

**Galatasaray Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Dergisi**

2015/2

Hakemli Dergi

Galatasaray Üniversitesi Yayını No : 82
Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi No : 61

Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Bilimsel Hakemli Dergidir.

Bu esere ilişkin olarak Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'ndan doğan haklar saklıdır. Burada yer alan makalelerde ileri sürülen görüşler yazarlarına aittir. Yayın Kurulu, makalelerde ileri sürülen görüşlerden dolayı herhangi bir sorumluluk üstlenmemektedir.

YAYIN KURULU

Prof. Dr. Necmi Yüzbaşıoğlu (Başkan)
Doç. Dr. E. Eylem Aksoy Retornaz
Yard.Doç. Dr. Tuba Akçura Karaman
Araş. Gör. Dr. Ali Cenk Keskin
Araş. Gör. Burcu Alkış

DANIŞMA KURULU

Prof. Dr. Cemal Bâli Akal (İstanbul Bilgi Üni.)
Prof. Dr. Baki İlkay Engin (İstanbul Üni.)
Prof. Dr. Korkut Kanadoğlu (Özyeğin Üni.)
Prof. Dr. M. Turgut Öz (Kültür Üni.)
Prof. Dr. Oktay Uygun (Yeditepe Üni.)

HAKEM KURULU

Prof. Dr. Cemal Bâli Akal
Prof. Dr. Korkut Kanadoğlu
Prof. Dr. Hatice Özdemir Kocasakal
Doç. Dr. Cemile Gökyayla
Doç. Dr. Serap Amasya
Doç. Dr. S. Anlam Altay
Yard. Doç. Dr. M. Buket Soygüt Arslan
Yard. Doç. Dr. Serkan Köybaşı
Yard. Doç. Dr. Mehmet Karlı
Yard. Doç. Dr. Bige Açımız
Yard. Doç. Dr. Valentin Rétornaz

Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi'nin bu sayısı 2016 yılının Nisan ayında yayımlanmıştır.

ISSN : 1303-6556

Dizgi/Mizanpaj : Beta Basım A.Ş. / Veysel Coşkun

Baskı-Cilt : Birlik Fotokopi Baskı Ozalit Gıda San. Tic. Ltd. Şti.
Nispetiye Mah. Birlik Sokak No: 2
Nevin Arıcan Plaza 1. Levent/Beşiktaş/İST.
Tel: (0-212) 269 30 00 (Sertifika No. 20179)

Kapak Tasarımı: Veysel Coşkun

Beta BASIM YAYIM DAĞITIM A.Ş.

Narlıbahçe Sokak No: 11 (Sertifika No. 16136)

Cağaloğlu - İSTANBUL

Tel : (0-212) 511 54 32 - 519 01 77

Fax: (0-212) 511 36 50

www.betayayincilik.com

GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ

Çırağan Caddesi, No. 36, Ortaköy 34357 İSTANBUL

e-posta: dergigsu@gmail.com

İçindekiler

KAMU HUKUKU

- Assoc. Prof. Dr. Zeynep ENGİN**3
The Vine to the Son, the Olive is for the Grand Child... The Power Plant to Whom?
- Yrd. Doç. Dr. Demirhan Burak ÇELİK**.....23
İHAM'IN DTP ve Diğerleri/Türkiye Kararı Üzerine
- Ar. Gör. İrmak ERDOĞAN**.....67
Ceza Hukukunun Sendikasızlaştırmayla Mücadelesi:
Sendikal Hakların Kullanılmasının Engellenmesi Suçu
- Ar. Gör. Ceren MERMUTLUOĞLU**95
Intentional Destruction of Religious Property as a
Crime Against Humanity of Persecution
- Ar. Gör. Feyza YILMAZ**123
Türk Kadınlarının Siyasal Haklarını Kazanma Süreci ve Siyasi Etkinlikleri

ÖZEL HUKUK

- Dr. Berk DEMİRKOL**159
Uluslararası Hukukta Dikkate Alınan Vatandaşlık:
Gerçek Kişilerde “Etkin Vatandaşlık” Sorunsalı
- Ar. Gör. Kerem ÇELİKBOYA**195
Adi Ortaklıktan Çıkma ve Çıkarmanın Koşulları
- Ferda Nur GÜVENALP**231
Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi Işığında Türk Hukuku Bakımından Çok
Vatandaşlık Halinde Askerlik Yükümlülüğünün Yerine Getirilmesi

KAMU HUKUKU

The Vine to the Son, the Olive is for the Grand Child... The Power Plant to Whom?

The Effects of Neo-Liberal Policies on Olive Farmer Women in Terms of Sociology of Law and Human Rights**

Assoc.Prof. Dr. Zeynep ENGİN*

Abstract: Turkey had been an agricultural country until the eighties. After the 24 January 1980 decision, numerous legal amendments- especially by the pressure from international markets- have been done for financial development, recovery and harmonisation with the world. Provision of an essential infrastructure for the urbanisation and industrialisation of Turkey where the majority of population lived in rural areas was aimed by these amendments. Although it can be alleged that this has come into being to a certain extent so far, as alternatives cannot be offered to peasants Turkey has been facing problems of unemployment, poverty and food import. Besides, prospective environmental problems exist due to the impacts of these policies.

In this article, while the impacts of neo-liberal policies are put forward theoretically, a sociological research will be done over women peasants producing olives of Yırca to exemplify this in a concrete way and based on the interviews with them, the social effects of neo-liberal policies will be revealed.

The reason why olive producer women are chosen is that overnight 6000 trees were cut down to build a thermal power plant in (Yırca) Turkey. Turkey as being a prominent olive producer has preferred building a power plant instead of olive production, and this is a clear indicator of financial and legal policies that are followed. Through olives, the

* I would like to express my thanks to Headman Mustafa Akın and his wife Hamide Akın, who supported me to build communication with the peasants and hosting me at their home, all the women who accepted to have an interview with me and Assistant Eda Aslı Şeran who helped me during the interviews.

** Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı.

situation of women who have reached the condition of the unemployed from the producer will be the subject of this article.

Keywords: neo-liberal policies and law, women and production, Yırca and the harm of power plant, legal sociology and environmental rights.

Bağ Oğlana, Zeytin Toruna... Termik Santral Kime?

Hukuk Sosyolojisi ve İnsan Hakları Açısından Neoliberal Politikaların Zeytin Üreticisi Kadınlar Üzerindeki Etkisi

Özet: Türkiye 1980'lere kadar bir tarım ülkesi özelliğini sürdürmüştür. 24 Ocak 1980 kararlarından sonra uluslararası piyasaların da baskısıyla ekonomik gelişme, kalkınma amacıyla ve dünyayla bütünleşmek için birçok hukuki değişiklik yapılmıştır. Bu değişikliklerle nüfusunun büyük bir bölümü kırsal kesimde yaşayan Türkiye'nin kentleşmesi ve sanayileşmesi için gerekli alt yapının sağlanması amaçlanmıştır. Günümüzde gelinen noktada bunun bir ölçüde gerçekleştiği ileri sürülebilirse de, tarımdan uzaklaşan köylülere alternatif sunulmadığı için Türkiye işsizlik, yoksullaşma ve gıda ithalatı yapma sorunlarıyla karşı karşıya kalmıştır. Bunun dışında bu politikaların sonucu olarak ülkeyi bekleyen çevre sorunları da bulunmaktadır. Oysa hukukun elverişli bir vasıta olarak kullanılması ve çevreyi korumaya katkıda bulunması, hukuktan ve devletlerden beklenen bir görevdir. Türkiye de çevre hakkını anayasal düzeyde tanımış ve birçok uluslararası antlaşmaya imza atmış ülkelerden biridir. Ancak bazı gelişmeler, özellikle ekonomik gelişmenin sağlanması için doğa-insan ilişkisinde dengenin doğa aleyhine bozulduğunu göstermektedir. Bunların temelinde de neo-liberal politikalar yatmaktadır.

Bu makalede neo-liberal politikaların tarım ve kadın üzerindeki etkileri teorik olarak ortaya konmaya çalışılırken diğer yandan da bunun somut bir örneğini göstermek amacıyla zeytin üreticisi olan Yırca'lı kadın köylüler üzerinden sosyolojik bir araştırma yapılmış ve onlarla yapılan görüşmeler temel alınarak, hukuk eliyle yürütülen neo-liberal politikaların toplumsal etkileri ortaya çıkarılmaya çalışılmıştır.

Zeytin üreticisi kadınların seçilmesinin nedeni ise, Yırca'da bir gecede yüzyıllık 6000 zeytin ağacının kesilerek termik santral yapılmak istenmesidir. Önemli bir zeytin üreticisi olan Türkiye'nin zeytin üretimi yapmak yerine enerji santralini tercihi etmesi izlenen ekonomik ve hukuk politikalarının önemli bir göstergesidir. Zeytin aracılığıyla

üretici konumundan işsiz konumuna geçen kadınların durumu bu makalenin konusu olacaktır.

Anahtar kelimeler: Hukuk politikası, neoliberal politika, kadın ve üretim, Yırca köyü ve termik santralin zararları, hukuk sosyolojisi ve çevre hakkı, neoliberal politikalar ve çevre hakkı, hukuk sosyolojisi ve çevre hakkı.

Introduction

The Republic of Turkey adopted an economic model prioritising agriculture and supporting industrial enterprises in first years of its foundation¹, however after the transition to the multi-party system, some legal regulations have been made step by step to adapt to neo-liberal policies especially after the 1980s. What is aimed by these regulations is that the state would keep its hands off the economy and leaving the grounds to multinational powers.² These have had myriad negative reflections: One of them is giving up on policy of supporting agriculture and dependency of the state on import in agriculture. The power of the democratic cooperatives has been decreased on the market by inhibiting the independent and democratic organisation of the peasants and blocking them.³ The agricultural workers have migrated to cities and abroad, there has been a significant increase in unskilled workers, and unemployment has gone up. State has diminished the public sectors through privatisation, the income distribution has become uneven, and has led to fewer health and education services for the majority of the population.⁴

I) The Reflection of Neo-Liberal Policies on Agriculture and Its Interaction with Law

Neo-liberal policies have been tried to be sustained through making necessary regulations for the industrialisation process starting from the period from the eighties to the millennium. These are the activities aiming for keeping the rural population away from their rural habitat, that is, from

1 Boratav, Korkut; 100 Soruda Türkiye’de Devletçilik, Gerçek Yayınevi, İstanbul, 1974 s. 63. Uçkaç, Aynur; “Türkiye’de Neoliberal Ekonomi Politikaları ve Sosyo-Ekonomik Yansımaları”, Maliye Dergisi, S.: 158, Ocak-Haziran 2010, s. 425. Boratav, Korkut; Türkiye İktisat Tarihi, İmge Kitabevi, İstanbul, 2014, s. 59-91.

2 Kongar, Emre; 21. Yüzyılda Türkiye, Remzi Kitabevi, İstanbul, 2012, s. 415.

3 Aysu, s. 577.

4 Uçkaç, s. 427-428.

agriculture and stock-breeding. It has been promised to the foreign institutions monitoring Turkish economy that support given to agriculture would be taken away, the pressure on public resources would be decreased, and employment in agriculture would be moved to other sectors.⁵ By this way, the support that was given to tobacco, tea, nuts and sugar cane has been decreased, and then taken away completely and institutions organising the sales of agricultural produce have been privatised.

The re-structuring of Turkish economy and agriculture in terms of neo-liberal policies has damaged Turkish agriculture, eliminated family agriculture and prepared the conditions replacing the corporate agriculture instead.⁶ Rural area and agriculture policies have left agriculture sector to the fate of the market conditions. Some regulations are still being made towards developing agricultural areas for construction and using them for non-agricultural activities.

The implemented policies are towards diminishing the share of agriculture sector in economy. It is absolutely fine to point out that these policies are successful in a certain sense because the number of people working in agriculture sector has decreased by 3 million between 1998 and 2007. Nevertheless, this decrease in employment in here does not result from the fact that Turkey is in a breakthrough phase in industrialisation or whatsoever; in other words, unemployment increases as agriculture sector shrinks. Apart from this, due to the demotivation of the peasants in dealing with agricultural practices, a certain decrease in their wealth can be observed: Peasants are getting poorer because they have to be engaged in agriculture.⁷ The problem of unemployment and poverty affect women considerably more. The peasant with an occupation and a certain income has become poorer when they migrate to cities, have become unskilled workers and have been forced to work under hard conditions in dangerous jobs. The recent consecutive mine accidents happened in the Aegean region producing tobacco and olives and in the Mediterranean region growing citrus is like a picture of the recent situation. This is caused by the policies that are stated above such as the elimination of

⁵ Yörür, s. 8.

⁶ Aysu, s. 584; 589.

⁷ Boratav, s. 219.

the support to agriculture, privatisation of mining and permissions given to the building of power plants on agricultural areas.

II) Neo-liberal Policies and Olive

Turkey is one of the most important olive producer countries in the world. It holds the fourth rank after Spain, Italy and Greece. Olive production consists 22% of the country's vineyards and orchards and being the source of income for four hundred thousand families, it provides the utilisation of family labour force.⁸

The olive groves in Turkey - which has chosen industrialisation between agriculture and industrialisation- are under the threat of neo-liberal preferences. By eliminating the olive groves, it is desired to open a way to mining.⁹ Actually Law Related to the Olive Cultivation and Inoculation of the Wild that was enacted to support agriculture in the first years of the Republic is an obstacle to this. A regulation was made to circumvent the law, and according to this, the areas below twenty five thousand square meters are not defined as olive groves. When we think about the fact that the average size of 70% of the olive groves in Turkey is twelve thousand square metres, it is obvious that Turkey took a radical decision in economic and social terms. In these areas, petrol, gas, mining and energy companies would run their activities and olive producers would be the workers in these companies. Instead of olives that do not dispose a single piece of waste to environment, mining activities with serious potential to harm the environment will be run; thus, ecosystem of the area in which these activities take place will be damaged, people's health will be adversely affected but big companies will make profits. Apart from this, there is another truth that has been long accepted since Kelsen: Regulations must be made according to the laws. By the policies or decree laws, laws are being circumvented. These regulations are all against environment and have negative effects on the life quality, health and economic balances of the local people. These adverse regulations have been recently made commonly in Turkey - gold search through cyanide, draining of the creeks due to

⁸ Aksu, Burak/ Dizdaroğlu, Turgay/ Dönmez, Sermin; "Sofralık ve Yağlık Zeytinde Üretim Maliyetleri ve Karlılık", Türkiye I. Zeytinyağı ve Sofralık Zeytin Sempozyumu Bildirileri, mitos.tagem.gov.tr/browse/517/994.pdf, s. 123.

⁹ Aysu, s. 604.

hydroelectric power plants built on these creeks and the efforts to build thermal and nuclear power plants can be given as examples. When these regulations are made, first local people react and these reactions are turned into printed, visual and social media by people with high environmental sensitivity, and create considerable impact.

The incidents that took place in Yırca (Manisa) in 2014 November is like a summary of these policies. The incidents that first only grabbed the reaction of the peasants, then that attracted the whole attention of the public is a reflection of Turkey's economic, social and legal realities. What had happened in Yırca is quite striking, yet in Turkey social events do not take place commonly and when they occur women are not on the frontlines. The women in Yırca stood against the gendarmerie, watched the trees for nights to protect them, and when they were cut down they reacted heavily. In fact, women are not the only producers in this village but there must be reasons why women took a prominent role and became the subjects of military police violence.

In the next parts of the article, the legal, social and economic dimensions of this incident will be explained. For that purpose, twenty women who were against the felling of the olive trees in Yırca were interviewed face-to-face, and twenty questions were asked to put forward the effects of neo-liberal policies on local people.

III) A Village Resisting Neo-liberal Policies: Yırca

Yırca is a neighbourhood in Soma and is within the borders of Manisa. Coal is extracted from many mines in Soma and these coals are brought to thermal power plants just near Yırca and electricity is produced. While two power plants in the area pollute the environment to a great extent, expropriation has been put into practice to build a third thermal power plant and EIA (Environmental Impact Assessment) report was given to build the power plant. The aim of this report is thought to be as "to identify the positive and negative effects of the proposed activities or projects on eco-systems"; however, if "as a result of the ecological impact assessment, after the decision which totality of the area is not adversely affected is taken, the permission to the plan or project is to be given by the ministry" is taken into consideration, permission that is given to build thermal power plant in the olive grove area

in Yırca is highly striking.¹⁰ Peasants applied for administrative jurisdiction against the EIA report that was given in favour of expropriation.

The expropriated area is an area that was once a tobacco land but now has become an olive grove due to the removal of the incentives given to tobacco and implementation of quota. Owing to this, there are young trees. Some olive trees are owned by women. Because of this, Kolin Inc. were protested by a group of people, mainly by women, when private security was appointed there and surrounded the expropriated area. Security forces insulted and verbally abused these women right before their husbands, and tried to provoke them. When the protests increased, security forces were called, the peasant women stood against the gendarmerie and were exposed to their violence. The violence that women were facing are interpreted as that they were not protected by anyone, and they even stated that they had no more fear after they had been dragged by the soldiers. Still, women who did not accept to interview gave fear as the reason and they said that “they have children who are public officers”, and some women accepted to have an interview on the condition that they would be anonymous.

IV) Olive Massacre in Yırca

Kolin Inc. cut down thirteen olive trees on the night of 16 September and 17 September. The felling of the trees were stopped by the resistance of the peasants. After this incident, peasants started to watch the trees day and night. On the 14th of October, in the morning, 86 trees were cut down. The peasants called the gendarmerie and they stopped the felling.¹¹ However, the company managed to cut 1000 trees down at intervals. After this, the incidents became phenomenal, due to the sensitivity increased due to environmental malpractices in recent years, the incidents in Yırca attracted the attention of media, NGOs and the public. During this period, the judicial process was in favour of the public and stopped the execution in the nullity case of expropriation.¹² But Kolin Inc. that learned about the court decision, cut down more than 6000

¹⁰ Gökalp Alıca; Süheyla Suzan; “Tabiatı ve Biyolojik Çeşitliliği Koruma Kanunu Tasarısı’nın Doğa Koruma Mevzuatı Çerçevesinde Değerlendirilmesi, Ankara Barosu Dergisi, 2012/3, s. 189.

¹¹ Butan, Berk; “Yırca’yı Asla Unutturmayacağız”, Greenpeace, S.: 83, 2014, s. 3.

¹² Karar, Danıştay 6. Dairesinin Esas No: 2014/7272 sayılı kararıdır. www.haberler.com/somadanistay-dan-cevrecileri-sevindiren-termik-6674063

trees before the announcement of the verdict. As the olive harvesting time had not come, it had been seen that the trees were cut down with their fruits on. Kolin Inc. will pay for a ridiculous amount of fine for each tree.

Actually as the quick expropriation decision would be settled in State Council, the company was supposed to wait before any attempt and the state was supposed to take the necessary measures against any possibility of tree felling. Instead, Kolin closed the area with 200 members of private security with barbed and razor wire, and did not permit the people to protect the olive trees. Private security used gas to the resisting citizens and cuffed them. These security members were fired soon after the felling of the trees. After the stopping of the execution, new trees were planted by removing the wires. Sensitive citizens and environmental organisations receiving the news wanted to donate money to the village, but after the retired primary school teacher Mustafa Akın – the headman of the village- said “We are not poor, donate a charity but if you want you can bring along olive tree”, olive seedlings were sent from all over the country. The interviewee women have said that they were very satisfied by this support. They pointed out that they had felt lonely and desperate during the incidents and they complained that they could not find enough support from the state. When the incident “midnight bust” –as named by the peasant women- happened, they called the gendarmerie but no one answered the phone. In fact, they clearly remember that gendarmerie said that they should go to sleep since there would be no cutting down. People bringing seedlings provide support and there are voluntary psychologists coming to help because of excess stress after trauma. However, the main support to Yırca has come from jurisdiction: State Council cancelled the urgent expropriation decision given by the Council of Ministers. State of Council in its justified decision points out that urgent expropriation can be decided only on states of emergency like national defence, and according to existing olive law, the verdicts which no premise disposing chemical waste in fume and dust can be built and run in a three- kilometre distance to olive groves were reminded.

In this case it has become impossible to build a thermal power plant to this area. Peasants, state that for upcoming stage, they would protect their rights through opening a claim of damages case. Nonetheless, this decision is just for the proposed thermal power plant. Other plants near Yırca are still poisoning the surroundings. Besides, the company that is trying to build thermal power plants are trying to find other spots around Soma.

V) The Problems of Yırca Women Resulting from Thermal Power Plant

1) End of Agriculture and Environmental Pollution

The Aegean region product area in Turkey has taken the first rank in tobacco production with its export share. Tobacco that is produced in this area is known to be as İzmir tobacco.¹³ The striking transformation that started in Turkey after 1980 has continued with some considerable pace in 2000s. Private sector took the place of state monopoly and by the legal regulations that were made thanks to the pressure by the IMF and the World Bank, the benefits of a handful international firms have been watched. As tobacco production is included in small family agriculture, it is stated that in 8-year period one or one and a half million people have been influenced from the law in a negative way.¹⁴

Yırca is a village that made money out of tobacco cultivation for long years. However, because of the removal of the support given to tobacco, the negative developments as stated above and the establishment of a thermal power plant just near the village led to a significant drift from tobacco production.

Tobacco can be a plant that needs much effort to grow, but peasant women still reminiscence those days and they find the end of tobacco production unfortunate in their own terms. Tobacco production is remembered as a production that used to be done by both women and men. They also recall that during the tobacco harvesting they used to stay in tents and when the day ended they were engaged in social activities which were fun. After the thermal power plant went into operation, the possibility of agriculture –apart from olive- ended.

2) The Mountain of Ash

Generally, it can be clearly observed that a solid feasibility has not been done related to the coal mining areas and the gathering areas for the wastes

¹³ Bor, Özgür/ Leblebici, Özkan; “Türkiye’de Tütün Sektörü: Ekonomik ve Sosyal Bir Değerlendirme”, Köylülükten Sonra Tarım, Der.: Abdullah Aysu, M. Serdar Kayaoğlu, Epos Yayınları, 2014, s. 314-315.

¹⁴ Bor/ Leblebici, s. 308-311.

in Soma and around.¹⁵ In fact, ashes in Yırca is disposed to a field just next to the village. From these ashes an ash mountain – as peasants call- has been formed (or technically an ash dam). The ash mountain is placed in a natural valley and does not have a ground that has a good drainage. This place is used as a thermal power plant waste disposal area, is left to be open and is not isolated in whatsoever. There is no sort of rehabilitation activity. This certainly affects the agricultural areas and forests in a very negative way, goes into underground and overland waters, and affects not only humans but also the animals. In fact, according to scientific researches, it has been proved that instead of piling these ashes openly, they can be used in constructions through processing and as a benefit for the soil reclamation.¹⁶

Wastes are re-used in another way. Peasant women pick coal pieces that can burn. Surely, the carbon monoxide leakage from the area is a serious threat for their health, but they still try to pick them against all the risks. As this is an open area, ash dusts are in the air when the wind blows, and women who collect these coal debris inhale the particles. Women say that they faint because of carbon dioxide poisoning during this unrecorded job. The poor quality coal are sold there immediately for 10 TLs per bag, or taken home for heating. If the buyers are not there, the coal bags are carried home, but the price goes up only to 11 TLs. They do this deliberately as they know that they put their health into risk. Women name the money they earn from this as “hot money” and they say they are obliged to do this as the olive trees were cut down.

3) Water Issue

The existence of the ash mountain nearby alongside with the thermal power plant is only one of the reasons that eliminate the conditions necessary for agriculture. Besides, there is another important problem that would affect all the fields nearby the coal mining areas: Ground water level decreases with the mining, and unless measures are taken, agricultural productivity will decrease.¹⁷ Furthermore, at the end of coal enrichment processes (sifting,

¹⁵ Bülbul, Cihan/ Yarılgaç, Tarık; “Soma Termik Santrali Civarında Yetiştirilen Zeytin (*Olea europaea* L.) Çeşitlerinin Yaprak ve Meyve Özellikleri”, s. 106-107. <http://ziraatdergi.gop.edu.tr> 20.10.2014, s. 35.

¹⁶ Karadağ, s. 36.

¹⁷ Karadağ, s. 35.

sizing and washing), underground and overland waters are exposed to very serious pollution because of the location of the waste disposal storage areas and since the drainage is not well-established. Women complain a lot that they cannot produce anything but olives.

4) Air Pollution

Due to the burning of the coal contacting the air, there is a dense smell pollution.¹⁸ Apart from the smell, air pollution stands as a serious problem. The approximate location of the power plants to residential areas without taking into consideration the topographic wind direction also leads to air pollution.¹⁹ Especially when there is a fall in wind speed in winter, the air pollution reaches to a level that can be felt without the necessity of any measures.

As a matter of fact, the peasant women say that every planted thing dies without growing because of these reasons. Only two of the interviewees said that they contributed to family economy by growing some in-ground vegetables and selling them at the market. All peasant women miss the days when they were growing tobacco although they mentioned about the difficulties of cultivating it. As they cannot practice agriculture, they cannot meet their own needs and complain that they have to purchase every kind of fruit and vegetable for their households. In fact, while they state that they used to plant the vegetables for their own needs before the power plant, they now complain about the expensiveness of the vegetables.

The young in Yırca and surrounding villages (Sarıkaya, Darkale, Dereköy, Adilköy, K. Işıklar, Eynez, Deniz) led to obligatory migration because of the impossibility of any agricultural practices due to environmental deterioration.²⁰ In a scientific research including Yırca, it is stated that because of the air pollution created by the power plant, olive “has affected in an adverse way”.²¹ In another research, it is confirmed that the photosynthesis rate of bean and

¹⁸ Karadağ, s. 36.

¹⁹ Karadağ, s. 36.

²⁰ Karadağ, s. 35-36.

²¹ Bülbül, Cihan/ Yarılgaç, Tarık; “Soma Termik Santrali Civarında Yetiştirilen Zeytin (*Olea europaea L.*) Çeşitlerinin Yaprak ve Meyve Özellikleri”, s. 106-107. <http://ziraatdergi.gop.edu.tr> (20.10.2014)

tomato slows down and vegetative improvement is affected negatively.²² These scientific data coincide with what Yırca peasant women say.

5) Health Issue

Thermal power plants have negative effects on human health since it depends on coal mining. Coal mining causes the coming off the methane gas that is twenty times stronger than carbon dioxide and leads to mercury pollution which is a harmful neurotoxin for human health. Mercury is a hereditary material that gives permanent damages to the body and leads to countless fatal diseases (severe damage on kidneys and heart, heart attack, harming the eyes)²³ and can be infused to food chain through its leakage to soil.

The use of fossil fuels generates global warming. The existence of the power plants causes acid rains. Poisonous gases are emitted from the smoke stacks even if they are filtered.²⁴ Acid rains do have effects that destroy ecosystem profoundly such as deforestation, and likewise they influence water ecosystems unfavourably. Besides it leads to deterioration of commodities and buildings in addition to historical, cultural and artistic structures.²⁵ Moreover, it is the source of many diseases like asthma and lung disease. Sulphur dioxide induces five hundred thousand early deaths annually according to the World Health Organisation.²⁶

As a result of the energy gained through the burning of the coal, harmful particles and radiation are off. These decrease the visibility range, and cause lowering in lung functions like asthma or lung cancer. A research in Yatağan makes the situation clearer: The radiation amount thirty four out of fifty villages is far above the average levels that humans can tolerate and nineteen times

²² Tahakama, U./

²³ Güven, Aybars/ Kahvecioğlu, Özgenur/ Kartal, Güldem/ Timur, Servet; “Metallerin Çevresel Etkileri”, http://www.metalurji.org.tr/dergi/dergi138/d138_6471.pdf.

²⁴ Özcan, İsmail/ Bahadıroğlu, Cengiz/ Bozdoğan, Hakan; “Afşin-Elbistan Termik Santrali Hafriyat Döküm Alanlarında Dikili Fidanların Kuruma Nedenleri Üzerine Bir Araştırma, Nevşehir Bilim ve Teknoloji Dergisi, C.: 3 (1), s. 9.

²⁵ Bali, Taylan Zafer/ Çelikkol Erbaş, Bahar/ Akın, Zafer/ Akarsu, Gülsüm; “Bir Sosyal Fayda/ Maliyet Analizi: Soma- A Santrali Özelinde Kömür ve Rüzgar Alternatifleri”, www.iif.com.tr/index.php/iif/article/view/iif.2012.311.3224.

²⁶ Dyer, Gwynne; İklim Savaşları, PalomaYayınevi, İstanbul, 2013, s. 208.

more in the regions where ashes are disposed.²⁷ This situation also influences infertility and infant deaths. Yırca village women verify the data above in their statements: Women mentioned about the miscarriages. Apart from this, almost every villager is getting sick concerning the respiratory tracks. Women have complained that they could not get proper sleep because of consistent coughing. None of them smokes but they suffer from COPD, lung cancer or allergic asthma. Because of the environmental pollution that the thermal power plant has created, they say that the grandchildren do not know their elderly, and women die at an early age. As majority of children suffer from asthma or allergic asthma, mothers are highly worried about their children.

6) Hygiene

Women of Yırca wash and clean their houses more. Because of the ashes of the power plant, they complain that “the clothes they lay on the porch in the morning become pitch black in the evening”. They do not open the windows to let some fresh air in because they are unhappy about both the ash and the horrible smell. They also added they are not happy because of the smell of coal and fume on the laundry when they dry them outside.

Against all the problems, they stand only against the building of the third thermal power plant through cutting down the olive trees although they are disturbed by the existence of the power plants. Thanks to their acquaintances who work at the power plant, they are included in the social security system and they say that if these plants are totally eliminated they would be affected economically. However, academic study reveals that if the thermal power plant is removed from Soma and wind power plants are built, when the social consequences are considered removal of the thermal power plant is appropriate although the initial costs are high.²⁸

VI) The Effects of Olive Production on Women of Yırca

During the interviews, it is understood that olives play a very important role in women’s lives. When they were asked what olives meant to them, they said “olive is life” or “olive is everything” without any hesitation. Women show

²⁷ “Kömür Hakkında 10 Acı Gerçek”, [http://www. Greenpeace.org/turkey/tr/news/koemuer-hakkında-10-acı-gerçek](http://www.Greenpeace.org/turkey/tr/news/koemuer-hakkında-10-acı-gerçek) (30.1.2015).

²⁸ Bali, Taylan/ Çelikkol Erbaş / Akın/ Akarsu, s. 26.

a motherly affection to the olive trees and they state about the value they give to soil and the respect they show to the nature. Even the women who pick olives from the trees and not the owners call the olive trees as “like my children”, and we can reach the conclusion that they regard olive trees not as an economic value, instead they have an emotional bond to the nature. They say that the trees were cut down at midnight and that they had to rush from the bed after the warning of the headman who had announced from the mosque. They told about the cracks of the trees during the cut down in tears. They have had hardships expressing the desperation they had and they say that they cried, fluttered and laid on the ground, and there were some who suffered from nervous breakdown, high blood pressure and were hospitalised during this incident. When the interviews were done one month after the incident the effects of this trauma continued. Women mentioned that they suffer from sleep deprivation and that they have been seeing nightmares. A group of psychologists coming at the weekends have been providing some support to recover from post-trauma anxiety. Women say that this was so important for them since they felt so vulnerable and lonely when the incidents first started, they were left alone by all the official institutions, and state was on the side of the Kolin Inc., not them.

1) The Effects of Olive on Social Life

Peasant women do not see themselves as poor as long as they possess the olive trees, and a whole feeling of satisfaction dominates them. And they have never thought of marrying their daughters for the sake of money. There is no early marriage as there is no dowry. Marriages are generally done after 18 and women have children after 20. Women think two children are enough, and there is no custom of having multiple children. Apart from this, women can choose who to marry, and abduction of girls does not happen at all. Violence against women is not seen, and when this question was asked, humorously they said “who can dare to beat us, if there would be something like this, we would be the one who would beat them”. Olive has equalized the relationship between women and men and it can be clearly observed that women have been strengthened by olive.

2) Education

Being an olive producer in Yırca has made them self-sufficient economically so women have not dreamt of having a high school or university

education. There is no gender discrimination in schooling, but this situation seems to have inhibited the reception of education. This is valid for men, too and as there is no other school than a primary one, they have to go to school to Soma for the compulsory further education. There are just few people that continue their education, everybody produces olive together.

3) Economic Effects

The existence of olives makes people feel secure, and it also saves from worrying about the future of their children as it is a long-living tree. They have no other occupation than olive production, and that is the reason why the cutting down of the trees means that they are now unemployed and hopeless for the future. They pick the olives without any social security. Thus, they pay much importance when a member of the family has a job with social security.

Women know all the stages of olive production and work with men. This is a piece of knowledge transferred from generation to generation. They have not received formal training on olive production, olive oil or soap making. All women know how to make soaps from olive oil. Olive production has increased the cooperation between women and men, therefore they state that they do have unproblematic relationships, and they do not avoid the social circumstances where they should be together. Some women have olive trees by inheritance, and they point out that they work under the same conditions with day women and men labourers and share the same food.

4) Cuisine

Olive affects the eating habits of Yırca inhabitants. Women owning olive trees use some of the picked olives or take them to the factory nearby, and buy some olive oil. They sell some part of them. The workers are paid by getting olive oil. Especially in the morning they dip their breads to olive oil, or use them widely in every cold or hot dish.

It is clear from what was said during the interviews, in Yırca, kitchen is under the control of women and they cook the dishes with plenty of olive oil. They feel quite lucky that they can use olive oil in good sums as they think olive oil is healthy. Women say that a family of four consumes 100 to 150 kilograms of olive oil in a year. This average is stated to be ten kilos annually

in the most prominent olive producers such as Italy, Spain and Greece.²⁹ Because of this reason, it would not be wrong to suggest that most women suffer from obesity and related illnesses like diabetes. These women have problems related to respiration, and it would be also very beneficial to teach that the excessive use of olive oil can lead to other problems although it is known to be a healthy type of fat.

5) Olive Oil and First Aid

It is known that olive oil is rejuvenator and the peasant women use it as a medicine. The incident that I personally witnessed sets a good example to this: The headman's wife accidentally burned her hand while pouring some tea and the immediate advice that she received was "putting some olive oil on it." Because of its rejuvenating feature it is used as a first aid material. Olive oil is in every part of their life.

Conclusion

Yırca Village, once a land of tobacco, has succeeded to sustain as a village of an olive producer since olive trees can resist the environmental pollution together despite the quota put on tobacco due to neo-liberal agriculture policies and the removal of the support given. The resistance of the olive tree to the thermal power plant can be definitely considered as pure luck because, otherwise, it would not be possible for women to survive in this region without further education opportunities. Cutting down more than six thousand trees has left all these women vulnerable economically and unemployed. The ones owning the trees have already acknowledged that they cannot plant anything else from olive, and as the newly planted trees would give olives twenty years later, they remain hopeless. And the pickers whose income is based on olives, have long been thinking about what to use when cooking as they receive olive oil in return of their effort.

Olive costs 3 TLs locally and they are sold for 10 TLs in the markets. In order to provide higher prices locally, a cooperative should be founded and this olive oil should be compressed by this cooperative. This will definitely increase the earnings. Besides, this cooperative can lay some foundations for

²⁹ Korel, Figen/Özen, Banu/ Tokatlı, Figen; "Geographical Identity and Quality of Olive Oil", <http://kutuphane.ieu.edu.tr/wp-content/06AgrindustrialDesign20063.pdf>, s. 160.

women to make soaps without the need of raw material coming from Italy. Agriculture sales cooperatives create some possibilities that small farmers need to improve their situations against the market and reach a larger volume of market.³⁰ Raising awareness in this subject can provide some improvement.

As in many countries demand for energy increases in an immense pace. In order to meet the demands of energy various types of resources are exploited, and mostly fossil fuels are used.³¹ Soma Thermal Power Plant, contribute a lot to our country that has had energy deficit for a long time. However, if the issue is discussing the pros and cons of “energy or human health?”, acquired data should be checked once again. Above all, our coal reserves are classified as lignite, and this has the lowest carbon content and the highest moisture ratio, so it is the most pollutant type of coal. This situation, naturally, makes the coal mines less productive and electricity more expensive, and the most important of all, increase the social costs.³² Ministry of Environment and Urban Planning- in relation to what is mentioned above- on its site clearly mentioned about the harms of thermal power plants to the environment. The existence of thermal power plants is due to a crystal clear choice: more consumption, less importance given to human health than the energy needed to be an industrialised country, giving up on agriculture and more exported agricultural produce. Green energy is not yet on minds: For instance, as a quite sunny country, energy can be produced from sun, and this will not pollute the environment and it will be possible to save incredibly (When only 1% of the households are equipped with systems harmonized with solar systems, 800.000 tons of liquid fuel would be saved).³³ Another clean energy resource is wind energy, and it can be said that in recent times this type of energy has become more widespread. The fossil fuels ruin the ecological balance and this makes it obligatory to resort to new sources.

The existence of the thermal power plant affect Soma and the surrounding villages directly and this effect is harmful in many ways. When all the points are considered, there are inconveniences to build another plant right next to

³⁰ Özçelik/Şahin, s. 130.

³¹ Bali / Çelikkol Erbaş / Akın / Akarsu, s. 8.

³² Kömür Hakkında 10 Acı Gerçek.

³³ Avinç, Ahmet; “Değişik Enerji Kaynakları ve Çevreye Etkileri”, Ekoloji, C.: 7, S.: 27, 1998, s. 20.

Yırca in many terms. The people living there are already in discomfort due to the air, water and land pollution created by the plant: The existing thermal power plant leads to countless problems economically, sociologically and in terms of human health and hygiene, and while a new one was desired to be built alongside the existing one, it was prohibited for Yırca village by the Supreme Court.

Pursued neo-liberal policies are threatening the sustainable agriculture, wealth of the peasants and environment. These policies should be overviewed and economic balance should be provided. These are required for human health although it may not be profitable in long term. Human cannot starve but consume less energy...

KAYNAKÇA

- Avinç, Ahmet; “Değişik Enerji Kaynakları ve Çevreye Etkileri”, Ekoloji, C.: 7, S.: 27, 1998.
- Bali, Taylan Zafer/ Çelikkol Erbaş, Bahar/ Akın, Zafer/ Akarsu, Gülsüm; “Bir Sosyal Fayda/Maliyet Analizi: Soma- A Santrali Özelinde Kömür ve Rüzgar Alternatifleri”, www.iif.com.tr/index.php/iif/article/view/iif.2012.311.3224.
- Bor, Özgür/ Leblebici, Özkan; “Türkiye’de Tütün Sektörü: Ekonomik ve Sosyal Bir Değerlendirme”, Köylülükten Sonra Tarım, Der.: Abdullah Aysu, M. Serdar Kayaoğlu, Epos Yayınları, 2014.
- Boratav, Korkut; 100 Soruda Türkiye’de Devletçilik, Gerçek Yayınevi, İstanbul, 1974.
- Boratav, Korkut; Türkiye İktisat Tarihi, İmge Kitabevi, İstanbul, 2014.
- Butan, Berk; “Yırca’yı Asla Unutturmayacağız”, Greenpeace, S.: 83, 2014.
- Bülbül, Cihan/ Yarılgaç, Tarık; “Soma Termik Santrali Civarında Yetiştirilen Zeytin (*Olea europaea L.*) Çeşitlerinin Yaprak ve Meyve Özellikleri”, s. 106-107. <http://ziraatdergi.gop.edu.tr> (20.10.2014).
- Dyer, Gwynne; İklim Savaşları, PalomaYayınevi, İstanbul, 2013.
- Gökalp Alıca; Süheyla Suzan; “Tabiatı ve Biyolojik Çeşitliliği Koruma Kanunu Tasarısı’nın Doğa Koruma Mevzuatı Çerçevesinde Değerlendirilmesi, Ankara Barosu Dergisi, 2012/3
- Güven, Aybars/ Kahvecioğlu, Özgenur/ Kartal, Güldem/ Timur, Servet; “Metallerin Çevresel Etkileri”, http://www.metalurji.org.tr/dergi/dergi138/d138_6471.pdf.
- Bülbül, Cihan/ Yarılgaç, Tarık; “Soma Termik Santrali Civarında Yetiştirilen Zeytin (*Olea europaea L.*) Çeşitlerinin Yaprak ve Meyve Özellikleri”, s. 106-107. <http://ziraatdergi.gop.edu.tr> (20.10.2014).
- Kongar, Emre; 21. Yüzyılda Türkiye, Remzi Kitabevi, İstanbul, 2012.
- Korel, Figen/Özen, Banu/ Tokatlı, Figen; “Geographical Identity and Quality of Olive Oil”, <http://kutuphane.ieu.edu.tr/wp-content/06AgrindustrialDesign20063.pdf>.
- Kömür Hakkında 10 Acı Gerçek”, <http://www.Greenpeace.org/turkey/tr/news/koemuer-hakkında-10-acı-gercek> (30.1.2015).

Özcan, İsmail/ Bahadıroğlu, Cengiz/ Bozdoğan, Hakan; “Afşin-Elbistan Termik Santrali Hafriyat Döküm Alanlarında Dikili Fidanların Kuruma Nedenleri Üzerine Bir Araştırma, Nevşehir Bilim ve Teknoloji Dergisi, C.: 3 (1).

Uçkaç, Aynur; “Türkiye’de Neoliberal Ekonomi Politikaları ve Sosyo-Ekonomik Yansımaları”, Maliye Dergisi, S.: 158, Ocak-Haziran 2010, s. 425.

İHAM'IN DTP ve Diğerleri/Türkiye Kararı Üzerine

Yrd. Doç. Dr. Demirhan Burak ÇELİK*

Özet: Demokratik Toplum Partisi (DTP), 11 Aralık 2009 tarihinde, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğü ilkesine aykırı eylemlerin odağı olduğu gerekçesiyle Anayasa Mahkemesi tarafından oybirliğiyle kapatılmıştır. Anayasa Mahkemesi söz konusu kararında, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin Herri Batasuna ve Batasuna/İspanya kararına da atıfla, partinin terörü kınamadığı ve terör örgütü PKK ile bağlantılı olduğu saptamasına da dayanmıştır. İHAM ise, DTP'nin kapatılmasının İHAS md. 11'i ihlal ettiğine karar vermiştir. Bu çalışmada, İHAM'ın İkinci Dairesi'nin 12 Ocak 2016 tarihli Demokratik Toplum Partisi (DTP) ve diğerleri/Türkiye kararı, Mahkeme'nin siyasi partilerin kapatılmasına ilişkin içtihadı ışığında, çeşitli açılardan incelenmektedir.

Anahtar kelimeler: Siyasal partilerin kapatılması, Demokratik Toplum Partisi (DTP), Anayasa Mahkemesi, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, Herri Batasuna.

On the Judgement of the ECHR in the Case of the Party for a Democratic Society (DTP) and others v. Turkey

Abstract: The Party for a Democratic Society (DTP) was dissolved by the Constitutional Court of Turkey (CCT) for becoming a center of activities against the territorial integrity and national unity of the state on 11 December 2009. In its decision, taken unanimously, the CCT referred to the European Court of Human Rights' (ECHR) Case of Herri Batasuna and Batasuna v. Spain and ruled that the DTP had not condemned terrorism and had had links with the terrorist organization PKK. However, the ECHR has decided that by the dissolution of the DTP there has been a violation of Article 11 of the European Convention on Human Rights. This paper examines the aforementioned

* Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı.

judgment of the ECHR, dated 12 January 2016, in the light of the Court's case-law on the dissolution of the political parties.

Keywords: Dissolution of the political parties, DTP, Constitutional Court of Turkey, European Court of Human Rights, Herri Batasuna.

GİRİŞ

Siyasal partiler demokratik siyasal yaşamın vazgeçilmez unsurlarıdır. 1961 Anayasası'ndan beri Türkiye'de anayasal norm olarak da karşılığını bulmuş olan bu ilke (1961 AY md. 56/3, 1982 AY md. 68/2), partiler olmaksızın demokratik bir düzenin düşünülmemeyeceğini ortaya koyar. Ancak, siyasal partilerin demokrasiye karşı faaliyetler içine girebilmeleri de mümkündür. Bu nedenle Fransız kamu hukukçularından Vedel, “*demokrasi siyasî partiler olmaksızın yaşayamaz, ancak siyasî partiler yüzünden de son bulabilir*” demiştir.¹ Yine bu nedenle, siyasal partiler-demokrasi ilişkisinin nasıl kurulacağı, demokrasiye aykırı faaliyet yürüten siyasal partiler karşısında ne tür bir tutum takınılacağı hususu, öğretilerde üzerinde en çok tartışılan konulardan biri olmuştur.² Kuşkusuz konu yalnızca öğretilerde tartışılmakla da kalmamış, bu tür faaliyetler içinde olduğu ileri sürülen partilere uygulanacak yaptırımlar ve bunların temel hak ve özgürlüklerle bağdaşıp bağdaşmadığı sorunu, gerek ulusal gerekse uluslararası yargı organlarını meşgul etmiştir.

¹ VEDEL G., Manuel Elementaire de Droit Constitutionnel, Paris 1949, s. 156'dan aktaran TEZİÇ, 2015, s. 381.

² Türkiye'de parti kapatma kararlarının “*dünya çapında bir rekor düzeyinde*” olduğu belirtilmiştir. Bkz. TANÖR/YÜZBAŞIOĞLU, 2015, s. 195. Bu olgu, öğretinin de bu soruna yoğun biçimde eğilmesine yol açmış ve bu konuda esaslı bir birikim oluşmuştur. Mesele, yalnızca özgül çalışmalarda değil, anayasa ya da insan hakları hukuku ders kitaplarında ya da konuyla bağlantılı başka çalışmaların ilgili bölümlerinde de tartışılmaktadır. 1982 Anayasası döneminde yapılan özgül çalışmalara örnek olarak bkz. AKARTÜRK, 2008 ve 2010; AKBULUT, 2010; ALGAN, 2011; ANAYURT, 2001; ARSLAN, 2005; AYDIN, 2011; CAN, 2005 ve 2006; ÇAĞLAR/ÇAVUŞOĞLU, 1999; ÇELİK, 2008 ve 2010; ERDEM, 2004; ERDOĞAN, 2001; EREN, 2009; ESEN, 2012; GENÇKAYA, 1998; GÜLSOY, 2007; HAKYEMEZ, 2000, 2001a, 2001b, 2002 ve 2009; KABOĞLU, 1999; KANADOĞLU, 1998; KOÇAK/ÖRÜCÜ, 2003; METİN, 1998; ODER, 2009; ÖDEN, 2003; ÖZBUDUN, 2010; PERİNÇEK, 1985; SAĞLAM, 1999a, 1999b, 2000a, 2000b ve 2002; SANCAR, 2000; SEVİNÇ, 1997a, 1997b, 2000, 2005 ve 2010; ŞAHİN, 2010; TAHMAZOĞLU UZELTÜRK, 2009; TEZCAN, 1999; TEZİÇ, 1990; TURHAN, 2002a ve 2002b; TÜRKEŞ-KILIÇ, 2016; UYGUN, 2000 ve 2008; YAZICI, 2010 ve 2012; YOKUŞ, 2001.

Bu yazının konusunu da bu sorulara yanıt arayan bir yargı kararı oluşturmaktadır. Çalışmanın amacı, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin (İHAM) 12 Ocak 2016 tarihli Demokratik Toplum Partisi (DTP) ve Diğerleri/Türkiye kararının incelenmesidir. Bu kararın incelenmesi, Anayasa Mahkemesi'nin (AYM) DTP'nin kapatılmasına ilişkin kararında, üniter devlet ilkesine aykırılık gerekçesinin yanında bu partinin terör örgütüyle bağlantı içerisinde olduğu değerlendirmesinde de bulunmuş olması nedeniyle önemlidir.³ Öte yandan gerek AYM kararında gerekse AYM Başkanı'nın karara ilişkin basın toplantısında, İHAM'ın Herri Batasuna ve Batasuna kararına atıf yapılmış olması konuyu daha da ilgi çekici ve incelemeye değer kılmaktadır⁴. Aşağıda önce İHAM önündeki başvuruya konu olay (I), tarafların görüşleri (II) ve İHAM'ın kararı (III) gözden geçirilecek, ardından kararın dikkat çeken yönlerine işaret edilecektir (IV).

³ AYM, E. 2007/1 (Siyasi Parti Kapatma), K. 2009/4, 31.12. 2009.

⁴ Bkz. "Anayasa Mahkemesi Başkanı Sayın Haşim Kılıç'ın DTP'nin Kapatılması Kararı ile İlgili Basın Açıklaması", <http://www.anayasa.gov.tr/icsayfalar/basin/konusmalar/arsiv/6.html>, 03.03.2016. Aslında parti kapatma davalarında İspanya ve Batasuna örneğinin AYM önüne ilk kez bu davayla gelmemiş olduğu da belirtilmelidir. Fazilet Partisi'nin kapatılması davasının iddianamesinde Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı, İHAM'ın siyasal ifade özgürlüğüyle ilgili içtihadında önemli bir yere sahip olan ünlü Castells/İspanya kararına (Application no. 11798/85, 23 April 1992) konu olan olayı, parti kapatmanın gerekçesi olarak kullanmıştır. Batasuna listesinden seçilmiş olan bir senatör olan Castells'in, yazdığı bir yazı dolayısıyla bir yıl hapse mahkum edildiğini anlatan Başsavcı daha sonraki İHAM kararından ise şu şekilde söz etmiştir: "*Gerçi dava daha sonra Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin önüne gelmiş ve Mahkeme 23.4.1992 tarihli kararında, İspanya Devletinin sözleşmenin ifade özgürlüğünü düzenleyen 10. maddesini ihlâl ettiği sonucuna varmışsa da; terör eylemlerinin devamı karşısında, İspanya Yüksek Mahkemesi, düşünce özgürlüğüne daha çok kısıtlama getirdiği kabul edilebilecek kararlar vermekten çekinmemiştir.*" Başsavcı, bu kararlara örnek olarak da 1997 yılında, Herri Batasuna'nın kendisine ayrılan seçim propagandası kuşağında ETA'yı demokratik bir örgüt olarak nitelendirip, bu örgütün barış çağrısını duyurması üzerine, parti hakkında başlatılan kapatma girişimini göstermiştir. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı, sonuçta Herri Batasuna'nın kapatılmadığını; ancak Başkanlık Divanı üyesi olan yirmi üç kişinin yedişer buçuk yıl hapse mahkum edildiğini belirtmiştir. Bkz. AYM E. 1999/2 (Siyasi Parti Kapatma), K. 2001/2, 22. 06. 2001. Aslında, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının söz ettiği bu olayda Herri Batasuna'nın kapatılmamasının temel nedeni, o dönemdeki İspanyol mevzuatının buna fazlaca olanak tanımayan olmasıdır. Bu konuda bkz. TYULKINA, 2015, s. 129; VIDAL PRA-DO, 2009, s. 248-252.

I- DAVAYA KONU OLAY⁵

Demokratik Toplum Partisi, 9 Kasım 2005'te kurulmuş bir siyasal partidir. İHAM'ın tanımlamasıyla “Türkiye'nin sol-Kürt siyasal hareketine dahil olan” (p. 6) bu parti, Avrupa Sosyalist Partisi'nin üyesidir; Sosyalist Enternasyonal'de de gözlemci üye konumundadır. Program ve tüzüğünde söz konusu parti kendisini özgürlük, eşitlik, adalet, barış, çoğulculuk, katılım, çokkültürlülük ve hümanizm gibi demokratik değerleri savunan sol eğilimli bir kitle partisi olarak tanımlamıştır. Programında hedefini otoriter, merkeziyetçi ve hiyerarşik bir siyasal düzen yerine demokratik, yatay işleyişe ve yerle dayalı, barışçı bir düzen olarak ortaya koymuştur. Parti, ayrımcılık karşıtlığı, ırkçılıkla mücadele, cinsiyetlerarası eşitlik gibi değerleri dile getirmekte; demokratik ve ekolojik bir toplum düzeni öngörmektedir. Programda Türkiye Cumhuriyeti'nin Türkler, Kürtler ve diğer etnik gruplarca birlikte kurulduğu ve kardeşliğin köklerinin bu halkların ortak tarihine dayandığı beyan edilmiştir (par. 7).

DTP, 22 Temmuz 2007 seçimlerine yüzde 10 seçim barajını aşmak amacıyla bağımsız adaylarla katılmış; bu kapsamda, yirmisi Doğu ve Güneydoğu'daki seçim çevrelerinden olmak üzere, seçilen yirmi bir milletvekili seçimlerden sonra DTP'ye katılarak bir grup kurmuşlardır. Parti 29 Mart 2009 yerel seçimlerine de katılmış; Türkiye'nin Doğu ve Güneydoğu'sundaki sekiz il de dahil, toplam doksan dokuz belediye kazanmış ve il genel meclisi bazında Türkiye genelinde yüzde 5,7 oy ile ülkedeki dördüncü siyasal güç olmuştur (par. 8).

16 Kasım 2007'de Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı, DTP'nin kapatılması, partinin kapatılmasına beyan ve eylemleriyle neden olan üyelerinin beş yıl süreyle başka bir partinin kurucusu, yöneticisi, denetçisi ve üyesi olmalarının yasaklanması istemiyle Anayasa Mahkemesi'ne başvurmuş; ayrıca, dava süresince DTP hakkında tedbir uygulanmasını da talep etmiştir (par. 9).

⁵ İHAM önündeki davaya konu olay, tarafların görüşleri ve İHAM'ın yorumu, esas olarak İHAM İkinci Dairesi'nin 12 Ocak 2016 tarihli kararından özetlenerek aktarılmıştır. Okuma kolaylığı sağlamak amacıyla ilgili paragrafların dipnotlarda değil, metinde parantez içinde verilmesi yeğlenmiştir. Karar için bkz. Affaire Parti pour une société démocratique (DTP) et autres c. Turquie (Requêtes n^{os} 3840/10, 3870/10, 3878/10, 15616/10, 21919/10, 39118/10 et 37272/10).

Başsavcının tedbir kapsamındaki talepleri şunlardır:

- i) Davalı partinin dava tarihinden itibaren yapılacak seçimlere katılmaktan alıkonulması,⁶
- ii) Dava tarihinde partide üye, yönetici, belediye başkanı ya da milletvekili olarak görev alanların, bir başka siyasi parti listesinden veya bağımsız olarak dava süresince seçimlere katılmasının önlenmesi,
- iii) Partiye ödenmesi söz konusu olabilecek hazine yardımlarının banka hesabında blokesi,
- iv) Üye kayıtlarının durdurulması.

Tedbire ilişkin bu talepler, AYM tarafından 27 Aralık 2007 tarihinde oy çokluğuyla reddedilmiştir (par. 19).

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının iddianamesinde DTP'nin kapatma davasına konu eylemleri, kuruluşundan önceki eylemler ve kuruluşundan sonraki eylemler olmak üzere ikiye ayrılarak incelenmiştir. Partinin kuruluşundan önceki eylemler kapsamında özellikle PKK lideri Abdullah Öcalan'la yapılan söyleşilere dayanılmıştır. Bu söyleşilerde Öcalan yeni bir siyasi parti kurulması gerekliliğinden, bu partinin örgütlenmesi ve programına değin çeşitli konulardaki görüşlerini açıklamıştır. Başsavcı, buradan yola çıkarak DTP'nin Abdullah Öcalan'ın talimatıyla kurulduğu sonucuna varmıştır. Kuruluşundan sonraki eylemler kapsamında ise, DTP'nin çeşitli yönetici ve üyelerinin kimi beyan ve eylemleri 141 başlık altında sayılmıştır (par. 9).

Anayasa Mahkemesi, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı tarafından sunulan delillerin bir kısmını ayıklayıp kalan kısma dayanarak DTP hakkındaki kararını vermiştir. İHAM, AYM'nin kararına dayanak olarak aldığı delilleri, i) parti binalarında yapılan aramalarda ele geçirilen deliller, ii) DTP tarafından düzenlenen toplantı ya da gösterilerle ilgili deliller, iii) diğer deliller, iv) partinin üye ve yöneticilerinin eylemleri ve v) partinin üye ve yöneticilerinin diğer

⁶ İHAM kararının ilgili paragrafında (par. 9), Başsavcının talep ettiği tedbir yaptırımından “gelecekteki yasama seçimleri” biçiminde söz edilmiştir. Bu ifade, Başsavcının yalnızca partinin ve partililerin milletvekili genel seçimlerine katılmaktan alıkonması isteminde bulunduğunu çağrıştırmaktadır. Oysa ilgili AYM kararında başsavcının herhangi bir ayırım yapmaksızın “seçimler” ifadesini kullandığı görülmektedir. Bkz. AYM, E. 2007/1 (Siyasi Parti Kapatma), K. 2009/4, 31.12.2009.

etkinlikleri başlıkları altında toplamıştır⁷. Bunları burada kısaca incelemekte yarar vardır. Buna göre,

i) Anayasa Mahkemesi kararında, çeşitli adli soruşturmalar kapsamında, Ağrı, Balıkesir, İstanbul, İzmir, Kocaeli, Mardin, Siirt, Urfa ve Van'daki parti binalarının da arandığı ve burada PKK ile bağlantılı delillerin ele geçirildiği vurgulanmıştır. Abdullah Öcalan'ın, öldürülmüş ya da dağdaki kimi PKK üyelerinin fotoğrafları, PKK propagandası içeren yayınlar, slogan metinleri, PKK tarafından alınmış kararlar ya da yapılan açıklamalar, terör örgütünün ya da liderinin propagandasını yapan afişler, video kayıtları, yasadışı eylemlerde kullanılmak üzere hazırlanmış molotof kokteylleri ve el yapımı silahlar gibi (par. 23).

ii) Anayasa Mahkemesi, DTP tarafından düzenlenen üç toplantı ve gösteride (birinci olağan Gençlik Meclisi, Mersin İl Örgütü'nün Nevruz kutlaması, Van İl Örgütü'nün Dünya Barış Günü Toplantısı) PKK ve lideri lehine, şiddete çağrı içeren sloganlar atıldığı, PKK ile ilgili posterlere ve afişlere yer verildiği, öldürülen PKK mensupları anısına saygı duruşunda bulunduğu ve ilgili yöneticilerin bunlara müdahale etmediği saptamasında bulunmuştur (par. 24-26). Atılan sloganlardan bazıları şu şekildedir: “*Dişe diş, kana kan, seninleyiz Öcalan*”, “*Öcalan selam selam İmralı'ya bin selam*”, “*Öcalan siyasi irademizdir*”, “*PKK halktır, halk buradadır*”, “*Yaşasın halkın ordusu, HPG-APO-KKK-PKK*”, “*Gençlik Apo için canını feda eder*” [AYM kararında “*Gençlik Apo'nun fedaisidir*”], “*Biji serok Apo*” (“*Yaşasın Başkan Apo*”), “*Şehit namırın*” (“*Şehitler ölmez*”).

iii) Diğer deliller arasında, AYM, özellikle, terör örgütü yöneticiliği dolayısıyla kesin hüküm giymiş olan ve bu nedenle Siyasal Partiler Kanunu uyarınca bir partiye üye olması mümkün olmayan bir kişinin Genel Başkan seçilmesi, yine terör örgütüne yardım ve yataklık suçundan kesin hüküm giymiş olan bir kişinin DTP'nin yerel örgütlerinden birinin yönetim kuruluna seçilmesi üzerinde durmuştur.

AYM'nin bu çerçevede dikkate aldığı bir diğer husus, çeşitli DTP örgütlerinin 15 Şubat-31 Mart 2006 tarihlerinde Öcalan'a destek amacıyla düzenledikleri gösteriler olmuştur. AYM özellikle Malatya il örgütü yöneticileri-

⁷ Aslında bu kümelendirme, hemen hemen AYM'nin yaptığıyla aynıdır. Yalnız AYM, İHAM'ın ayrı bir başlık altında ele aldığı son hususu (partinin üye ve yöneticilerinin diğer etkinlikleri), partinin üye ve yöneticilerinin eylemleri başlığında değerlendirmiştir.

nin de katıldığı ve yukarıdakine benzer sloganların yanında “*Vur gerilla vur; Kürdistan’ı kur*” sloganının da atıldığı gösteriye vurgu yapmıştır. Mahkeme, bu yöneticilerin, öldürülen on dört PKK militanının cenazesini almak üzere Malatya Devlet Hastanesi’ne gittiklerini ve burada da benzer sloganların atıldığını belirtmiştir.

Bu kapsamda AYM’nin değerlendirdiği son husus, elli altı DTP’li belediye başkanının terör örgütünün talimatı doğrultusunda yayın yapan ROJ TV’nin yayınlarının durdurulmasına engel olma girişiminde bulunmalarıdır (par. 26).⁸

iv) “DTP’nin üye ve yöneticilerinin eylemleri” başlığı altında, Anayasa Mahkemesi, özellikle DTP’nin kimi yerel yöneticilerinin bazı PKK militanlarının öldürülmesini protesto amacıyla bir ilçedeki kepenk kapatma eylemini örgütlemeleri ile bir ildeki eyleme aktif olarak katılmaları, bir yerel yöneticinin BM Genel Sekreterliği’ne hitaben hazırlanan ve “*Abdullah Öcalan’ın Kürdistan’da siyasal irade olarak görüldüğünü*” vurgulayan bir dilekçeyi imzalaması, bir yerel yöneticinin basın açıklamasında Öcalan’dan “*halk önderi*” olarak söz etmesi, bir PKK militanının cenazesinde, ölen kişiyi “*şehit*” olarak adlandırması gibi eylem ve söylemleri dikkate almıştır (par. 28, 30-32). Bu başlık altında önemle üzerinde durulan hususlardan biri de DTP Eş Genel Başkanları Ahmet Türk ve Aysel Tuğluk’un, Öcalan’ın rolü ve işlevine ilişkin kimi ifadeleri ile PKK için “terör örgütü” tanımını niçin kullanmadıklarına ilişkin açıklamaları olmuştur (par. 29, 33).

v) İHAM’ın, “partinin üye ve yöneticilerinin diğer etkinlikleri” başlığı altında yer verdiği ve AYM’nin kararına dayanak yaptığını belirttiği deliller ise şunlardır: DTP’nin çok sayıda yerel yöneticisinin, genel af ilanının zorunluluğuna, Öcalan’ın tutukluluk koşullarının iyileştirilmesi ve İmralı’nın müzeye dönüştürülmesi gereğine değinen ve Abdullah Öcalan’ı Kürt halkının lideri ya da siyasal iradesi olarak gördüklerini belirten açıklamaları; bu yöneticilerin bu açıklamalar nedeniyle terör örgütü propagandası suçundan aldıkları mahkumiyetler; DTP binalarında yapılan aramalarda elde edilen deliller⁹; kimi yerel yöneticilerin yasadışı gösterilere katılmaları (par. 34).

⁸ AYM kararında daha açıkça ortaya konduğu üzere, bu belediye başkanları, ROJ TV’nin yayınlarının durdurulmaması için Danimarka Hükümeti’ne bir mektup yazmışlardır.

⁹ İHAM daha önce bu konuya değinmiş olmakla birlikte bu başlık altında, herhangi bir açıklama vermeden yeniden bunlardan söz etmiştir.

Anayasa Mahkemesi, yukarıda özetlenen delilleri değerlendirerek DTP hakkındaki kararını vermiştir. İHAM İkinci Dairesi anılan kararında, AYM'nin bu delillere dayanarak vardığı sonucu AYM kararından yaptığı uzun alıntılarla ortaya koymuştur (par. 35). Bu alıntılara kısmen de olsa yer vermekte yarar vardır. Öte yandan, İHAM, AYM'nin kullandığı deliller arasında özellikle Eş Genel Başkanlar Ahmet Türk ve Aysel Tuğluk'un konuşmaları üzerinde durmuş ve hem bu konuşmalara hem de AYM'nin bu konudaki değerlendirmelerine ayrıntılı olarak yer vermiştir. Strasbourg Mahkemesi, hüküm kurarken de bu konuşmaları özellikle dikkate almıştır. Bu nedenle, burada önce Anayasa Mahkemesi kararının eş başkanların konuşmalarıyla ilgili bölümlerini alıntılıyıp, sonra anılan mahkemenin esasa ilişkin genel değerlendirmesini anımsatmak uygun görünmektedir.¹⁰

Anayasa Mahkemesi, kararında Ahmet Türk'ün iki konuşması üzerinde durmuştur. Bunlardan 18 Ocak 2006'da Diyarbakır'da DTP yöneticileri ve belediye başkanlarının katıldığı bir toplantıda yaptığı basın açıklamasında, DTP Eş Genel Başkanı şu ifadeleri kullanmıştır:

“Kalıcı bir barış ve çözümün gerçekleşmesi, silahların tamamen susması için oldukça yoğun çaba harcadığımız mevcut durumda sayın Öcalan üzerindeki tecridin ağırlaştırılmasının toplumsal kaygıları çok daha derinleştirdiği görülmektedir’ Türkiye’de silahlı güçlerin ülke dışına çıkarılmasında, 1999 yılında Türkiye’nin AB’ye aday ülke statüsüne alınmasında ve genel olarak Kürt sorununun demokratik çözümünde sayın Öcalan’ın rolü bugün herkes tarafından kabul gören bir realitedir’ Açığıdır ki, tecridin ağırlaştırılması toplumda büyük endişeye yol açmaktadır. 7 yıla yakın bir süredir tek kişilik İmralı özel cezaevinde tutulması yetmezmiş gibi, hem ulusal hem de uluslararası hukukun kendisine tanıdığı haklar bile maalesef kullandırılmamaktadır. İletişim ve haber alma hakkı yeterince tanınmadığı gibi ailesi ve avukatlarıyla görüşürülmemektedir. Son olarak verilen hücre cezasını bulunduğu yer dikkate alındığında hukuk ve insaf ölçüleriyle bağdaştırmak olanaklı değildir. Zaten tek kişilik hücrede kalan Abdullah Öcalan’a bu cezasının nasıl verilebildiği anlaşılmamaktadır.”

¹⁰ Burada, İHAM'ın kararında kullandığı açıklamalar ve AYM kararının ilgili bölümlerinin yeniden çevrilmesi yerine İHAM kararında kullanılmış olan bölümlerin doğrudan Anayasa Mahkemesi'nin ilgili kararından alınması yeğlenmiştir. Bkz. AYM, E. 2007/1 (Siyasi Parti Kapatma), K. 2009/4, 31.12.2009.

Anayasa Mahkemesi'ne göre Ahmet Türk'ün, “*terör örgütü liderinin Kürt sorunu ve Türkiye'nin AB üyeliği konusunda oynadığı rolden takdirle söz etmesi ve terör örgütü liderinin kaldığı cezaevinde maruz kaldığı sorunları tecrit olarak nitelendirip bunu kamuoyuyla paylaşması, davalı Parti'nin terör örgütü ve liderine siyasi ve ideolojik yönden bağlılığını göstermektedir.*”

AYM'nin dikkate aldığı ikinci konu ise, Ahmet Türk'ün 2007 seçimlerinin hemen ertesinde, 4 Ağustos 2007'de TBMM'deki yemin töreni sırasında NTV kanalının yaptığı söyleşideki sözleri olmuştur. Türk burada şunları söylemiştir:

“*Şimdi mesele sorunu çözmekse benim etkili olabilecek bir konumda olmam lazım, yani birilerine işte kınıyorum, terörist dediğim zaman benim ne etkim ne kadar kalır, sorunun çözümüne ne kadar katkı olur. Şimdi bunları doğru tartışmak lazım. biz gerçekten bu şiddetin, bu kanın durmasını istiyoruz ama ne geliyor benimle pazarlıklar yapıyor, gelin önce kınayın diyor, kınadıktan sonra benim ne etkim olur halk üzerinde*”

AYM, Ahmet Türk'ün bu sözlerini de PKK ile bağlantının kanıtı olarak yorumlamıştır. Mahkemeye göre Türk'ün “*terör örgütünün eylemlerini kınayamayacağını beyan etmesi ve bu kişinin milletvekili seçilmeden önce ve sonrasında davalı Partinin genel başkanlığı görevini ifa etmesi, kendisinin ve temsil ettiği davalı Partinin terör örgütü ile bağlantısını göstermektedir.*”

Anayasa Mahkemesi, DTP'nin diğer Eş Genel Başkanı Aysel Tuğluk'un üç konuşmasını da kapatma davasında delil olarak değerlendirmiştir. Bunlardan, 16 Mayıs 2006'da DTP Batman İl Başkanlığı'nın birinci olağan genel kurulu toplantısında Tuğluk şunları söylemiştir:

“*Sayın Başbakan diyor ki, PKK'yı terörist ilan edin sizinle görüşelim, biz PKK'yı terörist ilan etsek de bu sorun çözülmez, sizin terörist olarak nitelendirdiğiniz insanlar kimine göre kahramandırlar. Bizim barış taleplerimize karşın sınıra askerler yığıldı, Abdullah Öcalan'a terörist diyerek halkın karşısına çıkamayız, kürt halkı tercihini demokratik mücadelede ortaya koydu, ama bir halka kendi dilini bile özgürce geliştirme hakkı tanımazsanız bu politikanız şiddete zemin sunar*”

AYM'ye göre Tuğluk'un “*PKK teröristlerinin bazı kesimlerce kahraman olarak kabul edildiklerini ve bu nedenle terör örgütü liderine karşı terörist diyerek halkın karşısına çıkamayacaklarını ifade etmesi, davalı Parti'nin üst yönetiminin PKK terör örgütü ve liderine yakınlığını ortaya koymaktadır.*”

Anayasa Mahkemesi, Aysel Tuğluk'un 11 Aralık 2006'da Doğubeyazıt'ta DTP tarafından organize edilen bir açık hava toplantısında yaptığı konuşmadaki şu sözlere de kararında yer vermiştir:

“Değerli halkımız seksenbeş yıldır anti demokratik yasak rejimlerle yönetilen bu ülkede en büyük zulüm Kürtler üzerinde uygulandı. Ancak Kürt sorununu sizler yaratmadınız, bizler yaratmadık. Kürt sorunu Cumhuriyetin kuruluşundan itibaren önümüzde durdu. Biz sadece bu sorunun çözümü çabasına girdik. Biz müthiş bir güç dengesizliği içerisinde Kürt halkı kendi kimliği, kendi kültürü, kendi onuru için direnmek durumunda kaldı. Yıllarca süren savaş Kürt halkına da Türk halkına da çok şeyler kaybettiirdi şimdi karşımızda bir fırsat var. PKK ateşkes ilan etti, demokratik çözümlere, barışçıl çözüme hazır olduğunu ifade etti, DTP olarak biz bu yöndeki iradeyi önemli buluyoruz. Peki, soruyoruz seksenbeş yıldır Kürtleri inkar edenler hain diye, bölücü diye neredeyse Türk halkıyla düşman haline getirmek isteyenler çözüme hazırlar mı? Değerli halkımız, görüyoruz ki çözüme hazır değiller. Halen operasyonlar devam ediyor; halen dağlarda kardeşlerimiz yaşamlarını kaybediyor; halen tecrit devam ediyor. Kürtleri görmezseniz, seçeneksiz bırakırsanız, işte o zaman çirkin bir bölünme sorunu ile karşı karşıya kalırsınız. Kürtler artık uluslararası alanda statü kazanmaya başlamışlardır. Halen demokratik çözüm şansı sürüyorsa şiddeti körükleyerek ayrılıkçılığa zorlamanın vebali kaldırılamayacak kadar ağır olacaktır”

AYM'ye göre, konuşması sık sık “Biji serok Apo” ve “baskılar bizi yıldıramaz” sloganlarıyla kesilen Tuğluk'un, “PKK terör örgütünün yaptığı eylemleri Kürt halkının kendi kimliği, kültürü ve onuru için yaptığı bir direniş ve savaş olarak gördüğünü ve Kürtlerin görmezden gelinmesi durumunda şiddetin ve bölünmenin gerçekleşeceğini ifade etmesi ve dağlarda bulunan terör örgütü üyelerinden kardeş olarak söz etmesi, davalı Parti'nin genel başkan yardımcısı sıfatını taşıyan bu kişinin terör örgütünün eylemlerini meşru olarak gördüğünün ve terör örgütü üyelerini terörist olarak kabul etmediğinin açık göstergesidir.”

DTP Eş Genel Başkanı'nın AYM kararına dayanak teşkil eden son konuşması, 21 Mart 2007 tarihinde Van'da düzenlenen Nevruz mitinginde yapılmıştır. Bu konuşmada Aysel Tuğluk şunları söylemiştir:

“Sevgili halkımız, saygıdeğer halkımız, çok tehlikeli oyunlar oynanıyor, sayın Öcalan, evet evet sevgili halkımız, saygıdeğer halkımız sayın Öcalan'ın

zehirlenmesi yönündeki iddialara karşı hükümetin, Adalet Bakanlığının yaptığı, açıkladığı raporlar, halkımızı, kamuoyunu tatmin etmemiştir. Evet sayın Öcalan bir kez daha söylüyoruz sayın Öcalan sıradan biri değildir ve İmralı’da Devletin koruması altında olması gereken birisidir. Kürt sorunu konusunda savunduğu fikirler geniş kesimler tarafından kabul görmektedir”

Bu mitingde de PKK ve lideri lehine sloganlar atılmıştır. AYM, PKK ve Öcalan propagandasına dönüştüğünü vurguladığı bir açık hava toplantısında konuşan Tuğluk’un, Öcalan’ın “*fikirlerinin geniş kitleler tarafından kabul gördüğünü*” beyan etmekle, kendisinin ve partisinin “*terör örgütü liderine olan yakınlığını*” ortaya koyduğu sonucuna varmıştır.

Anayasa Mahkemesi, DTP’nin Eş Genel Başkanlarının bu beyanlarının yanında yukarıda yer verilen kimi eylem ve söylemleri de değerlendirerek, bu partinin “*terör örgütüyle aynı ideoloji ve hedefi paylaştığı*” ve ulus ve ülke bütünlüğü aleyhine faaliyet yürüttüğü kanısına varmıştır. Mahkemeye göre, “*davalı Demokratik Toplum Partisine mensup birçok il ve ilçe teşkilat başkanı ve üyelerinin Parti adına düzenlenen etkinlikler sırasında yaptıkları konuşma ve basın açıklamalarıyla Kürt halkının Türk halkından farklı bir ulus olduğunu, Türkiye Cumhuriyeti Devleti tarafından Kürt halkına karşı baskı ve zulüm politikası yürütüldüğünü, Abdullah Öcalan’ın tecrite tabi tutulduğu ve bunun kabul edilemez olduğunu söyleyerek, aynı ideolojiyi benimseyen ve aynı hedefe yönelik PKK terör örgütüne ve onun başı Abdullah Öcalan’a yardım ve destek sağladıkları, böylece Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmaya yönelik eylem ve davranışlarda buldukları*” anlaşılmıştır.

Anayasa Mahkemesi’ne göre, DTP, üyelerinin kimi eylem ve söylemleri aracılığıyla terör örgütünün ve onun liderinin propagandasını yapmak suretiyle de ulus ve ülke bütünlüğünü ihlal etmiştir. Buna göre, “*Ulus ve ülke bütünlüğüne karşın, davalı Parti tarafından Türk ve Kürt Ulusları biçiminde bir ayırımın yapılması, ‘Kürt sorununun çözümü’ için terör örgütü ile onun başı Abdullah Öcalan’ın muhatap alınması ve onun tarafından önerilen politikaların uygulanması gerektiğinin belirtilmesi, parti teşkilat binalarında terör örgütüne ait bayrak, doküman ve yasak yayınlara yer verilmesi, terör örgütü başı ve militanlarına ait poster ve resimlerin asılması, çeşitli bahane ve vesilelerle düzenlenen kongre, miting, toplantı ve gösteriler ile örgüt mensupları için düzenlenen cenaze merasimlerinin terör örgütünün propaganda alanına dönüştürülmesi veya dönüştürülmesine göz yumulması, terör örgütü ile bağlantıları mahkeme kararlarıyla saptanan kimselerle araya mesafe koy-*

mak, gerektiğinde disiplin yaptırımı uygulamak yerine parti adına söz söyleme yetkisi olan görev ve pozisyonlara getirme gibi davranışlar Anayasa'nın 68. maddesinin dördüncü fıkrasında belirtilen 'Türk Devletinin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğü' ilkesine aykırılık teşkil eden eylemlerdir." Mahkemeye göre bu eylemler nedeniyle "davalı Parti şiddeti kışkırtan, elverişli hale getiren, terör eylemlerini siyasi nitelikli eylemler olarak tanımlayan ya da destekleyen, bu tür eylemleri teşvik eden, bunları gizleyen ya da bu tür eylemlere katılan, parti teşkilat binalarını terör örgütüne ve onun propaganda malzemelerine açan bir siyasi partiye dönüşmüştür."

Anayasa Mahkemesi, DTP'nin şiddeti bir araç olarak kullandığı kanısına varmıştır. Mahkemeye göre, DTP, "eksik gördüğü ve siyaseten tanınmasını beklediği haklar ve özgürlükleri, demokrasinin siyasi çoğulculuğa verdiği anlamlı destek ve hoşgörüyü kötüye kullanarak, etnisite temeline dayalı kültürel, sınıfsal yapılanma ve yönetim ayrışıklığına yol açan ve demokratik ilkelerle bağdaşmayan söylem ve eylemlerle ve terör örgütü desteğiyle elde etmek" istemekte ve "terörü kendi siyasi politikaları için araç olarak" kullanmaktadır.

"Demokratik düzende, terör eylemlerine karşı siyasi duruşunu açıkça belirlemeyen, suçlu ve suçluları kınamayan ve gizleyen bir partinin varlığı hoşgörüyü karşılanamaz" saptamasında bulunan AYM'ye göre, "Davalı Parti'nin bu bağlamdaki tutumu, Partinin PKK'yla olan ilişkisinin 'açık bir sır' olarak nitelenmesi sonucunu doğurmaktadır. Bu gizli kabulle, terör yoluyla hak elde edilmesi bir yöntem olarak benimsenmektedir."

