergilendirme ile ilgili ödevlerini zamanında yerine getirmemesi*" fiili arasında bir ayniyet ilişkisinin bulunduğu görülmektedir. Çünkü beyannamenin süresinde verilmemesi hem usulsüzlük hem de verginin tahakkukunu geciktireceği için vergi ziyayı sonucunu doğuracak ve aynı fiille iki ayrı kabahat işlenmiş olacaktır.³⁰ Dolayısıyla VUK md 336'nın en önemli işlevinin, tüm usulsüzlük ve vergi ziyayı kabahati tiplerini aynı yaptırım altında eritmek değil, sözcük anlamıyla vergi ziyayı niteliği taşımayan zamanında tahakkuk etmeme şeklindeki tek fiil için iki ayrı ceza verilmesini önlemek olduğu görülmektedir. VUK md 336 ile öngörülen içtima kuralı, kanunun içtimaya ilişkin diğer kurallarıyla çelişmemekte, vergi ziyayı ve usulsüzlük kabahatlerine ilişkin kanun yazımındaki özensizlik, VUK md 336 ile sistemsiz bir biçimde giderilmeye çalışılmaktadır.

²⁹ Aziz Taşdelen, Vergi Kabahatleri, Turhan Yay, Ankara 2010, s 122. Şenyüz, s 118. Vergi borcunun vadesinde ödenmemesi bir kabahat olarak düzenlenmediğinden, borcunu vadesinde ödemeyen vergi borçlusu için öngörülen tek yaptırım gecikme zammıdır. Bir başka deyişle vergi ziyayı kabahati geç tahakkukun, gecikme zammı ise geç ödemenin yaptırımıdır. Çoğu kez geç tahakkuk etme ile geç ödeme unsurları bir arada görüldüğünden aynı vergi borcu için farklı safhalarda öngörülen bu iki yaptırımın bir arada uygulanması mümkün olabilmektedir.

³⁰ Doğan Şenyüz/Mehmet Yüce/Adnan Gerçek, Vergi Hukuku Genel Hükümler, Ekin Yay, Bursa 2016, s 239-240. Nurettin Bilici, Vergi Hukuku, Savaş Yay, Ankara 2017, s 121

1.3.3. Kaçakçılık - Usulsüzlük İlişkisi

VUK md 340'da yer alan *"Bu kanunda yazılı vergi ziyayı cezası ve usulsüzlük cezaları ile 359 uncu maddede ve diğer kanunlarda yazılı cezalar; içtima ve tekerrür hükümleri bakımından birleştirilemez"* hükmü md 359'da düzenlenen suçlara uygulanacak yaptırımla md 353'te düzenlenen kabahatlere uygulanacak yaptırımlar arasında içtima uygulamasını engellemektedir. Oysa iki grup arasında bir genel norm-özel norm ilişkisi bulunmakta, hileli kayıt suçu aslında bazı usulsüzlük fiillerinin nitelikli halini oluşturmaktadır.

Nitekim VUK md 351'de usulsüzlüğün, *"vergi kanunlarının şekle ve usule müteallik hükümlerine riayet edilmemesi"* şeklindeki tanımını, içine md 359'da yer verilen fiillerin de girebileceği kadar geniştir. Keza md 359'da yer verilen *"Defter ve kayıtlarda hesap ve muhasebe hileleri yap(ma), hesap ve işlemleri vergi matrahının azalması sonucunu doğuracak şekilde tamamen veya kısmen başka defter, belge veya diğer kayıt ortamlarına kayde(tme)"* fiilleri, yer alan *"Bu Kanunun kayıt nizamına ait hükümlerine (Madde 215 - 219) uyulmamış olması"* fiilinin nitelikli halidir. Aradaki fark, md 359 ile kasıtlı işlenen ve daha dar kapsamlı fiilleri konu alınmışken, md 352'deki fiillerin taksirle de işlenebilmesidir.

Bu durumda kabahat olarak düzenlenen md 352'deki usulsüzlükler ile suç olarak düzenlenen md 359'daki usulsüzlükler arasındaki fark, ikinci grubun kanun koyucu tarafından konulan ek koşullarla beraber daha ağır bir yaptırıma bağlanmasından ibarettir. Öyleyse bu kurallar arasında özel norm-genel norm ilişkisi kurularak bunlardan sadece birinin uygulanması gerekmektedir. Öğretide³¹ görünürde birleşme olarak adlandırılan bu uygulamanın yapılmaması halinde aynıyet (idem) doğacağı da, md 340'ın aksi yöndeki düzenlemenin İHAM içtihadı ile bağdaşmadığı da açıktır.

1.3.4. Özel Usulsüzlüğün Vergi Ziyayı ve Kaçakçılıkla İlişkisi

Son olarak özel usulsüzlük cezasının diğer cezalarla ilişkisini ele almak gerekir. Bunlardan birincisi vergi ziyayı ile olan ilişkidir. VUK md 353, md 336'da öngörülen fikri içtima uygulaması kapsamında

³¹ Kayıhan İçel, Görünüşte Birleşme (İçtima) İlkeleri ve Yeni Türk Ceza Kanunu, *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Y 7 S 14, s 35-49

özel usulsüzlük cezaları açısından bir istisna getirmektedir: *“Bu maddede yazılı usulsüzlükler sonucunda vergi ziyayı da meydana geldiği takdirde bu ziyayın gerektirdiği vergi cezaları ayrıca kesilir ve bu cezalar hakkında 336 ncı madde hükmü uygulanmaz”*. Ne var ki, uygulamada Danıştay’ın bazı kararlarında (ne bis in idem ilkesinden açıkça bahsedilmese de) Kanunun bu hükmünü uygulamayarak iki kabahat arasında bir ayniyet varmışçasına hareket edildiği, hesap dönemi kapanmadan yapılan tespitlerde özel usulsüzlük, hesap dönemi kapandıktan sonraki tespitlerde ise sadece vergi ziyayı cezasının uygulanması gerektiği sonucuna ulaşıldığı görülmektedir.³²

Özel usulsüzlük başlığı altında sistematik bir bütünlükten uzak birden çok nitelikte fiil düzenlendiğinden, tüm bu kabahat tipleri açısından tek bir değerlendirme yapmak olanaksızdır. Nitekim VUK md 353’e detaylı olarak bakıldığında, belge düzeni, muhasebe sistemi, bildirim ve ibraz yükümlülüklerine uymamak ile diğer aykırılıklar başlığı altında toplanabilecek çok sayıda özel usulsüzlük fiili yer almaktadır. Bu durumda özel usulsüzlük- vergi ziyayı ilişkisinin çözümünde bu kabahatlere bağlanan yaptırımların “aynı olaylar veya özünde aynı olan olaylar” kaynaklı olup olmadığı farklı kabahat tipleri açısından ayrı ayrı değerlendirilmelidir.

Buna göre, işyeri kirasını elden ödeyen vergi sorumlusuna, bu durum ne zaman tespit edilirse edilsin VUK mükerrer md 355 kapsamında özel usulsüzlük cezası uygulanacak, ancak elden ödenen kira kaynaklı kesintinin zamanında tahakkuk ettirilmesi halinde vergi ziyayı doğmayacaktır. Kiranın hem elden ödenmesi, hem de gerekli beyan işleminin yapılmaması halinde ise her iki kabahat de işlenmiş sayılacaktır. Nitekim bu örnekte -işyeri kirasını elden ödeme- ve -beyanname vermeme- şeklinde birbirinden ayrı iki fiil bulunmaktadır. Böyle bir durumda her iki cezanın da uygulanması ayniyet (idem) açısından bir ihlal doğurmaz.

Buna karşın, her iki kabahate konu fillerin ayrılamayacak kadar iç içe geçtiği durumlarda ayniyet unsuru oluşacaktır. Örneğin düzenlenmesi gereken faturanın düzenlenmemesi halinde KDV yönün-

³² Örn: Danıştay 4. Daire E. 2010/1235 K. 2010/3644 T. 15.6.2010 (www.kazanci.com)

den kayıp tarihi ile özel usulsüzlük tarihi arasında fiilen bir birleşme oluşmaktadır. Çünkü örneğin gelir vergisinden farklı olmak üzere bir KDV beyannamesinin faturaya dayanmaması mümkün değildir. Bu durumda fatura düzenlememek ile beyannamede göstermemek aslında bölünemeyen bir ilişki doğmakta ve bu ilişkinin kendine özgü (sui generis) niteliği gereği, Danıştay'ın yukarıda anılan içtihadında uygulandığı gibi, dönem kapanmadan önce özel usulsüzlük, kapandıktan sonra ise vergi ziyayı cezası kesilmesini gerekmektedir.

İkinci olarak özel usulsüzlük-usulsüzlük ilişkisine bakmak gerekir. Konuyla ilgili genel hüküm md 336, özel hüküm md 353 olduğuna göre, özel usulsüzlük ile usulsüzlük cezalarının aynı anda uygulanamayacağı açıktır.

Son olarak ele alınması gereken, özel usulsüzlük- kaçakçılık fiilleri arasında tehlike sonucuna bağlanmaları nedeniyle bir benzerlik olduğu bilinmektedir. VUK md 353/8'de yer alan "*Belge basımı ile ilgili bildirim görevini tamamen veya kısmen yerine getirmeyen matbaa işletmecilerine 75.000.000 (900 TL) lira özel usulsüzlük cezası kesilir*" düzenlemesi ile 359/2-c bendinde yer alan "*ancak Maliye Bakanlığı ile anlaşması bulunan kişilerin basabileceği belgeleri, Bakanlık ile anlaşması olmadığı halde bas(ma)*" düzenlemesi buna örnektir. Ancak bu hükümler arasındaki ilişki bir ayniyet değil, bir genel norm- özel norm ilişkisidir.

Özel usulsüzlük açısından bakıldığında asıl sorunlu alan kaçakçılık fiilleri ile oluşabilen ayniyet halidir. Gerçekten, md 353 altında bulunan "*Verilmesi ve alınması icabeden fatura (...) verilmemesi, alınmaması veya düzenlenen bu belgelerde gerçek meblağdan farklı meblağlara yer verilmesi*" fiili ile md 359/2-b bendinde yer alan "*muhteviyatı itibarıyla yanıltıcı belge düzenleyenle(me)*" fiilleri arasındaki ayniyet açıktır. Bu durumda özel norm- genel norm ilişkisini de uygulamak mümkün görünmemekte, aynı fiil için hem kaçakçılık hem de özel usulsüzlük yaptırımı uygulanması gerekmektedir. Bu gereklilik ise bir ihlal sonucu doğurmaktadır.

2. Mükerrer Olan Nedir?

İHAM'ın mükerrerlik (bis) kavramıyla ilgili içtihadı "yargılamalar arasında esas ve zaman bakımından yakın bir bağlantı olması"

ölçütünün yorumuna göre şekillenmiştir. Bu ölçüt Glantz ve izleyen kararlarda, cezai ve idari yargılamalardan birinin nihai kararla bitmesine rağmen, diğerine devam edilmesinin mükerrerlik oluşturacağı şeklinde yorumlanmış, ancak A ve B/Norveç kararında bu yorum terk edilmiştir. Dolayısıyla “aynı fiil nedeniyle hem kaçakçılık hem vergi zıyaı cezası verilemeyeceği” ya da “iki ayrı yargılama yapılamayacağı” şeklindeki görüşlerin burada ayrıca ele alınmasına gerek bulunmamaktadır.

İHAM, A ve B/Norveç kararında “içerik ve süre yönünden yakın bağlantılı olma” ölçütünün unsurlarını yeniden belirlediğinden odak noktamız da bu ölçüttür. Bu ölçütün unsurlardan ilki (1) farklı yaptırımların bütünlüklü amaçlara yönelik olmasıdır. İkincisi ise (2) birden çok yargılama (cezai/idari) sürecinin öngörülebilir olmasıdır. Üçüncüsü (3) birden çok yargılama süreçlerinin karşılıklı etkileşime açıklığı ile delillerin toplanması ve değerlendirilmesi açısından mümkün olduğunca tekrara yer vermemesidir. Dördüncüsü ve en önemlisi de (4) ilk bitirilen yargılamanın sonucunun, ikinci yargılamada dikkate alınmasıdır.³³ Öyle görünüyor ki, ikinci unsurda yer alan ‘öngörülebilirlik’ unsuru, ‘ne bis in idem’ kuralından çok hukuk güvenliği ile ilgilidir. Keza üç ve dördüncü unsurlar da aslında yargılamalar arasındaki etkileşim şeklindeki tek bir başlık altında toplanabilir. Bu durumda aşağıdaki değerlendirme de (1) farklı yaptırımların bir bütünlük arz etmesi ve (2) yargılamalar arası etkileşim başlıkları altında yapılacaktır.

2.1. Yaptırımlar Arası İlişkinin Niteliği

Mükerrerliği önleyecek olan ‘yaptırımların bütünselliği’ kavramı, aynıyeten (idem) farklı olmak üzere, kanunla öngörülen suç ve kabahat tiplerine değil, yaptırım kurallarına ilişkindir. Basitçe ifade edersek, mükerrer yargılama süreci yaratılmadığı sürece, aynı suç için (para cezası, hapis cezası ve güvenlik tedbiri gibi) niteliği farklı ancak bir bütünlük oluşturan birden çok yaptırımın uygulanması mümkündür.³⁴ Nitekim bir uç sayılabilecek Glantz kararında dahi ceza mah-

³³ A ve B/Norveç, Büyük Daire, 15.11.2016, paragraf 132

³⁴ A ve B/Norveç, paragraf 130

kemesinin vereceği hapis cezası yanında bir de idari para cezasının verilmesi kanun koyucunun takdir alanı içinde bulunmuştur.³⁵ Bu kapsamda aynı nitelikteki fiiller için sadece idari para cezası ile yetinilmeden, ayrıca adli ceza sürecinin çalıştırılması taraf devletlerin takdir alanları içindedir.³⁶ Uygulanacak birden çok yaptırımın (örneğin bir hapis, bir para cezası değil de, iki ayrı hapis ya da iki ayrı para cezası gibi) aynı cinsten olması ise bir ihlal sonucu doğuracaktır.³⁷

Şimdi Türk hukuku açısından, yukarıda ayniyet başlığı altında daha detaylı ele aldığımız sorunlu alanları izleyerek ilerleyebiliriz. İlk olarak kaçakçılık ile vergi ziyayı arasındaki ilişki ile başlayalım. VUK md 359 kaçakçılık suçları için sadece hapis, md 344 ise sadece idari para cezası getirmektedir. İlk yaptırım doğan tehlikeyi, ikincisi ise doğan zararı yaptırım konusu yapmaktadır. Dolayısıyla hem yaptırım niteliği hem de yöneldikleri amaç yönünden bir bütünsellik oluşturdıklarından şüphe edilmemelidir. Bu normlara ilişkin yargılamaların etkileşimi sorunu ise aşağıdaki başlıkta ele alınacaktır.

İkinci olarak vergi ziyayı ile usulsüzlük ilişkisini düşünelim. VUK md 336 aynı fiille iki normun da ihlali halinde sadece bir ceza kesileceğini düzenlediğinden, bu başlıkta sorun doğurabilecek aynı cinsten iki (para) cezası sonucu doğmayacaktır.

Üçüncü ilişki tipi kaçakçılık ile usulsüzlük cezaları arasındadır. Yukarıda ele aldığımız üzere, kaçakçılık suçları arasında sadece hileli kayıt tutma suçu ile usulsüzlük kabahati arasında bir örtüşme olabilir. Ancak bunlar arasındaki ayniyet ilişkisi sabit olduğundan, her iki fiil için yürütülecek yargılamaların da mükerrerlik ve ihlal sonucunu doğurması kaçınılmazdır.

³⁵ Dolayısıyla aynı fiil için birden çok yaptırımın uygulanması hiçbir zaman tek başına bir ihlal gerekçesi oluşturmamış, nitekim Glantz kararında da ihlal gerekçesi yapılan husus yargılamalar arası etkileşim sorunu olarak gösterilmiştir (paragraf 60-61).

³⁶ A ve B/Norveç, paragraf 123

³⁷ Örneğin İHAM Ruotsalainen/Finlandiya kararında, aracına mazot yerine daha düşük vergi yüküne sahip bir yakıt kullandığı anlaşılan başvuruca, uygulanan basit vergi kaçakçılığı gerekçesiyle para cezası ile ceza niteliği taşıyan ikinci bir mali yaptırım uygulanmış, her iki cezanın da niteliği ve özü itibarı ile aynı olaydan kaynaklandığını tespit etmiştir. Bir karşılaştırma yapılacak olursa, Zolothukin kararına konu olaydaki aynı fiile uygulanan iki hapis cezasının yerini, bu olayda iki para cezası almıştır.

Son olarak özel usulsüzlük cezası ile diğerleri arasındaki ilişkiye bakalım ve kaçakçılıkla başlayalım. Özel usulsüzlük bir idari para, kaçakçılık fiilleri ise hapis cezası gerektirdiğinden (aşağıda ele alınacak yargulamaların etkileşimi sorunu dışında) farklı yaptırımların bir bütünsellik oluşturacağı anlaşılmaktadır. Vergi ziyayı ve usulsüzlük cezaları ise para cezası niteliği taşıdığından bir bütünsellik oluşmayacaktır. Ayrıca özel usulsüzlük kabahatleri ile usulsüzlük kabahatleri arasında bir örtüşmeye rastlanmamakla beraber, vergi ziyayı kabahati ile bir ayniyet oluşması mümkün olduğundan aynı fiil için özel usulsüzlük cezasının vergi ziyayı cezası ile uygulanmasının yaptırımların bütünlüğü açısından da ihlal doğurması kaçınılmazdır.

2.2. Yargılamalar Arası Etkileşim

Yargılamaların etkileşimi, ilişkili sorunlar çerçevesinde yargılama yapan farklı mahkemelerden birinin ulaştığı sonucun bir diğerinin yaptığı yargılamada da dikkate alınmasıdır. Aslında aynı fiille ilgili yargılamalar arasında etkileşim olmaması sorunu ile yargılamaların mükerrerlik oluşturması birbirinden farklı sorunlardır. Bu nedenle İHAM'ın etkileşim sorununu neden Sözleşmenin 6. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkı ile değil de, P 7 md 4 kapsamındaki ne bis in idem yasağı ile ilişkilendirdiği sorusu akla takılmaktadır. Ancak Glantz kararıyla yapılan bu tercihin, A ve B/Norveç kararında da sürdürülmesi karşısında bu teorik tartışmaya girilmeyecektir.

Mevzuata bakıldığında konunun öncelikle VUK md 367/son fıkrası açısından ele alınması gerektiği görülür. Düzenlemeye göre, *“Ceza mahkemesi kararları, bu Kanunun dördüncü kitabının ikinci kısmında yazılı vergi cezalarını uygulayacak makam ve mercilerin işlem ve kararlarına etkili olmadığı gibi, bu makam ve mercilerce verilecek kararlar da ceza hâkimini bağlamaz.”* Öğretide Akkaya'nın dikkat çektiği üzere, kanunda idare ile ceza mahkemesi arasında kurulan bu ilişki ağırlıklı olarak idari yargılama ve ceza yargılamasını kapsayacak şekilde algılanmaktadır.³⁸ Oysa düzenlemede geçen ceza vermeye yetkili makam idaredir ve vergi mahkemelerinin yetkisi de ceza vermek değil, cezai işlemi

³⁸ Mustafa Akkaya, “Vergi Mahkemesi ve Ceza Mahkemesinin Etkileşimi Üzerine Bir İnceleme”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C 49, S 1, s 89

denetlemektir. Dolayısıyla bu hükümden vergi ve ceza yargılamaları arasında bir etkileşim kurulamayacağı anlamı çıkarılamaz. Sorun VUK md 367/son fıkrasının varlığından çok vergi yargısı ile ceza yargısı arasındaki ilişkiyi kuracak bir hükmün yokluğu, bir eksik düzenleme sorunudur.³⁹

Bu eksik düzenleme sorunu özellikle vergi mahkemesinin ceza mahkemesinin alanına giren bir konuda hüküm kurması halinde karşımıza çıkabilir. Bu durumu VUK md 359 kapsamındaki vergi kaçakçılığı suçlarını yargılayan ceza mahkemesi ile md 344 kapsamında verilen vergi ziyai cezası işlemini denetleyen vergi mahkemesinin yaptığı işlemler açısından örneklendirebiliriz. Aslında md 359 bir tehlikeyi, md 344 ise bir zararı konu aldığından, vergi mahkemesinin muhakemesi, vergi ziyai cezası uygulanmasını gerektirecek bir zararın varlığını ve miktarının doğruluğunu tespitten ibarettir. Dolayısıyla md 359 kapsamında mahkûmiyete hükmedilmesi, md 344 kapsamında denetlenen vergi ziyai cezasının hukuka uygun kabul edilmesini gerektirmeyecektir. Aynı şekilde md 359 kapsamında doğru bir mahkûmiyet kararı verilmekle beraber, md 344 kapsamında ceza kesilmesini gerektirecek bir kayıp yaşanmamış, ya da vergi kaybına bağlı olarak kesilen ceza doğru hesaplanmamış olabilir. Bu kapsamda ceza ve vergi mahkemeleri tarafından verilen lehe ve aleyhe kararların birbiri ile çeliştiği ya da mükerrerlik oluşturduğu söylenemez.

Buna karşın ceza mahkemesinin sanığa ceza vermediği her durumun vergi mahkemesi açısından bağlayıcı olduğundan da söz edilemez. Bağlayıcılık tartışmasının düğüm noktası, ceza mahkemesinin maddi bir gerçeği tespit edip etmediğidir. Nitekim ceza mahkemesince beraat kararı, Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK) md 223/2-b kapsamında “Yüklenen suçun sanık tarafından işlenmediğinin sabit olması” nedeniyle verilebildiği gibi, md 223/2-e kapsamında “Yüklenen suçun sanık tarafından işlendiğinin sabit olmaması” nedeniyle de verilebilir. CMK md 223/b kapsamında verilen ve maddi bir gerçeğin tespitine dayanan beraat kararının vergi mahkemesindeki yargılamada dikkate alınması gereklidir.

³⁹ Mustafa Akkaya, “Vergi Kaçakçılığı Suçları Teori ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar”, Vergi Kaçakçılığı Suçları Sempozyum Kitabı, Yetkin Yay, Ankara, 2017, s 25

Buna karşın sanık hakkında CMK md 223/2-e kapsamında verilecek beraat kararının sonuçları tartışmaya açıktır. Çünkü ceza mahkemesince sanığın suçsuzluğunun sabit olmasına karar verilmesi bağlayıcı bir olgu olmakla beraber, suçluluğun sabit olmadığı kararı maddi bir gerçeğin tespitine değil, bilakis tespit edilememesine dayalıdır. Buna karşın ceza mahkemesince değerlendirilmiş ancak suçun sabit görülmemesi nedeniyle beraat kararı ile sonuçlanmış kasit incelemesinin vergi mahkemesi tarafından da yapılması mükerrer yargılama sonucunu doğurur. Bu nedenle sorunun çözümü için vergi ziyayı cezasının üç kat olarak uygulanması işleminin ceza yargılamasında varılacak kastın tespitine bağlanması gerekmektedir.

Son olarak, bu ikili yargılama sisteminin kaldırılarak sanık ceza mahkemesince mahkûm edilmişse, kastın zaten varlığı kabul edilip, ayrıca bir idari para cezası yerine uygulanacak para cezasının da adli para cezası olarak ceza mahkemesince verilmesi gerektiği düşünülebilir. Oysa yargılama süreçlerinin sadeleştirilmesi amacı güdecek böyle bir ihtimal, tam tersine hem sanık hem de kamunun aleyhinedir. Çünkü ceza mahkemesi, sanığın vergi kaçakçılığı suçunu işlediğini zayı olan vergi miktarını tam olarak belirlenmeden de tespit edilebilir. Özellikle sahte ve muhteviyatı itibari ile yanıltıcı belgelerle işlenen fiillerde, iddia konusunu oluşturan çok sayıda faturadan birine ilişkin iddianın ispatı dahi yeterlidir. Oysa zayı olan vergi üzerinden hesaplanarak uygulanacak para cezası, her şeyden önce zayı olan tutarın bilinmesini gerektirir. Bunun kesin olarak belirlenmesi her zaman mümkün olmayacağından, bu yöndeki çaba ceza yargılamasının uzamasına ve hem sanığın hem kamunun aleyhine bir sonuç doğmasına yol açar.

SONUÇ

İHAM'ın 'ne bis in idem' içtihadı açısından Türk hukukundaki sorunları üçe ayırmak mümkündür. Bunlardan ilki, ne bis in idem kapsamının dışında kalan ve asıl sorunları kavramaya engel olan bir kanun yazımı/terim kullanımı sorunudur. VUK'ta sözcük anlamıyla vergi kaçakçılığı niteliği taşımayan fiiller, vergi kaçakçılığı olarak adlandırılmış, vergi ziyayı kabahati, niteliği itibariyle usulsüzlük ka-

bahatleri arasında düzenlenmesi gereken 'vergi tahakkukunun gecikmesine yol açılması' fiilini de kapsayacak şekilde düzenlenmiştir. Özel usulsüzlük tiplerinin de belirli bir sistematikten yoksun olması olgusu da eklenince özellikle hangi fiiller arası bir ayniyet olduğu konusu anlaşılması zor bir hale gelmiştir. Bu her şeyden önce bir kanunun maddeleri özelinde ve maddelerin birbirileriyle sistematik ilişkisi kapsamında bir "anlaşılabilirlik" sorunudur.

İkinci olarak bir ayniyet ve içtima sorunundan bahsetmek gerekir. Sorunun kaynağı kaçakçılık suçu ile usulsüzlük kabahati arasındaki ayniyet ilişkisinin reddi sonucunu doğuran VUK md 340 hükmüdür. Bu düzenlemeyle içtima uygulaması yönünden aksi tercih edilmişse de, md 359'da düzenlenen hileli kayıt fiilleri ile md 353'te düzenlenen usulsüzlük fiilleri arasında bir ayniyet bulunmaktadır. Bir başka sorunlu düzenleme, vergi ziyayı ile özel usulsüzlük kabahatleri arasındaki ayniyet ilişkisini kabul etmeyen VUK md 353 hükmüdür. Oysa yukarıda örneklendirilen bazı fiiller açısından da görüldüğü üzere, özel usulsüzlük cezasının vergi ziyayı cezası ile uygulanması her iki yaptırımın da aynı fiili konu alması mümkündür ve bu halde her iki hükmün de uygulanması ihlal doğuracaktır.

Üçüncü olarak mükerrerlik başlığı altında öncelikle özel usulsüzlük ve vergi ziyayı cezaları açısından her ikisi de para cezası gerektiren bir bütünlük arz etmemesi sorunuyla karşılaşılır. Yargılamalar arası etkileşim açısından bakıldığında ise aralarında ayniyet ilişkisi bulunan bazı kaçakçılık suçu ile usulsüzlük ve özel usulsüzlük fiilleri kapsamındaki ikili yargılamaların da oluşan mükerrerlik ve ihlal sonucunu doğurması kaçınılmazdır. Aynı şekilde VUK md 359 kapsamındaki hileli kayıt suçları ile vergi ziyayı cezalarını konu alan yargılamalar arasındaki etkileşim sorununun çözümü için bir yasal düzenleme gerektiği görülmektedir.

Kaynakça

- Akçaoğlu Ertuğrul, "Vergi Ziyayı Kavramı Üzerine Bazı Tespit ve Değerlendirmeler", Vergi Kaçakçılığı Suçları Sempozyum Kitabı, Yetkin Yay, Ankara 2018
- Akkaya Mustafa, "Vergi Mahkemesi ve Ceza Mahkemesinin Etkileşimi Üzerine Bir İnceleme", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C 49, S 1
- Akkaya Mustafa, "Vergi Kaçakçılığı Suçları Teori ve Uygulamada Karşılaşılan So-

- runlar”, Vergi Kaçakçılığı Suçları Sempozyum Kitabı, Yetkin Yay, Ankara 2017
- Başaran Yavaşlar Funda, Vergi Suç ve Kabahatleri Hukukunda Son Durum, *İstanbul Barosu Dergisi*, C 82, S 6
- Berger Adolf, Encyclopedic Dictionary of Roman Law, Philedelphia 1953
- Bilici Nurettin, Vergi Hukuku, Savaş Yay, Ankara 2017
- Candan Turgut, Vergisel Kabahatler Hukuku, <https://turgutcandan.com/2012/10/03/vergisel-kabahatler-hukuku/> 25.03.2018
- Immonen Raimo/Lindgren, Juha, “Surcharges and Penalties in Tax Law, -Finland”, EATLP Congress, Milan 2015, <http://www.eatlp.org/uploads/public/2015/National%20report%20Finland.pdf>
- İçel Kayıhan, “Görünüşte Birleşme (İçtima) İlkeleri ve Yeni Türk Ceza Kanunu”, *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Y 7, S 14
- İçel Kayıhan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Beta Yay, İstanbul 2017
- Göktürk Neslihan, “Türk Hukukunda Suçların İçtimaı”, *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi*, C 2, S 1-2, Y2014
- Kaşıkçı Mahmut, Türk Hukukunda Vergi Kaçakçılığı Suçları, Ethemler İstanbul 2007
- Malherbe Jacques/Peeters, Bart / Galéa Geoffroy, “Surcharges and Penalties in Tax Law Belgium”, EATLP Congress, Milan 2015, <http://www.eatlp.org/uploads/public/2015/National%20report%20Belgium.pdf>Doğan
- Neagu Norel, “Interpretation of European Courts: Towards Uniform Interpretation”, *Leiden Journal of International Law*, Y 2012, N 25
- Özbek Veli Özer/Doğan Koray/Bacaksız Pınar/Tepe İlker, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yay, Ankara 2017
- Şenyüz Doğan, Vergi Ceza Hukuku, Ekin Yay, Bursa 2017
- Şenyüz Doğan/Yüce Mehmet/Gerçek Adnan. Vergi Hukuku Genel Hükümler, Ekin Yay, Bursa 2016
- Taner Tahir, Ceza Hukuku Umumi Kısım, 3. Baskı, İÜ Yay, İstanbul 1953
- Toroslu Nevzat, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Savaş Yay, Ankara 2012
- Taşdelen Aziz, Vergi Kabahatleri, Turhan Yay, Ankara 2010

Elektronik Kaynaklar

www.kazanci.com

www.online-latin-dictionary.com/

https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/117/signatures?p_auth=FhZpgDNC

İHAM Kararları için: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%20>

İHAM Kararları:

Zolotukhin/Rusya, Büyük Daire, 10.02.2009

Engel ve Diğerleri/Hollanda, 08.06.1976

Öztürk/Almanya, 21.02.1984

Bendenoun/Fransa, 24.02.1994Manasson/İsveç, 4. Daire, 08.04. 2003

Rosenquist/İsveç, 4. Daire, 14.09.2004

Ponsetti ve Chesnel /Fransa, 3 Daire, 14.09.1999

A ve B/Norveç, Büyük Daire, 15.11.2016

Ruotsalainen/Finlandiya, 4. Daire,16.09.2009

Glantz/Finlandiya, 4. Daire, 20.08.2014

Lucky Dev/İsveç, 5. Daire, 27.02.2015

Pirttimaki/Finlandiya, 4. Daire, 20.08.2014

MEDENÎ YARGIDA HÂKİMİN KANUNÎ SÜREYİ KARARINDA YANLIŞ GÖSTERMESİ PROBLEMİNE İLİŞKİN DÜŞÜNCELER

CONSIDERATIONS ON THE PROBLEM OF BEING INDICATED THE LEGAL PERIOD WRONGLY IN THE DECISION BY THE JUDGE IN CIVIL PROCEDURE

Cenk AKİL*
Mehmet Akif GÜL**

Özet: Kanun tarafından tayin edilen bir sürenin mahkeme kararında hatalı şekilde daha uzun gösterilmesi hâlinde, kanunda belirtilen süreden sonra ve mahkeme kararında belirtilen süre içerisinde yapılan işlemin akıbeti hakkında yüksek mahkeme kararları arasında uyumsuzluk bulunmaktadır. Yargıtay, bu durumda kanunda belirtilen sürenin dikkate alınması gerektiği yönünde içtihat oluşturmaktayken, Anayasa Mahkemesi önüne gelen iki başvuruda da Yargıtay'ın görüşünün aksine hak ihlâli kararı vermiştir. Bu bağlamda, anayasal hükümler dairesinde sorunun ele alınması ihtiyacı hissedilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Kanun Tarafından Tayin Edilen Süre, Hak Arama Özgürlüğü, Mahkemeye Erişim Hakkı, Adil Yargılanma Hakkı

Abstract: There is a disharmony between the decisions of Supreme Court and Constitutional Court about the consequences of an action, which made by the relevant party in the time given by the court but after the legal period, when the court has wrongly informed about the legal period of the party. In this case, Supreme Court makes decisions in the direction that the legal period is to be taken into consideration. On the other hand Constitutional Court has decided the opposite way and has concluded that there is a violation of right in these cases. In this context, we has felt the need to approach the problem within the scope of constitutional provisions.

Keywords: Legal Period, Right to Legal Remedies, Right to Access The Court, Right to Fair Trial

* Doç. Dr., Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı

** Arş. Gör., Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı

GİRİŞ

İlk derece mahkemelerinin kararlarında ilgililere yönelik süreyi hatalı göstermiş olmaları ve ilgililerin de kararlarda gösterilen süreye riayet ederek usûlî işlemler yapmaları durumunda bunun hukuki sonuçlarının ne olacağı konusunda yüksek mahkeme kararları arasında çelişki göze çarpmaktadır. Yargıtay kararlarında ilgililerin mahkemenin kararında zikrettiği süreye riayet etmiş olmalarının herhangi bir hak yaratmayacağı ve bu durumda kanundaki sürenin dikkate alınması gerektiği ifade edilmiştir. Anayasa Mahkemesi kararlarında ise, ilgililerin mahkeme kararında hatalı olarak gösterilen süreye riayet etmeleri durumunda, bunda ilgililerin kusurlarının bulunmaması nedeniyle hak kaybına uğramamaları gerektiği sonucuna varılmıştır. Aşağıda önce medenî yargıda süre konusu hakkında bilgi verilecek, daha sonra Yargıtay ve Anayasa Mahkemesi tarafından verilen ve birbirine zıt yöndeki kararların özetleri ile görüşümüze yer verilecektir.

MEDENÎ YARGIDA SÜRE

GENEL OLARAK

Bir görüşe göre, medenî yargıda süre, *“dava ile ilgili bir işlemin yapılması amacıyla, mahkeme veya ilgililer için, kanun tarafından veya kanunun verdiği yetkiye dayanarak hâkim veya ilgili şahıs tarafından tayin olunan belirli bir zaman dilimi”* şeklinde tarif edilebilir.¹

Diğer bir görüşe göre ise süre (mehil) kavramı şu şekilde tanımlanabilir: *“Müddet veya mehil, bir vecibenin yerine getirilmesi veya bir muamelenin yapılması için kanun veya hâkim veya alakalı şahıs tarafından tayin edilen zaman”*.²

6100 sayılı HMK'nın sürelerin belirlenmesine ilişkin 90. maddesi uyarınca, *süreler, kanunla belirtilir veya hâkim tarafından tespit edilir. Kanunda belirtilen istisnâî durumlar dışında, hâkim kanundaki süreleri arttırmaz veya eksiltemez. Hâkim, kendisinin tespit ettiği süreleri, haklı sebeplerle*

¹ Erdal Tercan, Medenî Usul Hukukunda (Kesin Sürelerin Kaçırılması Halinde) Eski Hale İade -Hali Sabıka İrca-, Ankara 2006, s.38; Taş Korkmaz Hülya, “Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu’na Göre Hakimin Belirlediği Süreler ve Bu Sürelerin Hukukî Dinlenilme Hakkı İle İlişkisi”, *MİHDER*, C.4, S.10, 2008, s.413.

² Emin Başaklar, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda Müddetler, Ankara 1973, s.3; Yavuz Nihat, “Hukuk Usulünde Müddetler”, *ABD*, 1975/2, s.133.

*artırabilir veya eksiltebilir; gerekli gördüğü takdirde, bu konudaki kararından önce tarafları da dinler.*³

Yukarıda belirtilen tanımlar ile HMK ve HUMK hükümlerinden anlaşılacağı üzere, medenî yargıda süreler çeşitli tasniflere tâbi tutulabilecektir. Sürenin muhatabı olan sùjeye göre bir sınıflandırma yapılsa yargılamanın taraflarına ilişkin olan süreler ve mahkemelere ilişkin olan süreler şeklinde bir ayrıma gidilebilir. Yargılamanın taraflarına ilişkin olan süreler de sürenin belirlendiği kaynağa göre, kanun tarafından tayin edilen süre ve hâkim tarafından tayin edilen süre şeklinde alt başlıklara ayrılabilir.

Aşağıda önce hâkim tarafından, daha sonra kanun tarafından tayin edilen süre üzerinde durulacaktır.

HÂKİM TARAFINDAN TAYİN EDİLEN SÜRE

Bazı hâllerde kanun, sürenin belirlenmesini açıkça hâkime bırakmış olabilir. Nitekim, sürenin belirlenmesi için göz önüne alınacak faktörlerin somut olaya göre değişmesi ve sürenin de bu faktörler göz önüne alınarak tespiti gerekli olabilir. Bazı hâllerde ise kanunda hâkimin süre belirlemesine ilişkin özel bir hüküm olmamakla birlikte, işin niteliği gereği hâkim ilgili tarafa süre verebilir.

Hâkim tarafından belirlenen süre, kural olarak kesin değildir. HMK'nın 94/2. maddesinde, hâkim tarafından tayin edilen sürenin kesin olduğunun süre verilmesine ilişkin kararda bildirilmemesi hâlinde, belirlenen süreyi geçiren tarafın ikinci bir süre isteyebileceği ve bu sürenin kanunen kesin olacağı hükme bağlanmıştır.⁴ Bu neden-

³ 1086 sayılı mülga HUMK'un sürelerle ilişkin 159. maddesi ise şu şekildedir: Müddetleri kanun veya hakim takdir eder. Kanunla gösterilen müstesna hallerden başka hakim kanunen tayin edilen müddetleri tezyit veya tenkis edemez. Kendisinin tayin ettiği müddetleri iki tarafı dinledikten sonra makul sebeplere binaen tenkis veya tezyit edebilir.

⁴ Gerek HMK'nın 94. maddesinde gerekse HUMK'un 163. maddesinde ikinci kez verilen sürenin kesin olacağı ifade edilmiş; ancak ikinci kez verilen sürenin kesin olduğunun kararda tarafa bildirilmesine gerek olup olmadığı hususu açıkça düzenlenmemiştir. Buna karşın, HUMK'un uygulandığı dönemden beri hâkim tarafından verilen ikinci sürenin kararda belirtilmese dahi kesin olduğu kabul edilmektedir. Bkz. Bilge Necip/Önen Ergun, Medenî Yargılama Hukuku Dersleri, Ankara 1967, s.306; Postacıoğlu İlhan, Medenî Usûl Hukuku, İstanbul 1975, s.357; Berkin M. Necmeddin, Tatbikatçılara Medenî Usûl Hukuku Rehberi, İstanbul 1981, s.541; Uzgören Baykal Ebru, Medeni Usul Hukukunda Süreler, Ankara

le, kesin olduğu kararda bildirilmeyen ve hâkim tarafından belirlenen bir süreyi kaçırın taraf, herhangi bir mazeret göstermeksizin ikinci kez hâkimden süre isteyebilir. Buna karşın, hâkim tayin ettiği sürenin kesin olduğunu kararında belirtebilir.⁵ Bu hâlde, belirlenen süre içinde yapılacak olan işlem ve bunun yapılmamasının sonucu da süre verilmesine ilişkin kararda tarafa bildirilmelidir.⁶ Bu bağlamda YHGK, tarafın kendisini avukatla temsil ettirip ettirmemesi bakımından bir ayırım gözetmemiştir.⁷ Eş deyişle, avukatla temsil olunan davalarda da

1998, (yayımlanmamış yüksek lisans tezi), s.26. Keskin'e göre, hukuk yargılama-sında son derece sınırlı bir hareket alanına sahip olan hâkimin tarafa kesin süreyi uygulamasının sonuçlarını hatırlatması, davada iki taraftan birine nasihat vermiş ya da yol göstermiş olması anlamına gelir ve hâkimin reddi için haklı sebep oluşturur. Hâkimin taraflara hukuk kuralını anlatmak gibi bir görevi bulunmamaktadır. Hâkim, tarafın davasını takip edecek ehliyete sahip olmadığına kanaat getirirse, tarafı uyarmak yerine, kendisine 71. madde (HMK m.80) gereğince bir vekil tayin etmesini emredebilir. Bkz. Keskin O. Kadri, "Hukuk Usulünde Hakimin Vereceği Kesin Mehil ve Müeyyidesi", AD, S.1976/3-4, s.329-331. Kuru'ya göre ise verilen ikinci mehile uymamanın çok ağır sonuçları olduğundan, özellikle avukatı olmayan tarafa sürenin kesin olduğu ve verilen kesin süreye uymamanın sonuçları açıklanmalı; aksi hâlde, kesin sürenin sonuçları doğmamalıdır. Bkz. Kuru Baki, Hukuk Muhakemeleri Usûlü, C.IV, İstanbul 2001, s.3767.

5 Re'sen araştırma ilkesinin uygulandığı davalarda kesin süre verilemeyeceğine dair bir karar için bkz.: "... (D)avacının hizmet tespiti istemi üzerine açılan davada, yapılan tensip zabtı ile işverenden ve SSK'dan kayıtlar istenmiş, dosyaya eklenen işyeri dönem bordroları ve işverenin ibraz ettiği işyeri kayıtlarından sonra taraflara dava ile ilgili varsa tüm delilleri ve cevaba cevaplarını bildirmeleri için 20 gün kesin süre verildiği, aksi takdirde delil bildirmekten ve cevap vermekten vazgeçmiş sayılacağına ilişkin ihtarin yapıldığı görülmekte ise de, HUMK'un 163. maddesi uyarınca verilen bu sürenin davanın re'sen araştırma ilkesine tabi olmasının yanında, usûlünce verilmiş olan bir süre de olmadığı açıktır... Açıklanan şekilde re'sen araştırma ilkesine tabi hizmet tespit davasında tanıkların bildirilmesi için kesin süre verilemeyeceğinden, davanın bu nedenle reddine karar verilmesi doğru değildir." Kararın tam metni için bkz. Yargıtay 21. HD, 23.6.2008, 22436/9609, Erişim Tarihi: 15.11.2017 (kazanci.com.tr).

6 "... (K)anunun belirlediği süreler kesin olduğu halde, hakimin tayin ettiği süreler kural olarak kesin nitelikte değildir. Hakim, belirlediği süreyi, süre geçmeden azaltıp çoğaltabileceği gibi, süre geçtikten sonra da tarafın isteği üzerine ikinci bir süre de verebilir. Hakim, vermiş olduğu sürenin kesin olduğuna karar vermiş ise, bu sürenin kesin olduğunun ara kararında hiçbir tereddüte yer vermeyecek derecede açık şekilde ifade edilmesi, yapılması gereken işlerin teker teker açıklanması, tayin edilen sürenin bu işlemleri yapmaya elverişli bulunmaması de süreye uymamanın sonuçlarının açıklanarak tarafların uyarılması gerekir." Karar için bkz. Yargıtay 11. HD, 1.3.2012, 11172/2933, Erişim Tarihi: 15.11.2017, (kazanci.com.tr).

7 "... (M)ahkemece yapılacak iş; işlemin avukatça ya da asilce yapılması konusunda bir ayrıma gitmeksizin ve yeterli açıklıkta olmak üzere, davacı/alacaklı vekiline, dava ve takip konusu icra dosyasının Bakırköy 9. İcra Müdürlüğü'nden celbi için yatırması gereken masraflar açıkça belirtmek suretiyle, uygun ve elverişli bir süre tayin edilmesi; tanınan süre içinde yapılması istenen işlerin ne olduğunun tereddüt yaratmayacak ölçüde açıklanması; bu işlemlerin verilen kesin süre içinde

kesin olduğu belirtilen ve hâkim tarafından tayin edilen bir süreye uyulmamasının sonucunun kararda açıkça bildirilmesi gerekir.⁸

Hâkim tarafından belirlenen süre, işin niteliğine uygun olmalıdır. Diğer bir ifadeyle, gereğinden kısa ya da uzun verilen süre, ya tarafın verilen süre içinde işlemi yapamamasına ya da yargılamanın gereksiz uzamasına neden olacaktır. İlk ihtimalde, açıklama veya ispat hakkı kısıtlandığından, tarafın hukukî dinlenilme hakkı ihlâl edilmiş olacak; ikinci ihtimalde ise duruma göre yargılamanın makûl sürede tamamlanamaması ve tarafların adil yargılanma hakkının ihlâl edilmesi söz konusu olabilecektir.⁹ Nitekim, bir hafta içinde yapılabilecek bir işlemin bir sonraki duruşmaya kadar yapılmasına dair kesin olmayan bir süre verilmesi ve işlemin yapılmaması durumunda yine sonraki duruşmaya kadar bu kez kanun gereği kesin olan bir süre verilmesi, ülkemiz şartlarında yargılamanın bir hayli uzamasına neden olabilir.

Hâkim tarafından süre tayin edilirken, verilen süre içinde yapılması gereken işlemin ilgili tarafından yapılabilecek bir işlem olup olmadığı da dikkate alınmalıdır. Yargılamanın taraflarından birisi tarafından yapılması mümkün olmayan bir işlem için süre verilemez. Örneğin, tarafa tanıklarını getirmesi için süre verilemez. Zira taraftan tanıklarını zorla mahkemeye getirmesi beklenemez.¹⁰

Hâkimin, bir usûl işleminin yerine getirilmesi için ilgili tarafa kesin süre verdiği ara kararından dönemeyeceği; ilgili tarafa verilen kesin sürenin usûlî kazanılmış teşkil edeceği; bu durumda şartlarının gerçekleşmesi kaydıyla, eski hâle getirme imkânından faydalanılabileceği ifade edilmektedir.¹¹

yapılmaması halinde sonuçlarının ne olacağına açıkça ihtar edilmesi ve anlatılanların tutanağa geçirilmesi olmalıdır." Karar için bkz. YHGK, 28.3.2012, 19-55/249, Erişim Tarihi: 15.11.2017 (lexpera.com.tr).

⁸ Vekil tarafından takip edilen dava ve işlerde, kesin süreye uyulmamasının sonuçlarının hatırlatılmasına gerek olmadığı; vekil tarafından takip edilmeyen dava ve işler bakımından ise tarafa kesin sürenin sonuçlarının hatırlatılmasının uygun olacağı yönündeki görüş için bkz. Tanrıver Süha, Medenî Usûl Hukuku, C.I, Ankara 2016, s.434. Kesin süreye uymamanın sonuçları hakkında açıklama yapıldığına dair uygulamada kullanılan "gerekli ihtar yapıldı" şeklindeki ifadelerin yeterli olmadığı yönünde bkz. Yılmaz Ejder, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, C.3, 3. B., Ankara 2017, s. 1512.

⁹ Hâkimin belirlediği sürelerin hukukî dinlenilme hakkı ile ilişkisi ile ilgili detaylı bilgi için bkz. Taş Korkmaz, s.409-450.

¹⁰ YGHK, 20.5.1964, 8-237/377, ABD, S.1964/6, s.692.

¹¹ Ejder Yılmaz, "Hukuk Davasında Hâkimin Verdiği Kesin Mehlin Hakkı Kısıtla-

KANUN TARAFINDAN TAYİN EDİLEN SÜRE

HMK'nın 94/1. maddesine göre, kanunun belirlediği süreler kesin- dir. Örneğin, HMK'nın 345 ve 361. maddelerinde düzenlenen kanun yoluna başvuru süreleri ya da görevsizlik kararının kesinleşmesi üzere dosyanın görevli mahkemeye gönderilmesi için davanın açıldığı mahkemeye başvurulması için HMK'nın 20. maddesinde belirlenen süre, taraflar için öngörülen ve kanun tarafından tayin edilen, kesin ve hak düşürücü¹² olan sürelerdendir.

Kanun tarafından belirlenen süre içinde ilgili işlemin yapılmaması hâlinde, sürenin kesin ve hak düşürücü olması sebebiyle, artık o işlem yapılamayacaktır. Örneğin, HMK'nın 20. maddesine göre, kanun yoluna başvurulmaksızın kesinleşen bir görevsizlik kararının bulunması hâlinde, kararın kesinleştiği tarihten itibaren *iki hafta* içinde davanın açıldığı mahkemeye başvurarak dosyanın görevli mahkemeye gönderilmesi talep edilmezse davaya görevli mahkemede devam etme hakkı düşer ve davanın açılmamış sayılmasına karar verilir.

HMK'nın 90/1. maddesine göre, kanun tarafından tayin edilen süreler, istisnaî hâller dışında, hâkim tarafından azaltılıp çoğaltılmaz. Ancak kanunda belirtilen bazı hâllerde, hâkim kanun tarafından belirtilen süreyi uzatabilir. Örneğin, HMK'nın 127. maddesine göre, cevap dilekçesinin *iki hafta* içinde hazırlanmasının çok zor ya da imkânsız olduğu durumlarda, cevap süresi içinde mahkemeye başvuran davalıya, bir defaya mahsus olmak üzere, bir ayı geçmeyecek bir ek süre verilebilir.

Anayasa'nın 40/2. maddesine göre, *"devlet, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır."* Bu hükümden anlaşılacağı üzere, kanun yollarına ilişkin HMK'nın 345 ve 361. maddelerinde düzenlenen süreler hâkim tarafından değil, kanun tarafından tayin edilen kesin ve hak düşürücü süreler olmalarına rağmen, hâkim kararında bu süreleri ve başvuru merciini belirtmelidir.

12 ması", ABD, S.1987/1, s.46-47; Kuru, s.3765; Uzgören Baykal, s.29.
Kanunî süresi içinde yapılmayan işlemi yapma hakkının düşmesinin gerekçesini karşı taraf lehine usulî kazanılmış hak doğmasıyla açıklayan görüş için bkz. Yavuz, s.134; Keleş Mehriçül, "Hukuk Usulünde Süreler", İZBD, S. 1995/1, s.17; Uzgören Baykal, s.19.

YÜKSEK MAHKEMELERİN KONUYA İLİŞKİN KARARLARI¹³

YARGITAY'IN GÖRÜŞÜ

YGHK tarafından verilen bir kararda, kanunda *sekiz gün* olarak belirlenen temyiz süresinin kararda hatalı şekilde *iki hafta* şeklinde tarafa bildirilmesi ve tarafın da kanunî süreden sonra ve hâkimin hataen gösterdiği süre dâhilinde işlemi yapması durumunda, temyiz isteminin süresinde yapılmamış olması sebebiyle reddi gerekeceği; bu durumda, ilgilinin hak kaybına uğramaktan kurtulamayacağı ifade edilmiştir:

“Dava, itirazın iptali istemine ilişkindir... Sulh Hukuk Mahkemesi kararlarının 8 gün içinde temyiz edilebilmesine rağmen yerel mahkemece kısa kararda temyiz süresinin ‘iki hafta’ olarak belirtilmiş olması nedeniyle davalı vekilinin kararının tebliğinden itibaren 11 gün sonra verdiği temyiz dilekçesinin kabul edilme imkânının olup olmadığı değerlendirilmiştir... Bir davanın açılmasıyla başlayan yargılama faaliyetinde, karara ulaşmak bakımından, mahkeme ve taraflarca yapılması gereken belirli işlemler vardır ve her işlemin belli bir zaman aralığında yapılması gerekmektedir. Usul hükümleri ile normatif bir değer kazanan bu zaman aralıklarına süre denilmektedir. Böylece usul işlemlerinin yapılması zamansal olarak tarafların ya da mahkemenin arzularına, inisiyatifine bırakılmamış olmaktadır. Bir uyumsuzluk mahkemeye taşınmış olmakla, kamu alanına, toplumun da çıkarını ilgilendiren bir platforma aktarılmış olmaktadır. Bu nedenle bir davanın makul sürede sona erdirilmesinde en az taraflar kadar toplumun da yararı vardır. Şu halde, süreye ilişkin normların kabulüyle medeni usul hukukunda gerçekleştirilmek istenen amaçlar; adaletin bir an önce sağlanması, keyfiliğin önlenmesi, mahkemenin aynı işle uzun süre meşgul olmasının, başka ifadeyle diğer dava ve işlere yeterince zaman ayıramaz duruma düşürülmesinin önlenmesi; uluslar üstü ve ulusal nitelikteki emredici normlar uyarınca davanın makul sürede sonuçlandırılmasının sağlanması, yargılamanın belli bir düzen ve kestirilebilir bir zamansallıkla yürütülmesi, başka bir anlatımla yargılamanın adil şekilde yapılmasının sağlanması olarak özetlenebilir. Sürelerin önemli bir kısmı, taraflar için konulmuş sürelerdir. Taraflar, bu süreler içinde belli işlemleri yapabilirler veya yapmaları gerekir. Bu süre içinde

¹³ Kararlardaki vurgular yazarlara aittir.

yapılamayan işlemler, tekrar yapılamaz ve süreyi kaçıran taraf aleyhine sonuç doğurur. Taraflar için konulmuş süreler, kanunda belirtilen süreler, kanun tarafından öngörülmüş sürelerdir. Cevap süresi, temyiz süresi gibi. Bu süreler kesindir ve bir işlemin kanuni süresi içinde yapıp yapılmadığı, mahkemece re'sen gözetilir. Hâkimin tespit ettiği süreler ise, kural olarak kesin değildir. Hâkim, kendi tayin etmiş olduğu süreyi, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun (HMK) 90/2. maddesine göre iki tarafı dinledikten sonra haklı nedenlere dayanarak, azaltıp çoğaltabilir. Hâkim, tayin ettiği sürenin, kesin olduğuna da karar verebilir (HMK m. 94/2, HUMK m. 163). Yukarıda da belirtildiği üzere **hâkim tarafından da sürenin belirlenebildiği durumlar var olmakla birlikte kanunda belirlenen süreler üzerinde hâkimin tasarruf yetkisi bulunmamaktadır.** Eş söyleyişle kanunun öngördüğü bir süre hâkim tarafından uzatılıp kısaltılamaz. **Temyize ilişkin süreler de yasa tarafından düzenlenen kesin sürelerdir ve re'sen gözetilmesi gerekir...** Genel Kurul görüşmeleri sırasında bir kısım üyelerce; mahkeme kararında yanlış belirtilen sürenin davanın tarafını yanltmasından kaynaklanan hak kaybının önlenmesinin gerektiğini ve temyiz incelemesinin yapılmasının gerektiğini belirtmişler iseler de kurul çoğunluğunca bu görüş kabul edilmemiştir. Yukarıda açıklanan yasal mevzuat çerçevesinde sulh hukuk mahkemelerinde verilen hükümler için temyiz süresi direnme kararının tebliği edildiği 11.05.2010 tarihi itibarıyla 8 gün olup, mahkemece bu sürenin "iki hafta" olarak değiştirilmesi mümkün değildir. Bu itibarla, direnme kararını temyiz edildiği 22.05.2012 tarihi itibarıyla (8) günlük yasal temyiz süresi dolduğundan, temyiz isteminin süre yönünden reddinin gerektiğine kurul çoğunluğunca karar verilmiştir...¹⁴

Yargıtay 14. HD, bir kararında benzer şekilde hüküm tesis etmiştir:

"...1086 sayılı HUMK'nun 437. maddesinde sulh hukuk mahkemesi kararlarına karşı temyiz süresi 8 gündür. Ayrıca 6100 sayılı HMK'nun 90. maddesine gereğince süreler, kanunda belirtilir veya hâkim tarafından tespit edilir. Kanunda belirtilen istisnai durumlar dışında, hâkim kanundaki süreleri

¹⁴ YHGK, 13.3.2013, 19-779/355, Erişim Tarihi: 16.11.2017, (lexpera.com.tr). Mahkeme kararında kanun yolu süresinin yanlış gösterilmesinin HMK'nun 46-49. maddeleri uyarınca hâkimin hukukî sorumluluğunu doğurmayacağına ilişkin bir YGHK kararı için bkz. YGHK, 22.2.2017, 3418/295, Erişim Tarihi: 20.11.2017, (lexpera.com.tr). Kanımızca karar eleştiriye açık olup hâkimin sorumlu tutulup tutulmayacağı her olay bakımından ayrıca değerlendirilmelidir.

artıramaz veya eksiltemez. Halen yürürlükte bulunan yasa hükümlerine göre sulh hukuk mahkemesi kararlarına karşı temyiz süresi 8 gün olduğu halde hüküm sonucunda mahkeme hâkimince hatalı şekilde kararın 2 hafta içinde temyiz edilebileceğinin belirtilmesi hükmü temyiz eden tarafa herhangi bir hak sağlamaz. Bu nedenle Dairemizin davalı vekilinin temyiz talebinin süre yönünden reddine yönelik kararında bir isabetsizlik bulunmamaktadır...".¹⁵

Yargıtay 20. HD de, YGHK ve Yargıtay 14. HD ile aynı kanaattedir:

"...Her ne kadar merci tarafından temyiz süresi (15) gün olarak belirtilmiş ise de Hukuk Genel Kurulunun 13.03.2013 gün 2012/19-779 Esas 2013/355 sayılı kararında da benimsendiği üzere kanunda açıkça düzenlenen temyiz süresinin merci tarafından değiştirilmesinin mümkün olmadığı ve bunun davacı tarafa yönelik herhangi bir hak doğurmayacağı göz önünde bulundurularak süresinden sonra yapılan temyiz istemleri hakkında mahkemece bir karar verilebileceği gibi 01.06.1990 gün ve 3/4 sayılı İnançları Birleştirme Kararı uyarınca Yargıtayca da bu yolda karar verilebileceğinden temyiz dilekçesinin süre yönünden reddi gerekmiştir...".¹⁶

ANAYASA MAHKEMESİ'NİN GÖRÜŞÜ

Anayasa Mahkemesi, bireysel başvuru yoluyla önüne gelen iki benzer dosyada da yukarıda zikredilen kararlardan farklı sonuca varmıştır. Bu kararlara göre, mahkemelerin verdikleri kararlarda kanun

¹⁵ Yargıtay 14. HD, 11.6.2013, 7316/8804, Erişim Tarihi: 16.11.2017, (kazanci.com.tr).

¹⁶ Yargıtay 20. HD, 24.11.2016, 13677/11098, Erişim Tarihi: 18.11.2017, (lexpera.com.tr). Aynı yönde bkz. Yargıtay 20. HD, 1.12.2016, 11434/11557, Erişim Tarihi: 18.11.2017, (lexpera.com.tr); 17.11.2016, 10981/10824, Erişim Tarihi: 18.11.2017, (lexpera.com.tr); 17.11.2016, 7291/10825, Erişim Tarihi: 18.11.2017, (lexpera.com.tr). Gaziantep BAM 12. HD tarafından verilen bir kararda da benzer şekilde hüküm tesis edilmiştir. Karar özetle şu şekildedir: "...Somut olayda ilk derece mahkemesince 15.02.2017 tarihli duruşmada taraflara tefhimden itibaren 2 hafta içinde istinaf yasa yolunun açık olduğu belirtilmiş ise de, bu durum tefhimden itibaren 10 günlük istinaf başvuru süresini değiştirmez. İlk derece mahkemesince 15.02.2017 tarihinde davacı borçlu vekilinin yüzüne karşı tefhimle hüküm kurulmuş olup; borçlu tarafından tefhimden itibaren 10 günlük sürede sonra 01.03.2017 tarihinde harç yatırılarak istinaf başvurusunda bulunulduğundan istinaf kanun yoluna başvurma talebinin süre yönünden reddine ilişkin karar vermek gerekmiş ve aşağıdaki şekilde hüküm kurulmuştur...Davacı borçlunun istinaf kanun yoluna başvuru talebinin usulden reddine...". Karar için bkz. Gaziantep BAM, 12. HD, 13.04.2017, 1028/882, Erişim Tarihi: 18.11.2017, (lexpera.com.tr).

yoluna başvuru süresini ilgiliye hatalı şekilde bildirmeleri, süreye güvenerek işlem yapan ilgilinin hak kaybına uğraması sonucuna yol açmamalıdır.

Cemile Akyıldız başvurusuna konu olayda, ilk derece mahkemesi kararında özetle şu ifadelerle yer verilmiştir:

“... Şikâyetin reddine dair davalı vekilinin yüzüne karşı davacı vekilinin yokluğunda yapılan açık yargılama sonunda kararın tefhim ve tebliğinden itibaren 15 gün içinde Yargıtaya temyizi kabil olmak üzere verilen karar açıklanıp okundu...”

Bu olayda gerekçeli karar, 24.12.2012 tarihinde başvurucuya tebliğ edilmiş; başvurucu ise 4.1.2013 tarihinde kararı temyiz etmiştir. Yargıtay, başvurucunun temyiz başvurusunu süre aşımı nedeniyle reddetmiştir. Kararın ilgili kısmı şu şekildedir:

“... Karar temyiz edene 24/12/2012 tarihinde tebliğ edildiği hâlde temyiz dilekçesi belirli süre geçirildikten sonra, 4/1/2013 tarihinde verilip kaydedtirilmiştir. Süre aşımı bakımından temyiz dilekçesinin (REDDİNE)...”¹⁷

Başvurucunun karar düzeltme talebi de aynı daire tarafından reddedilmiştir.¹⁸

Yapılan bireysel başvuru üzerine Anayasa Mahkemesi tarafından verilen karar özetle şu şekildedir:

“Anayasa’nın 36. maddesinin birinci fıkrasında, herkesin yargı organlarına davacı ve davalı olarak başvurabilme ve bunun doğal sonucu olarak da iddiada bulunma, savunma ve adil yargılanma hakkı güvence altına alınmıştır. Anılan maddeyle güvence altına alınan hak arama özgürlüğü, -kendisi bir temel hak niteliği taşımasının ötesinde- Anayasa’nın 40. maddesi uyarınca diğer temel hak ve özgürlüklerden gereken şekilde yararlanılmayı ve bunların korunmasını sağlayan en etkili güvencelerden biridir. Bu bağlamda Anayasa’nın, devletin işlemlerinde ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmesi gerektiğini ifade eden 40. maddesinin de adil yargılanma hakkının kapsamının belirlenmesinde gözetilmesi gerektiği açıktır.

¹⁷ Yargıtay 12. HD, 14.5.2013, 9322/18597, Erişim Tarihi: 18.11.2017, (lexpera.com.tr).

¹⁸ Karar için bkz. Yargıtay 12. HD, 10.10.2013, 24736/32151, Erişim Tarihi: 18.11.2017, (lexpera.com.tr).

Adil yargılanma hakkının en temel unsurlarından biri olan mahkemeye erişim hakkı, bir uyumsuzluğu mahkeme önüne taşıyabilmek ve uyumsuzluğun etkili bir şekilde karara bağlanmasını isteyebilmek anlamına gelmektedir. Kişinin mahkemeye başvurmasını engelleyen veya mahkeme kararını anlamsız hale getiren bir başka ifadeyle mahkeme kararını önemli ölçüde etkisizleştiren sınırlamalar mahkemeye erişim hakkını ihlal edebilir... Anayasa'nın 40. maddesinin ikinci fıkrasında, devlet işlemlerinde ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağı ve başvuru sürelerini belirtmek zorunda oldukları ifade edilmiştir. Kanun koyucu, devlet organlarının tesis ettiği işlemlere karşı kanun yolları, hangi mercilere başvuracağı ve başvuru süresi bakımından tarafların doğru bilgi sahibi olmalarını sağlayarak dağılık mevzuat karşısında hangi yola müracaat edileceğini bilmeyen yahut tereddüt eden bireylerin hak arama özgürlüğünü etkin ve sağlıklı bir şekilde kullanmalarını amaçlamıştır... Dava açma sürelerini düzenleyen son derece karışık ve dağılık olan bir mevzuatın aşırı şekilci (katı) yorumu, mahkemeye erişim hakkını ihlal edebilir. Özellikle başvuru mercii ve süresi doğru gösterilmeyen işlemlerle ilgili davalarda mahkemelerin usul kurallarını yorumlarken mahkemeye erişim hakkının özünü zedeleyecek şekilde katı yorumdan kaçınmaları gerekir... Yukarıda açıklanan mevzuat hükümleri çerçevesinde izah edildiği gibi icra müdürlüğü işlemlerine karşı yapılan şikâyeti inceleyen icra hukuk mahkemesinin kararına karşı Kanun'da on günlük temyiz süresi öngörüldüğü hâlde mahkemenin kısa ve gerekçeli kararında süreyi on beş gün olarak gösterdiği; bu açıdan başvuru süresinin belirtilen süreye güvenerek hareket etmesinin makul görülmesi gerektiği, mahkemenin kanun yolunu ve süresini taraflara doğru gösterme yükümlülüğü göz önüne alındığında, kararda belirtilen süre içerisinde talepte bulunan başvuru süresinin temyiz dilekçesini reddeden Yargıtay değerlendirmesinin öngörülebilirlik sınırları içinde olduğunun kabul edilemeyeceği, yapılan yorumun, başvuru süresinin temyiz hakkını kullanmayı imkânsız kılacak ölçüde ve aşırı şekilci bir yaklaşımla elde edildiği, bu açıdan kararın başvuru süresinin mahkemeye erişim hakkını zedelediği sonucuna ulaşılmıştır...".¹⁹

Tasfiye Hâlinde S.S. Eryaman Onur Sitesi Konut Yapı Kooperatifi başvurusuna ilişkin olayda, ilk derece mahkemesinin verdiği karar özetle şu şekildedir:

"...(D)avacı vekilinin yüzüne karşı, yasa yolları açık olmak üzere

¹⁹ Karar için bkz. Cemile Akyıldız Başvurusu, 22.9.2016, 2014/1382, Erişim Tarihi: 18.11.2017 (kararlaryeni.anayasa.gov.tr).

(kararın tebliğinden itibaren 15 gün içerisinde mahkememize sunulacak, yahut mahkememize gönderilmek üzere bir başka mahkemeye ibraz edilecek dilekçeyle hükmün temyiz edilebileceği, temyiz incelemesinin Yargıtay ilgili Hukuk Dairesi tarafından yapılacağı) verilen karar açıkça okunup usulen anlatıldı...".

Bu olayda gerekçeli karar 29.5.2013 tarihinde başvurucuya tebliğ edilmiş; başvurucu ise 12.6.2013 tarihinde kararı temyiz etmiştir. Yargıtay, başvurucunun temyiz istemini süre yönünden reddetmiştir. Kararın ilgili kısmı şu şekildedir:

"...Mahkemece iflâs talebi hakkında verilen hüküm temyiz eden vekiline 29.05.2013 günü tebliğ edildiği halde, temyiz dilekçesi İİK'nun 164. maddesinde öngörülen 10 günlük yasal süre geçirildikten sonra 12.06.2013 tarihinde verilmiştir. Süresinden sonra yapılan temyiz istemleri hakkında mahkemece bir karar verilebileceği gibi, 10.06.1990 gün ve 1989/3 Esas, 1990/4 Karar sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı'nda Yargıtay tarafından da karar verilebileceği kabul edilmiş olmakla, temyiz isteminin reddi gerekmiştir..."²⁰

Başvurucunun karar düzeltme talebi de aynı daire tarafından reddedilmiştir.²¹

Yapılan başvuru üzerine Anayasa Mahkemesi tarafından verilen karar özetle şu şekildedir:

"...Anayasa Mahkemesi bireysel başvuru kapsamında yaptığı değerlendirmelerde, mahkemeye erişim hakkının bir uyumsuzluğu mahkeme önüne taşıyabilmek ve uyumsuzluğun etkili bir şekilde karara bağlanmasını isteyebilmek anlamına geldiğini, kişinin mahkemeye başvurmasını engelleyen veya mahkeme kararını anlamsız hâle getiren, bir başka ifadeyle mahkeme kararını önemli ölçüde etkisizleştiren sınırlamaların mahkemeye erişim hakkını ihlal edebileceğini, ilk derece mahkemesinde dava açma hakkının yanında itiraz, istinaf ve temyiz gibi kanun yollarına başvurma imkânı tanınmış ise anılan yollara başvuru hakkının da bu kapsamda değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir. Süre yönünden temyiz isteminin reddedilmesinin mahkemeye erişim hakkına bir müdahale teşkil ettiği açıktır... Temyiz talebinin reddi nedeniyle başvurucunun mahkemeye erişimine getirilen sınırlamanın ölçülü olup olmadığına değerlendirilmesi gerekir. Dava açma ya da kanun yollarına başvuru için

²⁰ Karar için bkz. Yargıtay 23. HD, 4.11.2013, 5652/6768 (yayımlanmamıştır).

²¹ Karar için bkz. Yargıtay 23. HD, 16.5.2014, 898/3852, Erişim Tarihi: 18.11.2017, (lexpera.com.tr).

belli sürelerin öngörülmesi, bu süreler dava açmayı imkânsız kılacak ölçüde kısa olmadıkça hukuki belirlilik ilkesinin bir gereğidir ve mahkemeye erişim hakkına aykırılık oluşturmaz. Ne var ki öngörülen süre koşullarının açıkça hukuka aykırı olarak yanlış uygulanması ya da yanlış hesaplanması nedeniyle kişiler dava açma ya da kanun yollarına başvuru hakkını kullanamamışsa mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiğinin kabulü gerekir. Bunun yanında, Aktif Elektrik Müh. İnş. Tic. Ltd. Şti. başvurusunda, Anayasa Mahkemesi usul hükümlerine göre mahkeme kararlarının hüküm kısmında kanun yolu ve süresinin belirtilmesi zorunluluğunun özellikle ayrı ihtisas mahkemesi bulunmayan yerlerde çeşitli sıfatlarla görev yapan asliye hukuk mahkemeleri açısından ayrı bir önem taşıdığını, asliye hukuk mahkemelerinin bu durumda kararı hangi mahkeme sıfatıyla verdiğini açıklamasının davada uygulanan yargılama usulü ile verilen karara karşı kanun yolları bakımından tarafların doğru bilgi sahibi olmalarını sağlayarak tarafların kararları temyiz haklarını zamanında ve usulüne uygun olarak kullanabilmelerine hizmet ettiğini belirtmiştir. Başvuru konusu olaya benzer nitelikteki Cemile Akyıldız başvurusunda, icra hukuk mahkemesi kısa ve gerekçeli kararında temyiz süresini on beş gün olarak göstermiş; başvurucu bu süreye güvenerek kararın tebliğinden itibaren on birinci günde hükmü temyiz etmiş; Yargıtay ise icra mahkemesi kararlarına karşı temyiz süresinin on gün olduğunu belirterek temyiz dilekçesinin reddine karar vermiştir. **Anayasa Mahkemesi bu başvuruda, dava açma sürelerini düzenleyen son derece karışık ve dağınık olan mevzuatın aşırı şekilci (katı) yorumunun mahkemeye erişim hakkını ihlal edebileceğini, özellikle başvuru mercii ve süresi doğru gösterilmeyen işlemlerle ilgili davalarda mahkemelerin usul kurallarını yorumlarken mahkemeye erişim hakkını zedeleyecek şekilde katı yorumdan kaçınmalarının gerektiğini belirterek** somut olay açısından icra müdürlüğü işlemlerine karşı yapılan şikâyeti inceleyen icra hukuk mahkemesinin kararına karşı Kanun'da on günlük temyiz süresi öngörüldüğü halde mahkemenin kısa ve gerekçeli kararında süreyi on beş gün olarak gösterdiğini, bu açıdan başvurunun belirtilen süreye güvenerek hareket etmesinin makul görülmesi gerektiğini, kararda belirtilen süre içinde talepte bulunan başvurunun temyiz dilekçesini reddeden Yargıtay değerlendirmesinin başvurunun temyiz hakkını kullanmayı imkânsız kılacak ölçüde ve aşırı şekilci bir yaklaşımla elde edildiği ve kararın başvurunun mahkemeye erişim hakkını zedelediğini belirtmiştir... Kanun yoluna başvuru kapsamında yargısal bir sistem açısından olaya bakıldığında, başvurunun mahkeme kararında on beş gün olarak belirtilen temyiz süresine güvenerek kararın tebliğinden itibaren açıklanan bu

sürede (14. gün) temyiz talebinde bulunması makul görülebilecektir. Kanun yolunu ve süresini taraflara doğru gösterme yükümlülüğü dikkate alındığında, temyiz süresinin on gün olduğunu kabul ederek temyiz isteminin süre yönünden reddine karar veren Yargıtay Dairesinin değerlendirmesinin mevzuat hükümleri çerçevesinde ve öngörülebilirlik sınırları içinde olduğunun kabul edilemeyeceği, yapılan yorumun başvuru hakkının temyiz hakkını kullanmasını imkânsız kılacak ölçüde ve aşırı şekilci bir yaklaşımla elde edildiği, bu açıdan kararın başvuru hakkının mahkemeye erişim hakkını ihlal ettiği sonucuna ulaşılmaktadır...".²²

Görüldüğü üzere, Anayasa Mahkemesi kanun yoluna başvuru süresinin mahkeme kararında hatalı olarak gösterilmesi hâlinde, bu süreye güvenerek başvuruda bulunan ilgilinin talebinin süre yönünden reddedilmemesi gerektiği kanaatindedir. Buna karşın, yukarıda bahsedildiği üzere, Anayasa Mahkemesi'nin *Cemile Akyıldız* kararından üç ay sonra Yargıtay 20. HD tarafından, yedi ay sonra ise Gaziantep BAM 12. HD tarafından, Anayasa Mahkemesi kararına aykırı; YGHK'nin 13.3.2013 tarihli ve 19-779/355 sayılı kararına dayalı hüküm tesis edildiği görülmektedir.²³

ÖĞRETİDE İLERİ SÜRÜLEN GÖRÜŞLER

Öğretide mahkemelerin süreleri ilgililere yanlış bildirmeleri durumunda bunun sonucunun ne olacağı konusuna temas eden yazar sayısı azdır.

Pekcanitez/Atalay/Özekes'e göre, mahkeme kararlarına karşı başvurulacak kanun yolu ve süresi, HMK'nın 297/1-ç maddesi uyarınca kararda yazılması gereken zorunlu unsurlardandır. Kanun yolu süresinin yazılması, özellikle hukuku bilmeyen taraflara başvurabilecekleri kanun yolunu ve süresini göstererek kararın hukuka uygunluğunun denetlenebilmesini sağlamaktadır. Hâkim, kararında temyiz süresini kanunun gösterdiğinden daha uzun bir süre yazmışsa bu süreye riayet ederek başvuruda bulunan tarafın başvurusu reddedilmemelidir.²⁴

²² Karar için bkz. Tasfiye Hâlinde S.S. Eryaman Onur Sitesi Konut Yapı Kooperatifi Başvurusu, 21.9.2017, 2014/13217, Erişim Tarihi: 18.11.2017, (kararlaryeni.anayasa.gov.tr).

²³ Bkz. yuk. dn.16.

²⁴ Hakan Pekcanitez/Oğuz Atalay/ Muhammet Özekes, Medenî Usûl Hukuku, Ankara 2013, s. 264, dn.1 (bu eserin dipnotlu son baskısı 2013 yılında yapıldığından,

Erdönmez'e göre, kanun yolu süresinin yazılması özellikle hukuku bilmeyen taraflara başvurabilecekleri kanun yolunu ve süresini göstererek kararın hukuka uygunluğunun denetlenebilmesini sağlamaktadır. Hâkim sekiz gün yerine iki haftalık bir süre öngörmüşse bu süreye inanarak kanun yoluna yapılan başvuru reddedilmemelidir. Benzer şekilde, basit yargılama usûlüne tâbî bir davada, davalının talebi üzerine hâkimin cevap süresini bir ay uzatması hâlinde, cevap dilekçesinin kanunda öngörülen süre içinde verilmediğinin kabulü hukukî güvenlik ilkesine aykırılık oluşturur. Hâkimin olayda yanlış kanun hükmünü uygulaması sebebiyle hak kaybının meydana gelmesi hakkaniyete aykırı sonuçlar doğuracaktır.²⁵

Farklı görüşte olan *Yılmaz'a göre ise, hâkim, kanunun kesin olarak öngördüğü süreleri vereceği kararlar kesin olmayan hâle getiremeyeceği gibi, kesin süre içinde yapılmayan işlem için yeni bir süre de veremez. Bu nedenle hâkim, söz gelimi onbeş günlük temyiz süresini oniki güne indiremez veya yirmi güne çıkartamaz. Keza tebliğle başlayan bir sürenin başlangıcını tefhim yahut tefhimle başlayan sürenin başlangıcını tebliğ olarak belirleyemez; temyiz yolu kapalı olan bir davada temyiz yolunu açamaz. Hükümde bu söylenenlerin aksinin yazılı olması durumunda, kanundaki hükmün geçerli olması gerekir.²⁶*

Kuru'ya göre, mahkemenin kanunî bir süreyi uzatması ve ilgilinin kanunî süre geçtikten sonra; ancak mahkeme tarafından verilen süre içinde işlemi yapması hâlinde, yapılan işlem yapılmamış sayılacaktır.²⁷

2017 tarihli eser yerine bu esere atf yapılmıştır).

²⁵ Güray Erdönmez, Hakan Pekcanitez, *Medenî Usûl Hukuku*, İstanbul 2017, s.454-456. Erdönmez, doktrindeki egemen görüşün hâkimin kanunî süreyi uzatmasının ilgili bakımından herhangi bir sonuç doğurmayacağı yönünde olduğunu ifade etmektedir. Bkz. s.456 dn.56' da atf yapılan yazarlar. Buna karşın, karşı görüş olarak atf yapılan yazarlar, özel olarak hâkimin kanundaki süreyi hatalı şekilde tarafta bildirmesi konusunda görüş bildirmemiş; daha ziyade hâkimin kanunî süreleri değiştirme yetkisinin olmadığı yönündeki genel kuralı ifade etmekle yetinmişlerdir. Bu içerik bağlamında yapılan açıklamalardan aksi yönde görüş bildirildiği sonucunun çıkartılmaması gerektiği kanaatindeyiz.

²⁶ EjderYılmaz, "Hukuk Muhakemeleri Kanununda Süreler, Prof. Dr. Aydın Zevkliler'e Armağan, C. III, İzmir 2013, s. 3171-3172. Benzer yönde bkz. Taş Korkmaz, s. 416.

²⁷ Kuru, s. 5433. Benzer yönde bkz. Üstündağ, Saim, *Medeni Yargılama Hukuku*, İstanbul 2000, s. 436; Tercan, s.39; Umar, Bilge, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, Ankara 2014, s. 292; İlhan Postacıoğlu/Sümer Altay, *Medenî Usûl Hukuku Dersleri*, İstanbul 2015, s. 372-373; Baki Kuru, *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usûl Hukuku*, İstanbul 2016, s. 832.

GÖRÜŞÜMÜZ

Medeni yargıda ilgililerin riayet etmek mecburiyetinde olduğu birbirinden farklı pek çok süre ihdas edilmiştir. Sürelerin çokluğu zaman zaman en titiz hukukçuların dahi bu konuda yanılmasına yol açabilmektedir.

Sürelere ilişkin olarak yukarıda özetlerine yer verilen Yargıtay ve Anayasa Mahkemesi kararlarının isabetli olup olmadığı değerlendirilirken özellikle Anayasa'nın 40/2. maddesi üzerinde durulmalıdır. Bahsi geçen hükme göre, *"devlet, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır."* Bu düzenleme şüphesiz yargı işlemlerini de kapsamına almaktadır. Mahkeme kararlarında ilgililere hem başvurulabilecek kanun yolları hem başvuru mercii hem de kanun yoluna başvuru süresi gösterilmelidir. Şüphesiz mahkemelerin bunları salt göstermeleri yetmez; aynı zamanda doğru olarak göstermeleri de anayasal gerekliliktir. Bu sayede bireylerin yine Anayasa ile güvence altına alınmış bulunan hak arama özgürlüğü ve bu çerçevede adil yargılanma hakkı (Anayasa m.36) tesis edilmiş olmaktadır.

Her ne kadar kanunla belirlenen sürelerin kesin sürelerden olduğu ve hâkimin süreyi yanlış göstermesinin sürenin bu niteliğini değiştirmemesi; bu durumun ise kanunun genelliği ve eşitlik ilkelerinin gereği olduğu söylenebilirse de güçler ayrılığının bulunduğu hukuk sistemimizde yargının da yasama kadar yaşamsal bir rol oynadığı ve devleti temsil ettiği gözden uzak tutulmamalıdır. Her ne kadar, yargı organları süreleri keyfi olarak değiştiremezler ve kanunla belirlenen süreleri yanlış göstermeleri diğer bireyler bakımından emsal teşkil etmez ise de yargılamanın sükreleri, egemenliğı kullanan yetkili organlardan biri olan mahkemelerin kararlarına itimat etmek ve kararda gösterilen sürelerle riayet etmek konusunda haklı bir beklentiye sahiptirler.

Öte yandan, Anayasa'nın 138/4. maddesi uyarınca, *"yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez."* Mahkeme kararlarının bağlayıcılığı olarak bilinen bu ilke karşısında da mahkeme kararında yazılı olan süreye riayet eden bireylerin hak kaybına uğramaması gerekir.

Anayasa'nın 153/6. maddesine göre, *"Anayasa Mahkemesi kararları*

Resmî Gazetede hemen yayımlanır ve yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzel kişileri bağlar." Bu hükme yalnızca soyut ve somut norm denetimi ile mahkemenin önüne gelen meseleler bakımından geçerlilik tanınması; buna karşılık, bireysel başvuru neticesinde verilen kararların ise yalnızca başvuruya konu uyumsuzluk bakımından etkili olacağı sonucuna varılması her zaman doğru olmayabilir. Nitekim Anayasa Mahkemesi'nin yukarıda zikrettiğimiz kararlar bakımından vardığı sonuç, önüne gelen uyumsuzluğun karakteri ile sıkı sıkıya bağlı olmayıp aynı konuda verilmesi muhtemel pek çok hak ihlâli kararını baştan önleyebilecek niteliktedir. Bu bağlamda, Anayasa Mahkemesi'nin yukarıda zikrettiğimiz iki kararında vardığı sonuç gerek ilk derece mahkemeleri gerekse Bölge Adliye Mahkemeleri ve Yargıtay için bağlayıcı nitelikte görülmeli ve bu mahkemelerce karar tesis edilirken dikkate alınmalıdır.

SONUÇ

Kanunla tayin edilen bir sürenin mahkeme kararında hataen daha uzun gösterilmesi hâlinde, bunun hukuki sonuçlarına ilişkin olarak yüksek mahkeme kararları arasında çelişki göze çarpmaktadır. Bu bakımdan, Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvurular hakkında verdiği kararlar diğer mahkemeler tarafından da göz önünde bulundurulmalıdır.

Her ne kadar kanunla tayin edilen süreler ilgilisi için kesin ve hak düşürücü nitelikte ise de mezkûr sürenin mahkeme kararında hatalı gösterilmesi hâlinde, anayasal hükümler çerçevesinde ilgililerin mahkeme kararlarına duydukları güvenin korunmasına ilişkin haklı beklentileri göz önüne alınmalı ve hak arama özgürlükleri ile adalete (mahkemeye) erişim hakları sınırlanmamalıdır.

Kaynakça

- Başaklar Emin, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda Müddetler, Ankara 1973.
 Berkin M. Necmeddin, Tatbikatçılara Medenî Usûl Hukuku Rehberi, İstanbul 1981.
 Bilge Necip/Önen Ergun, Medenî Yargılama Hukuku Dersleri, Ankara 1967.
 Erdönmez Güray, Pekcanitez Medenî Usûl Hukuku, İstanbul 2017.
 Keleş Mehriçül, "Hukuk Usulünde Süreler", İzBD, S. 1995/1.

- Keskin O. Kadri, "Hukuk Usulünde Hakimin Vereceği Kesin Mehil ve Müeyyidesi", *AD*, S.1976/3-4.
- Kuru Baki, *Hukuk Muhakemeleri Usûlü*, C.IV, İstanbul 2001.
- Kuru Baki, *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usûl Hukuku*, İstanbul 2016.
- Pekcanıtez Hakan/Atalay Oğuz/Özekes Muhammet, *Medenî Usûl Hukuku*, Ankara 2013.
- Postacıoğlu İlhan, *Medenî Usûl Hukuku*, İstanbul 1975.
- Postacıoğlu İlhan/Altay Sümer, *Medenî Usûl Hukuku Dersleri*, İstanbul 2015.
- Tanrıver Süha, *Medenî Usûl Hukuku*, C.I, Ankara 2016.
- Taş Korkmaz Hülya, "Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunau'na Göre Hakimin Belirlediği Süreler ve Bu Sürelerin Hukukî Dinlenilme Hakkı İle İlişkisi", *MİHDER*, C.4, S.10, 2008.
- Tercan Erdal, *Medenî Usul Hukukunda (Kesin Sürelerin Kaçırılması Halinde) Eski Hale İade -Hali Sabıka İrca-*, Ankara 2006.
- Umar Bilge, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, Ankara 2014.
- Uzgören Baykal Ebru, *Medeni Usul Hukukunda Süreler*, Ankara 1998, (yayımlanmamış yüksek lisans tezi).
- Üstündağ, Saim, *Medeni Yargılama Hukuku*, İstanbul 2000.
- Yavuz Nihat, "Hukuk Usulünde Müddetler", *ABD*, 1975/2.
- Yılmaz Ejder, "Hukuk Davasında Hâkimin Verdiği Kesin Mehilin Hakkı Kısıtlaması", *ABD*, S.1987/1.
- Yılmaz Ejder, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, C.3, 3. B., Ankara 2017.
- Yılmaz Ejder, "Hukuk Muhakemeleri Kanununda Süreler, Prof. Dr. Aydın Zevkliler'e Armağan, C. III, İzmir 2013.

VERGİ YARGISINDA İSTİNAF ÜZERİNE BİR DEĞERLENDİRME

AN ASSESSMENT ON FIRST DEGREE APPEAL IN TAX JUDGEMENT

Selda TANER*

Özet: Dava sayısının gün geçtikçe artması ve üst mahkemeler önüne gelen dava dosyalarında kararların gecikmesi ve yargılamanın makul sürede yapılmasının sağlanabilmesi yönündeki sebepler gerekçe gösterilerek iki dereceli adli yargı sisteminde değişikliğe gidilmiş¹ ve bölge adliye mahkemeleri yani *istinaf mahkemelerinin* kurulmasıyla üç dereceli yargı sistemi benimsenmiştir.² Benzer bir biçimde idari yargıda da oluşan iş yükü fazlalığı bu yargı kolunda istinaf kurumunu gündeme getirmiş;³ 6545 sayılı “Türk Ceza Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”⁴ ile de idari yargıda ve dolayısıyla vergi yargısında istinaf kanun yolu düzenlenmiştir. Bu düzenlemeyle bölge idare mahkemelerinin yapısı değiştirilmiş, idari yargıda yer alan olağan kanun yollarından “itiraz” yolu kaldırılarak “istinaf” yolu getirilmiş ve bu kapsamda diğer kanun yollarında da bazı değişiklikler yapılmıştır. Bu çalışmada söz konusu değişikliklere ve istinaf kanun yolunun anayasal zeminde ve vergi hukuku-temel hak ve özgürlükler ilişkisinde nerede konumlandığı ile birlikte, istinaf bağlamında tartışılan ve tartışılması muhtemel konulara değinilmeye çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: İstinaf, 6545 sayılı Kanun, Vergi Yargısında Kanun Yolları, Adil Yargılanma Hakkı, Hak Arama Özgürlüğü

Abstract: An alteration has been made in two levelled judiciary system due to the rapid increase in the number of cases and delay of verdicts and the three-levelled judicial system adopted by establishing intermediate courts of appeal (regional administrative courts). Similarly, workload in administrative judiciary made first degree appeal institution a current issue. The remedy of first degree appeal is regulated in the administrative judiciary, and therefore in the tax

* Arş. Gör., Adana Bilim ve Teknoloji Üniversitesi Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Hukuk Bilimleri Anabilim Dalı staner@adanabtu.edu.tr, seldataner@gmail.com. Konuya dikkat çekerek beni cesaretlendiren değerli hocam Doç. Dr. Cihat Öner’e teşekkürlerimi sunarım.

¹ Söz konusu değişiklik, 01.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren ve Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nu ilga eden 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile yapılmıştır. (4.02.2011 tarihli ve 27836 sayılı Resmi Gazete).

² Avcı Mustafa, “İdari Yargıda İstinaf”, 2011, *TBBD*, S. 96, s. 180.

³ Avcı, s. 180.

⁴ 28.06.2014 tarihli ve 29044 sayılı Resmi Gazete.

judgment with Code No. 6545 ‘Law on Amendment of Turkish Penal Code and on other various Laws’. The structure of regional administrative courts has been changed and the remedy of first degree appeal has been adopted by abolishing of appeal objection, which is one of the ordinary remedies, in administrative judiciary. Various other amendments have been made in other remedies within this scope, as well. In this study, the amendments mentioned above, and the place first degree appeal stands on both constitutional ground and in the relationship of tax law and fundamental rights and freedoms, and issues which are currently being debated and other issues likely to occur are discussed in detail.

Keywords: First-Degree Appeal, Code No. 6545, Remedies In Tax Judgement, Right to Fair Trial, Right to Legal Remedy

I. İSTİNAF KAVRAMI

Anayasayla güvence altına alınan *hukuki korunma hakkı* (AY, m. 36), yalnızca şekli olarak bir yargılama yapılmasını değil, bunun yanında adil ve doğru bir yargılamayı gerektirmektedir. Bu bağlamda *adil yargılanmanın teminatlarından biri de kanun yollarıdır*.⁵ Hâkimin verdiği kararı denetlemek amacıyla ortaya çıkan *kanun yolu*, yargılama hukukunda bugünkü anlamıyla olmasa da hep var olmuştur. Türk hukukunun özellikle Tanzimat Dönemi ve Cumhuriyet’in kurulmasından sonra bir parçası olduğu Kıta Avrupası hukuk sistemi, tarihi kökleri Roma hukukuna dayanan bir yargılama sistemine sahiptir. Bu nedenle de modern istinaf kurumunun temelleri, Roma hukukuna kadar gitmektedir.⁶

Yargı organları tarafından verilen kararların yeniden incelenmesi, maddi ve hukuki değerlendirmenin yeniden yapılması için her hukuk sisteminde kanun yolu müessesesi kabul edilmiştir.⁷ Kanun yolları hâkimlerin de hata yapabilecekleri, yani hükümlerin yanlış olabileceği düşüncesine dayanmaktadır.⁸ Dolayısıyla tüm kanun yollarının amacı, insani nedenlerle yapılabilecek hataların düzeltilmesini sağla-

⁵ Tolga Akkaya, *Medeni Usul Hukukunda İstinaf*, Yetkin Yayınları, Ankara 2009, s. 26.

⁶ Akkaya, s. 31.

⁷ Bahattin Aras, “Türk Hukukunda İstinaf Sistemi”, *Yargıtay Dergisi*, Ocak-Nisan 2007, C. 33, S. 1-2, s. 134.

⁸ Bkz. Diethelm Kleszczewski, “Ceza Yargılama Hukukunda İstinafın Yeri”, *İstinaf Mahkemeleri*, Uluslararası Toplantı 7-8 Mart 2003, TBB Yayını, Ankara 2003, s. 149.

maktır. Bununla birlikte, hukukun uygulanmasında içtihatların gelişmesini sağlamak ve içtihat birliğini oluşturmak da kanun yollarının bir başka amacıdır. Ancak Yargıtay'ın ve Danıştay'ın ağır iş yükü nedeniyle, içtihat birliğinin sağlanması ve hukukun yeknesak biçimde uygulanabilmesi yönündeki kanun yolunun kamusal amacının tam olarak yerine getirilemediği ifade edilmiştir.⁹ Mahkeme kararlarının hukuka uygunluğunun bir üst mahkeme tarafından denetlenmesi anayasal bir gereklilik olmakla birlikte, Anayasa'da kanun yolunun kaç dereceli olması gerektiği konusunda bir düzenleme yoktur.¹⁰ İş yükünün azaltılması ve bu mahkemelerin Yargıtay ve Danıştay'ın içtihat mahkemesi olma fonksiyonunu daha iyi yerine getirebilmesi için de adli ve idari yargıda üç dereceli yargı sistemine geçilmesinin çözüm olabileceği düşünülmüştür.

Arapça bir kelime olarak istinaf, *bir işe yeniden başlamak* anlamına gelmekte,¹¹ hukuksal bağlamda da *yeniden yargılamayı* ifade etmektedir.¹² Bugünkü anlayış ve yorumlanış tarzıyla istinaf, *ilk derece hükmü üzerine inşa edilen ve mükemmel bir karara varma amacına yönelik bir diyalitik gerçekleştirmektir.*¹³ Buna göre istinaf, *ilk defa işe bakan mahkemenin verdiği son kararlar, uygulandığı muhakeme hukuk normlarının bir başka ve üst yetkili mahkemeye öğrenme muhakemesi yapılarak kontrol edilmesi ve gereken hallerde son kararın ıslah edilmesine yönelik muhakeme olarak tanımlanmıştır.*¹⁴ İdari yargıda istinaf da idare mahkemeleriyle temyiz incelemesi arasında ikinci derece bir denetim mekanizması ve *kanun yoludur.* Bu sistemde idare mahkemesi kararı önce istinaf denetimine tabi tutulmakta, bundan sonra temyiz yolu açık tutulmuşsa temyize gidilebilmektedir.¹⁵

⁹ Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay, Muhammet Özkes, Medeni Usul Hukuku, Yetkin Yayınları, B. 5, Ankara 2017, s. 498.

¹⁰ Pekcanitez, Atalay, Özkes, s. 459.

¹¹ Ferit Develioğlu, Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Sözlük, Aydın Kitabevi, Ankara 1982, s. 552.

¹² Ejder Yılmaz, "İstinaf Kavramı", Perşembe Konferansları, Erişim: 25.05.2015), <http://www.rekabet.gov.tr/File/?path=ROOT%2F1%2FDocuments%2FPer%25c5%259fembe%2BKonferans%25c4%25b1%2BYay%25c4%25b1n%2Fperskonfyyn6.pdf>.

¹³ Bkz. Haluk Konuralp, "Fransız Hukukunda Kanun Yolları Arasında İstinafın Yeri", *AÜHFD*, 2001, C. 50, S. 1, s. 28.

¹⁴ Feridun Yenisey, *Ceza Muhakemesi Hukukunda İstinaf ve Tekrar Kabulü Sorunu*, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1979, s. 4.

¹⁵ Oğuz Sancakdar, "İdari Yargıda İstinaf Sistemi Üzerine Düşünceler", *The Review*

İstinaf aynı zamanda, denetimi yapan mahkemeye verilen adı da ifade etmekte olup *istinaf mahkemesi*,¹⁶ *kanun koyucunun ifadesine bağlı kalınacak olursa bölge idare mahkemeleri; ilk derece mahkemesi kararını hem maddi hem de hukuki açıdan denetleyen mahkemedir. Bu bakımdan istinaf yargılaması, ilk derece mahkemesi tarafından verilen son kararın yalnız hukuki bakımdan incelenmesini içermez;*¹⁷ *maddi yönden incelenmesini, ilk derece mahkemesi gibi davanın bütün yönleriyle yeniden incelenerek karar verilmesini de kapsar.*¹⁸ *Dolayısıyla ilk derece mahkemesinin tespitlerinin doğruluğu veya tamlığına ilişkin tereddüt ortaya çıkması halinde istinaf yargılamasını yapan bölge idare mahkemesi, bizzat yeni bir tespit yapabilme yetkisine sahiptir.*¹⁹

İstinaf kavramı, *klasik* ve *dar* anlamda olmak üzere iki şekilde değerlendirilmektedir. Uyuşmazlığın, ilk derece mahkemesindeki yargılamadan tamamen bağımsız biçimde, bir sınırlamaya tabi olmaksızın, yeni delil ve olaylar da göz önünde tutularak yeniden ele alınması ve karara bağlanması istinafın klasik anlamını ifade etmektedir.²⁰ Dar anlamda istinafta ise, ilk yargılama baştan sona tekrarlanmamakta ve maddi vakıalar yalnızca gereken hususlarda yeniden ele alınıp değerlendirilerek uyuşmazlık hakkında yeni bir karar verilmektedir.²¹ Günümüzde yargılama hukukunda istinaf kavramı, daha çok dar anlamıyla kabul edilmektedir.²²

Bu bakımdan istinaf, kanun yolu türleri arasında henüz kesinleşmemiş kararlara karşı başvurulmasıyla “olağan” ve yerel mahkeme tarafından verilen kararda hukuka aykırılık tespit edildikten sonra dosyanın yeniden karar verilmesi için yerel mahkemeye gönderilme-

of Appeal System in Administrative Judiciary”, *Journal of Yaşar University*, 2013, S. 8, s. 2244.

¹⁶ Necip Bilge, *Üst Mahkemeler*, Ord. Prof. Sabri Şakir Ansay’ın Hatırasına Armağan, AÜHFY-Ajans Türk Matbaası, Ankara 1964, s. 62, 63.

¹⁷ Sabri Şakir Ansay, *Hukuk Yargılama Usulleri*, AÜHF Yayınları, Ankara 1960, B. 7, s. 343.

¹⁸ Bereket Baş Zuhul, “İdari Yargılama Hukuku Açısından İstinaf ve Kabulü Sorunu”, *Danıştay Dergisi*, 1996, C. 27, S. 11, <http://www.danistay.gov.tr/>.

¹⁹ Reinhard Gaier, Çev. Cenk Akil, “Subject Matter of the Case In Appellate Instance-İstinaf Yargılamasında Dava Malzemesi”, *AUHFD*, 2012, C. 61, S. 1, s. 418, 419.

²⁰ Ejder Yılmaz, *İstinaf*, Yetkin Yayınları, Ankara 2005, B. 2, s. 21.

²¹ Yenisey, s. 5, 6.

²² Saygın Engin, “İdari Yargıda İstinaf Mahkemesi Tartışmaları Üzerine Bir Analiz”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 2011, C. 69, S. 1-2, s. 637.

mesi; bunun yerine üst mahkemenin kendisinin bir karar vermesi bakımından da “düzeltici” kanun yoludur.

İstinafın kavramsal açıdan özü anlaşılmaya ve sınırları çizilmeye çalışılırken; itirazdan farkına da değinmek gerekir. İtiraz kanun yolunun hukuki nitelendirmesi konusunda farklı değerlendirmeler yapılmıştır. Bir görüşe göre itiraz kanun yolu, bir istinaf incelemesidir. Buna göre, itiraz yolu uyuşmazlıkların ikinci kez esastan incelenmesini sağlamak bakımından bir tür istinaf sayılabilirse de bu aşamada alınan kararlar kesin olup, Danıştay’da temyiz edilemeyeceğinden güvencesiz ve ikinci derece bir yargılamadan ibarettir.²³ Gerçekten de bölge idare mahkemesinin ilk derece mahkemesi kararını, hukuki ve maddi yönlerden yeniden incelemesi ve kararını hiçbir sınırlamaya tabi olmaksızın yeni olay ve delillere dayandırabilmesi bakımından itiraz, istinafa benzemektedir.²⁴ Başka bir görüş, itiraz üzerine verilen kararların kesin olması, bu kararlara karşı Danıştay’a başvurulmaması ve bu kanun yolunun temyiz usul ve şekline tabi olması sebepleriyle, kanunda “itiraz” deyimini kullanılmasına karşın itirazın istinaf değil bir temyiz yolu olduğunu ileri sürmektedir.²⁵

İtirazın temyiz ve istinafa benzer yanları varsa da itiraz kanun yolu, ne bir istinaf ne de bir temyiz yoludur. İtiraz, hukuki nitelik olarak kararın hem olay hem de hukuki açıdan denetlenmesi yönüyle istinaf incelemesine, kesin ve üst mahkemeye gidilememesi bakımından da temyiz incelemesine benzemektedir.²⁶ İtiraz incelemesi sonucunda verilen kararlar kesinken, istinaf incelemesi sonucunda verilen ancak belirli bir parasal sınırı aşan kararlara karşı temyiz yolu açıktır. Ancak itiraz ve istinaf incelemeleri, hukukilik denetiminin yanında olay incelemesini de kapsayıp, kural olarak esas hakkında da karar verilirken, temyiz incelemesinde sadece hukukilik denetimi yapılarak bozma ya da onama kararları verilmektedir.²⁷ Sonuç olarak; itiraz ve istinaf ince-

²³ Lutfi Duran, “İdari Yargı Adlileşti”, *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi (İHİD)*, Sarıca’ya Armağan, C. 3, S. 1-3, İstanbul 1982, s.75.