Anayasa Mahkemesi, DTP mensuplarınca düzenlenen organizasyonlarında meydana gelen olaylar karşısında Parti yönetim organlarının herhangi bir şekilde tedbir almamaları ve sessiz kalmalarını da teröre destek biçiminde yorumlamıştır. Benzer biçimde, parti üyelerinin eylemlerinin, söz konusu partinin Büyük Kongresi, Genel Başkanı, Merkez Karar ve Yönetim organları, TBMM Grup Genel Kurulu ile Grup Yönetim Kurulu tarafından açıkça reddedilmemesi, bunların zımnen benimsenmesi olarak değerlendirilmiştir. Mahkemeye göre, "Hukuk devletine aykırı eylemlerin ilgili parti organlarıncaya kınanmadığı, suskun kalındığı ortamda davalı Parti'nin demokratik sisteme zarar vermesinin önüne geçilmesi anayasal zorunluluk halini almıştır."¹¹

¹¹ AYM kararının bu bölümündeki "hukuk devleti" vurgusu ilgi çekicidir. Çünkü AYM kararına göre DTP, "hukuk devleti ilkesine aykırılık" gerekçesiyle değil, "devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne aykırılık" nedeniyle kapatılmaktadır. Dolayısıyla kararda yer verilen

“Demokratik Toplum Partisi ve mensuplarının Anayasa’nın 68. maddesinin dördüncü fıkrası kapsamında değerlendirilen beyan ve eylemlerinin birbirleriyle bütünlük içinde bulunduğu, böylece devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü ortadan kaldırma nihai amacını güttükleri, zaman ve mekan farklılıklarına rağmen eylemlerin tek bir amaca özgülendiği, eylemlerin büyük bir çoğunluğunun Parti organlarında görevli üyelerce sorumluluk alanları içinde gerçekleştirildiği ve terör örgütü kaynaklı yönlendirmelerle sürekli tekrar edilip istikrar kazandığı ve davalı Parti’nin devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğüne aykırı eylemlerin yoğun olarak işlendiği bir odak haline geldiği” sonucuna varan Anayasa Mahkemesi’ne göre, *“belirtilen gerekçeler karşısında davalı Parti hakkında verilecek bir kapatma kararının, ulusal güvenliğin ve anayasal düzenin korunması yönünde güdülen meşru amaçla orantılı, demokratik bir toplumda gerekli ve zorlayıcı bir toplumsal ihtiyaca cevap veren nitelikte olacağı açıktır.”*

Sonuç olarak Anayasa Mahkemesi, 11 Aralık 2009 tarihinde oy birliğiyle DTP’nin kapatılmasına karar vermiş ve bu karar 31 Aralık 2009 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanmıştır. Bu kararla birlikte, AYM ayrıca, beyan ve eylemleriyle partinin kapatılmasına neden olduğunu saptadığı Ahmet Türk ve Aysel Tuğluk’un Anayasa’nın 84. maddesi uyarınca milletvekilliklerinin sona ermesine; aynı nedenle, Türk ve Tuğluk da dahil 37 DTP üyesinin beş yıl süreyle başka bir partinin kurucusu, yöneticisi, denetçisi ve üyesi olmalarının yasaklanmasına ve partinin malvarlığının Hazine’ye devrine de karar verilmiştir (par. 21).

Kararın ardından, Demokratik Toplum Partisi ile aralarında bu partinin Eş Genel Başkanları olan Ahmet Türk ve Aysel Tuğluk’un da bulunduğu on kişi, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’nin toplanma ve örgütlenme özgürlüğünü düzenleyen 11. maddesinin ihlal edildiği iddiasıyla İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi’ne başvurmuşlardır. Başvuruculardan DTP, Ahmet Türk ve Aysel Tuğluk, ayrıca Türk ve Tuğluk’un milletvekilliklerinin düşürülmesinin, serbest seçim hakkını düzenleyen İHAS’a Ek 1 Numaralı Protokol’ün 3. maddesine aykırılık teşkil ettiğini de ileri sürmüşlerdir.

eylem ve söylemlerin “ulus ve ülke bütünlüğüne aykırılığından” ya da şiddet bağlantısı gerekçesiyle “demokratik devlet ilkesine aykırılığından” söz edilmesi olanaklı olsa da “hukuk devleti ilkesine aykırılığından” söz edilmesi pek anlamlı görünmemektedir. Üstelik, bu nedenle olsa gerek, esas hakkındaki kararda “hukuk devleti”nden daha önce söz edilmiş olmayıp, kavrama yer verilen ilk ve tek cümlenin bu olduğunun da altı çizilmelidir.

II- TARAFLARIN SAVLARI

Başvuruculara göre, partileri hiçbir zaman ne toplum ve demokrasi açısından ne de devletin birliği ve bütünlüğü açısından bir tehlike teşkil etmiştir. Bu nedenle de DTP'nin kapatılması hiçbir meşru amaca dayanmamaktadır (par. 55). Yine, gerek İHAM kararlarına gerekse Venedik Komisyonu'nun ilkelerine atıf yapan başvuruculara göre, demokrasi, çoğulculuk ve hukukun üstünlüğünden yana olan partilerinin kapatılması zorlayıcı bir toplumsal gereksinimi karşılamadığı gibi, demokratik bir toplumda gerekli de değildir; böyle bir karar çoğulculukla da bağdaşmaz (par. 58).

Başvurucular, ayrıca DTP'nin Türkiye'de Kürt sorununa demokratik bir çözüm öngören başlıca siyasal parti olduğunu da belirtmişlerdir. Bu konuda, parti programındaki kimi hükümlere dayanan başvurucular, partinin savunduğu ilkelerin evrensel demokratik ölçütlerle uyum içinde olduğunu, DTP'nin ülke bütünlüğünü tehdit etmediği gibi, hiçbir zaman da ayrılıkçılığı savunmadığını, tam tersine, bu partinin Türkiye'deki Kürt azınlığın tek meşru siyasal temsilcisi olarak görülmesi gerektiğini dile getirmişlerdir (par. 59).

Başvurucular, İHAM'ın, Anayasa Mahkemesi kararında da sözü edilen, Herri Batasuna ve Batasuna/İspanya kararı üzerinde de önemle durmuşlar ve kendi durumlarının anılan karara konu olaydakinden farklı olduğunu ileri sürmüşlerdir. Söz konusu davada, İHAM'ın, bu iki partinin şiddete açıkça çağrı yaptığına, terörizmle açıkça bağlantılı kişilerin övüldüğüne ve bu partilerin şiddeti kınamamalarının terörizme örtülü destek anlamına geldiğine karar verdiğini anımsatmış; Anayasa Mahkemesi'nin ise DTP'yi ülke ve ulus bütünlüğüne aykırı eylemlerin odağı haline geldiği gerekçesiyle kapattığını belirtmişlerdir. Başvuruculara göre bu, AYM'nin, DTP'nin PKK ya da başka terör örgütlerinin şiddet eylemlerini doğrudan desteklemediğini kabul ettiğini göstermektedir (par. 60).

Türkiye-İspanya, DTP-Batasuna benzerliği Türkiye'de de çeşitli tartışmalar yaratmıştır¹². Hatta bu konu, aşağıda görüleceği gibi, İHAM'ın incelemekte olduğumuz kararında da bizzat İHAM tarafından tartışılmıştır. Bununla birlikte, başvurucuların burada ileri sürdükleri savın tartışmalı görüldüğü de belirtilmelidir. Çünkü, daha önce de belirtildiği gibi, DTP'ye ilişkin kapatma kararında AYM, İHAM içtihadının ve belki özellikle de Batasuna kararının etkisiyle, ilk kez davalı partinin şiddetle olan bağlantısı iddiası üzerinde ayrıntılı biçimde

¹² Bu konuda bir değerlendirme için bkz. ÖZÇER, 2009.

durmuştur. Yine, kararın yukarıda alıntılanan bölümlerinde de görülebileceği gibi, kararda DTP'nin “şiddeti kışkırttığı”, “terörü bir araç olarak kullandığı” gibi saptamalara yer verilmiştir. AYM kararının hüküm kısmında bundan söz edilmemiş olması, parti kapatma rejimini düzenleyen ilgili Anayasa ve yasa maddelerinde, İspanya'dakinden farklı olarak, şiddet bağlantısının kapatma nedenleri arasında açıkça zikredilmemesinden kaynaklanıyor olsa gerektir.

Başvurucular, Anayasa Mahkemesi'nin kapatma kararına temel aldığı eylem ve söylemlerin partiyi bağlamayacağını da ileri sürmüşlerdir. AYM'nin bu konuyu hiç tartışmadığını belirten başvurucular, Venedik Komisyonu'nun kabul ettiği ilkelere göre, bir siyasal parti tarafından yetkilendirilmedikçe, üyelerinin etkinlikleri dolayısıyla partinin sorumlu tutulamayacağını belirtmişlerdir (par. 62). Yine bu kapsamda, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı'nın iddianamesinde, 2820 sayılı Siyasal Partiler Kanunu'nun 101 ve 103. maddeleri çerçevesinde, DTP'nin TBMM grup genel kurulunun ya da grup yönetim kurulunun hiçbir beyanına yer vermemiş olduğunun altını çizmişlerdir. İlgililere göre, bireylerin açıklamaları parti tüzel kişiliğini bağlamaz; bu nedenle de DTP'nin anayasaya aykırı eylemlerin odağı olduğuna karar verilirken dikkate alınmaz (par. 64).

Başvurucuların bu savının da tartışmalı görüldüğü burada belirtilmelidir. Venedik Komisyonu'nca kabul edilen ilkeler arasında siyasal partilerin kapatılması sürecinde üyelerin bireysel eylemlerine değil partinin hukuka aykırı faaliyetlerine ağırlık verilmesinin öngörüldüğü doğrudur. Nitekim, anılan organ tarafından kabul edilen 10 Aralık 2000 tarihli “Siyasal Partilerin Yasaklanması, Kapatılması ve Benzeri Önlemlere İlişkin Yol Gösterici İlkeler” başlıklı metnin 4. maddesi şu şekildedir: “*Parti tarafından yetkilendirilmemiş üyelerinin siyasal/kamusal etkinlikler ve parti faaliyetleri çerçevesindeki bireysel davranışlarından ötürü bir siyasal parti bütünüyle sorumlu tutulamaz.*” Aynı metnin 6 numaralı paragrafına göre ise “*Siyasal partilerin yasaklanmasına ya da kapatılmasına ilişkin olarak alınacak hukuksal önlemler, anayasaya aykırılığın bir yargı kararıyla saptanmasıyla gerçekleştirilmeli, istisnâ olarak kabul edilmeli ve ölçülülük ilkesine uygun olmalıdır. Tüm bu önlemler, yalnızca bireysel olarak üyelerinin değil ama partinin kendisinin, anayasaya aykırı araçlar kullanarak ya da bunları kullanmaya hazırlanarak siyasal amaçlarına ulaşmayı hedeflediğine dair yeterli kanıtı dayanmalıdır.*”¹³

¹³ Bkz. European Commission for Democracy Through Law (Venice Commission), Guidelines on Prohibition and Dissolution of Political Parties and Analogous Measures, CDL-

Venedik Komisyonu'nun söz konusu ilkeleri, ilk bakışta üyelerin bireysel eylemlerinden partinin sorumlu tutulamayacağına kesin olarak öngörüldüğü sonucunun çıkarılmasına olanak tanır niteliktedir. Bununla birlikte anılan ilkeler bir kez daha dikkatle okunduğunda, farklı bir sonuca varmanın mümkün olabileceği de görülür. Şöyle ki, İlkelerin 4 numaralı paragrafında, bir siyasal partinin üyelerinin bireysel davranışlarından ötürü "bütünüyle sorumlu tutulamayacağı" öngörülmektedir. Yine 6 numaralı paragrafta, bir siyasal partiyle ilgili anılacak önlemlerin "yalnızca bireysel olarak üyelerinin değil" partinin kendisinin anayasaya aykırı araçları kullandığına dair yeterli kanıtı dayanması gereği üzerinde durulmuştur. Her iki paragraftaki vurguladığımız ifadeler, bizi, salt bireysel eylem ve söylemlere dayanılarak partinin yasaklanamayacağı ya da kapatılmayacağı; ancak bunların partiye atfedilebilmesi durumunda, diğer başka kanıtlarla birlikte kapatmaya esas alınabileceği sonucuna da götürebilir. Görüldüğü gibi, buradaki kilit sorun, bireysel etkinliklerin partiye atfedilebilirliğidir.

Öte yandan, başvuru sahiplerinin de işaret ettikleri, 2820 sayılı yasanın 103. maddesi, parti kapatma nedeni sayılan fiillerin doğrudan TBMM grup genel kurulu ya da grup yönetim kurulunca işlenmesini değil; üyeler tarafından bu fiillerin işlenmesi durumunda bunların ilgili organlarca zımnen ya da açıkça benimsenmesi halini de odak olma ölçütleri arasında saymıştır. Bu hüküm aynı konuyu düzenleyen Anayasa md. 69/6 ile de koşutluk içerisinde¹⁴. Kaldı ki İHAM'ın Refah Partisi ve diğerleri/Türkiye kararında da vurgulandığı gibi, bir partinin üyesi olarak seçilen milletvekilleri ya da yerel yöneticilerin konuşma ve eylemleri, bunları yapan bireylerin kişisel özellikleri dolayısıyla değil, ama parti adına ortaya kondukları için potansiyel seçmenlerin umut, beklenti ya da korkularını harekete geçirerek onları etkileme imkanına sahiptir. Anılan kararda İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin Büyük Dairesi, bu tür eylem ve söylemlerin, hukuka aykırı herhangi bir amaca ulaşmak

INF(2000)1. Venedik Komisyonu ilkeleri çerçevesinde siyasal partilerin yasaklanması konusunda bir inceleme için ayrıca bkz. UZELTÜRK, 2009.

¹⁴ Odak olmayı düzenleyen, Anayasa'nın md. 69/4 ve tamamen aynı tunceleri içeren Siyasi Partiler Kanunu'nun md. 103/3 hükmü şu şekildedir: "Bir siyasî parti, bu nitelikteki fiiller o partinin üyelerince yoğun bir şekilde işlendiği ve bu durum o partinin büyük kongre veya genel başkan veya merkez karar veya yönetim organları veya Türkiye Büyük Millet Meclisindeki grup genel kurulu veya grup yönetim kurulunca zımnen veya açıkça benimsendiği yahut bu fiiller doğrudan doğruya anılan parti organlarınca kararlılık içinde işlendiği takdirde, söz konusu fiillerin odağı haline gelmiş sayılır."

bakımından, partinin tüzüğünde ya da programında yazılan soyut sözcüklere göre çok daha etkili olduğunun altını çizmiş ve bunlarla arasına mesafe koymadığı sürece bu eylem ve söylemlerin partiyi de bağlayacağını belirtmiştir. Üstelik, söz konusu üyelerle arasına göstermelik olarak mesafe koymasının, sözgelimi, parti hakkında kapatma davası açıldıktan sonra, kapatmayı önlemek amacıyla bu üyeler hakkında disiplin soruşturması açmasının da partiyi sorumluluktan kurtarmayacağını kabul etmiştir.¹⁵ Sonuç olarak, mahkemelelerin, somut olaylarda bireysel eylemlerin partiye atfedilebilirliği konusundaki değerlendirmeleri tartışılabilir olsa da, “bireylerin eylemleri partiyi sorumlu kılmaz” şeklinde özetlenebilecek kategorik bir kabulün yerinde görünmediği belirtilmelidir.

DTP ve diğerleri/Türkiye kararında, başvuruçuların savları arasında en ilgi çekici olan noktalardan biri de, Türk istihbarat yetkilileri ile PKK temsilcileri arasında Oslo’da yapılan görüşmelerin hatırlatıldığı 64. paragraftır. Burada başvuruçular, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı’nın iddianamesindeki dayanaklardan birini de avukatlarının yasal bir çerçevede Abdullah Öcalan’la yaptığı ve daha sonra kimi dergi ve internet sitelerinde yayımlanan görüşme tutanaklarının oluşturduğunu belirtmişlerdir. Bu görüşmelerde şiddete çağrının söz konusu olmadığını, Kürt sorununun barışçıl yollarla çözümüne vurgu yapıldığını ileri sürmüşlerdir. Anayasa Mahkemesi’nin de kapatmaya ilişkin kararında DTP üyeleri ile PKK arasındaki yakınlık iddiasına dayandığını vurgulayan başvuruçulara göre, bu iddiayı anlamak güçtür; çünkü bizzat Türkiye’nin kendisi PKK ile görüşme sürecine girmiştir. Başvuruçular, “*doğrudan doğruya Başbakan’a bağlı olan Türkiye istihbarat örgütünün Oslo’da PKK ile bir dizi görüşme yaptığına ve bunların Anayasa Mahkemesi’nin DTP’nin kapatılmasına ilişkin kararından önce gerçekleştiğine*” işaret etmişlerdir.

Başvuruçuların bu savı İHAM’ı etkilemiş görünmektedir. Nitekim, daha kararın başında olaylar özetlenirken, “DTP’nin Kapatılmasından Sonraki Gelişmeler”e ayrı bir başlık altında yer verildiği görülmektedir. İHAM burada, DTP’nin kapatılmasından sonra Barış ve Demokrasi Partisi (BDP) adıyla yeni bir parti kurulduğunu ve DTP’li on dokuz milletvekilinin bu partiye ka-

¹⁵ İHAM Büyük Daire’nin 13 Şubat 2003 tarihli kararı için bkz. Case of Refah Partisi (the Welfare Party) and others v. Turkey (Application nos. 41340/98, 41342/98, 41343/98 and 41344/98, 13 February 2003), par. 115.

tıldığını; Hükümetin girişimiyle, Kürt sorununa barışçıl çözüm için “İmralı süreci” ya da “çözüm süreci” olarak adlandırılan sürecin başlatıldığını; bu süreç çerçevesinde Hükümetin uyuşmazlığın tarafı olan bütün aktörlerle görüşmeye başladığını; milletvekillerinin PKK lideriyle görüşmesine izin verildiğini ve yine süreç kapsamında birçok önlemin alınıp bir dizi yasal düzenlemenin yapıldığını özellikle vurgulamıştır (par. 36, 37).

Başvurucular sonuç olarak, DTP’ye atfedilen tüm eylemlerin barışçıl ve insancıl nitelikte olduğunu ve kamunun genel yararını ilgilendirdiğini vurgulamışlardır. Başvuruculara göre bu eylemler, ülkenin demokratikleşmesi ve bölgede barışın tesisi için gerekli olan toplumsal oyuşmayı güçlendirmeyi, halkların kardeşliğini ve ülkenin birliğini sağlamayı hedeflemektedir (par. 65).

Başvurucuların bu savlarına karşılık, Türkiye Hükümeti, DTP’nin kapatılmasının İHAS’ın 11. maddesine uygun olduğunu; çünkü bu yaptırımın demokratik bir toplumda gerekli ve zorlayıcı bir toplumsal gereksinimi karşılar nitelikte olduğunu ileri sürmüştür. Hükümete göre, bu parti anayasal düzen açısından gerçek bir tehlike oluşturmaktadır. Anayasal ve demokratik düzene ilişkin yakın bir tehlikenin var olduğunu gösteren sağlam kanıtlar da bulunmaktadır (par. 66).

İHAM’ın Herri Batasuna ve Batasuna kararına, Hükümet’in savunmasında da geniş biçimde yer verilmiştir. Karardan uzun alıntılar yapan Hükümet, somut olaydaki durumun söz konusu İHAM kararındakinden hiçbir biçimde farklı olmadığını iddia etmiştir. Hükümete göre, demokratik düzeni tehlikeye düşüren ya da amaçlarını gerçekleştirmek için şiddete başvurmayı öngören bir partinin kapatılması Sözleşme ilkeleriyle bağdaşmaz değildir. Türkiye Hükümeti, savunmasında “şiddet” teriminin dar yorumlanmaması gereğine de vurgu yapmıştır. Bu terim yalnızca, parti üyelerinin silahlı eylemlere girişmeleri olarak anlaşılmalıdır. Hükümete göre, AYM kararının da ortaya koyduğu gibi, davalı parti ilke olarak şiddete başvurmayı yüceltmış ve hem ulusal hem de uluslararası düzlemde terörist olduğu kabul edilen, bombalı eylemlere ve öldürümlere girişen bir örgütü açık ya da örtülü olarak desteklemiştir (par. 67).

DTP’nin şiddete açıkça çağrı yaptığını ileri süren; yöneticilerinin açıklamaları, PKK ile bağlantılı kimi simgelerin kullanılması, terör eylemleri nedeniyle mahkum olmuş bireylerin partiye üye yazılması, terör örgütünü destekleme amacıyla gerçekleştirilen etkinlik ve gösteriler yapılması, PKK

tarafından gerçekleştirilen terör eylemlerinin ve şiddetin meşrulaştırılması gibi olgulara dayanan Hükümete göre, bu partinin kapatılması Türkiye’de demokrasinin korunması için başvurulması zorunlu bir önlemdir (par. 68-69).

III- İHAM’IN DEĞERLENDİRMESİ

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, DTP’nin kapatılmasına yönelik başvuruyu ele alırken de, daha önceki parti kapatma başvurularında olduğu gibi, bir hak ya da özgürlüğün ihlal edilip edilmediğini incelerken izlediği klâsik yöntemini izlemiştir¹⁶. Bu çerçevede önce müdahalenin varlığını (par. 52), sonra bunun hukuken öngörülmüş olduğunu (par.53) saptayan mahkeme, ardından bu müdahalenin meşrulaştırılması sorunuyla ilgilenmiştir. Bu çerçevede ilk üzerinde durduğu husus, bu müdahalenin meşru bir amaçla gerçekleştirilip gerçekleştirilmediği olmuştur. Strasbourg Mahkemesi’ne göre, somut olayda başvuru önlemler, İHAS’ın 11. maddesinde öngörülmüş bulunan meşru amaçlardan çoğuna, özellikle de kamu düzeninin ve başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amaçlarına yöneliktir (par. 57).

Müdahalenin meşrulaştırılması çerçevesinde İHAM’ın üzerinde durduğu son husus “demokratik bir toplumda gereklilik” olmuştur. Bu noktada da daha önceki kararlarında da yaptığı gibi, önce müdahalenin zorlayıcı bir toplumsal gereksinimden kaynaklanıp kaynaklanmadığını, sonra da ölçülü olup olmadığını değerlendirmiştir.

İHAM, müdahale için zorlayıcı bir toplumsal gereksinimin söz konusu olup olmadığını araştırırken, esas olarak iki hususa ağırlık vermiştir. Mahkeme, önce DTP tarafından savunulan görüşlerin demokratik ilkelerle bağdaşıp bağdaşmadığını incelemiştir. Ardından partiye atfedilen eylem ve söylemleri değerlendirmiştir. Bu çerçevede de önce iki eş genel başkanının konuşmalarını ele almış, son olarak da DTP’nin diğer tavır ve tutumlarını gözden geçirmiştir.

Siyasal parti özgürlüğünün ifade özgürlüğü ile ilişkisi konusundaki yerleşik içtihadını yineleyen Strasbourg Mahkemesi’ne göre, demokrasi ifade özgürlüğü ile beslenir. Bir siyasal oluşum, yalnızca halkın bir bölümünün durumunu kamusal olarak tartışmaya açtığı ya da bunların durumuna, demokra-

¹⁶ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. GRABENWARTER, 2014, S. 309-310; HARRIS/O’BOYLE/WARWICK, 2014, s. 725-730; SCHABAS, 2015, s. 510-523; SUDRE ve diğ., 2011, s. 701-705.

tik kurallara saygı çerçevesinde ilgili tüm aktörleri tatmin edecek bir çözüm arayışına girdiği için endişeye düşmemelidir (par. 74).

DTP'nin kapatılmadan önce Türkiye'de Kürt sorununa barışçıl bir çözüm arayan başlıca yasal siyasal oluşum olduğuna dikkat çeken İHAM, bu noktada, önündeki davanın Herri Batasuna ve Batasuna/İspanya davasından farklı olduğunun da altını çizmiştir. Mahkeme, İspanya'nın pek çok özerk bölgesinde, çok sayıda "ayrılıkçı" siyasal partinin barış içinde bir arada varlığını sürdürdüğünü hatırlatmıştır (par. 75).

İHAM, DTP'nin tüzüğünde ya da programında Türkiye'nin anayasal düzenini demokrasinin temel ilkeleriyle bağdaşmayacak biçimde değiştirmeyi öngörmemiş olduğu konusunda tarafların hemfikir olduğunu da saptamıştır (par. 76). Aynı biçimde Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı'nın iddianamesinde partinin programının Anayasaya aykırı olduğunun ileri sürülmüş olmadığını, AYM'nin de re'sen bu konuda bir inceleme yapmamış olduğunu vurgulamıştır. DTP programında şiddetin reddedildiğinin; demokrasi, hukuk devleti ve insan haklarına saygı çerçevesinde bir çözüm önerildiğinin altını çizmiştir. Eş Genel Başkan Aysel Tuğluk'un "*Biz şiddetin bir çözüm olmadığını savunuyoruz. Silahlar susmalı ve PKK silahlarını teslim etmeli... Yirmi birinci yüzyılın bu ilk çeyreğinde silahlı mücadele yolu artık geçerli olamaz*" ve bir önceki Eş Genel Başkan Emine Ayna'nın "*Biz kesinlikle silaha başvurulmasını savunmuyoruz*" sözlerini alıntılamanın İHAM, bu sözlerle Kürt sorununun barışçıl bir biçimde çözülmesini savunduklarının anlaşıldığını belirtmiştir. Strasbourg Mahkemesi'ne göre "*Anayasa Mahkemesi'nin, kararında, DTP programında ortaya konan barışçıl amaçlara hiç ağırlık vermemiş olması üzücüdür.*" (par. 77).

İnsan Hakları Mahkemesi, yine Sosyalist Parti ve Diğerleri/Türkiye kararından beri geliştirdiği yerleşik içtihadına uygun olarak, farklı siyasal tasarıların önerilebilmesi ve tartışılabilmesinin demokrasinin özünü oluşturduğunu; bu tasarıların bir devletin mevcut örgütlenme biçimini tartışmaya açar, hükümetin izlemekte olduğu siyaseti zedeler ya da toplumun çoğunluğunun inançlarını sarsar nitelikte olsalar bile demokrasinin kendisine aykırı olmadıkça savunulabileceğini vurgulamıştır. Bu ölçütleri, önündeki somut olaya uygulayan Mahkeme, DTP'nin savunduğu Kürt sorununa siyasal çözüm bulunması ve Kürt kimliğinin tanınması gibi taleplerin temel demokratik ilkelere aykırı olmadığını belirtmiştir. Yine İHAM'a göre, DTP'nin siyasal tasarısının Türkiye Devleti'nin mevcut ilkelerine ve yapılanmasına uymaması, bunu demokratik ilkelere de aykırı duruma getirmez (par. 78).

İHAM'a göre, Anayasa Mahkemesi kararında ortaya konduğu gibi, DTP'nin savunduğu fikirlerle PKK'nın fikirleri arasında bir koşutluk olduğu kabul edilse bile, bu tür bir saptama, başvuru partinin hedefini gerçekleştirmek amacıyla güç kullanmayı onayladığı sonucuna varmak için yeterli olmayacaktır. Mahkemeye göre, anılan ilkelerin yasal bir siyasal oluşum tarafından savunulmasının terör eylemlerine destek vermeye indirgenmesi, bu konudaki sorunların demokratik bir tartışma çerçevesinde ele alınması olasılığını azaltacaktır. Bu aynı zamanda, bu ilkeleri savunmayı silahlı örgütlerin tekeline bırakmak olur, ki bu durum İHAS md. 11'in ruhuna ve bu maddenin dayandığı demokratik ilkelere kesinlikle aykırı olacaktır (par. 79).

DTP'nin amacına ulaşmak için şiddet kullanmayı açıkça reddettiği gerçeğine belli bir ağırlık tanıma gereği duyduğunu belirten İHAM, eş genel başkanların konuşmalarından da, bu partinin şiddete son vermek için belli bir siyasal rol üstlenmek istediğinin anlaşıldığının altını çizmiştir (par. 80). Sonuç olarak, hem yukarıda ortaya konan olguları hem partinin programını hem de açıklanan amaçlarını dikkate alan Mahkeme, İHAS çerçevesinde demokratik toplum kavramıyla bağdaşmayan herhangi bir siyasal tasarının varlığını saptamadığını belirtmiştir (par. 81).

Başvuru parti tarafından savunulan görüşlerin değerlendirilmesinin ardından Strasbourg Mahkemesi, DTP'ye atfedilen eylem ve söylemleri incelemiştir. Bunun nedeni de daha önceki birçok parti kapatma başvurusunda ortaya konduğu gibi, yalnızca partinin programının incelenmesinin yeterli olmadığı, bir siyasal partinin programının partinin kamuya açıklanan amaç ve eğilimlerini gizleyebilmesidir (par. 83).¹⁷

İHAM, iki eş genel başkanın açıklamalarının partiyi kesinlikle bağlayacağını, çünkü genel başkanların konumunun sıradan bir üyeninkinden farklı olduğunu belirtmiştir. Hem siyasal kurumların hem de kamunun, bir genel başkanın siyasal açıdan hassas konulardaki açıklamalarını ya da tutumlarını, onun kişisel görüşleri olarak değil, partiyi temsilen yapılan eylemler biçiminde algıladığını vurgulamıştır. Bu nedenle de, DTP'ye atfedilen eylemlerin de değerlendirilmesine iki eş genel başkanın açıklamalarıyla başlamıştır (par. 85).

¹⁷ Örnek olarak bkz. Case of the United Communist Party of Turkey and others v. Turkey (Application no. 19392/92, 30 January, 1998), par. 58; Case of Refah Partisi (the Welfare Party) and others v. Turkey, par. 101.

Mahkeme, AYM'nin kararına dayanak olarak aldığı ve yukarıda alıntılanan konuşmaları tek tek incelemiştir. Bu çerçevede İHAM'a göre, Ahmet Türk konuşmalarında, Abdullah Öcalan'ın silahlı grupların ülke dışına çıkmasında oynadığı rolden ve Türkiye'nin AB'ye aday üye olmasından duyduğu memnuniyeti dile getirmiş; Öcalan'ın tutukluluk koşullarına da, PKK'nın eylemleri hakkında herhangi bir destek ya da onay belirtmeden kamunun dikkatini çekmiştir. Yine, önce terörü kınaması gerektiği yolundaki görüşü eleştirirken, bu tür bir tutumdan niçin kaçındığını açıklamıştır. İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre bu tavır, bağlamı içinde değerlendirildiğinde ve açıklama sahibinin şiddete son verme konusunda bir rol üstlenmek istediği de dikkate alındığında terörizme doğrudan ya da dolaylı destek vermek biçiminde değerlendirilemez (par. 88, 89).

Strasbourg Mahkemesi'ne göre, aynı değerlendirmeler, Aysel Tuğluk'un konuşmaları bakımından da geçerlidir. Mahkemeye göre, Tuğluk'un sözleri, güvenlik güçlerinin, Türkiye'nin güneydoğusundaki terör eylemleriyle mücadele yönteminin sert bir eleştirisi, ayrılıkçılık konusunda kamunun uyarılması niteliğinde olup, buradan konuşmacının PKK'nın eylemlerini desteklediği sonucu çıkarılamaz. İHAM bu konuda daha önceki kimi kararlarına da atıfla, bu tür açıklamaların İHAS md. 10'da düzenlenen ifade özgürlüğünün koruması kapsamında olduğunu belirtmiştir.¹⁸ Yine İHAM'a göre, dağdaki terör örgütü mensuplarından "kardeşlerimiz" biçiminde söz etmesi de, mutlaka konuşmacının PKK üyeleriyle kendini özdeşleştirdiği ve onların eylemlerini desteklediği anlamına gelmez. Strasbourg Mahkemesi, Tuğluk'un "*Sayın Öcalan bir kez daha söylüyoruz sıradan biri değildir... Kürt sorunu konusunda savunduğu fikirler geniş kesimler tarafından kabul görmektedir*" biçimindeki sözlerinin ise, salt sözüne sıkı sıkıya bağlı biçimde alındığında Abdullah Öcalan'ın fikirlerine destek biçiminde yorumlanabileceğini kabul etmiştir. Bununla birlikte,

¹⁸ Bu kararlara örnek olarak bkz. *Affaire Refik Karakoç c. Turquie* (Requête n° 53919/00, 10 janvier 2006) ve *Affaire Osman Özçelik et autres c. Turquie* (Requête n° 55391/00, 20 decembre 2005). Her iki karar da DEP yöneticisi olan başvuruçuların imzaladığı "Demokrasi Partisi'nin Barış Çağrısı" başlıklı bildiri nedeniyle aldıkları mahkumiyete ilişkindir. Bu bildiride devlet ile PKK'nın ateşkes ilan etmesi, bu ateşkesin tarafsız yapıların gözetiminde yürütülmesi, devletin Kürt halkının yasal temsilcileriyle görüşme sürecini başlatması, Kürt kimliğinin tanınip anayasal güvence altına alınması, terörle mücadele yasasının kaldırılması gibi talepler dile getirilmiştir. İHAM, bu kararlarda, başvuruçuların mahkum edilmesinin, ifade özgürlüğü hakkına yönelik ölçsüz bir sınırlama olduğu ve bunun demokratik toplumda gereklilik ölçütüne aykırı düştüğü gerekçesiyle 10. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir.

İHAM'a göre bu tür ifadeler bağlamı içinde değerlendirildiğinde, PKK'nın amaçlarına ulaşmak için başvurduğu şiddet eylemlerinin onaylanması olarak görülemez (par. 90, 91).¹⁹

İnsan Hakları Mahkemesi, Ahmet Türk ve Aysel Tuğluk'un yalnızca DTP'nin Eş Genel Başkanları olmayıp halk tarafından seçilmiş muhalif milletvekilleri de olduklarının ayrıca altını çizmiştir. Yine Castells/İspanya kararına atıfla, bu iki siyasetçinin aynı zamanda kendilerini seçenleri temsil ettiklerini, onların kaygılarını dile getirip çıkarlarını savunduklarını anımsatmıştır. Mahkemeye göre, hem ifade sahipleri hem de kullanılan ifadeler dikkate alındığında, Türk ve Tuğluk'un ifadelerinin siyasal ifadeler olduğunda kuşku yoktur. Siyasal ifadeler ise, İHAM tarafından defalarca vurgulandığı gibi, ifade özgürlüğü hakkının merkezinde yer alır. Strasbourg Mahkemesi, kamunun genel yararını ilgilendiren durumlarda devletlerin takdir yetkisinin sınırlı olduğuna, siyasal partilerden kaynaklı bir siyasal ifade söz konusu olduğunda bu yetkinin daha da dar yorumlanması gereğine de dikkat çekmiştir. Son olarak, Türk ve Tuğluk'un ne şiddet kullanımına, ne silahlı direnişe ne de ayaklanmaya çağrı yaptıklarını; bunun da Mahkeme tarafından öncelikle dikkate alınması gereken bir olgu olduğunu vurgulamıştır. Tüm bu gözlemlere dayanarak İHAM, ihtilaf konusu söylemlerle iki eş genel başkanın, seçmenlerinin kaygılarını dile getirmekten başka bir amaç taşıdığına kani olmadığını belirtmiştir (par. 92).

Eş genel başkanların ifadelerini incelemesinin ardından İHAM, DTP'ye atfedilen diğer eylem ve davranışları değerlendirmiştir. Bu çerçevede de, öncelikle, yukarıda işaret edilen Refah Partisi ve diğerleri/Türkiye kararında ge-

¹⁹ Bu noktada İnsan Hakları Mahkemesi iki farklı karara atıf yapmıştır. Bunlardan biri Öcalan'a "Sayın" diye hitap edilmesinin suçu ve suçluyu övme (TCK md. 215) fiilini oluşturduğu gerekçesiyle verilen mahkumiyet hükmünün İHAS md. 10'u ihlal ettiğine ilişkin Yalçınkaya ve diğerleri/Türkiye kararıdır. Bkz Affaire Yalçınkaya et autres c. Turquie (Requête n^{os} 25764/09, 25773/09, 25786/09, 25793/09, 25804/09, 25811/09, 25815/09, 25928/09, 25936/09, 25944/09, 26233/09, 26242/09, 26245/09, 26249/09, 26252/09, 26254/09, 26719/09, 26726/09 et 27222/09, 1^{er} octobre 2013). Diğeri ise, "Biji Serok Apo, HPG Cepheye Misillemeye" sloganının açıkça terörü mazur göstermek anlamına geldiği, dolayısıyla bu sloganı attığını kabul eden başvurucuya verilen ve sonra da paraya çevrilen hapis cezasının md. 10'u ihlal etmediği saptamasıyla, başvurunun açıkça dayanaktan yoksun olduğu gerekçesiyle verilen Taşdemir başvurusundaki kabul edilemezlik karardır. Bkz. Decision as to the Admissibility of Application no. 38841/07 by Resul Taşdemir against Turkey, 23 February 2010. İHAM, Tuğluk'un ifadelerinin bu karardaki sloganlardan farklı bir nitelik arz ettiğine de dikkat çekmiştir (par. 91).

liştirdiği ölçütleri bir kez daha anımsatmıştır. Buna göre, bir siyasal partiye mensup milletvekillerinin ya da yerel yöneticilerin eylem ve tutumları, bir bütün olarak değerlendirildiğinde partinin amaç ve eğilimlerini ortaya koyar ve söz konusu partinin tasarladığı toplum modeli hakkında bir fikir verir nitelikte ise, ilgili parti bu eylem ve söylemlerle arasına açıkça mesafe koymadığı sürece, bunlar o partiye atfedilebilir durumdadır (par. 93).²⁰

İHAM, yine önceki kimi kararlarına atıfla, Öcalan'ın mahpusluk koşullarının protesto edilmesi ya da sağlık koşullarına ulusal ya da uluslararası kamuoyunun dikkatinin çekilmesi amacıyla başvuru parti tarafından gerçekleştirilen etkinliklerin ifade özgürlüğü ve barışçıl gösteri haklarının korunması kapsamında olduğundan kuşku duymadığını belirtmiştir (par. 95).

Eş genel başkanların söz aldığı toplantılarda Abdullah Öcalan'ı destekleyen sloganlar atılması, PKK ile bağlantılı bayrak, pankart ya da simgelerin kullanılması konusundaysa İHAM, iki noktaya dikkat çekmiştir. Bir kere, Mahkeme'ye göre, DTP yöneticilerinin bu tür eylemlerin hazırlayıcısı oldukları ya da kalabalıkları böyle davranmaya teşvik ettikleri kanıtlanmış değildir. Strasbourg Mahkemesi, bu tür sloganların ulusal güvenlik ya da kamu düzeni üzerinde bir etkisinin bulunmadığına karar vermiş olduğunu da ayrıca anımsatmıştır (par. 96).²¹

İnsan Hakları Mahkemesi, eş genel başkanların ifadelerini inceledikten sonra, partinin üyelerine ya da yerel yöneticilerine atfedilen tüm eylem ve söylemlerin incelenmesini gerekli görmediğini belirtmiştir. Öte yandan, bunlardan bazılarının siyasal bir araç olarak şiddete çağırıcı onaylar nitelikte olduğunun kabul edilebileceği gerçeğini de dışlamadığını vurgulamıştır. DTP üyelerinin kimi eylemlerinin ceza hukuku çerçevesinde suç teşkil edebileceğinden kuşkusu bulunmadığının da altını çizmiştir. Mahkeme, nefret söylemi, şiddetin mazur gösterilmesi ya da şiddete çağrı olarak nitelenebilecek eylemlerin hoşgörü anlayışıyla bağdaşmayacağını ve Sözleşme'nin Başlangıç bölümünde ortaya konan, adalet ve barış gibi temel değerlere aykırı olacağını da anımsatmıştır (par. 97).

²⁰ Bkz. Case of Refah Partisi (the Welfare Party) and others v. Turkey, par. 115.

²¹ “Biji Serok Apo” ve “Gençlik Apo'nun fedaisidir” sloganları ile ilgili bir karar için bkz. Case of Kılıç and Eren v. Turkey (Application no. 43807/07, 29 November 2011); “Yaşasın Başkan Apo”, “Dişe diş kana kan, seninleyiz Öcalan” sloganları ile ilgili bir karar için bkz. Affaire Bülent Kaya c. Turquie (Requête n° 52056/08, 22 octobre 2008).

İHAM, Türkiye'nin güneydoğusunda 1985'ten beri mevcut olan ve güvenlik güçleriyle PKK mensupları arasında devam eden mücadelenin sonucunda çok sayıda can kaybına sebebiyet veren durumu daha da ağırlaştıracağı düşünülen açıklama ya da eylemler konusunda devlet yetkililerinin taşıdığı kaygıların farkında olduğunu da bir kez daha teyit etmekten geri durmamıştır (par. 98).

DTP'nin, PKK'nın eylemleriyle arasına açıkça mesafe koymadığı savı konusundaysa Strasbourg Mahkemesi, Batasuna kararına da atıfla, daha önce, terör ortamında şiddeti reddetmemenin terörizme örtülü olarak destek vermek biçiminde yorumlanabileceği; terörizmi kınamaması nedeniyle bir siyasal partinin kapatılmasının Sözleşme'ye aykırı olmayacağı; siyasetçilerin yalnızca eylem ve söylemlerinin değil, kimi durumlarda ihmal ya da suskunluklarının da bir tavır almak ve terörist eylemlere destek vermek anlamına gelebileceği yönünde karar verdiğini anımsatmıştır. Bu çerçevede de, DTP'nin, üyelerinin ya da yerel yöneticilerinin terörizme dolaylı yoldan destek verme biçiminde yorumlanabilecek eylem ya da söylemleriyle arasına açıkça mesafe koymaması nedeniyle, bu parti hakkında kimi önlemlere başvurulmasının zorlayıcı bir toplumsal gereksinimi karşılar nitelikte olacağına karar vermiştir (par. 99, 100).

İnsan Hakları Mahkemesi, DTP'nin kapatılmasına ilişkin incelemesinde son olarak, kapatma yaptırımının izlenen meşru amaçlarla orantılı olup olmadığı sorunu üzerine odaklanmıştır. Bu bağlamda da bu konudaki önceki içtihadını anımsatarak işe başlamıştır. İHAM'a göre, ancak, siyasal çoğulculuğa ya da temel demokratik ilkelere yönelik tehdit gibi ağır ihlaller bir siyasal partinin faaliyetlerinin yasaklanmasını haklı kılabilir. Kimi fikirler ve kullanılan terimler yetkililerce ne denli kabul edilemez görünürse görünsün ve dile getirilen talepler ne denli gayrı meşru olursa olsun, şiddete çağrı ya da temel demokratik ilkelerin reddi dışındaki durumlarda toplanma ve ifade özgürlüklerini ortadan kaldırmayı öngören radikal önlemler demokrasiye zarar verir, hatta çoğu zaman onu tehlikeye atar (par. 101).

Demokrasinin temel özelliklerinden birinin, bir ülkenin karşılaştığı sorunları, şiddete başvurmadan, diyalog yoluyla çözümleme olanağı sağlaması olduğunu vurgulayan Mahkeme, ulusal makamların çatışan menfaatleri dengelerken, siyasal çoğulculuğun gereklerini de yeterince dikkate almaları zorunluluğunun altını çizmiştir (par. 102).

İnsan Hakları Mahkemesi, somut olayda AYM'nin, Anayasa'da öngörülen yaptırımlardan en ağırına karar vermiş ve devletçe yapılan malî yardımdan kısmen ya da tamamen yoksun bırakılması yerine başvuru partinin kapatılmasına hükmettiğini vurgulamıştır. İHAM, bu noktada bir kez daha önündeki olayın Herri Batasuna ve Batasuna'nın kapatılması ile farklılık arz ettiğinin altını çizmiş; parti kapatmanın İspanyol hukukunda öngörülmüş olan tek yaptırım türü olduğunu anımsatmıştır (par. 104).

İHAM kararındaki bu saptama da ilgi çekicidir. Şöyle ki, partilere ilişkin olarak öngörülen yaptırımlarla ilgili, İspanyol ve Türk hukukları arasında fark bulunduğu doğru olmakla birlikte, İHAM kararında somut olay bakımından malî yardımdan yoksun bırakma yaptırımının uygulanması olanağının bulunmadığı gözden kaçırılmıştır. Oysa, 2007 seçimlerine bağımsız adaylarla giren DTP, 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu'nun ilgili maddesindeki (Ek md. 1) koşulları karşılamadığından, TBMM'de grubu bulunmasına karşın hiç malî yardım almamıştır.²² İnsan Hakları Mahkemesi ise sanki AYM'nin malî yardımdan yoksun bırakma yaptırımına hükmetme olanağı varken kapatma yaptırımını uygulanmış gibi yorum yapmıştır. Ne var ki İHAM'ı bu sonuca götürenin bizzat AYM'nin kendisi olduğunu söylemek de olanaklıdır. AYM kararının doğrudan İHAM tarafından alıntılanan (par. 35) hüküm kısmında, *“Teröre destek niteliğindeki eylem ve söylemlerin yoğunluğunun toplumda sarsıcı etkilere, aşırı endişe, kaygı ve belirsizliklere yol açtığı, bu siyasi anlayışla davalı Parti'nin demokratik hayata katkıda bulunduğu söylenemeyeceği ve bu nitelikteki fiillerin ağırlığı karşısında, 3.10.2001 günlü, 4709 sayılı Yasa'nın 25. maddesi ile Anayasa'nın 69. maddesinin yedinci fıkrasında yapılan değişiklikle yürürlüğe konulan, Anayasa Mahkemesi'nin temelli kapatma yerine dava konusu fiillerin ağırlığına göre ilgili siyasi partinin Devlet yardımından kısmen veya tamamen yoksun bırakılmasına karar verebileceğine ilişkin hüküm davalı Parti hakkında uygulanmamıştır”* ifadelerine yer verilmiştir. Öyle

²² 2820 sayılı yasanın Ek 1. maddesinin o dönemde yürürlükte olan biçimine göre, bir siyasal partinin devlet yardımı alabilmesi için %10'luk seçim barajını aşmış olması gerekiyordu. Barajı aşamayan partiler bakımından ise, milletvekili genel seçimlerindeki toplam geçerli oyların yüzde 7'sini alma koşulu bulunuyordu. DTP, yukarıda da belirtildiği gibi, 2007 seçimlerine bağımsız adaylarla girdiği için bu koşulları zaten taşıyordu. Bu noktada akla, Ek madde 1'deki koşulları karşılamamakla birlikte, TBMM'de en az üç milletvekili bulunan siyasal partilere de yardım yapılmasını öngören Geçici 16. maddenin uygulanması olasılığı gelebilirdi, ki bu madde de, daha DTP kurulmadan, 29 Nisan 2005 günlü ve 5341 sayılı yasa ile kaldırılmıştı. Dolayısıyla DTP'nin bu imkandan yararlanma olanağı da bulunuyordu.

anlaşıyor ki, Anayasa Mahkemesi, DTP'nin kapatılmasının ne denli ciddi bir zorunluluğun sonucu gerçekleştiğini ikna edici biçimde ortaya koymaya çalışırken, aslında bu yaptırımın uygulama olanağının bulunmadığı gerçeğini gözden kaçırmış; İHAM da AYM kararına dayanarak, DTP başvurusundaki durumun Batasuna'dakinden farklı olduğu sonucuna varmıştır.

İHAM, kapatma kararıyla birlikte, DTP'nin malvarlığının kendiliğinden Hazine'ye devredildiğini; ayrıca AYM'nin kapatma yaptırımının yanında Eş Genel Başkanlar Ahmet Türk ve Aysel Tuğluk'un milletvekilliklerinin düşürülmesine, otuz yedi üyeye de beş yıllık siyasi faaliyet yasağı getirilmesine hükmettiğini anımsatmış ve bunların da son derece ağır yaptırımlar olduğunu belirtmiştir (par. 104).

Strasbourg Mahkemesi, AYM'nin, kapatma yaptırımını gerekçelendirirken, kimi DTP yöneticilerinin, özellikle de iki eş genel başkanın tutumlarına dayandığını; ancak bu tutumları siyasi ve tarihsel bağlamından kopartarak ele aldığını; DTP yöneticilerinin, bu partinin Türkiye'de şiddetin sona erdirilmesi sürecinde arabulucu olarak bir rol üstlenmek istedikleri yönündeki savlarına herhangi bir önem atfetmediğini belirtmiştir. Mahkeme, ayrıca partiye mal edilebilen eylem ve söylemlerin bir bütün olarak bu parti tarafından öngörülen toplum modeli hakkında net bir fikir verip vermediğinin ve bu modelin demokratik toplum kavramıyla çelişip çelişmediğinin AYM'ce değerlendirilmiş olması gereğine de işaret etmiştir (par. 105).

İHAM'a göre, DTP, kimi üyelerinin ya da yerel yöneticilerinin terörizme dolaylı destek biçiminde yorumlanabilecek nitelikteki eylem ve söylemleriyle arasına açıkça mesafe koymamış olması nedeniyle eleştirilebilecek durumda da, partinin merkezi yöneticilerinin PKK tarafından belli bir zamanda gerçekleştirilen belirli bir şiddet eylemini kınamaktan kaçındıkları da ileri sürülmüş değildir. Yine, DTP'nin tutumunun bu partinin taraftarlarıyla diğer başka siyasi oluşumlar arasında toplumsal çatışma yaratabilecek nitelikte olduğu da iddia edilmemiştir. İHAM bu noktada da DTP'nin durumunun Batasuna ile karşılaştırılması gereğine işaret etmiştir (par. 107).

İHAM, Herri Batasuna ve Batasuna kararına değindiği diğer kısımlardan farklı olarak, bu kez bu karşılaştırmayı doğrudan kendisi yapmamış; yalnızca, yukarıda da belirtildiği gibi, aradaki ayrıma dikkat çekmekle yetinmiştir. Bununla birlikte, Mahkeme'nin burada özellikle, Batasuna'nın, Bask ülkesindeki bir belediyenin belediye meclisi toplantısında, Bask Sosya-

list Partisi'ne mensup belediye meclisi üyelerine yönelik tehditleri kınamayı reddetmesi; Batasuna'nın ve bu partinin yöneticilerinin iki kişinin öldüğü 4 Ağustos 2002 tarihli Santa Pola saldırısını kınamayı reddetmesi; Batasuna Sözcü'ünün, Bask Ülkesi Özerk Bölgesi Yönetimi Hükümeti'ni, Batasuna Genel Merkezi'nin kapatılmasına karışmaması konusunda uyarması ve bu durumda "istenmeyen bir senaryonun" gerçekleşeceğini belirtmesi; Batasuna liderlerinden birinin, Milliyetçi Bask Partisi'ni İspanyol hukukuna uyduğu için eleştirerek, ulusal onurdan yoksun olmakla suçlaması gibi olguları anımsattığını düşünmek olanaklıdır.²³

İnsan Hakları Mahkemesi, Ahmet Türk ve Aysel Tuğluk'un açıklamalarından da PKK'yı terörist olarak nitelemeyi reddettikleri sonucunun kesinlikle çıkarılabileceğini belirtmiştir. Bununla birlikte Mahkeme'ye göre, bağlamı içinde değerlendirildiğinde bu tür bir tutum mutlaka şiddetin açıkça desteklendiği anlamına gelmez. İHAM bu noktada da, parti yöneticilerinin Kürt sorununun barışçıl yollarla çözümü konusunda arabuluculuk rolü üstlenmek istedikleri yönündeki açıklamayı özellikle dikkate aldığını da belirtmiştir (par. 108).

Strasbourg Mahkemesi, AYM'nin kullandığı gerekçelerin, Kürt sorununun barışçıl yollardan çözümünü talep eden başlıca siyasal aktörlerden biri olan DTP'ye yönelik müdahaleyi haklı kılmaya yetmediğini; iki eş genel başkanın seçmenlerinin kaygılarını dile getirme dışında bir amaç güttüklerine kani olmadığını belirtmiştir. İHAM'a göre, bu partinin, salt üyelerinin ya da yerel yöneticilerinin terörizme dolaylı destek biçiminde yorumlanabilecek eylem ya da söylemleriyle arasına açıkça mesafe koymamış olmasının kamu düzeninin ya da başkanlarının hak ve özgürlüklerinin korunması bakımından görece sınırlı bir etkisi vardır. İHAM, yalnızca bu eksikliğin, yani anılan eylem ve söylemlerle araya mesafe koymama durumunun, bir partinin temelli kapatılması gibi ağır bir yaptırıma başvurulmasını meşru kılmaya yetmediğini vurgulamış; bu nedenle de DTP'nin kapatılmasının ölçülü bir müdahale olmadığını, dolayısıyla İHAS'ın 11. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir (par. 109-111).

İnsan Hakları Mahkemesi, ayrıca Ahmet Türk ve Aysel Tuğluk'un milletvekilliklerinin düşürülmesi hususunu da değerlendirmiş; bu yaptırımların

²³ Bkz. Case of Herri Batasuna and Batasuna v. Spain (Application nos. 25803/04 and 25817/04, 30 June 2009), par. 34.

da izlenen meşru amaçla orantılı olmadığını saptayarak, İHAS'a Ek 1 Numaralı Protokol'ün 3. maddesinde düzenlenen serbest seçim hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir (par. 122-127).

IV- SONUÇ GÖZLEMLERİ

DTP'nin kapatılması hakkındaki Anayasa Mahkemesi kararı, tarafların savları ya da İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi kararına ilişkin kimi gözlemler yukarıda dile getirilmiştir. Bu nedenle, burada bu hususlara bir kez daha değinilmeyecek; yalnızca söz konusu İHAM kararına ilişkin genel saptamalarda bulunulacaktır. Bununla birlikte, Karara ilişkin gözlemlere geçmeden önce, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin siyasal partilerin kapatılması konusundaki genel yaklaşımını bir kez daha anımsatmakta yarar vardır.

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin siyasal partilerin kapatılması konusundaki yerleşik içtihadına göre,

- i) Siyasal partiler demokrasinin iyi işlemesi bakımından önem taşıyan örgütlenme biçimlerindedir. Bir örgüt, ulusal yetkililer tarafından tehlikeli görüldüğü için Sözleşme'nin denetim alanı dışına çıkarılmaz.²⁴
- ii) Siyasal partiler söz konusu olduğunda, örgütlenme özgürlüğünün sınırlanmasını düzenleyen İHAS md. 11/2 dar yorumlanmalıdır. Taraf devletler bu konuda sınırlı bir takdir yetkisine sahiptirler. Bu açıdan İHAM, hem ilgili yasal düzenlemelere hem de bunları uygulayan mahkeme kararlarına yönelik “katmerli bir Avrupa denetimi” yapmaktadır. Mahkeme, bu denetimi yaparken kendini ulusal makamların yerine koymamaktadır; ama kendisini yalnızca taraf devletlerin söz konusu yetkiyi makul, dikkatle ve iyi niyetle kullanıp kullanmadığının incelenmesiyle de sınırlamamaktadır. Strasbourg Mahkemesi, başvuru önlemin meşru amaçla orantılı olup olmadığını ve ulusal makamların bu önlemi uygun ve yeterli biçimde gerekçelendirip gerekçelendirmediğini de incelemektedir. Böylece İHAM, ulusal makamların İHAS md. 11'de ortaya konan ilkelerle uyumlu ölçütleri uygulamış olduklarına ve ilgili olguları makul biçimde değerlendirecek karar verdiklerine kani olmayı hedeflemektedir.²⁵

²⁴ Bkz. Case of the United Communist Party of Turkey and others v. Turkey, par. 25, 27.

²⁵ Bkz. Case of the United Communist Party of Turkey and others v. Turkey, par. 46, 47.

- iii) Siyasal parti özgürlüğü çerçevesinde İHAS md. 11, ifade özgürlüğünü düzenleyen md. 10 ışığında değerlendirilmelidir. Çünkü düşüncelerin korunması ve bunları ifade etme özgürlüğü, toplanma ve örgütlenme özgürlüğünün de temel amaçlarından birini oluşturmaktadır. İfade özgürlüğü, yalnız beğenilen ya da zararsız görülen bilgi ve görüşler için değil, aynı zamanda yaralayan, şoke eden ya da kaygı uyandıranlar bakımından da geçerlidir. Siyasal partilerin etkinlikleri de ifade özgürlüğünün toplu olarak kullanılması yollarından biridir. Bu nedenle, bunlar da İHAS md. 10 ve 11'in korumasından öncelikle yararlanacaklardır.²⁶
- iv) Çoğulculuk olmaksızın demokrasi olmaz. Demokrasinin temel özelliklerinden biri, bir ülkenin karşılaştığı sorunları şiddete başvurmadan, diyalog yoluyla çözüme olanağı sunmasıdır.²⁷
- v) Farklı siyasal tasarıların sunulup tartışılması olanağı, demokrasinin özünü oluşturur. Bu tasarılar demokrasinin kendisine aykırı olmadıkça, bir devletin mevcut örgütlenme biçimine aykırı da olsalar savunulabilirler.²⁸
- vi) Bir siyasal partinin yasal düzenlemelerin ya da yasal yahut anayasal yapıların değiştirilmesi yönünde bir çalışma yürütmesi iki koşulda koruma görebilir. Birinci koşul, kullanılan araçların her açıdan yasal ve demokratik olmasıdır. İkincisi ise, önerilen değişikliğin kendisinin temel demokratik ilkelere uygun olmasıdır. Bu çerçevede, yöneticilerinin şiddeti teşvik etmesi, önerilen siyasal tasarının bir ya da daha fazla demokratik ilkeye aykırı olması, demokrasiyi ortadan kaldırması ya da özgürlükleri tanımaması durumunda bir siyasal parti Sözleşme'nin tanıdığı güvencelerden yararlanamaz.²⁹
- vii) Bir devletin, bir siyasal parti iktidarı ele geçirip İHAS ölçütleri ve demokrasiyle bağdaşmayan bir siyaseti uygulamaya koyacak somut adımları atana kadar müdahale etmemesi beklenemez. İHAM, de-

²⁶ Bkz. Case of the United Communist Party of Turkey and others v. Turkey, par. 42, 43.

²⁷ Bkz. Case of the United Communist Party of Turkey and others v. Turkey, par. 42, 57.

²⁸ Bkz. Case of Socialist Party and others v. Turkey (Application no. 21237/93, 25 May 1998), par. 47.

²⁹ Bkz. Case of Yazar and others v. Turkey (Application nos. 22723/93, 22724/93, 22725/93, 9 April 2002), par. 49.

mokraziye yönelik tehdidin somut ve yakın olması ve bunun ulusal mahkemelerce yapılacak, ayrıca “titiz bir Avrupa denetimi”ne de tabi olacak, ayrıntılı bir inceleme sonucunda ortaya konması durumunda, Sözleşme hükümleriyle bağdaşmayan söz konusu siyasetin uygulamaya konmasının taraf devletlerce engellenebileceğini kabul etmektedir.³⁰

İnsan Hakları Mahkemesi, 1998 yılından bugüne dek siyasal partilerin kapatılmasıyla ilgili on beş başvuruyu incelemiştir. Mahkeme, yukarıda kısaca özetlenen ölçütleri uygulayarak, bu başvurulardan on ikisinde İHAS md. 11’in ihlal edildiğine, ikisinde ise (Refah Partisi ile Herri Batasuna ve Batasuna başvuruları), başvuru partilere yönelik müdahalenin İHAS ile uyumlu olduğuna karar vermiştir.³¹

³⁰ Bkz. Case of Refah Partisi (the Welfare Party) and others v. Turkey, par. 102.

³¹ Bkz. Case of the United Communist Party of Turkey and others v. Turkey (Application no. 19392/92, 30 January, 1998), Case of Socialist Party and others v. Turkey (Application no. 21237/93, 25 May 1998), Case of Freedom and Democracy Party v. Turkey (Application no. 23885/94, 8 December 1999), Case of Yazar and others v. Turkey (Application nos. 22723/93, 22724/93, 22725/93, 9 April 2002), Affaire Dicle pour la Parti de la démocratie (DEP) c. Turquie (Requête n° 25141/94, 10 décembre 2002), Case of Refah Partisi (the Welfare Party) and others v. Turkey (Application nos. 41340/98, 41342/98, 41343/98 and 41344/98, 13 February 2003), Affaire Parti socialiste de Turquie (STP) c. Turquie (Requête n° 26482/95, 12 novembre 2003), Case of Presidential Party of Mordovia v. Russia (Application no. 65659/01, 5 October 2004), Affaire Parti de la démocratie et de l’évolution et autres c. Turquie (Requête n°s 39210/98 et 39974/98, 26 avril 2005), Affaire Emek Partisi et Şenol c. Turquie (Requête n° 39434/98, 31 mai 2005), Affaire Demokratik Kitle Partisi et Elçi c. Turquie (Requête n° 51290/99, 3 mai 2007), Case of Herri Batasuna and Batasuna v. Spain (Application nos. 25803/04 and 25817/04, 30 June 2009), Case of HADEP and Demir v. Turkey (Application no. 28003/03, 14 December 2010), Case of Republican Party of Russia v. Russia (Application no. 12976/07, 12 April 2011), Affaire Parti pour une société démocratique (DTP) et autres c. Turquie (Requêtes n°s 3840/10, 3870/10, 3878/10, 15616/10, 21919/10, 39118/10 et 37272/10, 12 janvier 2016). Öte yandan, 1998 öncesinde, Alman Komünist Partisi’nin, Federal Alman Anayasa Mahkemesi tarafından kapatılması üzerine yaptığı bir başvurunun, İnsan Hakları Avrupa Komisyonu tarafından, İHAS’ın, hakkın kötüye kullanılması yasağını düzenleyen 17. maddesine atıfla kabul edilemez bulunarak reddedildiği de burada ayrıca belirtilmelidir. Komisyon’a göre, söz konusu partinin proletarya diktatörlüğünü öngörüyor olması, İHAS’ta düzenlenen birçok hak ve özgürlüğün ortadan kaldırılması sonucunu doğuracağından Sözleşme ile bağdaşmaz. Karar için bkz. German Communist Party (KPD), Reimann and Fisch v. Germany (Application no. 250/57, 20 July 1957).

Refah Partisi kararında İHAM, başvuru partinin Genel Başkanının, yöneticilerinin, partiye mensup kimi milletvekillerinin ve belediye başkanlarının eylem ve söylemlerinden yola çıkarak, bu partinin öngördüğü toplum tasarısının demokrasiyle bağdaşmadığı; partinin siyasal tasarısını yaşama geçirmek ve sonrasında da öngörülen sistemi korumak için güç kullanımına başvurma seçeneğini dışlamadığı gerekçesiyle İHAS'ın ihlal edilmediğine karar vermiştir.³²

İHAM'ın Herri Batasuna ve Batasuna kararı da benzer gerekçelere dayanmaktadır. Bununla birlikte İHAM bu kararda, başvuru partilerin ETA'nın şiddet eylemlerini kınamamasının da terörizme örtülü destek anlamına geldiğine hükmetmiştir. Mahkeme'ye göre, *“bir siyasetçinin tutumu yalnızca onun eylem ya da söylemlerinden değil, ama kimi durumlarda, ihmalden ve sessiz kalışından da anlaşılır; bunlar, o siyasetçinin duruşunu ortaya koyabilir ve bir konudaki açık desteğini gösterebilir.”*³³

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin bu değerlendirmesi, Anayasa Mahkemesi'ni de etkilemiş görünmektedir. Anayasa Mahkemesi, Demokratik Toplum Partisi'nin kapatılmasına ilişkin kararında, Herri Batasuna ve Batasuna kararının yukarıda alıntılanan paragrafına atıf yapmıştır.

Bununla birlikte, İHAM, DTP'nin başvurusunda Herri Batasuna ve Batasuna'dan farklı olarak, bu partinin kapatılmasının İHAS'ın 11. maddesinin ihlali anlamına geldiğine karar vermiştir. Buradan yola çıkarak, Strasbourg Mahkemesi'nin, Herri Batasuna ve Batasuna'ya göstermediği hoşgörüyü DTP'ye gösterdiği ya da bir başka deyişle, İspanya'ya tanıdığı takdir yetkisini Türkiye'ye tanımadığı sonucuna varmak mümkün müdür?

Bu tür bir indirgemeci yaklaşım, her şeyden önce iki nedenle doğru görünmemektedir. Birincisi, bilindiği gibi, İHAM, her somut olayın koşullarını ayrı ayrı değerlendirerek olay temelli karar veren bir mahkemedir. Dolayısıyla, siyasal partilerin kapatılması konusundaki ölçütleri uygulayarak, her farklı olayda, olayın özelliklerine göre farklı sonuçlara varabilir. İkinci olarak, İHAM'ın, ulusal makamların İHAS md. 11'de ortaya konan ilkelerle uyumlu ölçütleri uygulamış olduklarına ve ilgili olguları makul biçimde değerlendirerek karar verdiklerine kani olmayı beklediği unutulmamalıdır. Öyle anlaş-

³² Bkz. Case of Refah Partisi (the Welfare Party) and others v. Turkey, par. 132.

³³ Bkz. Case of Herri Batasuna and Batasuna v. Spain, par. 88.

lıyor ki, Strasbourg Mahkemesi, Herri Batasuna ve Batasuna başvurusunda İspanyol Yüksek Mahkemesi'nin ve İspanyol Anayasa Mahkemesi'nin gerekçelerini yeterince ikna edici bulurken, DTP başvurusunda Türk Anayasa Mahkemesi'nin değerlendirmesi bakımından aynı sonuca varmamıştır. Nitekim İHAM, Herri Batasuna ve Batasuna kararında “ulusal mahkemelerin önlerindeki delilleri ayrıntılı biçimde değerlendirerek makul sonuçlara ulaştıkları ve kendisinin de bundan farklı bir sonuca gitmek için herhangi bir neden görmediği” saptamasında bulunmuş³⁴; DTP kararında ise “Anayasa Mahkemesi'nin kapatmaya hükmederken başvurduğu gerekçelerin, öngörülen yaptırımı haklı kılmak için yeterli kabul edilemeyeceği” vargısına ulaşmıştır.³⁵

İnsan Hakları Mahkemesi, DTP ve Diğerleri/Türkiye kararında, Herri Batasuna ve Batasuna olayı ile DTP olayı arasındaki farklara da çeşitli vesilelerle işaret etmiştir. Bunlar yukarıda ayrıntılı biçimde ele alındığından burada ayrıca incelenmeyecektir. Bununla birlikte burada iki noktanın daha altı çizilmelidir. Birincisi, gerek Herri Batasuna ve Batasuna partilerinin kapatılmasını olanaklı kılan, 27 Haziran 2002 tarihli ve 6/2002 numaralı Siyasal Partiler Hakkındaki Organik Yasa'nın gerekçesinde, gerekse söz konusu yasanın anayasaya uygunluğu hakkındaki başvuruyu değerlendiren İspanyol Anayasa Mahkemesi'nin kararında, amacın anayasal çerçeveyi sorgulayan düşünce ya da öğretilerin yasaklanması olmadığına açıkça belirtilmiş olmasıdır. Gerekçe ve AYM kararında, amaçlananın yalnızca özgürlük ve çoğulculukla insan haklarına saygı ve demokrasinin korunması ilkelerini dengelemek olduğu ve siyasal partilerin savundukları görüşler ya da programları dolayısıyla değil, ancak şiddete başvurmaları, terör örgütlerine siyasal destek sağlamaları, yurttaşların haklarına ya da demokratik ilkelere zarar vermeleri durumunda kapatılmasının olanaklı olduğu vurgulanmıştır.³⁶ İHAM kararında açıkça işaret edilmemiş olsa da, 1982 Anayasası'nın ve 2820 sayılı Siyasi Partiler

³⁴ Bkz. Case of Herri Batasuna and Batasuna v. Spain, par. 89.

³⁵ Bkz. Affaire Parti pour une société démocratique (DTP) et autres c. Turquie, par. 109. Türk Anayasa Mahkemesi ile İspanyol Yüksek Mahkemesi kararlarının karşılaştırmalı bir değerlendirmesi için bkz. ESEN, 2012, s. 151-153. Türk ve İspanyol mahkemelerinin kararlarını iletişimsel eylem kuramı açısından karşılaştırmalı olarak inceleyen bir çalışma için bkz. TÜRKKEŞ-KILIÇ, 2016. Batasuna'nın kapatılması kararını İHAM içtihadı ışığında değerlendiren bir çalışma için ayrıca bkz. AYRES, 2004.

³⁶ Bkz. Case of Herri Batasuna and Batasuna v. Spain, par. 12, 20.

Kanunu'nun ilgili hükümleri dikkate alındığında, “anayasal çerçeveyi sorgulayabilme özgürlüğü”nün İspanyol ve Türk siyasi parti rejimleri arasındaki başlıca farklardan biri gibi görüldüğünü söylemek yanlış olmayacaktır.³⁷

Öte yandan, Herri Batasuna ve Batasuna kararında, İHAM'ın, şiddet eylemlerini kınamamanın teröre destek anlamına geleceğine ilişkin yukarıda alıntılanan değerlendirmesinin hemen öncesinde, yine aynı paragrafta, kapatmanın tek gerekçesinin bu olmadığına altını çizdiği de gözden kaçırılmamalıdır. Strasbourg Mahkemesi'ne göre, İspanyol Yüksek Mahkemesi, yalnızca şiddet eylemlerini kınamama olgusu üzerine yoğunlaşmamış, aynı zamanda, başvuru partilerin ETA'nın terörist stratejisinin bir parçası olduğu sonucuna varmayı sağlayacak delilleri de ayrıntılı olarak değerlendirmiştir.³⁸ Bu çerçevede İHAM, ETA'nın terör eylemlerine örtülü destek anlamına gelen eylemlerin yanında, özellikle, bir kısmına yukarıda da değinilen, diğer parti ve görüşlere yönelik tutumlar ile şiddeti bir seçenek olarak dışlamayan eğilimleri de dikkate alarak, bu partilerin izledikleri siyasetin bir toplumsal çatışma iklimi yaratmayı teşvik eden yönüne dikkat çekmiştir.³⁹ DTP ve Diğerleri/Türkiye kararında ise İHAM'ın, özellikle eş genel başkanların, Türkiye'de şiddetin sona erdirilmesi sürecinde arabulucu olarak rol üstlenmek istedikleri yönündeki beyanlarını dikkate almış olduğu görülmektedir.⁴⁰

Genel olarak bakıldığında, İHAM'ın DTP ve Diğerleri/Türkiye kararından çıkarılabilecek sonuçlar nelerdir?

Öncelikle Herri Batasuna ve Batasuna kararının ardından gelen bu karar, bir partinin terörizme destek anlamına gelebilecek davranışlarda bulunduğu ortaya konması noktasında, soyut bir “terörü kınamama” olgusuna dayanılamayacağını, somut terör eylemlerinin kınanıp kınanmamış olduğunun dikkate alınması gereğini ortaya koymuştur. Bununla birlikte, İHAM'ın olay temelli değerlendirme yaptığı ve önüne gelen başka bir başvuruda, olguları değerlendirerek daha farklı karar verebileceği de unutulmamalıdır.

37 1982 Anayasası'nda ve 2820 sayılı yasada öngörülen siyasi parti yasakları hakkında özellikle bkz. AKARTÜRK, s. 131-143 ve 153-224; HAKYEMEZ, 2000, s. 198-224; KANADOĞLU, 1998; ÖDEN, 2003, s. 15-102; SAĞLAM, 1999b, s. 89-133; YAZICI, 2012.

38 Bkz. Case of Herri Batasuna and Batasuna v. Spain, par. 85.

39 Bkz. Case of Herri Batasuna and Batasuna v. Spain, par. 86.

40 Bkz. Affaire Parti pour une société démocratique (DTP) et autres c. Turquie, par. 80, 89 ve 105.

Vurgulanması gereken bir diğer husus, İHAM'ın bu kararda, partiye atfedilen eylem ve söylemleri değerlendirirken, özellikle eş genel başkanların faaliyetlerini dikkate almış olduğudur. Bunun bir nedeni, AYM'nin de bunlara özel bir önem atfetmesi olabilir. Bir diğer neden ise, her halde AYM'nin, eş başkanların söylemlerindeki dengeleyici ifadelerle hiç ağırlık tanımamış olmasıdır. Bununla birlikte İHAM'ın, eş genel başkanların ifadelerini inceledikten sonra, partinin üyelerine ya da yerel yöneticilerine atfedilen tüm eylem ve söylemlerin incelenmesini gerekli görmediğini belirtmiş olması⁴¹, bizi, “bağlayıcı olan genel başkanların söylemleridir; partinin diğer üyelerinin eylem ve tutumları partiyi bağlamaz” gibi, indirgemeci bir sonuca da götürmemelidir. Tıpkı, İHAM'ın TBKP kararından beri ortaya koyduğu ve DTP ve Diğerleri/Türkiye kararında da anımsattığı üzere, bir siyasal partinin programının partinin kamuya açıklanan amaç ve eğilimlerini gizleyebilmesi gibi⁴²; parti başkanlarının da partinin asıl eğilimini gizlemek amacıyla daha farklı, daha ılımlı ve dengeleyici bir söylem kullanmaları mümkün olabilir. Böyle bir durumda İHAM, somut olayın özelliklerini göz önüne alarak ve ilgili tüm olguları değerlendirerek daha farklı bir sonuca varabilir.

İHAM'ın, eş genel başkanların söylemlerine ağırlık tanımış olması, DTP'nin, diğer üye ve yöneticilerinin faaliyetlerini hiç dikkate almadığı anlamına da gelmemektedir. Strasbourg Mahkemesi yalnızca, eş genel başkanlarından farklı olarak, bu eylem ve söylemleri tek tek inceleme yoluna gitmemiştir. Yoksa, bu faaliyetleri bir bütün olarak değerlendirmiş; partinin bunlarla arasına açıkça mesafe koymaması nedeniyle, söz konusu parti hakkında uygulanacak yaptırımların zorlayıcı bir toplumsal gereksinimi karşılayacağı sonucuna varmıştır. Bu açıdan, Refah Partisi ve Diğerleri/Türkiye ve Herri Batasuna ve Batasuna/İspanya kararlarıyla somutlaşmış olan bu konudaki içtihatla herhangi bir değişikliğin söz konusu olmadığı belirtilmelidir. Bu bağlamda, siyasal partilerin şiddetle arasına açıkça mesafe koyma gereğinin bir kez daha vurgulanmış olması, DTP ve Diğerleri/Türkiye kararından çıkarılabilecek bir diğer önemli sonuçtur.⁴³

İnsan Hakları Mahkemesi bu kararda da siyasal çoğulculuğun önemini vurgulamaya devam etmiştir. Mahkeme, önündeki olayla, Herri Batasuna ve

⁴¹ Bkz. *Affaire Parti pour une société démocratique (DTP) et autres c. Turquie*, par. 97.

⁴² Bkz. *Case of the United Communist Party of Turkey and others v. Turkey*, par. 58 ve *Affaire Parti pour une société démocratique (DTP) et autres c. Turquie*, par. 83.

⁴³ Bkz. *Affaire Parti pour une société démocratique (DTP) et autres c. Turquie*, par. 100.

Batasuna olayı arasındaki farkı ortaya koymak amacıyla İspanya ve Türkiye'yi karşılaştırırken, İspanya'nın pek çok özerk bölgesinde, çok sayıda "ayrılıkçı" siyasal partinin barış içinde bir arada varlığını sürdürdüğü altını çizerken dolaylı olarak siyasal çoğulculuğa dikkat çekmiştir.⁴⁴ Kapatma yaptırımının ölçülülüğü sorununu tartışırken ise, "ulusal makamların çatışan menfaatleri dengelerken, siyasal çoğulculuğun gereklerini de yeterince dikkate almaları zorunluluğu"nu açıkça ifade etmiştir.⁴⁵

İnsan Hakları Mahkemesi kararında bir kez daha vurgulanan hususlardan biri de, demokratik siyaset kanallarının açık tutulmasının bir ülkenin karşılaştığı sorunların çözümü bakımından taşıdığı önemdir. Anayasa Mahkemesi'nin kararında, "DTP üyelerinin PKK ile aynı ideolojiyi benimsedikleri ve aynı hedefe yöneldikleri" saptaması yapılmıştır. Aslında bunun yeni bir yaklaşım olmadığı ve sözcümleri Sosyalist Parti'nin ve Halkın Emek Partisi'nin kapatılmasına ilişkin AYM kararlarında da "araçları farklı olmakla birlikte partinin amacının teröristlerin amacı ile benzerlik gösterdiği"ne dikkat çekildiği de anımsatılmalıdır.⁴⁶ İHAM'a göre ise, kimi ilkelerin yasal bir siyasal oluşum tarafından savunulmasının terör eylemlerine destek vermeye indirgenmesi, bu konudaki sorunların demokratik bir tartışma çerçevesinde ele alınması olasılığını azaltacaktır. Bu aynı zamanda, bu ilkeleri savunmayı silahlı örgütlerin tekeline bırakmak olur, ki bu durum İHAS md. 11'in ruhuna ve bu madde nin dayandığı demokratik ilkelere kesinlikle aykırı olacaktır.⁴⁷ Daha önce, İHAM'ın da atfı yaptığı Yazar ve Diğerleri/Türkiye (HEP) kararında⁴⁸ da ortaya konan bu yaklaşımın, DTP ve Diğerleri/Türkiye kararından çıkarılabilecek en önemli sonuçlardan birine işaret ettiğini söylemek abartılı olmayacaktır.

⁴⁴ Bkz. *Affaire Parti pour une société démocratique (DTP) et autres c. Turquie*, par. 75.

⁴⁵ Bkz. *Affaire Parti pour une société démocratique (DTP) et autres c. Turquie*, par. 102.

⁴⁶ Sosyalist Parti hakkındaki karar için bkz. AYM E. 1991/2 (Siyasi Parti Kapatma), K. 1992/1, 10. 07.1992; Halkın Emek Partisi hakkındaki karar için bkz. AYM E. 1992/1 (Siyasi Parti Kapatma), K. 1993/1, 14. 07.1993. AYM'nin Sosyalist Parti kararı hakkındaki bir değerlendirme için ayrıca bkz. SANCAR, 2000. Yazar, AYM'nin yukarıda değinilen yaklaşımı için şu değerlendirmeyi yapmaktadır (bkz. s. 216): "*Düşünce özgürlüğünün sınırını belirleyen temel ölçütün 'araç' olduğu genellikle kabul edilirken, Anayasa Mahkemesi'nin böyle bir karşılaştırma yapması hem çok yanlış hem de son derece tehlikelidir.*"

⁴⁷ Bkz. *Affaire Parti pour une société démocratique (DTP) et autres c. Turquie*, par. 79.

⁴⁸ *Case of Yazar and others v. Turkey*, par. 57.

KAYNAKÇA

A) Kitaplar ve Makaleler

- AKARTÜRK Ekrem Ali, **Avrupa Hukukuna Uyum Süreci Açısından Türk Hukukunda Siyasal Parti Yasakları**, Yeditepe Üniversitesi, İstanbul, 2008.
- AKARTÜRK Ekrem Ali, “Son Anayasa Değişiklikleri ve Siyasal Partilerin Kapatılması”, **2010 Anayasa Değişiklikleri Çerçevesinde Yargı Bağımsızlığı** (Ed: Bahri ÖZTÜRK, Fikret İLKİZ, Ümit KOCASAKAL), Seçkin, Ankara, 2010, ss. 79-95.
- AKBULUT Olgun, “Criteria Developed by the European Court of Human Rights on the Dissolution of Political Parties”, **Fordham International Law Journal**, Vol. 34, Issue 1, 2010, ss. 46-77.
- ALGAN Bülent, “Dissolution of Political Parties by the Constitutional Court in Turkey: An Everlasting Conflict Between the Court and the Parliament?”, **AÜHFD**, 60 (4), 2011, ss. 809-836.
- ANAYURT Ömer, “Türk Hukukunda Siyasal Partilerin Kapatılması Rejimi: Ulusal Demokrasinin Strasbourg Demokrasisi Karşısında Hükmen Yenilgisi”, **Liberal Düşünce**, S. 23, Yaz 2001, ss. 5-28.
- ARSLAN Zühtü, “Anayasa Mahkemesi’nin Siyasal Partiler Politikası: ‘Ve Çağı’nda ‘Ya-Ya Da’cı Yaklaşımın Anakronizmi Üzerine Bir deneme”, iç. **Anayasa Teorisi**, Seçkin, Ankara, 2005, ss. 238-254 [İlk yayımlandığı yer: **Liberal Düşünce**, S. 22, Bahar 2001].
- AYDIN Ömür, “Terör ve Siyasal Partiler: Herri Batasuna ve Batasuna İspanya’ya Karşı Davası Üzerine Bir İnceleme”, **Uluslararası Güvenlik ve Terörizm Dergisi**, 2 (2), 2011, ss. 41-57.
- AYRES Thomas, “Batasuna Banned: The Dissolution of Political Parties under the European Convention on Human Rights”, **Boston College International and Comparative Law Review**, Vol. 27, Issue 1, 2004, ss. 99-113.
- CAN Osman, **Demokratikleşme Serüveninde Anayasa ve Siyasi Partilerin Kapatılması**, Seçkin, Ankara, 2005.
- CAN Osman, “Siyasi Partilerin Kapatılmasında Anayasal Ölçütler”, **Anayasa Yargısı İncelemeleri 1** (Ed. Mehmet TURHAN/Hikmet TÜLEN), Anayasa Mahkemesi, Ankara, 2006, ss. 451-524.
- ÇAĞLAR Bakır/ÇAVUŞOĞLU Naz, “Parti Kapatma Davalarında Mermer ve Mozaik İkilemi”, **Anayasa Yargısı**, S. 16, 1999, ss. 143-187.

- ÇELİK Burak, “İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Siyasal Partilerin Kapatılması Sorunu”, **Güncel Hukuk**, S. 52, Nisan 2008, ss. 34-38.
- ÇELİK Burak, “Siyasal Partilerin Kapatılmasına İlişkin Reddedilen Öneri Üzerine”, **Güncel Hukuk**, S. 78, Haziran 2010, ss. 46-47.
- ERDEM Fazıl Hüsnü, “Türk Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Siyasal Partilerin Kapatılması”, **Hukuk ve Adalet**, S. 4, 2004, ss. 252-301.
- ERDOĞAN Mustafa, “AİHM’nin RP Kararının Düşündürdükleri”, **Liberal Düşünce**, S. 23, Yaz 2001, ss. 41-50.
- EREN Abdurrahman, “Yeni Anayasa Arayışında, Avrupa Standartları Açısından, Siyasi Partilerle İlgili Düzenlemeler”, **Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XIII, S. 1-2, 2009, ss. 27-58.
- ESEN Selin, “How Influential Are the Standarts of the European Court of Human Rights on the Turkish Constitutional System in Banning Political Parties?”, **Ankara Law Review**, Vol. 9, No. 2, Winter 2012, ss. 135-155.
- GENÇKAYA Ömer Faruk, “The Turkish Constitutional Court and Dissolution of Political Parties: Comparative Perspectives”, **Suna Kili’ye Armağan**, Boğaziçi Üniversitesi, 1998, ss. 165-184.
- GRABENWARTER Christoph, **European Convention on Human Rights-Commentary**, C.H: Beck, Hart, Nomos, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2014.
- GÜLSOY, M. Tevfik “Türkiye’de Siyasal Partilerin Anayasal Statüsü”, **e-akademi**, S. 60, Şubat 2007 (<http://www.e-akademi.org/makaleler/mtgulsoy-2.htm>, erişim tarihi: 20.01.2016).
- HAKYEMEZ Yusuf Şevki, **Militan Demokrasi Anlayışı ve 1982 Anayasası**, Seçkin, Ankara, 2000.
- HAKYEMEZ Yusuf Şevki, “Anayasa Mahkemesi’nin Demokratik Barış Hareketi Partisi Kararı Üzerine Düşünceler”, **Amme İdaresi Dergisi**, C. 34, S. 4, Aralık 2001, ss. 49-69 [Metinde “HAKYEMEZ, 2001a” olarak gösterilmiştir].
- HAKYEMEZ Yusuf Şevki, “İkibinli Yıllarda Militan Demokrasinin Güncelliği: Federal Almanya, Avusturya ve Türkiye Örnekleri”, **Liberal Düşünce**, S. 22, Bahar 2001, ss. 74-92 [Metinde “HAKYEMEZ, 2001b” olarak gösterilmiştir].

- HAKYEMEZ Yusuf Şevki, “2001 Yılında Yapılan Anayasa Değişikliklerinin Siyasal Parti Özgürlüğü Üzerindeki Etkileri”, **Anayasa Yargısı**, S. 19, 2002, ss. 550-571.
- HAKYEMEZ Yusuf Şevki, “Anayasa Mahkemesi’nin Siyasal Parti Kapatma Konusundaki İçtihadı Değişti Mi? TBKP ve HAK-PAR Kararları Üzerine Bir Değerlendirme”, **Prof. Dr. Yılmaz Aliefendioğlu’na Armağan**, Yetkin, Ankara, 2009, ss. 93-108.
- HARRIS/O’BOYLE/WARWICK, **Law of the European Convention on Human Rights**, 3rd. Ed., Oxford University Press, Oxford, 2014.
- KABOĞLU İbrahim Ö., “İfade Özgürlüğünün Siyasi Partilerce Kullanımının Sınırları”, **Anayasa Yargısı**, S. 16, 1999, ss. 71-92.
- KANADOĞLU O. Korkut, “1982 Anayasası ve 2820 Sayılı Siyasal Partiler Kanununda Yapılan Son Değişikliklere Göre Parti Yasaklama Rejimi”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, C. 17, S. 1-2, [Prof. Dr. Yılmaz Altuğ’a Armağan], 1998, ss. 267-283.
- KOÇAK Mustafa/ÖRÜCÜ Esin, “Dissolution of Political Parties in the Name of Democracy: Cases from Turkey and the European Court of Human Rights”, **European Public Law**, Vol. 9, Issue 3, 2003, ss. 399-423.
- METİN Yüksel, “Siyasi Parti Kapatma Davalarında Ortaya Çıkan Ön Sorunlar”, **Süleyman Demirel Üniversitesi İİBF Dergisi**, S. 3, 1998, ss. 223-236.
- ODER Bertil Emrah, “[Militant Democracy in] Turkey”, **Militant democracy in Modern Democracies** (Ed. Markus THIEL), Ashgate, Farnham ve Burlington, 2009, ss. 263-310.
- ÖDEN Merih, **Türk Anayasa Hukukunda Siyasî Partilerin Anayasaya Aykırı Eylemleri Nedeniyle Kapatılmaları**, Yetkin, Ankara, 2003.
- ÖZBUDUN Ergun, “Party Prohibition Cases: Different Approaches by the Turkish Constitutional Court and the European Court of Human Rights”, **Democratization**, Vol. 17, Issue 1, February 2010, ss. 125-142.
- ÖZÇER Akın, “Türkiye İspanya’ya, DTP Batasuna’ya Ne Kadar Benziyor?”, **Taraf**, 17 Aralık 2009.
- PERİNÇEK Doğu, **Anayasa ve Partiler Rejimi**, Kaynak, İstanbul, 1985.

- SAĞLAM, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Türkiye’de Kapatılan Partilere İlişkin Kararlarının Partiler Hukukuna Etkisi”, **Anayasa Yargısı**, S. 16, 1999, ss. 189-203 [Makalede “SAĞLAM, 1999a” olarak gösterilmiştir].
- SAĞLAM Fazıl, **Siyasal Partiler Hukukunun Güncel Sorunları**, Beta, İstanbul, 1999 [Metinde “SAĞLAM, 1999b” olarak gösterilmiştir].
- SAĞLAM Fazıl, “Siyasal Parti Özgürlüğü”, **İnsan Hakları**, Yapı Kredi, İstanbul, 2000, ss. 195-215 [Metinde “SAĞLAM, 2000a” olarak gösterilmiştir].
- SAĞLAM Fazıl, “Siyasi Partiler Kanunu’nda Uluslararası Normlara Uygunluk Sağlamak İçin Yapılması Gereken Değişiklikler”, **Anayasa Yargısı**, S. 17, 2000, ss. 233-254 [Metinde “SAĞLAM, 2000b” olarak gösterilmiştir].
- SAĞLAM Fazıl, “2001 Anayasa Değişikliklerinin Yarattığı Bazı Sorunlar ve Bunların Çözüm Olanakları”, **Anayasa Yargısı**, S. 19, 2002, ss. 288-310.
- SANCAR Mithat, “Sosyalist Parti’nin Kapatılması Kararı Üzerine Düşünceler”, iç. **“Devlet Aklı” Kısacasında Hukuk Devleti**, İletişim, İstanbul, 2000, ss. 195-216 [İlk yayımlandığı yer: Amme İdaresi Dergisi, C. 25, S. 4, aralık 1992].
- SCHABAS William A., **The European Convention on Human Rights: A Commentary**, Oxford University Press, Oxford, 2015.
- SEVİNÇ Murat, “1995 Anayasa Değişikliklerinin Siyasal Partiler Tüzemize Etkileri”, **AÜSBFD**, C. 52, S. 1, 1997, ss. 633-645 [Prof. Dr. Cemal Mihçioğlu’na Armağan][Metinde “SEVİNÇ, 1997a” olarak gösterilmiştir].
- SEVİNÇ Murat, “Refah Partisi’nin Kapatılması Davası”, **Mülkiyeliler Birliği Dergisi**, C. 21, S. 199, 1997, ss. 29-33 [Metinde “SEVİNÇ, 1997b” olarak gösterilmiştir].
- SEVİNÇ Murat, “Fazilet Partisi’nin Kapatılma Davası”, **Mülkiye**, C. 24, S. 225, 2000, ss. 145-153.
- SEVİNÇ Murat, “Türkiye Komünist Partisi Kapatma Davası ve Devlet Yardımından Mahrum Bırakma Yaptırımı”, **AÜSBFD**, C. 60, S. 2, 2005, ss. 255-272.
- SEVİNÇ Murat, “AKP’nin Kapatılması Davası”, iç. **Anayasa Yazıları**, İmaj, Ankara, 2010, ss. 185-205.
- SUDRE Frédéric et autres., **Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l’Homme**, 6e éd., PUF, Paris, 2011.

- ŞAHİN Adil, “İnsan Hakları Hukukunda Siyasal Parti Özgürlüğü ya da AİHM’nin 30 Haziran 2009 Tarihli ‘Batasuna Kararı’ mı Yeniden Düşünmek”, **AÜSBFD**, C. 65, S. 1, 2010, ss. 135-174.
- TAHMAZOĞLU UZELTÜRK Sultan, “Venedik Kriterleri Çerçevesinde Siyasal Partilerin Yasaklanması”, **Prof. Dr. Yılmaz Aliefendioğlu’na Armağan**, Yetkin, Ankara, 2009, ss. 333-356.
- TANÖR Bülent/YÜZBAŞIOĞLU, Necmi, **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, 15. Bası, Beta, İstanbul, 2015.
- TEZCAN Durmuş, “Örgütlenme Hakkının Sınırları açısından Siyasal Partileri Kapatma Kararlarına İlişkin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Ortaya Koyduğu Eğilim”, **Anayasa Yargısı**, S. 16, 1999, ss.130-141.
- TEZİÇ Erdoğan, “Türkiye’de Siyasal Düşünce ve Örgütlenme Özgürlüğü”, **Anayasa Yargısı**, S. 7, 1990, ss. 29-46.
- TEZİÇ Erdoğan, **Anayasa Hukuku**, 19. Bası, Beta, İstanbul, 2015.
- TURHAN Mehmet, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Siyasal Parti Kapatma Davaları”, **AÜSBFD**, C. 57, S. 3, 2002, ss.129-150 [Metinde “TURHAN, 2002a” olarak gösterilmiştir].
- TURHAN Mehmet, “Siyasal Partilere ‘İhtar’ ”, **AÜSBFD**, C. 57, S. 1, 2002, ss.137-155 [Metinde “TURHAN, 2002b” olarak gösterilmiştir].
- TÜRKEŞ-KILIÇ Selin, “Political Party Closures in European Democratic Order: Comparing the Justifications in DTP and Batasuna Decisions”, **Journal of European Public Policy**, Vol. 23, No. 4, 2016, ss. 492-509.
- TYULKINA Svetlana, **Militant Democracy: Undemocratic Political Parties and Beyond**, Routledge, Londra ve New York, 2015.
- UYGUN Oktay, “Siyasal Partilerin Kapatılması Rejiminin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Değerlendirilmesi”, **Anayasa Yargısı**, S. 17, 2000, ss. 256-272.
- UYGUN Oktay, “Mücadeleci Demokrasi ve Siyasal Partilerin Kapatılması”, **Demokrasinin Garantisi İnsan Onuru ve İnsan Hakları**, Heinrich Böll Stiftung Derneği, İstanbul, 2008, ss. 7-26 [Bu yazının güncel bir özeti için ayrıca bkz. Oktay UYGUN, Devlet Teorisi, On İki Levha, İstanbul, 2014, ss. 630-657).
- VIDAL PRADO Carlos, “[Militant Democracy in] Spain”, **Militant democracy in Modern Democracies** (Ed. Markus THIEL), Ashgate, Farnham ve Burlington, 2009, ss. 243-262.

- YAZICI Serap, “Anayasa Değişikliği ve Siyasi Parti Hürriyeti”, **Güncel Hukuk**, S. 77, Mayıs 2010, ss. 30-31.
- YAZICI Serap, “1982 Anayasası ve Parti Yasakları”, **Demokratik Anayasa** (Ed. Ece GÖZTEPE/Aykut ÇELEBİ), Metis, 2012, ss. 228-269.
- YOKUŞ Sevtap, “Türk Anayasa Mahkemesi’nin ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Siyasi Partilere Yaklaşımı”, **AÜHFD**, C. 50, S. 4, 2001, ss. 107-128.

B) MAHKEME KARARLARI VE DİĞER BELGELER*

Anayasa Mahkemesi Kararları

- AYM E. 1991/2 (Siyasi Parti Kapatma), K. 1992/1, 10. 07.1992.
- AYM E. 1992/1 (Siyasi Parti Kapatma), K. 1993/1, 14. 07.1993.
- AYM E. 1999/2 (Siyasi Parti Kapatma), K. 2001/2, 22. 06. 2001.
- AYM, E. 2007/1 (Siyasi Parti Kapatma), K. 2009/4, 31.12. 2009.

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararları

- Decision on the Application of the German Communist Party (KPD), Reimann and Fisch v. Germany (Application no. 250/57, 20 July 1957).
- Case of Castells v. Spain (Application no. 11798/85, 23 April 1992).
- Case of the United Communist Party of Turkey and others v. Turkey (Application no. 19392/92, 30 January, 1998).
- Case of Socialist Party and others v. Turkey (Application no. 21237/93, 25 May 1998).
- Case of Freedom and Democracy Party v. Turkey (Application no. 23885/94, 8 December 1999).
- Case of Yazar and others v. Turkey (Application nos. 22723/93, 22724/93, 22725/93, 9 April 2002).
- Affaire Dicle pour la Parti de la démocratie (DEP) c. Turquie (Requête no 25141/94, 10 décembre 2002).
- Case of Refah Partisi (the Welfare Party) and others v. Turkey (Application nos. 41340/98, 41342/98, 41343/98 and 41344/98, 13 February 2003).
- Affaire Parti socialiste de Turquie (STP) c. Turquie (Requête no 26482/95, 12 novembre 2003).

* Mahkeme kararları en eski karardan en yenisine doğru tarih sırasıyla verilmiştir.

Case of Presidential Party of Mordovia v. Russia (Application no. 65659/01, 5 October 2004).

Affaire Parti de la démocratie et de l'évolution et autres c. Turquie (Requête nos 39210/98 et 39974/98, 26 avril 2005).

Affaire Emek Partisi et Şenol c. Turquie (Requête no 39434/98, 31 mai 2005).

Affaire Osman Özçelik et autres c. Turquie (Requête no 55391/00, 20 décembre 2005).

Affaire Refik Karakoç c. Turquie (Requête no 53919/00, 10 janvier 2006).

Affaire Demokratik Kitle Partisi et Elçi c. Turquie (Requête no 51290/99, 3 mai 2007).

Affaire Bülent Kaya c. Turquie (Requête no 52056/08, 22 octobre 2008).

Case of Herri Batasuna and Batasuna v. Spain (Application nos. 25803/04 and 25817/04, 30 June 2009).

Case of HADEP and Demir v. Turkey (Application no. 28003/03, 14 December 2010).

Decision as to the Admissibility of Application no. 38841/07 by Resul Taşdemir against Turkey, 23 February 2010.

Case of Republican Party of Russia v. Russia (Application no. 12976/07, 12 April 2011).

Case of Kılıç and Eren v. Turkey (Application no. 43807/07, 29 November 2011).

Affaire Yalçınkaya et autres c. Turquie (Requête nos 25764/09, 25773/09, 25786/09, 25793/09, 25804/09, 25811/09, 25815/09, 25928/09, 25936/09, 25944/09, 26233/09, 26242/09, 26245/09, 26249/09, 26252/09, 26254/09, 26719/09, 26726/09 et 27222/09, 1er octobre 2013).

Affaire Parti pour une société démocratique (DTP) et autres c. Turquie (Requêtes nos 3840/10, 3870/10, 3878/10, 15616/10, 21919/10, 39118/10 et 37272/10, 12 janvier 2016).

Venedik Komisyonu Raporu

European Commission for Democracy Through Law (Venice Commission), Guidelines on Prohibition and Dissolution of Political Parties and Analogous Measures, CDL-INF(2000)1.

Ceza Hukukunun Sendikasızlaştırmayla Mücadelesi: Sendikal Hakların Kullanılmasının Engellenmesi Suçu

Ar. Gör. Irmak ERDOĞAN*

Özet: Sendikal hakların korunması, eşitlik ilkesinin sadece hukuki bir kılıf olarak kalmaması bakımından önem taşımaktadır. Sendikalaşmanın düşük oranda olduğu ve sendikal faaliyetlerin birçok engelle karşılaştığı bir dönemde, sendikal hakların kullanılmasının engellenmesi Türk Ceza Kanunu'nun 118. maddesiyle suç haline getirilmiş, böylelikle insan onuruna uygun çalışma koşullarının sağlanabilmesi için müdahalede bulunulmuştur. Bu çalışmada öncelikle sendikal hakların kullanılmasının engellenmesi suçunun dayandığı anayasal ve uluslararası normlardan bahsedilecek, ardından suçun unsurları mahkeme kararlarından örnekler verilerek incelenecektir.

Anahtar kelimeler: sendikal haklar, örgütlenme özgürlüğü, cebir, tehdit, sendikal hakların kullanılmasının engellenmesi suçu.

The Struggle of Criminal Law Against Deunionisation: Prevention of Enjoyment of Trade Unions Rights

Abstract: Protection of trade union rights is essential so that the principle of equality is not merely a legal abstraction. In an era marked with low union membership rate and barriers to trade union activities, an intervention was made for the sake of ensuring dignified working conditions, thus barriers to the enjoyment of trade union rights are criminalized via article 118 of the Turkish Criminal Code. In this work, primarily the constitutional and international norms beyond prevention of enjoyment of trade union rights will be discussed, then elements of the crime will be examined by giving examples from court decisions.

Keywords: trade union rights, right to organise, coercion, threat, prevention of enjoyment of trade union rights.

* İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı.

I. GİRİŞ

Ceza Hukuku yıllar içinde pek çok değişim ve dönüşümden geçmiştir. Öncelikle işçi sınıfının doğum aşamasında, çalışma şartlarının adaletsizliğine karşı başkaldıran bu sınıfa, toplumsal faaliyetleri kontrol altına alma refleksiyle cezai yaptırımlar uygulanarak karşılık verilmiştir. Endüstri devrimi ile sarsılan 19. yüzyıl Avrupa'sında, Ceza Hukuku her türlü örgütlenme girişimine, özellikle de düzeni tehdit eden kolektif hareketlere karşı araçsallaştırılmıştır. Fransa örneğinde, 1825-1864 yılları arasında grevin suç olarak düzenlenmiş olmasının sonucu olarak 10 000 kişi hapis cezasına mahkum edilmiştir¹. İngiltere'de ise makine kırma eylemlerinin ardından kitlesel eylemlerin ortaya çıkmasıyla, 1812 yılında makine kırma için idam cezası öngören kanun yürürlüğe girmiştir. Yine 19. yüzyıl İngiltere'sinde, Uzlaştırma Yasaları, uzlaşmaya pek de zemin yaratmayacak bir şekilde sendika kurmayı yasaklamış, bunun üzerine verilen mücadeleler sonucunda 1824'te söz konusu yasa kaldırılarak, o güne kadar yasadışı olarak varlıklarını sürdüren sendikalar, artık açık bir şekilde mücadelelerini yürütebilmişlerdir².

Şehirlerde “sosyal barış” adına kullanılan Ceza Hukuku, tek taraflı şekilde işletilerek, yalnız işçiler aleyhine yaptırımlar öngörürken, sosyal hayattaki gelişmeler ve yükselen işçi hareketleri suçların yeniden düzenlenmesini gündeme getirmiştir. Özellikle 2. Dünya Savaşı'ndan sonra sendika özgürlüğünün anayasalarda sosyal bir hak olarak yer alması, 19. yüzyılda ceza yaptırımıyla karşı karşıya kalmış sendikaların artık bağımsız kurumlar olarak kabul edilmesine ve kendi özerk kurallarını yaratmasına alan açmıştır. Artık herkesin eşit olduğunu varsayan, bireyin çalışma hayatında yaşadığı güçlükleri, hatta yoksulluğu ve işsizliği kişisel başarısızlıkların ürünü olarak kabul eden klasik liberal anlayış yerini, bireyi rekabet düzenine terk etmeyen ve bu konuda devletlere ödevler yükleyen farklı bir anlayışa bırakmış; devletin gerçek bir eşitlik için müdahil olma zorunluluğu kabul edilmiştir³.

Bu noktada akla gelen soru, ultima ratio ilkesi çerçevesinde hukukta son çare olan Ceza Hukukunun, sermaye ile emek arasında çıkan uyuşmazlıklar-

¹ **Yarsuvat**, Duygun, Çalışma Ceza Hukuku, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1978, İstanbul, s.4 vd.

² **Abendroth**, Wolfgang, Avrupa İşçi Hareketleri Tarihi, 1. Baskı, Belge Yayınları, Eylül 1992, İstanbul, s. 13 vd.

³ **Gökçeoğlu** Balcı, Şebnem, Tutunamayanlar ve Hukuk, Dost Yayınları, Mart 2007, Ankara, s. 60 vd.

da müdahil olmasının yerinde olup olmadıđıdır⁴. Üretim araçları ve sermaye sahiplerinin, her dönemde kendileri için sakıncalı olan direnişleri, tehdit ve cebir yoluyla bastırabilme iktidarına sahip oldukları düşünüldüğünde, bozulan adalet terazisinde, Ceza Hukuku yaptırımlarının, bu sefer 19. yüzyılda yapılanın tersine daha güçsüz konumda olanlar lehine kullanılmasının “meşru” olduğunu ileri sürmek mümkündür.

Aşağıda kanuni unsurları ayrıntılarıyla incelenecek olan 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun⁵ (TCK) 118. maddesinde düzenlenen sendikal hakların kullanılmasının engellenmesi suçunu, bu tarihsel gelişim bağlamında değerlendirmek gerekir. Cebir veya tehditle sendikal hakları engellenen kişilere karşı sendika özgürlüğünü koruyan maddeyi, yüzyıllar içinde değişmiş ve dnşmiş Ceza Hukukunun, alışanlar lehine müdahalesi olarak okumak mümkündür.

II. Sendikal Hakların Kullanılmasının Engellenmesi Suçu

Sendikal Hakların Kullanılmasının Engellenmesi

Madde 118- (1) Bir kimseye karşı bir sendikaya ye olmaya veya olmamaya, sendikanın faaliyetlerine katılmaya veya katılmamaya, sendikadan veya sendika yönetimindeki görevinden ayrılmaya zorlamak amacıyla, cebir veya tehdit kullanan kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Cebir veya tehdit kullanılarak ya da hukuka aykırı başka bir davranışla bir sendikanın faaliyetlerinin engellenmesi halinde, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

Sendikal hakların kullanılmasının engellenmesi suçu, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda⁶ (765 sayılı Kanun) yer almazken, TCK’nın “Hürriyete Karşı Suçlar” başlığı altında yeni bir suç tipi olarak düzenlenmiştir. Bu başlık altındaki diğer suçlara genel olarak bakıldığında, tehdit, şantaj, cebir, kişiye hürriyetinden yoksun kılma gibi suçların yanı sıra; siyasi hakların kullanılmasının engellenmesi, eğitim ve ğretim hakkının engellenmesi, iş ve çalışma hürriyetinin ihlali gibi suç tiplerinin de düzenlendiği görülmektedir. Tüm bu suç tiplerinin aynı başlık altında yer alması, 1889 İtalyan Ceza Kanunu sistemini benimseyen 765 sayılı kanundan farklılaşan bir anlayışın benimsendi-

⁴ Yarsuvat, s.6.

⁵ 25611 sayılı 12.10.2004 tarihli Resmi Gazete.

⁶ 320 sayılı 13.03.1926 tarihli Resmi Gazete.

ğini göstermektedir. Söz konusu mülga kanunda “Hürriyet Aleyhine İşlenen Cürümler” bir arada ele alınmak yerine, “Siyasi Hürriyet Aleyhine İşlenen Cürümler”, “Şahsın Hürriyeti Aleyhine Cürümler”, “İş ve Çalışma Hürriyeti Aleyhine Cürümler” gibi alt bölümlere ayrılmakta iken⁷, TCK’da söz konusu suçlar, artık herhangi bir ayrıma tabi tutulmaksızın, bölünmez bir hürriyet kavramı içerisinde değerlendirilmiştir.

Bu bağlamda, kişi hürriyetinin bütüncül bir şekilde, hiyerarşik ya da kategorik bir fark gözetmeksizin ele alınmasının olumlu bir düzenleme olduğunu söylemek mümkündür. Nitekim kişi hürriyeti bütün halinde sağlanmadığı sürece gerçek bir hürriyetten söz edilemeyecektir⁸.

A) Korunan Hukuksal Değer

TCK m. 118’in gerekçesinde belirtildiği üzere, maddenin iki fıkrasında birbirinden farklı suç tipleri düzenlenmiş olup, her iki fıkra da korunmak istenen hukuksal değer ayrı incelenmelidir.

İlk fıkrada korunan hukuksal değer, bireysel sendika özgürlüğü şeklinde ifade edilen bir kimsenin bireysel olarak sendikaya girme veya girmeme, sendikal faaliyete katılma veya katılmama özgürlüğüdür. Anayasanın 51. maddesi, bireysel sendika özgürlüğünü garanti altına alarak, çalışanların ve işverenlerin izne tabi olmaksızın sendikalar ve üst kuruluşlar kurma, bunlara serbestçe üye olma ve üyelikten serbestçe çekilme hakkına sahip olduklarını belirtmektedir. Söz konusu hak, “çalışanlar” demek suretiyle, yalnız işçilere değil kamu görevlileri de dahil tüm çalışanlara tanınmış bir haktır. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi (“İHAS”) de 11. maddesinde bu hakkı herkese tanımıştır. Benzer şekilde Uluslararası Çalışma Örgütü (“ILO”) 87 sayılı Sendika Özgürlüğü ve Sendika Hakkının Korunması Sözleşmesi ile sendika hakkı çerçevesinde, hiçbir ayırım gözetmeksizin, çalışanlar ve işverenlerin, önceden izin almadan istedikleri kuruluşları kurmak ve bunlara üye olma hakkını düzenlemiştir⁹. Yine Örgütlenme ve Toplu Görüşme Hakkı Prensip-

⁷ Artuk, Emin/ Gökçen, Ahmet/ Yenidünya, Caner, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Adalet Yayınevi, 13. Baskı, Ekim 2013, Ankara, s.329 vd.

⁸ Üzülmaz, İlhan, Yeni Türk Ceza Kanunu’nun Hürriyete Karşı İşlenen Suçlar Sistemi Çerçevesinde Tehdit, Şantaj ve Cebir Kullanma Suçları, Turhan Kitabevi, 1. Baskı, Şubat 2007, Ankara, s. 22 ve orada dn. 76’da anılan Erem, Faruk, Hürriyet ve Suç, s.61.

⁹ Kaboğlu, İbrahim Ö., Özgürlükler Hukuku, 1. Baskı, Afa Yayınevi, Aralık 1993, İstanbul, s.245

lerinin Uygulanması Hakkında 98 Sayılı Uluslararası alışma Sözleşmesi ile Kamu Hizmetinde Örgütlenme Hakkını Koruyan 151 sayılı Sözleşme Türkiye açısından bağlayıcıdır. Bu normlar doğrultusunda yapılan eleştiriler sonucu Anayasa'da değişikliğe gidilmiştir¹⁰.

Anayasa ile bireye sendikaya girme, sendikal faaliyete katılma gibi olumlu bir edimde bulunma serbestisi tanıdığı kadar, bunun tamamlayıcısı olarak sendikadan ayrılabilme, sendikaya girmeye zorlanamama anlamında olumsuz sendika özgürlüğü de tanınmıştır. Nitekim olumsuz sendika özgürlüğü doğrultusunda “closed shop” ya da “union shop” şeklinde ortaya çıkan¹¹, bir iş yerinde çalışabilmek için, belirli bir sendikaya üye olmayı zorunlu hale getiren uygulamalar Türkiye’de yasaklanmıştır¹². Bu doğrultuda TCK m.118 f.1 kapsamında bir sendikaya üye olma ve sendikanın faaliyetlerine katılma kadar, bir sendikaya üye olmama konusundaki serbestlik de koruma altına alınmış bulunmaktadır.

Ancak sendikal özgürlük açısından anayasada yer alan sendika ve üst kuruluşlar kurma hakkı TCK m.118 f. 1’de koruma altına alınmamıştır¹³. Sendika özgürlüğü sendika ve konfederasyon kurmayı da içermektedir, oysa bu fıkra da zaten önceden kurulmuş bir sendikaya üye olma, olmama; faaliyetlerine katılma ya da katılmamadan bahsedilmekte, sendika ve konfederasyon kurma özgürlüğü korunmamaktadır. Bu nedenle ilgili fıkranın bahsedilen özgürlükleri de koruyacak şekilde düzenlenmesi gerekmektedir.

İkinci fıkradaki suç tipi incelendiğinde ise sendikanın faaliyetlerinin cebir veya tehdit kullanılarak veya başka bir hukuka aykırı yolla sona erdirilmesinin yasaklandığı görülmektedir. Burada amaçlanan sendikanın faaliyetlerine devam edebilmesi olup, korunan hukuksal menfaat kolektif sendika

¹⁰ **Makas**, Recep, “6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununda Sendikaların Kuruluş Esasları”, Adalet Akademisi Dergisi, Yıl: 4, Sayı: 15, Ekim 2013, s.156,157.

¹¹ Closed shop işe alınabilmek için belli bir sendikaya üye olmayı zorunlu kılmaktadır. Union shop ise sendika üyesi olmayan bir çalışanın işe alınmasına izin verir, ancak bu çalışanın işe devam etmesi için işe başladıktan sonra genellikle otuz ile altmış gün arası değişen bir sürede belli bir sendikaya üye olmasını zorunlu kılar. Tanımlar için bkz. **Miller**, Ronald R., “Right-To-Work Laws and Compulsory Union Membership in United States”, British Journal of Industrial Relations,Cilt:14, Sayı:2, Temmuz 1976, s.187.

¹² **Tuncay**, A. Can/ **Savaş**, F. Burcu, Toplu İş Hukuku, 3. Baskı, Beta Yayınevi, Eylül 2013, İstanbul, s.31.

¹³ **Reyhani**, Sera, İş ve Çalışma Hürriyetinin İhlali Suçu, Marmara Üniversitesi Kamu Hukuku Bilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2009, s.36.

özgürlüğüdür. Çift yönlü bir hak olan sendika özgürlüğünün, bireysel sendika özgürlüğünü tamamlayan diğer bir boyutu da çalışan ve işverenlerin kurduğu, ancak onlardan ayrı, bağımsız ve kendine özgü bir yapısı olan sendikaların varlığının ve faaliyetlerinin garanti altına alınmasıdır. Kolektif sendika özgürlüğü olarak nitelendirilen bu özgürlük, sendikaların kuruluşu ile başlayıp sona ermelerine kadar söz konusu olacaktır¹⁴. TCK m. 118 f.2’de belirtilen suç tipiyle, Anayasanın ruhuna uygun şekilde bireysel sendika özgürlüğünün tamamlayıcısı olan kolektif sendika özgürlüğü koruma altına alınmıştır. Ancak bu fıkrada sendika tüzel kişiliğinin faaliyetleri korunurken kanunun lafzında “konfederasyon”¹⁵ kavramına yer verilmediğine dikkat edilmelidir. Bu durumda kanunilik ilkesi gereği m.118’in f.2’nin koruduğu kolektif sendika özgürlüğünün konfederasyonları da içerdiğini söylemek mümkün olmayacağından¹⁶ ilgili fıkraya konfederasyonların da eklenmesi yerinde olacaktır.

Delaysıyla suçun ilk fıkrasında bireysel sendika özgürlüğü, ikinci fıkrasında ise kolektif sendika özgürlüğü korunmuştur. Ancak bu iki hukuksal değer farklı fıkralarda yer alsa da birbirine bağlı hukuksal değerlerdir; biri var olmaksızın diğerinin de varlığından söz edilemez. “İşçiye rağmen sendika” fikri kabul edilemeyeceği gibi, bireysel sendika özgürlüğünün de aslolarak ortak çıkarları topluca savunmak için var olduğu gözden kaçırılmamalıdır¹⁷. Madenin söz konusu özgürlükleri bütüncül olarak koruması için yukarıda bahsedildiği üzere ilk fıkranın sendika ve konfederasyon kurma hakkını ve ikinci fıkranın sendikal faaliyetlerin yanı sıra konfederasyon faaliyetlerine katılma hakkını koruma altına alacak şekilde düzenlenmesi gereklidir.

Son olarak doktrinde bu tip suçlarda korunan hukuksal menfaatin sadece sendika özgürlüğü değil, tüm toplumun çalışma ve ekonomik düzeni olduğunun da altı çizilmektedir¹⁸.

¹⁴ **Şahlanan**, Fevzi, Sendikalar Hukuku, Yılmaz Ajans Matbaacılık, İstanbul 1995, s.14-15. Benzer görüş için **Tuncay/Savaş**,s.32, **Kaboğlu**, s.245.

¹⁵ 6356 sayılı kanunun 4. maddesinde konfederasyon “değişik işkollarında en az beş sendikanın bir araya gelerek oluşturdukları tüzel kişiliğe sahip kuruluş” olarak tanımlanmaktadır.

¹⁶ Bu yönde bkz. **Yaşar**, Osman/ **Gökcan**, Hasan T. / **Artuç**, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Adalet Yayınevi, 3.Cilt, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 2. Baskı, Ocak 2014, Ankara, s.4019. ve orada dn. 2358’de anılan **Soyer**, İş ve Çalışma Hürriyetinin İhlaliyle Sendikal Hakların Kullanılmasının Engellenmesi Suçlarına İlişkin Bazı Düşünceler, s.102.

¹⁷ **Narmanlıoğlu**, Ünal, Toplu İş İlişkileri, Beta Yayınevi, 2. Baskı, Mayıs 2013, İstanbul, s.13.

¹⁸ **Yarsuvat**, s.158.

B) Maddi Unsur

1. Fail

TCK m. 118, fail için herhangi bir özellik öngörmediğinden, suçun faili herkes olabilir.

2. Mağdur

a) Birinci Fıkra Kapsamında Mağdur

İlgili suçun ilk fıkrasında korunan hakkın sahibi, diğer bir deyişle mağdur, bir sendikaya üye olma hakkına sahip olan çalışanlar, yine bir sendikaya üye olma hakkına sahip işverenler, sendikal faaliyete katılma hakkı bulunanlar ve sendika yönetiminde görev yapan kimselerdir¹⁹.

Sendikaya üye olma hakkına sahip olmayan kişilerin suçun mağduru olmaları mümkün değildir. Bu durumda öncelikle kimlerin sendikaya üye olma hakkı olduğu incelenmelidir.

aa) İşçi Sendikalarına Üye Olma Hakkı Bulunanlar

İşçi sendikaları açısından 6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu²⁰'nun ("6356 sayılı Kanun") 17. maddesi gereği, üyelik için aranan şartlardan ilki işçi sayılmaktır. Her ne kadar 6356 sayılı Kanun işçi tanımı açısından 4857 sayılı İş Kanunu'na²¹ gönderme yapmış olsa da, kanun kapsamındaki işçi tanımının, İş Kanunu'nda tanımlanandan *daha geniş* olduğu gözden kaçırılmamalıdır. 6356 sayılı Kanun, iş sözleşmesine dayanarak çalışmakla birlikte İş Kanuna tabi olmayan kişileri de işçi olarak saymaktadır. Örneğin Deniz İş Kanunu, Basın İş Kanunu, Borçlar Kanunu kapsamında işçi sayılan kişiler fark gözetilmeksizin, kanun kapsamındaki diğer şartları da karşılamaları halinde sendika üyesi olabilirler. Ayrıca 6356 sayılı Kanun m.2. f. 4'te *iş sözleşmesi ile çalışmayan* bazı kişilerin dahi sendikalara ilişkin hükümler açısından işçi sayılacağı düzenlenmiş; taşıma, eser, vekalet, yayın, komisyon ve adi şirket sözleşmesine göre bağımsız olarak mesleki faaliyet olarak yürüten gerçek kişilerin ücret karşılığı iş görmeleri durumunda, sendika kurma ve

¹⁹ Evik, Ali Hakan, "Sendikal Hakların Kullanılmasının Engellenmesi Suçu", İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Sayı:10, 2006, s.206.

²⁰ 28460 sayılı 07.11.2012 tarihli Resmi Gazete.

²¹ 25134 sayılı 10.06.2003 tarihli Resmi Gazete

sendikaya üye olma haklarından yararlanacakları belirtilmiştir²². Bu durumda işçi sendikalarına üye olma hakkı bulunan kişiler yalnızca İş Kanunu'ndaki işçi tanımı ile sınırlı olarak ele alınmamalıdır.

Burada dikkat edilmesi gereken diğer bir nokta, 399 sayılı Kanun Hükümünde Kararnamenin²³ 3.maddesinin c bendi kapsamına giren kamu iktisadi teşebbüsleri ve bağlı ortaklıklarında çalışan sözleşmeli personelin, işçi statüsünde sayılamayacağı ve işçi sendikasına üye olamayacağıdır²⁴.

İşçi sendikalarına üyelik açısından aranan diğer bir şart ise 6356 sayılı Kanunun 17. maddesinde belirtildiği üzere kişilerin 15 yaşını doldurmuş olmalarıdır. İşçilerin yalnızca iş yerlerinin girdiği iş kolunda faaliyet gösteren bir sendikaya üye olmaları mümkündür. Madde bünyesinde işçinin birden fazla sendikaya üye olması açısından bir yasak öngörülmüştür; *aynı iş kolunda ve aynı işverene ait işyerlerinde çalışan işçi, birden fazla sendikaya üye olamayacaktır*²⁵.

bb) İşveren Sendikasına Üye Olma Hakkı Bulunanlar

TCK m. 118 yalnız çalışanların değil işverenlerin bireysel sendika özgürlüğünü de koruduğundan, işverenler aleyhine f.1'de düzenlenen hareketlerin gerçekleştirilmesi durumunda, işverenler de mağdur sıfatını haiz olacaktır. İşverenlerin mağdur olabilmesi için öncelikle işveren kavramı ve işverenlerin sendikal hakları tartışılmalıdır.

6356 s. Kanunun 2. maddesi İş Kanunu'ndaki işveren tanımına gönderme yapmaktadır. İş Kanunu ise işvereni "işçi çalıştıran gerçek veya tüzel kişi yahut tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlar" olarak tanımlamaktadır. Bu tanıma göre örneğin bir anonim şirketin kendisi de tüzel kişilik olarak işveren sendikasının üyesi olabilecektir²⁶. Ancak TCK m. 118 f.1 "*bir kimseye karşı bir sendikaya üye olmaya veya olmamaya zorlamak amacıyla*" diyerek ger-

22 **Yenisey Doğan**, Kübra, "Sendikal Örgütlenmede İşkolu Esası ve İşkolunun Belirlenmesi", Çalışma ve Toplum, Sayı 4, 2013, s.46-47.

23 20417 sayılı 29.01.1990 tarihli Resmi Gazete.

24 **Tuncay/Savaş**, s.79 vd.

25 Bu yasak tersten okunduğu takdirde, örneğin metal iş kolunda *iki farklı* işverenle sözleşme yapan işçinin, *birden fazla* sendikaya üye olması mümkündür.

26 İşveren vekilleri de 6356 s. kanun m.2 kapsamında işveren sayıldıklarından işveren sendikalarına üye olma hakkına sahiptir.

çek ve tüzel kişiyi kapsayan “kişi” ifadesi yerine bir “kimse” ifadesini tercih etmiştir. Bu durumda tüzel kişilere karşı bu suçun işlenmesi kanunilik ilkesi gereği mümkün olmayacaktır. Dolayısıyla her ne kadar tüzel kişi işverenlerin 6356 sayılı Kanun kapsamında işveren sendikası üyesi olma hakkı olsa da, sendikal hakların kullanılmasının engellenmesi suçu açısından tüzel kişi işverenler koruma alanı bulamayacaktır.

Gerçek kişi işverenlerin mağdur sayılabilmeleri için, öncelikle 6356 s. Kanunda sayılan sendikaya üye olabilme şartlarını karşılamaları gerekir. Gerçek kişi işverenler açısından işçi sendikalarına üyelikte olduğu gibi yaş şartı aranmasa da bu hususta derneğe üye olmaya ilişkin fiil ehliyeti aranacaktır²⁷. Sendikaya üye olma hakkı bulunmayan işverenlerin söz konusu suçun mağduru olabilmeleri mümkün değildir.

cc) Kamu Görevlilerinin Sendikalarına Üye Olma Hakkı Bulunanlar

Son olarak yalnızca 6356 sayılı Kanun kapsamındaki sendikaya üye olma ve faaliyetlerine katılma hakkı bulunan işçi ve işverenlerin değil, kamu görevlilerinin de suçun mağduru olabileceği göz önünde bulundurulmalıdır. 4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları ve Toplu Sözleşme Kanunu²⁸ (“4688 sayılı Kanun”) m. 14’te belirtilen şartları karşılayan kamu görevlilerinin sendika üyesi olma hakları bulunmaktadır. Ancak aynı Kanununun 15. maddesi belli kişilere sendika üyesi olmayı yasaklamış bulunmaktadır²⁹. Bu durumda örneğin m. 15’te belirtilen sendika üyesi olamayacak kişiler kapsamına giren Türk Silahlı Kuvvetleri mensubunun veya ceza infaz kurumunda çalışan kamu görevlisinin suçun mağduru olması mümkün değildir.

dd) Sendikal Faaliyetlerden Yararlanma Hakkı Bulunanlar

Bu faaliyetlerden öncelikle sendikanın yukarıda sayılan üyeleri yararlanabilecektir. 6356 sayılı Kanun m.36 kapsamında üye olmayanların faaliyetten yararlanması ise sendika ve konfederasyonların muvafakatına bağlıdır.

²⁷ Ayrıntılı açıklama için bkz. **Tuncay/ Savaş**, s. 82-83.

²⁸ 24460 sayılı 12.7.2001 tarihli Resmi Gazete.

²⁹ Emniyet-Sen ile ilgili Anayasa Mahkemesine yapılan bireysel başvuruda 6356 s. kanun m.15 kapsamında belirtilen sendika yasağının Anayasa’nın 13. maddesinde yer alan “demokratik toplum düzeninin gereklerine” ve “ölçülülük ilkesine” aykırı olduğu yönünde karşı oy yazısı için AYM 29.01.2014, 2013/130 E., 2014/18 K.

Ancak TCK m. 118'de konfederasyonlardan bahsedilmemesi nedeniyle ilgili madde yalnızca sendika faaliyetlerinden yararlanma hakkı olan mağdurları korumaktadır.

Birinci fıkra kapsamında üyeleri tehdit veya cebre maruz kalan sendika açısından, bu baskının sendikalı olmayan diğer çalışanlar üzerinde de caydırıcı etki uyandırması, üye sayısının, dolayısıyla aidat gelirinin azalması, toplu iş sözleşmesi yapabilmek adına yeterli sayıya ulaşamaması ve buna benzer durumlar dikkate alındığında sendikanın bu fıkra kapsamında korunan hukuksal menfaatin sahibi olan mağdur olarak nitelendirilmesi mümkün olmasa da suçtan zarar gören olarak düşünülmesi gerekir. Ancak Yargıtay, bu fıkra kapsamında sendikayı suçtan zarar gören olarak kabul etmemekte, sendikanın bu fıkraya ilişkin görülen davalara katılma talebini reddetmektedir³⁰.

b) İkinci Fıkra Kapsamında Mağdur

Bu fıkroda cebir veya tehdit kullanılarak ya da hukuka aykırı davranışla bir sendikanın faaliyetinin engellenmesi söz konusu olduğundan, söz konusu fıkra açısından hak sahibi olan mağdur, tüzel kişi olan sendikadır. Mağdur sayılabilmesi için öncelikle usulüne uygun kurulmuş bir sendika bulunmalıdır. Sendikaların kuruluş usulü 6356 sayılı Kanunda belirtilmiş olup, sendika, tüzük ve ekli belgelerin valiliğe verildiği anda tüzel kişilik kazanacaktır³¹. Kamu görevlileri sendikaları için ise sendikanın 4688 sayılı Kanunda belirtilen usullere uygun bir şekilde kurularak tüzel kişilik kazanmış olması aranır. Suçun mağdurunun gerçek veya tüzel kişiler olabileceğinden yola çıkılarak³², yalnızca tüzel kişilik kazanmış sendikanın, TCK m.118 f.2'de tanımlanan hukuksal menfaatinin sahibi, dolayısıyla suçun mağduru olabileceğini söylemek mümkündür.

3. Suçun Konusu

Suçun konusu, tipe uygun hareketin üzerinde gerçekleştiği insan veya şeydir³³. Hürriyete karşı suçlarda ise suçun konusu doktrinde tartışmalıdır.

³⁰ Yarg. 4. CD.,27.06.2012, E. 2010/20111, K. 2012/15506, Yaşar ve diğerleri, s.4022.

³¹ Sendikanın kurulması için gerekli şartların ayrıntısına girilmemiştir. İşkolu şartı ile ilgili ayrıntılı açıklama için **Yenisey**, kuruluşa egemen ilkeler için **Tuncay/Savaş**, s.38 vd.

³² **Dönmezer**, Sulhi/**Erman**, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku 1.Cilt, Ocak 1997, 12. Baskı, İstanbul,s.427.

³³ **Özbek ve diğerleri**, s.71.

İnsanın fiziki ve psikolojik boyutunu ayrı ayrı değerlendiren görüş açısından kişinin zorlanan iradesi suçun konusu olabilir. Ancak suçun maddi bir konusu olduğunu kabul etmek, korunan hukuksal değerle suçun konusu daha net ayırtabilmek açısından yerinde olacaktır. Bu durumda cisim olan, yani duyularla algılanabilen şeylerin³⁴ suçun konusu olacağını söyleyerek, TCK m.118 f.1 bakımından sendikal özgürlüğü kısıtlanan kişinin bu yöndeki irade serbestliği dış dünyaya yansıyabilecek bir konu olamayacağından, suçun konusunun cebir veya tehdite uğrayan, maddi ve manevi olarak bir bütün olan kişinin kendisi olduğunu söylemek mümkündür.

TCK m.118 f.2 açısından ise cebir, tehdit veya hukuka aykırı davranışla engellenen sendikanın faaliyetleri suçun konusu olacaktır.

4. Hareket

a) Birinci Fıkroda Düzenlenen Hareket

Bu fıkroda bir kimseye bir sendikaya üye olmaya veya olmamaya, sendikanın faaliyetlerine katılmaya veya katılmamaya, sendikadan veya sendika yönetimindeki görevinden ayrılmaya zorlamak amacıyla cebir veya tehdit kullanma hareketi düzenlenmiştir.

Genel olarak hürriyet aleyhine işlenen suçlarda, söz konusu ihlal “zorlama” ile gerçekleşmektedir. Hürriyet aleyhine işlenen suçlar arasında yer alan TCK m. 118’de de zorlama vasıtaları olarak cebir veya tehdit öngörülmüştür³⁵. Dolayısıyla ilgili fıkra gereği yalnızca cebir veya tehdit fiilleri bahsedilen amaçlarla gerçekleştirildiğinde suçun oluşması mümkündür. Sayılan bu iki hareket, seçimlik hareket olup, bunlardan yalnız birinin veya her ikisinin birlikte kullanılması halinde tek bir suç oluşacaktır³⁶.

Öncelikle cebrin ne olduğu üzerinde tartışılmalıdır. Cebir TCK m. 108’de düzenlenmiş bir suç olup “bir şeyi yapması veya yapmaması ya da kendisinin yapmasına müsaade etmesi için bir kişiye karşı cebir kullanılması” şeklinde tanımlanmıştır.

³⁴ **Demirbaş**, Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 5. Baskı, Kasım 2007, Seçkin Yayınevi, Ankara, s.487 ve orada dn. 740’ta anılan Toroslu, Nevzat, Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu, s.185 vd.

³⁵ **Üzülmez**, s. 32.

³⁶ **Şen**, Ersan, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, Vedat Kitapçılık, 1. Baskı, Nisan 2006, İstanbul, s. 486-487, **Evik**, s.210, **Üzülmez**, s. 45.

Cebir kullanma, genel anlamıyla bir kişinin irade oluşturma veya oluşturulan iradeye uygun hareket etme serbestisini ihlal etmek ve böylelikle onu başka türlü davranmaya zorlamak anlamına gelmektedir. Cebirin genel anlamı bu olmakla birlikte cebri oluşturan hareket m. 108’de açıkça tanımlanmamıştır³⁷.

Daha çok diğer suçların içerisinde eriyerek bileşik suç teşkil eden cebir suçu ile ilgili fikir edinebilmek için, kanun sistematigi içerisinde cebir suçunun unsuru olarak yer aldığı suçlar incelenmelidir. Örneğin cebir veya tehdit kullanarak hırsızlık yapmayı içeren TCK m. 148’deki yağma suçunun son fıkrasında “mağdurun, herhangi bir vasıta ile kendisini bilmeyecek ve savunamayacak hale getirilmesi de, yağma suçunda cebir sayılır.” denilmekte, bu fıkradan yola çıkarak kişinin iradesini etkileyecek yöntemlerden biri olan algılama yeteneğini bozmanın cebir olarak düşünülebileceği anlaşılmaktadır³⁸.

Ancak cebiri düzenleyen TCK m. 108’in gerekçesi incelendiğinde, “cebir, kişiye karşı fiziki güç kullanmak suretiyle, onun veya bir üçüncü kişinin iradesi ve davranışları üzerinde zecrî bir etki meydana getirilmesidir.” denilmekte, ardından cebre maruz kalan kişinin, *bu fiziki gücün meydana getirdiği acının* etkisiyle belli bir davranışta bulunmaya zorlanması gerektiğinin altı çizilmektedir. Dolayısıyla kişinin fiziksel bir acıya maruz bırakılması aranmaktadır³⁹. Oysa yine aynı gerekçede, cebir kullanma suçunun kasten yaralama suçunu oluşturduğu belirtilmiştir. Bu durumda cebirin hem yağma suçunda yukarıda bahsedilen fıkradan, hem kasten yaralama suçunun TCK m. 86’daki tanımından yola çıkarak yalnızca vücuda acı veren hareketlerden oluştuğunu ileri sürmek çelişkili olacaktır. Çünkü TCK m.86’da düzenlenen kasten yaralama suçunu oluşturan hareketler arasında da kişinin sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulması yer almaktadır. Nitekim cebirin, mağdurun algılama yeteneğini bozarak iradesi üzerinde etki kuran hareketlerle de işlenebileceğini ileri süren görüşe⁴⁰ göre, kişinin karşı koymasını güçleştiren ve direncini kıran uyuşturucu verilmesi dahi cebir olarak kabul edilebilecektir.

37 **Koca**, Mahmut/Üzülmez İlhan, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Adalet Yayınevi, 1. Baskı,Kasım 2013, Ankara,s.387.

38 **Üzülmez**, s. 46.

39 Gerekçe ile aynı yönde görüşler için bkz. **Artuk/Gökçen/Yenidünya**, s.338, **Üzülmez** s.48.

40 **Hafizoğulları**, Zeki/ **Özen**, Muharrem, Kişilere Karşı Suçlar, Us-a Yayıncılık, 2. Baskı, Eylül 2013, Ankara, s.211., **Tezcan/Erdem/ Önok**,s. 377.

Cebir suçu açısından karşımıza çıkan ikinci sorun, cebirin kasten yaralamasının TCK m.86 f.3'te düzenlenen nitelikli halleriyle, TCK m.87'de düzenlenen kasten yaralamasının neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerini kapsayıp kapsamadığıdır. Bu nitelikte bir fiil işlendiğinde faile hangi hükümden ceza verileceği doktrinde tartışmalı olup, bu husus ileride içtima kapsamında tartışılacaktır.

Birinci fıkrada düzenlenen cebir dışındaki diğer hareket, mağdurun tehdit edilmesidir. TCK m. 106'da düzenlenen tehdit suçu, doğrudan zorlama, maddi güç kullanma içeren cebirden farklı olarak, gelecekte gerçekleştirilecek bir zarar bildirimini içermekte, manevi bir zorlama teşkil etmektedir⁴¹. Hareketin, korkutmaya objektif olarak elverişli olması yeterli olup, ayrıca tehdidin konusunun gerçekleşmesi aranmamalıdır. Örneğin "daha önce seni bıaklamış idim, ucuz kurtuldun, bu kez seni öldüreceğim." şeklinde bir beyan objektif olarak ciddi ve korkutucu nitelik olduğundan tehdit suçunu oluřturacaktır⁴². Burada tehdit suçunun oluşup oluşmadığının tespiti açısından muhatabın kişisel olarak tehditten etkilenmesi, tehditi ciddiye alması aranmamalıdır⁴³. Tehdit suçu ile "kusurluluğu etkileyen hal olan tehdit" karıştırılmamalıdır. nemli olan failin TCK m.106'da düzenlenen tehdit suçunu işleme kastını açığa vuran objektif bir hareketin tespit edilebilmesidir, hareketin mağdurun i huzurunu bozmasını ayrıca aramaya gerek bulunmamaktadır⁴⁴. Dolayısıyla tehdit suçu oluşabilmesi için, hareketin ortalama herhangi bir kişinin tepki verebileceği ciddiyette olması; eğer ortalamadan farklı bir durum söz konusu ise de hareket anında bu hususa ilişkin failin özel bilgiye sahip olup olmadığının değerlendirilmesi gerekir⁴⁵.

Tehdit konusunu içeren hususun gerçekleştirilerek, örneğin kişinin öldürülmeye çalışılması, malına veya vücut bütünlüğüne zarar verilmesi aranmaz. Bu neticeler gerçekleştiği takdirde, söz konusu fiillerin teşkil ettiği suçlardan da ayrıca ceza verilecektir⁴⁶.

Tehdit suçunun oluşması için mutlaka mağdurun tehdit edilmesi aranmaz, tehdit kişinin yakınlık duyduğu birine yönelik de olabilir. Bunun yanı sıra tehditin mağdura üçüncü kişi aracılığıyla iletilmesi de mmkndr⁴⁷.

41 zlmez, s.50, Tezcan/Erdem/nok, s.353, Evik, s. 209.

42 Yarg. 2. CD., 19.03.2009, E. 2008/17421, K. 2009/14214.

43 Yaşar ve diğerleri, s.3558.

44 Bu yönde bkz. Tezcan/Erdem/ nok, s.366, Yaşar/Gökcan/Artuç, s.3558.

45 Yaşar/Gökcan/Artuç, s.3558.

46 Yaşar/Gökcan/Artuç, s.3557.

47 ınar, Ali R., Tehdit Suçu, Turhan Yayınevi, 1. Baskı, Ekim 2002, Ankara, s.70.

Bir kimseyi bir sendikaya üye olmaya veya olmamaya, sendikanın faaliyetlerine katılmaya veya katılmamaya, sendikadan veya sendika yönetimindeki görevinden ayrılmaya zorlamak amacıyla tehdit edilmesi halinde ise artık TCK m. 118 f.1’de belirtilen suç söz konusudur. Bu konuda emsal teşkil eden kararlardan birinde, sendikaya üye olma girişiminde bulunan işçiye “sendika işinden vazgeçmezsen hiçbir işe giremezsin, seni Eskişehir’de barındırmayız” diyen sanığın tehdit fiilini işlediği kabul edilmiş ve söz konusu hareketin sendikaya üye olması, faaliyetlerine katılmasını engelleme amacıyla yapılması dolayısıyla sanık hakkında TCK m. 118 kapsamında hapis cezasına hükmedilmiştir⁴⁸. Benzer şekilde; Isparta eski Belediye Başkanı hakkında da, Hak-İş Sendikası’na bağlı Hizmet-İş’e geçmeleri için baskı yaptığı işçilerden, sendika değiştirmeyerek Belediye-İş’te kalan 152 işçiyi işten kovması üzerine bir sendikadan ayrılarak başka bir sendikaya üye olmaya zorlama amacıyla tehdit etme söz konusu olduğundan TCK m. 118 kapsamında hapis cezası verilmiştir⁴⁹.

Birinci fıkrada belirtilen suçun tamamlanması için cebir veya tehdit sonucunda kişinin sendikaya üye olması, üyelikten vazgeçmesi, sendikal faaliyetlere katılması, sendika ya da sendika yönetimindeki görevinden ayrılması aranmamaktadır. Tehdit veya cebirin kullanılmasıyla birlikte, söz konusu amaçlar gerçekleşmese dahi suç tamamlanır⁵⁰. Önemli olan seçimlik bu iki hareketten birinin veya ikisinin gerçekleştirilmiş olmasıdır.

İkinci fıkrada yer alan cebir veya tehditin yanı sıra *suçun hukuka aykırı bir davranışla işlenebileceği* ifadesi ilk fıkrada belirtilmemiştir. Dolayısıyla bu fıkra açısından suçun cebir veya tehdit dışında bir fiille işlenmesi mümkün olmayacaktır. Uygulamada sendikalı olmayan işçilere daha yüksek maaş veya başka türlü ayrıcalıklar tanınması, sendikalı çalışanlara yönelik mobbing uygulamaları çok sık rastlanılan hukuka aykırı davranışlar olmakla birlikte seçimlik hareket olarak yalnızca tehdit ve cebir suçları sayıldığı için, bu fıkra kapsamında cezalandırılmaları mümkün olmayacaktır. Örneğin Yargıtay, mağdura üye olmak istediği sendikanın bir terör örgütü ile bağlantısı olduğunu söyleyen sanığın, mağdurun sendikaya üye olmaması amacıyla hareket etse de cebre veya tehdiye başvurmamış olması nedeniyle TCK m. 118 f.1’de düzenlenen suçtan beraat etmesine ilişkin verilen kararı onamıştır⁵¹.

48 Yarg.4.CD., 17.12.2012, E. 2012/18096, K.2012/30416.

49 Isparta 1. Sulh Ceza Mahkemesi, 09.02.2012, E.2010/2.

50 Şen, s. 489, Evik, s. 210.

51 Yarg. 4. CD., 16.03.2013, E. 2013/8198, K. 2013/20512, Yaşar ve diğerleri, s.4022.

Bunun yanı sıra, maddenin gerekçesinde ve doktrinde ileri sürülen bazı görüşler çerçevesinde ilgili fıkra “teşebbüs suçu” olarak nitelendirilmektedir⁵². Oysa kanuni tanımında netice aranmayan bu fıkra “sırf hareket suçu” olarak tanımlanmalıdır. Neticeli suçlarda, suç neticenin gerçekleşmesi ile tamamlanırken, bu fıkroda düzenlendiği üzere sırf hareket suçu olan suçlarda, hareket yapıldığı anda suç işlenmiş olacak, zamanaşımı da bu andan itibaren işleyecektir⁵³. Bu madde özelinde “teşebbüs durumu tamamlanmış suç cezası ile cezalandırılan bir kalkışma suçu” söz konusu değildir⁵⁴. Hatta aşağıda teşebbüs başlığında tartışıldığı üzere örneğin tehdit suçu bölünebilir hareketlerle işleniyorsa, bu fıkradaki suç açısından teşebbüs mümkün olacak ve maddede öngörülen ceza TCK m.35 hükümleri uyarınca indirilebilecektir.

b) İkinci Fıkroda Düzenlenen Hareket

İkinci fıkroda düzenlenen suçun hareket unsuru cebir veya tehdit kullanılarak ya da hukuka aykırı başka bir davranışla bir sendikanın faaliyetlerinin engellenmesidir. Burada birinci fıkradan farklı olarak cebir veya tehdit araç fiil olarak kabul edilmiş, bu iki fiilin yanı sıra hukuka aykırı herhangi bir davranış aracılığıyla da suçun işlenmesi mümkün kılınmıştır. Ancak burada suçun tamamlanması için araç fiiller kullanılarak, sendika faaliyetlerinin engellenmesi neticesi aranmıştır. Dolayısıyla ilk fıkradan farklı olarak burada neticeli suç söz konusudur.

İkinci fıkroda belirtilen sendikal faaliyetlerin engellenmesi neticesinin oluşması için, öncelikle kurulmuş bir sendika ve sendikanın 6356 s. Kanuna uygun faaliyetleri söz konusu olmalıdır⁵⁵. Örneğin ilgili kanununun 26. maddesi kapsamında, sendikaların ticari faaliyette bulunması yasak olup, ticari faaliyet zaten sendikal faaliyet olamayacağından, böyle bir faaliyete cebir, tehdit veya hukuka aykırı bir hareketle müdahalede bulunmak TCK m. 118 kapsamında bir suç oluşturmayacaktır.

Neticeyi meydana getirecek araç fiiller açısından cebir ve tehditin kapsamı yukarıda tartışılmıştır. Cebir ve tehdit dışında ikinci fıkradaki suçu hukuka

⁵² **Malkoç**, İsmail, Açıklamalı Türk Ceza Kanunu (Madde 82-149), 2.Cilt, Ocak 2013, Ankara, s.2052,y

⁵³ **Dönmezer/Erman**, s.383.

⁵⁴ **Hafizoğulları**, s.211.

⁵⁵ Ayrıntılı bilgi için **Tuncay/Savaş**, s.111 vd.

aykırı bir davranış ile işlemek de mümkündür. Burada hukuka aykırı davranışı yalnızca TCK anlamında suç teşkil eden bir fiil olarak değil, tüm hukuk düzeni açısından hukuka aykırı sayılabilecek herhangi bir fiil olarak anlamak gerekir⁵⁶. Hukuka aykırılık, parçalanması mümkün bir kavram olmayıp, bir fiilin belli bir hukuk dalında hukuka aykırı sayılırken, diğer hukuk dalının bu fiili hukuka aykırı saymaması, hukukun mantığına ve varlık sebebine ters düşecektir⁵⁷. Dolayısıyla İş Hukuku, İdare Hukuku gibi alanlarda hukuka aykırı sayılan bir eylem Ceza Hukuku anlamında da hukuka aykırı sayılarak bu suçun maddi unsuru kapsamında değerlendirilebilecektir.

Sendikaların 6356 s. Kanunla izin verilen faaliyetleri arasında örneğin işyeri sendika temsilcisi atamak; m.26 f.2’de sayılan uyuşmazlıklarda kolektif dava açmak; hatta iş sözleşmesi, çalışma ilişkisi ve sosyal güvenlik hakları ile ilgili davalarda üyelerini ve mirasçılarını temsilen bireysel nitelikte dava açmak bulunmaktadır. Dolayısıyla söz konusu faaliyetler fıkırada sayılan araç fiillerle engellendiği takdirde suç oluşacaktır.

Özellikle uygulamada önem taşıması dolayısıyla, sendikaların toplu iş sözleşmesi yapma hakları ve 6356 s. Kanun m. 60 kapsamında grev ve lokavt kararı alma haklarının üzerinde durulmalıdır.

Grev, sendikaların en temel silahlarından biri olup, grev hakkı 6356 s. Kanunda oldukça ayrıntılı düzenlenmiştir. Bu hakkın kullanılması için toplu iş sözleşmesi *yapıldığı sırada* doğacak bir menfaat uyuşmazlığı, bu uyuşmazlığın çözümünde barışçıl yolların denenmiş olması, usuli prosedürlere uyulması, ilgili Kanununun 62. maddesinde sayılan grev yasaklarından birinin bulunmaması gerekir⁵⁸. Tüm bu düzenlemeler grev kararı alabilmeyi neredeyse imkansız kılacak şekilde sınırlandırmıştır.

Söz konusu sınırlandırmalara rağmen hukuka uygun bir grev kararı alınabilmesi halinde grev faaliyetine keyfi müdahale edilmesini engellemek amacıyla kanunda bazı şartlar öngörülmüştür. 6356 sayılı Kanun m. 63 gereğince karar verilmiş veya başlanmış olan kanuni bir grev veya lokavt ancak genel sağlığı veya milli güvenliği bozucu nitelikte ise Bakanlar Kurulu tarafından altmış gün süre ile ertelenebilir. Kanuna uygun bir grev kararını, kanunda

⁵⁶ Evik, s.212.

⁵⁷ Dönmezer, s.9.

⁵⁸ Ayrıntılı bilgi için **Caniklioğlu**, Nurşen, 6356 Sayılı Kanuna Göre Grev Yasakları ve Grevin Ertelenmesi, Çalışma ve Toplum Dergisi, Sayı 4, 2013, s.11-18.

yazılı Şartlara dayanmadan, keyfi bir Şekilde erteleyen bir karar alınması ya da fiilen kararı engelleyici işlem ya da eylemlerde bulunulması idare hukuku açısından hukuka aykırılık teşkil ettiği gibi aynı zamanda ceza hukuku açısından da hukuka aykırılık oluşturacaktır. Başka bir deyişle grev erteleme kararı almaya yetkili kişilerin, hukuka aykırı bir Şekilde grev faaliyetini engellemeleri ihtimalinde, TCK m.118 f.2 anlamında hukuka aykırı bir davranışla sendikal faaliyetin engellenmesi suçu gündeme gelebilecektir. Bu durumda karar almaya yetkili kişilerin hukuka aykırı davranışı açısından aşağıda tartıŐılacak suçun diğer unsurları da gerçekleŐtiyse cezai sorumluluk gündeme gelebilecektir. Örneğin bir cam firmasının grevinin, *milli güvenliği bozduğu* ileri sürülerek ertelenmesini bu bağlamda değerlendirmek mümkündür. Milli güvenliği bozan tehlikelerin, devletin bağımsızlığına ve egemenliğine, i ve dış güvenliğine yönelik gerçek ve yakın bir tehlike olması gerektiğinin ve yönetimin keyfi olarak herhangi bir tehlikeyi milli güvenliği ihlal olarak nitelendiremeyeceğinin altı çizilmelidir⁵⁹. Milli güvenlik gerekçesiyle grev ertelenenin hukuka uygun olup olmadığını tespit etme görevi Danıştay’ındır⁶⁰. Nitekim Danıştay’ın da konu ile ilgili görüşü, milli güvenliğin “yurt ölçüsünde belirlenen i ve dış tehlikelere karşı Devlet tüzel kişiliğinin güvenlik altına alınması” anlamına geldiği ve kanuna uygun bir grevin milli güvenliği bozucu nitelikte görülebilmesi için “devletin özel savunma altına alınmasını zorunlu kılacak ciddi tehlikelerin ortaya çıkması”⁶¹ gerekmektedir. Bu bağlamda bir cam fabrikasında yapılan grevin milli güvenliği tehlikeye atmayacağı aıktır⁶². Böyle bir durumda grevi erteleme kararı verildiğinde, erteleme kararının

⁵⁹ **Yokuş**, Sevtap, “Özgürlük-Güvenlik İkilemi”, <http://www.bilgesam.org/Images/Dokumanlar/0-344-2014091559guvenlik-22.pdf>, 11.09.2014, s.452

⁶⁰ 2575 sayılı Danıştay Kanunu, 17580 sayılı 20/1/1982 tarihli Resmi Gazete, m.24. Danıştay’ın incelediği erteleme kararları kapsamındaki grevlere konu iŐyerlerinin bir kısmında “kağıt mendil”, “tül perde”, “tuğla”, “konserve kutusu”, “mobilya” üretimi yapılması milli güvenlik kriterinin grev erteleme kararlarında ne Şekilde uygulandığının bir göstergesidir. **elik**, Aziz, “Milli Güvenlik Gerekçeli Grev Ertelemeleri”, alıŐma ve Toplum, Sayı: 2008/3 18, 2008, s. 111 ve orada dn. 70’te anılan Türk-İŞ tarafından 13.02.1991 tarihinde Danıştay’a sunulan dava dilekçesi.

⁶¹ Danıştay Dava Daireleri Kurulu, 19.09.1969, E.1967/711, K. 1969/652, Danıştay 10. Daire, 19.04.2006, E.2003/6134, K.2006/2551, **elik**, s.97.

⁶² Bakanlar Kurulunun 27/6/2014 tarihli kararıyla kararıyla Türkiye ŐiŐe ve Cam Fabrikaları Anonim Őirketine bağlı işyerlerinde Kristal-İŞ sendikası tarafından uygulanmakta olan grevin genel sağlık ve milli güvenliği bozucu nitelikte görülmeye sebebiyle 60 gün ertelenme-

hukuka aykırı olduğunun tespit edilmesi ile kararı alanların hukuka aykırı bir şekilde sendikanın faaliyetini engellemesi söz konusu olacağından, TCK m.118 f.2’de aranan kast ve diğer unsurların da mevcut olması halinde ilgili suçun oluştuğundan bahsetmek mümkün olacaktır.

Dolayısıyla cebir veya tehdit hareketleri ile sınırlı kalmaksızın, sendikanın faaliyetlerini engelleme amacıyla mobbing uygulama, mala zarar verme, şantaj yapma, hukuka aykırı grev erteleme kararı alma gibi suç oluşturan veya suç oluşturmamakla birlikte herhangi bir hukuk dalında hukuka aykırı sayılan hareketlerle ikinci fıkrada oluşan suçun oluşması söz konusu olabilecektir.

C) Manevi Unsur

a) TCK m.118 f.1’de Düzenlenen Suçun Manevi Unsuru

TCK m. 118 f.1’de tanımlanan suçun oluşabilmesi için fail bir kimsenin sendikaya üye olma veya olmaması, sendikanın faaliyetlerine katılması veya katılmaması, sendikadan veya sendika yönetimindeki görevinden ayrılması amacıyla hareket etmelidir.. Bu kapsamda doktrindeki özel kast ve genel kast tartışmasına girmeksizin TCK m. 21’de “kastın suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesi” olarak tanımlanmasından yola çıkılacaktır. Maddede açıkça yazılan bir unsur olması dolayısıyla failin, mağdurun sendikalı olduğunu, sendikaya üye olacağını veya sendika faaliyetlerine katılacağını biliyor ve bunları engellemek amacıyla hareket etmeyi istiyor olması gereklidir. Dolayısıyla fail ancak madde metninde sayılan amaçlardan

sine ilişkin kararın iptaline ilişkin Danıştay’a açılan davada yürütmenin durdurulması talebi Danıştay’ın yerleşik içtihatlarıyla çelişir şekilde reddedilmiştir. Bu konuda Kristal-İş tarafından yapılan bireysel başvuru üzerine Anayasa Mahkemesi grevin sadece milli güvenlik ve genel sağlığı bozucu nitelikte olduğu belirtilerek karar vermenin yeterli olmayacağı, somut olayda grevin ne şekilde milli güvenlik veya genel sağlık açısından bir tehlike oluşturduğunun gerekçelendirilmesi gerektiğini belirtmiş, Danıştay kararında yer alan “grevin cam üretiminin yüzde 90’ını gerçekleştiren iş yerlerini kapsadığı” ifadesinin *ekonomik gerekçelerle* talebin reddedildiği algısına yol açtığını vurgulayarak ekonomik veya soyut gerekçelerle grev erteleme kararı almanın mümkün olmadığını vurgulamıştır. Anayasa Mahkemesi alınan kararın zorlayıcı bir toplumsal ihtiyaçtan kaynaklanma ve demokratik toplumda gerekli olma kriterlerini karşılamadığı sonucuna varmış ve Anayasa’nın 51. maddesinde güvence altına alınan sendika hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir. Bu karar grev erteleme kararlarının hukuka aykırılığını değerlendirme açısından oldukça önemli bir emsal teşkil etmektedir. Anayasa Mahkemesi, Kristal İş Başvurusu, B. No: 2014/12166, K. 2.7.2015, R.G Tarih: 12.08.2015, Sayı: 29443,§ 81,82,83.

biri veya birkaçını gerçekleştirme doğrultusunda bilerek ve isteyerek hareket ettiğinde suç oluşacaktır⁶³. Bu nedenle suçun olası kastla işlenmesi mümkün değildir; suç ancak doğrudan kastla işlenebilir.

b) TCK m.118 f.2’de Düzenlenen Suçun Manevi Unsuru

İkinci fıkrada tanımlanan suç ise failin kasten maddede bulunan araç fiillere başvurarak sendikal faaliyeti engellemesi ile oluşacaktır. Burada kanun maddesinde herhangi bir amaç ayrıca belirtilmediğinden suçun genel bir kastla işlenmesi söz konusudur⁶⁴. Dolayısıyla bu fıkra açısından suç, doğrudan kastın yanı sıra olası kastla da işlenebilecektir⁶⁵.

D) Hukuka Aykırılık

Hükümde özel bir hukuka aykırılık hali düzenlenmemiştir. Tıpe uygun fiillerin gerçekleştirilmesi halinde hareket hukuka aykırı olacaktır. Suçun niteliği gereği meşru savunma, hakkın icrası gibi hukuka uygunluk sebeplerinin uygulama alanı bulamayacağı açıktır⁶⁶. TCK m.118’in hürriyete karşı suçlar başlığı altında düzenlenmesi ve suçta düzenlenen kişinin hür iradesini zorlayacak hareketlerin varlığı nedeniyle “mağdurun gerçek bir rıza”sından bahsetmek ve bunu hukuka uygunluk sebebi olarak saymak suçun niteliği gereği mümkün olmayacaktır.

E) Nitelikli Haller

Ortak hüküm başlıklı TCK m. 119, “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” şeklinde saydığı sınırlı sayıda suç açısından ortak uygulanacak ağırlaştırıcı halleri düzenlemektedir. Maddenin gerekçesinde de söz konusu ortak hükmün yalnızca hükümde sayılan suçlara uygulanacağı açıklanmıştır.

⁶³ Evik, s.214.

⁶⁴ Yaşar ve diğerleri, s.4026 ve orada dn. 2382’te anılan Soyler, s.106.