²⁴ Zehra Odyakmaz, *Türk İdari Yargılama Usulünde Kararlara Karşı Başvuru Yolları*, Alfa Basım Yayın Dağıtım, B. 1, İstanbul 1993, s. 38.

²⁵ A. Şeref Gözübüyük, *Yönetmelik Yargı*, Turhan Kitabevi, B. 31, Ankara 2011, s. 514, 514.

²⁶ A. Şeref Gözübüyük, Güven Dinçer, *İdari Yargılama Usulü*, Turhan Kitabevi, B. 2, Ankara 1999, s. 875.

²⁷ Ahmet Akbaba, “İdari Yargıda Kanun Yolları ve İstinaf”, *Terazi Hukuk Dergisi*,

lemeleri arasındaki temel farkı, inceleme sonucunda verilen kararların kesin olup olmadığına dayandırmak mümkündür. Ancak bu ayrımın itirazın kaldırılarak istinafın benimsendiği üç dereceli idari yargı ve vergi yargısında pratik bir önemi de kalmamıştır.

II. VERGİ YARGISINDA İSTİNAF

Türk hukukunda vergi yargısının nerede konumlandığına değinmek gerekirse, idari yargı düzeni içinde yer almasını sakıncalı bulmayan görüşler²⁸ yanında ayrı bir vergi yargısının gerekli olduğu da dile getirilmiştir.²⁹ Bu tartışmalar bir yana bırakılarak idari yargı içerisinde örgütlenmiş vergi yargısı incelendiğinde, istinaftan önce iki dereceli bir sistemin benimsenmesine rağmen; görevli merci sayısının vergi mahkemeleri, bölge idare mahkemeleri ve Danıştay olmak üzere üç olduğu görülür.

İlk derece genel görevli mercilerini vergi mahkemeleri oluşturmakta; vergi mahkemelerinin kararları ise duruma göre, kesin olarak bölge idare mahkemeleri veya Danıştay'da karara bağlanmaktaydı. Konusu belirli bir parasal sınırın altında kalan kararlar bölge idare mahkemesinde kesinleşerek ayrıca Danıştay'a götürülememekte; söz konusu parasal sınırı geçen davalar hakkında Danıştay'da temyiz yoluna gidilebilmekteydi. Dolayısıyla ilk derecede görevli merciin kararı ya bölge idare mahkemesinde ya da Danıştay'da tek bir kanun yolu aşamasından geçmiş olmakta; bu nedenle de model, iki dereceli niteliğini korumaktaydı.³⁰

Görüldüğü gibi, her yıl yenilenen belirli bir parasal sınırın altındaki davalar için öngörülen bölge idare mahkemelerinin görev alanı sınırlı kalmış ve yüksek içtihat mahkemesi olarak düşünülmesi gereken Danıştay'ın yükü yeterince azaltılamamıştır. Bu eleştirilere paralel olarak bölge idare mahkemelerinin hâlihazırdaki varlığının, istinaf

Ankara, Mart 2010, S. 43, s. 161.

²⁸ Mualla Öncel, Ahmet Kumrulu, Nami Çağan, Vergi Hukuku, Turhan Kitabevi, B. 23, Ankara 2014, s. 186.

²⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Yılmaz Aliefendioğlu, "Vergi Yargısı ve Sorunları", *Danıştay Dergisi*, Ankara 1979, Yıl: 9, S. 32, 33, s. 137, 138; Kamil Mutluer, Vergi Genel Hukuku, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2006, s. 350, 351.

³⁰ Ahmet Kumrulu, Vergi Yargılama Hukukunun Kuramsal Temelleri, İşlev-Yapı İlkeler-Nitelik, Ankara 1989 (Çoğaltma), s. 54, 55.

düşüncesini hayata geçirmekte büyük kolaylık sağlayacağı düşünülmüş; ayrıca istinafın hukuki güvenliği sağlamada da önemli bir rol oynayacağı ve bu yolla Danıştay'a gelecek dosya sayısındaki azalmalar nedeniyle Danıştay'ın içtihat mahkemesi rolünün³¹ çok daha etkin bir şekilde gerçekleşeceği belirtilmiştir.³²

Ayrıca, belli yargı mercilerinin görev ve yetkisinin belirli miktarlar itibariyle ve ekonomik koşullara paralel, yıllara göre yükseltilebilir sınırlar ölçü alınarak saptanması doğru bulunmamakta; esas görev ve yetki alanının büyük ölçüde davanın konusuna göre düzenlenmesi gerektiği düşünülmektedir.³³ Son olarak da miktara bağlı olsun ya da olmasın iki dereceli yargılama modeli uygun görülmemiş,³⁴ bölge idare mahkemelerine daha geniş çapta işlev tanıyan, Danıştay'ın yükünü azaltıp ona tam bir içtihat mahkemesi niteliği kazandıracak üç dereceli vergi yargısının kurulmasının daha isabetli olacağına vurgu yapılmıştır.³⁵

Bu bakımdan üç dereceli yapı içinde bölge idare mahkemelerine, istinaf mahkemesi niteliğinin tanınması, bunların kararlarının kural olarak kesin olması, duruma göre de Danıştay'ın kendisine intikal edecek uyuşmazlıklar bakımından yüksek içtihat mahkemesi işlevini görmesi gerektiği ifade edilmiştir.³⁶ İstinaf mahkemelerinin kararları-

³¹ Türk idari yargı sistemine istinaf mahkemelerinin dâhil edilmesinden önce dile getirilen bir görüşe göre, bu mahkemelere yer verilmemiş olması; temyiz merci olarak Danıştay'ın hem hukukun uygulanmasında birliğin sağlanmasını, hem de somut olayda hukuka uygun karar verilip verilmediğinin denetlenmesini gerçekleştirmek durumunda kalmasına sebebiyet vermektedir. (Ramazan Çağlayan, İdari Yargıda Kanun Yolları, Asil Yayın Dağıtım, B. 2, Ankara 2007, s. 7); İstinaf ve temyiz kanun yollarının her ikisinin de amacı, hukuk birliğinin ve somut olay adaletinin sağlanması ve vakta (olay) mahkemelerinin denetimi olsa da temyizde ilk amacın; istinafta ise ikinci amacın ağır bastığı ifade edilmiştir. (Ömer Sivrihisarlı, Hukuk Yargılamasında Maddi Hukuka İlişkin Temyiz Nedenleri ve Yargıtay Denetiminin Kapsamı, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 536, İstanbul 1978, C. 539, s. 156; Selçuk Öztekin "Hukuk Davalarında Adil ve Çabuk Yargılanma, Aksaklıklar-Çözüm Önerileri", Yeni Türkiye 'Yargı Reformu' Özel Sayısı, 1996, C. 10, s. 500); Bu noktada istinaf mahkemelerinin varlığının, temyiz hukuk birliğini sağlama ve içtihat üretme amacının pratikteki potansiyelini artırabileceği düşünülebilir.

³² Tahir Erdem, "İdari Yargıda ve Vergi Yargısında İstinaf", *Vergi Sorunları Dergisi*, Ağustos 2014, S. 311, s. 20.

³³ Kumrulu, s. 56.

³⁴ Kumrulu, s. 57.

³⁵ Öncel, Kumrulu, Çağan, s. 188.

³⁶ Kumrulu, s. 57.

na büyük ölçüde kesinlik tanınmasının Anayasa'nın idarenin yargısal denetimini öngören hükmüne ve Danıştay'a ilişkin düzenlemeyi içeren 155. maddeye de aykırı olmayacağı; ayrıca ilk derece mahkemelerinin tek hâkimle görev yapmasının mümkün olduğu, Danıştay'da olduğu gibi istinaf merci niteliğindeki bölge idare mahkemelerinde de kurul halinde çalışmanın esas tutulacağı belirtilmiştir.³⁷ Ayrıca pratik nedenlerle istinaf modeline karşı çıkılmaması gerektiği; iyi yürütülecek bir personel politikasıyla istinaf mahkemelerinin getireceği ek yükün karşılanabileceği düşünülmüştür.³⁸

İstinafa ilişkin lehe olan bu görüşlere karşın, başka bir noktadan ise vergi yargı sisteminin üç dereceli olması yerine iki derece üzerine kurulmasının uyuşmazlıkların çözümünü en azından bir buçuk yıl kısaltacağı; bu nedenle de uyuşmazlıkların hızlıca çözümlenerek verginin idareye dönüşünü sağlamak açısından iki dereceli sistemin kabulünün gerektiği savunulmuştur.³⁹ Ancak dosyaların hızlı sonuçlandırılmasından çok -gereçeklerde olduğu gibi- Danıştay'ın yükünün azalması ve nitelikli yargılama yapabilmesi esas alındığında, istinafın vergi yargısında önemli bir potansiyele sahip olduğu düşünülebilir. Adil yargılamanın sağlanması amacından hareketle; parasal sınıra bağlı kalınmayan bir üç dereceli vergi yargısı içerisinde konumlanan istinaf modeli, ideal tipi oluşturmaktadır.

III. İSTİNAFIN POZİTİF HUKUKTAKİ DAYANAKLARI

İstinaf kurumuna ihtiyaç duyulduğuna dair fikirler, istinafın lehinde ve aleyhinde olan görüşlerle birlikte tarihsel ve olgusal gelişmeleri, çalışmanın amacını aşmakla birlikte; sorunlara bir çözüm yolu olarak sunulan ve kabul edilen istinafın, pozitif hukuk açısından te-

³⁷ Kumrulu, s. 57, 58.

³⁸ Kumrulu, s. 59; Zorunlu idari başvuru esasları da söz konusu sistem içerisinde değerlendirilen bir diğer konudur. İdari başvuruya istediği sonucu elde edemeyen yükümlünün konuyu yargı önüne taşıyabilmesi şeklindeki bu yöntem idari denetim mekanizmalarını işletmekte; yargı organlarının yükünü azaltmak suretiyle hukuk geliştirme işlevine ağırlık tanımakta ve bireylerin yargısal başvuru imkânlarını ortadan kaldırmamaktadır. Bu bakımdan Türk vergi yargısının zorunlu idari başvuru aşamasıyla birlikte işleyen istinafı da içinde barındıran üç dereceli sistemle ideal tipe kavuşacağı ifade edilmiştir (Kumrulu, s. 60).

³⁹ Kamil Mutluer, Türkiye'de Vergi Yargı Sistemi, Eskişehir İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Yayınları No: 141/87, Eskişehir 1975, s. 102.

mellerinin değerlendirilmesi gerekmektedir. Kuşkusuz bu değerlendirmeye pozitif hukuk normlarının en üstünü olan Anayasa'dan başlamak gerekir.

Anayasa, vatandaşların temel hak ve hürriyetleri yanında, bu hak ve hürriyetleri korumaya hizmet edecek temel hukuki kurum ve organları da düzenlemektedir. Bu kapsamda, Anayasa'nın 75. ve 160. maddeleri arasında Cumhuriyet'in temel organlarından biri olarak "Yargı"ya yer verilmiş; bu bölümde hâkim ve savcılara ilişkin teminatlar, mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkilerine ilişkin esaslar ve *üst mahkemeler* düzenlenmiştir. Çeşitli yargı kollarına ilişkin üst mahkemeler tek tek sayılarak bunlara dair temel esaslar belirlenmiştir.⁴⁰

Anayasa m. 155'e göre "*Danıştay, idarî mahkemelerce verilen ve kanunun başka bir idarî yargı merciine bırakmadığı karar ve hükümlerin son inceleme merciidir. Kanunla gösterilen belli davalara da ilk ve son derece mahkemesi olarak bakar.*" Bu hükümden hareketle idari yargı ve vergi yargısı bakımından, temyiz kanun yolunun ve bu incelemeyi yapan Danıştay'ın açık anayasal temellerinin bulunduğu; hatta iki dereceli yargılamanın anayasal bir zorunluluk olduğu söylenebilir. Ancak, bir üst mahkeme olan bölge idare mahkemeleri için aynı sonuca varılamayacağından, istinaf mahkemeleri, anayasal bir kurum olarak nitelendirilemeyeceği gibi bu mahkemelerin kurulması bakımından devletin anayasal bir zorunluluk içinde olduğu da söylenemez. Bölge idare mahkemelerinin kuruluşu 2576 sayılı "*Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluşu ve Görevleri Hakkında Kanun*"a dayanmaktadır.⁴¹

Görüldüğü gibi Anayasa, her yargı kolunda en üst derecede yer alan yüksek mahkemeleri düzenleyerek en azından iki dereceli bir yargılamanın olması ve mahkeme kararlarının denetlenmesi bakımından

⁴⁰ Akkaya, s. 43; Bu kapsamda sayılan üst mahkemeler, Yargıtay (AY, m. 154), Danıştay (AY, m. 155), Askeri Yargıtay (AY, m. 156), Askeri Yüksek İdare Mahkemesi (AY, m. 157) ve Uyuşmazlık Mahkemesi (AY, m. 168)'dir. Sayıştay da yüksek mahkemeler arasında sayılmamakla birlikte "Yargı" bölümünde ayrıca düzenlenmiştir (AY, m. 160).

⁴¹ Benzer bir sonuç adli yargı bakımından da söz konusudur. Anayasa 154. maddede "Yargıtay, adliye mahkemelerince verilen ve kanunun başka bir adli yargı merciine bırakmadığı karar ve hükümlerin son inceleme merciidir. Kanunla gösterilen belli davalara da ilk ve son derece mahkemesi olarak bakar" denilerek, iki dereceli yargılama sistemi anayasal bağlamda temellendirilmiştir. (Akkaya, s. 43).

bir zorunluluk öngörmüştür. Ancak bu mahkemelerde uygulanacak kanun yolu ve bunların esasları hakkında bir düzenleme yapmamış; söz konusu düzenlemeleri, kanunla yapılması kaydıyla kanun koyucunun takdirine bırakmıştır.⁴² Temyiz, yargılamanın yenilenmesi, karar düzeltme, itiraz başvuru yolları Anayasa'da yer almadığı gibi istinaf da tamamen kanun koyucunun düzenleme alanına bırakılmıştır.⁴³

İstinaf kanun yolunun oluşturulması ve bölge idare mahkemelelerinin düzenlenmesi konusunda anayasal bir zorunluluk bulunmamasına rağmen, kanun koyucunun iradesine bağlı olarak vergi yargısının bir parçası haline gelen bu hususa zemin oluşturan bazı anayasal düzenlemelere değinilebilir. İstinaf kanun yolunun ve bölge idare mahkemelerinin en somut anayasal dayanağı yukarıda da bahsedilen Anayasa m. 155'teki "*kanunun başka bir idarî yargı merciine bırakmadığı*" ilk derece mahkemesi kararlarının Danıştay tarafından incelenmesi hususudur. Buna göre, kanun koyucu idare ve vergi mahkemeleri kararlarının incelenmesi görevini Danıştay dışında başka bir üst mahkemeye bırakabilecektir. Ayrıca mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileriyle yargılama usullerinin kanunla düzenleneceğini öngören Anayasa'nın 142. maddesi de istinafın temellerinden biri sayılabilir. Dayanak olabilecek hükümlerden bir diğeri de aşağıda daha ayrıntılı değinilecek olan "*hak arama özgürlüğü*"nü düzenleyen Anayasa'nın 36. maddesidir.

A. İSTİNAFIN HAK ARAMA ÖZGÜRLÜĞÜ İLE İLİŞKİSİ

İki dereceli yargının anayasal bir gereklilik olduğu konusunda dayanılan diğer norm ise, Anayasa'nın 36. maddesinin birinci fıkrasıdır. Buna göre *herkes, meşrû vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir*. Hak arama özgürlüğü, devletin kişilere etkin bir adil yargılanma hakkı sunması ve dava açma önündeki engellerin kaldırılmasını gerektirir.⁴⁴ Bu bağlamda teknik anlamda hak arama özgürlüğü, Anayasa'nın sağladığı *asgari hukuki korunma garantisi* olarak

⁴² Saim Üstündağ, "Mukayeseli Hukukta Yargıtay Örnekleri ve Türk Yargıtay'ı", *Yargıtay Dergisi*, 1989, C. 15, S. 1-4, s. 74.

⁴³ Akkaya, s. 44.

⁴⁴ Bkz. Akkaya, s. 45.

tanımlanmaktadır⁴⁵ ve *yargısal temel haklar*⁴⁶ kategorisi içinde yer aldığı söylenebilir.⁴⁷ Bu asgari korumanın aynı zamanda kanun yolunu da kapsayıp kapsamadığı ise tartışmalıdır.

Anayasa'nın 36. maddesinin gerekçesinde, *bu maddeyle hak arama hakkının ilk şartının yargı mercilerine davacı ve davalı olarak başvurulabilme hakkı ve hürriyeti hüküm altına alındığı ve bunun tabii sonucu olarak da kişinin yargı mercileri önünde iddia, savunma ve adil ve hakkaniyete uygun yargılanma hakkına sahip olduğu; yargılama usulü kanununun ve yargı organının Anayasa emri olarak adil ve hakkaniyete uygun yargılamayı sağlayacak şekilde düzenleneceği dile getirilmiştir.*⁴⁸ Bu gerekçeden kanun yoluna başvurma hakkının hak arama özgürlüğünün "olmazsa olmaz" koşullarından biri olduğu sonucuna ulaşamayacağı ifade edilmiştir.⁴⁹

⁴⁵ Esra Atalay, "Yargısal Temel Haklar", Şükrü Postacıoğlu'na Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dön. Ser. Yayınları, İzmir 1997, s. 449.

⁴⁶ Yargısal temel haklar, "başlı başına dokunulmaz nitelikte bir yaşam alanı oluşturmayan, fakat maddi nitelikteki temel hakların ve insan haklarının yargılama faaliyeti içinde gerçekleştirilmesine hizmet eden şekli nitelikteki haklar" olarak tanımlanmıştır (Bkz. Haluk Konuralp, Emel Hanağası, "Fransız Hukukunda İptal Amaçlı İstinaf Yolu", *Legal Hukuk Dergisi*, Haziran 2007, Y. 5, S. 54, s. 1797); hak arama özgürlüğünü yargısal temel hak olarak nitelendiren görüş, yargısal temel hakların kişisel haklar ve pozitif statü hakları içinde yer alabileceğini ifade etmektedir (Atalay, s. 443); Başka bir görüş ise hak arama özgürlüğünü "Jellinek'in haklar ayrımı"nda negatif statü hakları içinde değerlendirmiştir (Kemal Gözler, *Anayasa Hukuku'na Giriş*, Ekin Basın Yayın Dağıtım, Bursa 2010, s. 216, 217).

⁴⁷ Anayasa Mahkemesi ise bir kararında hak arama özgürlüğünün temel hak sayılıp sayılmayacağına ilişkin görüşlerini şu şekilde ifade etmiştir: "...dava yoluyla hak arama özgürlüğü, kendisi bir temel hak niteliği taşımanın ötesinde, diğer temel hak ve özgürlüklerden gereken şekilde yararlanılmasını ve bunların korunmasını sağlayan en etkili güvencelerden birini oluşturmaktadır. Kişinin uğradığı bir haksızlığa veya zarara karşı kendini savunabilmesinin ya da maruz kaldığı haksız bir uygulama veya işleme karşı haklılığını ileri sürüp kanıtlayabilmesinin, zararını giderebilmesinin en etkili ve güvenceli yolu, yargı mercileri önünde dava hakkını kullanabilmesidir. Kişilere yargı mercileri önünde dava hakkı tanınması adil yargılamanın ön koşulunu oluşturur.", AYM, 17.1.2008, E. 2004/25, K. 2008/42. (RG 21.2.2008, 26794).

⁴⁸ Bkz. Mehmet Akad, Abdullah Dinçkol, 1982 Anayasası Madde Gerekçeleri, İstanbul 1998, s. 156, 157.

⁴⁹ Aksi takdirde, yani kanun yoluna başvurma hakkının hak arama özgürlüğünün ayrılmaz bir parçası olduğu kabul edilecek olursa, bu hakkın sınırsız olacağı sonucuna varmak gerekir. Zira Anayasa'nın 13. maddesine göre temel hak ve özgürlükler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz. Sonuç olarak, 2001 yılında 13. maddede yapılan değişiklikle genel sınırlandırma sebepleri kaldırıldığından ve

Buna karşın, mahkeme kararlarının denetiminin, hak arama özgürlüğü ve adil yargılanma hakkının bir unsuru olduğu da kabul edilmektedir. Ancak bu görüşe göre mahkeme kararlarının hukuki denetimi anayasal bir gereklilik olmakla ve iki dereceli yargılama modeli Anayasa'yla zorunlu kılınmakla birlikte istinafın da dâhil olduğu üç dereceli bir yargılama, Anayasa bakımından zorunlu değildir.⁵⁰ Hak arama özgürlüğünün etkin hukuki korumayı sağlaması noktasından hareket eden görüş, kanun yolu hakkını hak arama özgürlüğünün tamamlayıcısı gibi görmektedir.⁵¹ Bunun yanında aksi yönde görüşler de bulunmasına rağmen hak arama özgürlüğünün hukuk devleti ilkesiyle doğrudan bağlantılı olmasına dayanılarak, istinaf derecesinin hukuk devletinin gereği olduğu ifade edilmiştir.⁵²

Sonuç olarak, Anayasa'nın 36. maddesiyle düzenlenen hak arama özgürlüğü ve adil yargılanma hakkı, pozitif hukukun kişilere tanıdığı hakların elde edilmesi bakımından etkin bir yargısal mekanizmanın kurulması konusunda kesin ve açık bir teminat oluşturmakta⁵³; ancak dereceli bir yargılamanın oluşturulması, kişilere kanun yoluna başvuru hakkının tanınması konusunda devlete anayasal bir görev yüklememektedir.⁵⁴ Bunun yanında devletin etkin hukuki korumayı ger-

temel hak ve özgürlüklerin ilgili maddelerde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabileceği düzenlendiğinden kanun yolu hakkının sınırsız olarak düzenlendiği sonucuna varmak gerekir. Ancak Anayasa'nın lafzından çıkan sonucun da eleştiriye açık olduğu düşünülmektedir (Cenk Akil, *İstinaf Kavramı*, Yetkin Yayınları, Ankara 2010, s. 234).

⁵⁰ Yavuz Alangoya, "Kanun Yolunun Anayasal Temeli, HUMK m. 427 Hükmü ile Kanun Yolu Kapatılmış Olan Kararlara Karşı Kanun Yoluna Müracaat İmkânı", Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, TBB Yayınları, Ankara 2004, s. 31, 40.

⁵¹ Kanun yolunun bir hak olarak kabul edilmesinin dayandırıldığı bir diğer tez de etkin hukuki korunma talebidir. Etkin hukuki koruma, öncelikle mahkemeye başvuru hakkının tanınmasıyla başlamaktaysa da etkin hukuki koruma için kanun yollarına başvuru hakkının tanınmış olması gerektiği de kabul edilmektedir (Muhammet Özkes, *Medeni Yargılama Hukukunda Hukuki Dinlenme Hakkı*, Yetkin Yayınları, Ankara 2003, s. 54).

⁵² Kamil Yıldırım, *Hukuk Devletinin Gereği: İstinaf, Nesil Matbaacılık*, İstanbul 2000, s. 1; İstinafın hukuk devleti ilkesinin ve adil yargılanma hakkının bir unsuru ve gereği olmadığı yönünde bkz. Hakan Pekcanitez, "İstinaf Mahkemeleri", *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (GÜHFD)*, 2006, S. 1, s. 20.

⁵³ Mine Akkan, "Medeni Usul Hukukunda Etkin Hukuki Koruma", *MİHDER*, 2007, C. 3, S. 6, s. 38.

⁵⁴ Hak arama özgürlüğü ve adil yargılanma hakkını düzenleyen Anayasa m. 36 yanında, devlete, işlemlerinde ilgililerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve süreleri belirtme zorunluluğu yükleyen m. 40'ın da kapsamı, niteliği ve sayısı kanun tarafından belirlenmek şartıyla, devlete kanun yollarının

çekleştirmek amacıyla istinafı da içeren üç dereceli bir yargı sistemi kurmasının; hak arama özgürlüğü, adil yargılanma hakkı ve bunların temelinde yatan hukuk devleti ilkesinin eksiksiz gerçekleştirilmesi konusunda önemli bir teminat sağlayacağı düşünülmektedir.⁵⁵

Anayasa Mahkemesi bir kararında iki dereceli yargılamayı anayasal bir hak olarak görmediğini ifade etmiştir. Danıştay 10. Dairesi, 4077 sayılı Kanun'un 26. maddesinin 2. fıkrasında yer alan *"itiraz üzerine idare mahkemesince verilen kararlar kesindir"* tümcesinin Anayasa'nın 2, 36, 125 ve 155. maddelerine aykırı olduğu iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'ne başvurmuştur. Danıştay, Anayasa'nın 155. maddesinin idari yargıda iki dereceli yargı sistemini öngörerek son inceleme yolu kapatılan karar türüne ilişkin istisnai bir kurala yer vermediğini; maddenin incelenmesinden yasa koyucuya tanınan yetkinin, son inceleme mercii olarak Danıştay yerine başka bir idari yargı yerini belirlemekle sınırlı olduğunu ve *"kanun yollarını"* tümüyle kapatma yetkisini içermediğini ifade etmektedir. Buna karşın Anayasa Mahkemesi, itiraz konusu kuralın Anayasa'nın 36. maddesine aykırı olmadığı sonucuna ulaşmıştır. Gerekçesi ise Anayasa'nın 13. maddesine göre, temel hak ve özgürlüklerin kamu yararı amacıyla sınırlanabileceği ve itiraz konusu kuralla, kanun yoluna başvurulmasına olanak vermeyecek biçimde hak arama özgürlüğüne kamu yararı amacıyla getirilen sınırlamada demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırılık bulunmadığıdır. Ayrıca Mahkeme, Anayasa'nın 155. maddesinde yer alan kuralın, *tüm kararların mutlak olarak Danıştay incelemesinden geçirileceği anlamına gelmediğini; mahkemelerin kuruluş, görev, işleyiş ve yargılama usullerini Anayasa çerçevesinde düzenlemekle görevli olan kanun koyucunun basit gördüğü kimi davalarda üst yargı yolunu kapatabileceğinin açık olduğunu, bu nedenlerle itiraz konusu kuralın Anayasa'nın 155. maddesine aykırı olmadığını belirtmiştir.*⁵⁶

oluşturulması konusunda bir ödev yüklendiğini göstermekle birlikte kanun yollarının kaç dereceli olacağı konusunda bir emir içermediği ifade edilmiştir (Akkaya, s. 48); Benzer şekilde adil yargılanma hakkının en önemli unsuru olduğu kabul edilen hukuki dinlenme hakkının da mahkemelerin derecelendirilmesi hususunu kapsamadığının Alman hukuk öğretisinde kabul edildiği; Türk hukuk öğretisindeyse kanun yoluna başvuru hakkının yargılama içerisinde hakkı ihlal edilen kişi bakımından hukuki dinlenme hakkının bir gereği olarak kabul edilmesi gerektiğine vurgu yapıldığı ifade edilmiştir (Akil, s. 236, 237).

⁵⁵ Akkaya, s. 47.

⁵⁶ AYM, E. 2001/232, K. 2001/89, Karar Tarihi: 23.5.2001; 19.01.2002 Tarihli, 24645

A. AB ve AİHM BAĞLAMINDA İSTİNAF MAHKEMELERİ

İstinaf düzenlemesinin Türk hukukundaki temelleri bakımından değinilebilecek bir diğer konu da Anayasa'nın 90. maddesiyle iç hukukun bir parçası haline gelen ve temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşme niteliğinden dolayı kanunlar karşısında öncelikli konumda olan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'dir. Yargısal temel haklar açısından Sözleşme'nin en önemli hükümleri, 6. maddede düzenlenen "adil yargılanma hakkı" ve 13. maddede düzenlenen "etkili bir hukuki yola başvuru hakkı"dır. Sözleşme'nin 6. maddesinde düzenlenen ve adli mekanizmanın işleyiş ve organizasyonunda bireye bir dizi usulü güvence sağlayan bir haklar bütünü olan adil yargılanma hakkı, usul hukukuna ilişkin koruma mekanizmaları içermesiyle bir "adalet standardı" (*standard of fairness*) oluşturur.⁵⁷

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinde adil yargılanma hakkının unsurları sayılmış;⁵⁸ ancak bu sözleşmeden kaynaklanan bir kanun yolu hakkının var olup olmadığı hususuna değinilmemiştir. 13. maddede de etkin bir hukuki yola başvuru imkânından bahsedilmekle birlikte bunun için kanun yolu hakkının bulunması zorunluluğuna yer verilmemiştir. Bu nedenle, Sözleşme'ye taraf devletlerin mahkeme önünde gerçekleşen yargılamalarda adil yargılanma hakkının gereklerini yaşama geçirmeleri gerektiği; ancak kanun yolunun bir hak olarak düzenlenmesi zorunluluğunun bulunmadığı ve taraf devletlerin dereceli yargılama teşkilatı oluşturmakla görevli olmadıkları sonucu çıkarılmıştır.⁵⁹ Adil yargılanma hakkı ve etkin başvuru imkânını yorumlayan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarında da dereceli yargılama modeli ve üst mahkeme kurulmasının zorunlu olmadığı belirtilmekte; ancak bir yargı sisteminde istinaf ve temyiz yolları kabul edilmişse bunların adil yargılanmanın gerekleri-

Sayıli Resmi Gazete.

⁵⁷ Bkz. Billur Soydan Yaltı, "İnsan Haklarının Vergi Hukuku Pratiği: Adil Yargılanma Hakkının Vergi Davalarında Uygulanabilirliği", *Vergi Dünyası Dergisi*, Ekim 2002, S. 254, s. 86.

⁵⁸ Buna göre adil yargılanma hakkının "kanuni, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme önünde yargılanma", "makul süre içinde yargılanma", "aleni olarak yargılanma" ve "hakkaniyete uygun olarak yargılanma" olmak üzere dört unsuru bulunmaktadır (Süha Tanrıver, "Hukuk Yargısı (Medeni Yargı) Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı", *TBB*, 2004, s. 53, s. 193).

⁵⁹ Akkaya, s. 48, 49; Akil, s. 236; Yıldırım, s. 13-23.

ne uygun olarak işletilmesi gereğine vurgu yapılmaktadır.⁶⁰

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde doğrudan bir düzenlemeye yer verilmemekle birlikte bu sözleşmeye ek 7. Protokol'de,⁶¹ ceza yargılamasında verilen mahkûmiyet kararlarına karşı bireye, hükmün bir üst mahkeme tarafından incelenmesini isteme hakkı tanıyan bir hüküm⁶² bulunmaktadır. Bu protokolün ardından, Avrupa Konseyi

⁶⁰ “Yukarıda özetlenen savunmanın hareket noktası, Oudenaarde mahkemesi önündeki yargılamanın Sözleşme'nin 6(1). fıkrası dışında kaldığı iddiasıdır. İlk bakışta bu savunma bir ikilem içermektedir. Sözleşme'nin 6(1). fıkrası, öncelikle ilk derece mahkemeleriyle ilgilidir; daha yüksek derecelerde mahkemelerin varlığını zorunlu kılmamaktadır. Bu fıkradaki tarafsızlık gibi temel güvencelerin, sözleşmecî devletlerin kurmayı yeğledikleri üst veya temyiz mahkemelerinde de bulunmasını gerektirdiği doğrudur (bkz. yukarıda geçen Delcourt kararı, parag. ... ve en yakın tarihli karar olarak 22.02.1984 tarihli Sutter kararı, parag. 28). Ancak böyle bir durumda bile, buradan alt mahkemelerin gerekli güvenceleri taşımak zorunda olmadıkları sonucu çıkmaz. Böyle bir sonuç, birden fazla düzeyde mahkemelerin kurulmasındaki niyetle, yani uyumsuzluğun taraflarına sağlanan korumanın daha fazla güçlendirilmesi niyetiyle bağdaşmaz.” De Cubber-Belçika Davası, 26.10.1984 tarihli, 9186/80 Başvuru No'lu Karar, Çev. Osman Doğru, Anadolu Üniversitesi Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları, (Erişim: 1 Haziran 2015), <http://aihmgoster.asp?id=90> ; Yukarıdaki kararda değinilen Delcourt v. Belçika kararı ise şu şekildedir: “Mahkeme'ye göre, temyiz mahkemesinin bir davanın esasına girememesi, bu mahkemenin bir suç isnadının “karara bağlanması”na karışmadığı anlamına gelmez. temyiz mahkemesinin görevi, dava mahkemesinin kararını onamak veya bozmak ile sınırlı olmakla birlikte verdiği karar, kişinin statüsünü “mahkum” veya “aklanmış” kişi olarak değiştirebilmekte veya sanık hakkındaki isnada konu olan suçların kovuşturulmasını sona erdirebilmektedir. Ceza yargılaması bütünsel bir yapı olup, icrai bir kararla sona erer; temyiz mahkemesi önündeki yargılama bu sürecin özel bir aşamasını oluşturduğundan Sözleşme'nin 6(1). fıkrasının dışında kaldığını düşünmek zordur. Sözleşme'nin 6(1). fıkrası sözleşmecî devletleri üst derece mahkemeleri veya temyiz mahkemesi kurmaya zorlamamaktadır; ancak bu tür mahkemeler kurmuş olan devletler, bu mahkemeler önünde yargılanan kişilere 6. maddedeki hakları sağlamak zorundadırlar. Sözleşme'deki anlamıyla demokratik bir toplumda adil yargılanma hakkı öylesine öncelikli bir role sahiptir ki, 6(1). fıkranın dar yorumlanması bu maddenin amacına uygun düşmez. Bu nedenlerle Mahkeme, temyiz yargılamasında da 6. maddenin uygulanabilir olduğu sonucuna varmış, ancak uygulanma tarzının her davanın özel koşullarına bağlı olduğunu belirtmiştir.” Delcourt v. Belçika Davası, 17.01.1970 tarihli, 2689/65 Başvuru No'lu Karar, Çev. Osman Doğru, (Erişim: 1 Haziran 2015), <http://aihmgoster.asp?id=11> .

⁶¹ Bu protokol, 1 Kasım 1988 tarihinde yürürlüğe girmiş ancak Türkiye tarafından 10.03.2016 tarihinde ve 6684 sayılı Kanun'la onaylanması uygun bulunmuş; onaylanması hakkındaki 2016/8717 sayılı karar da 8 Nisan 2016 tarihli ve 29678 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır. Protokol hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Şeref Gözübüyük, Feyyaz Gölcüklü, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulanması, Turhan Kitabevi, Ankara 2009, s. 312.

⁶² Söz konusu protokolün 2. maddesi şu şekildedir:

Bakanlar Komitesi'nin 1995 tarihli bir tavsiye kararında da "üst mahkemece (istinaf anlamında) inceleme usullerinin yalnız ceza davalarında değil, hukuk ve ticaret davaları için de kabul edilmesi gerektiği" ve "bireylerin iki dereceli yargılamayı talep hakkının anayasal bir hak olduğu" belirtilmiştir.⁶³ Ayrıca bu tavsiyede kanun yoluna getirilebilecek sınırlandırmalara da değinilmiş; kanun yoluna başvuru imkânının yalnızca nihai kararlara karşı tanınabileceği ve küçük uyuşmazlıklara karşı kanun yoluna başvuru hakkının sınırlandırılabilmesi ifade edilmiştir.⁶⁴

Görüldüğü gibi protokol yalnızca ceza yargılamasını, tavsiye kararı da hukuk davalarını içermektedir. Ancak aşağıda da değinileceği gibi Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin suç ve ceza kavramlarını geniş yorumlayarak, idari yaptırım niteliğindeki vergi cezalarını da adil yargılanmanın getirdiği usulî güvencelerden yararlanabilecek uyuşmazlıklar içerisinde değerlendirmesi⁶⁵ sebebiyle vergi cezalarına

"Cezai konularda iki dereceli yargılanma hakkı:

1. Bir mahkeme tarafından cezai bir suçtan mahkûm edilen her kişi, mahkûmiyet ya da ceza hükmünü daha yüksek bir mahkemeye yeniden inceletme hakkını haiz olacaktır. Bu hakkın kullanılması, kullanılabilme gerekçeleri de dâhil olmak üzere, yasayla düzenlenir.

2. Bu hakkın kullanılması, yasada düzenlenmiş haliyle önem derecesi düşük suçlar bakımından ya da ilgilinin birinci derece mahkemesi olarak en yüksek mahkemede yargılandığı veya beraatını müteakip bunun temyiz edilmesi üzerine verilen mahkûmiyet hallerinde istisnaya tabi tutulabilir."

⁶³ Yıldırım, s. 13, 14, 23.

⁶⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. "Hukuki ve Ticari Davalarda Kanun Yolu Sistemleri ve Usulleri İşlevinin Geliştirilmesi Hakkında 5 no'lu Tavsiye Kararı", (Erişim: 1 Haziran 2015), http://www.anayasa.gov.tr/files/insan_haklari_mahkemesi/bakanlar_komitesi/CMRec19955TRAppealinCivilCommercial.pdf.

⁶⁵ AİHS, 6. maddenin uygulanabilirliğini bütün yargılama süreçleri için değil, bir kısım yargılama süreçleri için öngörmüştür. Sözleşme'ye göre bireyin adil yargılanma hakkı, "medeni hak ve yükümlülükler" in ve "suç isnatları"nın, karara bağlanması süreçleriyle sınırlıdır. Bu bakımdan, bireylerin tabi oldukları ulusal hukukta tanımlanan hak ve özgürlüklerin tamamı hakkında, 6. maddenin getirdiği güvenceler geçerli olmayacaktır (David Harris, Michael O'boyle, Colin Warbrick, Law of the European Convention on Human Rights, Second Edition, Oxford University Press, 2009, s. 211); Söz konusu madde metninde "medeni hak ve yükümlülük" ve "suç isnadı" kavramlarına ilişkin bir tanım yer almamakla birlikte her iki kavram da Avrupa İnsan Hakları Komisyonu (AİHK) kararları ve AİHM içtihatlarıyla açıklanmıştır (Bkz. Gülay Arslan Öncü, "Vergi Hukuku ve Yargılamasına Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Uygulanabilirliği: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Bir Analiz", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Mart 2015, Y. 6, S. 20, s. 144); Biçim ve konusu kamusal nitelik taşıyan ancak sonucu özel bir hak-

ilişkin davaların, bu protokolde belirtilen ceza yargılamalarına dâhil olduğunu kabul etmek gerekir. Ceza mahkemelerince görülen adli nitelikteki vergi suçlarına ilişkin davaların ise söz konusu protokolde bahsedilen ceza yargılamalarına dâhil olduğu konusunda kuşku yoktur. Dolayısıyla vergi cezalarına ilişkin mahkûmiyet hükümleri bakımından protokol, bir üst mahkemeye ve istinafa, genel bir ifadeyle ikinci derecedeki bir yargı makamına başvurma hakkı tanımaktadır.

Sonuç olarak vergi yargılamasında adil yargılanma hakkının geçerliliği tartışmaları bir yana bırakılarak bu husus, Türkiye'nin de taraf olduğu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi bakımından değerlendirildiğinde, idari yargıda ve vergi yargısında istinaf mahkemelerinin, hatta kanun yollarının bir hak olarak düzenlenmesinin zorunlu olmadığı görülür. Bununla birlikte tavsiye kararlarıyla bu tür düzenlemelelerin yapılması gerektiği ve –Avrupa Birliği müktesebatının bir parçası

kı veya yükümlülüğü etkileyen birçok davayı madde kapsamında değerlendiren Mahkeme, vergi hukukunda kamu hukukuna ait yönün ve kamusal yetki kullanımının ağır basması nedeniyle, vergi yükümlülüğüne ilişkin sıradan davaların medeni uyuşmazlık olmadığına hükmetmiştir (Philiph Baker, "Should Article 6 ECHR (Civil) Apply to Tax Proceedings?", *Intertax*, 2001, Vol. 29, Iss. 6-7, s. 205); Görüldüğü üzere, vergi borcunun varlığı ve miktarına yani vergi aslına ilişkin davalar m. 6/1'deki medeni hak ve yükümlülükler kategorisinin dışındadır. Dolayısıyla bu tür uyuşmazlıklarda başvurucular; mahkemeye başvurma, davalarının makul sürede karara bağlanması, adil bir yargılama yapılması, aleni duruşma, bağımsız ve tarafsız bir yargı yeri önünde yargılanma gibi güvencelere sahip olmayacaktır (Philiph Baker, "The Decision in Ferrazzini: Time to Reconsider the Application of the European Convention on Human Rights to Tax Matters", *Intertax*, 2001, Vol. 29, Iss. 11, s. 360-361); İstikrar kazanan bu içtihadın istisnaları olarak da sosyal güvenlik primleri, vergi iade talepleri, vergilendirme işlemlerinden kaynaklanan maddi zararın giderilmesine yönelik tazminat talepleri ve bir vergi incelemesi neticesinde alkol satış ruhsatının iptaline ilişkin davalarda Mahkeme, maddi menfaat tespiti yaparak bu uyuşmazlıkları, 6. madde kapsamı içerisinde değerlendirmiştir. Adli mahkemelerde görülen vergi suçları yanında Mahkeme, suç ve ceza kavramlarının boyutunu genişleterek para cezası içeren ve idare tarafından uygulanan vergi cezalarını bir suç isnadı olarak değerlendirmekte ve bunlara ilişkin yargılama süreçlerini adil yargılanma hakkının korunması altında kabul etmektedir (Yaltı, s. 88, 89); Cezai nitelik taşıyan idari yaptırımlar için daha geniş bir koruma getirilerek yalnızca AİHS'nin kalıpları içinde kalınmaması, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ve Divan'ın içtihatlarının da dikkate alınması ve bu tür yaptırımlar uygulananlara istinaf ve temyiz hakkının tanınması hakkında bkz. Durmuş Tezcan, "AİHS Açısından Vergi Cezaları Ve Adil Yargılanma Hakkı", 2006 Danıştay ve İdari Yargı Günü 138. Yıl Sempozyumu, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları No: 76, Danıştay Matbaası, Ankara 2008, s. 28.

olan- Türkiye'nin Katılım Ortaklığı Belgesi'yle⁶⁶ ulusal programında⁶⁷ istinaf mahkemelerinin kurulmasının hedefler arasına alındığının da göz ardı edilmemesi gerektiği ifade edilmiştir.⁶⁸

IV. 6545 SAYILI KANUNLA VERGİ YARGISINDA YAPILAN DEĞİŞİKLİKLER

İdare ve vergi mahkemelerince verilen kararların bir kısmı bölge idare mahkemelerince itirazın incelenmesi de büyük çoğunluğu temyiz talebi üzerine Danıştay'da hukuki denetime tabi tutulmuştur. 6545 sayılı Kanun'un gerekçesinde de ifade edildiği üzere *idare ve vergi mahkemelerinin nihai karara bağladığı dosya toplamının yaklaşık yüzde yetmiş Danıştay'da, yüzde otuzu ise bölge idare mahkemelerinde denetlenmektedir*. Bu nedenle de dosyaların kesinleşme sürecinin uzaması ve idari yargıda istinaf düzenlemesi öteden beri tartışılan bir konudur.⁶⁹

Tüm bu tartışmaların sonucunda 6545 sayılı Kanun'la bölge idare mahkemeleri istinaf mercileri olarak yapılandırılarak itiraz yerine istinaf kanun yolu düzenlenmiştir.⁷⁰ Bu kapsamda, başvuru usulüyle inceleme ve yargılama usulüne ilişkin çeşitli düzenlemeler getirilerek, bölge idare mahkemelerinin vereceği kararlar yeniden düzenlenmiştir. Bu değişikliğe paralel olarak diğer kanun yollarında ve yargı örgütü sisteminde çeşitli değişiklikler yapılmıştır.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun daha önce itirazın

⁶⁶ 14 Nisan 2003 tarihinde Avrupa Birliği Konseyi tarafından kabul edilen Türkiye için Katılım Ortaklığı Belgesi'nde de istinaf mahkemelerinin kurulmasına ilişkin hazırlıklar öncelikler arasına alınmıştır. (Türkiye İçin Katılım Ortaklığı Belgesi, Devlet Planlama Teşkilatı, Avrupa Birliği İle İlişkiler Genel Müdürlüğü, Ankara 2003, Erişim: 28.06.2013, http://www.abgs.gov.tr/files/AB_Iliskileri/Adaylik-Sureci/Kob/Turkiye_Kat_Ort_Belg_2003.pdf, s. 9).

⁶⁷ Avrupa Birliği müktesebatının üstlenmesine ilişkin 2003 Yılı Türkiye Ulusal Programı'nda yargının işlevselliğinin güçlendirilmesi, adli ve idari yargı kapasitelerinin artırılması başlığı altında, yargının bağımsızlığının ve etkinliğinin güçlendirilmesi ve istinaf mahkemelerinin kurulması öncelikli hedefler arasında belirlenmiştir (2003 Yılı Ulusal Program Dokümanları, Erişim: 28.06.2015, http://www.abgs.gov.tr/files/UlusalProgram/UlusalProgram_2003/Tr/pdf/IV-24.pdf, s. 697).

⁶⁸ Akkaya, s. 51.

⁶⁹ Türk Ceza Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair 6545 sayılı Kanun Gerekçesi, TBMM, Yasama Yılı: 4, Yasama Dönemi: 24, S. 592, s. 11.

⁷⁰ İmdat Türkay, "Mükelleflerin Vergi Mahkemesi Kararlarına Karşı "İstinaf Yoluna" Başvurması", *Yaklaşım Dergisi*, 2014, S. 260, s. 262.

düzenlendiği 45. ve temyize ilişkin 46. maddelerinde yapılan değişiklikler, istinaf kanun yolunun temel düzenlemelerini oluşturmaktadır. 45. maddede yapılan değişiklikte itiraz yolu kaldırılmış; ilk derece mahkemelerince verilecek ve kesinleşerek istinaf ya da temyiz yoluna başvurulamayacak kararlarla, istinaf incelemesi için bölge idare mahkemelerine gelen davaların incelenme ve karara bağlanma usulü belirlenmiştir. 46. maddede yapılan değişiklikte de istinaf mahkemelerince karara bağlanacak konulardan hangilerinin temyizen incelenmek üzere Danıştay'a gideceği belirlenmiş ve bu maddede sınırlı biçimde sayılan konular dışındaki davaların bölge idare mahkemelerince yapılacak istinaf incelemesi sonucunda kesinleşmesi öngörülmüştür.⁷¹

A. KANUN YOLLARINDA YAPILAN DEĞİŞİKLİKLER VE İSTİNAFIN BENİMSENMESİ

6545 sayılı Kanun'la İYUK'un 45. maddesinde yapılan değişiklikte itiraz kanun yolu düzenlemesinden vazgeçilmiş ve istinaf kanun yolu hükme bağlanmıştır. Söz konusu kanunla, istinaf başvurusunda bulunulabilecek ilk derece mahkemesi kararları ve istinaf incelemesi sonucunda temyize konu edilebilecek kararlar sınırlı şekilde belirlenmiş olup, bazı kararlara karşı istinaf ve temyiz yoluna başvurma imkânı tanınmamıştır. Buna göre idare ve vergi mahkemelerince, konusu beşbin Türk lirasını geçmeyen vergi davaları, tam yargı davaları ve idari işlemlere karşı açılan iptal davaları hakkında verilen kararlar kesin olup, bunlara karşı istinaf yoluna başvurulamayacak; konusu beşbin Türk lirasını geçen, idare ve vergi mahkemelerince verilen nihai kararlar ise istinaf yoluyla bölge idare mahkemelerince incelenecektir.

Kararın tebliğinden itibaren otuz gün içinde istinaf yoluna başvurulabilecek; bu başvuru, temyiz başvurusunun şekil ve usullerine tabi olacaktır. Ancak bu yola başvurmak isteyen kişi, dilekçesinde istinaf yolunda incelenmesi gereken bir uyuşmazlık için yanlış bir makamı belirterek talepte bulursa dahi bu talep konusu dosya, istinaf merci olan bölge idare mahkemelerine gönderilecektir.⁷² Bölge idare mahkemesi, yaptığı inceleme sonucunda ilk derece mahkemesi kararını hukuka uygun bulursa istinaf başvurusunun reddine; karardaki maddi

⁷¹ 6545 sayılı Kanun Gerekçesi, s. 11.

⁷² Erdem, s. 23.

yanlışlıkların düzeltilmesi mümkünse bu yanlışlıkları düzelterek yine başvurunun reddine karar verecektir. İlk derece mahkemesinin kararını hukuka uygun bulmayan bölge idare mahkemesi, istinaf başvurusunun kabulüyle ilk derece kararının kaldırılmasına karar verecek ve işin esasına bizzat kendisi girerek söz konusu uyuşmazlık hakkında yeni bir karar verecektir.

Görüldüğü gibi istinaf incelemesinde kural, ilk derece mahkemesince verilen kararda tespit edilen maddi veya hukuki eksikliklerin istinaf mahkemeleri tarafından tamamlanarak nihai kararın da bu mahkemelerce verilmesidir. Ancak bunun bir istisnası söz konusudur. İYUK 14. ve 15. maddeler uyarınca ilk derece mahkemeleri tarafından yapılan ilk incelemeler üzerine verilen bir karara karşı istinafa başvurulmuş ve istinaf merci bu başvuruyu haklı görmüşse; kararı kaldırarak dosyayı ilk derece mahkemesine geri gönderir.⁷³ Benzer şekilde, ilk derece mahkemesinde davaya görevsiz ya da yetkisiz mahkeme tarafından ve reddedilmiş ya da yasaklanmış hâkim tarafından bakılması durumlarında bölge idare mahkemesi, kararı kaldırarak dosyayı geri gönderir. Bölge idare mahkemesince verilen bu kararlar kesindir.

Vergi yargılamasında geçerli olan ve vergi hâkimini re'sen araştırma yapma yetkisi ve göreviyle donatan ilkeye bölge idare mahkemelelerinin de dâhil edilmesi amacıyla İYUK 20. maddeye, *Danıştay ve idare ve vergi mahkemelerinin, bakmakta oldukları davalara ait her türlü incelemeyi kendiliğinden yapabilecekleri hükmüne bölge idare mahkemeleri de eklenmiştir.*

İstinafa ilişkin usulle ilgili değinilecek son husus da idari yargı sistemine 6545 sayılı Kanun'la dâhil edilen ve yeni bir uygulama olan "ivedi yargılama usulü" ne tabi davalarda doğrudan temyiz yoluna gidileceği ve istinafa başvurulamayacağıdır. Buna göre, ivedi yargılama usulünün öngörüldüğü hızlı yargılama yapıp karar alınması gereken -örneğin; ödeme emrine karşı dava açılması gibi- durumlarda ilk derece mahkemesi kararının ardından istinaf yoluna gidilmeyecek; kararın tebliğini izleyen on beş gün içerisinde Danıştay'a temyiz başvurusunda bulunulabilecektir.⁷⁴ Kanun koyucunun gerekçede de belirttiği

⁷³ Erdem, s. 23.

⁷⁴ İYUK madde 20/A-g: "Verilen nihai kararlara karşı tebliğ tarihinden itibaren on beş gün içinde temyiz yoluna başvurulabilir."

üzere nitelikleri itibariyle ayrı tuttuğu ve *gecikerek karar verilmesinde hem idare hem de davacılar bakımından katlanılması zor ya da imkânsız sonuçlar doğuracak sınırlı sayıdaki dava türünün, diğerlerine göre daha ivedi bir şekilde sonuçlandırılması gerekmektedir.*⁷⁵

Yargılama usulü, yürütmenin durdurulması, kanun yolu gibi pek çok hususun İYUK'taki genel kurallardan ayrı düzenlendiği bu durumda, istinaf yolu atlanarak doğrudan üçüncü dereceye geçilebileceği düzenlenmiştir. Ancak istinaf yolu düzenlenip temyiz yolu kapalı tutulsaydı, "istinafta verilecek kararlar, temyize nazaran daha mı adletsiz ve hukuka aykırı olacaktı" sorusu akla gelmektedir.

1. Temyize İlişkin Hükümde Yapılan Değişiklik

6545 sayılı Kanun'la 45. maddede istinaf kanun yolunun düzenlenmesi dolayısıyla temyize ilişkin 46. maddede de bir takım değişiklikler yapılmıştır. Bu değişikliklerle bölge idare mahkemelerince esas hakkında karara bağlanan dava türlerinden hangilerinin temyize tabi olduğu sınırlı bir şekilde sayılmıştır. Dolayısıyla bu maddede sayılanlar dışındaki nihai bölge idare mahkemesi kararları kesin olup, bu kararlar aleyhine temyiz yoluna başvurulamayacaktır. Buna göre, konusu yüz onyedibin Türk lirasını aşan tam yargı davaları, vergi davaları ve idari işlemler hakkında açılan davalar ve düzenleyici işlemlere karşı açılan iptal davaları aleyhinde Danıştay nezdinde temyiz yoluna başvurulabilecektir.

Temyiz incelemesi sonucunda verilen kararları düzenleyen 50. maddede, temyiz üzerine bölge idare mahkemesi ve ilk derece mahkemesi sıfatıyla Danıştay dairesince yapılacak işlemler düzenlenmiş; bozulan dosyaların öncelikle inceleneceği ve yeniden karara bağlanacağı öngörülmüştür. Söz konusu maddede, bozma üzerine ısrar hakkı münhasıran bölge idare mahkemelerine tanınmıştır. Bölge idare mahkemesi bozma üzerine kararında ısrar ederse, ısrar kararının temyizi halinde talep, konusuna göre Vergi veya İdari Dava Daireleri Kurulu'na incelenecek ve karara bağlanacaktır.⁷⁶ Bu durumda Vergi

İYUK madde 45-8:"İvedi yargılama usulüne tabi olan davalarda istinaf yoluna başvurulamaz."

⁷⁵ 6545 sayılı Kanun Gerekçesi, s. 14.

⁷⁶ Söz konusu değişiklik öncesinde kararında ısrar hakkı, ilk derece mahkemeleri

veya İdari Dava Daireleri Kurulu'nun kararlarına uyulması zorunlu tutulmuştur. Bozmaya uyularak verilen kararın temyizi halinde de temyiz merci bozmaya uygunlukla sınırlı bir inceleme yapacaktır.

Ayrıca 6545 sayılı Kanun'un 103. maddesiyle, "*temyiz edilemeyecek*

olan idare ve vergi mahkemelerine aitti. Buna göre temyiz incelemesine tabi kararı kısmen veya tamamen Danıştay'ın ilgili dairesi tarafından bozulan ilk derece mahkemesi; bozma kararına uyarak uyuşmazlık hakkında yeniden karar verebileceği gibi bozma kararına uymayarak ilk kararında aynen ya da kararı kısmen bozulmuşsa, bozulan hüküm fıkrası yönünden ısrar edebilirdi. İsrar kararının temyiziye konusuna göre İdari veya Vergi Dava Daireleri Kurulunca karara bağlanıyor ancak daire ile ilk derece mahkemesi arasındaki ihtilafı husus dışında kalan ve bu nedenle de daire tarafından temyiz incelemesine tabi tutulmayan hususlar hakkında karar vermek üzere dosya daireye geri gönderiliyordu. Bu duruma ilişkin bir İDDK kararında yer alan bir karşı oy yazısında da belirtildiği gibi bu tür kararlar için Kanun, İDDK'yı sadece idare mahkemesi ile Danıştay dairesi arasındaki hukuki ihtilafı çözen bir hakem konumunda görmeyip, başlı başına ve tam anlamıyla bir 'temyiz merci' olarak belirlemiştir. İDDK'nın temyiz incelemesinin bir kısmını kendisinin yapıp, kalan kısmını başka bir merciye (daireye) yaptırmasının hiçbir yasal dayanağı bulunmamaktadır. (İDDK, E. 2009/686, K. 2013/2370, 20.06.2013; İDDK, E. 2010/3585, K. 2013/4001, 13.11.2013).

Ayrıca dairece incelenmeyen hususlar hakkında karar verilmek üzere dosyanın daireye gönderilmesi, pratikte paradoksal bir durum ortaya çıkarabilecektir. Şöyle ki; daire başka bir hukuka aykırılık nedeniyle idare mahkemesinin nihai kararını tekrar bozabilecek; idare mahkemesi bu bozmaya da ısrar edebilecek ve dava hakkında yeniden nihai bir karar verecek, bu yeni karar temyiz edildiğinde de İDDK tekrar kısmi bir temyiz incelemesi yaparak karar verecek, mahkeme ile daire arasındaki son itilafı hususu çözmekle yetinerek idare mahkemesini haklı görürse ısrar kararını onayarak diğer hususlarda karar vermek üzere dosyayı yeniden daireye gönderebilecektir. Böyle bir durumda, idari yargıda davaların teorik olarak hiç kesinleşmemesi gibi bir olasılık ortaya çıkacaktır. Yargılama faaliyetinin devamı süresince her derecedeki incelemede gözetilmesi gereken "adil yargılanma hakkı", "usul ekonomisi" ve "yargılamanın kesin hükme ulaşma gayesi" dikkate alındığında kanun koyucunun, ısrar üzerine verilen nihai kararların temyiz merci olarak Danıştay'ın en üst noktadaki yargısal birimi olan dava daireleri kurullarını belirlemeyi ve süreci çok fazla uzatmamayı tercih ettiği yönünde bir yorum yapılabilir.

6545 sayılı Kanun'la değişikliğe uğrayan İYUK 50. maddenin "...ısrar kararının temyizi hâlinde talep, konusuna göre Danıştay İdari veya Vergi Dava Daireleri Kurulunca incelenir ve karara bağlanır" şeklindeki ifadesinin bu husustaki tartışmalarla son verdiği söylenebilir. Bu hüküm karşısında, Danıştay'ın ısrar kararı üzerine daire ile bölge idare mahkemesi arasındaki ihtilafı husus dışında kalan ve bu nedenle de daire tarafından temyiz incelemesine tabi tutulmayan hususlar hakkında karar vermek üzere dosyayı daireye göndermesi mümkün olmayacak; bu hususlar hakkında da inceleme yapıp karar vermesi gerekecektir. Söz konusu değişikliğin de bu uygulamaya son vermek ve konuya netlik kazandırmak amacıyla taşıdığı ifade edilebilir. Sonuç olarak, önceki hükmün lafzı da tersi yönde bir yorumla olanak vermese de değişiklikle birlikte kanun, dava daireleri kurullarını tam bir temyiz merci olarak öngörmüştür. Bu nedenle ısrar kararının temyiz incelemesini bütünüyle dava daireleri kurulları yapmalıdır.

kararlar” başlığı altında, idare ve vergi mahkemelerinin itiraz yolu açık olan kararlarının temyiz edilemeyeceğine ilişkin 47. maddesi de itiraz kurumunun kaldırılması ve istinaf yolunun düzenlenmesiyle birlikte bu maddeye olan ihtiyacın ortadan kalkması sebebiyle kaldırılmıştır.

1. Kanun Yararına Bozmanın “Kanun Yararına Temyiz” Olarak Düzenlenmesi

İdari yargı ve vergi yargısında yer alan kanun yararına bozma kurumu, kesin nitelik taşıyan kararlar aleyhine bir başvuru imkânı taşıması sebebiyle olağanüstü kanun yollarından biridir. 6545 sayılı Kanun’la İYUK 51. maddedeki “kanun yararına bozma” hükmünün başlığı “*kanun yararına temyiz*” şeklinde değiştirilmiştir. İdari yargıda istinaf kanun yolunun kabul edilmesinin doğal sonucu olarak kanun yararına temyiz kurumunda da birtakım değişiklikler yapılmıştır.⁷⁷

Değişiklik öncesinde, “*bölge idare mahkemesi kararları ile idare ve vergi mahkemelerince ve Danıştay’ca ilk derece mahkemesi olarak verilip temyiz incelemesinden geçmeden kesinleşmiş bulunan kararlardan niteliği bakımından yürürlükteki hukuka aykırı bir sonucu ifade edenler*”in kanun yararına temyiz olunabileceği öngörülmüştü. Söz konusu değişiklik “*idare ve vergi mahkemeleri ile bölge idare mahkemelerinin kesin olarak verdiği kararlar ile istinaf veya temyiz incelemesinden geçmeden kesinleşmiş bulunan kararlar*”dan hukuka aykırı olanların kanun yararına temyiz olunabileceğine hükmedilmiştir. Ayrıca ikinci fıkrada yer alan “mahkeme ve Danıştay” ifadesi, istinaf merci konumundaki bölge idare mahkemelerini de içine alacak şekilde “merci” olarak değiştirilmiştir. Bu değişikliklerle idare ve vergi mahkemeleriyle bölge idare mahkemelerinin kesin nitelik taşıyan kararları aleyhine kanun yararına temyiz yoluna gidilebilecektir.

2. Karar Düzeltme Yolunun Kaldırılması

İYUK 54. maddede, *kararın esasına etkisi olan iddia ve itirazların kararda karşılanmamış olması, bir kararda birbirine aykırı hükümler bulunması, kararın usul ve kanuna aykırı bulunması, hükmün esasını etkileyen belgelerde hile ve sahtekârlığın ortaya çıkmış olması* sebeplerine dayanılarak kararın

⁷⁷ 6545 sayılı Kanun Gerekçesi, s. 16.

tebliğini izleyen on beş gün içinde söz konusu kararı veren mahkeme tarafından kararın düzeltilmesinin istenebileceği düzenlenmişti. Temyiz veya itiraz merci tarafından verilen nihai kararların henüz kesinleşmeden aynı mahkeme tarafından tekrar gözden geçirilmesini sağlayan bir kanun yolu olan karar düzeltme kurumu, olağan kanun yollarından birincisini, temyizi izleyen bir süreci oluşturmaktaydı. Türk hukukunun geliştirdiği bir kurum olan,⁷⁸ gerekli ve geçerli olup olmadığı da tartışmalı bulunan ve yapılan başvurulara karşı kabul edilenlerin sayısının azlığının bu yolun nadiren ve kimi ayrıksı hallerde işlediğine işaret ettiği düşünülen⁷⁹ karar düzeltme yolu, istinaf kurumu düzenlenerek yürürlükten kaldırılmıştır (6545 sayılı Kanun m. 103/b).

Bununla birlikte geçici 8. maddenin yayım tarihi olan 6545 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği 28 Haziran 2014 tarihinden önce karar düzeltme isteminde bulunulanlarla karar düzeltme başvuru süresi geçmemiş olanlardan başvurusu yapılanların karar düzeltme istemlerinin görülmesine devam edileceği belirtilmiştir.⁸⁰ Karar düzeltme yolunun kaldırılmasına rağmen bir süre daha kararın düzeltilmesi yönünde hüküm verilmesi şeklindeki bu durum, verilen bu hükümlerin hukuken geçerliliği açısından bir başka sorunu doğurmuştur.

B. İSTİNAF İNCELEMESİ İLE GÖREVLİ MAHKEMELERİN YAPISINDA VE İŞLEYİŞİNDE DEĞİŞİKLİKLER

6545 sayılı Kanun'un 3. maddesiyle 2576 sayılı Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluşu ve Görevleri Hakkında Kanun'un 3. maddesinde çeşitli değişiklikler yapılmış ve bundan sonra gelmek üzere 3/A-3/H arasında sıralanan bir dizi madde eklenmiştir. Bu kapsamda idari yargıda istinaf kanun yolunun yapılandırılması amacıyla bölge idare mahkemelerinin teşkilat yapısına, görevlerine, toplantı ve karar alma usulüne, bu mahkemelere atanacak başkan, daire başkanı ve üyelerin niteliklerine ve bu mahkemelerde kurulacak müdürlüklere ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir.

⁷⁸ A. Şeref Gözübüyük, "İdari Yargıda Kararın Düzeltilmesi", *AÜSBFD*, 1965, C. 20, S. 4, s. 145.

⁷⁹ Yahya Kazım Zabunoğlu, *İdare Hukuku-2*, Yetkin Yayınları, Ankara 2012, s. 745.

⁸⁰ 6545 sayılı Kanun Gerekçesi, s. 16.

1. Bölge İdare Mahkemesinin Yapısı

2576 sayılı Kanun'un 3. maddesinde yapılan değişiklikle bölge idare mahkemelerinin yapısına önemli değişiklikler getirilmiş; bu mahkemelerin istinaf kanun yoluna ilişkin faaliyetlerini etkin bir şekilde yerine getirebilmesi için gereken yapı ve teşkilat düzenlenmeye çalışılmıştır.⁸¹ Daha önce başkan ve iki üyeye toplanan ve gerektiğinde birden fazla kurul halinde çalışması öngörülen bölge idare mahkemelelerinin bu değişiklikle başkanlık, başkanlar kurulu, daireler, bölge idare mahkemesi adalet komisyonu ve müdürlüklerden oluşması tasarlanmıştır.⁸² Bunun yanında istinaf sisteminin uygulanabilmesi açısından bölge idare mahkemelerinde biri idare diğeri vergi olmak üzere en az iki dairenin bulunacağı, gerekli hallerdeyse Adalet Bakanlığının teklifi üzerine Hâkimler ve Savcılar Kurulu tarafından bu sayının artırılıp azaltılabileceği öngörülmüştür.

Daha önce başkan ve iki üyeden oluşması öngörülen bölge idare mahkemelerinde bir başkan ve *yeterince üye* bulunması düzenlenmiştir. Bölge idare mahkemesi başkan ve üyeliklerine Hâkimler ve Savcılar Kurulu tarafından atama yapılması hükmü ise korunmuştur.

2. Bölge İdare Mahkemelerinin Görevleri

6545 sayılı Kanun'un getirdiği değişiklikler öncesinde İYUK 8. maddede düzenlenen bölge idare mahkemesinin görevleri, söz konusu değişikliklerle İYUK 3. maddenin hemen ardında yer verilen 3/A hükmüyle belirlenmiştir. Bu bağlamda daha önce *"yargı çevresindeki idare ve vergi mahkemelerinde tek hâkim tarafından 7. madde hükümleri uyarınca verilen kararları itiraz üzerine incelemek ve kesin olarak hükme bağlamak"* olarak belirlenen bölge idare mahkemelerinin görevi, *"istinaf başvurularını inceleyip karara bağlamak"* şeklinde değiştirilmiş; böylece bölge idare mahkemelerinin asli görevi eskiye nazaran oldukça genişletilmiştir.⁸³

İYUK 3. maddeye eklenen 3/B maddesiyle de bölge idare mahkemesi başkanının bölge idare mahkemesi dairelerinden birine, başkanlar kuruluna ve adalet komisyonuna da başkanlık etmesi hükme

⁸¹ 6545 sayılı Kanun Gerekçesi, s. 13.

⁸² Erdem, s. 27.

⁸³ Erdem, s. 27.

bağlanmıştır. 3/C maddesiyle ise başkanlar kurulunun *daireler arasında işbölümünü belirlemek, dairelerin hukuki ve fiili nedenlerle toplanamaması durumunda diğer dairelerden üye görevlendirmek, idari yargıda istinaf yolunda, dairelerin benzer konularda birbiriyle çelişen kararlar vermesini önlemek amacıyla bu tür kararların Danıştay Başkanlığı'na gönderilmesini sağlamak gibi görevleri sayılmış ve çalışma usulleri belirlenmiştir.*

İYUK'a eklenen 3/D maddesiyle de bölge idare mahkemesi bünyesinde kurulması öngörülen dairelerin görevleri sayılmış; bunlardan en önemlisi sayılabilecek *"ilk derece mahkemelerince verilen ve istinafa gidilebilecek nihai kararlara karşı yapılan istinaf başvurularını incelemek ve karara bağlamak"* görevi düzenlenirken; yürütmenin durdurulması taleplerine dair verilen kararlara yapılan itirazları hükme bağlamak da dairelerin görevleri arasına dâhil edilmiştir.

İYUK 27/7 ve 2576 sayılı Kanun'un dairelerin görevlerini düzenleyen 3/D hükmü birlikte değerlendirildiğinde, bölge idare mahkemeleri ve idare ve vergi mahkemelerince yürütmenin durdurulması istemleri üzerine verilecek kararlara karşı yapılan itirazları bölge idare mahkemesi dairelerinin karara bağlayacağı sonucuna ulaşılır. Yürütmenin durdurulması kararını itiraz üzerine inceleyen bölge idare mahkemesinin istinaf incelemesinde vereceği karara ilişkin önceden bir kanaat oluşabileceği ve bunun *ihsas-ı rey* olup olmayacağı da soru işaretlerinden biridir. Bu durumda, itirazların akıbetlerinin belirlenmesi neticesinde *görüş bildirme (ihsası rey)* durumunun ortaya çıkmaması⁸⁴ amacıyla istinaf yolu açık bir davada, yürütmenin durdurulması taleplerini karara bağlayan hâkimlerin, bu davanın istinaf incelemesinde yer almaması soruna çözüm getirebilir.⁸⁵

⁸⁴ Danıştay'ın da yürütmenin durdurulması kararlarını, önceden görüş bildirmiş olma (ihsas-rey) endişesi sebebiyle gerekçesiz biçimde verdiği ifade edilmiştir. (Kaboğlu İbrahim Özden, "Yürütmenin Durdurulması", *Ankara Barosu Dergisi*, 1976, C. 33, S. 4, s. 645; Ancak gerekçesiz karar vermek Anayasa'ya aykırılık teşkil ettiğinden bu durumun Anayasa'ya aykırı olduğu ve yürütmenin durdurulması kararının gerekçeli olmasının hâkimin görüşünü önceden açıklaması niteliğinde olmadığı düşünülmektedir. Ayrıca İdari Yargılama Usulü Kanunu da 27. maddesinde yürütmenin durdurulması kararlarının gerekçeli olması kuralını getirmiştir. (Bkz. Gözübüyük, Yönetmelik Yargı, s. 454, 455; Muammer Oytan, Danıştay'da Görülen Davalarda Yürütmenin Durdurulması, Ülkemiz Matbaası, Ankara 1973, s. 169).

⁸⁵ Aksi takdirde, İYUK 31. madde atfı nedeniyle HMK m. 36/1-c'de yer alan ve hâkimin reddi sebeplerinden biri sayılan "Davada, tanık veya bilirkişi olarak

6545 sayılı Kanun'un getirdiği değişiklikler öncesinde bölge idare mahkemesinin görevleri arasında yer alan "yargı çevresi içinde bulunan ilk derece mahkemeleri arasındaki görev ve yetki uyuşmazlıklarını çözmek" görevi, değişiklikle dairelerin görevleri arasına alınmıştır. "Yargı çevresi içinde bulunan yetkili ilk derece mahkemesinin bir davaya bakmasına fiili veya hukuki bir engel çıktığı veya iki mahkemenin yargı çevresi sınırlarında tereddüt edildiği veya iki mahkemenin de aynı davaya bakmaya yetkili olduklarına karar verdikleri hâllerde; o davanın bölge idare mahkemesi yargı çevresi içinde bulunan başka bir mahkemeye nakline veya yetkili mahkemenin tayinine karar vermek" görevi de dairelerin görevleri arasında sayılmıştır. 3/E maddesiyle de bölge idare mahkemesi başkanı, daire başkanı ve üyelerinin nitelikleri ve atanmaları düzenlenmiş; bölge idare mahkemesi başkan ve daire başkanlarının birinci sınıf olmuş, üyelerininse birinci sınıfa ayrılmış idari yargı hâkim ve savcıları arasından Hâkimler ve Savcılar Kurulu⁸⁶ tarafından atanacağı öngörülmüştür. Ayrıca bunların tamamının birinci sınıfa ayrılmayı gerektiren nitelikleri yitirmemiş olması gerekmektedir.⁸⁷ Danıştay üyeleri arasından bölge idare mahkemesi başkan ve daire başkanlıklarına atanma usulü de yine maddeyle hükme bağlanmaktadır.⁸⁸

3. Geçiş Hükümü

6545 sayılı Kanun'la istinaf yolunun uygulanmaya başlanabilmesi için gerekli süreçte hangi hükümlerin uygulanacağına dair İYUK'a geçiş hükümü niteliğindeki geçici 8. madde eklenmiştir. Buna göre idare ve vergi mahkemelerinin nihai kararları hakkında uygulanacak kanun yolunun belirlenmesinde 2576 sayılı Kanun'un yukarıda anlatılan 3. maddesine göre yeni kurulacak bölge idare mahkemelerinin Resmi

dinlenmiş veya hâkim ya da hakem sıfatıyla hareket etmiş olması" hükmüne dayanılarak hâkimin reddinin istenebileceğini söylemek yanlış olmayacaktır.

⁸⁶ Yüksek mahkemelerin ilk derece mahkemelerine göre daha teminatlı olduğu; buna karşın bölge adliye ve bölge idare mahkemelerinin HSK müdahalesine açık olduğu hakkında bkz. Veli Özer Özbek, "Ceza Muhakemesi Hukukunda İstinaf Kanun Yolu Bakımından Ortaya Çıkabilecek Sorunlar ve Çözüm Önerileri", *Güncel Hukuk*, Eylül 2011, S. 93, s. 37.

⁸⁷ İstinaf mahkemelerinde, kararların önemli bir kısmının kesin olduğu düşünüldüğünde, birinci sınıfa ayrılmış olmanın yanında uzman ve tecrübeli hâkimlerin gerekliliği hakkında bkz. Özbek, s. 35.

⁸⁸ 6545 sayılı Kanun Gereği, s. 13, 14.

Gazete’de yayınlanacak göreve başlama tarihinin esas alınması öngörülmüştür. Adalet Bakanlığı tarafından alınan Bölge Adliye ve Bölge İdare Mahkemelerinin Tüm Yurtta Göreve Başlayacaklarına İlişkin Karar’la birlikte bölge idare mahkemeleri, 20 Temmuz 2016 tarihinde tüm yurttan göreve başlamıştır.⁸⁹ 6545 sayılı Kanun’la idari yargıda kanun yollarına getirilen hükümlerin ise bölge idare mahkemelerinin göreve başlayacakları tarihten sonra verilen kararlar hakkında uygulanacağı; bu tarihten önce verilmiş kararlar hakkında da *kararın verildiği tarihte yürürlükte bulunan kanun yollarına ilişkin hükümlerin uygulanacağı* belirtilmiştir (İYUK Geçici madde 8/1).

Bölge idare mahkemelerinin göreve başladıkları tarihten önce verilen idare ve vergi mahkemeleri kararlarının göreve başlama tarihinden önce ya da sonra kanun yollarına başvurulması, bozulması ve bu dosyaların idare ve vergi mahkemelerine geri gönderilmesi durumunda da ilk kararın verildiği tarihteki kanun yoluna ilişkin hükümler uygulanacaktır.⁹⁰

İstinaf yolunun benimsenerek temyiz hükümlerinde değişiklik yapan, itiraz ve karar düzeltme yollarını kaldıran 6545 sayılı Kanun, 28 Haziran 2014 tarihinde Resmi Gazete’de yayınlanmış ve yürürlüğe girmiştir.⁹¹ Dolayısıyla bu tarihte itiraz ve karar düzeltme yolları kaldırılmıştır. 6545 sayılı Kanun’un yürürlüğe girdiği 28 Haziran 2014 tarihinden önce verilmiş kararlara karşı gidilebilecek yollar, itiraz ve karar düzeltme hükümlerinin de yer aldığı iki dereceli sistem içerisinde belirlenecektir. Geçici 8. maddeye göre bölge idare mahkemelerinin göreve başlama tarihinden sonra verilen kararlar hakkında da istinafın içinde yer aldığı üç dereceli sistem uygulanacaktır. Ancak itiraz yolunun kaldırıldığı 28 Haziran 2014’ten sonra ve üç dereceli sistemin yürürlüğe girdiği 20 Temmuz 2016’dan önce verilen kararlara karşı hangi kanun yollarına gidilebileceği geçici maddede açık bir şekilde belirtilmemiştir.

Bölge idare mahkemelerinin yürürlüğe girdiği tarihe kadar, yürürlükten kaldırılan itiraz, karar düzeltme kanun yollarının ve temyiz değişikliğinden önceki halinin uygulanması, esasında kanunen

⁸⁹ 07.11.2015 Tarihli, 29525 sayılı Resmi Gazete.

⁹⁰ 6545 sayılı Kanun Gerekçesi, s. 16.

⁹¹ 28.06.2014 Tarihli, 29044 sayılı Resmi Gazete.

verilmeyen bir yetkinin kullanılması anlamına gelmektedir. Ayrıca, bireylerin haklarında verilen ilk derece mahkemesi kararlarına karşı hangi kanun yollarına başvurabilecekleri konusunda yaşadıkları karmaşıklık, hukuki öngörülebilirlik ve belirlilik ilkesini zedelemektedir. Bu husus, Anayasa'nın 40. maddesinde ifade edilen "devletin ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtme zorunluluğu"na da aykırı bir durum oluşturmaktadır.

C. İSTİNAFA BAŞVURU HAKKININ KISITLANMASI SORUNU

6545 sayılı Kanun'la idari yargıya ve vergi yargısına istinaf kanun yolu dâhil edilmiş, ancak konusu beşbin Türk lirasını geçmeyen vergi davaları hakkında ilk derece mahkemesinin kararının kesin olduğu belirtilerek istinaf yolu kapalı tutulmuştur. Benzer bir hükmün, istinafın getirilmesinden önce adli yargıda temyiz açısından öngörülmüş olması, kanun yollarına başvuru hakkının ne ölçüde sınırlanabileceği tartışmasını gündeme getirmiştir. HUMK m. 427'ye ilişkin anayasaya aykırılık iddiası çerçevesinde yapılan bu tartışmanın sonucunda Anayasa Mahkemesi, söz konusu sınırlamalarda anayasaya aykırı bir yön görmemiştir.⁹²

Mahkeme, Anayasa'nın 142. maddesinde mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usullerinin kanunla düzenleneceği öngörülerek, bu alanların anayasaya uygun olarak düzenlenmesinin yasama organına bırakıldığını; öteki temel hak ve hürriyetler gibi hak arama hürriyetinin de kamu yararı dikkate alınarak sınırlanabileceğini ileri sürmüştür. Ayrıca mahkemeye göre, itiraz konusu kuralla, miktar veya değeri 100.000 lirayı geçmeyen taşınır mal ve alacak davalarına ilişkin nihai kararların kesin olmasının öngörülmesi, davaları hızlandırmak ve Yargıtay'ın iş yükünü hafifletmek düşüncesiyle kabul edilmiştir. Bu kararların bir kere de Yargıtay'ca incelenmesinde kamu yararı görmeyen Mahkeme, Anayasa'da bütün mahkeme kararlarının bir ayırım gözetilmeksizin üst mahkemeden geçmesini zorunlu kılan bir hükmün mevcut olmadığını ve 154. maddenin de böyle bir hüküm içermediğini, yargı denetiminin sonsuzluğunun hiçbir zaman söz konusu olamayacağını ve bunun bir yerde kesilmesi gerektiğini düşünmekte-

⁹² AYM, E. 1985/23, K. 1986/2, Karar Tarihi: 20.1.1986; 16.04.1986 tarihli 19080 sayılı Resmî Gazete.

dir. Bu nedenle de söz konusu maddenin Anayasa'nın 36. ve 154. maddelerine aykırı olmadığına karar vermiştir.⁹³

Mahkeme bu gerekçelere paralel olarak; *kamu yararının gerektirdiği bazı hükümler için kanun yollarına başvurma önlenmesinin mümkün olduğu ve Türk parasının bugünkü satın alma gücü karşısında, yüz bin liralık kesinlik sınırının adalet duygusunu rencide edecek, dolayısıyla hukuk devleti ilkesini zedeleyecek ölçüye ulaştığını söylemenin mümkün olmadığını; öte yandan itiraz konusu kuralla yargı yolunun kapatılmış olmadığını ve varlıklı kimselerle iktisaden güçsüz olanlar arasında herhangi bir ayırımın yapılmadığını, bütün yurttaşların aynı hükme tabi tutulması itibarıyla eşitliğin bozulduğu yolundaki iddiada haklılık payı bulunmadığı gibi, kesin karardan varlıklı kimselerin daha az etkilenecek olmasının da Anayasa'nın sosyal devlet ilkesi ve eşitlik kuralına aykırılık oluşturacağını nedeni olarak kabul edilemeyeceğini düşünmektedir.*⁹⁴

Anayasa Mahkemesi'nin bu kararı hakkında çeşitli değerlendirmeler yapılmıştır. HUMK'da temyiz yolu bakımından öngörülen meblağ sınırının denetlenmesinin bir yerindelik denetimi olduğu, Anayasa Mahkemesi'nin bu türden bir denetim yapıp yapamayacağını ise tartışmalı olduğu belirtilmiş; ancak Mahkeme'nin kanundaki sınırın yerinde olup olmadığını inceleme yetkisinin kabul edilmesi gerektiği ileri sürülmüştür. Aksi takdirde kanun koyucuya hak arama özgürlüğünü önemli ölçüde sınırlandırma imkânının verileceği düşünülmektedir. Kesinlik sınırını yükseltmek, pratik bir çare olarak kabul edilebilirse de bu sınırın neler götüreceği de göz ardı edilmemelidir.⁹⁵ Bunun

⁹³ AYM, E. 1985/23, K. 1986/2, Karar Tarihi: 20.1.1986; 16.04.1986 Tarihli 19080 sayılı Resmi Gazete.

⁹⁴ AYM, E. 1985/23, K. 1986/2, Karar Tarihi: 20.1.1986; 16.04.1986 Tarihli 19080 sayılı Resmi Gazete; Söz konusu karara karşı Necdet Darıcıoğlu tarafından yazılan karşı oy yazısı ise, çalışmanın konusunun istinaf olması açısından dikkat çekicidir: "... İctihat mahkemesi olma niteliği yanında, olağan bir kanun yolu merci gibi adeta istinaf mahkemesi olarak, işlevini sürdüren Yargıtay'da iş yükünün olağanüstü boyutlara ulaşması bu nedenle doğal sayılmalıdır. Öte yandan, bugün yürürlükte olan sistemin, istinaf yolunu benimsememiş olması ve ikinci bir vakıa mahkemesini kabul etmemiş bulunması karşısında hâkimlerin de her insan gibi yanılabilirler, bu nedenle usul ve kanuna aykırı kararlar verebilecekleri, hatta belirli olaylarda yasaları ve ilgili öteki hukuk kurallarını değişik biçimlerde yorumlayıp değişik sonuçlara ulaşabilecekleri gözden uzak tutulmayarak alt mahkemelerin her türlü kararına karşı temyiz yolunun açık tutulması, taraflar ve toplum açısından vazgeçilmez bir güvence sayılmalıdır..."

⁹⁵ Ejder Yılmaz, "Hukuk Davalarında Yasayollarına Başvuru Hakkı ve Bu Hakkın

yanında kanunun ve Anayasa Mahkemesi'nin bu tür bir sınırlamayla temyiz mahkemesinin iş yükünün hafifleyebileceği konusunda kesin bilgiye sahip olmadıkları kuşkusunun uyandırdığı dile getirilmektedir.

Hak arama özgürlüğü bakımından sosyal devlet anlayışı içerisinde, daha çok maddi imkânlarla sahip kılınmasına yönelik düzenlemelerin getirildiği günümüzde, kamu yararını üst mahkemenin iş yükünün her ne pahasına olursa olsun hafifletilmesinde değil; yurttaşın hak arama özgürlüğünde görülen menfaatle söz konusu iş yükünün hafifletilmesinde dar anlamda taşıdığı menfaat arasında kurulacak dengede aramak gerekmektedir. Buna göre, miktar veya değeri yüz bin lirayı geçmeyen taşınır mal veya alacak davalarına ilişkin ilk derece mahkeme kararlarına karşı temyiz yolunun kapatılmasında görülen kamu yararı, üç temel koşulun ancak birlikte gerçekleşmiş olması halinde söz konusu olabilecek; bunlardan bir veya ikisinin gerçekleşmesi, parasal kesin sınırdan aranan kamu yararını temellendirmeye yetmeyecektir. Birinci koşul olarak yurttaş, kesin hüküm sonucu kaybettiğine inandığı ekonomik değerden kolaylıkla vazgeçebilir durumda olmalı; ikinci olarak elenen hukuki uyumsuzluklar oldukça düşük bir düzeyde tutulmuş olmalı ve son olarak, gerçekleşen iş yükü azalması hissedilebilecek boyutta olmalıdır.⁹⁶

Yukarıdaki tartışmalar, konusu belirli bir parasal sınırın altında kalan vergi davalarının kesinleşmesi sebebiyle vergi yargısında istinaf için de anlam ifade etmektedir. Vergi yargısında, istinafa başvuru için düşük rakamlı uyumsuzluklarda yargı organlarının meşgul edilmesinin önlenmesi amacıyla getirildiği düşünülen⁹⁷ beşbin TL'lik parasal sınırın hangi kriter esas alınarak belirlendiği anlaşılamamaktadır. Herhangi bir kanun yolu incelemesinden geçmeksizin kesinleşen kararların mümkün olduğunca az tutulması pozitif olmakla birlikte Tü-

Sınırlandırılmasının Yerindeliği Sorunu", *TBB D*, 1988, S. 1, s. 149-151.

⁹⁶ Hayrettin Ökçesiz, "Yargıtay'ın İş Yükünün Hafifletilmesinin Bir Aracı Olarak HUMK'un 427. maddesi Üzerine", *Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 2, S. 2, s. 75, 78.

⁹⁷ Betül Hayrullahoğlu, "Vergi Yargısında Yeni Kanun You: İstinaf/The New Remedy in Tax Jurisdiction: Appeal", *Vergi Raporu*, 2016, s. 196, s. 133; Ayrıca söz konusu beş bin TL'lik tutarın düşük bir tutar olması sebebiyle, bu tutarın altında kalan vergi davalarının sayısının çok az olacağı ve vergisel uyumsuzlukların hemen hemen tamamının istinaf yoluyla bölge idare mahkemesi önüne geleceği düşünülmektedir. Güray Öğredik, "6545 sayılı Kanun ile Vergi Yargısı Sürecine Yönelik Yapılan Değişiklikler", <http://www.muhasabetr.com/yazarlarimiz/guray/068/>.

ketici Hakem Heyeti'ne başvuru sınırının bile altında kalan bu sınıra ilişkin 6545 sayılı Kanun gerekçesinde de bir açıklama getirilmemiştir. Ayrıca söz konusu sınır, İYUK Ek 1. madde gereğince yeniden değerlendirme bakımından artış miktarı bin TL'nin altında kaldığından, getirildiği tarihten bu yana değişmemiştir. Bununla birlikte temize başvuru için getirilen yüz bin TL'lik parasal sınır, yeniden değerlemeye ilişkin artış miktarıyla birlikte 2017 yılında yüzüçbin TL'ye, 2018 yılında ise yüzonyedibin TL'ye yükselmiştir.⁹⁸ İstinafa başvuru bakımından getirilen alt sınırın değişmemesiyle birlikte, temyize başvuru bakımından getirilen sınırın yükselmesi, tutarsız bir durum yaratmaktadır.

Vergi yargısında 6545 sayılı Kanun ile getirilen parasal sınırlara ilişkin çeşitli değerlendirmeler yapılmıştır. Aynı nitelikte bir vergi suçunu veya kabahatini işleyenlerin yarattıkları vergi kayıp miktarları veya muhatap tutuldukları parasal yaptırım miktarları esas alınarak yargısal makamlara başvuru hakkının farklılaşabileceği; bu kişilerin farklı yargısal süreçlere tabi tutulmalarının eşitlik ve yargılamada adalet ilkelerine aykırı bir durum oluşturacağı ve benzer durumlarda farklı mahkemeler, örneğin; vergi mahkemesi ve istinaf mahkemesi tarafından farklı kararlar verilmesinin, yargıda birliğin sağlanması bakımından sorunlu bir nokta oluşturacağı ifade edilmektedir.⁹⁹ Benzer şekilde parasal sınır temel kriter alınarak yargısal süreç belirlendiğinde, aynı tarihte aynı suçu işleyen iki mükelleften suçu zamanaşımı süresinin ilk yılında belirlenenle, dördüncü yılında belirlenen arasında fark olacağı ve bu farklılığın eşitsiz ve adaletsiz bir durum yaratacağı düşünülmektedir.¹⁰⁰

Parasal sınır esas alındığında ortaya çıkan bu haller, yalnızca vergi suç ve kabahatleri sonucunda oluşanlar değil; tüm vergi borçları için söz konusu olabilir. Örneğin, dörtbindokuzyüzdoksan dokuz TL'lik vergi tarhi işlemine karşı açılacak davada ilk derece mahkemesinin kararı sonrası istinaf yolu kapalıyken bu miktar beşbin TL'ye çıktığında

⁹⁸ Söz konusu miktarlar, 490 sıra No'lu Vergi Usul Kanunu Genel Tebliği'nde yer alan 2017 ve 2018 yılına ilişkin yeniden değerlendirme oranları esas alınarak hesaplanmıştır.

⁹⁹ Fevzi Rifat Ortaç, Hilmi Ünsal, "Türk Vergi Yargısında İstinaf Sistemi ve Muhtemel Sorunlar/ Appeal System in Turkish Tax Law and Probable Concerns", *İstanbul Gelişim Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 2016, C. 3, S. 1, s. 15, 18.

¹⁰⁰ Ortaç, Ünsal, s. 16, 18.

istinaf yolu açılmaktadır. Anayasa Mahkemesi'nin eşitlik ilkesine bakışı açısından bu iki davadaki davacıların hukuki durumları arasında bir farklılık olup olmadığı sorusu akla gelmektedir. Bu tartışma ayrıca istinaf sonrası temyiz yoluna başvurulabilme açısından da söz konusu olup, temyiz için dava konusu miktarın yüzonyedibin TL'yi aşması gerekmektedir. Ayrıca dava sürerken, dava konusu miktarın artması durumunda kişinin istinaf yoluna başvurup başvuramayacağı da tartışma yaratan bir diğer durum olabilir. Örneğin; ödeme emrine karşı yedi gün içinde açılan davada yürütmenin durdurulması kararı verilmediği takdirde gecikme zammı işlemeye devam edecektir. Bu esnada dava değeri beşbin TL'yi geçerse kişi istinaf yoluna gidebilecek midir? Kişinin nihai olarak muhatap tutulduğu parasal değer, kanunda belirlenen sınırı aşması ve kararların mümkün olduğunca kanun yolu denetimi dışında bırakılmaması bakımından bu soruya olumlu cevap vermek gerekecektir.

6545 sayılı Kanun'la değişik İYUK m. 45 hükümlerine göre dava konusu miktarın beşbin TL'yi geçmemesi durumunda istinaf yolu kapalıdır. Ancak dava konusunun para olmadığı bir durumda istinaf yolu açıkken, konusu para olan davalarda davacılar açısından ayırım yapma yoluna gidilmiştir. Örneğin; kişiye dörtbin TL tutarlı ödeme emri gönderilmesi durumunda dava konusu miktar, beşbin TL'nin altında kaldığı için istinaf yolu kapalıdır. Ancak kişinin ödeme emri üzerine açtığı dava sürerken yürütmenin durdurulması kararı verilmediği kabul edilirse ve vergi dairesinin borçlunun evindeki iki televizyondan lüks olanı haczettığı düşünülürse, bu durumda söz konusu idari işlemin konusunun para olmadığından bahisle vergi mahkemesinin kararına karşı istinafa gidilebilecek midir? Bu idari işlemin konusu para olmasa da parayla ölçülebilecek bir malvarlığını içermesinden dolayı ve 6183 sayılı Kanun 77. maddeye göre menkul mal, tahmin edilen değeri haciz zaptında gösterilmek suretiyle haczolunabileceğinden, beşbin TL'nin altında kalan miktarlar için bölge idare mahkemelerinde istinaf yolunun kapalı olduğu yorumu yapılabilir. Ayrıca haciz esnasında yetki yönünden hukuka aykırılık da söz konusu olabilir. İdare veya vergi mahkemelerine yapılan yetkisizlik itirazını reddeden kararlar, bir ara karar niteliğindedir¹⁰¹ ve tek başına istinaf incelemesine konu

¹⁰¹ Çağlayan, s. 43.

teşkil etmezler. Bu nedenle nihai kararlar birlikte istinaf incelemesine tabi olacaklardır. Ancak burada da kişinin ödeme emrine karşı açtığı davada istinaf yolu kapalıyken haciz işlemine karşı açılan davada¹⁰² istinaf yolu açık olacak ve bu çelişkili durum eleştiriye açık olacaktır.

Ortaya çıkacak olası bu sorunlarla birlikte düşünüldüğünde; belli yargı mercilerinin görev ve yetkisinin belirli miktarlar itibariyle ve ekonomik koşullara paralel, yıllara göre yükseltilebilir sınırlar ölçü alınarak saptanmasının doğru olmadığı, esas görev ve yetki alanının büyük ölçüde davanın konusuna göre düzenlenmesi gerektiği fikri¹⁰³, oldukça akla yatkındır. Bu konudaki bir diğer görüş de kanun yoluna başvuru hakkının sınırlanmasının doğru olup olmadığına temyiz kanun yolunun amacına göre belirlemek gerektiği, yüksek mahkemelelerin asıl görevinin hukukun uygulanmasında birliği sağlamak olduğu, parasal sınırlamanın ise içtihat birliğini sağlama amacıyla bağdaşmadığına değinmekte ve mutlaka bir sınırlama getirilecekse içtihat birliği amacının mümkün olduğunca az zedelenmesini sağlayacak tedbirler alınmasını önermektedir.¹⁰⁴ Olası sakıncalarıyla birlikte parasal sınırların işlevsel olduğu düşünüldüğünde; istinaf için bir sınırın belirlenmediği, temyiz içinse ekonomik koşullar ve yargısal makamlara başvuru hakkının sahibi olan bireylerin sosyo-ekonomik koşulları, yargısal istatistikler gibi veriler incelenerek elde edilen ve sağlam gerekçelere oturtulan, koşullara göre yeniden belirlenen bir sınırın esas

¹⁰² Menkul mallar için haciz işlemine yönelik dava açma hakkıyla ilgili -üçüncü kişilerdeki menkul mallar haricinde- 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkında Kanun'da herhangi bir hüküm yer almamaktadır. Haciz işleminin, dava açma hakkı da bulunan ödeme emriyle kesinleşmesi, fiili haciz sırasında hukuka aykırı hiçbir işlemin ya da eylemin gerçekleşmeyeceği anlamına gelmez. Ödeme emriyle istenen alacağın kesinleştiği gerekçesiyle, haciz uygulamasında idarenin takdir yetkisinin denetlenemeyeceği ya da denetlenmemesi gerektiği ileri sürülemez. İdarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolunu açık tutan anayasal ilke, kesin ve yürütülmesi zorunlu her idari işlemin dava konusu olabileceğini öngörmektedir. Haciz işlemi de niteliği bakımından kesin ve yürütülmesi zorunlu bir idari işlem olduğu için bu işlemler için dava yolunun açık olduğunu söylemekte herhangi bir kuşku yoktur. Bkz. Yusuf Karakoç, Kamu Alacaklarının Tahsili Aşamasında Ortaya Çıkan ve Vergi Yargısında Çözömlenen Uyuşmazlıklar, Yetkin Yayınları, Ankara 2000, s. 165, 166.

¹⁰³ Kumru, s. 56.

¹⁰⁴ Selçuk Öztekin, "HUMK m. 427'deki Kesinlik Sınırının Temyiz Kanun Yolunun Amacı Bakımından Değerlendirilmesi ve Anayasa Mahkemesinin 20.01.1986 tarihli Kararı", Hukuk Araştırmaları, Marmara Üniversitesi Yayını, 1987/II, s. 62-68.

alındığı; böylece tüm vergisel uyuşmazlıkların kanun yolu denetiminden geçmesinin sağlandığı bir üç dereceli vergi yargı sistemi, makul görünmektedir.

SONUÇ

Uzun süreden beri gündemde olan istinaf kanun yolunun faydaları ve sakıncaları etraflı biçimde tartışılmış; adli yargıdan sonra 6545 sayılı Kanun'la idari yargıda ve dolayısıyla vergi yargısında gerçekleştirilen reformla itiraz yolu kaldırılarak istinaf yolu benimsenmiş; böylece üç dereceli sistem, idari yargı ve vergi yargısı alanına dâhil edilmiştir. Bu reformla başta yargılama sürecinin hızlı biçimde sonlandırılması ve Danıştay'ın iş yükünün azaltılarak temyiz mahkemesi fonksiyonunu daha etkin bir şekilde yerine getirmesi amaçlanmış; ilk derece mahkemelerinin kararlarının hukuki denetim yanında maddi yönden de incelenerek daha adil ve doğru kararlara ulaşılacağı öngörülmüştür. İstinaf düzenlemesiyle itiraz ve karar düzeltme yolu kaldırılarak temyiz ve kanun yararına bozmada birtakım değişiklikler yapılmış; var olan bölge idare mahkemelerinin istinaf yargılamasına hazır hale gelebilmesi, görevleri, toplantı ve karar usulleri, yargılama biçimleri, daireleri, başkan ve üyeleri hakkında geniş düzenlemelere yer verilmiştir.

Üç dereceli yargılama içerisinde kanun yollarına başvuru, belli meblağlarla sınırlandırılmıştır. Konusu beşbin lirayı aşmayan davalar açısından ilk derece mahkemesi kararlarının kesin olduğu, bu sınırı aşan uyuşmazlıkların istinaf yoluyla bölge idare mahkemesine taşınabileceği, bölge idare mahkemesi kararlarından da konusu yüzonvedibin liranın altında kalan davalar hakkında verilenlerin kesin olduğu, bu tutarı aşan davaların ise temyizi kabil uyuşmazlıklar olarak Danıştay'a götürülebileceği öngörülmüştür.

Kanun yollarına başvurunun sınırlandırılması bakımından yapılan tartışmalar ve çeşitli makul tereddütlerle birlikte, Anayasa 141. ve 142. maddelerine dayanarak kanun koyucunun kanun yollarını istediği biçimde düzenleyebileceği düşünülmektedir. Üç dereceli sistem dahi anayasal bir zorunluluk değilken, bazı kararlar bakımından kanun yollarının sınırlandırılmasının eşitlik ilkesi, hak arama özgürlüğü ve Danıştay'a ilişkin düzenlemeler içeren Anayasa'nın 155. maddesine

aykırı olmadığı savunulmaktadır. Kanun yollarının adil yargılanma hakkının bir gereği olup olmadığı ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi nezdinde vergi hukukunda adil yargılanma hakkının ne ölçüde geçerli olduğu tartışmalıdır. Bunun yanında Anayasa'nın 90. maddesiyle iç hukukun bir parçası haline gelen ve temel hak ve özgürlüklere ilişkin bir uluslararası sözleşme olması sebebiyle kanunlar karşısında üstün konumda bulunan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde de kanun yollarının kaç dereceli olması gerektiğine dair bir hüküm bulunmamaktadır.

Tüm bunlar birlikte değerlendirilerek, gerekçe ve bu konuya ilişkin tartışmalar göz önüne alındığında istinafın pratik gerekçelerle getirildiği açıktır. Bu pratik gerekçelerden, bölge idare mahkemelerinin hâlihazırdaki varlığı nedeniyle yasal ve fiziksel altyapı bakımından idari yargıda istinafın hayata geçirilmesinin adli yargıya göre kolay olacağı ve kararların önemli bir kısmının istinaf aşamasında kesinleşmesi bakımından Danıştay'ın iş yükünün azalacağı varsayımı akla yatkındır. Bu durum, Danıştay'ın tam bir içtihat mahkemesine dönüşerek asıl kimliğine kavuşmasına da hizmet edebilir. Ancak tüm bu amaçların gerçekleşmesi; alt yapının sağlıklı biçimde kurulması, tecrübeli ve uzman hâkimlerin istinaf incelemesinde yer almaları ve dairelerin ihtiyacı karşılayacak sayı ve nitelikte olması sağlanarak dosyaların bölge idare mahkemelerinde birikmesi tehlikesinin bertaraf edilmesine de bağlıdır.¹⁰⁵ Bununla birlikte, ancak hak arama özgürlüğünün geniş biçimde kullanılabilmesi ve adil yargılamanın gerçekleştirilmesi amaçları, istinafı daha kuvvetli bir zemine oturtabilir.

Üç dereceli sistemin benimsenmesine paralel olarak, bu sisteme uygun bölge idare mahkemelerinin yapılanması için bir geçiş süreci getirilmiştir. İYUK'a eklenen geçici madde 8'le Adalet Bakanlığı'na, 6545 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği 28 Haziran 2014 tarihi itiba-

¹⁰⁵ Adalet Bakanlığı Adli Sicil İstatistik Genel Müdürlüğü tarafından son yayınlanan Adalet İstatistiği 2016 yılına aittir. Burada bölge idare mahkemelerinin iş durumu içerisinde istinafın oranına bakıldığında oldukça düşük bir rakamla karşılaşılmaktadır. İstinafın 20 Temmuz 2016 tarihinde yürürlüğe girmesi, bizi bu konuda objektif bir değerlendirme yapabileme imkânı vermemektedir. Bu tehlikelerin bertaraf edilip edilmediğine yönelik değerlendirmeler, ancak 2017 ve 2018 yıllarına ilişkin istatistikler yayınlandığında yapılabilecektir. Bkz. Adalet İstatistikleri/Judicial Statistics 2016, s. 206, 207, http://www.adlisicil.adalet.gov.tr/AdaletIstatistikleriPdf/Adalet_ist_2016.pdf.

riyle üç ay içerisinde bölge idare mahkemelerini kurma görevi yüklenmiştir. Ayrıca bölge idare mahkemelerinin, yargı çevrelerinin ve tüm yurttta göreve başlayacakları tarihin Resmi Gazete’de ilan edilmesi öngörülmüştür. Adalet Bakanlığı tarafından alınan Bölge Adliye ve Bölge İdare Mahkemelerinin Tüm Yurttta Göreve Başlayacaklarına İlişkin Karar’la birlikte de bölge idare mahkemeleri, 20 Temmuz 2016 tarihinde tüm yurttta göreve başlamıştır. Adli yargıda da on yıldan daha uzun bir süre önce benimsenen üç dereceli sistemin ancak hayata geçirilebilmiş olması, bu mahkemelerin öngörülen amaçları sağlayabilecek nitelikte yeterli bir alt yapıyla kurulduğu hususunda kuşku yaratmaktadır.

Kaynakça

- Akad Mehmet, Dinçkol Abdullah, 1982 Anayasası Madde Gerekçeleri, İstanbul 1998.
- Akbaba Ahmet, “İdari Yargıda Kanun Yolları ve İstinaf”, *Terazi Hukuk Dergisi*, Ankara, Mart 2010, S. 43, s.157-180.
- Akil Cenk, İstinaf Kavramı, Yetkin Yayınları, Ankara 2010.
- Akkan Mine, “Medeni Usul Hukukunda Etkin Hukuki Koruma”, *MİHDER*, 2007, C. 3, S. 6, s. 29-68.
- Akkaya Tolga, Medeni Usul Hukukunda İstinaf, Yetkin Yayınları, Ankara 2009.
- Alangoya Yavuz, “Kanun Yolunun Anayasal Temeli, HUMK m. 427 Hükmü ile Kanun Yolu Kapatılmış Olan Kararlara Karşı Kanun Yoluna Müracaat İmkânı”, Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, TBB Yayınları, Ankara 2004, s. 17-48.
- Aliefendioğlu Yılmaz, “Vergi Yargısı ve Sorunları”, *Damıstay Dergisi*, Yıl: 9, Ankara 1979, S. 32, 33, s. 135-154.
- Ansay Sabri Sakir, Hukuk Yargılama Usulleri, AÜHF Yayınları, B. 7, Ankara 1960.
- Aras Bahattin, “Türk Hukukunda İstinaf Sistemi”, *Yargıtay Dergisi*, Ocak-Nisan 2007, C. 33, S. 1-2, s.132-162.
- Atalay Esra, “Yargısal Temel Haklar”, Şükrü Postacıoğlu’na Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dön. Ser. Yayınları, İzmir 1997, s. 437-454.
- Avcı Mustafa, “İdari Yargıda İstinaf”, *TBB*, 2011, S. 96, s. 179-204.
- Baker Philip, “Should Article 6 ECHR (Civil) Apply to Tax Proceedings?”, *Intertax*, 2001, C. 29, S. 6-7, s. 205-211.
- Baker Philip, Philip Baker, “The Decision in Ferrazzini: Time to Reconsider the Application of the European Convention on Human Rights to Tax Matters”, *Intertax*, 2001, Vol. 29, Iss. 11, s. 360-361.
- Bilge Necip, Üst Mahkemeler, Ord. Prof. Sabri Şakir Ansay’ın Hatırasına Armağan, AÜHFY-Ajans Türk Matbaası, Ankara 1964, s. 61-89.
- Çağlayan Ramazan, İdari Yargıda Kanun Yolları, Asil Yayın Dağıtım, B. 2, Ankara 2007.

- Devellioğlu Ferit, *Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Sözlük*, Aydın Kitabevi, Ankara 1982.
- Duran Lutfi, "İdari Yargı Adlileşti", *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi (İHİD)*, Sarıca'ya Armağan, İstanbul 1982, C. 3, S. 1-3, s. 53-83.
- Engin Saygın, "İdari Yargıda İstinaf Mahkemesi Tartışmaları Üzerine Bir Analiz", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 2011, C. 69, S. 1-2, s. 635-648.
- Erdem Tahir, "İdari Yargıda ve Vergi Yargısında İstinaf", *Vergi Sorunları Dergisi*, Ağustos 2014, S. 311, s. 19-32.
- Gözler Kemal, *Anayasa Hukuku'na Giriş*, Ekin Basın Yayın Dağıtım, Bursa 2010.
- Gözübüyük A. Şeref, *Yönetmelik Yargı*, Turhan Kitabevi, B. 31, Ankara 2011.
- Gözübüyük A. Şeref, "İdari Yargıda Kararın Düzeltilmesi", *AÜSBFD*, 1965, C. 20, S. 4, s. 145-158.
- Gözübüyük A. Şeref, Dinçer Güven, *İdari Yargılama Usûlü*, Turhan Kitabevi, B. 2, Ankara 1999.
- Gözübüyük Şeref, Gölcüklü Feyyaz, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, Turhan Kitabevi, Ankara 2009.
- Harris David, O'boyle Michael, Warbrick Colin, *Law of the European Convention on Human Rights*, Second Edition, Oxford University Press, 2009.
- Hayrullahoğlu Betül, "Vergi Yargısında Yeni Kanun You: İstinaf/The New Remedy in Tax Jurisdiction: Appeal", *Vergi Raporu*, 2016, s. 196, s. 123-134.
- Kaboğlu İbrahim Özden, "Yürütmenin Durdurulması", *Ankara Barosu Dergisi*, 1976, C. 33, S. 4, s. 639-658.
- Karakoç Yusuf, *Kamu Alacaklarının Tahsili Aşamasında Ortaya Çıkan ve Vergi Yargısında Çözömlenen Uyuşmazlıklar*, Yetkin Yayınları, Ankara 2000.
- Karakoç Yusuf, *Vergi Sorunlarının/Vergi Uyuşmazlıklarının Çözüm Yolları (Vergi Yargılaması Hukuku)*, Yetkin Yayınları, Ankara 2007.
- Kleszczewski Diethelm, "Ceza Yargılama Hukukunda İstinafın Yeri", *İstinaf Mahkemeleri*, Uluslararası Toplantı, 7-8 Mart 2003, TBB Yayını, Ankara 2003, s. 149-158.
- Konualp Haluk, "Fransız Hukukunda Kanun Yolları Arasında İstinafın Yeri", *AUHFD*, 2001, C. 50, S. 1, s. 25-39.
- Konuralp Haluk, Hanağası Emel, "Fransız Hukukunda İptal Amaçlı İstinaf Yolu", *Legal Hukuk Dergisi*, Haziran 2007, Y. 5, S. 54, s. 1795-1818.
- Kumru Ahmet, *Vergi Yargılama Hukukunun Kuramsal Temelleri İşlev-Yapı-İlkelere-Nitelik*, Ankara 1989, (Çoğaltma).
- Mutluer Kamil, *Vergi Genel Hukuku*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2006.
- Mutluer Kamil, *Türkiye'de Vergi Yargı Sistemi*, Eskişehir İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Yayınları No: 141/87, Eskişehir 1975.
- Odyakmaz Zehra, *Türk İdari Yargılama Usulünde Kararlara Karşı Başvuru Yolları*, Alfa Basım Yayım Dağıtım, B. 1, İstanbul 1993.
- Ortaç Fevzi Rifat, Ünsal Hilmi, "Türk Vergi Yargısında İstinaf Sistemi ve Muhtemel Sorunlar/Appeal System in Turkish Tax Law and Probable Concerns", *İstanbul*

- Gelişim Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 2016, C. 3, S. 1, s. 1-22.
- Oytan Muammer, Danıştay'da Görülen Davalarda Yürütmenin Durdurulması, Ülke-miz Matbaası, Ankara 1973.
- Ökçesiz Hayrettin, "Yargıtay'ın İş Yükünün Hafifletilmesinin Bir Aracı Olarak HUMK'nun 427. maddesi Üzerine", *Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 2, S. 2, s. 75-79.
- Öncü Gülay Arslan, "Vergi Hukuku ve Yargılamasına Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Uygulanabilirliği: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Bir Analiz", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Mart 2015, Y. 6, S. 20, s. 139-190.
- Özbek Veli Özer, "Ceza Muhakemesi Hukukunda İstinaf Kanun Yolu Bakımından Ortaya Çıkabilecek Sorunlar ve Çözüm Önerileri", *Güncel Hukuk*, Eylül 2011, S. 93, s. 34-37.
- Öncel Mualla, Kumrulu Ahmet, Çağan Nami, Vergi Hukuku, Turhan Kitabevi, B. 23, Ankara 2014.
- Özekes Muhammet, "Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre Yeni Kanun Yolu İstinaf", *Güncel Hukuk*, Eylül 2011, S. 93, s. 40- 46.
- Özekes Muhammet, Sorularla Medeni Usul Hukukunda Yeni Kanun Yolu Sistemi (İstinaf ve Temyiz), Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 134, Sorularla Hukuk Dizisi: 6, Ankara 2008.
- Özekes Muhammet, Medeni Yargılama Hukukunda Hukuki Dinlenme Hakkı, Yetkin Yayınları, Ankara 2003.
- Öztek Selçuk, "Hukuk Davalarında Adil ve Çabuk Yargılanma, Aksaklıklar-Çözüm Önerileri", *Yeni Türkiye 'Yargı Reformu' Özel Sayısı*, 1996, C. 10, s. 494-501.
- Öztek Selçuk, "HUMK m. 427'deki Kesinlik Sınırının Temyiz Kanun Yolunun Amacı Bakımından Değerlendirilmesi ve Anayasa Mahkemesinin 20.01.1986 tarihli Kararı", *Hukuk Araştırmaları*, Marmara Üniversitesi Yayını, 1987/II.
- Pekcanıtez Hakan, "İstinaf Mahkemeleri", *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (GÜHFD)*, 2006, S. 1, s. 17-29.
- Pekcanıtez Hakan, Atalay Oğuz, Özekes Muhammet, Medeni Usul Hukuku, Yetkin Yayınları, B. 5, Ankara 2017.
- Reinhard Gaier, Çev. Cenk Akil, "Subject Matter of the Case In Appellate Instance-İstinaf Yargılamasında Dava Malzemesi", *AUHFD*, 2012, C. 61, S. 1, s. 417-428.
- Sancakdar, Oğuz, "İdari Yargıda İstinaf Sistemi Üzerine Düşünceler", *The Review of Appeal System in Administrative Judiciary*, *Journal of Yaşar University*, 2013, S. 8, s. 2237-2326.
- Sivrihisarlı Ömer, Hukuk Yargılamasında Maddi Hukuka İlişkin Temyiz Nedenleri ve Yargıtay Denetiminin Kapsamı, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 536, C. 539, İstanbul 1978.
- Tanrıver Süha, "Hukuk Yargısı (Medeni Yargı) Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı", *TBB*, 2004, S. 53, s. 191-215.
- Tezcan Durmuş, "AİHS Açısından Vergi Cezaları Ve Adil Yargılanma Hakkı", 2006 Danıştay ve İdari Yargı Günü 138. Yıl Sempozyumu, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları No: 76, Danıştay Matbaası, Ankara 2008, s. 17-31.

- Türkay İmdat, "Mükelleflerin Vergi Mahkemesi Kararlarına Karşı "İstinaf Yoluna" Başvurması", *Yaklaşım Dergisi*, 2014, S. 260.
- Ünsal Cengiz, Ceza Muhakemesinde İstinafın Gelişimi ve Bölge Adliye Mahkemele-
rinde Muhakemenin Yapılması, Seçkin Yayınları, Ankara 2014.
- Üstündağ Saim, "Mukayeseli Hukukta Yargıtay Örnekleri ve Türk Yargıtay'ı", *Yargı-
tay Dergisi*, 1989, C. 15, S. 1-4, s. 73-93.
- Yaltı Billur Soydan, "İnsan Haklarının Vergi Hukuku Pratiği: Adil Yargılanma Hak-
kının Vergi Davalarında Uygulanabilirliği", *Vergi Dünyası Dergisi*, Ekim 2002, S.
254, s. 85-102.
- Yenisey Feridun, Ceza Muhakemesi Hukukunda İstinaf ve Tekrar Kabulü Sorunu,
Fakülteler Matbaası, İstanbul 1979.
- Yıldırım Kamil, Hukuk Devletinin Gereği: İstinaf, Nesil Matbaacılık, İstanbul 2000.
- Yılmaz Ejder, İstinaf, Yetkin Yayınları, B. 2, Ankara 2005.
- Yılmaz Ejder, "Hukuk Davalarında Yasayollarına Başvuru Hakkı ve Bu Hakkın Sınırlan-
dırılmasının Yerindeliği Sorunu", *TBBD*, 1988, S. 1, s. 131-155.
- Zabunoğlu Yahya Kazım, İdare Hukuku-2, Yetkin Yayınları, Ankara 2012.
- Elektronik Kaynaklar
- Adalet İstatistikleri/Judicial Statistics 2016, s. 206, 207, http://www.adliscil.adalet.gov.tr/AdaletIstatistikleriPdf/Adalet_ist_2016.pdf .
- Bereket Baş Zuhul, İdari Yargılama Hukuku Açısından İstinaf ve Kabulü Sorunu",
Danıştay Dergisi, 1996, C. 27, S. 11, <http://www.danistay.gov.tr/> .
- Güray Öğredik, "6545 sayılı Kanun ile Vergi Yargısı Sürecine Yönelik Yapılan Deği-
şiklikler", <http://www.muhasabetr.com/yazarlarimiz/guray/068/> .
- Yılmaz Ejder, "İstinaf Kavramı", Perşembe Konferansları, <http://www.rekabet.gov.tr/File/?path=ROOT%2F1%2FDocuments%2FPer%25c5%259fembe%2BKonferans%25c4%25b1%2BYay%25c4%25b1n%2Fperskonfyyn6.pdf> .
- <http://aih.m.anadolu.edu.tr/> .
- <http://www.abgs.gov.tr/files/> .
- <http://www.anayasa.gov.tr/> .

OLUMLU MİRAS SÖZLEŞMESİNİN BAĞLAYICILIĞI*

DIE BINDUNGSWIRKUNG DES ERBVERTRAGES

S. Derya YAKUPOĞLU**

Özet: Olumlu miras sözleşmesi, vasiyetname yanında diğer bir şekli anlamda ölüme bağlı tasarruf türüdür. Miras sözleşmesi bir ölüme bağlı tasarruf olmasının yanında, aynı zamanda da gerçek anlamda bir sözleşmedir. Bu çifte niteliği sebebiyle, miras sözleşmesi *sui generis* veya hibrit bir sözleşme olarak kabul edilmektedir. Miras sözleşmesi mirasbırakana bağlayıcı bir ölüme bağlı tasarrufta bulunma imkânı vermektedir. Bu bakımdan, miras sözleşmesi vasiyetnameneden farklı bir işleve sahiptir. Mirasbırakanın sağlararası tasarruf özgürlüğünün devam etmesi ilkesi karşısında miras sözleşmesinin bağlayıcılığından ne anlaşılması gerektiği önemli bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır.

TMK m. 527/1 hükmü uyarınca mirasbırakan, miras sözleşmesiyle mirasını veya belirli malını sözleşme yaptığı kişiye ya da üçüncü bir kişiye bırakma yükümlülüğü altına girmektedir. Söz konusu hükümden, dar anlamda miras sözleşmesi, başka bir deyişle olumlu miras sözleşmesi düzenlenmektedir. Buna göre, mirasbırakan bir miras sözleşmesi yapmak suretiyle, iradî mirasçı atayabilmekte ya da vasiyet alacaklısı belirleyebilmektedir. Hükümden bu iki tür maddi anlamda ölüme bağlı tasarruftan bahsedilmektedir; ancak bu bir sınırlı sayım (*numerus clausus*) değildir. Hükümün devamında, miras sözleşmesi yapan mirasbırakanın malvarlığında eskisi gibi serbestçe tasarruf edebileceği; ancak miras sözleşmesindeki yükümlülüğü ile bağdaşmayan ölüme bağlı tasarruflarına veya bağışlamalarına itiraz edilebileceği düzenlenmektedir. TMK m. 527/11 hükmü hem miras sözleşmesi yapan mirasbırakanın tasarruf özgürlüğünü düzenlemesi yönünden hem de miras sözleşmesiyle çelişen ölüme bağlı tasarruflar ve bağışlamalara karşı itiraz hakkı tanınması bakımından oldukça tartışmalı bir maddedir. Söz konusu madde İsviçre Medenî Kanunu m. 494 (ZGB Art. 494) hükmünün çevirisidir. Bu sebeple, çalışmada asıl olarak Türk-İsviçre hukukuna ilişkin doktrindeki görüşlerden ve mahkeme kararlarından yararlanılmıştır.

* Bu makale İ.D. Bilkent Üniversitesi Ekonomi ve Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Doktora Programı kapsamında yazılmakta olan “Olumlu Miras Sözleşmesi ve Bağlayıcılık Sorunu” başlıklı doktora tezinden türetilmiştir.

** Arş. Gör., İ.D. Bilkent Üniversitesi, Hukuk Fakültesi

Anahtar kelimeler: Miras Sözleşmesi, Ölüme Bağlı Tasarruf, Vasiyetname, Bağlayıcılık, İptal, Sona Erme, Dönme Hakkı

Zusammenfassung: Neben der einseitigen frei widerruflichen letztwilligen Verfügung (Testament) steht als andere Verfügungsform der Erbvertrag. Dieser ist nicht nur eine Verfügung von Todes wegen, sondern auch ein echter Vertrag. Aufgrund seiner Doppelnatur wird der Erbvertrag auch als Vertrag sui generis oder Vertrag mit Hybrid-Charakter bezeichnet. Durch seine bindende Wirkung stellt der Erbvertrag für den Erblasser eine anspruchsvolle Alternative zum Testament dar. Angesichts der erbrechtlichen Privatautonomie des Erblassers lohnt es sich, die Bedeutung der Bindungswirkung des Erbvertrages zu untersuchen.

Das türkische Zivilgesetzbuch Art. 527 Abs. 1 stellt fest, dass sich der Erblasser durch einen Erbvertrag einem anderen gegenüber verpflichtet, ihm oder einem Dritten seine Erbschaft oder ein Vermächtnis zu hinterlassen. Das ist die gesetzliche Definition des positiven Erbvertrages mit der Erbeinsetzung und dem Vermächtnisvertrag als Hauptarten, wobei hier nicht das Prinzip der geschlossenen Anzahl gilt (*numerus clausus*).

Gemäß Art. 527 Abs. 2 (ZGB Art. 494 Abs. 2) kann der Erblasser trotz des abgeschlossenen Erbvertrages über sein Vermögen frei verfügen. Verfügungen von Todes wegen oder Schenkungen, die den Verpflichtungen aus dem Erbvertrag widersprechen, sind jedoch anfechtbar. Die in Art. 527 Abs. 2 beschriebene Bindungswirkung des Erbvertrages ist höchst umstritten, und so gibt es dazu unterschiedliche Meinungen in Literatur und Rechtsprechung.

Das türkische Zivilgesetzbuch Art. 527 enthält die Übersetzung des Art. 494 des schweizerischen Zivilgesetzbuches. Daher konzentriert sich dieser Aufsatz vorwiegend auf die in der türkischen und der schweizerischen Rechtsordnung vertretenen Meinungen und deren Rechtsprechung im Hinblick auf die Bindungswirkung des Erbvertrages.

Schlüsselwörter: Erbvertrag, Verfügung von Todes wegen, letztwillige Verfügung (Testament), Bindungswirkung, Anfechtung, Aufhebung, Rücktritt

1. Sorunun Tespiti

Türk Medenî Kanunu m. 527 ve mehaz İsviçre Medenî Kanunu m. 494 (ZGB Art. 494) hükmü olumlu miras sözleşmesini düzenlemektedir. Buna göre, mirasbırakan, miras sözleşmesiyle mirasını veya belirli malını sözleşme yaptığı kişiye ya da üçüncü bir kişiye bırakma yükümlülüğü altına girmektedir. Miras sözleşmesinde mirasbırakan karşısında tek bir kişi olabileceği gibi, birden çok kişi de olabilir (çok

tarafli miras sözleşmesi). Miras sözleşmesinin her iki tarafı da bağlayıcı ölüme bağlı tasarruflarda bulunmaktaysa, iki tarafli miras sözleşmesi söz konusu olmaktadır. Tarafların bağlayıcı ölüme bağlı tasarruflarının birbirleri lehine yapılmış olması gerekmemektedir, bağlayıcı ölüme bağlı tasarruflar bir üçüncü kişi lehine de yapılabilmektedir. Miras sözleşmesinde mirasbırakanın yaptığı ölüme bağlı tasarrufa karşılık, sözleşmenin karşı tarafı da bir sağlararası tasarruflarda bulunabilmektedir. Eğer sözleşmenin karşı tarafı bir sağlararası tasarruflarda bulunmuş ise ivazlı, bulunmamış ise ivazsız miras sözleşmesi söz konusudur. Bu durumda, tek tarafli miras sözleşmesi ivazlı veya ivazsız olabilmektedir. Tek tarafli ivazlı bir miras sözleşmesi, karşı taraf bir ölüme bağlı tasarruflarda bulunmamış olduğundan tek tarafli, ancak bir sağlararası tasarruflarda bulunduğundan ivazlıdır.

Miras sözleşmesi ile ölüme bağlı tasarruflarda bulunan mirasbırakan, malvarlığında eskisi gibi serbestçe tasarruflarda bulunabilmektedir; ancak miras sözleşmesindeki yükümlülüğü ile bağdaşmayan ölüme bağlı tasarruflarına veya bağışlamalarına itiraz edilebilmektedir. Bu maddedeki "itiraz" imkânı mehz kanundaki karşılığına uygun olarak "iptal" (*Anfechtung*) şeklinde anlaşılmaktadır.¹ Bu iptal davasının niteliğiyle ilgili kanunda bir hüküm bulunmamaktadır; söz konusu iptal davasına tenkis davasına ilişkin hükümler kıyasen uygulanmaktadır. Kanun, miras sözleşmesi lehdarını adeta bir sözleşmesel saklı pay sahibi olarak kabul etmektedir.²

Bir tarafta mirasbırakanın tasarruf özgürlüğünün eskisi gibi devam etmesi düzenlenirken, bir taraftan da mirasbırakanın miras sözleşmesiyle bağdaşmayan ölüme bağlı tasarruflarına ve hatta bağışlamalarına karşı iptal davası açılabilmesi imkânının düzenlenmesi karşısında miras sözleşmesinin bağlayıcılığından (*Bindungswirkung*)

¹ Mustafa Dural, *Miras Sözleşmeleri*, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1980, s. 166; Mustafa Dural/Turgut Öz, *Türk Özel Hukuku Cilt IV Miras Hukuku*, Filiz Kitabevi, 11. Bası, İstanbul 2017, s. 131; Bilge Öztan, *Miras Hukuku*, Turhan Kitabevi, 8. Bası, Ankara 2017, s. 250.

² Rona Serozan/Baki İlkey Engin, *Miras Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, 5. Bası, Ankara 2018, s. 351, 356; Dural/Öz, s.131; Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser (Hrsg.), *Basler Kommentar Zivilgesetzbuch II*, Helbing & Lichtenhahn Verlag, 3. Auflage, Basel 2007, Art. 494, N. 9.

ne anlaşılması gerektiği incelenmelidir. Mirasbırakanın malvarlığı üzerinde eskisi gibi tasarruf edebilmesinin ve bu tasarruf özgürlüğü karşısında miras sözleşmesinin bağlayıcılığının anlamı ve sınırları makalemizde doktrindeki görüşlerden ve mahkeme kararlarından yararlanılarak açıklanmıştır. Doğrudan konuya ilişkin Yargıtay kararı bulunamadığından, daha ziyade İsviçre Federal Mahkemesi kararlarına yer verilmiştir.

2. Ölüme Bağlı Tasarruf Serbestisi ve Sınırları

Mirasbırakanın, terekesi üzerinde kendi iradesine uygun olarak belirlemeler yapabilmesi için ölüme bağlı tasarruf (*Verfügung von Todes wegen*) olarak nitelendirilen hukukî işlemle bu iradesini ortaya koyması gerekmektedir. Ölüme bağlı tasarruf serbestisi (*Testierfreiheit/erbrechtliche Privatautonomie*), özel mülkiyetin ve onun ayrılmaz parçası irade özerkliğinin uzantısıdır.³ Ölüme bağlı tasarruf serbestisinin değişik anlamları vardır. Bu serbesti, en başta herhangi bir ölüme bağlı tasarruf düzenleyip düzenlememe serbestisi anlamına gelmektedir. Yine bu serbesti, ölüme bağlı tasarrufun konusunu ve lehdarını belirleme serbestisini içermektedir. Ayrıca bu kapsamda, mirasbırakan yaptığı ölüme bağlı tasarrufun şekline ve içeriğine özgürce karar verebilmektedir. Keza mirasbırakanın yaptığı ölüme bağlı tasarrufu geri alma olanağı da bu serbestinin bir görünümüdür.⁴

Ölüme bağlı tasarruf serbestisi bazı hukuk kurallarıyla sınırlanmıştır. Bunların en başında hukuka ve ahlaka aykırılık sınırı gelmektedir. Öte yandan, ölüme bağlı tasarruf serbestisi saklı pay kuralları ile de sınırlanmaktadır. Diğer bir sınırlayıcı kural ise, makale konusu olan, miras sözleşmesinin bağlayıcılığıdır. Miras sözleşmesi lehdarı bakımından, tıpkı saklı paylı mirasçılar gibi “sözleşmesel saklı pay” öngörülmüştür.⁵ Miras sözleşmesi lehdarının durumu ile saklı pay sahibi mirasçılar arasında devamlı surette bir paralellik söz konusudur. Eklemek gerekir ki, iradî mirasçılarının durumlarını güçlendirme eği-

³ Necip Kocayusufpaşaoğlu, *Miras Hukuku*, Filiz Kitabevi, 2. Bası, İstanbul 1987, s. 9; Öztan, s. 4; Dural/Öz, s. 2; Serozan/Engin, s. 37, 256.

⁴ Serozan/Engin, s. 257.

⁵ Serozan/Engin, s. 259; BaslerKomm/Breitschmid, Art. 494, N. 9.

limi her geçen gün artmaktadır. Bu bakımdan, mirasbırakanın ölümüne bağlı tasarruf vaadinde bulunarak kişilerden önemli menfaatler sağlaması ve sonra da ölümüne bağlı tasarruf serbestisine dayanarak vaatlerini yerine getirmemesi bir güven ihlali olarak kabul edilmekte ve *culpa in contrahendo* kavramından türetilmiş olan *culpa in testando* kökenli bir tazminat alacağına dayanak oluşturmaktadır. Burada ölümüne bağlı kazandırmada bulunulacağına ilişkin yaratılan güvenin boşa çıkması sonucu bir güven sorumluluğu söz konusu olmaktadır.⁶

3. Ölümüne Bağlı Tasarruf Kavramı ve Miras Sözleşmesi

Ölümüne bağlı tasarrufları, ölüm şartına veya vadesine bağlanmış olan bir sağlararası tasarruftan ayıran nokta, ölümüne bağlı tasarruflarda ölüm olayının hukukî işlemin hukukî sebebinin (*causa*) oluşturmasıdır.⁷ Ölümüne bağlı tasarruf terimindeki “tasarruf” ifadesi dar ve teknik anlamda tasarruf işlemi anlamına gelmemektedir. Zira ölümüne bağlı tasarruflar mevcut bir hakka doğrudan etki etmemekte; bir hakkı devreden, sona erdiren veya içeriğini değiştiren bir sonuç doğurmamaktadır.⁸ Küllî ve aynî etkili mirasçı atama tasarrufunda bile tasarrufi etki ilk olarak mirasbırakanın ölümüyle ortaya çıkmaktadır.⁹

Ölümüne bağlı tasarruflar şekli ve maddî anlamda olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Şekli anlamda ölümüne bağlı tasarruflar (*Verfügungsformen*), ölümüne bağlı tasarrufun geçerli olarak hüküm ve sonuç doğurabilmesi için tabi olduğu şekil gerekliliklerinin bütününe ifade etmektedir. Bu bakımdan, bir ölümüne bağlı tasarruf ya bir vasiyetname ya da bir miras sözleşmesi olarak düzenlenebilmektedir. Maddî anlam-

⁶ Culpa in testando sorumluluğu vasiyetnamenin geri alınması yetkisinin kötüye kullanıldığı durumlarda da söz konusu olabilmektedir. Culpa in testando kavramına ilişkin detaylı bilgi için bkz. Wolfgang Zankl, “Culpa in testando bei Widerruf Formungültigkeit letztwilliger Verfügungen”, NZ 1995, s. 265; Roman Misserre, Die culpa in testando, Verlag Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld 2002; Anna Hirschlechner, “Culpa in testando- Vertrauenshaftung des Erblassers”, AJP 2017, s. 1174; Serozan/Engin, s. 257, 258, 285, 337.

⁷ Kocayusufpaşaoğlu, s. 126; Serozan/Engin, s. 274; Dural/Öz, s. 51.

⁸ Dural, s. 8; Kocayusufpaşaoğlu, s. 126; Serozan/Engin, s. 260; Rona Serozan, Sağlararası İşlem Yoluyla Ölümüne Bağlı Kazandırma, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1979, s. 14; Fikret Eren, Türk Medenî Hukukunda Ölümüne Bağlı Tasarrufların İptali Davası, Ankara 1966, s. 3, dp. 2.

⁹ Serozan/ Engin, s. 260.

da ölüme bağlı tasarruflar (*Verfügungsarten*) ise, şekli anlamda ölüme bağlı tasarrufların içeriğini oluşturmaktadır. Ölüme bağlı tasarruflar bakımından gerek şekli, gerek maddi anlamda tip sınırlılığı ilkesi hâkimdir. Bunun anlamı, mirasbırakanın ölüme bağlı tasarruf serbestisini ancak belirli kalıplar içerisinde gerçekleştirebilecek olmasıdır. TMK m. 531 hükmü, vasiyetname ve miras sözleşmesi olmak üzere sınırlı sayım ilkesine tabi şekli anlamda ölüme bağlı tasarrufları düzenlemiştir. Alman hukukunda kabul edilmiş olan şekli anlamda bir diğer ölüme bağlı tasarruf şekli olan ortak vasiyetname (*gemeinschaftliches Testament*, Alman Medenî Kanunu m. 2265 (BGB § 2265)) Türk-İsviçre hukukunda kabul edilmemiştir.¹⁰

Vasiyetname tek yanlı bir ölüme bağlı tasarruf iken, miras sözleşmesi adından da anlaşıldığı gibi bir sözleşmedir. Ancak miras sözleşmesinin bir sözleşme olarak özel bir konumda olduğunu belirtmek gerekmektedir. Miras sözleşmesinin mirasbırakan için bağlayıcılığı eksik bir bağlayıcılıktır, çünkü mirasbırakan sağlığında tasarruf serbestisini korumaktadır.¹¹ TMK m. 527/II hükmü mirasbırakanın malvarlığında eskisi gibi serbestçe tasarruf edebileceğini düzenlemektedir; ancak hükmün devamında miras sözleşmesi lehdarına mirasbırakanın miras sözleşmesiyle bağdaşmayan ölüme bağlı tasarruflarına ve bağışlamalarına karşı itiraz etme imkânı tanınmaktadır.

TMK m. 527/I hükmünde olumlu miras sözleşmesi tarif edilirken içeriğinin bir iradî mirasçı atama ya da belirli mal bırakma (vasiyet) olabileceği düzenlenmiştir; ancak bu sınırlı sayım ilkesine tabi değil-

¹⁰ Birlikte vasiyetnameler hariç, şekil şartlarına uygun olması şartıyla, diğer ortak vasiyetnamelerin geçerli sayılmasına ilişkin görüş için bkz. Dural/Öz, s. 53 vd. Birbirine bağlı ve bağımlı sayılmayan ortak ölüme bağlı tasarrufların tahvil (çevirme) yoluyla hiç değilse şekil koşullarını yerine getiren eşlerden biri bakımından münferit ölüme bağlı tasarruf olarak ayakta tutulabilmesi gerekmektedir (Serozan/Engin, s. 261). Ayrıca, ortak vasiyetname aynı kâğıda yazıldığı halde, iki ayrı vasiyetnamenin şekil şartları ayrı ayrı gerçekleştirilmişse, eşlerin tasarrufları birbirine bağımlı olsalar bile, bunlar iki bağımsız vasiyetname olarak geçerli kabul edilebilmektedir (Dural/Öz, s. 55) Eklemek gerekir ki, Yargıtay'ın, mirasbırakanın son arzularını ayakta tutmak amacıyla, dava konusu ortak vasiyetnamenin, unsurları mevcut ise, miras sözleşmesi olarak ayakta tutulmasına ilişkin kararları mevcuttur: Yargıtay 2. HD. E. 1989/9067 K. 1990/2434 T. 02.03.1990; Yargıtay 3. HD. E. 2013/18224 K. 2014/2251 T. 17.02.2014.

¹¹ Serozan/Engin, s. 261; Jean Nicholas Druey, Grundriss des Erbrechts, Stämpfli Verlag, 5. Auflage, Bern 2002, s. 135.

dir. Bir başka deyişle, Türk-İsviçre hukukunda miras sözleşmesinin içeriğini oluşturabilecek maddî anlamda ölüme bağlı tasarruflar iradî mirasçı atama ve belirli mal bırakma tasarruflarıyla sınırlı değildir.¹²

4. Miras Sözleşmesinin İçeriği

Maddî anlamda ölüme bağlı tasarrufların bir kısmı tek taraflı hukukî nitelikleri gereği yalnızca vasiyetname ile yapılabilmektedir; zira bu maddî anlamda ölüme bağlı tasarruflar tek taraflı irade beyanıyla gerçekleştirilmektedir. Diğer bir kısım ise bir sözleşme niteliğinde yapılması gerektiği için mutlaka bir miras sözleşmesiyle yapılmalıdır. Asıl çoğunluktaki maddî anlamda ölüme bağlı tasarruf ise hem vasiyetname hem de miras sözleşmesi içeriği olarak düzenlenebilmektedir.

Bir miras sözleşmesi en az bir bağlayıcı tasarruf içermek şartıyla tek taraflı tasarruflar da içerebilmektedir.¹³ Bu bakımdan hukukî niteliği gereği tek taraflı olarak yapılmak zorunda olan tasarruflar da miras sözleşmesinin içeriğinde yer alabilmekte; ancak bunlar miras sözleşmesi ile düzenlenmelerine rağmen vasiyetname hükmünde olmaktadır.¹⁴

Öte yandan, tarafların miras sözleşmesi olarak nitelendirmediği bir sözleşme hükmü içerik olarak bağlayıcı bir ölüme bağlı tasarruf oluşturuyorsa ve miras sözleşmesinin şekil şartına da uyularak yapıl-

¹² Alman hukukunda, miras sözleşmesinin bağlayıcı içeriğini oluşturabilecek maddî anlamda ölüme bağlı tasarruflar iradî mirasçı atama (Erbeinsetzungsvertrag), vasiyet alacağı (Vermächtnisvertrag) ve yükleme (Auflagevertrag) olmak üzere sınırlı olarak sayılmıştır (BGB § 2278 Abs. 2).

¹³ Arnold Escher, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht Band III Das Erbrecht, Schultess Verlag, 3. Auflage, Zürich 1959, Vor. Art. 494, N. 1; Stephanie Hrubesch-Millauer, Der Erbvertrag: Bindung und Sicherung des (letzten) Willens des Erblassers, Dike Verlag, Zürich 2008, s. 118; Franz Jürgen Säcker/Roland Rixecker/Hartmut Oetker (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Erbrecht, Band 9, Verlag C. H. Beck, 6. Auflage, München 2013, Vor. §2274 Rn. 5; J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 5, Erbrecht §§ 2265-2302 (Gemeinschaftliches Testament, Erbvertrag), Sellier-de Gruyter Verlag, Berlin 2014, Ein. § 2274 ff., Rn. 9, § 2299, Rn. 1; Öztan, s. 243.

¹⁴ Escher, Vor. Art. 494, N. 4; Staudinger/Kanzleiter, § 2299, Rn. 1; Daniel Abt/Thomas Weibel (Hrsg.) Praxiskommentar, Nachlassplanung, Nachlassabwicklung, Willensvollstreckung, Prozessführung, 3. Auflage, Basel 2015, Vor. Art. 494, N. 44.

mıssa bir miras sözleşmesi olarak kabul edilecektir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 2014 tarihli kararında, eşlerin mal rejimi sözleşmesi içerisindeki bir hükümle birbirlerini mirasçı atadıkları tasarrufu, isabetli olarak, mal rejimi sözleşmesi içerisinde düzenlenmesine rağmen, mirasbırakanın son arzularını ayakta tutmayı amaçlayan işlem lehine yorum ilkesine de (*favor testamenti*) uygun şekilde, miras sözleşmesinin şekli şartları yerine getirilmiş olduğundan, miras sözleşmesi olarak nitelendirmiş ve bu hükmün sözleşme tarafları arasında bağlayıcı olduğuna hükmetmiştir.¹⁵

a. Yalnızca Vasiyetname ile Yapılabilen Tasarruflar

Yalnızca vasiyetname hükmünde düzenlenebilecek olan maddi anlamda ölüme bağlı tasarruflar mirasbırakanın tek taraflı irade beyanıyla ortaya çıkmakta ve bağlayıcı bir nitelik arz etmemektedir. Bunlar mirasbırakanın dilediği zaman dönebileceği tek taraflı ölüme bağlı tasarruflardır. Evlilik dışı çocuğun tanınması (TMK m. 295/I), vasiyeti yerine getirme görevlisi atama (TMK m. 550) ve mirasçılıktan çıkarma (TMK m. 510) tasarrufları hukukî nitelikleri gereği tek taraflı olarak yapılması gereken maddi anlamda ölüme bağlı tasarruflardır.¹⁶ Bu sayılan maddi anlamda ölüme bağlı tasarruflar bir miras sözleşmesi içerisinde de düzenlenebilmektedir; ancak bunlar hukukî nitelikleri gereği tek taraflı oldukları için miras sözleşmesinde düzenlenmelerine rağmen vasiyetname hükmündedir. Bir başka deyişle, tek taraflı olma niteliklerini korumakta ve mirasbırakan bunları ölümüne kadar değiştirebilmekte ya da bunlardan dönebilmektedir.

b. Yalnızca Miras Sözleşmesi ile Yapılabilen Tasarruflar

Mirastan feragat sözleşmesi (olumsuz miras sözleşmesi),¹⁷ ölünceye kadar bakma sözleşmesi¹⁸ ve tenfizi bağışlayanın ölümüne bağlı ba-

¹⁵ Yargıtay HGK E. 2013/8-1077 K. 2014/664 T. 14.05.2014. Favor testameti vasiyetname lehine yorum anlamına gelirken, miras sözleşmesi lehine yorum için favor pacti successoralis terimi kullanılır.

¹⁶ BGE 96 II 273; BGE 101 II 305; Escher, Vor. Art. 494, N. 4 ve Art. 494, N. 3; Hrubesch-Millauer, s. 117; Druey, s. 134.

¹⁷ Mirastan feragat sözleşmesinin resmi vasiyetname şekline tabi olduğuna ilişkin Yargıtay İBK için bkz. Yargıtay İBK E. 1958/16 K. 1959/14 T. 11.02.1959.

¹⁸ Hüseyin Hatemi, Miras Hukuku, Oniki Levha Yayıncılık, 7. Baskı, İstanbul 2018,

ğışlamalar yalnızca miras sözleşmesi yoluyla yapılabilen tasarruflardır.¹⁹ Bu tasarruflardan tek taraflı olarak dönülmesi mümkün değildir, bunlar hukukî nitelikleri gereği bağlayıcı, sözleşmesel tasarruflardır.

c. Hem Vasiyetname Hem Miras Sözleşmesi ile Yapılabilen Tasarruflar

Hukukî nitelikleri gereği yalnızca vasiyetname ya da yalnızca miras sözleşmesi ile yapılabilen tasarruflar haricinde kalanlar hem tek taraflı hem bağlayıcı şekilde yapılabilen ölüme bağlı tasarruflardır. Bunların başında, kanun hükmünde de açıkça olumlu miras sözleşmesinin içeriği olarak düzenlenen mirasçı atama ve belirli mal bırakma tasarrufları gelmektedir. Ayrıca, yükleme, koşul, vakıf kurma,²⁰ yedek ve artmirasçı atama şeklindeki diğer maddî anlamda ölüme bağlı tasarruflar hem vasiyetname ile hem de miras sözleşmesiyle düzenlenebilmektedir. Bu iki şekilde de yapılabilen maddî anlamda ölüme bağlı tasarrufların, bir miras sözleşmesi içerisinde yer alması durumunda, tek taraflı olarak mı yoksa bağlayıcı olarak mı düzenlendiklerini belirleme sorunu ortaya çıkmaktadır. Bu husus kanunumuzda açıklığa

s. 106. Yazar, ölüncüye kadar bakma ivazı dışında miras sözleşmesiyle başka ivazlı kazandırma yapılamayacağı görüşündedir. Yazara göre, ölüncüye kadar bakma ivazı dışında sağlararası başka bir ivazın söz konusu olmasında sâlim bir hukuk duygusunu rahatsız eden nitelikler vardır.

¹⁹ Eren, s. 9; Thomas Speckert, *Unterschied zwischen Testament und Erbvertrag*, Juris-Verlag, Zürich 1951, s. 18.

²⁰ TMK m. 102 hükmüne göre, vakıf kurma iradesi resmî senetle veya ölüme bağlı tasarrufla açıklanır. Bu hükme göre, vakıf bir vasiyetnameyle veya miras sözleşmesiyle kurulabilir; ancak şekli olarak miras sözleşmesi tercih edildiğinde vakıf kurma tasarrufu miras sözleşmesinin bağlayıcı içeriğini de oluşturabilir mi? Vakıf kurma niteliği itibarıyla tek taraflı olarak düzenlenen bir ölüme bağlı tasarruf olarak kabul edilmekle birlikte (Escher, Art. 493, N.3; Hatemi, s. 84; Öztan, s. 242.), 2006 yılında ZGB Art. 81 Abs. 1 hükmünde değişiklik yapılmış ve TMK m. 102 hükmü lafzına paralel olarak "vasiyetname" yerini "ölüme bağlı tasarruf" ifadesine bırakmıştır. İsviçre'deki bu değişiklikten sonra, ortaya atılan görüşler neticesinde vakıf kurma tasarrufunun mecburen tek taraflı bir ölüme bağlı tasarruf olduğuna ilişkin görüş tartışmalı hale gelmiştir. Bu tasarrufun hem tek taraflı hem de sözleşmesel olarak düzenlenebileceği kabul edilmektedir. Bu tartışmalar hakkında bkz. Peter Weimar, *Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das Erbrecht, Band III, 1. Abteilung*, Stämpfli Verlag, Bern 2009, Art. 493, N. 8; PraxisKomm/Grundmann, Vor. 494 ff., N. 44; Peter Tuor/Bernhard Schnyder/Jörg Schmid/Alexandra Jungo, *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, Schulthess Verlag, 14. Auf., Zürich 2015*, s. 874; Serozan/Engin, s. 270, 394; Göktürk Uyan, "Miras Sözleşmesindeki İki Taraflı Bağlayıcı Kayıtlı Vakıf Kurulması", *İÜHFİM 2007/2*, s. 327-358.

kavuşturulmuş değildir. Dolayısıyla bir miras sözleşmesinde yer alan ölüme bağlı tasarrufun bağlayıcı olup olmadığı bir yorum meselesi olarak karşımıza çıkmaktadır.²¹

5. Miras Sözleşmesindeki Tek Taraflı Tasarrufları Ayırt Etme

a. Genel Olarak

Miras sözleşmesi içerisinde düzenlenen bir hükmün tek taraflı olarak mı yoksa sözleşmesel olarak mı düzenlendiğini ayırt etmek ona uygulanacak hukuki sonuçların tespiti bakımından belirleyici olmaktadır. Tek taraflı hükümler, miras sözleşmesinde düzenlenmiş olmalarına rağmen vasiyetname hükmündedir. Bu sebeple yorum ve irade sakatlığı meselelerinde irade ilkesinin egemenliği altında bulunmaktadır. Sözleşmesel hükümler söz konusu olduğunda ise, miras sözleşmesinde güveni korunacak bir muhatap bulunduğundan, yorum ve irade sakatlığı bakımından güven ilkesi uygulanmaktadır.²²

Hâkim görüş, bağlayıcı veya tek taraflı yapılması mümkün olan bir ölüme bağlı tasarrufun sadece bir miras sözleşmesi içerisinde düzenlenmiş olmasının, bu tasarrufun bağlayıcı olduğu yönünde kesin bir sonuca varmaya yeterli olmadığını ileri sürmektedir.²³ Buna göre, böyle bir tasarrufun bir miras sözleşmesi metni içerisinde düzenlenmiş olması bağlayıcı olduğu yönünde yalnızca önemli bir ipucu sağlamaktadır; ancak kesin bir sonuca varabilmek için bu ipucunun başka unsurlarla desteklenmesi gerekmektedir. Hâkim görüş bu olmakla birlikte, bazı yazarlar ölüme bağlı tasarrufun bir miras sözleşmesi içerisinde düzenlenmesinin, bu tasarrufun bağlayıcı olduğu yönünde bir karine oluşturduğunu savunmaktadır.²⁴

²¹ Staudinger/Kanzleiter, § 2278, Rn. 7; Eren, s. 10; Rainer Frank/Tobias Helms, *Erbrecht*, Verlag C. H. Beck, 6. Auflage, München 2013, s. 169; Walter Zimmermann, *Erbrecht*, Erich Schmidt Verlag, 4. Auflage, Berlin 2013, s. 118; Wolf/Genna, s. 375; *PraxisKomm/Grundmann*, Art. 494, N. 3.

²² Kocayusufoğlu, s. 321, 327; Serozan/Engin, s. 262; Öztan, s. 215, 260; Kocayusufoğlu, s. 188.

²³ *BaslerKomm/Breitschmid*, Vor. Art. 494-497, Rn. 12; Staudinger/ Kanzleiter, § 2278, Rn. 7.

²⁴ Escher, Vor. Art 494, N. 1; Hrubesch-Millauer, s. 155; Albert Johannes Itschner, *Die Bindungen des Erblassers an den Erbvertrag*, Diss. Bern 1974, s. 79.

Bir miras sözleşmesi içerisinde düzenlenen maddî anlamda ölüme bağlı tasarruf hem vasiyetname ile hem de miras sözleşmesiyle düzenlenebilecek bir tasarruf ise, ilk olarak taraf iradelerine bakılmaktadır. Taraf iradelerinden söz konusu ölüme bağlı tasarrufun bağlayıcı olarak düzenlenmek istenip istenmediği açıkça anlaşılıyorsa miras sözleşmesinin yorumlanması gerekmektedir.²⁵ Yorum yapılırken kullanılacak ölçütler bakımından doktrin ve yargı kararlarında farklı görüşler savunulmaktadır.²⁶

b. İsviçre Federal Mahkemesi'nin Konuya İlişkin Kararları

İsviçre Federal Mahkemesi verdiği çeşitli kararlarda, miras sözleşmesinin bağlayıcı tasarrufların yanısıra, bağlayıcı olmayan tek taraflı tasarruflar da içerebileceğine hükmetmiştir.²⁷ Federal Mahkeme, ilk olarak bağlantı ölçütünü dikkate almış, sonradan ise menfaat ölçütüne ağırlık vermiştir.

İsviçre Federal Mahkemesi'ne göre, sözleşmesel bir tasarruf tesadüfen bir sözleşme metni içerisinde yer almamakta ve içeriksel olarak da bağlantılı olmak zorundadır. Federal Mahkeme, eğer miras sözleşmesinde yer alan bir hükmün sözleşmenin geneliyle içeriksel bir bağlantısı yok ise ve söz konusu hüküm tesadüfen o sözleşmede yer almış ise, ortada tek taraflı, bağlayıcı olmayan, vasiyetname hükmünde bir tasarruf olduğu sonucuna varmıştır.²⁸

2007 yılında verdiği bir kararda, Federal Mahkeme, bağlayıcı tasarruflarla tek taraflı tasarrufları birbirinden ayırt etmek için, ilk olarak tarafların irade beyanlarının lafzen dikkate alınması ve bu yoldan kesin bir sonuca ulaşamıyorsa tarafların menfaat dengesine göre karar verilmesi gerektiğine hükmetmiştir.²⁹ Bu bakımdan Fede-

²⁵ Staudinger/Kanzleiter, § 2278, Rn. 7; PraxisKomm/Grundmann, Art. 494, N. 3; BaslerKomm/Breitschmid, Vor. Art. 494-497, N. 12; Serozan/ Engin, s. 264.

²⁶ BGE 70 II 7; BGE 105 II 253; BGE 118 II 282; BGE 133 III 406; doktrindeki farklı görüşler için bkz. Eren, s. 10; BaslerKomm/Breitschmid, Vor. Art. 494-497, N. 12; Hrubesch-Millauer, s. 117; Wolf/Genna, s. 375; BernerKomm/Weimar, Vor. 494, N. 8, 10; Frank/Helms, s. 169; Zimmermann, s. 120.

²⁷ BGE 105 II 253; BGE 133 III 406.

²⁸ BGE 70 II 7; BGE 118 II 282.

²⁹ BGE 133 III 406.

ral Mahkeme, önceliği taraf iradelerinin araştırılmasına vermekle birlikte, sonraki adımda menfaat ölçütünü (*Interessentheorie*) kullanmıştır. Bu ölçüte göre, miras sözleşmesi karşı tarafın lehine bir tasarruf içeriyorsa, burada söz konusu tasarrufun bağlayıcı olduğu sonucuna varılmaktadır. Öte yandan, miras sözleşmesi bir üçüncü kişi lehine yapılıyorsa, burada lehdar üçüncü kişinin sözleşmenin karşı tarafıyla yakınlığı dikkate alınmaktadır. Miras sözleşmesi lehdarı, sözleşmenin karşı tarafının bir akrabası ya da bir yakını ise, söz konusu tasarrufun bağlayıcı olduğu; aksi halde ise tasarrufun tek taraflı olduğu kabul edilmektedir.

c. Doktrindeki Görüşler

i. Menfaat Ölçütü Görüşü

Doktrinde savunulan ölçütlerden biri, Federal Mahkeme'nin görüşüne uygun olarak, menfaat ölçütüdür.³⁰ Buna göre, miras sözleşmesi hükmünün bağlayıcı olup olmadığının tespiti için tarafların bağlayıcılıkta menfaatinin olup olmadığına bakılmalıdır. Hükmün bağlayıcılığında taraf menfaati söz konusu ise o hükmün bağlayıcı olduğu sonucuna varılmaktadır. Eğer üçüncü kişi lehine yapılmış bir tasarruf söz konusu ise, bu tasarrufun bağlayıcı olmasında yine taraf menfaatinin olup olmadığı araştırılmalıdır. Genellikle evli çiftler arasında yapılan miras sözleşmelerinde bağlayıcı hükümler mevcut olmaktadır; zira bu tür sözleşmelerde çocuklar veya başka akrabalar artmirasçı olarak belirlenmektedir ve bu durumda sözleşmenin bağlayıcı olmasında tarafların menfaati bulunmaktadır. Menfaat ölçütüne göre, mirasbırakan sözleşmenin karşı tarafı olan eşin bir akrabası lehine miras sözleşmesi yapmış ise, bununla karşı tarafın bağlayıcılık konusunda menfaati olduğundan tasarruf bağlayıcı sayılmaktadır. Buna karşın,

³⁰ BaslerKomm/Breitschmid, Vor Art. 494-497, Rn. 12; Vito Piconi, Die Auslegung von Testament und Erbvertrag, Polygraphischer Verlag, Zürich 1955, s. 261; MünchKomm/Musielak, §2278, Rn. 3; Dietmar Nolting, Der Änderungsvorbehalt beim Erbvertrag, Schriften zum Bürgerlichen Recht, Band 171, Duncker & Humblot, Diss. Passau 1993, s. 91; Wolfgang Reimann/ Manfred Bengel/ Jörg Mayer, Testament und Erbvertrag, Carl Heymanns Verlag, 6. Auflage, Köln 2015, §2278, N. 10; Staudinger/ Kanzleiter, § 2278, Rn. 9; Theodor Kipp/Helmut Coing, Erbrecht, ein Lehrbuch, Mohr Siebeck Verlag, 14. Auflage, Tübingen 1990, s. 150.

mirasbırakan kendi akrabası lehine bir miras sözleşmesi yaptığında, burada sözleşmenin karşı tarafı olan diğer eşin herhangi bir menfaati olmadığı için bu hüküm bağlayıcı olmamaktadır.³¹

Türk hukukunda da menfaat ölçütünü destekleyen yazarlar mevcuttur. Buna göre, menfaat ölçütü iki taraflı sözleşmesel bir hukukî işlem olan miras sözleşmesinin bünyesine daha uygun düşmektedir.³² Karşı taraf lehine yapılan miras sözleşmesinde, miras sözleşmesinin bağlayıcılığında karşı tarafın menfaati zaten vardır. Üçüncü kişi lehine yapılan sözleşmelerde ise sözleşmenin karşı tarafının üçüncü kişiye yapılan kazandırmada kendi çıkarı ve güveni söz konusuysa, yapılan bu kazandırma miras sözleşmesinin bağlayıcı içeriğine dâhil olmaktadır.³³

ii. Karine Getirilmesi Görüşü

Miras sözleşmesinin yorumlanması konusunda, vasiyetname hükmündeki bir tasarruf ile bağlayıcı bir tasarrufun yorumlanması farklılık gerektirdiği için daha ilk aşamada aşılması gereken bir sorun ortaya çıkmaktadır. Bu sebeple, bir görüş, henüz yorum aşamasında karşılaşılan bu sorunu ancak kanunda olmayan bir karine getirerek aşmanın mümkün olduğunu ileri sürmektedir.³⁴ Bu görüşe göre, kanunda düzenlenmemiş olmasına rağmen bir miras sözleşmesi içerisinde düzenlenmiş bulunan tasarrufun karineten bağlayıcı olduğu kabul edilmektedir. Bir miras sözleşmesi içerisinde düzenlenmiş olan hüküm yalnızca tesadüfen sözleşmenin içerisine alınmamış olsa gerekir. Buna göre, tasarruf sözleşmenin içeriğiyle bağdaşıyorsa tesadüfen o sözleşmede düzenlenmemiştir ve bu sebeple o tasarrufun bağlayıcı olduğu sonucuna varılmalıdır. Bu durumda, bir sözleşmenin içerisinde düzenlenen ölüme bağlı tasarrufun bağlayıcı olması istenmiyorsa

³¹ Paul Piotet, *Schweizerisches Privatrecht*, Band IV/1, *Erbrecht*, Helbing & Lichtenhahn Verlag, Basel 1978, s. 179; Reimann/Bengel/Mayer, §2278, N. 10; BGE 133 III 406; Staudinger/ Kanzleiter, § 2278, Rn. 10.

³² Eren, s. 11.

³³ Serozan/Engin, s. 264.

³⁴ Escher, *Vor. Art. 494 ff.*, Rn. 1; Hrubesch-Millauer, s. 161; Stephanie Hrubesch-Millauer, "Erbvertrag; vertragmässige, bindende Verfügungen 5A_161/2010", *Successio* 4/2011, s. 330.

bunun açıkça anlaşılması gerekmektedir.³⁵ Aynı şekilde, miras sözleşmesinin yorumunda hâkim olan güven ilkesi de aynı sonuca götürmektedir.³⁶

Burada karinenin sözleşmesel tasarruf yönünde olmasının temel sebebi, ölüme bağlı tasarruf olarak seçilen şeklin miras sözleşmesi olmasıdır.³⁷ Tarafların şekli olarak miras sözleşmesini tercih etmiş olması, tek başına, bağlayıcılık etkisinin taraflarca istendiğine işarettir. Sözleşmenin doğası gereği bağlayıcı bir karakteri olduğu anlaşılmaktadır.³⁸ TMK m. 545 hükmü uyarınca miras sözleşmesi resmî vasiyetname şeklinde düzenlenmek zorundadır ve bu resmî şekil içerisinde yalnızca mirasbırakanın değil, sözleşmenin iki tarafının da birbirine uygun irade beyanlarını açıklamaları gerekmektedir. Miras sözleşmesi için aranan bu resmî şekil zorunluluğu birçok formalite içermektedir ve bu sayede sözleşme taraflarının sözleşme metninde en az bir bağlayıcı ölüme bağlı tasarruf olduğunu fark etmeleri sağlanmış olmaktadır. Bu durum yalnızca mirasbırakan için değil, sözleşmenin karşı tarafı için de geçerlidir; zira sözleşmenin iki tarafı da sözleşmeyi imzalamakla aktif katılım sağlamaktadır. Öte yandan, her zaman tek taraflı olarak geri alınabilen ya da değiştirilebilen ve hiç kimsenin haberdar olmasını gerektirmeyen vasiyetnameden farklı olarak, miras sözleşmesi varlığı, içeriği ve amaçlarıyla sözleşmenin karşı tarafının bilgisi dâhilinde bulunmaktadır.³⁹

Ayrıca, miras sözleşmesi ister istemez sözleşmenin karşı tarafı nezdinde bir güven ve beklenti oluşturmaktadır. Yapılan miras sözleşmesinin içeriğine göre, sözleşme aile içerisinde olumlu veya olumsuz etki yaratmakta ve bu dolaylı olarak mirasbırakanı etkilemektedir. Bu bakımdan, bir miras sözleşmesi yapan mirasbırakan, vasiyetname yapan mirasbırakan kadar serbestçe hareket etmeye devam edememektedir. Burada mirasbırakanın vasiyetname yerine miras sözleşmesi

³⁵ Escher, Vor Art. 494, Rn. 1.

³⁶ Itschner, s. 79, dn. 14.

³⁷ Hrubesch-Millauer, s. 161.

³⁸ Hrubesch-Millauer, s. 161; PraxisKomm/Grundmann, Art. 494, N. 1; Tuor/Schnyder/Schmid/ Jungo, s. 807; Druey, s. 125.

³⁹ Hrubesch-Millauer, s. 161.

gerçekleştirme tercihinde bulunması bağlanma iradesi gösterdiğine işaret etmektedir. Özellikle iki veya çok taraflı miras sözleşmelerinde ve ivazlı miras sözleşmelerinde oluşan güven unsuru ve karşılıklı (*synallagmatik*) yapı⁴⁰, miras sözleşmesinin şekil olarak seçilmesine neden oluşturmaktadır.⁴¹

Miras sözleşmesi içerisinde düzenlenen tek taraflı tasarruflarla bağlayıcı tasarrufları birbirinden ayırmaya yönelik herhangi bir hüküm kanunumuzda ve mehaz İsviçre Medenî Kanunu'nda bulunmamaktadır. Dolayısıyla, söz konusu mesele hakkında kanunda bilinçsiz (*unbewusste*) ve gerçek (*echte*) bir boşluk olduğu ileri sürülmektedir; yani kanunkoyucu böyle bir meselenin farkında olmadığı için kanun içerisinde düzenlemesi gereken bu meseleyi cevapsız bırakmıştır.⁴² Bu tür bir boşluğun tespiti karşısında da TMK m. 1/ II (ZGB Art. 1 Abs. 2) hükmünün uygulanması devreye girecektir.⁴³ Yani boşluk ilk olarak örf-adet hukuku ile doldurulmaya çalışılacak, bu mümkün olmadığı takdirde, hâkim kanun koyucu gibi hareket ederek genel ve soyut bir kural koyarak boşluğu dolduracaktır. Somut mesele hakkında herhangi bir örf-adet kuralı olmadığıнын tespiti karşısında hâkimin ilgili hükme uygun şekilde hukuk yaratması ve yarattığı bu soyut ve genel ku-

⁴⁰ Escher, Vor. Art. 494, N. 13; Peter Tuor, Berner Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Das Erbrecht, Band III, 1. Abteilung, die Erben, Art 457-536 ZGB, Verlag Stämpfli & Cie, 2. Auflage, Bern 1952, Vor. Art. 494, N. 11; Dural, s. 47; BGE 46 II 16: İki taraflı veya ivazlı miras sözleşmesi teknik anlamda tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme değildir; ancak yine de taraflar arasında mevcut olan ilişki karşılık (*synallagma*) ilişkisine çok benzediği için bir tarafın tasarrufundaki geçersizlik, diğer tarafın tasarrufunu da geçersiz hale getirecektir. Keza bu benzerlik neticesinde, ivazlı miras sözleşmeleri bakımından sağlararası tasarrufta bulunan tarafın borcunu yerine getirmemesi hali için TBK tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme hükümlerine atıfta bulunulmuştur (TMK m. 547).

⁴¹ Nolting Claus, Inhalt, Ermittlung und Grenzen der Bindung beim Erbvertrag, Zugleich ein Beitrag zu der Auslegung von Erbverträgen, Schriften zum Deutschen und Europäischen Zivil-, Handels- und Prozessrecht, Band 106, Verlag Ernst und Werner Giesecking, Bielefeld 1985, s. 61.

⁴² Hrubesch-Millauer, s. 173.

⁴³ Bir kanun hükmünü kıyasen uygulama olanağının kanun boşluğunu engellediği ve bu olanak bulundukça TMK m. 1/ II hükmünün uygulanmayacağına ilişkin bkz. Osman Berat Gürzumar, "Türk Medenî Kanunu'nun 5'inci Maddesi ve Özel Hukuk Uygulamasındaki Yeri", *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Erden Kuntalp'e Armağan'dan Ayrı Bası, Sayı 2004/1, İstanbul 2006, s. 158.

ralı somut olaya uygulaması gereği ortaya çıkmaktadır. Bu durumda hâkim somut olay adaletini ön planda tutmamakta ve kanunkoyucu gibi davranarak soyut ve genel bir kural (*eine generell-abstrakte Regel*) yaratmaktadır. Bu noktada, bağlayıcılık yönünde bir karine getirilmesinin metodolojik olarak doğru bir çözüm yolu olacağı savunulmaktadır.⁴⁴

Bize göre, miras sözleşmesi içerisinde düzenlenmiş bulunan ve hem tek taraflı hem de sözleşmesel olarak yapılabilecek olan maddi anlamda ölüme bağlı tasarrufların bağlayıcı olup olmadıklarını belirlemek bakımından menfaat ölçütü, isabetli görünmekle birlikte, menfaat kavramının bünyesindeki belirsizlik sonucu sorunu çözmek konusunda yeterli olamamaktadır. Bu bakımdan, miras sözleşmesi içerisinde düzenlenen bu tür ölüme bağlı tasarrufların bağlayıcı oldukları yönünde adı/çürütülebilir bir karinenin kanunkoyucu tarafından kanuna alınmasının isabetli olacağı kanaatindeyiz.

6. Miras Sözleşmesinin Hüküm ve Sonuçları

TMK m. 527 hükmüne göre, miras sözleşmesiyle mirasbırakan, mirasını veya belirli bir malını karşı tarafa veya üçüncü kişiye bırakma yükümlülüğü altına girmektedir. Kanunun bu lafzına rağmen, tartışmasız olarak hükümdeki “yükümlülük” teriminin teknik anlamda kullanılmadığı kabul edilmektedir.⁴⁵ Bir başka deyişle, mirasbırakan sözleşme lehdarına miras ya da vasiyet alacağı bırakmak yükümlülüğü altına girmemekte, yalnızca bir ölüme bağlı tasarrufta bulunmaktadır. Aynı şekilde burada mirasbırakan açısından bir borçlandırıcı işlem veya bir tasarruf işlemi de söz konusu değildir.⁴⁶ Öte yandan, ivazlı miras sözleşmesi mevcut ise karşı tarafın mirasbırakan hayatta iken ifa etmesi gereken sağlararası yükümlülüğü söz konusudur.⁴⁷

TMK m. 527/II hükmüne göre ise, mirasbırakan malvarlığında eskisi gibi serbestçe tasarruf edebilmektedir; ancak mirasbırakanın

⁴⁴ Hrubesch-Millauer, s. 175.

⁴⁵ Stephan Wolf/Stephanie Hrubesch-Millauer, Grundriss des schweizerischen Erbrechts, Stämpfli Verlag, Bern 2017, s. 229; Serozan/Engin, s. 350.

⁴⁶ Escher, Art. 494, N. 1; Tuor, Art. 514 ZGB, N 2; Itschner, s. 3; Hrubesch-Millauer, s. 184; BernerKomm/Weimar, Vor. 494, N. 3; Serozan/ Engin, s. 260.

⁴⁷ Hrubesch-Millauer, s. 184.

miras sözleşmesindeki yükümlülüğü ile bağdaşmayan ölüme bağlı tasarruflarına veya bağışlamalarına itiraz edilebilmektedir. Bu itiraz, İsviçre Medenî Kanunu'ndaki hükme uygun şekilde (ZGB Art. 494 Abs. 3) iptal olarak anlaşılmalıdır. Buna göre, kural olarak miras sözleşmesi yapan mirasbırakanın tasarruf özgürlüğü devam etmektedir. Ancak bu kuralın istisnası miras sözleşmesiyle bağdaşmayan ölüme bağlı tasarrufların ve bağışlamaların iptal edilmesi imkânıdır.

a. Miras Sözleşmesiyle Bağdaşmayan Ölüme Bağlı Tasarruflar

Miras sözleşmesinin önceden yapılan vasiyetname ile bağdaşmaması durumunda, bir görüş burada TMK m. 544/I hükmünün kıyasen uygulanabileceğini ve buna göre, sonradan yapılan miras sözleşmesinin önceden yapılan vasiyetnamenin yerine geçeceğini savunmaktadır.⁴⁸ Diğer bir görüşe göre ise, TMK m. 544/I hükmünün bu durumda kıyasen uygulanması söz konusu olmayacak, bunun yerine TMK m. 527/II hükmüne uygun olarak miras sözleşmesi ile bağdaşmayan önceki vasiyetname, bağdaşmadığı ölçüde iptal edilebilecektir.⁴⁹

Miras sözleşmesinin önceden yapılan bir başka miras sözleşmesiyle bağdaşmaması durumunda, ilk miras sözleşmesiyle bağdaşmayan sonraki miras sözleşmesinin TMK m. 527/II hükmüne göre iptal edilmesi mümkün olmaktadır.⁵⁰ Burada dikkat edilmesi gereken, sonraki miras sözleşmesi ile önceki miras sözleşmesinin tarafları aynı ise, TMK m. 546/I hükmü uyarınca önceki miras sözleşmesine tarafların anlaşmasıyla son verilip, yeni bir miras sözleşmesi yapılması ihtimalidir. Bu durumda tarafların önceki miras sözleşmesine son verme iradesinin olup olmadığı değerlendirilmelidir.

Miras sözleşmesi kendisinden sonra yapılan bir vasiyetname ile bağdaşmıyorsa, bu durumda TMK m. 527/II hükmü uyarınca önceki miras sözleşmesi lehdarı sonradan yapılan vasiyetnameyi miras sözleşmesiyle bağdaşmadığı ölçüde iptal ettirebilmektedir.⁵¹

⁴⁸ Escher, Art. 494, N. 8; Piotet, § 28 III, s. 180; Stephan Wolf (Hrsg.)/Gian Sandra Genna, Schweizerisches Privatrecht, Vierter Band, Erster Teilband, Helbing & Lichtenhahn Verlag, Basel 2012, s. 383; Wolf/Hrubesch-Millauer, s. 237.

⁴⁹ Tuor, Art. 494, N. 16; BaslerKomm/Breitschmid, Art. 494, N. 10.

⁵⁰ Kocayusufoğlu, s. 245; Wolf/Genna, s. 382; Wolf/Hrubesch-Millauer, s. 237.

⁵¹ Tuor, Art. 494, N. 16; Escher, Art. 494, N. 9; BernerKomm/Weimar, Art. 494, N. 12.

Miras sözleşmesi kendisinden sonra yapılan bir miras sözleşmesi ile bağdaşmıyorsa, önceki miras sözleşmesi lehdarı sonraki miras sözleşmesini bağdaşmadığı ölçüde iptal ettirebilmektedir.⁵² Yapılan bu iki miras sözleşmesinin tarafları aynı kişiler ise, taraf iradelerinin önceki miras sözleşmesini ortadan kaldırmak olduğu anlaşılabilir. Bu halde, ikinci miras sözleşmesi, ilk miras sözleşmesiyle bağdaşmadığı konularda onun yerine geçmektedir.⁵³

Eklemek gerekir ki, miras sözleşmesiyle bir mirasçı atama tasarrufu yapılmış ise, bununla bağdaşmayan ölüme bağlı tasarrufun da mantıken bir mirasçı atama olması gerekmektedir. Mirasçı atama ile lehdara kazandırılan yalnızca terekenin kesirli bir oranıdır ve bunun tereke karşılığı mirasbırakanın ölümünde belli olacaktır. Benzer şekilde miras sözleşmesiyle düzenlenen vasiyetin konusu cins borcu ise, bu tedarik vasiyeti anlamına geleceğinden herhangi bir kazandırmayla bağdaşmaması söz konusu olmamaktadır.⁵⁴ Diğer yandan, miras sözleşmesiyle konusu parça borcu olan bir vasiyet tasarrufu yapılmış ise, bundan sonra yapılan mirasçı atama tasarrufunun iptaline gerek yoktur. Zira vasiyet alacaklısı atanmış mirasçıdan vasiyet alacağını her durumda talep edebilecektir.⁵⁵

b. Miras Sözleşmesiyle Bağdaşmayan Bağışlamalar

TMK m. 527/II hükmünde mirasbırakanın malvarlığında eskisi gibi serbestçe tasarruf edebileceği belirtildikten sonra, miras sözleşmesiyle bağdaşmayan ölüme bağlı tasarruflar ve bağışlamaların iptal edilebileceği düzenlenmiştir. Hükmün lafzı açıktır; buna göre, ölüme bağlı tasarruflar ve bağışlamalar bakımından herhangi bir ayırım yapılmadan miras sözleşmesiyle bağdaşmamaları durumunda iki tür tasarrufun da iptal edilebileceği düzenlenmektedir. Mirasbırakanın miras sözleşmesiyle bağdaşmayan ölüme bağlı tasarruflarına karşı iptal imkânı getirilmişken, aynı sonuca bağışlama yoluyla ulaşmasının engellenmesi hükmün amacına uygundur. Bir tarafta mirasbırakanın

⁵² BernerKomm/Weimar, Art. 494, N. 12; Wolf/Genna, s. 382.

⁵³ Dural, s. 148, dn. 20; Hrubesch-Millauer, s. 190.

⁵⁴ Serozan/Engin, s. 352.

⁵⁵ BernerKomm/Weimar, Art. 494, N. 14.

tasarruf özgürlüğü, diğer tarafta da miras sözleşmesi lehdarının mirasbırakanın miras sözleşmesiyle bağdaşmayan bağışlamalarına karşı korunmaktaki menfaati dikkate alınmalı ve bu menfaat dengesi en uygun şekilde sağlanmalıdır. Hükmün açık lafzına rağmen mirasbırakanın bağışlamalarına ilişkin getirilen sınırlamanın ne şekilde anlaşılması gerektiği doktrin ve yargı kararlarında tartışılmakta ve değişik görüşler savunulmaktadır.

i. İsviçre Federal Mahkemesi'nin Konuya İlişkin Kararları

İsviçre Federal Mahkemesi, mirasbırakanın miras sözleşmesiyle bağdaşmayan bağışlamaları konusunda kanunda getirilen sınırlandırmayı farklı şekilde yorumlamış, bu konuda çeşitli kararlarında farklı görüşler benimsemiştir. Ancak genel olarak Federal Mahkeme'nin mirasbırakanın bağışlamaları konusunda kanunda getirilmiş olan iptal imkanını sınırlı şekilde yorumlama taraftarı olduğu sonucuna varılabilmektedir.⁵⁶

(1) Federal Mahkeme konuya ilişkin 1936 tarihli ilk kararında, miras sözleşmesiyle bağdaşmayan bağışlamanın kanunun lafzına uygun şekilde iptal edilebileceğine hükmetmiştir.⁵⁷ Federal Mahkeme ZGB Art. 494 Abs. 3 hükmünün, Almanya'daki düzenlemeye göre daha sınırlayıcı olduğunu belirtmiştir. BGB § 2287 hükmü bağışlamaların iptali için bir başka şart daha gerektirmektedir. Bu hükme göre, mirasbırakanın miras sözleşmesiyle bağdaşmayan bağışlama tasarrufu, ancak mirasbırakanın miras sözleşmesi lehdarına zarar verme kastı taşıyorsa iptal edilebilmektedir. Başka bir deyişle, bağışlamanın iptal edilebilmesi mirasbırakanın miras sözleşmesi lehdarına zarar verme kastı taşıyarak bir bağışlama yapmış olması şartına bağlıdır. İsviçre hukukunda ise böyle bir şart aranmadan iptal imkanı getirilmiştir. Adet üzerine verilen hediyeler ise bu kapsamın dışında tutulmuştur.

⁵⁶ İsviçre Federal Mahkemesi'nin ilgili kararlarına ilişkin detaylı inceleme için bkz: Stephanie Hrubesch-Millauer, "Die (Un-)Vereinbarkeit von Schenkungen mit einem positiven Erbvertrag- eine methodische Betrachtung", *Successio*, 3/2008, s. 205; Stephanie Hrubesch-Millauer, "Die Vereinbarkeit von Schenkungen mit einem abgeschlossenen Erbvertrag", *Successio*, 1/2015, s. 55.

⁵⁷ BGE 62 II 134.

(2) Federal Mahkeme 1944 tarihli sonraki kararında görüşünü değiştirmiştir.⁵⁸ ZGB Art. 494 Abs. 2 hükmüne göre, miras sözleşmesi yapmış olmasına rağmen, mirasbırakanın malvarlığı üzerinde sağlararası tasarruflarda bulunma özgürlüğü devam etmektedir. Bu sağlararası tasarruflardan yalnızca bağışlamalar, Abs. 3 hükmüne göre, miras sözleşmesi ile bağdaşmadıkları takdirde iptal yaptırımını ile karşılabilmektedir. Hangi şartlar altında bağışlamanın miras sözleşmesiyle bağdaşmayacağı konusunda kanun sessizdir, bu sebeple yorum yöntemiyle bu mesele açıklığa kavuşturulmalıdır. Federal Mahkeme'ye göre mirasbırakan, miras sözleşmesine ek bir borçlar hukuku sözleşmesiyle, herhangi bir bağışlama yapmama ya da belirli bir eşyaya yönelik bağışlama yapmama yükümlülüğü altına girmiş ise, söz konusu bağışlama iptal edilebilecektir.

(3) Federal Mahkeme, 2001 yılında verdiği kararda ise, ZGB Art. 494 Abs. 3 hükmünün, miras sözleşmesinden sonra yapılan bütün bağışlamaların iptal edileceği anlamına gelmediğini belirtmektedir.⁵⁹ Buna göre, miras sözleşmesinde aksi belirlenmedikçe, mirasbırakanın yaptığı bağışlamalar iptal edilememektedir. Federal Mahkeme'ye göre, yalnızca hakkın kötüye kullanılması (ZGB Art. 2 Abs. 2) anlamı ve miras sözleşmesi lehdarına zarar verme kastı taşıyan bağışlamaların iptal edilmesi mümkündür. Buna ek olarak, taraflar sözleşmesel olarak tasarruf kısıtlamaları belirleyebilmektedir. Bu bakımdan, Mahkeme, somut olayda açık bir tasarruf kısıtlaması düzenlenmediği ve yorum yoluyla örtülü olarak da böyle bir kısıtlamanın olmadığı sonucuna varmıştır.

(4) 2014 yılında verdiği kararda Federal Mahkeme, 2001 yılında verdiği karara atıfta bulunarak orada sıraladığı koşulları tekrarlamıştır.⁶⁰ Bu bakımdan, miras sözleşmesinden sonra yapılan her bağışlamanın iptal edilemeyeceğini belirtmiştir. Kural olarak bağışlamalar miras sözleşmeleriyle çelişmemekte; ancak taraflar aksini miras sözleşmesinde açık veya örtülü olarak düzenleyebilmektedir. Böyle bir belirleme yoksa, bağışlama, ancak mirasbırakanın miras sözleşmesinin açıkça (*offensichtlich*) içini boşaltma kastı varsa, yaptığı bağışlama

⁵⁸ BGE 70 II 261.

⁵⁹ Hrubesch-Millaue, (Die (Un-)Vereinbarkeit), s. 208'den naklen: BGER 5C.71/2001.

⁶⁰ BGE 140 III 193.

hakkın kötüye kullanılması oluşturuyorsa veya sözleşmenin karşı tarafına zarar verme amacı (*Schädungsabsicht*) taşıyorsa iptal edilebilecektir. Mirasbırakanın bu amacı kanıtlanmalıdır ve bağışlamayı iptal ettirmek isteyen kişiler bu konuda ispat yükü altındadır. Zarar verme amacı bakımından burada mirasbırakanın saklı pay kurallarını etkisiz kılmak amacıyla yaptığı açık olan sağlararası kazandırmaları tenkise tabi tutan ZGB 527 Ziff. 4 hükmü kıyasen uygulanacaktır. Bu da mirasbırakanın miras sözleşmesini etkisiz kılma amacının açık olmasını gerektirmektedir. Zarar verme amacı sübjektif bir kriterdir. Bunu belirlerken başka unsurlardan faydanılması gerekmektedir. Örneğin, bağışlamanın büyüklüğü, zamanı, miras sözleşmesinin ivazlı olup olmadığı gibi unsurlar bu bakımdan dikkate alınmaktadır. Burada Mahkeme, sağlararası tasarrufların tenkisine ilişkin ZGB 527 Ziff. 4 hükmünden farklı olarak olası kastı (*dolus eventualis- Eventualvorsatz*) yeterli görmemektedir.

Federal Mahkeme, somut olayda bahse konu olan miras sözleşmesinde açık ya da örtülü bir bağışlama yasağı olmadığını tespit etmiştir. Bu sebeple, olaya ilişkin kararda Mahkeme daha ziyade zarar verme amacı olup olmadığına odaklanmıştır. Bu bakımdan olayda ZGB Art. 527 Ziff. 4 hükmünün kıyasen uygulanması söz konusudur. Federal Mahkeme, yapılan bağışlamanın büyüklüğüne ve yapıldığı zamana ilişkin olarak bazı unsurların şüphe uyandırdığına; ancak bağışlamanın iptaline hükmedilmesi için zarar verme amacına ilişkin olası kastın yeterli olmadığına hükmetmiştir. Bağışlamanın miras sözleşmesiyle bağdaşmadığı iddiasıyla iptali için açılan davanın tenkis davasına benzediğine (*der Herabsetzungsklage nachgebildete Klage*) işaret etmesine ve ZGB Art. 527 Ziff. 4 hükmünün kıyasen uygulanmasına ve bu hükmün doğrudan uygulanmasında olası kastın yeterli kabul edilmesine rağmen,⁶¹ bağışlamanın iptaline kıyasen uygulanırken olası kastın yeterli kabul edilmemesi eleştirilmektedir.⁶²

⁶¹ BGE 128 III 314: Bu kararda Federal Mahkeme, sağlararası tasarrufların tenkis edilmesi için, mirasbırakanın saklı pay kurallarını etkisiz kılmak amacıyla yaptığı kazandırmalar bakımından olası kastın varlığını yeterli kabul etmiştir.

⁶² Hrubesch-Millauer (*Die Vereinbarkeit*), s. 62. Yazar, hükmün doğrudan uygulanmasında yeterli kabul edilen olası kastın, kıyasen uygulanması söz konusu olduğunda yeterli kabul edilmemesini eleştirmektedir. Yazara göre, aksine kıyasen uygulanan bu halde olası kastın yeterli kabul edilmesi gerekmektedir. Zira bura-

ii. Doktrindeki Görüşler

İsviçre Federal Mahkemesi'nin görüşüyle uyumlu olan hakim görüş, miras sözleşmesiyle bağdaşmayan bağışlamalar bakımından mirasçı atama ve belirli mal bırakma tasarrufları arasında bir ayırım yapmaktadır.⁶³

Bu görüşe göre, ivazsız miras sözleşmesiyle mirasçı atanmış ise, iradî mirasçının elde edeceği tereke miktarı miras sözleşmesi kurulurken henüz belli olmadığı için, mirasbırakanın sağlığında yaptığı hukukî işlemler malvarlığını ve dolayısıyla ölümden sonra terekesini azaltsa da bu durum miras sözleşmesine aykırılık teşkil etmemektedir. Bu görüşe göre, miras sözleşmesiyle mirasçı atanan kişinin TMK m. 527/II hükmüne dayanarak iptal yoluna gitmesi ancak mirasbırakanın ayrıca malvarlığını sağlararası tasarruflarla azaltmama borcu altına girmesi durumunda söz konusu olmaktadır. Bu taahhüt ölüme bağlı tasarruf niteliği taşımamaktadır. Bu sebeple de ölüme bağlı tasarruf şekline uyulması gerekmemekte, hatta somut olayın hal ve şartlarından bu yönde örtülü bir taahhüdün olduğu sonucuna varılabilmektedir.⁶⁴ Böyle bir taahhüt, mirasbırakanın sağlığında malvarlığının önemli bir bölümünü kapsayacak, onu her yönden bağlayacak ve elinden varlığını sürdürmesi için gerekli tüm iktisadî araçları alacak nitelikte olamaz; aksi halde kişiliğin korunmasına ilişkin TMK m. 23 hükmüne aykırı olacaktır.⁶⁵ Bu bakımdan, şüphe halinde, söz konusu taahhüdün bu kurala göre yorumlanması gerekmektedir.⁶⁶

Miras sözleşmesine ek böyle bir taahhüdün bulunmadığı durumlarda, mirasbırakanın atadığı iradî mirasçıya zarar verme amacı olup

da mirasbırakan aktif bir şekilde bir miras sözleşmesi yapmaktadır. Bu bakımdan, mirasbırakan bu sözleşmenin bağlayıcı olduğunun ve ölüme bağlı tasarruflarla veya bağışlamalarla bu miras sözleşmesinin içini boşaltamayacağını bilincinde olmalıdır. Bu sebeple, yazara göre, mirasbırakanın yapmış olduğu miras sözleşmesiyle bağdaşmayacağını öngörebildiği ve hatta öngörmek zorunda olduğu her durumda zarar verme amacının olduğu kabul edilmelidir.

⁶³ Tuor, Art. 494, N. 18, N. 27; Escher, Art. 494, N. 11a; Kocayusufpaşaoğlu, s. 247.

⁶⁴ Tuor, Art. 494, N. 18, N. 27; Escher, Art. 494, N. 11a; Kocayusufpaşaoğlu, s. 248; Öztan, s. 250.

⁶⁵ Wolf/Hrubesch-Millauer, s. 234; BernerKomm/Weimar, Art. 494, N. 8; Wolf/Genna, s. 381; Dural, s. 160; Öztan, s. 250.

⁶⁶ Dural, s. 160.

olmadığına bakılmalıdır. Söz konusu durumda, mirasbırakanın saklı pay kurallarını etkisiz kılmak amacıyla yaptığı açık olan kazandırmaların tenkise tabi olduğunu öngören TMK m. 565/b.4 (ZGB Art. 527 Ziff. 4) hükmü buraya kıyasen uygulanmalıdır. Buna göre, İsviçre Federal Mahkemesi içtihatlarına da uygun şekilde, mirasbırakanın miras sözleşmesiyle atadığı mirasçısını zarara uğratmak için yaptığı açık olan ivazsız kazandırmalara karşı TMK m. 565/b.4 hükmünün kıyasen uygulanması sonucu dava açılabilir. ⁶⁷

Öte yandan, ivazlı bir miras sözleşmesiyle mirasçı atanmış ise, mirasbırakanın miras sözleşmesiyle atanmış mirasçıya zarar verme amacıyla yaptığı bağışlamalar, doğrudan TMK m. 527/II kapsamına girerek iptal edilebilecektir.⁶⁸ İvazlı miras sözleşmesinde, mirasbırakanın mirasçı atanmış kişiye zarar verme amacı taşıma olasılığı, ivazsız miras sözleşmesine kıyasla çok daha yüksektir. Bu sebeple, ivazlı miras sözleşmesiyle mirasçı atanmış ise, burada mirasbırakanın kural olarak zarar verme amacı olduğu ve dolayısıyla miras sözleşmesiyle bağdaşmayan bağışlamasının TMK m. 527/II hükmü uyarınca iptal edilebileceği kabul edilmelidir. ⁶⁹

Aynı görüşe göre, ivazlı veya ivazsız miras sözleşmesi ayrımı yapmaksızın bir belirli mal bırakma tasarrufu söz konusu ise, durumun farklı değerlendirilmesi gerekmektedir. Burada sözleşme lehdarı, kendisine vasiyet edilen tereke değerinin fiktif olarak kendisine özgülendiğini düşünecektir.⁷⁰ Mirasbırakan belirli bir malını miras sözleşmesi lehdarına vasiyet ettikten sonra, aynı malı sağlığında bir başka kişiye bağışlarsa, bu yaptığı bağışlama, miras sözleşmesine aykırı olacaktır. Burada mirasçı atama tasarrufundan farklı olarak, mirasbırakanın ayrıca bir taahhütte bulunması gerekmemektedir; zira belirli malın miras sözleşmesiyle vasiyet edilmesi durumunda bu taahhüt kendiliğinden mevcuttur. ⁷¹ Mirasbırakanın, korunmaya değer bir menfaati

⁶⁷ Tuor, Art. 494, N. 18; Escher, Art. 494, N. 11a; Piotet, s. 181; Dural, s. 160; Kocayusufpaşaoğlu, s. 248; Öztan, s. 251.

⁶⁸ Dural, s. 161; Dural/Öz, s. 130; Öztan, s. 251.

⁶⁹ Piotet, s. 181; Wolf/Genna, s. 381.

⁷⁰ Tuor, Art. 494, N. 18, N. 27; Escher, Art. 494, N. 11a.

⁷¹ Tuor, Art. 494, N. 18, N. 27; Escher, Art. 494, N. 11a; Piotet, s. 181; Dural, s.163; Kocayusufpaşaoğlu, s. 249.

olmaksızın, böyle bir bağışlamada bulunması dürüstlük kuralına aykırılık oluşturmaktadır.⁷²

Karşı görüş ise, miras sözleşmesiyle bağdaşmayan bağışlamaların iptal edilebilmeleri için ek bir yükümlülüğe ihtiyaç duyulduğu fikrine karşı çıkmaktadır. Buna göre, miras sözleşmesinden doğan yükümlülükler, başka herhangi bir tamamlayıcı sözleşmeden değil, miras sözleşmesinin kendisinden doğmaktadır.⁷³ **Öte yandan, taraflar miras sözleşmesi yapmanın yanısıra, mirasbırakanın sağlığında belirli bir malvarlığı üzerinde tasarrufta bulunmamasına veya önemli bağışlamalarda bulunmamasına yönelik bir belirleme yapabilmektedir.** Bu tür miras sözleşmesine ek olarak yapılan bir sözleşme sayesinde, miras sözleşmesi lehdarı mirasbırakanın sağlararası tasarruflarına karşı daha iyi korunmuş olmaktadır.⁷⁴

c. Miras Sözleşmesiyle Bağdaşmayan Bağışlama Dışındaki Sağlararası Tasarruflar

TMK m. 527/III hükmünde ölüme bağlı tasarruflar ve sağlararası tasarruflardan sadece bağışlamalar düzenlenmiştir. Bu bakımdan kural olarak mirasbırakanın bağışlama dışındaki sağlararası tasarrufları iptal edilememektedir. Yine de doktrinde bağışlama dışındaki sağlararası tasarruflar bakımından bir değerlendirme yapılırken miras sözleşmesi ile mirasçı atanması veya vasiyet alacaklısı belirlenmesi halleri arasında ayırım yapılmaktadır.

i. Miras Sözleşmesiyle Mirasçı Atanması

Miras sözleşmesiyle iradî mirasçı atandığında, ona düşecek tereke bölümü, miras sözleşmesinin kurulduğu andaki değil, mirasın açıldığı andaki içeriğe sahiptir. Bu bakımdan, mirasbırakan sağlığında bir malını ivazlı olarak devrederse, bu ivaz devredilen malın yerine geçmektedir. Kural olarak, atanmış mirasçı satılan mal yerine geçen paranın

⁷² Tuor, Art. 494, N. 18.

⁷³ Piotet, s. 180; Druey, s. 136; Hrubesch- Millauer, s. 232.

⁷⁴ Bu şekilde bağışlama yasağı konması halinde, bunun TMK m. 1010 (İMK m. 960) hükmüne uygun şekilde tapu kütüğüne şerh verilmesi mümkündür. Piotet, s. 180; Druey, s. 136; BaslerKomm/Breitschmid, Art. 494 N. 6.

mirasbırakan tarafından harcanması riskine katlanmak zorundadır. Miras sözleşmesi kurulduktan sonra, mirasbırakanın ölümüne kadar ki süreçte tasarruf özgürlüğünü kısıtlamak, aksi taraflarca kararlaştırılmadıkça, söz konusu olmamaktadır.⁷⁵ Öte yandan, burada miras sözleşmesi ivazlı ise farklı bir değerlendirme yapmak gerektiğini savunanlar mevcuttur. Bu görüşe göre, ivazlı bir miras sözleşmesinde, ivaz sağlararası bir edim olarak ifa edilmiş bulunuyorsa, iradî mirasçının korunması gerekmektedir. Bu amaçla, burada TMK m. 547 (ZGB Art. 514) hükmünün kıyasen uygulanması söz konusu olmakta; yani sözleşmenin karşı tarafı sözleşmeden dönebilmektedir.⁷⁶

Bir görüşe göre, mirasbırakanın sağlığında yaptığı ivazlı tasarruflara karşı harekete geçme imkanı, saklı paylı mirasçılara tanınan himayenin sınırını aşmamalıdır.⁷⁷ Bu bakımdan, tenkise ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanması gerekmektedir ve dolayısıyla mirasbırakanın sağlığında yaptığı ivazlı tasarruflara karşı kural olarak birşey yapılamamaktadır. Bunun istisnası TMK m. 565/b. 4 (ZGB Art. 527 Ziff. 4) hükmüdür. Mirasbırakan miras sözleşmesini etkisiz kılmayı ve miras sözleşmesiyle mirasçı atanmış kişiye zarar vermeyi amaçlıyorsa, sağlararası tasarrufun iptali gündeme gelebilmektedir.⁷⁸

ii. Miras Sözleşmesiyle Belirli Mal Bırakılması

Miras sözleşmesi ile belirli mal bırakılması halinde bunun konusunun cins borcu veya parça borcu olmasına göre ayırım yapmak gerekmektedir. Cins borcu söz konusu ise, borç konusu eşyanın elden çıkarılması vasiyetin ifasını engellemezken, konusu parça borcu olan vasiyetlerde vasiyet ya anlamsız hale gelecek ya da yerine ikame değer geçecektir. Bunlardan hangisinin söz konusu olacağı miras sözleşmesinde tarafların ne şekilde anlaşmalarına bağlıdır. İvazlı bir miras sözleşmesiyle vasiyette bulunulmuşsa, vasiyet edilen eşya yerine ikame değer geçmesi taraf iradelerine uygun olacaktır. Eğer böyle bir du-

⁷⁵ Tuor, Art. 494, N. 21; PraxisKomm/Grundmann, Art. 494, N. 10; Wolf/Hrubesch-Millauer, s. 233; BaslerKomm/Breitschmid, Art. 494, N. 3; Frank/Helms, s. 170; Zimmermann, s. 123.

⁷⁶ Escher, Art. 494, N.12; Kocayusufpaşaoğlu, s. 253.

⁷⁷ Kocayusufpaşaoğlu, s. 252; BaslerKomm/Breitschmid, Art. 494, N. 5.

⁷⁸ Kocayusufpaşaoğlu, s. 253.

rum söz konusu değilse, vasiyet TMK m. 517/III (ZGB Art. 484 Abs.3) hükmüne uygun olarak düşecektir.⁷⁹

Bir görüşe göre, miras sözleşmesi ile yapılan belirli mal bırakma tasarrufu, söz konusu eşyanın devredilmiş veya yok edilmiş olması fark etmeksizin, ayakta kalmalıdır; çünkü şekli olarak miras sözleşmesinin tercih edilmiş olması TMK m. 517/III hükmüne göre, tasarruftan aksinin anlaşılması anlamına gelecektir. Bu durumda, artık vasiyet alacağının ifası mümkün olmadığı için, onun yerine ifa etmeme sebebiyle tazminat geçecektir.⁸⁰

d. Mirasbırakanın Malvarlığını İsraf Etmesi ya da Fiilî Tasarruflarla Miras Sözleşmesinin İçini Boşaltması (*Aushöhlung des Erbvertrages*)

Mirasbırakanın malvarlığını israf etmesi ya da bir takım fiilî tasarruflar ile yok etmesi sonucu miras sözleşmesi lehdarının çıkarı zedelenecektir; ancak bu durum bir anlamda mirasbırakanın sağlararası tasarruf serbestisine dayanmaktadır ve buna karşı miras sözleşmesi lehdarının başvurabileceği bir imkan bulunmamaktadır. Öte yandan, doktrindeki baskın görüş bu gibi haller için ivazlı miras sözleşmesi lehdarının korunması gerektiğini ve burada bir kanun boşluğu olduğunu iddia etmektedir.⁸¹ Buna göre, burada ivazlı miras sözleşmesi lehdarına TMK m. 547 (ZGB Art. 514) hükmü kıyas yoluyla uygulanarak bu tür hallerde dönme hakkı tanınması gerekmektedir.⁸² Bu şekilde mirasbırakana, karşı tarafın sağlararası edimini yerine getirmemesi durumunda tanınmış olan dönme hakkı, miras sözleşmesi lehdarına da tanınmış olmaktadır. Bu israf ve fiilî tasarruf hallerinde, miras sözleşmesi lehdarının sözleşmeyi aldatmaya (hile) dayanarak iptal edebileceği⁸³ ya da TMK m. 2/II hükmüyle düzenlenen hakkın kötüye kullanılması yasağına dayanılabileceği⁸⁴ de diğer görüşlerdir. Öte yandan, miras sözleşmesi lehdarı miras sözleşmesinde dönme

⁷⁹ Tuor, Art. 494, N. 23; Escher, Art. 494, N 12.

⁸⁰ Piotet, s. 182.

⁸¹ Serozan/Engin, s. 354; Kocayusufpaşaoğlu, s. 254.

⁸² Tuor, Art 494, N. 28; Escher, Art 494, N.13; Dural, s. 201; Kocayusufpaşaoğlu, s. 253; Piotet, s. 188.

⁸³ Itschner, s. 161; Piotet, s. 189.

⁸⁴ Tuor, Art 494, N.30.

hakkını saklı tutmuş da olabilir. Mirasbırakanın bu tür davranışlarına karşı, sözleşme lehdarı için en güvenli yol budur.⁸⁵

e. Miras Sözleşmesiyle Bağdaşmayan Tasarruflara Karşı İptal Hakkı

TMK m. 527/II hükmü uyarınca miras sözleşmesi ile bağdaşmayan ölüme bağlı tasarruflar ve bağışlamalara karşı iptal davası açılması imkânı mevcuttur. Miras sözleşmesi ile mirasçı atanan veya vasiyet alacaklısı olan davacının bu davayı miras sözleşmesi ile bağdaşmayan ölüme bağlı tasarruf lehdarı ya da bağışlanana karşı açması gerekmektedir.⁸⁶ Miras sözleşmesi ile atanan mirasçıya veya vasiyet alacaklısına tanınan bu dava hakkı bir imkândır, yani o bu imkânı isterse kullanacaktır.

İptal davasının niteliği kanunda açık değildir. Türk-İsviçre hukukunda burada tenkis hükümlerinin kıyasen uygulanacağı kabul edilmektedir.⁸⁷ Zira miras sözleşmesi ile mirasçı atanan veya vasiyet alacaklısı olan kişinin durumu saklı paylı mirasçının durumuna benzetilmektedir. Bu sebeple, miras sözleşmesi ile bağdaşmayan ölüme bağlı tasarruflar ve bağışlamalar, miras sözleşmesi lehdarının hakkını ihlal ettiği oranda tenkis edilecektir.⁸⁸ Bu bakımdan miras sözleşmesinin niteliğine uygun düştüğü kadarıyla tenkis hükümleri uygulanacaktır. Burada kendine özgü bir “tenkis ve iade” davası açılacaktır.⁸⁹

TMK m. 527/II hükmüyle getirilen, iptal imkânı mirasbırakanın ölümünden sonrası için getirilmiştir. Bir ölüme bağlı tasarruf olan miras sözleşmesi, lehdarı için o anda bir hak tanımamaktadır, lehdarın Türk-İsviçre hukukundaki hâkim görüşe göre, yalnızca bir beklenen hakkı mevcuttur.⁹⁰ Öte yandan, bu beklenen hak vasiyetname lehda-

⁸⁵ Tuor, Art. 494, N. 31; Escher, Art. 494, N. 13; Dural, s. 201; Kocayusufpaşaoğlu, s. 254; Serozan/Engin, s. 288.

⁸⁶ Dural, s. 168; BernerKomm/Weimar, Art. 494, N. 20; Hrubesch-Millauer, s. 234.

⁸⁷ Kocayusufpaşaoğlu, s. 250; Hrubesch-Millauer, s. 234; Druuey, s. 140; BernerKomm/Weimar, Art. 494, N. 13; Wolf/Hrubesch-Millauer, s. 235; PraxisKomm/Grundmann, Art. 494, N. 18; Wolf/Genna, s. 378; Öztan, s. 250.

⁸⁸ Tuor, Art. 494, N.11; Escher, Art. 494, N. 10; Piotet, s. 181; Kocayusufpaşaoğlu, s. 250; Kemal Oğuzman, Miras Hukuku, Filiz Kitabevi, 6. Bası, İstanbul 1995, s. 156.

⁸⁹ Serozan/Engin, s. 350; PraxisKomm/Grundmann, Art. 494, N. 22c.