⁶⁵ Özen, Mustafa, “Bireysel Sendika Özgürlüğü ve Sendikal Hakların Kullanılmasının Engellenmesi Suçu”, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Sayı:46, 2015, s.65.

⁶⁶ Evik, s.214.

Sayılan suçlar TCK m. 112- m.117 arasında düzenlenen hürriyete karşı suçlar olup, yine hürriyete karşı işlenen bir suç olan ve diğer suçlarla benzer nitelik gösteren sendikal hakların kullanılmasını engelleme suçu ise madde kapsamı dışında bırakılmıştır⁶⁷. Bu durumu açıklamak açısından ortak ağırlaştırıcı hali düzenleyen TCK m.119 Adalet Alt Komisyonunda hazırlanmaktayken TCK m.118'de düzenlenen suçun ise Adalet Komisyonu tarafından tasarıya konulduğu ve ağırlaştırıcı halleri düzenleyen ilgili maddeye eklenmesinin unutulduğu belirtilmektedir⁶⁸. Ancak ortaya çıkan sonuç açısından kanunilik prensibi gereği ağırlaştırıcı halleri düzenleyen TCK m.119'da belirtilen suçlar arasında TCK m.118 bulunmadığı için, sayılan ağırlaştırıcı haller, sendikal hakların kullanılmasını engelleme suçu açısından uygulama alanı bulamayacaktır.

F) Suçun Özel Görünüş Şekilleri

1. Teşebbüs

TCK m. 35'te de açıkça düzenlendiği üzere teşebbüs, kasten işlenebilen suçlarda, suçu işlemeye elverişli icra hareketlerine başlanmakla birlikte, bu hareketlerin kişinin elinde olmayan nedenlerle tamamlanamaması veya kanuni tanımdaki neticenin gerçekleşmemiş olması halinde söz konusu olur.

TCK m. 118'in ilk fıkrasında, daha önce de belirtildiği gibi kişiye sendikaya üye olma, ya da olmama, sendikal faaliyetlerine katılma ya da katılmama gibi amaçlarla tehdit veya cebir uygulanması ile suç oluşmakta, ayrıca kişinin sendika üyesi olması, faaliyetlerine katılmaması gibi neticelerin gerçekleşmesi aranmamaktadır⁶⁹. Neticenin gerçekleşmesi aranmadığı sırf hareket suçlarında, suça teşebbüsün mümkün olması, ancak hareketlerin bölünebilir olmasına bağlıdır⁷⁰.

TCK m.118 f.1 açısından teşebbüsün mümkün olmayacağı görüşü bulunmakla birlikte⁷¹, m. 118'de belirtilen hareketlerin bölünebilir olması sebebiyle bu görüşe katılmak mümkün değildir. Örneğin tehdidin, yüze karşı değil

⁶⁷ Şen, s.492.

⁶⁸ Yaşar ve diğerleri, s.4026.

⁶⁹ Evik, s.211, Şen, s.489.

⁷⁰ Artuk, Emin/ Gökçen, Ahmet / Yenidünya, Caner, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Turhan Kitabevi, Yeniden Gözden Geçirilmiş 4. Baskı, Kasım 2009, Ankara, s.614 vd.

⁷¹ Şen, s.489, karşı yönde Evik, s.211.

ancak bir kağıda yazılmış not gönderme yoluyla gerçekleştirildiği durumda, kağıdın karşı tarafa ulaşmaması halinde suç teşebbüs aşamasında kalacaktır.

TCK m. 118 f. 2 de ise cebir, tehdit veya başka hukuka aykırı bir yolla sendikal faaliyetin engellenmesi neticesi aranmaktadır. Bu durumda teşebbüsün mümkün olacağı hususunda tartışma yoktur. Örneğin sendikanın temsilci ataması halinde, temsilcinin zor durumda bırakılacağına, iş koşullarının güçleştirileceğine dair bir tehdide rağmen sendika, temsilcisini atamaktan vazgeçmeyip, faaliyetine devam ederse, faaliyetin engellenmesi neticesi gerçekleşmemiş olacak ve tamamlanamayan suç teşebbüs aşamasında kalacaktır.

2. İçtima

a) Bileşik Suç

Bileşik suçu düzenleyen TCK m. 42 gereği bir suç bir başka suçun unsuru veya ağırlaştırıcı nedenini oluşturuyorsa söz konusu durumda tek bir suç olduğu kabul edilmekte ve kişiye her iki suçtan ayrı ayrı ceza verilmemektedir. TCK m. 118’de düzenlenen sendikal hakların kullanılmasının engellenmesi suçu açısından, TCK m. 106’da düzenlenen tehdit ve TCK m. 108’de düzenlenen cebir suçları, başka bir suç olan sendikal faaliyetin engellenmesinin unsuru teşkil etmektedir. Dolayısıyla tehdit veya cebirle TCK m. 118’deki suçun işlenmesi halinde, fail yalnızca TCK m. 118 açısından sorumlu tutulacaktır, ayrıca cebir veya tehdit suçundan ceza almayacaktır⁷².

İkinci fıkrada belirtilen “cebir, tehdit veya hukuka aykırı bir davranış” fiillerinden hukuka aykırı bir davranışın cebir veya tehdit dışında suç oluşturan veya hukuk düzenine aykırı olan herhangi bir hareket ile işlenmesi de mümkündür. Örneğin ikinci fıkranın mala zarar verme ile işlenmesi halinde artık bileşik suçtan bahsetmek mümkün olmayacak, faile hem TCK m.118 hem de TCK m.151’den ceza verilecektir. Çünkü bileşik suçtan söz edebilmek için unsur olan bir suçun açıkça ayırt edilebilecek şekilde ⁷³ normun bünyesinde düzenlenmiş olması gerekir. “Hukuka aykırı bir davranış” ise açıkça bir suç tipine işaret etmemektedir.

⁷² Evik, s. 215, Şen, s. 487.

⁷³ Özbek, Veli Ö./ Kanbur, Mehmet N./Doğan,Koray/ Bacaksız, Pınar/ Tepe,İlker,Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınevi, 5. Baskı, Eylül 2014,s.581.

b) Cebir ve Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Yaralamaya İlişkin İçtima Sorunu

Bünyesinde cebir suçunu bir unsur olarak barındıran TCK m.118’de ortaya çıkabilecek sorunlardan biri, cebrin kasten yaralamanın temel halinin yanı sıra nitelikli hallerini ve neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerini kapsayıp kapsamadığıdır. TCK m. 119 f. 3’te “bu suçların işlenmesi sırasında kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerinin gerçekleşmesi durumunda, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır” denilmiştir. Ancak m. 119’da sayılan suçların dışında bırakılan ve söz konusu kuralın doğrudan uygulanamayacağı sendikal hakların kullanılmasının engellenmesi suçu açısından, böyle bir durumda ne yapılacağı doktrinde oldukça tartışmalıdır.

TCK m.118’te cebir suçu açıkça bir unsur olarak sayıldığından, bu durumda cebir düzeyinde kalan hareketler açısından ayrıca bir ceza verilmeyeceği yukarıda bileşik suç kapsamında tartışılmıştır. Ancak cebir normunun dışına çıkan bir hareket söz konusu olduğunda, faile yalnız TCK m.118 uyarınca verilecek ceza ile yetinilmeyecektir. Bu nedenle öncelikle cebir suçunun kapsamı tartışılarak hangi dereceye kadar varan kasten yaralamanın cebir sayılabileceği açığa kavuşturulmalıdır.

Cebir suçunu düzenleyen m.108 incelendiğinde, fail hakkında cebir suçunu işlemesi halinde kasten yaralama suçundan verilecek cezanın üçte birinden yarısına kadar artırılarak hüküm kurulacağı belirtilmektedir. Bu durumda cebrin kasten yaralamayı oluşturan hareketleri kapsadığını söylemek mümkündür. Kastensiz yaralamanın cezasının *ağırlaştırılarak* verilmesinden hareketle, cebrin kasten yaralamasının TCK m. 86’da düzenlenen temel, m.86 f.3’te düzenlenen nitelikli ve TCK m.87’de düzenlenen neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerini kapsadığını belirten görüşler doktrinde olmakla birlikte⁷⁴ normun niteliği ve koruduğu hukuksal menfaat değerlendirildiğinde cebrin TCK m.87’yi kapsadığı yorumuna katılmak mümkün değildir.

Cebrin mağdurun bir şeyi yapması veya yapmaması ya da kendisinin yapmasına müsaade etmesi için kullanılmış olması gerekir. Kanunun genel sistematiği için cebrin başka bir suçun unsuru olduğu durumlarda, suçun amacına ulaşmak amacıyla mağdurun iradesini kırarak oranda cebir kullanılma-

74 **Hafizoğulları/Özen**, s.180, **Yaşar** ve diğer, s.3716.

sına suç kapsamında izin verildiği, suçun işlenmesi için gerekenin ötesinde güç kullanıldığı durumlarda ayrıca kasten yaralamadan ötürü ceza verilmesi gerektiği pek çok suçta düzenlenmektedir⁷⁵. Burada cebirin, neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralamayı kapsamadığını, bu nitelikte bir yaralamanın artık cebir suçunun koruma alanından çıkarak m.87'nin koruma alanına girdiğini ileri sürmek mümkündür. Kanunda bu hususta yapılan açık düzenlemelerin sınırlı sayıda suçlar için yapıldığını iddia etmek hatalı olacaktır. Açıkça bu durumlarda gerçek içtimaya gidilmesini belirten normların özel bir içtima kuralı koymaktan çok, genel içtima kuralları gereğince uygulanması gereken bir kuralı yargıya yol göstermek ve yeknesak karar alınmasını kolaylaştırmak için düzenlendiğini söylemek mümkündür. Bu durumda genel içtima kuralları ve cebir suçunun koruduğu hukuksal değer dikkate alındığında, örneğin bir çalışanın sendikal faaliyete katılmaması için organ veya uzuv kaybına yol açacak, hatta kasten yaralamanın taksirle aşılması sonucu ölümü ile sonuçlanacak bir güç kullanımında hala cebir kapsamında kaldığını iddia etmek yerinde olmayacaktır. Dolayısıyla bu örnekte m. 118'in yanı sıra m.87 hükmünden ceza verilmelidir.

Bu denli uzun bir tartışmaya gerek bırakmamak adına, TCK m.119 bünyesinde sayılan suçlara TCK m. 118'i de eklemek yerinde olacaktır.

c) Zincirleme Suç

TCK m. 43 kapsamında tek bir suç işleme kararı çerçevesinde, aynı kişiye veya sendikaya farklı zamanlarda birden fazla kez TCK m.118 suçu işlenirse veya tek bir hareketle bu suç birden fazla kişi veya sendikaya karşı işlenirse zincirleme suç hükümleri uygulanacaktır⁷⁶.

Örneğin 15.05.2007 tarihinde Kütahya Sulh Ceza Mahkemesi tarafından verilen bir kararda⁷⁷ sanık, Belediye-İş Sendikasına üye işçilere yönelik “sen-

⁷⁵ Örnek olarak cinsel saldırı için başvurulmuş cebir ve şiddetin yaralama suçunun ağır neticelerine neden olursa ayrıca kasten yaralamadan ceza verileceğine ilişkin TCK m.102.f.4; kişiyi hürriyetinden yoksun kullanma suçu bakımından TCK m.104.f.6; yağma suçuna ilişkin m.149.f.2.

⁷⁶ Yaşar ve diğerleri, s.4027.

⁷⁷ Kütahya 2. Sulh Ceza Mahkemesi, 15.05.2007, E. 2006/366, K.2007/268, Candoğan, Gökhan, “Sendikasızlaştırma Aracı Olarak Yetki Tespitine İtiraz Süreci ile Sendikal Hakların Kullanılmasının Engellenmesi Suçunun Uygulanması”, İş ve Hayat Dergisi, Sayı:1, 2015, s.188.

dikalı işçilerin ağır işlere verileceği”, “kapı önüne konulacakları”, “yasal izin haklarının verilmeyeceğine” dair tehditlerde bulunmuştur.

Bu olayda verilecek ceza, sanık sendikalı sayısını azaltmak, sendikalıları üye olmaktan çıkarmak amacıyla hareket ettiği ve tehdit eylemini birden fazla kişiye karşı tek fiille işlediği için TCK m.43 f.2, bunun yanı sıra bir suç işleme kararı icrası kapsamında değişik zamanlarda aynı işçiye karşı birden fazla kez tehditte bulunduğu için TCK m.43 f.1 dikkate alınarak arttırılmıştır.

d) Gerçek İçtima

6356 sayılı kanununun 17. maddesi sendikaya üyelik başvurusunun Bakanlıkça sağlanacak elektronik başvuru sistemine e-Devlet kapısı üzerinden yapılmasını öngörmüştür. Bu durum işverenlerin, işçiden e-Devlet şifresini bizzat alarak veya başka yollarla şifresini öğrenerek işçinin sendika üyesi olup olmadığını kontrol edebilme imkanını da doğurmuştur⁷⁸.

Örneğin 28 Kasım 2013 tarihinde İnsan Kaynakları Müdürünün odasına çağırıldığı işçinin Petrol-İş sendikasına üye olup olmadığını öğrenmek için e-devlet şifresini istemesi, işçinin şifresini vermemesi üzerine ise işten çıkartmakla tehdit etmesi üzerine Manisa 4. Sulh Ceza Mahkemesi'nin sanık hakkında m.118'e dayanarak 5 ay hapis cezasına hükmettiği görülmüştür⁷⁹.

E-devlet üzerinden yaşanması muhtemel bu tür olaylar açısından kişisel verilerin kaydedilmesi suçunu düzenleyen TCK m.135 ve devamındaki maddelerin altı çizilmelidir. TCK m.135 f.2'de “kişilerin siyasi, felsefi veya dini görüşlerine, ırkı kökenlerine; hukuka aykırı olarak ahlaki eğilimlerine, cinsel yaşamlarına, sağlık durumlarına veya sendikal bağlantılarına ilişkin bilgileri kişisel veri olarak kaydetme” suç olarak düzenlenmiştir. TCK m. 136 ise kişisel verileri hukuka aykırı olarak bir başkasına verme veya ele geçirmeyi düzenlemektedir. Bu durumda yukarıdaki örnekte kişisel verileri hukuka aykırı şekilde ele geçirme işleminin icra hareketine başlanılmışsa da hareket tamamlanmadığından TCK m.136'ya teşebbüs ile TCK m.118 hükmü uyarınca ayrı ayrı ceza verilecektir.

⁷⁸ Sur, Melda, “6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun Uluslararası Normlar Açısından Değerlendirilmesi”, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2013/4, sayı:39, s.332.

⁷⁹ “Sendikal Hakka Engele Hapis Cezası Verildi”, <http://www.tekgida.org.tr/Oku/8954/Sendikal-Hakka-Engele-Hapis-Cezasi-Verildi>, 19.06.2014.

Yine bir işverenin sendikalı olduğu gerekçesiyle tehdit veya cebirle sendikadan istifa ettirmeye çalıştığı işçiyi ayrıca işten atması örneğinde TCK m.117'de düzenlenen iş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçu⁸⁰ da gündeme gelecek ve yine bu ihtimalde hem TCK m. 118 hem de TCK m. 117 kapsamında suç oluşmuş olacağından, düzenlenen her iki suçtan ceza vermek mümkün olacaktır.

TCK m. 118 ile birlikte ayrıca cinsel taciz, hakaret, kişiyi hürriyetinden yoksun bırakma vb suçların işlenmesi mümkün olup, bu suçlar açısından da gerçek içtima hükümlerinin uygulanması yerinde olacaktır.

3. İştirak

TCK m. 118'de iştirak açısından özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Genel iştirak hükümleri çerçevesinde, aynı suç işleme iradesi ile hareket eden kişiler, TCK m.40 kapsamında suçun en azından teşebbüs aşamasında kalması halinde suçun işleniş açısından sundukları katkıya, suçun oluşumundaki hakimiyetlerine göre fail, müşterek fail, azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulacaklardır.

G. Yaptırım

TCK m.118 f. 1'da tanımlanan suça altı aydan iki yıla kadar hapis cezası verileceği düzenlenmiş, aynı maddenin ikinci fıkrasında ise sendikal faaliyetin engellenmesi açısından daha ağır bir yaptırım düzenlenerek, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası öngörülmüştür.

Yaptırım açısından bir kıyaslama yapmak gerekirse, TCK m.86'da düzenlenen kasten yaralamanın temel halinin cezası bir yıldan üç yıla kadar haptir. TCK m. 108'de düzenlenen cebir suçunda ise, kasten yaralama suçundan verilecek ceza üçte birinden yarısına kadar artırılarak hükmolunmaktadır. Bu durumda sadece cebir suçundan verilecek bir cezanın dahi TCK m. 118 f.1'den daha ağır olması ihtimali vardır. Cebir suçunu da bünyesinde barındıran ve ayrıca sendikal özgürlüklere tehdit oluşturan TCK m. 118 kapsamında verilecek cezanın, bağımsız bir suç olan cebirden daha ağır olması beklenir-

⁸⁰ TCK Madde 117-1 Cebir veya tehdit kullanarak ya da hukuka aykırı başka bir davranışla, iş ve çalışma hürriyetini ihlal eden kişiye, mağdurun şikayeti halinde, altı aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası verilir.

ken, cezanın suçun ağırlığı ile orantılı olması ilkesi ile örtüşmeyen bir durum söz konusudur.

Bu durum özellikle yukarıda ayrıntılarıyla tartışılmış olan, neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralamanın TCK m.118 kapsamında cebir unsuru içinde değerlendirilerek, faile sadece TCK m. 118'den ceza verilmesi halinde daha da büyük bir adaletsizlik teşkil edecektir.

V. SONUÇ

TCK m. 118, sendikal özgürlüğün sağlanması için; ceza hukuku yaptırımları ile müdahalede bulunulduğunu göstermektedir. Çalışma hayatına ilişkin temel hak ve özgürlükler ile doğrudan bağlantılı sendika özgürlüğü, artık salt devletin ekonomik düzenini koruma açısından değerlendirilmeyerek, bireyin temel özgürlüğü olarak da kabul edilmiştir. Bu bağlamda, sendika özgürlüğünü koruyan TCK m. 118'in düzenlenmesi ve bu düzenlemenin TCK sistematığında, kişiye içkin "hürriyete karşı suçlar" kapsamında düzenlenmesi yerinde olmuştur.

Suçun unsurlarına ilişkin yapılan inceleme doğrultusunda, suç için öngörülen ceza yaptırımının suçların ağırlığı ile uyumlu hale getirilmesi ve içtima hükümlerinde tespit edilen soruların çözülmesi açısından bir kanuni düzenlemeye ihtiyaç duyulduğu açıkça anlaşılmaktadır. Ancak asıl önemli olan maddedeki yaptırımların ağırlığından çok, madde ile korunmak istenen hukuki menfaatin gerçekten sahiplenilmesi, sendika özgürlüğünün, toplantı hak ve hürriyeti, ifade özgürlüğü ve diğer temel hak ve özgürlüklerle birlikte bir bütün olarak değerlendirilerek, bu haklara yönelik saldırılara karşı öngörülen yaptırımların istikrarlı bir şekilde uygulamada karşılığını bulmasıdır.

KAYNAKÇA

- Abendroth, W. (1972). **A History of the European Working Class**, Monthly Review Press [Türkçesi: **Avrupa İşçi Hareketleri Tarihi**, çev. Ali Çakıroğlu, Belge Yayınları, İstanbul 1992]
- Artuk, E., A. Gökçen ve C. Yenidünya. (2013). **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Ankara: Adalet Yayınevi.
- Artuk, E., A. Gökçen ve C. Yenidünya. (2009). **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara: Turhan Kitabevi.
- Canıklıoğlu, N.(2013). “6356 Sayılı Kanuna Göre Grev Yasakları ve Grevin Ertelenmesi”, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, Sayı 4, s.11-18.
- Candoğan, G. (2015). “Sendikasılaştırma Aracı Olarak Yetki Tespitine İtiraz Süreci ile Sendikal Hakların Kullanılmasının Engellenmesi Suçunun Uygulanması”, **İş ve Hayat Dergisi**, Sayı:1, s.188.
- Çelik, A. (2008). “Milli Güvenlik Gerekçeli Grev Ertelemeleri”, **Çalışma ve Toplum**, Sayı: 18, s.97, 111.
- Çınar, A. **Tehdit Suçu**, Ankara: Turhan Yayınevi.
- Demirbaş, T. (2007). **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara: Seçkin Yayınevi.
- Dönmezer, S., S. Erman. (1997). **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku 1.Cilt**, İstanbul: Beta Yayınevi.
- Evik, A. H. (2006). “Sendikal Hakların Kullanılmasının Engellenmesi Suçu”, **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Sayı:10, s.206, 210-214.
- Gökçeoğlu, Balcı, Ş. (2007). **Tutunamayanlar ve Hukuk**, Ankara: Dost Yayınları.
- Hafızoğulları, Z./ M. Özen. (2013). **Kişilere Karşı Suçlar**, Ankara: Us-a Yayıncılık.
- Kaboğlu, İ. (1993). **Özgürlükler Hukuku**, 1. Baskı, İstanbul: Afa Yayınevi.
- Makas, R. (2013). “6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununda Sendikaların Kuruluş Esasları”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Sayı: 15, s.156, 157.
- Malkoç, İ. (2013), **Açıklamalı Türk Ceza Kanunu** (Madde 82-149), 2.Cilt, Ankara.
- Miller, R. (1976). “Right-To-Work Laws and Compulsory Union Membership in United States”, **British Journal of Industrial Relations**, Sayı:2, s.187.
- Narmanlıoğlu, Ü. (2013). **Toplu İş İlişkileri**, 2. Baskı, İstanbul: Beta Yayınevi.

- Özbek, V. ve diğer. (2014). **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara: Seçkin Yayınevi.
- Özen, M. (2015). “Bireysel Sendika Özgürlüğü ve Sendikal Hakların Kullanılmasının Engellenmesi Suçu”, **İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, Sayı:46, s.65.
- Reyhani, S. (2009). **İş ve Çalışma Hürriyetinin İhlali Suçu**, Marmara Üniversitesi Kamu Hukuku Bilim Dalı, İstanbul: Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi., s.36.
- Sur, M. (2013). “6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun Uluslararası Normlar Açısından Değerlendirilmesi”, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, Sayı:39, s.322.
- Şahlanan, F. (1995). **Sendikalar Hukuku**, İstanbul: Yılmaz Ajans Matbaacılık.
- Şen, E. (2006). **Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu**, 1. Baskı, İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- Tezcan, D., R. Erdem ve M. Önok. (2010). **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, Ankara: Seçkin Yayınevi.
- Tuncay, C. ve B. Savaş. (2013). **Toplu İş Hukuku**, İstanbul: Beta Yayınevi.
- Üzülmez, İ. (2007). **Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Hürriyete Karşı İşlenen Suçlar Sistemi Çerçevesinde Tehdit, Şantaj ve Cebir Kullanma Suçları**, Ankara: Turhan Kitabevi.
- Yarsuvat, D. (1978). **Çalışma Ceza Hukuku**, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları İstanbul.
- Yaşar, O ve diğer. (2014). **Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu**, Ankara: Adalet Yayınevi.
- Yenisey Doğan, K. (2013). “Sendikal Örgütlenmede İşkolu Esası ve İşkolumun Belirlenmesi”, **Çalışma ve Toplum**, Sayı 4, s.46-47.
- Yokuş, S. “Özgürlük ve Güvenlik İkilemi.” <http://www.bilgesam.org/Images/Dokumanlar/0-344-2014091559guvenlik-22.pdf>, Erişim Tarihi: 11.09.2014, s.452.

Intentional Destruction of Religious Property as a Crime Against Humanity of Persecution

Ar. Gör. Ceren MERMUTLUOĞLU*

Abstract: Intentional destruction of religious property constitutes crime against humanity under the Rome Statute as long as it fulfils the criteria of the crime of persecution in Article 7(1)(h). The crime of persecution is considered as intentional and severe deprivation of fundamental rights committed against one of the enumerated groups and by reason of the identity of the group, which is in connection with another crime/act proscribed under the Rome Statute. Destruction of religious property may not cause a physical impairment to certain individuals but it yields severe deprivation of human rights by the discrimination it seeks to instil within the community. The connection criterion is satisfied during armed conflicts as the intentional destruction of religious institutions is also a war crime under Article 8 and because it is of equal gravity with the other crimes against humanity and the persecution is extensive and inevitably accompanied by other inhumane acts during peacetime. Finally the discriminatory intent may be inferred from the attack itself as religious institutions are mostly targeted because of their explicit connection to the religious group, which is the actual target of the general attack.

Keywords: destruction of religious property, persecution, crime against humanity, equal gravity, discriminatory intent.

İnsanlığa Karşı Suç Türlerinden Zulmetme Örneği Olarak Dini Yapıların Kasten Yok Edilmesi

Özet: Dini yapıların kasten yok edilmesi Roma Statüsü'nün 7(1)(h) maddesinde düzenlenen insanlığa karşı suç türlerinden zulmetmenin kriterlerini sağladığı ölçüde Statü'ye göre insanlığa karşı suç teşkil etmektedir. Zulmetme suçu maddede sayılı gruplardan birine karşı, grubun kimliğinden ötürü ve Roma Statüsü'nde yasaklanan başka bir

* Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı.

suç veya fiil ile bağlantılı olarak işlenen, temel haklardan bilerek ve ağır bir şekilde mahrum bırakma olarak anlaşılmaktadır. Dini yapıların yok edilmesi bireylerde fiziksel bir zarara sebebiyet vermemektedir; ancak bu fiilin topluma aşılamaı amaçladığı ayrımcılık insan haklarından ağır mahrumiyet teşkil etmektedir. Bağlantı kriteri, dini yapıların kasten yok edilmesi fiili silahlı çatışmalarda 8. madde kapsamında bir savaş suçu olduğundan ve barış zamanlarında ise bu fiil diğer insanlığa karşı suçlarla eşit ağırlıkta olduğundan ve zulmetmenin geniş çaplı niteliği ve kaçınılmaz bir şekilde başka insanlığa aykırı fiillere eşlik etmesi gerekçesiyle sağlanmaktadır. Son olarak, ayrımcılık teşkil eden özel kast saldırısının niteliğinden anlaşılabilir. Zira, dini yapılar gerçek hedef olan dini grup ile açıkça ilişkili olduklarından çokça hedef alınmaktadırlar.

Anahtar kelimeler: dini yapıların kasten yok edilmesi, zulmetme, insanlığa karşı suç, eşit ağırlık, ayrımcılık kastı.

INTRODUCTION

Destruction of religious property in the event of armed conflict has been proscribed by international law for long years. Protection of such property in conjunction with cultural property and prohibition of their destruction and damage have been guaranteed by both international humanitarian law treaties and customary international humanitarian law.¹ In addition to the protections afforded by international humanitarian law, destruction of religious properties during armed conflicts has also been criminalised under international law. Moreover, grave breaches of Geneva Conventions of 1949 regime provides for an indirect protection to such properties. The breach of such protections has been deemed as a serious violation of laws and customs of law applicable in armed conflicts, i.e. it constitutes war crime.²

¹ Hague Convention (II) with Respect to the Laws and Customs of War on Land, with Annex, 1899, Article 27; Hague Convention (IV) Respecting the Laws and Customs of War on Land, and Annex, 1907, Articles 27 and 56; Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict, 1954, Preamble and Article 4; Additional Protocol to the Geneva Conventions of 1949 relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts, 1977, Articles 53, 85(4)(d) and 85(4)(e); Second Protocol to the Hague Convention of 1954, 1999, Article 7; Declaration concerning the Intentional Destruction of Cultural Heritage by the UNESCO General Conference.

² Statute of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, Article 3(d); Rome Statute of the International Criminal Court, Article 8(2)(b)(ix); Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind adopted by the ILC, 1996, Article 20(e)(iv); United Nations Transitional Administration in East Timor Regulation 2000/15, Section 6.1(b)(ix) and 6.1(e)(iv); Iraqi Special Tribunal Statute, Article 13(b)(10); Law on the Establishment of Ext-

It is unequivocal that intentional destruction of buildings dedicated to religion constitutes war crime unless they are not military objectives according to numerous international instruments including statutes of the international tribunals and the Rome Statute of the International Criminal Court (hereinafter “Rome Statute”), however, it is not one of the underlying acts of the crimes against humanity expressly listed in such documents including Article 7 of the Rome Statute. This issue should be analysed because the religion may be one of the most explicit indicators that come to mind in respect of differentiating one group to another and religious institutions may therefore be the most incisive target for a discriminative attack.³ Pursuant to the jurisprudence of the International Military Tribunal (hereinafter “IMT”)⁴, 1991 Report of the International Law Commission (hereinafter “ILC”)⁵, national courts’ decisions⁶ and notably well-established case law of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia (hereinafter “ICTY”)⁷ – as will be examined in detail below –, such an act may constitute crime against humanity of persecution. The question, which this essay will try to find an answer to, is whether intentional destruction of such properties constitutes crime against humanity under the Rome Statute as well or not.

raordinary Chambers in the Courts of Cambodia, Article 7; HENCKAERTS and DOSWALD-BECK, 2005, Rule 38-40.

³ MOSE, 1996, p. 197.

⁴ *United States v. Goering (Rosenberg Judgement)*, IMT: Trial of the Major War Criminals (1946) Available at <http://avalon.law.yale.edu/imt/judrosen.asp> (Last accessed 05.04.2015) and *United States v. Goering (Streicher Judgement)*, IMT: Trial of the Major War Criminals (1946) Available at <http://avalon.law.yale.edu/imt/judstrei.asp> (Last accessed 05.04.2015).

⁵ Report of the International Law Commission on the Work of its Forty-Third Session (29 April-19 July 1991), UN Doc. A/46/10, Commentary of Article 21 para. 9.

⁶ *Attorney-General of the Government of Israel v. Adolf Eichmann*, District Court of Jerusalem (1961) Available at http://www.asser.nl/upload/documents/DomCLIC/Docs/NLP/Israel/Eichmann_Judgement_11-12-1961.pdf (Last accessed 04.04.2015).

⁷ *Prosecutor v. Dordevic*, Case No. IT-05-87/1-A (2014) ICTY, Appeal Judgement, para 567; *Prosecutor v. Kordic and Cerkez*, Case No. IT-95-14/2-A (2004) ICTY, Appeal Judgement, para. 673; *Prosecutor v. Blaskic*, Case No. IT-95-14-A (2004) ICTY, Appeal Judgement, para. 144; *Prosecutor v. Stanisic and Zupljanin*, Case No. IT-08-91-T (2013) ICTY, Trial Judgement, Volume I, para. 86; *Prosecutor v. Milutinovic et al.*, Case No. IT-05-87-T (2009) ICTY, Trial Judgement, Volume I, paras. 207-210; *Prosecutor v. Krajisnik*, Case No. IT-00-39-T (2006) ICTY, Trial Judgement, para. 783; *Prosecutor v. Brdanin*, Case No. IT-99-36-T (2004) ICTY, Trial Judgement, paras. 1023-1024; *Prosecutor v. Stakic*, Case No. IT-97-24-T (2003) ICTY, Trial Judgement, para. 768.

The main focus of this essay is on the elements of the crime against humanity of persecution and whether intentional destruction of religious property fits the criteria of each element. In the first part, as part of the *actus reus* of the crime, the requirement of severe deprivation of fundamental rights and the scope of and relationship between connection criterion and equal gravity test will be evaluated. In the second part, both general and specific *mens rea* of the crime concerned will be analysed. Finally, in addition to the elements of the crime of persecution, the nexus between the religious institutions' and the concept of military objective and its impact on the characterisation of the crime of persecution will be discussed.

A. The crime against humanity of persecution

Article 7 of the Rome Statute proscribes acts of persecution, provided that they are “committed as part of a widespread or systematic attack” of which the perpetrator has knowledge and which is “directed against any civilian population”. These are the general requirements for an act enumerated in Article 7 to be considered as a crime against humanity under the Rome Statute. This essay is not going to analyse such criteria. It will focus on the question whether the destruction of religious buildings constitutes the crime of persecution, assuming the general criteria of the crimes against humanity are satisfied.

The crime of persecution has been recognised as one of the categories of crimes against humanity – even solely on political, racial and religious grounds – since Nuremberg Charter, while the other categories were namely murder, extermination, enslavement and deportation.⁸ However, before the Rome Statute, the term “persecution” has never been comprehensively defined in international criminal law; “*neither national nor international jurisprudence provide(d) an authoritative single definition of what constitutes persecution*”.⁹

Supposing that the general requirements are satisfied, intentional destruction of religious property constitutes crime against humanity under the

⁸ *Prosecutor v. Tadic*, Case No. IT-94-1-T (1997) ICTY, Trial Judgement, para. 694.

⁹ *Id.* para. 694; *Prosecutor v. Kupreskic et al.*, Case No. IT-95-16-T (2000) ICTY, Trial Judgement, para. 567; *Prosecutor v. Blaskic*, Case No. IT-95-14-T (2000) ICTY, Trial Judgement, para. 219; *Prosecutor v. Kordic and Cerkez*, Case No. IT-95-14/2-T (2001) ICTY, Trial Judgement, para. 192; BASSIOUNI, 2009, p. 328.

Rome Statute as long as it fulfils the criteria of crime of persecution in Article 7(1)(h). Under the Rome Statute, persecution is considered as “intentional and severe deprivation of fundamental rights contrary to international law by reason of the identity of the group or collectivity”. It should be committed “against any identifiable group or collectivity on political, racial, national, ethnic, cultural, religious, gender as defined in paragraph 3, or other grounds that are universally recognized as impermissible under international law” and in connection with any act referred to in Article 7(1) or any crime within the jurisdiction of the International Criminal Court (hereinafter “ICC”). The persecutory conduct must be committed with the specific intent to discriminate by targeting the person or persons whose fundamental rights are deprived by reason of the identity of the group or collectivity or targeting the group or collectivity as such.¹⁰ In addition to the specific intent for the underlying act, the perpetrator must have known that the persecutory conduct was part of or must have intended the conduct to be part of the widespread or systematic attack, which is prescribed in the chapeau of Article 7(1), directed against a civilian population.¹¹ The widespread or systematic criterion is only relevant with respect to the general attack, not to the individual acts of the perpetrator.¹²

Even if this crime against humanity of persecution is elaborately defined in Article 7(1)(h) and 7(2)(g) of the Rome Statute, the precedent of the ICTY will still usher to a better understanding of the wording of the Rome Statute. It is firstly because the definition of persecution in Article 7 of the ICC Statute is hinged upon the jurisprudence of the ICTY.¹³ Moreover, there has been no case of a destruction of religious property as a crime against humanity before the ICC for now. Hence, a palpable evaluation of this concept under the ICC cannot be made yet.¹⁴ Therefore, analysis of the jurisprudence of the ICTY as to the requisite criteria of the crime against humanity of persecution in general and specifically with respect to the destruction of religious property will shed light on elements of the crime of persecution under the Rome Statute.¹⁵

¹⁰ Elements of Crimes, Article 7(1)(h) Element 2.

¹¹ Elements of Crimes, Article 7(1)(h) Element 6.

¹² Prosecutor v. Kunarac et al., Case No. IT-96-23 & IT-96-23/1-A (2002) ICTY, Appeal Judgment para. 96.

¹³ TRIFFTERER, 2008, p. 217; WERLE, 2009, p. 328.

¹⁴ EHLERT, 2013, p. 159.

¹⁵ WERLE, 2009, p. 328.

It is an established principle of the precedent of the ICTY that such conduct constitutes crime of persecution despite the fact that the Statute of the ICTY has provided a very succinct expression for the crime of persecution in its Article 5(1)(h), i.e. “persecutions on political, racial and religious grounds” apart from the general requirements of crimes against humanity. The elements of the crime of persecution have been clarified by the ICTY by drawing upon relevant rules of customary international law.¹⁶ The Tribunal has developed certain tests to determine whether the crime of persecution had occurred or not and it established certain criteria that will be analysed particularly with respect to the acts of destruction of religious property.

Before going through with the elements of the crime, a final point has to be emphasised. Article 5 of the Statute of the ICTY requires the existence of an armed conflict for the crime of persecution, whereas such a requirement is not relevant with respect to the definition provided in Article 7 of the Rome Statute. The effect of this difference may be significant with respect to persecutory act of intentional destruction of religious institutions, which does not occur in an armed conflict. Accordingly, such a conduct may not constitute a crime against humanity under the Statute of the ICTY but may constitute as such under the Rome Statute as long as it fulfils other requisite criteria. However, the precedent of the ICTY has recognised the existence of an armed conflict as a precondition rather than an element of the crime against humanity.¹⁷ Appeals Chamber of the ICTY stated that this requirement was merely a jurisdictional issue not a substantive element of the crime; and therefore a crime against humanity might be committed outside the armed conflict but it would only effect the jurisdiction of the Tribunal in this respect.¹⁸ In any event, such a precondition is not required by the definition of the Rome Statute in compliance with customary international law.¹⁹

¹⁶ See, *Prosecutor v. Tadic*, Case No. IT-94-1-A (1999) ICTY, Appeal Judgement, paras. 255-272; *Blaskic Appeal*, para. 129; *Kordic and Cerkez Appeal*, para. 103.

¹⁷ O’KEEFE, 2010, p. 384; *Blaskic Trial*, para. 66.

¹⁸ *Tadic Appeal*, para. 249.

¹⁹ ICTR Statute Article 3; Draft Code of Crimes, Article 18 and its Commentary para. 6; UN-TAET Regulation 2000/15, Section 5.1; Iraqi Special Tribunal Statute Article 12; ECCC Law Article 5; Report of the Secretary-General Pursuant to Paragraph 2 of Security Council Resolution 808 (1993), UN Doc. S/25704, para. 47.

Following section of this essay will argue that intentional destruction of religious property constitutes crime against humanity of persecution due to the fact that it satisfies each and every element of this crime.

A.1. Actus Reus

A.1.a. Severe deprivation of fundamental rights

Before going through with the element of severe deprivation of fundamental rights, it may be useful to underscore one issue. During the Rome Conference, the drafters have discussed the concept of “universal recognition” to further describe the notion of “fundamental rights” within the definition in Article 7(2)(g). With such a qualification it would not be possible to prosecute a persecutory act if it does not deprive fundamental rights recognised at a universal level. However, the majority of the drafters were of the opinion that the term “fundamental” already limited the scope of the crime to a certain level and the “high standard of universal recognition would only be required for the recognition of new grounds of persecution”.²⁰

Apart from the existence of discriminatory intent, the constituent element of the crime of persecution is the conduct “*result[ing] in an infringement of an individual’s fundamental rights*”.²¹ Neither the statutes of the international criminal tribunals nor the Rome Statute provide for a list of these rights. As understood from the context of the crime of persecution, the term “fundamental rights” should encompass the rights safeguarded, for instance, by the Universal Declaration of Human Rights and the International Covenant on Civil and Political Rights.²² Commentaries of the ILC’s 1996 Draft Code of Crimes against Peace and Security of Mankind (hereinafter “Draft Code”) also underline that even though the persecution may take various forms, these forms would have a common characteristic of being the “denial of human rights and fundamental freedoms to which every individual is entitled under without discrimination as recognized in the Charter of the United National (Arts. 1 and 55) and the International Covenant on Civil and Political Rights (Art. 2)”.²³ The same criterion is required pursuant to Article 7(1)(h) of the

²⁰ LEE ET AL., 2001, p. 94.

²¹ *Tadic Trial*, para. 697; TRIFFTERER, 2008, p. 220.

²² WERLE, 2009, p. 329.

²³ Draft Code of Crimes, Article 18 and its Commentary para. 11.

Rome Statute as well. In order for an act to constitute the crime of persecution, there must be a deprivation of a fundamental right that reaches to a certain level of gravity, assuming that the surrounding circumstances are satisfied. Provisions of international instruments on human rights and humanitarian law can identify a set of such rights.²⁴

First of all, ordinary meaning of the term “severe deprivation of these fundamental rights” connotes inflictions of physical or mental harm, or violation of freedoms.²⁵ In addition to such apparent physical impairments, infringements to certain individuals’ “*political, social, or economic rights enjoyed by members of the wider society*” may also be considered as “*gross or blatant denial of fundamental human rights*” as stated in the *Kupreskic* case by the ICTY.²⁶ However, this criterion should not be interpreted narrowly as human rights law is an expansive and dynamic area of the international law. The element of severe deprivation of fundamental rights is not necessarily limited to direct physical injury to an individual, but it may rather take different forms.²⁷ It may for instance encompass “destruction of ... symbolic buildings or means of subsistence belonging to the Muslim population” considering the fact that places of worship are afforded special protection due to their significance to a particular religious community.²⁸ Such an understanding of the crime of persecution would fully comply with the object and purpose of crimes against humanity and the protection of human rights.²⁹

Some acts of persecution are deemed serious “*not by their apparent cruelty but by the discrimination they seek to instill within humankind*”.³⁰ It

²⁴ *Kupreskic Trial*, para. 621.

²⁵ SCHABAS, 2010, p. 179; *Blaskic Appeal*, para. 136; *Kordic and Cerkez Appeal*, para. 106. *Prosecutor v. Vasiljevic*, Case No. IT-98-32-T (2002) ICTY, Trial Judgement, para. 246; *Prosecutor v. Krnojelac*, Case No. IT-97-25-T (2002) ICTY, Trial Judgement, para. 433.

²⁶ *Kupreskic Trial*, paras. 627 and 634; also in *Prosecutor v. Nahimana et al.*, Case No. ICTR-99-52-T (2003) ICTR, Trial Judgement, para. 1072.

²⁷ *Kupreskic Trial*, para. 636; also stated in *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)* (2007) ICJ, para. 188.

²⁸ *Blaskic Trial*, para. 227; Additional Protocol to the Geneva Conventions of 1949 relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts, 1977, Article 53.

²⁹ AMBOS and WIRTH, 2000, p. 74.

³⁰ *Blaskic Trial*, para. 227; also confirmed in *Blaskic Appeal*, para. 144.

is established in numerous cases of the ICTY Trial Chambers and finally in 2014 in *Dordevic* case by the Appeals Chamber that destruction of religious property – in this present case it is the destruction of mosques in Kosovo – was deemed as an “*attack on the very religious identity of a people and such manifests a nearly pure expression of the notion of crimes against humanity*”.³¹ Therefore, even if it does not seem at the surface as severe as the other deprivations of fundamental rights proscribed in other paragraphs of Article 7(1), persecution may comprise of the acts of targeting and destruction of property “*where the victimisation involves discrimination*”.³² With the requisite mental element, such an act committed against religious institutions may aim to degrade a certain group of people’s understanding of belonging to a religious community and by this specific impact it may severely deprive such community of their fundamental rights.³³

While one approach treats destruction of religious institutions as a special category considering their symbolic and spiritual significance to a certain group of people, there is also a second category, which regards such conduct as it has been subsumed under the wider category of destruction of property.³⁴ As stated in several cases of the ICTY, the destruction of property may constitute the crime of persecution if all the elements have been satisfied taking into consideration the nature of the destruction and its influence on the victims.³⁵ *Lenzerini* has stated in this respect that a difference between the offences of destruction of cultural/religious property and general destruction of civilian property “is to be drawn on the basis of the greater specificity of the first one with respect to the second”.³⁶ A persecutory act directed against an institution, which is a part of the spiritual heritage of a community may constitute an inhumanity in itself because it “amounts to a mutilation of the very cultural and spiritual identity of the group that finds expression in that property”.³⁷

³¹ *Dordevic Appeal*, para. 567; *Milutinovic et al. Trial*, para. 205; *Kordic and Cerkez Trial*, paras. 206-207; *Stakic Trial*, para. 766; *Blaskic Trial*, para. 227; *Krajisnik Trial*, paras. 780-783.

³² *Blaskic Trial*, para. 233.

³³ LENZERINI, 2013, p. 50.

³⁴ *Id.* pp. 51-52.

³⁵ *Id.* p. 51; *Blaskic Appeal*, paras. 144-149; *Milutinovic et al. Trial*, para. 204; *Stanisic and Zupljanin Trial*, para. 88.

³⁶ LENZERINI, 2013, p. 51.

³⁷ *Id.* p. 52.

The Appeals Chamber of the ICTY has taken into consideration the spiritual connotation whilst it held that crimes directed against religious property may amount to crime of persecution of equal gravity to other underlying acts of crimes against humanity, considering the “nature and extent of the destruction” and the type of property destroyed.³⁸ Pursuant to Article 7 of the Rome Statute, as long as the persecution is part of a systematic or widespread attack, there is no requirement for it to be a series of acts, a “single act may constitute persecution” provided that there is clear evidence of the discriminatory intent and connection with one of the enumerated underlying acts of crimes against humanity or any crime within the jurisdiction of the ICC.³⁹ However, in certain cases, the element of severe deprivation is fulfilled by the cumulative effect of certain acts. In fact, the crime of persecution is inherently a crime of cumulative effect, as emphasised by the ICTY in numerous cases.⁴⁰ Moreover, according to the 1991 Report of the ILC, perpetrator of the crime of persecution seeks to “subject individuals or group of individuals to a kind of life in which enjoyment of some of their basic rights is repeatedly or constantly denied”.⁴¹ Consequently the persecutory acts should not be assessed in isolation but rather cumulatively in cases of where an individual act may not satisfy the severity of deprivation of fundamental rights, but “*their overall consequences may offend humanity in such a way that they may be termed ‘inhumane’*”.⁴²

The charges of persecution confirmed before the ICC until now have been connected solely with such crimes which have also been charged separately as crimes against humanity of murder type; namely murder, torture, deportation or forcible transfer, whose character of severely deprivation fundamental rights is not controversial.⁴³ Therefore, the ICC’s stance on the intentional

³⁸ *Dordevic Appeal*, paras. 565-568; *Kordic and Cerkez Appeal*, para. 108.

³⁹ *Blaskic Appeal*, para. 135; *Kordic and Cerkez Appeal*, para. 102; *Kunarac et al. Appeal*, para. 96; *Prosecutor v. Vasiljevic*, Case No. IT-98-32-A (2004) ICTY, Appeal Judgement, para. 113.

⁴⁰ *Prosecutor v. Krnojelac*, Case No. IT-97-25-A (2003) ICTY, Appeal Judgement, para. 221; *Kordic and Cerkez Appeal*, para. 199; *Kupreskic Trial*, para. 622; *Stakic Trial*, para. 736.

⁴¹ 1991 Report of the ILC, Commentary of Article 21 para. 9.

⁴² *Kordic and Cerkez Appeal*, para. 199; *Kupreskic Trial*, para. 622.

⁴³ *The Prosecutor v. Gbagbo*, Case No. ICC-02/11-01/11 (2014) ICC, Decision on the Confirmation of Charges against Laurent Gbagbo, para. 204; *The Prosecutor v. Muthaura et al.*, Case No. ICC-01/09-02/11 (2012) ICC, Decision on the Confirmation of Charges Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute, para. 283; *The Prosecutor v. Ruto et al.*, Case No.

destruction of religious institutions with discriminatory intent remains unknown for now. However, it should be underlined that the jurisprudence of the ICTY establishing destruction of religious property as crime against humanity of persecution as a matter of customary international law does not contradict Article 7(1)(h) and 7(2)(g) of the Rome Statute.⁴⁴ On the contrary, the Rome Statute merely pursues the definition created and developed by the ICTY with respect to the crime of persecution.⁴⁵

Finally, it may be argued that deprivation of one's basic right to manifest religion in community with others reaches the severe deprivation threshold and destruction of mosques severely deprives people of their religious practice, worship and observance. Article 18 of the International Covenant on Civil and Political Rights guarantees such practice and according to Article 4(1) of the Covenant this right is not derogable under any circumstances. It is further stated in Article 4(1) that derogatory measures "do not involve discrimination solely on the ground of ... religion". Therefore, even if one might think that right to freedom of religion and right to practice religion should be subject to different regimes during public emergencies, and accordingly right to practice religion may be limited under certain conditions, no derogation can be discriminatory.⁴⁶ Therefore, even if it is an indirect effect of the destruction of religious institutions, unlawfully and discriminatorily limiting the right to practice religion of a certain group may satisfy the element of "severe deprivation of fundamental rights" as well.

A.1.b. Connection with another crime and "equal gravity" argument

Article 7(1)(h) of the Rome Statute necessitates the persecutory act to be in "connection with any act referred to in this paragraph [i.e. Article 7(1)] or any crime within the jurisdiction of the Court". Such a condition is not required by customary international law, as acknowledged in numerous cases of the ICTY.⁴⁷ Nuremberg Charter contains such a nexus requirement for the crime of persecution, so did Tokyo Charter. However, until the Rome Statute,

ICC-01/09-01/11 (2012) ICC, Decision on the Confirmation of Charges Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute, paras. 271-272.

⁴⁴ O'KEEFE, 2010, pp. 381-382.

⁴⁵ TRIFFTERER, 2008, p. 217; WERLE, 2009, p. 328.

⁴⁶ MOSE, 1996, p. 201.

⁴⁷ *Kupreskic Trial*, para. 580; *Kordic and Cerkez Trial*, para. 194.

none of the international criminal tribunals have referred to this criterion as one of the elements of persecution.⁴⁸ It is added to the definition in the Rome Statute due to the concerns of the drafters' in the Rome Conference with respect to the broadness of the crime of persecution.⁴⁹ Nevertheless it should be underlined that with such an intervention, the Rome Statute risks to hang behind the established definition of the crime of persecution in customary international law as an independent crime.⁵⁰

The requirement of connection with other crimes and the matter of equal gravity are two separate issues.⁵¹ However, due to the lack of explicit criteria in Article 5 of the Statute of the ICTY, the Tribunal has referred to certain thresholds in order to elucidate the scope of the crime of persecution. According to the precedent of the ICTY, in order for a persecutory act to constitute crime of persecution, it does not need to be considered additionally as another crime under international law.⁵² Persecutory acts could still reach to the requisite severity of deprivation of fundamental rights in compliance with customary international law.⁵³ Therefore, the Tribunal has tended to analyse whether a conduct reaches to a level of gravity in order to determine if it constitutes crime of persecution or not. Even though in some cases the ICTY held that the acts that already fulfil the criteria of any other international crime within the jurisdiction of the Tribunal are deemed inhumane inherently instead of referring to human rights infringements, this is not the general inclination of the Tribunal in this respect.⁵⁴

It is noticeable that not every single act of persecution constitutes a crime against humanity under international criminal law. Hence, established case law

⁴⁸ Such a nexus requirement can also be found in following instruments such as United Nations Transitional Administration in East Timor Regulation 2000/15, Section 5(1)(h) and Iraqi Special Tribunal Statute, Article 12(a)(8).

⁴⁹ WERLE, 2009, p. 332.

⁵⁰ *Ibid*; *Kupreskic Trial*, para. 580; *Kordic and Cerkez Trial*, para. 194.

⁵¹ AMBOS and WIRTH, 2000, p. 70.

⁵² *Prosecutor v. Kvočka et al.*, Case No. IT-98-30/1-A (2005) ICTY, Appeal Judgement, paras. 312-323; *Prosecutor v. Brdanin*, Case No. IT-99-36-A (2007) ICTY, Appeal Judgement, para. 296; *Tadic Trial*, para. 703; *Kupreskic Trial*, para. 614.

⁵³ BASSIOUNI, 2009, p. 400.

⁵⁴ *Kordic and Cerkez Trial*, paras. 198, 202-210; AMBOS and WIRTH, 2000, p. 75; O'KEEFE, 2010, p. 382.

of the ICTY has developed the test of “equal gravity” for persecutory conduct to determine whether such conduct is of equal importance with other crimes against humanity.⁵⁵ It has applied this test particularly to conduct, which does not fall under the definition of another international crime. Even if a persecutory act does not fulfil requirements of another crime in the jurisdiction of the Tribunal, but nonetheless reaches the threshold by satisfying the criterion of “severe deprivation of fundamental rights”, it constitutes persecution.⁵⁶ Therefore, according to the jurisprudence of the Tribunal, the persecutory act must be of the equal gravity *vis-à-vis* other crimes listed as underlying acts of crimes against humanity such as murder, enslavement, extermination, torture etc. in order to fulfil the requisite criteria.⁵⁷

However it should be taken into account that the application of this test is not limited to the acts that do not constitute another international crime. Any persecutory act whether it is in connection with another act of crimes against humanity or another international crime or even if it is not listed in the Statute, it must be of equal gravity with the other crimes against humanity, “*whether considered in isolation or in conjunction with other acts*”.⁵⁸ It is because not all international crimes satisfy the criterion of severe deprivation of fundamental rights inherently. Bearing in mind that the intentional destruction of religious institutions may constitute war crime, the ICTY has examined in numerous cases whether such a persecutory act reaches the level of gravity of other crimes against humanity in order to constitute crime against humanity of persecution as well.⁵⁹ Moreover, the requirement of “severe deprivation of fundamental rights” in the definition of the Rome Statute would be redundant with a different interpretation, since the Rome Statute only proscribes persecutory acts, which are in connection with other international crimes. The rationale behind the “equal gravity test” is to establish an objective standard

⁵⁵ *Dordevic Appeal*, paras. 565-568; *Krnojelac Appeal*, para. 221; *Kordic and Cerkez Appeal*, paras. 105-109; *Blaskic Appeal*, para. 149.

⁵⁶ WERLE, 2009, p. 332; AMBOS and WIRTH, 2000, p. 75; *Blaskic Appeal*, paras. 143, 150 et seq.; *Brdanin Appeal*, para. 296; *Kupreskic Trial*, para. 621; *Kordic and Cerkez Trial*, para. 195.

⁵⁷ *Brdanin Appeal*, para. 135; NILLSON, 2011, pp. 232-233.

⁵⁸ *Brdanin Appeal*, para. 296.

⁵⁹ *Dordevic Appeal*, paras. 565-568; *Krnojelac Appeal*, para. 221; *Kordic and Cerkez Appeal*, paras. 105-109; *Blaskic Appeal*, para. 149.

to distinguish the conduct, which constitutes crime of persecution, complying with the principle of legality.⁶⁰ Such a test has been necessary and effective in order to ensure “*clearly defined limits on the expansion of the types of acts, which qualify as persecution*”.⁶¹

The requirement for the persecutory conduct to be in connection with any act listed in Article 7 of the Rome Statute or any crime in the jurisdiction of the ICC emanates from the same exigence to comply with the principle of legality and to be more concise with regards to the definition of an international crime.⁶² However, such a requirement may hamper the recognition of all types of persecutory acts with the requisite gravity and intent to be considered as a crime against humanity; and such an interpretation of the crime of persecution may be in contradiction with customary international law.⁶³ On the other hand, as *Bassiouni* has noted, “‘persecution’ is neither a crime in the world’s major legal systems, nor an international crime *per se*, unless it is the basis for the commission of other crimes” and it is the reason why “a reasonable nexus between the discriminatory policy and existing international crimes is needed”.⁶⁴ In order to better understand the crime prescribed in Article 7(1) (h) the connection requirement should be examined in detail.

The Rome Statute stipulates that the act of persecution should be in “connection with any act referred to in ... [Article 7(1)] or any crime within the jurisdiction of the Court”. This wording was the result of negotiations during the drafting process.⁶⁵ Some States argued that it should be included within the Statute due to its early roots in Nuremberg Charter. Some others asserted conversely that customary international law evolved in a way that excludes such a criterion as evidenced in the subsequent codifications, namely the Draft Code of Crimes, the Statute of the ICTY and the Statute of the International Criminal Tribunal for Rwanda.⁶⁶ Final wording of the Statute is therefore an outcome of these negotiations. The relevant conduct

⁶⁰ WERLE, 2009, pp. 331-332.

⁶¹ *Kordic and Cerkez Trial*, para. 194; *Kupreskic Trial*, para. 618; *Stakic Trial*, para. 736.

⁶² WERLE, 2009, p. 332.

⁶³ AMBOS and WIRTH, 2000, p. 71; *Kupreskic Trial*, para. 580; *Kordic and Cerkez Trial*, para. 194.

⁶⁴ BASSIOUNI, 2009, p. 397.

⁶⁵ ROBINSON, 1999, p. 54.

⁶⁶ AMBOS and WIRTH, 2000, p. 71.

may constitute a crime of persecution if committed with one of the crimes within the jurisdiction of the Court other than the crimes against humanity. However, with respect to crimes against humanity, the conduct may solely be connected with an underlying act. It does not have to be in connection with another crime against humanity that satisfies all general requisite criteria. Consequently, a crime of persecution may be committed in connection with a single act of torture for instance, should the persecutory conduct satisfies the general requirements of crimes against humanity.⁶⁷

There is one case in which an additional crime or act need not necessarily be connected to the persecutory act in order for the persecution to constitute crime against humanity. If the persecutory act were already defined as a crime, an additional connection with another act or crime would not be required. *Ambos and Wirth* explained this situation only with respect to another underlying act of crimes against humanity.⁶⁸ They gave the example of a murder committed with discriminatory intent. They argued that the persecutory murder does not have to be in connection with another murder for instance, to be considered as crime of persecution since the connection requirement is already satisfied “by the identity of the persecutory act (murder) and the connected act (murder)”.⁶⁹ However, the same analysis may be considered in case of an underlying act, which constitutes another crime within the jurisdiction of the Court. For instance, if an act of torture is committed during an armed conflict with the discriminatory intent, the connection with an additional act or crime should not be necessary in order for it to constitute crime of persecution as well.

Turning back to the specific issue of the intentional destruction of religious property, two different scenarios may be discussed with respect to the connection requirement in crimes against humanity. Firstly, if such a destruction occurs in an armed conflict and the property destroyed does not constitute military objective, it does not have to be connected with a separate crime or an underlying act of crimes against humanity as long as it fulfils the requirements of Article 8(2)(b)(ix) and/or 8(2)(a)(iv) in international armed conflicts and Article 8(2)(d)(iv) in non-international armed conflicts, as explained above. Since the acts proscribed in these articles are inherently

⁶⁷ Id. p. 72.

⁶⁸ Ibid.

⁶⁹ Ibid.

war crimes, no further connection requirement is relevant for these acts to be considered as crimes against humanity as well, assuming that other criteria of the crime of persecution are satisfied. In case, which such destruction does not occur in an armed conflict, a connection with a separate act or crime is required. In that scenario, if the persecutory destruction of religious buildings occurred in peacetime as part of a widespread or systematic attack directed against any civilian group, such destruction may only constitute crime of persecution pursuant to Article 7(1)(h) as long as it is in connection with another underlying act of crimes against humanity or any other international crime. Should the persecutory act of destruction is coupled with a single additional act of torture, for instance, it constitutes crime of persecution.

Consequently, there has been a debate whether the crime of persecution becomes an auxiliary offence, rather than being an independent one. Some delegations in the Rome Conference argue that the connection requirement has resulted in turning the crime of persecution into an aggravating factor.⁷⁰ However, it may be argued that such a situation could only take place if the persecutory act was considered also another crime against humanity (not the sole underlying act, but the crime with its full elements). Since the general requirements of crimes against humanity would be satisfied in such a case, the crime of persecution could occur if the other inhumane crime was committed with a discriminatory intent.⁷¹ Nevertheless, if the persecutory act constitutes another crime in the jurisdiction of the Court, both criteria of the crime against humanity of persecution and connected crime have to be fulfilled. Similarly if the persecutory act does not fall under any definition of the Statute or if it is just a single underlying act of crimes against humanity, it has to fulfil both criteria of the persecution and the connected crime.⁷²

Considering the case of intentional destruction of religious property, which is not military objectives if committed in an armed conflict and therefore constituted war crime, it has to fulfil the general requirements of the crimes against humanity and the special requirements for the crime of persecution as well in order to constitute a crime of persecution. Therefore, it cannot be merely an auxiliary offence but rather an autonomous crime. The

⁷⁰ ROBINSON, 1999, p. 54.

⁷¹ AMBOS and WIRTH, 2000, p. 72.

⁷² With respect to underlying acts, see ROBINSON, 1999, p. 55.

same consequence will be relevant in case of the destruction of such property in peacetime. In such a scenario, since any other inhumane act enumerated in Article 7(1) does not encompass intentional destruction of religious institutions, the persecutory act of destruction must be coupled with another underlying act or a crime to constitute crime of persecution. Hence, the crime of persecution should not be deemed as an aggravating factor in most cases, but a crime in itself.⁷³

Finally, it may be asserted that the connection requirement is no longer a criterion for the definition of persecution in customary international law.⁷⁴ However, it should also be emphasised that such an inclusion underscores the criminal aspect of persecution. As cited above, *Bassiouni* noted that persecution had not been recognised as an independent crime by the international community.⁷⁵ A connection between the existing international crimes and the discriminatory conduct is required.⁷⁶ Nevertheless, taking into consideration the history of persecution, this requirement “should not prove unduly restrictive”, since it is “inevitably accompanied by such inhumane acts”.⁷⁷ This is illustrated by the jurisprudence of the IMT. Even if Nuremberg Charter contains such a nexus, this requirement did not limit the Tribunal to consider different forms of persecution, including the destruction of religious institutions, as a crime against humanity.⁷⁸ Moreover, as noted by the ICTY, “*the list of acts which may potentially be characterised, as persecution is extensive in view of the broad range of crimes listed ... [under the Rome Statute]*”.⁷⁹

Therefore, with respect to the intentional destruction of religious property in particular, the connection requirement does not necessarily result in a restrictive application of the crime of persecution, considering the context in which such a conduct is committed in general. It merely ensures the criminality of the persecutory act coupled with discriminatory intent under international criminal justice.

⁷³ ROBINSON, 1999, p. 52; AMBOS and WIRTH, 2000, p. 72.

⁷⁴ *Kordic and Cerkez Trial*, para. 197; *Kupreskic Trial*, para. 580.

⁷⁵ BASSIOUNI, 2009, p. 397.

⁷⁶ *Ibid.*

⁷⁷ ROBINSON, 1999, p. 55.

⁷⁸ *Rosenberg and Streicher*.

⁷⁹ *Kordic and Cerkez Trial*, para. 197.

A. 2. *Mens Rea*

As indicated in Article 7(2)(g) of the Rome Statute, an act of severe deprivation of fundamental rights may only constitute crime of persecution if it is committed intentionally and “by reason of the identity of the group or collectivity”. As it has already been an established principle of the jurisprudence of the ICTY, in addition to the general intent concerning the persecutory act, the crime of persecution requires evidence of a specific intent to discriminate on certain grounds.⁸⁰ Moreover, the discriminatory intent has to be combined with the knowledge that the persecutory conduct is part of a widespread or systematic attack directed against a civilian population or with the intent for the conduct to be part of such an attack.⁸¹ Unless this three-fold *mens rea* criterion is fulfilled, a persecutory conduct cannot constitute the crime of persecution under Article 7 of the Rome Statute.⁸² With respect to the connected crime, the Elements of Crimes clarifies that no additional mental element is required.⁸³

With respect to the intentional destruction of religious property, the ICTY has taken into consideration the definition of the war crime of “destruction or wilful damage done to institutions dedicated to religion” as stipulated in its Statute in order to establish the general *mens rea* for the underlying persecutory act. The Appeals Chamber held that the mental element for both acts is the same.⁸⁴ Consequently, the acts of destruction or damage should be directed against the religious property “*wilfully, i.e. either deliberately or through recklessness*” in order for the conduct to satisfy general *mens rea* criterion.⁸⁵

⁸⁰ *Tadic Appeal*, para. 283; *Kvočka Appeal*, paras. 109 and 460; *Blaskić Appeal*, para. 164; *Krnjelac Appeal*, para. 184; *Vasiljević Appeal*, para. 113; *Kordić and Cerkez Appeal*, paras. 101 and 111; *Dordević Appeal*, para. 470.

⁸¹ Elements of Crimes, Article 7(1)(h) Element 6.

⁸² WERLE, 2009, p. 332; EHLERT, 2013, p. 167.

⁸³ Commentary of the Rome Statute Article 7(1)(h) Available at <http://www.casematrixnetwork.org/cmn-knowledge-hub/icc-commentary-clicc/commentary-rome-statute/commentary-rome-statute-part-2-articles-5-10/#c1880> (Last accessed 05.04.2015); Elements of Crimes, Article 7(1)(h) Element 4, Footnote 22.

⁸⁴ *Dordević Appeal*, para. 558.

⁸⁵ *Prosecutor v. Stakić*, Case No. IT-97-24-A (2006) ICTY, Appeal Judgement, para. 328.

As stated both in the jurisprudence of the ICTY and the International Court of Justice, the *mens rea* requirement for the crime of persecution is higher than for other crimes against humanity but reminding that they “*belong to the same genus*”, it is lower than for genocide.⁸⁶ The Appeals Chamber of the ICTY defines the *mens rea* of persecution as the “*specific intent to cause injury to a human being because he belongs to a particular community or group*”.⁸⁷ Accordingly, in the Elements of Crimes, it is stated that the perpetrator of the crime of persecution should have “targeted such person or persons by reason of the identity of a group or collectivity or targeted the group or collectivity as such”. Hence, it is not merely an individual against whom the conduct is directed; Article 7(1)(h) proscribes acts “against any identifiable group or collectivity”. The targeting is rather specifically to the group or to a person or persons due to their belonging to a particular group. In *Strugar* case, the ICTY underlined the collective nature of the victim of persecution, *i.e.* a people.⁸⁸ As *Lenzerini* interpreted, “any person belonging to the community prejudiced by the crime is victim of a wrong, which is suitable of materializing only to the extent that the individuals concerned are subsumed within the group of which they are part”.⁸⁹ Accordingly, no specific member of the group is the target of the crime but all of its members are.⁹⁰ It should yet be underlined that the group or collectivity should be “identifiable” objectively or according to the perpetrator himself/herself.⁹¹

Targeting such groups should be on certain grounds in order for the conduct to constitute the crime of persecution. The grounds have been limited to political, racial or religious in the Statute of the ICTY, whereas the list has been broadened by the Rome Statute. Pursuant to Article 7(1)(h) and Element 3 of the Elements of Crimes, the crime of persecution may be committed on “political, racial, national, ethnic, cultural, religious, gender as defined in paragraph 3, or other grounds that are universally recognized as impermissible under international law”. For instance, if the perpetrator discriminates against

⁸⁶ *Kupreskic Trial*, para. 636; also stated in *Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro*, para. 188.

⁸⁷ *Blaskic Appeal*, para. 165; *Kordic and Cerkez Appeal*, para. 111.

⁸⁸ *Prosecutor v. Strugar*, Case No. IT-01-42-T (2005) ICTY, Trial Chamber, para. 232.

⁸⁹ LENZERINI, 2013, p. 53.

⁹⁰ *Ibid.*

⁹¹ TRIFFTERER, 2008, pp. 217-218.

an individual because of his/her particular religious conviction, there is a targeting on religious grounds.⁹²

Moreover, the discriminatory intent does not require the existence of a discriminatory State or organisational policy or a “*general discriminatory nature of an attack characterised as a crime against humanity*”.⁹³ Such intent may be assumed from the context, if surrounding circumstances of the commission of underlying acts demonstrate that the discriminatory nature of the *mens rea* is satisfied, considering the facts of the case.⁹⁴ It can be inferred from the historical and political context, the perpetrator’s role in this context, the extent and nature of the crimes that he/she committed etc.⁹⁵ Additionally, such intent to discriminate does not have to be the primary intent of the perpetrator as to the persecutory act, nevertheless it has to be a substantial one.⁹⁶ Finally, it should be emphasised that the discriminatory intent should be related to the persecutory act rather than to the attack in general.⁹⁷

The intentional destruction of religious institutions constitutes crime against humanity of persecution, should such conduct is committed due to the fact that such property represents a specific religious group. Religious institutions are mostly targeted with discriminatory intent because their connection to the religious group is explicit, which is the actual target of the general attack.⁹⁸ The most hostile attacks against religious institutions have in fact been committed with the specific intent to discriminate such religious identity of the group since ancient times.⁹⁹ It is because the ultimate aim concerning such conduct is not the mere destruction of relevant property but rather “the identity of the communities reflecting themselves on them, and, *a fortiori* the physical integrity of those communities, which attained part of their defensive strength from the spiritual value of their own cultural heritage”.¹⁰⁰ *Lenzerini* gave the example of Roman destruction of the Temple of Serapis

⁹² WERLE, 2009, p. 333.

⁹³ *Blaskic Appeal*, para. 164; *Kordic and Cerkez Appeal*, para. 110; *Krnojelac Appeal*, para. 184; *Kvocka Appeal*, para. 460; *Vasiljevic Trial*, para. 248.

⁹⁴ *Ibid.*

⁹⁵ BASSIOUNI, 2009, p. 401; ABTAHI, 2001, p. 25.

⁹⁶ *Krnojelac Trial*, para. 435.

⁹⁷ SCHABAS, 2010, p. 179.

⁹⁸ EHLERT, 2013, p. 163.

⁹⁹ LENZERINI, 2013, p. 57.

¹⁰⁰ *Id.* p. 58

in Alexandria as a persecutory act against the existence of paganism and the Taliban's destruction of Buddha statues in the Afghan valley of Bamiyan in 2001 in this respect.¹⁰¹ Moreover, as to the destruction of almost 800 mosques in Bosnian War, Bosnian President Alija Izetbegovic said "one of the main aims of the Bosnian Serb army had been 'the destruction of religion as a basis of the identity and as spiritual support for the Bosnian people'".¹⁰²

However, if the act of destruction of religious institutions is not induced by a discriminatory intent, it does not constitute crime of persecution, but it may constitute other crimes within the jurisdiction of the Court. *Ambos and Wirth* gave the example of a member of a persecuted group burning a church with the intent to use the land to build a house, during an attack directed against the group.¹⁰³ Such an act would not constitute crime of persecution due to the fact that it lacks the discriminatory intent, however, it may constitute a war crime of intentionally directing attacks against buildings dedicated to religion if committed during an armed conflict.

Discriminatory intent may be inferred from the methods of attack and the gravity of the crimes against a specific religious group in order to determine whether the destruction of religious property constitutes crime of persecution.¹⁰⁴ For instance, the IMT stated that persecution against Jews was particularly visible in destruction and burning of synagogues and Rosenberg and Streicher were found guilty of crimes of persecution, including destruction of religious property.¹⁰⁵ The Jerusalem District Court came to the same conclusion after many years in the *Eichmann* case.¹⁰⁶ Moreover, the Appeals Chamber of the ICTY, specifically found with respect to the intentional destruction of Kosovo Albanian mosques that such religious institutions were destroyed with the discriminatory intent since they were "*as symbols of Kosovo Albanian heritage and identity*".¹⁰⁷

Finally, it should be underlined that, the specific mental element of the crime of persecution does not comprise any particular persecutory intent

¹⁰¹ Ibid.

¹⁰² COHEN, Available at <http://www.nytimes.com/1995/02/04/world/bosnia-debate-army-as-defender-of-islam-or-multiculturalism.html> (Last accessed on 05.04.2015).

¹⁰³ AMBOS and WIRTH, 2000, p. 82.

¹⁰⁴ ABTAHI, 2001, p. 27.

¹⁰⁵ *Rosenberg and Streicher*.

¹⁰⁶ *Eichmann*.

¹⁰⁷ *Dordevic Appeal*, paras. 560-561.

behind the underlying conduct, which is “the removal of targeted persons from society or humanity”.¹⁰⁸ The perpetrator must rather act merely with the intent to discriminate on one of the pertinent grounds.

B. Religious property as a military objective

The Rome Statute proscribes intentionally directing attacks against buildings dedicated to religion on the condition that the buildings are not military objectives in accordance with customary international law. It is because, States may only direct attacks against military objectives in armed conflicts.¹⁰⁹ Military objectives are defined as the limited objects “which by their nature, location, purpose or use make an effective contribution to military action and whose partial or total destruction, capture or neutralization, in the circumstances ruling at the time, offers a definite military advantage”.¹¹⁰

Whereas it may be argued that Article 53 of the Additional Protocol I of 1977 to Geneva Conventions of 1949 and its official International Committee of the Red Cross provide for that there are certain religious properties that constitute spiritual heritage of peoples, *i.e.* being “intimately associated with the history and culture of a people”, they are “unique in character” and their “value transcend geographical boundaries”. Such property is subject to a different legal regime whereby it enjoys an enhanced protection and may never be deemed as military objectives. However, not every religious property enjoys such a protection from becoming a military objective. Should an ordinary religious property is deemed a military objective, an attack directed against this property will not constitute war crime.

It should be underlined though that the military objective nature of a religious property might preclude its potential as a target for discrimination. Even if it is not necessarily true for each and every act of intentional destruction of religious property, targeting a military objective in order to gain military advantage in an armed conflict and targeting a religious building, which has

¹⁰⁸ *Kordic and Cerkez Appeal*, para. 111; *Blaskic Appeal*, para. 165.

¹⁰⁹ Additional Protocol to the Geneva Conventions of 1949 relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts, 1977, Article 48; Rome Statute Article 8(2)(b)(ii); HENCKAERTS and DOSWALD-BECK, 2005, Rule 7.

¹¹⁰ Second Protocol to the Hague Convention of 1954, 1999, Article 1(f); Additional Protocol to the Geneva Conventions of 1949 relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts, 1977, Article 52(2); HENCKAERTS and DOSWALD-BECK, 2005, Rule 8.

a symbolic meaning to a certain group in order to discriminate members of such group do not coincide generally. Trial Chamber of *Blaskic* for instance held with respect to the destruction of the minaret of a mosque in Ahmici that the conduct was “*premeditated and could not be justified by any military purpose whatsoever*”; therefore such an act could only be explained with discriminatory reasons.¹¹¹ However, as mentioned above, the discriminatory intent does not have to be the primary intent of the perpetrator as to the persecutory act, nevertheless it has to be a substantial one.¹¹² Therefore, as long as there is a substantial intent to discriminate with the destruction of religious property, the destruction may constitute the crime against humanity of persecution.

CONCLUSION

Religious institutions have been targeted since ancient times in order to attack the very religious identity of a particular group. It is because they are not merely a combination of stones, ordinary buildings or even visually beautiful objects but rather the reflection of the spiritual heritage of a certain community.¹¹³ Criminalisation of the intentional destruction of religious institutions during the Balkan wars by the ICTY, and recognising such conduct as an underlying act of crimes against humanity have made a noteworthy contribution to both the law of cultural and religious property and to the international criminal law.

The Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia may follow the path introduced by the ICTY as well. With respect to the persecutory acts against Buddhists and Cham people, including severe destruction of “*pagodas, monasteries, mosques, and Buddhist statues, burning of Qurans, as well as conversion of the said religious edifices into meeting halls, detention centres, dining halls, pig farms, and warehouses*”, the Extraordinary Chambers charged four high officials of the Democratic Kampuchea with crimes against humanity of persecution.¹¹⁴

¹¹¹ *Blaskic Trial*, para. 421.

¹¹² *Krnojelac Trial*, para. 435.

¹¹³ LENZERINI, 2013, p. 58.

¹¹⁴ *Case 002*, Case File No. 002/19-09-2007-ECCC-OCIJ (2010) ECCC, Indictment, Available at <http://www.eccc.gov.kh/sites/default/files/documents/courtdoc/D427Eng.pdf> (Last accessed 05.05.2015) paras. 210, 321, 740, 743 and 756 cited in LENZERINI, 2013, p. 59.

As for the ICC, the situation in Mali may be relevant in this regard. In 2012, the Al-Qaeda related Islamic group Ansar Dine started the deliberate destruction of the mausoleums dedicated to Muslim saints in Timbuktu as a response to the World Heritage Committee's cooperation with the government of Mali aiming the protection of such sites.¹¹⁵ ICC Chief Prosecutor Fatou Bensouda opened investigation for the crimes committed in Mali and referred to such destructions as war crimes at the first stage, since there was not any adequate information to have a reasonable belief that such destructions constitute crimes against humanity as well.¹¹⁶ In 26 September 2015, Ahmad Al Faqi Al Mahdi was surrendered to the ICC on charges of war crimes regarding the destruction of historical and religious monuments in Timbuktu, Mali.¹¹⁷ After further analysis, destruction of institutions concerned may be considered as persecution if it fulfils the elements of the crime against humanity of persecution as explained above.

To conclude, the intentional destruction of religious property constitutes the crime of persecution under the Rome Statute when it is committed with the intent to discriminate a certain religious group and when the general requirements of the crimes against humanity are satisfied. Such a destruction would constitute a crime of persecution as it also constitutes a war crime under Article 8 of the Rome Statute during armed conflicts and it is of equal gravity with the other crimes against humanity and the persecution is extensive and inevitably accompanied by other inhumane acts during peacetime therefore fulfilling the connection criterion.

As *Riedlmayer* explained in a symposium of Carnegie Foundation, "a people's identity is inextricably linked with the visible symbols of its culture. Once those anchors are gone, the past, like the future, can be recreated by the victors"¹¹⁸

¹¹⁵ LENZERINI, 2013, pp. 60-64.

¹¹⁶ Situation in Mali – Article 53(1) ICC Report of the Office of the Prosecutor (2013) Available at http://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/situations%20and%20cases/situations/icc0112/Documents/SASMaliArticle53_1PublicReportENG16Jan2013.pdf (Last accessed 05.04.2015) paras. 108-113; 128-129.

¹¹⁷ https://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/press%20and%20media/press%20releases/Pages/pr1154.aspx (Last accessed 19.12.2015).

¹¹⁸ Cited in MOSE, 1996, p. 197-198.