⁹⁰ Escher, Art. 494, N. 5; Tuor, Art. 494, N. 11; Piotet, s. 83; BernerKomm/Weimar, Art. 494, N. 9; Wolf/Hrubesch-Millauer, s. 230. Alman hukukundaki hâkim görüşü-

rının ya da saklı paylı olmayan yasal mirasçının beklenen hakkından daha güçlüdür.⁹¹ Bu sebeple lehdarın, mirasbırakan hayatta iken, herhangi bir talep yetkisi bulunmamaktadır. Mirasbırakanın yaptığı ölüme bağlı tasarruf hüküm ve sonuçlarını malvarlığı değil, tereke üzerinde doğurduğundan mirasbırakanın kural olarak sağlararası tasarruf özgürlüğü devam etmektedir.⁹²

Mirasın açılması anında atanmış mirasçıya ya da vasiyet alacaklısına düşecek olan tereke kısmı kapsam olarak zarar görüyor ise, miras sözleşmesi ile bağdaşmayan bir tasarruf söz konusudur. Bir tasarruf mirasın açıldığı andan önce terekeyi etkileyememektedir. Bu durumda terekenin zarar görüp görmediği ancak miras açıldığında ortaya çıkmaktadır. Bir başka deyişle, miras sözleşmesi yapmakla ortaya çıkan bağlayıcılık miras hukuku anlamında bir bağlayıcılıktır ve mirasbırakan öldüğünde ardında bıraktığı tereke ile sınırlıdır.⁹³

Miras sözleşmesi lehdarının durumu birçok açıdan saklı paylı mirasçının durumuyla benzerlik göstermektedir. Bu sebeple de iptal davasının açılması anı bakımından tenkise ilişkin hükümler kıyasen uygulanmaktadır ve böylece iptal davasının da ilk olarak mirasbırakanın ölümünden sonra açılabileceği sonucuna varılmaktadır.⁹⁴ Buradaki iptal davası, tenkis davasının özel bir türü olarak düzenlendiği için TMK m. 560 vd. (ZGB Art. 522) hükümleri kıyasen uygulanacaktır. Ayrıca, tenkis davasında tenkis edilmesi söz konusu olan tasarrufun mirasbırakanın tasarruf oranını aştığı miktar kadarı tenkis edilirken, burada tasarrufun miras sözleşmesiyle bağdaşmadığı ölçüde bir daraltmaya (*Reduktion im Umfang ihrer Unvereinbarkeit*) gidilecektir.⁹⁵

şe göre, miras sözleşmesi lehdarının bir beklenen hakkı dahi yoktur. Onun sahip olduğu yalnızca bir beklenti ve umuttur (Staudinger/Kanzleiter, Ein. §§ 2274 ff., Rn. 10; Zimmermann, s. 123; Frank/Helms, s. 170). Türk hukukunda aynı yönde görüş için bkz. Serozan/ Engin, s. 288.

⁹¹ Escher, Art. 494, N. 5.

⁹² Hrubesch-Millauer, s. 231; Wolf/Hrubesch-Millauer, s. 233.

⁹³ Staudinger/Kanzleiter, Ein. §§ 2274 ff., Rn. 9; PraxisKomm/Grundmann, Art. 494, N. 10.

⁹⁴ Hrubesch-Millauer, s. 227; Wolf/Genna, s. 384.

⁹⁵ Hrubesch-Millauer, s. 235.

Somut durumda miras sözleşmesiyle bağdaşmayan yalnızca bir tasarruf değil, birden fazla ölüme bağlı tasarruf ya da bağışlama söz konusu olabilmektedir. Bu durumda miras sözleşmesi lehdarının, miras sözleşmesiyle bağdaşmayan ölüme bağlı tasarruflara veya bağışlamalara ilişkin olarak bu kazandırmaların muhatabı olan kişilere tek tek iptal davası açması gerekmektedir. Tenkisteki sıralamaya burada ihtiyaç duyulmamaktadır, zira burada miras sözleşmesiyle bağdaşmayan tasarrufların hepsinin tek tek ortadan kaldırılması gerekmektedir. Bu sebeple de TMK 561, 563, 570 (ZGB Art. 523, 525, 532) hükümlerinin kıyasen uygulanması söz konusu olmamaktadır.

Tenkise ilişkin TMK m. 571 (ZGB Art. 533) hükmü de burada kıyasen uygulanacaktır. Buna göre, tenkis davası açma hakkı mirasçılardan saklı paylarının zedelendiğini öğrendikleri tarihten başlayarak bir yıl (*relative Frist*) ve her halde vasiyetnamelerde açılma tarihinin, diğer tasarruflarda mirasın açılması üzerinden on yıl (*absolute Frist*) geçmekle düşmektedir. Aynı şekilde bu bir ve on yıllık süreler miras sözleşmesiyle bağdaşmayan tasarruflara karşı açılan iptal davasında da kıyasen uygulanacaktır. Burada bir yıllık süre miras sözleşmesi lehdarının iptal davası açma sebebinin öğrendiği andan itibaren başlamaktadır. On yıllık süre ise kural olarak mirasbırakanın ölümüyle başlamaktadır. Üçüncü kişi lehine yapılmış bir miras sözleşmesi varsa ve söz konusu üçüncü kişinin miras sözleşmesi içeriğinden, hatta miras sözleşmesinin varlığından haberi yoksa sürenin başlangıcı mirasın resmen açılışı anında olacaktır.⁹⁶

Miras sözleşmesiyle bağdaşmayan bağışlamalar yönünden TMK m. 566 (ZGB Art. 528 Abs. 1) hükmüne uygun şekilde, miras sözleşmesi lehdarının korunması sınırlı olacaktır. Bu hükme göre, kendisine tenkise tabi kazandırmada bulunulan kişi iyiniyetli ise, sadece mirasın geçmesi anında kazandırmadan elinde kalanı geri vermekle yükümlüdür. İyiniyetli değilse kazandırmayı bütünüyle geri vermesi gerekmektedir. Bağışlanan kişi lehine yapılan bağışlamanın miras sözleşmesine zarar verdiğini bilmiyor ve bilmesi de gerekmiyorsa iyiniyetlidir. Buna karşılık, bağışlanan kişi, bağışlamanın yapıldığı anda

⁹⁶ Hrubesch-Millauer, s. 241.

veya sonradan bağışlamanın miras sözleşmesiyle bağdaşmadığını biliyor veya bilmesi gerekiyorsa iyiniyetli değildir. Bir başka deyişle, bağışlananın iyiniyetli olması kendisine karşı iptal davası açılmasını engellememekte; ancak geri verme borcunun kapsamı bakımından belirleyici olmaktadır.⁹⁷

7. Miras Sözleşmesinin Sona Ermesi

Miras sözleşmesinin bağlayıcılığının bir diğer sonucu, miras sözleşmesinin çok sınırlı hallerde ortadan kalkmasıdır. Mirasbırakan, vasiyetnameden farklı olarak, miras sözleşmesinden her istediğinde dönememektedir. Miras sözleşmesi ya kanun gereği kendiliğinden, ya tarafların anlaşmasıyla ya da kanundan doğan dönme hakkının kullanılmasıyla sona ermektedir. Ayrıca, tartışmalı olmakla birlikte, miras sözleşmesinden dönme hakkının sözleşmede saklı tutulabileceği de savunulmaktadır.⁹⁸

a. Miras Sözleşmesinin Kanun Gereği Kendiliğinden Sona Ermesi

Miras sözleşmesi bazı hallerde kanun gereği kendiliğinden sona ermektedir. Bu hallerden ilki, miras sözleşmesi lehdarının mirasbırakandan önce ölmesi halidir (TMK m. 548/I). Bir diğer kendiliğinden sona erme hali ise, TMK m. 181 hükmüne göre boşanan eşler arasında yapılmış olan miras sözleşmesidir. Tasarruftan aksi anlaşılmadıkça, boşanan eşler, boşanmadan önce yapılmış olan bir miras sözleşmesi ile kendilerine sağlanmış olan hakları kaybetmektedir. Son olarak, TMK m. 578 hükmü gereği mirastan yoksun olan kişi ölüme bağlı tasarrufla da herhangi bir hak elde edememektedir. Keza şarta bağlı ölüme bağlı tasarruflarda geciktirici şartın gerçekleşmemesi ya da bozucu şartın gerçekleşmesi miras sözleşmesinin kendiliğinden sona erdiği bir diğer durumdur.

⁹⁷ Dural, s. 171; BernerKomm/Weimar, Art. 494, N. 20.

⁹⁸ Hrubesch-Millaue, s. 416; Stephanie Hrubesch-Millaue, "Vorbehaltsklauseln im Erbvertrag- ein Widerspruch?", Successio, 1/2010, s. 5; C. Nolting, s. 95; D. Nolting, s. 51; Reimann/ Bengel/Mayer, §2278, N. 14; karşı görüş için bkz. Wolf/Genna, s. 395.

b. Miras Sözleşmesinin Tarafların Anlaşmasıyla Sona Ermesi (Aufhebungsvertrag)

TMK m. 546/I (ZGB Art. 513 Abs. I) hükmü uyarınca miras sözleşmesi tarafların yazılı anlaşması ile her zaman ortadan kaldırılabilir. Burada söz konusu olan miras sözleşmesini sona erdirmeye sözleşmesidir (*Aufhebungsvertrag*). Miras sözleşmesi bir sözleşme olduğu için tarafların bunu tek taraflı olarak ortadan kaldırabilmeleri kural olarak mümkün değildir, bu ancak iki tarafın da anlaşmasıyla, yani yine bir sözleşme ile mümkün olmaktadır. Taraflar bu sözleşmeyle daha önce yapmış oldukları miras sözleşmesini tamamen veya kısmen ortadan kaldırabilmektedir.

c. Miras Sözleşmesinin Taraflardan Birinin Sözleşmeden Dönmesi ile Sona Ermesi

i. Kanundan Doğan Dönme Hakkı

Miras sözleşmesinin taraflardan birinin dönmesi ile sona ermesi istisnai bir durumdur; zira bir sözleşme olması dolayısıyla taraflar kural olarak tek taraflı şekilde miras sözleşmesini sona erdirememektedir. Bu sebeple dönme hakkının yalnızca kanunda belirtilen hallerle sınırlı olduğunu vurgulamak gerekmektedir. TMK m. 546/II ve 547 hükümleri miras sözleşmesinden dönmenin mümkün olduğu iki hali düzenlemektedir:

(1) Mirasçılıktan çıkarma sebeplerinden birinin varlığı halinde (Einseitige Aufhebung durch Enterbung) (TMK m. 546/II, ZGB Art. 513 Abs. 2): TMK m. 546/II hükmüne göre, miras sözleşmesiyle mirasçı atanan veya kendisine belirli mal bırakılan kişinin, mirasbırakana karşı miras sözleşmesinin yapılmasından sonra mirasçılıktan çıkarma sebebi oluşturan davranışta bulunduğu ortaya çıkarsa, mirasbırakan, miras sözleşmesini tek taraflı olarak ortadan kaldırabilmektedir. TMK m. 546/III hükmü uyarınca tek taraflı ortadan kaldırma vasiyetname için kanunda öngörülen şekillerden biriyle yapılmaktadır. Mirastan yoksunluk hallerinden farklı olarak burada miras sözleşmesi kendiliğinden sona ermemekte, sona erme için mirasbırakanın miras sözleş-

mesinden dönmesi gerekmektedir.⁹⁹ Bu bakımdan saklı paylı mirasçıların durumu ile bir paralellik kurulmuştur.¹⁰⁰

(2) Sağlararası İvaz Borcunun Yerine Getirilmemesi Sebebiyle Dönme (Rücktritt) (TMK m. 547, ZGB Art. 514): TMK m. 547 hükmüne göre, miras sözleşmesi gereğince sağlararası edimleri isteme hakkı bulunan taraf, bu edimlerin sözleşmeye uygun olarak yerine getirilmemesi veya güvenceye bağlanmaması halinde borçlar hukuku kuralları uyarınca sözleşmeden dönebilmektedir. Bu durumda, hükme göre dönme hakkına sahip olan kişi sağlararası ivaz borcunun alacaklısı, yani mirasbırakandır.

Hükümde atıf yapılan borçlar hukuku kurallarının TBK'daki karşılıklı borç yükleyen sözleşmelere ilişkin kurallar olduğu kabul edilmektedir.¹⁰¹ Bu hüküm yalnızca ivazlı miras sözleşmelerine uygulanacaktır. İvazlı miras sözleşmesi teknik anlamda tam iki tarafa borç yükleyen (*synallagmatik*) bir sözleşme değildir; ancak yine de ivazlı miras sözleşmelerinde mirasbırakanın belli ölçüde karşı edimi elde etme amacı ile sözleşme yaptığı kabul edilmektedir. Buna uygun olarak ivazlı miras sözleşmesi kanunda tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelere benzetilerek TBK hükümlerine atıf yapılmıştır.¹⁰²

Son olarak, ivazlı miras sözleşmesinde, mirasbırakanın malvarlığını israf etmesi ya da bir takım fiilî tasarruflar ile yok etmesi sonucu miras sözleşmesi lehdarının çıkarını zedelediği hallerde, doktrindeki baskın görüşe göre kanundaki bu boşluk, TMK m. 547 hükmünün kıyasen uygulanmasıyla doldurulmalıdır.¹⁰³ Mirasbırakanın sağlığında herhangi bir edim yükümü bulunmadığına göre, bu dönme hakkının dayanağı, mirasbırakanın edim yükümünden bağımsız davranış yü-

⁹⁹ Markus Hohl, *Aufhebung von Erbverträgen unter Lebenden und von Todes wegen*, Juris-Verlag, Diss. Zürich 1974, s. 142.

¹⁰⁰ Tuor, Art. 513, N. 20; Escher, Art. 413, N. 7; Kocayusufpaşaoğlu, s. 243; Pietet, s. 416; Hohl, s. 42.

¹⁰¹ Serozan/Engin, s. 349; Ahmet, Kılıçoğlu, *Miras Hukuku*, 8. Bası, Ankara 2018, s. 137.

¹⁰² Escher, Art 514, N.1; Tuor, 514, N.2; Hohl, s. 87; Kocayusufpaşaoğlu, s. 244; Serozan/Engin, s. 265, 349.

¹⁰³ Kocayusufpaşaoğlu, s. 254; Serozan/Engin, s. 354; Serozan Rona, *Sözleşmeden Dönme*, Vedat Kitapçılık, 2. Bası, İstanbul 2007, s. 259; Druey, s. 137; Praxis-Komm/Grundmann, Art. 494, N. 13; Wolf/Hrubesch-Millauer, s. 234.

kümüne aykırılığdır.¹⁰⁴ Bu şekilde, olumlu miras sözleşmesinde sağlararası ivaz alacaklısı olan mirasbırakana, karşı tarafın sağlararası edimini yerine getirmemesi durumunda tanınmış olan dönme hakkı, söz konusu hallerde miras sözleşmesi lehdarına da tanınmış olmaktadır.¹⁰⁵

ii. Mirasbırakanın Dönme Hakkını Saklı Tutması (Vorbekhaltsklauseln)

Mirasbırakanın miras sözleşmesinde dönme hakkını (*Rücktrittsvorbehalt*) ya da değişiklik yapma hakkını (*Änderungsvorbehalt*) saklı tutup tutamayacağı tartışmalıdır.¹⁰⁶ Miras sözleşmesinin ayırt edici karakteri olan bağlayıcılığına aykırı bir görünümde olan dönmenin ya da değişiklik yapma hakkının saklı tutulması acaba miras sözleşmesini, miras sözleşmesi olmaktan çıkarır mı?

Alman hukukundan farklı olarak dönme hakkının saklı tutulması konusunda Türk-İsviçre hukukunda bir hüküm bulunmamaktadır. Alman hukukunda dönme hakkının saklı tutulmasına BGB § 2293 hükmünde açıkça izin verilmektedir.¹⁰⁷ İsviçre Medenî Kanun taslağı sırasında 1895 tarihinde Art. 437 Abs. 1 olarak, 1900 tarihinde de Art. 525 Abs. 1 olarak düzenlenen dönme ve değişiklik hakkının saklı tutulması imkânı, bir sebep gösterilmeksizin kanunlaşan metinden çıkarılmıştır.¹⁰⁸

Doktrinde bir görüş, miras sözleşmesinde dönme ya da değişiklik yapma hakkının saklı tutulmasını reddetmektedir.¹⁰⁹ Buna göre, miras sözleşmesinde böyle bir imkân tanınması miras sözleşmesini adeta bir vasiyetname haline getirmektedir. Karşı görüş ise, miras sözleşmesinin kurulma anı ile mirasın açılma anı arasındaki uzun süreçte mirasbırakanın iradesinin değişebileceğini ve bu değişime göre miras-

¹⁰⁴ Serozan/Engin, s. 354.

¹⁰⁵ Tuor, Art. 494, N.28; Escher, Art. 494, N.13; Kocayusufpaşaoğlu, s. 253; Dural, s. 201; Piotet, s. 188.

¹⁰⁶ Tartışmalar için bknz: Hrubesch-Millauer (Vorbekhaltsklauseln), s. 5.

¹⁰⁷ Detaylı bilgi için bknz. Dietmar Nolting, Der Änderungsvorbehalt beim Erbvertrag, Schriften zum Bürgerlichen Recht, Band 171, Duncker & Humblot, Diss. Passau 1993; MünchenerKomm/Musielak, §§ 2278, 2293; Staudinger/Kanzleiter, §§ 2278, 2293.

¹⁰⁸ Bu sürece ilişkin detaylı bilgi için: Hrubesch-Millauer, s. 418.

¹⁰⁹ Escher, Art. 514, N. 7; Hohl, s. 89; Wolf/Genna, s. 395.

birakanın sözleşmeden dönme ya da sözleşmeyi değiştirme hakkını saklı tutabilmesi gerektiğini savunmaktadır.¹¹⁰ Aksi halde, miras sözleşmesi yaparak bu kadar uzun süre kanunun izin verdiği sınırlı haller hariç olmak üzere bağlayıcılığından kurtulamamak miras sözleşmesi yapmak konusunda caydırıcı olacaktır. Mirasbirakan için bu imkânı kabul etmemek, miras hukukunun en çok önem verdiği mirasbirakanın iradesine, süreç içerisinde meydana gelebilecek değişikliklere kendisini uydurması konusunda esneklik tanımamak ve sonuç itibariyle de mirasbirakanın iradesine uygun olmayan bir miras sözleşmesiyle bağlı olarak ölmesine izin vermek demek olacaktır.¹¹¹ Bu görüşe göre, dönme ve değişiklik hakkının saklı tutulmasına izin verilmesi gerektiğinin en büyük dayanağı miras hukukundaki tasarruf serbestisidir. Bu tasarruf serbestisi sayesinde mirasbirakan malvarlığının ölümünden sonraki akıbetine karar verebilmektedir. Miras hukukunda ölüme bağlı tasarruflar bakımından sınırlı sayı ilkesi geçerlidir; ancak yan belirlemeler (*Nebenbestimmungen*) konusunda mirasbirakan serbesttir. Bu sebeple de bu hakların saklı tutulmasına ilişkin miras sözleşmesinde bir hüküm getirilmesi tıpkı bir ölüme bağlı tasarrufun koşula bağlanması durumunda olduğu gibi sınırlı sayı ilkesine aykırı değildir.¹¹² Ayrıca, mirasbirakanın tasarruf serbestisini kötüye kullanması olasılığına karşı sözleşmenin karşı tarafının da sözleşmeden dönme hakkını saklı tutması önerilmektedir.¹¹³

Bizce miras sözleşmesinde dönme ve değişiklik yapma hakkı tanınmasına izin veren görüş kabul edilmelidir. Saklı tutulan bu hususlar uygulanmaya konmadan, aynen koşula bağlanmış bir ölüme bağlı tasarrufta olduğu gibi, miras sözleşmesi bağlayıcı olmayı sürdürmektedir.¹¹⁴ Miras sözleşmesinin bağlayıcı içeriğini oluşturan bir ölüme bağlı tasarrufun koşula bağlanmasına izin verildiğine göre, dönme

¹¹⁰ Hrubesch- Millauer, s. 435; Hrubesch-Millauer (Vorbehaltsklauseln), s. 5. Praxis-Komm/Grundmann, Vor. 494 ff., N. 7; Yargıtay 2. HD. E. 1989/9067 K. 1990/2434 T. 02.03.1990. Söz konusu Yargıtay kararında tarafların dönme hakkını saklı tutması imkânı kabul edilmektedir.

¹¹¹ Peter Breitschmid, "Das Erbrecht des 19. Und 21. Jahrhundert- der Konflikt zwischen Status, Realbeziehung und erblasserischer Freiheit", Successio, 1/2017, s. 19.

¹¹² Hrubesch-Millauer (Vorbehaltsklauseln), s. 9.

¹¹³ Serozan/Engin, s. 288.

¹¹⁴ Hrubesch-Millauer (Vorbehaltsklauseln), s. 10.

veya değişiklik hakkının saklı tutulmasına da izin verilmesi gerektiği sonucuna varılmalıdır. Burada tereddüt oluşturan tek mesele, hiçbir sebep göstermeksizin dönme veya değişiklik yapma hakkının saklı tutulmasıdır. Zira miras sözleşmesinde belirtilen hallerde dönme veya değişiklik yapma hakkının saklı tutulmasının koşula bağlanan bir ölüme bağlı tasarruftan farkı bulunmamaktadır. Sebep gösterilmeden dönme ve değişiklik yapma hakkının saklı tutulmasına izin verilip verilmemesi hususunda, irade özerkliği çerçevesinde sebep gösterilmeden de dönme veya değişiklik yapma hakkının saklı tutulabileceği kanaatindeyiz.

Sonuç

Miras sözleşmesini, bir diğer şekli anlamda ölüme bağlı tasarruf türü olan vasiyetnameden ayıran bağlayıcılığıdır. Miras sözleşmesi ile bir ölüme bağlı tasarrufta bulunan mirasbırakan, miras sözleşmesiyle bağdaşmayan ölüme bağlı tasarruf veya bağışlamalarının ölümünden sonra iptal edilme ihtimali olduğunu bilmelidir. Miras sözleşmesinin sebep olduğu bu tasarruf kısıtlaması miras hukukuna ilişkindir.

Miras sözleşmesinin bağlayıcılığı meselesinde bir karara varmak mirasbırakanın sağlararası tasarruf özgürlüğünü korumaktaki menfaati ile miras sözleşmesi lehdarının miras sözleşmesinin bağlayıcılığındaki menfaati arasında bir tercih yapmayı gerektirmektedir. Fikrimizce, Anayasa ve AİHS bakımından bir insan hakkı olarak kabul edilen mülkiyet hakkı bu menfaat çatışmasında üstün gelmelidir. Bu bakımdan mülkiyet hakkının bir uzantısı olan tasarruf özgürlüğü, miras sözleşmesinin mutlak bağlayıcılığına tercih edilmelidir. Bu bakımdan, her tür bağışlamanın miras sözleşmesine aykırılık sebebiyle iptal edilebileceği sonucuna ulaşan azınlık görüşüne katılmıyoruz. Mevcut durumda kanunda yeterli belirlilik olmaması karşısında, Alman hukukundaki çözüm tercih edilerek bağışlamaların iptal edilebilmesi için zarar verme kastı aranması kanun hükmüne ilave edilebilir. Ekleme gerekir ki, böyle bir ilave olmasa dahi doktrindeki hâkim görüş ve yargı kararlarının genel hükümlerden yola çıkarak vardığı sonuç bizce isabetlidir. Bu bakımdan, miras sözleşmesinin bağlayıcılığı sınırlıdır.

Genellikle miras sözleşmesinin yapıldığı an ile ölüm olayının gerçekleşme anı arasında uzun bir zaman olmaktadır ve bu durumda hayatın olağan akışında meydana gelen değişiklikler sebebiyle yaptığı miras sözleşmesi artık mirasbırakanın iradesine uygun olmayabilir. Halbuki miras hukukunun temel dayanağı mirasbırakana iradesine uygun tasarruflarda bulunma imkanı verme amacıdır. Ancak miras sözleşmesi söz konusu olduğunda miras hukukunun bu temel amacı ile miras sözleşmesinin karşı tarafının sözleşmenin bağlayıcılığındaki menfaatleri çelişki halinde olabilmektedir. Kanunkoyucu tarafından çok sınırlı hallerde miras sözleşmesinin ortadan kaldırılması imkanı tanınmaktadır. Eklemek gerekir ki, kanunda düzenlenmemiş bir imkan olarak miras sözleşmesinde dönme hakkı veya değişiklik yapma hakkının saklı tutulması imkanının kabulü, miras sözleşmesinin mirasbırakanın iradesine uyması bakımından ihtiyaç duyulan esnekliği sağlamış olacaktır.

Kaynakça

- Abt Daniel/Weibel Thomas (Hrsg.), *Praxiskommentar, Nachlassplanung, Nachlassabwicklung, Willensvollstreckung, Prozessführung*, 3. Auflage, Basel 2015. (PraxisKomm/yazar)
- Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Geiser Thomas (Hrsg.), *Basler Kommentar Zivilgesetzbuch II, Helbing & Lichtenhahn Verlag*, 3. Auflage, Basel 2007. (Basler-Komm/yazar)
- Breitschmid Peter, "Das Erbrecht des 19. Und 21. Jahrhundert- der Konflikt zwischen Status, Realbeziehung und erblasserischer Freiheit", *Successio*, 1/2017, s. 19.
- Druey Jean Nicholas, *Grundriss des Erbrechts*, Stämpfli Verlag, 5. Auflage, Bern 2002.
- Dural Mustafa/Öz Turgut, *Türk Özel Hukuku Cilt IV Miras Hukuku*, Filiz Kitabevi, 11. Baskı, İstanbul 2017.
- Dural Mustafa, *Miras Sözleşmeleri*, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1980.
- Eren Fikret, *Türk Medenî Hukukunda Ölümüne Bağlı Tasarrufların İptali Davası*, Ankara 1966.
- Escher Arnold, *Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht Band III Das Erbrecht*, Schulthess Verlag, 3. Auflage, Zürich 1959.
- Frank Rainer/Helms Tobias, *Erbrecht*, Verlag C. H. Beck, 6. Auflage, München 2013.
- Gürzumar Osman Berat, "Türk Medenî Kanunu'nun 5'inci maddesi ve Özel Hukuk Uygulamasındaki Yeri", *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Erden Kuntalp'e Armağan'dan Ayrı Bası, Sayı 2004/1, İstanbul 2006.
- Hatemi Hüseyin, *Miras Hukuku*, Oniki Levha Yayıncılık, 7. Baskı, İstanbul 2018.

- Hirschlehner Anna, "Culpa in testando-Vertrauenshaftung des Erblassers", AJP, 2017, s. 1174.
- Hohl Markus, Aufhebung von Erbverträgen unter Lebenden und von Todes wegen, Juris-Verlag, Diss. Zürich 1974.
- Hrubesch-Millauer Stephanie, "Die (Un-)Vereinbarkeit von Schenkungen mit einem positiven Erbvertrag- eine methodische Betrachtung", Successio, 3/2008, s. 205. (Die (Un-) Vereinbarkeit)
- Hrubesch-Millauer Stephanie, "Die Vereinbarkeit von Schenkungen mit einem abgeschlossenen Erbvertrag", Successio, 1/2015, s. 55. (Die Vereinbarkeit)
- Hrubesch-Millauer Stephanie, "Erbvertrag; vertragmässige, bindende Verfügungen 5A_161/2010", Successio, 4/2011, s. 325.
- Hrubesch-Millauer Stephanie, "Vorbehaltsklauseln im Erbvertrag- ein Widerspruch?", Successio, 1/2010, s. 5. (Vorbehaltsklauseln)
- Hrubesch-Millauer Stephanie, Der Erbvertrag: Bindung und Sicherung des (letzten) Willens des Erblassers, Dike Verlag, Zürich 2008.
- Itchner Albert Johannes, Die Bindungen des Erblassers an den Erbvertrag, Diss. Bern 1974.
- J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 5, Erbrecht §§ 2265-2302 (Gemeinschaftliches Testament, Erbvertrag), Sellier-de Gruyter Verlag, Berlin 2014. (Staudinger/yazar)
- Kılıçoğlu Ahmet, Miras Hukuku, Turhan Kitabevi, 8. Bası, Ankara 2018.
- Kipp Theodor/Coing Helmut, Erbrecht, ein Lehrbuch, Mohr Siebeck Verlag, 14. Auflage, Tübingen 1990.
- Kocayusufoğlu Necip, Miras Hukuku, Filiz Kitabevi, 3. Bası, İstanbul 1987.
- Miserre Roman, Die culpa in testando, Verlag Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld 2002.
- Säcker Franz Jürgen/Rixecker Roland/Oetker Hartmut (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Erbrecht, Band 9, Verlag C. H. Beck, 6. Auflage, München 2013. (MünchenerKomm/yazar)
- Nolting Claus, Inhalt, Ermittlung und Grenzen der Bindung beim Erbvertrag, Zugleich ein Beitrag zu der Auslegung von Erbverträgen, Schriften zum Deutschen und Europäischen Zivil-, Handels- und Prozessrecht, Band 106, Verlag Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld 1985.
- Nolting Dietmar, Der Änderungsvorbehalt beim Erbvertrag, Schriften zum Bürgerlichen Recht, Band 171, Duncker & Humblot, Diss. Passau 1993.
- Oğuzman Kemal, Miras Hukuku, Filiz Kitabevi, 6. Bası, İstanbul 1995.
- Öztan Bilge, Miras Hukuku, Turhan Kitabevi, 8. Bası, Ankara 2017.
- Picenoni Vito, Die Auslegung von Testament und Erbvertrag, Polygraphischer Verlag, Zürich 1955.
- Piotet Paul, Schweizerisches Privatrecht, Band IV/1, Erbrecht, Helbing & Lichtenhahn Verlag, Basel 1978.

- Reimann Wolfgang/Bengel Manfred/Mayer Jörg, Testament und Erbvertrag, Carl Heymanns Verlag, 6. Auflage, Köln 2015.
- Serozan Rona/Engin İlkay Baki, Miras Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 5. Bası, Ankara 2018.
- Serozan Rona, Sağlık Arası İşlem Yoluyla Ölüme Bağlı Kazandırma, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1979.
- Serozan Rona, Sözleşmeden Dönme, Vedat Kitapçılık, 2. Bası, İstanbul 2007.
- Speckert Thomas, Unterschied zwischen Testament und Erbvertrag, Juris-Verlag, Zürich 1951.
- Tuor Peter, Berner Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Das Erbrecht, Band III, 1. Abteilung, die Erben, Art 457-536 ZGB, Verlag Stämpfli & Cie, 2. Auflage, Bern 1952.
- Tuor Peter/Schnyder Bernhard/Schmid Jörg/Jungo Alexandra, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, Schulthess Verlag, 14. Auf., Zürich 2015.
- Uyan Göktürk, "Miras Sözleşmesindeki İki Taraflı Bağlayıcı Kayıtlı Vakıf Kurulması", İÜHFM 2007/2, s. 327.
- Weimar Peter, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das Erbrecht, Band III, 1. Abteilung, Stämpfli Verlag, Bern 2009.
- Wolf Stephan (Hrsg.)/Genna Gian Sandra, Schweizerisches Privatrecht, Vierter Band, Erster Teilband, Helbing & Lichtenhahn Verlag, Basel 2012.
- Wolf Stephan/Hrubesch-Millauer Stephanie, Grundriss des schweizerischen Erbrechts, Stämpfli Verlag, Bern 2017.
- Zankl Wolfgang, "Culpa in testando bei Widerruf Formungültigkeit letztwilliger Verfügungen", NZ 1995, s. 265.
- Zimmermann Walter, Erbrecht, Erich Schmidt Verlag, 4. Auflage, Berlin 2013.

KADIN VE KANUNİ BEKLEME SÜRESİ

WOMAN AND LEGAL WAITING PERIOD

Seda GAYRETLİ AYDIN*

Özet: Türk Medenî Kanunu, önceki medenî kanunlarımıza göre kadın erkek eşitliği konusunda oldukça başarılı bir kanun olmasına karşın yine de bu konuda tartışmaya açık hükümler barındırmaktadır. Bu hükümlerden biri kadının evliliği sona erdikten ya da eşi öldükten sonra yeniden evlenebilmek için beklemesi gereken üç yüz günlük süreye ilişkin Medenî Kanun'un 132. maddesidir. Kadının beklemesi gereken bu süre kadın açısından kesin olmayan evlenme engelidir. Uygulamada iddet olarak anılan bu süre dolmadığı halde nikâh memuru kadını evlendirse dahi evlilik sözleşmesi geçersiz sayılmaz.

Kadının tekrar evlenebilmesi için aranan bu süre erkek için aranmamıştır. Bu durum kadının doğası gereği doğurgan olması, nesebin karışması ihtimalinin önlenmesi gibi sebeplerle açıklanmaya çalışılmıştır. Günümüzde, gelişmiş teknolojinin, Medenî Kanunu'muzdaki babalık karinelerinin çakışmasına ilişkin hükümlerin varlığı karşısında kadının bekleme süresine ilişkin bu hükmün gerekliliği tartışmalıdır.

Anahtar Kelimeler: İddet, Kanuni Bekleme Süresi, Kadın, Cinsiyet Eşitliği, Evlenme Hakkı, Türk Medenî Kanunu

Abstract: Although the Turkish Civil Law is a very successful legislation regarding equality between men and women if compared to previous Turkish Civil Laws, it still contains some provisions which can be discussed in this respect. One of these provisions is article 132 of the Civil Law which states that if a woman's marriage ends or her husband dies she has to wait three hundred days in order to be able to get married again. This period, which the woman must wait for, is a provisional marriage barrier for women. Marriage contract is not invalid even if marriage is granted by the marriage officer before woman's waiting period (also referred as "iddet") expires. This period of time required for woman who wants to remarry is not required for men. This situation was tried to be explained by the nature of the woman's fertility and aims to prevent the possibility of bloodline mixture. Today, with the advanced technology and paternity presumptions, the existence of this provision regarding to the necessity of the waiting period to remarry for women is debatable.

Keywords: Legal Waiting Period, Woman, Gender Equality, Sexual Equality, Right To Marry, Turkish Civil Law

* Dr. Öğretim Üyesi, KTÜ Hukuk Fakültesi Medenî Hukuk Anabilim Dalı, seda-gayretli@ktu.edu.tr, ORCID: 0000-0001-8478-3310

GİRİŞ

Türk Medenî Kanunları içerisinde 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu kadın erkek eşitliğinin en iyi korunduğu kanundur. Ancak az da olsa bazı alanlarda halen eşitsizlikler bulunmaktadır. Doktrin ve uygulamada en çok tartışılan eşitsizlik kadının evlendikten sonra kocasının soy ismini alması ve tek başına kendi bekârlık soy ismini dava açmadan kullanamamasıdır.¹ Kadının erkek ile eşit haklara sahip olmadığı alanlardan bir diğeri ise kadının boşandıktan sonra üç yüz gün geçemedikçe tekrar evlenmeyecek olmasıdır.

¹ Kadının bekârlık soyadını evlendikten sonra kullanamaması, 1982 Anayasası'nın kanun önünde eşitliği düzenleyen 10. maddesi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) özel hayata ve aile hayatına saygıyı düzenleyen 8. maddesi ve yine aynı Sözleşmenin cinsiyete dayalı ayrımcılık yasağını getiren 14. maddesine aykırıdır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 2014/26423E nolu ve 30.09.2015 tarihli kararında "Anayasa'nın 90. maddenin beşinci fıkrası uyarınca, sözleşmeler hukuk sistemimizin bir parçası olup, kanunlar gibi uygulanma özelliğine sahiptir. Yine aynı fıkra göre, uygulamada bir kanun hükmü ile temel hak ve özgürlüklere ilişkin olan sözleşme hükümleri arasında bir uyumsuzluğun bulunması halinde, sözleşme hükümlerinin esas alınması zorunludur. Bu kural bir zımni ilga kuralı olup, temel hak ve özgürlüklere ilişkin sözleşme hükümleriyle çatışan kanun hükümlerinin uygulanma kabiliyetini ortadan kaldırmaktadır. Direnmeye konu yargılama kapsamında verilen kararın 4721 sayılı Kanun'un 187. maddesine dayanarak verildiği anlaşılmaktadır. Ancak, yukarıda yer verilen tespitler ışığında ilgili Kanun hükmünün sözü edilen Sözleşme hükümleri ile çatıştığı görülmektedir. Bu durumda, uyumsuzluğu karara bağlayan ilk derece Mahkemelerinin, AİHS ve diğer uluslararası insan hakları antlaşmaları ile çatışan 4721 sayılı Kanun'un 187. maddesini kararlarına esas almayarak, başvuru konusu uyumsuzluk açısından Anayasa'nın 90. maddesi uyarınca uygulanması gereken uluslararası sözleşme hükümlerini dikkate alması gerektiği sonucuna varılmaktadır. Somut olaya gelince: sebep önemli olmaksızın davacı evlilik birliği içinde sadece kızlık soy ismini kullanmak istemektedir. Kızlık soy isminin kullanmak istemek için haklı bir gerekçenin bulunmasına ihtiyaç bulunmamaktadır. Bu hak AİHS 8 ve Anayasa'nın 17. maddeleri kapsamında bir insan hakkıdır ve cinsiyete dayalı olarak bir ayrıma tabi tutulmaksızın erkek ve kadın arasında eşit şekilde uygulanmalıdır. Aksi durum AİHS'nin 14. maddesine aykırılık teşkil edecektir. Yukarıda açıklanan nedenlerle yerel mahkeme kararı usul ve yasaya uygun olup, onanmalıdır". Helvacı, Yargıtay'ın ilga kurumunun amaçlandığının söylenmesinin ilgili maddenin lafzını açmak olarak yorumlanabileceğini, Hukuk Genel Kurulu'nun kararlarının başka davalarda hukuken hâkimleri bağlamayacağından dolayı Türk Medenî Kanunu'nun 187. maddesinin varlığını koruduğunu bu itibarla söz konusu maddede değişiklik yapılmadığı sürece nüfus memuruna başvuran kadının evlilik içinde tek başına bekârlık soy ismini kullanması halen mümkün değildir. Bu sebeplerle bir an önce Türk Medenî Kanunu'na soyadı konusuna eşitlik ilklerine uygun düzenleme getirilmelidir. bkz. Serap Helvacı, "Son Yargı Kararları Işığında Altında Evli Kadının Soyadı", 1926'dan Günümüze Türk İsviçre Medenî Hukuku; Medenî Kanunu'nun ve Borçlar Kanunu'nun 90. yılı Uluslararası Sempozyumu, Yetkin, Ankara 2017, Cilt 2, 771- 788.

Evlilik ve aile hemen hemen bütün toplumlarda ve dinlerde kutsal sayılmıştır. Tekrar evlenmek bir yana uzun yıllar hatta asırlar boyunca boşanma kurumuna sıcak bakılmamıştır. Örneğin İncil'e dayalı Katolik Kilisesi yorumunda boşanmak yasaktır. Bu katı sistem İtalya'da 1978 yılına kadar uygulanmıştır.²

Dul kalmak ise eski toplumların birçoğunda bir kadının başına gelebilecek en büyük felaketlerden biridir. Eski Hindistan'da dul kalan kadınların tekrar evlenmesi yasaktı. Hatta eski bir Hindu - Germanik geleneğine göre İskandinav, Yunan, Hindistan, Mısır ve Bali'de dul kalmış kadın kendini kocasının cenaze ateşinin içine atarak diri diri yanmak zorundaydı.³

Türk Kanuni Medenîsi'nin kabulünden önce kocasından ayrılmış olan kadınla derhal evlenmek istemek veya buna rıza göstermek kadın açısından şeref ve haysiyete aykırı bir durum olarak değerlendirilmiş, kadının tekrar evlenebilmesi için belli bir süre beklemesi uygun görül-müştür.⁴ Öktem, mülga hükümlere göre erkekler için de belli durumlarda bekleme süresi olduğunu bunun da kadının bekleme süresince eski evliliğin gölgesinde bulunmasından kaynaklandığını vurgulamıştır.⁵

4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nda erkeğin evliliği son bulduktan hemen sonra tekrar evlenebilmesi için süreye ilişkin herhangi bir engel bulunmamaktadır. Oysaki Medenî Kanun'un 132. maddesindeki genel kural uyarınca kadın evliliği sona erdikten ya da eşi öldükten sonra üç yüz gün geçmeden tekrar evlenememektedir. Eğer kadın bu üç yüz günlük süre içerisinde doğurursa çocuk boşandığı eşinden sayılacak ve kadının kanuni bekleme süresi bitecektir. Kanuni bekleme süresi doktrin ve uygulamada halen iddet süresi⁶ olarak da anılmak-

² Nazif Kaçak, Açıklamalı İçtihatlı Boşanma Nafaka Mal Rejimleri Velayet, Kartal Yayınevi, Ankara 2004, 34.

³ Bu geleneğe sati denmektedir. Sati erdemli kadın demektir. Dul kalan erdemli kadın kocasıyla birlikte yanmalıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Yalçın Kayalı, "Eski Bir Hint Geleneği Sati" *Ankara Üniversitesi Dil ve Tarih - Coğrafya Fakültesi Dergisi*, Ankara 2013, C.53 S.1, 365-374.

⁴ İmran Öktem, İddet Müddeti ve Gebelik, *Ankara Barosu Dergisi*, Ankara 1945, C. 1 S: 11, 2.

⁵ Örn. 4 kadınla evli olan erkek bunlardan birini boşarsa onun iddeti bitmeden yeni bir kadınla evlenemezdi. İmran Öktem, 3.

⁶ Aslında iddet kelimesi süreyi belirttiği için "iddet süresi" denilmesi yanlıştır.

tadır. Bu sürenin kabul ediliş nedeni en uzun gebelik süresini karşılayan üç yüz günlük süre içerisinde kadının önceki evliliğinden hamile olup olmadığının belli olması ve böylelikle nesebin karışmasına engel olunabilmesidir.⁷

Medenî Kanun'un 132. maddesi uyarınca doğum ile bekleme süresi biter, ayrıca bir mahkeme kararına gerek yoktur. Doğum dışında kadının üç yüz gün bitmeden tekrar evlenebilmesi için iki yol vardır; birincisi boşandığı aynı eşyle tekrar evlenmek istemesi, ikincisi ise boşandığı eşinden hamile olmadığının anlaşılmasıdır. Bu iki halde de süresi mahkeme tarafından kaldırılmalıdır. Kadının hamile olmadığını bir rapor ile mahkemeye sunması, mahkemenin bekleme kararının kaldırılmasına karar vermesi ve bu kararın kesinleşmesi aylarca sürebilir. Ayrıca kesin evlenme engeli olmayan bekleme süresi dolmadan her nasılsa kadın tekrar evlenirse ikinci evliliği geçersiz sayılmamaktadır.

Bu çalışmada ilk olarak bekleme süresinin İslam Hukukundaki, eski Türk Medenî Kanunu'ndaki (Türk Kanunu Medenîsi) ve yeni Türk Medenî Kanunu'ndaki (Medenî Kanun) uygulamaları incelenmiştir. Sonraki bölümde bekleme süresinin kaldırılmasına ilişkin davanın görülmesine ilişkin kısa bilgiler verilmiştir. Yer yer, kaynak kanun olan İsviçre, Fransız ve Alman Medenî Kanunları ile karşılaştırmalar yapılmıştır. Bekleme süresine ilişkin hükmün amacı belirtildikten sonra nesebe ilişkin diğer hükümlerin varlığı karşısındaki durumu incelenmiştir. Son olarak bekleme süresi ile en temel insan haklarından olan evlenme hakkı ve kadın erkek eşitliği arasındaki ilişki incelenerek kanuni bekleme süresinin gerekliliği tartışılmıştır.

1. İSLAM HUKUKU DÖNEMİNDE KADININ İDDETİ

Osmanlı devletinde aile hukuku alanında İslam hukuku hükümleri uygulanmıştır. Ancak aile hukukunu düzenleyen sistematik bir aile hukuku kanunu olmadığından din ve mezhep farkları dolayısıyla uygulamada birliğe rastlanmamaktadır. Tanzimat'ın ilanından sonra

⁷ Aydın Zevkliler, Şeref Ertaş, Ayşe Havutçu, Damla Gürpınar, Yeni Medenî Kanuna Göre Medenî Hukuk 9. Bası, Turhan, Ankara 2015, 230; Serap Helvacı, Fulya Erlüle, Medenî Hukuk, 4. Bası, Legal, İstanbul 2016, 156.

ise kanunlaştırma hareketlerinden aile hukuku da nasibini almış ve 25 Ekim 1917 tarihinde Hukuk-ı Aile Kararnamesi yürürlüğe girmiştir.⁸ Kararname değişik mezhepler içerisinde en modern İslam hukuku kurallarını almıştır. Ancak Müslümanlara yönelik uygulamaları, İslam hukuku genel çerçevesi dışına çıkmamıştır.⁹

İslam hukukunda evlenmenin ölüm, adli boşanma ve talâk gibi hallerden biriyle sona ermesi halinde kadının yeniden evlenmesi için beklemesi gereken süreye *iddet* denilirdi. İslam hukukunda bu sürenin tayin amacı evlilik sonrası çocuğun nesebini ve babasını tayin etmektir. İslamiyet'ten önce cahiliye devrinde Arabistan'da kocaları ölen kadınlar bir yıl boyunca çadırlarına çekilip temizlik bile yapmadan yas tutarlardı. Kuran'ın II. Suresinin 234. ayeti "İçinizden ölenlerin geride bıraktıkları zevceler kendi kendilerine 4 ay ve 10 gün beklerler işte bu müddeti bitirdikleri zaman kendileri hakkında meşru *vech ile yaptıkları şeyden size günah yoktur...*" hükmü ile cahiliye dönemine ait bu adeti kaldırmıştır.

Ekinci, İslam Hukukunda iddetin evliliğin sona erme sebebine ve kadının özel durumlarına göre farklı süreleri olduğunu şöyle ifade etmiştir;

"Boşanma ve iddetleri farklı olduğu gibi; hayız gören¹⁰ veya görmeyen, hâmile veya çocuksuz hür ve köle kadınlar arasında da iddet cihetlerinde fark vardır. Hamile kadının iddeti ister boşanmış ister kocası ölmüş olsun çocuğunu doğuruncaya kadardır (Talak:4). Hamile olmayan boşanmış kadının iddeti evlilik sona erdikten sonraki ilk tuhur (temizlik) başından üçüncü hayızın (adetin) sonuna kadar olan zamandır (Bekara: 228). Cariyenin iddeti iki hayz müddetidir. Henüz adet görmemiş veya yaşlılık sebebiyle adetten kesilmiş kadınların iddeti üç ay; cariye ise bir buçuk aydır

⁸ Hukuk-ı Aile Kararnamesi, Aile hukukuyla ilgili ilk yazılı kanun olması, bütün mezhepleri ve dinlere (Hristiyan, Musevi) ilişkin kuralları düzenleyerek bu konuda dini liderlerin yetkilerini elinden alması dolayısıyla önemli bir Kanundur. Söz konusu yetkileri elinden alınan dini liderlerin itirazları da kararnamenin yürürlükten kaldırılmasında rol oynamıştır. Kararname Osmanlı Devletinde iki yıldan az süre yürürlükte kalmasına karşın Ürdün'de 1951 e kadar, Suriye'de 1953 e kadar, Lübnan'da ise sunni Müslümanlar için halen yürürlükte kalmıştır. Ebru Kayabaş, Osmanlı Devletinde Tanzimat Dönemi İtibarıyla Aile Hukuku'nun Geleşimi Aile Hukuku Kararnamesi, Filiz Kitabevi, İstanbul 2009, 105- 114.

⁹ Ebru Kayabaş, 115.

¹⁰ Regl, menstruasyon, âdet.

(*Talak:4*). *Hamile olmayan kadının kocasının ölmesiyle bekleyeceği iddet dört meshepte de dört ay on gündür, cariyeler için iki ay beş gündür. (Bekara: 228). Ümmü velet (efendisinden çocuğu olan cariyeye) efendisi ölse veya azatlınsa üç hayz, hayz görmüyorsa üç ay. Fasit nikâhla zifaf olunmuş kadında, erkek ölse bile, duruma göre hamilelik müddetince veya üç hayz veya üç ay iddet bekler. Hiç zifaf veya halvet olunmamış zevce bir kere boşanınca iddet beklemesine gerek yoktur, boşandığı gün bile başkası bile evlenebilir. Başkasının cariyesiyle evlenen kimse cariyenin efendisinden hamile olup olmadığı ortaya çıkması için hayz görene kadar beklemek mecburiyetindedir.¹¹*

İslam hukukunda eğer kadın regl görürse ve bu hususta yemin ederse bekleme süresi bitmiş kabul ediliyordu. İslam hukukunda kadının yeminine itibar ediliyor ve yeniden hâkimden karar alınmasına gerek kalmıyordu. Yine aynı hukukta zifaf olmadan birliktelik olmadan yapılan evlilikler boşanmayla sonuçlanırsa bekleme süresi uygulanmıyordu.¹² Ancak geçerli bir evlilikten sonra koca ölürse zifaf şartı aranmaksızın kadın vefat eden kocasının iddetini beklemek zorundaydı. Bunu sebebi vefat eden hocanın hatırasına hürmet olarak gösterilmektedir.¹³ Ayrıca dönülebilir nikâhta iddet kocaya ikinci bir nikâh yapmaya gerek olmadan karısına dönme imkânı tanıyan bir yöntem olarak uygulanmıştır.¹⁴ Ric'î nikâh olarak da anılan dönülebilir nikâhta bu süre içerisinde koca eşine dönüp dönmeyeceğini karar vermesi amacını güder.¹⁵

Eğer koca boşadığı ve iddete giren karısı ile bu süre bitmeden yeniden birleşmek isterse karısının rızasına, yeniden mehir vermesine ya da yeniden nikâh kıymasına gerek yoktur. Aslında kadının iyiliğine konulmuş bu hüküm zamanla kötüye kullanılmış erkekler tam bekleme süresi biteceği sırada kadını geri alıp tekrar boşamışlar ve böylece kadını sürekli olarak iddet içinde bulunmaya mecbur etmişlerdir. Ka-

¹¹ Ekrem Buğra Ekinci, Osmanlı, Adalet ve Mülk, Artı Sanat Yayınevi, İstanbul 2012, 458.

¹² Sabri Erdem, Yerli Yabancı İlmî ve Kazai İçtihatlarla Aile Hukuku, İstanbul Matbaacılık, İstanbul 1966, 60.

¹³ Mehmet Akif Aydın, İslam Osmanlı Aile Hukuku, Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Yayınları, İstanbul 1985, 49.

¹⁴ Halil Cin, Eski Hukukumuzda Boşanma, Selçuk Üniversitesi Yayınları, Konya 1988, 111.

¹⁵ Mehmet Akif Aydın, 49.

dınlar bu durumdan kurtulabilmek için aldıkları mehri geri vermeye ve boşanma sonucu alacakları mehirden de vazgeçmeyi kabul ederek bu belirsiz durumdan kurtulabilmişlerdir. Bu haksızlık üzerine II. Surenin 227. âyeti ve devamındaki âyetler inmiştir. Bu âyetlerde erkeklerin karılarını arka arkaya sadece iki defa boşayabilecekleri ve onlara verdikleri hiç bir şeyi iade alamayacakları; eğer eşlerini üçüncü kez boşarlarsa erkeklerin tekrar aynı eşleriyle evlenebilmeleri için karılarının üçüncü bir kişiyle evlenip boşanmış olması kuralı getirilmiştir.¹⁶

Cin, İslam Hukukunda erkek için de yeniden evlenmek için bekleme süresinin geçerli olduğu hallerin varlığını belirterek bazılarını şöyle sıralamıştır; Erkek, boşadığı kadının iddeti bitmedikçe onun kardeşi, teyzesi, halası ile evlenemez. Dört karısından birini boşamış olan erkek boşadığı karısının iddeti bitmeden bir beşinci kadınla evlenemez. Üçlü boşanma halinde kadın bir başkasıyla evlenip sonra ondan boşanıp iddetini doldurmadıkça eski kocası ile evlenemez. Hür karısını boşayan koca iddet sona ermedikçe bir cariye ile evlenemez.¹⁷

1917 tarihli Hukuk-ı Aile Kararnamesi nisbi evlenme engelleri arasında evliliğin boşanma, fesih ve ölüm nedeniyle sona ermesinde kadının yeniden evlenebilmesi için beklemesi gereken süre olan iddeti de saymıştır. Aynı kararname uyarınca hamile kadınla evlenmek yasaktır. Bu kuralın tek istisnası kadının zina sonucu hamile kalmasıdır.¹⁸ Bu halde zina yapan çiftin yaptığı evlilik geçerli olur.

2. TÜRK KANUNU MEDENÎSİ DÖNEMİNDE BEKLEME SÜRESİ

743 sayılı Türk Kanunu Medenîsi evlenmenin olumlu koşulunu; evlenecek kişide evlenme ehliyeti, olumsuz koşulunu ise evlenecek kişide evlenme engeli bulunmaması olarak belirlemiştir. Kesin evlenme engelleri; mevcut evlilik,¹⁹ yasak derecede hısımlık²⁰ ve akıl

¹⁶ Coşkun Üçok, Ahmet Mumcu, Gülnihal Bozkurt, Türk Hukuk Tarihi, Savaş Yayınları, Ankara 1999, 98.

¹⁷ Halil Cin, 116.

¹⁸ Ebru Kayabaş, 55.

¹⁹ 743 sayılı TKM m. 121/1 uyarınca kişi evliyken tekrar evlenirse ikinci evlilik mutlak butlan batıl sayılıyordu.

²⁰ 743 sayılı TKM m. 92/1 uyarınca alt ve üst soy kan hısımları arasında kaçınıcı dereceden olursa olsun evlenme yasağı mevcuttur. Alt ve üst soy evliliklerinde ne-

hastalığıyken,²¹ kesin olmayan evlenme engelleri evlatlık ilişkisi,²² gelecek kuşaklar için tehlikeli hastalıklar,²³ askeri öğrencilik statüsü, evliliğin sona ermesiyle doğan bekleme sürelerine uymama halleri olarak belirlenmiştir.

Türk Kanunu Medenîsi'nde kesin olmayan evlenme engellerinden olan evliliğin sona ermesiyle doğan bekleme sürelerine uymama kadının için söz konusu olan iddet²⁴ ve boşanma sonrası kusurlu eş için hükmedilen cezai bekleme²⁵ süresidir. İddet sadece kadına uygulanabilirken; boşanma sonrası kusurlu eş için hükmedilen cezai bekleme süresi ise hem erkekler hem de kadınlara uygulanabiliyordu.²⁶ TKM m. 122 uyarınca boşanma sonrası kusurlu eşe cezai bekleme süresi hükmedildiği halde hâkimin verdiği süre bitmeden evlenen eşlerin evliliği geçerli sayılıyordu. Erkek eşe cezai bekleme süresi olarak yorumlanabilecek bu cezai bekleme süresi 1988 yılında Türkiye'de; 1998 yılında ise İsviçre'de yürürlükten kaldırılmıştır.²⁷

sebin sahil olmaması önemli sayılmıyordu nesep sahil olmasa bile evlilik geçersizdi. Yan soylar üçüncü dereceye kadar birbirleriyle evlenemez. (kan hısımlıyla evlenme yasağı) TKM m. 92/2 uyarınca eşler boşansalar dahi birbirlerinin alt soyu ya da üst soyu ile evlenemezler. (kayın hısımlıyla evlenme yasağı).

²¹ 743 sayılı TKM m.89/2 uyarınca akıl hastalığı olan kimse asla evlenemez.

²² 743 sayılı TKM m. 93/3 uyarınca evlat edinenle evlatlığın evlenmesi yasaktır. TMK m. 121 uyarınca evlatlık ile evlat edinen evlenirlerse evlilikleri geçersiz sayılmaz.

²³ 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu; frengi, bel soğukluğu, yumuşak şankr, cüzzam gibi hastalıkları gelecek kuşaklar için tehlikeli hastalıklar olarak saymış, aynı kanunun 123. maddesine göre bu gibi hastalıkların iyileştiğine ya da bulaşıcı olmadığına dair rapor alınmadan hasta kişinin evlenemeyeceği belirtilmiştir. 124. maddesinde ise vereme yakalananların evliliklerinin altı ay ertelenmesine ilişkin bir hüküm bulundurmaktadır. Ancak Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nun 123. ve 124. maddelerine aykırı olarak yapılan evlilikler geçersiz sayılmaz. Bkz. Aydın Zevkliler; Beşir Acabey; Emre Gökyayla, Zevkliler Medeni Hukuk, Seçkin Yayınevi, Ankara 2000, 727.

²⁴ TKM m. 95, 96.

²⁵ TKM m. 142.

²⁶ Türk Kanunu Medenîsi m. 142 uyarınca hâkim evlilikleri biten eşlerden kusurlu olana belli bir süre evlenmeme cezası verebiliyordu. Memnuiyet müddeti olarak anılan, Türk Kanunu Medenîsi'nin 142. maddesi ile boşanma hükmünde kaba-hatli olan tarafın yeniden evlenemesi için hâkim, bir seneden fazla olmamak üzere bir müddet tayin etmektedir.

²⁷ Hüseyin Hatemi /Burcu Kalkan Oğuztürk, Aile Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2016, 59.

Sadece kadınlar için geçerli olan bekleme süresi ise TKM m. 95' de aşağıdaki şekilde düzenlenmiştir:

“ Kocasının vefatı veya boşanma sebebiyle dul kalan yahut evliliğinin butlanına hükmedilen kadın; vefattan, boşanmadan veya butlan hükmünden itibaren üç yüz gün geçmedikçe tekrar evlenemez. Doğurmakla müddet biter.

Kadının gebe kalması mümkün olmadığı veya boşanma ile ayrılmış olan karı ve koca tekrar birbirleriyle evlenmek istedikleri takdirde, hâkim bu müddeti kısaltabilir.”²⁸

Türk Kanunu Medenî'sinin sadece kadın için iddet koymasının sebebi kadının kocasının yasını tutmasını kanun yoluyla sağlamak değil; eski kocasından gebe olup olmadığının anlaşılmasıdır. Arsebük, eğer Kanun kocası ölen kadına belirli bir matem tutma devresi geçirtmek isteseydi, aynı şekilde karısı ölen kocaya da tekrar evlenebilmesi için iddet koyardı görüşündedir.²⁹

Egger, eski hukukta tekrar evlenmenin genellikle hoş karşılanmadığını bu sebeple hem kadın hem de erkek için intizar süreleri konulduğunu Zürih Medenî Kanunu uyarınca karısı ölen ya da karısından boşanan erkeklerin bile üç ay geçmeden evlenemediklerini belirtmiştir. Daha sonra yürürlüğe giren Alman,³⁰ Fransız³¹ ve İsviçre³² mevzuatlarında bu hüküm kaldırıp birinci evlenmenin sona ermesinden sonra sadece kadın için on aylık bir bekleme süresi belirlenmiştir.³³

İsviçre Eski Medenî Kanunu da aynı hükmü tekrarlayarak boşanmadan sonra on aylık süre içerisinde doğan çocukları da boşanma ile sona bulan evlilik içi doğmuş kabul ediyordu. Bu karinenin sebebi bekleme süresi içerisinde kadın tekrar evlenirse çocuğun nesebinin hangi babaya ait olacağını sorununa mani olarak gösteriliyordu. An-

²⁸ TKM m.95.

²⁹ Esat Arsebük, Medenî Hukuk cilt II, Recep Ulusoglu Basımevi, Ankara1940, 619.

³⁰ Eski Alman Medenî Kanunu m. 1313.

³¹ Eski Fransız Medenî Kanunu m. 228, 296.

³² Ahvali Şahsiyetin Tesbit ve Tescili ve Evlenme hakkında 24 12 1874 tarihli Federal Kanunu m. 28.

³³ A. Egger, Medeni Kanun Şerhi Aile Hukuku, Kenan Matbaası, İstanbul 1943, 75.

cak evlilikleri kocalarının gaip olması nedeniyle son bulmuş olan kadınlar için ayrıca bir bekleme süresine gerek duyulmuyordu.³⁴

İsviçre Medenî Kanunu'nda değişikliklerden önce bekleme süresi m. 103'de düzenlenmişti. Bekleme süresi 300 gün olarak belirlenmiş ve bu süre kocanın vefat ettiği günden, boşanma hükmünün kesinleştiği günden itibaren hesaplanmaktaydı. Eski Fransız Medenî Kanunu m. 296 uyarınca hâkim eğer tarafların ayrı yaşamasına karar veriyse bekleme süresi bu ayrılık kararı tarihinden itibaren hesaplanmaktaydı.³⁵

İsviçre, Alman ve Fransız Medenî Kanunları, bekleme süresinin kısaltılmasına istisna olarak, kadının ölü ya da diri doğurmasıyla bekleme süresinin biteceğini belirtmiştir. Bunun yanında hâkimin eşlerin tekrar birbirleriyle evlenmek istemeleri halinde ve kadının önceki evlilikten gebe kalmasının mümkün olmadığı hallerde kadın bekleme süresinden muaf tutulabilmekteydi. Önceki evlilikten gebe kalmadığını ispat yükü kadının üzeriydi. Kadın, uzun ve kesintisiz süre yurt dışında bulunduğunu, uzak yerde kesintisiz ikamet ettiğini ya da gece gündüz sürekli aynı iş yerinde çalışmasını ya da hastalık sebebiyle gebe kalmasına imkân olmamasını ispat edebilirdi. Bunlara ek olarak gebe olmadığını kesinlikle doktor raporu ile ispat etmesi gerekmektedir. İsviçre'de Federal Mahkeme hükümlerince³⁶ müddet kısaltıldıktan sonra doğan çocuklar ikinci evlilik içinde doğmuş sayılmaktaydı. Ancak nesebe itiraz olursa hâkim uyuşmazlığı çözmekteydi.³⁷ Benzer şekilde İsviçre Federal Mahkemesi 1930 tarihli bir kararında üç yüz günlük iddet süresi dolmadan tekrar evlenen kadının iddet süresi bitmeden doğan çocuğunun ikinci koca namına sicile kaydedilmesi gerektiğine hükmetmiştir.³⁸

Bekleme süresine uyulmaması hali TKM m. 122 ve İsviçre Medenî Kanunu m. 130'da düzenlenmişti. İsviçre'de doktrinde bekleme süresi bir şekil eksikliği gibi görülmüş ve evli çiftlerin rızası hilafına evlilik-

³⁴ Egger, 1943,75.

³⁵ Egger, 1943, 76.

³⁶ İsviçre Federal Adliye Nezareti, Schweizreiche Juristen Zeitung, 28, 117.

³⁷ Egger, 1943, 77.

³⁸ Sabri Erdem, Yerli-Yabancı İlmi Kazai İçtihatlarla Aile Hukuku (Evlenme Boşanma Nafaka) , İstanbul Matbaacılık, İstanbul 1966, 61.

lerinin fesih edilmesinin yarardan çok zarar getireceği bu sebeplerle bekleme süresi dolmadan evlenenlerin evliliklerinin geçerli sayılması gerektiği görüşü hâkimdi.³⁹

Her ne kadar bekleme süresi dolmadan yapılan evlilikler geçerli sayılsa da evlenme yasağına aykırı şekilde nikâhı kıyan memurlara yaptırımlar uygulandığı görülmüştür. Yargıtay 4. Ceza Dairesi, 2002 tarihli bir kararında, evlendirme yasağına uymadan evlendirme işleminde bulunan memura o tarihte yürürlükte bulunan Ceza Yasası m. 237/2 uyarınca mahkûmiyet cezası verilmesi hükmünü, iddet süresi bitmeden kadını evlendirmenin ön ödemeli suçlardan sayıldığı gerekçesi ile bozmuştur.⁴⁰

3. 4721 SAYILI TÜRK MEDENÎ KANUNU DÖNEMİNDE BEKLEME SÜRESİ

2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nun ikinci kitabı olan Aile Hukuku'nun birinci kısmını evlilik hukuku oluşturmaktadır. Bu kısmın nişanlanma ayırımı müteakip ikinci ayırımı ise evlenme ehliyeti ve engelleri konuludur. Türk Medenî Kanunu uyarınca geçerli bir evlilik sözleşmesi için tarafların evlenme ehliyetine sahip olmaları gerekmektedir. Evlenme ehliyeti ise evlenmek için gerekli olan ayırt

³⁹ Sabri Erdem, 1966, 102.

⁴⁰ Yargıtay 4. Ceza Dairesi E. 2002/5044 K. 2002/6746 T. 24.4.2002 Özet: Köy muhtarı olan sanığın önceki eşinden boşanmış olan kişiyi eski Medenî Kanun'un 95. maddesinde öngörülen 300 günlük iddet süresini beklemeden evlendirme eyleminde oluşan TCY'nin 237/2.maddesindeki suçun ön ödemeye tabi suçlardan olduğu gözetilmeden yargılama yapılarak mahkumiyet kararı verilmesi hatalıdır. Dava: Yerel Mahkemece verilen hüküm temyiz edilmekle, başvurunun nitelik, ceza türü, süresi ve suç tarihine göre dosya görüşüldü: Karar: Temyiz isteğinin reddi nedenleri bulunmadığından işin esasına geçildi.Vicdani kanunun oluştuğu duruşma sürecini yansıtan tutanaklar, belgeler ve gerekçe içeriğine göre yapılan incelemede başkaca nedenler yerinde görülmemiştir. Ancak; 1- Köy muhtarı olan sanığın önceki eşinden boşanmış olan Hanife Özkan'ın eski Medenî Kanun'un 95.maddesinde öngörülen 300 günlük iddet süresini beklemeden evlendirme eyleminde oluşan TCY'nin 237/2.maddesindeki suçun ön ödemeye tabi suçlardan olduğu gözetilmeden yargılama yapılarak mahkumiyet kararı verilmesi, 2- Son oturumda hazır bulunan sanığa en son sözün verilmesi gerektiği gözetilmeden hüküm kurularak, CYY'nin 251.maddesine uyulmaması, Yasaya aykırı ve sanık M. G.'ün temyiz nedenleri ile tebliğnamedeki düşünce yerinde görüldüğünden hükmün bozulmasına, yargılamanın bozma öncesi aşamadan başlayarak sürdürülüp sonuçlandırılmak üzere dosyanın esas/hüküm mahkemesine gönderilmesine, 24.4.2002 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

etme gücüne sahip olmayı ve evlenme yaşına erişmeyi zorunlu kılmaktadır.⁴¹

TMK m. 124 ve devamında evlenme ehliyeti açıklamıştır: Olağan evlenme yaşı kadın ve erkek için 17 yaşını doldurmuş olmaktır. 17 yaşını dolduran kadın ve erkek henüz 18 yaşını doldurmadığı için fiil ehliyetine⁴² sahip değildir. Bu sebeple 17 yaşını dolduran ancak 18 yaşını doldurmamayan kişi yasal temsilcisinin izni olmadan evlenemez. Aynı şekilde 18 yaşını doldurmuş olsa da kişi kısıtlanmışsa tam fiil ehliyetine sahip değildir. Bu sebeple kısıtlının da evlenebilmek için yasal temsilcisinin iznini alması gerekmektedir. Olağanüstü durumların ve pek önemli sebeplerin varlığı halinde on altı yaşını doldurmuş olan erkek ve kadının evlenmesine de hâkim karar verebilir. Bu durumda yasal temsilcilerin onayı zorunlu değildir. Ancak olanak buldukça hâkim evlenme kararı vermeden önce anne ve baba veya vasiyi dinler.

Evlenme ehliyetinin varlığı tek başına evlilik sözleşmesinin geçerli olması için yeterli değildir. Geçerli bir evliliğin kurulumu için evlenme ehliyetini olumlu şart olarak nitelendirirsek, bunun yanında olumsuz şartın yani evlenme engellerinin de gerçekleşmemiş olması gerekmektedir. Fakat evlenme engellerinin tümü evliliğin geçerliliğini aynı ölçüde etkilememektedir. Bazı evlenme engelleri evliliği kesin olarak hükümsüz kılarken, bazı evlenme engelleri ise evlenme sözleşmesinin geçerliliğini etkilememektedir.

Evlenme sözleşmesini kesin hükümsüz kılan evlenme engelleri kesin evlenme engelleri veya bozucu/infisahî evlenme engelleri olarak da anılabilmektedir.⁴³ Kesin evlenme engelinin bulunması halinde yapılmış olan evlilik en ağır hükümsüzlük derecesine yani mutlak butlan yaptırımına bağlanmıştır.⁴⁴ TMK m. 145 mutlak butlan yaptırımına sahip olan kesin evlenme engellerini; eşlerden birinin evlenme sırasında evli bulunması, eşlerden birinin evlenme sırasında sürekli

⁴¹ Ahmet M. Kılıçoğlu, Aile Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 2015, 44.

⁴² TMK m. 10'da fiil ehliyetine sahip olmanın koşulları belirlenmiştir. Bu koşullar; ayırt etme gücüne sahip olma, kısıtlı olmama ve ergin olmadır. Erginlik on sekiz yaşının doldurulmasıyla başlar.

⁴³ Bilge Öztan, Aile Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 2015, 148.

⁴⁴ Turgut Akıntürk, Derya Ateş, Türk Medenî Hukuku ve Aile Hukuku ikinci cilt 19. Bası, beta, İstanbul 2016, 72.

sebeple ayırtım gücüne sahip olmaması, eşlerden birinde evlenmeye engel olacak kadar akıl hastalığı bulunması ve eşler arasında evlenmeye engel olacak hısımlığın bulunması olarak sayılmıştır.⁴⁵

Evlenme sözleşmesini kesin olarak hükümsüz kılmayan evlenme engelleri; evlenme sözleşmesinin geçerliliğine etki etmeyen engeller, kesin olmayan evlenme engelleri, geciktirici/tâliki evlenme engelleri olarak da adlandırılmaktadır.⁴⁶ Kesin olmayan evlenme engelleri TMK m. 132'de düzenlenen kanuni bekleme süresi ve 1930 tarihli Umumi Hıfzıssıhha Kanunu m. 122-124'de düzenlenen nesebe zararlı kalıtsal hastalıklardır. Kesin olmayan evlenme engellerinden birinin varlığına rağmen her nasılsa evlilik yapılmışsa evliliğin butlanına karar verilmez, evlilik ahlaki sebeplerden geçerli sayılır.⁴⁷

Kadının kanuni bekleme süresine ilişkin madde İsviçre Medeni Kanunu'nun 26.06.1998 tarihli Federal Kanun ile 01.01.2000 tarihinden itibaren yürürlükten kaldırılan 103. maddesine dayanarak kaleme alınmıştır.⁴⁸ Kaynak kanunu olan İsviçre Medeni Kanunu'nda bekleme süresi evlenme engelleri arasından çıkarılmıştır. İsviçre Medeni Kanunu'nda evlenme engelleri akrabalık, evlatlık ilişkisi⁴⁹ ve önceki evliliğidir.⁵⁰

İddet, TKM'de müddetler başlığı altında m. 95 de ve m. 96 da düzenlenmişken, bu süre kadın için bekleme süresi şeklindeki tek başlık altında TMK m. 132'de aşağıdaki şekilde düzenlenmiştir:

⁴⁵ Her ne kadar mutlak butlan sebepleri arasında eşlerin aynı cinsiyetten olması yer almasa da yasa koyucu evliliğin doğası gereği kadın ve erkek arasında gerçekleşebileceğini göz önünde tutarak böyle bir düzenleme yapma gereği hissetmemiştir. Bunun yanında Medeni Kanun'da evlilik başvurusu ve evlenme yaşı gibi hükümlerde sık sık kadın ve erkek sözcüklerini kullanmaktadır. (Kılıçoğlu, 2015:44). Türk hukukunda evliliğin sadece kadın ve erkek arasında yapılması mümkündür. Bu sebeplerle aynı cinsiyetten iki kişinin evlenmesi de mutlak butlanla batıldır.

⁴⁶ Bilge Öztan, 2015, 154; Akıntürk ve Ateş, 2016, 80.

⁴⁷ Bilge Öztan, 2015:154.

⁴⁸ İlhan Helvacı, Gerekçeli Karşılaştırmalı İçtihatlı Notlu Türk Medenî Kanunu cilt II Aile Hukuku 12. Levha Yayınları, İstanbul 2013, 59.

⁴⁹ bkz ZGB 95 Jolanta Kren Kostkiewicz Ivo Schwander Stephan Wolf ZGB Handkommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch orel füsseli Zurich 2006, 97.

⁵⁰ bkz ZGB 96, Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Thomas Gieser, Basler Kommertar zum Schweizerischen Privatrecht, I Art. 1-456 ZGB, Helbing & Lichtenhahn, Basel Genf München, 2002, 628.

“Evlilik sona ermişse, kadın, evliliğin sona ermesinden başlayarak üç yüz gün geçmedikçe evlenemez.

Doğurmakla süre biter.

Kadının önceki evliliğinden gebe olmadığıının anlaşılması veya evliliği sona eren eşlerin yeniden birbiriyle evlenmek istemeleri hâllerinde mahkeme bu süreyi kaldırır.”⁵¹

TKM m. 95 ve m. 96’da hâkimin bekleme süresini kısaltabileceği ifade edilmiştir. Hâkimin süreyi kısaltma konusunda takdir yetkisi bulunmaktadır. Yürürlükteki TMK m.103 son fıkrada ise mahkeme bu süreyi kaldırır ifadesi bilinçli kullanılmıştır. Kadının önceki evliliğinden gebe olmadığıının anlaşılması ya da eşlerin tekrar evlenmek istemeleri halinde mahkeme süreyi tamamen kaldırmak zorundadır. Bu konuda hâkimin takdir yetkisi yoktur.

Evlendirme Yönetmeliği’nin 15. maddesinin c bendi, kadının kanuni bekleme süresini evlendirme engeli olarak saymıştır.⁵² Aynı Yönetmeliğin 23. maddesi uyarınca evlendirme memuru nikâh başvurusunda bulunan tarafların başvuru dosyasında herhangi bir evlendirme engeli tespit ederse evlendirmeyi reddeder. Bu engelin yokluğu ispatlanmadıkça taraflar evlenemez. Fakat her nasılsa kesin olmayan evlenme engeli olan kanuni bekleme süresine rağmen nikâh memuru başvuruyu reddetmez, evliliği yaparsa evlilik yine de geçerli olur. Kanuni bekleme süresi dolmadan kadının tekrar evlenmesi son evliliğini geçersiz kılmaz.⁵³

Doğurmakla ile süre kendiliğinden bitecektir. Çocuğun ölü doğması ya da kadının düşük yapması da doğum kapsamında değerlendirilmektedir.⁵⁴ Bu gibi durumlarda mahkeme kararına gerek yoktur.

⁵¹ İlhan Helvacı, 57,59.

⁵² Evlendirme Yönetmeliği m. 15 bend c) Kadın için kanuni bekleme süresinin dolmamış olması; Boşanmış, evliliğin butlanına hükmedilmiş veya kocası ölmüş kadın, boşanma veya evliliğin butlanına dair mahkeme kararı veya kocasının ölüm tarihinden itibaren üç yüz gün geçmedikçe yeniden evlenemez. Ancak kadın üç yüz günlük süre dolmadan önce doğum yaptığı veya mahkemece bu sürenin kısaltılmasına veya kaldırılmasına karar verildiği takdirde, kadın için bekleme süresi ortadan kalkar.

⁵³ Abdülkerim Yıldırım, Türk Aile Hukuku, Savaş Yayınevi, Ankara 2014: 30.

⁵⁴ Bilge Öztan, 154.

TMK, gaiplik halinde kadının bekleme süresine ilişkin bir hüküm içermemektedir. TMK m. 131 uyarınca gaipliğine karar verilen kocanın eşi, mahkemece evliliğin feshine karar verilmedikçe tekrar evlenemez. Evliliğin feshi, gaiplik başvurusuyla birlikte ya da ayrıca açılacak bir dava ile istenebilir. Ancak gaiplik kararı verilebilmesi en erken ölüm tehlikesi içinde kaybolma halinde bir, uzun süreden beri haber alamama halinde ise en son haber almadan itibaren beş yıl geçince istenebileceği için üç yüz günlük bekleme süresi çoktan dolmuş olacaktır. Bu sebeplerle gaiplik halinde bekleme süresinin önemi ya da uygulanabilirliği yoktur.

Dural gaiplik halinde üç yüz günlük bekleme süresinin önem kazanabileceği tek durumun kadının eşinin kaybolmasından itibaren üç yüz gün geçmeden hem evlenmesi hem de bu süre içinde bir çocuk doğurması olduğunu belirtmiştir. Bu durumda dahi ilk evlilik feshedilmeden ikinci evlilik yapıldığı için ikinci evlilik mutlak butlanla batıldır. Ancak TMK m. 156 uyarınca mutlak butlanla batıl olan bir evlenme butlana karar verilinceye kadar geçerli bir evlenmenin tüm sonuçlarını doğuracağı için çocuk hem ikinci evliliğin içinde doğduğu hem de birinci evliliğin sona ermesinden itibaren üç yüz gün geçmeden doğduğu için iki evlilik yönünden de evlilik içinde doğmuş sayılacaktır. Bu durumda karinelerin çakışmasına ilişkin TMK m. 290 uygulanacak ve aksi ispat edilmedikçe ikinci evlilikteki koca baba sayılacaktır.

4. BEKLEME SÜRESİNİN KALDIRILMASI DAVASI

Türk Medenî Kanunu m. 132 f. III da bekleme süresinin kaldırılması davası düzenlenmiştir. Kadının gebe olmadığına anlaşılması ya da boşanan eşlerin tekrar birbirleriyle evlenmek istemeleri hallerinde bekleme süresinin kaldırılması davası açılır.

1. Eşler Birbirleriyle Tekrar Evlenmek İsterse

Eğer eşler birbirleriyle bekleme süresi içerisinde tekrar evlenmek istediklerini beyan ederlerse mahkemenin bu konuda takdir yetkisi yoktur ve süreyi kaldırmak zorundadır.⁵⁵ Kadının bekleme süresine

⁵⁵ İlhan Helvacı, 59.

ilişkin hükmün nesep karışıklığını önlemek gerekçesiyle mevzuatımızda bulunmasına rağmen kanunun eşlerin tekrar birbirleriyle evlenmek istemeleri halinde bile bekleme süresi öngörmesi dikkat çekicidir. Arsebük, boşanan eşlerin tekrar birbirleriyle evlenmek isteseler dahi bekleme süresini kaldırmak için mahkemeye başvurmak zorunda olmalarını boşanmanın suiistimal edilmesini önlemek olarak açıklamaktadır.⁵⁶

2. Kadının Gebe Olmadığının Anlaşılması

Kadının, kanuni bekleme süresi bitmeden yeniden evlenmek istemesi halinde bekleme süresinin kaldırılmasına ilişkin dava açması gerekmektedir. Bekleme süresinin kaldırılması davası gebe olmadığının anlaşılması hukuki sebebiyle açılırsa bu durumun doktor raporuyla belgelenmesi gerekmektedir.⁵⁷

3. Usul Hükümleri

Bekleme süresinin kaldırılması davası, 2003 tarihli ve 4787 sayılı Aile Mahkemeleri Kuruluş Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun'un 4. maddesi uyarınca Aile Mahkemesinde görülmektedir. Aynı kanun m. 2 uyarınca Aile Mahkemesi kurulamayan yerlerde bekleme süresinin kaldırılması davası Asliye Hukuk Mahkemesinde açılmalıdır. 2003 tarihli ve 4787 sayılı Aile Mahkemeleri Kuruluş Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun'un yürürlüğe girmeden önce bekleme süresinin kaldırılması davasında görevli mahkeme Sulh Hukuk Mahkemesiydi. Görevsiz mahkemede dava açmak mahkeme tarafından kendiliğinden göz önünde tutulur. Bu nedenle görevsiz mahkemede bekleme süresinin kaldırılmasına ilişkin bir dava açılması halinde dosya görevli Aile Mahkemesine, Aile Mahkemesi kurulmamışsa Asliye Hukuk Mahkemesine gönderilmelidir.⁵⁸

⁵⁶ Eski Fransız Medenî Kanunu'nda boşanan eşlerin birbirleriyle tekrar evlenemeyecekleri hüküm altına alınmış bu sayede karı kocanın boşanma davası açmadan önce duygularıyla değil mantıklı bir karar vermeleri sağlanmaya çalışılmıştı. Arsebük 622, 623.

⁵⁷ Ömer Uğur Gençcan, Aile Hukuku, Yetkin Yayınları, İstanbul 2011, 303.

⁵⁸ Yargıtay 2. Hukuk Dairesi bekleme süresi ile ilgili E. 2003/1021 K. 2003/4465 31.3.2003 tarihli kararı: Taraflar arasındaki davanın yapılan muhakemesi sonunda mahalli mahkemece verilen ve yukarıda tarih numarası gösterilen hüküm tem-

Bekleme süresi, evlilik boşanma ile sona ermişse boşanmanın kesinleştiği tarihte başlar.⁵⁹ Bekleme süresinin kaldırılması davasında yetkili mahkeme kadının yerleşim yeri mahkemesidir. Bekleme süresinin kaldırılmasını isteyen kadın, davasını gebe olmadığı hukuki sebebine dayandırmışsa davayı hasımsız olarak açmalıdır. Gençcan, bekleme süresinin kaldırılması davasının eşlerin tekrar birbirleriyle evlenebilmelerini sağlayabilmek için açılması halinde, kadının açılan

yiz edilmekle evrak okunup gereği görüşülüp düşünüldü: Karar: Göreve ilişkin kurallar kamu düzeniyle ilgili olduğundan yeni kanunla kabul edilen görev kuralları geçmişe etkili olup, eldeki davalara da uygulanır. Görev kurallarına aykırılık hükmü kesinleşmesine kadar gerek mahkemece gerekse Yargıtay tarafından kendiliğinden göz önünde tutulur. Kadın için bekleme süresinin kaldırılmasına, TMK md. 132, 4787 sayılı Yasa'nın 9. maddesi ile yürürlükten kaldırılmış olup görevli mahkemenin Asliye Hukuk Mahkemesi olduğu açıktır. O halde mahkemece yapılacak iş; görevsizlik kararı verilerek dosyanın Asliye Hukuk Mahkemesine gönderilmesidir. Bu yön gözetilmeden verilen kararın bozulması gerekmektedir. Sonuç: Temyiz edilen kararın gösterilen sebeple bozulmasına, temyiz peşin harcının yatırana geri verilmesine, 31.03.2003 gününde oybirliğiyle karar verildi.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi 11211- 12163 sayılı ve 18.09.2008 tarihli kararında "Boşanmaya ilişkin ilamın 19.04.2006 tarihinde kesinleştiği görülmekle yabancı ilamın kesinleştiği görülmekle yabancı ilamın kesin hüküm veya delil etkisinin yabancı mahkeme kararının kesinleştiği 19.04.2016 tarihinden itibaren hüküm ifade edeceğine ve kesinleşme tarihinden itibaren 300 günlük süre (TMK 132. m) dolduktan sonra davacı kadın tarafından bekleme süresinin kaldırılması davası açıldığından davacı kadının dava açmakta hukuki yararı bulunmadığından hükmün sonucu itibarıyla doğru olduğunun anlaşılmasına göre onanmasına" karar verilmiştir. bkz. Gençcan, 2011:302.

Ömer Uğur Gençcan, 2011:304.

Ali Yarayan, Türk Medenî Hukuku Temel Bilgiler, Yetkin Yayınları, Ankara 2013, 269.

İlhan Helvacı, 59.

Gençcan, 2011:305/son ilişkin davaların Sulh Hukuk Mahkemesinde görüleceğine dair Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 8. maddesi II/4. Bendi, 4787 sayılı Yasa'nın 9. maddesi ile yürürlükten kaldırılmış olup görevli mahkemenin Asliye Hukuk Mahkemesi olduğu açıktır. O halde mahkemece yapılacak iş; görevsizlik kararı verilerek dosyanın Asliye Hukuk Mahkemesine gönderilmesi gerekir. Bu yön gözetilmeden verilen kararın bozulması gerekmektedir. Sonuç: Temyiz edilen kararın gösterilen sebeple bozulmasına, temyiz peşin harcının yatırana geri verilmesine, 31.03.2003 gününde oybirliğiyle karar verildi.

⁵⁹ Yargıtay 2. Hukuk Dairesi 11211- 12163 sayılı ve 18.09.2008 tarihli kararında "Boşanmaya ilişkin ilamın 19.04.2006 tarihinde kesinleştiği görülmekle yabancı ilamın kesinleştiği görülmekle yabancı ilamın kesin hüküm veya delil etkisinin yabancı mahkeme kararının kesinleştiği 19.04.2016 tarihinden itibaren hüküm ifade edeceğine ve kesinleşme tarihinden itibaren 300 günlük süre (TMK 132. m) dolduktan sonra davacı kadın tarafından bekleme süresinin kaldırılması davası açıldığından davacı kadının dava açmakta hukuki yararı bulunmadığından hükmün sonucu itibarıyla doğru olduğunun anlaşılmasına göre onanmasına" karar verilmiştir. bkz. Gençcan, 2011:302.

davada sona eren evlilikteki eşine husumet yöneltmesi gerektiğini belirtmiştir.⁶⁰

Bekleme süresinin kaldırılması davası hangi sebeple açılmış olursa olsun mahkemenin vereceği karar tespit niteliğinde olup evlenmeye izin verip vermeme konusunda mahkemenin takdir yetkisi bulunmamaktadır.⁶¹ Türk Kanunu Medenî'sinde hâkime bekleme süresini kısaltma yetkisi verilmişken, Türk Medenî Kanunu 132. madde uyarınca kadının gebe olmadığı anlaşılırsa ya da eşler tekrar evlenmek isterlerse hâkimin sürenin tamamen kaldırılmasına karar vermesi gerekmektedir.⁶²

Yabancı kadınlar için kendi milli hukukunda bekleme süresine ilişkin açık bir düzenleme yoksa bu hüküm uygulanmazken, eğer milli hukukunda bekleme süresine ilişkin açık hüküm varsa kendi milli hukukundaki hüküm uygulanır.⁶³

Hatemi, bekleme süresinin yerinde bir düzenleme olduğunu, ancak nesebin reddi davasını açma hakkının, baba olduğunu iddia eden kişiye verilmesinin erkeklik onuruna aykırı olduğunu ileri sürmektedir.⁶⁴ Hatemi konuyla ilgili çekincelerini aşağıdaki gibi ifade etmiştir:

“İddet müddetinin kanunda muhafaza edilmesi yerinde olmuştur. İkinci evliliğin karinesine üstünlük tanımak her olayda somut olay adaletine uygun olmayabilir. Şu halde soy bağının karışması ihtimalini önlemek için bu sürenin kanunda muhafazası daha uygundur. Ne var ki ikinci evliliğin karinesine üstünlük tanınması ve dolayısıyla sona eren evlilikteki eşe soy bağının reddi hakkının -koca dava açacak durumda ise - tanınmaması; kanaatimce çok kötü bir sonuç doğurmuş, karinelerin çakışması maddesinden (TMK m. 290) sonra gelen TMK m. 291 e göre baba olduğunu iddia eden kişiye de kocanın soy bağını reddetme hakkı verilmiştir. Bu ibare evli bir kadınla ilişkisini yüzüstü ilan eden ahlaksızlara da yarayabilir. ‘İmam nikahı’denilen fiili birliktelikler sona erdikten sonra kadının başkasıyla resmen evlen-

⁶⁰ Ömer Uğur Gençcan, 2011:304.

⁶¹ Ali Yarıyan, Türk Medenî Hukuku Temel Bilgiler, Yetkin Yayınları, Ankara 2013 269.

⁶² İlhan Helvacı, 59.

⁶³ Ömer Uğur Gençcan, 2011 :305

⁶⁴ Hatemi/Kalkan Oğuztürk, 58

mesi halinde erkeği babayı korumak amacıyla konan bu madde ahlaksızları koruyan madde haline gelmemiş midir?"⁶⁵

Doktrinde bizim de katıldığımız bekleme süresinin kaldırılması gerektiğini savunanlar ise gerekçe olarak günümüz teknolojisiyle gerçek babanın DNA testleriyle belirlenebilme olanağının varlığına ve TMK m. 290'da düzenlenen karinelerin çakışması hükümlerine dayanmaktadırlar.

Gençcan, babalık karinelerinin çakışması durumunda hangi karineye üstünlük tanınacağına TMK m. 290'da belirtilmiş olmasına rağmen yine de bekleme süresinin öngörülmesini aşağıdaki şekilde eleştirmiştir:

*"Çocuk evliliğin sona ermesinden başlayarak üç yüz gün içinde doğmuş ve ana da bu arada yeniden evlenmişse ikinci evlilikteki koca baba sayılır. Bu karine çürütülürse ilk evlilikteki koca baba sayılır. Karinelerin çakışmasına yönelik 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nda bu şekilde açık bir düzenleme bulunmasına rağmen kanun koyucu yine de evliliği sona eren kadın için bekleme süresi öngörmüştür. Paralel düzenleme olan İsviçre Medenî Kanunu'nun bekleme süresine ilişkin 103. maddesi yürürlükten kaldırılmıştır."*⁶⁶

Dural, bekleme süresinin günümüzde bir anlamı olmadığını aşağıdaki şekilde ifade etmektedir:

*"Belirtmek gerekir ki bugün DNA testleri ile % 99.99 a varan bir kesinlikle babanın kim olduğunun anlaşılabilirdiği düşünülecek olursa bu bekleme süresinin bir anlamı olduğu söylenemez. Kaldı ki MK 290, ananın ilk evliliğinden itibaren üç yüz gün geçmeden yeniden evlenmesi ve yine üç yüz gün geçmeden bir çocuk doğurması halinde kimin baba sayılacağına ilişkin bir karine getirilmiştir. Bu karine ile de babanın eski koca mı yoksa yeni koca mı olduğu belirlenebileceğine göre MK 132'nin tümüne gerek yoktur. Nitekim İsviçre'de ZGB Art. 257 ile MK 290 a paralel bir hüküm getirilince MK 132 yi karşılayan ZGB eski Art. 103 yürürlükten kaldırılmıştır."*⁶⁷

⁶⁵ Hatemi/Kalkan Oğuztürk, 58.

⁶⁶ Ömer Uğur Gençcan, 2011:301.

⁶⁷ Mustafa Dural, Tufan Ögüz, Mustafa Alper Gümüş, Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 2016, 60.

Kanımızca günümüz teknolojisi göz önünde bulundurulduğunda bir kadının hamile olup olmadığını anlamak için üç yüz gün beklemek manasızdır. Neredeyse her türlü sağlık kurumunda kolaylıkla yapılabilen kan testleriyle (HCG) şüpheli ilişkiyi müteakip bir hafta sonra bile gebelik tespit edilebilmektedir.⁶⁸ Bunun yanında kadının gebe olmadığı bir doktor raporu ile tespit edilebilecekken bu tespitin mahkeme tarafından yapılmasını beklemek de gereksiz zaman ve emek kaybına yol açacaktır. Ayrıca tekrar birbirleriyle evlenmek isteyen çiftlerin bile bu süreyi kaldırma davasını açmalarını zorunlu tutmak mahkemeleri boş yere meşgul etmektedir. Boşandıktan sonra tekrar birbiriyle evlenmek isteyen eşlere böyle bir zorunluluk getirmenin amacı nesebi korumak olarak gerekçelendirilemez.

5. CİNSİYET EŞİTLİĞİ VE AYRIMCILIK YASAĞI AÇISINDAN BEKLEME SÜRESİ

İslamiyet'ten önceki Türk toplumlarında kadın erkek eşitliği diğer ülkelere göre çok daha ileri seviyedeydi. Göçebe şartlarda yaşayan Türk toplumlarında kadınlar da erkekler gibi ata biner, ava çıkar, sürü sahibi olabilir, çiftçilik yapar, sosyal ve kültürel hayata katılırlardı. Dede Korkut Hikâyeleri, Orhun Kitabeleri, Eski Çin kaynakları incelendiğinde eski Türklerin kadına verdiği değer ve önem ortaya çıkmaktadır. Türk Hanları siyasi, askeri eşleri olan hatunları yanlarında bulundurmuşlar, fermanlarını genellikle Hakan ve Hatun buyurur ki diye başlatmışlardır. Eski Türklerde kadın evlenince soyadını korur ve kendi mal varlığı üzerinde tasarruf yetkisi vardır. Toplumun genelinde tek eşlilik yaygındır. Fatih ve Oğuz boylarında tek eşlilik hâkimken daha sonraları büyük şehir hayatına geçilmesiyle nadir de olsa üst tabakandan alt tabakaya doğru tek eşlilik geleneği bozulmaya başlamıştır. Eski Türklerde evli kadına tecavüzün cezası idamdır. Eski Türkler, çağdaşı olan ülkelerle kıyaslandığında kadına hukuki statü açısından çok daha fazla önem vermişlerdir.⁶⁹

⁶⁸ Detection of Early Pregnancy Forms of Human Chorionic Gonadotropin by Home Pregnancy Test Devices *Clinical Chemistry* 47:12 2131-2136 (2001) Vol. 47, Issue 12 December 2001 <http://clinchem.aaccjnls.org/content/clinchem/47/12/2131.full.pdf>

⁶⁹ Gül Akyılmaz, İslam ve Osmanlı Hukukunda Kadının Statüsü, Göksu Maatbacılık, Konya 2000,11-16.

İslam hukukunda kocasının ölümü anında gebe olmadığı kesin olan kadın⁷⁰ da 4 ay 10 gün beklemek zorundadır. Bunun gerekçesi ise babalığın tespiti değil kocanın hatırasına saygıdır.⁷¹ Ancak kadının ölümü halinde erkeğin karısının hatırasına saygı için 4 ay 10 gün beklemek gibi bir zorunluluğu yoktur.

4 Ekim 1926 tarihinde yürürlüğe giren 743 sayılı Türk Medeni Kanunu eski dine dayalı hukuk düzenini terk ederek tamamen farklı çağdaş modern, laik modern ve bazı ayrık durumlar dışında kadın erkek eşitliğini elden geldiğince gözeten bir sistem getirmiştir.⁷²

1961 Anayasası'nda eşitlik ilkesi "temel hak ve ödevler" kısmında düzenlemiştir. 1982 Anayasası ise eşitlik ilkesini "Genel Esaslar" kısmında düzenlemiştir. Özbudun, eşitlik ilkesinin genel esaslar kısmında düzenlenmesinin, eşitliğin temel bir devlet yönetimi ilkesi olarak düşünülmesi gerektiği görüşünü desteklediğini ileri sürmektedir.⁷³ Gözler, eşitlik ilkesinin 1982 Anayasası'nda düzenlendiği yer itibariyle devlet yönetimine egemen olan "bağımsız bir temel ilke niteliğinde" olduğunu, temel hak ve ödevler kısmında düzenlenmediği için bu ilkenin "temel hak" olmadığını savunmaktadır.⁷⁴

1982 Anayasası 10. maddesi, herkesin cinsiyet ayırt edilmeksizin eşit olacağını vurgular. 07.05.2004 tarihinde ve 5170 sayılı Anayasa değişikliğiyle bu maddeye "Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir" fıkrası eklenmiştir. 10. maddenin 2. fıkrasında düzenlenen kadın erkek eşitliğini yaşama sağlamakla alınacak tedbirlerin eşitliğe aykırı olarak yorumlanamayacağı hükmü, 12 Eylül Halkoylaması ile kabul edilen 07.05.2010 tarih ve 5982 sayılı Anayasa Değişikliği Kanunu ile kabul edilmiştir.

Pozitif cinsiyet ayrımcılığı, fiili kadın erkek eşitsizliklerini gidermek için seçilme kotası konulması, doğum izni alma gibi bazı alan-

⁷⁰ Henüz buluğa ermemiş zifafta bulunmamış karı koca ayrı yaşıyor.

⁷¹ Halil Cin, İslam ve Osmanlı Hukukunda Evlenme, ikinci baskı, Selçuk Üniversitesi Yayınları, Konya 1988, 120. (Cin, Evlenme)

⁷² Zevkliler, 47,48.

⁷³ Ergun Özbudun, Türk Anayasa Hukuku, 13. Baskı, Yetkin Kitabevi, Ankara 2012, 152,153.

⁷⁴ Kemal Gözler, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, Ekin Basım Yayım Dağıtım, Bursa 2016, 98.

larda kadınlara öncelik verilmesidir.⁷⁵ 10. maddenin 2. fıkrası, gerçek hayatta kadın erkek arasında bir eşitlik yoksa devlet kadınlar lehine pozitif ayrımcılık yaparak bu eşitliği fiilen gerçekleştirmelidir, şeklinde yorumlanabilir.⁷⁶

Eşitlik mutlak eşitlik ve nispi eşitlik olarak iki çeşittir. Kişisel ya da özel durumlar göz önünde bulundurulmaksızın herkese aynı kanunların uygulanması mutlak eşitliğin bir gereğidir.⁷⁷ Nispi eşitlik ise aynı durumda bulunan kişilere aynı işlemlerin uygulanmasıdır. Bu durumda *“farklı durumlarda bulunan kişiler, farklı işlemlere tabi tutulabilirler”*.⁷⁸ Bu ilkeye göre eşit olmayanlara farklı kanunların uygulanması eşitlik ilkesine aykırı görülmez.

Türk hukuk devriminin en büyük temel taşlarından biri sayılan 1926 tarihli Türk Kanunu Medenîsi, zamanla yaşanan çağın ve gelişen teknolojinin ihtiyaçlarına cevap veremez olunca Adalet Bakanlığı yeni bir medenî kanun için öntasarılar hazırlamaya başlamıştır.⁷⁹ 2001 tarihli Türk Medenî Kanunu hazırlanırken 1971 ve 1984 tarihli ön tasarılar, İsviçre Medenî Kanunu, Alman Medenî Kanunu, Fransız Medenî Kanunu kısmen de olsa İtalyan Medenî Kanunu’ndan faydalanılmıştır. Olanak buldukça da Türk ve İsviçre doktrininde ve yargı kararlarında ileri sürülen görüşlerden yararlanılmıştır.⁸⁰ Sonuç olarak ortaya çıkan yürürlükteki Türk Medenî Kanunu, önceki medenî kanunlardan farklı hükümler içeren ve özellikle kadın erkek eşitliğine her alanda yer veren bir kanun haline gelmiştir.⁸¹

Türk Medenî Kanunu gerekçesinde değişikliklerin, kadın erkek eşitliğini sağlamak için yapıldığı aşağıdaki gibi ifade edilmiştir:

“Değişikliklerin önemli ve oldukça büyük bir kısmı aile hukuku alanında ve özellikle kadın erkek eşitliğini zedelediği iddia edilen hü-

⁷⁵ Seda İrem Çakırca, Kadın Erkek Eşitliği Açısından MK. m. 187'nin Değerlendirilmesi, Rona Serozan'a Armağan, 12 Levha Yayınları, İstanbul 2010, 703,748, 708.

⁷⁶ Kemal Gözler, 97.

⁷⁷ Halil Kalabalık, İnsan Hakları Hukuku Kavram Uygulama Hak ve Ödevler, Seçkin, Ankara 2013, 384.

⁷⁸ Kemal Gözler, 100.

⁷⁹ Bilge Öztan, Türk Medenî Kanunu 2. Bası Turhan Kitabevi, Ankara, 2002 s.1, 6. (Türk Medenî Kanunu Genel Gerekeç).

⁸⁰ Türk Medenî Kanunu Genel Gerekeç bkz. 8.

⁸¹ Türk Medenî Kanunu Genel Gerekeç bkz. 8.

kümlerde yapılmış böylece bütün modern hukuk sistemlerinde benimsenmiş olan ve yürürlükteki Kanunda da büyük ölçüde yer verilmiş bulunan eşitlik ilkesi yeni düzenlemeyle daha da pekiştirilmiş bu ilkeye ters düşen düzenlemelerin hepsi değiştirilmiştir”.⁸²

Yüksel, kadın erkek eşitliğini “*eşitlerin eşitliği*” olarak tanımlayarak, “*eşit olmayanların eşitsizliği*”nin eşitlik ilkesini ihlal etmeyeceğini⁸³ buna uygun olarak da kadının biyolojik özelliği sebebiyle hak ehliyetine getirilen iddet süresi sınırlamasının kadın erkek eşitliğini bozan bir hüküm olarak algılanmaması gerektiğini savunmuştur.⁸⁴ Oysaki bu anlayış yukarıda açıklanan Türk Medenî Kanunu’nun değişikliklerinin kadın erkek eşitliğini sağlamak üzere yapılması anlayışına ters düşmektedir. 1982 Anayasası 10. maddesi 2. fıkrası, devlete kadın erkek eşitliğini sağlama görevi yüklemektedir.

1982 Anayasası’nın 90. maddesi uyarınca, usulüne uygun olarak yürürlüğe konulan temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası anlaşmalara, iç hukuka nazaran üstünlük tanınmıştır. Özellikle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, iç hukukumuzda nazaran üstün konumda kabul edilmektedir.⁸⁵ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 12. maddesinde evlenme ve aile kurma hakkını, 14. maddesinde ise korunan hak ve özgürlüklerden yararlananlar arasında ayrımcılık yapma yasağını düzenlemiştir.⁸⁶

Türkiye’nin 1985 yılında imzalayıp yürürlüğe koyduğu 1972 tarihli Birleşmiş Milletler Kadına Karşı Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi

⁸² Türk Medenî Kanunu Genel Gereke bcz. 10.

⁸³ Sera Reyhani Yüksel, Türk Medeni Kanunu Bakımından Kadın Erkek Eşitliği, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, (2014 Ankara) C.XVIII, , Sa 2, s. 182.

⁸⁴ Sera Reyhani Yüksel, 186,187.

⁸⁵ 2004 yılında yapılan Anayasa değişikliğiyle hiyerarşi bakımından usulüne uygun yürürlüğe konmuş anlaşmalar yasa hükmündedir. Ancak m.90 burada uluslararası anlaşmalar ile iç hukukun çatışmasında hangisine üstünlük tanınacağını belirlemek için uluslararası anlaşmanın temel hak ve özgürlüklere ilişkin olup olmadığını kıstas almıştır. Eğer bir uluslararası anlaşmanın hükmü temel hak ve özgürlükleri içermiyorsa bu anlaşma kanun hükmündedir. Bu sebeple temel hak ve özgürlüklere ilişkin olmayan bir uluslararası anlaşma hükmüyle iç hukuk kuralı çatışırsa lex posterior derogat ilkesi(eşit seviyedeki iki kanundan sonraki öncekini ilga eder)uygulama bulacaktır. Sonraki tarihli bir yasa temel hak ve özgürlüklere ilişkin değilse anlaşmayı bertaraf edebilecektir. Bcz. Melda Sur, Uluslararası Hukukun Esasları beta 9. baskı İstanbul 2015, 59, 60.

⁸⁶ Seda İrem Çakırca, 721.

(CEDAW) kadınların günlük yaşamlarını etkileyen din, gelenek, yasa kaynaklı cinsiyete dayalı ayrımcılığı sona erdirilmesini hedefleyen en temel insan hakları metinlerinden biridir.⁸⁷ CEDAW madde 16'ya göre kadın ve erkek evlilik sürecinde ve evliliğin son bulmasında eşit haklara sahip olacaklardır.

Kanımca, Türkiye'nin tarafı olduğu usulüne uygun yürürlüğe sokulan uluslararası anlaşmalar, 1982 Anayasası ve Medeni Kanunumuz kadın ve erkek arasında mutlak bir eşitlik sağlama amacı gütmektedir. Kadınlara erkeğin biyolojik farkından dolayı sadece kadın lehine olarak pozitif ayrımcılık yapılabilir ve kadının erkekten farklı olarak sahip olduğu biyolojik özelliklerin, kadının hak ehliyetini kısıtlar biçimde yorumlanması hem Türkiye'nin tarafı olduğu uluslararası anlaşmalara hem de Anayasamız ve Medeni Kanunumuzda⁸⁸ düzenlenen eşitlik prensibine aykırıdır.

6. EVLENME HAKKI VE BEKLEME SÜRESİ

İslam evlenme hakkına özel önem atfetmiş ve evlenme hakkını korumuştur. İslam Hukukunda kadın evlilik dışı bir ilişkiden gebe kaldıysa ve kendisini gebe bırakanla evlenecekse iddete tabi olmadan hemen evlenebilir. Bu çeşit evlenmelerin iyi olduğu konusunda mezhepler arasında fikir birliği vardır.⁸⁹

2001 tarihinde yürürlüğe giren Medeni Kanunumuz yüzyıllar öncesinde İslam Hukukunun iddet konusunda koyduğu kurallardan çok daha geridedir. Yukarıdaki bölümlerde izah edildiği gibi İslam Hukukunda iddet olaya ve kişiye göre değişiyordu. Boşanan kadınların hepsi de iddet beklemek zorunda değildi. En uzun iddet süresi 4 ay 10 gün olarak belirlenmişti. Oysaki yürürlükteki medeni kanunumuzda teknolojinin süratle değişimi göz önüne alınmamış süre 10 aya çıkarılmıştır. Kanunumuza 10 aylık süreyi almamızın sebebi olan kaynak

⁸⁷ İlyas Doğan, İnsan Hakları Hukuku, Astana Yayınları, Ankara 2015, 223; Ayrıntılı bilgi ve tam metin için bkz. <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/> (son erişim tarihi 14.08.2017)

⁸⁸ Medeni Kanun madde 8: "Her insanın hak ehliyeti vardır. Bütün insanlar hak ve fiil ehliyetini kullanmada eşittirler."

⁸⁹ Halil Cin, Evlenme, 120.

İsviçre Kanunu ve diğer Avrupa Kanunları, iddeti kanunlarından tamamen çıkararak neseple ilgili oluşabilecek sorunları bu konuya ilişkin olan karineler kısmında belirlemişlerdir.

Önceleri ölen eş ardından yas tutmak için konulan bekleme süresi sonraları soy bağının karışıklığının önlenmesi için aranmışsa da, günümüz tıp teknolojisi karşısında böyle bir endişeye mahal olmadığından, bu engelin yasada muhafaza edilmesi anlamsızdır ve evlenme hak ve özgürlüğüne aykırıdır.⁹⁰ Günümüzde bekleme süresi uygulaması bir çok ülkede gerek teknolojinin gelişmesi ve hamileliğin kolayca tespit edilebilmesi karşısında gerekse evlenme hakkının temel insan hakkı olması sebebiyle terk edilmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m. 12’de evlenme hakkı düzenlenmiştir: “ *Evlenme çağına gelen her erkek, kadın, bu hakkın kullanılmasını düzenleyen ulusal kanunlar uyarınca evlenmek ve aile kurmak hakkına sahiptir*”.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 1987 tarihli F-İsviçre davasında 1943 doğumlu F. 1963 yılından itibaren dört kez evlenmiştir. F 1983 yılında 3. eşinden boşandığında mahkeme boşanmada ağır kusurlu taraf olduğu için kendisine İsviçre Medeni Kanunu’nun o zaman yürürlükte olan 150. maddesi uyarınca 3 yıl evlenmeme cezası vermiştir. F iç hukuk yollarını tükettikten sonra kendisine verilen 3 yıl boyunca evlenme yasağının, evlenme hakkını ihlal ettiğinden dolayı söz konusu geçici evlenme engelinin kaldırılması için Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’ne başvurmuştur.⁹¹

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 12. maddenin evlenme hakkını teminat altına aldığını, evlenme hakkının kullanılmasının Sözleşmeciler Devletlerin kendi ulusal yasalarına tabi olsa da bu kısıtlamaların evlenme hakkının özüne zarar verecek bir şekilde ya da derecede olamayacağını belirtmiştir:

⁹⁰ Ayşe Havutçu, “Evlenmenin Geçersizliği Konusunda İsviçre ve Alman Hukukundaki Gelişmeler, 1926’dan Günümüze Türk İsviçre Medeni Hukuku”; Medeni Kanun’un ve Borçlar Kanunu’nun 90. Yılı Uluslararası Sempozyumu, cilt 2, 789- 815, Yetkin Yayınevi, 2017, 798.

⁹¹ Case of F v. Switzerland, 1987, App No; 11329/85, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57490> (Son erişim tarihi 12.10.2017)

“Bu “kısıtlamalar”, Avrupa Konseyi’ne üye tüm Devletler’de koşul olarak yer alır ve usule ya da esasa ilişkin kuralların birer parçasıdır. Usule ilişkin kurallar temel olarak evliliğin duyurulmasını ve nikah törenini, esasa ilişkin olanlar ise ehliyet, muvaffakat ve evliliğe engel teşkil eden durumlar hakkındadır.

12. maddede evlenmeyle yeniden evlenme arasında bir ayrım bulunmadığından, F’ye uygulanan evlenme yasağı, evlenme hakkının kullanılmasını düzenleyen kurallar uyarınca konmuştur... İhtilaf konusu tedbir, evlenme hakkının özünü etkilemiştir ve ulaşılmak istenen meşru amaçla orantısızdır. Bu nedenle 12. madde ihlal edilmiştir”.⁹²

Alman Medenî hukukunda yapılan değişikliklerle bekleme süresi evlenme engeli olmaktan çıkartılmış, evlenme engelleri önceki evlilik ve hısımlık olarak ikiye indirilerek evlenme özgürlüğünü sınırlama ma benimsenmiştir.⁹³

Ayrıca AIHS’nin 7 nolu ek protokolünün 5. maddesi eşler arasında eşitliği düzenlemektedir. Bu madde uyarınca; “ Eşler evlilikleri bakımından, evlilik süresince ve evliliğin sona ermesi durumunda, kendi aralarında ve çocukları ile ilişkilerinde medeni nitelikteki haklar ve sorumluluklarından eşit şekilde yararlanırlar. Bu madde devletlerin çocuklar yararına gereken tedbirleri almalarını engellemez.”⁹⁴ Bu hüküm uyarınca evliliği sona eren erkeğin iddet süresi beklemeden evlenebilmesi hakkında kadınların da yararlanabilmesi gerekmektedir.

SONUÇ

Bekleme süresinin kanunumuza girişinin amacı nesep karışıklığını önlemektir. Oysaki babalık karinesine ilişkin hükümler ve karinele rin çakışması Türk Medenî Kanunu m. 285 ve devamında düzenlemiş

⁹² Gilles Duterte, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler, Avrupa Konseyi Yayınları, 2003, 408.

⁹³ Ayşe Havutçu, “Evlenmenin Geçersizliği Konusunda İsviçre ve Alman Hukukundaki Gelişmeler, 1926’ dan Günümüze Türk İsviçre Medenî Hukuku”; Medenî Kanun’un ve Borçlar Kanunu’nun 90. yılı Uluslararası Sempozyumu, cilt 2, 789-815, Yetkin Yayınevi, 2017, 797.

⁹⁴ Şeref Gözbüyük/Feyyaz Gölcüklü , Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi 11. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2016, 363.

olup eski ve yeni kocanın babalık karinelerinin çakışması halinde kimin baba sayılacağı TMK m. 290'da belirlenmiştir. TMK m. 290 uyarınca çocuk, evliliğin sona ermesinden başlayarak üç yüz gün içerisinde doğmuş ise ve anne de bu arada yeniden evlenmiş olursa çocuğun babası ikinci evlilikteki kocadır.

Kadın ilk eşiyle boşandıktan sonra üç yüz gün içerisinde tekrar evlenir ve iddet süresi bitmeden çocuğu olursa, çocuğun babasının ikinci eş olacağı zaten aksi ispatlanabilir bir karine olarak kabul edilmiştir. İddet süresi ile ilgili maddenin nesebi korumak amaçlı bir madde olduğunu ileri süren görüş karşısında zaten nesebi koruyan bir maddenin bulunduğu göz önüne alınırsa iddet süresine ilişkin madde yürürlükten kaldırılmalıdır.

Kaynak İsviçre Kanunu'ndaki bekleme süresine ilişkin hüküm kaldırılarak soybağının varlığına ilişkin hüküm yeterli görülmüştür. Aynı şekilde bekleme süresine ilişkin hükmün Türk Medenî Kanunu'ndan da çıkartılmasının, nesep konusunda herhangi bir karışıklığa yol açmayacağı, yukarıda belirtilen hükümlerin varlığından dolayı açıktır.

Uygulamada mahkeme kararı ile iddet süresinin kaldırılması davası hasımsız olarak açılabilir hâkim kurulması haftalar hatta aylar alacaktır. İddetin kaldırılması hükmünün kesinleşmesinden önce iddetin dolması bile ihtimaller arasındadır. Günümüzde gelişen teknoloji neticesinde kadının gebe olup olmadığı kolayca ve kısa süre içerisinde tespit edilebilmektedir. Üç yüz gün boyunca kadının gebe olup olmayacağını, çocuk doğurup doğurmayacağını beklemek günümüz teknolojisi düşünülürse, çağ dışıdır. Kadınının gebe olmadığını doktor raporuyla sabit olduğu hallerde mahkemeye bekleme süresi için dava açması, zaman ve ekonomik olarak kayıptır.

Gerek Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmeler gerekse Anayasamız kadın erkek eşitliğini güvence altına almaktadır. Cinsiyet eşitliği ve evlenme hakkı en temel insan haklarından olup, hem ülkemiz örf adetlerince hem ülkemizdeki en yaygın din olan İslam dinince de evlenme kutsal ve teşvik edilen bir kurumdur. Türk toplumu olarak belki de Avrupa ve Amerika ülkelerinden en büyük farkımız, evlenmeye ve aile kurmaya verdiğimiz önemdir. Bu sebeplerle kadının evlenme hakkının önündeki engel olan iddet süresi kaldırılmalıdır.

Eşlerden birinin evliliğin herhangi bir şekilde sona ermesinden kısa süre sonra yeni biriyle evlenmesi toplumumuzda hoş karşılanmaz. Ancak bu hakkın erkeklere verilmişken kadınlara verilmemesi kadın erkek eşitliğine aykırı bir düzenlemedir. Kadının yaradılıştan doğurgan olması, onu cezalandırmak amacıyla kullanılmamalıdır. Ülkemizde boşanma sürecinin ortalama üç, dört yıl sürdüğü göz önünde bulundurulursa madem boşandın öyleyse üç yüz gün bekleyeceksin gibi kadının önüne bir engel koyulmaktadır. Sebebi ise kadının hamile olma olasılığı olarak gösterilmektedir. Kadının boşanma sürecindeki eşinden hamile kalma olasılığı hayatın olağan akışına göre çok düşük bir ihtimaldir. Kadın hamile kalmış olsa bile çocuğun nesebi evlilik içinde doğduğu baba sayılacaktır. Bu karine de aksi çürütülebilir bir karinedir. Böyle düşük bir olasılık için kadının en temel hakkı olan evlenme hakkının bu kadar uzun süre geciktirilmesi cinsiyetler arası eşitsizlik yaratır ve insan haklarına aykırıdır.

Kaynak İsviçre Medeni Kanunu'nda kadının bekleme süresi ile ilgili hüküm kanundan çıkarılmıştır. Aynı şekilde bekleme süresine ilişkin madde de kadın erkek eşitliğine ve evlenme hakkına aykırı olduğundan Türk Medeni Kanunu'ndan da çıkartılmalıdır. Bu hükmün kanundan çıkarılması halinde nesebe ilişkin herhangi bir sorun yaşanmayacaktır. Çünkü kadının boşanması ve tekrar evlenmesi hallerinde nesebe ilişki hükümler bellidir. Bekleme süresine ilişkin hükmün muhafaza edilmesinde direnilse bile en azından kadının gebe olmadığını gösteren doktor raporu ile evlenme dairesine başvurması ya da eski eşiyile tekrar evlenmek istediğini beyan etmesi ile bekleme süresi kendiliğinden kalkmış sayılmalıdır.

Kaynakça

- Arsebük Esat, Medenî Hukuk Cilt II, Recep Ulusoğlu Basımevi, Ankara 1940.
- Akıntürk, Turgut. ve Ateş Derya, Türk Medenî Hukuku Aile Hukuku: Beta 19. bası, İstanbul 2016.
- Akyılmaz Gül, İslam ve Osmanlı Hukukunda Kadının Statüsü, Göksu Matbaacılık, Konya 2000.
- Aydın Mehmet Akif, Eski Hukukumuzda Boşanma, Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Yayınları, İstanbul 1985.
- Cin Halil, Eski Hukukumuzda Boşanma, Selçuk Üniversitesi Yayınları, Konya 1988.

- Cin Halil, İslâm ve Osmanlı Hukukunda Evlenme, Selçuk Üniversitesi Yayınları, Konya 1988.
- Çakırca Seda İrem, Kadın Erkek Eşitliği Açısından MK. m. 187'nin Değerlendirilmesi, Rona Serozan'a Armağan, 12 Levha Yayınları, İstanbul 2010, 703- 748.
- Dural Mustafa; Ögüz Tufan; Gümüş Mustafa Alper, Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 2016.
- Egger A, Medenî Kanun Şerhi Aile Hukuku: Türk Medenî Kanunu mad. 82-169, Kenan Matbaası, İstanbul 1943.
- Ekinci Ekrem Buğra, Osmanlı Hukuku Adalet ve Mülk, Artı Sanat Yayınevi. İstanbul 2012.
- Erdem Sabri, Aile Hukuku: Evlenme Boşanma Nafaka, İstanbul Matbaacılık, İstanbul 1966.
- Gençcan Uğur Ömer, Aile Hukuku, İstanbul: Yetkin Yayınları, İstanbul 2011.
- Gilles Duterte, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler, Avrupa Konseyi Yayınları, 2003.
- Gözbüyük Şeref/Gölcüklü Feyyaz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi 11. bası Turhan Kitabevi, Ankara 2016.
- Gözler Kemal, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, Ekin Basım Yayım Dağıtım, Bursa 2016.
- Helvacı İlhan, Gerekçeli Karşılaştırmalı İçtihatlı Notlu Türk Medenî Kanunu Cilt II Aile Hukuku 12. Levha Yayınları, İstanbul 2013.
- Helvacı Serap, Erlüle Fulya, Medenî Hukuk, 4. bası Legal, İstanbul 2016.
- Helvacı Serap, Son Yargı Kararları Işığında Evli Kadının Soyadı, 1926'dan Günümüze Türk İsviçre Medenî Hukuku; Medenî Kanun'un ve Borçlar Kanunu'nun 90. yılı Uluslararası Sempozyumu, Cilt 2, 771- 788, Yetkin Yayınevi, Ankara 2017.
- Honsell Heinrich, Vogt Nedim Peter, Gieser Thomas, Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, I Art. 1-456 ZGB , Helbing & Lichtenhahn, Basel Genf München 2002.
- Hatemi Hüseyin, Kalkan Oğuztürk Burcu Aile Hukuku, İstanbul, Vedat Kitapçılık 2016.
- Kaçak Nazif, Açıklamalı İçtihatlı Boşanma Nafaka Mal Rejimleri Velayet Kartal Yayınevi, Ankara 2004.
- Kostkiewicz Kren Jolanta, Schwander Ivo, Wolf Stephan, ZGB Handkommertar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, orel füsseli, Zurich 2006.
- Havutçu Ayşe, Evlenmenin Geçersizliği Konusunda İsviçre ve Alman Hukukundaki Gelişmeler, 1926'dan Günümüze Türk İsviçre Medenî Hukuku; Medenî Kanun'un ve Borçlar Kanunu'nun 90. yılı Uluslararası Sempozyumu, Cilt 2, 789-815, yetkin, 2017.
- Kalabalık HalilaHal, İnsan Hakları Hukuku Kavram Uygulama Hak ve Ödevler, Seçkin, Ankara 2013.
- Kayabaş Ebru, Osmanlı Devletinde Tanzimat Dönemi İtibarıyla Aile Hukuku'nun Gelişimi Aile Hukuku Kararnamesi, Filiz Kitabevi, İstanbul 2009.

- Kayalı Yalçın, *Ankara Üniversitesi Dil ve Tarih Coğrafya Fakültesi Dergisi*, 53, 1 (2013).
- Kılıçoğlu Ahmet, *Aile Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara 2015.
- Özbudun, Ergun, *Türk Anayasa Hukuku*, 13. Baskı, Yetkin Kitabevi, Ankara 2012.
- Öktem İmran, *İddet Müddeti ve Gebelik*, *Ankara Barosu Dergisi*, Cilt 1 sayı 11, 1945 s.1-7.
- Öztan Bilge, *Aile Hukuku*, Turhan Kitabevi, 2015 Ankara.
- Öztan Bilge, *Türk Medenî Kanunu*, 2. bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2002.
- Sur Melda, *Uluslararası Hukukun Esasları*, Beta Yayınevi, 9. baskı, İstanbul 2015.
- Üçok, C., Mumcu A. ve Bozkurt G. *Türk Hukuk Tarihi*, Savaş Yayınevi. Ankara 1999.
- Yarayan Ali, *Türk Medenî Hukuku Temel Bilgiler*, Yetkin Yayınevi, Ankara 2013.
- Yıldırım Abdülkerim, *Türk Aile Hukuku*, Savaş Yayınevi, Ankara 2014.
- Yüksel Sera Reyhani, "Türk Medenî Kanunu Bakımından Kadın- Erkek Eşitliği", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* C. XVIII Sayı.2 :175-200, 2014.
- Zevkliler Aydın, Acabey Beşir; Gökyayla Emre, *Zevkliler Medenî Hukuk*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2000.
- Zevkliler Aydın, Ertaş Şeref, Havutçu Ayşe, Gürpınar Damla, *Yeni Medenî Kanun'a Göre Medenî Hukuk* 9. bası Turhan Kitabevi, Ankara 2015.
- Detection of Early Pregnancy Forms of Human Chorionic Gonadotropin by Home Pregnancy Test Devices *Clinical Chemistry* 47:12 2131-2136 (2001) Vol. 47, Issue 12
- December 2001 <http://clinchem.aaccjnls.org/content/clinchem/47/12/2131.full.pdf>
<http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/>

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİNİN KIBRISLA İLGİLİ VERDİĞİ KARARLARIN KKTC VE TÜRKİYE'YE ETKİSİ

THE EFFECT OF EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS' DECISIONS IN RELATION TO CYPRUS REGARDING TRNC AND TURKEY

Özde DEREBOYLULAR*
Perçem ARMAN**

Özet: Çalışma, Kıbrıs ile ilgili Türkiye aleyhine Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne yapılan başvuruların hem KKTC hem de Türkiye'ye etkilerini konu almaktadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Kuzey Kıbrıs'taki *de facto* durumdan hareketle, özellikle *Loizidou/Türkiye* ve *Kıbrıs/Türkiye* başvurularında, Kuzey Kıbrıs'ta etkin siyasal otoritenin KKTC değil Türkiye olduğunu vurgulamıştır. Bu bakımdan adanın Kuzeyi'ndeki tüm hak ihlallerinin de sorumlusunun Türkiye olacağına ilişkin içtihatı sabittir. Mahkeme, Türkiye'nin ulusal sınırları ötesinde ama yargı yetkisi alanında insan haklarını koruma yükümlülüğünü pozitif bir anlayışla açıklığa kavuşturmuştur. Böylelikle uluslararası toplum tarafından tanınmayan KKTC'deki insan hakları mekanizması bakımından ortaya çıkacak olası bir boşluğun önüne geçmektedir.

Anahtar Kelimeler: KKTC, İnsan Hakları, Mülkiyet Hakkı, Etkin Kontrol

Abstract: This study examined the effect of the European Court of Human Rights Decisions on both Turkey and the TRNC. European Court of Human Rights had stated that the political authority in North Cyprus is not TRNC but Turkey due to the *de facto* status of the territory. From this point on, all human rights violations concerning the North Cyprus is attributable to Turkey. Even though the TRNC is not officially within the national borders of Turkey, the Court accepts that it is within the jurisdiction of the country. This approach leads to filling a possible gap on the human rights mechanism gap in the TRNC which is not recognized by the international community.

Keywords: TRNC, Human Rights, Right to Property, Effective Control

* Arş. Gör., Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, ozde.dereboylular@neu.edu.tr, ORCID: 0000-0002-8729-3613

** Arş. Gör., Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Uluslararası Hukuk Anabilim Dalı, percem.arman@neu.edu.tr

GİRİŞ

1953 yılında yürürlüğe giren Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, insan hakları alanındaki mevcut sözleşmeler arasında en gelişmiş ve en etkili olanıdır. Sözleşmenin temel amacı ortak bir Avrupa kamu düzeni kurulmasıdır.¹ Taraf devletler, Sözleşmede tanınan hak ve özgürlükleri kendi yargı yetkileri içinde bulunan herkese sağlamakla yükümlüdür (AİHS m. 1). Sözleşmeci devletlerin yetki alanı kural olarak siyasal sınırlar içinde bulunan coğrafi bölgedir. Devletler kendi ülkelerinde meydana gelen ve kendi organlarının neden olduğu Sözleşmeye aykırı eylem ve işlemlerinden sorumludurlar. Ne var ki, gerek Komisyon gerekse Mahkeme, taraf devletlerin yer bakımından yetkilerinin ülke alanı ile sınırlı olmadığını; bu yetkinin ülke dışında devlet otoritesinin egemen olduğu yerleri de içerdiğini belirtmiştir.²

Bir devlet Sözleşmeyi onaylamakla, iç hukukunu Sözleşme ile uyumlu hale getirmeyi ve Sözleşmede yer alan hak ve özgürlüklerini iç hukukunda güvence altına alma ve korumayı taahhüt etmiş olur.³ Sözleşmenin getirdiği en önemli yenilik ise insan haklarının çiğnendiği iddiasıyla bireylerin, devlet karşısında haklarını uluslararası yargıya taşıyabilmesidir.⁴

Çalışmamız Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne Kıbrıs İlgili Türkiye aleyhine yapılan başvuruların hem Türkiye hem de KKTC'ye

¹ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Loizidou/Türkiye kararında, Sözleşmeyi Avrupa'da kamu düzeninin anayasal belgesi olarak nitelendirerek bu hususa dikkat çekmiştir. Bkz. AİHM'in Türkiye'ye karşı 23. 3. 1995 tarihli Louizidou kararı, BN. 15318/89, prg. 75.

² Gözübüyük/Gölcüklü, s. 58; Tezcan/Erdem/Sancakdar/Önok, s. 70 vd.; Faruk Bilir, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Yargılama Yetkisi, Ankara 2012, s. 84.

³ Mustafa Ruhan Erdem/Ömer Korkmaz "Yargılanmanın Yenilenmesi Nedeni Olarak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin İhlali", *Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, C. 5, S. 2, (2003), 182-212, s. 182; Rona Aybay, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Konusunda Bazı Genel Gözlemler ve 14. Protokol", *TBB*, 2010(88), 225-260, s. 243; Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem/Oğuz Sancakdar/Rifat Murat Önok, İnsan Hakları El Kitabı, Ankara 2016, s. 67.

⁴ David, Harris/Michael O'Boyle/Ed Bates/Carla Buckley, *Law of the European Convention on Human Rights*, London 2014, s. 6; Şeref Gözübüyük/Feyyaz Gölcüklü, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Turhan Yayınevi, Ankara 2016, s. 15; Erdem/Korkmaz, "Yargılanmanın Yenilenmesi Nedeni Olarak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin İhlali", s. 182; Erol Karaaslan, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Yapısı ve Yargılama Yöntemi", *ABD*, 2004/3, 107-130, s. 108.

etkilerini konu almaktadır. Bu bağlamda Kıbrıs ile ilgili meselelerde Mahkemenin Türkiye'ye attığı genel sorumluluk üzerine açıklamalarda bulunulacaktır. Devlet başvuruları ile başlayan bu sürecin, Türkiye'nin AİHM'in zorunlu yargı yetkisini tanımmasının ardından yapılan bireysel başvurulara dönüşmesine değinilecek, mülkiyet meselesinde gelinen son noktadan bahsedilecektir. Çalışmanın son bölümünde ise Kıbrıslı Türklerin AİHM'e başvuru koşulları üzerinde durulacak, AİHM tarafından verilen kararlara yer verilecektir.⁵

I. KKTC Hukuk Sisteminde Uluslararası Sözleşmelerin Yeri

KKTC Anayasası'nın 90/5. maddesine göre, *“Usulüne göre yürürlüğe konulmuş uluslararası andlaşmalar yasa hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesi olarak görev yapan Yüksek Mahkemeye başvurulamaz”*. Bu düzenleme, TC Anayasası'nın 90. maddesinin son fıkrası ile birebir aynı olmakla; kökleri daha da eskiye dayanmaktadır. 1960 yılında kurulan Kıbrıs Cumhuriyeti, 1962 yılında 39/1962 sayılı Yasa ile AİHS'i iç hukukun bir parçası haline getirmiştir. Söz konusu onay yasası Aralık 1963 olaylarından önce Kıbrıs Cumhuriyeti'nin parlamentosu olan, Kıbrıslı Türkler ile Kıbrıslı Rumların katıldığı, Temsilciler Meclisi tarafından kabul edilmiştir. 1975-1983 yılında Kıbrıslı Türkler tarafından kurulan KTFD Anayasası'nın geçici 1. maddesinde de bu durum korunmuş⁶ ve 1983 yılında kurulan KKTC'nin halen yürürlükte olan 1985 Anayasası'nın geçici 4. maddesinin 1. fıkrasında; *“Bu Anayasanın yürürlüğe girdiği tarihte yürürlükte olan mevzuat, bu Anayasa kurallarına aykırı olmadığı ölçüde yürürlükte kalır”* denilmek suretiyle mevcut durum korunmuştur.

⁵ Bu çalışmada atf yapılan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları doğrudan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin web sitesi HUDOC Database'den alınmıştır. Bkz. [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{) (ET. 22. 03. 2018).

⁶ KTFD Anayasası'nın geçici 1. maddesi şu şekildedir: *“16 Ağustos 1960 tarihli ve bu Anayasaya uygun olarak, 21 Aralık 1960 tarihine kadar kabul edilmiş mevzuatın; 28 Aralık 1967 tarihli Kıbrıs Türk Yönetimi Temel Kurallarının ve tadillerinin ve bunlara uygun olarak kabul edilmiş mevzuatın; Otonom Kıbrıs Türk Yönetimi Yürütme Kurulu ve Meclisinin 13 ve 18 Şubat 1975 tarihlerinde birleşik olarak yaptıkları toplantılarda alınan kararların ve bunlara uygun olarak yaptıkları toplantılarda alınan kararların ve bunlara uygun olarak kabul edilmiş mevzuatın; bu Anayasa uyarınca konulacak yasalara aykırı olmayanları, yürürlükte kalır”*.

AİHS'in insan hak ve özgürlüklerine ilişkin kuralları, Kıbrıs Cumhuriyeti'nde olduğu gibi, KKTC'nin de iç hukukunun bir parçasıdır.⁷ Nitekim KKTC Yargıtay'ı, önüne gelen pek çok davada bu durumu açıkça vurgulamıştır.⁸ Anayasa Mahkemesi ise, 26.6.2003 tarihli kararında, AİHS'in KKTC iç hukukunun bir parçası olduğunu ifade etmiş; ancak Sözleşmenin Anayasa gibi üst düzeyde değil de, yasalarla eşit uygulanması gerektiğini vurgulamıştır:

*“Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi iç hukukumuzun bir parçası olmakla birlikte hukuk normları hiyerarşisinde Anayasa gibi bir üst norm değildir. Yasaların Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine aykırılığını denetleyen ve aykırı olanların iptalini öngören bir iç prosedür yoktur. Dolayısıyla Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi iç hukuk haline gelmiş bir uluslararası sözleşme veya diğer herhangi bir yasa statüsünde kabul edip uygulamamız gerekir”*⁹

Ne var ki KKTC, bağımsız bir devlet olarak tanınmadığı için Avrupa Konseyi'ne üye olamadığı gibi, Sözleşmeye de taraf değildir.¹⁰ Avrupa Konseyi organları Konsey'e üye ve Sözleşmeye taraf olarak Kıbrıs Cumhuriyeti'ni tanımaktadır. İşte bu nedenle KKTC'de yaşamakta olan bireyler, iç hukuk yollarını tükettikten sonra, Sözleşmenin ihlalinden dolayı yapabilecekleri başvuruları KKTC aleyhine değil, şikayet konularına ve muhatabına göre, Türkiye veya Kıbrıs Cumhuriyeti aleyhine yapmaktadırlar.¹¹ Nitekim AİHM'in Türkiye ve Kıbrıs Cum-

⁷ Zaim Necatigil, Kıbrıs Uyuşmazlığı ve AİHM Kıskaçında Türkiye, Işık Kitabevi, Lefkoşa 2006, s. 1-23.

⁸ KKTC Yargıtay/Ceza bir kararında, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, KKTC iç hukuku bakımından uygulanırılığı gereken bir yasa olduğuna göre, bir ceza yargılamasında adil bir yargılanma yapılabilmesi için, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinin hükümleri dikkate alınmalı ve özellikle madde 6/3(b) fıkrası gereğince, sanığa savunmasını hazırlamak için gerekli zaman ve kolaylıklar sağlanmalıdır” diyerek Sözleşmenin iç hukukta uygulanması gereken bir belge olduğuna dikkat çekmiştir. KKTC Yargıtay Ceza, D. 44/2012, Dava No: 4/2013, Karar Tarihi: 19.6.2013. KKTC Yargıtay Ceza, D. 1-2-3/2001, Dava No: 2/2001, Karar Tarihi: 23.2.2001.

⁹ KKTC AYM, D. 24/202, Dava No: 4/2003, Karar Tarihi: 26.6.2003, s. 32-34.

¹⁰ Murat Metin Hakkı, “Property Wars in Cyprus: The Turkish Position According to International Law”, *Ankara Bar Review*, 2010/2, 43-56, s. 44.

¹¹ KKTC Yargıtay/Ceza bir kararında bu konu hakkında şu notu düşmüştür: “Görülebileceği gibi 39/62 sayılı yasa KKTC'de halen yürürlükte ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi bizim iç hukukumuzun bir parçasıdır. Bu durum KKTC'nin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine bağlı Avrupa Konseyi üyesi devletlerden

huriyeti aleyhine bu husustan ötürü pek çok kararı mevcuttur.¹²

Öte yandan KKTC sınırları içinde gerçekleştirildiği iddia edilen insan hakları ihlalleri için yabancı ülke vatandaşları gibi Kıbrıslı Rumlar da başvurularını yukarıda bahsedildiği üzere KKTC'nin Konseye üye olmaması nedeniyle Türkiye aleyhine yapmaktadır. Çalışmamızın genelinde de AIHM'in bu konudaki içtihatı değerlendirilecektir.

II. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Çerçevesinde KKTC'nin Sorumluluğu

1. Devlet Başvuruları

Devletlerarası başvuru, Sözleşmeye taraf bir devletin, bir başka Sözleşmeci Devletin Sözleşmeyi ihlal ettiği iddiasıyla Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne şikayette bulunmasıdır. Bu başvuru yolu, AIHS'in 33. maddesinde düzenlenmiştir.

Sözleşmeye taraf bir devlet, kendi vatandaşlarının yanı sıra, vatanı olmayan ya da taraf devletlerden birinin vatanı olmayan kişilerin, vatansızların, hatta şikayet ettiği devletin vatandaşlarının

biri olduğunu göstermektedir. Burada sorun Avrupa Konseyi'nin KKTC'yi değil Kıbrıs Rum yönetimini üye olarak kabul etmesidir. Halbuki Kıbrıs Cumhuriyeti, iki toplum liderini imzalarıyla kurulmuş bir ortaklık devleti idi. 21 Aralık 1963'de başlayan olaylar Kıbrıs Cumhuriyeti'nin ikiye bölünmesine neden olmuştur. Yasal açıdan Anayasayı değiştirmek isteyen ve zorla değiştirmeye teşebbüs eden Rum Yönetiminin değil değişikliğe karşı direnen Türk devletinin Kıbrıs Cumhuriyeti'nin devamı ve mirasçısı olması gerekiyordu. Buna rağmen Avrupa Konseyi Rum Yönetimini Kıbrıs Cumhuriyeti'nin devamı olarak tanımıştır. Ne var ki anıma siyasi bir karar olup yasal bir karar değildir. Bu nedenle KKTC'nin Kıbrıs Cumhuriyeti'nin yasal devamı ve mirasçısı olduğunu, dolayısıyla Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ni uygulayan bir Konsey üyesi olduğunu, yasal bir zeminde öne sürme mümkündür. Bu iddia örneğin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nde tartışılabilir" Yargıtay/Ceza, D. 1-2-3/2001, Dava No: 2/2001, Karar Tarihi: 23.2.2001. Ayrıca bkz. Zaim M. Necatigil, KKTC Cumhuriyeti'nde Anayasa ve Yönetim Hukuku, Işık Kitabevi Yayınları, Lefkoşa 2015, s. 42.

¹² Bkz. AIHM'in Türkiye'ye karşı 18.12.1996 tarihli Loizidou kararı, BN. 15318/89; AIHM'in Türkiye'ye karşı 31.3.2005 tarihli Adalı kararı, BN. 38187/97; AIHM'in Türkiye aleyhine 6.7.2009 tarihli Amer kararı, BN. 25720/02; AIHM'in Türkiye aleyhine 20.6.2011 tarihli Elewa kararı, BN. 36772/02; Kıbrıs Cumhuriyeti aleyhine verilen kararlara ise, AIHM'in Kıbrıs Cumhuriyeti'ne karşı 16.7.2002 tarihli Selim kararı, BN. 47293/99 örnek gösterilebilir. AIHM'in Türkiye ve Kıbrıs Cumhuriyeti'ne karşı 4.4.2017 tarihli Güzelyurtlu kararı, BN. 36925/07 sayılı kararında ise hem Türkiye hem de Kıbrıs Cumhuriyeti mahkum edilmiştir.

Sözleşmedeki haklarının ihlal edildiği iddiasıyla bir başka Sözleşmeci Devlet aleyhine başvuruda bulunabilir.¹³ Ancak, başvuruda bulunabilmesi için, Sözleşmenin 1. maddesi uyarınca ihlal iddiasının dayandırıldığı işlem ve eylemlerin Sözleşmeye taraf devletin *yargı yetkisi içinde* meydana gelmiş olması gerekir.

Devletlerarası başvuru yolu bugüne değin oldukça az kullanılmıştır. Sözleşmenin yürürlüğe girdiği 1953 yılından günümüze değin sadece 21 devlet başvurusu yapılmıştır.¹⁴ Bu durumun en önemli nedeni, devlet başvurularının siyasal niteliğidir. Nitekim bugüne dek uygulamada bu yolun büyük ölçüde siyasal baskı aracı olarak kullanıldığı görülmektedir. Ayrıca devletlerin Sözleşmeden doğan sorunları gizlilik içinde, diplomatik yollarla çözmeyi tercih etmeleri de bu durumun bir nedeni olarak gösterilebilir.¹⁵

Devletlerarası başvuruların önemli bir bölümünü Türkiye'ye karşı yapılan başvurular oluşturmaktadır. Günümüze dek yapılan 21 başvurunun 10 tanesi Türkiye'ye karşı yapılmıştır. Bu 10 başvurudan 4 tanesi ise Kıbrıs Cumhuriyeti tarafından yapılmıştır. "*Kıbrıs Başvuruları*" olarak anılan bu başvurular konumuz açısından önemli olduğundan incelenmesi yerinde olacaktır.

Kıbrıs Cumhuriyeti, Türkiye'nin Kıbrıs'a 1974 müdahalesinden sonra Türkiye aleyhine 4 ayrı devlet başvurusu dosyalamıştır. Avrupa İnsan Hakları Komisyonu, bu başvurulardan 19 Eylül 1974¹⁶ ve 21 Mart 1975¹⁷ tarihli olan ilk iki başvuruyu birleştirerek incelemiştir.

¹³ Yasemin Özdek, Avrupa İnsan Hakları Hukuku ve Türkiye-AİHS Sistemi ve AİHM Kararlarında Türkiye, Nadir Kitap Yayınları, İstanbul 2004, s. 50.

¹⁴ Devletlerarası başvuruların sayısı ile ilgili olarak çeşitli kaynaklarda farklı rakamlara rastlanmaktadır. Bu nedenle belirttiğimiz 21 başvuru sayısını açıklamakta fayda vardır. Danimarka, Norveç, İsveç ve Hollanda'nın 1967'de Yunanistan'a karşı yaptıkları başvuru, 4 ayrı başvuru olarak kayda geçmiştir. Yine, Danimarka, Fransa, Hollanda, Norveç ve İsveç'in 1982'de Türkiye'ye karşı yaptıkları başvuru, başvuru dilekçelerinin ayrı ayrı verilmesi sebebiyle 5 ayrı başvuru olarak kaydedilmiştir. Buna karşılık, Danimarka, Norveç ve İsveç'in 1970'te Yunanistan'a karşı başvuruları ortaklaşa yapıldığından, bu konu hakkında tek bir başvuru dosyayı açılmıştır. Geriye kalan başvuruların tümü hakkında birer başvuru dosyası açılmıştır. Bkz. http://www.echr.coe.int/Documents/InterStates_applications_ENG.pdf (ET. 22. 03. 2018).

¹⁵ Özdek, s. 52.

¹⁶ Kıbrıs/Türkiye, Başvuru no. 6780/74.

¹⁷ Kıbrıs/Türkiye, Başvuru no. 6950/75.

Kıbrıs birinci başvurusunda, Türkiye'nin 20 Temmuz 1974'te Kıbrıs'ta askeri operasyonlar yürüterek adanın kuzeyini işgal ettiğini, bu işgalin Ağustos 1974'te de adanın %40'ına kadar genişletilerek devam ettiğini, dolayısıyla Sözleşmenin 1, 2, 3, 4, 5, 6, 8, 13, 17. maddeleri ile Sözleşmeye ek 1 No'lu Protokolün 1. maddesini ve bu maddelerin her biri bakımından Sözleşmenin 14. maddesini ihlal ettiğini ileri sürmüştür.¹⁸

Kıbrıs ikinci başvurusunda, 19 Eylül 1974'te yaptığı ilk başvurusundan sonra da Türkiye'nin işgale devam ettiğini, dolayısıyla bu tarihten sonra da Sözleşmenin 1, 2, 3, 4, 5, 6, 8, 13, 17. maddeleri ile Sözleşmeye Ek 1 No'lu Protokolün 1. maddesini ve yine bu maddelerin her biri bakımından Sözleşmenin 14. maddesini ihlal ettiğini ileri sürmüştür.¹⁹

Türkiye, Kıbrıs'ın bu başvurularındaki iddialarına karşı, Kıbrıs Rum Yönetiminin Kıbrıs Cumhuriyeti'ni temsil yetkisi bulunmadığını, iç hukuk yollarının tüketilmediğini, Komisyonun yer bakımından yetkisiz olduğunu ve başvurunun kötüye kullanıldığını ileri sürmüştü de,²⁰ Komisyon Türkiye'nin bu itirazlarını reddederek, Rum Yönetiminin Kıbrıs Cumhuriyeti'ni geçerli olarak temsil ettiğine;²¹ Sözleşmenin 1. maddesi kapsamında Sözleşmenin uygulama alanının Sözleşmeciler devletlerin ulusal toprakları ile sınırlı olmadığı için, Türk silahlı kuv-

¹⁸ Kıbrıs bunlara ek olarak, Türkiye'nin ilgili askeri operasyonları ve işgali sırasında Türk silahlı kuvvetlerinin sistematik bir şekilde sivilleri öldürdükleri, işkence yaptıkları, yüzlerce kişiyi keyfi bir şekilde alıkoydukları, bu kişileri kölelik ve kuluk koşullarında çalışmaya zorladıkları, binlerce kişiyi evlerinden ayırarak geri dönmelerine izin vermedikleri, ailelerinin dağılmasına neden oldukları, mülklere kasti olarak zarar verdikleri ve bu davranışları sadece Kıbrıslı Rumlara yönelterek milli köken, ırk ve din bakımından ayrımcılık yaptıkları ileri sürülmüştür. Başvuru no. 6780/74 & 6950/75, s. 4, prg. I(1)(a)(1), (2), (3); Özdek, s. 106.

¹⁹ Kıbrıs bunlara ek olarak, Türkiye'nin işgal ettiği bölgede çoğunluğu sivil olmak üzere yaklaşık 3 bin kişinin kayıp olduğu, Türk silahlı kuvvetleri tarafından tecavüze uğrayan kadınlar olduğu, yaklaşık 200 bin Kıbrıslı Rum'un topraklarından sürgüne zorlandığı ve evlerine dönmelerine izin verilmediği, bu kişilerin evlerinin Türkiye'den getirilen Türklere dağıtıldığı, toplama kamplarında alıkonulan binlerce Kıbrıslı Rum'un çeşitli işkencelere maruz bırakıldığı ve zorla çalıştırıldığı, Kıbrıslı Rumların sahip olduğu değerli mallara elkonulduğu ve Türk mahkemelerinin bu suçları yeterli ve etkili bir şekilde yargulamak için herhangi bir önlem almadığı gibi iddialara dile getirilmiştir. Başvuru no. 6780/74 & 6950/75, s. 5, prg. I(2)((a)(1), (2), (a)(3).

²⁰ Başvuru no. 6780/74 & 6950/75, s. 8-9.

²¹ Başvuru no. 6780/74 & 6950/75, s. 19.

vetlerinin Kıbrıs'taki uygulamalarından Türkiye'nin sorumlu olduğuna ve Komisyonun başvuruları incelemeye yer bakımından yetkili olduğuna karar vermiştir.²² Ayrıca, Komisyon 20 Temmuz 1974'ten beri adanın Kuzey'inde etkili ve yeterli iç hukuk yollarının olmamasından dolayı Türkiye'nin iç hukuk yollarının tüketilmediği yönündeki itirazını da reddetmiş ve devletlerarası başvurularda başvurunun kötüye kullanıldığının ileri sürülemeyeceğine karar vererek başvuruları kabul edilebilir bulmuştur.²³

Komisyon, 10 Temmuz 1976'da kabul ettiği raporunda Türkiye'nin Sözleşmenin 2, 3, 5, 8, 13, 14. maddeleri ile Ek 1 No'lu Protokolün 1. maddesini ihlal ettiği sonucuna varmıştır.²⁴ Bakanlar Komitesi ise, bu başvurular hakkındaki 21 Ekim 1977'de DH(79)1 sayılı kararında Türkiye'nin Kıbrıs'ta insan haklarını ihlal ettiğini ve Kıbrıs'ta insan haklarının korunmasının iki topluluk arasında barışın ve güvenin yeniden kurulmasına bağlı olduğunu tespit ederek ihlallerin sona erdirilmesi ve tekrarlanmaması için gerekli önlemlerin alınmasına ve taraflara BM Genel Sekreteri gözetiminde toplumlararası görüşmelere çağrıda bulunmuştur. Komite bu kararıyla, Kıbrıs'ın Türkiye'ye karşı başvurusunun sonuçlandırıldığını da belirtmiştir.²⁵

Kıbrıs Cumhuriyeti, Türkiye'ye karşı üçüncü başvurusunu 6 Eylül 1977 tarihinde yapmış²⁶ ve önceki başvuruların sonuçlanmasından sonra da Türkiye'nin AİHS'i ihlale devam ettiğini ve ilk iki başvurudaki iddialarına ek olarak şikayetini kayıp şahıslar ve mülkiyet hakkını da kapsayacak şekilde genişleterek Türkiye'nin Sözleşmenin 1, 2, 3, 4, 5, 6, 8, 13, ve 17. maddeleri ile 1 No'lu Protokolün 1. ve 2. maddelerinin ve bu maddelerin her biri bakımından 14. maddesini ihlal

²² Başvuru no. 6780/74 & 6950/75, s. 21.

²³ Başvuru no. 6780/74 & 6950/75, s. 22-24.

²⁴ Kıbrıs/Türkiye, Başvuru no. 8007/77, s.1.

²⁵ Resolution DH (79) 1, 21 Ekim 1979; Özdek, s. 107. Necatigil, Bakanlar Komitesi'nin bu kararında Türkiye'yi açıkça kınamamasını, Kıbrıs'taki insan hakları ihlallerinden yalnızca bir tarafı sorumlu görmediği şeklinde yorumlamaktadır. Bkz. Zaim Necatigil, *The Cyprus Question and the Turkish Position in International Law*, Oxford 1989, s. 98; Necatigil, *Kıbrıs Uyuşmazlığı ve AİHM Kısacasında Türkiye*, s. 88.

²⁶ Kıbrıs/Türkiye, Başvuru No. 8007/77.

ettiğini iddia etmiştir.²⁷ Bu iddialara yanıt olarak Türkiye bir önceki başvurularındaki itirazları tekrarlamış, bunlara ilave olarak ise aynı başvurunun daha önce yapılmış olduğunu, başvurunun 6 aylık süre içinde yapılmamış olduğunu ileri sürerek başvurunun kabul edilmesini istemiştir.²⁸ Komisyon ise bu iddiaları Türkiye'nin Kıbrıs'taki ihlallerinin sürekliliğine dikkat çekerek reddetmiştir. Ayrıca başvurunun daha önce yapılmış olduğuna ilişkin itiraz da, devlet başvurularında uygulanamayacağına dayanarak reddedilmiştir. Komisyon başvurunun esası hakkındaki raporunu 4 Ekim 1983'te kabul ederek 2 Nisan 1992'de yayımlanmıştır. Raporda Türkiye'nin 5. ve 8. maddeleri ile 1. Protokolün 1. maddesini ihlal ettiği sonucuna varılmış²⁹ ve Komisyon bu kararıyla Kıbrıs'ın üçüncü başvurusu da sonuçlandırmıştır.

Kıbrıs Cumhuriyeti 22 Kasım 1994 tarihli dördüncü başvurusu ile Türkiye'nin Temmuz 1974'te Kıbrıs'ta gerçekleştirdiği askeri hareketin başlangıcından bu yana, Komisyonun 10 Temmuz 1976 ve 4 Ekim 1983 tarihlerinde benimsediği raporları ve Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin benimsediği kararları dikkate almaksızın, Sözleşmeyi sürekli olarak ihlal ettiğini öne sürerek Türkiye'nin Sözleşmenin 1, 11, 13, 14, 17 ve 18, maddeleriyle, 1 No'lu Protokolün 1, 2 ve 3. maddelerinin ihlal edildiğini iddia etmiştir. Türkiye, önceki başvurularda yönelttiği itirazları, bu başvurunun kabul edilebilirlik incelemesi sırasında da ileri sürmüştür. Komisyon ise, 28 Haziran 1996'da başvurunun kabul edilebilirliğine karar vermiştir.³⁰

Komisyon, raporunda önceki Kıbrıs başvuruları hakkındaki içtihadını yinelenmiştir. Bu başvuru, Kıbrıs Cumhuriyeti ve Komisyon

²⁷ Başvuru no. 8007/77, s. 2; Başvuruda Kıbrıslı Türklere ilişkin olarak, Kıbrıslı Türklerin işgal bölgesindeki kolonizasyon politikası nedeniyle haklarının ihlal edildiği de iddia edilmiştir. Kıbrıslı Türklerin, Türkiye'den gelen ve Kuzey Kıbrıs'a yerleştirilen Türkler tarafından sistematik bir biçimde şiddetei tehdite ve hakaretlere maruz bırakıldığı, ayrıca adanın güneyinden kuzeye geçen Kıbrıslı Türklerin, Güney'de kalan evlerine dönmelerinden engel olunmasından dolayı Sözleşmenin 3, 5, 6 ve 8. maddeleri ile 1 No'lu Protokolün 1. maddesini ihlal edildiği ileri sürülmüştür. Komisyon bu şikâyetler için, "elde bulunan veriler açısından, bu şikâyet konusunda herhangi bir sonuca ulaşmak için yeterli delil olmadığı" kanaatine varmıştır. Komisyonun 4 Ekim 1983 tarihli Raporu, s. 85-87; Özdek, s. 109.

²⁸ Başvuru no. 8007/77, s.2.

²⁹ Resolution DH (92) 12, 2 Nisan 1992, <https://rm.coe.int/16804a5615>.

³⁰ Kıbrıs/Türkiye, Başvuru No. 25781/94, prg. 3, 4, 18.

tarafından Mahkemeye taşınmıştır. AİHM, bu başvuru hakkında da Türkiye'nin Komisyon önünde ileri sürdüğü itirazları reddetmiştir. Bu bağlamda Mahkeme, özetle KKTC'nin uluslararası topluluk tarafından bir devlet olarak tanınmadığına dikkat çekmiş, dolayısıyla Kıbrıs Cumhuriyeti'nin Kıbrıs'taki tek meşru hükümet olduğunu belirterek Kıbrıs Cumhuriyeti'ni başvuruda bulunmaya yetkili Sözleşmeciler devlet olarak kabul etmiştir.³¹

Türkiye'nin Kıbrıs'taki sorumluluğu bakımından ise, bu başvuruda ileri sürülen iddiaların Sözleşmenin 1. maddesi anlamında Türkiye'nin "*yargı yetkisi*" içinde olduğunu belirtmiştir.³² Mahkeme KKTC'deki mevcut hukuk yollarının "*iç hukuk yolları*" olarak görülmesi gerektiği ve bu yolların etkinliğiyle ilgili sorunun, doğduğu özel koşullar içinde ele alınması gerektiği sonucuna varmıştır.³³ Mahkeme ileri sürülen şikayetler hakkında ise Sözleşmenin 2, 3, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 13. maddeleri ile 1. Protokolün 1. ve 2. maddelerine aykırılık saptamıştır.

AİHM'in yukarıda özetlenen Kıbrıs kararıyla, Kıbrıs sorunu da yeni bir boyut kazanmıştır. Türkiye, devletlerarası bir başvuruda ilk kez bir yargı kararıyla Kıbrıs'taki insan hakları ihlallerinden dolayı mahkum edilmiştir.³⁴ Bakanlar Komitesi, birinci ve ikinci Kıbrıs başvuruları hakkında Kıbrıs sorununun çözülmesi için toplumlararası görüşmelerin başlatılması çağrısında bulunarak başvuruları sonuçlandırmış; üçüncü Kıbrıs başvurusunda ise, Komisyon raporunun kabulünden yaklaşık 10 yıl sonra yayımlanmasına karar vermekle yetinmiştir. Türkiye bu raporu yine de uygulamamıştır.³⁵

Komisyon, Sözleşmenin 1. maddesinde geçen "*yargı yetkisi*" kavramını geniş biçimde yorumlayan içtihadını büyük ölçüde bu başvuruları incelerken geliştirmiş ve KKTC'deki uygulamalardan

³¹ AİHM'in Türkiye'ye karşı 10. 5. 2001 tarihli Kıbrıs kararı, BN. 25781/94, prg. 61.

³² AİHM'in Türkiye'ye karşı 10. 5. 2001 tarihli Kıbrıs kararı, BN. 25781/94, prg. 80.

³³ AİHM'in Türkiye'ye karşı 10. 5. 2001 tarihli Kıbrıs kararı, BN. 25781/94, prg. 88.

³⁴ Her ne kadar, Komisyon daha önceki Kıbrıs başvuruları hakkında kabul ettiği raporlarda Türkiye'nin Sözleşmeyi ihlal ettiği sonucuna varmış olsa da, Komisyon raporları bağlayıcı nitelikte değildir. Gözler'e göre, "Komisyon'un raporu bir "mahkeme kararı" değil, bir "görüş"tür. Bu görüş ise tarafları bağlamaz". Bkz. Gözler, Kemal, "Bireysel Başvuru ve Kıbrıs Sorunu", İnsan Hakları Yıllığı, C. 15, (1993), 165-174, s. 173, <http://www.anayasa.gen.tr/loizidou.htm> (ET. 22. 03. 2018). Ayrıca bkz. Özdek, s. 112.

³⁵ Gözler, s. 173.

Türkiye'nin AİHS çerçevesinde sorumlu olduğuna karar vermiştir. Buna karşılık, Kıbrıs sorununun giderek soğuduğu ve fiili durumuyla istikrar kazandığı bir dönemin sonunda, 1993'te Türkiye'ye karşı bireysel başvuruda bulunan Kıbrıslı Rum vatandaşlar *Chrysostomos* ve *Papachrysostomou*,³⁶ *Louzidou*³⁷ hakkındaki raporlarında, Komisyon -her ne kadar Sözleşmenin 1. maddesi hakkındaki yorumunu teorik olarak muhafaza etmiş olsa da- Türkiye'nin Kuzey Kıbrıs'taki sorumluluk alanı bakımından bir ayrıma gitmiştir: Komisyon, Kıbrıs'taki "sınır alanı"nın ve "tampon bölge"nin Türk güçlerinin kontrolü altında olduğunu, buna karşılık KKTC'nin geriye kalan bölgelerinde Kıbrıslı Türk yetkililerin belirli iktidarları kullandıklarını belirterek bu bölgelerde Türkiye'ye atfedilebilecek bir sorumluluk alanı olmadığı yaklaşımını benimseme yoluna gitmiştir.³⁸ Ancak aradan geçen birkaç yıl içinde Komisyon bu içtihadını değiştirmiş ve bu ayrımı sürdürmeye devam etmeyeceğini dördüncü Kıbrıs başvurusu hakkındaki raporunda açıkça belirtmiştir.³⁹ Ayrıca Komisyon bu başvuru hakkındaki raporunda KKTC'yi, "Türkiye'nin Kuzey Kıbrıs'taki bağımlı yerel yönetimi" olarak adlandırmıştır.⁴⁰

2. Bireysel Başvurular

Sözleşmeci Devletlerden birinde yaşayan birey iç hukuk yollarını tükettikten sonra hakkın ihlalinin tespiti için AİHM'e başvurma olanağına sahiptir. AİHS'i, insan haklarının korunmasını amaçlayan belgelerden ayıran en önemli özelliği de budur. Bir başka ifadeyle bireye devleti uluslararası bir yargı organı nezdinde dava edebilme yetkisi tanıyan bireysel başvuru hakkının getirilmesidir.⁴¹

³⁶ Komisyonun Türkiye hakkında 8 Temmuz 1993 tarihli *Chrysostomos* ve *Papachrysostomou* raporu, BN. 15299/89 ve 15300/89, prg. 90-102; 161-171.

³⁷ Komisyonun Türkiye hakkında 8 Temmuz 1992 tarihli *Lozidou* raporu, BN. 15318/89, prg. 94-95.

³⁸ Özdek, s. 113.

³⁹ Komisyonun Türkiye hakkında 9 Temmuz 1999 tarihli Kıbrıs raporu, BN. 25781/94, prg. 97-98.

⁴⁰ Komisyonun Türkiye hakkında 9 Temmuz 1999 tarihli Kıbrıs raporu, BN. 25781/94, prg. 102.

⁴¹ *Harris/O'Boyle/Bates/Buckley*, s. 13; Hasan Tunç, "Uluslararası Hukukta Gerçek Kişinin Sülüğü Sorunu Çerçevesinde Bireysel Başvuru Hakkı", *Polis Dergisi Cumhuriyeti'nin 80. Yılına Armağan*, Yıl: 9, S: 36, Temmuz-Ağustos-Eylül 2003, s. 80.

Sözleşmenin 1. maddesine göre, AİHS'e taraf devletler, "kendi yetki alanları içinde bulunan herkesin, bu Sözleşme'nin birinci bölümünde açıklanan hak ve özgürlüklerden yararlanmalarını" sağlamakla yükümlüdürler. Böylelikle Sözleşmeciler Devletler, Sözleşme ve Ek Protokollerinde düzenlenmiş bulunan hak ve özgürlükleri, yetki alanlarında yaşayan herkes için kabul etmiş sayılmaktadırlar. Madde metninde yer alan "herkes" ifadesi Sözleşmenin bireysel başvuruyu düzenleyen 34. madde hükmü göz önünde bulundurularak değerlendirilmelidir. 34. maddede hak ihlali iddiasıyla bireysel başvuru yapabilecekleri "her gerçek kişi, hükümet dışı her kuruluş veya kişi grupları" olarak gösterilmektedir. Buradan hareketle kişinin yaşına, milliyetine ve dinine bakılmaksızın her gerçek kişinin, tüzel kişilerin ve tüzel kişiliği bulunmayan hukuksal varlıkların, Sözleşmeye taraf bir ülkenin yetki alanı içinde bulunması şartıyla bireysel başvuru hakkına sahip olduğu anlaşılmaktadır.⁴²

Türkiye, 28 Ocak 1987'de Avrupa İnsan Hakları Komisyonu önünde bireysel başvuru hakkını, 26 Aralık 1989'da ise Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin yargı yetkisini tanımış ve ancak bu tarihlerden sonra meydana gelecek ihlallerden sorumlu olacağını bildirmiştir.⁴³ Bireysel başvuru hakkının tanınmasının Türkiye'de insan haklarının korunup geliştirilmesi açısından önemli bir gelişme olduğu konusunda bir duraksama yokken, bu hakkın Türkiye'nin ulusal çıkarlarını zora soktuğu da söylenebilir.⁴⁴ Bu durumun en temel nedeni bireysel başvuru hakkının tanınmasından itibaren Kıbrıslı Rumlar tarafından Türkiye aleyhine yapılan başvurulardır. Türkiye'nin bireysel başvuru hakkını ancak "üzerinde Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının uygulandığı ülke sınırları içinde" tanıdığı yönündeki 28 Ocak 1987 tarihli beyanına rağmen AİHM önüne gelen pek çok başvuruda bu savunmanın geçersiz olduğuna karar vermiştir.⁴⁵

⁴² Rona Aybay, İnsan Hakları Hukuku, Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2017, s. 181-182.

⁴³ Serkan Cengiz, "AİHM Kararlarının İç Hukuka Etkisi", *TBB*(79), 2008, 334-350, s. 338; Yaprak Renda, "Loizidou Kararından Bugüne Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Kararları ve Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi Kararlarının Kıbrıs'taki Mülkiyet Sorununa Etkisi", *ABD*, 2013/1, 389-397, s. 389.

⁴⁴ Gözler, s. 165.

⁴⁵ Bkz. Chrysostomos/Türkiye, 25. 7. 1989, BN. 15299/89; Papachrysostomou/Türkiye, 25. 7. 1989, BN. 15300/89. Buna karşılık Kıbrıs Cumhuriyeti'nin 9 Ağustos 1988 bireysel başvuru hakkını tanıırken yapmış olduğu "Türkiye tarafından Kıbrıs

Çalışmamızın ilerleyen bölümünde Türkiye'nin Kıbrıs ile ilgili meselelerde insan haklarını koruma yükümlülüğü incelenecektir. Bu kapsamda Kıbrıslı Rumlar tarafından AIHM'e Türkiye aleyhine mülkiyet hakkı ile ilgili yaptığı başvurular değerlendirilecektir.

a. Türkiye'nin Kuzey Kıbrıs'ta İnsan Haklarını Koruma Yükümlülüğü

(1) Mülkiyet Hakkı

AIHS'e Ek 1 No'lu Protokol'ün 1. maddesiyle güvence altına alınan mülkiyet hakkı, kişilerin malvarlıklarına ulaşma, yararlanma ve üzerinde tasarrufta bulunma hakkı ve yetkisi tanımaktadır. AIHS ile tanınan bazı haklar mutlak ve sınırlanamaz nitelikteyken, kimi hak ve özgürlükler ise mutlak nitelikte değil, sınırlanabilir niteliktedir. Mülkiyet hakkını düzenleyen 1 Nolu Protokol'ün 1. maddesinin lafzından anlaşılacağı üzere, mülkiyet hakkı mutlak nitelikte bir hak değildir. AIHS'e taraf devletler, kamu yararının varlığı ve yasayla düzenlenmek şartıyla kişilerin mülkiyet haklarına müdahalede bulunabilirler.⁴⁶ Devletler mülkiyet hakkına müdahalelerinde, keyfi davranamaz. Nitekim temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması olağanüstü hallerde dahi belirli esas ve usullere tabi tutulmuştur.⁴⁷

Cumhuriyeti topraklarının bir kısmının işgal altında tutulmasından kaynaklanan durumun gereklerine cevap vermek amacıyla Kıbrıs tarafından alınan eylem ve işlemler" yönündeki bildirimini Kıbrıs Cumhuriyeti'ni 1974 askeri müdahalesine ve bu müdahalenin yarattığı durum nedeniyle alınan eylem ve işlemlere karşı korumuştur. Bkz. Gözler, s. 169.

⁴⁶ Bu müdahale, mal veya mülke tamamen el koyma veya sınırlandırma şeklinde olabilir. Ancak müdahale ile ulaşılmak istenen sonuç ile kişinin hakkından yoksun bırakılması arasında makul bir dengenin varlığı gözetilmelidir. Nitekim AIHM, toplumun genel çıkarlarının korunması gerekliliği ile bireyin mülkiyet hakkının korunması arasında adil ve makul bir dengenin sağlanıp sağlanmadığını değerlendirmektedir. Bkz. AIHM'in Türkiye'ye karşı 9. 1. 2007 tarihli Fener Rum Erkek Lisesi kararı, BN. 34478/97.

⁴⁷ AIHS'in 15. maddesi, savaş veya benzeri olağanüstü durumlarda veya ulusun varlığını tehdit eden benzeri başka bir genel tehlike halinde, AIHS sistemine taraf olmakla üstlenmiş olduğu bazı yükümlülüklerini sınırlandırabilmesini veya askıya alınabilmesini düzenlemektedir. AIHM, bir ulusun varlığını tehdit eden başka bir tehlike kavramı İrlanda'ya karşı Lawless kararında "ülkede yaşayan bütün insanları etkileyen, toplumun düzenli hayatı için tehdit oluşturan yakın tehlike veya kriz" şeklinde yorumlamıştır. Bkz. AIHM'in İrlanda'ya karşı 1. 7. 1961 tarihli Lawless kararı, BN. 332/57, prg. 58. Usule ilişkin olarak ise, AIHS'e taraf devletler bu anlamda askıya aldıkları tedbirleri sebepleri ile birlikte ve bu tedbirleri yürütür-

Sözleşmeye taraf bir devletin ülkesinde AIHS tarafından tanınmış bulunan hak ve özgürlüğü yargı yetkisi içinde bulunan herkes için ayırım gözetmeksizin tanımak, gerçekleştirmek ve geliştirmek bakımından tam yükümlü olduğu hususunda bir duraksama yoktur. Burada sorun, *devletin yargı yetkisi alanının kapsamı* konusunda belirlemektedir. Devletin yargı yetkisinin kendi ülkesel sınırlarıyla mı sınırlı olduğu yoksa sınır-ötesi etki ve kontrol alanını da kapsayıp kapsamadığı hususu Türkiye aleyhine yapılan bazı başvurularda tartışma konusu olmuştur.

1974 askeri müdahalesinden sonra adada gerçek anlamda iki kesimliliğin oluşmasının ardından 2 Ağustos 1975'te Viyana'da BM gözetiminde yapılan Nüfus Mübadelesi Andlaşması vardır. Bu Andlaşma ile sayıları net olmamakla birlikte adanın kuzeyinden güneyine yaklaşık 120 bin Kıbrıslı Rum, güneyinden kuzeyine ise yaklaşık 65 bin Kıbrıslı Türk geçmiş ve böylelikle Ada'da nüfus açısından homojen iki kesimlilik sağlanmıştır.⁴⁸ Mübadele sonrasında her iki halkın geride bıraktıkları taşınmaz mallar ise Kıbrıs sorununun en temel kilit noktalarından biri haline gelmiştir.

Bu dönemde Türk ve Rum tarafları mülkiyet meselesine oldukça farklı iç hukuk düzenlemeleri getirmişlerdir.⁴⁹ 1975 yılında kurulan

lükten kaldırdıkları tarihi Avrupa Komisyonu Genel Sekreteri'ne bildirmek durumundadırlar. Sözleşmenin öngördüğü bu sınırlama rejimi bakımından Türkiye, AIHS yükümlülüklerini askeri müdahalede bulunduğu Kuzey Kıbrıs'ta resmi ve aleni bir askıya alma beyanında bulunmamıştır.

⁴⁸ Ömer Fazlıoğlu, "AIHM'in Xenides-Arestis Kararı ve Kıbrıs'ta Mülkiyet Sorunu", TEPAV/EPRI Dış Politika Etütleri Programı, 2-23, s. 3; Sait Vakkas Gözlüoğlu, "Türkiye'nin Kıbrıs'ta Özel Mülkiyet Hakkını Koruma Yükümlülüğü", *AİBÜ Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, C. 12, Özel Sayı, 2012, 180-222, s. 203.

⁴⁹ Kıbrıs Cumhuriyeti, Kıbrıslı Türklerin Kuzey Kıbrıs'a göç etmeleri nedeniyle terk etmiş oldukları menkul ve gayri menkullerin idaresini sağlamak amacıyla bir Vasilik Makamı kurmuştur. Bu Kurum, söz konusu mülklerin, Kıbrıslı Türk maliki adına kiralanması, uzun vadede kiralanması, kiraların toplanması, mülklerin tamirleri ve gerekiyorsa satılmaları konusunda yetkilidir. Kıbrıs Cumhuriyeti mevcut hukuk düzeni içerisinde Güney'de kalan Türk mallarının denetimi ve kontrolünü sağlamak için bunlara elkoymuş ancak toptan mülkiyeti ele geçirme gibi bir sistem benimsememiştir. Ayrıca gerekli görülen durumlarda kamu yararı gerekçesi ile, resmi gazetede yayımlanan bildirilerle, belirli taşınmaz mallar kamulaştırılmaktadır. Kamulaştırılan mallarla ilgili olarak Kıbrıslı Türklere tazminat teklifi yapılmamakta, ilgili miktarların bir fona yatırıldığı beyan edilmektedir. Tazminatların Kıbrıslı Türklere adada bir anlaşma sağlanmasından sonra ödeneceği de sıklıkla dile getirilmektedir. Bkz. Necatigil, Kıbrıs Uyuşmazlığı ve

KTFD Hukuku Kıbrıslı Rumların geride bıraktıkları mülkiyet haklarını ortadan kaldırmayarak, devletin bu mülkleri idare ve kontrol edeceğini, devletin bu mülkler üzerinde sadece kullanım hakkı olabileceğini düzenlemektedir.⁵⁰ Ne var ki, KKTC'nin ilanı ve ardından KKTC Anayasası'nın kabulü ile bu hukuki rejim de tamamen değişmiştir.⁵¹ KKTC Anayasası'nın 127. maddesi Türk yurttaşların, güneyde kalan taşınmaz mallarına karşılık Devlet'ten "eşdeğerde taşınmaz mal veya tazmin" isteme haklarını saklı tutmaktadır. *Devletin Mülkiyet Hakkı* başlıklı 159. maddesi ise, 15 Kasım 1983 tarihinde KKTC sınırları içerisinde bulunan üç tür gayrimenkulün KKTC'nin mülkiyetine geçeceğini ve tapu kayıtlarında gerekli düzenlemelerin yapılacağı hükmünü içermektedir. Maddenin 1. fıkrasına göre:

"(1) 15 Kasım 1983 tarihinde, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti sınırları içinde bulunan, ve;

(a) Tapusu, 16 Ağustos 1960 tarihinden önce Kıbrıs Hükümeti adına kayıtlı tüm taşınmaz mallar ile, 16 Ağustos 1960 tarihinden sonra Kıbrıs Cumhuriyetine intikal eden tüm taşınmaz mallar; kamuya ait yollar, sular, su kaynakları, liman ve sahiller, rıhtım ve iskeleler, göller, dere ve göl yatakları, tarihi kent, bina ve kalıntılar ile kaleler ve bunların alanları, doğal servetler ve yeraltı kaynakları, ormanlar, savunma yapı ve tesisleri ile yeşil saha ve parklar; kamuya açık köy ve tarla yolları, kamu hizmetinde kullanılan binalar;

(b) Kıbrıs Türk Federe Devletinin ilan edildiği 13 Şubat 1975 tarihinde terkedilmiş bulunan veya söz konusu tarihten sonra yasanın terkedilmiş veya sahipsiz taşınmaz mal olarak nitelendirdiği veya hüküm veya tasarrufu kamuya ait olması gerekli olup da aidiyeti saptanamamış olan tüm taşınmaz mallar, bina ve tesisler; ile

(c) 1960 Kuruluş Andlaşmasında ve ona bağlı eklerde belirlenen askeri

AIHM Kıskaçında Türkiye, s. 81 vd; Fazlıoğlu, s. 3 vd; Gözlügül, s. 203 vd.; Ulaş Gündüzler, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Avrupa Birliği Adalet Divanı Kararlarının Mülkiyet Sorunu Bakımından Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Hukukuna Etkileri", *Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi*, C. 15, No. 2, (2016), 23-58, s. 26.

⁵⁰ Gündüzler, s. 27.

⁵¹ KKTC Anayasası mülkiyet hakkını daha farklı bir şekilde düzenlemektedir. Anayasa'nın 36. maddesine göre, "Her yurttaş, mülkiyet ve miras hakkına sahiptir". Görüldüğü üzere Anayasa, mülkiyet ve miras hakkını herkese değil, sadece yurttaşlara tanımaktadır.

tesis, rıhtım, kamp vesair talim sahaları içinde bulunan tüm taşınmaz mallar,

Tapuda böyle kayıtlı olup olmadığına bakılmaksızın, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyetinin mülkiyetindedir ve tapu kayıtları buna göre düzeltilir".⁵²

Özetle KKTC otoriteleri, Kıbrıslı Rumların Güney Kıbrıs'a göç etmeleri nedeni ile Kuzey Kıbrıs'ta bırakmış oldukları gayrimenkulleri terk edilmiş olarak kabul ederek, sözkonusu gayrimenkulleri devletleştirmektedir.

Türkiye'nin AİHM'in bireysel başvuru hakkını tanımamasının ardından kuzeyde kalan mallarına ilişkin mülkiyet hakkının ihlal edildiğini ileri süren Kıbrıslı Rumların AİHM'e başvuru yolu açılmıştır. Bu süreçteki ilk başvuru *Loizidou*'dur. Çalışmamızın bu bölümünde bu başvuru ile başlayan süreç ve mülkiyet meselesinde gelinen son durum değerlendirilecektir.

(i) *Loizidou/Türkiye*

Mülkiyet konusunun Türkiye aleyhine Avrupa İnsan Hakları koruma sisteminin önüne taşınması, Kıbrıslı Rum Titina Loizidou'nun 22 Temmuz 1989'da Türkiye aleyhine Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'na başvurması ile başlamıştır. Bu başvuru, 1974'ten önce Kıbrıslı Rumlara ait olan ve KKTC Anayasası'nın 159. maddesi kapsamında devletleştirilen gayrimenkuller ile ilgili olarak, AİHM'in yargı yet-

⁵² KKTC hukuku ile AİHS'in mülkiyet konusundaki kuralları karşılaştırıldığında ikisi arasında birtakım farklılıklar olduğu göze çarpmaktadır. KKTC hukukundaki düzenlemeler Sözleşme açısından yeterli değildir. Ayrıca 159. maddedeki "terkedilmiş, sahihsiz mal" kavramı da dikkat çekicidir. KKTC Anayasa Mahkemesi, 21 Nisan 1987 tarihli kararında terkedilmiş taşınmaz mal kavramını, "Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti sınırları dışında ikamet eden ve KKTC yurttaşı veya Kıbrıs Türk mensubu olmayan Kıbrıs Cumhuriyeti yurttaşları ile Rum, Yunan ve Ermeni asıllılar ve hisseleri oranında bunlar tarafından kurulmuş şirket, kurum ve kuruluşlar tarafından terkedilmiş mallar" olarak tanımlamıştır. Böylelikle Kıbrıs Türk toplumu mensubu olmayan kişilerin Kuzey'de bırakmış oldukları gayrimenkuller üzerindeki mülkiyet hakları ortadan kalkmıştır. Anayasa'nın 159. maddesi ile kuzeyde kalmış olan Kıbrıslı Rumların mallarının, başka herhangi bir işleme gerek duyulmaksızın, doğrudan doğruya KKTC Devleti'nin mülkiyetine geçmiş kabul edilmesi uluslararası hukuk normlarına aykırıdır. Ayrıca kamulaştırmanın geçerli olabilmesi için uygulamada kamulaştırmaya ilişkin takdir yetkisinin yerinde kullanılması, gerekli prosedürün uygulanması, mülkiyet hakkına yapılacak her türlü müdahalenin ölçülü olması ve uygun tazminat miktarının zamanında ödenmesi gibi koşullar gözetilmelidir. Bkz. Necatigil, KKTC Cumhuriyeti'nde Anayasa ve Yönetim Hukuku, s. 94; Gündüzler, s. 28.

kisinin olup olmadığı ve KKTC’de yaşanan insan hakları ihlallerinden Türkiye’nin sorumlu olup olmadığına yönelik birtakım önemli tespitler yapıldığından son derece önemlidir.

Loizidou iç hukuk yollarının etkinsizliği teziyle doğrudan AİHM’e başvurmuş ve başvurusu Mahkeme tarafından kabul edilmiştir. Gerçekten de KKTC Anayasası’nın 36. ve 159. maddeleri Kıbrıslı Rumların Kuzeyde kalan mallarına ilişkin KKTC iç hukuku nezdinde hak aramasına engel olmaktadır. Ayrıca, o dönemde Kıbrıslı Rumların KKTC’ye geçiş yapma olanaklarının olmadığı da göz önünde bulundurulduğunda, bu kişilerin KKTC Mahekemelerine başvurma olanaklarının fiziken de olmadığı görülmektedir. Bu nedenle, Loizidou, KKTC veya Türkiye’de herhangi bir hak arama girişiminde bulunmaksızın doğrudan AİHM’e başvurabilmiş ve başvurusu kabul edilmiştir.⁵³

Bayan Loizidou, 1989’da Komisyona yaptığı başvuruda 1974 müdahalesi ertesinde adanın Kuzeyinde kalan mülklerinden yoksun bırakıldığını, mülklerine ulaşmasının ve onlardan yararlanmasının engellendiğini ve mülkiyet hakkının 1974 müdahalesinden itibaren sürekli olarak ihlal edildiğini ileri sürmüştür.⁵⁴ Türkiye kendisine karşı yapılan bu başvuruda bazı ön itirazlarda bulunmuştur. Bu ön itirazların en önemlilerinden biri, başvuruda konu edilen olayların Mahkemenin zorunlu yargı yetkisine girmediği, çünkü ileri sürülen olayların Türkiye’nin Mahkemenin zorunlu yargı yetkisini kabulünden önce ve kabule ilişkin beyanında belirlemiş olduğu ülke sınırları içinde vuku bulmadığına ilişkindir.⁵⁵ Mahkeme Türkiye’nin yargı yetkisine getirdiği bu kısıtlamayı geçersiz bulmuştur. Böylelikle Mahkemenin Türkiye’nin kendi sınırları dışında yaptığı insan hakları ihlalleri ile ilgili olarak da yargı yetkisinin bulunduğu kesinleşmiştir.⁵⁶ Türkiye’nin ikinci itirazına ilişkin olarak ise Mahkeme, Türkiye’nin yargı yetkisini, beyanı yaptığı tarihten sonraki meseleler ile sınırlandırmış olmasını hukuken geçerli kabul etmiş ancak beyan tarihinden önce başlayan ve

⁵³ Gündüzler, s. 39.

⁵⁴ Loizidou davasında AİHM’in 3 kararı vardır. Bunlardan ilki ön karar olan 23. 3. 1995 tarihli karardır. İkincisi 18.12. 1996 tarihli esasa ilişkin karardır. Üçüncü karar ise 28. 7. 1998 tarihli tazminat ve mahkeme masraflarıyla ilgilidir.

⁵⁵ Loizidou v. Türkiye (Önitiraz), 23. 3. 1995, BN. 15318/89, prg. 4.

⁵⁶ Gözlügöl, s. 205; Gündüzler, s. 33.

fakat beyan tarihinden sonra da devam eden ihlallerin yargı yetkisinin kapsamına girdiğine dikkat çekmiş, somut olayda süregelen bir ihlalin bulunup bulunmadığının meselenin esasını incelenirken karara bağlanabileceğini belirtmiştir.⁵⁷

Başvurunun kabul edilmesinin akabinde AİHM, Loizidou'nun adanın kuzeyinde kalan taşınmaz malları üzerindeki mülkiyet hakkından mahrum bırakıldığı gerekçesiyle Aralık 1996'da Türkiye aleyhine hak ihlali kararı vermiştir. Başvurucunun mallarını 1974'ten beridir kullanmadığı gerekçesiyle tazminata hükmedilmiştir. Türkiye bu tazminatı Aralık 2003 tarihine kadar ödememiştir. Ne var ki, Bakanlar Komitesi'nin baskıları sonucunda gecikme faiziyle birlikte Loizidou'ya 1.1 milyon Euro tazminat ödenmiştir.⁵⁸

Loizidou kararında AİHM, Sözleşmenin 1. maddesindeki "yargı yetkisi" kavramının sözleşmeciler devletlerin ulusal topraklarıyla sınırlı olmadığını belirttikten sonra şöyle devam etmiştir:

*"Sözleşmeciler devletlerin toprakları dışında sonuçlar doğuran eylemleri kendi yetkili makamları tarafından yapıldığı için, bu eylemler ulusal sınırları içinde ya da dışında yapılsın, sözleşmeciler devletlerin sorumluluğu ortaya çıkabilir".*⁵⁹ Mahkeme KKTC'de bulunan Türk askeri sayısından hareketle "etkin kontrol uygulayan otorite" olarak Türkiye'yi işaret etmiş ve KKTC topraklarını, AİHS'in 1. maddesindeki yargı yetkisi terimini geniş yorumlayarak Türkiye'nin yetki alanı içinde kabul ederek, burada ortaya çıkacak Sözleşme ihlalleri bakımından sorumluluğun KKTC'ye değil, etkin kontrol uygulayan Türkiye'ye yüklenebileceğini hükme bağlamıştır.⁶⁰

⁵⁷ Gündüzler, s. 34.

⁵⁸ Türkiye'nin ödediği tazminat miktarı sadece malikin 1974'ten bu yana mallarını kullanmadığı için ödenen bedeldir.

⁵⁹ Mahkemenin Türkiye'ye karşı 23. 3. 1995 tarihli Loizidou kararı (ilk itirazlar), BN. 15318/89, prg. 62.

⁶⁰ Mahkeme konuyla ilgili şu notu düşmüştür: "Kuzey Kıbrıs'ta aktif görevlerde bulunan çok sayıda birlikten de bariz olduğu üzere, Türk ordusunun bu bölgede etkili ve tam bir kontrolü bulunmaktadır. Bu durum, Türkiye'ye "KKTC"nin eylemleri ve politikalarına ilişkin sorumluluk yüklemektedir. Bu sebepten dolayı başvuranın Kuzey Kıbrıs'taki mülkiyetine erişiminin reddi, Sözleşmenin 1. maddesi kapsamında Türkiye'nin yetkisi altındadır ve bu durum Türkiye'ye isnat edilebilir. Devlet sorumluluğunun tespiti, Türkiye'nin 1974 yılındaki müdahalesinin meşruluğunun incelenmesini gerektirmemektedir" (AİHM'in Türkiye'ye karşı 18.

Mahkeme, Loizidou başvurusuna ilişkin verdiği kararda, KKTC'nin uluslararası toplum tarafından tanınan bir devlet olmaması nedeniyle yaptığı işlemlerin geçersiz olduğunu, Türk Silahlı Kuvvetleri'nin adadaki varlığı nedeniyle Türkiye'nin adanın kuzeyini tam olarak kontrol ettiğini, bu sebeple burada meydana gelen ihlallerden KKTC'nin değil etkin kontrol uygulayan Türkiye'nin sorumlu olduğunu ve başvuruçunun mülkiyet hakkının ihlalinin "sürekliliği" bir nitelikte olduğuna dikkat çekmiştir.⁶¹ İhale sürekliliği konusu, Türkiye'nin 1974'teki müdahalesinden bugüne kadar sorumlu tutulması anlamına geldiği için önemlidir. Böylelikle Sözleşmenin yargı organlarının yetkilerinin tanındığı tarihten itibaren meydana gelecek ihlallerden sorumlu olunması şartı "ihlalin sürekliliği" tespitiyle işlevsiz hale gelmiştir.⁶²

Yeri gelmişken değinilmesi gereken bir husus; AIHM'in içtihatlarında yetki konusunda bir bütünlük olup olmadığıdır. Sözleşme organlarının içtihatlarının ciddi kuşuklara yol açmaması, belirlenen kriterlerin objektif olarak her koşulda uygulanmasına bağlıdır. Bu anlamda, yukarıda görüldüğü üzere Komisyon ve Mahkeme Kıbrıs başvurularında Sözleşmenin 1. maddesini geniş yorumlayarak Türkiye'nin Sözleşmeye göre sorumlu olduğu alanı ulusal toprakları ile sınırlı görmemiştir. Ne var ki, Sözleşme organları, benzer başka başvurularda aynı içtihatını sürdürmemiştir.⁶³ Örneğin NATO'nun Kosova Savaşındaki bombardımanları sırasında yakınları ölen *Bankoviç ve diğerleri*'nin 17 NATO üyesi devlete karşı yaptığı başvuru, AIHM tarafından, bu bombardımanların davalı devletlerin yargı yetkisi içinde meydana gelmediği gerekçesiyle reddedilmiştir.⁶⁴ Ayrıca

12. 1996 tarihli Loizidou kararı, prg. 52). Ayrıca bkz. Kudret Özersay, "Avrupa Birliği Normları ve AIHM Kararları Çerçevesinde Kuzey Kıbrıs", *Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi*", C. 3, No. 2, Bahar 2004, 49-64, s. 54 vd.

⁶¹ AIHM'in Türkiye'ye karşı 18. 12. 1996 tarihli Louzidou kararı, BN. 15318/89, prg. 91-96.

⁶² Renda Yaprak, "Loizidou Kararından Bugüne Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Kararları ve Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi Kararlarının Kıbrıs'taki Mülkiyet Sorununa Etkisi", *ABD*, 2013(1), 387-397, s. 390; Gündüzler, s. 36.

⁶³ Bkz. Necatigil, Kıbrıs Uyuşmazlığı ve AIHM Kısacasında Türkiye, s. 71; Özersay, Avrupa Birliği Normları ve AIHM Kararları, s. 57.

⁶⁴ Bankoviç, Stojanoviç, Stoimenovski, Joksimoviç ve Sukoviç v. Belçika, Çek Cumhuriyeti, Danimarka, Fransa, Almanya, Yunanistan, Macaristan, İzlanda, İtalya,

AİHM'in, *Bankoviç ve diğerleri* başvurusunu reddederken, Federal Yugoslavya Cumhuriyeti'nin Sözleşmeye taraf olmamasını da kararın önemli bir dayanağı olarak dile getirmiştir.⁶⁵ Mahkemenin bu durumu dikkate alması gariptir; çünkü başvurucuların şikayeti Federal Yugoslavya Cumhuriyeti'nin bir eylemiyle ilgili değildir.

Gerek Kıbrıs başvurularından gerekse *Loizidou* kararından yola çıkarak, AİHM'in Sözleşmenin 1. maddesindeki "yargı yetkisi" kavramını objektif bir biçimde uygulama eğiliminde olmaktan ziyade koşullara göre, esnek bir biçimde uygulamayı tercih ettiği söylenebilir. Nitekim Mahkeme de *Bankoviç ve diğerleri* kararında yargı yetkisi kavramının "her davanın özel koşullarına göre yorumlanacağını" açıkça belirterek bu tutumunu belirginleştirmiştir.⁶⁶

Sözleşmenin 1. maddesi kapsamında öngörülen yargı yetkisi konusunda AİHM'in *Issa ve diğerleri/Türkiye* kararı da dikkat çekicidir. Başvuru Irak'ın Kuzey'inde Türk ordusu tarafından yapılmış askeri hareketle ilgili olup bu hareket çerçevesinde bölgedeki bazı kişilerin yaşam haklarının Türk askerleri tarafından ihlal edildiği ve bundan dolayı sorumluluğun Türkiye'ye atfedilebilir olduğu *Loizidou* kararına dayanılarak savunulmuştur.⁶⁷ Bölgede 35.000'den fazla Türk askerinin yer almış olmasına karşın, bu olgunun tek başına Türkiye'nin bu bölgede etkin ve kapsamlı kontrol uyguladığı anlamına gelmediğini belirtmiştir. Mahkeme bu noktada Kuzey Kıbrıs'taki durum ile karşılaştırma yaparak Kuzey Kıbrıs'taki askeri güçlerin uzun bir süredir adada olduğunu ve Kuzey Kıbrıs topraklarının tamamına yerleşmiş şekilde düzenli olarak devriye yaptığını ve Kuzey ile Güney arasındaki ana ulaşım hatları üzerinde kontrol noktaları bulunduğuna dikkat çekmiştir. Tüm bu olgulardan hareketle Mahkeme, Kuzey Kıbrıs'tan farklı olarak Irak'ın Kuzey'inin Türkiye'nin yetki alanı olarak değerlendirilemeyeceğine karar vermiştir.⁶⁸

Lüksemburg, Hollanda, Norveç, Polonya, Portekiz, İspanya, Türkiye ve Birleşik Krallık, BN. 52207/99, Mahkemenin 12. 12. 2001 tarihli kabul edilebilirlik kararı.

⁶⁵ *Bankoviç ve diğerleri*, BN. 52207/99, Mahkemenin 12. 12. 2001 tarihli kabul edilebilirlik kararı, prg 80.

⁶⁶ *Bankoviç ve diğerleri*, BN. 52207/99, Mahkemenin 12. 12. 2001 tarihli kabul edilebilirlik kararı, prg 61.

⁶⁷ AİHM'in Türkiye'ye karşı 16. 11. 2004 tarihli *Issa* kararı, BN. 31821/96.

⁶⁸ AİHM'in Türkiye'ye karşı 16. 11. 2004 tarihli *Issa* kararı, BN. 31821/96, prg 75.

(ii) Xenides-Arestis/Türkiye

Türkiye Loizidou'nun tazminatını gecikme faiziyle birlikte, bu kararın ve tazminatın ödenmesinin benzer davalar için emsal oluşturamaması şartıyla, Aralık 2003'te ödemıştır. Ne var ki, Louzidou kararını takip eden yıllarda, Mahkeme'ye Türkiye aleyhine 1.000'den fazla başvuru yapılmıştır.⁶⁹ Bu esnada 1999 yılında yapılmış olan Bayan Myra Xenides-Arestis'in başvurusu ikinci emsal dava olarak ele alınmıştır. Bu dava selini kontrol altına alabilmek için KKTC otoriteleri, 49/2003 sayılı Yasa ile Mal Tazmin Komisyonu'nu oluşturmuştur. Bu Komisyonla hedeflenen, Mahkemenin önünde bekleyen başvuruları önce iç hukuk yollarının tüketilmesi gerekliliği altında bu organa yönlendirmesiydi. Xenides-Arestis başvurusu Türkiye Hükümeti'ne 30 Haziran 2003'de 49/2003 sayılı Kanun ile oluşturulan Komisyonu dikkate alınarak iç hukuk yollarının tüketilip tüketilmediğine ilişkin soruları içerecek şekilde bildirildi. Mahkeme 2 Eylül 2004 tarihinde kabul edilebilirlik kararı verdi.⁷⁰ Bu kararda 49/2003 sayılı yasa ile kurulan Mal Tazmin Komisyonu'nun AİHM'in aradığı kriterde etkili bir iç hukuk yolu olmadığını belirtirken, AİHS standartlarına uygun bir iç hukuk yolunun taşınması gereken özellikleri sıralayarak, bu konuda yol göstermiştir.⁷¹

AİHM başvuruya ilişkin esas kararında Xenides-Arestis'in mülkiyet hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir. Bu kararda Mahkeme, Loizidou kararında oluşturduğu görüşü takip ederek Türkiye'nin

⁶⁹ Özersay, "Avrupa Birliği Normları ve AİHM Kararları Çerçevesinde Kuzey Kıbrıs", s. 56; Hakkı, Property Wars in Cyprus: The Turkish Position According to International Law, s. 46; Renda, s. 391; Gündüzler, s. 34.

⁷⁰ 2. 9. 2004 tarihli kabul edilebilirlik kararı, BN. 46347/99.

⁷¹ Bu davada söz konusu Yasa sadece taşınmaz mallar üzerinde mülkiyet hakkının korunması bakımından maddi tazminat ödenmesini öngörmektedir. Yasa, taşınmaz mallar ve maddi tazminata ilişkin herhangi bir hüküm içermediği gibi taşınmaz malların sahibine iade edilmesi de öngörülmemiştir. Mahkeme ayrıca hak sahiplerinin başvuracağı Komisyonun üyelerinin büyük bir kısmının da Kıbrıslı Rumlardan kalan gayrimenkullerde oturmakta olduğuna dikkat çekerek, Komisyonun tarafsızlığı ile ilgili endişelerinin bulunduğunu belirtmiştir. AİHM'e göre ise, etkili bir iç hukuk yolu, Kıbrıslı Rumlara gayrimenkul ve menkulleri için maddi ve manevi tazminatı yanında malın iadesini de içerecek hükümler barındırmalıdır. Tüm bu gerekçeler ışığında Yasa etkin bir iç hukuk yolu olarak nitelendirilmemiştir. Bkz. Myra Xenides-Arestis v. Türkiye (Kabul Edilebilirlik Kararı), BN. 46347/99, prg. 44-45. Ayrıca bkz. Gündüzler, s. 40.

bütün Kuzey Kıbrıs'ta askeri kontrol uygulamasından yola çıkarak Sözleşme ihlalleri bakımından uluslararası hukuki sorumluluğun KKTC'ye değil, etkin kontrol uygulayan Türkiye'ye ait olduğunu hükme bağlamıştır.⁷² Bu kararda AİHM, önünde bekleyen tüm benzer başvuruların şikayetçilerinin sözkonusu maddelerden doğan haklarının teminat altına alınmasını sağlayacak şekilde bir mekanizmanın üç ay içerisinde oluşturulmasını ve onu izleyen üç ay içerisinde de çözümün gerçekleşmesini istemiştir.⁷³ Dönüm noktası olarak nitelendirilebilecek bu kararda; kurulacak olan mekanizmanın etkili bir iç hukuk yolu olarak nitelendirilmesi halinde, önünde bekleyen benzer başvuruları bu mekanizmaya yönlendireceğinin sinyalini vermiştir.

(iii) *Demopoulos ve diğerleri/Türkiye*

Taşınmaz Mal Komisyonu (TMK)⁷⁴ faaliyete geçince aynı grup içerisinde AİHM'e yapılmış olan başvurulardan *Demades ve Tymvios* için tazminat önerilerinde bulunulmuş, her iki başvurucunun bu teklifleri kabul etmesi sonucunda her iki başvuru da dostane çözüm kararıyla sonuçlandırılmıştır.⁷⁵ Dahası AİHM, TMK'nın faaliyetlerini bir süre gözlemledikten sonra 1 Mart 2010 tarihinde *Demopoulos ve diğerleri* başvurularını kabul edilemez bulmuştur. Gerekçe olarak ise, artık tüketilmesi gereken etkili bir iç hukuk yolu olması ve Kıbrıslı Rum başvurucuların da AİHM'e başvurunun ilk temel şartı olan iç

⁷² Fazlıoğlu, s. 20; Gözlügöl, s. 216.

⁷³ AİHM'in Türkiye'ye karşı 22. 12. 2005 tarihli *Xenides-Arestis* kararı, BN. 46347/99.

⁷⁴ KKTC 67/2005 sayılı Anayasanın 159'uncu Maddesinin (1)'inci Fıkrasının (b) Bendi Kapsamına Giren Taşınmaz Malların Tazmini, Takası ve İadesi Yasası ile 49/2003 sayılı Yasayı tadil ederek, AİHM'i tatmin edecek şekilde etkili bir iç hukuk yolu geliştirmeye çalışmıştır. Sözkonusu Komisyon mülkiyet hakkı sahibine takas, tazminat veya iade önermektedir. Komisyon en az 5 en çok 7 üyeden oluşmaktadır. Bu Komisyonun üyelerinden en az ikisi, KKTC, Birleşik Krallık, Yunanistan ve Kıbrıs Cumhuriyeti ve Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olmayan kişilerden seçilmelidir (m. 11/1). Komisyon'un aldığı kararlar bağlayıcı nitelikte olup, yargının aldığı kararlar gibi icrai niteliktedir. Bu kararlar ilgili makamlara tebliğ edildikten sonra geciktirilmeksizin yerine getirilir. Komisyon kararlarına karşı KKTC Yüksek İdare Mahkemesine başvurulabilir (m. 9). KKTC otoriteleri bu hükümlerle Kıbrıslı Rumların başvurularının mümkün olduğunca tarafsız bir Komisyon tarafından incelenmesini hedeflemiştir. Bkz. Fazlıoğlu, s. 17; Gündüzler, s. 40; Gözlügöl, s. 216; Tezcan/Erdem/Sancakdar/Önok, s. 474.

⁷⁵ AİHM'in Türkiye'ye karşı 31. 7. 2003 tarihli *Tymvios* kararı, BN. 16163/90; AİHM'in Türkiye'ye karşı 31. 7. 2003 tarihli *Demades* kararı, BN. 16219/90.

hukuk yollarının tüketilmesi kapsamında iç hukuk yollarını tüketmeleri gerekliliği gösterilmiştir.⁷⁶ Böylelikle AİHM, KKTC'de mülkiyet meselelerini ele almak için kurulan bu Komisyonun etkin bir iç hukuk yolu olduğuna hükmetmiştir. Karar bu yönüyle tarihi bir öneme sahiptir. Burada belirtilmesi gereken bir husus; *Demopoulos* kararının bir ihlal olmadığına ilişkin olmadığıdır; başvuru sadece iç hukuk yolları tüketilmediği için kabul edilemez bulunmuştur. Bu kararlarla TMK'nın yasallığı ve etkili bir iç hukuk yolu olduğu garantilenmiştir.⁷⁷ TMK'nın faaliyete geçmesi şüphesiz en çok AİHM'in işini kolaylaştırmıştır. Kıbrıs sorununun önemli bir parçasını oluşturan mülkiyet sorunu AİHM'e ciddi bir iş yükü olmakta, kararlar ancak çok uzun yıllar sonra verilebilmekteydi.⁷⁸ Bu bakımdan Komisyon, Mahkemenin iş yükünü önemli ölçüde hafifletmiştir. Burada önemle belirtilmesi gereken bir husus şudur; AİHM TMK'yı KKTC'nin değil, etkili ve fiili kontrolü altında bulunduğunu ileri sürdüğü Türkiye'nin bir iç hukuk yolu olarak değerlendirmektedir.

Bugünlerde AİHM tarafından geçerli ve etkili bir iç hukuk yolu olarak kabul edilmiş olan TMK'nın bu niteliği, AİHM önünde tartışmaya açılmıştır.⁷⁹ Son olarak 12 Aralık 2017 tarihinde *Joannou/Türkiye* başvurusunda kararını veren AİHM, mevcut olayda başvurusunun mülkiyet hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir. Kararla ilgili en önemli ayrıntı ise, Mahkemenin 2008 yılında TMK'ya başvuran başvurusunun işlemlerinin gereğinden fazla uzadığı ve hakkaniyete uygun bir çare bulunmadığı yönündeki tespitidir.⁸⁰ Şüphesiz AİHM'in

⁷⁶ AİHM'in Türkiye'ye karşı 1. 3. 2010 tarihli Takis Demopoulos ve diğerleri kararı, BN. 46113/99, 3843/02, 13751/02, 13466/03, 10200/04, 14163/04, 19993/04, 21819/04.

⁷⁷ Renda, s. 392.

⁷⁸ Örneğin, Constantinos Lordos ve diğerleri davasının son kararı başvuru yapıldıktan 20 yıl sonra verilebilmiştir. Bkz. AİHM'in Türkiye'ye karşı 10. 1. 2012 tarihli Constantinos Lordos kararı, BN. 15973/90.