BIBLIOGRAPHY

- ABTAHI Hirad, “The Protection of Cultural Property in Times of Armed Conflict: The Practice of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia”, 14 **Harvard Human Rights Journal**, 2001, pp. 1-32.
- AMBOS Kai and WIRTH Steffen, “The Current Law of Crimes Against Humanity: An Analysis of UNTAET Regulation 15/2000”, 13 **Criminal Law Forum** 1, 2002, pp. 1-90.
- BASSIOUNI Mahmoud Cherif, **Crimes Against Humanity in International Law**, 1992.
- EHLERT Caroline, **Prosecuting the Destruction of Cultural Property in International Criminal Law: With a Case Study on the Khmer Rouge’s Destruction of Cambodia’s Heritage**, 2013.
- HENCKAERTS Jean-Marie and DOSWALD-BECK Louise, **ICRC – Customary International Humanitarian Law – Volume One: Rules**, 2005.
- LEE Roy S. et al., **The International Criminal Court: Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence**, 2001.
- LENZERINI Federico, “The Role of International and Mixed Criminal Courts in the Enforcement of International Norms Concerning the Protection of Cultural Heritage” in FRANCIANI Francesco and GORDLEY James, **Enforcing International Cultural Heritage Law**, 2013.
- MOSE Gregory M., “The Destruction of Churches and Mosques in Bosnia-Herzegovina: Seeking a Rights-Based Approach to the Protection of Religious Cultural Property”, 3 **Buffalo Journal of International Law**, 1996, pp.180-208.
- NILLSON Jonas, “The Crime of Persecution in the ICTY Case-law” in SWART Beth et al., **The Legacy of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia**, 2011.
- O’KEEFE Roger, “Protection of Cultural Property under International Criminal Law”, 11 **Melbourne Journal of International Law**, 2010, pp.1-54.
- ROBINSON Darryl, “Defining Crimes against Humanity at the Rome Conference”, 93 **The American Journal of International Law** 1, 1999, pp. 43-57.
- SCHABAS William A., **The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute**, 2010.

TRIFFTERER Otto, **Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court**, 2008.

WERLE Gerhard, **Principles of International Criminal Law**, 2009.

Cases

Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro) (2007) ICJ

The Prosecutor v. Gbagbo, Case No. ICC-02/11-01/11 (2014) ICC, Decision on the Confirmation of Charges against Laurent Gbagbo

The Prosecutor v. Muthaura et al., Case No. ICC-01/09-02/11 (2012) ICC, Decision on the Confirmation of Charges Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute

The Prosecutor v. Ruto et al., Case No. ICC-01/09-01/11 (2012) ICC, Decision on the Confirmation of Charges Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute

United States v. Goering (Rosenberg Judgement), IMT: Trial of the Major War Criminals (1946) Available at <http://avalon.law.yale.edu/imt/judrosen.asp> (Last accessed 05.04.2015)

United States v. Goering (Streicher Judgement), IMT: Trial of the Major War Criminals (1946) Available at <http://avalon.law.yale.edu/imt/judstrei.asp> (Last accessed 05.04.2015).

Prosecutor v. Blaskic, Case No. IT-95-14-T (2000) ICTY, Trial Judgement

Prosecutor v. Blaskic, Case No. IT-95-14-A (2004) ICTY, Appeal Judgement

Prosecutor v. Brdanin, Case No. IT-99-36-T (2004) ICTY, Trial Judgement

Prosecutor v. Brdanin, Case No. IT-99-36-A (2007) ICTY, Appeal Judgement

Prosecutor v. Dordevic, Case No. IT-05-87/1-A (2014) ICTY, Appeal Judgement

Prosecutor v. Kordic and Cerkez, Case No. IT-95-14/2-T (2001) ICTY, Trial Judgement

Prosecutor v. Kordic and Cerkez, Case No. IT-95-14/2-A (2004) ICTY, Appeal Judgement

Prosecutor v. Krajisnik, Case No. IT-00-39-T (2006) ICTY, Trial Judgement

Prosecutor v. Krnojelac, Case No. IT-97-25-T (2002) ICTY, Trial Judgement

- Prosecutor v. Krnojelac*, Case No. IT-97-25-A (2003) ICTY, Appeal Judgement
- Prosecutor v. Kupreskic et al.*, Case No. IT-95-16-T (2000) ICTY, Trial Judgement
- Prosecutor v. Kunarac et al.*, Case No. IT-96-23 & IT-96-23/1-A (2002) ICTY, Appeal Judgement
- Prosecutor v. Kvocka et al.*, Case No. IT-98-30/1-A (2005) ICTY, Appeal Judgement
- Prosecutor v. Milutinovic et al.*, Case No. IT-05-87-T (2009) ICTY, Trial Judgement, Volume I
- Prosecutor v. Stakic*, Case No. IT-97-24-T (2003) ICTY, Trial Judgement
- Prosecutor v. Stakic*, Case No. IT-97-24-A (2006) ICTY, Appeal Judgement
- Prosecutor v. Stanisic and Zupljanin*, Case No. IT-08-91-T (2013) ICTY, Trial Judgement, Volume I
- Prosecutor v. Strugar*, Case No. IT-01-42-T (2005) ICTY, Trial Chamber
- Prosecutor v. Tadic*, Case No. IT-94-1-T (1997) ICTY, Trial Judgement
- Prosecutor v. Tadic*, Case No. IT-94-1-A (1999) ICTY, Appeal Judgement
- Prosecutor v. Vasiljevic*, Case No. IT-98-32-T (2002) ICTY, Trial Judgement
- Prosecutor v. Vasiljevic*, Case No. IT-98-32-A (2004) ICTY, Appeal Judgement
- Prosecutor v. Nahimana et al.*, Case No. ICTR-99-52-T (2003) ICTR, Trial Judgement
- Case 002*, Case File No. 002/19-09-2007-ECCC-OCIJ (2010) ECCC, Indictment, Available at <http://www.eccc.gov.kh/sites/default/files/documents/courtdoc/D427Eng.pdf> (Last accessed 05.05.2015)
- Attorney-General of the Government of Israel v. Adolf Eichmann*, District Court of Jerusalem (1961) Available at http://www.asser.nl/upload/documents/DomCLIC/Docs/NLP/Israel/Eichmann_Judgement_11-12-1961.pdf (Last accessed 04.04.2015).

Micellaneous

- Commentary of the Rome Statute Article 7(1)(h) Available at <http://www.casematrixnetwork.org/cmn-knowledge-hub/icc-commentary-clicc/commentary-rome-statute/commentary-rome-statute-part-2-articles-5-10/#c1880> (Last accessed 05.04.2015)
- COHEN, “Bosnian Debate: Army as Defender of Islam or Multiculturalism?” Available at <http://www.nytimes.com/1995/02/04/world/bosnia-debate-army-as-defender-of-islam-or-multiculturalism.html> (Last accessed on 05.04.2015)

- Situation in Mali: Ahmad Al Faqi Al Mahdi surrendered to the ICC on charges of war crimes regarding the destruction of historical and religious monuments in Timbuktu Available at https://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/press%20and%20media/press%20releases/Pages/pr1154.aspx (Last accessed 19.12.2015)
- Situation in Mali – Article 53(1) ICC Report of the Office of the Prosecutor (2013) Available at http://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/situations%20and%20cases/situations/icc0112/Documents/SASMaliArticle53_1PublicReportENG16Jan2013.pdf (Last accessed 05.04.2015)
- UN Doc. A/46/10, Report of the International Law Commission on the Work of its Forty-Third Session (29 April-19 July 1991)
- UN Doc. S/25704, Report of the Secretary-General Pursuant to Paragraph 2 of Security Council Resolution 808 (1993)

Türk Kadınlarının Siyasal Haklarını Kazanma Süreci ve Siyasal Etkinlikleri

Ar. Gör. Feyza YILMAZ*

Özet: Kadınlar, dünyanın her yerinde karar verici mekanizmalarda ve özellikle siyasi kararlarda yer alma konusunda dezavantajlı konumdadır. 20. yüzyılın ilk yarısında birçok ülkede seçme seçilme hakkını kazanmalarına rağmen siyasette eşit oranda temsil edilememişlerdir. Kadınlara siyasi haklarını tanıyan ilk ülkelerden biri olan Türkiye’de bu kazanım ciddi bir mücadelenin sonucudur. Meşrutiyet döneminde kurulan bazı kadın dernekleri ve basın sayesinde Osmanlı kadını genel anlamda kadın haklarını arama yoluna gitmiş ve bunun uzantısı olarak da siyasi hak talebini dile getirmeye başlamıştır. Türk kadınının gerçek anlamda siyasi hakları kazanması ise, cumhuriyetin ilanından sonra yapılan kanunlarla gerçekleşmiştir. Cumhuriyetin ilk yılları olmasına rağmen kadınlar parlamentoda önemli bir temsil gücü elde etmişlerdir. Günümüze doğru gelindiğinde ise, Türk kadınının siyasi alanda erkeklerle eşit düzeyde rol oynamadığı görülmektedir. Ancak, tarihsel ve kültürel pek çok sebebi olan bu eşitsizliğin devletin alacağı siyasi kota gibi bazı özel önlemlerle düzeltilmesi mümkündür.

Anahtar kelimeler: siyasi haklar, kadın hakları, Türk kadın hareketi, feminizm, pozitif ayrımcılık.

The Process of Turkish Women’s Political Rights and Their Political Effectiveness

Abstract: Among the decision making powers, women holds a disadvantaged position all over the world. Although women have been granted for political rights in the first half of the 20th century, they could not have been represented equally compared with men.

Turkey is one of the first countries which have granted women their political rights. It is obvious that this acquisition is a result of an important struggle. In the era of constitutional

* Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Tarihi Anabilim Dalı.

monarchy, thanks to the foundation of some women's associations and the attention of the press, Ottoman women have come to fight for their rights and claimed their political rights. The full attainment of political rights for Turkish women was realized after the declaration of the republic. Nonetheless, they can-not play a key role in the Parliament in today's picture. It seems possible that this inequality can be removed by some specific measures which should be taken by the State, such as political quota.

Keywords: political rights, women's rights, Turkish women's movement, feminism, positive discrimination.

GİRİŞ

*“Bulutlarda gümbürdeyen Zeus
Yarattı baş belası olarak kadınlar soyunu ölümlü insanlara
O kadınlar ki kötülüktür işleri güçleri
İyiliğe karşı kötülük sağladı onlarla.”¹*

Kendisine hayat bahşedilen her insan kimliğinin farkına vardığında, aynı şeyi içinde yaşadığı toplumdan da bekler. Toplum içinde kabul edilmiş bir “bi-rey” olarak hayatını sürdürmeyi ve yönetimde söz sahibi olmayı arzu eder.² Ne var ki, günümüze yaklaştıkça bireyin kazandığı anlamın önemi ve etkisi artmasına rağmen siyasi iktidar tarafından insanların birey olarak kabul edilmesi, kadın ve erkek cinsi için aynı zamanda gerçekleşmemiştir. “Kadın hakları” deyiminden de anlaşılacağı üzere, kadınlar sosyal ve siyasi haklarını erkeklere göre daha geç kazanmaya başlamışlardır. Ancak bugün gelinen nokta tatmin edici değildir ve çözülmeyi bekleyen bir sorun oluşturmaya devam etmektedir.

Kadın sorunu cinsel bir ayrımcılığa dayanmaktadır ve tarihin her döneminde güncel kalmıştır. Fakat tarih araştırmalarının bize gösterdiğine göre bu sorun kadının doğasından değil, tarihten gelen bir problemdir. Yüzyıllar boyunca ideolojilerin, mitlerin, boş inançların veya dinlerin oluşturduğu kadın imgesi, kadın hakkında kolay sarsılmayan bir gelenek oluşturmuştur. Tarih boyunca hep bir kenara itilen kadınların kendi kimliklerinin farkına varmaları uzun zaman almıştır.

Sosyal, kültürel ve siyasi gibi pek çok boyutu bulunan kadın sorunu bugün hala çözülememekle birlikte devamlı bir mücadelenin gerektiği açıktır. Elinizdeki çalışma, bu yoldaki yüz binlerce adımdan sadece biri olmak için

¹ Hesiodos, 1968, s.25.

² Üskül Engin, 2014, s. 201.

kaleme alınmıştır. Pek çok yönden incelenebilecek kadın sorunu, bu çalışmada siyasi haklar bakımından ve Türkiye özelinde değerlendirilmiştir. Siyasi haklar, yaşayan ve gerçek demokrasilerin³ vazgeçilmez bir unsurudur. Ancak bundan da öte toplumda bir birey ve kendi olarak yaşamak için, kadınların siyasi haklara sahip olması gereklidir. Türk kadınının siyasi haklarını elde etmesinin üzerinden yüz yıla yakın bir zaman geçmesine rağmen, Türk siyaseti hala etkin bir kadın kültüründen yoksundur. Bu durum, Türk kadınının siyasi haklarını hangi aşamalarla kazandığı ve günümüzdeki etkinliği üzerine daha pek çok çalışmanın yapılması gerektiğine işaret etmektedir.

Kadınla ilgili yapılacak bir çalışmada tarihten bugüne gelen kadın algısının bilinmesi gerektiğinden, çalışmanın ilk bölümünde kadın haklarının tarihsel gelişimi ana hatlarıyla ele alınmıştır. İkinci bölümde ise, Türk kadınının siyasi haklarını elde etme süreci dönemlere ayrılarak ve toplumsal yönlerden irdelenerek incelenmiştir. Elbette bir hakka kâğıt üzerinde sahip olmak yetmeyecek, Türk kadınlarının siyasal hayatta fiilen var olmaları ve temsil edilmeleri gerekecektir. Bu nedenle üçüncü ve son bölümde, Türk kadınının siyasi haklarını ne kadar etkin bir biçimde kullandığı analiz edilmeye çalışılmıştır.

I. KADIN HAKLARININ GELİŞİMİ

Bu çalışmanın konusu her ne kadar Türk kadınının siyasi haklarıyla ilgili olsa da, dünya genelinde kadın haklarının gösterdiği gelişmeyi incelemek bize doğru bir kıyas imkânı sunacaktır. Türkiye’de kadın olmanın ne anlama geldiği ancak bu sayede anlaşılabilir. Bu nedenle, ilk çağlardan günümüze kadar, toplumsal ve politik anlamda kadının konumuna göz atmak gerekir.

A. 1789 Fransız Devrimi’ne Kadar Kadın Algısı ve Fransız Devrimi

Bundan iki yüzyıl öncesine kadar, pek çok toplumda kadına korunması gereken bir güzellik kraliçesi veya akıllı çalışmayan eksik bir varlık gibi önyargılı perspektiflerden bakılmıştır. Literatür incelendiğinde erkeklerin kadınlar hakkında oluşturdukları ve bazıları bugün de geçerliliğini koruyan pek çok mitle⁴ karşılaşmaktadır. Bu abartılı hikâyeler kadınlar hakkında yanlış

³ Demokrasi, ancak toplumun tamamı tarafından ve etkin bir siyasi katılımın sağlanmasıyla gerçekleşebilir.

⁴ Yunanca’da masal anlamına gelen bir sözcükten türeyen mit ya da mitos, kelime anlamı olarak “geleneksel olarak yayılan veya toplumun hayal gücü etkisiyle biçim değiştiren ve ale-

kanaatler uyandırarak, iktidarın yüzyıllar boyunca erkek tekelinde kalmasına neden olmuştur.⁵ Kadın toplumsal anlamda değer görmemiş, siyasette ciddi bir role sahip olamamıştır.

Elimize ulaşan kaynaklara göre, eski toplumların çoğunda kadının hukuki durumu erkeğe kıyasen daha aşağı bir statüdedir.⁶ Antik Yunan döneminde yerleşmeye başlayan ataerkil düzende, kadınların hukuki bir varlığından söz edilememektedir.⁷ Bugün felsefelerini itinayla incelediğimiz Platon⁸ ve Aristoteles⁹ gibi filozoflar dahi, kadının akıl ve ahlak bakımından erkekten daha aşağı bir statüde olduğunu savunmaktadırlar.¹⁰ Bu dönemde insanlar, kendi kendine yeten ve siteden ayrı şekilde hayatını sürdürebilen varlıklar değil-

gorik bir anlatımı olan halk hikâyesi” demektir. Daha ayrıntılı bilgi için bkz. (Sissa, 2005, s. 66-98)

- 5 Bensadon’a göre (1990, s. 12-21), kadını kutsallaştıran, onu erişilmez bir noktaya yükselten efsaneler *kutsal kadın mitosları* şeklinde adlandırılırlar. Hatta belki bugün bile yanlış bilinen, *kadının güçsüzlüğü* mitosu da Eski Çağlar’dan kalmadır. Bu mitoslar kadınların hukuki statülerini çoğu defa olumsuz etkilemiş ve özgürlüklerini kısıtlamıştır. İnsan haklarına ve insan onuruna kavuşamayan kadınların, *kadın hakları* kavramı altında mücadele etmesine sebep olmuştur.
- 6 Berktaş (2012, s. 19)’a göre tarihsel bilgi, üretilerek var olan ve bu yönüyle de “üreten” kişinin kimliğinden izler taşıyan bilgi olduğu için, tarihi verileri kimin kayda geçirdiği ve yorumladığı hayati bir önem taşır. Tarih yazma işlevi, bu zamana kadar çoğunlukla erkeklerin tekelinde idi. Bu demektir ki erkekler, hemcinslerinin deneyimlerini tarihsel açıdan daha önemli bularak kadınları farklılaştırdılar. Eski çağdan bugüne kalan kadınlara ait çok az eser olması ve kadına verilen değerle günümüze ulaşan eser sayısının paralelliği bu önermeyi kanıtlar gibidir.
- 7 Tayanç & Tayanç’a (1997) göre, anaerkil ailenin izlerine rastlamak da mümkündür. Örneğin Hitit Kanunu’nun 28 ve 29.maddelerinden anlaşılacağı üzere, anne oğlunu evlatlıktan çıkarabilmekte ve ebeveynler kızlarını verirken birlikte karar vermektedirler. Vurgulanması gereken diğer bir husus ise, “Tawannannas” diye adlandırılan Hitit kraliçesinin toplumda önemli bir yere sahip olduğudur.
Arat’a (1986) ve Tanilli’ye (2006) göre ise ilk çağın taş devrinde doğa ile kadın özdeşleştirildiğinden anaerkil aile esastır. Bu dönemden sonra tunç devrine geçişle birlikte el araçları yapan ve toprağı kendisine bağımlı kılan erkek kendi gücünü fark etmiştir. Böylelikle toplum anaerkil aileden ataerkil aileye eğrilmiştir.
- 8 Platon Tanrı’ya, kendisini köle değil de özgür, kadın değil de erkek yarattığı için şükreder.
- 9 Vural Dinçkol, 1993, s. 170-191. Dinçkol’a (1993) göre, Aristoteles kadının birtakım niteliklerden yoksun olduğu için kadın olduğunu düşünmektedir.
- 10 Berktaş,1991, s. 61; Arat, 1991, s. 13-14.

lerdir.¹¹ Kendiliğinden değerli olan birey kavramı dahi henüz oluşmadığına göre, kadın haklarından bahsetmek evleviyetle imkânsız olacaktır.¹² Kadınlar, çocuklar, yabancılar ve köleler için insan olma değerinden ya da eşitlikten söz edilememektedir.¹³

Roma İmparatorluğu zamanında insanların bir kısmı hukuki statüsüne ilk defa kavuşmuş, ancak sırf insan olduğu için bazı haklara sahip olamamıştır. Bu dönemdeki genel inanç, kadınların kamusal hayat bakımından gerekli erdemden ve nitelikten yoksun olduğudur.¹⁴ Kadına bakış açısı böyle olunca, erkekler tarafından egemenlik altına alınmasının gerekli görülmesi doğal karşılanmalıdır.¹⁵ Bundan dolayı, kendi ailelerinde dahi söz hakkına sahip olmayan ve erkeğin hâkimiyetine giren kadınlar ile kamu otoritesi olan devlet arasında siyasi bir ilişkidenden bahsetmek mümkün olmamıştır.

Ortaçağ Avrupası'ndaki kadının durumu ise çok dramatik, biraz da karışıktır. Entelektüel ve hukuki anlamda bir değer olarak görülmeyen kadına, günlük yaşamda fiilen yapılan muamele içler acısıdır.¹⁶ Eril bakış açısının yarattığı kadınların¹⁷ asıl statüsünü belirleyen şey ise kilise ve aristokrasidir.¹⁸ Bu kurumların düşüncelerinin etkisiyle kadınla ilgili ilk çağda oluşturulan *mitler* birer dini inanç haline gelerek kadına kötü sıfatlarla bakılmasına sebep olmuştur. Kadınların pek çoğu büyüçülükle suçlanmış, cadı olduğu iddia edilen pek çok kadına çeşitli işkenceler yapılmıştır.¹⁹ Cadı avı denilen bu hadise, ortaçağ tıbbının kadınlardan arınması ve kilise yönetiminin tamamen erkek egemen bir havaya bürünmesiyle sonuçlanmıştır. Ortaçağ'da kadın erkeğin istediği zaman dövüp her türlü eziyet edebileceği bir varlıktır.²⁰ “Kadın insan

¹¹ Üskül Engin, 2003, s. 24.

¹² Bununla birlikte kabul görmese de, dönemine göre oldukça liberal düşünürlerden olan Çiçero, insanın biricik ve tek olduğunu pek çok defa vurgulamıştır. Ona göre devlet, hukuka bağlı bir örgüt olarak algılanmalı ve devlet düzeni, kişinin mutluluğunu amaç edinmelidir.

¹³ Bulut, 2008, s. 5.

¹⁴ Güriz, 2007, s. 424.

¹⁵ Tayanç & Tayanç, 1997, s. 37.

¹⁶ Berkday, 1991, s. 144.

¹⁷ Klapisch-Zuher, 2005, s.16.

¹⁸ Berkday, 1991.

¹⁹ Bağımsız rehberler, 2011.

²⁰ Kadına karşı bütün bu kötü muameleye rağmen erkeklere özgü mesleklerde başarılı olan Hroswitha, Guillemine, Jean D'Arc gibi kadınlar da tarihe geçmiştir. Hatta kraliçelerden İs-

mıdır” tartışmasının²¹ yapıldığı bu karanlık dönem, rönesans ve reform hareketlerine kadar devam edecektir.

On yedinci yüzyılda rönesansın etkisiyle kadının sanat ve edebiyattaki yerinde eskiye göre nisbi bir iyileşme gözlenmektedir.²² Fakat aynı zamanda kadının düşünsel eğitimini kadına çok gören baskın görüşler mevcuttur. Bu dönemde yapıtlarıyla öne çıkan Jean Jacques Rousseau “*Emile*” adlı eserinde, kadınların eğitiminin erkeklerinkiyle ilgili olmasını²³, erkeklere kendilerini sevdiren hoş tutarak onların yaşamlarını kolaylaştırma ödevlerinin bebeklikten itibaren kadınlara öğretilmesi gerektiğini²⁴ ve daha kötüsü kadınların yaratılış amaçlarının erkeklerin hoşuna gitmek olduğunu²⁵ söylemektedir.²⁶ Rousseau’nun bu görüşleri aydın kesim tarafından uzun bir süre daha benimsenmiştir.²⁷

On sekizinci yüzyıla gelindiğinde ise endüstrinin hızla gelişmesiyle sosyal ve kültürel ortam yeniden şekillenecektir. Bu yeni ortamda edebiyat, felsefe gibi konularla ilgilenen kadın yazarların, sanatçıların, kimyagerlerin artışında ikinci bir sıçrama meydana gelmiştir.²⁸ Halk arasında yayılmaya başlayan özgürlükçü düşünceler, Fransa’da 1789 devrimine zemin hazırlamıştır. Aslında bu koşullar altında Fransız Devrimi’nin kadınların kurtuluşu olması beklenir, ancak öyle olmamıştır. Devrimle birlikte ilan edilen bildirmede herkesin eşit, kardeş ve özgür olduğu ifade edilirken kast edilen kadınlar değil erkeklerdir.²⁹

koçyalı Matilda, Hainault’lu Philippa ve I.Elizabeth’in siyasi etkileri olduğunu görmekte birlikte bu gibi etkili kadınların sayıları genel bir etki uyandırmayacak kadar azdır (Arat, 1986, s. 36-37).

21 Berkday, 1991, s. 61.

22 Akarsu, 1963, s. 14.

23 Sonnet, 2005, s. 108.

24 Arat, 1986, s. 41.

25 Rousseau, 2009, s. 513.

26 Vural Dinçkol, 2003, s. 15.

27 Tanilli’ye (2006) göre Rousseau hakkında hüküm verirken temkinli olunmalıdır. Feminizm öncülerinden biri olan Olympe de Gouges, konvansiyona kadın hakları bildirisini sunarken, Rousseau için manevi babam demiştir. Kadının eşini seçebileceği bir aşk hakkını savunan Rousseau, dönemi içinde okunmalıdır. Çünkü kadının böyle bir özgürlüğü Avrupa’da çok yenidir.

28 Akarsu, 1963, s. 15.

29 Eşitlik, kadın erkek eşitliği bakımından göz ardı edilmiştir. Devrim sürecine destek veren kadınlar, 1789 metninde yer alan “*homme*” kelimesi yerine “*homme-femme*” (erkek-kadın) yazılmasını talep etmişler, fakat talepleri kabul görmemiştir (Heper, 2014, s. 12).

Bunun üzerine devrimci kadınlar tarafından 1791 tarihinde “*Kadın ve Yurttaş Hakları Beyanname*si” yayınlanmıştır. Fakat bu devrimci kadınlardan birisinin³⁰ “kendi cinsine yaraşmayacak şekilde politikayla ilgilendiği ve ölümünün diğer kadınlara ibret olması için” giyotine mahkûm edilmesi, ortaçağdan kalma kadın algısının korunduğunu açıkça göstermektedir. Toplumda kadın algısına ve sosyal adaletin yalnızca erkekler için istenmesinin yanlışlığını gören Mary Wollstonecraft, 1792 yılında *Kadın Haklarının Doğrulanması* adlı bir kitap yayınlamıştır.³¹ Bu kitabın uygulamaya yansıyan somut kazanımları olmasa da, kamuoyunun dikkatini her iki cinsin eşit hak ve özgürlüklerine dikkat çekmek açısından azımsanmayacak yararları olmuştur.

Fransız Devrimi’nde birey, insan, yurttaş gibi evrensel ve tarafsız olduğu iddia edilen bazı kavramlar vurgulanmıştır, ancak bunların cinsiyetten bağımsız düşünülmesi mümkün değildir. Bu kavramların sahip olduğu cinsiyet içeriklerini görmezden gelmek, hiç şüphesiz olayları ve tarihi yanlış yorumlamamıza sebep olmuştur. On sekizinci yüzyılın sonlarında hak ettiği değeri görmeyen ve kimliklerinin farkına varan kadınlarda feminizm düşüncesi gelişmeye başlamıştır. Bu düşünceyle, nötr bir insan kavramının olamayacağı savunularak toplumdaki insanların kadınlar ve erkeklerden oluştuğuna dikkat çekilmiştir.

B. Kadın Haklarına Yeni Bir Yaklaşım Olarak “Feminizm Hareketi” ve Kadınların Siyasal Haklarına Etkisi

Cinsleri itibariyle farklı olan kadın ve erkek, tarihte hiçbir zaman dünyayı eşit şekilde paylaşmamıştır. Aralarındaki cinsi farklılığın, kadının toplumsal, siyasi ve hukuki konumu üzerinde olumsuz bir etkisi olmuştur. Kadının toplumdaki yeriyle ilgili temel problem ise cinsiyet ayrımına bağlı olarak ortaya çıkan kadınların ezilmesi ve ikincilleştirilmesi sorunudur.³² Feminizm, bu soruna çözüm bulmak amacıyla, kadınlarla erkeklere eşit haklar ve fırsatlar tanınarak kadınlara karşı olan ayrımcılığın kaldırılmasını³³ ve bu yapılırken

³⁰ Olympe de Gouges “kadınların giyotine gitme hakları varsa kürsüye çıkma hakları da vardır” dediği için giyotinde can vermiştir.

³¹ Arat, 1991, s. 16; Vural Dinçkol, 2003, s. 15.

³² Geçit, 2013, s. 106.

³³ Arat, 1991, s. 12.

kadın-erkek arasındaki farklılıkların gözetilmesi gerektiğini savunan sosyal, hukuki ve siyasi bir akımdır.³⁴

Feminizmin kökeni Latince “*femina*” yani dişi kelimesinden gelmektedir ve bu kavram ilk defa sosyal filozof Charles Fourier (1772–1837) tarafından ortaya atılmıştır.³⁵ Feminizmi doğuran şey, on yedinci yüzyıl İngiltere’inde feodalizmin yıkılıp kapitalizmin gelişmesiyle toplumdan dışlanmış kadınların talepleri olmuştur. Bu akımın etkisi, Fransız Devrimi ile artmış, yirminci yüzyılın ikinci yarısında pozitivist teorilerin sarsılmasıyla daha da güçlenmiştir. Feminizmin getirdiği cinsiyet algısı, insanın kendini tanımasına ve farkındalık kazanmasına kapı aralamıştır. Neticede insanın kendini ve cinsini tanıması sadece insan olmanın manasını idrakiyle kalmayıp aynı zamanda başkasına benzemeyen yönlerini, farklılıklarını ve sonra da neler yapabileceğini bilmek demektir.

İnsan hakları bağlamında kadınların da kendi haklarını talep etmeleri çok doğaldır. İlginç olan, toplumun diğer üyelerinden bağımsız olarak bu mücadeleyi vermeleridir. Nüfusun neredeyse yarısını oluşturmalarına rağmen haklarını erkeklerle paralel olarak elde edememişlerdir. Feminizm hareketinin sebebini, toplumun temel taşlarını sarsan insan hakları devrimine kadar götürmek gerekir. 1789 Bildirisi kanunen tüm insanları eşit kılmasına rağmen, uygulama ve anlayış böyle olmamıştır. Sanayileşmeyle artan üretim faaliyetleri erkekleri kamusal alana çekmiştir. Ön planda olan erkekler, vatandaşlık hakkına kavuşarak siyasi bir varlık haline gelmişlerdir.³⁶ Eğitim kurumları ile çocuklar da kamusal alana dâhil olduğundan ailenin önemi kamusal alana karşı zayıflamış, kadınlar aile sınırları arasında ve ikincil konumda kalmışlardır. Ailenin dışına çıkıp toplumsal ve siyasal hayata katılmak isteyen özellikle orta sınıf kadınları, feminizmin başlangıç noktasını oluşturmuşlardır.

Ortaya çıkışından bugüne kadar kendi içinde pek çok farklı yaklaşım barındıran feminizm, genel olarak “kadın hakları hareketi” ve “kadının kurtuluşu hareketi” olmak üzere ikiye ayrılmaktadır.³⁷ Birinci gruptaki kadınlar, kadınla erkek arasında hiyerarşi içermeyen bir ilişki kurulmasını ve her türlü toplumsal alanda eşit haklara sahip olunmasını savunmuşlardır. On yedinci yüzyıldan bugüne değin feministlerin yaptığı katkılarla gelişen bu hareket

³⁴ Güriz, 2007, s. 423.

³⁵ Tanilli, 2006, s. 97.

³⁶ Çaha, 2009, s. 561.

³⁷ Çaha, 2009, s. 560.

“bireyci-eşitlikçi feminizm” adıyla da anılmaktadır.³⁸ Temsil edilebilmek için oy hakkı mücadelesi vermişler, eğitim hakkı ve eşitliği sağlayacak sosyal ya da hukuki haklar talep etmişlerdir.³⁹ İkinci gruptaki kadının kurtuluşunu hedef alan feministler ise, yirminci yüzyılın ikinci yarısında etkili olmaya başlamışlardır. Bu feministlerin temel amacı, kadını her alanda özgür kılarak ataerkil toplum baskısından kurtarmaktır.

Pek çok disiplinde olduğu gibi, feminizm ile siyasal haklar arasında da bir etkileşim olmuştur. Kişi hakları ve temel özgürlükleri somutlaştırmanın başlangıcı, on dokuzuncu yüzyıl liberalizminin ana teması olmuştur. İnsanların eşitliği ve bireysel özgürlüklerine verdiği değerle bilinen liberalizme rağmen, liberal siyasal sistemlerin ön koşulu olan oy hakkı ve siyasal eşitlik gibi konuların herkes için yaşama geçirilmesi çok yavaş gerçekleşmiştir.⁴⁰ Bu dönemde yaşamış ve farklı disiplinlerde çalışmış filozofların çoğu kadın hakları konusunda olumsuz düşünmekte, kadınların siyasal statüden yoksunluklarını biyolojik doğalarına bağlı ve yerinde görmektedirler.⁴¹ Genel özgürlük ve eşitlik talebinin kadınları da kapsamına ilişkin öneriler, kadınların seçme ve seçilme hakkını elde etmek için verdikleri savaş, on dokuzuncu yüzyılın ortalarına kadar neredeyse hiçbir siyaset felsefecisi tarafından ele alınmamıştır.⁴²

Feminist düşüncelerin toplumda yayılmasına ve pek çok kadın örgütü faaliyet göstermesine rağmen, yirminci yüzyılın başına kadar kadınlar siyasal hayatta var olmamıştır. Kadınların, asgari vatandaşlık olarak tanımlayabileceğimiz oy hakkını kullanması, ilk defa 1893’te Yeni Zellanda’da mümkün olmuştur. Nihayet yirminci yüzyıla gelindiğinde kadınlar, batı ülkelerinde toplumsal ve siyasal anlamda eşit haklara sahip olmaya başlamışlardır. Kadınlar için genel oy hakkı Finlandiya’da 1906, Norveç’te 1913, Danimarka ve İzlanda’da 1915, İsveç’te 1919 yılında kabul edilmiştir. İngiliz kadınları 1.Dünya Savaşı sonunda siyasi haklarını kazanırken, bu hareket daha sonra

38 Arat., 1991, s. 38-58.

39 Çaha, 2009, s. 560.

40 Arat, 1991; s.17; Berktaş, 2006, s. 23.

41 Arat, 1991, s. 17-19. Bu filozoflara Hegel, Kant, Rousseau, Nietzsche ve Adam Smith gibi düşünürler örnek verilebilir.

42 (Mill, 1986) Bu konuda John Stuart Mill başta olmak üzere birkaç düşünürü ayrı tutmak gerekir. Mill’in kadınların da oy hakkına sahip olması yönündeki önerileri güçlü bir direnişle karşılaşmıştır. Kadınların Boyun Eğmişliği adlı kitabında, erkeklerin hukukta ve siyasal hayatta kadınlar üzerinde kurdukları iktidarı “sivilleşmiş toplumun zorbalığı” olarak nitelendirmektedir.

Amerika Birleşik Devletleri'nde kendini göstermiş ve Amerikan kadınları da 1919 yılında seçme ve seçilme hakkına sahip olmuşlardır. Türkiye'nin kadınların siyasal haklarını 1930 (belediye seçimleri) ve 1934 (milletvekili seçimleri) yıllarında tanıdığı düşünülürse, dünya genelinde ilklerden olduğu görülmektedir. Türkiye'yi izleyen diğer ülkeler ise Fransa (1944), İtalya (1948), Japonya (1950) ve İsviçre (1971) olmuştur. Bu gelişmelerin feminist düşünce akımıyla eş zamanlı gerçekleşmesi, feminizmin kadın haklarının gelişimine ne denli katkıda bulunduğunu gözler önüne sermektedir.

Anlaşıyor ki, kadının siyasete katılımının tarihini yeniden incelemek gereklidir. Sosyal bilimlerde feminist hareketlerden kaynaklanan düşüncelerin etkilediği kadın araştırmaları, siyaset kavramının cinsiyet eğilimli geleneksel ve sığ anlamını sarsmıştır.⁴³ Dünyanın pek çok ülkesinde kadınlara da siyasal haklar tanınmış, hatta olumlu ayrımcılık uygulamaları gündeme gelmiştir. Ancak bu sürecin hızı ve gelişimi, ülkelerin toplumsal ve siyasi altyapılarının farklılığından dolayı ülkelere göre değişmektedir.

Konusu bakımından sınırlanan elinizdeki çalışma Türkiye merkezlidir. Yer yer dünyadaki gelişmelerden örnekler verilse de, bundan sonraki bölümlerde Türk kadınının siyasal haklarını kazanma süreci ve siyasi etkinliği araştırılmıştır.

II. TÜRK KADINLARININ SİYASİ HAKLARINI KAZANMA SÜRECİ

Dünyadaki uygulamalara bakıldığında, kadınların siyasal haklarını elde etmesinin yirminci yüzyılın başından itibaren mümkün olduğu görülmektedir. Dünyaya paralel olarak ilerleyen ve cumhuriyetin ilanı ile ivme kazanan Türk kadınlarının siyasal haklarını elde etmesi ise, 1934 yılında seçme ve seçilme hakkının kadınlara verilmesi ile mümkün olmuştur. Bununla birlikte, Osmanlı'da özellikle Tanzimat'ın ilanından sonraki süreçte verilen mücadele göz ardı edilmemelidir.

Osmanlı'nın son dönemlerinde önemli bir feminizm algısı bulunmamasına rağmen, kadın hareketlerinde küçük çaplı kıpırdanmalar meydana gelmiştir. Kadın haklarıyla ilgili çeşitli dergiler, mecmualar ve gazeteler yayınlanmış, konferanslar düzenlenmiş, dernekler kurulmuştur. Tüm bunların kadın konusunda bir tartışma ortamı yarattığı ve kadının siyasal haklarını kazanmasında olumlu bir altyapı oluşturduğu açıktır.

⁴³ Bonder, 1986, s. 5.

Türk kadınlarının siyasi haklarını kazanma sürecini incelerken kopukluğa neden olmamak ve dönemi bütün olarak incelemek için, ilk kısımda Osmanlı'nın son dönemlerinde kadınların siyasi haklarıyla ilgili göze çarpan ve etkili olan gelişmelere yer verilecek, sonraki kısımda günümüz Türkiye'sinde kadınların siyasi haklarının temelini oluşturan cumhuriyet dönemi düzenlemeleri ele alınacaktır.

A. Osmanlı'nın Son Döneminde Kadınların Siyasi Hakları

İslamiyet'in kabulünden sonra geniş bir coğrafyada hüküm süren Osmanlı Devleti'nin son dönemlerine kadar kadınların siyasi haklarından bahsedilememektedir. Modernleşmenin ve batılılaşmanın dönüm noktası kabul edilen Tanzimat dönemiyle birlikte toplumsal ve siyasal alanda özgürleşme hareketleri de başlamıştır.⁴⁴ 1876'da meşrutiyetin ilanı ile ilk kez meclis oluşturulmuş ve mebusan meclisinin seçimi Kanuni Esasi'ye göre belirlenmiştir.⁴⁵ Türklerin bu ilk anayasasında her 50.000 erkek için bir mebus seçileceğini öngören hükme göre oy hakkı sadece erkeklere tanınmış, buna da servet ve vergi esasları getirilmişti.⁴⁶

Kadın konusu Osmanlı aydın kesimi arasında Tanzimat döneminde tartışılmaya başlamasına rağmen, kadınların kendi haklarını bizzat talep eder hale gelmeleri II. Meşrutiyet döneminde mümkün olmuştur.⁴⁷ Türk kadınları, II. Meşrutiyetle birlikte siyasete ilgi duymaya başlamakla birlikte bu ilgileri siyasal haklarını talep etmeyi değil, kadını toplumsal ve ekonomik yaşama katmayı amaçlamıştır.⁴⁸ Bu yolda örgütler oluşturarak faaliyete geçmişlerdir. Meşrutiyet'in ilanından sonra, İttihat ve Terakki Partisi kadını siyasete dâhil etmek için "İttihat ve Terakki Kadınlar Şubesi"ni kurmuş ve partiye kadın üye kabul etmiştir.⁴⁹ Bu politikanın da etkisiyle faaliyetleri artan kadın dernekleri, toplumda gittikçe yayılan bir kadın hareketi başlatmışlardır.⁵⁰ İlk olarak hayır dernekleri çatısı altında toplanan kadınlar yardım amaçlı paralar toplamışlar ve bu paraları daha çok kadınların eğitiminde ve kadın haklarını savunma yolunda kullanmışlardır.⁵¹ Bu dönemde kadınların kurduğu en önemli dernek

⁴⁴ Öktem, 1987, s. 528.

⁴⁵ 65. Maddesi.

⁴⁶ Armağan, 1976, s. 149 vd.

⁴⁷ Özer, 2009, s. 234.

⁴⁸ Yüceer, 2008, s. 131.

⁴⁹ Yüceer, 2008, s. 134.

⁵⁰ Konan, 2011, s. 164.

⁵¹ Özer, 2009, s. 234.

Osmanlı Müdafaa-i Hukuk-i Nisvan Cemiyeti'dir.⁵² Ulviye Mevlan tarafından 28 Mayıs 1913 senesinde kurulan bu dernek, "Kadınlar Dünyası" adıyla yayınladığı dergide kadın sorunlarına değinerek Osmanlı kadınının toplumsal hayatta etkin rol oynaması için çaba göstermiştir. Ancak belirtilmelidir ki, bu yıllarda kurulan kadın örgütleri genellikle yardım derneği görünümünde olmakla birlikte bu alanın dışında faaliyet gösteren kadın örgütleri de kayda geçmiştir. Örneğin, 1912'de Halide Edip'in kurduğu ve kadınları sosyal hayata alıştırmaya çalışan "Tealii Nisvan Kulübü", ilk defa kadın ve erkeğin bir arada yer aldığı konferanslar düzenlemiştir.⁵³

II. Meşrutiyet gerçekten de özgürlükçü bir ortam oluşturmuştur⁵⁴ ve bu ortamda, içinde kadın yazarların da yazılarının bulunduğu pek çok kadın dergisi yayınlanmaya başlamıştır.⁵⁵ Daha ziyade eğitilmiş kadınlar tarafından takip edilen bu dergilerdeki konular ise giyim, eğitim, çocuk yetiştirme, Avrupalı ailelerin yaşam tarzları, beden jimnastiği ve modayla ilgilidir.⁵⁶ Meşrutiyet döneminin kadın hareketleri denilince akla gelen en önemli ismi Cevdet Paşa'nın kızı Fatma Aliye Hanım'dır.⁵⁷ Bu hanımefendi, haklarından yoksun müslüman kadınları uyarmak için pek çok yazı kaleme almıştır.⁵⁸ İlk Türk kadın romancıları olan Fatma Aliye Hanım, romanlarında çalışan ve hayatlarını kendileri kazanan bağımsız kadın karakterleri işlemiştir.⁵⁹ Görüşlerini 1891 yılında yayınlanan Nisvan-ı İslam isimli kitabında ortaya koymuş, en uzun ömürlü kadın gazetesi olan "Hanımlara Mahsus Gazete"ye önemli katkılarda bulunmuştur.⁶⁰

1869'da çıkan ilk kadın gazetesinden (Terakki Gazetesi) başlayarak cumhuriyetin ilanına kadar, kadın hakları ve kadının toplumdaki yerini tartışan pek çok süreli yayın çıkmıştır.⁶¹ Bu demektir ki, Osmanlı kadını basındaki

⁵² Kurnaz, 1992, s. 111-120; Çakır, 1997, s. 6-7.

⁵³ Baykan & Basket, 1999, s. 135.

⁵⁴ Öymen, 2011, s. 317.

⁵⁵ Özer, 2009, s. 234.

⁵⁶ Yosmaoğlu, 1996, s. 13.

⁵⁷ Özer, 2009, s. 49.

⁵⁸ Toska, 1994: s. 204.

⁵⁹ Tekeli, 1982: s. 197.

⁶⁰ Kandiyoti, 1991, s. 26-27.

⁶¹ Taşkıran, 1973, s. 50. Bu dönemde çıkan gazetelere, "Muhadderat, Vakit, Şuküfezar, İnsaniyet, Aile, Hanımlara Mahsus Gazete, Mahasin, Kadınlar Dünyası" örnek verilebilir (Tekeli, 1982, s. 197 ve 201).

çeşitlilik ve özgürlük sayesinde bilinçlenmiş, Tanzimat'tan sonraki dönemde gösterdiği çalışmaların meyvesini toplamıştır.

II. Meşrutiyet'in ilanından sonra İttihat ve Terakki Partisi'nin kadını parti politikası içine almasıyla, artık kadınlar da siyasi süreçlerin bir unsuru olmaya başlamıştır.⁶² Kadının siyasete olan ilgisinin artmasının nedeninin, Balkan Savaşları ve ardından ülkenin büyük bir bölümünün işgal edilmesi olduğunu tahmin etmek zor değildir. 1912 Balkan Savaşı'nın ve ardından gelen I. Dünya Savaşı'nın kadınları sosyal yaşama girmeye zorlayan etkileri vardır. Kadınların pek çoğu çalışma hayatına dâhil olmuş, burjuva kadınları ise sosyal hizmet anlayışıyla pek çok dernek kurmuştur.⁶³ Ancak kadın hareketlerinin kültürel etkisinin artması, birkaç sene içinde hukuki olarak meyve vermeye başlamıştır. 1917 tarihinde kabul edilen Hukuk-ı Aile Kararnamesi'nin bu kültürel birikimin bir neticesi olduğu söylenebilir.⁶⁴ Bu kararname ile İslam dünyasının ilk yazılı aile hukuku oluşturulmuş, Osmanlı'daki aile düzenine ilk defa doğrudan müdahale edilmiştir.⁶⁵ Evlenmenin din adamının yetkisinden çıkarılarak devlete bağlanması, kadınlara boşanma hakkı tanınması ve çok karınlılığın karının rızasına bırakılması gibi müdahaleci hükümler içeren bu kararname uygulamada başarısız olmuştur.

Kurtuluş Savaşı yıllarında verilen mücadele her sınıftan kadını etkilemiştir. Ülkemizin yaşadığı sorunlara çözüm bulmak isteyen kadınlar tarafından Darülfünun'da konferanslar verilmiş⁶⁶, hatta İstanbul ve Anadolu'da mitingler yapılmıştır. Başta Halide Edip Hanım olmak üzere pek çok kadın hitabet kürsüsünden halka seslenmiştir.⁶⁷ Tüm bunların sonucunda her alanda kadın-erkek eşitliğinin sağlanması için ciddi bir çaba sarf edilmiştir.⁶⁸ Osmanlı'nın son dönemlerinde kadınlar seçme ve seçilme hakkından açıkça bahsetmeye başlamışlar, ama aktif olarak henüz siyaset yapma imkânı bulamamışlardır.⁶⁹ Bu dönemde kadının toplumsallaşması ve siyasallaşmasının önündeki en büyük engeller, gelenekten kopamayan muhafazakâr düşünceler, dini algı ve

⁶² Konan, 2011, s. 164.

⁶³ Tekeli, 1982, s. 198-199. 1919'da kadınların bilfiil üyesi olduğu dernek sayısı on dokuzdur.

⁶⁴ Aydın, 2013, s. 432.

⁶⁵ Kandiyoti, 1991, s. 11.

⁶⁶ Tunaya, 1988, s. 481.

⁶⁷ Taşkiran, 1973, s. 69.

⁶⁸ Örneğin Cevdet Paşa'nın kızı Emine Seniye, parti çalışmalarında faal olarak görev almıştır.

⁶⁹ Konan, 2011, s. 164.

toplumun ataerkil yapısıdır.⁷⁰ Buna, erkek egemen yönetim felsefesi de eklendiğinde Türkiye'deki kadınların siyasi haklarını elde etmeleri Osmanlı döneminde değil, çağdaşlaşmanın temellerinin atıldığı Cumhuriyet Dönemi'nde mümkün olabilmektedir.

B. Türkiye Cumhuriyeti Döneminde Kadınların Siyasi Hakları

Cumhuriyet döneminin ilk yıllarında Türk kadın hareketi henüz kökleşmemiş ve toplumun geneline yerleşmemiş olmasına rağmen, ülke sorunlarını sahiplenmeleri ve aktif olarak Kurtuluş Savaşı'na katılmalarıyla kadınların siyasete olan ilgileri artmıştır. Bu sosyal gerçeğin sonucunda, hem yeni kurulan mecliste hem de kadınlar arasında siyasal hakların verilmesi konusu sıklıkla tartışılmaya başlanmıştır. 1920'li yıllarda kadın hareketi, siyasal hak arayışı çerçevesinde öncelikle seçilme hakkı üzerinde durmaktaydı.⁷¹ Nezihe Muhittin'in "*Birçok konularda işbaşına geçen hanımlar ancak aydın bir kadın çoğunluğunun seçtikleri olmalıdır.*"⁷² sözünden de anlaşılacağı gibi, kadınların siyasi hakları yalnızca eğitilmiş olanlar için talep edilmiştir.

Türk kadınına siyasî haklar tanınması konusundaki tartışmaların TBMM'de ilk defa ele alınması, 1 Nisan 1923'te yapılacak olan seçimde uygulanacak seçim yasasının bazı maddelerinin değiştirilmesiyle ilgili kanun tasarısı görüşülürken mümkün olmuştur.⁷³ Kanun tasarısına göre, her yirmi bin erkek nüfusa bir milletvekili seçilecektir.⁷⁴ İşte bu nüfusa kadınlar da dâhil edilsin mi, edilmesin mi tartışması yapılmıştır⁷⁵ ancak sonuç olumsuzdur.

İlerleyen yıllarda, Kurtuluş Savaşı'nda erkeğin yanında cephede yer alarak toplumsal hayatta var olduğunu fiilen ispatlayan Türk kadınlarına sosyal ve siyasi hayatta hak ettiği yeri sağlayabilmek için birçok reform gerçekleştirilmiştir. Bu süreçte Türk kadını da siyasal haklarını elde etmek amacıyla 16 Haziran 1923 yılında Kadınlar Halk Fırkasını kurmuştur.⁷⁶ Partinin amacı ka-

⁷⁰ Yüceer, 2008, s. 131.

⁷¹ Yüceer, 2008, s. 136.

⁷² Baykan & Basket, 1999, s. 131.

⁷³ Yüceer, 2008, s. 137.

⁷⁴ Kanun tasarısının görüşülmesi esnasında Hüseyin Avni Bey (Ulaş), söz aldı ve kadınların henüz oy kullanacak olgunluğa erişmediğini ancak gelişip oy hakkını alma seviyesine yükselene kadar, aile reisine oy vermiş gibi algılanarak 20 bin erkek nüfusun bir milletvekili seçmesinin esas alındığını söyleyerek teklife destek verdi (Yüceer, 2008, s.178).

⁷⁵ İnan, 1968, s. 97.

⁷⁶ Kandiyoti, 1991, s. 41.

dının sosyal, ekonomik ve siyasi haklarının sağlanmasıdır.⁷⁷ Ancak Bakanlık, henüz siyasal haklara sahip olmayan kadınların parti kuramayacağını gerekçe göstererek, partinin kurulmasına izin vermemiştir. Bunun üzerine 7 Şubat 1924'te parti tüzüğü üzerinde değişiklikler yapılmış, niteliği derneğe dönüştürülmüş ve ismi de “Türk Kadın Birliği” olarak yeniden düzenlenmiştir. İzin almak için valiliğe başvuran kadın birliğine bu defa olumlu yanıt gelmiştir.⁷⁸ Türk Kadın Birliği'nin kadınların siyasi haklarını araması bakımından önemli adımları olmuştur. Bunlardan bir tanesi, 1927'de yapılan kongrede derneğin tüzüğüne eğitim gibi bir ön koşul olmaksızın kadının siyasal hakları için çalışacağını bildiren maddenin eklenmesidir.⁷⁹ Böylece kadının ilk kez önkoşulsuz bir şekilde sahip olması gereken siyasal haklarından bahsedilmiştir.

1924 Anayasası yapımı için yürütülen hazırlık çalışmalarında kadına seçme ve seçilme hakkı verilip verilmeyeceği tartışılmıştır.⁸⁰ Urfa Milletvekili Yahya Kemal, 30 yaşını bitiren kadın ve erkek her Türk vatandaşının milletvekili seçilmek salahiyetine sahip olacağını belirten bir önergeyi meclise sunmuştur. Demokrasinin gerçekleşmesinde önemli bir adım olacak bu önerge reddedilmiş ve bu ret ne hazindir ki bir kısım milletvekili tarafından alkışlarla karşılanmıştır.⁸¹ Türk kadınına seçme ve seçilme hakkını tanıyan ve genel kabul görmeyen tasarı Meclis Genel Kurulu tarafından metinden çıkarılmıştır.

Yine de, toplumun düşünsel yapısı dikkate alındığında kadının siyasal haklarından mecliste açıkça söz edilmesi, görüşlerin susturulmadığına işaret etmektedir.⁸² 1924 Anayasasında siyasî haklar açısından kadınla erkek yine eşit değildir. Milletvekili seçme hakkı 18 yaşını dolduran ve milletvekili seçilmek hakkı 30 yaşını bitiren erkeklere tanınmıştır.

⁷⁷ Nezihe Muhittin'in başkanlığını yaptığı bu partinin dışında 1924 yılında “Türk Kadınlar Birliği” adı altında, kadınları sosyal ve siyasal haklara sahip bir konuma getirmek amacıyla bir dernek kurulmuştur. Türk Kadınlar Birliği daha sonra 1935 yılında kadınlara seçme ve seçilme hakkının verilmesi ile derneğin amacına ulaştığını söyleyip kendi kendini feshetmiştir.

⁷⁸ Baykan & Basket, 1999, s. 148-149.

⁷⁹ Zihnioglu, 2003, s. 244. Tüzüğün 2.maddesinde “Türk kadın birliği, Türk kadını sosyal ve siyasal haklar karşısında her türlü yükümlülük ve vatan ilgisini ispatlayacak bir düzeye erişirmeye çalışacaktır.” Denilerek siyasal haklara vurgu yapılmıştır. Bu konuyla ilgili mecliste geçen tartışmalar için bkz. (Taşkiran, 1973, s. 96-100)

⁸⁰ Öymen, 2011, s. 361

⁸¹ Konan, 2011, s. 166.

⁸² 1924 Anayasası çalışmalarında kadınlara seçme ve seçilme hakkı tanınmasıyla ilgili tartışmalar için bkz. (Taşkiran, 1973, s. 100-103)

Yeni anayasa kabul edildikten sonraki süreçte kadının toplumsal konumunu olumlu etkileyen hızlı bir modernleşme hareketi başlamıştır. 1924 yılında Tevhid-i Tedrisat kanunu ile tek, laik ve modern bir eğitim sistemi kurularak her iki cinsin eşit öğrenim olanaklarından yararlanması sağlanmıştır. 4 Ekim 1926'da yürürlüğe giren Türk Medeni Kanunu ile çok karılı evlenmeye son verilmiş ve kadın boşanma hakkı gibi yeni medeni haklara sahip olmuştur.⁸³ Bu gelişmelere göre, cumhuriyetin ilk yıllarında bir "devlet feminizmi"nden⁸⁴ bahsedebilecek düzeyde kadına değer veren hukuki düzenlemeler yapıldığı açıktır.⁸⁵

1930'lu yıllara doğru, kadınların siyasi anlamda bir birey olarak kabul edilmeleri için mecliste ciddi tartışmalar yapılmıştır.⁸⁶ Nihayet, 1930 yılında kadınlara belediye seçimlerine katılma hakkı tanınmıştır. Ardından, 26 Ekim 1933'te köylerde muhtar ve ihtiyar kurulunu seçme ve buralara seçilme hakkı verilmiştir. 1934 yılında ise, aydın bir kadın topluluğu Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne kadar süren bir gösteri yürüyüşü yaparak bütün siyasî hakların kendilerine tanınmasını istemişlerdir. Bu esnada çalışma odasında bulunan Atatürk kadınların mecliste görev istemelerinde haklı olduklarını belirterek, bir an önce kanun tasarısı için çalışmalara başlanması talimatını verecektir.⁸⁷ 5 Aralık 1934'te 1924 Anayasasınının 10 ve 11. maddelerinde yapılan değişikliklerle genel seçimlerde de seçme ve seçilme hakkı verilmiştir. Buna göre otuz yaşını bitiren her Türk milletvekili seçilebilecek ve yirmi iki yaşını bitiren her Türk milletvekili seçilebilecektir.⁸⁸ Kanunun görüşüldüğü oturumda Başbakan İsmet İnönü'nün yaptığı konuşmada şu sözleri dikkat çekicidir: "Türk kadınının, hakkı olduğu yerden ayrılıp bir süs gibi, memleket işine karışmaz bir varlık gibi bir köşeye konması, Türk ananesinin ve Türk anlayışının zıddı olan bir usuldür. Türk İnkılabı denildiği vakit, bunun kadının kurtuluş inkılabı olduğu beraber söylenecektir."⁸⁹ Bu noktada Türk kadınlarının siyasal haklarını kazanması süreciyle ilgili belirtilmesi gereken husus şudur: Siyasal kazanımlar, toplumun geneline yayılmış bir

⁸³ Kandiyoti, 1991, s. 22.

⁸⁴ Gürkan, 1997, s. 13.

⁸⁵ Üskül Engin, 2008 s. 61.

⁸⁶ Kadınlara belediye ve parlamento seçimlerinde seçme ve seçilme hakkı tanınmadan önce TBMM'de yapılan tartışmalar için bkz. (Taşkiran, 1973, s. 125-143)

⁸⁷ Konan, 2011, s. 167-168.

⁸⁸ Armağan, 2007, s. 43-44; Taşkiran, 1973, s. 135-136.

⁸⁹ Taşkiran, 1973, s. 137-138.

mücadelenin sonucunda değil, devletin aldığı siyasi bir karar sonucu verilmiştir. O dönemdeki kadın hareketine halkın çoğunluğunu oluşturan köylü ve yerli halk değil, azınlıkta kalan eğitilmiş kadınlar öncülük etmektedir. Ne erkeklerde ne de kadınlarda kadın hakları bilinci tam olarak oluştuğundan bu değerli kazanımlar, uzun bir müddet durağanlığa mahkûm kalacaktır.⁹⁰

Türk kadınları seçme ve seçilme hakkına sahip olduktan sonra, ilk defa 1935 yılında seçmen olarak oy kullanmış ve seçimlerde on sekiz kadın meclise milletvekili seçilmiştir. Bu sayı, TBMM'nin % 4,5 oranına denk gelmektedir.⁹¹ Hem Anayasası, hem yeni hazırlanan Medeni Kanunu ve hem de seçim yasaları sayesinde Türk kadını sosyal ve siyasi haklara dünyadaki birçok ülkeden önce sahip olmuştur. İsviçre ve Fransa gibi Avrupa ülkelerinde dahi kadınlar Türk kadınından daha sonra seçme ve seçilme hakkını elde etmişlerdir. Örneğin, Fransa'da 1944, Yunanistan'da 1952, İsviçre'de 1974 yılında seçme ve seçilme hakkına kavuşmuşlardır. Türk kadınına seçme ve seçilme hakkının tanındığı 1934 senesinde, dünya genelinde bu hakkın kabul edildiği ülke sayısı yirmi sekiz,⁹² fiilen milletvekili seçildiği ülke sayısı ise on yedidir.⁹³

Bilindiği gibi bir hakkın kanunen tanınması kadar, bunun fiilen uygulanabilir olması da gereklidir. Kadınların seçme ve seçilme hakkını elde ettikten sonra siyasette ne kadar etkin olabildikleri önemli bir tartışma konusudur. Bu nedenle, çalışmanın bir sonraki ve son bölümünde kadınların siyasi etkinliği ile ilgili genel analize yer verilmiştir.

III. TÜRKİYE'DE KADINLARIN SİYASİ ETKİNLİĞİ

Türkiye'de siyasal kararların alınmasında cinsler arası eşitliğin geçerli bir ilke olduğunu söylemek çok zordur. Siyasal partilerin yönetim organlarında ya da seçimle oluşan ulusal ve yerel meclislerde yer alan kadınların oranı, açık bir temsil problemine işaret etmektedir. Oysa farklı kurumlar içinde alınan kararlara kadınların katılım düzeyi çok daha yüksektir. Örneğin, kamu kurumlarında, bürokraside, yargı organlarında, üniversitede ve farklı profesyonel mesleklerde çalışanların en az yüzde yirmi beşi kadınlardan oluşmaktadır.⁹⁴

⁹⁰ Terzioğlu, 2010, s.132

⁹¹ İnan, 1968, s. 151.

⁹² Konan, 2011, s. 169.

⁹³ Türk Kadını Yarışa Önce Başladı Geride Kaldı, 2008.

⁹⁴ Konan, 2011, s. 169.

Bu verilere göre, kamu görevlerinin yerine getirilmesine artan oranda katılan kadınlar, siyasi kararlara katılmada orantısız biçimde geri kalmaktadır.

Türk kadınlarının siyasal haklarını kullanmaları ve politik yaşama katılmaları, seçimlere katılma, partiye üye olma, aday gösterilme ve milletvekili seçilme gibi değişik yönlerden ele alınabilir.⁹⁵ Çalışmanın sınırlandırılması amacıyla her biri hakkında derin analizler yerine, Türk kadınlarının siyasi etkinliği sorunu parlamentodaki kadın milletvekili sayısı temel alınarak incelenmiştir. Bunun nedeni, parlamentodaki temsil oranlarının parti disiplininin bir sonucu ve nüfusun ortalama olarak yarısını oluşturan kadınların siyasal temsilinin demokrasinin en önemli göstergesi olmasıdır.

A. Türkiye’de Kadınların Siyasal Etkinliği

Ülkemizdeki kadınlara, 1930 ve 1934 yıllarında siyasal hakların verilmesiyle başlayan süreçte, tek parti dönemi parlamentodaki kadınların oransal olarak en fazla olduğu dönemdir. Cumhuriyetin ilk yıllarında Türkiye’nin modern ve bağımsız bir devlet olmak için resmi olmayan şekilde uyguladığı kota sistemi sayesinde, meclisteki 395 milletvekilinden 18’i (oransal olarak % 4,6) kadındır. Buna karşın Kandiyoti’ye (1994, s. 43) göre, tek parti yönetiminin otoriter yapısının yaratmaya çalıştığı “yeni kadın” profili, kendiliğinden oluşması muhtemel bağımsız kadın hareketlerini durdurmuştur. Kadın hareketleri 12 Eylül darbesinin getirdiği depolitizasyon ortamında ivme kazanmıştır.⁹⁶ Ancak gelişmeler toplumun bütününe kapsamamış, daha ziyade gelir ve eğitim durumu yükselen kentli kadınlar tarafından yönlendirilmiş ve siyasal taleplerden uzak kalmaya devam etmiştir. Kadın haklarının kazandığı uluslararası boyuttan etkisiyle, ancak 1980’li yılların ikinci yarısında siyasal içerik kazanmaya başlamış ve güçlenerek günümüze ulaşmıştır.⁹⁷ Böylece, 1990’ların başından bugüne kadar kadın-erkek eşitliğini sağlamada önemli adımlar atılabilmiştir.

Türkiye’de kadınların parlamento ve siyasal partilerde siyasal kararlara katılım oranı, Batı’daki ülkelerin aksine⁹⁸, oldukça yavaş bir şekilde artış göstermiştir. Kadınların TBMM’ye milletvekili olarak ilk kez seçildiği 1935’ten

⁹⁵ Tekeli, 1982, s. 235-296.

⁹⁶ Tansi, 2004, s. 115.

⁹⁷ Tansi, 2004, s. 115.

⁹⁸ Batı ülkelerinin pek çoğunda (Fransa, Belçika, İtalya, İspanya vb.) siyasal hakların tanınması yirminci yüzyılın ikinci yarısına rastlamaktadır. Buna rağmen kadınların parlamentoda temsil edilme oranı, Türkiye’ye göre oldukça hızlı bir şekilde artmıştır.

bu yana 9684 milletvekilinin sadece 313'ü kadın olmuştur. Yani Cumhuriyet tarihi boyunca meclisin sadece % 2,6'sı kadındır. Türkiye'de kadınların ilk kez katıldığı 1935 yılı genel seçimlerinden 2011 yılı genel seçimlerine kadar kadınların meclisteki temsil oranı % 0,7 ile % 9,1 arasında değişmiştir. Bu oran ilk defa 2011 yılında % 10'un üzerine çıkarak en yüksek temsil düzeyine ulaşılmıştır. Aşağıdaki tablo, Türk kadınlarının parlamentoda temsil edilme oranını ve kadın milletvekili sayısını, seçim yıllarına göre göstermektedir.

Yıllar	Kadın Milletvekili Sayısı	Tüm Milletvekillerine Oranı
1935	18	% 4.5
1939	15	% 3.7
1943	16	% 3.5
1946	9	% 2
1950	3	% 0.6
1954	4	% 0.7
1957	8	% 1.3
1961	4	% 0.7
1965	8	% 1.8
1969	5	% 1.1
1973	6	% 1.3.
1977	4	% 0.9
1983	12	% 3
1987	6	% 1.3
1991	8	% 1.8
1995	13	% 2.4
1999	22	% 4
2002	24	% 4.4
2007	50	% 9.1
2011	78	% 14.1
Toplam	313	%3,2

Tablo 1⁹⁹

Tabloda görüleceği üzere, bu zamana kadar parlamentoya girmiş milletvekillerinden sadece % 3,2'si kadındır. 2008 yılında Avrupa ülkelerinde bu oranın % 40'larda olduğu ve Türkiye'nin oransal olarak 137 ülke sıralama-

⁹⁹ Taşkiran, 1973, s. 143; Gökçimen, 2008, s. 40; Milliyet Gazetesi, 13.6.2011.

sında 107. sırada yer aldığı da göz önünde bulundurulursa, kadınların Türk parlamentosunda ne kadar az temsil edildiği anlaşılacaktır.¹⁰⁰ Cumhuriyet tarihinde ilk kez kadın bir bakanın atanması 1971 tarihine rastlamaktadır. Parlamento içinden gelen bir kadın milletvekili ancak 1987 seçimlerinden sonra hükümette bakan olarak yer alabilmiştir. İlk kadın başbakan olan Tansu Çiller 1993 yılında seçilmiş, İlk kadın vali Lale Aytaman ise 1991 yılında Muğla'ya atanmış, o günden bugüne bir bu yıl olmak üzere sadece iki kadın daha vali olarak atanmıştır.¹⁰¹ Böylece 2015 yılında iki kadın valinin aynı anda görev yapabilmesi mümkün olmuştur.

Yukarıdaki tablodan ve verilerden ulaşılan sonuca göre, siyasette görülen kadınla erkeğin eşitsiz temsili, bu alanda erkekler için aranmayan şartların kadınlar için aranmasıyla açıklanabilir.¹⁰² Siyasi partilerin ilgi gösterdiği ve parlamentoya giren kadınlar daha ziyade yükseköğrenim sahibi olanlardır. Bu da kadının politika ile uğraşmasının ön koşulunun yükseköğrenim olduğunu göstermektedir.¹⁰³ Kadınların siyasal parti karar süreçlerine eşit katılmaları ve TBMM'de temsil edilebilmeleri için aday olma ve aday gösterilme süreçlerinde cinsiyet eşitliğinin önem verilen bir değer olması gerekir. Siyasal parti kongrelerinde veya yerel ve genel seçimlerde aday aday olma açısından kadınların ciddi düzeyde bir ayrımcılığa uğradıklarını bu verilerden açıkça görmek mümkündür. Türkiye'de kadın-erkek eşitliği gerçekleştirecek kamu politikası oluşturma ve uygulama görevi "devletin temel yapısı" içinde bir kurum olarak Kadının Sorunları ve Statüsü Genel Müdürlüğü'ne (KSGM) verilmiştir.¹⁰⁴ Ancak aşağıda ele alınacağı üzere bu müdürlüğün uygulamaları pek verimli olmamıştır.

B. Kadınların Siyasal Yaşamda Yer Almasının Önündeki Engeller

Türk kadınlarının siyasal hayatta eşitsiz temsiline ilişkin toplumsal ya da siyasi pek çok neden sıralanabilir.¹⁰⁵ Bunlardan biri, tüm dünyada olduğu

¹⁰⁰ Yüceer, 2008, s. 40.

¹⁰¹ Bu kadın valiler, ilk önce Yalova'ya (2011-2014) atanan ve Kırklareli (2014-...) valisi olarak görev yapan Esengül Civelek ile Sinop valisi (2015-...) olarak görev yapan Yasemin Özata Çetinkaya'dır.

¹⁰² Vural Dinçkol, 2003, s. 151.

¹⁰³ Vural Dinçkol, 2003, s. 151.

¹⁰⁴ Abadan Unat, 1991, s. 66.

¹⁰⁵ CEDAW Komitesi, 23 No'lu Genel Tavsiye'de kadınların kamusal yaşama katılmasını engelleyen etkenleri saptarken, kültürel değerler ve dini inançlar; erkeklerin, ev işleri ve çocukların

gibi¹⁰⁶, “*geleneksel cinsiyet rollerinin*” kadınları aile içine yönlendirmesidir.¹⁰⁷ Kadının cinsiyetçi iş bölümünün bir sonucu olarak aile içerisinde aldığı rol, siyasi faaliyetlere zaman ayırmasını engellemektedir.¹⁰⁸ Bu zihniyetin toplumun her yerinde hatta her kurumda yaygın olması, kadınların siyasetin dışında olduğu düşüncesini pekiştirmektedir. Üstelik söz konusu cinsiyetçi iş bölümü kadınlar toplumsal faaliyetlerde bulduklarında da kendilerini göstermekte, siyaset dışı hayır işlerini tercih etmektedirler.

Bir başka neden ise, “*siyasal sistem ve partilerin kadınların katılımını güçleştiren yapılarıdır.*” Asıl olarak orta yaşlı ve yaşlı erkeklerden oluşan siyasal partiler, yalnızca kadınlar için değil, yoksullar, taşralılar, azınlıklar için de katılması güç örgütlerdir. Her düzeydeki cinsiyet ayrımcılığı, siyasal kültürün ayrılmaz bir parçası olmuştur. Mekân düzenlemelerinden toplantı saat ve yerlerine kadar kadınları yok sayan, siyaseti bir “erkekler kulübü” olarak tasarlayan, otoriter bir zihniyet hâkimdir. Türk siyasetinde “*lider anlayışına dayanan parti disiplininin hâkim olması*” kadınların politik alanlarını daraltmaktadır. Liderin tercihlerine dayanan bu prensip demokrasinin önünde zaten bir engel teşkil etmekte hem de erkek egemen kültürün devamına zemin hazırlayarak kadınların siyasi etkinliğini azaltmaktadır.

Siyasal temsil eşitsizliğine dördüncü neden olarak, kadınları siyasal yaşama katmak amacıyla kurulan “*kadın kollarının asıl amacını yerine getirmemesi*” gösterilebilir.¹⁰⁹ Bu kurumlar, kadınların parti içindeki siyasal alandan uzak kalmasını sağlayarak kadınları adeta siyasetten tecrit etmekte ve faaliyetlerini kermes, gün düzenleme gibi etkinliklerle sınırlamaktadır.¹¹⁰ Bu bağlamda kadın kolları, kadınları siyasal yaşama dâhil olmak yerine depolitize eden oyalama araçlarına dönüşmektedir.

Son olarak, aşağıda ele alacağımız “*pozitif ayrımcılık uygulamalarının bir devlet politikası haline getirilmemesi*”, kadınların siyasi alanda eksik tem-

bakımı ve yetiştirilmesinde yetersiz görülmesi ve ev içi görevleri paylaşımına açık olmayışına değinmektedir.

¹⁰⁶ Currell, 1974, s. 85.

¹⁰⁷ Sancar vd., 2006, s. 74.

¹⁰⁸ Koray, 1991, s. 20.

¹⁰⁹ Üşür, 2003, s. 37.

¹¹⁰ Tansi, 2004, s. 115.

siline yol açmaktadır.¹¹¹ Ülkemizin bu yönde faaliyetlerini yerine getirmek üzere kadın sorununu ulusal mekanizma içinde ele almakla görevlendirilmiş ilk devlet birimi Kadının Statüsü ve Sorunları Genel Müdürlüğü'dür ve 1990 tarihli kararname ile kurulmuştur.¹¹² KSGM, kurulduğu 1990 yılından bu yana kadınların siyasal kararlara eşit katılımı ve eşit temsili için bir politika oluşturmaya çalışmaktadır.¹¹³ Bu politikanın 1996 Ulusal Eylem Planı'nda yer alan hedeflerinden bazıları şöyledir¹¹⁴:

- Parlamentoda, siyasal partilerde ve yerel yönetimlerde kadınların kararlara eşit katılımını sağlayacak uygulamaların, kota dâhil, hayata geçirilmesi,
- Kadın-erkek eşitliğinin bir kamu politikası olarak bütün kamu kurumlarının politikalarında yer almasının sağlanması,
- Kamu kurumları üst karar mercilerinde kadınların eşit yer almasını sağlayacak önlemlerin geliştirilmesi,
- TBMM'de kadın-erkek eşitliği açısından yasama faaliyetlerini şekillendirecek bir daimi komisyonun kurulması.

Bu politika bugüne kadar pek çok resmi belgede yer almasına ve kadın örgütleri tarafından desteklenerek gündemde tutulmasına rağmen neredeyse hiç uygulama alanı bulamamıştır.¹¹⁵

Siyasal alanda kadınların temsili sorunu, aslında demokrasinin ve demokratik olduğunu iddia eden tüm toplumların sorunudur.¹¹⁶ Demokrasilerdeki yurttaşlık tanımı evrensel bir insan modeli olmasına rağmen, çoğunlukla erkekler aktif şekilde siyaset yapmışlardır. Erkek, "toplumsal cinsiyeti olmayan" birey ile özdeşleştirildiği içindir ki, kadın birey olma konumundan ve dolayısıyla siyasetten dışlanmıştır.¹¹⁷ Bugün verilen kadın hakları mücadelesi, kadın-erkek eşitliği talebinden daha farklı bir noktadadır. Feminizmin getirdiği cinsiyet algısı sayesinde toplumsal eşitlik talebi, her iki cinsin eşit olması

¹¹¹ Abadan Unat, 1991, s. 65.

¹¹² Abadan Unat, 1991, s. 66.

¹¹³ Sancar, 2008, s. 179-180.

¹¹⁴ Sancar, 2008, s. 180.

¹¹⁵ Sancar, 2008, s. 180.

¹¹⁶ Kovanlıkaya Ergin, 2004, s. 120.

¹¹⁷ Philips, 1995, s. 63-65.

yerine cinslerin farklılıkları ile toplumun her alanında var olması temeline dayanılarak talep edilmektedir.¹¹⁸

Siyaset teorisinin kavramları, toplumsal cinsiyetin göz ardı edilmediği bir şekilde yeniden düzenlenmelidir. Buna göre kadınların siyasete eşit katılımı kâğıt üzerinde kadın-erkek eşitliği ile değil, bu sorunu cinsiyet farklılıklarını gözeterek çözmeye çalışan önerilerin geliştirilmesiyle sağlanabilir.

C. Kadınların Siyasete Eşit Katılımı İçin Öneriler

Kadınlar siyasal hayatta eşit şekilde var olmadığı ve temsil edilemediği gibi, parlamentoda kadın temsilci oranının artması da kadının gerçek manada temsil edildiği anlamına gelmemektedir. Son yıllarda feminizm algısının gelişmesiyle, cinsiyet farklılıklarının göz önünde tutulduğu hukuksal düzenlemeleri esas alan farklı bir feminizm yaklaşımı ortaya çıkmıştır. Kadının erkekten farklı donanımlara sahip olduğunu gözetken bu yeni feminist söylem “pozitif ayrımcılık” adını verdiği, bugüne kadar toplumdan dışlanmış kadını topluma entegre edecek ve hataları düzeltecek bir kavramı gündeme getirmektedir.¹¹⁹ Pozitif ayrımcılık, Birleşmiş Milletler’in yıllar önce dile getirdiği ve ulusal politikalarda uygulandığında olumlu sonuçların alındığı bir yaklaşımdır. Bu nedenle Türk kadınlarının siyasal yaşama eşit bir şekilde katılmasını sağlayacak önerilere, Birleşmiş Milletler’in pozitif ayrımcılık adı altında getirdiği uluslararası standartlar ile başlanmalıdır.

Kadınların siyasal haklarının uluslararası düzeyde korunmasına¹²⁰ ilişkin konuları özgün bir biçimde ele alan Birleşmiş Milletler, 1970 yılında Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi’ni kabul etmiştir.¹²¹ Sözleşme’nin 4/1. maddesi, hukuksal eşitlik ile yetinmemekte, eylemli eşitliği yaşama geçirmek için taraf devletlerin alması gereken geçici ve özel önlemleri vurgulamaktadır.¹²² CEDAW Komitesi, eylemli eşitliğin sadece fırsat eşitliğini değil, sonuç eşitliğini de kapsamak zorunda olduğunu belirtmektedir.¹²³ Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi, siya-

¹¹⁸ Kovanlıkaya Ergin, 2004, s. 121.

¹¹⁹ Kovanlıkaya Ergin, 2004, s. 123.

¹²⁰ Bu konuda kabul edilen ilk sözleşme, 1952 tarihli Kadınların Siyasal Hakları Sözleşmesi’dir.

¹²¹ Koray, 1991, s. 15.

¹²² Ayrıntılı bilgi için bkz. CEDAW Komitesi’nin 25 numaralı genel tavsiyesi, paragraf 21-22.