⁷⁹ 19 Aralık 2017 itibarıyla, Komisyona toplam 6,382 adet başvuru yapılmış ve bunlardan 852 tanesi dostane çözüm yoluyla ve 25 tanesi de duruşma yoluyla sonuçlandırılmıştır. Komisyon, şu ana kadar başvuranlara mallarının bedeli olarak 242,842,621 Sterlin tazminat ödemiştir. Ayrıca, üç başvuru için iade, iki başvuru için takas ve tazminat, altı başvuru için de iade ve tazminat kararı verilmiştir. Bir başvuru için çözümden sonra iade ve bir başvuruda da kısmi iade doğrultusunda karar verilmiştir. Bkz. <http://www.tamk.gov.ct.tr/index.html> (ET. 22. 03. 2018).

⁸⁰ AİHM'in Türkiye'ye karşı 12. 12. 2017 tarihli Joannou kararı, BN. 53240/14.

bu konuda üst üste yapacağı olumsuz değerlendirmeler, Kıbrıslı Rumların TMK'yı dolanarak yeniden doğrudan AİHM'in yolunu tutmalarına neden olacaktır.

III. KKTC Vatandaşlarının Bireysel Başvuruları

Çalışmanın bu bölümünde KKTC vatandaşlarının AİHS'den doğan haklarının ihlal edilmesi durumunda AİHM'e nasıl başvuru yapabileceklerine değinilecektir. Bu konuda Türkiye'ye atfedilen genel sorumluluk üzerinde durularak AİHM'in konuyla ilgili bazı kararları üzerinde durulacaktır.

Çalışmanın önceki bölümlerinde belirtildiği üzere KKTC bağımsız bir devlet olarak tanınmadığı için Avrupa Konseyi'ne üye değildir. Bu nedenle KKTC'de yaşamakta olan bireyler iç hukuk yollarını tüketikten sonra AİHM'e başvurularını KKTC aleyhine değil konusuna ve muhatabına göre Kıbrıs Cumhuriyeti veya Türkiye aleyhine yapmak durumundadırlar.

Yeri gelmişken belirtilmesinde fayda olan bir husus; KKTC vatandaşlarının tüketmesi gereken iç hukuk yollarının ne olduğuna ilişkindir. KKTC vatandaşlarının Kıbrıs Cumhuriyeti aleyhine bir başvuruda bulunabilmesi için öncelikle Kıbrıs Cumhuriyeti'ndeki iç hukuk yollarını tüketmeleri gerekmektedir.⁸¹ KKTC vatandaşlarının Türkiye aleyhine bir başvuru yapabilmesi için ise, TC iç hukuk yollarını değil KKTC iç hukuk yollarını tüketmiş olmaları aranmaktadır.⁸² Kıb-

⁸¹ Bu noktada Kıbrıslı Türki bireyin Kıbrıs Rum Barolar Birliği'ne kayıtlı bir avukatla işbirliği içinde çalışması gerekecektir. Bu durumda seçilecek avukatın, Rum Yönetimi'nin siyasi baskılarından ne kadar arınabileceği tartışmalıdır. Ayrıca Kıbrıslı Rum avukatlar böyle bir durumda muhtemelen Türk tarafını savunan durumunda olmayı tercih etmeyeceklerdir. Konu ile ilgili detaylar için bkz. Aslı Aksu, "Human Rights Violations Faced By Turkish Cypriots", *Ankara Bar Review*, 2010/1, 19-24.

⁸² Anayasaya uygunluk denetimi münhasıran Anayasa Mahkemesi olarak oturma yapan Yüksek Mahkeme'ye verilmiştir. Yüksek Mahkeme, ceza ve hukuk davalarının Yargıtay olarak istinaf yoluyla dinlemekte olduğu esnada anayasal bir sorun çıkması halinde konuyu Anayasa Mahkemesi olarak oturma yapan Yüksek Mahkemeye gönderme yetkisine sahiptir. Öte yandan KKTC Anayasa Mahkemesi bireysel başvuruları inceleme yetkisine sahip değildir. KKTC'de 2014'de halk oylamasına sunulan anayasa değişikliği önerisinin önemli yeniliklerinden biri de Anayasanın 144. maddesine 4. fıkra olarak eklenen yeni bir kuralla anayasa

rıslı Türkler iç hukuk yollarını tükettikten sonra 6 aylık süre içinde AİHM'e başvurabilirler. Hak düşürücü olan bu sürenin geçirilmesi, başvurunun 35. madde kapsamında kabul edilemezliğine ilişkin karar verilmesine neden olacaktır.⁸³

(a) Kuzey Kıbrıs'ta Toplanma ve Örgütlenme Özgürlüğünün İhlalinden Türkiye'nin Sorumluluğu

Sözleşmenin "*toplama ve örgütlenme özgürlüğü*" başlığını taşıyan 11. maddesi barışçıl gösteri ve örgütlenme özgürlüğünü güvencelemektedir.⁸⁴ Maddenin birinci fıkrası, herkese toplanma ve örgütlenme özgürlüğünü tanımakta ve bu hak kapsamında bireylerin sendika kurma ve sendikalara girme hakkını da açıkça güvenceye almaktadır. İkinci fıkrada ise, bu özgürlüğün sınırlama koşulları düzenlenmektedir. Toplanma ve örgütlenme özgürlüğü sınırsız bir hak olmadığından 2. fıkrada belirtilen amaçlardan birine dayanılarak ulusal makamlarca sınırlanmasına müade edilmiştir. Ancak bu sınırlamanın sınırı da

şikayeti yolunun açılmasıydı. Değişiklik önerisi şu şekildeydi: "(4) Her yurttaş, Anayasa'da düzenlenmiş temel hak ve özgürlüklerinden herhangi birinin kamu gücü tarafından ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'ne başvurabilir. Başvuruda bulunabilmek için olağan kanun yollarının tüketilmiş olması şarttır. Bireysel başvuruya ilişkin usul ve esaslar ve bireysel başvuru üzerine Anayasa Mahkemesi tarafından verilebilecek hükümler yasayla düzenlenir" şeklindeydi. Ne var ki, halkoylamasında olumsuz sonuç çıkmasıyla bu değişiklik hayata geçememiştir.

⁸³ Amer/Türkiye kararında başvuru, yakalanmasına müteakiben AİHS'nin 5/2 maddesine aykırı olarak yakalanma nedenlerinin kendisine en kısa sürede bildirilmediğini iddia etmiştir. Türkiye aleyhine yapılan başvuruya konu olan olaylar KKTC'de geçmektedir. Başvurucu halen KKTC'de hükümlüdür. AİHM, başvuru yasa dışı gözaltı süresinin hakim önüne çıkarılıp ithamların yapıldığı 22 Haziran 2001 tarihinde sona erdiğini belirterek, başvuru'nun 14 Haziran 2002 tarihine dek AİHM'e bir başvuru yapmadığını ve şikayeti bağlamında 6 ay süresinin işleyişini durdurabilmek için herhangi bir iç hukuk yolunu kullanmayı da denemediğine dikkat çekerek, sözkonusu şikayetin AİHS'nin 35/1 maddesinde öngörülen şikayetin 6 aylık süre içerisinde yapılması gerekliliğine uymadığından davanın bu kısmını reddetmiştir (AİHM'in Türkiye aleyhine 6.7.2009 tarihli Amer kararı, BN. 25720/02, prg. 57-59). Ayrıca bkz. AİHM'in Türkiye aleyhine 20.6.2011 tarihli Elewa kararı, BN. 36772/02, prg. 22-24

⁸⁴ KKTC Anayasası'nın "Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü" başlıklı 32. maddesi "yurttaşlar önceden izin almaksızın, silahsız ve saldırsız toplanma veya gösteri yürüyüşü yapma hakkına sahiptir. Bu hak, kamu düzenini korumak için yasa ile sınırlanabilir". Görüldüğü üzere KKTC Anayasası yurttaşlara önceden izin almaksızın silahsız ve saldırsız toplanma veya gösteri yürüyüşü yapma hakkı tanımaktadır.

belirtilmiş ve “*hukuk tarafından öngörülme*” ve “*demokratik toplumda gereklilik*” koşullarına işaret edilmiştir.⁸⁵

Bu hakla ilgili AİHM'e taşınmış bir olayda başvuru Ahmet Cavit An, Kıbrıslı Türkler ve Rumların iki toplum arasındaki ilişkileri geliştirmek amacıyla 1989 yılında kurdukları “*Bağımsız ve Federal Kıbrıs Hareketi*”nin Kuzey Kıbrıs'taki koordinatörüdür. Komisyona yaptığı başvuruda, iki toplumlu çeşitli toplantılara katılmak amacıyla Güney Kıbrıs'ta yapmak istediği ziyaretlere Türk ve KKTC yetkililerinin izin vermemesinin 11. maddeyi ihlal ettiğinden yakınmıştır.⁸⁶ Başvurucunun 8 Mart 1992 – 14 Nisan 1998 arasındaki 46 ziyaret talebinden yalnız 6'sı kabul edilmiştir. Türkiye, başvuru hakkının sınırı geçmesinin KKTC makamlarının kararıyla engellendiğini ve bu kararlardan Türkiye'nin sorumlu olmadığını ileri sürmüştür. Komisyon ise, AİHM'in *Loizidou* kararındaki içtihadına dayanarak, Kuzey Kıbrıs'ı Türkiye'nin yargı yetkisi içinde değerlendirmiş ve başvuruyu kabul edilebilir bulmuştur.⁸⁷ AİHM de, başvurunun Türkiye'nin yargı yetkisi içinde olmadığı yönündeki itirazını reddetmiştir. Türkiye aynı zamanda, başvuru hakkının iç hukuk yollarını tüketmediği itirazını da ileri sürmüştür. AİHM bu konuda ise, öncelikle dördüncü Kıbrıs başvurusu hakkındaki kararına (2001) atıfla, Kuzey Kıbrıs'taki iç hukuk yollarının sorumlu devletin (Türkiye) “*iç hukuk yolları*” olarak dikkate alınabileceğini, ancak bu yolların etkili olup olmadığının olayın özel koşulları dikkate alınarak değerlendirilmesi gerektiğini yinelemiştir.⁸⁸ AİHM ayrıca KKTC

⁸⁵ Madde hakkında detaylı bilgi için bkz. Harris/O'Boyle/Bates/Buckley, *Law of the European Convention*; Engin Fırat, “Toplanma Özgürlüğü ve Sınırları Toplumsal Olaylara Müdahalenin AİHS'nin 3. maddesi Kapsamında Değerlendirilmesi”, *TAAD*, Y. 5, S. 19, (2004), 745-795; Gözübüyük/Gölcüklü, s. 386 vd.; Tezcan/Erdem/Sancakdar/Önok, s. 532 vd.

⁸⁶ Güneye geçişlerle ilgili ilk başvuru esasen 1991 yılında Türkiye aleyhine değil, Kıbrıs Cumhuriyeti aleyhine dosyalanmıştır. Komisyon bu talebi reddetmiştir. Gereke olarak ise başvurunun muhatap olmaması gereken Kıbrıs Cumhuriyeti aleyhine yapılmış olmasını göstermiştir. Komisyon, Sözleşmenin Kıbrıs adasının tümüne uygulanabilir olduğunu ancak Kıbrıs'ın kuzeyinde Türkiye'nin askeri varlığından dolayı bu bölgede Kıbrıs Cumhuriyeti'nin Sözleşmenin öngördüğü yükümlülükleri yerine getirmesinin mümkün olmadığı dolayısıyla şikayet konusu olaylardan Kıbrıs Cumhuriyeti'nin sorumlu tutulamayacağı belirtilmiştir. Bkz. Necatigil, *Kıbrıs Uyuşmazlığı*, s. 174.

⁸⁷ Komisyonun 14 Nisan 1998 tarihli kabul edilebilirlik kararı.

⁸⁸ AİHM'in Türkiye'ye karşı 20. 3. 2003 tarihli Cavit An kararı, BN. 20652/92, prg. 30.

Mahkemelerinin Türkiye'nin bir iç hukuk yolu olarak değerlendirilebileceğine ilişkin görüşünü de yinelemiştir.⁸⁹ Mevcut olayda iç hukuk yollarının etkili ve yeterli olduğu Mahkemeyi ikna edici bir şekilde kanıtlanamadığından, Mahkeme iç hukuk yollarının tüketilmediği gerekçesiyle başvurunun reddedilemeyeceğine karar vermiştir.

AİHM somut olayda 11. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir. Mahkeme başvurusunun toplanma özgürlüğüne getirilen sınırlamaların 11. maddede korunan hakka bir müdahale oluşturduğunu ve bu müdahalenin "*hukuken öngörülebilir*" bir müdahale olmadığı sonucuna varmıştır. Mahkemeye göre bu olayda uygulanabilir nitelikte, KKTC'de yaşayan Kıbrıslı Türklerin iki toplumlu toplantılara katılmak amacıyla Kıbrıs Cumhuriyeti'ne geçmelerine izin verilmesini düzenleyen herhangi bir hukuksal düzenleme olmadığını ve dolayısıyla başvurusunun ziyaretlerine getirilen sınırlamaların hukuken öngörülebilir olmadığı gerekçesiyle 11. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir.⁹⁰

Türkiye'ye karşı bir başka Kıbrıslı Türk tarafından yapılan başvuru, *Adalı* başvurusudur. Başvurunun konusu, gazeteci ve yazar Kutlu Adalı'nın 1996'da KKTC'de "*faili meçhul*" bir cinayete kurban gitmesiyle ilgilidir. AİHM'e başvuru Adalı'nın eşi tarafından yapılmıştır. Adalı'nın eşi AİHM'e başvuruda, Sözleşmenin 2, 3, 6, 8, 10, 11, 13, 14 ve 34. maddelerinin ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Başvurucunun toplanma ve örgütlenme özgürlüğünün ihlali ile ilgili iddiaları arasında, Adalı'nın adına verilen bir ödülü almak için Güney Kıbrıs'a ziyaretinden bir gün önce üst düzey bir KKTC yetkilisi tarafından toplantıya katılmasını engellemek amacıyla tehdit edilmesi; ardından Güney Kıbrıs'ta bir radyo kanalının düzenlediği davete başvurusunun kızı ile birlikte gitmek için yaptığı izin talebinin reddedilmesi; Kutlu Adalı'nın adına bir vakıf kurmak için yaptığı başvurusunun KKTC yetkilileri tarafından reddedilmesi gibi şikayetler yer almaktadır. AİHM *Cavit An* kararında belirttiği gerekçeleri yineleyerek 11. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir.⁹¹

⁸⁹ AİHM'in Türkiye'ye karşı 20. 3. 2003 tarihli *Cavit An* kararı, BN. 20652/92, prg. 30.

⁹⁰ AİHM'in Türkiye'ye karşı 20. 3. 2003 tarihli *Cavit An* kararı, BN. 20652/92, prg. 66-67.

⁹¹ AİHM'in Türkiye'ye karşı 31. 3. 2005 tarihli *Adalı* kararı, BN. 38187/97, prg. 261-

(b) Kuzey Kıbrıs'ta Yaşam Hakkına Yönelik İhlallerden Türkiye'nin Sorumluluğu

Yaşam hakkı, AİHS'in 2. maddesinde düzenlenmiştir. Maddenin ilk cümlesinde *"her bireyin yaşama hakkı hukuk tarafından korunur"* denilmektedir. Maddenin ikinci fıkrası ise yaşam hakkına belli sınırlar getirmektedir.⁹² AİHM maddenin uygulama alanını oldukça geniş tutmaktadır.⁹³ Bu doğrultuda güvenlik güçlerinin operasyonlardaki ölümle sonuçlanan davranışları,⁹⁴ gözaltında kaybetmeler ve öldürmeler⁹⁵ ve faili meçhul cinayetler⁹⁶ bu kapsamda değerlendirilmektedir.

275. Türkiye'ye karşı 11. maddenin ihlali iddiası, Kıbrıslı Rumlar tarafından yapılan başvurularda da ileri sürülmüştür. Bu başvuruların konusu, Türkiye'nin Kıbrıs'a 1974 müdahalesini protesto etmek amacıyla Kıbrıslı Rumların Birleşmiş Milletler kontrolünde bulunan sınır bölgesine yürüyüşünün Türk askerleri tarafından engellenmesi ve gösteriye katılanların gözaltına alınmasıdır. Başvurucular bu yönde bir müdahalenin hukuken öngörülmediğini ve meşru bir amacının olmadığını ve müdahalenin barışçıl bir gösteriye karşı orantısız olduğunu ileri sürmüşlerdir. Mahkeme, 11. madde tarafından korunan hakka bir müdahale olduğunu belirtmiş ancak bu müdahalenin hukuken öngörülebilir, meşru bir amacı olan ve ölçülü bir müdahale olduğunu belirtmiştir. Mahkeme bu değerlendirmesini yaparken Fasil 154 Ceza Yasasının "Yasadışı Toplantı, Ayaklanma ve Öteki Suçlar" başlıklı Dördüncü Bölüm'ündeki 70. ve 71. maddelerini göz önünde bulundurmıştır. Ayrıca, KKTC polisinin bu hakka müdahalesinin, toplantının siyasal niteliğinden değil şiddet içeren karakterinden kaynaklandığına ve KKTC sınırlarının bazı göstericiler tarafından ihlal edilmesinden dolayı olduğunu vurgulamıştır.

⁹² Maddede yer verilen sınırlamalar: "(a) herhangi bir kişinin hukuka aykırı bir şiddete karşı savunması, (b) hukuka uygun bir gözaltına alma kararının yerine getirilmesi ya da hukuka uygun olarak tutulan bir kişinin kaçmasının önlenmesi, (c) bir ayaklanma ya da isyanın hukuka uygun bir biçimde bastırılması" şeklindedir.

⁹³ Madde hakkında ayrıntılı inceleme için bkz. Doğru, Osman/Nalbant, Atilla, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi C.1, İstanbul 2016, s. 9 vd.; Harris/O'Boyle/Bates/Buckley, Law of the European Convention, s. 203 vd.; Serkan Cengiz, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Yaşam Hakkı", TBDD(93), 2011, 383- 404; Tezcan/Erdem/Sancakdar/Önok, s. 85 vd.

⁹⁴ Bkz. AİHM'in Türkiye'ye karşı 28. 7. 1998 tarihli Ergi kararı, BN. 23818/94; AİHM'in Türkiye'ye karşı 14. 12. 2000 tarihli Gül kararı, BN. 22676/93; AİHM'in Türkiye'ye karşı 14. 5. 2002 tarihli Şemse Önen kararı, BN. 22876/93.

⁹⁵ Bkz. AİHM'in Türkiye'ye karşı 25. 5. 1998 tarihli Kurt kararı, BN. 24276/94; AİHM'in Türkiye'ye karşı 27. 2. 2001 tarihli Çiçek kararı, BN. 25704/94; AİHM'in Türkiye'ye karşı 17. 7. 2001 tarihli İrfan Bilgin kararı, BN. 25659/94; AİHM'in Türkiye'ye karşı 27. 6. 2000 tarihli Salman kararı, BN. 21986/93; AİHM'in Türkiye'ye karşı 10. 4. 2001 tarihli Tanlı kararı, BN. 26129/95.

⁹⁶ AİHM'in Türkiye'ye karşı 8. 7. 1999 tarihli Tanrıku kararı, BN. 23763/94; AİHM'in Türkiye'ye karşı 16. 7. 2002 tarihli Ülkü Ekinci kararı, BN. 27602/95.

Türkiye'ye karşı yapılan başvurularda, kimliği belirsiz kişiler tarafından öldürülen kimselerin ölümünden devletin sorumlu olduğu iddia edilmiştir. Mahkeme bu tür başvurularda devletin sorumluluğunu, a) devletin bireylerin yaşamını korumak için pozitif yükümlülüklerini yerine getirip getirmediği ve b) etkili soruşturma yapıp yapılmadığı bakımından değerlendirmiştir.⁹⁷ Türkiye'ye karşı yapılan başvurular arasında bir Kıbrıslı Türk tarafından yapılan *Adalı/Türkiye* başvurusu üzerinde durulacaktır.

Yukarıda 11. madde ile ilgili açıklamalarımız çerçevesinde kısaca değinmiş olduğumuz *Adalı* kararındaki en göze çarpan iddialardan biri, başvurunun eşinin öldürülmesiyle ilgili olarak resmi makamların yeterli ve etkili bir soruşturma yürütmemiş olmalarından dolayı Sözleşmenin çeşitli maddeleri yanında 2. maddesinin de ihlal edildiği iddiasında bulunmuş olmasıdır. Türkiye başvurunun kabul edilebilirliğine itirazda bulunarak KKTC'de meydana gelen olaylardan dolayı Türkiye'ye *genel sorumluluk* atfedilmesinin hatalı olduğunu iddia etmiştir. Mahkeme ise başvurunun iddiasını kabul etmiş, Türkiye tarafından iddia edilen KKTC'deki iç hukuk yollarının tüketilmemiş olması itirazını da reddederek, 2. maddenin yönetsel boyutları açısından Türkiye tarafından ihlal edildiğine karar vermiştir.⁹⁸

Mahkeme aynı zamanda, başvurunun eşinin öldürülmesiyle ilgili olarak, tazminat dahil, KKTC'de hak arama yollarının kapanmış olduğu görüşüne varmış ve iç hukukta yargıya başvurma hakkını güvence altına alan 13. maddenin de ihlal edildiğine karar vermiştir.⁹⁹

Kanımızca *Loizidou* başvurusunda Komisyonun ve Mahkemenin genel sorumluluk konusundaki bulgularının bu başvuruya uygulanması doğru olmamıştır. *Loizidou* başvurusunda adanın kuzeyinde bulunan Türk askerinden dolayı burada etkin kontrol icra ettiği nede-

⁹⁷ Necatigil, Kıbrıs Uyuşmazlığı ve AİHM Kıskaçında Türkiye, s. 251; Özdek, s. 149.

⁹⁸ AİHM'in Türkiye'ye karşı 31. 3. 2005 tarihli Adalı kararı, BN. 38187/97, prg. 233.

⁹⁹ Bugün KKTC'de faili meçhul cinayetlerle ilgili olarak maktülün ailesine tazminat ödenmesini düzenleyen herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. AİHS'in herhangi bir maddesinin ihlali durumunda tazminat hakkı doğduğundan bu eksiklik ileride yapılacak başvurularda Türkiye'nin yine 13. maddenin ihlalinden sorumlu bulunmasına yol açabilecektir.

niyle yetkili olduğu görüşüne varılmıştı. Bu yetki Kıbrıslı Rumların Kuzey'deki mallarına ulaşamadıkları ve mallarını kullanamadıkları olgusu ile ilişkilendirilmiş ve ihlal kararı verilmiştir. Bu görüşe katılmakla birlikte, somut olaya konu cinayet ile Türkiye'nin adanın Kuzeyindeki askeri varlığı ile ilgili doğrudan bir ilişkilendirme yapmak mümkün değildir.¹⁰⁰

Bu noktada başvuruda Türkiye'nin karşısına çıkan güçlüklerden biri KKTC Polis Örgütü'nün görev ve yetkilerini Güvenlik Kuvvetleri Komutanlığına bağlı yürütüyor olmasıdır. KKTC Anayasasının geçici 10. maddesinde öngörülen 51/1984 sayılı Polis Örgütü Yasası, Örgüt'ün Başbakanlık ile Güvenlik Kuvvetleri Komutanlığı arasındaki ilişkilerini açık bir şekilde ayırmamıştır. Polis, görev ve yetkilerinin Güvenlik Kuvvetleri Komutanlığı'na bağlı olarak yerine getirmektedir. Örgüt'ün işleyişi, çalışması, yönetimi, gözetimi ve denetimi Komutanlık tarafından yürütülmektedir.¹⁰¹ Güvenlik Kuvvetlerinin başında olan komutan ise Türk Ordusu'nun subayıdır ve görev ve yetkileri bakımından KKTC Başbakanına karşı sorumludur. Özetle, KKTC Polis Örgütü doğrudan KKTC'nin sivil yönetimine bağlı değildir. Bu durum da Türkiye'nin KKTC'deki yetkisizliği tezini önemli ölçüde zayıflatmaktadır.

SONUÇ

Avrupa insan hakları hukuku açısından Türkiye'nin Kuzey Kıbrıs'ta 1974'ten beri asker bulundurmak suretiyle ulusal sınırları ötesinde etkin ve siyasal güç kullanması, yargı yetkisi alanının Kuzey Kıbrıs topraklarına uzandığı anlamına gelmektedir. AİHM, Kuzey Kıbrıs'taki *de facto* durumdan hareketle özellikle *Loizidou/Türkiye* ve *Kıbrıs/Türkiye* başvurularında, Kuzey Kıbrıs'ta etkin siyasal otoritenin KKTC değil Türkiye olması bakımından, tüm hak ihlallerinin sorumlusunun Türkiye olacağını vurgulamıştır. Böylelikle Mahkeme, Türkiye'nin ulusal sınırları ötesinde ama yargı yetkisi alanında insan haklarını koruma yükümlülüğünü pozitif bir anlayışla açıklığa kavuşturmuştur.

¹⁰⁰ Necatigil, Kıbrıs Uyuşmazlığı ve AİHM Kısacasında Türkiye, s. 228.

¹⁰¹ Necatigil, Kıbrıs Uyuşmazlığı ve AİHM Kısacasında Türkiye, s. 228.

AİHM'in başta Loizidou davası kararında yapmış olduğu tespitlerden¹⁰² yola çıkarak Kuzey Kıbrıs'ta alınacak bazı tedbirler sayesinde Türkiye'nin buradaki insan hakları ihlallerinden sorumlu tutulmasının önüne geçmenin mümkün olup olmadığı değerlendirilmelidir. Özersay'a göre bunu sağlayabilmek için:

*“Loizidou kararında atıfta bulunulan asker sayısında belirli oranda bir indirime gidilmesi; mahkemenin tüm iletişim noktalarını kontrol ettiğini söylediği askeri birliklerin stratejik değerlendirmeler çerçevesinde belirli noktalarda toplanması; kararda dikkat çekilen askeri mahkemeler konusunda gerekli değişikliklerin yapılması ve NATO askerlerinin üye ülkelerde konuşlanan birliklerinin her tür eylem ve işlemini belirli bir yasal zemine oturtan Sözleşme benzeri bir TC-KKTC antlaşmasının, Garanti ve İttifak Antlaşmalarına halel gelmeyecek şekilde yapılması; KKTC ülkesine kimlik kartı ile giriş-çıkış uygulamasının sona erdirilmesi düşünülmelidir”.*¹⁰³

Ne var ki AİHM, Kıbrıs/Türkiye kararında Türkiye'yi adadaki insan hakları ihlallerinden sorumlu tutarken, yalnızca adadaki asker sayısını ve Türkiye'nin etkili kontrolünü değil aynı zamanda bu türden bir sorumluluk ilişkisi kurulmadığı takdirde Kuzey Kıbrıs'ta insan hakları ihlallerinin sorumluluğunun kime ait olacağı yönünde bir boşluk oluşacağı varsayımı üzerinden hareket etmiştir.¹⁰⁴ Kanımızca bu varsayım, hiç de haksız değildir. Mahkemenin, sorumluluk yüklemesi bakımından önceki kararlarından sapabilmesi için KKTC otoritelerinin tek başına etkili kontrol uygulamaya başlaması da yeterli olmayacaktı. Zira uluslararası toplum tarafından tanınmayan bir devletin AİHM kapsamında sorumlu tutulması mümkün değildir. Böyle bir durumda, insan hakları mekanizması bakımından ortaya çıkacak olası bir boşluğun doldurulması için Mahkemenin nasıl bir yöntem izleye-

¹⁰² AİHM Loizidou kararında her meseleyi kendi olgularına göre incelemek yerine, Kuzey Kıbrıs'ta bulunan Türk askeri sayısını, bunların tüm toprak parçası üzerinde yayılmış olmasını, her yerde kontrol noktaları bulunmasını ve sürekli devriye gezmelerini dikkate alarak, doğrudan Türkiye'nin dahil olmadığı KKTC makamları tarafından gerçekleştirilen ihlallerin de Türkiye'ye atfedilebileceğine karar vermiştir. AİHM'in Türkiye'ye karşı 18. 12. 1996 tarihli Loizidou kararı, BN. 15318/89, prg. 91-96.

¹⁰³ Özersay, “Avrupa Birliği Normları ve AİHM Kararları”, s. 59-60.

¹⁰⁴ AİHM'in Türkiye'ye karşı 10. 5. 2001 tarihli Kıbrıs kararı, BN. 25781/94, prg. 78.

ceği de belirsizdir. İnsan hakları mekanizması bakımından ortaya çıkabilecek bu olası boşluğun nasıl doldurulacağı konusunda AİHM'in bir yöntem bulması ileri süreçte gerekebilir. *Loizidou* davasından sonra AİHM'e yapılan benzer başvurular, Türkiye ve KKTC'nin mülkiyet sorununa bakışını değiştirmiş, KKTC hukukuna da etki etmiştir. AİHM *Demopoulos* kararında Taşınmaz Mal Komisyonu'nun gerçekçi çözümler sunan dolayısıyla AİHS'in 35. maddesi hükmü anlamında tüketilmesi gereken bir iç hukuk yolu oluşturduğunu ifade etmiştir. Mahkeme bu tespitte bulunurken mülkiyet hakkına ilişkin davalarda bir iç hukuk yolu olarak Komisyon'a başvurulmasını KKTC'nin bir devlet olarak tanındığı anlamına gelmeyeceğini ve bu yolun Türkiye'nin bir iç hukuk yolu olarak nitelendirildiğini de önemle vurgulamaktadır. Türkiye 1990'ların sonunda siyasi ve hukuki açıdan sınırcı grup *Loizidou* ve benzeri kararların tazminatlarını ödemekten kaçınırken, bugün KKTC'de fiilen faaliyet gösteren bir iç hukuk yolu olan Taşınmaz Mal Komisyonu vasıtasıyla mülkiyet mağdurlarına tazminat ödenmektedir.

Sözleşmede açıkça tanımlanmamış olan yargı yetkisi kavramı, Mahkeme tarafından geniş yorumlanarak KKTC'de gerçekleşen eylemlere ilişkin olarak Türkiye'nin sorumluluğu kabul edilerek aleyhinde kararlar verilmiş, verilmeye devam edilmektedir. Kıbrıslı Türklerin başvurularında AİHM doğrudan adadaki Türk askerinin varlığı ile ilişkilendirilemeyen birtakım olaylarda da Türkiye'ye sorumluluk atfetmektedir. En azından yakın gelecekte mevcut durumun değişmesi öngörülebilir değildir.

Kaynakça

- Aksu Aslı, "Human Rights Violations faced by Turkish Cypriots", *Ankara Bar Review*, 2010(1), 19-24.
- Aybay Rona, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Konusunda Bazı Genel Gözlemler ve 14. Protokol", *TBB*, 2010(88), 225-260.
- Aybay Rona, *İnsan Hakları Hukuku*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2017.
- Cengiz Serkan, "AİHM Kararlarının İç Hukuka Etkisi", *TBB*(79), 2008, 334-350.

- Cengiz Serkan, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Yaşam Hakkı", *TBB D* (93), 2011, 383- 404.
- Doğru Osman/Nalbant Atilla, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi C.1, Legal Yayıncılık, İstanbul 2016.
- Erdem Mustafa Ruhan/Korkmaz Ömer, "Yargılamanın Yenilenmesi Nedeni Olarak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin İhlali", *DEÜSBED*, C. 5, S. 2, (2003), 182-212.
- Fazlıoğlu Ömer, "AİHM'in Xenides-Arestis Kararı ve Kıbrıs'ta Mülkiyet Sorunu", *TEPAV/EPRİ Dış Politika Etütleri Programı*, 2-23.
- Fırat Engin, "Toplanma Özgürlüğü ve Sınırları Toplumsal Olaylara Müdahalenin AİHS'nin 3. maddesi Kapsamında Değerlendirilmesi", *TAAD*, Y. 5, S. 19, (2004), 745-795.
- Gözler Kemal, "Bireysel Başvuru ve Kıbrıs Sorunu", İnsan Hakları Yıllığı, C. 15, (1993), 165-174.
- Gözlügöl Sait Vakkas, "Türkiye'nin Kıbrıs'ta Özel Mülkiyet Hakkını Koruma Yükümlülüğü", *AİBÜ Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, C. 12, Özel Sayı, 2012, 180-222.
- Gözübüyük Şeref/Gölcüklü Feyyaz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Turhan Yayınevi, Ankara 2016.
- Gündüzler Ulaş, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Avrupa Birliği Adalet Divanı Kararlarının Mülkiyet Sorunu Bakımından Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Hukukuna Etkileri", *Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi*, C. 15, No. 2, 2016, 23-58.
- Hakkı Murat Metin, "Property Wars in Cyprus: The Turkish Position According to International Law", *Ankara Bar Review*, 2010(1), 43-56.
- Harris, David/O'Boyle, Michael/Bates, Ed/Buckley, Carla, Law of the European Convention on Human Rights, OUP, London 2014.
- Karaaslan Erol, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Yapısı ve Yargılama Yöntemi", *ABD*, 2004(3), 107-130.
- Necatigil M. Zaim, "The Loizidou Case: A Critical Examination", SAM Papers, No. 8/99, Center for Strategic Research, Ankara 1999.
- Necatigil M. Zaim, Kıbrıs Uyuşmazlığı ve AİHM Kısacasında Türkiye, Turhan Kitabevi, Lefkoşa 2006.
- Necatigil M. Zaim, KKTC Cumhuriyeti'nde Anayasa ve Yönetim Hukuku, Işık Kitabevi Yayınları, Lefkoşa 2015.
- Özdek Yasemin, Avrupa İnsan Hakları Hukuku ve Türkiye-AİHS Sistemi ve AİHM Kararlarında Türkiye, Nadir Kitap Yayınları, İstanbul 2004.
- Özersay Kudret, "Avrupa Birliği Normları ve AİHM Kararları Çerçevesinde Kuzey Kıbrıs", *Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi*, C. 3, No. 2, 2004, 49-64.

Renda Yaprak, "Loizidou Kararından Bugüne Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Kararları ve Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi Kararlarının Kıbrıs'taki Mülkiyet Sorununa Etkisi", *ABD*, 2013(1), 387-397.

Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan/Sancakdar, Oğuz/Önok, Rifat Murat, İnsan Hakları El Kitabı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016.

Tunç Hasan, "Uluslararası Hukukta Gerçek Kişinin Sijeliği Sorunu Çerçevesinde Bireysel Başvuru Hakkı", *Polis Dergisi Cumhuriyeti'nin 80. yılına Armağan*, Yıl: 9, S: 36, Temmuz-Ağustos-Eylül 2003.

MONTRÖ BOĞAZLAR SÖZLEŞMESİ'NİN FESHİ THE DENUNCIATION OF MONTREUX STRAITS CONVENTION

İsmail DEMİR*

Özet: Bu makalenin gayesi, Montrö Boğazlar Sözleşmesi'nin feshi durumunda ortaya çıkabilecek hukuki durumun analiz edilmesidir. Çalışmada öncelikle Sözleşme'nin önemi ve Türk Boğazlarının hukuki statüsü üzerinde durulmuştur. Bilahare, Taraf Devletlerden herhangi birisince fesih hakkının kullanılması durumunda yeni bir sözleşme akdedilinceye kadar Boğazlardan geçişte cari olabilecek her bir rejim ayrı ayrı değerlendirilmiştir. Sonuçta olası bir fesih durumunda yeni bir sözleşme akdedilinceye kadar Sözleşme'nin geçiş ve seyrüsefere ilişkin bütün maddi hükümlerinin bir örf ve adet kuralı olarak uygulanabileceği kanaatine varılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Montrö'nün Feshi, Türk Boğazlarının Hukuki Niteliği, Geçiş ve Seyrüsefer Serbestliği, Örf ve Adet Kuralı

Abstract: This article's purpose is to analyse the legal status that could arise in the event of denunciation of Montreux Straits Convention. In this study, it is primarily elaborated on the significance of the Convention and Turkish Straits' legal status. Afterwards, where any State Party denounces it, each regime which may be applied on passage through the straits until a new convention would be concluded, has been considered respectively. In conclusion, in case of a prospective denunciation, it is reached that the whole substantial provisions of the Convention regarding passage and navigation could be applied as a customary law.

Keywords: Denunciation of Montreux, Turkish Straits' Legal Status, Passage and Navigation Freedom, Customary Law

GİRİŞ

Dünya deniz ticaretinin en önemli ve yoğun deniz trafiğine sahip suyollarından birisi olan Türk Boğazları (Boğazlar),¹ iki açık denizi, yani Karadeniz ve Ege Denizi'ni birleştiren bir coğrafi konumda

* Doç. Dr., Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Deniz Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, idemir@ankara.edu.tr

¹ Boğaz, kara parçaları arasında iki deniz alanını bağlayan doğal deniz yolları olarak tanımlanır: Hüseyin Pazarcı, Uluslararası Hukuk, Gözden Geçirilmiş B. 3, Turhan Kitabevi, Ankara 2005, s.267.

bulunmaktadır.² Asya ve Avrupa'yı coğrafi olarak birbirinden ayıran Boğazlar, iki kıta arasındaki kültürel, ticari ve askeri geçişler için her zaman bir köprü görevi görmüştür. Stratejik önemi sebebiyle tarih boyunca büyük güçlerin her zaman sahip olmak için uğrunda rekabet ettikleri doğal suyollarından birini teşkil etmiştir.³

Boğazlar, aynı zamanda Karadeniz havzasına ek olarak Tuna Nehri ve bağlantılı kanallar sistemi yoluyla Doğu Avrupa devletlerinin açık denizlere çıkmasına imkân vermektedir. Karadeniz'in, Akdeniz'in stratejik bütünlüğü içinde yer aldığı dikkate alındığında Boğazların jeopolitik ve jeostratejik önemi daha iyi anlaşılabilir. Boğazlar, uluslararası politikalarda her zaman hassas bir konu olmaya devam edecektir.⁴

Boğazlar, gemiler için Dünya'nın en zor mesafe alınabilen su yolları arasında sayılmaktadır.⁵ Karadeniz ve Akdeniz'i bağlayan İstanbul Boğazı, Marmara Denizi ve Çanakkale Boğazı, geçiş açısından her zaman bir bütün sayılmış, Boğazlardan geçiş, tarih boyunca muhtelif milletlerarası sözleşmelerle düzenlenmiştir.⁶

² Sözleşme'nin hemen ön sözünde Boğazlar deyimiyle Çanakkale Boğazı, Marmara Denizi ve Karadeniz (İstanbul) Boğazı'nın kastedildiği belirtilmektedir. Türk Boğazları; Türkiye Cumhuriyeti'nin egemenliğinde bulunan 37,1 mil uzunluğunda Çanakkale Boğazı, 110 mil uzunluğunda Marmara Denizi ve 16,64 deniz mili uzunluğunda İstanbul Boğazı'ndan oluşmaktadır: Ali Kurumahmut, Montrö Sözleşmesi, Türk Boğazları ve Karadeniz, Türk Deniz Araştırmaları Vakfı Yayın No: 26, İstanbul 2006, s. 13. Türk Boğazlarının oluşumu, fiziksel özellikleri ve tarihçesi hakkında bkz. Cahit İstikbal, "Türk Boğazları", Türk Boğazları (Der. Jale Nur Ece), İstanbul 2011, s. 142; Saim Oğuzülgen, "Boğazlar Bölgesi İçin Düşünülebilecek Trafik Ayrım Düzeni Nasıl Olmalıdır?" Boğazlar Bölgesinde Seyir Güvenliği Semineri (10 Nisan 1992), İstanbul, s. 4; Sevin Toluner, Milletlerarası Hukuk Dersleri, Beta Yayınları, İstanbul, 1996, s. 156.

³ Sami Doğru, "Türk Boğazları'nın Hukuki Statüsü: Sevr ve Lozan'dan Montrö'ye Geçiş", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 2013, C. 15, S. 2, s. 163.

⁴ Hüseyin Tosun, "Montrö Boğazlar Sözleşmesi (Boğazlar Sorununda Son Aşama)", *Ankara Üniversitesi Türk İnkılap Tarihi Enstitüsü Atatürk Yolu Dergisi* 1994, S. 13, s. 112.

⁵ Aykut Erol, "Boğazlar'ımızda Kaza Olasılığı En Alt Düzeye Nasıl İndirilir?", Marmara Denizi 2000 Sempozyumu Bildiriler Kitabı (Editörler: Bayram Öztürk, Mikdat Kadioğlu, Hüseyin Öztürk), Türk Deniz Araştırmaları Vakfı Yayınları No: 5, İstanbul 2000, s. 198.

⁶ Yüksel İnan, Türk Boğazlarının Siyasal ve Hukuki Rejimi, B. II, Turhan Kitabevi, Ankara 1995, s. 11; Sevin Toluner, Milletlerarası Hukuk Açısından: Türkiye'nin Bazı Dış Politika Sorunları, Genişletilmiş B. II, Beta Basım Yayım, İstanbul 2004, s. 19 - 166; Toluner, Milletlerarası Hukuk, s. 156; Mahmut Reşat Belik, Türk Boğazlarının Hukuki Statüsü, Sermet Matbaası, İstanbul 1962, s. 1 - 64; Hüseyin

Boğazların bugünkü hukuki rejimi, 20.07.1936 tarihinde Türkiye, Bulgaristan, Fransa, Yunanistan, Japonya, Romanya, Sovyetler Birliği, Yugoslavya, İngiltere ve İngiliz Milletler Topluluğu'na dâhil olan Avustralya temsilcileri arasında imzalanan "Montrö Boğazlar Sözleşmesi" (Sözleşme) ile düzenlenmiştir. Sözleşme, 09.11.1936 tarihinde yürürlüğe girmiştir.⁷ Sözleşme, hem Boğazlardan geçiş yapmak isteyen yabancı bayraklı ticaret gemilerinin geçiş haklarını, hem de Karadeniz'e giriş yapmak ve kalmak isteyen savaş gemilerinin hukuki durumlarını düzenleyen tek sözleşmedir.⁸

İtalya, 01.05.1938 tarihinde Sözleşme'ye katılmıştır. Japonya ise 08.09.1951 tarihli Barış Antlaşması'nın 8. maddesine uygun olarak Sözleşme'yi imza eden devlet sıfatından doğabilecek bütün hak ve menfaatlerinden vazgeçmiştir.

Sözleşme'nin 1. maddesinde Boğazlarda denizden geçiş ve seyrüsefer serbestisi ilkesi benimsenmiştir. Sözleşme'nin 2. maddesine göre barış zamanında ticaret gemileri gündüz ve gece, bayrak ve yük ne olursa olsun sağlık denetimlerini düzenleyen m. 3'deki sınırlandırmalar hariç olmak üzere herhangi bir formaliteye gerek kalmaksızın Boğazlardan serbestçe geçiş ve ulaşım hakkına sahiptir. Ticaret gemileri, Boğazlarda bir limana uğramaksızın transit⁹ geçerlerken Türk

Pazarıcı, Uluslararası Hukuk Dersleri, II. Kitap, Gözden Geçirilmiş B. 7, Turhan Kitabevi, Ankara 2003, s. 346 – 355; Selami Kuran, Uluslararası Deniz Hukuku, B. III, Türkmen Kitabevi, İstanbul 2009, s. 103 – 114; Bülent Şener, "Türk Boğazlarının Geçiş Rejiminin Tarihi Gelişimi ve Hukuki Statüsü", *Tarih Okulu Dergisi* 2014, S. XVII, Y. 7, s. 467 – 493. Boğazlardan geçiş rejiminin uluslararası bir nitelik kazanmasının tarihî gelişimi hakkında bkz. İdris Bostan, "Osmanlı İmparatorluğu Döneminde İstanbul Boğazından Geçişin Tabi Olduğu Kurallar", Marmara Denizi 2000 Sempozyumu Bildiriler Kitabı (Editörler: Bayram Öztürk, Mikdat Kadioğlu, Hüseyin Öztürk), Türk Deniz Araştırmaları Vakfı Yayınları No: 5, İstanbul 2000, s. 7; Doğru, s. 163; İstikbal, s. 110 – 142; Aydoğan Özman, Deniz Hukuku, Kaynaklar Kişiler Nesnelere Ulusal Deniz Alanları, C. I, Turhan Kitabevi, Ankara s. 382.

⁷ Türkiye, Sözleşme'yi 31.07.1936 tarihli ve 3056 sayılı Kanunla onaylamıştır. Bkz. 05.08.1936 tarihli ve 3374 sayılı Resmî Gazete.

⁸ Jale Nur Ece, "Kanal İstanbul ve Montrö Sözleşmesi", *Ortadoğu Analiz* 2011, C. 3 – S. 29, s. 51.

⁹ Geçişin "transit" olması ile "transit geçiş rejimi"ne tabi olmak farklı anlamlara sahiptir. Pazarıcı, Uluslararası Hukuk, s. 273. Bir milletlerarası sözleşmeyle açıkça düzenlenmiş olduğundan Türk Boğazlarından geçiş transit geçiş rejimine tabi değildir. Dolayısıyla geçiş, 1982 tarihli Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi Kısım III, Bölüm 2'de (m. 37 – 44) düzenlenen transit geçiş rejimine tabi değildir. Aynı Sözleşmenin 35. maddesinde aynen "İşbu Kısımın hiçbir hükmü;

Makamlarına Sözleşme'nin I sayılı Ekinde belirtilen vergi ve harçları ödemek zorunda olup başkaca bir mali yükümlülüğe tabi değildir. Ticaret gemilerinin savaş zamanında geçiş serbestisi, Sözleşme'nin 6. maddesinde Türkiye'nin savaşta olup olmadığı ile kendisini pek yakın bir savaş tehdidinde maruz saydığı hâllerde bazı sınırlandırmalara tabi tutulmaktadır.

Savaş gemilerinin Boğazlardan geçişi ise Sözleşme'nin II. Kesiminde düzenlenmiştir. Sözleşme'nin 8. maddesine göre Sözleşme'nin savaş gemileri ile ilgili hükümlerinin uygulanması bakımından savaş gemilerinin nitelikleri ve tonajlarının hesaplanmasıyla ilgili esaslar, Sözleşme'nin II sayılı Ekinde belirtilmiştir. Bu konularda Sözleşme'de kabul edilmiş olan tanımdan farklı tanımların yapılması mümkün değildir. Savaş gemilerinin Boğazlardan geçişleri ve Karadeniz'deki durumları, Türkiye ve Karadeniz'e kıyıdaş olan devletlerin güvenliklerinin korunması için ticaret gemilerinin geçişlerine nazaran daha fazla sınırlandırılmıştır.¹⁰

Bütün milletlerarası sözleşmelerde olduğu gibi Sözleşme'nin Taraf Devletlerce feshi mümkündür. Sözleşme'nin feshinin siyasi, sosyal, ekonomik ve hukuki birçok sonuçları olacaktır. Fesih durumunda ortaya çıkacak hukuki durumun analiz edilerek Türkiye'nin hak ve menfaatlerine en uygun politika ve fikirlerin geliştirilmesinde büyük faydalar bulunmaktadır. Türk hukukunda Sözleşme'nin feshine dair yeterli akademik çalışmaların yapılmadığı dikkati çekmektedir. Çalışmamızda ağırlıklı olarak Sözleşme'nin feshi ve fesih durumunda ortaya çıkabilecek hukuki sonuçlar inceleme konusu yapılmıştır.

I. SÖZLEŞME'NİN ÖNEMİ

Sözleşme, bir kıyı devleti olarak Türkiye'nin egemenlik haklarını saklı tutmakla birlikte geçiş serbestisi ilkesiyle uluslararası deniz ti-

... c) Geçişin tamamen veya kısmen, uzun süreden beri yürürlükte bulunan ve özellikle bu boğazlara ilişkin olan sözleşmelerle düzenlendiği boğazların hukuki rejimini etkilemez" hükmü yer almaktadır. Bu sebeple, transit geçiş rejimi dâhil "Uluslararası Seyrüsefere Açık Boğazlar" başlıklı Kısım III hükümleri, Türk Boğazlarının hukuki rejimini etkilemez: Kuran, s. 112; Özman, s. 408; Toluner, Milletlerarası Hukuk, s. 147; Ferit Hakkı Baykal, Deniz Hukuku Çalışmaları, Alfa Yayınevi, İstanbul 1998, s. 245; İnan, Türk Boğazları, s. 50; Toluner, Dış Politika Sorunları, s. 1 vd.

¹⁰ Toluner, Milletlerarası Hukuk, s. 170.

caretinin gereklerine ve faydalarına uygun hükümler sevk eden, bu zıt menfaatleri bağdaştıran önemli bir belgedir. Geçiş serbestisinin denetimi Türkiye'ye verilmiş ancak Boğazların savaş gemileri tarafından kullanılmasında Karadeniz'e kıyıdaş devletler yararına tanınan ayrıcalıklar sayesinde başta Türkiye olmak üzere, bölge devletlerinin güvenliği sağlanmıştır.¹¹

Sözleşme, bir güvenlik sözleşmesidir. Aslında güvenliği sağlanan bölge, sadece Türkiye veya Karadeniz ülkeleri değil, tüm Dünya ülkeleridir.¹² Bununla birlikte Sözleşme, Karadeniz'e kıyıdaş devletler olarak özellikle Türkiye ve Rusya bakımından özel bir önem arz etmektedir. Ayrıca Sözleşme, savaş sonrası dönemde yapılan barış amaçlı ilk resmî düzenleme olarak Türkiye ve Balkan komşuları bakımından açık bir zafer niteliğindedir.¹³

Boğazlar, Türkiye için yalnızca bir menfaat değil, fakat bir varlık, egemenlik ve güvenlik meselesidir. Beş asırdan beri Türkiye'nin bütün güvenliği ve varlığı Boğazlara bağlanmıştır.¹⁴ Bu bağlamda Sözleşme'nin kabulü, esasında eski Sovyetler Birliği ile batı dünyası arasında sürekli bir denge arayışı içinde bulunan Türkiye'nin kendi mütevazı olanaklarıyla yaklaşmakta olan Dünya bunalımına karşı tespit edilen ve uygulanan en iyi strateji olarak görülebilir.¹⁵ Sözleşme, uluslararası ilişkilerde siyasi anlaşmaların müzakere ve barışçı yollarla günün şartlarına daha uygun bir kimliğe sokulabileceğine dair tarihte ender rastlanan bir örneği temsil etmektedir.¹⁶

Sözleşme, Türkiye ve Karadeniz'e kıyıdaş devletlerle birlikte Boğazları kullanan diğer devletler için de hak ve yükümlülükler doğuran, hukuki olduğu kadar aynı zamanda siyasi nitelikte bir belgedir. Yürürlükten kaldırılması ve değiştirilmesini düzenleyen şekil şartla-

¹¹ Tosun, s. 11; Başak Bükülmez, "Küresel Güçlerin Karadeniz Stratejilerinin Önündeki Engel: Montrö", *Güvenlik Stratejileri Dergisi* 2007, S. 5, s. 207.

¹² Hakan Karan, "Türk Boğazlarının Hukuki Statüsü", Prof. Dr. Hikmet Sami Türk'e Armağan, Turhan Kitabevi, Ankara 2017, s. 430.

¹³ Harry N. Howard, "The Straits after the Montreux Conference", *Foreign Affairs* 1936, Vol. 15, No. 1, s. 199 - 202.

¹⁴ Cemil Bilsel, "Sovyet Rusya-Türk Notaları Aydınlığında Türk Boğazları", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 1948, C. 14, S. 1 - 2, s. 8.

¹⁵ Doğu Ergil, "Boğazlar Üzerinde Bitmeyen Kavga (1923 - 1976)", Lozan'ın 50. Yılına Armağan, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1978, s. 112.

¹⁶ Kurumahmut, Montrö Sözleşmesi, s. 59.

rının elverişli olmasına, bu yönde bazı girişimlere ve yaşanan olaylara rağmen seksen bir yıldır istikrarlı şekilde uygulanmaktadır.¹⁷

Zaman zaman yoğunlaşan belirsizlik ve istikrarsızlıklar içinde Türkiye'nin titizlikle uygulamaya çaba sarf ettiği Sözleşme'nin getirdiği rejim, uzun yıllar boyunca Türk dış politikası için güvenilir bir alan yaratmaktadır. Boğazlar, geçmişte olduğu gibi, bugün de uluslararası politikanın dengeleri açısından önemini sürdürmekte, Türkiye'nin dış politikasına yön vermeye devam etmektedir.¹⁸ Türkiye, Sözleşme ile bir yandan Boğazlar bölgesinde tam egemenliğini perçinlerken, diğer yandan da sağladığı hassas denge ile Türkiye'yi Rusya ile büyük denizci devletler arasında sıkışmaktan kurtarmıştır. Sözleşmenin mevcut haliyle korunması ve uygulanması Türkiye açısından hayati siyasi ve güvenlik önceliği taşımaktadır.¹⁹ Soğuk savaşın bitimiyle birlikte Dünya barışına sağlamış olduğu katkısı dolayısıyla önemi daha artan Sözleşme sayesinde elde edilen statü ve kazanımların korunmasına gayret edilmelidir.²⁰ Esasen başta Türkiye olmak üzere diğer Taraf Devletlerin politikaları da bu yöndedir.

Türkiye'nin egemenliğini kısıtlayan 1923 tarihli Lozan Boğazlar Sözleşmesi'nin yerine geçen Sözleşme'yle ihdas edilen rejim, Boğazların esasen millî olma özelliğini muhafaza etmektedir. Sözleşme, günümüz uluslararası deniz ulaştırmasında kullanılan birçok boğazlara nazaran Türkiye'nin yetkilerini çok az kısıtlamaktadır. Boğaz devleti olarak Türkiye'nin egemenlik yetkileri asıl, yetki kısıtlamaları istisnadıdır.²¹

¹⁷ Doğru, s. 165.

¹⁸ Bülent Şener, "Tarihsel Boyutlarıyla Boğazlar'ın Jeopolitik ve Stratejik Önemi", *The Journal of Academic Social Science Studies* 2015, No. 35/ I, s. 346.

¹⁹ Şükrü M. Elekdağ, 81. Yılında Montrö Sözleşmesi'nin Karşılaştığı Güvenlik Sorunları ve Sözleşmenin Feshi ve Tadili İçin Girişimler Vukuunda Karşılaşılacak Senaryoların Analizi, Avrasya İncelemeleri Merkezi, AVİM Rapor No: 12, Ankara, 2017, s. 11.

²⁰ Eyüp Zengin, "Türk Boğazları'nda Geçiş Rejimi ve Türkiye'nin Boğazlardan Geçiş Düzenleme Yetkisi", *Çankırı Karatekin Üniversitesi Uluslararası Avrasya Strateji Dergisi* 2013, C. 2, S. 2, s. 55; Bükülmez, s. 217.

²¹ Ferit Hakan Baykal, "Günümüzde Deniz Ulaşımındaki Gelişmelerin Işığında Türk Boğazlarının Hukuki Rejiminin Değerlendirilmesi ve Milletlerarası Hukukta Genel Olarak Kabul Görmüş Diğer Boğazlardan Geçiş Rejimleri İle Kıyaslanması", *Marmara Denizi 2000 Sempozyumu Bildiriler Kitabı, Türk Deniz Araştırmaları Vakfı Yayın No.5, İstanbul 2000*, s. 30.

II. BOĞAZLARIN HUKUKİ NİTELİĞİ

Çanakkale Boğazı, Marmara Denizi ve İstanbul Boğazı'ndan oluşan Türk Boğazları, Türkiye'nin iç suları niteliğindedir.²² Dolayısıyla Türk Boğazları, Türk iç sularının bir parçası olarak Sözleşme'de tespit olunan geçiş serbestisinin özüne dokunmamak kaydıyla Türk iç suları rejimine tabidir.²³ Sözleşme'nin metninde açıkça Boğazlar teriminin "Çanakkale Boğazı, Marmara Denizi ve Karadeniz Boğazı"nın içerdiği belirtilmiş olmakla²⁴ Türk Boğazlarının iç sular rejimine tabi olduğunun en azından üstü kapalı şekilde kabul edildiği söylenebilir.²⁵

²² Genel olarak iç sular, denizin kara ile birleştiği en yüksek met çizgisi ile esas çizgi (normal veya düz esas çizgi) arasında kalan deniz alanlarıdır. DHS m. 8'de ise iç sular, kara suları esas hattının gerisinde kalan sular olarak tanımlanmaktadır. Yani kara sularının başlangıç hattı ile devletin kara ülkesi arasında yer alan su alanlarıdır. Bu alanlara koylar, körfezler, limanlar ve düz esas hatlar yönteminin uygulandığı durumlarda bu hatların berisinde kalan su kesimleri dâhildir. İç sular deniz alanlarından farklı olarak herhangi bir sınırlama söz konusu olmaksızın devlet ülkesinin bir parçası gibi kabul edilmektedir. Bu sebeple "Karasuları ve Bitişik Bölge Sözleşmesi"nde olduğu gibi DHS'nde de tanım haricinde iç suların hukuki rejimiyle ilgili düzenleyici herhangi bir hüküm yer almamaktadır. Devletin iç sularda mutlak egemenliği mevcuttur. Bununla birlikte DHS m. 8'de bir düz esas hattın daha önce iç su olarak kabul edilmeyen suları iç sulara dâhil etmesi durumunda zararsız geçiş hakkının bu sularda da uygulanacağı belirtilmek suretiyle bu mutlak egemenliğe bir kısıtlama getirilmiş bulunmaktadır: Özman, s. 247; Baykal, Deniz Hukuku Çalışmaları, s. 133, 137.

²³ Türkiye, Cenevre Konferansı'nda Marmara Denizi'nin iki boğazla açık denizlere bağlanan bir su alanı olduğunu, bu tür deniz alanlarının gerek coğrafi, gerekse tarihî nedenlerle iç sular rejimine tabi deniz kesimleri olduğunu ileri sürmüştür. Türkiye, Marmara Denizi'nin tümünün iç sulardan sayılması hususunda çekışmesiz uygulamaya dayalı bir tarihi hakkı haiz olduğu yolundaki görüşünü resmen beyan etmiştir: Toluner, Milletlerarası Hukuk, s. 156.

²⁴ Sözleşme'deki Boğazlar tanımının sadece bu Sözleşme hakkında bir anlam arz ettiği hakkında bkz. Karan, s. 430.

²⁵ Özman, s. 409; Karan, s. 440; Atilla Aybay/Aydın Aybay/Gündüz Aybay/Rona Aybay, Denizciler, İşletmeciler ve Yöneticiler için Deniz Hukuku, Aybay Yayınları, İstanbul 1998, s. 911; Yüksel İnan, "The Turkish Straits", The Europeanization of Turkey's Security Policy. Prospects and Pitfalls (Derleyen: Ali L. Karaosmanoğlu, Seyfi Taşhan), Foreign Policy Institute, Ankara 2004, s. 161; Mehmet Gönlübol, Barış Zamanında Sahil Sularının (Karasuları ve Bitişik Bölge) Hukuki Statüsü, Siyasal Bilgiler Fakültesi, Ankara 1959, s. 131-132; Edip F. Çelik, Milletlerarası Hukuk, C. I, B. 4, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul 1980, s. 176, dn. 43; Glen Plant, "Navigation Regime in the Turkish Straits for Merchant Ships in Peacetime, Safety Environmental Protection and High Policies", Marine Policy 1996, Vol. 20, No. 1, s. 16 - 17. Türk Boğazlarının kara suları rejimine tabi olması gerektiği görüşleri hakkında bkz. Toluner, Milletlerarası Hukuk, s. 166, dn. 197a; Kudret Özersay, Türk Boğazlarından Geçiş rejimi, Mülkiyeliler Birliği Vakfı Yayınları, Ankara 1999, s. 43.

Doktrinde isabetli olarak uluslararası seyrüseferde kullanılan bir suyunun her iki kıyısının da aynı devlete ait olması şartıyla özellikle genişliğinin kara sularının genişliğinin iki katını geçmediği durumlarda boğaz sularının iç sular kabul edileceği ileri sürülmektedir.²⁶ Bu bağlamda Türk Boğazlarının hukuki niteliğinin iç sular olduğu hususunda tereddüde düşülmemesi gerekir.²⁷

Türk Boğazları, Türkiye'nin mutlak egemenlik haklarına sahip iç sularına dâhil olsalar da iki açık denizi birbirine bağladığı için uluslararası seyrüseferde kullanılan bir su yolu mahiyetindedir.²⁸ Fiziki sınırları açısından ulusal boğaz²⁹ özelliği gösterse bile, bir yarı kapalı

²⁶ Baykal, *Deniz Hukuku*, s. 29; Mehmet Gönlübol, *Sahil Sularının Hukuki Statüsü*, s. 138; Bing Bing Jia, *The Regime of Straits in International Law*, Clarendon Press, Oxford 1998, s. 6; John Colombos C., *International Law of the Sea*, 6th revised ed., Longmans, London 1967, s. 197. Yazar, boğazın girişindeki genişliğinin önemli olmakla beraber boğaz içindeki genişliklerin boğaz sularının niteliğini etkilemeyeceğini belirtmektedir.

²⁷ Ancak doktrinde bazı yazarlar, boğazların kendine özgü zararsız geçiş rejimine tabi olduğunu beyan ederek sanki boğazlar hakkında iç sular rejimi değil de, kara suları rejimi ya da uluslararası seyrüsefer için kullanılan boğazlarda uygulanan ertelenemeyen zararsız geçiş rejiminin uygulanabileceğini ileri , Devletler Hukuku, Devletler Hukukunun Şahıslarından, Devlet, C. II, Başnur Matbaası, Ankara 1965, s. 47; Dilek Bektaşoğlu, "Türk Boğazlarından Geçen Ticari Sürmektedirler. Bkz. İlhan Akipek Gemilerin Haciz Muafiyeti var mıdır?", *Gündüz Aybay Anısına Armağan, Deniz Hukuku Dergisi*, S. 1 - 4, Y. 5, s. 209; Necmettin Akten/Jale Nur Ece/Nilüfer Oral/Hasan Kanbolat, 75. Yılında Montrö Boğazlar Sözleşmesi (Karadeniz'in Değişen Jeopolitiği Çerçevesinde), *The Black Sea International Rapor No: 8, Ortadoğu Stratejik Araştırmalar Merkezi*, Ankara 2011, s. 10, Toluner, *Dış Politika Sorunları*, s. 306; Bükülmez, s. 208.

²⁸ DHS, yanlış anlamalara sebebiyet verebileceği gerekçesiyle uluslararası seyrüsefer için kullanılan boğazlar tabirine yer vererek o zamana kadar kullanılagelen uluslararası boğaz teriminden vazgeçmiştir: Karan, s. 426. DHS'nde uluslararası seyrüsefer için kullanılan boğazlar hakkında uygulanacak rejim, "boğazlarda seyrüsefer"e, yani boğazlardan geçişe yöneliktir. DHS m. 34'de ifade edildiği üzere boğazlardan seyrüsefer ile ilgili rejim, bu boğazları oluşturan suların hukuki statüsünü veya boğaz devletlerinin bu gibi sular ve bunların hava sahası, deniz yatağı ve toprak altı üzerindeki egemenliğini hiçbir şekilde etkilemeyecektir. Boğaz alanı hakkında uluslararası hukukun aradığı kriterlere uygun olarak kara suları veya iç sular rejimi uygulanacaktır: Karan, s. 429; Ali Kurumahmut/Cihat Yayıncı, *Deniz Subayları İçin Temel Deniz Hukuku - Barış ve Savaş Dönemi*, Deniz Kuvvetleri, İstanbul 2011, s. 38; Satya N. Nandan/David H. Anderson, "Straits Used for International Navigation: A Commentary on Part III of the United Nations Convention on the Law of the Sea 1982", *British Yearbook of International Law*, *Law of the Sea* (Editör Hugo Caminos), Burlington 2001, s. 159 vd.

²⁹ Tek bir devletin kıyıdaşı bulunduğu ya da bir kapalı denize bağlanan dar su yolları genellikle ulusal boğazları oluşturmaktadır. Bunun tipik örneği Rusya'nın kıyıdaş olduğu Karadeniz'i Azak Denizi'ne bağlayan Kerç Boğazı'dır. Millî bo-

deniz olan Karadeniz'e kıyısı olan devletlerin açık denizlere ulaşmalarında tek yol olduğundan "uluslararası boğaz"³⁰ özelliğine sahiptir.³¹

Uluslararası boğazlar, uluslararası ulaşırmada kullanılan dar su yollarıdır. Bir boğaz, her yönüyle bir millî boğaz özelliğine sahip olsa bile bir milletlerarası sözleşmenin konusunu oluşturuyorsa bu yönüyle milletlerarası hukuk kurallarının uygulandığı milletlerarası boğaz niteliğini kazanır. Bu dar su yolunun iki açık deniz kesimi arasında zaruri bir yol olması şartı aranmadığı gibi milletlerarası deniz trafiği için yararlı bir yol olması da gerekmez.³²

Türk Boğazları, uluslararası seyrüseferde kullanılan boğazlardan olması sebebiyle Sözleşme çerçevesinde bir takım özel düzenlemelere tabi kılınmıştır. Bu bağlamda, Boğazlardan geçiş rejiminin, 1982 tarihli Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi'nin (Deniz Hukuku Sözleşmesi: DHS)³³ 35(c) maddesinde düzenlenen "Geçişin tamamen veya kısmen, uzun süreden beri yürürlükte bulunan ve özellikle bu

ğazlar, kıyı devletinin egemenliğine tabi olup bu boğazlardan geçiş rejimi, kıyı devletinin millî mevzuatına göre düzenlenir: Hüseyin Pazarıcı, Uluslararası Hukuk Dersleri, C. II, B. 2, Turhan Kitabevi, Ankara 1990, s. 348.

³⁰ Ulusal boğaz - uluslararası boğaz ayırımının yerinde olmadığı, zira uluslararası boğaz deyimindeki uluslararasılığın boğaz üzerindeki devlet egemenliğinin görmezden gelinmesine yol açarken ulusal boğaz kavramının da sanki ulusal olmayan boğaz varmış algısı yarattığı ve kıyıları farklı devletlerin egemenliğindeki boğazlar bakımından yetersiz kaldığı hakkında bkz. Karan, s. 426.

³¹ Şener, "Geçiş Rejimi", s. 469. Karan, s. 424, 435, 437. Karan, coğrafi açıdan bir boğazdan söz edebilmek için su yolunun seyrüseferde kullanılıp kullanılmamasının önemi bulunmamakla beraber hukuken boğazların ancak üzerlerinde seyrüsefer edilebildiği takdirde önem arz edeceğini, DHS'nin sadece uluslararası seyrüseferde kullanılan boğazları düzenlemekte olduğunu, Türk Boğazlarının uluslararası boğazlar statüsünde sayılamayacağını ileri sürmektedir. Benzer bir görüş için bkz. Kurumahmut, Montrö Sözleşmesi, s. 133. Benzer bir görüş için bkz. Kurumahmut; Montrö Sözleşmesi, s. 133.

³² Baykal, Deniz Hukuku, s. 234; Korfu Boğazı Davasında Milletlerarası Adalet Divanı'nın 09.04.1949 tarihli kararı için bkz. Corfu Channel, U.K. v. Albania, Judgment, 1949 I.C.J. 4 (Apr. 9), <http://www.worldcourts.com/icj/eng/decisions/1949.04.09_corfu1.htm>. Bu davada Milletlerarası Adalet Divanı, coğrafi durumu dikkate alarak uluslararası boğazların esaslarını açıklamıştır. Karara göre uluslararası boğaz, uluslararası ulaşırmada kullanılan ve iki açık deniz kesimi arasında yer alan, bu iki açık deniz kesimini birbirine bağlayan dar su yoludur. Buradaki deniz trafiğinin çok veya az olması ya da bu boğazın uluslararası ulaşırmada az ya da çok önemli haiz olması, bunun uluslararası boğaz olmasını etkilemez. Önemli olan bu dar su yolunun iki açık deniz kesimini birleştiriyor olması ve uluslararası ulaşırmada kullanılıyor olmasıdır.

³³ The United Nations Convention on the Law of Sea, 1982. Türkiye, bu Sözleşme'ye taraf olmamıştır.

boğazlara ilişkin olan sözleşmelerle düzenlendiği boğazların hukuki rejimi" niteliğinde olduğu söylenebilir.³⁴ Türk Boğazları dışında bu tür boğazlara örnek olarak Macellan Boğazı, Danimarka Boğazları ve Aaland Boğazları gösterilebilir.

Boğazlardan geçiş, seksen yılı aşkın bir zamandan beri titizlikle uygulanan ve bağlı kalınan bir münhasır milletlerarası sözleşmeyle düzenlenmiş olduğundan, Türkiye'nin DHS'ne yönelik hukuki pozisyonu bir yana, DHS'nin "Kısım III Uluslararası Seyrüsefere Açık Boğazlar" a ilişkin hükümleri uygulama imkânı bulmaz.³⁵ Dolayısıyla, Boğazlardan geçişin DHS'nin 37 ilâ 44 maddelerinde düzenlenen transit rejim hükümlerine tabi olmadığı açıktır.³⁶ DHS m. 35(c)'de belirtilen sözleşmeler, belirli sayıda devletler tarafından imzalanmış olsalar da başkalarına karşı da ileri sürülebilir nitelikte (*erga omnes*) olduğundan bütün devletler açısından bağlayıcıdır.³⁷

³⁴ Özman, s. 380; Toluner, Milletlerarası Hukuk, s. 147; Kuran, s. 113; Baykal, Deniz Hukuku, s. 245, 261; Ali Kurumahmut, "Zararsız ve Transit Geçiş", *Deniz Kuvvetleri Dergisi* 2005, S. 546, s. 63; Nandan/ Anderson, s. 83; Kovalev, s. 210; Pazarıcı, Uluslararası Hukuk II. Kitap, s. 345 - 346; Melda Sur, Uluslararası Hukukun Esasları, B. 3, Beta Basım Yayım, İstanbul 2008, s. 317; Bengi Selen Yüceer, Uluslararası Boğazlar ve Kılavuzluk, Dokuz Eylül Yayınları, İzmir 2001, s. 23, 49; Louis B. Sohn/Kristen Gustafson, *The Law of the Sea*, West Publishing Co, St Paul 1984, s. 83; Aksi fikir için bkz. Karan, s. 435, 437. Karan, Türk Boğazlarının esasen içinde seyrüsefer riski oluşturmayan Marmara Denizi olarak isimlendirilen bir boğaz dışı bir deniz alanına (iç sulara) sahip olması dolayısıyla da bir bütün olarak boğaz ve özellikle uluslararası seyrüsefer için kullanılan boğaz olarak nitelendirilebilecek bir deniz alanı olmadığını, bu gerçeğin onun DHS anlamında uluslararası seyrüsefer için kullanılan boğaz sayılmasını engellediği gibi Türk Boğazlarının aynı zamanda DHS m. 35'de ismi geçen süreğen uluslararası sözleşmeye konu bir boğaz olarak nitelendirilebilmesi imkânını da ortadan kaldırdığını ileri sürmektedir.

³⁵ Doktrinde Sözleşme'nin DHS m. 35 anlamında süreğen uluslararası sözleşmeler olarak nitelendirilmesinin bu Sözleşmenin varlığını devam ettirdiği sürece herhangi bir farklı hukuki sonuç doğurmamakla beraber, herhangi bir sebeple yürürlükten kalkması durumunda DHS'nin uluslararası seyrüsefer için kullanılan boğazlara ilişkin rejimlerden birinin uygulanmasına yol açabileceğinden sakıncalı olduğu ileri sürülmektedir. Bkz. Özman, s. 376; William L. Schacte/Peter A. Bernhardt, "International Straits and Navigational Freedoms", *The Virginia Journal of International Law* (1992 - 1993), Vol. XXXIII/3, s. 545.

³⁶ Nitekim geçişin kendine münhasır Sözleşmeye dayalı ayrıcalığını vurgulamak için önceki tüzükte yer alan "transit geçiş" kavramı yerine "uğraksız geçiş" kavramı getirilmiştir. Kuran, s. 107, 111; Karan, s. 436. Karan'a göre Sözleşme ile uğraksız geçiş rejimi ihdas edilmiş olup bu rejim, 1936 yılının Dünyasını daha güvenli kılabilmeyi amaçlamaktadır.

³⁷ Özman, s. 375.

Sözleşme, Türkiye'nin Boğazlar bölgesindeki egemenlik haklarını yalnızca geçiş ve ulaştırma konusunda sınırlamakta fakat geçiş nedeniyle ortaya çıkabilecek tüm hukuki durumları düzenlememektedir. Sözleşme'de açık herhangi bir hüküm bulunmadığından Türkiye'nin Boğazlarda zabıta ve yargı yetkisini kullanması önünde bir engel yoktur.³⁸ Türkiye'nin Boğazlardan zararsız geçiş ilkeleri³⁹ çerçevesinde Sözleşme hükümlerine ters düşmemek, genel uluslararası ilkelere bağlı kalmak ve geçiş hakkının özüne dokunmamak şartıyla, geçişin zararsız olmasını istemeye, seyrüsefer güvenliği ile ilgili önlemler almaya, düzenlemeler kabul etmeye ve bunları denetlemeye yetkili olduğu ileri sürülmektedir. Bu yetkinin kapsamına günümüzde çoğu birer örf ve adet hukuku kuralı olarak kabul edilen deniz kirliliğinin önlenmesine dair düzenlemeleri yapmak da dâhildir.⁴⁰ Nitekim Türkiye, söz konusu yetkileri çerçevesinde deniz trafiğine ilişkin olarak ilk kez 1994 yılında Boğazlar ve Marmara Bölgesi Deniz Trafik Düzeni Hakkında Tüzüğü⁴¹ ve sonrasında bu Tüzüğü yürürlükten kaldıran

³⁸ Türkiye'nin Boğazlardan geçişi düzenleme yetkisinin olup olmaması konusundaki tartışmaların kaynağında Sözleşme'nin 2. maddesindeki geçiş serbestliği ile giriş kısmında yer alan Türkiye'nin güvenliğinin sağlanması gibi birbirine zıt gibi iki ilkenin bir arada benimsenmiş olması yatmaktadır. Sözleşme'nin giriş kısmında ise Türkiye'nin Boğazlardan geçişi güvenliğinin korunması dâhilinde düzenleme arzusu belirtilmekle beraber bu güvenliğin nasıl sağlanacağı, bu amaçla ne gibi tedbirlerin alınabileceği düzenlenmemiştir: Tahir Çağa, "Montreux Sözleşmesine Göre Boğazlardan Geçiş Serbestisi ve Güvenlik Prensipleri", Prof. Dr. Mahmut Belik ve Prof. Dr. Tahir Çağa'ya Saygı Semineri, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Münasebetler Araştırma ve Uygulama Merkezi, İstanbul Üniversitesi Yayın No: 3875, Beta Basım Yayım, B. 1, İstanbul 1994, s.39-43.

³⁹ Burada geçen zararsız geçiş rejiminin kendine özgü bir zarar geçiş rejimi olduğu hakkında bkz. Özman, s. 411; Aybay, s. 930; Turgut Tarhanlı, "Türk Boğazları'nda Trafik Düzeni ve 1936 Montreux Sözleşmesi", Uluslararası Politikada Yeni Alanlar, Yeni Bakışlar, (Derleyen: Faruk Sönmezoglu), Der Yayınları, İstanbul, 1998; İnan, "The Turkish Straits", s. 166; Toluner, Dış Politika Sorunları, s. 313 vd; Ece, s. 54.

⁴⁰ Özman, s. 411; Kuran, s. 106, 112; Tarhanlı, s. 69; Pazarcı, Uluslararası Hukuk II. Kitap, s. 353 - 354; Pazarcı, "Boğazlar Rejimine İlişkin Türk Dış Politikası ve Karşılaşılan Kimi Sorunlar", Ernst E. Hirsh'in Anısına Armağan, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara 1986, s. 878; Toluner, Milletlerarası Hukuk, s. 165; İsmail Soysal, "1936 Montreux Sözleşmesi", Prof. Mahmut Belik ve Prof. Dr. Tahir Çağa'ya Saygı Semineri, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Münasebetler Araştırma ve Uygulama Merkezi, İstanbul Üniversitesi Yayın No: 3875, Beta Basım Yayım, B. 1, İstanbul 1994, s. 1-9; Bükülmez, s. 208; Karan, s. 438.

⁴¹ Bkz. 11.01.1994 tarihli ve 21815 sayılı Resmî Gazete.

1998 tarihli Türk Boğazları Deniz Trafik Düzeni Tüzüğü'nü yürürlüğe koymuştur.⁴²

III. SÖZLEŞME'NİN FESHİNE DAİR HÜKÜMLER

Sözleşme'nin 28. maddesi feshi düzenlemektedir. Sözleşme, m. 28(1)'e göre yürürlüğe girdiği tarihten itibaren 20 yıl süreyle yürürlükte kalacaktır. Bununla birlikte Sözleşme m. 1'de kabul edilen geçiş ve seyrüsefer serbestliği ilkesi, süresizdir.⁴³

Sözleşme'de belirtilen 20 yıllık süreden iki yıl önce taraflardan birinin fesih bildiriminde bulunması durumunda Sözleşme, iki yıl sonra bütün Taraf Devletler bakımından sona erer. 20 yıllık sürenin 1956 yılında dolmuş olmasına rağmen bu zamana dek Taraf Devletler'den hiçbirisi feshi ihbar hakkını kullanmamış olduğundan Sözleşme, yürürlüktedir.⁴⁴ Bu durumda yine Taraf Devletler'den herhangi birisi,

⁴² Bkz. 6.11.1998 tarihli ve 23515 Mükerrer Sayılı Resmî Gazete. Türkiye, Rusya Federasyonu ile yapmış olduğu görüşmeler sonucunda Tüzüğü kabul etmiştir. Bu Tüzük hakkında ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. Selma Yel, Değişen Dünya Şartlarında Karadeniz ve Boğazlar Meselesi (1923 - 2008), Atatürk Araştırma Merkezi, Ankara 2009, s. 230 - 239.

⁴³ Sözleşme m. 28(2).

⁴⁴ Bu zamana dek hiçbir Taraf Devlet, feshi ihbarda bulunmamışsa da Sovyetler Birliği, hemen II. Dünya Savaşı sonrasında Türk Boğazları için sadece Türkiye ve Karadeniz'de kıyası olan devletlerin söz sahibi olmaları amacıyla Sözleşme'nin değiştirilmesi gerektiğini ileri sürmüştür. Sovyetler Birliği, Ağustos 1945'de Almanya'nın Potsdam şehrinde gerçekleştirilen konferansın Boğazlara ilişkin bölümünde alınan karardan sonra 08.08.1946 ve 24.08.1946 tarihlerinde Türkiye'ye vermiş olduğu notalarla son dünya savaşı sırasında Türk Hükümeti'nce kimi Alman ve İtalyan savaş gemilerinin "ticaret gemisi" sayılarak Boğazlardan geçirildiğini iddia ederek bu gibi olayların kendilerinin güvenliğini tehlikeye soktuğunu belirtmiştir. Sovyetler Birliği, bu gerekçeyle güvenliği sağlamak üzere Boğazlar rejiminin değiştirilmesini ve Boğazların güvenliğinin Türkiye ve Sovyetler Birliği'nce müştereken sağlanmasını istemiştir. Ancak Türkiye, İngiltere ve ABD'nin desteğinden de yararlanarak bu teklifi kabul etmemiştir: Toluner, Milletlerarası Hukuk, s. 180 - 185; Soysal, s. 499-500; İsmail Köse, "Yalta Ve Potsdam Konferansları: Sovyetler Birliği'nin Türk Boğazlarında Egemenlik Paylaşım Talepleri", *Karadeniz İncelemeleri Dergisi* 2015, C. 10, S. 19, s. 241-276; Kazım Ökten; Montreux Boğazlar Sözleşmesi, Edirne Trakya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Tarih Ana Bilim Dalı Yakınçağ Tarihi Bilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Haziran 2008, <http://dSPACE.trakya.edu.tr/jspui/bitstream/1/786/1/Kazim%20%C3%96kten.pdf>; Boleslaw Adam Boczek, *Dictionaries of International Law*, No. 2, Scarecrow Press, Lanham - Maryland - Toronto - Oxford 2005, s. 305-306; Yel, s. 171 - 175. Boğazların hukuki rejiminde değişiklik talep eden ülkelerin bu taleplerinde şüphesiz ki, Karadeniz ve Hazar üzerindeki güç mücadelesinin etkisi vardır. Zira uçak gemisi ve büyük savaş gemilerinin Boğazlardan geçmesinin

herhangi bir zamanda fesih bildiriminde bulunursa fesih bildiriminin gönderilmesinden itibaren iki sene geçinceye kadar Sözleşme yürürlükte kalmaya devam eder. Fesih bildiriminin Fransız Hükümeti'ne yapılması gerekir.⁴⁵

Sözleşme, m. 28 hükümlerine uygun olarak feshedildiği takdirde Taraf Devletler, yeni Boğazlar rejiminin belirlenmesine yönelik bir milletlerarası sözleşmenin kabulü amacıyla bir konferans gerçekleştirmeyi kabul etmektedirler.⁴⁶ Yeni bir sözleşmenin yapılmasına kadar geçecek olan süre zarfında Boğazlardan geçiş ve seyrüsefer serbestliği ilkesi yürürlükte kalmaya devam eder. Türkiye, bu süreçte söz konusu ilkeye aykırı düşen egemen haklar kullanamayacağı gibi yeni sözleşmeyle bu ilkenin değiştirilmemesi de sağlanmaktadır.⁴⁷ Böylece Taraf Devletlerin geçiş ve seyrüsefer serbestliği ilkesini açıkça bir milletlerarası örf ve adet hukuku kuralı olarak teyit ettikleri ve bu ilkeyi sürekli olarak canlı tutmak istedikleri anlaşılmaktadır.⁴⁸ Bununla birlikte, Viyana Sözleşmeler Hukuku Sözleşmesi'nin⁴⁹ 39. maddesine uygun olarak Sözleşme'ye Taraf Devletlerin oybirliği ile bu ilkenin değiştirilmesi veya bundan vazgeçilmesinin çok zor da olsa mümkün olduğu ileri sürülmektedir.⁵⁰

IV. SÖZLEŞMENİN FESHİNİN SONUÇLARI

Sözleşme'nin feshi Türkiye açısından hiçbir zaman hoş karşılanabilir bir durum değildir. Fesih, sadece Türkiye bakımından değil, başta Sovyetler Birliği'nin halefi durumundaki Rusya olmak üzere Karadeniz'e kıyısı bulunan devletlerin güvenliklerini tehlikeye ata-

mümkün olmadığı mevcut hukuki düzende değişiklik yapılması durumunda Karadeniz'e kıyısı olmayan devletler de Kafkaslar ve Karadeniz'de yaşanacak askeri ve siyasi krizlere doğrudan müdahil olma imkânı elde etmeyi ümit etmektedir: Emir Gürbüz, "Möntrö Boğazlar Sözleşmesi Işığında Kanal İstanbul", http://www.academia.edu/6160885/M%C3%B6ntr%C3%B6_Bo%C4%9Fazlar_S%C3%B6zle%C5%9Fmesi_%C4%B1%C5%9F%C4%B1%C4%9F%C4%B1da_Kanal_%C4%B0stanbul, s. 3.

⁴⁵ Sözleşme m. 28(3).

⁴⁶ Sözleşme m. 28(4).

⁴⁷ Zengin, s. 47.

⁴⁸ Toluner, Milletlerarası Hukuk, s. 179; Pazarcı, Uluslararası Hukuk II. Kitap, s. 353.

⁴⁹ The Vienna Convention on the Law of Treaties 1969. Türkiye, bu Sözleşme'ye taraf olmamıştır.

⁵⁰ Kuran, s. 110; Pazarcı, Uluslararası Hukuk II. Kitap, s. 353.

çağından ciddi olumsuz sonuçlar doğurabilir. Ancak Sözleşme'nin 20 yıllık bir süreyle yapılmış olması sebebiyle m. 28(3) hükmüne göre Taraf Devletlerden herhangi birinin herhangi bir zamanda fesih hakkını kullanabileceği de bir gerçektir.

İstikrarlı ve titizlikle 81 yılı aşkın bir zamandır uygulanmakta olan Sözleşme, mevcut geçiş rejimiyle önemli bir denge unsuru olmuştur. Fesih, birçok yönlerden bu dengeyi bozacağından belirsizlik yaratabilir. En azından kısa vadede Sözleşme'nin feshi beklenmemekle birlikte muhtemel bir fesih durumunda ortaya çıkabilecek hukuki meselelerin analiz edilerek Türkiye'nin hak ve menfaatlerine en uygun politika ve fikirlerin geliştirilmesinde büyük faydalar bulunmaktadır. Türkiye'nin güvenliği ile yakından ilgili olması sebebiyle Boğazların hukuki rejimine ilişkin kural ve politikalar belirlenirken Türkiye'nin hayati hakları ve ulusal savunması hiçbir zaman gözden uzak tutulmamalıdır.⁵¹

1. Yeni Bir Konferans Düzenlenmesi

Taraf Devletlerden birisi, m. 28(3) hükmüne uygun olarak fesih hakkını kullandığında, Sözleşme, bütün devletler için ortadan kalkar. Bu durumda Boğazlardan geçiş rejimini belirleyecek yeni bir milletlerarası sözleşmenin yapılması amacıyla Taraf Devletler, bir konferans düzenlemeyi kabul etmişlerdir.⁵² Sözleşme feshedilmiş olsa da belirlenecek yeni geçiş rejiminin müstakil bir milletlerarası sözleşmeyle belirlenmesi gerekmektedir.

Taraf Devletler, yeni bir milletlerarası sözleşmenin akdedilmesinde yetkilidirler. Sözleşme m. 28(4)'ün açık hükmü karşısında Taraf Devlet sıfatına sahip olmayan devletlerin böyle bir konferansa doğrudan katılma hakları bulunmamaktadır. Bununla birlikte Sovyetler Birliğinin halefi olarak Rusya Federasyonu ile Ukrayna'nın konferansa Taraf Devlet sıfatıyla katılmaları gerekir.⁵³ Doktrinde Potsdam görüş-

⁵¹ Kuran, s. 114.

⁵² Sözleşme m. 28(4).

⁵³ Rusya ve Ukrayna Taraf Devlet sıfatını kazanmışlarsa da Gürcistan taraf olmak niyetiyle herhangi bir beyanda bulunmamıştır: Kurumahmut, Montrö Sözleşmesi, s. 138. Uluslararası hukuk doktrininde Sovyetler Birliği'nin halefi olarak Rusya Federasyonu'nun kabul edildiği, Gürcistan ve Ukrayna'nın Karadeniz'e kıyısı olan devletler olarak haklardan yararlanmalarının gerekmesine rağmen

meleri⁵⁴ sebebiyle Sovyetler Birliği ve İngiltere tarafından Amerika Birleşik Devletlerine (ABD) taraf sıfatı verildiği, ABD'nin neredeyse taraf devlet sıfatını kazandığı, yeni sözleşmenin hazırlık çalışmalarına birebir katılabileceği, ABD olmadan masaya oturmanın pek mümkün olmayacağı ileri sürülmektedir.⁵⁵ Sözleşme m. 28(4)'ün açık hükmü karşısında bu görüşe katılmak mümkün değildir.

Sözleşme'ye Taraf Devletlerin tamamının katılmadığı, sadece eski Sovyetler Birliği, İngiltere ve ABD arasında Potsdam'da gerçekleştirilen görüşmelere dayanarak Taraf Devlet sıfatına sahip olmayan bir devlete bu sıfat verilemez. ABD'nin neredeyse Taraf Devlet olduğu ve Sözleşme'nin yerine geçecek bir başka sözleşmenin konferans görüşmelerine doğrudan katılabileceğine dair bu görüş, Sözleşme m. 28(4)'ün açık hükmünün görmezden gelinmesi anlamına gelmektedir. Sözleşme'ye Taraf Devletlerden sadece ikisinin katıldığı ve aralarında Boğazlar meselesinin de görüşüldüğü bir konferansın, ABD'ye Taraf Devlet sıfatını kazandırması veya doğrudan muhtemel konferansa katılma hakkı sağlaması hususunda yeterli ve güçlü bir hukuki dayanak olamayacağı değerlendirilmektedir. Bununla birlikte böyle bir konferansa katılma hakkına sahip devletlerin insiyatifine bağlı olarak ABD veya bir başka devletin konferansa davet edilmesi mümkündür.

bu devletlere Taraf Devlet sıfatının tanınamayacağı görüşünün ağır bastığı ileri sürülmektedir: Sevin Toluner, "Güncel Gelişmeler Işığında 1936 Montreux (Montrö)", İstanbul Barosu Dergisi 2006, C. 80, S. 6, s. 2406. Bükülmez, s. 215. Bu görüşte isabet bulunmamaktadır. Rusya Federasyonu'nun yanı sıra Gürcistan ve Ukrayna'nın da Karadeniz'de kıyıları bulunmaktadır. Bu devletler, Sovyetler Birliği'nin dağılmasından sonra kurulmuş, bağımsız ve egemenliklerini kazanmışlardır. Gürcistan ve Ukrayna'nın Sözleşme'nin getireceği haklardan kıyı devleti olarak faydalanmalarına rağmen yeni akdedilecek bir milletlerarası sözleşmede söz sahibi olamayacaklarının kabulü hem Sözleşme'nin özüne ve amacına aykırıdır, hem de bu devletlerin egemenlik haklarının tanınmaması anlamına gelmektedir. Nitekim Ukrayna, Taraf Devlet sıfatını kazanmıştır.

54 Potsdam görüşmelerinde Sözleşme'nin yeni şartlara uymaması nedeniyle değiştirilmesinin gerekli olduğu ve bu sorunun ABD, İngiltere ve Sovyetler Birliği'nin her biriyle Türkiye arasında doğrudan görüşmelere konu olmasını öngören bir kararın alınmasıyla yetinilmiştir: Harry N. Howard, "Some Recent Developments in the Problem of the Turkish Straits", The Department of State Bulletin (1945 - 1946), Vol. XVI, No. 395, s. 143 - 152; Mehmet Gönülbol, Olaylarla Türk Dış Politikası (1919 - 1995), Siyasal Kitabevi, Ankara 1996, s. 205 - 211.

55 Toluner, "Güncel Gelişmeler", s. 2406; Bükülmez, s. 216; Kurumahmut, Montrö Sözleşmesi, s. 127.

2. Uygulanacak Geçiş Rejimi

Sözleşme'nin feshi durumunda yeni bir sözleşme yapılmıyaya kadar Boğazlardan geçiş için hangi rejimin uygulanacağı önemli bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Fesih gerçekleşmiş olsa da geçiş ve seyrüsefer serbestisi ilkesinin süresiz şekilde uygulanması gerekir. Ancak bu ilkenin sınırlarının ne olacağı, ne şekilde ve hangi rejime tabi olarak değerlendirileceği hususu ortaya çıkmaktadır. Bu süreçte transit geçiş rejimi, iç sular rejimi ve zararsız geçiş rejimlerinden hangisi uygulanacaktır? Bir başka alternatif olarak feshedilmiş olsa da Sözleşme, bir örf ve adet hukuku kuralı olarak kabul edilip aynen uygulanmaya devam olunabilecek midir?

A- Transit Geçiş Rejimi

Transit geçiş rejimi, ilk defa DHS ile milletlerarası hukuka girmiştir. DHS m. 38(2)'de transit geçişin, sadece açık denizin bir parçasından veya münhasır ekonomik bölgeden, açık denizin veya münhasır ekonomik bölgenin diğer bir parçasına boğazdan devamlı ve hızlı bir geçiş amacıyla seyrüsefer ve bu saha üzerinde uçuş serbestisinin kullanılmasını anlamına geldiği belirtilmiştir. Bununla beraber, devletin ülkesine giriş şartları saklı kalmak üzere, geçişin devamlılığına ve hızlılığına ilişkin zorunluluk, boğaza kıyıdaş bir devletin ülkesine girmek, ülkeyi terk etmek veya ülkeden yeniden hareket etmek amacıyla boğazdan geçişi engellemez.

Transit geçiş kavramı, hem denizden, hem de boğazlar üzerindeki hava sahasından geçiş hakkını kapsamaktadır. DHS m. 38(1)'de, transit geçiş rejiminin açık denizin veya bir münhasır ekonomik bölgenin bir bölümü ile açık denizin veya bir münhasır ekonomik bölgenin diğer bölümü arasında uluslararası seyrüsefer için kullanılan boğazlara uygulanacağı ifade edilmektedir. Uluslararası seyrüsefer için kullanılan bu tür boğazlarda bütün gemiler ve uçaklar, engellenemez transit geçiş hakkına sahiptir. Ancak, transit geçiş hakkı bir devletin kıtası ile bu devlete ait bir ada arasında kalan boğazlarda, eğer adanın açık deniz tarafında veya bir münhasır ekonomik bölgede seyrüsefer ve hidrografik özellikler bakımından eşit uygunlukta başka bir yol mevcutsa uygulanmayacaktır.

Transit geçiş rejimiyle boğazları kullanan devletlere tanınan en

önemli husus, her türlü gemi ve uçaklara bu hakkın tanınmasıdır. Sözleşme’de uçak ve gemiler arasında herhangi bir ayırım gözetilmemiştir. Bunların tabiiyetleri, malikleri, özel veya devlet gemileri olması, ticaret gemisi ya da savaş gemisi ve uçağı olmaları arasında herhangi bir fark yoktur. Bütün uçak ve gemilere, özelliklerine bakılmaksızın ve geçiş için önceden ihbar ya da izin yükümlülüğüne tabi olmaksızın tanınmaktadır. Transit geçiş rejimi, sadece deniz hukukunda değil, hava sahasının hukuki rejimi konusunda da hukuki sonuçlar doğuran bir kavramdır. Dolayısıyla, transit geçiş hakkı, devletin hava sahası üzerindeki egemenliğini açıkça sınırlandıran genel bir kural olarak görülebilir.⁵⁶

Anlaşılabacağı üzere transit geçiş rejimi, zararsız geçiş rejimine nazaran bir hayli serbestiler ihtiva etmekte, boğaz devletinin egemenliğini önemli ölçüde kısıtlamaktadır.⁵⁷ Transit geçiş rejimi, boğaz devletleri ile boğazları kullanan devletler arasındaki dengeyi, boğazı kullanan devletler lehine bozmuştur. Bu yönüyle ileride birçok uluslararası uyuşmazlığa sebebiyet verebilir.⁵⁸ DHS, transit geçiş hakkını kullanan gemilerin uymakla yükümlü oldukları konuları açık olarak belirtmesine rağmen geçiş hakkı sırasında bu yükümlülüklerini ihlal eden gemiler üzerinde boğaz devletinin yetkileri konusunda herhangi bir açıklama getirmemektedir. Transit geçişe dair bölümde kıyı devletinin zararlı geçişi önlemek yetkisine benzer bir yetki öngörülmemiştir. Bu tür hükümlerin Sözleşmede bulunmaması bilinçli bir boşluk olarak değerlendirilmektedir.⁵⁹ Oysa zararsız geçiş rejiminde ilgili hava sahası üzerinde yabancı devlet uçaklarına geçiş hakkı tanınmadığı gibi, deniz altılar ve sualtı araçlarının ancak su üstünden ve bayraklarını

⁵⁶ Toluner, Milletlerarası Hukuk, s. 144; Baykal, Deniz Hukuku, s. 242 - 243.

⁵⁷ Baykal, Deniz Hukuku, s. 262; Ece, s. 54.

⁵⁸ Baykal, Deniz Hukuku, s. 262; Kuran, s. 103.

⁵⁹ Kuran, s. 102; Toluner, Milletlerarası Hukuk, s. 146; Robin Rolf Churchill/Alan Vaughan Lowe, The Law of the Sea, 3th ed., Manchester University Press, Manchester 1999, s. 108 - 109. Transit geçiş rejimi, 1960’lı yıllardan sonra devletlerin hızla kara sularını 12 mile çıkarma girişiminde bulunmaları sebebiyle uluslararası ulaştırmada kullanılan birçok boğazın kara suları ya da ulusal boğaz haline geleceği endişesine karşı ihdas edilmiştir. Böylece, söz konusu boğazlardaki serbest geçiş, güvenceye alınmıştır: Özman, s. 366; Baykal, Deniz Hukuku, s. 261; Toluner, Milletlerarası Hukuk, s. 139, 145; Kurumahmut/Yaycı, s. 36; Satya N. Nandan, “Legal Regime for Straits used for International Navigation”, The Proceedings of the Symposium on the Straits Used for International Navigation (Editörler: Bayram Öztürk/Reşat Özkan), İstanbul 2002, s. 3; Sohn/Kristen, s. 106.

göstermek suretiyle zararsız geçiş hakkından yararlanmaları mümkündür.⁶⁰

Doktrinde Sözleşme'nin feshedilmesi durumunda, Türkiye'nin son derece aleyhinde de olsa Türk Boğazlarından geçişte hiçbir sınırlandırmayı öngörmeyen tam bir serbesti rejimi olarak transit geçiş rejiminin uygulanacağı ileri sürülmektedir.⁶¹ Bu görüşe katılmak mümkün değildir.

Türk Boğazlarının hem iç sular mahiyetinde olması, hem de DHS m. 35(c)'de belirtilen özel sözleşmelere tabi boğazlardan sayılması sebebiyle geçiş rejiminin hali hazırda transit geçiş rejimi olmadığı açıktır. Sözleşme feshedildiğinde dahi geçiş rejiminin transit rejimine tabi olacağı, hiçbir şekilde kabul edilemez. Transit geçiş rejimi, fiziki ve coğrafi konumu itibarıyla Boğazlarda uygulanamaz.⁶² Boğazlar, her ne kadar açık denizin veya bir münhasır ekonomik bölgenin bir bölümü ile açık denizin veya bir münhasır ekonomik bölgenin diğer bölümü arasında uluslararası seyrüsefer için kullanılan boğazlar tanımına uygun düşmekte ise de bu durum transit geçiş rejiminin ister istemez Boğazlara uygulanacağı anlamına gelmemektedir.⁶³

⁶⁰ Baykal, *Deniz Hukuku*, s. 260.

⁶¹ Bükülmez, s. 214; Elekdağ, s. 18.

⁶² Baykal, "Türk Boğazları", s. 36; Kurumahmut, *Montrö Sözleşmesi*, s. 130 - 131. Bununla beraber Kurumahmut, yeni bir Sözleşme yapılamaması durumunda DHS'nde öngörülen transit geçiş rejiminin uygulanması girişimleri olabileceğini, bu durumda zararsız geçiş, transit geçiş veya Türk Boğazlarının sui generis yapısına uygun özel bir geçiş rejiminden hangisinin uygulanacağını tartışacağını, Türk Boğazlarının iki açık denizi birbirine bağlayan bir boğaz olduğu fikri baskın çıkar ve bu durum Türkiye tarafından da kabul edilirse Boğazlarda bugünkünden çok daha serbest bir geçiş rejiminin uygulanacağını ileri sürmektedir.

⁶³ Aksi görüş için bkz. Zengin, s. 50 - 55; Toluner, "Güncel Gelişmeler", s. 2407. Bu yazarlar, bu zamana kadar Türkiye'nin ileri sürdüğü görüş ve savunduğu politikalara tamamen ters biçimde Sözleşme'nin feshini müteakip Türkiye'nin geçişi dilediği gibi düzenleyemeyeceğini, statüsü bir milletlerarası sözleşmeyle düzenlenmemiş boğazlardan geçişi düzenleyen milletlerarası deniz hukuku kurallarının mevcut olduğunu, kaynağında örf ve adet hukuku olan bu kuralların 1958 tarihli Cenevre Karsuları ve Bitişik Bölge Sözleşmesi ile DHS'nde ayrıntılı olarak düzenlendiğini, DHS hükümlerinin milletlerarası teamül haline geldiğini ve Türkiye için bağlayıcı olduğunu, Türkiye'nin Sözleşme'de saklı tuttuğu zabıta ve yargı yetkisini bu kurallar çerçevesinde kullanabileceğini, Sözleşme'nin boşluklarının doldurulmasında bu kurallara başvurulabileceğini, fesih durumunda da belirtilen milletlerarası sözleşmelerin uygulanabileceğini, geçiş ve seyrüsefer serbestisi prensibinin kapsamı ve kullanılmasında koşullarının belirlenmesinde başvurulacak olan kuralların, bu coğrafi konumdaki boğazlar için öngörülen genel milletlerarası deniz hukuku kurallarından başkası olmayacağını ileri sürmek-

Öncelikle belirtilmelidir ki, Türkiye DHS'ne taraf olmadığı gibi, bu Sözleşme'ye karşı "ısrarlı itirazcı" (*persistent objector*) konumunu sürdürmektedir. Dolayısıyla, DHS'nin Türkiye için bir örf ve adet hukuku kuralı niteliği hâline geldiği söylenemez. Yine DHS'nin transit geçişe ilişkin hükümleri de bir örf ve adet hukuku kuralına dönüşmüş değildir. Boğaz devletleri ile boğazı kullanan devletler arasındaki dengeyi boğazı kullanan devletler lehine bozan transit geçiş rejimi, birçok uyumsuzluğa da sebep olabilir.⁶⁴ Transit geçiş hükümleri, Türkiye bakımından bağlayıcı olarak görülemez. Ayrıca, fesih durumunda transit geçiş rejiminin uygulanacağı görüşü, Boğazların Türkiye'nin iç suları mahiyetinde olduğunun göz ardı edildiği anlamına gelmektedir. Boğazlar, uluslararası seyrüseferde kullanılan su yolları olsalar dahi bu durum, onların Türkiye'nin bir parçası olduğu gerçeğini değiştirmez. Esasen, Boğazların Türkiye'nin iç sularına dâhil olduğu hususunda önemli bir tartışma bulunmamaktadır.