¹²³ Emrah Oder, 2010, s. 25

sal katılım ve dolayısıyla demokrasinin gerçekleşmesi konusunda seçme ve seçilme hakkı, hükümet politikalarının oluşturulmasına katılma hakkı, kamu görevlerinde bulunma ve her türlü kamusal görevi yerine getirme hakkı, sivil toplum örgütlerine katılma hakkı olmak üzere dört temel unsur olduğunu vurgulamaktadır.¹²⁴ Komite, cinsiyetçi demokrasi karşısında eylemli eşitliğin sağlandığı demokrasiden yana olduğunu bildirmektedir.¹²⁵ Bu nedenle, siyasal ve kamusal yaşama katılım konusunda “geçici ve özel önlemlerin” alınmasını gerekli görmektedir.¹²⁶ Bu önlemlerin neler olabileceği, CEDAW Komitesi tarafından örneklendirilmiştir: Kadın adayların istihdamı, maddi olarak desteklenmesi ve eğitilmesi, seçim usullerinin değiştirilmesi, eşit katılıma yönelik kampanyalar düzenlenmesi, yargı veya diğer meslek grupları bünyesindeki kamusal görevlere kadınların atanması ve özellikle sayısal hedefler ve kotalar getirilmesi.¹²⁷ Bu sözleşmeye üye devletlerin çoğu, pozitif ayrımcılığın gerçekleştirilmesinde en önemli siyasi mekanizma olarak kota uygulamasını görmektedirler.¹²⁸

Türkiye özeline dönecek olursak, demokrasinin sağlanmasında BM'nin işaret ettiği önlemlere ve siyasi kotaya ne kadar ihtiyaç duyulduğu aşikârdır. Neticede kota uygulaması, erkek siyasetçilerin ve toplumun kadınları siyasetin dışında gören kalıplaşmış bakışını yıkmaya yönelik bir uygulamadır.¹²⁹ 1934 yılında kadınlara milletvekili seçme seçilme hakkının verilmesinden sonra 1935 yılında yapılan seçimlerde Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne 18 kadın milletvekilinin seçilmesi, yukarıda bahsi geçen “özel önlemler ve fırsat

¹²⁴ Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi, madde 7:

Taraf Devletler, ülkenin politika ve kamu hayatında, kadınlara karşı ayrımı önlemek için tüm tedbirleri alacaklar ve özellikle kadınlara erkeklerle eşit şartlarla aşağıdaki hakları sağlayacaklardır:

Bütün seçimlerde ve halk oylamalarında oy kullanmak ve halk tarafından seçilen organlara seçilebilmek,

Hükümet politikasının hazırlanmasına ve uygulanmasına katılmak, kamu görevinde bulunabilmek ve hükümetin her kademesinde kamu görevleri ifa etmek,

Ülkenin kamu ve politik hayatı ile ilgili hükümet dışı kuruluşlara ve derneklere iştirak etmek.

¹²⁵ Emrah Oder, 2010, s. 42.

¹²⁶ Sözleşme'nin (CEDAW) 4/1. maddesi.

¹²⁷ CEDAW Komitesi'nin 21 No'lu Genel Tavsiyesi, paragraf 15.

¹²⁸ Kovanlıkaya Ergin, 2004, s. 123.

¹²⁹ Kovanlıkaya Ergin, 2004, s. 123.

eşitliği” tanıma yöntemini çağrıştırmaktadır.¹³⁰ Ancak, yukarıda da değinildiği gibi, bu tepeden verilmiş karar kadınlarda siyasal bilincin yerleşmesini engellediğinden, yakın zamana kadar siyasette kadınların etkinliği gözlenmemektedir. Son on yılda yapılan genel seçimlerde ise, parlamentodaki kadın oranında düşük seyirli bir artış söz konusudur. Yetersiz olan bu artışı sürekli hale getirmek için CEDAW komitesinin ya da yazarların görüşleri dikkate alınmalıdır.

Türk kadınının siyasi faaliyetlere aktif olarak katılabilmesi için en etkili çözümün, siyasal partilerde “*toplumsal cinsiyet kotasını*” yasal zorunluluk haline getirmek olduğu konusunda çoğu yazar fikir birliği içindedir. Kadın örgütleri de, siyasetteki bu “eril” yapının egemenliğini kırmanın tek yolunun kadınların eşit siyasal temsilini sağlamak için olumlu ayrımcılık politikaları ve kota uygulanmasının kaçınılmaz olduğunu uzun süredir dile getirmektedirler.¹³¹ Kota, bir geçici özel önlem politikasıdır ve kimin seçileceğini değil, hangi cinsiyetin en az hangi oranda temsil edileceğini söyler.¹³² Buna rağmen, kotanın ayrımcılığı ya da fırsat eşitliğine karşıt bir durumu doğuracağını savunan karşıt görüşler de mevcuttur. Oysa siyasal kota uygulaması, ayrımcılığı ortadan kaldırmak için kullanılan bir tekniktir ve fırsat eşitliğinden kadınların erkeklerle eşit düzeyde faydalanabilmeleri için eşit noktaya getirmeyi hedefler.¹³³ Kota konusu, yakın zamanda devletin öncülüğünde ortaya çıkan ve “devlet feminizmi” olarak nitelenen bir harekettir¹³⁴ ve siyasal kurumları kadınlara hazırlayan bir politikadır.

Peki, kadınların temsil edilebilmesi için gereken oran nedir, ne olmalıdır? Kadınların katılımının yüzde 30 ile 35'lere ulaşması halinde kadınların temsil edileceğine inanılmaktadır. Birleşmiş Milletler'e göre toplumdaki azınlık gruplar 1/3 oranında temsil edilmezse, o grup kendi adına konuşma ve kendi sorunlarından bahsetme imkânından yoksun kalmaktadır.¹³⁵ Bu nedenle “kritik eşik” yüzde otuzun altındaki kadın temsili yetersiz kabul edilmektedir.¹³⁶

¹³⁰ Moroğlu, 2006, s. 112.

¹³¹ Sancar, 2008, s. 178.

¹³² Sayın, 2007, s.156.

¹³³ Sayın, 2007, s. 156.

¹³⁴ Krook, 2005, s. 2.

¹³⁵ Üşür, 2003, s. 19.

¹³⁶ Üşür, 2003, s. 19.

Partilere getirilecek cinsiyet kotaları hayati önem taşımakla birlikte yetersiz kalacaktır. Çünkü yüzde otuz kota olsa bile, partilerdeki lider hangi kadının aday olacağını belirlediği takdirde kadınlar temsil edilemeyecektir. Demek ki, cinsiyet kotasından hemen sonra düzenleme getirilmesi gereken diğer konu parti içi seçimlerdir. Partilerde aday saptama süreçlerinin kurallı ve şeffaf şekilde gerçekleşmesi sağlanmalı ve bu süreçte siyasal partilerde cinsiyet eşitliğini izlemek için “eşitlik komiteleri” kurulması teşvik edilmelidir.¹³⁷ Ayrıca kadın kollarının parti içi vesayet uygulamaları karşısında özerk olabilmesini sağlayacak bir yapıya kavuşturulması, kadınların örgütlenme koşullarını güçlendirecektir.

Siyasal partiler, demokrasinin en önemli unsuru haline gelmiştir. Zira çağdaş demokrasilerde, yurttaşların tamamının devlet yönetimine katılmaları temel koşuldur. Kadın-erkek tüm vatandaşların eşit düzeyde temsil edilmesi gereği, demokrasinin vazgeçilmez kurumları haline gelen siyasi partilerin faaliyetlerine özel bir anlam yükler. Bu da, kadınların eşitsiz konumunun iyileştirilmesinde partilerinin destekleyici tutumunu zorunlu kılar. Örneğin, partilerin maddi kaynaklarına yönelik değişiklikler yapılabilir ve “*partilerin devletten aldıkları ödeneklerin bir kısmının kadın-erkek eşitliği için yapacağı çalışmalara ayrılması*” yasal bir zorunluluk haline getirilebilir.¹³⁸ Kadın sorunlarının çözümü için mecliste “*kadın milletvekilleri ortak çalışma grubu oluşturmak*” ve böylece parlamentoda grubu olan siyasal partilerin seçilmiş kadın politikacılarını bir araya getirmek, bu sürece katkıda bulunabilecek diğer bir yoldur. Ancak kadınların sadece kadın sorunlarını konuşması da bir sorun oluşturacaktır. Bu nedenle meclisteki kadın milletvekillerinin sadece eğitim, sağlık, sosyal politika gibi komisyonlarda değil, “*finans, savunma, dış politika gibi stratejik komisyonlarda da görev alması*” sağlanmalıdır. Tüm bu önerilere rağmen, aktif siyasette kadınları meclise taşıyacak bir anlayış Türkiye’deki siyasi partilerin¹³⁹ iç işleyişlerine henüz tam olarak yerleşmemiştir.¹⁴⁰

Yapılması gerekenlere bakıldığında, Türkiye’de kadınların siyasete eşit katılımını sağlayacak gerçekçi ve samimi bir siyasal iradenin oluşması ve

¹³⁷ Sancar, 2008, s. 184.

¹³⁸ Sancar, 2008, s. 184; Üşür, 2003, s. 31.

¹³⁹ Son araştırmalara göre HDP (eski adıyla DTP) ve CHP’yi bu konuda örnek göstermek gerekir. Bu iki partinin, iç işleyişlerinde uyguladıkları olumlu ayrımcılık politikaları (kota vb.) sayesinde kadın üye ve aday sayıları ciddi oranda artmıştır (Sancar, 2008, s. 184).

¹⁴⁰ Kovanlıkaya Ergin, 2004, s. 128.

kamu hizmetinin bu eşitliği gerçekleştirecek içerikte yapılandırılması önümüzdeki dönemde ulaşılması gereken toplumsal bir hedeftir.¹⁴¹ Aslında bu mesele, bütün vatandaşların eşit siyasal temsilini sağlamak için temel demokrasi meselesi olarak görülmelidir.¹⁴² Türkiye’de pozitif ayrımcılık uygulamasını yaygınlaştırmak için, bir an önce yasal düzenleme yapılması gerekmektedir. Eğer kadının siyasal temsili mutlak bir zorunluluk olarak kabul edilir ve devlet politikası olarak benimsenirse, kadının ve toplumun parlamentoda temsil edilmemesi neredeyse imkânsızdır.

DEĞERLENDİRME

İnsanların toplumsal konumları yüzyıllardır erkek egemen ideoloji tarafından biçimlendirildiğinden, kadın-erkek eşitsizliği günümüzde farklı alanlarda ve boyutlarda sürmektedir. Bu eşitsizliğin en belirgin olarak görüldüğü alan ise siyasal yaşamdır. Erkeği güçlü ve yöneten, kadını ise güçsüz, korunması gereken ve yönetilen olarak gören ataerkil zihniyet, kadınların siyasete katılımının önünde aşılması zor bir engel oluşturmaya devam etmektedir. Oysa bir ülkenin siyasi kararlarında nüfusun yarısı temsil edilemiyorsa, o ülkede alınan kararların demokratik ve çoğulcu olduğundan söz etmek imkânsızdır.

Kadınlar, dünyanın her yerinde karar verici mekanizmalarda ve özellikle siyasi kararlarda yer alma konusunda dezavantajlı konumdadır. 20. yüzyılın ilk yarısında birçok ülkede seçme seçilme hakkını kazanmalarına rağmen siyasette eşit oranda temsil edilememişlerdir. Kadınların siyasi haklarını diğer ülkelere göre daha önce kazandığı Türkiye’de ise, 1940’lardan sonra hızlı bir gerileme yaşanmıştır. Kadınların ilk defa yer aldığı meclisteki kadın milletvekili oranıyla dünyada ilk sıralarda yer almaktayken, bugün bu oran çok düşüktür. Öyle ki, 1935-1939 döneminde mecliste yer alan kadınların oranı, ancak 2007 seçimlerinde geçilebilmiştir.

Türk kadınlarının siyasette az sayıda yer almalarının, diğer bir ifadeyle “eksik temsiline” nedenleri çoğu ülkede benzerlik gösterir. Bu nedenleri “kadınların siyasete ilgisizliği, toplumsal ve kültürel yapı, siyasal sistem ve partilerin yapısı ya da eğitim” gibi belli başlıklar altında toplamak mümkünse de, bütün bunların temelini tarih boyunca egemen olan ataerkil bakış açısının oluşturduğunu söylemek yerinde olacaktır. Bunu kırmak için, son yıllarda ya-

¹⁴¹ Sancar, 2008, s. 184

¹⁴² Sancar, 2008, s. 184.

pılan konferans ve sözleşmelerde olumlu ayrımcılık politikaları doğrultusunda geçici ve özel önlemlerin alınması gerektiğine işaret edilmiştir. Söz konusu önlemler arasında da kota uygulamaları özellikle vurgulanmaktadır. Siyasal kota uygulamaları, hem demokratik yaşamın güçlendirilmesi hem de cinsiyete dayalı eşitsizliklerin kaldırılmasında etkin çözümlerin başında gelmektedir.

Son yüzyılda etkisi artan feminist bakış açısı, toplumsal cinsiyet farklılıklarının demokratik eşitlik vaatlerinin önünde nasıl büyük bir engel oluşturduğunu kanıtlamıştır. Kadın hareketinin yürüttüğü kadın hakları mücadelesinin gündeminde tuttuğu “*birey ve insan olmak, eşitlik, hak, anayasal koruma, kamu politikalarının cinsiyetçi baskısı*” gibi kavramların kadın bakış açısıyla yapılan tanımları, siyaset biliminin eril algısını da doğrudan etkilemiştir.¹⁴³ Siyasal toplumun kadınları da eşit vatandaşlar olarak içine almasını sağlayacak feminist siyaset tartışmalarının etkisiyle, siyaset biliminin temel kavramları kadınları görmeyen ‘cinsiyet körü’ içeriklerinden uzaklaşmaya başlamıştır. Neticede erkeklerin kadınlardan farkı ile kadınların erkeklere olan farkı eşit düzeydedir.

¹⁴³ Sancar, 2009, s. 124-127.

KAYNAKÇA

- ABADAN UNAT Nermin, **Uluslararası Platformlarda Kadının Siyasal Katılımı**, Çağdaş Yaşamı Destekleme Derneği Yayınları, Cem Yayınevi, İstanbul, 1991.
- AKARSU Bedia, **Modern Toplumda Kadın**. İzlem Yayınevi, İstanbul, 1963.
- ARAT Necla, **Kadın Sorunu**, Say Yayınları, İstanbul, 1986 (Aktaran: Z. Üskül Engin, 2008).
- ARAT Necla, **Feminizmin ABC'si**, Simavi Yayınları, İstanbul, 1991.
- ARMAĞAN Servet, **Modern Hukukta ve İslam Hukukunda Kadın Hakları Üzerine Düşünceler**, Arıkan Basım Yayım, İstanbul, 2007.
- ARSLAN, Ali, **Çağdaş Türk Toplumunun Siyasi Hayatında Kadının Yeri ve Türk Siyasi Elitleri Arasında Kadının Temsil Edilme Durumu**, *Yeditepe Üniversitesi Güzel Sanatlar Fakültesi Dergisi*, S. 2004-3, s. 101-110.
- AYDIN Mehmet Akif, **Türk Hukuk Tarihi**, 13. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2013.
- BAYKAN Ayşegül, BAKET Belma Ötüş, **Nezihe Muhittin ve Türk Kadını 1931**, İletişim Yayınları, İstanbul, 1999.
- BERKTAY Fatmagül, **Kadın Olmak Yaşamak Yazmak**, Pencere Yayınları, İstanbul, 1991.
- BERKTAY Fatmagül, **Tarihin Cinsiyeti**, Metis Yayıncılık, İstanbul, 2003.
- BERKTAY Fatmagül, **Kadının İnsan Hakları Hukukunda Yeni Perspektifler**. Ankara Barosu Hukuk Kurultayı, Ankara Barosu Yayınları, S. 2006-3, s. 20-30.
- BONDER Gloria, **Kadınlar Açısından Siyasal Süreç**, (Toplumsal Ekonomik Siyasal Yaşamda Kadın, Filiz DEMİRCİ, Çev.) Maya Matbaacılık Yayıncılık, Ankara, 1986.
- CİN Halil, "Elli Yıl Önceki Türk ve Dünya Kadınının Fiili ve Siyasal Durumu". **Türk Kadınına Siyasal Hakların Tanınmasının 50. Yılı Uluslararası Konferansı**, Kadın Dernekleri Federasyonu, Ankara, 1984, ss. 48-67.
- CİN Halil, **Türk Hukuk Tarihi**, Osmanlı Araştırmaları Vakfı, İstanbul, 2011.
- CURRELL Melville, **Political Women**, Rowman & Littlefield, New Jersey, 1974.
- ÇAKIR, S., "Kadın Tarihinden İki İsim: Ulviye Mevlan - Nezihe Muhittin", **Toplumsal Tarih**, 46. Sayı, 1997, ss. 6-14.

- DAVER Bülent, “Kadınların Siyasal Hakları”, **AÜSBFD**, 1970.
- DEMİR Abdullah, **Türk Hukuk Tarihi**, Yitik Hazine Yayınları, İstanbul, 2011.
- EKİNCİ Ekrem Buğra, **Osmanlı Hukuku**, Arı Sanat Yayınevi, İstanbul, 2008.
- EMRAH ODER Bertil. (2010). Kadınların İnsan Haklarının Uluslararası Düzeyde Korunması. G. Ç. Ayata, S. Eryılmaz Dilek, & B. Emrah Oder (Dü) içinde, İnsan Hakları Hukuku Çalışmaları 12: Kadın Hakları, Uluslararası Hukuk ve Uygulama (s. 23-52). İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları 305.
- FENDOĞLU Hasan Tahsin, **Türk Hukuk Tarihi**, Filiz Yayınları, İstanbul, 2000.
- GÖKÇİMEN S (2008). Ülkemizde Kadınların Siyasal Hayata Katılım Mücadelesi. *Yasama Dergisi*(10), 5-59.
- GÜRKAN Ülker, **Türk Devleti Ve Kadına Yönelik Hukuk Politikası** (Aktaran: Z. Ö. Üskül Engin, 2008.), Türkiye ve Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsü, Ankara, 1997.
- HEPER Altan, Feminizm ve Hukuk, **Hukuk Kuramı**, 2014, 1. Cilt, s. 11-27.
- HESIODOS Theogonia Aiskhylos, **Zincirlere Vurulmuş Prometheus**, Bilgi Yayıncılık, Ankara, 1968.
- İNAN Afet, **Atatürk ve Türk Kadın Haklarının Kazanılması, Tarih Boyunca Türk Kadınının Hak ve Görevleri**, 1. Baskı, Milli Eğitim Basımevi, İstanbul, 1968.
- KANDİYOTİ Deniz, **Woman, Islam & State**, Temple University Press, Philadelphia, 1991.
- KLAPISCH-ZUHER Christiane, “Kadınların Tarihini Yazmak”, (DUBY Georges & PERROT Michelle, **Kadınların Tarihi**, Çev. Ahmet FETHİ, 2. Cilt, s. 11-19), Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2005.
- KONAN Belkıs, “Türk Kadınının Siyasi Haklarını Kazanma Süreci”, **AÜHFD**, 2011, ss. 157-174.
- KORAY Meryem, **Günümüzdeki Yaklaşımlar Işığında Kadın ve Siyaset**, Türkiye Sosyal Ekonomik Ve Siyasal Araştırmalar Vakfı Yayınları, 1991.
- KOVANLIKAYA ERGİN Çağlayan, “Siyasette Kadının Temsiliyeti ve Demokrasi”. **Yeditepe Üniversitesi Güzel Sanatlar Fakültesi**, İstanbul, 2004, s. 119-129.
- KROOK Mona Lena, **Quota Laws for Women in Politics: A New Type of State Feminism?**, Paper presented at the European Consortium for Political Research, Joint Sessions of Workshops, Granada, Spain, s. 119-129.

- KURNAZ Şefika, **Cumhuriyet Öncesinde Türk Kadını (1839-1923)**, Milli Eğitim Bakanlığı Yayınları, Ankara, 1992.
- MILL John Stuart, **The Subjection of Women**, Prometheus Books, 1986.
- MOROĞLU Nazan, “Kadın Haklarına Yönelik Uluslararası Sözleşmelerin Ulusal Hukukumuzda Etkileri”, **Ankara Barosu Hukuk Kurultayı**, Ankara Barosu Yayınları, III. Cilt, 2006, s. 107-117.
- ÖKTEM Niyazi, “La Philosophie de la Revolution” (Aktaran: Z. Ö. Üskül Engin), **İUHFM**, LII, 1987, ss. 1-4.
- ÖYMEN Onur, **Demokrasiden Diktatörlüğe**, 2. Baskı, Remzi Kitabevi, İstanbul, 2011.
- ÖZER İlbeyi, **Osmanlı’dan Cumhuriyete Yaşam ve Moda**, Truva Yayınları, İstanbul, 2009.
- PHILIPS Anne, **Demokrasinin Cinsiyeti**, Metis Yayınları, İstanbul, 1995.
- ROUSSEAU Jean Jack, **Emile Ya da Eğitim Üzerine**, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2009.
- SANCAR Serpil, “Türkiye’de Kadınların Siyasal Kararlara Eşit Katılımı”, **Toplum ve Demokrasi Dergisi**, 2008, ss. 173-184.
- SANCAR Serpil, “Türkiye’de Feminizmin Siyasal Bilimlere Etkisi”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 40. Sayı, 2009, ss. 119-132.
- SANCAR Serpil, ACUNER Selma, İLKNUR Üstün, BORA Aksu & ROMANIUC Lara, **Bir de Buradan Bak: Cinsiyet Eşitsizliği Bir Kadın Sorunu Değil, Toplumun Sorunudur**, Yarın için Bugünden Kampanyası Eğitim Dizisi 4, Ankara, 2006.
- SAYIN Aysun, Parlamento’ya girmek İçin Kadın Olmak Şart, **Toplum ve Demokrasi**, 2007, 1 (1), Eylül-Aralık, s.153-156.
- SISSA Giulia, “Platon Ve Aristoteles’in Cinsiyet Felsefeleri. Kadınların Tarihi” (DUBY Georges & PERROT Michelle, **Kadınların Tarihi**, Çev. Ahmet FETHİ, 2. Cilt, s. 66-98) Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2005.
- SONNET Martine, “Bir Kızı Eğitmek”, (DUBY Georges & PERROT Michelle, **Kadınların Tarihi**, Çev. Ahmet FETHİ, 3. Cilt, ss. 101-127), Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2005.
- TANİLLİ Server, **Ne Olursa Olsun Savaşıyorlar**, Alkım Yayınevi, İstanbul, 2006.
- TANSİ Deniz, “Kadınların Siyasal Temsili ve Katılım”, **Yeditepe Üniversitesi Güzel Sanatlar Fakültesi Dergisi**, 2004, ss. 111-117.

- TAŞKIRAN Tazer, **Cumhuriyetin 50.Yılında Türk Kadın Hakları**. Başbakanlık Basımevi, Ankara, 1973.
- TAYANÇ Füsün & TAYANÇ Tunç, **Dünyada ve Türkiye’de Tarih Boyunca Kadın**, Toplum Yayınevi, Ankara, 1997.
- TEKELİ Şirin, **Kadınlar ve Siyasal Toplumsal Hayat**, Birikim Yayınları, İstanbul, 1982.
- TERZİOĞLU Zübeyde, **Türk Kadını Siyaset Sahnesinde**, Giza Yayınları, İstanbul, 2010.
- TOSKA, Zehra, “Tanzimat Kadını”. **Tarih ve Toplum**, 24.cilt, 21.sayı, 1994.
- TUNAYA Tarık Zafer, **Türkiye’de Siyasal Partiler**, 1. Cilt, Hürriyet Vakfı Yayınları, İstanbul, 1988.
- ÜSKÜL ENGİN Zeynep, **Türkiye’de Evlenmenin Evrimi**, Beşir Kitabevi, İstanbul, 2008.
- ÜSKÜL ENGİN Zeynep, “Birey Kavramının Gelişimi ve İnsan Hakları”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, LXXII. Cilt, 2014, ss. 201-217.
- ÜŞÜR Serpil. (2003), “Fırsat Eşitliği”, **Başkent Üniversitesi Stratejik Araştırmaları Merkezi**, Ankara, 2003, ss. 15-21.
- VURAL DİNÇKOL Bihterin, **Aristo ve Rousseau’da Kadın Erkek Eşitsizliği**, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, İstanbul, 1993.
- VURAL DİNÇKOL Bihterin, “İnsan Hakları Hukuku ve Kadın”, **Türkiye’de Kadın Sorunları Paneli**, İstanbul Ticaret Üniversitesi, 2003, ss.13-19.
- VURAL DİNÇKOL Bihterin, “Türkiye’de Siyasal Yaşam ve Kadın”, **İnsan Hakları Hukuku ve Kadın**, İstanbul Ticaret Üniversitesi, 2003, ss. 146-152.
- YOSMAOĞLU İpek, “Yüzyıl Başında Bir Kısım Osmanlı Hanımı ve Talepleri Öncü Feministler”, **Toplumsal Tarih**, 27.sayı, 1996, ss. 12-17.
- YÜCEER Saime, “Demokrasi Yolunda Önemli bir Aşama: Türk Kadınına Siyasi Hakların tanınması”, **Uludağ Üniversitesi Fen-Edebiyat Fakültesi Sosyal Bilimler Dergisi**, 14. Cilt, 2008, ss. 131-151.
- ZİHNİOĞLU Yaprak, **Kadınsız İnkılap**, 1. Baskı, Metis Yayınları, İstanbul, 2003.

İNTERNET KAYNAKLARI

Bağımsız Rehberler, (2011), “<http://bagimsizrehberler.blogcu.com/cadi-kultu-ve-ortacagda-cadi-avi/9538732>” adresinden 18 Mayıs 2015 tarihinde alındı.

Meclis'te Kadın Sayısı Arttı, (13 Haziran 2011, Milliyet Gazetesi) “<http://www.milliyet.com.tr/meclis-te-kadin-sayisi-artti/siyaset/siyasetdetay/13.06.2011/1401764/default.htm>” adresinden 17 Mayıs 2015 tarihinde adresinden alındı.

Türk Kadını Yarışa Önce Başladı, Geride Kaldı, (5 Aralık 2008, NTVMSSNBC) “<http://arsiv.ntv.com.tr/news/447532.asp>” adresinden 25 Mayıs 2015 tarihinde alındı.

ÖZEL HUKUK

Uluslararası Hukukta Dikkate Alınan Vatandaşlık: Gerçek Kişilerde “Etkin Vatandaşlık” Sorunsalı

Dr. Berk DEMİRKOL*

Özet: Bu makale gerçek kişilerde etkin vatandaşlık doktrininin uluslararası hukukun çeşitli alanlarında uygulamasını incelemektedir. Bu amaçla, ilk önce, uluslararası bir uyumsuzlukta devletin diplomatik koruma hakkını gerçek kişinin vatandaşlık devleti ile gerçek bir bağı olmaması nedeniyle reddeden *Nottebohm* kararı, ardından da güncel uluslararası hukukta bu konuya ilişkin teamül hukuku kuralları incelenmektedir. Bu makale, etkin vatandaşlığa ilişkin genel uluslararası hukukta kabul edilen yaklaşımın uluslararası yatırım hukuku ve milletlerarası özel hukuktaki kanunlar ihtilafı kurallarını ne derece etkilediğini araştırmaktadır. Bu kapsamda, tek vatandaşlığı olan gerçek kişinin bu vatandaşlığının etkin olmaması, birden çok vatandaşlığı olan kişilerin hangi durumlarda hangi vatandaşlıklarından yararlanabilecekleri ve çok vatandaşlığı olan kişinin aynı zamanda davalı devletin ya da *for* devletin vatandaşlığına sahip olması durumunda ne gibi sonuçlar doğabileceği ele alınmaktadır.

Anahtar Kelimeler: etkin vatandaşlık, gerçek ve sıkı bağ, diplomatik koruma, yatırımcı, kişisel statü

Nationality under International Law: Questioning the “Effective Nationality” Requirement for Natural Persons

Abstract: This article treats the application of the effective nationality doctrine to natural persons in several fields of international law. For this purpose, it analyses first the *Nottebohm* case, where the ICJ required a genuine link between a person and his

* Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi.

state of nationality so that the latter may espouse diplomatic protection. The article discusses then to what extent this doctrine is accepted in customary international law. It also questions whether the contemporary approach in customary international law has affected the approach in international investment law and the conflict of laws rules in private international law. In this context, the article deals with three main scenarios in each section: natural person having one nationality which is not effective, natural person having multiple nationalities none of which are the nationality of the respondent state or of the *for*, and natural person having multiple nationalities one of which is the nationality of such state.

Keywords: effective nationality, genuine and close link, diplomatic protection, investor, personal statute

GİRİŞ

Uluslararası hukukun kimi alanlarında gerçek kişilerin belli bir vatandaşlığının dikkate alınıp alınamayacağı ya da birden çok vatandaşlığı olan gerçek kişilerin hangi vatandaşlığının ya da vatandaşlıklarının dikkate alınabileceği, kimi zaman bir davanın açılıp açılmayacağını, kimi zaman ise bir davada hangi hukukun uygulanacağını belirlemektedir. Örneğin devletler umumi hukukunda diplomatik koruma sağlayacak devletin belirlenmesi, uluslararası yatırım hukukunda hakem heyetinin yetkisinin tespiti, milletlerarası özel hukukta ilgili bağlama kuralının vatandaşlık esasını dikkate aldığı durumlarda uygulanacak hukukun saptanması, gerçek kişinin belli bir vatandaşlığının ileri sürülüp sürülemeyeceğine ya da birden çok vatandaşlığı olan gerçek kişinin hangi vatandaşlığının dikkate alınacağına bağlıdır.

Bu kapsamda, kişinin vatandaşlığına dayandığı devletle hakiki ya da özlü bir bağı bulunmasının gerekip gerekmediği, bir başka deyişle kişinin sadece etkin olarak sahip olduğu vatandaşlığını ileri sürüp süremeyeceği tartışma konusu olmuştur. Uluslararası hukuk pratiğinde bu konuya ilişkin ortaya çıkan kararların ne derece somut olaya özgü bir sonuç getirdiği, ne derece genel bir kural koyduğu da bu tartışma konusunun bir parçasıdır.

Söz konusu tartışmanın uluslararası hukukun tüm alanlarında bütün ihtimaller için uygulanabilecek genelgeçer bir çözümü bulunmamaktadır. Bu makale önce, Uluslararası Adalet Divanı'nın *Nottebohm* kararı ile ortaya atılan etkin vatandaşlık doktrininin ne şartlar altında ortaya çıktığını inceleyecektir (I). Daha sonra, günümüzde bu doktrinin diplomatik koruma kurumu çerçevesinde ne derece karşılık bulduğu ele alınacaktır (II). Ardından, uluslararası

hukukta vatandaşlık esasının kullanıldığı iki diğer önemli alanda, uluslararası yatırım hukuku (III) ve milletlerarası özel hukukta (IV), çeşitli ihtimaller ışığında gerçek kişilerin hangi vatandaşlığının ya da vatandaşlıklarının dikkate alındığı incelenecek ve bu çerçevede “etkin vatandaşlık” doktrininin ne ölçüde etkisinin olduğunun üzerinde durulacaktır.

I. “ETKİN VATANDAŞLIK” DOKTRİNİ VE *NOTTEBOHM* KARARI

A. Hukukî Meselenin Tanıtılması

Uluslararası Adalet Divanı'nın *Nottebohm* kararı, belli bir devletin vatandaşlığını uluslararası hukukta ileri süren kişinin o devletin etkin vatandaşlığına sahip olması gerektiği görüşüne dayanmaktadır.¹ Söz konusu dava, Lihtenştayn Devleti tarafından Guatemala Devleti'ne karşı açılmıştır. Lihtenştayn, vatandaşı olan Bay Friedrich Nottebohm'un şahsına ve malvarlığına, davalı devlet tarafından, uluslararası hukuka aykırı davranıldığını iddia etmektedir.² Bu dava, Lihtenştayn'ın, vatandaşının uğradığı zararı diplomatik koruma yoluyla talep etmesini konu almaktadır. Guatemala Devleti ise, davanın kabul edilebilir (“*admissible*”) olmadığını, çünkü Lihtenştayn'la Bay Nottebohm arasında devlete diplomatik koruma yoluna başvurma hakkını sağlayacak nitelikte bir vatandaşlık bağı bulunmadığını ileri sürmüştür.³

Bay Nottebohm'un vatandaşlık durumu açısından dikkate alınabilecek somut şartlar şu şekildedir. Bay Nottebohm 1881'de Almanya'da doğmuş ve doğumla Alman vatandaşlığını kazanmıştır. 1905'te Guatemala'ya giden Bay Nottebohm, bu ülkede uzun yıllar boyunca kalmış ve burayı ticari işlerinin merkezi haline getirmiştir. Bay Nottebohm 1905'ten sonra Almanya'ya çeşitli kereler iş gezisi amacıyla gitmiş, diğer ülkelere de tatil amacıyla seyahatler düzenlemiştir. Bay Nottebohm'un ikametgahı, davaya konu uyuşmazlığın ortaya çıktığı 1943 yılına kadar Guatemala'da kalmıştır. Eylül 1939'da İkinci Dünya Savaşı'nın başlamasının ardından, Ekim 1939'da Bay Nottebohm Lihtenştayn vatandaşlığını kazanmak amacıyla (müktesep vatandaşlık), yet-

¹ *Nottebohm (Lihtenştayn v Guatemala)*, ICJ Kararı, 06.04.1955, (1955) *ICJ Reports* 4. Kararla ilgili bir inceleme için, bkz. İlhan Unat, *Nottebohm Kararı ve Tâbiyetin Gerçekliği İlkesi* (Ankara Üniversitesi, 1966).

² *Nottebohm*, 12.

³ *Nottebohm*, 12-13 ve 16.

kili makamlara başvurmuştur. Bay Nottebohm, bu başvuruyu yaptığı sırada halen Alman vatandaşıdır.⁴ Vatandaşlık başvurusu yaklaşık olarak on gün içinde olumlu şekilde sonuçlanan Bay Nottebohm, Lihtenştayn pasaportu ile vize olarak ticari faaliyetlerine devam etmek üzere Guatemala'ya dönmüştür.⁵ Bay Nottebohm, Guatemala'ya döndükten sonra, söz konusu devlet Bay Nottebohm'u hâlâ bir Alman vatandaşı olarak kabul etmiş ve Almanya'nın 2. Dünya Savaşı'ndaki rolü nedeniyle Bay Nottebohm'u sınırdışı etmiştir.⁶ Lihtenştayn, Bay Nottebohm'un malvarlığına tazminat ödenmeden el konulması ve kişilik haklarının ihlal edilmesi nedeniyle, Guatemala'nın tazminat ödemesini talep etmiştir.⁷

Bay Nottebohm'un vatandaşlığı, özellikle de Lihtenştayn'ın diplomatik koruma yoluna başvurarak dava açıp açamayacağı, Uluslararası Adalet Divanı'nın nezdindeki davada kabul edilebilirlik sorunu yaratmaktadır. Bu kapsamda, Bay Nottebohm'un Lihtenştayn vatandaşlığının Guatemala'ya karşı ileri sürülüp sürülemeyeceği ile Lihtenştayn'ın Bay Nottebohm'a vatandaşlık vermesi işleminin davacı devlete diplomatik koruma dahilinde hareket etmek ve dava açmak için gerekli hukukî sıfatları verip vermeyeceği soruları çözüme kavuşturulmalıdır.⁸ Divan, bu noktada bir ayırımı dikkat çekmiştir: davadaki kabul edilebilirlik sorununun çözümü için incelenmesi gereken Bay Nottebohm'un Lihtenştayn vatandaşlığının objektif olarak uluslararası hukukta tanınıp tanınmayacağı değil, bu vatandaşlığın sübjektif olarak ve somut olayın şartları altında Guatemala'ya karşı ileri sürülüp sürülemeyeceğidir.⁹

Uluslararası Adalet Divanı, bu sorulara yanıt vermeden önce, her egemen devletin kendi vatandaşlığının nasıl kazanılacağını kendisinin düzenleyeceğini belirtmiştir.¹⁰ Ancak bu davadaki sorun, Bay Nottebohm'un Lihtenştayn hukukuna göre vatandaşlığı kazanması ya da Lihtenştayn hukukuna göre kazanılan vatandaşlığın uluslararası hukuka uygun olması ile ilgili değildir. Sorun, Lihtenştayn'ın, tek taraflı bir işlem olan müktesep vatandaşlık kazanımı ile, başka hiçbir şart aranmaksızın, Guatemala aleyhine doğrudan bir sonuç

⁴ *Nottebohm*, 13.

⁵ *Nottebohm*, 16.

⁶ Bkz. *Nottebohm*, 18-19.

⁷ *Nottebohm*, 6-7.

⁸ *Nottebohm*, 17.

⁹ *Nottebohm*, 17.

¹⁰ *Nottebohm*, 20.

doğurabilip doğuramayacağıdır.¹¹ Gerçekten de, ulusal hukuka göre kazanılan vatandaşlığın uluslararası hukuk mekanizmalarını işletmesi, bir uluslararası hukuk sorunudur.¹²

B. *Nottebohm* Kararında Hukukî Meselenin Çözümü

Her ne kadar devletler kendi vatandaşlığının hangi şartlar altında verileceği yetkisini haiz olsa da, böyle bir vatandaşlık tesisi devletin bu vatandaşlığa dayanarak uluslararası hukuk düzleminde çeşitli hakları olduğunun iddiası için yeterli değildir. Bu ilkedен hareket eden Uluslararası Adalet Divanı, *Nottebohm* kararında, vatandaşlığın uluslararası hukuk açısından sonuç doğurabilmesi için, devletle kişi arasında gerçek bir bağın olması gerektiğini; bunun ise vatandaşlık ilişkisini doğrulayan ve bu gerçek kişiyi üçüncü devletlere göre vatandaş olduğu devletle daha yakın ilişkiye sokan somut bağların mevcut olması hâlinde mümkün olabileceğini belirtmiştir.¹³ Bu inceleme sonucu, Uluslararası Adalet Divanı'na göre, vatandaşlık veren devletin vatandaşını üçüncü bir devlete karşı uluslararası hukuk nezdinde koruma hakkı, sadece vatandaşlığın kişi ile devlet arasında az önce tanımlanan anlamda bir hukukî ilişkinin sonucu kazanıldığı durumlarda bulunabilecektir.¹⁴

Bu muhakemeye göre, Bay *Nottebohm*'un lehine diplomatik koruma sağlanarak uluslararası bir davanın açılabilmesi için, Bay *Nottebohm*'un Lihtenştayn vatandaşlığının, bu vatandaşlığı doğrulayan nitelikteki somut bağların sonucu verilmiş olması aranacaktır. Bir başka deyişle, Bay *Nottebohm*'un Lihtenştayn ile olan bağlarının, üçüncü devletlerle ilişkisine nazaran daha ağırlıklı olması gerekir.¹⁵

Bu şartlar ışığında, Uluslararası Adalet Divanı, Bay *Nottebohm*'un halen Alman vatandaşı olup olmadığı ve Almanya ile bağını koparıp koparmadığı hakkında nihai bir inceleme yapma ihtiyacı hissetmemiştir. Dolayısıyla, Divan'ın ulaştığı sonuç Bay *Nottebohm*'un çifte vatandaş olmasından kaynaklanmamaktadır.¹⁶

¹¹ *Nottebohm*, 20.

¹² *Nottebohm*, 20-21.

¹³ *Nottebohm*, 23.

¹⁴ *Nottebohm*, 23.

¹⁵ *Nottebohm*, 24.

¹⁶ Unat, 7.

Divan, bunun yerine, Bay Nottebohm'un Guatemala Devleti ile olan bağı dikkate almış; bu bağı Lihtenştayn'la olan ilişkisiyle karşılaştırmıştır. Guatemala, Bay Nottebohm'un ticari ve sosyal yaşam merkezini oluşturmaktadır. Buna karşın, Bay Nottebohm'un Lihtenştayn'la olan ilişkisi oldukça sınırlıdır. Bay Nottebohm'un Lihtenştayn'la tek bağı, aile bireylerinin bir kısmının orada olması ve bu sebeple bu ülkeye ziyarete gitmesidir. Hatta Lihtenştayn'daki kalış süresi o kadar kısadır ki, yaptığı vatandaşlık başvurusunun bir an evvel sonuçlanması amacıyla özel bir talepte bulunmuştur.¹⁷ Sonuçta, Bay Nottebohm'un, önce Alman, sonra Lihtenştayn vatandaşı olmasına rağmen Guatemala ile zayıflamayan uzun süreli ve yakın bir bağı olmakla birlikte, Lihtenştayn ile ilişkisi vatandaşlık bağına rağmen kuvvetlenmemiş ve tesadüfi olguların ötesine geçmemiştir.¹⁸ Bu karşılaştırma, Uluslararası Adalet Divanı'nın, Bay Nottebohm'un Lihtenştayn vatandaşlığının bir devletle vatandaşı olan kişi arasında bulunması gereken yakın ve gerçek bir ilişkiyi barındırmadığı sonucuna ulaşmasını sağlamıştır. Divan'a göre, uluslararası düzen ve özellikle Guatemala, böyle bir vatandaşlık ilişkisini tanımak mecburiyetinde değildir. Dolayısıyla, Lihtenştayn, tek taraflı bir işlemle Bay Nottebohm'a vatandaşlık vererek Guatemala'ya karşı diplomatik koruma yoluyla uluslararası bir dava açma hakkına sahip olamayacaktır. Böyle bir dava, kabul edilebilirlik şartlarını karşılamayacaktır.¹⁹

C. *Nottebohm* Kararının Değerlendirilmesi

Uluslararası Adalet Divanı, *Nottebohm* kararında, “etkin vatandaşlık” doktrinini birden çok vatandaşlığı bulunan kişinin hangi vatandaşlığının dikkate alınması gerektiği açısından değil, bir kişinin sahip olduğu vatandaşlığın uluslararası hukuk düzleminde başka devletlere karşı ileri sürülebilecek nitelikte olup olmadığını belirlemek amacıyla uygulamıştır. Bunun için, lehine diplomatik koruma sağlanan gerçek kişinin vatandaşı olduğu devletle gerçek ve yakın bir ilişkisinin bulunup bulunmadığı sorgulanmaktadır. Vatandaşlığın, devletle gerçek kişi arasındaki somut bağın hukukî bir sonucu olduğu yönündeki değerlendirme yerinde olsa da, Uluslararası Adalet Divanı'nın bu davadaki yaklaşımında iki sorun bulunmaktadır.

¹⁷ *Nottebohm*, 25.

¹⁸ *Nottebohm*, 26.

¹⁹ *Nottebohm*, 26.

Bu sorunlardan ilki, Uluslararası Adalet Divanı'nın değerlendirmesinin tamamen müktesep vatandaşlığa ilişkin olmasıdır. Bu açıdan aslî vatandaşlık ile müktesep vatandaşlığın uluslararası hukuk düzleminde doğuracağı sonuçlar açısından bir farklılık ortaya çıkmaktadır.²⁰ Uluslararası Adalet Divanı'nın *Nottebohm* kararındaki muhakemesi, idarî makam kararıyla vatandaşlığa kabul edilecek kişinin o devletle sıkı bir bağı olması gerektiğini gözetmektedir. Bu muhakeme aslî vatandaşlık açısından uygulanamayacaktır. Çünkü gerçek kişi doğum anında belli bir ya da daha çok vatandaşlığı, kendisinin ilgili devletle arasındaki sıkı bağa göre değil, önceden belirlenen kimi soyut faktörlere göre kendiliğinden kazanır. Önceden belirlenen bu faktöre (örneğin yer esasına) göre kazanılan vatandaşlık sonucu, o kişi ile devlet arasında hiçbir gerçek bağ kurulmamış olabilir. Yine de Uluslararası Adalet Divanı'nın *Nottebohm* kararındaki değerlendirmesi, böyle bir kişinin aslî vatandaşlığının uluslararası hukukta dikkate alınmayacağı ve devlete vatandaşlığa bağlı haklar (örneğin diplomatik koruma sağlama hakkı) vermeyeceği sonucunu doğurmayacaktır. Çünkü bu durumda, devlet ile kişi arasındaki vatandaşlık ilişkisinin, böyle bir ilişkiyi doğrulayacak unsurların yokluğunda tesis edildiği söylenemeyecektir. Sonuç olarak, *Nottebohm* kararındaki muhakeme, aslî vatandaşlık ile müktesep vatandaşlık arasında, bu vatandaşlıkların sonuçları açısından bir fark doğurmaktadır. Kişinin aslî vatandaşlık devleti ile sıkı bir ilişkisi olmasa da, bu vatandaşlık her zaman uluslararası hukuk nezdinde tanınacakken, müktesep vatandaşlığın kişi ile devlet arasında sıkı bir ilişki olmadan verilmesi durumunda, bu vatandaşlık uluslararası hukukta tanınmayacaktır. Dolayısıyla, bu iki vatandaşlık kazanma metodu arasında uluslararası hukukta var olmayan bir ayırım getirilmiş olmakta ve buna bağlı olarak farklı sonuçlar öngörülmektedir. Böyle bir farklılık için herhangi bir dayanak noktası bulunmadığına göre, ya *Nottebohm* kararında etkin vatandaşlık doktrininin uygulaması tamamıyla yanlıştır, ya da bu doktrin yanlış bir şekilde formüle edilerek uygulanmıştır.

Nottebohm kararındaki ikinci sorun ise, Uluslararası Adalet Divanı'nın yaptığı muhakemenin kimin bir devletin vatandaşı olabileceği sorusunu yanıtlamaya yönelik olmasıdır.²¹ Her ne kadar, vatandaşlığa uluslararası hukuk düzleminde tanınacak sonuç uluslararası hukuka tâbi olsa da, Divan'ın da belirttiği üzere bir devletin kime vatandaşlık verip vermeyeceği meselesi tamamen ulusal hukuka tâbi bir konudur. Divan, her ne kadar bu ayırımı doğru bir şekilde yapmış olsa da, karardaki inceleme bu ayırımın tutarlı bir şekilde uygulan-

²⁰ Bkz. Unat, 72.

²¹ Karş. Unat, 18-19.

madığı kuşkusunu ortaya çıkarmaktadır. Belirtilen ilkeye göre, Lihtenştayn'ın zayıf bir bağlantıya rağmen Bay Nottebohm'a vatandaşlık verip vermeyeceği tamamen bir ulusal hukuk sorunudur. Her ne kadar vatandaşlık ilişkisi, hukukî niteliği gereği kişi ile devlet arasında sıkı bir bağ gerektirecekse de, söz konusu devletle sıkı bir bağı olmayan bir kişiye vatandaşlık verilmesi uluslararası hukuka aykırı bir işlem değildir.²² Bay Nottebohm'a verilen vatandaşlığın iyiniyet kurallarına aykırı olarak verildiğine ilişkin de herhangi bir saptama yapılmamıştır.²³ Bu nedenle, Uluslararası Adalet Divanı'nın uluslararası hukuk düzleminde Bay Nottebohm'un Lihtenştayn vatandaşlığı ile ilgili tartışılabileceği herhangi bir husus bulunmamaktadır. Oysa Divan'ın incelemesi, büyük ölçüde Bay Nottebohm'a hangi şartlarda vatandaşlık verildiği noktasındadır. Divan'ın yaptığı bu hukukî inceleme, Lihtenştayn'ın verdiği vatandaşlığın uluslararası hukukta ileri sürülebilir olup olmadığı sorusunun kapsamından çıktığı ve Lihtenştayn'ın Bay Nottebohm'a vatandaşlık verip veremeyeceği sorusunun kapsamına girdiği ölçüde hatalıdır. Bir kişiye vatandaşlık verilmesi için, devletle kişi arasında gerçek bir bağ ("*genuine link*") bulunmasını arayan ve *Nottebohm* kararında benimsenen yaklaşımın getirdiği sorun da, bir kişinin vatandaşlığının uluslararası hukuk düzleminde ileri sürülüp sürülemeyeceğini, o kişinin ulusal hukuk düzleminde vatandaşlığı nasıl kazandığına bağlamış olmasıdır. Kişinin bir devletin vatandaşlığını kazanması, tamamen o devletin yetkisinde kalan bir konu olduğuna göre, bu işlemin uluslararası hukuka veya iyiniyet kurallarına aykırı olmaması durumunda, vatandaşlığın uluslararası hukukta tanınması ve buna bağlı sonuçların doğması gerekir.

II. GÜNCEL ULUSLARARASI HUKUKTA DİPLOMATİK KORUMA İÇİN ARANAN VATANDAŞLIK ŞARTI VE "ETKİN VATANDAŞLIK" KAVRAMININ YERİ

A. Diplomatik Koruma Kurumu

Uluslararası hukukta bir devletin gerçek ya da tüzel kişiye karşı işlediği uluslararası hukuka aykırı fiilinden doğan sorumluluğunun diplomatik koruma²⁴ yöntemiyle hangi şartlar altında bir başka devlet tarafından ileri sürülebi-

²² Öte yandan, vatandaşlığın ayırıcı politikalara göre verilmesi, özellikle evlenen kadına vatandaşlığın kadın-erkek eşitliğine aykırı olarak verilmesi uluslararası hukuka aykırı bir işlem olabilir.

²³ Karş. Unat, 40.

²⁴ Diplomatik koruma, Nomer tarafından, "vatandaşı yabancı ülkede haksızlığa uğramış bulunan bir devletin, bundan dolayı yabancı devletle doğan anlaşmazlığının hukukî yollarla çö-

leceği, Uluslararası Hukuk Komisyonu tarafından John Dugard'ın özel rapor-törlüğü altında 2006 yılında hazırlanan ve aynı yıl Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'na sunulup onaylanan²⁵ Diplomatik Koruma Maddeleri'nde düzenlenmiştir.²⁶ Diplomatik Koruma Maddeleri bir uluslararası konvansiyon niteliğinde bağlayıcı kurallar öngörmemektedir. Ancak uluslararası hukuk içtihadında bu maddelerin uluslararası teamül hukukunu yansıttığı kabul edilmektedir.²⁷

Günümüzde hangi şartlar altında diplomatik koruma yöntemine başvuru-labileceği, güncel uluslararası teamül hukuku kurallarını yansıttığı kabul edilen Diplomatik Koruma Maddeleri'ne göre tespit edilebilecektir. Dolayısıyla, bir devletin başka devlete karşı diplomatik koruma yöntemine dayanarak dava açabilmesi için aranan vatandaşlık şartının hangi şartlar altında uluslararası hukukta kabul edilebileceği ve buna bağlı sonuçları doğurabileceği, Diplomatik Koruma Maddeleri'ne göre çözülebilecektir. Bu kapsamda, bir devletin kendi vatandaşına diplomatik koruma sağlayabilmesi için, ilgili kişinin söz konusu devlete “etkin vatandaşlık” bağıyla bağlı olmasının gerekip gerekmediği de yine Diplomatik Koruma Maddeleri'ne göre belirlenecektir.

Diplomatik koruma için vatandaşlık bağının bir şart olarak aranmasının arkasında yatan sebep, başka bir devletin uluslararası hukuka aykırı davranış-la vatandaşına zarar vermesi durumunda, bu davranışın aynı zamanda devlete de zarar verdiği yönünde bir faraziye bulunmasıdır. Bu faraziye ilk olarak 1758'de Emmerich de Vattel tarafından şu şekilde ifade edilmiştir: “her kim bir devletin vatandaşına kötü muamelede bulunursa, o kişi aynı zamanda vatandaşını korumak zorunda olan devlete zarar verir”.²⁸ Bu ilke Uluslararası Daimi Adalet Divanı'nın *Mavrommatis* kararında da kabul edilmiştir. Buna göre, kendi vatandaşının bir davasını diplomatik koruma yoluyla üstlenerek

zümlemesini temin için başvurduğu milletlerarası bir usul” olarak tarif edilmiştir (Ergin Nomer, *Türk Vatandaşlık Hukuku*, 20. Bası (Filiz, 2014), 24, dn. 33). Ayrıca bkz. Aslan Gündüz, *Milletlerarası Hukuk*, 7. Bası (İstanbul, 2014), 541-542.

²⁵ *BM Genel Kurulu'nun Resmi Kayıtları* (A/61/10) 22.

²⁶ Diplomatik Koruma Maddeleri ve bu maddelerle ilgili Uluslararası Hukuk Komisyonu tarafından hazırlanan şerh için bkz. Uluslararası Hukuk Komisyonu, 58. Toplantı Tutanağı, (2006) A/CN.4/L.684.

²⁷ *Diallo (Gine v Demokratik Kongo Cumhuriyeti)*, ICJ, İlk İtirazlar Hakkında Karar, 24.05.2007, (2007) *ICJ Reports* 582, §39.

²⁸ Emer de Vattel, *Le Droit des gens, ou principes de la loi naturelle* (MP Pradier-Fodéré (ed), Paris: Librairie de Guillaumin, 1863), II. Kitap, VI. Bölüm, §71.

diğer devlete karşı uluslararası yargılama başlatan bir devlet aslında kendi hakkını ileri sürmektedir. Bu hak, devletin, diğer devletlere karşı, kendi vatandaşlarına uluslararası hukuka uygun hareket etmelerini talep etme hakkıdır.²⁹ Diplomatik Koruma Maddeleri, bu faraziyeye yönelik bir eleştiri getirmiş,³⁰ fakat diplomatik korumanın devletin kendi haklarını mı yoksa koruma sağlanan vatandaşın haklarını mı ileri sürmek amacıyla kullanıldığı sorusuna bilinçli bir şekilde yanıt vermemiştir.³¹

B. Diplomatik Koruma İçin Aranılan Vatandaşlık Şartı

Diplomatik koruma prosedürün işletilmesi, Diplomatik Koruma Maddeleri'nde, öngörülen istisnalar hariç olmak üzere, geleneksel kural takip edilerek devlele koruma sağlanan kişi arasındaki vatandaşlık ilişkisine tâbi kılınmıştır.³²

Uluslararası Hukuk Komisyonu tarafından hazırlanan Diplomatik Koruma Maddeleri, devlele kişi arasındaki vatandaşlık ilişkisini çeşitli ihtimaller dahilinde değerlendirmiş ve hangi durumlarda devletin diplomatik koruma sağlayabileceğini düzenlemiştir. Bu kapsamda yapılan başlıca ayırım gerçek kişiler ile tüzel kişiler arasındadır. Bu makale, konusu gereği, sadece gerçek kişilerin bir devlele olan vatandaşlık ilişkilerini incelemektedir.

1. Kişinin tek vatandaşlığı olması hâlinde diplomatik koruma

Diplomatik Koruma Maddeleri m. 4, bir kişi için diplomatik koruma sağlamaya hakkı olan devleti, o kişinin ulusal hukuka göre ve uluslararası hukuka aykırı olmayacak şekilde vatandaşlığını kazandığı devlet olarak tanımlamıştır. Söz konusu maddede, vatandaşlığın kazanılma yöntemlerine ilişkin sınırlı sayıda olmayan örnekler verilmiştir.³³ Bu örneklerle göre, aslî vatandaşlık ile müktesep vatandaşlık arasında bir fark gözetilmemiştir.

Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun ilgili madde hakkındaki şerhinde, Uluslararası Adalet Divanı'nın *Nottebohm* kararında kullanılan etkin va-

²⁹ *Mavrommatis Filistin İmtiyazları (Yunanistan v Birleşik Krallık)*, 30.08.1924, (1924) PCIJ Ser A, No. 2, s. 12.

³⁰ Uluslararası Hukuk Komisyonu Diplomatik Koruma Maddeleri m. 1 şerhi, §3-§4.

³¹ Uluslararası Hukuk Komisyonu Diplomatik Koruma Maddeleri m. 1 şerhi, §5.

³² Uluslararası Hukuk Komisyonu Diplomatik Koruma Maddeleri m. 1 ve 3.

³³ Uluslararası Hukuk Komisyonu Diplomatik Koruma Maddeleri m. 4 şerhi, §1 ve §3.

tandaşlık kriteri tek vatandaşlığı olan kişiler açısından açıkça reddedilmektedir.³⁴ Buna göre, Diplomatik Koruma Maddeleri m. 4 kapsamında vatandaşına diplomatik koruma sağlamak isteyen devletin başka bir devlete karşı dava açabilmesi için ilgili kişi ile arasında gerçek bir bağın (“*genuine link*”) bulunduğunu ya da söz konusu kişinin kendisinin etkin vatandaşı olduğunu kanıtlaması gerekmeyecektir. Bir başka deyişle, gerçek bağ ya da etkin vatandaşlık şartı, tek vatandaşlığı olan kişilerde vatandaşlık devletin diplomatik koruma sağlaması için aranmayacaktır.

Uluslararası Hukuk Komisyonu’nun hazırladığı şerhte, Uluslararası Adalet Divanı’nın *Nottebohm* kararında genel bir kural yaratmak amacıyla olmadığı vurgulanmış; kararın somut olayın özel şartlarından dolayı bu sonuca ulaştığı belirtilmiştir.³⁵ Komisyon’un belirttiği bir diğer önemli husus ise, etkin vatandaşlık kriterinin katı bir şekilde uygulanmasının günümüzde milyonlarca kişinin diplomatik korumadan mahrum kalması sonucunu doğurabilecek olmasıdır.³⁶ Gerçekten de küresel dünyada ekonomik ve sosyal nedenlerle yaşanan göçler sonucu, dünya nüfusunun önemli bir bölümü vatandaşı oldukları devletin dışında yaşamaktadır. Bu kişiler, düzenlerini kurdukları devletin vatandaşlığını kimi zaman almamakta ya da alamamaktadırlar. Bu kişilerin diplomatik koruma talep edebilecekleri tek devlet, aralarındaki bağ zayıflamış olsa da, vatandaşlıklarını taşıdıkları devlettir. Kişinin vatandaşlık devleti, vatandaşının daha sıkı ilişki içinde bulunduğu devlete karşı dahi diplomatik koruma yöntemiyle dava açabilir.³⁷

2. Kişinin birden çok vatandaşlığı olması hâlinde diplomatik koruma

Uluslararası Hukuk Komisyonu’nun hazırladığı Diplomatik Koruma Maddeleri, gerçek kişinin birden çok vatandaşlık taşıması durumunda, vatan-

³⁴ Uluslararası Hukuk Komisyonu Diplomatik Koruma Maddeleri m. 4 şerhi, §5.

³⁵ Uluslararası Hukuk Komisyonu Diplomatik Koruma Maddeleri m. 4 şerhi, §5. Ayrıca bkz. Malcolm N. Shaw, *International Law*, 6. Bası (CUP, 2009), 814.

³⁶ Uluslararası Hukuk Komisyonu Diplomatik Koruma Maddeleri m. 4 şerhi, §5.

³⁷ Ancak Uluslararası Hukuk Komisyonu’nun bu yaklaşımı, *Nottebohm* kararının hatalı olduğu anlamına gelmemelidir. *Nottebohm* kararının verildiği dönemde, bir kişinin vatandaşı olduğu devletten daha sıkı ilişki içinde olduğu devlete karşı dava açılmasının, o dönemdeki uluslararası teamül hukukuna aykırı olduğu sonucuna ulaşılamaz. Buna ilişkin olarak bkz. Ian Brownlie, *Principles of International Law*, 7. Bası (OUP, 2008), 407 ve 409 (kitabın 8. basısında bu konuya ilişkin inceleme daha sınırlı tutulduğu için kitabın eski baskısına atf yapılmaktadır).

daşlık devletlerinin diplomatik koruma sağlayıp sağlayamayacağını iki ayrı ihtimalde değerlendirmiştir. Bu ihtimallerden ilki davanın kişinin vatandaşlık devletlerinden biri olmayan üçüncü bir devlete karşı açılma ihtimali (m. 6), diğeri ise davanın kişinin vatandaşlık devletlerinden birine karşı açılma ihtimalidir (m. 7).

Diplomatik Koruma Maddeleri m. 6, birden çok vatandaşlığı olan gerçek kişinin her bir vatandaşlık devletinin tek başına ya da bu devletler bir araya gelerek diplomatik koruma sağlayabileceğini düzenlemektedir.³⁸ Bu ihtimalde gerçek kişiye zarar vererek uluslararası hukuku ihlal eden devlete karşı kişinin vatandaşlık devletleri dava açabilecektir. Bu kural, gerçek kişinin tek vatandaşlığı olması durumunda, herhangi bir ek şart aranmaksızın vatandaşlık devletinin zarar veren devlete karşı dava açabilmesi ilkesini takip etmektedir. Buna göre, kişinin her bir vatandaşlık devleti, zarar veren devlete karşı uluslararası bir dava açabilecektir.³⁹ Bir başka deyişle, gerçek kişinin her bir vatandaşlık devletinin kendi vatandaşına diplomatik koruma sağlama hakkı bulunmaktadır. Bu devlet ile vatandaşı arasındaki ilişkinin zayıf olması, devletin vatandaşına diplomatik koruma sağlama hakkını ortadan kaldırmamaktadır.⁴⁰

Diplomatik Koruma Maddeleri m. 7’de ise, farklı bir düzenleme benimsenmiştir. Bu madde, birden çok vatandaşlığı olan gerçek kişi için bir vatandaşlık devletinin diğer vatandaşlık devletine karşı dava açması ihtimalini öngörmektedir. Söz konusu madde, gerçek kişinin vatandaşlık devletine karşı diplomatik koruma yöntemiyle uluslararası dava açılmasını tamamen engellememekte; ancak buna bir sınırlama getirmektedir. Bu hükme göre, ancak kişinin hakim olan vatandaşlığı üzerinden diplomatik koruma sağlanabilecektir. Bir diğer deyişle, ancak kişinin daha baskın bir şekilde vatandaşı olduğu devlet, diğer vatandaşlık devletine karşı bir dava açabilir. Güncel uluslararası hukukta, diplomatik koruma kurumu kapsamında, gerçek kişinin

³⁸ Birden çok vatandaşlık devletinin ayrı ayrı dava açması durumunda ise, davalı devletin aynı fiil ve aynı zarardan dolayı birden çok dava açılmasına itiraz etmesi mümkün olabilecektir (Uluslararası Hukuk Komisyonu Diplomatik Koruma Maddeleri m. 6 şerhi, §4). Bu itiraz, davanın kabul edilebilirliğine ilişkin bir itirazdır. Ancak uluslararası hukukta bu tip itirazlara uygulanacak kurallar net olarak belli değildir; ilgili mahkeme ya da hakem heyetinin uluslararası ilkeler ışığında bir karar vermesi gerekecektir.

³⁹ Uluslararası Hukuk Komisyonu Diplomatik Koruma Maddeleri m. 6 şerhi, §2; Shaw, 815.

⁴⁰ Karş. Nomer, 40-41; Vahit Doğan, *Türk Vatandaşlık Hukuku*, 12. Bası (Savaş, 2014), 13 ve 26.

etkin vatandaşlığı gibi bir kriter ancak bu bağlamda dikkate alınmakta ve kullanılmaktadır.

Bir vatandaşlık devletinin öteki vatandaşlık devletine dava açmasına izin veren anlayış, 20. yüzyılın başında kabul edilen daha klasik anlayıştan farklıdır.⁴¹ Benzer bir konudaki bir başka kodifikasyon çalışması olan 1930 tarihli Vatandaşlık Kanunları İhtilafı ile ilgili Bazı Konular Hakkında Lahey Konvansiyonu m. 4, bir vatandaşlık devletinin öteki vatandaşlık devletine karşı diplomatik koruma yöntemiyle dava açmasına izin vermemektedir. Uluslararası Adalet Divanı'nın 1949 yılında verdiği bir danışma görüşünde de, bir vatandaşlık devletinin diğer vatandaşlık devletine karşı diplomatik koruma yöntemiyle dava açmaması olağan bir uygulama olarak tarif edilmiştir.⁴² Bu açıdan, Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun hazırladığı Diplomatik Koruma Maddeleri'nin daha ilerici bir anlayışla kaleme alındığı kabul edilebilir.

Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun benimsediği yaklaşım, 2. Dünya Savaşı sonrası verilen çeşitli uluslararası dava kararlarına dayanmaktadır. Bu kararlardan en önemlisi, İtalya-ABD Uzlaşma Komisyonu'nun *Mergé* kararıdır. 1955 yılında verilen kararda, klasik yaklaşımın temelinde bulunan devletlerin eşit egemenliği ilkesinin, etkin vatandaşlık ilkesine boyun eğmesi gerektiği belirtilmiştir. Bunun sonucunda, Uzlaşma Komisyonu, ABD'nin söz konusu uyuşmazlık çözüm yolu önünde, hem İtalyan, hem ABD vatandaşı olan kişilerin ABD vatandaşlığının etkin vatandaşlık olması şartıyla kendi vatandaşlarını korumaya hakkı olduğunu belirtmiştir.⁴³ Bu yaklaşım Uzlaşma Komisyonu'nun diğer kararlarında da uygulama bulmuştur.⁴⁴

Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun hazırladığı şerhte de vurgulandığı üzere, ağırlıklı ya da hakim olan vatandaşlık göreceli bir kavramdır. Diplomatik Koruma Maddeleri, söz konusu hükümde etkin vatandaşlık ya da baskın vatandaşlık gibi bir kavram kullanmaktan kaçınmıştır. Böylece kişinin vatandaşlık devleti, diğer vatandaşlık devletine karşı bir dava açtığında, o kişinin

⁴¹ Fakat kimi yazarlar bu konudaki görüşlerini daha klasik anlayışa dayandırmaktadır. Örneğin bkz. B. Bahadır Erdem, *Türk Vatandaşlık Hukuku*, 3. Bası (Beta, 2013), 19; Nomer, 38.

⁴² *Birleşmiş Milletler Görevi Sırasında Doğan Zararın Tazmini*, ICJ Danışma Görüşü, 11.04.1949, (1949) *ICJ Reports* 174, 186.

⁴³ *Mergé (ABD v İtalya)*, İtalya-ABD Uzlaşma Komisyonu, Karar No. 55, 10.06.1955, XIV *UNRIIA* 236, 247.

⁴⁴ Uluslararası Hukuk Komisyonu Diplomatik Koruma Maddeleri m. 7 şerhi, §3.

hangi devletle daha güçlü bağlara sahip olduğu araştırılacaktır.⁴⁵ Yine de, kişinin bir vatandaşlık devletine karşı diğer vatandaşlık devletinin diplomatik koruma yoluyla hak talebinde bulunması istisnaî bir mekanizmadır.⁴⁶

III. ULUSLARARASI YATIRIM TAHKİMİNDE GERÇEK KİŞİNİN VATANDAŞLIĞI: “ETKİN VATANDAŞLIK SORUNSALI” VE BİRDEN ÇOK VATANDAŞLIK DURUMU

Uluslararası hukukta gerçek kişinin vatandaşlığının tespitinin önem arz ettiği alanlardan biri de uluslararası yatırım tahkimidir. Uluslararası yatırım hukukunda bir yandan uluslararası hukuk koruması, öte yandan da uluslararası tahkimin yetkisi vatandaşlık esasına göre belirlenmektedir. Uluslararası yatırım hukukunda tanınan esasa ve usule ilişkin hakların gerçek kişinin etkin vatandaşlığına bağlı olup olmadığı ve gerçek kişinin birden çok vatandaşlığı olması durumunda söz konusu haklardan yararlanıp yararlanamayacağı dikkatli bir şekilde incelenmelidir.

A. ICSID Tahkimi

Uluslararası yatırım tahkimine ilişkin bakılması gereken ilk hukukî metin, 1965 tarihli Devletler ile Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümü Hakkında Konvansiyon’dur (ICSID Konvansiyonu). Her ne kadar, bütün uluslararası yatırım uyuşmazlıkları Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıkları Çözüm Merkezi (ICSID) çatısı altına taşınmasa da, ICSID bu uyuşmazlıkların önemli bir bölümünün görüldüğü bir tahkim merkezidir. Bir uyuşmazlığın ICSID’de görülebilmesi için, ICSID Konvansiyonu m. 25 uyarınca ICSID tahkiminin yetki şartlarının karşılanması gerekir. Bu yetki şartlarından biri de, yatırım uyuşmazlığının iki tarafından biri olan yatırımcının (diğer taraf devlettir) ICSID Konvansiyonu’na taraf diğer bir devletin (davanın açıldığı devletten başka bir devletin) vatandaşı olmasıdır.

1. Birden çok vatandaşlığı olan yatırımcının aynı zamanda davalı devletin vatandaşı olması

ICSID Konvansiyonu m. 25(2)(a) gerçek kişi yatırımcıların yerine getirmeleri gereken “başka bir âkit devlet vatandaşı olma” şartından ne anlaşılması gerektiğini açıklamıştır. Bu hüküm uyarınca, uyuşmazlığın tarafı olan devlet

⁴⁵ Uluslararası Hukuk Komisyonu Diplomatik Koruma Maddeleri m. 7 şerhi, §4.

⁴⁶ Uluslararası Hukuk Komisyonu Diplomatik Koruma Maddeleri m. 7 şerhi, §6.

vatandaşları, aynı zamanda ICSID Konvansiyonu'na taraf bir başka devletin vatandaşı olsalar dahi, “başka bir âkit devlet vatandaşı” olarak sayılmayacaklardır. Birden çok vatandaşlığı olan yatırımcının vatandaşı olduğu devletlerden birine karşı dava açmak istemesi durumunda, ICSID Konvansiyonu'nda, Diplomatik Koruma Maddeleri m. 7'den farklı bir çözümün benimsendiği aşikardır. Buna göre, birden çok vatandaşlığı olan bir yatırımcının kendi devletine ICSID'de dava açmak istemesi durumunda, bu yatırımcının hangi vatandaşlığının daha ağırlıklı olduğuna bakılmadan,⁴⁷ davanın reddedilmesi gerekecektir, çünkü yatırımcı olumsuz bir yetki şartının gereğini yerine getirmemiş olacaktır.⁴⁸

Öte yandan, bu kuralın çok istisnai durumlarda uygulanmayabileceği de belirtilmiş, fakat uluslararası yatırım tahkimi içtihadında böyle bir durumla karşılaşılmamıştır. Şöyle ki, bir devlet kan esasına dayanarak vatandaşlık verir ve bu esasın nesiller boyunca devam edeceğini öngörürse, bu devletle hiçbir bağı kalmayan ancak üç-dört nesil önce bu devletin vatandaşı olan bir kişinin torunu sıfatıyla ve kendi iradesi dışında bu devletin vatandaşı olan bir kişinin söz konusu devlet vatandaşlığı dikkate alınmayabilecektir.⁴⁹ Bu durumda, yatırımcının kendi vatandaşı olduğunu ileri sürerek yatırım tahkiminin yetkisine itiraz eden devletin savunması dinlenmeyebilir.

Bu durumun dışında da, davacı yatırımcının yatırım yapması sebebiyle evsahibi devletin vatandaşlığını kazanması durumunda, olumsuz yetki şartının işlemeyeceği (yatırımcının evsahibi devletin vatandaşı olduğunun dikkate alınmayacağı) ifade edilmiştir.⁵⁰ Bu görüş, ancak, evsahibi devletin yatırımcıya uluslararası hukuka aykırı olarak vatandaşlık vermesi durumunda desteklenebilir.⁵¹ Örneğin, evsahibi devlet, yatırımcının iradesi dışında, sırf o devlette

⁴⁷ Mustafa Erkan, *Milletlerarası Tahkimde Yetki Sorunları* (Yetkin, 2013), 225-226.

⁴⁸ *Champion Trading & Wahba v Mısır Arap Cumhuriyeti*, ICSID Dava No. ARB/02/9, Yetki Hakkında Karar, 21.10.2003, 16; *Waguih Elie George Siag & Clorinda Vecchi v Mısır Arap Cumhuriyeti*, ICSID Dava No. ARB/05/15, Yetki Hakkında Karar, 11.04.2007, §196; Christoph H Schreuer / Loretta Malintoppi / August Reinisch / Anthony Sinclair, *The ICSID Convention: A Commentary*, 2. Bası (CUP, 2009), 272.

⁴⁹ *Champion Trading*, 17.

⁵⁰ Erkan, 234.

⁵¹ Uluslararası Hukuk Komisyonu tarafından hazırlanan Diplomatik Koruma Maddeleri m. 4, uluslararası hukukla bağdaşmayan vatandaşlık kazanımlarının dikkate alınmayacağını belirtmiştir.

belli bir süre kaldığı için vatandaşlık veriyorsa, bu vatandaşlık açılacak ICSID davasında dikkate alınmayabilir.⁵² Bu durumda, evsahibi devlet, olumsuz yetki şartının yerine getirilmediğini iddia ettiğinde, yatırımcı da, karşı tarafın itirazının dayandığı vatandaşlığın uluslararası hukukta ileri sürülemeyeceğini belirtebilecektir. Fakat bu olasılık dışında, yatırımcının evsahibi devletin vatandaşlığını kazanması hâlinde, bu vatandaşlığın dikkate alınmaması mümkün değildir. Bir başka deyişle, yatırımcı, yatırımını yaptıktan sonra evsahibi devletin vatandaşlığına başvurduysa ve bu vatandaşlığı uluslararası hukuka uygun olarak aldıysa, artık ICSID m. 25(2)(a)'da yer alan olumsuz yetki şartının işlememesi için bir sebep bulunmayacaktır. Bu durumda, yatırımcı aynı zamanda evsahibi devletin de vatandaşı olduğu için ICSID'de dava açamayacaktır.

2. Yatırımcının dikkate alınan vatandaşlığı kapsamında “etkin vatandaşlık” tartışması

Davacı yatırımcının, evsahibi devletten (dava açtığı devletten) başka bir devletin vatandaşı olduğunu ortaya koyabilmesinde, ilgili devletle etkin ve gerçek bir ilişkisinin var olup olmadığına bakılmayacaktır. Örneğin *Micula v Romanya* davasında, davacı yatırımcılar Rumen vatandaşlığından çıkmış İsveç vatandaşı iki kardeştir. Her iki davacının da tek bir vatandaşlığı bulunmaktadır. Ancak davalı Romanya devleti, Micula kardeşlerin Romanya ile gerçek bağlantılarını koparmadıklarını belirtmiş ve yatırım tahkiminin yetkisine itiraz etmiştir. Bu itirazın karşısında, hakem heyeti, uluslararası yatırım hukukunda *Nottebohm* kararının ve bu karardaki gerçek bağlantı kriterinin uygulama alanı olup olmadığını değerlendirmek durumunda kalmıştır. Bir başka deyişle, Micula kardeşlerin vatandaşı oldukları İsveç’le gerçek bir bağlantılarının olmadığı, İsveç vatandaşlıklarının etkin olmadığı, dolayısıyla güçlü bağlantılarının bulunduğu Romanya’ya karşı bu vatandaşlıklarının ileri sürülemeyeceği iddia edilmiştir.⁵³ Hakem heyeti, Uluslararası Hukuk Komisyonu’nun hazırladığı ve bu makalenin ikinci başlığı altında incelenen

⁵² Uluslararası Hukuk Komisyonu Diplomatik Koruma Maddeleri m. 4 şerhi, §8, bir kişinin vatandaşlığı iradesi dışında ve uluslararası hukukla bağdaşmayacak şekilde kazanması durumunda, bu vatandaşlığının dikkate alınmayacağını ve önceki vatandaşlığı ya da diğer vatandaşlığı üzerinden bir uluslararası dava açılabileceğini belirtmiştir.

⁵³ *Ioan Micula & Viorel Micula v Romanya*, ICSID Dava No. ARB/05/20, Yetki ve Kabul Edilebilirlik Hakkında Karar, 24.09.2008, §98.

Diplomatik Koruma Maddeleri'ni dikkate almış⁵⁴ ve ICSID Konvansiyonu çerçevesinde *Nottebohm* kararındaki gerçek bağlantı kriterinin uygulanması için herhangi bir dayanağın olmadığını belirtmiştir.⁵⁵ *Siag & Vecchi v Mısır* davasında da, hakem heyeti, ICSID Konvansiyonu m. 25 kapsamında hakem heyetinin yetkisinin belirlenmesinde baskın veya etkin vatandaşlık kriterinin hiçbir şekilde uygulanamayacağını belirtmiştir.⁵⁶

Her ne kadar, gerek *Micula v Romanya*, gerekse de *Siag & Vecchi v Mısır* davasında, ICSID Konvansiyonu çerçevesinde etkin vatandaşlığa dayanan bir itirazın yapıp yapılamayacağı tek bir vatandaşlığı olan yatırımcılar açısından tartışılmış olsa da, bu yatırımcıların davalı devlet dışında birden çok devletin vatandaşlığını taşıması durumunda da benzer bir sonuca ulaşmak gerekecektir.⁵⁷ Gerçekten de, bu kararlarda Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun hazırladığı Diplomatik Koruma Maddeleri'ne atıfta bulunulmuş ve ICSID Konvansiyonu açısından etkin vatandaşlık ilkesinin hiçbir uygulama yeri olmadığı belirtilmiştir.⁵⁸ Dolayısıyla, bu davalarda yatırımcıların birden çok vatandaşlıkları olsaydı bile (bu vatandaşlıklardan birinin davalı devletin vatandaşlığı olmadığı sürece), hakem heyetlerinin etkin vatandaşlığa dayanan bir itirazı kabul etmeyeceği aşikardır.

Saba Fakes v Türkiye davasında, hakem heyetinin ulaştığı sonuç bu değerlendirmeyi doğrulamaktadır. Bay Fakes, hem Ürdün, hem Hollanda vatandaşıdır. Davalı Türkiye Cumhuriyeti, Bay Fakes'in Hollanda vatandaşlığının etkin olmadığını belirtmiş; bu nedenle Bay Fakes'in Hollanda vatandaşlığı üzerinden ICSID tahkiminin yetkisinin kurulmasına itiraz etmiştir.⁵⁹ Hakem heyeti, ICSID Konvansiyonu m. 25'te birden çok devletin vatandaşı olmakla ilgili getirilen tek açık yetki sınırlamasının, yatırımcının evsahibi devletin vatandaşlığına sahip olması durumu olduğunu hatırlatmış;⁶⁰ ICSID Konvansiyonu'nun, en az bir taraf devletin vatandaşı olan ve birden çok vatandaşlığı bulunan gerçek kişilerin, aynı zamanda evsahibi (davalı) devletin

⁵⁴ *Micula*, §99.

⁵⁵ *Micula*, §100.

⁵⁶ *Siag & Vecchi*, §198.

⁵⁷ Aynı yönde, Ergin Nomer / Nuray Ekşi / Günseli Öztekin Gelgel, *Milletlerarası Tahkim Hukuku*, Cilt I, 4. Bası (İstanbul, 2013), 112. Aksi yönde, Erkan, 233.

⁵⁸ Karş. Schreuer/Malintoppi/Reinisch/Sinclair, 270-271.

⁵⁹ *Saba Fakes v Türkiye Cumhuriyeti*, ICSID Dava No. ARB/07/20, Karar, 14.07.2010, §54.

⁶⁰ *Fakes*, §61.

de vatandaşı olmadıkları sürece, ICSID’de dava açmalarını engellemediği sonucuna ulaşmıştır.⁶¹ Dolayısıyla, ICSID tahkiminin yetkisinin kurulmasında, etkin vatandaşlık kriteri hiçbir surette uygulanmayacaktır.⁶² Birden çok vatandaşlığı bulunan yatırımcının, sadece bir vatandaşlığının ya da bütün vatandaşlıklarının taraf devlet vatandaşlığı olması ICSID tahkiminin yetkisinin kurulacağı sonucunu değiştirmeyecektir.

3. Sonuç

ICSID Konvansiyonu m. 25 kapsamında yatırımcının hangi vatandaşlığının dikkate alınması gerektiğine ilişkin bir değerlendirme yapılırken Uluslararası Hukuk Komisyonu’nun hazırladığı Diplomatik Koruma Maddeleri doğrudan uygulama bulamayacaktır.⁶³ ICSID tahkimi, gerçek kişinin vatandaşlığına ilişkin olarak farklı kurallar ve farklı bir rejim benimsemiştir. Yine de ICSID kararlarında, ICSID tahkiminde yetki tesis edilirken etkin vatandaşlık kriterinin uygulanmayacağı konusunda Diplomatik Koruma Maddeleri bir dayanak olarak gösterilmiştir. Sonuç olarak, yatırımcının davalı devlet dışında bir veya birden çok devletin vatandaşı olması durumunda, yatırımcının bu vatandaşlıkları ileri sürmesine, bu vatandaşlıkların yatırımcının etkin vatandaşlığı olmadığı belirtilerek itiraz edilemeyeceği gibi, yatırımcının davalı devlet vatandaşlığını da başka bir vatandaşlıkla beraber taşıması ihtimalinde, yatırımcı, davalı devlet vatandaşlığının kendi etkin vatandaşlığı olmadığını, dolayısıyla “başka taraf devlet vatandaşı” şartını yerine getirdiğini ileri süremeyecektir.

B. Uluslararası Yatırım Antlaşmaları

Uluslararası yatırım tahkiminde, vatandaşlığın belirlenmesinin önem arz ettiği diğer hukukî enstrüman uluslararası yatırım antlaşmalarıdır. İki ya da çok taraflı yatırım antlaşmaları tanımladıkları yatırımcılara bir yandan kimi maddî uluslararası haklar tanırlar. Diğer yandan ise, başta antlaşmanın sağladığı uluslararası korumanın evsahibi devlet tarafından ihlal edilmesinden kaynaklanan uyuşmazlıklar olmak üzere, evsahibi devlet ile tanımlanan yatırımcılar arasındaki yatırım uyuşmazlıklarının yatırım tahkiminde görülebil-

⁶¹ *Fakes*, §62.

⁶² *Bkz. Fakes*, §63.

⁶³ Zachary Douglas, *The International Law of Investment Claims* (CUP, 2009), 323-325.

mesi amacıyla evsahibi devletin tahkim onayını barındırırlar. İlgili yatırım antlaşmasındaki maddi uluslararası korumadan ve antlaşmada yer alan tahkim iradesinden yararlanabilmek için, yatırımcının, antlaşmanın tanım maddesindeki yatırımcı kriterini yerine getirmesi gerekir.

Bugüne kadar imzalanan yaklaşık 3000 iki taraflı yatırım antlaşması⁶⁴ ile nispeten az sayıda olmakla beraber uluslararası ticaretin kalbini oluşturan çok taraflı ticaret antlaşmalarındaki yatırım hukuku bölümünün ve çok taraflı yatırım antlaşmalarının yatırımcıyı hep aynı şekilde tanımladığı düşünülemez. Söz konusu uluslararası antlaşmalarda yatırımcının belli bir yönde tanımlanmasına ilişkin bir ilke ya da kural bulunmamakta; bu husus tamamen antlaşmaya taraf devletlerin iradesine bırakılmaktadır.⁶⁵ Öte yandan, birbirini çoğu zaman kopya eden bu antlaşmalarda genel birkaç yaklaşımın olduğu gözlemlenebilir.

Gerçekten de başlıca model yatırım antlaşmaları incelendiğinde gerçek kişi yatırımcının yeknesak bir biçimde tanımlanmadığı görülebilir.⁶⁶ En basit tipteki düzenleme, tanım maddesinde yatırımcının antlaşmaya taraf devletlerden birinin vatandaşı olarak belirlenmesi, ardından da tahkim iradesinin antlaşmaya taraf devletle diğer taraf devletin vatandaşı arasındaki uyumsuzluklar için verilmesidir.⁶⁷ Çok taraflı bir uluslararası yatırım antlaşması olan Enerji Şartı Antlaşması da benzer bir biçimde m. 1(7)'de gerçek kişi yatırımcıyı taraf devletin vatandaşı ya da ilgili taraf devlette kalıcı şekilde yerleşim yeri olan kişi olarak tanımlamış, ardından da m. 26'da bir taraf devletle başka bir taraf devletin yatırımcısı arasında doğabilecek bir uyumsuzluk için taraf devletlerin tahkim iradesini düzenlemiştir.

⁶⁴ 'http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA', ziyaret tarihi 12.12.2015.

⁶⁵ Erkan, 222. Yazar bu tespiti güçlendirmek için İtalya ile Arjantin ve Şili ile Arjantin arasındaki yatırım antlaşmalarındaki ek şartları örnek olarak vermiştir.

⁶⁶ Farklı tanımlara ilişkin bir inceleme için bkz. Campbell McLachlan / Laurence Shore / Matthew Weiniger, *International Investment Arbitration: Substantive Principles* (OUP, 2007), 140-142.

⁶⁷ Örneğin Fransız Model Yatırım Antlaşması m. 1(2) ve m. 7 (model antlaşma için bkz. 'http://www.italaw.com/documents/ModelTreatyFrance2006.pdf', ziyaret tarihi 08.12.2015). Buna yakın bir düzenleme Alman Model Yatırım Antlaşması'nda da bulunmaktadır (model antlaşma için bkz. 'http://www.italaw.com/sites/default/files/archive/ita1025.pdf', ziyaret tarihi 08.12.2015).

1. Yatırımcının hem davalı devletin hem de yatırım antlaşmasının diğer taraf devletin vatandaşı olması

Belirtilen basit tipteki yatırım antlaşmalarında ICSID Konvansiyonu m. 25(2)(a)'dakine benzer bir olumsuz yetki şartı bulunmamaktadır. Bir diğer deyişle, bu yatırım antlaşmaları yatırımcının aynı zamanda dava açmak istediği evsahibi devletin vatandaşı olmasını, yatırımcının, yatırım antlaşmasından yararlanamamasına neden olan bir durum olarak göstermemiştir. Elbette, bu durumda, söz konusu yatırım antlaşmasındaki tahkim iradesine dayanılarak ICSID'de dava açılmayacaktır; çünkü bu ihtimalde ICSID Konvansiyonu'nda öngörülen şartlar yerine getirilmemiş olacaktır. Fakat bu antlaşmalarda yatırımcının başka tahkim merkezlerinde (örneğin ICC'de) ya da *ad hoc* tahkimde (özellikle UNCITRAL kurallarına göre) dava açabileceği belirtilmişse, evsahibi (davalı) devletle yatırım antlaşmasına taraf diğer bir devletin vatandaşlığına sahip gerçek kişi yatırımcının ICSID haricindeki bu diğer tahkim yollarında yatırım tahkimi davası açıp açamayacağı ayrıca incelenmelidir. Bu yatırım antlaşmalarında, yatırımcının başka bir vatandaşlıkla beraber evsahibi devletin vatandaşlığını taşıması, onun yatırım antlaşmasında öngörülen maddi haklardan ve uyuşmazlık çözüm maddesinde düzenlenen tahkim iradesinden yararlanmasını kesin şekilde engelleyen bir sebep olarak düzenlenmemiştir. Böyle bir durumda, yatırımcının yatırım antlaşmasından yararlanıp yararlanamayacağı sorununu çözmek için, ilgili yatırım antlaşmasında özel bir kural olmaması sebebiyle, uluslararası hukukun diğer kaynaklarına bakmak gerekecektir.

Uluslararası hukukta doğrudan bu konuya ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun hazırladığı Diplomatik Koruma Maddeleri m. 7, söz konusu duruma doğrudan uygulanamasa da, hem konuya en yakın düzenleme sıfatıyla, hem de vatandaşlığa ilişkin güncel uluslararası teamül hukukunu kodifiye eden metin olarak kıyasen uygulanabilecektir.⁶⁸ Diplomatik Koruma Maddeleri, gerçek kişinin bir başka vatandaşlıkla beraber dava açılmak istenen devletin vatandaşlığını taşımasını, böyle bir davanın açılması için kesin bir dava engeli olarak düzenlememiştir. Gerçek kişinin diğer vatandaşlığının, dava açılmak istenen devletin vatandaşlığına göre daha baskın olması hâlinde, Diplomatik Koruma Maddeleri kıyasen uy-

⁶⁸ Monique Sasson, *Substantive Law in Investment Treaty Arbitration: The Unsettled Relationship Between International and Municipal Law* (Wolters Kluwer, 2010), 54.

gulanırsa, bu diğer vatandaşlığa dayanılarak yatırım antlaşması anlamında “diğer taraf devletin yatırımcısı” sıfatı kazanılabilecektir. Bunun için, yatırımcının vatandaşı olduğu antlaşmaya taraf diğer devletle, evsahibi devlete göre daha sıkı ilişki içinde olması ve bu vatandaşlığının yatırımcının daha baskın vatandaşlığı olması gerekir.

Uluslararası yatırım antlaşmasında, ICSID Konvansiyonu’ndakine benzer bir olumsuz yetki şartı olmayan böyle bir durumda, yatırım antlaşmasına taraf diğer bir devletin vatandaşı olarak kabul edilen yatırımcı, bu antlaşmadaki uyumsuzluk çözüm maddesinden yararlanabilecektir.⁶⁹ Fakat antlaşmada belirtilen yollardan biri ICSID tahkimi olsa da, yatırımcı, ICSID Konvansiyonu kapsamında halen evsahibi devletin de vatandaşı olarak değerlendirileceği ve bu durum olumsuz yetki şartı olarak düzenlendiği için, ICSID’de dava açamayacaktır.

Özellikle daha ayrıntılı düzenlemeler içeren ABD Model Yatırım Antlaşması metni dikkate alınarak hazırlanmış yatırım antlaşmalarının tanım maddesinde gerçek kişi yatırımcı tanımlanırken (m. 1), söz konusu yatırımcının birden çok vatandaşlığı bulunuyorsa, bu kişinin münhasır olarak baskın ve etkin vatandaşlığının dikkate alınacağı belirtilmiştir.⁷⁰ ABD Model Yatırım Antlaşması, bu noktada, Diplomatik Koruma Maddeleri’nde öngörülen düzenlemeye denk bir çözüm getirmektedir. Bu açıdan, ABD Model Yatırım Antlaşması’nın uluslararası teamül hukukunu yansıttığı söylenebilir.⁷¹ Öte yandan, bir uluslararası yatırım antlaşmasının ABD Model Yatırım Antlaşması’nın tam tersine ve ICSID Konvansiyonu’na benzer bir şekilde, birden çok vatandaşlığı bulunan gerçek kişilerin vatandaşı oldukları devletlere kesin surette dava açamayacağını düzenlemesinin önünde de bir engel bulunmamaktadır.

⁶⁹ Douglas, 321.

⁷⁰ Amerika Birleşik Devletleri 2012 Model Yatırım Antlaşması için bkz. ‘<https://ustr.gov/sites/default/files/BIT%20text%20for%20ACIEP%20Meeting.pdf>’, ziyaret tarihi 08.12.2015.

⁷¹ Karş. Christopher F Dugan / Don Wallace / Noah D. Rubins / Borzu Sabahi, *Investor-State Arbitration* (OUP, 2008), 304. Yazarlar aynı sonuca benzer hükümler öngören CAFTA-DR (Orta Amerika – Dominik Cumhuriyeti Serbest Ticaret Antlaşması) açısından ulaşımlardır. Ancak yazarlar uluslararası teamül hukukundaki bu sonucun Uluslararası Adalet Divanı’nın *Nottebohm* kararına yansıdığını da belirtmişlerdir. Oysa, *Nottebohm* kararı, yukarıda da incelendiği üzere, hem farklı bir bağlamda verilmiş bir karardır, hem de güncel uluslararası teamül hukukuna aykırıdır.

2. Yatırımcının dikkate alınan vatandaşlığı kapsamında “etkin vatandaşlık” tartışması

Gerçek kişi yatırımcının başka bir devletin vatandaşlığı ile birlikte aynı zamanda dava açmak istediği evsahibi devletin de vatandaşlığını taşıması durumu dışında kalan ihtimallerde ise, yukarıda ICSID Konvansiyonu kapsamında yapılan değerlendirmelere benzer sonuçlara ulaşılabacaktır.

Bu anlamda, tek vatandaşlığı olan gerçek kişi ile bu kişinin vatandaşı olduğu devlet arasında gerçek bağlantı olması gerektiğini arayan *Nottebohm* kararının yatırım antlaşmalarındaki vatandaşlık şartı için de uygulama alanı bulması söz konusu olmayacaktır. *Micula* davasında da, hakem heyeti, gerçek bağlantı doktrininin uluslararası yatırım antlaşmasındaki vatandaşlık şartı için kullanılamayacağını belirtmiştir.⁷² Hakem heyeti, yatırım antlaşmalarında, taraf devletlerin yatırımcı sıfatı için vatandaşlığa ek kimi şartlar aramakta serbest olduklarını; ancak ilgili yatırım antlaşmasında böyle bir belirlemenin yokluğunda gerçek bağlantı doktrinin öngördüğü gibi bir ek şartın uygulama bulamayacağını belirtmiştir.⁷³

Aynı şekilde, gerçek kişinin, aralarında evsahibi devletin vatandaşlığı olmayan birden çok devletin vatandaşı olması, bu devletlerden biri ile evsahibi devlet arasındaki yatırım antlaşmasından yararlanmasını engellemeyecektir. Örneğin *Saba Fakes v Türkiye* davasındaki ICSID hakem heyeti, *Micula* davasındaki gibi, ilgili yatırım antlaşmasındaki yatırımcı tanımından, taraf devletlerin, yatırımcının bu antlaşma kapsamındaki vatandaşlığının etkin olmasını gerekli görmediği sonucuna ulaşmıştır.⁷⁴ Söz konusu antlaşmadaki yatırımcı tanımı, taraf devletlerden birinin vatandaşı olan gerçek kişileri yatırımcı olarak kabul etmektedir. Bu hüküm, yatırımcının vatandaşlığına ilişkin ek bir şart öngörmemektedir. Böyle bir şartın öngörülmemesi, bu yatırım antlaşmasının çifte vatandaşların korunmasını kapsam dışı bırakmadığı anlamına gelmektedir.⁷⁵ *Micula* kararına paralel olarak *Fakes* davasında da hakem heyeti, taraf devletlerin yatırım antlaşmasında bu durumun aksini kararlaştırma, yani taraf devletin yatırımcı olarak kabul edilmek için kimi ek şartlar öngörme imkanlarının bulunduğunu belirtmiş; bu imkandan yararlanmayan taraf devletlerin böyle bir ek şart

⁷² *Micula*, §101.

⁷³ *Micula*, §101.

⁷⁴ *Fakes*, §64.

⁷⁵ *Fakes*, §65.

öngörme iradesinde olmadıkları sonucuna ulaşmıştır.⁷⁶ Bu değerlendirmenin ışığında, yatırım antlaşmasının ek bir şart öngörmemesi durumunda, bir devlete karşı dava açan ve çifte vatandaşlığı bulunan bir gerçek kişinin, ileri sürdüğü taraf devlet vatandaşlığının kişinin en sıkı vatandaşlığı olması gerekmediği gibi, etkin olarak kullanılan vatandaşlıklarından biri olması bile aranmamaktadır.⁷⁷

Bu yaklaşım Kasım 2015 tarihli bir yatırım tahkimi kararında da onaylanmıştır. Al Tamimi adlı bir ABD vatandaşının Umman'a karşı açtığı bir davada, davalı devlet, yatırımcının aynı zamanda Birleşik Arap Emirlikleri vatandaşı olduğunu, hatta bu vatandaşlığının baskın olduğunu iddia etmiştir. Hakem heyeti, her ne kadar ilk olarak davalı devletin bu iddiasını ispatlayamadığını belirtmiş olsa da,⁷⁸ daha sonra, her halükârda üçüncü bir devletin de vatandaşlığına sahip olmanın ilgili uluslararası yatırım antlaşmasına dayanılmasını engellemeyeceğini ifade etmiştir.⁷⁹

C. İran-ABD Dava Mahkemesi

Gerek yapısı, gerek şahsî yetki kuralı, gerekse de getirdiği maddî koruma uyarınca yatırım tahkimine benzeyen bir diğer uyuşmazlık çözüm yolu da İran-ABD Dava Mahkemesi'dir. İran-ABD Dava Mahkemesi, diplomatik ilişkilerini kopartan İran ve ABD'nin Cezayir'in aracılığı ile kurduğu bir uluslararası tahkimdir. Bu uyuşmazlık çözüm yolunu kuran metin, Cezayir'in her iki devletin onayını aldıktan sonra tek taraflı yaptığı 19 Ocak 1981 tarihli Cezayir Bildirisi'dir.⁸⁰ Cezayir Bildirisi m. II'ye göre, İran-ABD Dava Mahkemesi'nin İran ve ABD'nin birbirine karşı talepleriyle her iki devlet vatandaşlarının diğer devlete karşı taleplerini görmeye yetkisi bulunmaktadır.

Bu çerçevede, çifte vatandaşlığı bulunan bir gerçek kişinin bu tahkim mekanizmasında dava açıp açamayacağı sorusunun yanıtlanması gerekmiştir.⁸¹ Gerçekten de, Nasser Esphahanian adlı İran doğumlu, ama sonradan ABD

⁷⁶ *Fakes*, §70.

⁷⁷ Bkz. *Fakes*, §79.

⁷⁸ *Adel A Hamadi Al Tamimi v Umman Sultanlığı*, ICSID Dava No. ARB/11/33, Karar, 03.11.2015, §271.

⁷⁹ *Al Tamimi*, §274.

⁸⁰ '<http://www.iusct.net/General%20Documents/2-Claims%20Settlement%20Declaration.pdf>', ziyaret tarihi 13.12.2015.

⁸¹ Bir inceleme için bkz. Charles Nelson Brower & Jason D Brueschke, *The Iran-United States Claims Tribunal* (Martinus Nijhoff, 1998), 288-322.

vatandaşlığı kazanmış bir gerçek kişi İran'a (daha doğrusu bir İran devlet kurumuna) karşı dava açmıştır.⁸² İran-ABD Dava Mahkemesi, davacının çifte vatandaşlığı bulunması nedeniyle gerçek ve etkin vatandaşlığının tespit edilmesi gerektiğini ve bu sonuca göre şahsî yetkinin kurulabileceğini belirtmiştir. Buna göre, İran ve ABD vatandaşlığına sahip kişiler, ABD vatandaşlıkları baskın ve etkin vatandaşlıklarıysa İran'a karşı dava açabileceklerdir.⁸³ Dava Mahkemesi bu tespiti yaparken ağırlıklı olarak Uluslararası Adalet Divanı'nın *Nottebohm* kararına dayanmıştır.⁸⁴ Her ne kadar, güncel uluslararası teamül hukuku ışığında hakem heyetinin ulaştığı sonuç doğru olsa da, bu sonuca ulaşırken *Nottebohm* kararına dayanılması çok da makul gözükmemektedir; çünkü bu karar gerçek ve etkin vatandaşlığı başka bir bağlamda, kişinin ileri sürdüğü tek vatandaşlığının, o kişinin etkin vatandaşlığı olmaması kapsamında, kullanılmaktadır. Oysa *Esphahanian* kararında, dava açılan devlet vatandaşlığının kişinin etkin vatandaşlığı olmaması durumunda, o kişinin daha baskın bir diğer vatandaşlığından yararlanabilmesi söz konusudur.

Esphahanian kararı (İran-ABD Dava Mahkemesi'nin bu konuya ilişkin bir yorum kararı olan *Çifte Vatandaşlık* kararı⁸⁵ ile birlikte), İran-ABD Dava Mahkemesi'nin içtihadını oluşturmaktadır. 2016 yılı itibariyle çalışmaya devam eden bu tahkim mekanizması İran ve ABD vatandaşlığı bulunan gerçek kişilere ilişkin bu içtihadından sapmamıştır.⁸⁶

IV. MİLLETLERARARASI ÖZEL HUKUKTA GERÇEK KİŞİNİN “ETKİN VATANDAŞLIĞI” KAVRAMININ YERİ

A. Türk Milletlerarası Özel Hukukunda Birden Çok Vatandaşlık Hâlinde Dikkate Alınan Vatandaşlık

Türk kanunlar ihtilafı kuralları sisteminde, birtakım bağlama kuralları kapsamında bağlama noktası olarak kişinin (ya da ilgili hukukî ilişkideki tarafların)

⁸² *Nasser Esphahanian v Bank Tejarat*, İran-ABD Dava Mahkemesi Karar No. 31-157-2, 12.10.1983.

⁸³ *Esphahanian v Bank Tejarat*, s. 15.

⁸⁴ Benzer bir tespit için bkz. McLachlan/Shore/Weiniger, 134.

⁸⁵ *Çift Vatandaşlığı Olan Kişilerin Davalarında Yetki Sorunu (İran v ABD)*, İran-ABD Dava Mahkemesi Karar No. A/18, 06.04.1984.

⁸⁶ Douglas, 15-16 ve 325.

millî hukuku benimsenmiştir.⁸⁷ Kişisel statü olarak vatandaşlık hukukunun uygulanacak olması, gerçek kişinin vatandaşlığının belirlenmesini gerektirmektedir. Kişinin birden çok vatandaşlığının bulunması durumunda, kişisel statüye bağlanmış konulara birden çok hukukun aynı anda uygulanamayacağı gerekçesiyle, bağlama noktasını oluşturan vatandaşlıklardan sadece birisinin dikkate alınması gerekecektir. Bu ise, birden çok vatandaşlık arasında hangi vatandaşlığın kişisel statüyü belirleyeceğine ilişkin bir seçim yapılmasını zorunlu kılar.

Türk milletlerarası özel hukukunda bu husus pratik bir şekilde kanunda (MÖHUK m. 4) çözüme kavuşturulmuştur. MÖHUK m. 4 kişisel statüsü belirlenecek kişinin birden çok vatandaşlığı arasında Türk vatandaşlığının bulunup bulunmamasına göre bir ayırım yapmaktadır. Şayet, ilgili kişinin birden çok vatandaşlığı arasında Türk vatandaşlığı bulunmuyorsa, bu kişinin daha sıkı ilişki içinde olduğu devletin hukuku kişisel statüye uygulanacaktır (MÖHUK m. 4(c)). Öte yandan, birden fazla devlet vatandaşlığına sahip kişi aynı zamanda Türk vatandaşı ise, ilgili kişinin kişisel statüsü Türk hukukuna tâbidir (MÖHUK m. 4(b)).

Getirilen ayırıma göre, bir kişinin birden çok vatandaşlığı olup vatandaşlıklarından biri Türk vatandaşlığı ise, bu kişinin kişisel statüsü, başka bir vatandaşlığı olmayan diğer Türk vatandaşlarının kişisel statüsünden farksız şekilde, Türk hukukuna tâbidir. Türk vatandaşlığı ile birlikte başka vatandaşlığı ya da vatandaşlıkları olan bu kişinin etkin vatandaşlığının hangi vatandaşlık olduğu ya da Türk vatandaşlığının diğer vatandaşlıklarına göre daha baskın olup olmadığı önem arz etmemektedir.⁸⁸ Buna göre, ilgili kişi, Türk vatandaşlığını sonradan kazansa da, Türkiye’de yaşamının çok kısa bir dönemini geçirse de, tüm aile hayatını bir başka ülkede kursa da, MÖHUK açısından sadece Türk vatandaşlığına sahip gibi kabul edilecek ve bu kişinin millî hukukunun uygulanması gereken her durumda Türk hukuku uygulama alanı bulacaktır.⁸⁹ Oysa, milletlerarası özel hukuk doktrininde, çifte vatandaşlığı

⁸⁷ Örneğin MÖHUK m. 9(1) uyarınca hak ve fiil ehliyeti, MÖHUK m. 11 uyarınca gaiplik veya ölmüş sayılma kararı, MÖHUK m. 13(1) uyarınca evlenme ehliyeti ve şartları, MÖHUK m. 20(1) uyarınca miras şahsın millî hukukuna tâbidir.

⁸⁸ Fransız hukuku da, Fransız vatandaşlığına ilişkin benzer bir yaklaşım benimsemiştir. Bkz. Pierre Mayer / Vincent Heuzé, *Droit international privé*, 10. Bası (Paris, 2010), 650.

⁸⁹ Benzer şekilde, doktrinde kişisel statünün başka unsurlar dikkate alınmadan millî hukuk üzerinden tespit edilmesine ilişkin yapılan eleştiriler için bkz. Vahit Doğan, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 3. Bası (Savaş, 2015) (MÖH), 170-171.

olan bir kişinin kişisel statüsüne uygulanacak hukukun, bu kişi aynı zamanda *for* devletinin vatandaşı olsa da, tamamen o kişinin daha baskın vatandaşlığı üzerinden tespit edilmesinin, milletlerarası özel hukukunun menfaatlerine, özellikle de taraf menfaatine daha çok hizmet edeceği belirtilmiştir.⁹⁰

Öte yandan, birden çok vatandaşlığı olan bir kişinin vatandaşlıklarından birinin Türk vatandaşlığı olmaması durumunda, bu kişi en baskın vatandaşlığı hangisi ise, o milletten sayılacaktır. Türk milletlerarası özel hukuk sistemi, etkin ya da baskın vatandaşlık tartışmasına sadece bu durumda yer vermiş olmaktadır. Az önce de belirtildiği üzere, kanunlar ihtilafı kuralları çerçevesinde, kişinin millî hukukunun uygulanmasını öngören bağlama kurallarının belli ve tek bir devletin hukukunu bağlama noktası olarak belirleyebilmesi adına, gerçek kişinin tek bir vatandaşlığının dikkate alınması bir zorunluluktur. Birden çok vatandaşlığı olan bir kişinin, kanunlar ihtilafı kuralları uygulanırken tek bir vatandaşlığı dikkate alınacaksa, bu vatandaşlığın ilgili kişinin en baskın vatandaşlığı olması yerinde bir çözüm sunmaktadır.

Ancak MÖHUK m. 4(b) ve (c)'deki kurala özel birtakım hâllerde bir istisna getirilebilirdi. Özellikle iki kişinin müşterek millî hukuklarının uygulanması gereken hâllerde (örneğin MÖHUK m. 13(3) kapsamında evliliğin genel hükümlerine eşlerin müşterek millî hukukları uygulanacaktır), birden çok vatandaşlığı olan bir kişinin herhangi bir vatandaşlığı diğer kişinin vatandaşlığı ile örtüşüyorsa, bu vatandaşlığın her iki kişinin müşterek vatandaşlığı olarak dikkate alınması daha makul bir çözüm olabilirdi.⁹¹ Oysa, mezkur düzenleme ışığında, hem Türk hem İtalyan vatandaşı olan bir kişi, İtalyan vatandaşı ile evlenirse, çifte vatandaş olan kişi Türk vatandaşı sayılacağı için eşlerin müşterek millî hukukunun bulunmadığı kabul edilmekte ve bu nedenle ilgili kanunlar ihtilafı kuralının sonraki aşamalarda öngördüğü bağlama noktaları devreye girmektedir.⁹²

⁹⁰ Doğan, *MÖH*, 172; Cemal Şanlı / Emre Esen / İnci Ataman – Figanmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 4. Bası (Vedat, 2015), 31, dn. 61.

⁹¹ Bu konuya ilişkin bir belirsizlik bulunduğu yönünde, Şanlı/Esen/Ataman – Figanmeşe, 32, dn. 63.

⁹² Yarg. 2. HD. E. 2007/4214, K. 2008/1476, T. 13.02.2008 (Nuray Ekşi, *Milletlerarası Özel Hukuk I Pratik Çalışma Kitabı*, 2. Bası (Beta, 2014), 6-9).

Ayrıca eski MÖHUK döneminde, yabancı mahkemenin çifte vatandaşların Türk vatandaşlığı dışındaki vatandaşlığı hukukunu uygulaması m. 38(3) kapsamında bir tenfiz ya da tanıma engeli teşkil edebiliyordu (Yarg. 2. HD. E. 2000/11584, K. 2000/15330, T. 05.12.2000 (Kazancı.com); Yarg. 2. HD. E. 2006/5084, K. 2006/1142, T. 19.07.2006 (Kazancı.com)).

Benzer katı bir yorumun, kanunun daha esnek bir çözüm getirdiği birden çok vatandaşlığı olan kişinin aynı zamanda Türk vatandaşı olmaması ihtimalinde bile yapılması mümkündür. Bu durumda, hem Alman hem Fransız vatandaşı bir kişi, başka bir Fransız vatandaşı ile evlenirse, Türk kanunlar ihtilafı kurallarına göre evliliğe uygulanacak hukuk çifte vatandaşlığı bulunan kişinin Alman vatandaşlığının mı, Fransız vatandaşlığının mı daha baskın olduğuna göre değişecektir. Bu kişinin Fransız vatandaşlığı daha baskın ise, çiftin müşterek millî hukuku Fransız hukuku olacaktır. Ancak bu kişinin Alman vatandaşlığının daha ağırlıkta olması durumunda, bu kişi sadece Alman vatandaşı sayılacağı için çiftin müşterek millî hukuku bulunmayacak ve evliliğe, MÖHUK m. 13(3) uyarınca, çiftin müşterek bir mutad meskeni varsa bu hukuk, yoksa Türk hukuku uygulanacaktır.

Bu çözüm çok da yerinde değildir. Hatırlatılmalıdır ki, milletlerarası özel hukuk adaleti, evliliğe ve boşanmaya öncelikli olarak eşlerin müşterek bir hukukunun uygulanmasını gerektirmektedir.⁹³ Eşlerin fiilen bir müşterek hukuku varken, böyle bir hukuk yokmuş gibi davranıp evlenme ya da boşanmaya uygulanacak hukuku kademeli kanunlar ihtilafı kuralının en alt basamağındaki bağlama noktasına göre belirlemek gerek bu ihtilaf kurallarının amacına, gerekse de milletlerarası özel hukuk adaletine çok da uygun bir sonuç veremeyecektir.

Mevcut anlayışta, eşlerin ortak bir vatandaşlığı olmasına rağmen, birden çok vatandaşlığı olan eşin vatandaşlıklarından birinin Türk vatandaşı olması durumunda da, o kişi sadece Türk sayılacak, eşler arasındaki müşterek hukuk yok sayılacak ve eşlerin müşterek bir mutad meskeni bulunmuyorsa, evliliğe ve boşanmaya Türk hukuku uygulanacaktır. Bu durum, eşlerin müşterek hukuku yerine, tarafların arasındaki ilişkiyle yakın ilişkili olmayan Türk hukukunun uygulanması anlamına gelecektir. Eşlerden birinin hukukunun evlenme ya da boşanmaya uygulanmasındansa, gerekirse vatandaşlık esası dışında bir yöntemle eşlerin ortak hukuku belirlenerek bu hukukun ilişkiye uygulanmasını gerektiren milletlerarası özel hukuk adaleti,⁹⁴ eşlerin müşterek vatandaşlığı belirlenirken onların bütün vatandaşlıklarının dikkate alınmasını gerektirir.

Bu amaçla, MÖHUK m. 4'e bir istisna getirilerek, kanunun iki kişinin ortak millî hukukunun uygulanmasını öngördüğü durumlarda, ilgili kişilerin

⁹³ Doğan, *MÖH*, 163.

⁹⁴ Bkz. Doğan, *MÖH*, 163'teki örnek.

tüm vatandaşlıklarının dikkate alınabileceğinin belirtilmesi gerekmektedir. Aksi halde, belli bir vatandaşlığı paylaşan kişilerin bu vatandaşlıkları, Türk vatandaşlığı ya da baskın vatandaşlık karşısında dikkate alınmayacaktır.

B. Kişinin Millî Hukukunun Belirlenmesinde “Etkin Vatandaşlık” Doktrininin Rolü

Yukarıda, Türk milletlerarası özel hukukunda, birden çok vatandaşlığı olup aynı zamanda Türk vatandaşlığı olmayan kişilerin kişisel statüsüne MÖ-HUK m. 4(c) gereğince, o kişilerin en sıkı ilişkide olduğu devletin hukukunun uygulanacağı belirtilmişti. Uygulanacak hukukun vatandaşlık esasına göre belirlendiği durumlarda tartışılması gereken bir diğer önemli husus ise, milletlerarası özel hukukta “etkin vatandaşlık” doktrininin *Nottebohm* kararında olduğu gibi, kişinin vatandaşlığının dikkate alınmaması yönünde negatif bir rolünün olup olamayacağıdır. Bu kapsamda sorulması gereken soru, kişinin tek bir vatandaşlığı olması hâlinde, bu vatandaşlığın etkin vatandaşlık olmadığı savunularak dikkate alınmamasını önermenin mümkün olup olmayacağıdır.

Örneğin *Nottebohm* kararına konu somut olayda, Bay Nottebohm’un ölmüş olduğunu ve Türk mahkemelerinin Bay Nottebohm’un mirasına ilişkin bir uyuşmazlığa bakmak durumunda kaldığı farz edilsin. Bu durumda, Türk mahkemeleri MÖHUK m. 20(1) uyarınca, mirasa, ölenin millî hukukunu uygulayacaklardır. Bay Nottebohm, Lihtenştayn vatandaşı olarak ölmüştür. Ancak Lihtenştayn vatandaşlığının Bay Nottebohm’un etkin vatandaşlığı olmaması sebebiyle, bu hukuk yerine, kişinin daha sıkı ilişkide olduğu bir devletin hukukunun miras ilişkisine uygulanması gerekecek midir? Aynı şekilde, Türk vatandaşlığını doğumla kazandıktan sonra, kısa bir dönem kaldığı Almanya’da, Alman vatandaşlığını kazanmak için Türk vatandaşlığından feragat eden, ancak daha sonra Türkiye’ye yerleşip tüm hayat ilişkilerini bu ülkede kuran bir kişinin, kişisel statüsüne Alman hukukunun uygulanması, Alman vatandaşlığının artık bu kişinin etkin vatandaşlığı olmaması sebebiyle reddedilebilir mi?

Bu soruları cevaplamadan evvel, güncel uluslararası hukukta, diplomatik koruma açısından bile tek vatandaşlığı olan kişinin bu vatandaşlığının etkin vatandaşlık olmadığı iddiasıyla vatandaşlık devletinin diplomatik koruma sağlamasının kural olarak önüne geçilemeyeceğinin kabul edildiği hatırlatılmalıdır. Diplomatik korumada, bir devlet vatandaşını korumak amacıyla hareket etmektedir. Bu ilişki açısından ilgili kişi ile devletin arasında belli

bir bağın gerekliliği söz konusu hukukî kurumdan kaynaklanmaktadır. Oysa, milletlerarası özel hukukta kişinin statüsüne vatandaşlık hukukunun uygulanması, *for* devletin kanunkoyucusunun söz konusu bağlama kurallarındaki tercihidir. Bu tercih formalistik bir tercih olup her somut olayda kişi ile en sıkı ilişkili hukukun tespit edilmesini gerektirmemektedir. Bu bağlama kuralı uygulanırken, devletle kişi arasındaki ilişkinin esası gözetilmemektedir. Bağlama kuralı açısından, devletle kişi arasındaki vatandaşlık ilişkisi, maddî yönünden çok, şeklî yönü ile milletlerarası özel hukuku ilgilendirmektedir. Diplomatik korumada ise, bir kişinin davasını üstlenen devletle zarar gören kişi arasındaki vatandaşlık ilişkisi maddî yönüyle önem arz etmektedir. Gerçekten de, Vattel'in diplomatik koruma açısından ileri sürdüğü faraziyenin (vatandaşa yapılan kötü muamelenin aynı zamanda devlete zarar vermesi) işleyebilmesi için, devletle gerçek kişi arasında somut bir bağın bulunması gerekecektir. Yine de, "etkin vatandaşlık" gibi devletle kişi arasında somut bağ bulunmasını arayan bir şartın güncel uluslararası hukukta genel olarak kabul edilmediği yukarıda yapılan incelemede belirtilmiştir. Vatandaşlık ilişkisinin şeklî yönünün ağır bastığı kanunlar ihtilafı kuralları sisteminde ise, böyle bir somut bağın hiçbir şekilde aranmayacağı sonucuna ulaşılmalıdır. Bu nedenle de, yukarıda verilen örneklerde, Bay Nottebohm'un mirası Lihtenştayn hukukuna, Almanya'da kısa süre çalışıp Türkiye'ye dönmüş Türk kökenli kişinin mirası ise Alman hukukuna tâbi olacaktır.

C. Türk Hukukundaki Düzenlemenin İsviçre Hukuku ile Karşılaştırılması

Bir devletin mahkemeleri önünde, milletlerarası özel hukuk ilişkileri açısından, kişinin hangi vatandaşlığının dikkate alınacağını belirten kurallar diğer hukuk sistemlerinde de mevcuttur. Örneğin İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu (İMÖHK) m. 23 birden çok vatandaşlık durumuna ilişkin çeşitli hükümler getirmektedir. İMÖHK m. 23(1), birden çok devletin vatandaşı olan kişinin aynı zamanda İsviçre vatandaşı olması durumunda, mahkemenin yetkisinin belirlenmesinde kişinin sadece İsviçre vatandaşlığının dikkate alınacağını belirtmektedir. Ancak, esasa uygulanacak hukuku belirleyen bağlama kuralları açısından bu hüküm uygulanmamaktadır; İMÖHK'un bu hususta getirdiği çözüm farklıdır.⁹⁵ İMÖHK m. 23(2) gereğince, birden çok

⁹⁵ Bernard Dutoit, *Droit international privé suisse: Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987*, 2. Bası (Basel, 1997), 71; Andreas Bucher (ed), *Commentaire Romand: Loi*

vatandaşlığı olan bir kişinin kişisel statüsüne uygulanacak hukuk, o kişinin en sıkı ilişkide olduğu vatandaşlık hukukudur.⁹⁶ Yabancı mahkeme kararlarının tanınmasına ilişkin olarak ise farklı bir kural benimsenmiştir. İMÖHK m. 23(3)'e göre, eğer yabancı mahkeme kararının tanınması kişinin vatandaşlığına bağlı ise, birden çok vatandaşlığı olan kişinin vatandaşlıklarından herhangi birinin ilgili şartı karşılması yeterli görülmüştür. Bu kişinin İsviçre vatandaşı olması, hatta İsviçre vatandaşlığının kişinin en baskın vatandaşlığı olması, diğer hukukların uygulanabilmesini engellememektedir. Buradaki amaç yabancı mahkeme kararlarının tanınmasını kolaylaştırmaktır.⁹⁷

Görülebileceği üzere, İsviçre milletlerarası özel hukuku, birden çok vatandaşlığı olan gerçek kişinin kişisel statüsünün belirlenmesinde sadece o kişinin etkin vatandaşlığını bağlama noktası olarak benimsemektedir. İsviçre milletlerarası özel hukukunda, birden çok vatandaşlığı olan gerçek kişinin, aynı zamanda İsviçre vatandaşı olması durumunda, o kişinin doğrudan İsviçre vatandaşlığı dikkate alınmamaktadır. Bu açıdan, İsviçre hukuku, aralarında Türk hukukunun da bulunduğu birçok hukuk sisteminden farklı olarak, kişinin, hakim devletin vatandaşlığına sahip olması durumunda bile, bu hukukun öncelikli olarak uygulanmasını öngörmemiştir.⁹⁸

Bir kişi, İsviçre vatandaşlığına sahip olsa da, kişisel statüye uygulanacak hukuk o kişinin etkin vatandaşlığı hukuku, daha doğrusu kişinin en sıkı ilişkide olduğu vatandaşlık hukukudur. Sonuç olarak, MÖHUK m. 4(b)'de yer alan tek taraflı kanunlar ihtilafı kuralı İsviçre hukukunda kabul görmemiştir. Bunun yerine, İMÖHK'ta hukukî ilişkinin esasına uygulanacak hukuk açısından, kişinin İsviçre vatandaşlığına sahip olup olmadığına bakılmaksızın, MÖHUK m. 4(c)'ye denk gelen bir hüküm getirilmiştir. Bu hükme göre birden çok vatandaşlığı olan bir kişinin en sıkı ilişkide olduğu devletin vatandaşlığı uygulanacak hukukun belirlenmesinde münhasıran dikkate alınacaktır. İMÖHK m. 23(2)'deki bu hükmün, MÖHUK m. 4(c)'den farkı, İsviçre hukukundaki hükmün, esasa uygulanacak hukukun tespit edilmesi bakımından, *for* devletin vatandaşlığına belirleyici bir rol atfetmemiş olmasıdır. Daha önce de be-

sur le droit international privé – Convention de Lugano (Basel, 2011), 309; Andreas Bucher / Andrea Bonomi, *Droit international privé*, 3. Bası (Zürich, 2013), 171.

⁹⁶ Dutoit, 71; Bucher / Bonomi, 171.

⁹⁷ Bucher / Bonomi, 171-172.

⁹⁸ Dutoit, 71; Bucher, 310; Bucher / Bonomi, 171.

lirtildiği üzere, bu tercih milletlerarası özel hukukun menfaatlerine, özellikle de taraf menfaatine daha çok hizmet edecektir.⁹⁹

SONUÇ

Bu çalışmanın ulaştığı ilk sonuç, özellikle Uluslararası Adalet Divanı'nın *Nottebohm* kararında uygulanan etkin vatandaşlık kavramının güncel uluslararası hukukta ancak oldukça istisnaî durumlarda ileri sürülebileceğidir. Bu kapsamda, bir kişinin vatandaşı olduğu devletle gerçek bir ilişkisi olmadığı için, o kişinin o devletin vatandaşı sayılmaması ya da o devletin vatandaşlığına bağlanan uluslararası hukuktaki haklardan yararlanamaması görüşü günümüzde genel olarak kabul görmemektedir. Bir başka deyişle, *Nottebohm* kararının günümüze bir yansıması bulunmadığı ifade edilebilir. Özellikle yatırım tahkiminde de, davalı devletler *Nottebohm* kararına ve kişi ile vatandaşı olduğu devlet arasında gerçek bağlantı arayan doktrine atf yapsalar da, tahkim heyetleri bu savunmayı dinlememektedir. Bu doktrinin, tek vatandaşlığı olan gerçek kişiler açısından milletlerarası özel hukukta da uygulama alanı yoktur.

Çalışmanın ulaştığı ikinci sonuç, etkin ya da baskın vatandaşlığın ancak bir kişinin birden çok vatandaşlığının bulunması durumunda dikkate alındığıdır. Uluslararası hukukun farklı alanları dikkate alındığında bu kavramın iki şekilde uygulanmakta olduğu görülebilir. Bu uygulamalardan biri, gerçek kişinin belli bir vatandaşlık dışında bir vatandaşlığa sahip olmasının yetki ya da kabul edilebilirlik şartı teşkil ettiği durumunda, kişinin sahip olması gereken vatandaşlığının öteki vatandaşlığa göre daha baskın olması gerekecektir. Bu kural, aslında *Nottebohm* kararında benimsenen ilkenin neredeyse tam tersidir. *Nottebohm* kararında, uluslararası davanın temelini oluşturan vatandaşlık, kişinin etkin vatandaşlığı olarak görülmediği için, diğer devlete karşı ileri sürülemediği (dolayısıyla kuralın negatif bir fonksiyonu varken), güncel uluslararası hukuku yansıtan kurala göre, kişinin uluslararası dava açmasını engelleyen bir vatandaşlığı bulunması durumunda bile, bu vatandaşlık, uluslararası dava açmayı sağlayan vatandaşlığa göre ağırlıklı değilse, dikkate alınmayacaktır (dolayısıyla kuralın pozitif bir fonksiyonu bulunmaktadır). Uluslararası teamül hukukunda gelişen bu kural, Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun hazırladığı Diplomatik Koruma Maddeleri'nde yer bulmuştur. Fakat, kişilere uluslararası dava açma hakkı sağlayan kimi uluslararası antlaşmalar bu ku-

⁹⁹ Doğan, *MÖH*, 172; Şanlı/Esen/Ataman – Fıganmeşe, 31, dn. 61.

ralı benimsememiş ve kişinin belirli bir vatandaşlığının bulunmasını kesin bir yetki engeli olarak düzenlemiştir. Örneğin, ICSID Konvansiyonu'na göre, yatırımcı, aynı zamanda evsahibi devletin vatandaşı ise, ICSID'de evsahibi devlete karşı dava açamayacaktır. Bununla birlikte, uluslararası yatırım antlaşmalarının önemli bir bölümünde bu yönde bir olumsuz yetki şartına yer verilmemiş, hatta bazı yatırım antlaşmalarında uluslararası teamül hukukunda yer alan kural açıkça antlaşma kuralı haline getirilmiştir. Bu antlaşmaların tarafı olan yatırımcılar, antlaşmaya taraf diğer devlete karşı, ICSID haricinde bir mekanizmada uluslararası yatırım davası açabilecektir.

İkinci tip baskın vatandaşlık uygulamasına göre, kişinin birden çok vatandaşlığı arasından bir tanesinin zorunlu olarak seçilmesi gerektiği durumlarda, genel olarak kişinin baskın vatandaşlığı seçilmektedir. Kişisel statüye atıf yapan kanunlar ihtilafı kurallarında durum böyledir. Kanunlar ihtilafı kuralının amacı, ilgili hukukî ilişki ya da işleme belli bir hukukun uygulanması olduğu için, kişinin vatandaşlığı hukukunun uygulanması gereken durumlarda, tek bir hukukun, dolayısıyla tek bir vatandaşlığın ön plana çıkartılması gerekir. Bu da kural olarak kişinin baskın vatandaşlığıdır. Bununla birlikte, MÖHUK m. 4(b)'de olduğu gibi, kanun kendi hukuk düzeninin verdiği vatandaşlığı diğer vatandaşlıklara, kendi vatandaşlığının baskın vatandaşlık olup olmasını aramaksızın, tercih edebilir.

Bu çalışmanın ulaştığı üçüncü sonuç ise, etkin ya da baskın vatandaşlığa verilen rolün, kişinin vatandaşlık ilişkisinin maddî yönüyle mi, şeklî yönüyle mi kullanıldığına göre farklılaşacağıdır. Örneğin diplomatik korumada, kişinin vatandaşlık bağı, maddî açıdan önem kazanır. Şöyle ki, kişinin vatandaşlık bağının bir devletle daha güçlü ya da daha zayıf olması, uygulamada kişinin haklarını ve davasını üstlenen devletin, kişiye diplomatik koruma sağlayabilmesini engelleyebilmektedir. Burada ulaşılan sonuç, kişiyle devlet arasındaki bağın maddî niteliğinden kaynaklanmaktadır. Öte yandan, vatandaşlık ilişkisi kimi hâllerde şeklî bir değerlendirmeye tâbi tutulur. Bu ihtimal, özellikle, vatandaşlığın kişinin statüsünü belirlediği durumlarda söz konusudur. Kişinin statüsü ya olumsuz yetki şartı olarak ya da kanunlar ihtilafı kuralı uyarınca uygulanacak hukukun belirlenmesi amacıyla kullanılabilir. Bu ihtimalde, artık, uluslararası hukukun tanıdığı haklar ya da kısıtlamalar, kişi ile devlet arasındaki şeklî ilişkinin sonuçlarıdır. Örneğin, ICSID Konvansiyonu'na göre kişinin evsahibi devletin vatandaşı olmasının bir yetki engeli olması, bu ilişkinin özünden değil, kişinin statüsünden kaynaklanmaktadır. Kanunlar ihtilafı

kuralları da bu açıdan değerlendirilmelidir. Bir kişinin kişisel statüsü uyarınca onun kişi hâllerine belli bir hukukun uygulanacak olması, kişi ile vatandaş olduğu devletin arasındaki somut bağın içeriğinin sağladığı bir sonuç değildir. Belli bir hukukun, kişinin kişisel statüsü olarak seçilmesi, her ne kadar uygulanacak maddî hukuk kurallarını belirlese de, doğrudan doğruya vatandaşlık ilişkisinin şekli ve statüsel boyutu ile ilgilidir.

Bu çalışmanın buna bağlı ulaştığı dördüncü sonuç ise, vatandaşlık ilişkisinin kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanmasında şekli yönüyle ele alınması nedeniyle, gerçek kişinin tek bir vatandaşlığı olması durumunda, bu vatandaşlığın uygulanmasına, bu vatandaşlığın kişinin etkin vatandaşlığı olmadığı iddiasıyla karşı çıkılmayacak olmasıdır. Günümüzde artık bu iddia vatandaşlık ilişkisinin maddî yönüyle ortaya çıktığı hâllerde bile dikkate alınmazken, bu iddianın ilişkinin şekli yönüyle öne çıktığı kanunlar ihtilafı kuralları sisteminde dikkate alınması hiçbir surette mümkün gözükmemektedir.

Yapılan inceleme sonucunda, bu çalışmanın bir konuda kanun değişikliği yapılması yönünde bir önerisi bulunmaktadır. Kanunlar ihtilafı kuralları sisteminde, iki kişinin müşterek hukukunun uygulanması öngörülen durumlarda, birden çok vatandaşlığı olan kişinin tek bir vatandaşlığının dikkate alınması nedeniyle, iki kişi arasında fiilen ortak vatandaşlık bulunmasına rağmen, bu müşterek vatandaşlık dikkate alınmamakta ve iki kişinin ortak hukuku uygulama alanı bulmamaktadır. Bu durumda, ortak vatandaşlığın bulunmadığı kabul edilip kanunlar ihtilafı kuralının öngördüğü diğer basamaklara göre belirlenecek hukuk somut ilişkiye uygulanacaktır. Bu ise, müşterek vatandaşlık hukukunun birinci derecede uygulanmasını öngören kanunlar ihtilafı sistemiyle çelişmektedir. Bu nedenle, MÖHUK'un ortak hukukun (örneğin eşlerin müşterek millî hukukunun) uygulanmasını öngördüğü durumlarda, MÖHUK m. 4(b) ve (c) uyarınca kişisel statüye uygulanmak üzere belirlenen hukukun, kişinin Türk mahkemeleri önünde dikkate alınabilecek tek millî hukuk olarak ele alınmaması gerekir. MÖHUK'un iki kişinin ortak hukukunun uygulanmasını öngördüğü durumlarda, her iki kişinin tüm vatandaşlıklarının dikkate alınması daha yerinde bir çözüm olacaktır.

KAYNAKÇA

Uluslararası Mahkeme ve Tahkim Kararları

- Adel A Hamadi Al Tamimi v Umman Sultanlığı*, ICSID Dava No. ARB/11/33, Karar, 03.11.2015
- Birleşmiş Milletler Görevi Sırasında Doğan Zararın Tazmini*, ICJ Danışma Görüşü, 11.04.1949, (1949) *ICJ Reports* 174
- Champion Trading & Wahba v Mısır Arap Cumhuriyeti*, ICSID Dava No. ARB/02/9, Yetki Hakkında Karar, 21.10.2003
- Çift Vatandaşlığı Olan Kişilerin Davalarında Yetki Sorunu (İran v ABD)*, İran-ABD Dava Mahkemesi Karar No. A/18, 06.04.1984
- Diallo (Gine v Demokratik Kongo Cumhuriyeti)*, ICJ, İlk İtirazlar Hakkında Karar, 24.05.2007, (2007) *ICJ Reports* 582
- Nasser Esphahanian v Bank Tejarat*, İran-ABD Dava Mahkemesi Karar No. 31-157-2, 12.10.1983
- Saba Fakes v Türkiye Cumhuriyeti*, ICSID Dava No. ARB/07/20, Karar, 14.07.2010
- Mavrommatis Filistin İmtiyazları (Yunanistan v Birleşik Krallık)*, 30.08.1924, (1924) PCIJ Ser A, No. 2
- Mergé (ABD v İtalya)*, İtalya-ABD Uzlaşma Komisyonu, Karar No. 55, 10.06.1955, XIV *UNRIAA* 236
- Ioan Micula & Viorel Micula v Romanya*, ICSID Dava No. ARB/05/20, Yetki ve Kabul Edilebilirlik Hakkında Karar, 24.09.2008
- Nottebohm (Lihtenştayn v Guatemala)*, ICJ Kararı, 06.04.1955, (1955) *ICJ Reports* 4
- Waguüh Elie George Siag & Clorinda Vecchi v Mısır Arap Cumhuriyeti*, ICSID Dava No. ARB/05/15, Yetki Hakkında Karar, 11.04.2007

Doktrin

- Brower, Charles Nelson & Brueschke, Jason D.: *The Iran-United States Claims Tribunal* (Martinus Nijhoff, 1998)
- Brownlie, Ian: *Principles of International Law*, 7. Bası (OUP, 2008)
- Bucher, Andreas (ed): *Commentaire Romand: Loi sur le droit international privé – Convention de Lugano* (Basel, 2011)
- Bucher, Andreas / Bonomi, Andrea: *Droit international privé*, 3. Bası (Zürich, 2013)

- Doğan, Vahit: *Milletlerarası Özel Hukuk*, 3. Bası (Savaş, 2015) (MÖH)
- Doğan, Vahit: *Türk Vatandaşlık Hukuku*, 12. Bası (Savaş, 2014)
- Douglas, Zachary: *The International Law of Investment Claims* (CUP, 2009)
- Dugan, Christopher F / Wallace, Don / Rubins, Noah D. / Sabahi, Borzu: *Investor-State Arbitration* (OUP, 2008)
- Dutoit, Bernard: *Droit international privé suisse: Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987*, 2. Bası (Basel, 1997)
- Ekşi, Nuray: *Milletlerarası Özel Hukuk I Pratik Çalışma Kitabı*, 2. Bası (Beta, 2014)
- Erdem, B. Bahadır: *Türk Vatandaşlık Hukuku*, 3. Bası (Beta, 2013)
- Erkan, Mustafa: *Milletlerarası Tahkimde Yetki Sorunları* (Yetkin, 2013)
- Gündüz, Aslan: *Milletlerarası Hukuk*, 7. Bası (İstanbul, 2014)
- Mayer, Pierre / Heuzé, Vincent: *Droit international privé*, 10. Bası (Paris, 2010)
- McLachlan, Campbell / Shore, Laurence / Weiniger, Matthew: *International Investment Arbitration: Substantive Principles* (OUP, 2007)
- Nomer, Ergin: *Türk Vatandaşlık Hukuku*, 20. Bası (Filiz, 2014)
- Nomer, Ergin / Ekşi, Nuray / Öztekin Gelgel, Günseli: *Milletlerarası Tahkim Hukuku*, Cilt I, 4. Bası (İstanbul, 2013)
- Sasson, Monique: *Substantive Law in Investment Treaty Arbitration: The Unsettled Relationship Between International and Municipal Law* (Wolters Kluwer, 2010)
- Schreuer, Christoph H. / Malintoppi, Loretta / Reinisch, August / Sinclair, Anthony: *The ICSID Convention: A Commentary*, 2. Bası (CUP, 2009)
- Shaw, Malcolm N.: *International Law*, 6. Bası (CUP, 2009)
- Şanlı, Cemal / Esen, Emre / Ataman – Fıganmeşe, İnci: *Milletlerarası Özel Hukuk*, 4. Bası (Vedat, 2015)
- Unat, İlhan: *Nottebohm Kararı ve Tâbiyetin Gerçekliği İlkesi* (Ankara Üniversitesi, 1966)
- de Vattel, Emer: *Le Droit des gens, ou principes de la loi naturelle* (MP Pradier-Fodéré (ed), Paris: Librairie de Guillaumin, 1863), II. Kitap

Adi Ortaklıktan Çıkma ve Çıkarmanın Koşulları

Ar. Gör. Kerem ÇELİKBOYA*

Özet: Adi ortaklık ilişkisi, kişi unsurunun önemli olduğu bir sözleşme tipidir. Ne var ki, uzun süreye yayılan adi ortaklık ilişkilerini tarafların şahsından kısmen bağımsız bir yapıya kavuşturma ihtiyacı bulunmaktadır. Özellikle adi ortaklık ilişkisinin sağlıklı şekilde yürümesinin zorlaşacağı hallerde, ortaklardan birinin ortaklıktan kendi iradesi ile veya diğer ortakların alacağı bir karar ile ayrılması adi ortaklık ilişkisinin kalan ortaklar ile sağlıklı şekilde sürdürülmesine imkân tanyacaktır.

818 sayılı Borçlar Kanunu ve İsviçre Borçlar Kanunu adi ortaklıktan çıkma ve çıkarma konusunda düzenlemeler getirmemişlerdir. Ortakların adi ortaklık sözleşmesinde bu konuda bir düzenleme getirmesine engel bulunmasa da sözleşmesel boşlukları dolduracak kanun hükümlerine yer verilmemiştir. Alman Hukuku ise yedek hüküm kuralları getirerek adi ortaklıktan çıkma ve çıkarma müesseselerini düzenlemeyi tercih etmiştir. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu da bu yaklaşımı benimsemiştir.

Türk Borçlar Kanunu m.633 ve devamı hükümlerinde adi ortaklıktan çıkma ve çıkarmanın şartlarını ve hukuki sonuçlarını düzenlemiştir. Türk Borçlar Kanunu m.633 hükmünde yer alan şartlardan birinin bulunması ve adi ortaklık sözleşmesinde ortaklardan birinin ayrılması halinde ortaklığın devam edeceğine dair bir hüküm bulunması halinde ortağın çıkması veya çıkarılması mümkün olacaktır.

Her ne kadar ortaklar sözleşmede daha kapsamlı düzenlemeler getirebilirlerse, hukuki boşlukların doldurulması için hükümler sevk edilmiş olması uygulama açısından yararlıdır. Ne var ki, Türk Borçlar Kanunu, çıkma ve çıkarma hükümlerini birlikte düzenlemesi sebebiyle, bazı belirsizlikleri de barındırmaktadır.

Anahtar kelimeler: adi ortaklık, çıkma, çıkarılma, ortaklar arasında ilişkiler.

* Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı.

Conditions of Exit and Squeeze-out from Ordinary Partnerships

Abstract: Ordinary partnership is a contract type where personality is a preponderant element. Notwithstanding, there is a need for a structure for long term ordinary partnership where the partnership relations are partially independent from the personality factors. Especially in cases where maintenance of a functioning ordinary partnership becomes more difficult, the exit of a partner from the partnership, whether voluntarily or with a decision rendered by other partners, may enable an efficient partnership relation with the remaining partners.

The Code of Obligations No. 818 and the Swiss Code of Obligations do not regulate the exit and squeeze-out from ordinary partnerships. Although the partners are not precluded from regulating this matter in their partnership agreement, there are no statutory provisions covering any contractual gaps. German Law on the other hand has opted to regulate exit and squeeze out from ordinary partnerships through auxiliary provisions to be applicable in the absence of express regulation. Turkish Code of Obligations No. 6098 adopted the same approach.

Art. 633 et seq. of the Turkish Code of Obligations regulate the conditions and legal consequences of exit and squeeze out from ordinary partnerships. The exit or squeeze out of a partner will be possible if at least one of the conditions stipulated under Art. 633 of the said Code are fulfilled, provided the partnership agreement foresees the continuance of the partnership in the event of disassociation of one of its partners.

In spite of the possibility of the partners to establish a detailed contractual framework, the existence of legal provisions for the purpose of filling or avoiding any legal gap is practical. Nevertheless, the regulation of both the exit and squeeze-out mechanisms with a single and unified provision under the Turkish Code of Obligations entails numerous uncertainties.

Keywords: partnership, discharge, dissolution, relationship among shareholders.

GİRİŞ

Adi ortaklık, kişi unsurunun önemli olduğu bir sözleşme tipidir. Bu nedenle de ortak yapısındaki değişiklikler sıkı kurallara bağlanmıştır. Ne var ki, bazı durumlarda ortaklar arasındaki ilişkilerin sağlıklı bir şekilde devam etmesi imkân ortadan kalkar. Kanun koyucu bu durumda adi ortaklık ilişkisinin sona erdirilmesine imkân tanıyan düzenlemeler getirmektedir.

Adi ortaklık ilişkisinin sona erdirilmesi tasfiye gibi zorlu bir süreci beraberinde getirmektedir. Hâlbuki bazı durumlarda ortaklık ilişkisinin sağlıklı şekilde devamına imkân vermeyen koşullar bir veya birkaç ortağın üzerinde

yoğunlaşmış olduğundan, bu ortakların ortaklık ile bağlarının kopması ile birlikte, kalan ortaklar adi ortaklık ilişkisini devam ettirmeyi arzu edebilirler. İşte bu noktada adi ortaklık ilişkisini sona erdirmeksizin yalnızca bazı ortak veya ortakların ortak sıfatını sona erdiren, diğer ortakların ortaklık ilişkisini sürdürmesine imkân veren çıkma ve çıkarma kurumlarına ihtiyaç duyulmaktadır. Çıkma ve çıkarmaya imkân tanınması, kişilerden bağımsız olarak devam edecek bir iktisadi birimin oluşmasının yolunu açmaktadır. Bu şekilde adi ortaklık ilişkisi tüzel kişiliği olan ticaret şirketlerine bir miktar yaklaştırılabilecektir¹.

Çalışmamızda adi ortaklıktan çıkma ve çıkarılmanın koşulları konusunda bazı değerlendirmelerin yapılması hedeflenmiştir. Bu bağlamda öncelikle Alman Medeni Kanunu ve İsviçre Borçlar Kanunu hükümlerindeki düzenlemeler incelenmiştir. 818 sayılı mülga Borçlar Kanunu (“EBK”) dönemindeki tartışmalara da değindikten sonra 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (“TBK”) ile getirilen yeni düzenlemeler incelenmiştir. En son olarak ise çıkma ve çıkarılmanın nasıl gerçekleşeceğine dair süreç açıklanmıştır. TBK çıkma ve çıkarmanın sonuçlarına ilişkin önemli düzenlemeler de getirmektedir. Ne var ki, ilgili hükümlerin kapsamı ve geniş bir değerlendirmeyi gerektirmesi dikkate alınarak ortaklıktan çıkma ve çıkarmanın sonuçları bu çalışmanın kapsamı dışında bırakılmıştır.

I. Ortaklıktan Ayrılma ve Karşılaştırmalı Hukukta Çıkma ve Çıkarma Kurumları

A. Ortaklıktan Ayrılma Kavramı

Çıkma, bir ortağın şirketten kendi isteği ile ayrılması olarak tanımlanmaktadır². Çıkarma ise bir ortağın ortaklık sıfatının rızası dışında sona erdirilmesidir³. Doktrinde çıkma ve çıkarma birlikte, “ortaklıktan ayrılma” olarak tanımlanmaktadır⁴.

¹ **Murat Yusuf Akın**, *Adi Ortaklıklar, Şirketler Hukuku* (Ed. Sami Karahan), 2. Baskı, Konya, 2013 s.73.

² **Oruç Hami Şener**, *Adi Ortaklıklar*, Yetkin Yayınları, İstanbul,2008, s.387, **Serdar Hızır**, “6098 Sayılı Yeni Borçlar Kanununun 633’üncü Maddesine Göre Adi Şirketten Çıkmanın veya Çıkarılmanın Genel Şartları ve Usulü”, **Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan Cilt III**, Beta Yayınları, İstanbul, 2011 s.2819.

³ **Şener** s.388, **Hızır** s.2819, **Peter Ulmer**, *Müncher Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 5- Schuldrecht Besonderer Teil*, 4.Auflage, CH Beck Verlag, München,2004, s.503.

⁴ **Hızır** s.2818.

Ortaklıktan ayrılma, adi ortaklığın tasfiyesini gerektirmez, ortaklık kalan ortaklar ile devam eder. Bu husus ortaklıktan ayrılmayı, ortaklığın sona ermesinden ayıran husustur. Ortaklıktan ayrılma sonucunda, ortağın sahip olduğu haklar ve yükümlülükler kural olarak sona ermekte⁵, bunun karşılığında ise ortak, bir alacak hakkına kavuşmaktadır⁶. Diğer yandan, ayrılma sırasında şirketin borçlarının malvarlığından fazla olması halinde ortağın tasfiye bakiyesi alacağı negatif de olabilir ki bu durumda ortağın payına düşen miktarı diğer ortaklara ödemesi gerekecektir⁷.

Bu çalışma, yalnızca ortaklıktan ayrılmanın koşullarını değerlendirmeye yönelik olup ortaklıktan ayrılmanın sonuçlarına bu çalışmada değinilmemiştir. Çalışmada öncelikle, İsviçre ve Alman Hukuk sistemlerinde ortaklıktan ayrılmaya ilişkin düzenlemeler ana hatları ile aktarıldıktan sonra, EBK ve 6098 sayılı TBK bakımından değerlendirmelere yer verilecektir. Ardından TBK düzenlemesi uyarınca ortaklıktan ayrılmanın şartları ve usulü kısaca açıklanacaktır.

B. Karşılaştırmalı Hukukta Adi Ortaklıktan Ayrılma

1. İsviçre Hukuku'nda Durum

İsviçre Hukuku'nda adi ortaklıkta ortak sıfatının sona ermesi kural olarak yalnızca ortaklığın sona ermesi ile mümkün olmaktadır⁸. İsviçre Borçlar Kanunu'nda adi ortaklıktan çıkma ve çıkarmaya ilişkin bir düzenleme bulun-

⁵ Ancak ayrılan ortağın ortaklık işlemleri hakkında bilgi alma hakkı ayrılmadan sonra da devam edecektir. EBK ve mülga 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu döneminde, kolektif şirkette ayrılan ortağın bilgi alma hakkını düzenleyen mülga 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu m.205 hükmünün adi ortaklık bakımından kıyasen uygulanması yoluyla bu sonuca varılmaktaydı. Bkz. Şener s.395. TBK sisteminde ise, TBK m.636 f.2'de açık hüküm sevk edilmek suretiyle bu çözüm teyit edilmiştir.

⁶ Şener s.392 ve s.394, Cevdet Yavuz, **Türk Borçlar Hukuku**, Beta Yayınları, İstanbul, 2014, s.1484, Akın s.83. Belirtmek gerekir ki, ortağın ayrılması halinde alacağı ayrılma tazminatı ayrılmanın karşı edimi niteliğindedir. Bkz. Akın s.85. Ancak söz konusu ayrılma tazminatı mutlak değildir. Ortaklık malvarlığının borçları karşılayamaması halinde bu sefer ayrılan ortağın açıktan payına düşen kısmı kapatması gerekecektir. Ayrıca bunun dışında ayrılan ortak, kullanımını adi ortaklığa tahsis ettiği şeylerin iade edilmesini de isteyebilecektir. Ayrılmanın mali sonuçları için bkz. Akın s.83 vd.

⁷ Şener s.394.

⁸ Pierre Tercier, **Les Contrats Spéciaux**, 3eme Edition, Schulthess, Bale, 2003, s.957.

mamaktadır⁹. İsviçre Borçlar Kanunu'nun hazırlık aşamalarında, Kanun'un 1869, 1872 ve 1879 tarihli tasarılarında adi ortaklıktan çıkarmaya ilişkin bir hüküm bulunmasına rağmen, bu düzenlemeler metinlerden çıkartıldığından¹⁰ kanunda yer almamıştır. Bu nedenle, İsviçre Hukuku'nun adi ortaklıkta, bir adi ortaklığın tüm ortaklarının iradesi olmaksızın ortak sıfatında bir değişiklik yapılamayacağı esasının benimsendiği ileri sürülmektedir¹¹. Bu bağlamda, haklı sebebin varlığı halinde dahi ortağın çıkma imkânı bulunmadığı kabul edilmektedir¹². Böyle bir durumda ortaklıktan çıkmak veya bir diğer ortağı ortaklıktan çıkarmak isteyen ortakların, adi ortaklık sözleşmesinin feshini talep etmeleri gerekecektir¹³. Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi de çıkarmaya ilişkin olarak verdiği bir kararda, haklı sebeplerin varlığı halinde yalnızca adi ortaklığın feshinin talep edilebileceğine, sözleşmede kararlaştırılmadığı takdirde haklı sebebe dayanarak ortağın çıkarılamayacağına hükmetmiştir¹⁴.

Kanunda çıkma veya çıkarma hakkı öngörülmemiş olmakla beraber, sözleşme serbestisi ilkesi uyarınca adi ortaklık sözleşmesinde ortaklara ayrılma hakkının tanınabileceği kabul edilmektedir¹⁵. Taraflar böyle bir hakkı sözleşme kurulurken tanyabilecekleri gibi, adi ortaklık ilişkisi devam ederken bir karar almak suretiyle de tanyabileceklerdir¹⁶. Ayrılma konusunda getirilen düzenlemenin yazılı olmasının gerekmediği ve sözlü olarak dahi kurulmasının mümkün olduğu belirtilmektedir¹⁷.

9 **Daniel Staehelin, Basler Kommentaire-Obligationenrecht II**, 4. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2012, s.50, **François Chaix, Commentaire Romand- Code des Obligations II**, 1er Edition, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2008, s.113, **Pierre Engel, Contrats de droit suisse**, 2eme Edition, Stämpfli Verlag AG, Bern, 2000, s.707.

10 **Hans Bollmann, Das Ausscheiden aus Personengesellschaften**, Zurich 1971 s.25 (naklen **Halil Akkanat**, "Adi Ortaklıkta „Haklı Sebeple İhraç“ Mümkün Müdür?", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt 62, Sayı 1-2, 2004 s.343).

11 **Akkanat** s.343. Ortağın ortaklık haklarını devre yönelik bir işlem yaptığında devralana yalnızca bir alacak hakkı tanıdığını ve ortaklık haklarını devretmediği yönünde bkz. **Tercier** s.957.

12 **Staehelin** s.50.

13 **Staehelin** s.50, **Chaix** s.113.

14 BGE 94 II 119 (Kaynak: Swisslex).

15 **Tercier** s.957, **Staehelin** s.50, **Chaix** s.113.

16 **Chaix** s.113. Kanaatimizce taraflar soyut olarak ortaklıktan çıkmanın koşullarını belirleyebilecekleri gibi, belirli bir ortağın çıkması ve ortaklığın devam etmesi konusunda da karar alabilirler.

17 **Staehelin** s.50, **Chaix** s.113.

Sözleşme uyarınca ortaklardan birinin ayrılması halinde ayrılmanın sonuçları da kanunda düzenlenmemiştir. Bu nedenle sözleşmede ayrılma hakkının nasıl kullanılacağı ve bu hakkın sonuçlarının neler olacağı hususunun sözleşmede düzenlenmesinin yerinde olacağı belirtilmektedir¹⁸. Ancak tarafların sözleşmede ayrılmaya imkân veren bir düzenleme yapmış olmasına rağmen, ayrılmanın sonucunu düzenlemedikleri durumlarda, kollektif şirkette çıkarmaya ilişkin hükümlerin (İsviçre BK m.577 vd.) kıyasen uygulanabileceği belirtilmektedir¹⁹. Bu doğrultuda, ortaklıktan ayrılan ortak, tüm ortaklık haklarını kaybederken bunun yerine ortaklığa katılma payı oranında bir mali hak alacaktır²⁰.

İsviçre Hukuku'nda ortaklıktan ayrılan ortağın sorumluluğu konusunda bir hüküm bulunmamaktadır. Bu nedenle ayrılan ortağın, ayrılmadan önce doğan borçları bakımından, ayırık bir hüküm bulunmayan hallerde 10 yıl daha ilgili borçtan sorumlu olacağı belirtilmektedir²¹. Kural olarak, ayrıldığı tarihten sonra doğan borçlar bakımından bir sorumluluğu bulunmayacağı kabul edilmeliyse de ayrılma payının hesaplanma şekline göre tarafların farklı şekilde bir düzenleme yapabilecekleri de belirtilmektedir²².

2. Alman Hukuku'nda Durum

İsviçre Hukuku'ndan farklı olarak Alman Hukuku'nda adi ortaklıktan çıkma ve çıkarma kanunda düzenlenmiştir. Alman Medeni Kanunu m.736 bir adi ortaklıkta ortağın çıkmasını, m.737 ise adi ortaklıkta ortağın çıkarılmasını düzenlemektedir. Ortaklıktan ayrılmanın sonuçları ise Alman Medeni Kanunu m.738 vd. hükümlerinde ele alınmıştır.

Alman Medeni Kanunu m.736'da, bir ortağın fesih beyanında bulunması, ölmesi veya hakkında iflas kararının verilmesi ve ortaklığın diğer ortaklar ile devam edeceğinin kararlaştırılması halinde söz konusu ortağın ortaklıktan kendiliğinden çıkacağı belirtilmiştir. Bu madde uyarınca ortağın ortaklıktan ayrılması için: i) ortağın fesih beyanında bulunması ii) ortağın ölmesi veya iii) ortak hakkında iflas kararı verilmiş olması gerekmektedir. Şartların ger-

¹⁸ Tercier s.957, Staehelin s.51, Chaix s.114.

¹⁹ Staehelin s.51, Chaix s.113.

²⁰ Staehelin s.51, Chaix s.114.

²¹ Staehelin s.51.

²² Chaix s.114.

çekleşmesi halinde ortak kendiliğinden şirketten çıkacak olup, ayrıca ortağın bir beyanda bulunması veya bir ortaklık kararı gerekli değildir²³.

Alman Medeni Kanunu m.737 ise ortağın çıkarılmasını düzenlemektedir. Bu hüküm uyarınca şirketin haklı sebep ile feshine sebep olacak nedenleri oluşturan ortağın ortaklıktan çıkarılması mümkündür. Bu şekilde, ortaklık ilişkisinin sona erdirilmesi yerine ortaklığın feshi için haklı sebebi oluşturan ortağın çıkartılması imkânı, menfaatlere uygun bir alternatif oluşturmaktadır²⁴. Ancak bunun için, bir ortak çıkarıldığı takdirde ortaklığın devam edeceğinin ortaklık sözleşmesinde kararlaştırılmış olması veya ortaklık kurulduktan sonra bu yönde bir ortaklık kararı alınmış olması gerekmektedir²⁵.

Çıkmanın aksine çıkarma, kendiliğinden gerçekleşmez. Bir ortağın çıkarılması için diğer ortakların bu konuda oybirliği ile karar alması gerekmektedir²⁶. Daha sonrasında çıkarma kararının ortağa bildirilmesi gerekecektir. Ancak çıkarma için ortağa karşı dava açılmasına gerek bulunmamaktadır²⁷.

Alman Hukuku, ayrıca bir adi ortağın çıkması veya çıkarılması halinde taraflar arasındaki hukuki bağların nasıl çözüleceği konusunda da hükümler getirmektedir. Alman Medeni Kanunu m.738 vd. hükümlerinde ortaklıktan ayrılacak olan ortağın payının ne olacağı, ayrılan ortağın ortaklık borçlarından sorumluluğu ve henüz sonuçlanmamış işlemlere ilişkin hak ve borçlara ilişkin düzenlemelere yer verilmektedir. Böylece kanundan doğan çıkma ve çıkarma haklarının kullanılması halinde ortaklar arasındaki hukuki ilişkilerin nasıl düzenleneceği konusunda kurallar getirilmiştir. Öte yandan, hüküm bulunmayan hallerde şahıs şirketlerinde ortakların ayrılmasından sonraki sorumluluklarına ilişkin hükümlerin de kıyasen uygulanacağı kabul edilmektedir²⁸.

²³ **Thomas Heidel/ Jessica Pade, Anwalt Kommentar BGB**, Deutcher Anwalt Verlag, Bonn, 2005, s.3337, **Ulmer** s.505, **Zekeriya Kurşat**, Yeni Borçlar Kanunumuzda Adi Ortaklık Hükümlerinin Değerlendirilmesi, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt 70, Sayı 1 (2012) s.311.

²⁴ **Ulmer** s.510, **Heidel/Pade** s.3341.

²⁵ Bu konuda detaylı açıklama için Bkz. II-A-Ortağın Ayrılmasından Sonra Ortaklığında Devam Edeceğinin Kararlaştırılması.

²⁶ **Ulmer** s.510.

²⁷ **Ulmer** s.510, **Heidel/Pade** s.3341.

²⁸ **Ulmer** s.502.

3. 818 sayılı Borçlar Kanununda Durum

818 sayılı EBK, İsviçre Borçlar Kanunu'nda olduğu gibi, çıkma veya çıkarma konusunda herhangi bir hüküm içermemekteydi. Kanunda çıkma ve çıkarma kurumları bakımından bir hüküm bulunmaması bu konuda bir kanun boşluğu bulunup bulunmadığı konusunda bir tartışmaya yol açmıştır²⁹.

Hakim görüşe göre, kanunda bir hüküm bulunmaması doğrudan bir kanun boşluğunun kabulüne imkân vermemektedir. Bir şahıs şirketi olan adi ortaklıkta sözleşme tarafının değişmesi ancak ortakların oybirliği ile mümkün olacağından, kanunun bu sessizliği bir kanun boşluğu olarak değerlendirilmemelidir³⁰. Bu bağlamda kollektif ortaklık için tanınan çıkarma hakkına ilişkin hükmün (mülga 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu ("ETTK") m.197) adi ortaklık için uygulanması da mümkün olmayacaktır³¹. Nitekim Yargıtay da bu görüşle paralel şekilde adi ortaklıktan çıkma ve çıkarılmanın düzenlenmediğini ve ortakların yalnızca haklı sebeple feshi talep edebileceğini hükme bağlamıştır³².