B- Zararsız Geçiş Rejimi

Doktrinde fesih durumunda, transit geçiş rejimi bir teamül kuralına dönüştüğünde dahi Boğazlarda bu rejimin değil, fakat zararsız geçiş rejiminin uygulanacağı ileri sürülmektedir.⁶⁵ Bu görüş taraftarlarına göre Sözleşme sona erdiğinde Boğazlar teriminin Çanakkale Boğazı, Marmara Denizi ve İstanbul Boğazı'nı kapsayan bir terim olarak kullanılması gerekli değildir. İstanbul ve Çanakkale Boğazlarından geçiş, ayrı ayrı değerlendirilerek Marmara Denizi'nin özel konumu ve

tedirler. Bu görüşün nihai sonucu kısaca, fesih durumunda Boğazlardan geçiş rejiminin Türkiye'nin bir hayli aleyhine olabilecek transit geçiş rejiminin uygulanacak olmasıdır.

⁶⁴ Özman, s. 373. Yazar, transit geçiş uygulamalarında özellikle Güney Doğu Asya'daki boğazlardan savaş gemilerinin geçişlerinde bazı sorunların ortaya çıktığını belirtmektedir. Ayrıca bkz. Kuran, s. 103; Baykal, Deniz Hukuku, s. 261. Yazar, DHS'nin 1958 Konvansiyonu gibi kodifikasyon anlaşması olmayıp, ortaya koyduğu kuralların milletlerarası teamül kurallarının delili niteliğinde olmadığını, dolayısıyla otomatik olarak bütün devletleri bağlamayacağını, milletlerarası hukukun bir kuralının bir devlet için teamül kuralı niteliği taşıyorken diğer bir devlet için sözleşmeden kaynaklanabileceğini, DHS'nin transit geçiş rejimine ilişkin hükümlerinin teamül kuralı niteliği kazanmadığını, teamül kuralı oluşumu bakımından devlet uygulamalarının miktarını ölçmenin zor olduğunu belirtmektedir.

⁶⁵ Baykal, Deniz Hukuku, s. 262; Kuran, s. 113. Boğazlarda zararsız geçiş rejiminin uygulanacağına dair benzer görüşler için bkz. Özersay, s. 43; Toluner, Milletlerarası Hukuk, s. 166.

tarihi durumu da göz önüne alınarak her bir boğazdan yapılacak geçişin bir devletin kara suları ile bir açık deniz ya da münhasır ekonomik bölge kısmı arasındaki geçiş olarak kabul edilmesi gerekir. Bu durumda DHS m. 45'de belirtildiği şekilde "ertelenemez zararsız geçiş rejimi" geçerli olur. Zararsız geçiş rejiminin uygulanması Sözleşme'nin geçiş rejimine daha uygun düşmektedir. Bu görüşe katılmak mümkün gözükmemektedir.

Öncelikle belirtmelidir ki, zararsız geçiş rejimi, esas itibarıyla kara sularından geçişi düzenlemektedir. Zararsız geçiş rejimi, istisnai bazı hâllerde uluslararası seyrüseferde kullanılan boğazlarda da uygulanabilir. DHS m. 45, uluslararası seyrüsefer için kullanılan boğazlardan m. 38(1) gereği transit geçiş rejiminin uygulama alanı dışında bırakılan boğazlar ile bir devletin kara sularını açık denizin bir kısmına veya diğer bir devletin münhasır ekonomik bölgesine bağlayan boğazlara zararsız geçiş rejiminin uygulanacağını hüküm altına almaktadır. Bu boğazlarda zararsız geçiş hakkının kullanılması geçici bir süre için dahi durdurulamaz.⁶⁶

Türk Boğazları, bu niteliklerde olmadığı için zararsız geçiş rejiminin uygulanacağı görüşü, DHS'yle dahi çelişmektedir. Ayrıca bu görüşte, Türk Boğazlarının Türkiye'nin iç sularının bir parçası olduğu gerçeği açıkça ihmal edilmektedir. Zararsız geçiş rejiminin uygulanabileceği görüşü, ilk bakışta makul gözükabilirse de Türkiye'nin Boğazlarda geçişin zararsız olmasını isteme hakkı ile DHS'de düzenlenen zararsız geçiş rejiminin birbiriyle karıştırılmaması gerekir.⁶⁷ Sözleşme'nin feshi durumunda iç sular rejimine kıyasla nispeten daha zayıf nitelikteki zararsız geçiş rejiminin uygulanacağını kabulü, Türkiye'nin bu zamana dek ileri sürdüğü görüş ve politikalara aykırı gözükmektedir. Zira mevcut geçiş rejiminde bile Türk Boğazlarının Türkiye'nin iç sularına dâhil olduğu hususunda esaslı bir tartışma bulunmamaktadır. Sözleşme'nin konferans çalışmalarında Türk Heyetinin Türk Boğazlarının Türkiye'nin iç sularına dâhil olduğu yönündeki görüşlerine karşı herhangi bir itiraz ileri sürülmemiştir.

Zararsız geçiş rejimi, transit geçiş rejimine nazaran kıyı devletlerine çok daha fazla haklar vermektedir. Transit geçiş, ertelenemez olduğu hâlde zararsız geçiş ertelenebilir niteliktedir. Zararsız geçiş re-

⁶⁶ Sözleşme m. 45(2).

⁶⁷ Kurumahmut, Montrö Sözleşmesi, s. 131.

Jiminde eğer geçiş, kıyı devletinin barışına, düzenine veya güvenliğine zarar veriyor ise kıyı devleti, geçişi engellemek için gerekli her türlü tedbiri alabilir.⁶⁸ Ancak, Türkiye'nin geçişi barışına, düzenine veya güvenliğine tehdit oluşturduğu takdirde erteleme hakkının varlığı, hiçbir zaman Türk Boğazlarında salt kendine özgü zararsız geçiş rejiminin uygulandığı sonucunu doğurmaz. Uğraksız geçiş, hiçbir şekilde kontrolsüz geçiş olarak yorumlanamaz.⁶⁹

Her ne kadar Türk iç sularının bir parçası olan Türk Boğazlarında geçiş ve seyrüsefer serbestliğinin mevcudiyeti, iç sular rejimini zararsız geçiş rejimine yaklaştırmakta ise de bu durum, Türk Boğazlarının iç sular rejimine tabi olduğu gerçeğini değiştirmez. İç sular rejiminde kıyı devletinin egemenliği, istisnalar bir yana zararsız geçiş rejimine kıyasla çok daha güçlüdür. Zararsız geçiş rejiminde geçişin zararlı olduğunu değerlendiren kıyı devleti, iç sular rejiminde bu hakkını evleviyetle kullanabileceği gibi geçiş esaslarına ilişkin olarak daha geniş düzenlemeler yapma özgürlüğüne sahiptir.

Fesih durumunda İstanbul ve Çanakkale Boğazlarından geçişlerin ayrı ayrı değerlendirilmesi, her bir boğazdan geçişin bir devletin kara suları ile bir açık deniz ya da münhasır ekonomik bölge kısmı arasındaki geçiş olarak kabul edilmesi görüşü, Boğazların bir bütün olarak kabulüne dair tarihsel gelişim ve anlayışla bağdaşmadığı gibi gerçekçi de değildir. Aksi takdirde Türk Boğazlarından uğraksız geçiş mümkün olmaz. Oysa Sözleşme'de fesih durumunda dahi Türk Boğazları bir bütün olarak görülmüş, geçiş ve seyrüsefer serbestliği ilkesinin sonsuz olduğu ilkesi kabul edilmiştir.

C- İç Sular Rejimi

İç sular, kıyı devletinin yetkilerinin tam ve mutlak olduğu deniz alanlarıdır. İç sularda kıyı devletinin yetkileri, kara ülkesindeki yetkilerden farksızdır. Milletlerarası hukuk, kara ülkesi için bazı sınırlamalar öngörmüşse bunlar aynen iç sular için de geçerlidir. Milletlerarası hukuk, kıyı ile sıkı bir bağlantı içinde bulunan iç sularda kıyı devletinin çıkarlarına üstünlük tanımıştır.⁷⁰

⁶⁸ DHS m. 19, 25.

⁶⁹ Karan, s. 438.

⁷⁰ Toluner, Milletlerarası Hukuk, s. 109; Kuran, s. 35 – 36; Özman, s. 247; Baykal, Deniz Hukuku, s. 133, 137.

Sözleşme'nin feshedilmesi durumunda Türkiye, Türk Boğazlarında geçiş ve seyrüsefer serbestliği ilkesi baki kalmak kaydıyla tamamıyla iç sular rejimini uygulayabilir. Türk Boğazları'nın Türkiye'nin iç sularının bir parçası olduğunda kuşku yoktur. Türk Boğazları uluslararası seyrüseferde kullanılan birer suyolu olsalar dahi Türkiye'nin tam egemenliğine tabi iç sularıdır.⁷¹ Egemen Boğaz devleti olarak Türkiye, bu rejimi tabi olduğu uluslararası hukuk kurallarına uygun olarak belirleme, yorumlama ve uyulmasını güvence altına alma yetkisi ni haizdir.⁷²

Mevcut Sözleşme rejiminde dahi Türk Boğazları, Türk iç sularına dâhildir. Kısıtlama, sadece geçiş ve seyrüsefer özgürlüğünün tanınmış olması bakımındandır. Uğraksız geçiş rejimi, Türk Boğazlarının iç sular olarak nitelendirilmesini gölgede bırakacak bir devlet uygulaması değil, aksine iç sular rejimine getirilmiş bir kısıtlama olarak yorumlanmalıdır. Sözleşme'nin feshi hâlinde Türkiye'nin, geçiş ve seyrüsefer serbestliği ilkesine bağlı kalacak olmakla beraber bu ilkenin özüne dokunmamak kaydıyla tamamen iç sular rejimini uygulaması önünde bir engel bulunmamaktadır.⁷³ Bu rejim, zararsız geçiş rejimine kıyasla kıyı devletine çok daha geniş yetkiler tanımaktadır.

Sözleşme'nin hazırlık görüşmelerinde Türkiye'nin Boğazların hu-

⁷¹ Bükülmez, s. 216.

⁷² Karan, s. 440. Yazar, Türk Boğazlarının kendisine özgü bir suyolu olduğunu, Sözleşme'de düzenlenen geçiş rejiminin uğraksız geçiş olduğunu ileri sürmektedir. Her ne kadar Sözleşme'de transit geçişten bahsedilmekte ise de transit geçiş rejiminin ilk defa DHS'nde düzenlenmiş olması, Boğazlardan geçişin durmaksızın ve herhangi bir limana uğramaksızın yapılmasının amaçlanması sebebiyle bu görüşün isabetli olduğu düşünülmektedir.

⁷³ Karan, s. 432, 440; Kurumahmut, Montrö Sözleşmesi, s. 130. Yazar, Sözleşme'nin feshi ve yeni bir sözleşme yapılamaması durumunda Lozan Barış Antlaşması'nın 23. maddesinin uygulanmaya devam edeceğini, buna göre Türk Boğazlarından barışta ve savaşta, denizden ve havadan geçiş ve ulaşım serbestliği ilkesinin geçerli olacağını ileri sürmektedir. Yazar, bir yandan, fesih durumunda transit geçiş rejiminin uygulanmasının mümkün olmayıp iç sular rejiminin uygulanacağını ileri sürerken diğer yandan, çelişkili biçimde Lozan Barış Antlaşması'nın 23. maddesinin uygulanmasının mümkün olacağını belirtmektedir. Öncelikle, Sözleşme'nin feshi üzerine Lozan Barış Antlaşması'nın kendiliğinden geçerlik kazanacağı görüşünün hukuki temellerinin bulunmadığını belirtmeliyiz. Bir milletlerarası sözleşmenin feshi hâlinde o sözleşmenin düzenlediği meseleye dair yürürlükten kaldırılan ilgili milletlerarası sözleşme hükümlerinin kendiliğinden cari olacağına dair bir milletlerarası hukuk kuralı bulunmamaktadır. Ayrıca, Lozan Barış Antlaşması'nın 23. maddesinde düzenlenen geçiş rejimi, özü itibarıyla DHS'nde düzenlenen transit geçiş rejimiyle hemen hemen örtüşmektedir.

kuki mahiyetinin iç sular olduğuna yönelik görüşlerine herhangi bir itiraz gelmemiş olması, bu zamana kadar geçen süreçte Boğazlardan geçiş ve seyrüsefer emniyetine yönelik Türkiye'nin tek yanlı olarak gerekli tedbirleri alması ve bunları uygulama yeteneği iç sular rejiminin cari olduğunun önemli göstergeleridir. İç sular rejimi, Türkiye'nin başta mevcut zabita ve yargı yetkisi olmak üzere egemenlik hakkından kaynaklanan diğer yetkilerini daha güçlü şekilde kullanmasına olanak vermektedir. Geçiş ve seyrüsefer özgürlüğü, mevcut rejimi zarsız geçiş rejimine bir ölçüde yaklaştırmakta ise de iç sular rejimi, her halükarda Türkiye'nin hak ve menfaatlerine uygun düşmektedir.

İç sular rejiminin uygulanması, Sözleşme'nin 1. maddesinde genel olarak düzenlenen sonsuz geçiş ve seyrüsefer özgürlüğü ilkesinin usul ve esaslarının Türkiye tarafından somutlaştırılmasına imkân sağlamaktadır. Bu sayede Türkiye, egemenlik yetkilerine dayanarak geçiş ve seyrüsefer özgürlüğünün emniyet içinde sağlanmasının yanı sıra deniz kirliliğinin önlenmesine yönelik her türlü kuralı ihdas edebilir, gerekli gördüğü düzenleyici işlemleri yürürlüğe koyabilir. Bununla birlikte geçiş ve seyrüsefer özgürlüğü ilkesinin süresiz olması, doğal olarak Türkiye'nin Karadeniz'deki açık deniz alanlarına yönelik düzenlemeler yapmasını engellemektedir.⁷⁴ Türkiye, iç sular rejimine dayanarak güvenlik gibi bazı gerekçelerle Karadeniz'de kıyısı olmayan devletlerin savaş gemilerinin Boğazlardan geçmesini engelleyebilirse de bu hususta her zaman takdir yetkisine sahip değildir. Sözleşme'de düzenlendiği şekilde gemi türleri ve tonajları bakımından da mevcut sınırlandırmaları da uygulayamaz.

D- Uluslararası Örf ve Adet Hukuku Rejimi

Doktrinde Karan tarafından Sözleşme'nin herhangi bir sebeple yürürlüğünün sona ermesi durumunda Sözleşme hükümlerinin, egemen boğaz devleti konumundaki Türkiye'nin makul bir çekincesi olmadıkça, uluslararası örf ve adet kuralı olarak varlığını devam ettireceği savunulmaktadır.⁷⁵ Karan'a göre Taraf Devleti sıfatı olmayan devletler nasıl ki, Sözleşme'ye örf ve adet kuralı olarak itibar ediyorlarsa, 1936 yılından bu yana herhangi bir çekincesi olmayan Türkiye

⁷⁴ Kurumahmut, Montrö Sözleşmesi, s. 132.

⁷⁵ Karan, s. 434.

dışındaki bir Taraf Devletin fesih hakkını kullanarak Sözleşmeyi tüm dünya devletleri için bertaraf edebilmesi, bu sayede dünya güvenlik algısını kökünden sarsması düşünülemez. Boğazların hukuki statüsünün Türkiye'nin iç suları olduğu esasına dayanan bu görüş, birçok açıdan isabetlidir.

Sözleşme, sadece Türkiye ile birlikte Karadeniz'e kıyıdaş devletlerin değil, fakat aynı zamanda Dünya'nın güvenliğini sağlayan önemli bir uluslararası metindir. Bu amaca ulaşılmasında Sözleşme'nin hareket noktası, Boğazların idaresini ve Boğazlar üzerindeki mutlak kontrolü Türkiye'ye bırakma düşüncesidir. Bu bağlamda Türkiye'nin Boğazlarda bu zamana dek gerçekleştirmiş olduğu uygulamalar dikkate alındığında Boğazlar üzerinde esas itibarıyla karasularında uygulanan zararsız geçiş rejiminin değil, fakat iç sular rejiminin uygulanması gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır.⁷⁶

Türkiye Cumhuriyeti tarihinin en önemli diplomatik zaferlerinden biri olarak seksen bir yılı aşkın bir süredir sorunsuz ve titizlikle uygulanan Sözleşme hükümleri, şüphesiz uluslararası örf ve adet hukuku kuralı hâline dönüşmüştür. Taraf olmayan devletler için dahi Sözleşme hükümlerinin bağlayıcı olması ve herhangi bir çekince söz konusu olmaksızın aynen uygulanması, bunun en açık göstergelerindedir. Böylece, Türkiye'nin Boğazlar üzerindeki mutlak egemenliği Sözleşme'ye taraf olsun veya olmasın bütün devletlerce tanınmaktadır.⁷⁷ Türkiye, mutlak bir egemen devlet olarak Sözleşme'nin yorumlanmasında, değiştirilmesinde, yürürlükten kaldırılmasında ve hatta yürürlükten kalktıktan sonra dahi Boğazlarda uygulanacak geçiş rejiminin belirlenmesinde nihai söz hakkına sahiptir.⁷⁸

İç sular rejiminin Boğazlarda Türkiye'ye vermiş olduğu mutlak egemenlik yetkisi çerçevesinde Sözleşme'nin Dünya barışı ve güvenliğine sağlamış olduğu katkı, fesih durumunda yeni bir sözleşme ak-

⁷⁶ Karan, s. 434. Benzer görüşler için bkz. Aybay, s. 911, Çelik, Milletlerarası Hukuk I, s. 176, dn. 43; Gönübol, Sahil Sularının Hukuki Statüsü, s. 131; Kurumahmut/Yaycı, s. 37; Özman, s. 409, Yüceer, s. 49; İnan, "Turkish Straits", s. 161; Fevzi Topsoy, Ulusal ve Uluslararası Düzenlemeler Işığında Türk Boğazlarının Güvenliği Sorunu, Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Basılmamış Yüksek Lisans Tezi, Kırıkkale 2002, s. 63.

⁷⁷ Karan, s. 433.

⁷⁸ Karan, 433; Özman, 405.

dedilinceye kadar Sözleşme hükümlerinin örf ve adet kuralı olarak kabulü ve uygulanması yönünde önemli bir fiili ve hukuki temel oluşturmaktadır. Bir milletlerarası örf ve adet kuralının mevcudiyeti için gerekli maddi ve psikolojik unsurlar, Sözleşme için geçerlidir.

Milletlerarası alanda ve milletlerarası ilişkilerde benzer olaylar karşısında aynı tutum ve davranışların tekrarlanmasının sürekli ve genel bir uygulama olması, maddi unsuru oluşturmaktadır.⁷⁹ Seksen bir yılı aşkındır uygulanan Sözleşme bakımından bu unsurun mevcudiyeti hususunda tereddüt yoktur. Psikolojik unsur (*Opinio Juris*) ise belli bir olay karşısında belli bir tarzda davranmanın hukuk bakımından zorunlu olduğu hususundaki inançtır. Milletlerarası teamülü alelade adetlerden ve milletlerarası nezaket kurallarından ayıran şey, psikolojik unsurdur.⁸⁰ Psikolojik unsurun, yani inancın soyut bir inanç olması yeterli değildir. Bu inancın gerçekten bir taraf için somut bir hak doğururken öteki taraf için de bu hakka saygı gösterme yükümlülüğünü getirmiş olması gerekir.⁸¹ Bu unsurun da Sözleşme için gerçekleşmiş olduğu rahatlıkla söylenebilir. Zira sadece Taraf Devletler değil, fakat taraf olmayan bütün devletler hiçbir çekince ileri sürmeksizin ve oldukça uzun bir zaman süreci içinde Sözleşme hükümlerine bağlı kalmaya devam etmektedirler. Taraf Devletlerden birinin fesih hakkını kullanması, yeni bir sözleşme yapılıncaya kadar örf ve adet hukuku kuralı olarak oluşan bu düzen ve dengeyi bozmamalıdır. İç sular rejimi temelinde fesihden sonra da psikolojik unsur, varlığını sürdürecektir.

Karan'a göre Türk Boğazları, içinde seyrüsefer riski oluşturmayan Marmara Denizi olarak isimlendirilen boğaz dışı bir iç su alanını ihtiva etmesi sebebiyle esasen bir bütün olarak Boğaz ve özellikle DHS anlamında uluslararası seyrüseferde kullanılan bir boğaz olarak nitelendirilemez. Dolayısıyla Türk Boğazları, DHS m. 35'de zikredilen süregelen uluslararası sözleşmeye konu bir boğaz olarak görülemez.⁸² Yazar, devamla Sözleşme'nin bizatihi Türkiye'nin tarafı olduğu bir uluslararası sözleşme olması dolayısıyla Türkiye'nin egemen olduğu Türk Boğazları

⁷⁹ Edip F. Çelik, *Milletlerarası Hukuk*, C. 1, B. 2, Filiz Kitabevi, İstanbul 1987, s. 159.

⁸⁰ Çelik, *Milletlerarası Hukuk II*, s. 160; Hamza Eroğlu, *Devletler Umumi Hukuku*, B. 2, Turhan Kitabevi, Ankara 1984, s. 85.

⁸¹ Hüseyin Pazarıcı, *Uluslararası Hukuk Dersleri*, C. 1, B. 4, Turhan Kitabevi, Ankara 1994, s. 211.

⁸² Karan, s. 435, 437.

üzerinde uygulanabilecek bir hukuk kaynağı olduğunu, Sözleşme'nin veya Türk Boğazları ile ilgili diğer herhangi bir sözleşmenin Türkiye tarafından uygulanabilmesi için bunların süreğenlik şartını taşıması gerekmediğini, bunun doğal sonucu olarak Sözleşme'nin herhangi bir sebeple uygulanmadığı hallerde DHS'ndeki seyrüsefer için kullanılan boğazlara yönelik rejimine doğrudan başvurulamayacağını ileri sürmektedir. Uygulanacak rejimi belirleme ve yorumlama yetkisi ege-men boğaz devleti konumundaki Türkiye'ye aittir.⁸³

Sözleşme'nin feshi hâlinde DHS'ndeki seyrüsefer için kullanılan boğazlara yönelik rejime doğrudan başvurulamayacağı ve Sözleşme'nin veya Türk Boğazları ile ilgili diğer herhangi bir sözleşmenin Türkiye tarafından uygulanabilmesi için bunların süreğenlik şartını taşıması gerekmediği görüşü isabetlidir. Ancak, Türk Boğazlarının uluslararası seyrüseferde kullanılan boğazlar niteliğinde sayılamayacağı görüşüne iştirak edilememektedir.

İstanbul Boğazı, Marmara Denizi ve Çanakkale Boğazı'ndan oluşan Türk Boğazları tarihi gelişimi itibarıyla her zaman bir bütün olarak kabul edilmiş ve bu doğrultuda tanımlanmıştır. Tarihi gelişime uygun olarak Sözleşme ve Türk Boğazları Deniz Trafik Tüzüğü de İstanbul Boğazı, Marmara Denizi ve Çanakkale Boğazı'nı bir bütün kabul etmiş ve aynı şekilde tanımlamıştır. Marmara Denizi, coğrafi olarak iç deniz konumunda ise de İstanbul ve Çanakkale Boğazlarına bağlandığından bu boğazlardan ayrı olarak değerlendirilemezler. Marmara Denizi, İstanbul Boğazı ve Çanakkale Boğazı'nın doğal bir uzantısıdır. Karadeniz'den Ege Denizi'ne veya Ege Denizi'nden Karadeniz'e ulaşmak için İstanbul ve Çanakkale Boğazlarının yanı sıra Marmara Denizi'nden geçilmesi zorunludur.⁸⁴ Ege Denizi ve Karadeniz'deki açık sulardan bir diğerine uğraksız geçiş yapılması, ancak bu iki boğazla birlikte Marmara Denizi'nin bir bütün sayılması sayesinde mümkün olabilir.

⁸³ Karan, s. 437. Aynı yönde Baykal, Deniz Hukuku, 261. Aksi görüş Topsoy, s. 59.

⁸⁴ Marmara Denizi'nin bir iç deniz olmasından dolayı her iki boğazın da açık denizin iki kesimi arasında uluslararası ulaşımda kullanılan bir boğaz olmadığı ileri sürülerek örf ve adet hukukunun yabancı devletlerin gemilerine tanıdığı geçiş hakkı reddedilemez. Türk Boğazlarından geçiş her zaman bir bütün kabul edilmiş, tarih boyunca sözleşmelerle düzenlenmiş, yani ahdi bir düzene tabi kılınmıştır: Toluner, Milletlerarası Hukuk, s. 156.

Türk Boğazlarının tamamıyla Türk iç sularının bir parçası olması, Boğazların uluslararası seyrüseferde kullanılan boğazlar olduğu gerçeğini değiştirmez. Karadeniz ve Ege Denizi'nde açık deniz alanları bulunmaktadır. Türk Boğazları, açıkça bir açık denizin (veya münhasır ekonomik bölgenin) bir bölümünü bir başka açık denizin (veya münhasır ekonomik bölgenin) bir bölümüne bağladığı ve uluslararası seyrüsefere yoğun biçimde konu olduğundan DHS anlamında uluslararası seyrüsefere açık boğazlardandır. Ancak, Türk Boğazlarının uluslararası seyrüsefere açık boğazlardan sayılması, Türk Boğazlarına her halükarda DHS hükümlerinin, özellikle Sözleşme'nin feshi durumunda transit geçiş rejimine dair hükümlerinin kendiliğinden uygulanacağı anlamına gelmez.

Her şeyden önce yukarıda zikredildiği üzere, Türk Boğazlarının hukuki statüsünün iç sular mahiyetinde olması ve bu sulara Türkiye'nin mutlak bir egemenliğe sahip olması, DHS hükümlerinin doğrudan uygulanması önünde ciddi bir engeldir. Ayrıca, Türkiye, Taraf Devlet sıfatına sahip olmadığı DHS'ne karşı "ısrarlı itirazcı" (*persistent objecter*) pozisyonunu muhafaza ettiği gibi, transit geçiş rejimine ilişkin hükümlerin örf ve adet kuralı hâline gelmiş olduklarından da bahsedilemez. İç hukuktaki veya ilgili herhangi bir uluslararası sözleşmedeki bir kavramın DHS'nde düzenlenen bir kavram veya kurumla içerik itibarıyla örtüşmesi, meseleye mutlaka DHS hükümlerinin uygulanmasını gerektirmez. DHS hükümlerinin bir olaya uygulanıp uygulanmayacağı meselesi, uluslararası hukuk kuralları içinde çözümlenir.

Fesih durumunda Sözleşme'nin geçiş ve seyrüsefer esaslarına ilişkin bütün hükümleri, örf ve adet hukuku kuralı olarak aynen uygulanabilir. Ancak bu durumda Türk Boğazlarının, sadece İstanbul Boğazı ve Çanakkale Boğazı olarak ikiye ayrılması ve her bir boğazdan geçişin ayrı bir rejime tabi tutulması, uygun değildir. Böyle bir uygulama, Sözleşme'nin bir örf ve adet hukuku kuralı olarak aynen uygulanacağı görüşüyle çeliştiği gibi, geçiş ve seyrüsefer serbestisinin süresiz olması dolayısıyla uğraksız geçiş kavramıyla da uyumsuzdur. Uğraksız geçiş, Türk Boğazlarının bir bütün olarak kabulüyle mümkündür.

SONUÇ

Sözleşme, Türkiye'nin bir diplomatik zaferi olarak Dünya barışının sağlanmasında önemli bir denge unsurudur. Bu bağlamda elde

edilen kazanımların ve mevcut dengenin korunması için Sözleşme'ye sadık kalınması ve Sözleşme hükümlerinin titizlikle uygulanmasına gayret edilmesi hususunda hemen hemen bir fikir birliği vardır.

Ne var ki, Türkiye tarafından arzulanabilir olmasa da Taraf Devletlerden birinin her zaman fesih hakkını kullanması mümkündür. Bu durumda yeni bir sözleşme akdedilinceye kadar Boğazlardan geçiş ve seyrüseferde hangi rejimin uygulanacağı hususunda ortaya çıkacak hukuk boşluğu, seksen bir yıl gibi oldukça uzun sayılabilecek bir süredir sorunsuz uygulanan Sözleşme'nin geçiş ve seyrüsefere dair esaslı hükümlerinin artık bir milletlerarası örf ve adet hukuku kuralı hâline geldiği anlayışı içinde doldurulabilir. Boğazların tamamıyla Türkiye'nin iç suları niteliğinde olması, dolayısıyla **ülkemizin bir parçası olması**, bu yorumu güçlendirmektedir.

Bir milletlerarası örf ve adet hukuku kuralının mevcudiyeti için gereken şartlar, Sözleşme için de gerçekleştirmiştir. Sözleşmenin fesih hakkı kullanılmak suretiyle sona erdirilmiş olması, geçiş ve seyrüsefere ilişkin esaslı hükümlerinin örf ve adet hukuku kuralına dönüşmüş olduğunu kabule engel değildir. Taraf Devletlerin dışında bütün devletlerce Sözleşme hükümlerine aynen ve hiçbir itiraz ileri sürülmeksizin uyulmuş ve uygulama yerleşmiştir. Sadece bir Taraf Devletin fesih hakkını kullanmasıyla oluşan denge ve düzenin derhal ortadan kalkacağı, böylece geçiş rejimi konusunda tam bir belirsizlik ortamının hâkim olacağı kabul edilemez.

Türkiye, egemen bir devlet olarak mevcut uygulamayı da dikkate alarak Sözleşme'nin geçiş ve seyrüsefere dair bütün esaslı hükümlerini bir örf ve adet hukuku kuralı olarak uygulama hakkına ve gücüne sahiptir. Bu anlayış içinde yapılacak uygulama, yeni sözleşmenin kabulüne kadar geçecek **süreçte mevcut dengeleri koruyacak, oluşan istikrar ortamının bozulmasını engelleyerek** Dünya barışına katkı sağlayacaktır.

Fesih durumunda zararsız geçiş rejimi veya transit geçiş rejimlerinin kendiliğinden uygulanabileceği kabul edilemez. Bu rejimlerin uygulanabileceğine dair görüşler, Türk Boğazlarının Türkiye'nin iç suları niteliğinde olduğu gerçeğini ihmal etmektedir. Bu görüşler, hem yeterli hukuki dayanaktan yoksundur, hem de Türkiye'nin bu zamana dek uyguladığı politika ve savunduğu görüşlere ters düşmektedir.

Kaynakça

- Akipek İlhan, Devletler Hukuku, Devletler Hukukunun Şahıslarından, Devlet, C. II, Başnur Matbaası, Ankara 1965.
- Akten Necmettin/Ece Jale Nur/Oral Nilüfer/Kanbolat Hasan, 75. Yılında Montrö Boğazlar Sözleşmesi (Karadeniz'in Değişen Jeopolitiği Çerçevesinde), The Black Sea International Rapor No: 8, Ortadoğu Stratejik Araştırmalar Merkezi, Ankara 2011.
- Aybay Atilla/Aybay Aydın/Aybay Gündüz/Aybay Rona, Denizciler, İşletmeciler ve Yöneticiler İçin Deniz Hukuku, Aybay Yayınları, İstanbul 1998.
- Baykal Ferit Hakan, Deniz Hukuku Çalışmaları, Alfa Yayınevi, İstanbul 1998 (Anılış: Deniz Hukuku).
- Baykal, Ferit Hakan, "Günümüzde Deniz Ulaşımındaki Gelişmelerin Işığında Türk Boğazlarının Hukuki Rejiminin Değerlendirilmesi ve Milletlerarası Hukukta Genel Olarak Kabul Görmüş Diğer Boğazlardan Geçiş Rejimleri İle Kıyaslanması", Marmara Denizi 2000 Sempozyumu Bildiriler Kitabı, (Editörler: Bayram Öztürk, Mikdat Kadioğlu, Hüseyin Öztürk), Türk Deniz Araştırmaları Vakfı Yayın No.5, (11-12 Kasım 2000), İstanbul 2000, s. 30 vd (Anılış: Türk Boğazları).
- Bektaşoğlu Dilek, "Türk Boğazlarından Geçen Ticari Gemilerin Haciz Muafiyeti var mıdır?", *Gündüz Aybay Anısına Armağan, Deniz Hukuku Dergisi* 1999, S. 1 - 4, Y. 5, s. 199 vd.
- Belik Mahmut Reşat, Türk Boğazlarının Hukuki Statüsü, Sermet Matbaası, İstanbul 1962.
- Bilsel Cemil, "Sovyet Rusya-Türk Notaları Aydınlığında Türk Boğazları", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 1948, C. 14, Sayı 1 - 2, s. 1 vd.
- Boczek Boleslaw Adam, Dictionaries of International Law, No. 2, Scarecrow Press, Lanham - Maryland - Toronto - Oxford 2005.
- Bostan İdris, "Osmanlı İmparatorluğu Döneminde İstanbul Boğazından Geçişin Tabii Olduğu Kurallar", Marmara Denizi 2000 Sempozyumu Bildiriler Kitabı (Editörler: Bayram Öztürk, Mikdat Kadioğlu, Hüseyin Öztürk), Türk Deniz Araştırmaları Vakfı Yayınları No: 5, İstanbul 2000, s. 1 vd.
- Bükülmez Başak, "Küresel Güçlerin Karadeniz Stratejilerinin Önündeki Engel: Montrö", *Güvenlik Stratejileri Dergisi* 2007, S. 5, s. 193 vd.
- Churchill Robin Rolf/Lowe Alan Vaughan, 3th ed., Manchester University Press, Manchester 1999.
- Çağa Tahir, "Montreux Sözleşmesine Göre Boğazlardan Geçiş Serbestisi ve Güvenlik Prensipleri", Prof. Dr. Mahmut Belik ve Prof. Dr. Tahir Çağa'ya Saygı Semineri, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Münasebetler Araştırma ve Uygulama Merkezi, İstanbul Üniversitesi Yayın No: 3875, Beta Basım Yayım, B. 1, İstanbul 1994, s. 39 vd.
- Çelik Edip F., Milletlerarası Hukuk, C. I, B. 4, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul 1980 (Anılış: Milletlerarası Hukuk I).
- Çelik Edip F., Milletlerarası Hukuk, C. 1, B. 2, Filiz Kitabevi, İstanbul 1987 (Anılış: Milletlerarası Hukuk II).

- Colombos John C., *International Law of the Sea*, 6th revised ed., Longmans, London 1967.
- Corfu Channel, U.K. v. Albania, Judgment, 1949 I.C.J. 4 (Apr. 9), <http://www.worldcourts.com/icj/eng/decisions/1949.04.09_corfu1.htm>.
- Doğru Sami, "Türk Boğazları'nın Hukuki Statüsü: Sevr ve Lozan'dan Montrö'ye Geçiş", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 2013, C. 15, S. 2, s. 123 vd.
- Ece Jale Nur, "Kanal İstanbul ve Montrö Sözleşmesi", *Ortadoğu Analiz* 2011, C. 3 - S. 29, s. 48 vd.
- Elekdağ Şükrü M., 81. Yılında Montrö Sözleşmesi'nin Karşılaştığı Güvenlik Sorunları ve Sözleşmenin Feshi ve Tadili İçin Girişimler Vukuunda Karşılaşılacak Senaryoların Analizi, Avrasya İncelemeleri Merkezi, AVİM Rapor No: 12, Ankara, 2017.
- Ergil, Doğu, "Boğazlar Üzerinde Bitmeyen Kavga (1923 - 1976)", Lozan'ın 50. Yılına Armağan, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1978, s. 104 vd.
- Eroğlu Hamza, *Devletler Umumi Hukuku*, B. 2, Turhan Kitabevi, Ankara 1984.
- Erol Aykut, "Boğazlar'ımızda Kaza Olasılığı En Alt Düzeye Nasıl İndirilir?", *Marmara Denizi 2000 Sempozyumu Bildiriler Kitabı*, Marmara Denizi 2000 Sempozyumu Bildiriler Kitabı (Editörler: Bayram Öztürk, Mikdat Kadioğlu, Hüseyin Öztürk), Türk Deniz Araştırmaları Vakfı Yayınları No: 5, İstanbul 2000, s. 198 vd.
- Gönlübol Mehmet, *Barış Zamanında Sahil Sularının (Karasuları ve Bitişik Bölge) Hukuki Statüsü*, Siyasal Bilgiler Fakültesi, Ankara 1959 (Anılış: Sahil Sularının Hukuki Statüsü).
- Gönlübol Mehmet, *Olaylarla Türk Dış Politikası (1919 - 1995)*, Siyasal Kitabevi, Ankara 1996.
- Gürbüz Emir, "Montrö Boğazlar Sözleşmesi Işığında Kanal İstanbul", <http://www.academia.edu/6160885/M%C3%B6ntr%C3%B6_Bo%C4%9Fazlar_%C3%B6zle%C5%9Fmesi_%C4%B1%C5%9F%C4%B1%C4%9F%C4%B1nda_Kanal_%C4%B0stanbul>, s. 1 vd.
- Howard Harry N., "The Straits after the Montreux Conference", *Foreign Affairs* 1936, Vol. 15, No. 1, s. 199 vd.
- Howard Harry N., "Some Recent Developments in the Problem of the Turkish Straits", *The Department of State Bulletin* (1945 - 1946), Vol. XVI, No. 395, s. 143 vd.
- İnan Yüksel, *Türk Boğazlarının Siyasal ve Hukuki Rejimi*, B. II, Turhan Kitabevi, Ankara 1995 (Anılış: Türk Boğazları).
- İnan Yüksel, "The Turkish Straits", *The Europeanization of Turkey's Security Policy, Prospects and Pitfalls* (Derleyen: Ali L. Karaosmanoğlu, Seyfi Taşhan), Foreign Policy Institute, Ankara 2004, s. 158 vd (Anılış: Turkish Straits).
- İstikbal Cahit, "Türk Boğazları", *Türk Boğazları* (Derleyen: Jale Nur Ece), İstanbul 2011, s. 110 vd.
- Jia Bing Bing, *The Regime of Straits in International Law*, Clarendon Press, Oxford 1998.
- Karan Hakan, "Türk Boğazlarının Hukuki Statüsü", Prof. Dr. Hikmet Sami Türk'e Armağan, Turhan Kitabevi, Ankara 2017, s. 423 vd.

- Kovalev Alexander Antonovich, *Contemporary Issues of the Law of the Sea, Modern Russian Approaches*, Eleven International Publishing, Utrecht 2004.
- Köse İsmail, "Yalta Ve Potsdam Konferansları: Sovyetler Birliği'nin Türk Boğazlarında Egemenlik Paylaşım Talepleri", *Karadeniz İncelemeleri Dergisi* 2015, C. 10, S. 19, s. 241 vd.
- Kuran Selami, *Uluslararası Deniz Hukuku*, B. III, Türkmen Kitabevi, İstanbul 2009.
- Kurumahmut Ali, *Montrö Sözleşmesi, Türk Boğazları ve Karadeniz*, Türk Deniz Araştırmaları Vakfı Yayın No: 26, İstanbul 2006 (Anılış: Montrö Sözleşmesi).
- Kurumahmut, Ali, "Zararsız ve Transit Geçiş", *Deniz Kuvvetleri Dergisi*, 2005, S. 546, s. 63 vd.
- Kurumahmut Ali/Yaycı Cihat, *Deniz Subayları İçin Temel Deniz Hukuku - Barış ve Savaş Dönemi*, Deniz Kuvvetleri, İstanbul 2011.
- Nandan Satya N./Anderson David H., "Straits Used for International Navigation: A Commentary on Part III of the United Nations Convention on the Law of the Sea 1982", *British Yearbook of International Law, Law of the Sea* (Editör Hugo Caminos), Burlington 2001, s. 159 vd.
- Nandan Satya N., "Legal Regime for Straits used for International Navigation", *The Proceedings of the Symposium on the Straits Used for International Navigation* (Editörler: Bayram Öztürk / Reşat Özkan), İstanbul 2002, s. 1 vd.
- Oğuzülgen Saim, "Boğazlar Bölgesi İçin Düşünülebilecek Trafik Ayrım Düzeni Nasıl Olmalıdır?" *Boğazlar Bölgesinde Seyir Güvenliği Semineri* (10 Nisan 1992), İstanbul, s. 1 vd.
- Ökten Kazım, *Montreux Boğazlar Sözleşmesi*, Edirne Trakya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Tarih Ana Bilim Dalı Yakınçağ Tarihi Bilim Dalı Yüksek Lisans Tezi (Haziran 2008), <<http://dSPACE.trakya.edu.tr/jspui/bitstream/1/786/1/KAZIM%20%C3%96KTEN.pdf>>.
- Özersay Kudret, *Türk Boğazlarından Geçiş Rejimi, Mülkiyeliler Birliği Vakfı Yayınları*, Ankara 1999.
- Özman Aydoğan, *Deniz Hukuku, Kaynaklar Kişiler Nesnelere Ulusal Deniz Alanları*, C. I, Turhan Kitabevi, Ankara.
- Pazarcı Hüseyin, *Uluslararası Hukuk Dersleri*, C. II, B. 2, Turhan Kitabevi, Ankara 1990.
- Pazarcı Hüseyin, *Uluslararası Hukuk Dersleri*, C. I, B. 4, Turhan Kitabevi, Ankara 1994.
- Pazarcı Hüseyin, *Uluslararası Hukuk Dersleri*, Gözden Geçirilmiş B. 3, Turhan Kitabevi, Ankara 2005 (Anılış: Uluslararası Hukuk).
- Pazarcı Hüseyin, *Uluslararası Hukuk Dersleri*, II. Kitap, Gözden Geçirilmiş B. 7, Turhan Kitabevi, Ankara 2003 (Anılış: Uluslararası Hukuk II. Kitap).
- Pazarcı Hüseyin, "Boğazlar Rejimine İlişkin Türk Dış Politikası ve Karşılaşılan Kimi Sorunlar", Ernst E. Hirsch'in Anısına Armağan, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara 1986, s. 849 vd.
- Plant Glen, "Navigation Regime in the Turkish Straits for Merchant Ships in Peacetime, Safety Environmental Protection and High Policies", *Marine Policy* 1996, Vol. 20, No. 1, s. 15 - 27.

- Schacte William L./Bernhardt Peter A., "International Straits and Navigational Freedoms", *The Virginia Journal of International Law* (1992 - 1993), Vol. XXXIII/3, s. 527 vd.
- Sohn Louis B./Gustafson Kristen, *The Law of the Sea*, West Publishing Co, St Paul 1984.
- Soysal İsmail, "1936 Montreaux Sözleşmesi", Prof. Mahmut Belik ve Prof. Dr. Tahir Çağa'ya Saygı Semineri, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Münasebetler Araştırma ve Uygulama Merkezi, İstanbul Üniversitesi Yayın No: 3875, Beta Basım Yayım, B. 1, İstanbul 1994, s. 1 vd.
- Sur Melda, *Uluslararası Hukukun Esasları*, B. 3, Beta Basım Yayım, İstanbul 2008.
- Şener Bülent, "Türk Boğazlarının Geçiş Rejiminin Tarihi Gelişimi ve Hukuki Statüsü", *Tarih Okulu Dergisi* (2014), S. XVII, Y. 7, s. 467 vd (Anılış: Geçiş Rejimi).
- Şener Bülent, "Tarihsel Boyutlarıyla Boğazlar'ın Jeopolitik ve Stratejik Önemi", *The Journal of Academic Social Science Studies* 2015, No. 35/1, s. 327 vd.
- Tarhanlı Turgut, "Türk Boğazlarında Trafik Düzeni ve 1936 Montreux Sözleşmesi", *Uluslararası Politikada Yeni Alanlar, Yeni Bakışlar*, (Derleyen: Faruk Sönmezolu), Der Yayınları, İstanbul 1998, s. 63 vd.
- Toluner Sevin, *Milletlerarası Hukuk Dersleri*, Beta Yayınları, İstanbul, 1996 (Anılış: Milletlerarası Hukuk).
- Toluner Sevin, *Milletlerarası Hukuk Açısından: Türkiye'nin Bazı Dış Politika Sorunları*, Genişletilmiş B. II, Beta Basım Yayım, İstanbul 2004 (Anılış: Dış Politika Sorunları).
- Toluner Sevin, "Güncel Gelişmeler Işığında 1936 Montreux (Montrö)", *İstanbul Barosu Dergisi* 2006, C. 80, S. 6, s. 2403 vd (Anılış: Güncel Gelişmeler).
- Topsoy Fevzi, *Ulusal ve Uluslararası Düzenlemeler Işığında Türk Boğazlarının Güvenliği Sorunu*, Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Basılmamış Yüksek Lisans Tezi, Kırıkkale 2002.
- Tosun Hüseyin, "Montrö Boğazlar Sözleşmesi (Boğazlar Sorununda Son Aşama)", *Ankara Üniversitesi Türk İnkılap Tarihi Enstitüsü Atatürk Yolu Dergisi* 1994, S. 13, s. 87 vd.
- Yel Selma, *Değişen Dünya Şartlarında Karadeniz ve Boğazlar Meselesi (1923 - 2008)*, Atatürk Araştırma Merkezi, Ankara 2009.
- Yüceer Bengi Selen, *Uluslararası Boğazlar ve Kılavuzluk*, Dokuz Eylül Yayınları, İzmir 2001.
- Zengin Eyüp, "Türk Boğazlarında Geçiş Rejimi ve Türkiye'nin Boğazlardan Geçiş Düzenleme Yetkisi", *Çankırı Karatekin Üniversitesi Uluslararası Avrasya Strateji Dergisi* 2013, C. 2, S. 2, s. 41 vd.

BM GÜVENLİK KONSEYİ REZOLÜSYONLARININ YORUMU

THE INTERPRETATION OF UN SECURITY COUNCIL RESOLUTIONS

Ayşe Füsun ARSAVA*

Özet: BM Güvenlik Konseyi rezolüsyonları bağlayıcı karakterleri ile uygulanırken Uluslararası Adalet Divanı, AİHM, AB Adalet Divanı ve Uluslararası Ceza Mahkemeleri kararlarında yorum konusu olmaktadır. Söz konusu Mahkemeler bu çerçevede yaptıkları yorum çalışmalarında anlaşmalar hukuku yorum kuralları yanı sıra BM Genel Kurulu tarafından kabul edilen yönlendirici esasları da dikkate almaktadır. Makale rezolüsyonların yorumunda uluslararası mahkemelerin örnek kararlarında hangi yorum yöntemlerine istinat ettiklerine ve bu çerçevede ortaya çıkan gelişmelere ışık tutmaktadır.

Anahtar Sözcükler: AİHM, Uluslararası Adalet Divanı, Uluslararası Ceza Mahkemesi, Yorum kriterleri, BM Yönetimi

Abstract: The UN Security Council Resolutions are subject to interpretation in the decisions of the International Court of Justice, the European Court of Justice and International Criminal Tribunals. These Courts take Law of Treaties and guiding principles adopted by the UN General Assembly into account in regard to the interpretation of Security Council Resolutions. This article sheds light on which interpretation methods are used by International Courts and on the developments in this framework.

Keywords: ECHR, the International Court of Justice, the International Criminal Court, interpretation criteria, the UN governance

Güvenlik Konseyi kararları uygulamada ulusal yasama organları, mahkemeler, merciler, BM organları, Güvenlik Konseyi tarafından oluşturulan yaptırım komiteleri, diğer uluslararası örgütler ve uluslararası mahkemeler tarafından yorumlanmaktadır. Güvenlik Konseyi de önceki kararlarına atıf yaparak onları yorumlamakta, onların içeriğini somutlaştırmaktadır. Farklı hukuk uygulayıcıları tarafından yapılan bu yorumlar uygulamada farklı sonuçlara yol açmaktadır.

* Prof. Dr., Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

Rezolüsyonlarda yer alan kimi formülasyonların yorum gerekliliği Güvenlik Konseyi'nin acele karar vermek zorunda olması ve bunun sonucu olarak da rezolüsyonların hızlı şekillendirmesinden ileri gelmektedir. Zaman sıkışıklığı nedeniyle rezolüsyon metinleri kapsamlı bir denetimden geçmemektedir. Bunun sonucu olarak da rezolüsyonlarda sık şekilde açık olmayan formülasyonlar ortaya çıkabilmekte ve hatta açık olmayan ifadeler nedeniyle çelişkiler doğabilmekte, kavramlarda mütecanislik sağlanamamaktadır.

I - Güvenlik Konseyi rezolüsyonları için yorum kuralları

1 - Uluslararası anlaşmalar hukukundan istihraç edilen yorum kuralları

Uygulamada Güvenlik Konseyi rezolüsyonlarının yorumunda genelde Viyana Anlaşmalar Hukuku Sözleşmesinde kodifiye edilen ve anlaşmaların yorumu bağlamında teamül hukuku teşkil eden anlaşmalar hukuku yorum kriterleri esas alınmaktadır.¹ Bu görüş literatürde de temsil edilmektedir.² Uluslararası anlaşmalar hukuku yorum kurallarının uygulanması ilk sırada BM organlarının karar alma yetkilerinin ve kararlarına esas olacak koşulların BM anlaşmasında düzenlenmesine istinat ettirilmektedir. Organların hukuki tasarruflarının dolayısıyla Güvenlik Konseyi rezolüsyonlarının kurucu anlaşmanın uygulanması olarak görülmesi, kurucu anlaşmanın tabi olduğu yorum kurallarının anlaşmaya istinat eden organ tasarruflarına da uygulanması sonucunu doğurmaktadır. Güvenlik Konseyi rezolüsyonlarının yorumlarında Anlaşmalar Hukuku yorum kurallarının uygulanmasına karşı yapılan eleştiriler rezolüsyonların içeriği konusunda BM üyesi devletler arasında uzlaşma bulunmamasına dayandırılmaktadır. Bir uzlaşmanın mevcut olmaması, ya da uzlaşmanın kanıtlanamaması rezolüsyonlarla bağlı olan devletlerin büyük bir kesiminin rezolüsyonun alınmasına müdahil olmamasından ileri gelmektedir.³

¹ Viyana Anlaşmalar Hukuku Sözleşmesi için bkz.: UNTS, s.331; Devletler ve uluslararası örgütler arasında yahut uluslararası örgütler arasında yapılan anlaşmalara ilişkin 21.03.1986 tarihli Viyana anlaşması henüz yürürlüğe girmemiştir

² Alexander Orakhelashvili, "Unilateral Interpretation of Security Council Resolutions: UK Practice", GoJIL 2, 2010, s.825

³ Efthymios Papastavridis, "Interpretation of Security Council Resolutions under Chapter VII in the Aftermath of the Iraqi Crisis", ICLQ 56, 2007, s.83-188

Bu tablodan ancak anlaşmalar hukuku yorum kriterleri bakımından sonuç çıkartılması mümkün değildir. Anlaşmalar hukukuna göre, anlaşma müzakerelerine taraf olmadan, anlaşmaya sonradan katılan devletler taraf olmadıkları halde, anlaşmaya katılım esnasında mevcut anlaşma yükümlülüklerini kabul etmektedir. Uluslararası örgüt üyeliklerinde de devletler örgüte üye olmak istediklerinde kurucu anlaşmada öngörüldüğü takdirde alınmasında müdahil olmadıkları kararlarla bağlı olmayı göze almaktadır. Bu durum tüm üye devletlerin rezolüyonlarla yükümlü kılındığı BM kolektif güvenlik sistemi için de geçerlidir. Anlaşma hukuku yorum kurallarının söz konusu gerekçe ile reddedilmesi bu nedenle ikna edici gözükmemektedir.

Uluslararası Adalet Divanı Kosova konusundaki danışma görüşünde yorum çalışmalarında anlaşmalar hukuku yorum kurallarının yanısıra diğer faktörlerin de dikkate alınması gerektiğini vurgulamıştır.⁴ Uluslararası Adalet Divanı anlaşmalar hukuku yorum kriterlerinin bu çerçevede zorunlu olarak ve münhasıran uygulanmasını kabul etmemiştir. Uluslararası Adalet Divanı içtihadında bununla beraber Güvenlik Konseyi rezolüyonlarının anlaşmalar hukuku yorum kurallarına göre yorumlandığı görülmektedir.

Devletler arasında yapılan anlaşmaların yorum kuralları Viyana Anlaşmalar Hukuku Sözleşmesinin 31. ve 32. maddesinde kodifiye edilmiştir. Viyana Anlaşmalar Hukuku Sözleşmesinin 31.maddesi anlaşmaların yorumunun anlaşmaların lâfzı, sistematiği ve amacı ışığında iyi niyetle (Treu und Glauben) yapılmasını öngörmektedir.⁵ Viyana Anlaşmalar Hukuku Sözleşmesi 31.maddesi sadece dibace dâhil olmak üzere anlaşma metnini, eklerini değil, 31.madde, 2.fıkra muvacehesinde anlaşma tarafları arasında anlaşma akdi nedeniyle varılan mutabakat metinlerini ve bir yahut daha ziyade anlaşma tarafınca anlaşma akdi nedeniyle kaleme alınan ve diğer anlaşma taraflarınca anlaşmaya ilişkin belge olarak kabul edilen hertürlü belgeyi anlaşma

⁴ Oliver Dörr, "Article 31, General Rule of Interpretation", bkz.: Kirsten Schmalenbach/Oliver Dörr, (Hrsg.), Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary, 2012, s.532 vd.

⁵ Stefan Kadelbach, "The Interpretation of the Charter", bkz.: Bruno Simma/Daniel E.Khan/Georg Nolte/Andreas Paulus (Hrsg.), The Charter of the United Nations: A Commentary, Bd.I, 2012, s.72-99

kavramı altında mütalâa etmektedir. Sözleşmenin 31.madde, 3.fıkra-sına göre anlaşma tarafları arasında daha sonra anlaşmanın yorumu yahut hükümlerinin uygulanması konusunda yapılan anlaşmalar, anlaşmanın yorumuna ilişkin anlaşma, taraflarının uzlaştığını gösteren uygulama, anlaşmaların yorumunda dikkate alınacaktır. Sözleşmenin 31.madde, 2.fıkrası yorum konusu anlaşmanın akdi esnasında ortaya çıkan yorum araçlarına atıfta bulunurken, sözleşmenin 31.madde, 3.fıkrası daha sonra ortaya çıkan durumları yorum çalışmalarına esas almaktadır.⁶ 31.madde, 3.fıkra, c-bendi anlaşma tarafları arasındaki ilişkilerde uygulanabilir her türlü uluslararası hukuk aracının yorumu esas alınmasını öngörmektedir. Bu hüküm gerek anlaşmanın akdi esnasını, gerekse anlaşmanın yorum tarihini kapsar şekilde geçerlidir.

Anlaşmalar hukuku yorum kurallarının Güvenlik Konseyi rezolüsyonlarının yorumunda esas alınması durumunda, belli bir alana ilişkin rezolüsyonların münferiden değil, bütüncül bir yaklaşımla yorumlanması gerektiği ortaya çıkmaktadır. Bu bütüncül yaklaşım bir devlete, bölgeye, duruma ilişkin Güvenlik Konseyi kararları bakımından özel bir öneme sahiptir. Güvenlik Konseyi kural olarak ilgili devlete yahut duruma ilişkin rezolüsyonlarında önceki rezolüsyonlarına gönderme yapmaktadır ve bu şekilde yaptırım sisteminde süreklilik sağlamaktadır.

AİHM uygulamasında, mahkemenin rezolüsyonları, karara bağlayacağı duruma ilişkin diğer rezolüsyonlarla ve rezolüsyon metninin gönderme yaptığı ekler ve diğer dokümanlarla birlikte yorumladığı görülmektedir.⁷ Güvenlik Konseyi rezolüsyonlarının bütüncül yaklaşımla yorumlanması uygulamasının ABD tarafından da 1441 sayılı, 08.11.2011 tarihli rezolüsyonun içeriğinin 687 sayılı, 03.04.1991 tarihli ateşkes rezolüsyonu ile bağlantılı yorumlanması çerçevesinde benimsendiği görülmektedir. 1441 tarihli rezolüsyon bu rezolüsyonun böyle bir yetki içermemesine rağmen ABD tarafından 2003'te Irak'a yapılan askeri müdahalenin dayanağı olarak kabul edilmiştir. ABD haklılığını, Irak'ın eylemleri ile 687 sayılı, 03.04.1991 tarihli ateşkes rezolüsyo-

⁶ Mark E.Villiger, "Commentary on the 1969 Convention on the Law of Treaties", 2009, s.429-433

⁷ AİHM, Al-Jedda/the United Kingdom, karar (Büyük Daire): 07.07.2011, 27021/08, §105-110

nundan doğan yükümlülüğünü ihlâl etmesine ve bu rezolüsyonun 1441 tarihli rezolüsyonla birlikte yorumlanması gerektiğine istinat ettirmiştir.

Irak'a karşı 2002 ve onu takip eden yıllarda öngörülen yaptırım rejimi ile Irak'a karşı Kuveyt saldırısı nedeniyle 1990 ve 1991'de alınan rezolüsyonlarla bir alâkası bulunmamaktadır. Anlaşmalar hukuku yorum kuralları muvacehesinde ABD'nin yaptığı bu yorumun savunulması mümkün değildir. ABD'nin yaptığı yorum bu nedenle literatürde ve diğer devletler tarafından ağır eleştiri konusu olmuştur.⁸ Güvenlik Konseyi başkanının rezolüsyonla bağlantılı olarak yayınlanan açıklamaları rezolüsyonların yorumlarında önemli bir araçtır.⁹ Bu açıklamaların zamansal olarak rezolüsyon tarihine yakınlığı anlaşmaların akdi süreci ile karşılaştırma yapılmasına imkân vermektedir. Bu açıklamaların ancak rezolüsyon çalışmalarına gönderme yapması nedeniyle anlaşma hazırlığı olarak da görülmesi mümkündür. Uluslararası anlaşmaların yorumunda gramatik yorum yanı sıra anlaşmaların amaç ve hedefleri ışığında yorumlanması da önemli bir yorum kuralıdır. BM'in temel hedefinin barışın temini olması nedeniyle, Güvenlik Konseyi rezolüsyonlarının yorumunda da amacın dikkate alınması gerekmektedir.

2 - Güvenlik Konseyi rezolüsyonlarının yorumunda implied powers yorum kuralının esas alınması

Güvenlik Konseyi'nin devletleri tasarrufta bulunmak üzere yetkilendiren rezolüsyonları sıklıkla geniş yorumlanmaktadır. Bu durum özellikle rezolüsyonlarda kullanılan "hedefe erişmeyi sağlayan gerekli her türlü araç" kavramının yorumunda ortaya çıkmaktadır. Rezolüsyonda öngörülen amaçla bağlantılı olarak yapılan yetkilendirmenin geniş yorumu kimi devletler tarafından BM anlaşmasının teleolojik yorumu ve rezolüsyonda öngörülen amaca ulaşmak için belli araçların kullanılması gerekliliği ile açıklanmıştır. Bu yaklaşımı eleştirenler daha makul araçların da rezolüsyonda öngörülen amacın gerçekleş-

⁸ Michael Bothe, "Der Irak-Krieg und das völkerrechtliche Gewaltverbot", *ArchVR* 17, 2003, s.255-271

⁹ Andreas Schäfer, "Begriff der "Bedrohung des Friedens" in Artikel 39 der Charta der Vereinten Nationen: die Praxis des Sicherheitsrates", 2006, s.59

mesini sağlayabileceğini savunmaktadır. Bu durum implied powers doktrininin Güvenlik Konseyi rezolüsyonlarının yorumunda uygulanması konusunu gündeme getirmiştir.

Sürekli Adalet Divanı ve daha sonra Uluslararası Adalet Divanı içtihatında Implied Powers kuralı uluslararası örgütlerin kurucu anlaşmalarının yorumunda yorum kuralı olarak geliştirilmiştir.¹⁰ Uluslararası örgüt kurucu anlaşmalarının anlaşmada öngörülen amaçların ve görevlerin yerine getirilmesini temin edecek şekilde yorumlanması gerekmektedir. Mahkemeler bu yorum prensibini uluslararası örgütlerin yetki alanlarının belirlenmesi ve uluslararası örgüt organlarının yetkilerinin birbirinden ayrılması gerekliliği olarak açıklamaktadır.¹¹ Bu yorum kuralı uluslararası örgütlerin kurucu anlaşmaları ve BM kurucu anlaşması bakımından sürekli Adalet Divanı ve Uluslararası Adalet Divanı içtihatında gelişmiş ve uluslararası hukuk literatürü tarafından uluslararası örgüt kurucu anlaşmalarına ilişkin yorum kuralı olarak kabul edilmiştir.¹² Bu çerçevede “Implied Powers” yorum kuralının sadece uluslararası örgüt kurucu anlaşmaları için değil, kurucu anlaşmaya istinaden ihdas edilen hukuki tasarruflar, dolayısıyla BM Güvenlik Konseyi tasarrufları için de uygulanmasının mümkün olup olmadığı konusunun açıklığa kavuşması gerekmektedir.

Uluslararası örgüt tasarruflarının “Implied Powers” kuralına göre yorumlanmasına yahut “Implied Powers” kuralının uluslararası örgütlerin hukuki tasarruflarının yorumunda uygulanmasına ilişkin bilinen bir yargı kararı bulunmamaktadır. Güvenlik Konseyi yetkilendirmelerinin geniş yorumlandığı durumlarda yapılan yorumların “Implied powers” kuralına değil, teleolojik yoruma istinat ettirildiği görülmektedir. Literatürde Güvenlik Konseyi rezolüsyonları bakımından “Implied Powers” kuralına rezolüsyonların kontrol dışı geniş

¹⁰ krş.: Gaetano Arangio-Ruiz, “The “Federal Analogy” and the UN Charter Interpretation: A Crucial Issue”, EJIL 8, 1997, s.1-28

¹¹ IGH, Certain Expenses of the United Nations, Advisory Opinion 20.07.1962, ICJ Reports 1962, s.151

¹² Heribert Köck, “Die “implied Powers” der Europäischen Gemeinschaften als Anwendungsfall der “implied Powers” internationaler Organisationen überhaupt”, bkz.: Karl-Heinz Böckstiegel (Hrsg.), Völkerrecht, Recht der internationalen Organisationen-Weltwirtschaftsrecht: Festschrift für Ignaz Seidl-Hohenveldern, 1988, s.279-299

yorumlanabileceği ve devletlerin rezolüsyonlardan geniş yetkilendirmeler istihraç edebileceği endişesi ile temkinli yaklaşıldığı görülmektedir.

3 - Hazırlık çalışmalarının Güvenlik Konseyi rezolüsyonlarının yorumunda yeri

Anlaşmalar hukuku yorum kuralları hazırlık çalışmalarına anlaşmaların yorumunda sadece ikincil bir anlam vermektedir. Viyana Anlaşmalar Hukuku Sözleşmesinin 32.maddesi bir kavramın anlamının gramatik yahut teleolojik yorumla açıklığa kavuşturulamaması halinde hazırlık çalışmalarından yararlanılmasını öngörmektedir.¹³ Güvenlik Konseyi rezolüsyonlarının yorumu çerçevesinde hazırlık çalışmalarına Güvenlik Konseyi rezolüsyonlarının Viyana Anlaşmalar Hukuku Sözleşmesinin 32.maddesinde öngörülen koşulların yerine gelmemesi, rezolüsyonda yer alan formülasyonların birden çok anlam taşıması, anlamının anlaşılabilmesi, rasyonel olmayan, saçma sonuçlar vermesi durumları söz konusu olmadan da başvurulması mümkündür. Güvenlik Konseyi rezolüsyonlarının yorumunda uygulamada sık şekilde ve doğal olarak hazırlık çalışmalarından yararlanılmaktadır.

Güvenlik Konseyi rezolüsyonlarının yorumunda hazırlık çalışmalarının değerlendirilmesi bağlamında rezolüsyon formülasyonlarının çok hızlı gerçekleştiğinin gözardı edilmemesi gerekmektedir. Hazırlık çalışmaları ile hazırlık çalışmalarının yorum aracı olarak kullanılması arasında geçen süre prensip olarak çok kısadır; rezolüsyonun karara bağlanması ile birlikte doğrudan uygulanma süreci başlamaktadır. Rezolüsyonlara ilişkin hazırlık çalışmalarının bu nedenle geçmişe ait perspektif sunan tarihi yorum yöntemi ile karıştırılmaması gerekmektedir. Rezolüsyonların oluşumuna esas olan arka plandaki nedenlerin bilinmesi hazırlık çalışmalarının önemini arttırmaktadır. Literatürde bu çerçevede eksik olan şeffaflık ve karara esas olan nedenlerle ilgili bilgilere ulaşamaması eleştiri konusudur. Güvenlik Konseyi'nin resmi toplantısına ilişkin bilgiler paylaşılırken, gayri resmi istişarelerle ilgili bilgilerde gizlilik esas olmaktadır. Kararlar oysa gayri resmi

¹³ Helmut Freudenschuß, "Beschlüsse des Sicherheitsrates der VN: Anspruch und Wirklichkeit", Schriftenreihe des Walther-Schücking-Kollegs Nr.16, Bonn 1995, s.16 vd.

toplantılarda alınmakta, resmi toplantı ertesinde de daha önce alınan kararlar deklare edilmektedir. Rezolüsyonların alınmasına esas olan materyale erişmek mümkün olmadığı için, resmi dokümanlar ve Güvenlik Konseyinde resmi düzeyde temsil edilen görüşler hazırlık çalışması olarak kabul edilmektedir.

Güvenlik Konseyi'nin kararına esas olan doküman ve materyaller de rezolüsyonların yorumunda rol oynamaktadır. Bu çerçevede devletler tarafından iletilen enformasyonlar yanısıra BM genel sekreterinin raporları, BM genel kurul rezolüsyonları ve enformasyon temini için hazırlanan raporlar, arabulucu raporları, uzmanların ve Monitoring Groups raporları hazırlık çalışmaları bağlamında yorum dayanağı işlevi görmektedir.¹⁴ Güvenlik Konseyi bu materyale rezolüsyonlarında işaret etmektedir. Güvenlik Konseyi kimi rezolüsyonlarında devletlerden ve yardım kuruluşlarından yorum dayanağı olarak kullanılmak üzere insan hakları veya insani hukuk ihlalleri konusunda enformasyon talebi yapmıştır (krş.: 771 sayılı, 13.08.1992 tarihli rezolüsyon).

4 - Diğer yorum kuralları

Uluslararası anlaşmalar hukuku dışında uluslararası hukuk kaynaklarının yorumu için kodifiye edilmiş başka yorum kuralları bulunmaması nedeniyle, mevcut yorum kurallarının diğer hukuk kaynakları için de uygulanması uygun görülmektedir. Uluslararası örgütlerin kararları sui generis karakterli hukuki tasarruflardır. Uluslararası örgüt kurucu anlaşmasına taraf olan devletlerin egemenlik haklarının bir kısmını ihtiyari olarak örgüte devretmesi sonucu, örgüt hukuki tasarruflarda bulunma yetkisi elde etmektedir. BM Genel Kurulunun 51/160 sayılı, 16.12.1996 tarihli rezolüsyonu ile "Unilateral Acts of States" ile iştigal etmek üzere görevlendirilen uluslararası hukuk komisyonu 2006'da "Guiding Principles applicable to unilateral declarations of states capable of creating legal obligations" kabul etmiştir.¹⁵ Söz konusu bu yönlendirme esasları Uluslararası Adalet Divanı kararlarına gönderme yaparak¹⁶ tek taraflı hukuki tasarrufların sui generis nitelik-

¹⁴ Alexander Orakhelashvili, "The Acts of the Security Council: Meaning and Standards of Review", Max Planck Yearbook of United Nations Law 11, 2007, s.146

¹⁵ bkz.: Yearbook of the International Law Commission, 2006, Bd.II, Teil 2

¹⁶ Case concerning Fisheries Jurisdiction (Spain/Canada), Jurisdiction of the Court,

li olduğuna ve anlaşmaların yorumundan saparak kendi kurallarına göre yorumlanacağına vurgu yapmıştır. Uluslararası hukuk komisyonu tek taraflı deklarasyonlara istinat eden devlet yükümlülüklerinin kapsamının tayini bağlamında dar yorum yöntemini benimsemiştir. Yönlendirme esaslarının 7.cisi yorumun öncelikle metnin lâfzına istinat ettirilmesini ve metnin bütününe ve deklarasyonun yapıldığı koşulların dikkate alınmasını tavsiye etmektedir.

II - Güvenlik Konseyi rezolüsyonlarının uluslararası mahkemeler tarafından yorumlanması

Uluslararası Adalet Divanı Güvenlik Konseyi rezolüsyonlarının yorumuna danışma görüşü prosedüründe yer vermektedir. Namibya'ya ve Kosova'ya ilişkin danışma görüşlerinde Güvenlik Konseyi rezolüsyonlarının yorumuna ilişkin önemli açıklamalar yapmıştır.¹⁷ 21 Haziran 1971 tarihli Namibya danışma görüşünde Uluslararası Adalet Divanı Güvenlik Konseyi rezolüsyonlarının hükümlerinin bağlayıcılığı ile ilgili bir değerlendirme yapmış ve rezolüsyonların BM anlaşmasının 25.maddesine açıkça gönderme yapmayan pasajlarının da bağlayıcı olduğuna karar vermiştir. Rezolüsyonların bağlayıcı olarak formüle edilen operatif bölümlerinin doğal olarak hukuki sonuçları bulunmaktadır. 276 sayılı, 30.01.1970 tarihli Güvenlik Konseyi rezolüsyonu "... the continued presence of the South African authorities in Namibia is illegal and that consequently all acts taken by the government of South Africa on behalf of or concerning Namibia after the termination of the Mandate are illegal and invalid;" şeklinde ifade edilen bir formülasyonla tüm devletlere ve özellikle Namibya'da ekonomik yahut başka çıkarları olan devletlere çağrı yapmıştır.¹⁸ Uluslararası Adalet Divanı bu formülasyonları "3. Calls upon the Government of South Africa to withdraw immediately its administration from the

Summary of the Judgement of 04.12.1988, ICJ Reports 1998, s.453)

¹⁷ IGH, Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (Southwest Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion of 21.06.1971, ICJ Reports 1971, s.16, §114; IGH, Accordance with international Law of the unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo, Advisory Opinion of 22.07.2010, § 46)

¹⁸ "to refrain from any dealing with the Government of South Africa which are inconsistent with paragraph 2 of the present resolution"

Territory" (20.03.1969 tarihli 264 sayılı rezolüsyon) ve "5. Calls upon the Government of South Africa to withdraw its administration form the Territory immediately and in any case before 4 October 1969 (269 sayılı ve 12.08.1969 tarihli rezolüsyon) talebi yapan Güvenlik Konseyi'nin diğer iki rezolüsyonu ile bağlantılı olarak değerlendirmiştir. Uluslararası Adalet Divanı bu rezolüsyonların bütününden, hernekadar açıkça BM Şartı'nın 25.maddesine istinat etmeseler de rezolüsyonların bağlayıcı olduğu ve bu nedenle devletlerin riayet etmekle mükellef olduğu sonucuna varmıştır.

Uluslararası Adalet Divanı bu danışma görüşünde genel olarak rezolüsyonların yorum prensipleri konusuna eğilmiştir. Mahkemenin görüşüne göre rezolüsyon formülasyonlarının analizi bir rezolüsyonun bağlayıcı olup olmadığı konusunda dayanak teşkil etmektedir. Bu çerçevede karar alınırken rezolüsyonun istinat ettiği BM Şartı hükümlerinin, rezolüsyon formülasyonuna esas olan tartışmaların dikkate alınması gerekmektedir. Tereddüt yaratan hükümler rezolüsyonun diğer bölümleri ile bağlantılı olarak ve aynı konuya ilişkin diğer rezolüsyonlar dikkate alınarak yorumlanacaktır. Güvenlik Konseyindeki koşulların, tartışmaların ve karara katkısı olan diğer materyallerin dikkate alınması gerekmektedir. Uluslararası Adalet Divanı rezolüsyona dayanak olan anlaşma hükümlerinin - bu çerçevede BM Şartı - dikkate alınması gerekliliğine işaret etmektedir.

Uluslararası Adalet Divanı Kosova danışma görüşünde bir kez daha detaylı bir şekilde Güvenlik Konseyi rezolüsyonlarının yorumu konusunu ele almıştır.¹⁹ Uluslararası Adalet Divanı Kosova danışma görüşünde Kosova'nın tek taraflı bağımsızlık ilanını 10.06.1999 tarihli, 1244 sayılı Güvenlik Konseyi rezolüsyonu bağlamında yorumlamıştır. Uluslararası Adalet Divanı'nın daha önce de işaret edildiği üzere Güvenlik Konseyi rezolüsyonlarının yorumunda anlaşmalar hukuku yorum kuralları yanı sıra, diğer bir faktörün de dikkate alınması gerekmektedir. Bu faktör, rezolüsyonların uluslararası örgütün bir organı tarafından anlaşma akdi prosedüründen farklı bir prosedürle karara bağlanmasıdır.

¹⁹ Richard Falk, "The Kosovo Advisory Opinion: Conflict Resolution and Precedent", AJIL 105, 2011, s.50-60

Yorum çalışmasında BM Şartı'nın 23.maddesinde öngörülen oylama yönteminin dikkate alınması gerekmektedir. Alınan rezolüsyonlar Güvenlik Konseyi'nin görüşünü temsil etmektedir. Güvenlik Konseyi rezolüsyonları, rezolüsyon formülasyonlarına katılmayan devletleri de bağlamaktadır. Uluslararası Adalet Divanı yorum çalışmasında Güvenlik Konseyinde devlet temsilcilerinin dile getirdiği görüşlerini de dikkate almaktadır. Bu yorum kurallarınının 1244 sayılı rezolüsyon metnine uygulanması cevaplanması istenilen hukuki sorun bağlamında fazla etki göstermemiştir. Uluslararası Adalet Divanı gramatik ve telolojik yorum yöntemine istinat etmiştir. Mahkeme "termination" ve "decision" ifadelerini yorumlamış ve Güvenlik Konseyi'nin bu kavramları seçmekle bağlayıcı yükümlülükler tesis ettiğini kabul etmiştir (Kosova danışma görüşü §37). Mahkeme rezolüsyonun amacını esas almış ve rezolüsyonun ekleriyle beraber değerlendirilmesi gerektiğini ve Kosova için Güvenlik Konseyi tarafından öngörülen düzenlemenin geçici bir çözüm olduğu sonucuna varmıştır (Kosova danışma görüşü §58). Bu teleolojik yoruma mahkeme 1244 sayılı rezolüsyonun ortaya çıktığı tüm koşulları dâhil etmiş ve rezolüsyonun alındığı tarihte Kosova'da geçerli olacak nihai statünün belirlenmesi beklentisi ortaya çıkmış olsa da rezolüsyonda Kosova'nın nihai statüsünün Güvenlik Konseyi tarafından belirlenmesi nedeniyle tek taraflı bağımsızlık ilanının rezolüsyona aykırı olmadığı sonucuna varmıştır.

Uluslararası Adalet Divanı uygulamasında rezolüsyonların yorumunda sadece Viyana Anlaşmalar Hukuku Sözleşmesinin yorum kurallarına değil, BM Şartı'nın hükümlerine ve rezolüsyonların hazırlık çalışmalarına da istinat edildiği görülmektedir.²⁰ Uluslararası Adalet Divanı rezolüsyonların ortaya çıkış şeklini ve acil reaksiyon gösterme gerekliliğini de yorum kriteri olarak değerlendirmektedir. Bütün bunlardan Uluslararası Adalet Divanı'nın anlaşmaların uzun müzakere konusu olan bölümleri bakımından lâfzı yoruma itibar etmediği sonucu çıkmaktadır. Mahkeme yorum konusu rezolüsyonla bağlantılı olan diğer rezolüsyonlara, BM Şartı'nın dayanak teşkil eden hükümlerine ve rezolüsyonun amaç ve hedefine daha ziyade önem vermektedir. Bunun dışında rezolüsyonu takiben ortaya çıkan devlet uygulamaları,

²⁰ Marco Divac Öberg, "The legal effects of resolutions of the UN-Security Council and General Assembly in the jurisprudence of the ICJ", *EJIL* 16, 2005, s.879-906

BM organlarının uygulamaları yoruma esas alınmaktadır. Uygulamalarının önem taşıdığı organlar olarak mahkeme ilk planda, BM Genel Kurulunu, İnsan Hakları Komitesini, Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesini mütalâa etmektedir.

Uluslararası Adalet Divanı nezdinde derdest davalar bağlamında Güvenlik Konseyi rezolüsyonları bakımından hukuka uygunluk denetimi yapma olanağına sahip olup olmadığı konusunu da karara bağlamıştır. Bu durum Lockerbie davası²¹ ve kısmen soykırım davasında²² söz konusu olmuştur. Uluslararası Adalet Divanı bu davalar çerçevesinde rezolüsyonların yorumu ve uygulanacak yorum kuralları konusuna açık şekilde değinmemekle beraber özellikle soykırım davasında kapsamlı bir şekilde bütün diğer ilgili Güvenlik Konseyi rezolüsyonlarına gönderme yapmıştır. Uluslararası Adalet Divanı söz konusu danışma görüşlerinde Güvenlik Konseyi rezolüsyonlarının yorumu konusunda münferit durumdan bağımsız genel ve kapsamlı yorum kuralları ortaya koymuş olsa da, bu kurallardan danışma görüşü talebine esas olan sorunlar bakımından açık bir sonuç çıkartılamamıştır.

1 - AİHM uygulamasında yorum uygulaması

Devletlere icra yükümlülüğü getiren Güvenlik Konseyi rezolüsyonları AİHM kararları bakımından önemli olabilmektedir. Bu durum AİHM'ne yapılan başvurunun nedeninin Güvenlik Konseyi rezolüsyonuna istinat eden ulusal icrai tasarrufun AİHK'nunda yer alan hakları ihlâl etmesi halinde ortaya çıkmaktadır. Bunun dışında da AİHM'nin ancak belli durumlarda dava konusunun incelenmesi ve araştırılması bağlamında Güvenlik Konseyi rezolüsyonlarını kararına esas alması, uyuşmazlık konusuna rezolüsyonların hukuki etkisini değerlendirmesi söz konusu olmaktadır. AİHM uygulamasında şimdiye dek çok sayıda davada mahkeme kendi yetkisini karara bağlama ve Konvansiyon devletlerinin jurisdiction'unu saptayan AİHK 1.maddesinin kapsamına ilişkin yorum çalışmaları çerçevesinde Güvenlik Konseyi rezolüsyonlarını ele almıştır. AİHM jurisdiction'un karara bağlanması çerçevesinde Konvansiyon devletlerinin ülkeleri dışında gerçekleştir-

²¹ bkz.: ICJ Reports 1998, s.9 ve s.115

²² bkz.: ICJ Reports 1996, s.595

dikleri eylemlere ilişkin olarak bu eylemlerden Konvansiyon devletlerinin mi, BM gibi bir uluslararası örgütün mü sorumlu tutulacağı konusunda kriterler geliştirmiştir.

Ratione loci ve ratione personae jurisdiction için ve ikisi arasındaki farklarla ilgili olarak yaptığı değerlendirmelerde AİHM, jurisdiction'un öncelikle ülkesel olarak değerlendirilmesi gerektiğini kabul etmiş ve jurisdiction ratione personae yaklaşımının ülkesel jurisdiction'dan farklı olmakla beraber her iki yaklaşımın birbiri ile bağlantılı ve birbirine bağlı olarak görülmesi gerektiğini vurgulamıştır.²³ Jurisdiction ratione personae çerçevesinde AİHM birçok davada Güvenlik Konseyi rezolüsyonlarını esas alarak eylemlerin Güvenlik Konseyi'nin yetkilendirmesine dayanan BM misyonu çerçevesinde, örneğin BM tarafından oluşturulan yönetimler, BM yahut Konvansiyon tarafı devletlerin katıldığı misyonlar tarafından gerçekleştirilip gerçekleştirilmediğini incelemek durumunda kalmıştır.

AİHM Büyük Dairesi Mayıs 2007'de Behrami ve diğerleri davasında Güvenlik Konseyi rezolüsyonu ile yetkilendirilen KFOR birlikleri ve UNMIK tarafından AİHK'nun ihlâl edildiği iddiası ile yapılan başvurunun kabulü bağlamında misyona dayanak oluşturan Güvenlik Konseyi rezolüsyonlarını yorumlamıştır. Yapılan başvuru AİHM tarafından kabul edilmemiştir. AİHM davada jurisdiction ratione loci yaklaşımından değil, jurisdiction ratione personae yaklaşımından hareket ederek, dava konusu eylemlerin davalı Konvansiyon devletlerinin kontrolünde mi, BM'in kontrolünde mi cereyan ettiği tespitine yönelmiştir.²⁴ AİHM kararında BM rezolüsyonlarının BM üyeleri bakımından bağlayıcı olduğunu, BM üyelerinin bu rezolüsyonlara uymakla mükellef olduğunu vurgulayarak, BM sistemini ve bu sistemin dayanağı normları yorumlama yetkisinin olmadığını karara bağlamıştır.²⁵ Bu içtihat AİHM'nin benzer davalarda verdiği kararları etkilemiştir.²⁶

²³ bknz.: Agim ve Bekir Behrami - Fransa, 71412/01, Ruzhdi Saramati - Fransa, Almanya, Norveç, 78166/01, karar (Büyük Daire) 02.05.2007, §69

²⁴ AİHM, Behrami - Fransa, §71

²⁵ Behrami - Fransa, §122

²⁶ Gajić/Almanya, karar 28.08.2007, 31446/02; Dušan Berić ve diğerleri/Bosna Hersek, karar 16.10.2007, 36357/04, 36360/04

AİHM UNMIK'i Güvenlik Konseyi'nin BM Şartı'nın VII. Bölümüne göre oluşturduğu, BM'i ikâme eden organı olarak mütalâa etmiştir. KFOR birlikleri AİHM kararına göre Güvenlik Konseyi tarafından kendisine delege edilen yetkileri kullanmıştır.²⁷ KFOR 1244 sayılı, 10.06.1999 tarihli Güvenlik Konseyi rezolüsyonu ile oluşturulmuştur. KFOR bakımından "under UN auspices", "with substantial Nato participation", ancak "unified command and control" söz konusudur.²⁸ Kararda UNMIK yönetiminin yapısıyla da ilgili değerlendirme yer almaktadır. Buna göre bu yönetim üzerinde BM denetim yetkisine sahiptir. AİHM devletlerin gönüllü olarak bu misyona katıldıkları, BM üyesi devletlerin misyona katılım mükellefiyeti olmasa da BM'in uluslararası barışı temin etme amacının BM misyonlarına katılımı haklı kılan yeterli bir hukuki dayanak oluşturduğu sonucuna varmıştır.

AİHM'nin gerekçesine göre UNMIK ve KFOR personelinin eylemlerinden bu misyonlara katılan Konvansiyon devletleri değil, BM sorumludur. 1244 sayılı, 10.06.1999 tarihli Güvenlik Konseyi rezolüsyonunda ve eklerinde KFOR ve UNMIK için öngörülen yetkilendirme ve komuta ve kontrol yapısı AİHM bakımından Konvansiyon devletlerinin sorumluluğunun reddinde gerekçe oluşturmuştur. Komuta ve kontrol yapısının değerlendirilmesi bağlamında AİHM Güvenlik Konseyi'nin benzer rezolüsyonlarını da yorumlamış ve ortaya çıkan sonucu başvuruyu değerlendiren kararına esas almıştır. AİHM BM'in sorumluluğunu uluslararası örgütlerin sorumluluğuna ilişkin anlaşma tasarısı muvacehesinde değerlendirmiştir.²⁹ BM Şartı'nın VII. bölümüne istinat eden BM misyonları çerçevesinde Güvenlik Konseyi yetki delegasyonu yapmıştır. Bu yetki delegasyonunun AİHM'nin görüşüne göre BM Şartı'nın sınırları çerçevesinde yapılması nedeniyle, delege edilen yetkilere istinat etmesi gereken eylemlerden konvansiyon devletleri değil, BM sorumludur. Bu misyon bağlamında yetki delegasyonu kaçınılmaz olmakla beraber, Güvenlik Konseyi'nin bu çerçevede misyon üzerinde kontrol yetkisinin olup olmadığı sorununun cevabı büyük önem taşımaktadır.³⁰

²⁷ Behrami - Fransa, §151

²⁸ Behrami - Fransa, §129

²⁹ tasarı için bkz.: http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_11_2011.pdf

³⁰ Behrami - Fransa, §121

Berić ve diğerleri – Bosna Hersek davasında AİHM, BM Bosna sivil yönetiminin (BM Bosna yüksek temsilcisinin) AİHK'nu ihlâline yol açan kararlarına karşı yapılan başvuruyu değerlendirmiştir. Behrami davasında olduğu gibi AİHM bu davada da aynı gerekçe ile başvuru nedeni olan eylemlerden Konvansiyon devletlerinin değil, BM'in sorumlu olduğu sonucuna varmıştır. BM Şart'ının VII.bölümüne istinaden bağlayıcı olarak karara bağlanan Güvenlik Konseyi rezolüsyonları ile münferit devletlere yetki delegasyonu yapılsa da bu çerçevede denetim yetkisi BM tarafından kullanılmıştır. Eylemlerden BM'in sorumluluğu değerlendirmesini AİHM bu davada da uluslararası örgütlerin sorumluluğuna ilişkin tasarının 3.maddesine göre yapmıştır. AİHM BM'nin sorumluluğunu "In such circumstances, the Court observes that the High Representative was exercising Law fully delegated UNSC Chapter VII Powers, so that the impugned action was, in principle "attributable" to the UN within the meaning of draft article 3 of in Draft Articles on the Responsibility of International Organisations"³¹ şeklinde açıklamıştır. Bu çerçevede uluslararası örgütlerin sorumluluğuna ilişkin anlaşma tasarısının, devletlerin yükümlülüklerini uluslararası örgütlere devrederek yükümlülüklerinden kurtulamayacakları şeklinde bir hüküm içeren 28.maddesinin de AİHM'nin yorumuna esas alınması mümkün olmakla beraber, bu yöntemin gerek BM örgütünün, gerekse Konvansiyon devletlerinin bir arada sorumlu olması gibi bir sonucun doğmasına yol açabileceğinin göz ardı edilmemesi gerekmektedir. Söz konusu davalarda verilen kararlar AİHM'nin Bankovic davasında verdiği kararın bir devamıdır³². Belgrat'ın Nato'nun yönetiminde olan birlikler tarafından bombardımanının sorumluluğunun Konvansiyon devletlerine yüklenmesinin mümkün olup olmadığının değerlendirildiği Banković davasında AİHM Büyük Dairesi Konvansiyon devletlerinin eylemlerden sorumluluğunu reddetmiştir.

Banković davası bu davayı takip eden diğer davalardan BM'in operasyon komutasına sahip olmaması nedeniyle BM Şart'ının 103. maddesine istinaden Güvenlik Konseyi rezolüsyonlarının önceliğinin tartışılmasına gerek bulunmaması nedeniyle farklılık göstermektedir.

³¹ Beriç – Bosnia/Herzegovina, §28

³² Banković, Stojadinovic, Stoimenovski, Joksimovic ve Sukovic/ Belçika ve diğerleri, karar (Büyük Daire) 12.12.2001, 52207/99, §82

Bu dava Güvenlik Konseyi rezolüsyonlarının yorumu bakımından herhangi bir ipucu vermemektedir. AİHM daha sonraki davalarda yön değiştirerek Güvenlik Konseyi rezolüsyonlarına istinat ettirilen eylemler bağlamında Konvansiyon devletlerinin sorumluluğunu kabul ettiği ve bunun sonucu olarak AİHK ihlallerini tespit ettiği görülmektedir. AİHM bu çerçevede de Güvenlik Konseyi rezolüsyonlarını yorumlamış ve açıkça Güvenlik Konseyi rezolüsyonlarının yorumu üzerinden sonuca ulaştığını vurgulamıştır. Al-Skeini³³, Al-Jedda³⁴, Nada³⁵ ve Al-Dulimi³⁶ davalarında AİHM başvuruları kabul etmiş ve kararını vermiştir.

Al-Skeini davası, AİHM'nin AİHK'nun extraterritorial uygulanmasını detaylı olarak incelediği ve kapsamlı gerekçelendirme yaptığı ilk davasıdır. AİHM İngiltere'nin ABD ile birlikte Baas rejiminin düşürülmesi ve yerel hükümetin kurulmasına kadar geçen dönemde bir tür egemenlik yetkisi kullanması ve bu nedenle de AİHK'nun 1.maddesi anlamında jurisdiction yetki kullanması gerekçesi ile kararında İngiltere'nin Irak'ta jurisdiction'unu kabul etmiş³⁷ ve İngiltere'nin işgal gücü olarak Irak'ta AİHK'nun 2.maddesine göre yerine getirmesi gereken soruşturma mükellefiyetini somut dava konusu bağlamında yerine getirmemesi nedeniyle AİHK'nun 2.maddesini ihlâl ettiğine hükmetmiştir.

Temmuz 2011 tarihli Al-Jedda davasında AİHM yeniden Güvenlik Konseyi rezolüsyonlarından doğan mükellefiyetlerin AİHK'dan doğan mükellefiyetlere nazaran önceliği konusunu değerlendirmiştir. AİHM BM Şartı'nın 103.maddesinde yer alan öncelik kuralının mı, yoksa Güvenlik Konseyi rezolüsyonundan doğan yükümlülükler yanısıra Konvansiyonundan doğan yükümlülüklerin mi öncelikli olarak uygulanması gerektiğini incelemiştir. AİHM bu kararında Güvenlik Konseyi rezolüsyonlarının yorumuna ilişkin önceki içtihatından³⁸ saparak, BM Şartı'nın 103.maddesi ve AİHK'dan doğan yükümlülükler arasındaki

³³ Al-Skeini ve diğerleri - İngiltere Krallığı, karar (Büyük Daire) 07.07.2011, 55521/07

³⁴ Al-Jedda - İngiltere Krallığı, karar (Büyük Daire), 07.07.2011, 27021/§ 105-110

³⁵ Nada - İsveç, karar (Büyük Daire), 12.09.2012, 10593/08, §169

³⁶ Al-Dulimi ve Montana Management Inc. / İsveç, karar 26.11.2013, 5809/08, §134

³⁷ Al-Skeini / İngiltere Krallığı, §149

³⁸ Behrami davası

ilişki konusunda yorumlar yapmıştır. AİHM'nin görüşüne göre BM Şartı'nın 103.maddesinin uygulanması sadece BM Şartı'ndan doğan mükellefiyetler ve üye devletlerin diğer anlaşmalardan doğan mükellefiyetleri arasında gerçek bir çatışma doğması halinde söz konusu olabilir.³⁹ Bu nedenle söz konusu Güvenlik Konseyi rezolüsyonlarının bir yükümlülük içerip içermediğinin tespit edilmesi gerekmektedir. Bunun için de Güvenlik Konseyi rezolüsyonlarının yorumlanması gerekmektedir. Al-Jedda kararında AİHM 1546 sayılı, 08.06.2004 tarihli Güvenlik Konseyi rezolüsyonunu yorumlamış ve rezolüsyonun kişilerin enterne edilmesi ile ilgili bir yükümlülük içermediği sonucuna ulaşmıştır. Rezolüsyonların yorumuyla ilgili olarak AİHM BM Şartı'nın amaç ve hedeflerinin dikkate alınması gerektiğine işaret etmiştir. BM Şartı'nın ana hedefi uluslararası barış ve güvenliğin korunmasıdır. Bu amaca ulaşılması BM Şartı'nın diğer prensiplerinin de dikkate alınmasını gerektirmektedir. Bu prensiplerden biri de uluslararası işbirliği ile ırk, cinsiyet, dil, din farkı yapılmaksızın insan hak ve özgürlüklerine saygı ve koruma sağlamaktır. BM Şartı'nın 24.madde, 2.fıkrası Güvenlik Konseyini uluslararası barış ve güvenliği sağlamakla ilgili görevini BM'in amaçları ve prensipleri ile uyumlu olarak yerine getirmekle mükellef kılmıştır. Bunun sonucu olarak Güvenlik Konseyi'nin rezolüsyonları ile BM üyesi devletlere onların insan hakları taahhütlerinin ihlallerine yol açan mükellefiyetler getirmesi tasavvur dışıdır.

Al-Jedda davasında AİHM, bireysel başvuru yapan kişinin tutuklanmasının ve Irak makamlarına teslim edilmesinin AİHK'nun 5.maddesinin ihlâline yol açıp açmadığını karara bağlamıştır.⁴⁰ İngiliz hükümeti 1546 sayılı, 08.06.2004 tarihli rezolüsyonun devletler için böyle bir yükümlülük öngördüğünü ileri sürmüştür. AİHM bu çerçevede Irak'ta güvenlik ve istikrarın sağlanmasına katkı sağlayan hertürlü gerekli önlemlerin alınmasına matuf çok uluslu bir gücün oluşturulmasına ilişkin yetkilendirme yapan 1511 sayılı, 16.10.2003 tarihli rezolüsyonu ve 1546 sayılı rezolüsyonun ekinde yer alan mektupları değerlendirmesine esas almıştır. AİHM yaptığı değerlendirme sonucunda kararında rezolüsyon metninin kişilerin belirsiz, herhangi bir yargısal teminat olmaksızın enterne edilmesine izin verecek bir yetkilendirme

³⁹ Al-Jedd / İngiltere Krallığı, §101

⁴⁰ Al-Jedda / İngiltere Krallığı, § 101

yapmadığı sonucuna varmıştır. AİHM'nin davada gerek sorumluluğun değerlendirilmesi, gerekse AİHK'nun 5.maddesinin ihlâlinin tespiti bağlamında Güvenlik Konseyi rezolüsyonlarını ekleriyle beraber karar dayanağı olarak ele aldığı ve rezolüsyon içeriğini bu şekilde yorumladığı görülmektedir. Al-Jedda davasında AİHM rezolüsyonların yorum kriterlerine değinmemiştir, mahkeme yorum çalışmalarında lâfzı yorum ve sistematik yorum yöntemini kullanmıştır. Bu meyanda AİHM BM Şartı'nın amaçlarını da dikkate almıştır.

AİHM Al-Saadoon ve Mufdhi davasında yeniden extraterritorial eylemlerin sorumluluğunun konvansiyon devletlerine yüklenmesi konusu ile iştigal etmiştir.⁴¹ AİHM başvuru prosedüründe eylemlerin sorumluluğunun İngiltere'ye yüklenebileceğini kabul etmiş ve kararında İngiltere'nin Konvansiyon ihlâlini tespit etmiştir. Güvenlik Konseyi rezolüsyonlarının yorumuyla ilgili olarak başvurunun kabulü ile ilgili karardan ve mahkeme kararından ipucu istihraç edilememektedir. AİHM bu çerçevede hukuki bir bakış açısından hareket ederek, Güvenlik Konseyi'nin AİHK'da temin edilen insan hakları yükümlülüklerinin gözardı edilmesiyle ilgili bir talep yapacaksa bunu açık şekilde yapması gerektiğinin altını çizmiştir. AİHM'nin içtihatında yer alan söz konusu kendine özgü bu yaklaşım şimdiye dek konvansiyon devletlerinin hangi uluslararası yükümlülüklerinin AİHK yükümlülüklerine nazaran önceliğe sahip olduğunun karara bağlandığı davalarda (Bosphorus davası) karşımıza çıkmaktadır.⁴² Bu formülasyon AİHM'nin diğer davalarda verdiği kararlarda da karşımıza çıkmaktadır. Nada davasında AİHM 1930 sayılı, 16.01.2002 tarihli Güvenlik Konseyi rezolüsyonunu yorumlamıştır. Bu rezolüsyon üye devletlere açık bir şekilde yaptırım komitesi tarafından listeye alınan kişilere seyahat sınırlaması getirme yükümlülüğü getirmiştir. AİHM kararında Güvenlik Konseyi'nin insan hakları yükümlülüklerine ters düşen yaptırım kararlarının BM üyesi devletler nezdinde uygulama bulmayacağı varsayımından hareket etmiştir. Nada davası AİHK yükümlülükleri ile diğer uluslararası hukuk yükümlülüklerinin çatışması çer-

⁴¹ Al-Saadoon ve Mufdhi/İngiltere Krallığı, karar 02.03.2010, 61498/08, 30.06.2009, 61498/08

⁴² Bosphorus davasında AİHM AB ve AİHK sisteminde eşdeğer hukuki koruma sağlandığı varsayımından hareket etmiştir

çevesinde önemli ipuçları içermektedir. Söz konusu davada Güvenlik Konseyi rezolüsyonu ile yaptırımların ilan edildiği tarihte İsviçre'nin henüz BM üyesi olmamasını Güvenlik Konseyi'nin bu yükümlülükleri tüm devletler için öngörmesi nedeniyle, rezolüsyonda öngörülen yükümlülüklerden muaf olmasına esas olan bir gerekçe olarak kabul etmemiştir.⁴³

Güvenlik Konseyi rezolüsyonları devletlere icra mükellefiyeti getirmekle beraber, devletlere ulusal hukukta bunu nasıl gerçekleştirecekleri konusunda bir takdir alanı bırakmaktadır. 1390 sayılı, 10.01.2002 tarihli rezolüsyon §2(b) olarak öngörülen düzenlemesinde bir istisnaya izin vermektedir. Buna göre, bir "judicial process" için gerekli olduğu takdirde ülkeye giriş yasağı uygulanmayacaktır. Bu gerekliliğin mevcut olup olmadığı mahkemeye göre bireysel değerlendirme ile tespit edilecektir. Seyahat yasağı ile ilgili olarak yasama ve yürütme tarafından yerine getirilecek diğer yükümlülükler bakımından da Güvenlik Konseyi tarafından "where appropriate" kabul edilmiştir. Bu formülasyonda devletlere (İsviçre de dâhil olmak üzere) muayyen bir hareket alanı bırakmıştır. AİHM kararında İsviçre'nin özel ve aile yaşamına saygı hakkına müdahale ettiği ve bu müdahalenin AİHK'nun 8.madde, 2.fıkrası muvacehesinde haklı görülemeyeceği saptanmıştır.

Zikredilen istisnaları içeren, devletlere hareket alanı bırakan Güvenlik Konseyi rezolüsyonları özel yaşama ve aile yaşamına saygıya müdahale için haklı bir dayanak oluşturmamaktadır. AİHM bu davada kapsamlı bir şekilde AİHK ve diğer uluslararası yükümlülükler arasındaki normlar çatışması ve bu yükümlülükler arasındaki hiyerarşi konusunu ele almıştı. AİHM kararında İsviçre'nin AİHK'nu hükümlerinden doğan yükümlülüklerinin ihlâlini saptaması ötesinde İsviçre'nin uluslararası yükümlülüklerini bağdaştırmak için gayret gösterip göstermediği konusunu da değerlendirdiği görülmektedir.⁴⁴ AİHM bir normlar hiyerarşisi belirlemekten imtina etmiştir. AİHM kararında normlar çatışmasını önlemek istemiş ve devletlerin diğer uluslararası anlaşmalardan doğan mükellefiyetlerini olabildiğince icra etmeleri gerektiğini vurgulamıştır. Bu durumun ancak sadece mutlak

⁴³ Nada / İsviçre, §176

⁴⁴ Nada/İsviçre, § 197

hak teşkil etmeyen konvansiyon hakları bakımından söz konusu olduğunun (mutlak haklar herhangi bir sınırlamaya izin vermez ve bu haklar için ölçülülük denetimi yapılmaz) göz ardı edilmemesi gerekmektedir.

İsviçre tarafından Büyük Daireye getirilen Al-Dulimi davasında⁴⁵ İsviçre'nin Güvenlik Konseyi rezolüsyonu gereği gerçekleştirildiği banka hesaplarını dondurma ve hesaplara el koyma işlemlerine karşı yargı yolunun kapatılmasının AİHK'nun 6.maddesinin ihlâline yol açıp açmadığı konusu karara bağlanmıştır. İsviçre somut durumda Güvenlik Konseyi rezolüsyonunun devletlere herhangi bir hareket alanı bırakmadığını, onlara önlemleri istisnasız icra etme yükümlülüğü getirdiğini ileri sürmüştür. AİHM, İsviçre'nin yükümlülükleriyle bağlantılı olarak Güvenlik Konseyi rezolüsyonunun doğrudan terör tehdidi bağlamında değil, Irak'ın yeniden inşası ve egemenliğinin tesisi bağlamında alındığına dikkat çekerek, ulusal mercilerin rezolüsyonun etkin icrası için bundan gerekli sonuçları çıkarması gerektiğini, rezolüsyonun üye devletler tarafından bu nedenle yargı denetimine imkân verecek şekilde icrasının uygun olduğunu karara bağlamıştır. AİHM bu yaklaşımı ile BM üyesi devletlerin Güvenlik Konseyi rezolüsyonlarından doğan mükellefiyetlerini değerlendirme yapmadan tam ve hızlı şekilde icra etmelerine karşı mesafeli olduğunu ortaya koymuştur.

AİHM'nin uygulamasında, mahkemenin birçok davada Güvenlik Konseyi rezolüsyonlarının içeriğini kararına entegre ettiği görülmektedir.⁴⁶ AİHM Konvansiyon'un yorumunda uluslararası boyutun önemli olduğuna, diğer uluslararası düzenlemelerin de dikkate alınması gerektiğine işaret etmiştir. Diğer uluslararası düzenlemelerin de yorum çalışmalarında dikkate alınmasına ilişkin yapılan vurgulama, Konvansiyon yükümlülüklerinin diğer uluslararası hukuk kaynakları ile bağlantılı değerlendirildiği AİHM kararlarında son zamanlarda standart formülasyon haline gelmiştir.⁴⁷

⁴⁵ Al-Dulimi ve Montana Management Inc. / İsviçre, § 134

⁴⁶ bkz.: Loizidou/Türkiye, karar (Büyük Daire), 18.12.1996, 15318/89

⁴⁷ bkz.: Nada/İsviçre, §169

Güvenlik Konseyi'nin barışı tehdit eder nitelikte gördüğü önemli durumlarla ilgili rezolüsyonları ve dokümanları AİHM için (zamanında İnsan Hakları Komisyonu için) bireysel başvuru prosedürü çerçevesinde olayların ve hukuki sorunların tespiti ve değerlendirilmesinde önemli dayanak oluşturmaktadır.⁴⁸ Güvenlik Konseyi'nin yaptığı bu değerlendirmelerden AİHM Konvansiyon tarafı devletlerle ilgili bilgi edinme bağlamında da yararlanmaktadır. Bosphorus davasında Konvansiyon devletlerinin uluslararası ilişkilerinin farklı boyutları ve bu ilişkilerden doğan mükellefiyetleri AİHM'nin kararında önemli rol oynamıştır.⁴⁹ Söz konusu davada Güvenlik Konseyi rezolüsyonunun AB tüzüğü ile icrası bağlamında Konvansiyon mükellefiyetlerinin hakkında başvuru yapılan Konvansiyon tarafı devlet tarafından ihlâl edildiği iddiası, bu iddianın AB'nin ulusal alanda doğrudan uygulanma özelliğine sahip AB tüzüğüne istinat etmesine karşın AİHM tarafından karara bağlanmıştır. AİHM bu davada Güvenlik Konseyi rezolüsyonlarının AB'de icrası bağlamında Güvenlik Konseyi rezolüsyonlarının ilgili bölümlerini lâfzen üstlenen AB tüzüklerine esas olan Güvenlik Konseyi rezolüsyonlarını yorumlamıştır. AİHM Konvansiyon devletlerinin Güvenlik Konseyi rezolüsyonlarına istinaden yetkilendirildiği durumlarda verdiği eski kararlarında da ortaya koyduğu gibi Konvansiyon devletlerinin Güvenlik Konseyi rezolüsyonlarının icrası bağlamında takdir olanağının bulunması koşuluyla sorumluluklarının söz konusu olduğunu, Güvenlik Konseyi rezolüsyonlarının Konvansiyon devletlerinin insan hakları yükümlülüklerine müdahale edecek şekilde formüle edilmemesi gerektiğini ve Güvenlik Konseyi rezolüsyonlarının bu yaklaşıma göre yorumlanacağını ifade etmiştir.

Konvansiyon tarafı devletlere Konvansiyon haklarına sınırlama getiren, AİHK yükümlülüklerini ihlâl eden yükümlülükler getiren Güvenlik Konseyi rezolüsyonları bakımından AİHM Al-Dulimi davasına kadar Konvansiyon devletlerinin ölçülülük prensibi çerçevesinde denetim yapmalarına imkân veren hareket alanına sahip olup

⁴⁸ bkz.: Al-Adsani v. The United Kingdom, karar (Büyük Daire), 21.11.2001, 35763/97]

⁴⁹ Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret A.Ş./İrlanda, karar (Büyük Daire)30.06.2005, 45036/98)

olmadıklarını esas almıştır. AİHM bir hareket alanı söz konusu olmamasına rağmen Bosphorus davasında yargısal denetimi bir gereklilik olarak görerek, Konvansiyon devletlerinin rezolüyonlardan doğan mükellefiyetlerini tam olarak yerine getirmeme olasılığını kabul etmiştir. AİHK ve Güvenlik Konseyi rezolüsyonları arasında ortaya çıkabilecek norm çatışması bağlamında AİHM'nin Konvansiyona uygunluk denetimi yapma yetkisine sahip olması, Konvansiyon devletlerinin de bu denetimi kabul etme mükellefiyetlerinin bulunması olgusu çatışmanın önlenmesi yollarının arayışını beraberinde getirmiştir. Bu yaklaşım özellikle Güvenlik Konseyi rezolüsyonlarının Güvenlik Konseyi'nin insan hakları yükümlülükleri ile çatışan yükümlülükler öngöremeyeceği varsayımına istinat eden yorum yöntemini gündeme getirmiştir.

AİHM kararlarında ulusal mahkemelerin, AB İlk Derece Mahkemesi'nin, AB Adalet Divanı'nın ve BM İnsan Hakları Komitesi'nin kararlarına da gönderme yapmaktadır.⁵⁰ Nabil Sayadi ve Patricia Vinck/Belçika⁵¹ davasında AİHM, diğer uluslararası denetim mekanizmalarının da Güvenlik Konseyi rezolüsyonlarının üye devletlerin insan hakları yükümlülükleri muvacehesinde denetimini öngördüğünü ve verilen kararlarda rezolüsyon mükellefiyetlerine rağmen insan haklarına riayet mükellefiyetinin kabul edildiğini vurgulamıştır. Bu durum AİHM'nin içtihatına diğer mahkemelerin ve denetim organlarının kararlarının etkisini göstermektedir. Güvenlik Konseyi rezolüsyonlarının yorumu konusunda AİHM içtihatının açık bir görüntü vermemesi AİHM'nin AİHK' dan doğan insan hakları mükellefiyetleri ile Güvenlik Konseyi rezolüsyonlarının etkinliği arasında uzlaşma sağlama gayretlerinin bir sonucudur.

⁵⁰ AİHM'nin İnsan Hakları Komitesi kararına gönderme yaptığı Kadı davası için bkz.: Yassin Abdullah Kadi ve Al Barakaat International Foundation/AB Konsey ve Komisyonu, (Büyük Daire), 03.09.2008, Slg. 2008, S.I-06351; AB İlk Derece Mahkemesi kararına gönderme yaptığı Yassin Abdullah Kadi/AB Konsey ve Komisyonu davası için bkz.: 21.09.2005, Rs. T-315/01, Slg.2005, S.II-03649; Yassin Abdullah Kadi/ AB Komisyonu davası için bkz.: 30.09.2010, Rs. T-85/09, Slg.2010, S.II-05177; Yassin Abdullah Kadi/ AB Komisyonu, karar (Büyük Daire), 18.07.2013, Rs. C-584/10 P, C-593/10 P ve C-595/10 P)

⁵¹ Communication No. 1472/2006, U.N. Doc. CCPR/C/94/D/1472/ 2006(2008)

2 - AB yargı sisteminde yorum uygulaması

AB Adalet Divanı'nın, AB Mahkemesi'nin ve AB Uzman Mahkemesi'nin kimi kararlarında Güvenlik Konseyi rezolüyonlarını yorumladıkları görülmektedir. Güvenlik Konseyi rezolüyonlarını icra eden AB tüzükleri genellikle AB ortak dış politika ve güvenlik politikası alanında ihdas edilmektedir.⁵² AB tüzükleri sıklıkla Güvenlik Konseyi rezolüyonlarının bağlayıcı hükümlerini lâfzen tekrar etmektedir. AB yargısı tüzükleri yorumlarken, dolayısıyla Güvenlik Konseyi rezolüyonlarını da yorumlamış olmaktadır. Bu uygulama tüzük yorumlarından Güvenlik Konseyi rezolüyonlarının yorumları bakımından sonuçlar çıkartılmasını mümkün kılmaktadır. AB yargı kararlarında istinat edilen gerekçelerde genelde kapsamlı şekilde AB tasarrufunun uluslararası dayanağına yer verilmekte ve Güvenlik Konseyi rezolüyonlarının AB'de icrası ve ulusal icra önlemleri ilişkisi değerlendirilmektedir.

Güvenlik Konseyi rezolüyonunu icra eden tüzüğü yorumladığı Ebony Maritime SA davasında Divan Güvenlik Konseyi rezolüyonunun hükümlerini tüzüğün yorumuna esas almış ve tüzüğü açıkça rezolüyonun amaç ve hedefleri ışığında yorumlamıştır.⁵³ Deniz ticareti bağlamında Yugoslavya Cumhuriyeti karasularına girişi yasaklayan AB tüzüğü, aynı paralelde tüzük ihlâli durumunda yaptırım uygulamasını öngörmüştür. AB Adalet Divanı'na yapılan önkarar başvurusunda tüzükte Yugoslavya karasularına deniz ticareti amaçlı girişlerin mi, Yugoslavya karasularına ticari amaçla girmek üzere açık denizde yol alınmasının mı yasakladığının açıklığa kavuşturulması talep edilmiştir.⁵⁴ Divan'dan bunun ötesinde aynı başvuru bağlamında tüzüğün ihlâlinin tespiti durumunda geminin yüküne el konulmasını öngören ulusal düzenlemenin tüzüğe uygun olup olmadığının cevaplandırılması talep edilmiştir. Divan vermiş olduğu önkararında tüzü-

⁵² Ulrike Brandl, "Die Umsetzung der Sanktionsresolutionen des Sicherheitsrats in der EU", AVR 38, 2000, s.376-396

⁵³ AB Adalet Divanı, Ebony Maritime SA ve Loten Navigation Co.Ltd./ Prefetto della Provincia di Brindisi ve diğerleri, 27.02.1997 tarihli karar, Rs. C-177/95, Slg. 1997, S.I-01111

⁵⁴ EuGH, Ebony Maritime SA, §22

ğün Güvenlik Konseyi rezolüsyonunun etkinliğini temin etmek üzere ihdas edildiğini vurgulamış, AB tüzüğüne İtalyanca kaleme alınan metnini Güvenlik Konseyi rezolüsyonu muvacehesinde yorumlamış ve rezolüsyonda öngörülen yükümlülüğe ilişkin alınan önlemin rezolüsyonda yer alan yaptırımın etkinliğini sağlaması gerektiğine işaret etmiştir. Divan bu şekilde Güvenlik Konseyi rezolüsyonlarını ve AB tüzüğünü icra eden ulusal önlemleri effet utile prensibine göre yorumlamıştır.⁵⁵

Daha sonra AIHM önüne de gelen Bosphorus davasında AB Adalet Divanı Güvenlik Konseyi rezolüsyonunun icrasına ilişkin AB tüzüğüne istinat eden mülkiyet hakkı müdahalesini hukuka uygun bulmuştur.⁵⁶ AB Adalet Divanı bu dava çerçevesinde de AB hukuku tasarruflarının yorumunda sistematik yorum ve amaca uygun yorum yöntemini kullanmıştır.⁵⁷ AB Adalet Divanı Bosphorus kararında açık şekilde alınacak ulusal önlemler bağlamında tüzüklerin yorumunda, tüzüklerin dayanağı olan rezolüsyonların esas alınacağını ortaya koymuştur. AB yargısında daha sonra açılan davalarda AB tüzükleri ile icra edilen rezolüsyon yaptırımlarına istinat eden insan hakları müdahaleleri dava konusunu oluşturmuştur. Kadı davasında AB İlk Derece Mahkemesi rezolüsyon yükümlülüklerinin AB hukukunda icrası çerçevesinde doğan çeşitli hukuki sorunları kapsamlı olarak değerlendirmiştir. İlk Derece Mahkemesi kararına karşı AB Adalet Divanı'na yapılan temyiz başvurusunda Divan İlk Derece Mahkemesi'nin kararından ayrılarak kendi sürekli içtihatını güçlendirmiştir.

Kadı, Yusuf, Ayadi ve Hasan davaları Afganistan'da Taliban rejimine karşı alınan 15.10.1999 tarihli, 1267 sayılı Güvenlik Konseyi rezolüsyonuna istinat eden icrai AB tüzüğü nedeniyle açılmıştır.⁵⁸ Taliban'a ait yahut doğrudan yahut dolaylı olarak Taliban'ın yönetiminde olan yahut dolaylı olarak Taliban'ın kontrolünde olan işletmelerin mülkiye-

⁵⁵ EuGH, *Ebony Maritime SA*, §23

⁵⁶ EuGH, *Bosphorus*, §25 vd.

⁵⁷ EuGH, *Bosphorus*, §14

⁵⁸ AB İlk Derece Mahkemesi, *Ahmed Ali Yusuf ve Al Barakaat International Foundation/ AB Konseyi ve Komisyonu*, 21.09.2005 tarihli karar, Rs. T-306/01, Slg. 2005, S. II-03533; EuGH, *Faraj Hassan/ AB Konseyi ve Komisyonu (C-399/06 P)* ve *Chafiq Ayadi/ AB Konseyi (C-403/06 P)*, 03.12.2009 tarihli karar

tinde yahut kontrolünde olan para ve bu paradan kaynaklanan diğer getirilerin dondurulması yükümlülüğünü getiren Güvenlik Konseyi rezolüsyonu, AB hukukunda 27.05.2002 tarihli, 881/2002 sayılı AB tüzüğü ile icra edilmiştir.⁵⁹ AB İlk Derece Mahkemesi kararında Güvenlik Konseyi rezolüsyonlarına istinat eden AB tüzüklerini denetleme yetkisinin ius cogens nitelikli normların ihlali ile sınırlı olduğu ve Güvenlik Konseyi yaptırım komitesi tarafından yönlendirici ilkeler ışığında gerçekleştirilen denetimin yeterli olduğu gerekçesi ile bir ihlalin söz konusu olmadığı sonucuna varmıştır.⁶⁰ Bu karar literatürde uluslararası hukuk yaklaşımı nedeniyle övgüye değer bulunurken, gerekçesi sonuçları itibariyle eleştirilmiştir. Davacı Kadi ve Al Bakaat'ın temyiz başvurusu üzerine davaya bakan AB Adalet Divanı verdiği kararda İlk Derece Mahkemesi'nin kararından sapmış ve AB tüzüğüne karşı yapılan hukuka aykırılık def'ini kabul etmiştir.⁶¹

AB Adalet Divanı usul prosedürü çerçevesinde dinlenme hakkı verilmeksizin davalının banka hesaplarına el konulmasını hak himayesinde eksiklik olarak mütalâa etmiştir. Dava 2010'da AB İlk Derece Mahkemesi tarafından yeniden karara bağlanmıştır. İlk Derece Mahkemesi AB Adalet Divanı'nın kararı paralelinde AB tüzüğüne karşı yapılan hukuka aykırılık def'ini kabul etmiş ve AB Adalet Divanı'nın 2008 tarihli davadaki gerekçesini üstlenmiştir.⁶² İngiltere'nin ve Komisyonun yapmış olduğu temyiz başvurusu sonuç vermemiştir. AB Adalet Divanı bu şekilde 2013'te 2008 Kadi davasındaki gerekçesini teyit etmiştir. Bunun sonucu olarak İlk Derece Mahkemesi Kadi davasını takip eden davalarda da bu gerekçe ışığında karar vermiştir.⁶³ Davacı Hassan ve Ayadi de AB Adalet Divanı nezdinde temyiz başvurusu yapmıştır. Divan aynı şekilde AB tüzüğüne karşı yapılan hukuka

⁵⁹ bkz.: ABl. 2002, Nr. L 139/9, s.9

⁶⁰ Helmut Philipp Aust/Nina Naske, "Rechtsschutz gegen den UN-Sicherheitsrat durch europäische Gerichte? Die Rechtsprechung des EuG zur Umsetzung gezielter Sanktionen aus dem Blickwinkel des Völkerrechts", ZÖR 61, 2006, s.587-623; Saskia Hörmann, Völkerrecht bricht Rechtsgemeinschaft: Zu den technischen Folgen einer Umsetzung des UN-Sicherheitsrats durch die EG, AVR 44, 2006, s.267-327

⁶¹ bkz.: Rs. C-584/10 P, C-593/10 P und C-555/10 P

⁶² EuGH, Kadi, 30.09.2010

⁶³ EuG, Omar Mohammed Othman, Urteil des Gerichts vom 11.06.2009, Rs. T-318/01

aykırılık def'ini kabul etmiş ve davacılar için AB tüzüğü'nün uygulanmamasını karara bağlamıştır. Bu şekilde Kadi davasındaki gerekçeyi teyit etmiştir.⁶⁴ AB Adalet Divanı'nın kararları sadece usul hukuku garantilerine riayete ilişkin gerekçeleri itibariyle değil, AB'nin uluslararası hukuka bağlılığını vurgulayan gerekçeleri itibariyle de önemlidir. Bunun ötesinde Divan BM Şartı ve primer Birlik normları arasındaki normlar hiyerarşisine de kararlarında yer vermiştir.

İlk Derece Mahkemesi kararlarında Güvenlik Konseyi rezolüsyonlarının önceliğini gerekçelendirirken ve rezolüsyonların sadece ius cogens karakterli normlara uygunluk bakımından denetimini kabul ederken, AB Adalet Divanı rezolüsyonların mahkemeler tarafından sınırsız denetim mükellefiyetini kabul etmiştir. Divan mahkemelerin tüm AB tasarruflarını bu tasarruflar Güvenlik Konseyi rezolüsyonlarının icrasına ilişkin olsa dahi kapsamlı olarak temel haklara uygunluk denetiminden geçirmekle mükellef olduklarını vurgulamıştır.⁶⁵ Divan bu kararları ile dolaylı olarak BM sisteminde de birey haklarının korunması gerekliliğine dikkat çekmiştir. Divan kararlarında rezolüsyonların yorumu çerçevesinde uluslararası yükümlülüklerin bütünü itibariyle dikkate alınması gerekliliğinden hareket ederek, AB'nin BM Şartı'nın VII.bölümü muvacehesinde kabul edilen rezolüsyonları icra mükellefiyetinin, rezolüsyonların lâfzı, amaçları ve BM Şartı'ndan doğan mükellefiyetler ışığında gerçekleşmesi gerektiğini vurgulamıştır.

AB tasarrufunun yorumunda bu nedenle ilgili rezolüsyonun lâfzı ve amacı esas alınacaktır. Divan bu ifadesi ile doğrudan rezolüsyonların yorumuna ilişkin değil, AB tüzüklerinin rezolüsyonlar ışığında yorumlanmasına ilişkin bir yaklaşım ortaya koymuştur. BM prensipleri Divana göre mahkemeler tarafından hukuka uygunluk denetimi yapılmasını engellemektedir. Somut davada söz konusu olduğu gibi uluslararası hukukun önceliği prensibinin sonucu olarak BM Şartı'ndan doğan yükümlülükler öncelik verilmesi, özellikle BM Şartı'nın VII.bölümü muvacehesinde ihdas edilen rezolüsyonların AB hukukunda icrası bağlamında ortaya çıkan yargısal denetimde büyük önem taşımaktadır. Divan üye devletlerin rezolüsyon yaptırımlarını

⁶⁴ Rs. T-306/01, Slg. 2005, S.II-03533

⁶⁵ Hassan ve Ayadi kararı, §71

herhangi bir yargısal denetim yapmaksızın uygulamalarını kabul etmemekte, yargısal denetimin gerekliliğinden hareket etmektedir. Üye devletlerde ve bölgesel örgütlerde gerçekleştirilecek yaptırım denetiminin ancak diğer taraftan BM yaptırım sisteminin etkinliğini olumsuz etkileyebileceğinin göz ardı edilmemesi gerekmektedir. AB kurucu anlaşmaları BM Şartı'na nazaran sonraki tarihli anlaşmalar-
dır. BM Şartı'nın 103.maddesi BM Şartı'ndan doğan yükümlülüklerle devletlerin diğer uluslararası hukuk yükümlüklerine nazaran öncelik vermektedir. AB Adalet Divanı BM Şartı'nın uygulanabilirliği ve 103. maddenin içerik olarak kapsamı konusuna kararlarında değinmemektedir. Divan içtihatında Güvenlik Konseyi rezolüsyonlarından doğan mükellefiyetlere ağırlık verilmektedir. Gerek İlk Derece Mahkemesi, gerekse AİHM kararlarında yer alan kapsamlı gerekçelerde üye devletlerin Güvenlik Konseyi rezolüsyonlarından doğan mükellefiyetleri ve Avrupa Birliği kurucu anlaşmalarından ve diğer uluslararası hukuk anlaşmalarından, özellikle insan hakları anlaşmalarından doğan yükümlülükleri arasındaki ilişkiye ağırlık vermiştir. Rezolüsyonların yorumu konusu AB yargısı tarafından çok sınırlı davalarda ele alınmış ve verilen kararda rezolüsyonların effet utile prensibine göre yorumlanması gerektiğine işaret edilmiştir. Daha sonraki bireysel yaptırımlar nedeniyle hakların korunmasının ele alındığı davalarda ise, Güvenlik Konseyi yaptırımlarını icra eden AB tüzüklerinin onlara dayanak teşkil eden rezolüsyonların lâfzı ve amacı esas alınarak yorumlanması gerektiğine vurgu yapılmıştır.⁶⁶ Bu davalarda Divan rezolüsyonların uluslararası hukuktaki önceliğini sorgulamaksızın, üye devletlerin insan hakları yükümlülüklerine riayeti bağlamında Güvenlik Konseyi rezolüsyonlarının AB temel hakları muvacehesinde denetiminin gerekliliğini kabul etmiştir.⁶⁷

III - ICTY ve ICTR içtihatında yorum uygulaması

ICTY ve ICTR pratiğinde Güvenlik Konseyi rezolüsyonlarının yorumu ilk sırada ilgili uluslararası ceza mahkemesi statüsünün ve ceza mahkemesini kuran Güvenlik Konseyi rezolüsyonlarının yorumu

⁶⁶ AB Adalet Divanı, Bank Melli Iran/AB Konseyi, 16.11.2011 tarihli karar (Büyük Daire), Rs. C-548/09 P, §104

⁶⁷ AB Adalet Divanı, Bank Melli Iran/AB Konseyi, §105

bağlamında gündeme gelmektedir.⁶⁸ Uluslararası Hukukta söz konusu mahkemeler Güvenlik Konseyi'nin yan organı olarak kabul edilmeleri nedeniyle, yetkilerinin kapsamı ve yargı yetkileri bağlamında ortaya çıkan sorunların cevabında, Güvenlik Konseyi rezolüsyonlarının yorumu önem taşımaktadır. Uluslararası mahkemeleri kuran rezolüsyonların mahkeme statülerini uluslararası anlaşmalar olarak formüle etmesi nedeniyle (mahkeme statüleri sadece nihai hükümleri itibariyle farklılık taşımaktadır) uluslararası anlaşmalar hukuku kriterleri bu çerçevede yapılan yorum çalışmalarında da önem taşımaktadır. Uluslararası ceza mahkemelerinin statüleri "proximate in nature to a treaty" olarak nitelendirilmektedir.⁶⁹

ICTY ve daha sonra ICTR ünlü leading cases'de varlıklarının dayanağı olan Güvenlik Konseyi rezolüsyonlarının meşruiyetini değerlendirmişlerdir.⁷⁰ Söz konusu Mahkemeler Güvenlik Konseyi'nin ceza hukuku alanında yargı yetkisi kullanacak mahkeme kurma yetkisinin bulunmadığı ve bu nedenle Güvenlik Konseyi'nin ultra-vires tasarrufla bulunduğu iddiası bağlamında BM Şartı hükümlerini ve Güvenlik Konseyi rezolüsyonlarını yorumlamıştır. Duško Tadić davasında istinaf dairesi Güvenlik Konseyi'nin BM Şartı'nın 39.maddesi muvacehesinde sahip olduğu yetkiye istinaden 41.maddeye göre alması caiz önlemlerin tür ve kapsamını ele almış, sonuç olarak.⁷¹ Mahkeme gerekçesini BM Şartı'nın 41.maddesinde öngörülen önlemlerin tüketici olarak sayılmadığına istinat ettirmiştir. Mahkeme BM Şartı'nın 41.maddesindeki sayımı örnekleme olarak kabul etmiş ve 41.madde de yer alan bu formülasyonun sadece kuvvet kullanmayı dışarda bıraktığını ifade etmiştir.⁷² Bu gerekçeyi Kanyabashi davasında Ruanda mahkemesi de kullanmıştır.⁷³ Söz konusu mahkemeler dayanakları

⁶⁸ ICTY, Güvenlik Konseyi'nin 25.05.1993 tarihli 827 sayılı rezolüsyonu ile kurulmuştur (Mahkemenin statüsü rezolüsyonun ekinde (Annex) yer almaktadır; bkzn.: UN Doc. S/25704, 1993); ICTR 08.11.1994 tarihli, 955 sayılı Güvenlik Konseyi rezolüsyonu ile kurulmuştur. Mahkemenin statüsü rezolüsyonun ekinde yer almaktadır

⁶⁹ William A. Schabas, "The UN International Criminal Tribunals: the former Yugoslavia, Rwanda and Sierra Leone", Cambridge University Press, 2006, s.79

⁷⁰ William A. Schabas, "The UN International Criminal Tribunals: the former Yugoslavia, Rwanda and Sierra Leone", Cambridge University Press, 2006, s.79

⁷¹ ICTY'nin kuruluşunu hukuka uygun bulmuştur (ICTY, Prosecutor v. Duško Tadić, §40)

⁷² ICTY, Prosecutor v. Tadić, §35

⁷³ ICTR, The Prosecutor v. Joseph Kanyabashi, ICTR-96-15-1, 30.06.1999, s.4 vd.

nın meşruiyetini ağırlıklı olarak BM Şartı'nın hükümlerine istinat ettirmişlerdir. ICTY Slobodan Milosevic davasında verdiği kararında mahkeme statüsünün uluslararası bir anlaşma gibi yorumlanması gerektiğini tespit etmiştir.⁷⁴

IV - BM insan hakları sisteminde yorum uygulaması

BM Güvenlik Konseyi rezolüyonları ile öngörülen yaptırımların istenmeyen etkileri BM insan hakları koruma sisteminde ve UNICEF ve WHO gibi BM uzman kuruluşlarında da gündeme gelmektedir.⁷⁵ Nabil Sayadi ve Patricia Vinck - Belçika uyuşmazlığında⁷⁶ İnsan Hakları Komitesi daha sonra AB Adalet Divanı ve AİHM tarafından karara bağlanan Kadi davasıyla benzer özellikler taşıyan bir durumu değerlendirmiştir. Şikâyetçi BM İnsan Hakları Komitesi'ne yaptığı başvuruda isminin Güvenlik Konseyi rezolüsyonunda yer alan listede, dolayısıyla AB tüzüğünde yer alması nedeniyle hesaplarına el konulduğunu; BM'e, AB organlarına ve Belçika yetkili mercilerine listeden adının çıkartılması için başvurulardan bir sonuç alamadığını bildirmiştir. BM İnsan Hakları Komitesi yaptığı değerlendirme ışığında Belçika'nın BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesinin 12. ve 17.maddelerinin ihlâlinden sorumlu olduğu sonucuna varmıştır.⁷⁷ İnsan Hakları Komitesi'nin vardığı sonuca göre Belçika'nın kişileri rezolüsyonun öngördüğü listenin dışında bırakma yetkisi olmamakla beraber, kişilerin isimlerinin listelere alınmasından Belçika sorumludur.

Diğer mahkemelerin ve denetim organlarının da Güvenlik Konseyi rezolüsyonlarının icrası çerçevesinde insan hakları yükümlülüklerine riayeti denetleme yetkisine sahip olmaları gerektiğine ilişkin BM İnsan Hakları Komitesi görüşü AİHM kararlarında da gerekçe olarak

⁷⁴ ICTY, Prosecutor v. Slobodan Milosevic, Case IT-02-54, Trial Chamber III, Decision on Preliminary Motions, 08.11.2001, §47: "The Statute of the Tribunal is interpreted as a treaty". Duško Tadić davasında mahkeme detaylı bir şekilde anlaşmalar hukuku kriterleri muvacehesinde mahkeme statüsünün yorumunu ele almış ve statüsünün amaçları ve hedefleri ışığında yorumlanması gerektiğini belirtmiştir (ICTY, Prosecutor v. Duško Tadić, §92)

⁷⁵ E/CN.4/Sub.2/2000/33, s.5

⁷⁶ Committee on Civil and Political Rights (CCPR), Sayadi ve Vinck/Belçika, 1472/2006, 22.10.2008

⁷⁷ International Covenant on Civil and Political Rights, General Assembly Resolution 2200 A (XXI), 16.12.1966

kullanılmıştır. AIHM ancak BM İnsan Hakları Komitesi'nin Belçika'nın yaptırım komitesine isim vermesi nedeniyle doğan sorumluluğuna ilişkin gerekçeye gönderme yapmamıştır. Belçika Hükümeti savunmasında BM Güvenlik Konseyi rezolüsyonunda yer alan yükümlülüklerle istinat etmiştir. BM İnsan Hakları Komitesi, Belçika'nın rezolüsyondan doğan icra mükellefiyetini yerine getirdiğini kabul etmekle beraber, bundan bağımsız olarak Belçika'nın ulusal icra önlemleri bağlamında insan haklarına uygunluk denetimi yapmamasını sorumluluğunun nedeni olarak kabul etmiştir. Şikâyetçinin ve Belçika'nın kapsamlı şekilde gündeme getirdiği, uluslararası yükümlülüklerin BM Şartı'nın 103.maddesi muvacehesinde taşıdığı öncelik konusuna BM İnsan Hakları Komitesi değinmemiştir. BM İnsan Hakları Komitesi'nin sınırlı gerekçeler ile ortaya koyduğu hukuki görüşleri Güvenlik Konseyi rezolüsyonlarının yorumu konusunda bir açıklık sağlayamamıştır.

V - BM Güvenlik Konseyi'nin yetkilendirme öngören rezolüsyonlarının yorumu

BM Güvenlik Konseyi rezolüsyonları kimi durumlarda bütün gerekli önlemlerle barışın yeniden tesisi konusunda devletleri veya devlet gruplarını yetkilendirmektedir. Güvenlik Konseyi bu şekilde kullandığı "all necessary means" ifadesi ile BM Şartı'nın VII.bölümüne istinaden askeri güç kullanılması konusunda da yetkilendirme yapmaktadır (29.11.1990 tarihli, 67 sayılı rezolüsyon). Güvenlik Konseyi kimi rezolüsyonlarında bölgesel örgütleri de ekonomik önlemlerin icrası bağlamında yetkilendirmektedir.⁷⁸ Yetkilendirme formülasyonları da uygulamada yorum farklılıklarına yol açmaktadır.

Farklı yorumlara yol açan en tanınan rezolüsyon örneği olarak Güvenlik Konseyi'nin 2003 tarihli ABD'nin Irak askeri operasyonuna diğer rezolüsyonlarla birlikte dayanak teşkil eden 08.11.2002 tarihli, 1441 sayılı rezolüsyonu gösterilmektedir. 678 sayılı Güvenlik Konseyi rezolüsyonunda askeri güç kullanılmasına ilişkin yetkilendirmenin lâfzen açık olarak Irak'ın Kuveyt'e saldırısı ile sınırlı yapılması ve 1441

⁷⁸ BM Güvenlik Konseyi 08.10.1997 tarih ve 1132 sayılı rezolüsyonu ile ECOWAS'ı Liberya'ya karşı uygulanacak ekonomik ambargo bağlamında yetkilendirmiştir

sayılı rezolüsyonda askeri önlemlerle ilgili bir yetkilendirme yapılması, aynı konuya ilişkin rezolüsyonların birlikte yorumlanması ve Güvenlik Konseyi'nin sonraki uygulamalarının dikkate alınması argümanının bu bağlamda kabul görmesini engellemiştir.

VI - Hukuk ihdas eden rezolüsyonların yorumu

Güvenlik Konseyi yaptırım önlemleri öngören rezolüsyonlar yanısıra, devletlere örneğin terörü önleyen yahut barışı tehdit eden durumları önlemeye matuf yasama yükümlülüğü getiren yahut genel, soyut normlar ihdas etme yükümlülüğü getiren rezolüsyonlar da ihdas etmektedir.⁷⁹ Yasama mükellefiyeti getiren rezolüsyon örnekleri içinde yer alan 29.09.2001 tarihli, 1373 sayılı rezolüsyon devletlere terörle mücadele çerçevesinde terör tehditlerini önleyici yasama mükellefiyeti getirmiştir (1373 sayılı rezolüsyon devletlerin terörle mücadele konvansiyonunu da onaylamalarını öngörmüştür). Bu rezolüsyon yanısıra 28.04.2004 tarihli, 1540 sayılı rezolüsyon da kitle imha silahlarının kullanılmasını ve yayılmasını engellemek için devletlere genel, soyut düzenlemeler yapma mükellefiyeti getirmektedir.⁸⁰ Bu çerçevede doğan rezolüsyonların icra mükellefiyeti diğer rezolüsyonlardan doğan icra mükellefiyetinden farklılık göstermektedir. Bu rezolüsyonlar, rezolüsyon mükellefiyetini yerine getirmeye ilişkin yasama faaliyeti bağlamında yorumlanmaktadır. Bu tip rezolüsyonlar, hangi genel soyut normların yürürlüğe konulması ve normların ne şekilde formüle edilmesi gerektiğini ortaya koyan bir yorum çalışması yapılmasını gerektirmektedir. Bu rezolüsyonlardan doğan mükellefiyetlerin yerine getirilmesi ile anlaşma mükellefiyetlerinin norm ihdası ile yerine getirilmesinin söz konusu olduğu anlaşmalar arasında fark olmaması nedeniyle bu rezolüsyonlar da uluslararası anlaşmalar hukuku yorum kurallarına göre yorumlanmaktadır.

⁷⁹ Jurij Daniel Aston, "Die Bekämpfung abstrakter Gefahren für den Weltfrieden durch legislative Maßnahmen des Sicherheitsrats - Resolution 1373(2001)", *ZaöRV* 62, 2002, s.257-291; Stefan Talmon, *The Security Council as a World Legislature*, *AJIL* 99, 2005, s.175-193

⁸⁰ Eleştiri için bkz.: Björn Elberling, "The ultra vires Charakter of Legislative Action by the Security Council," *IOLR* (2005) 2, s.342

Bu çerçevede terörün önlenmesi, kitle imha silahlarının kullanılması ve yapılmasının önlenmesi konusunda Güvenlik Konseyi rezolüsyonlarında atıf yapılan uluslararası anlaşmalar da doğal olarak yorum çalışmalarında değerlendirilmektedir. Güvenlik Konseyi kimi rezolüsyonlarında anti-terör rezolüsyonuna riayeti talep etmiştir. 1624 sayılı 14.09.2005 sayılı rezolüsyon, devletlerin değişik nedenlerle tam olarak yerine getirmediikleri anti-terör önlemlerinin alınması mükellefiyetlerinin yerine getirilmesini öngörmektedir. Söz konusu rezolüsyon sadece mükellefiyetlerin yerine getirilmesi için önlemlerin alınmasını değil, önlemlerin alınması ve icrası çerçevesinde devletlerin uluslararası hukuktan ve insan hakları hukukundan doğan mükellefiyetlerini de gözetmelerini talep etmektedir. İnsan hakları mükellefiyetlerine riayet lâfzi olarak sadece 1624 sayılı rezolüsyonda yer almaktadır. Bu durum devletlerin alacakları her önlem bağlamında insan hakları mükellefiyetlerine riayet etmek zorunda olduklarını göstermektedir.

Sonuç

BM Güvenlik Konseyi rezolüsyonlarının yorum kuralları bakımından uygulamada heterojen bir görüntünün olduğu görülmektedir. Güvenlik Konseyi'nin yetki kullandığı alanlarda ve rezolüsyonlarının uygulandığı alanlarda yorum farklılıkları ortaya çıkmaktadır. Rezolüsyonların yorumunda anlaşmalar hukuku yorum kriterleri ulusal ve uluslararası mahkemelerin uygulamasında önemli bir rol oynamaktadır. Bu yorum kriterleri Güvenlik Konseyi önlemlerinin ulusal yasama tasarrufları ile icrası ve Güvenlik Konseyi'nin hukuk ihdas eden rezolüsyonlarından doğan mükellefiyetlerin yerine getirilmesinde esas alınmaktadır. Viyana Anlaşmalar Hukuku Sözleşmesinde kodifiye edilen anlaşmalar hukuku yorum kriterleri içinde özellikle gramatik yorum yöntemi ve düzenlemenin anlamına ve amacına uygun yorum yöntemi önem taşımaktadır. Güvenlik Konseyi rezolüsyonlarının yorumunda uygulamada ve literatürde rezolüsyonların yorumunda sadece rezolüsyonun amacından değil, BM Şartı'nın benzer düzenlemelerinden hareket edilmektedir. Bu yaklaşım özellikle rezolüsyon hükümlerinin bağlayıcılığı ve Güvenlik Konseyi tarafından alınan

önemlerin yetki alanında olup olmadığı tartışmaları çerçevesinde ortaya çıkmaktadır.

Gerek ICTY, gerekse ICTR mahkeme olarak meşruiyetlerini BM Şartı hükümlerinin yorumuna (özellikle 39. Ve 41.madde hükümlerinin) ve Güvenlik Konseyi rezolüsyonlarının teleolojik yorumuna istinat ettirmişlerdir. Yargı kararlarının ve literatürün analizi, kolektif güvenlik sistemine istinat eden BM Şartı hükümlerinin amaçları konusunda, rezolüsyonların yorumları bakımından olduğu gibi farklı görüşlerin temsil edildiği görülmektedir. Bu durum özellikle Güvenlik Konseyi'nin BM Şartı'nın VII.bölümü muvacehesinde sahip olduğu yetki alanının ve barışın tehdidi gibi kimi kavramların içeriğinin tam olarak belirlenmesinin BM Şartı'nın amaçları ışığında yapılacak yorumla mümkün olmasından ileri gelmektedir. Effet utile (etkinlik) prensibine göre yorum AB Adalet Divanı ve ulusal mahkemeler tarafından benimsenen bir yorum yöntemidir. Rezolüsyonların yorumunda effet utile prensibi, anlaşmaların yorumunda olduğundan daha fazla bir ağırlık taşımaktadır. Bu durum Güvenlik Konseyi'nin bir icra organı olarak belli amaçlara erişmek için hızlı karar vermek zorunda olması ve aynı şekilde kararlarının da hızlı şekilde icra edilmesi gerekliliği ile açıklanmaktadır.

Uluslararası Adalet Divanı Namibia ve Kosova uyuşmazlığına ilişkin danışma görüşlerinde somut durumdan bağımsız olarak kapsamlı yorum kuralları öngörmüştür. Bu kurallar sadece yorum sorularının cevaplandırıldığı somut durumlar için değil, yorum kurallarını katalog olarak düzenlemesi nedeni ile rezolüsyonların yorumunda genel bir öneme sahiptir. Uygulamada, rezolüsyonların izole olarak değil, rezolüsyonun atıf yaptığı aynı konuda verilen diğer rezolüsyonlar, ekler, bildirimler ve diğer dokümanlarla birlikte yorumlanması konusunda bir uzlaşma bulunmaktadır. Askeri müdahalelerin meşruiyetinin istihraç edildiği rezolüsyonların birlikte, bir bütün olarak yorumu, rezolüsyonların farklı bağlamlarda ihdas edilmesi durumunda kabul görmemektedir.

Rezolüsyonların hazırlık çalışmaları anlaşmalar hukukundaki hazırlık çalışmalarına nazaran farklı rol oynamaktadır. Anlaşmalara

ilişkin hazırlık çalışmaları anlaşmaların yorumunda sadece subsidier (ikame edici) olarak dikkate alınırken, rezolüsyonların yorumu çerçevesinde primer bir yorum aracı olarak kabul edilmektedir. Bu görüş özellikle Uluslararası Adalet Divanı danışma görüşünde temsil edilmiş ve bunun rezolüsyonların hukuki tabiatının sonucu olduğuna işaret edilmiştir. Bu durum rezolüsyonların karara bağlanması ile icrası arasındaki zamansal yakınlıkla açıklanmaktadır.

Sürekli Adalet Divanı ve Uluslararası Adalet Divanı tarafından implied Powers doktrinine yargı kararlarında ve literatürde rezolüsyonların yorumu bağlamında, bu yorum yöntemi uluslararası örgütlerin hukuku bağlamında ortaya çıksa da, açıkça gönderme yapılmamaktadır. Bunun nedeni olarak implied Powers doktrininin Güvenlik Konseyi yetkilerinin geniş yorumlanmasına yol açacağı endişesi dile getirilmektedir.

Rezolüsyonların uluslararası mahkemeler tarafından yorumunda anlamalar hukuku yorum kriterlerinin uygulanması yanı sıra, mahkemelerin kendi kriterlerini uyguladıkları da görülmektedir. Uluslararası mahkemeler diğer mahkemelerin kararlarını da gerekçelerinde dikkate almaktadır. Yaptırım rejimleri çerçevesinde insan hakları standartlarına riayeti denetleyen mahkemeler yorum çalışmalarında sadece rezolüsyon mükellefiyetlerinin etkinliğini sağlayacak bir yaklaşım değil, rezolüsyon yükümlülüklerinin yerine getirilmesine matuf olarak farklı argümanlarla insan hakları standartlarına belli bir ölçüde riayet edilmesini sağlayacak bir yaklaşım temsil etmektedir. Gerek AİHM, gerekse AB yargısı Güvenlik Konseyi rezolüsyonlarının etkileri, özellikle rezolüsyon yükümlülüklerinin yerine getirilmesi ve insan hakları yükümlülüklerinin yerine getirilmesi bağlamında doğan norm çatışmaları ile iştigal etmiştir. Mahkemelerin açık bir hiyerarşi tayin etmekten uzak durduğu normlar çatışmasını münferit durumlarda buldukları uzlaşma yöntemleri ile çözmeye çalıştıkları görülmektedir.

AİHM rezolüsyonların yorumunda anlaşmalar hukuku yorum kriterlerini kullandığı görülmektedir. AİHM bunun ötesinde rezo-

lasyon önlemlerinin insan hakları yükümlülüklerine müdahale etkisi doğurabileceği durumlarda Güvenlik Konseyi rezolüsyonlarının bunu açık şekilde formül etmesi gerekliliğini vurgulamaktadır. Güvenlik Konseyi rezolüsyonlarının yorumu ilişkin hareket alanı bıraktığı durumlarda, bu hareket alanının AİHK'dan ve ek protokollerden doğan mükellefiyetler üzerinde etki doğurmaması gerekmektedir. AİHM yeni kararlarında hattâ rezolüsyonların hareket alanı bırakmadığı durumlarda da, insan hakları garantilerine riayet edilmesini talep etmektedir. Büyük Dairenin henüz bu konuda bir kararı bulunmamaktadır. AB yargısı pratiğinde Güvenlik Konseyi rezolüsyonları, Güvenlik Konseyi rezolüsyonlarını AB çerçevesinde düzenleyen tüzüklerin bireysel yaptırım önlemlerinin yaptırım muhataplarına sağladığı hukuki himaye bağlamında değerlendirme konusu olmaktadır. AB yargısı kararlarındaki gerekçelerde rezolüsyonların yorumu konusuna değinilmemekle beraber, uluslararası yükümlülüklerin bütünlüğü muvacehesinde insan haklarını koruma gerekliliği nedeniyle rezolüsyonlarda öngörülen yaptırımlar bağlamında denetim gerekliliği kabul edilmektedir. Güvenlik Konseyi rezolüsyonlarının yorumlandığı diğer davalarda AB Divanı etkinlik prensibini esas alarak yorum yapmıştır. Ebony Maritime davasında AB Divanı yaptırım öngören tüzükleri rezolüsyonlar muvacehesinde yorumlamış ve ulusal önlemlerin rezolüsyon yaptırımlarına etkinlik sağlama mükellefiyetini kabul etmiştir.

Uluslararası anlaşmalar hukuku yorum kriterleri görüldüğü üzere ağırlıklı olarak rezolüsyonların yorumunda esas alınmaktadır. Bunun ötesinde hazırlık çalışmaları primer yorum aracı olarak kullanılmaktadır. Etkinlik prensibi anlaşmaların yorumuna nazaran rezolüsyonların yorumunda önemli rol oynamaktadır. Ancak rezolüsyon önlemlerine karşı bireysel hak himayesinin karar konusu olduğu davalarda bireysel hak himayesinin temini için etkinlik prensibinin sınırlandığı görülmektedir. Bu çerçevede mahkemelerin değişik argümanlarla yorum yöntemleri geliştirerek Güvenlik Konseyi önlemlerine karşı bireysel hak himayesi sağlama gayretleri içinde oldukları görülmektedir.

Kaynakça

- Aston Jurij Daniel, Die Bekämpfung abstrakter Gefahren für den Weltfrieden durch legislative Maßnahmen des Sicherheitsrats - Resolution 1373(2001), *ZaöRV* 62, 2002
- Bothe Michael, Der Irak-Krieg und das völkerrechtliche Gewaltverbot, *ArchVR* 17, 2003,
- Dörr Oliver, Article 31, General Rule of Interpretation, bkz.: Kirsten Schmalenbach/Oliver Dörr, (Hrsg.), *Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary*, 2012
- Elberling Björn, The ultra vires Charakter of Legislative Action by the Security Council, *IOLR* (2005)
- Falk Richard, The Kosovo Advisory Opinion: Conflict Resolution and Precedent, *AJIL* 105, 2011
- Kadelbach Stefan, The Interpretation of the Charter, bkz.: Bruno Simma/Daniel E.Khan/Georg Nolte/Andreas Paulus (Hrsg.), *The Charter of the United Nations: A Commentary*, Bd.I, 2012
- Öberg Marco Divac, The legal effects of resolutions of the UN-Security Council and General Assembly in the jurisprudence of the ICJ, *EJIL* 16, 2005
- Orakhelashvili Alexander, Unilateral Interpretation of Security Council Resolutions: UK Practice, *GoJIL* 2, 2010
- Orakhelashvili Alexander, The Acts of the Security Council: Meaning and Standards of Review, *Max Planck Yearbook of United Nations Law* 11, 2007
- Papastavridis Efthymios, Interpretation of Security Council Resolutions under Chapter VII in the Aftermath of the Iraqi Crisis, *ICLQ* 56, 2007
- Schäfe Andreas, Begriff der "Bedrohung des Friedens" in Artikel 39 der Charta der Vereinten Nationen: die Praxis des Sicherheitsrates, 2006,
- Schabas William A., *The UN International Criminal Tribunals: the former Yugoslavia, Rwanda and Sierra Leone*, Cambridge University Press, 2006
- Talmon, Stefan, The Security Council as a World Legislature, *AJIL* 99,2005
- Villiger Mark E., *Commentary on the 1969 Convention on the Law of Treaties*, 2009

MENFİ TESPİT DAVALARINDA “TAKİBİN DURDURULMASI” İÇİN BORÇLU TARAFINDAN YATIRILAN TEMİNATIN İŞLEVİ*

Talih UYAR**

Özet: Bu yazımızda uygulamada menfi tespit davalarının tartışılan konularından olan;

a)“İcra takibinden sonra açılan menfi tespit davasında, mahkeme veznesine yatırılan teminatın davacı-borçluya ne zaman ve hangi koşullarda iade edileceği”,

b)“İcra hukuk mahkemelerinin takip hukuku ile ilgili kararlarının ‘kesin hüküm’ teşkil edip etmeyeceği”,

c)“İcra takibinden önce/sonra açılan menfi tespit davalarında, hangi koşullarla icra takibinin durdurulacağı”,

ç)“Menfi tespit davasının reddi halinde hangi koşulların gerçekleşmesi durumunda borçlu aleyhine tazminata hükmedilebileceği”,

d)“Borçlunun açtığı menfi tespit davasından feragat etmesi halinde, davalı-alacaklı lehine -%20- tazminata hükmedilip hükmedilemeyeceği”

hususları irdelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Menfi Tespit Davası, Davadan Feragat, Haksız İhtiyati Tedbir Tazminatı, Menfi Tespit Davasının Reddinin Sonuçları, Kesin Hüküm, İhtiyati Tedbir, Usulsüz Tebligat

A) Usulsüz tebligat şikâyeti kabul edilen borçlunun icra dosyasına yaptığı itirazın, süresinde yapılmış sayılarak icra takibinin durdurulması üzerine, borçlu icra takibinden sonra açtığı menfi tespit davasına bakan mahkemeye %115 teminat göstererek, icra veznesindeki paranın alacaklıya ödenmemesi konusunda ihtiyati tedbir kararı aldıktan son-

* Bu yazı, bir dava dosyasına “hukuki mütalâa” (uzman görüşü) ‘HMK. m. 293’ olarak sunulmuştur.

** Avukat, 9 Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi E. Öğr. Gör.

ra, icra takibinin icra mahkemesinin kararı ile durdurulmuş olduğunu ileri sürerek, menfi tespit davasını gören mahkemeye başvurup, icra veznesine yatırdığı paranın ve mahkemeye depo ettiği %15 oranındaki teminatın kendisine iade edilmesini talep edebilir mi?

B) Borçlu tarafça açılan menfi tespit davasından *feragat* edilmesi halinde, icra veznesine yatırılan meblağın ve mahkemeye depo edilen %15 oranındaki teminatın, talebi üzerine borçlu tarafa iade edilmesi gerekir mi?

*

I- Bilindiği gibi; icra hukuk mahkemesinin takip hukukuna ilişkin kararları -kural olarak- *kesinleşmeden* (derhal) uygulanır.¹ Yüksek mahkemenin zaman zaman bu kurala birtakım istisnalar öngörerek *icra hukuk mahkemesinin bazı takip hukukuna ilişkin kararlarının ancak kesinleştikten sonra uygulanabileceğini* de kabul ettiğini görmekteyiz. Örneğin, son olarak *tebligat usulsüzlüğü şikâyetine ilişkin icra hukuk mahkemesi kararlarının kesinleşmeden uygulanamayacağını*² belirtmiştir.

Yine icra hukuk mahkemesinin takip hukukuna ilişkin kararları -kural olarak- *kesin hüküm (HMK m.303)* teşkil etmez.

İcra hukuk mahkemesinin, takip hukukuna ilişkin kararları -kural olarak- sadece yürütülen takip bakımından tarafları bağlar ve sadece takip hukuku bakımından kesin hüküm yaratır. Yani, icra mah-

¹ Bknz: 12. HD. 03.11.2015 T. 22512/26674 - 8 HD. 01.04.2015 T. 6989/7319 - 12 HD. 02.03.2012 T. 21736/6016 - 12. HD. 27.12.2011 T. 24669/30913 - Aynı doğrultuda; 12. HD. 16.02.2010 T. 21774/3308; 26.06.2007 T. 23285/1125; 04.12.2007 T. 20112/22809; 16.03.2009 T. 25603/5431; 30.03.2010 T. 25442/7434; 13.03.2007 T. 1602/4614; 21.03.2006 T. 2745/5745; 02.04.2007 T. 3831/6229; 09.04.2007 T. 4864/6815; 04.04.2006 T. 4152/7083; 22.04.2008 T. 5737/8489; 29.04.2008 T. 6103/9005; 07.05.2007 T. 6961/9160; 05.05.2009 T. 1780/9842; 15.05.2007 T. 7347/9993; 03.06.2008 T. 12407/11538; 11.05.2004 T. 7772/11875; 14.06.2005 T. 9835/12834; 28.06.2007 T. 10665/13347; 18.06.2009 T. 5252/13416; 26.06.2008 T. 10968/13585; 23.06.2009 T. 5508/13723; 12.07.2007 T. 12022/14482; 10.06.2004 T. 10509/14761; 10.07.2008 T. 11813/14803; 07.07.2009 T. 7095/14990; 14.07.2008 T. 12511/15031; 14.07.2006 T. 12114/15723; 14.07.2009 T. 7580/15883; 23.09.2008 T. 13122/16180; 20.10.2008 T. 14610/17839; 29.09.2005 T. 13501/18340; 10.09.2004 T. 14818/18939; 22.10.2007 T. 16033/19189; 10.10.2005 T. 15386/19395; 11.11.2008 T. 10027/19677; 20.09.2004 T. 14925/19738; 28.10.2009 T. 12203/20951; 31.10.2003 T. 17547/21334; 16.11.2007 T. 18437/21376; 11.10.2004 T. 162887/21441; 25.12.2008 T. 18755/23261; 13.12.2007 T. 20984/23532 (www.e-uyar.com)

² Bknz: 12 HD. 11.03.2014 T. 4357/6802 (www.e-uyar.com)

kemesi kararları sadece birbirlerine karşı -aynı konuda- kesin hüküm teşkil eder.³ Yüksek mahkeme; aynı senetlere dayalı takip hakkında icra mahkemesince verilen ve kesinleşen itirazın kaldırılması talebinin reddine ilişkin kararın, yeni takip bakımından da kesin hüküm oluşturacağını⁴ vurgulamıştır. Bu nedenle, aynı konuda daha önce başka bir icra mahkemesince karar verilmiş olduğunun saptanması halinde, yeni (sonra) başvurulmuş icra mahkemesince, aynı konuda karar oluşturulamaz.⁵

İcra hukuk mahkemesinin *takip hukuku ile ilgili kararlarının kural olarak kesin hüküm teşkil etmeyeceği* kuralının gerek doktrinde ve gerekse Yargıtay içtihatlarında birtakım *istisnaları* kabul edilmiştir.

Doktrinde genellikle, icra mahkemesinin;

a) İstihkak davaları sonucunda verdiği kararların (İİK m. 97,99)^{6 7}

³ Bknz: 12. HD. 10.10.2011 T. 20130/19392; 17.10.2011 T. 3805/19634; 20.9.2011 T. 1149/16241; 24.3.2011 T. 23831/4618; 7.10.2003 T. 15447/19375; 31.1.2003 T. 28218/1721; 15.4.2002 T. 6661/7845; 16.10.1997 T. 10449/10974 (www.e-uyar.com)

⁴ Bknz: 12. HD. 20.10.1994 T. 12258/12610 (www.e-uyar.com)

⁵ Bknz: 12. HD. 5.7.2011 T. 33235/15238; 31.1.2003 T. 28218/1721; 10.4.2000 T. 4785/5585.(www.e-uyar.com)

⁶ Bknz: Baki Kuru, İcra ve İflas Hukuku, 1990, C: 2, s: 1107 -Kuru, B. Hukuk Muhakemeleri Usulü, 2001, C:V, s:5048 -Kuru, El Kitabı, 2013, 2. Baskı., s:572 - Postacıoğlu, İflas Hukuku İlkeleri, 1978, C:1, s: 72 - Domaniç, Hukukta Kazıyee Muhakeme ve Nisbi Tesiri, 1964, s: 18 - Arslan, Medeni Usul Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi, 1977, s: 67 - Görgün, İflasta İstihkak Davası, 1977, s: 133 - Sunar, İcra Hukukunda İcra Tazminatı (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), 1995, s:289 -Ulukapı, İcra ve İflas Hukuku, 2001, s:22 -Muşul, İcra ve Hukuku, 6. Baskı, C:1, s:67 -Tanrıver, S. İlamlı İcra Takibinin Dayanakları ve İcranın İadesi, 1996, s: 60 vd. (Bu görüşün gerekçesi şudur: İstihkak davaları teknik anlamda bir davadır. İcra mahkemesi, her türlü delili tıpkı bir genel mahkeme gibi serbestçe değerlendirerek kararını verir. Gerekirse tanık dinler, keşif yapar, bilirkişi incelemesi yaptırır. Bu davalarda hâkim, takip hukukunun dar kalıpları içinde hareket etmez. Bu nedenle, İcra mahkemesinin bu davalar sonucunda verdiği kararlar maddi anlamda kesin hüküm teşkil eder...)

⁷ Aksi görüş için bknz: Belgesay, İcra ve İflas Kanunu Şerhi, 1954, s: 234 Ansay, Hukuk, İcra ve İflas Usulleri, 1960, s: 113 vd. -Arar, İcra ve İflas Hükümleri, 1944, C:1, s: 218 vd. -Postacıoğlu, İcra Hukuku Esasları, 1982, s: 375 vd. -Üstündağ, İcra Hukukunun Esasları, 2004, s:204 vd. - Berkin, İflas Hukuku, 1972, s: 344 -Gürdoğan, İcra Hukuku, 1970, s: 99. - Yıldırım, İcra Hukuku Ders Notları s: 97 (Bu görüşün gerekçesi şudur: İstihkak davası bir takip hukuku davasıdır, sadece takip hukuku alanında sonuç doğurur. Bu davanın konusu ve amacı, alacaklı tarafından haczettirilen mallar üzerinde, üçüncü şahsın istihkak iddiası dolayısıyla, cebri icraya devam edilip edilmeyeceğinin tespitinden ibarettir... Bu dava, borçlu ile üçüncü kişinin birbirlerine karşı maddi hukuk alanındaki dava haklarını etkilemez...)

b) *İhalenin feshi isteminin reddine ilişkin kararlarının* (İİK m. 134)⁸

c) Zamanaşımı nedeniyle (icra mahkemesince) aleyhine icranın geri bırakılmasına karar verilmiş olan alacaklının, yedi gün içinde mahkemede dava açmaması halinde, ilamın zamanaşımına uğradığı hususunun (icra mahkemesi kararının) (İİK m. 33a/II)

kesin hüküm teşkil edeceği belirtilmektedir.

Yargıtay 12. Hukuk Dairesi çeşitli içtihatlarında; icra mahkemesinin takip hukuku ile ilgili kararlarının -kural olarak- kesin hüküm teşkil etmeyeceğini belirttiikten sonra⁹ önceki kararlarında icra mahkemesinin *istihkak, ihalenin feshi* davaları gibi davalar sonucunda verdiği kararların kesin hüküm teşkil edeceğini belirtmişken¹⁰ yeni tarihli kararlarında ise daha açık olarak ihalenin feshi talebinin reddine ilişkin kararların maddi anlamda kesin hüküm (HMK m. 303) teşkil edeceğini¹¹ buna karşın ihalenin feshine ilişkin kararların, kesin hüküm (HMK m. 303) teşkil etmeyeceğini¹² belirtmiştir... Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da yakın zamana kadar açıkça icra mahkemesinin *ihalenin feshi* (İİK. m. 134), *istihkak davaları* (İİK. m. 97, 99, 228) *ilamın zamanaşımına uğramış olduğu* (İİK. m. 33a/II) hususuna ilişkin kararlarının maddi anlamda kesin hüküm teşkil edeceğini¹³ ifade etmişken, son yıllarda verdiği kararlarda; Yargıtay 1. Hukuk Dairesi'nin bu konudaki yeni görüşünü benimseyerek "*açtığı ihalenin feshi davasını kaybeden borçlunun, bu kararın kesinleşmesinden sonra, 'alacağına mahsuben yapılan ihalede satılanı almış olan alacaklı' veya 'kötüniyetli alıcı'ya karşı her zaman MK'nın 1024 ve 1025. maddelerine dayanarak mülkiyet hakkına dayalı olarak tapu iptali ve tescil davası açabileceğini*" kabul etmeye başlamıştır. Gerçekten, yüksek mahkeme bu konu ile ilgili olarak;

⁸ Kuru, a.g.e., C:2, s:1506 -Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C:V, s:5048 - Domanıç, H. age. s:18 - Arslan, a.g.e., s:66 vd. -Ulukapı, age. s:22 -Yıldırım, İcra Hukuku Ders Notları, s:143 - Muşul, age. s:90 -Üstündağ, age. s:24 vd. -Sunar, age., s:289 -Sunar, İcra - İflas Hukukunda Şikayet, 1986, s:175 vd.

⁹ Bknz: 12. HD. 31.1.2003 T. 28218/1721; 15.4.2002 T. 6661/7845 vb.; 9.6.1997 T. 6233/6696; 10.10.1966 T. 9374/9579; 27.3.1990 T. 11956/3459; HGK 27.10.1982 T. 11-1915/865 vb. (www.e-uyar.com)

¹⁰ Bknz: 12. HD. 2.3.2010 T. 22859/4645; 2.6.1986 T. 5576/6588; 3.11.1977 T. 9191/9125(www.e-uyar.com)

¹¹ Bknz: 12. HD. 24.5.2011 T. 11807/10306; 2.3.2010 T. 11807/10306; 13.6.2000 T. 8866/9783; 28.9.1998 T. 8782/9656; 17.2.1997 T. 963/1337 (www.e-uyar.com)

¹² Bknz: 12. HD. 12.11.1997 T. 8894/12665 (www.e-uyar.com)

¹³ Bknz: HGK. 19.11.2003 T. 3-737/700(www.e-uyar.com)

a) İcra mahkemesinde usulsüz tebligat iddiasıyla açtığı ihalenin feshi davasını kaybeden borçlunun -bu konuda icra mahkemesince verilen davanın reddine dair kararın kesinleşmesinden sonra- genel mahkemede -alacağına mahsuben taşınmazı satın almış olan banka aleyhine- her zaman tapu iptali ve tescil davası açabileceğini¹⁴

b) İcra dairesinde yapılan açık artırmaya katılıp, alacağına mahsuben satılan taşınmazı alan alacaklıya (ve ondan aynı taşınmazı durumu bilerek satın alan üçüncü kişiye) karşı icra mahkemesinde ihalenin feshi davası açılacağı gibi, genel -tebligat usulsüzlüğü nedeniyle- mahkemede -tescilin yolsuz olduğundan bahisle- tapu iptali ve tescil davası da açılacağı¹⁵

c) Yolsuz tescil iddiasına dayalı davaların TMK'nın 1024 ve 1025. maddesi hükmü uyarınca mülkiyet hakkına dayalı olarak her zaman açılacağı¹⁶

ç) İhalenin feshi isteklerinin reddedilmiş olması keyfiyetinin, temelde yolsuz tescil nedenini ortadan kaldırmayacağı¹⁷

belirtmiştir.

II- İcra hukuku bakımından borçlu durumuna düştüğü halde, maddi hukuk bakımından aslında borçlu olmadığını ileri süren borçlunun borçlu olmadığını genel hükümlere göre tespit ettirmek amacı ile -icra takibinden önce veya sonra- kendisinden alacaklı olduğunu ileri süren kişiye karşı açtığı bir dava^{18 19} olan menfi (olumsuz) tespit davası sonunda verilen kararlar kesin hüküm (HMK m. 303) teşkil eder. Gerçekten;

a) Menfi (olumsuz) tespit davasının davalı-alacaklı lehine sonuç-

¹⁴ Bknz: 1. HD. 12.05.2010 T. 5029/5612; HGK. 01.06.2011 T. 1-321/382 (www.e-uyar.com)

¹⁵ Bknz: 1. HD. 01.06.2009 T. 4361/6232 (www.e-uyar.com)

¹⁶ Bknz: 1. HD. 16.03.2011 T. 934/3051 (www.e-uyar.com)

¹⁷ Bknz: 1. HD. 03.05.2011 T. 63/5251 (www.e-uyar.com)

¹⁸ Uyar, /Uyar, /Uyar, C. Olumsuz (Menfi) Tespit ve Geri Alma (İstirdat) Davaları, 4. Baskı, 2015, s:1 vd.

¹⁹ Benzer tanımlar için bknz: Kuru, İcra ve İflas Hukukunda Menfi Tespit ve İstirdat Davası, 2003, s:10. -Muşul, Menfi Tespit ve İstirdat Davaları, 2. Baskı, 2016, s: 77 vd - Arslan, Yılmaz, /Ayvaz, İcra ve İflas Hukuku, 2. Baskı, 2016, s:219. - Türk, Maddi Hukuk ve İcra-İflas Hukuku Yönleriyle Menfi Tespit Davası, 2006, s:47. -Öktemer, Menfi Tespit Davası (Ad. Der. 1972/8-9 s:581) -Çavdar, İtirazın İptali, Borçtan Kurtulma, Menfi Tespit ve İstirdat Davaları, 2007, s:712. -Kostakoğlu, Banka Kredileri, Tüketici ve Konut Kredileri ile Kredi Kartlarından Doğan Uyuşmazlıklar "İtirazın İptali ve Tespit Davaları" , 8. Baskı, 2016, s:879. -Coşkun, İtirazın İptali, Menfi Tespit ve İstirdat, Tasarrufun İptali, İflas ve İflasın Ertelenmesi, Sıra Cetveline İtiraz Davaları, 3. Baskı, 2016, s: 474.

lanması (İİK m. 72/IV) halinde, mahkeme *davanın reddine* karar verir. Böylece, dava konusu alacağın varlığı, maddi hukuk bakımından kesin olarak belirlenmiş olur. Borçlu, borcu ödedikten sonra bir daha *geri alma (istirdat) davası* açamaz. Çünkü bu ret kararı kesinleşince, maddi anlamda *kesin hüküm* (HMK m. 303) oluşturur.^{20 21}

b) Menfi (olumsuz) tespit davasının davacı-borçlu lehine sonuçlanması (İİK m. 72/V) halinde, mahkeme *davanın kabulüne* karar verir. Böylece borçlunun borçlu olmadığını maddi hukuk bakımından saptanmış olur. Çünkü bu şekilde kesinleşen karar, maddi anlamda *kesin hüküm* (HMK m. 303) teşkil eder.²²

İcra takibinden önce veya sonra menfi (olumsuz) tespit davası açan borçlu, aynı zamanda hakkındaki *icra takibinin durdurulmasını* isteyebilir:

ü İcra takibinde önce açılan menfi tespit davasında, davacı-borçlu *takip konusu alacağın %15'inden aşağı olmamak üzere* göstereceği teminat karşılığında ihtiyati tedbir yolu ile 'takibin durdurulmasına karar verilmesini' mahkemeden talep edebilir (İİK m. 72/II).

ü İcra takibinden sonra açılan menfi tespit davasında, borçlu *ihtiyati tedbir yoluyla takibin durdurulmasına karar verilmesini* isteyemez (İİK m.72/III, c:1). Ancak davacı-borçlu, kanunda öngörülen teminat karşılığında ihtiyati tedbir yoluyla icra veznesindeki paranın (icra dairesinin banka hesabındaki paranın (İİK. m.9/I) alacaklıya ödenmemesine (alacaklının banka hesabına aktarılmamasına) (İİK m. 9/II) karar verilmesini mahkemeden talep edebilir. Borçlu, İİK. 72/III uyarınca, mahkemenin tedbir kararında öngörülen -ve *borcunu işlemiş* faiz ve icra giderleriyle birlikte karşılayan- nakit parayı icra dosyasına yatırması halinde, ayrıca borçlunun mallarının haczine gidilemez ve eğer borçlunun malları haczedilmiş ise borçlunun talebi üzerine konulmuş olan bu hacizlerin kaldırılması gerekir.²³ Buna rağmen, yüksek mahkeme-

²⁰ T. Uyar/A. Uyar/Uyar C. age. s: 401.

²¹ T. Uyar/A. Uyar/C. Uyar, İcra ve İflas Kanunu Şerhi, 3. Baskı, 2014, C:1 s:1356. – Kuru, B. İcra ve İflas Hukuku (El Kitabı), 2. Baskı, 2013, s: 374. – Kuru, İcra ve İflas Hukukunda Menfi Tespit ve İstirdat Davası, 2003, s:116. – Muşul, Menfi Tespit ve İstirdat Davaları, s:423. – Arslan,/Yılmaz,/Ayvaz, age. s: 222. – Karşlı, İcra ve İflas Hukuku, 3. Baskı, 2014, s:394. –Türk, age., s:215, 305, 329.

²² T. Uyar/A. Uyar/C. Uyar, a.g.e. s:432. – T. Uyar/A. Uyar/C. Uyar, C. a.g. Şerh, C:1, s:1365. – Kuru, El Kitabı, s: 382. – Kuru, a.g.e. s: 159 vd. – Muşul, Menfi Tespit ve İstirdat Davaları, s: 380.

²³ Bknz: 12 HD. 02.03.2014 T. 28009/4611; 24.05.2001 T. 8327/9219

nin (Yargıtay 12. Hukuk Dairesi'nin) "borçlunun, icra dosyasına nakit para yerine -borcu faiz ve icra giderleri ile karşılayacak- her an paraya çevrilebilecek kesin teminat mektubu sunması halinde, icra takibine devam edilemeyeceğini (borçlunun mallarının haciz edilip satılamayacağını, konulan hacizlerin kaldırılması gerekeceğini)" ²⁴ ifade etmesi, İİK'nın 79/III, c:2 hükmüne aykırıdır...²⁵ Bu görüş bugün için değil, olması gereken bir düzenleme için geçerli olabilir... Ancak, uygulamada kimi menfi (olumsuz) tespit davasının açıldığı mahkemeler²⁶ "... İİK'nın 72/III son cümle uyarınca; dava değerinin % 115 oranına tekabül eden 6.641.638,95 TL (nakit) veya banka teminat mektubu olarak icra dairesine yatırılması halinde, 'icra veznesindeki paranın alacaklıya ödenmemesi/teminat mektubunun paraya çevrilmemesi' şeklinde tedbir kararı verildi" şeklinde tensip kararı vermektedirler.

III- Davacı-borçluyu haksız bulan mahkeme, menfi (olumsuz) tespit davasını reddederken ayrıca borçluyu "haksız ihtiyati tedbir nedeniyle alacağını geç almış olan alacaklıya, bu gecikmeden doğan zararını karşılamak için, alacağın yüzde yirmisinden az olmamak üzere bir tazminat (haksız ihtiyati tedbir tazminatı) ödemeye" mahkûm eder.^{27 28} Borçlunun aleyhine bu tazminata hükmedilebilmesi için; ^{29 30} **a)** Alacaklı, borçlu hakkında bir icra takibi yapmış olmalı (veya alacaklının, elindeki belgeye, senede dayanarak icra takibi yapması, borçlunun mahkemeden aldığı ihtiyati tedbir kararı ile önlenmiş olmalı)³¹ ve **b)** Borçlu, mahkemeden icra takibinin durdurulması (veya; az önce belirttiğimiz olasılıkta, senedin icraya konulmaması ya da icra veznesindeki paranın alacaklıya ödenmemesi konusunda, ihtiyati tedbir kararı almış ve bu kararı uygulatmış olmalıdır.³²

²⁴ Bknz: 12. HD. 25.06.2013 T. 16340/23834; 21.01.2013 T. 24949/1351; 24.02.2004 T. 26958/3890; 29.01.2014 T. 35909/2536; 14.01.2013 T. 32099/223; 09.05.2012 T. 31404/16099; 10.07.2001 T. 11499/12624; 16.05.2000 T. 7146/8041; 28.06.2002 T. 12463/14069(www.e-uyar.com)

²⁵ Kuru, Menfi Tespit ve İstirdat Davası, s:57 -Muşul, a.g.e. s: 214 -Kuru, El Kitabı, s:362 - Postacıoğlu/Altay, a.g.e. s:340.

²⁶ Bknz: İstanbul 4. Asliye Hukuk Mahkemesi, 14.11.2014 T. E: 465

²⁷ Bu tazminat, bizim İcra ve İflâs Kanunumuza özgü olup, İsviçre hukukunda yoktur...

²⁸ Ayrıntılı bilgi için bknz: Yılmaz, İcra Tazminatı (Konuralp Armağanı, C:2, 2009, s:732 vd.)

²⁹ Türk, a.g.e. s: 338 vd. - Muşul, a.g.e. s: 320 vd. - Kuru, El Kitabı, s: 377.

³⁰ T. Uyar/A. Uyar/C. Uyar, a.g.e. s:405 vd. - T. Uyar/A. Uyar/C. Uyar, a.g. Şerh, C:1, s:1359 vd. - Kuru, El Kitabı, s: 377 vd. - Muşul, a.g.e., s:438 vd.

³¹ Bknz: 19. HD. 30.6.2014 T. 7551/12040; HGK. 20.11.2002 T. 4-914/999; 11. HD. 10.9.1990 T. 5237/5340(www.e-uyar.com)

³² Bknz: 19. HD. 6.5.2014 T. 6132/8754; 5.5.2014 T. 11017/8637; 17.4.2014 T. 2956/7659; 7.4.2014 T. 18708/6594; 10.4.2014 T. 4780/7133; 31.3.2014 T. 2104/6117;

Şu halde;

√ Dava konusu borç için alacaklı tarafından hiç icra takibi yapılmamış³³ -ve icra takibi yapılması tedbir kararı ile önlenmemiş- ise³⁴ veya yapılan takibin -icra mahkemesince- iptaline karar verilmişse,³⁵

√ Alacaklı tarafından yapılan icra takibinin durdurulması veya icra veznesindeki paranın alacaklıya ödenmemesi konusunda mahkemece bir ihtiyati tedbir kararı verilmemişse,³⁶

√ Borçlu, mahkemenin verdiği icra takibinin durdurulması ya da icra veznesindeki paranın alacaklıya ödenmemesi konusundaki ihtiyati tedbir kararını uygulatmamış -yani; takip fiilen durmamış- ise,³⁷

Mahkemece, olumsuz tespit davasının reddine karar verilmiş dahi olsa, ayrıca davalı-alacaklı lehine tazminata hükmedilemez. Çünkü bu tazminat, sadece açılan olumsuz tespit davasının reddedilmiş olmasının sonucu olmayıp, alacaklının (haksız) ihtiyati tedbir nedeniyle alacağını geç almış olmasından doğan zararlarını karşılamayı amaçlar.³⁸

Bu konuda, “icra takibinden önce açılan olumsuz tespit davalarında, alacaklı lehine tazminata hükmedilemez” şeklinde bir genelleme yapılamaz. Çünkü borçlu, alacaklının elinde bulunan -ve çok kez tahsil için bankaya verdiği- senet hakkında, -onun henüz icraya konulmasından önce- olumsuz tespit davası açıp, mahkemeden bu senedin icraya konulmaması konusunda ihtiyati tedbir kararı alıp, alacaklının

11. HD. 4.3.2014 T. 13953/4092; 19. HD. 27.2.2014 T. 645/3919; 6. HD. 26.11.2013 T. 13906/15912; 19. HD. 01.02.2012 T. 8491/1271; 19.10.2011 T. 11895/12901; 05.10.2011 T. 10951/11936; 07.06.2011 T. 13672/7594; 28.04.2011 T. 11402/5786; 02.03.2011 T. 7557/2736; 19.10.2010 T. 8852/11601 (www.e-uyar.com)

³³ Bknz: 19. HD. 25.4.2012 T. 16400/6956; 9.4.2012 T. 12498/5822; 2.5.2012 T. 976/7316(www.e-uyar.com)

³⁴ Bknz: 11. HD. 11.3.1983 T. 1239/1166 (www.e-uyar.com)

³⁵ Bknz: 19. HD. 2.7.2004 T. 791/8078; 5.5.1997 T. 7506/4531; 18.10.2012 T. 8460/15351; 24.2.2014 T. 12768/6825 (www.e-uyar.com)

³⁶ Bknz: 19. HD. 20.3.2014 T. 2285/5484; 30.4.2004 T. 8276/4933; 25.12.2003 T. 735/13321 (www.e-uyar.com)

³⁷ Bknz: 19. HD. 5.6.2014 T. 7598/10567; 13.2.2014 T. 17920/2849; 15.5.2012 T. 380/8026; 2.5.2012 T. 525/7306; 28.3.2012 T. 12581/5179; 25.4.2012 T. 512/6900; 30.4.2012 T. 15396/7271; 12.4.2012 T. 15769/6251; 22.1.2014 T. 18527/1703; 11.3.2014 T. 2178/4685; 24.2.2014 T. 1129/3633; 12.10.2004 T. 2683/10034; 15.4.2004 T. 7658/4470; 19.1.2004 T. 5696/372 (www.e-uyar.com)

³⁸ Bknz: 19. HD. 15.5.2012 T. 380/8026; 13.1.2014 T. 1455/1067; 23.1.2014 T. 15425/1842; 19.3.2013 T. 12311/4504; 27.1.2014 T. 16316/1973; 18.4.2012 T. 480/6601; 19.5.2012 T. 2509/8263; 20.1.2014 T. 17917/1538; 6.1.2014 T. 17729/518; 28.1.2014 T. 16901/2065 - 11. HD. 3.11.1987 T. 2814/5873 (www.e-uyar.com)

bu senede dayanarak hakkında takip yapmasını önledikten sonra, mahkemece olumsuz tespit davasının reddine karar verilirse, pekâlâ, alacaklı lehine tazminata da hükmedilmesi gerekir.³⁹ ⁴⁰ Çünkü bu durumda da, alacaklı verilen (ve uygulanan) ihtiyati tedbirden zarar görmüştür, alacağını alması gecikmiştir..

IV- Borçlunun, ihtiyati tedbir kararı alıp (İİK m. 72/II, c: 3) uygulattıktan sonra, açtığı menfi (olumsuz) tespit davasından feragat etmesi halinde, mahkemenin davalı-alacaklı lehine %20'den aşağı olmamak üzere tazminata hükmetmesi gerekir mi?

Bu konu gerek doktrinde ve gerekse Yargıtay içtihatlarında -aşağıdaki şekilde- değerlendirilmiştir:

Doktrinde bu konu ile ilgili olarak;

ü *Menfi tespit davası, davacının (borçlunun) feragat etmesi nedeniyle reddedilmiş olsa bile, icra takibinin durdurulması (önlenmesi) veya icra vizesindeki paranın alacaklıya ödenmemesi için ihtiyati tedbir kararı verilmiş ise, menfi tespit davasının feragat nedeniyle reddine karar veren mahkemenin davacı-borçluyu asgari %20 tazminata da mahkûm etmesi gerekir*⁴¹

ü *Menfi tespit davası, davacının (borçlunun) feragat etmesi nedeniyle reddedilmiş olsa bile, icra takibinin durdurulması (önlenmesi) veya icra vizesindeki paranın alacaklıya ödenmemesi için ihtiyati tedbir kararı verilmiş ise, menfi tespit davasının feragat nedeniyle reddine karar veren mahkemenin davacı-borçluyu asgari %40 (şimdi; %20) tazminata da mahkûm etmesi gerekir*⁴²

ü *Borçlunun, ihtiyati kararı alıp uygulattıktan sonra açtığı olumsuz tespit davasından feragat etmesi halinde, mahkemenin, feragat nedeniyle ret kararıyla birlikte davalı-alacaklı lehine tazminata da hükmetmesi gerekir.*

Ayrıca belirtelim ki; yabancı para alacağına ilişkin icra takiplerinde İİK. mad. 72 uyarınca hükmedilecek tazminatın, Türk parası olarak ifade edilmesi gerekir. ⁴³

³⁹ Kuru, age. C:1, s:530 – Kuru, Menfi Tespit ve İstirdat Davası, s:128 vd. – Sunar, a.g.e., s: 82 vd.

⁴⁰ Bknz: 11. HD. 10.9.1990 T. 5237/5340; 16.6.1987 T. 3632/3641 (www.e-uyar.com)

⁴¹ Kuru, El Kitabı, s:378.

⁴² Kuru, İcra ve İflas Hukukunda Menfi Tespit ve İstirdat Davası, s: 130.

⁴³ Uyar, T./Uyar, A./Uyar, C. Olumsuz (Menfi) Tespit ve Geri Alma (İstirdat) Davaları, s: 407

ü Borçlunun, ihtiyati kararı alıp uygulattıktan sonra açtığı olumsuz tespit davasından feragat etmesi halinde, mahkemenin, feragat nedeniyle ret kararıyla birlikte davalı-alacaklı lehine tazminata da hükmetmesi gerekir⁴⁴

ü Davacı-borçlu menfi tespit davasından feragat edebilir. Feragat, davacının netice-i talebinden (talep sonucundan) kısmen veya tamamen vazgeçmesidir (HMK. m.307/I). Bu sebeple feragat anlamında olmak üzere vazgeçme kavramı da kullanılır.

Davacı-borçlu, menfi tespit davasından feragat etmiş olsa bile, şartları (m.72/4) oluşmuşsa, davalı-alacaklı lehine tazminata mahkûm edilmek gerekir.⁴⁵

ü Borçlunun, ihtiyati tedbir kararı alıp uygulattıktan sonra açtığı menfi tespit davasından feragat etmesi halinde mahkemenin, feragat nedeniyle ret kararıyla birlikte, dava-alacaklı lehine tazminata da hükmetmesi gerekir.⁴⁶

denilmiştir.

Yüksek mahkeme de bu konuya ilişkin olarak;

ü Davacı-borçlunun açmış olduğu menfi tespit davasından feragat etmesi halinde, davalı-alacaklı lehine İİK m. 72/4 gereğince tazminata hükmedilmesi gerekeceğini⁴⁷

ü Davacı tarafın haksız olarak dava açıp daha sonra açmış bulunduğu davadan feragat etmesi halinde, dava konusu alacağın %40'ı (bugün için; %20'si) oranında tazminata mahkûm edilmesi gerekeceğini⁴⁸

ü Mahkemeden aldığı ihtiyati tedbir kararını uygulattıktan sonra, açtığı olumsuz tespit davasından feragat eden davacı borçlunun, yargılama giderleri yanında davalı - alacaklıya tazminat ödemesine de karar verilmesi gerekeceğini⁴⁹

belirtmiştir.

*

⁴⁴ Uyar, T./Uyar, A./Uyar, C. İİK. Şerhi, C:1, s:1360)

⁴⁵ Muşul, T. İcra ve İflas Hukukunda Menfi Tespit ve İstirdat Davaları, s: 444 vd.

⁴⁶ Coşkun, M. age. s:693

⁴⁷ Bknz: 19. HD. 27.09.2011 T. 9936/11507 (www.e-uyar.com)

⁴⁸ Bknz: 19. HD. 16.02.2005 T. 2004/13367/1430 (www.e-uyar.com)

⁴⁹ Bknz: 11. HD. 19.3.1984 T. 1442/ 1554 (www.e-uyar.com)

Bir uyuşmazlıkta;

Davalı-alacaklı A. LTD. ŞTİ., elinde bulunan faturalara dayalı olarak 14.10.2016 tarihinde "... TL tutarındaki alacağını, icra giderleri ve takip tarihinden itibaren işleyecek faizi ile birlikte tahsili için" borçlu B. LTD. ŞTİ hakkında, İcra Dairesinde (Dosya No:20./...) genel haciz yolu ile ilamsız takip yapıp, takip borçlusuna Örnek No:7 ödeme emri göndermiştir.

Süresi içerisinde takibe itiraz edilmediğini gören alacaklı vekili, borçlu şirketin gerek bankalardaki gerekse diğer üçüncü kişilerde bulunan hak ve alacakları üzerine haciz koydurmuş, bundan haberdar olan borçlu, 8.11.2016 tarihinde İcra Hukuk Mahkemesine (Dosya No:20./...) başvurarak "icra dosyasında kendilerine yapılmış görülen ödeme emri tebligatının usulsüz olduğunu, bu usulsüz tebligattan 07.11.2016 tarihinde haberdar olduklarını, bu nedenle ödeme emrinin tebliğ tarihinin 07.11.2016 olarak düzeltilmesini" şikâyet yoluyla istemiştir.

Borçlu, vekili vasıtasıyla ayrıca icra takibinin yapıldığı İcra Müdürlüğünün 20./... sayılı dosyasına başvurarak "kendilerine dosyadaki ödeme emrinin usulsüz olarak tebliğ edilmiş olduğunu, bu ödeme emrinin varlığından 7.11.2016 tarihinde haberdar olduklarını ve ödeme emrinin tebliğ tarihinin 07.11.2016 olarak düzeltilmesi konusunda İcra Hukuk Mahkemesine şikâyet yoluyla başvurduklarını" bildirerek, adı geçen mahkemenin şikâyet konusunda vereceği karar doğrultusunda icra takibinin durdurulmasını istemiştir.

Ayrıca borçlu, 14.11.2016 tarihinde Asliye Ticaret Mahkemesi sıfatıyla Asliye Hukuk Mahkemesine (Dosya No:20./...) başvurarak "... .. İcra Müdürlüğünün 20./... sayılı dosyasında başlatılan icra takibinin öncelikle ihtiyati tedbir yoluyla durdurulmasını ve daha sonra yargılama yapılarak bu dosyadan davalı-alacaklıya borçlu bulunmadıklarının tespitine ve kötüniyetle hareket etmiş olan davalının % 20'den aşağı olmamak üzere tazminata mahkum edilmesine karar verilmesini" istemiştir.

Borçlu, bundan sonra Asliye Hukuk Mahkemesinin tensip kararı uyarınca dosya borcunu, icra dosyası olan İcra Müdürlüğünün 20./... sayılı takip dosyasına depo etmiş ayrıca bunun %15'i tutarındaki meblağı da mahkeme vizesine teminat olarak yatırmıştır.

Yukarıdaki uyuşmazlıkta;

A) “Örnek: 7 Ödeme Emri” ne dayalı olarak hakkında yapılan icra takibini ‘*usulsüz tebligat şikâyeti*’ ni kazanarak-, icra dairesine yaptığı itirazı süresinde yapılmış bir itiraz kabul ettirip, hakkındaki takibi durdurmuş olan borçlu, takip alacaklısına karşı *maddi hukuk bakımından borçlu olmadığını* kanıtlamış olmaz. Çünkü icra mahkemesinin bu konuda lehine vermiş olduğu karar -yukarıda ayrıntılı olarak belirttiğimiz gibi⁵⁰- *kesin hüüküm* (HMK m.303) teşkil etmez. Alacaklı, hakkındaki takibi durduran borçluya karşı -somut olayda; elindeki faturalara dayanarak- *itirazın iptali davası* (İİK m. 67/I,III,V) veya *alacak (eda-tahsil) davası* (İİK.- m. 67/IV) açarak, mahkemeden alacağı ilama dayalı olarak -birinci durumda- itirazla durmuş olan icra takibini devam ettirebilir ya da -ikinci durumda- yeni bir icra takibi yapabilir.

Bu nedenle, hakkında yapılan icra takibini, itiraz ederek durdurmuş olan borçlu, bu icra takibinden sonra; “*alacaklının takip konusu yaptığı faturalardan dolayı borçlu olmadığını tespiti için*” takip alacaklısına karşı menfi (olumsuz) tespit davası (İİK m.72) açabilir. Çünkü bunda hukuki yararı vardır.^{51 52}

Nitekim, uyuşmazlıkta da takip borçlusu B. LTD. ŞTİ., hem hakkında yapılan takibe itiraz edip *takibin durdurulmasını* istemiş ve hem de mahkemede *menfi (olumsuz) tespit davası* açmıştır.

Borçlu, yaptığı “*usulsüz tebligat şikâyeti*”ni kazanır ve hakkındaki icra takibini durdurursa, %115 teminat yatırarak açtığı menfi (olumsuz) tespit davasına bakan mahkemeye başvurup hem *icra dosyasına yatırdığı borç tutarının* ve hem de mahkeme veznesine yatırdığı %15 teminatın kendisine iadesini -açtığı menfi (olumsuz) tespit davasından feragat etmeden⁵³- talep edemez. Çünkü

a) Borçlunun açtığı menfi (olumsuz) tespit davası, borçlunun

⁵⁰ Bknz: Yuk. dipn. 3-17.

⁵¹ Bknz: 19. HD. 25.03.2010 T. 9518/3466; 03.11.2008 T. 9384/10472 - 13. HD. 19.10.2009 T. 5267/11668 - HGK. 18.01.2012 T. 19-622/9 - 6. HD. 17.07.2012 T. 5832/10713(www.e-uyar.com)

⁵² Bu konuda ayrıca bknz: Kuru, El Kitabı, s:357 - T. Uyar, /A. Uyar,/C. Uyar,Olumsuz (Menfi) Tespit ve Geri Alma (İstirdat) Davaları, s:33 vd. -Muşul, a.g.e., s:171 vd.

⁵³ Borçlunun, açtığı “menfi (olumsuz) tespit davası”ndan feragat etmesi olasılığı aşağıda (Bknz: Dipn. 52-55) tartışılmıştır.

aleyhine sonuçlanırsa; yani mahkemece, yapılan yargılama sonunda *davanın reddine* karar verilirse, mahkemece, davalı-alacaklı lehine ayrıca “yargılama giderlerinin ve %20’den aşağı olmamak üzere tazminatın⁵⁴ davalıdan tahsiline” karar verilecektir. Hatta mahkemece bu konuda “..... davacının yatırdığı -%15- teminatın, davalı-alacaklı lehine hükmedilen % 20 tazminata mahsuben - hüküm kesinleştikten sonra- davalıya verilmesine” şeklinde karar vermesi uygun olacaktır.⁵⁵

Eğer mahkemece davacı-borçlunun talebi üzerine “icra dosyasındaki para ile mahkeme veznesindeki %15 teminatın borçluya iadesine” karar verilirse, davalı-alacaklı lehine hükmedilen %20 oranındaki tazminat alacağına nasıl kavuşacaktır? Bu konuda alacaklının ayrı takip açamayacağı da belirtildiğinden,⁵⁶ icra dosyasındaki paranın (ve mahkeme veznesindeki teminatın) davacı-borçluya iade edilmesi mümkün değildir. Esasen alacaklı, lehine hükmedilen %20 tazminatı, borçlunun mahkeme veznesine yatırdığı %15 teminattan karşılayamayacak ve icra veznesindeki paradan kalan %5’ lik kısım karşılanacaktır...

b) Borçlunun “mahkeme veznesine yatırdığı %15 teminatın hangi koşullarda kendisine iade edileceği” ayrıca ve özel olarak HMK Yönetmeliğinin 59. maddesinde

“Teminatların iadesi

MADDE 59 - (1) İhtiyati tedbir veya ihtiyati haciz taleplerinde teminat olarak yatırılan para, banka mektubu, tahvil veya benzeri evrakın iadesinin istenmesi halinde yazı işleri müdürü teminatın iadesi için kanunî şartların gerçekleşip gerçekleşmediğini araştırıp bu hususu belgelendirerek görüşü ile birlikte dosyayı hâkim ya da daire başkanına sunar. Teminat gösterilmesini gerektiren sebeplerin ortadan kalktığına anlaşılması halinde mahkemece, teminatın iadesine karar verilir.”

şeklinde düzenlenmiştir.

Ayrıca belirtelim ki “Durum ve koşulların değişmesi sebebiyle tedbi-

⁵⁴ Bknz: Yuk dipn. 27-40.

⁵⁵ Kuru, El Kitabı, s:379 - T. Uyar, T./A. Uyar, /C. Uyar, a.g.e., s:427 - Muşul, a.g.e., s: 458.

⁵⁶ Kuru, El Kitabı, s:379 - T. Uyar, T./A. Uyar, /Uyar, a.g.e., s:428 - Muşul, a.g.e., s:453.

rin değiştirilmesi veya kaldırılması” kenar başlığını taşıyan HMK m. 396/ (1)’de yer alan “Durum ve koşulların değiştiği sabit olursa, talep üzerine ihtiyati tedbirin değiştirilmesine veya kaldırılmasına teminat aranmaksızın karar verilebilir” şeklindeki hüküm genel bir hüküm olup, “ihtiyati tedbir” konusunu -yatırılması gereken teminat miktarını ve bunun sonuçlarını- özel olarak düzenleyen İİK m. 72’nin uygulandığı menfi tespit davalarında da uygulanmaz. İİK m. 72’de, menfi tespit davasının icra takibinden önce veya icra takibinden sonra açılmış olmasına göre gösterilmesi gereken teminat miktarı özel olarak düzenlenmiştir. Bu davalarda icra takibinin durdurulması sonucunu doğuran, borçlunun gösterdiği teminat, menfi tespit davasına bakan mahkemece HMK m. 396 uygulanarak borçlunun talebi üzerine kaldırılamaz veya değiştirilemez.

Yüksek mahkeme de, çok yeni tarihli bu konuya ilişkin bir kararında;⁵⁷

“ ... Menfi tespit davasının görüldüğü ... asliye hukuk mahkemesinin 20../. esas sayılı dosyasından, takip dosyasına gönderilen 11.02.2015 tarihli müzekkere ile ‘teminatın kendilerine iadesine’ karar verilmesine karşılık, icra müdürlüğünün mahkeme kararına uymayarak ‘teminatın alacaklıya ödenmesine’ karar verildiğinden, ‘icra müdürlüğü kararının kaldırılmasını’ istemiş mahkemece şikayetin reddine karar verilmiştir.

İİK. 72. maddesinin 4/5 fıkraları uyarınca borçlunun menfi tespit davası kapsamında takip dosyasına yatırmış olduğu 286.863,73 TL üzerindeki tedbir kalacağı için, bu miktarın alacaklıya ödenmesinde yasaaya uymayan bir yön yoktur.”

şeklinde içtihatla bulunmuştur.

B)Borçlu tarafça açılan menfi tespit davasından *feragat* edilmesi halinde, icra veznesine yatırılan meblağın ve mahkemeye depo edilen %15 oranındaki teminatın, talebi üzerine borçlu tarafa iade edilmesi mümkün değildir. Çünkü borçlunun, ihtiyati tedbir kararı alıp (İİK m. 72/II, c: 3) uygulattıktan sonra, açtığı menfi (olumsuz) tespit davasından feragat etmesi halinde, mahkemece davalı-alacaklı lehine %20’den aşağı olmamak üzere tazminata hükmedilecektir. Bu konuda

⁵⁷ Bknz: 12HD. 29.09.2015 T. 10672/22305 (Muşul, a.g.e., s:452, dipn.717)

gerek **doktrinde**⁵⁸ ve gerekse **Yargıtay içtihatlarında**⁵⁹ hiçbir tereddüt bulunmamaktadır.

Borçlunun tazminata mahkûm edilebilmesi için *kötüniyetli olması* da şart değildir. Çünkü *“ihtiyati tedbir kararı verilip infaz edildiğine göre alacaklının alacağına kavuşması engellenmiş olduğundan, alacaklı lehine tazminata hükmedilmesi gerekir.”*⁶⁰

Teminat yatırarak açtığı menfi (olumsuz) tespit davasından feragat eden borçluya, teminat olarak icra ve mahkeme dosyasının yatırıldığı paranın iade edilmesi halinde, feragat nedeniyle davanın reddine karar verecek olan mahkeme ayrıca davalı-alacaklı lehine *yargılama giderleri* ile birlikte %20'den aşağı olmamak üzere *tazminata* da hükmedeceğinden, bu yargılama giderleri ile tazminatın tahsili -yukarıda (A) parag- rafında ayrıntılı olarak açıkladığımız gibi⁶¹ davalı-alacaklı aleyhine sonuç doğurur.

Bu nedenle, davacı-borçlu, açtığı menfi (olumsuz) tespit davasından *feragat* etse dahi, teminat olarak icra ve mahkeme dosyasına yatırıldığı paraların kendisine iade edilmemesi gerekir.

Kaynakça

- Ansay S.Ş., Hukuk, İcra ve İflas Usulleri, 1960
 Arslan R., Medeni Usul Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi, 1977
 Arslan R./Yılmaz E./Ayvaz S.T., İcra ve İflas Hukuku, 2. Baskı, 2016
 Belgesay M.R., İcra ve İflas Kanunu Şerhi, 1954
 Berkin N., İflas Hukuku, 1972
 Coşkun M., İtirazın İptali, Menfi Tespit ve İstirdat, Tasarrufun İptali, İflas ve İflasın Ertelenmesi, Sıra Cetveline İtiraz Davaları, 3. Baskı, 2016
 Çavdar S., İtirazın İptali, Borçtan Kurtulma, Menfi Tespit ve İstirdat Davaları, 2007
 Domaniç H., Hukukta Kazıyyei Muhakeme ve Nisbi Tesiri, 1964
 Görgün Ş., İflasta İstihkak Davası, 1977
 Gürdoğan B., İcra Hukuku, 1970
 Karlı A., İcra ve İflas Hukuku, 3. Baskı, 2014

⁵⁸ Bknz: Yuk. dipn. 40a - 40e

⁵⁹ Bknz: Yuk. dipn. 41- 43

⁶⁰ Bknz: 19. HD. 28.11.2011 T. 12828/14881 (www.e-uyar.com)

⁶¹ Bknz: Yuk. dipn. 44-50

- Kostakoğlu C., Banka Kredileri, Tüketici ve Konut Kredileri ile Kredi Kartlarından Doğan Uyuşmazlıklar "İtirazın İptali ve Tespit Davaları" , 8. Baskı, 2016
- Kuru B., Hukuk Muhakemeleri Usulü, 2001, C:V ; İcra ve İflas Hukuku, 1990, C: 2 ; İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, 2013, 2. Baskı ; İcra ve İflas Hukukunda Menfi Tespit ve İstirdat Davası, 2003
- Muşul T., İcra ve Hukuku, 6. Baskı, C:1 ; Menfi Tespit ve İstirdat Davaları, 2. Baskı, 2016
- Öktemer S., Menfi Tespit Davası (Ad. Der. 1972/8-9 s:581)
- Postacıoğlu İ., İcra Hukuku Esasları, 1982 ; İflas Hukuku İlkeleri, 1978, C:1 ;
- Sunar G., İcra Hukukunda İcra Tazminatı (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), 1995 ; İcra-İflas Hukukunda Şikayet, 1986
- Tanrıver, S., İlamlı İcra Takibinin Dayanakları ve İcranın İadesi, 1996
- Türk, A., Maddi Hukuk ve İcra-İflas Hukuku Yönleriyle Menfi Tespit Davası, 2006
- Ulukapı Ö., İcra ve İflas Hukuku, 2001
- Uyar T./Uyar A./Uyar, C., İcra ve İflas Kanunu Şerhi, 3. Baskı, 2014, C:1 ; Olumsuz (Menfi) Tespit ve Geri Alma (İstirdat) Davaları, 4. Baskı, 2015
- Üstündağ S., İcra Hukukunun Esasları, 2004
- Yıldırım K., İcra Hukuku Ders Notları
- Yılmaz E., İcra Tazminatı (Konuralp Armağanı, C:2, 2009, s:732 vd.)