Diğer yandan doktrinde özellikle çıkarma bakımından önemli bir ihtiyacın bulunduğu ve bu nedenle de çıkarmaya imkân tanınması gerektiği yönünde görüşler de yer almaktaydı³³. Bu yönde görüşler bakımından doktrinde iki farklı gerekçeye dayanılmıştır. İlk olarak, hakimin adi ortaklığın feshine karar vermesine imkân veren EBK m.535 f.7 hükmünün, feshe göre daha hafif bir sonuç doğuran çıkarmaya da imkân verdiği iddia edilmekteydi. Bu nedenle de hakim EBK m.535 f.7 uyarınca haklı sebeplerin varlığı halinde ortaklıktan

²⁹ Belirtmek isteriz ki, tartışma daha ziyade ortaklıktan çıkarma bakımından yapılmıştır. Ne var ki, çıkarma bakımından yapılan tartışmada ileri sürülen görüşlerin çıkma hakkı bakımından da kabul edilmesine bir engel bulunmadığından, bu tartışmalara bu çalışmada yer vermenin yerinde olacağını düşünmekteyiz.

³⁰ Akkanat s.338 vd, Reha Poroy/Ünal Tekinalp/Ersin Çamoğlu, Ortaklıklar ve Kooperatifler Hukuku, 10. Tıpkı Basım, Arıkan Yayınları, İstanbul, 2005 ("Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, ETTK"), s.76,

³¹ Akkanat s.346 vd.

³² 13. HD. 22.01.1987 E.1987/6267 K.1987/206.

³³ Sosyal Özenli, Uygulamada Adi Ortaklık ve Neden Olduğu Davalar, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 1988 s.108. Macir Yalman/Erbay Taylan, Adi Ortaklık, Olgaç Yayıncılık, Ankara, 1976, s.163. Yalman/Taylan ortaklıktan çıkma imkânını tanımamakla birlikte, ortaklıktan çıkarmanın kabul edilebileceği görüşündedirler.

çıkarmaya da karar verebilmelidir³⁴. İkinci bir görüşe göre ise, adi ortaklıktan ayrılma konusunda bir kanun boşluğu bulunduğundan hakim kanun boşluğunu doldurmak zorundaydı. Bunun için ETTK m.197 uyarınca kollektif şirkette ortağın çıkarılmasına ilişkin hükümler kıyasen uygulanmalı ve ortağın şirketten çıkarılmasına imkân verilmelidir³⁵.

Kanuni olarak çıkma ve çıkarmanın mümkün olup olmadığı konusu tartışmalı olsa da EBK döneminde adi ortaklık sözleşmesinde çıkma ve çıkarılmaya ilişkin düzenlemelerin getirilebileceği konusunda bir tereddüt bulunmamaktaydı³⁶. Buna göre taraflar ortaklara serbestçe veya bazı şartlara bağlı olarak kullanabilecekleri bir çıkma hakkı tanıyabilecekleri gibi, belirli şartlar altında ortağın çıkarılmasına ilişkin düzenleme de yapabilirlerdi³⁷. Tarafların ayrılma şartlarını düzenlemekle birlikte çıkarmanın koşullarını düzenlemeleri halinde kollektif şirket ortağının çıkartılmasına ilişkin ETTK m.202 vd. hükümlerinin kıyasen uygulanabileceği de, İsviçre Hukuku'na paralel şekilde, doktrinde ileri sürülmüştür³⁸.

4. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda Durum

TBK adi ortaklıktan ayrılma konusunda İsviçre sisteminden ayrılıp Alman Medeni Kanunu'nda benimsenen sistemi esas alan bir düzenleme getirmiş ve kanuni olarak çıkma ve çıkarma imkânlarını düzenlemiştir. Çıkma ve çıkarma sebeplerini düzenleyen TBK m.633'e ilişkin Gerekeçe'den bu maddenin amacının "*ortaklardan birinin ortaklıktan ayrılmak istediği veya ortaklıktan ayrılmasını gerektirecek yasal bir durum ortaya çıktığı takdirde, diğer ortaklara, ortaklığın sürdürülmesi konusunda, henüz ortaklığın kurulması aşamasında irade açıklamasında bulunma olanağını vermek ve bu suretle işleyen bir ortaklık sisteminin sona ermesini önlemektir. Ayrıca bu düzenleme, ölen ortağın*

34 **Karayalçın, Yaşar, Ticaret hukuku dersleri: Şirketler Hukuku (Şahıs Şirketleri)**, Güzel İstanbul Matbaası, Ankara, 1965. s.99 (naklen **Özenli** s.108), **Yalman/Taylan** s.163. *Yalman/Taylan*, böyle bir karar verilmesi için ortaklığın feshedilip çıkartılacak ortak olmadan yeni bir ortaklık kurulması halinde ortak amacın gerçekleşmesinin zorlaşması gerektiğini belirtmektedir.

35 **Ersin Çamoğlu, Kollektif Ortaklıkta Haklı Sebep Kavramı ve Ortağın Haklı Sebep Çıkarılması**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1976, s.75 vd.

36 **Hızır** s.2820, **Özenli** s.105 vd., **Şener** s.387 ve s.388, **Yalman/Taylan** s.163, **Poroy/Tekinalp/Çamoğlu** ETTK s.75.

37 **Özenli** s.105 vd., **Yalman/Taylan** s.162.

38 **Şener** s.391, **Yalman/Taylan** s.163.

mirasçılılarıyla ortaklığı sürdürmek istemeyen diğer ortakları, ortaklığı tasfiye edip yeni bir ortaklık kurma zahmetinden kurtarmak” olduğu anlaşılmaktadır³⁹.

Ortaklıktan ayrılmaya ilişkin düzenlemeler, temelde Alman Medeni Kanunu hükümlerinden alınmakla beraber bazı farklılıklar da içermektedir. Öncelikle Alman Medeni Kanunu'nun aksine TBK, çıkma ve çıkarmayı aynı maddede düzenlediği gibi, çıkma ve çıkarma nedenlerini de ortak olarak düzenlemiştir. İkinci olarak Alman Hukuku'nda çıkma, şartların gerçekleşmesi halinde kendiliğinden gerçekleşirken, TBK uyarınca çıkma, ortağın iradesi ile kullanılan bir hak niteliğindedir⁴⁰.

TBK, devam eden maddelerde ortaklıktan ayrılmanın sonuçlarına ilişkin düzenlemeler de getirmektedir. TBK m.633 ve m.634, ortaklıktan ayrılmanın sonuçlarını düzenleyen hükümler getirirken, TBK m.635'te ayrılma anında devam eden işlemlere ilişkin düzenleme bulunmaktadır. Gerekçe'den anlaşıldığı üzere söz konusu hükümler, Alman Medeni Kanunu m.738 ve m.739 esas alınarak düzenlenmiştir⁴¹.

II. TBK Uyarınca Adi Ortaklıktan Ayrılmanın Şartları

A. Ortağın Ayrılmasından Sonra Ortaklığın Devam Edeceğinin Kararlaştırılması

1. Ortaklığın Devam Edeceği Hükümü

Ortakların kişiliği adi ortaklık ilişkisi açısından önemlidir ve ortak sıfatındaki değişikliğin ortaklığı sona erdirmesi esastır⁴². Bu durumda ortaklık sona ereceğinden çıkma veya çıkarmadan da bahsetmek mümkün olmayacaktır. Bu nedenle, ortaklıktan ayrılmadan bahsedebilmek için, bir ortağın ayrılmasından sonra ortaklığın devam edeceğinin sözleşmede kararlaştırılmış olması gerekmektedir (TBK m.633, Alman Medeni Kanunu m.736 ve m.737). Sözleşmede bu yönde bir hüküm bulunmadığı takdirde çıkma veya çıkarma yoluna gitmek mümkün olmayacaktır. Bu durumda adi ortaklık; ortağın ölümü, kısıtlanması, iflası veya ortaklık payının haczi hallerinde de kendiliğinden sona erecektir. Şirketin feshi talep edilmişse, fesih için şartların bulunması halinde yine ortaklık sona erecektir.

³⁹ TBK Madde Gerekçesi (“**Gerekçe**”) m.633.

⁴⁰ Detaylı inceleme için bkz. III-A- Adi Ortaklıktan Çıkmada Usul.

⁴¹ Gerekçe m.634, m.636 ve m.637.

⁴² **Yavuz** s.1484.

Adi ortaklıktaki devam hükmü, bir şekil şartına tabi değildir⁴³. Adi ortaklığın konusu bir taşınmaz olsa dahi aynı sonuç kabul edilmektedir⁴⁴. Devam hükmü konusunda aranan tek şart, ortaklardan birinin ayrılması halinde dahi sözleşmenin devam edeceği iradesinin gösterilmiş olmasıdır⁴⁵. Bu bağlamda kanaatimizce sözleşmede bu husus açıkça belirtilmeden yalnızca çıkma veya çıkarmanın mümkün olduğuna ilişkin bir ifade varsa veya ortaklıktan ayrılmanın koşulları düzenlenmişse, taraf iradelerinin ortağın ayrılmasından sonra ortaklığın devam etmesine yönelik olduğu kabul edilmelidir.

TBK m.633 hükmü, devam hükmünün ortaklık sözleşmesinde yer alması gerektiğinden bahsetmektedir. Bu durumda öğretide ilgili hususun adi ortaklık sözleşmesinde bulunmasının zorunlu olup olmadığı, diğer bir ifade ile devam hükmünün başka bir sözleşmede yer almasının geçerli olup olmayacağı sorusu yöneltilmiştir⁴⁶. *Hızır*'a göre, söz konusu hükmün ortaklık sözleşmesinde kararlaştırılması gerekmektedir⁴⁷. *Hızır*, devam hükmünün adi ortaklık sözleşmesinde kararlaştırılmasının şirketler hukuku anlamında sonuç doğurması için önemli olduğunu belirtmiştir. Kanaatimizce, devam hükmünün hangi sözleşmede yer aldığı bir önemi yoktur. İrade uyuşması başka bir sözleşme kurulurken gerçekleşse bile bu sözleşmenin tarafları adi ortaklık sözleşmesinin tarafları ile aynı olduğu takdirde kanaatimizce adi ortaklık devam edecektir. Adi ortaklıklarda, ticaret şirketleri için geçerli olan şirketler hukuku-borçlar hukuku ayrımı mevcut değildir. Anonim ortaklıklarda esas sözleşmede yer alabilecek hususların üçüncü kişilere karşı ileri sürülmesi mümkün olduğundan, bir hükmün esas sözleşmede düzenlenip düzenlenmemesi hukuki sonuçları bakımından önem taşımaktadır. Ne var ki, adi ortaklık sözleşmesinin aleniliği ve üçüncü kişilere karşı ileri sürülmesi zaten mümkün olmadığından, ortaklar arasındaki irade uyuşmasının belirli bir metinde somutlaşması şartı da aranmamalıdır. Üstelik devam hükmünün bir ortaklık

43 **Hızır** s.2849, **Stefan Habermeier, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen Buch 2- Recht der Schuldverhältnisse**, 13. Auflage, Berlin, 2003, s.323.

44 **Habermeier** s.323.

45 **Kilian**, BGB m.736 para. 4.

46 **Hızır** s.2849.

47 **Hızır** s.2849. Yazar, Alman Medeni Kanunu'nda hükmün "şirket sözleşmesi" ifadesine yer vermesi nedeniyle bu yorumun Alman Hukuku bakımından da kuvvetli olarak savunulduğunu belirterek, aynı sonucun Türk Hukuku bakımından da kabul edilebileceğini belirtmektedir.

kararı ile alınması da mümkün olduğu dikkate alındığında⁴⁸, ayrılmaya ilişkin hükmün adi ortaklık sözleşmesinde yer alması zorunlu olmamalıdır.

İki ortaklı bir adi ortaklıkta devam hükmü kararlaştırılırsa, bu yöndeki anlaşma bir “devralma hükmü” olarak nitelendirilmektedir⁴⁹. Bu durumda çıkma veya çıkarma ortaklık malvarlığının bir ortağa devredilmesi sonucunu doğuracaktır⁵⁰. Bu hüküm uyarınca, kalan ortak tek başına adi ortaklık malvarlığının tamamının maliki olacaktır⁵¹. Ortak sayısı ikinin altına düştüğü içinse, adi ortaklık ilişkisi sona erecektir⁵².

2. Devam Kararı

Ortaklardan birinin ayrılmasından sonra adi ortaklığın devam edeceği yönünde bir irade uyuşması sözleşmenin kurulması aşamasında gerçekleşebileceği gibi, adi ortaklık sözleşmesi kurulduktan sonra da bu yönde mutabık kalınması mümkündür⁵³. Devam kararının alınması bakımından ortaklık kararlarına ilişkin genel kurallar uygulanacaktır. Adi ortaklık sözleşmesi kurulduktan sonra, bir ortağın ayrılması halinde şirketin devam edeceğine karar verilmesi adi ortaklık sözleşmesinin değiştirilmesi niteliğindedir ve bu nedenle de ortakların oybirliği gerekecektir (TBK m.624)⁵⁴.

48 Bu konuda bkz. **Bölüm II A 2- Devam Kararı**.

49 **Ulmer** s.501, **Reha Poroy/ Ünal Tekinalp/Ersin Çamoğlu, Ortaklıklar Hukuku I**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014, (“**Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, TTK**”), s.65, **Heidel/Pade** s.3338, **Akın** s.74.

50 **Ulmer** s.501, **Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, TTK** s.65, **Heidel/Pade** s.3338. Aynı sonuç TTK m.257’de kollektif ortaklıklar bakımından da kabul edilmiştir. Bkz. **Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, TTK** s.65.

51 **Ulmer** s.505. Bu durumda, adi ortaklığa özgülenmiş malları iktisap edecek ortak, diğer ortağa tasfiye payı ödeme yükümlülüğünde olacaktır. Bkz. **Akın** s.74.

52 **Akın** s.74.

53 **Özenli** s.71, **Hızır** s.2849, **Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, TTK** s.53, **Chaix** s.67, **Heidel/Pade** s.3336, **Kilian**, BGB m.736 para. 3. Aynı sonuç EBK döneminde de kabul edilmekteydi. Ortaklardan birinin ölmesi halinde mirasçılar ile kalan ortakların örtülü olarak dahi ortaklığın devamına karar verebileceği yönünde bkz. **Şener** 448. Yargıtay da bu yönde karar vermiştir. 13.HD. 18.11.1991 E.7566 K.10427 (naklen **Şener** s.448).

54 **Özenli** s.71, **Hızır** s.2849, **Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, TTK** s.53, **Chaix** s.67. Alman Hukuku’nda ortaklık sözleşmesini değiştiren kararların idare kavramının dışında bir işlem olduğu belirtilmektedir. Bkz. **Hüffner, Uwe Gesellschaftrecht**, 7. Auflage, München, 2007 (naklen **Şener** s.298). Devam kararının oybirliği ile alınacağı Alman Hukuku’nda da kabul edilmektedir. Bkz. **Ulmer** s.505.

Devam kararı için oybirliği aranması çıkarma bakımından bir zorluğa yol açmaktadır; zira kuruluş aşamasında devam hükmü olmayan bir adi ortaklıktan adi ortağın çıkarılması ve ortaklığın buna rağmen devam edebilmesi için çıkarılacak ortağın onayının da alınması gerekecektir⁵⁵. Ortağın onayına ilaveten, kısıtlanması sebebiyle ortaklığın sona ermesi halinde, kısıtlanan ortak yerine atanan vasinin ve vesayet makamının da ortaklığın devamına onay vermesi gerektiği; ancak gözetim makamının onayının aranmayacağı belirtilmektedir⁵⁶. İflas halinde ise, devam kararı konusunda iflas masasının onay vermesi gerekecektir.

Kural oybirliği olmakla beraber, TBK m.624 f.2 ortaklık sözleşmesinde ortaklık kararlarının oyçokluğu ile alınmasının kararlaştırılmasına imkân tanımaktadır⁵⁷. Bu nedenle taraflar sözleşmede ortaklık kararları için oyçokluğu öngörmüşlerse bu durumda devam kararı için oybirliği aranmayacaktır⁵⁸. Belirtmek gerekir ki, kararın oyçokluğu ile alınacağına taraf iradelerinden açıkça anlaşılması gerekmektedir⁵⁹.

Söz konusu kararın ne zamana kadar alınabileceği konusunda bir belirsizlik vardır. Özellikle devam etme kararının, şirketi sona erdirecek bir nedenin ortaya çıkmasından sonra alınması ihtimalinde ne olacağı değerlendirilmelidir. Doktrinde devam kararının ortaklığın sona ermesinden önce alınması gerektiği⁶⁰; ancak adi ortaklık tasfiye aşamasındayken dahi, ortağın ayrılmasının mümkün olduğunun kararlaştırılabileceği de belirtilmektedir⁶¹.

55 **Hızır** s.2850, **Heidel/Pade** s.3337.

56 **Stahelin** s.56, **Poroy/Tekinalp/Çamoğlu** ETTK s.89.

57 Belirtmek gerekir ki, ortaklık haklarını önemli şekilde etkileyen kararlar bakımından böyle bir düzenlemeye şüphe ile yaklaşılmasını ve oyçokluğunun ancak özel koşullar halinde kabul edilmesi gerektiği de belirtilmektedir. Bkz. **Tercier** s.954.

58 Alman Hukuku'nda da bu kararın oyçokluğu ile alınmasının kararlaştırılabileceği belirtilmektedir. Bkz. **Habermeier** s.326, **Ulmer** s.505, **Heidel/Pade** s.3336. Oyçokluğunun kararlaştırılması halinde kanun kişi sayısının esas alınacağını açıkça belirtmiştir (TBK m.624 f.2). Ortakların kişi sayısı dışında başka bir esasa göre de oy haklarını belirlemesinin mümkün olup olmadığı ise tartışmalıdır. Bu konudaki tartışma için bkz. **Poroy/Tekinalp/Çamoğlu**, TTK s.54.

59 **Chaix** s.66.

60 **Heidel/Pade** s.3336, **Habermeier** s.326. Belirtmek gerekir ki, bu görüş kabul edildiğinde dahi, şirketin haklı sebeple feshinin istenmiş olması durumunda feshe karar verilene kadarki dönemde ortaklığın devam edeceğine dair bir karar alınabileceği belirtilmektedir. Bkz. **Heidel/Pade** s.3336. Feshin mahkeme kararı ile birlikte sonuç doğuracağı düşünüldüğünde varılan bu sonuç görüşü bakımından bir istisna teşkil etmemektedir.

61 **Habermeier** s.326, **Heidel/Pade** s.3337, **Hızır** s.2849.

Kanaatimizce, ortaklık sona erdikten sonra da ortakların alacağı bir karar ile ortaklığın devam etmesi yönünde irade göstermelerine bir engel getirilmemelidir⁶². Zira, ortaklığı sona erdiren sebebin gerçekleşmesi ile birlikte ortaklık ilişkisi ortadan kalkmamaktadır. Bu durumda adi ortaklık ilişkisi tasfiyeye yönelik olarak varlığını sürdürmekte ve ancak tasfiyenin tamamlanması ile birlikte adi ortaklık ortadan kalkmaktadır⁶³. Bu durumda, ortakların tasfiyeye yönelmiş olan adi ortaklığın konusunu tekrar eski hale getirmeleri mümkün olmalıdır⁶⁴. Ortakların oybirliği ile hareket etmesi gerekecektir. Oyçokluğu ile kararın alınabileceği hallerde dahi, karara katılmayan ortağın veya onun adına hareket eden temsilcilerin çıkma ve çıkarma imkânını kullanarak, adi ortaklık ilişkisinden ayrılmaları yeterli bir koruma sağlayacaktır.

B. Ayrılma Nedeninin Gerçekleşmesi

Adi ortaklıktan çıkma TBK m.633 uyarınca bazı şartlara bağlanmıştır. TBK m.633 uyarınca “*Bir ortağın fesih bildiriminde bulunması, kısıtlanması, iflası, tasfiyedeki payının cebrî icra yoluyla paraya çevrilmesi veya ölmesi hâlinde*” çıkma söz konusu olacaktır. Görüldüğü üzere çıkma, TBK sisteminde serbestçe kullanılacak bir hak olmayıp belirli şartların varlığına bağlanmıştır.

Gereke’de belirtildiği üzere⁶⁵ sözleşmede aksi belirtilmediği sürece aşağıda belirtilen durumlarda⁶⁶ ortakların çıkması veya çıkarılması söz konusu olacaktır:

1. Ortağın fesih bildiriminde bulunması,
2. Ortağın kısıtlanması,

⁶² **Chaix** s.105, **Hızır** s.2850.

⁶³ **Stachelin** s.62, **Akın** s.96, **Poroy/Tekinalp/Çamoğlu**, TTK s.75, **Yavuz** s.1487. Diğer yandan bu iki işlemin teorik olarak ayrılırsa da fiilen tek bir işlem olduğu yönünde görüş de bulunmaktadır. Bkz. **Chaix** s.103.

⁶⁴ Nitekim, tasfiye aşamasındaki bir adi ortaklığın tasfiyeden geri dönmesinin gerçek anlamda bir tasfiyeden geri dönme değil de adi ortaklığın tasfiyeye yönelen konusunun, tekrar eski konusu ile değiştirilmesi olduğu belirtilmektedir. Bkz. **Stachelin** s.52 s.50.

⁶⁵ Gereke m.633.

⁶⁶ *Akın* söz konusu nedenlerin sınırlı sayıda olmadığını ve yalnızca örneklediğini belirtmektedir. Bkz. **Akın** s.73. **Poroy/Tekinalp/Çamoğlu** ise kanunda çıkma ve çıkarma hallerinin listelenmediğini ancak ortaklık sözleşmesinde farklı düzenlemelerin getirilebileceğini belirtmektedir. **Poroy/Tekinalp/Çamoğlu**, TTK s.66

3. Ortağın iflâsı,
4. Ortağın tasfiyedeki payının cebrî icra yoluyla paraya çevrilmesi,
5. Ortağın ölmesi.

Belirtmek gerekir ki, adi ortaklıktaki irade serbestisi ilkesi uyarınca TBK m.633'te belirtilen nedenler haricinde sözleşmede çıkmaya ve çıkarmaya ilişkin özel düzenlemeler getirilebilir. Bu bağlamda taraflar, adi ortaklık sözleşmesinde çıkma veya çıkarma için ilave nedenler benimseyebilirler⁶⁷. Örneğin tarafların yaş sınırı veya bir mesleki sıfatın kaybı hallerinde de ortaklıktan ayrılmaya ilişkin düzenlemeler getirebilecekleri belirtilmektedir⁶⁸. Ayrıca ortağın bir ticaret şirketi olması halinde, ticaret şirketinin birleşmesi, bölünmesi veya ortak olan şirketin ortaklık yapısının değişmesi, özellikle de kontrolün el değiştirmesi halinde ortaklıktan çıkma veya çıkarmaya imkân tanıyan bir hüküm getirmek de mümkündür. Diğer yandan ortaklar, kanunda belirtilen bazı nedenlerin ortaklıktan ayrılmaya yol açmayacağını da kararlaştırabilirler⁶⁹.

Kanunda getirilen çıkma şartları bakımından belirtilmesi gereken ilk husus, ilgili düzenlemenin mehz Alman Kanunu'ndan ayrılmasıdır. Alman Medeni Kanunu, çıkma (m.736) ve çıkarılmayı (m.737) iki ayrı maddede ve ayrı şartlarda düzenlemiştir. Hâlbuki TBK m.633 çıkma ve çıkarma bakımından nedenleri ortak olarak düzenlemektedir. Diğer bir ifade ile çıkmaya imkân tanıyan nedenler ile çıkarmaya imkân tanıyan nedenler aynıdır. Bu nedenle Alman Hukuku'nda yalnızca çıkmaya imkân tanıyan, ortağın iflâsı, ortağın ölümü gibi hususlar Türk Hukuku'nda çıkarma için de sebep teşkil edecektir⁷⁰.

⁶⁷ **Ulmer** s.501, **Kilian**, BGB m.736 para. 8, **Poroy/Tekinalp/Çamoğlu**, TTK s.66, **Heidel/Pande** s.3337. Bu bağlamda tarafların serbestçe ortaklıktan çıkabileceğinin kararlaştırılabileceği konusunda da bir tereddüt yoktur. Bkz. **Chaix** s.113. Ancak ortağın herhangi bir şarta bağlı olmaksızın diğer ortakların kararı ile çıkartılabileceğine dair hükmün geçerliliği ise tartışmalıdır. Bkz. **Heidel/Pande** s.3342.

⁶⁸ **Ulmer** s.504, **Heidel/Pande** s.3337. Belirtilen şartın objektif olarak tespit edilebilir nitelikte olması uygulama bakımından önem taşımaktadır. **Kilian**, BGB m.736 para. 8.

⁶⁹ **Ulmer** s.501, **Poroy/Tekinalp/Çamoğlu**, TTK s.66. Diğer yandan Şener, haklı sebeplerin varlığı halinde ortağın çıkartılmasını engelleyecek bir düzenleme getirilmesinin mümkün olmadığını belirtmektedir. Bkz. **Şener** s.388.

⁷⁰ *Akın*, çıkma ve çıkarma sebeplerinin ayrı ayrı düzenlendiği Alman Medeni Kanunu düzenlemesinin daha basit ve anlaşılır olduğuna, TBK'nın bu iki durumu birlikte düzenlemesinin çok uygun bir düzenleme olmadığına işaret etmektedir. Bkz. **Akın** s.75. *Kurşat* da Alman Medeni

Bu bağlamda kanunda belirtilen ayrılma nedenlerini ayrı ayrı değerlendirmek yerinde olacaktır.

1. Ortağın Tasfiyedeki Payının Paraya Çevrilmesi

TBK m.633, ortağın tasfiyedeki payının paraya çevrilmesini de ortaklıktan ayrılma nedeni olarak kabul etmiştir. Ortağın payının paraya çevrilmesi, adi ortaklığı sona erdiren nedenlerdendir (TBK m.639 b.3). Ne var ki, ortaklık sözleşmesinde ortaklığın devam edeceği kararlaştırılabilir. İşte ortaklık sözleşmesinde bu şekilde bir hüküm bulunması durumunda, ortaklığın tasfiye sonucunda alacağı tasfiye payı paraya çevrildiğinde, ortaklık devam edecekse de ortağın çıkması veya çıkarılması mümkün olacaktır. Alman Hukuku'nda tasfiye payının paraya çevrilmesi bir çıkma nedeni olarak düzenlenmemiştir. Bu bakımdan TBK m.633, mehzadan ayrılan bir düzenlemedir.

Tasfiye payının paraya çevrilmesi bakımından, alacağın kökeni bir önem taşımasa da adi ortaklığın borçlarından dolayı ortağın tasfiye payının paraya çevrilmesi halinde, ortağın çıkarılmasının dürüstlük kuralına aykırı olduğu ileri sürülmektedir⁷¹.

Bu noktada EBK ile TBK arasındaki bir farklılığa da dikkat çekmek gerekmektedir. EBK döneminde, adi ortaklığın sona erme hallerinden biri ortağın tasfiyedeki hissesi hakkında “cebri icra vukuu” olarak belirtilmiştir (EBK m.535). Bu durumda adi ortaklığın sona ermesi için haczin yeterli olup olmadığı konusunda tartışmalar vardı. Haczin yeterli olup payın paraya çevrilmesi şartı aranmayacağı yönünde bir görüş⁷² bulunduğu gibi, yalnızca haczin ortaklığı sona erdirmediği, ortaklığın sona ermesi için payın paraya çevrilmesinin de gerektiği yönünde görüşler bulunmaktaydı⁷³. Hâlbuki, TBK m.639 b.3, şirketi sona erdiren bir hal olarak tasfiye payının paraya çevrilmesinden bahsetmektedir. Bu değişiklik ile uyumlu olarak TBK m.633'te de çıkmanın veya çıkarmanın pay üzerine haciz konulmasını değil, payın paraya çevrilme-

Kanun'da getirilen iki farklı hükmün birleştirilmesinin uygulama bakımından sorunlar yaratacağını ve hükümleri mehz düzenleme ile uyumlu olarak yorumlama zorunluluğu bulunduğunu, aksi takdirde tutarsız sonuçlar ortaya çıkacağını belirtmektedir. Bkz. **Kurşat** s.312.

⁷¹ **Hızır** s.2844.

⁷² **Engel** s.726.

⁷³ **Stachelin** s.55, **Şener** s.452, **Chaix** s.107. İsviçre Federal Mahkemesi de bu yönde karar vermiştir. Bkz. ATF 113 III 40.

sini takiben mümkün olacağı belirtilmiştir⁷⁴. Bu nedenle, pay üzerine haciz koyduran alacaklının paraya çevirme konusunda harekete geçmemesi halinde ortaklığın sona ermesi veya sözleşmede devam hükmü bulunması halinde ortağın ayrılması söz konusu olmayacaktır⁷⁵.

Ancak ortaklık payının paraya çevrilmesi ile ne anlaşılması gerektiği konusunda tereddütler oluşmuştur. Maddenin uygulama alanı bakımından kanunun öngördüğü hal, kanaatimizce ortağın tasfiye sonucunda elde edeceği tasfiye bakiyesinin, yani ileride doğacak bir alacak hakkının paraya çevrilmesidir⁷⁶. Bu nedenle ortağın malvarlığında bulunan bir hususun paraya çevrilmesi bu bağlamda ortaklıktan ayrılmaya imkân tanımayacaktır⁷⁷.

Akın, ortaklık çerçevesinde mülkiyetini ortaklığa getirdiği veya ortaklık faaliyetleri sırasında mülkiyeti iktisap edilen malvarlığı unsurlarının cebri icra ile paraya çevrilmesi halinde de TBK m.633'ün uygulanacağını belirtmektedir⁷⁸. Kanaatimizce, kanunun TBK m.633 ve TBK m.639 b.3 kapsamında sona erme hali olarak öngördüğü durum, mülkiyeti adi ortaklığa getirilmiş bir malvarlığı unsurunun haczi olmayıp tasfiye sonucunda ortaya çıkan bakiyeden doğan alacak hakkının haczidir. Kanunun “tasfiyedeki payı” ifadesi ile kastettiği hususun, tasfiyeye girecek malvarlığı unsurları olarak değil de tasfiye sürecinin sonunda ortaya çıkan bakiyeden doğan alacak hakkı olarak anlaşılması gerektiği görüşündeyiz. Bu nedenle de mülkiyeti adi ortaklığa getirilmiş bir malvarlığı unsuru paraya çevrilse dahi TBK m.633 ve TBK m.639 uygulanmamalıdır. Belirtmek gerekir ki, adi ortaklığa dahil bir malvarlığı unsurunun ortağın borcundan dolayı paraya çevrilmesi⁷⁹ halinde adi ortaklığın

⁷⁴ **Hızır** s.2843, **Akın** s.78.

⁷⁵ **Akın** s.79.

⁷⁶ **Şener** s.451. *Hızır* da benzer şekilde “buradaki haczin konusunu ortağın şirketteki payı değil, tasfiye sonundaki payı oluşturur” demektedir. Bkz. **Hızır** s.2842. Diğer yandan **Kurşat** henüz devri kabil olmayan ortaklık değerinin cebri icrasının mümkün olmayacağını belirterek, paraya çevirmenin nasıl gerçekleşeceğini belirsiz olduğunu işaret etmektedir. Bkz. **Kurşat** s.311.

⁷⁷ **Akın** s.79. Yazar, söz konusu eşyanın kullanım hakkı adi ortaklığa tesis edilmiş olsa bile sonucun değişmeyeceğini belirtmektedir. Bkz. **Akın** s.79.

⁷⁸ **Akın** s.79.

⁷⁹ Söz konusu malvarlığı unsuru kural olarak elbirliği halinde ortaklara ait olacağından (TBK m.638 f.2), burada da ancak tasfiye payı üzerinde haciz uygulanması mümkün olacaktır. Ancak ortaklık sözleşmesinde ortaklar arasında paylı mülkiyet esasının belirlenmesi halinde, ortağın malvarlığındaki payının haczedilmesi ihtimali bulunmaktadır.

konusunun imkânsızlaşması sebebiyle sona ermesi veya bu durumun bir haklı sebep teşkil etmesi mümkündür. Keza, bu durum bir ortağın çıkması veya çıkartılması bakımından bir neden olarak ortaklık sözleşmesinde düzenlenebilir. Ancak böyle bir durumun söz konusu olmaması halinde, sırf malvarlığı unsurunun paraya çevrilmesi kanaatimizce adi ortaklıktan ayrılmaya imkân tanımayacaktır.

2. Ortağın İflası

Ortak hakkında iflasa karar verilmesi halinde ortaklığın sona ereceği, TBK m.639 b.3'te açıkça hüküm altına alınmıştır. Zira ortağın adi ortaklıktaki payı da iflas masasına dahil olacak ve paraya çevrilecek ve iflas masasına dahil edilecektir. İflas kararının sonuçlarını doğurması için kesinleşmesi aranmadığı⁸⁰ yönünde bir görüş bulunduğu gibi borçlunun temsil yetkisinin kısıtlanmasının temyizden sonra gerçekleştiği ve bu nedenle adi ortaklığın temyizden sonra sona ereceği de belirtilmektedir⁸¹.

Ancak TBK m.639 b.3 uyarınca ortak hakkında verilen iflas kararına rağmen adi ortaklığın devam edeceğinin kararlaştırılmasına da imkân tanınmıştır⁸². Ortaklık sözleşmesinde bu yönde bir hüküm bulunması halinde adi ortaklık ilişkisi devam edecektir⁸³. Ortaklığın devam etmesi halinde ise ortağın adi ortaklıktan çıkması veya çıkarılması imkânı TBK m.633'te tanınmıştır⁸⁴. Buna göre ortağın iflas etmesi durumunda, adi ortaklığın devam edeceği yö-

⁸⁰ Engel s.726, Şener s.456, Hızır s.2841, Chaix s.107.

⁸¹ Akın s.77.

⁸² İflas sebebiyle ortaklığın sona ereceğinin kararlaştırılması konusunda tartışmalar bulunmaktadır. İsviçre Federal Mahkemesi, iflas sebebiyle ortaklığın sona erecek olması halinde, ortaklık sözleşmesinde bir hüküm bulunmaması halinde ortaklığın sona ereceğini ve ortakların adi ortaklığın devam edeceği yönünde karar alamayacağını belirtmiştir Bkz. Recueil Officiel des Arrêts du Tribunal Fédéral 78/1952 III s. 167 (Naklen Engel s.726). Ne var ki, ortaklığın devamının hem borçlu, hem alacaklılar hem de diğer ortakların menfaatleri bakımından uygun olacağı yönünde bkz. Akın s.77. EBK döneminde böyle bir hüküm bulunmamasına rağmen, diğer ortakların ortağın payını iflas masasına ödeyerek ortaklığı ayakta tutabilecekleri kabul ediliyordu. Bkz. Poroy/Tekianlp/Çamoğlu, ETTK s.89.

⁸³ Akın, ortaklık sözleşmesinde böyle bir hüküm bulunmasa dahi ortaklığın hemen sona ermeyeceğini, iflas masası ile diğer ortakların görüşmeleri sonucunda şirketin devam edeceği hususunda karara varılamaması halinde ortaklığın sona ereceğini belirtmektedir. Bkz. Akın s.77.

⁸⁴ Alman Hukuku'nda ortağın iflası yalnızca çıkma sebeplerine ilişkin Alman Medeni Kanunu m.736'da yer almaktadır.

nünde bir hüküm varsa, aksi ortaklık sözleşmesinde kararlaştırılmadığı takdirde, iflas eden ortak şirketten çıkabileceği gibi bu ortağın şirketten çıkarılması imkânı da bulunmaktadır.

Ortak, adi ortaklıktan iflas sebebiyle ayrıldığı takdirde ortağın hak kazanacağı tasfiye payı, iflas masasına ödenecektir⁸⁵. Aynı şekilde TBK m.635 uyarınca ortaklığın malvarlığı, borçlarını karşılamaya yetmezse, çıkan veya çıkarılan ortak, payına düşen borç tutarını, zarara katılmaya ilişkin düzenlemeler çerçevesinde diğer ortaklara karşı sorumlu olacağından, diğer ortaklar alacaklarını iflas masasına kaydettireceklerdir⁸⁶.

TBK m.633, iflasa temel teşkil eden borcun kökeni bakımından bir ayırım yapmamaktadır. Bu nedenle iflas kararına dayanak olan borç, adi ortaklığın faaliyeti sebebiyle doğmuş olsa dahi, iflas kararı üzerine ortağın çıkması veya çıkarılması mümkün görünmektedir. Ancak doktrinde, adi ortaklık faaliyetlerinden doğan borç sebebiyle iflas kararı verilmesi durumunda ortağın çıkarılmasının hakkaniyete aykırı olduğu ve dürüstlük kuralı uyarınca bu durumda iflas eden borçlunun ortaklıktan çıkarılmasına imkân verilmemesi gerektiği ileri sürülmektedir⁸⁷. Kanaatimizce, iflasa temel teşkil eden borç adi ortaklıktan kaynaklansa dahi ortağın çıkarılması ihtiyacı meşru ve makuldür. Şöyle ki, iflas kararı ile birlikte ortağın kendi malvarlığı üzerinde tasarruf yetkisi sınırlanmış olacaktır. Bu durumda ortağın adi ortaklığın borçlarından sorumluluğunu ifa etmesi risk altına girmektedir. Ayrıca bu durumda ortağın çıkması ihtimali ortaklık üzerinde bir belirsizlik yaratacaktır. Bu nedenle de kanaatimizce ortağın iflası sebebiyle ortaklıktan çıkarılması, somut olayda dürüstlük kuralına aykırılık teşkil etmediği sürece, iflas ortaklığa ilişkin bir borçtan kaynaklansa bile mümkün olmalıdır.

3. Ortağın Fesih Beyanında Bulunması

TBK m.632 uyarınca ortağın ortaklıktan ayrılması için kanunun öngördüğü nedenlerden bir diğeri de ortağın fesih beyanında bulunmasıdır. Fesih beyanında bulunan ortağın şirketten çıkma veya çıkarılması imkânı doğmaktadır⁸⁸.

⁸⁵ Habermeier s.325, Ulmer s.504, Heidel/Pade s.3337.

⁸⁶ Habermeier s.325, Heidel/Pade s.3337.

⁸⁷ Hızır s.2842.

⁸⁸ Bu düzenleme Alman Medeni Kanunu m.736'da yalnızca çıkma nedeni olarak düzenlenmiştir.

Fesih beyanında bulunma yetkisini olağan fesih yetkisi ve haklı sebeple fesih olarak ikiye ayırmak mümkündür. Olağan fesih yetkisi, TBK m.639 b.6 uyarınca ortaklığın belirsiz bir süre için ya da ortaklardan birinin ömrü boyunca kurulması halinde tanınmıştır. Bu hakkın sözleşme ile kaldırılmayacağı belirtilmektedir⁸⁹. Eğer adi ortaklık, belirsiz süreli olarak veya bir ortağın ömrü boyunca kurulmamış ise ortağın olağan fesih beyanında bulunması mümkün değildir. Ancak, fesih beyanında bulunma yetkisi, ortaklık sözleşmesi ile tanınabilir⁹⁰. Haklı sebeple fesih ise, ortaklık ilişkisinin devam etmesinin objektif olarak ortaklardan beklenemeyeceği durumlarda, ortakların fesih beyanında bulunma yetkisidir⁹¹.

Ortaklıktan ayrılmanın söz konusu olması için ortağın fesih beyanında bulunma hakkı mevcut olmalıdır. Aksi takdirde ortaklıktan ayrılma için gerekli koşullar sağlanmayacaktır⁹². Ancak fesih hakkı mevcut olduğu takdirde, bu hakkın ortaklık için uygun olmayan bir zamanda (örneğin bir projeye teklif verilmesinden hemen önce) yapılması halinde ne olacağı konusunda tartışmalar bulunmaktadır. Bir görüşe göre böyle bir durumda yine de ortaklıktan ayrılma mümkün olacak; ancak ayrılan ortağın zararı tazmin etme yükümlülüğü söz konusu olacaktır⁹³. Diğer bir görüşe göre ise fesih beyanı etkisini ancak uygun olmayan şartlar ortadan kalktıktan sonra gösterecektir⁹⁴.

Ortaklardan birinin haklı sebebe dayanarak fesih beyanında bulunması halinde ortaklıktan ayrılma için gerekli koşulların oluşup oluşmadığı sorunu akla gelecektir. *Hızır*'a göre, haklı sebeple fesih beyanında bulunulması TBK m.633'te belirtilen, çıkma ve çıkarmaya imkân veren fesih beyanı olarak kabul edilemez⁹⁵.

⁸⁹ **Hızır** s.2835. Ancak fesih beyanının belirli bir süre boyunca kullanılamayacağının sözleşmede kararlaştırılmasının mümkün olduğu da belirtilmektedir. Bkz. **Stahelin** s.57, **Poroy/Tekinalp/Çamoğlu**, TTK s.80. Ne var ki, fesih hakkına ilişkin düzenlemenin kişilik haklarına aykırılık teşkil etmemesi gerektiği de belirtilmektedir. Bkz. **Stahelin** s.57, **Poroy/Tekinalp/Çamoğlu**, TTK s.81.

⁹⁰ **Habermeier** s.324.

⁹¹ **Şener** s.488, **Akın** s.104. Haklı sebep konusundaki kapsamlı değerlendirmeler için bkz. **Ersin Çamoğlu, Haklı Sebep Kavramı ve Kollektif Ortağın Haklı Sebeple Çıkarılması**, İstanbul, 1976, **Şener** s.488 vd., **Akın** s.104.

⁹² **Hızır** s.2836.

⁹³ **Habermeier** s.324, **Ulmer** s.503.

⁹⁴ **Stahelin** s.57, **Akın** s.76.

⁹⁵ **Hızır** s.2837. Nitekim *Akın* da ortaklıktan ayrılma sebeplerinden fesih beyanını değerlendirirken yalnızca olağan fesih beyanına ilişkin açıklamalara yer vermektedir. Bkz. **Akın** s.76.

Kanaatimizce olağan sebeple fesih beyanı ile haklı sebeple fesih beyanı arasında bu şekilde bir ayırım yapılmasına ihtiyaç yoktur. Nitekim Alman Hukuku'ndaki bir görüşe göre, çıkmanın feshe göre daha hızlı çözümlenecek olması sebebiyle haklı sebeple fesih beyanında bulunan ortağa çıkma imkânı tanınmalıdır⁹⁶. Diğer bir görüşe göre ise bu konu sözleşmedeki devam hükümünün yorumu ile çözülmeli, ancak bu konuda bir belirsizlik bulunması halinde haklı sebeple fesih sonucunda da çıkmaya imkân tanınmalıdır⁹⁷. Ancak belirtmek gerekir ki, haklı sebeple fesih yönünde mahkemenin verdiği karar ile şirket tasfiye aşamasına gireceğinden bu durumda tasfiye aşamasında ortaklıktan ayrılma söz konusu olacaktır. Doktrinde ise bunun yalnızca istisnai hallerde kabul edilmesi gerektiği belirtilmektedir⁹⁸.

Doktrinde *Kurşat*, fesih beyanının bir çıkma sebebi olarak düzenlenmesinin yerinde olmadığını; zira fesih ile birlikte ortaklığın kendiliğinden sona ereceğini ve bu noktada artık ortaklıktan çıkma veya çıkarmadan bahsedilemeyeceğini belirtmektedir⁹⁹. Diğer yandan *Akın* ise, fesih talep eden ortağın çıkma talep etmesinin makul olmadığını işaret etmektedir¹⁰⁰.

Fesih beyanında bulunulan bir şirkette, ortağın çıkma beyanında bulunmasının olağan olmadığı hususuna katılmakla beraber, hukuken bu imkânı bertaraf etme zorunluluğu da bulunmamaktadır; çünkü şirketin sona ermesi şirketin varlığını hemen ortadan kaldırmamaktadır. Şirket, sona erme sebebinin gerçekleşmesi ile birlikte tasfiyeye girecektir, şirketin ortadan kalkması ancak tasfiye sonucunda gerçekleşecektir¹⁰¹. Tasfiye sürecinin uzun süreceği durumlarda, ortakların bu süreçte sağlıklı şekilde karar alabilmeleri için çıkma ve çıkarma imkânlarını muhafaza etmek yerinde olabilir.

Haklı sebeple fesih için koşulların oluşması halinde ortaklıktan ayrılmaya ilişkin değerlendirme için bkz. II-B-6 Fesih İçin Haklı Sebepler.

⁹⁶ **Ulmer** s.503.

⁹⁷ **Habermeier** s.324, **Heidel/Pade** s.3337. *Heidel/Pade* bu sonucun kabulü için haklı sebebin, ortaklığın devam etmesine imkân vermeyen bir sebep olmaması gerektiğini belirtmektedir. Bkz. **Heidel/Pade** s.3337.

⁹⁸ Bu tartışmalar için bkz. Aşağıda dn. 149.

⁹⁹ **Kurşat** s.313. Yazar, bu hususu fesih beyanı bakımından belirtse de söz konusu gerekçe aslında, şirket sözleşmesinde ortaklığın devam edeceğinin kararlaştırılmadığı her durum bakımından ortaya çıkacaktır.

¹⁰⁰ **Akın** s.74.

¹⁰¹ Bkz. dn. 63.

4. Ortağın Kısıtlanması

Ortaklardan birinin kısıtlanması adi ortaklığı sona erdiren sebeplerden biri olarak düzenlenmiştir (TBK m.639 b.3). Kısıtlanma sebebi bu açıdan bir farklılık arz etmemektedir¹⁰². Ancak ortaklar dilerse, ortaklardan birinin kısıtlanması halinde adi ortaklığın devam edeceğini kararlaştırabilirler. Bu durumda ortağın kısıtlanması, kısıtlanan ortak için çıkma veya çıkarılma nedeni olacaktır (TBK m.633).

Ortaklık sözleşmesinde, ortağın kısıtlanması halinde şirketin devam edeceği öngörülmemiş olsa bile daha sonra ortakların bu yönde karar almasının mümkün olduğu yukarıda belirtilmişti. Ortağın kısıtlanması halinde bu açıdan özellik arz eden bir durum söz konusu olmaktadır; zira böyle bir durumda ortakların iradesi yeterli olmayacaktır. Öncelikle, kısıtlama kararı ile birlikte ortağın fiil ehliyeti sınırlanmış olacağı için ortaklıktan çıkma bakımından kanuni temsilcinin onayı gerekecektir¹⁰³. Doktrinde, denetim makamının onayının alınmasının da gerektiği yönünde görüşler bulunmaktadır¹⁰⁴.

5. Ortağın Ölmesi

TBK m.639 uyarınca ortaklığın mirasçılarla sürdürülmesi konusunda bir hüküm yoksa ortaklardan birinin ölmesi halinde adi ortaklık ilişkisi sona erecektir¹⁰⁵. Bu durumda, ölen ortağın mirasçılarının külli halefiyet gereği ortak sıfatı kazanacağı ve tasfiye aşamasındaki şirkette hem ortak hem de tasfiye memuru sıfatıyla tasfiye işlemlerini yürütecekleri belirtilmektedir¹⁰⁶.

TBK m.633 uyarınca ortaklar dilerse bir ortağın ölümüne rağmen adi ortaklık ilişkisinin devam edeceğini kararlaştırabilirler. Böyle bir durumda artık ortağın ölümüne rağmen adi ortaklık sona ermeyecektir. Böyle bir devam hükmünün bulunması halinde ortaklık devam edecek olsa da bu şekilde ortaklığın devamını istemeyen ortakların veya ölen ortağın mirasçıları çıkma veya çıkarma hükümlerine gidebileceklerdir.. TBK m.633'ün amacının “ölen

¹⁰² Hızır s.2838.

¹⁰³ Hızır s.2839, Yavuz s.1484.

¹⁰⁴ Akın s.76, Hızır s.2839.

¹⁰⁵ Doktrinde gaiplik kararı verilmesi veya ölüm karinesi halinde de aynı sonucun kabul edilmesi gerektiği belirtilmektedir. Bkz. Hızır s.2845, Şener s.443, Staehelin s.52.

¹⁰⁶ Staehelin s.52, Akın s.79, Chaix s.105. Bu durumda mirasçıların adi ortaklık malvarlığı unsurları bakımından aynı bir hakka sahip oldukları da ileri sürülmektedir. Bkz. Poroy/Teकिनalp/Çamoğlu, TTK s.77 paragraf 107b’de belirtilen yazarlar.

ortağın mirasçularıyla ortaklığı sürdürmek istemeyen diğer ortakları, ortaklığı tasfiye edip yeni bir ortaklık kurma zahmetinden kurtarmak” olduğunu belirten Gerekçe de bu ihtimale işaret etmektedir¹⁰⁷.

Ortağın ölümünden sonra adi ortaklığın devam etmesinde i) ortaklığın kalan ortaklar ile devam etmesi¹⁰⁸ veya ii) ölen ortağın mirasçılarının ortaklığa katılması ile ortaklığın devam etmesi kararlaştırılabilir¹⁰⁹.

Ortaklığın kalan ortaklar ile devam edeceğinin kararlaştırılması halinde, ölen ortağın mirasçuları ortak sıfatı kazanamayacaklardır. Bu durumda mirasçılar yalnızca ölen ortağın tasfiye bakiyesinden olan alacağı kadar bir alacak hakkı kazanacaklar¹¹⁰; ancak adi ortaklıkta ortak olamayacaklardır¹¹¹. Bunun sonucunda, mirasçılar bakımından çıkma veya çıkarmadan bahsedilemeyecektir¹¹².

Diğer yandan adi ortaklığın ölen ortağın mirasçuları ile devam edeceğinin kararlaştırılması halinde, ölüm ile birlikte ortak sıfatı mirasçılara¹¹³ geçecek

¹⁰⁷ Gerekçe m.633. Belirtmek gerekir ki, ortaklıktan ayrılma hükümleri mirasçılar ile devam etmek istemeyen ortaklara bir imkân tanıdığı gibi, bu adi ortaklıkta yer almak istemeyen mirasçı ortakları da korumaktadır.

¹⁰⁸ Bu durumda taraflar dilerse, mirasçılarının da şirkete girmelerine imkân tanıyan bir hüküm getirebilirler. Bkz. **Habermeier** s.327.

¹⁰⁹ **Habermeier** s.324. Ortaklığa giriş hakkının yalnızca mirasçılara değil, tüm üçüncü kişilere, hatta sözleşmenin kurulması sırasında henüz belirli olmayan bir kişiye bile tanınabileceği yönünde bkz. **Ulmer** s.505. Böyle bir çözümün, ölen ortağın mirasçularına ödeme yapılması suretiyle ortaklık malvarlığının azalmasını engellemesini sağlayabileceği belirtilmektedir. Bkz. **Heidel/Pade** s.3337. Ortağın ölümü halinde mirasçılarının durumuna ilişkin kararlaştırılacak hükümler bakımından detaylı bilgi için bkz. **Şener** s.445 vd, **Hızır** s.2853 vd. ve **Hızır** s.2860 vd.

¹¹⁰ **Stahelin** s.52, **Poroy/Tekinalp/Çamoğlu**, TTK s.78. İsviçre Federal Mahkemesi de kolektif şirketlere ilişkin bir uyuşmazlıkta aynı sonuca varmıştır. **BGE 100, II 379**.

¹¹¹ İsviçre Federal Mahkemesi mirasçılarının ortak sıfatı kazanmadığı durumlarda dahi, alacakları ayrılma tazminatının belirlenmesi bakımından bilgi alma hakkına sahip olduklarına karar vermiştir. Bkz. **BGE 100, II 379**).

¹¹² **Kurşat** s.312.

¹¹³ Adi ortaklık sözleşmesinde ortaklık sıfatının yalnızca bazı mirasçılara geçebileceği kararlaştırılabilir. Ancak bu durumda bir miras paylaşımı sözleşmesi söz konusu olacağı için ölümüne bağlı tasarruflar için aranan şekil şartlarının aranması gerektiği belirtilmektedir. Bkz. **Poroy/Tekinalp/Çamoğlu**, TTK s.77, **Şener** s.446. Diğer yandan bir görüşe göre, böyle bir düzenleme için vasiyetnamenin şekil şartlarını taşımasının zorunlu olmadığı belirtilmektedir. Bkz. **Şener** s.446, **Chaix** s.105.

ve mirasçılar ortağın sahip olduğu tüm hakları iktisap edeceklerdir. Mirasçılar bu durumda kendiliğinden ortak sıfatını edineceklerdir¹¹⁴; meğerki mirasçılar mirası reddetmiş olsunlar¹¹⁵. Bu durumda mirasçılar bakımından adi ortaklıktan çıkma veya çıkarılma söz konusu olabilir¹¹⁶. Birden çok mirasçı bulunması halinde mirasçılarının birlikte hareket etmesi gerektiği belirtilmektedir¹¹⁷. *Poroy/Tekinalp/Çamoğlu* ise mirasçılarının ortaklıktan ayrılabilmesi için miras şirketinin onayına gerek olmadığını belirtmektedir¹¹⁸.

Yukarıda belirttiğimiz gibi adi ortaklık sözleşmesinde devam hükmünde veya devam kararında, ölüm ile birlikte mirasçılarının adi ortaklığa girip girmeyecekleri kararlaştırılabilir. Ancak adi ortaklık sözleşmesinde ortaklardan birinin ölümü halinde ortaklığın devam edeceği belirtilmekle beraber, mirasçılarının durumu bakımından bir hüküm bulunmayan hallerde ne olacağı belirsizdir. Acaba bu durumda, mirasçılar ortak sıfatı mı yoksa bir alacak hakkı mı kazanacaktır? Daha somut bir ifade ile ortaklık sözleşmesinde yalnızca “ortaklardan birinin ölümü şirketi sona erdirmez” şeklinde bir ifade varsa, acaba şirket kalan ortaklarla mı yoksa ölen ortağın mirasçılarının da dahil olduğu ortak yapısı ile mi devam edecektir?

Alman Hukuku’nda ortaklığın mevcut ortaklar ile devam edeceği, ancak mirasçılar ile devamının da kararlaştırılabileceği belirtilmektedir¹¹⁹. Bu durumda sözleşmede açık hüküm olmayan hallerde, ortaklığın mevcut ortaklar

114 **Poroy/Tekinalp/Çamoğlu**, TTK s.77. Yazar bu nedenle ilgili hükmün, klasik bir üçüncü kişi lehine hükümden ayrıldığını belirtmektedir.

115 **Poroy/Tekinalp/Çamoğlu**, TTK s.78, **Chaix** s.105. Yazar aynı sonucun mirasçının resmi defter tutulmasını talep etmesi (Medeni Kanun m.619 vd. İsviçre Medeni Kanunu m.580 vd.) halinde de geçerli olacağını belirtmektedir.

116 *Kurşat*, bu düzenlemenin ahde vefa ilkesine aykırı olduğunu, zira adi ortaklığın mirasçılar ile devam edeceğinin kararlaştırılması halinde mirasçılarının çıkma veya çıkarılmasının mümkün olmaması gerektiğini belirtmektedir. Bkz. **Kurşat** s.312. Kanaatimizce miras bırakanın iradesi, ne mirasçılar ne de diğer ortakları bu derece sınırlayabilir. Ahde vefa ilkesi, adi ortaklık payının mirasçılara intikalini sağlamaya yöneliktir ve bu amaca ulaştığı için ortaklıktan ayrılma bu ilkeye zarar vermez. Ayrıca tarafların iradesi mirasçılarının şirkete kalması yönünde ortağın ölümünü ortaklıktan ayrılma sebepleri arasından çıkaracak sözleşmesel düzenlemeleri de getirebilirler.

117 **Kurşat** s.311, **Akın** s.80.

118 **Poroy/Tekinalp/Çamoğlu**, TTK s.77.

119 **Habermeier** s.324. *Kurşat* ise Alman Medeni Kanunu m.727 hükmünün, ortaklığın kimler ile devam edeceği konusunda bir açıklama getirmedeğini, yalnızca ortağın ölümü halinde ortaklığın sona ermeyeceğinin kararlaştırılabileceğini belirtmektedir. Bkz. **Kurşat** s.312.

ile devam etmesi gerektiği sonucuna varıldığı söylenebilir. Türk Hukuku bakımından da doktrinde benzer bir yorum yapılmaktadır. Bir görüşe göre sözleşmede açıkça belirtilmediği sürece, mirasçılar ortak sıfatını kazanamayacak ve yalnızca bir ayrılma tazminatı talebinde bulunabileceklerdir¹²⁰. Öte yandan *Kurşat* aksi açıkça belirtilmediği sürece ortağın ölümü halinde adi ortaklığın mirasçılarının katılımı ile devam etmesi gerektiğini belirtmektedir¹²¹.

Kanaatimizce bu ikinci görüş külli halefiyet kavramı ile uyumludur. Ayrılmayı düzenleyen TBK m.633, şirketin diğer ortaklar ile devamının kararlaştırılmasından bahsetmektedir. Bu ifade ölüm halinde mirasçılarının durumunu tespit etmeye değil, ortağın ayrılmasından sonra adi ortaklığın devam edeceğinin kararlaştırılmış olması şartını işaret etmeye yöneliktir. Ortağın ölümü üzerine mirasçılarının şirkete girmemeleri ihtimalinde zaten çıkma ve çıkarma mümkün olmayacağından, kanunun mirasçılarının ortak sıfatı kazanmayacakları şeklinde bir sonucu, çıkma ve çıkarmaya ilişkin hüküm ile kabul etmesi makul değildir. Diğer bir ifade ile TBK m.633'te ortaklığın diğer ortaklar ile devam edeceği ifadesi, ölüm halinde çıkma ve çıkarma bakımından anlamsız hale gelmektedir¹²². Bu hüküm, ancak mirasçılar şirkete girdikten sonra çıkma ve çıkarma yoluna gidilmesinde şirketin varlığını sürdüreceğinin kararlaştırılması gerektiğini ifade etmektedir. Diğer yandan ortaklığın sona ermesine ilişkin TBK m.639 b.2 ortaklığın mirasçılarla sürdürülmesi konusunda bir hüküm olmadığı hallerde ölümün ortaklığı sona erdireceğini belirtmektedir. Bu iki hüküm birlikte değerlendirildiğinde, şu sonuca varabiliriz: Eğer sözleşmede hiçbir düzenleme yoksa ölüm ile birlikte ortaklık sona erecektir. Eğer sözleşmede ortağın ölümü halinde ortaklığın nasıl devam edeceği düzenlenmişse bu hüküm uygulanacaktır. Ne var ki, ölüm halinde ortaklığın devam edeceği kararlaştırılmış; ancak mirasçılarının durumu konusunda bir hüküm sevk edilmemişse, ortaklığın mirasçılarının da katılımı ile devam edeceği, ancak TBK m.633 uyarınca mirasçıları çıkarmanın mümkün olduğunu kabul etmek gerekecektir.

¹²⁰ Akın s.80, Hızır s.2853.

¹²¹ *Kurşat* s.312. Aynı görüş, İsviçre Hukuku'nda ortağın ölümü üzerine ortaklığın sona ermesi bakımından konuyu inceleyen yazarlar tarafından da belirtilmektedir. Yazarlara göre adi ortaklıkta aksi kararlaştırılmadığı sürece mirasçılarının ortak sıfatı kazanmasına bir engel bulunmamaktadır. *Stahelin* s.52, *Chaix* s.105.

¹²² *Kurşat* s.312.

6. Fesih İçin Haklı Sebeplere Yol Açılması

Alman Medeni Kanunu m.737, adi ortaklığın feshi için haklı sebeplerin oluşmasına sebep olan ortağın şirketten çıkartılabileceğini açıkça düzenlemiştir¹²³. Buna göre ortaklığın feshi için haklı sebep teşkil edecek bir durumun ortaya çıkmasına sebep olacak ortak, ortaklıktan çıkartılabilir. Ne var ki, TBK m.633, haklı sebebe yol açan ortağın çıkartılması konusunda bir düzenleme getirmemektedir. Bu durumda nasıl bir çözüm getirileceği konusunda bir belirsizlik ortaya çıkmaktadır¹²⁴.

Hızır, maddenin lafzı nedeniyle haklı sebebin ortaya çıkması halinde haklı sebebe yol açan ortağın değil, fesih beyanında bulunan ortağın çıkarılmasının söz konusu olacağını belirtmektedir¹²⁵. *Akın*, haklı sebebin oluşmasına yol açan ortağın çıkarılmasına ilişkin açık bir hüküm olmaması sebebiyle ortaya çıkan eksikliğin, kollektif şirket ortağının çıkarılmasına ilişkin TTK m.255 hükmünün kıyasen uygulanması yoluyla giderilebileceğini belirtmektedir¹²⁶. *Kurşat* ise, mehaz hüküm ile benzer şekilde hükmün çıkarma bakımından “fesih sebebine yol açılması” şeklinde anlaşılması gerektiğini ve haklı sebebe yol açan ortağın TBK m.633 kapsamında çıkartılabileceğini belirtmektedir¹²⁷.

Bu konuda çıkma ve çıkarma ihtimalleri bakımından ayrı ayrı değerlendirmek gerekmektedir. Öncelikle, bir ortağın haklı sebebe dayalı fesih talebinde bulunması halinde, ortaklıktan çıkma imkânı da bulunduğu¹²⁸, ortaklardan birinin haklı sebebe yol açması halinde ortak fesih talebinde bulunacak ve ortaklığın devam edeceğine dair bir hüküm bulunması halinde TBK m.633 uyarınca ortaklıktan çıkma hakkını da kullanabilecektir. Belirsizlik, ortağın çıkma hakkını kullanmasında değil, ancak haklı sebeplere yol açan diğer ortağı çıkarmak istemesinde kendini göstermektedir.

¹²³ Şirketin feshi için haklı sebep olacak haller ile ortağın çıkartılması için haklı sebep oluşturacak hallerin aynı olduğu ve bunlar arasında bir derece farkı bulunmadığı belirtilmektedir. Bkz. **Kilian**, BGB m.737 para 4.

¹²⁴ **Kurşat** s.313, **Akın** s.83, **Hızır** s.2836.

¹²⁵ **Hızır** s.2836. Yazar ayrıca, haklı sebebe dayanarak fesih beyanında bulunan ortağın, çıkma hakkı bulunmadığını belirtmektedir Bkz. **Hızır** s.2837. *Hızır*, söz konusu düzenlemelerin hakaniyete aykırı sonuçlar yaratmaması bakımından dürüstlük kuralının dikkate alınmasını ve gerekiyorsa, şirketin fesih talebine rağmen devam edeceği yönündeki hükme rağmen feshe karar vermesini önermektedir. Bkz. **Hızır** s.2836.

¹²⁶ **Akın** s.83.

¹²⁷ **Kurşat** s.313.

¹²⁸ Aksi görüşte bkz. **Hızır** s.2837.

Bu noktada da kanaatimizce, bir hukuki boşluk bulunmaktadır; zira madde metni haklı sebebe yol açan ortağın çıkartılması konusunda bir düzenleme içermemektedir¹²⁹. Bu sessizliği, haklı sebebe yol açan ortağın çıkartılmasının engellendiği şeklinde yorumlamak da mümkün değildir; çünkü kanun hem haklı sebeple adi ortaklığın gerektiğinde tüm ortaklar için sona ermesine imkân vermiş hem de TBK m.633 ile bir ortağın adi ortaklıktan çıkartılmasının önünü açmıştır. Bu durumda, kanunun haklı sebebe yol açan ortağın çıkartılmasını engellediği şeklinde bir yorum yapmayı gerektiren bir husus bulunmamaktadır.

Söz konusu hukuki boşluk Medeni Kanun m.1 uyarınca hakim tarafından doldurulmalıdır. Bu noktada hakimin kıyas yoluna gitmesi halinde, hangi hükümleri uygulayacağı sorunu ortaya çıkmaktadır. Kanaatimizce, *Akın* tarafından uygulanması gerektiği belirtilen TTK m.255 kapsamlı bir düzenleme getirirse de TBK ortaklıktan çıkma ve çıkarmaya ilişkin hükümler sevk etmişken, başka bir şirket türünün hükümlerinin kıyasen uygulanması yerine, adi ortaklık hükümlerinin uygulanması daha yerinde olacaktır. Sonuç olarak adi ortaklıktan çıkarmaya imkân veren TBK m.633 hükmünü kıyasen haklı sebebe yol açan ortağın çıkartılması için de uygulamak yerinde bir çözüm gibi görünmektedir.

III. Çıkma ve Çıkma Usulü

Türk Hukuku'nda çıkma ve çıkarma, ayrılma nedenlerinin oluşması sonucunda kendiliğinden gerçekleşmez. Çıkma için ayrılacak ortağın, çıkarma için ise ortaklıkta kalacak ortakların irade beyanlarına ihtiyaç vardır. Bu irade beyanlarının ise muhataplarına yöneltilmesi gerekmektedir. Konuyu daha iyi açıklayabilmek için çıkma ve çıkarılmanın usulünü ayrı ayrı değerlendirmenin daha yerinde olacağını düşünüyoruz.

A. Adi Ortaklıktan Çıkma Usulü

Alman Medeni Kanunu m.736, çıkma şartlarının gerçekleşmesi halinde ortağın kendiliğinden ortaklıktan ayrılacağını ve bunun için bir irade açıklama-

¹²⁹ Aslında EBK döneminde ortaklıktan ayrılma konusu tam olarak bu ihtimal üzerinde yoğunlaşmışken kanun koyucunun bu ihtimali de kapsama almak istediği akla gelebilir. Ancak madde metninin bu ihtimale yönelik kaleme alınmadığı da görülmektedir. Bu nedenle kanunun burada bir boşluk bıraktığı sonucuna varılabilir.

masına ihtiyaç bulunmadığını belirtmektedir¹³⁰. Bu durumda kanunda veya esas sözleşmede belirtilen koşulların oluşması ile birlikte, ortak adi ortaklıktan ayrılacaktır¹³¹. Ortağın ayrılması için bir ortaklık kararı gerekmecektir¹³². Bu aşamadan sonra yapılan irade açıklamaları ise açıklayıcı nitelikte olacaktır.

Hâlbuki, TBK m.633 hükmü ayrılma koşullarının oluşması halinde ortağın “çıkabileceğine” yer verdiğinden, bu noktada ortağın çıkma iradesine ihtiyaç duyulacaktır¹³³. Ancak, ortaklık sözleşmesinde çıkma sebebinin gerçekleşmesi ile birlikte ortaklıktan çıkmanın kendiliğinden gerçekleşebileceği de kararlaştırılabilir¹³⁴.

Çıkma beyanının herhangi bir şekle tabi olmadığı belirtilmektedir¹³⁵. Ancak ortaklık sözleşmesinde çıkma beyanı için özel bir şekil kararlaştırılması mümkündür¹³⁶. Ayrıca ortakların tacir olması durumunda ortaklıktan çıkma için yapılacak bildirim 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (“TTK”) m.18 f.3 uyarınca noter aracılığıyla, taahhütlü mektupla, telgrafla veya güvenli elektronik imza kullanılarak kayıtlı elektronik posta sistemi ile yapılması zorunlu olduğu belirtilmektedir¹³⁷. Her ne kadar, bu durumda adi ortaklık ilişkisi feshedilmese de, çıkan ortak bakımından adi ortaklık ilişkisi sona ereceğinden, bu durum çıkan ortak bakımından feshe benzer bir etkiye sahiptir. Çıkan ortak açısından bakıldığında, çıkma beyanı, tasfiye süreci haricinde, feshe denk bir

¹³⁰ **Ulmer** s.502, **Hızır** s.2868, **Heidel/Pade** s.3337, **Kilian**, BGB m.736 para. 4.

¹³¹ **Heidel/Pade** s.3337, **Ulmer** s.502. Ancak, söz konusu *ipso iure* çıkma, kanunda belirtilen sebepler bakımından geçerlidir. Tarafların ortaklık sözleşmesinde başka bir çıkma sebebi belirlemesi halinde çıkmanın taraf iradesi ile gerçekleşmesinin kararlaştırılabileceği veya çıkma nedeni böyle bir sonucun kabulünü haklı kılabileceği belirtilmektedir. Bkz. **Ulmer** s.503, **Heidel/Pade** s.3337.

¹³² **Ulmer** s.505, **Heidel/Pade** s.3337.

¹³³ **Hızır** s.2868. *Poroy/Tekinalp/Çamoğlu*, söz konusu çıkmayı “zorunlu çıkma” olarak nitelendirmektedir; zira çıkma nedeni oluşan ortak çıkmadığı takdirde diğer ortakların bu ortağı çıkarması söz konusu olabilir. Bkz. **Poroy/Tekinalp/Çamoğlu**, TTK s.65. Her ne kadar yazarlar bu durumda da ortağın veya temsilcisinin iradesinin gerekeceğini belirtmiş olsalar da (Bkz. **Poroy/Tekinalp/Çamoğlu**, TTK s.66) zorunlu çıkma ifadesi aksini düşündürtebilir. O nedenle bu çalışmada zorunlu çıkma ifadesi kullanılmamıştır.

¹³⁴ **Hızır** s.2869.

¹³⁵ **Poroy/Tekinalp/Çamoğlu**, TTK s.66, **Hızır** s.2869, **Kurşat** s.310. Aksi yönde bkz. **Yavuz** s.1484.

¹³⁶ **Poroy/Tekinalp/Çamoğlu**, TTK s.66.

¹³⁷ **Akın** s.76.

sonuç doğuracaktır. Aynı şekilde, diğer ortakların da çıkan ortağa karşı borçları ve ortağa ileri sürebilecekleri haklar, aynen fesih beyanında bulunması gibi değişikliğe uğrayacaktır. Bu hususlar dikkate alındığında TTK m.18 f.3 hükümlerinin çıkma beyanı bakımından uygulanması gerektiği görüşüne katılmaktayız.

Çıkma beyanında bulunacak olan aslen ortaktır. Ancak kısıtlanma veya iflas gibi, ortağın tasarruf yetkisini kullanmadığı durumlarda, çıkma beyanının temsilci tarafından kullanılması söz konusu olacaktır¹³⁸. Ortağın iflas etmiş olması halinde, bu yetki iflas masası tarafından¹³⁹, ortağın kısıtlanması halinde ise kanuni temsilci tarafından kullanılacaktır¹⁴⁰.

Kanun, çıkma ve çıkarma hakkının kullanılması bakımından herhangi bir süre öngörmemiştir. Bu durumda çıkma ve çıkarma bildirimini ortaklıktan ayrılmaya imkân tanıyan sebebin gerçekleşmesinden sonra hangi süre içinde kullanılacağı belirsizdir¹⁴¹. *Akın*, 3 aylık bir sürenin tarafların menfaat dengesi bakımından makul bir süre olacağını ve bu sürede ayrılma beyanında bulunabileceğini belirtmektedir¹⁴².

¹³⁸ *Kurşat*, TBK m.633'te yer alan "temsilcinin ortaklıktan çıkması" ifadesinin çıkma beyanının temsilci tarafından kullanılmasını kastettiğini, zira ortak olmayan kişinin ortaklıktan çıkmasının veya çıkartılmasının mümkün olmadığını haklı olarak belirtmektedir. Bkz. *Kurşat* s.311. Aynı yönde bkz. *Hızır* s.2864.

¹³⁹ *Akın* s.75, *Hızır* s.2839. *Yavuz* ise, bu durumda da hacizde olduğu gibi, çıkma hakkının ortak tarafından kullanılacağını belirtmektedir. Bkz. *Yavuz* s.1484. Ancak kanaatimizce ortaklıktan çıkma, ortaklık haklarının sona erdirilerek ayrılma payının alınması sonucunu doğurduğundan haklara doğrudan etki eden bir tasarruf işlemi niteliğindedir. Bu nedenle de müflisin tasarruf yetkisi sınırlaması kapsamında bu işlemin iflas masası tarafından yapılmasının yerinde olacağını düşünüyoruz.

¹⁴⁰ *Yavuz* s.1484. Ayrıca ortaklıktan ayrılma için vesayet makamının onayının aranması gerekeceği de ileri sürülmektedir. Bkz. *Akın* s.75, *Hızır* s.2839. Bir görüşe göre ortaklıktan çıkmak için vesayet makamı dışında denetim makamının da onayı gerekecektir. Bkz. *Hızır* s.2839.

¹⁴¹ *Akın* s.77. Mehz Alman Hukuku'nda da bu konuda bir düzenleme yoktur; zira düzenlemeye ihtiyaç bulunmamaktadır. Alman Medeni Kanun'u uyarınca çıkma gerekli şartların oluşmasıyla birlikte kendiliğinden gerçekleşirken, çıkarma haklı sebep devam ettiği müddetçe dürüstlük kuralına aykırı olmamak şartıyla her zaman ileri sürülebilecektir. Bu nedenle çıkma ve çıkarma beyanı için bir süre öngörülmesi ihtiyacı bulunmamaktadır. Ancak, ayrılmanın irade beyanına dayandığı Türk Hukuku'nda bu konuda bir süre düzenlenmemesi bir eksiklik yaratmaktadır.

¹⁴² *Akın* s.77. Yazar, kolektif şirket ortağının mirasçılarının şirkete girmek isteyip istemediklerini 3 aylık süre içinde şirkete bildirmeleri şartını getiren TTK m.253 ile paralellik kurmaktadır. Bkz. *Akın* s.80.

Ancak her şart altında çıkma beyanının ortaklığın tasfiyesinde malvarlığının ortaklar arasında paylaşılmasına kadar ileri sürülebileceği kabul edilmektedir; zira bu andan sonra şirketin devamı söz konusu olmayacağı için ortağın çıkması da söz konusu olmayacaktır¹⁴³.

B. Adi Ortaklıktan Çıkarılmada Usul

Adi ortaklıktan çıkarma, i) ortakların çıkarma yönünde bir karar alması ve ii) çıkarma kararının çıkarılan ortağa bildirilmesi olmak üzere iki basamakta incelenebilir¹⁴⁴.

1. Çıkarma Kararı

Ortağın çıkarılması için, diğer ortakların bu konuda bir karar alması gerekmektedir. Diğer ortakların çıkarma yönünde bir kararları olmaksızın ortağa bildirim yapılması durumunda çıkarma söz konusu olmayacaktır¹⁴⁵.

Söz konusu karar bir ortaklık kararı niteliğinde olduğu için kural olarak oybirliği aranacaktır. Ancak oybirliği hesaplanırken çıkarılan ortağın oyu dikkate alınmayacaktır¹⁴⁶. Ancak ortağın kararın alındığı toplantıya katılmasına bir engel bulunmamaktadır¹⁴⁷. Ortaklık sözleşmesinde ortaklık kararlarının oyçokluğu ile alınması kararlaştırılmışsa bu durumda çıkarma kararı için oybirliği aranmayacaktır¹⁴⁸.

TBK m.633, ortağın çıkarılması bakımından bir yazılı bildirim şartına yer verse de çıkarma kararının alınması konusunda bir şekil şartı öngörmemiştir. Bu durumda diğer ortaklık kararları hangi usulde alınacak ise çıkarma kararının da aynı şekilde alınması gerekecektir.

Kanun çıkarma kararının alınması bakımından da herhangi bir süre öngörmemiştir. Çıkarma kararının, ortaklığın tasfiye aşamasında alınıp alınmayacağı konusunda tartışma bulunmaktadır. Bir yandan artık ortaklığın amacı

¹⁴³ **Hızır** s.2869.

¹⁴⁴ Bu ayırım için bkz. **Hızır** s.2869.

¹⁴⁵ **Hızır** s.2870.

¹⁴⁶ **Ulmer** s.513, **Hızır** s.2870, **Heidel/Pade** s.3342, Kilian **BGB m.737** para 11, **Akın** s.81.

¹⁴⁷ **Akın** s.82. Yazar, bu durumda artık çıkarma kararının ortağa bildiriminin gerekmediğini belirtmektedir. Bkz. **Akın** s.82.

¹⁴⁸ **Ulmer** s.513, **Hızır** s.2870, **Heidel/Pade** s.3342, **Akın** s.82. Kararın basit veya nitelikli bir çoğunluğa bağlanabileceği yönünde bkz. **Kilian**, BGB m.737 para. 16

tasfiye ile sınırlı olduğu için ortağı çıkarmakta menfaat bulunmadığı söylenebilir. Diğer yandan ise ortağın çıkarılmasının tasfiye sürecindeki kararların alınmasını kolaylaştırması da mümkün olabilir. Ancak bu durumda dahi tasfiye aşamasındaki şirketten çıkma ancak istisnai olarak kabul edilmesi gereken bir çözümdür¹⁴⁹.

Ortakların, çıkarma kararı almadan önce çıkarılacak ortağı dinlemesinin zorunlu olup olmadığı, yani ortağın dinlenilme hakkı bulunup bulunmadığı ise tartışmalıdır¹⁵⁰. Ancak, dinlenilme hakkı bulunmadığı kabul edilse dahi, çıkarma kararının dürüstlük kuralına aykırı olması halinde, ortaklıktan çıkarılan ortağın uğradığı zarar nedeniyle tazminat talebinde bulunma imkanı bulunduğu belirtilmektedir¹⁵¹.

2. Çıkarma Bildirimi

Çıkarma kararının alınması, tek başına ortağın çıkarılması için yeterli değildir. Söz konusu çıkarma kararı, ortağa bildirim ile hukuki sonuç doğuracaktır¹⁵². TBK m.633 çıkarma kararının yazılı olarak bildirilmesi gerektiğini açıkça hükme bağlamıştır. Bildirimin bütün ortaklar tarafından yapılması zorunlu olmadığı gibi yönetici ortak tarafından yapılması da aranmaz. Ortaklardan herhangi biri çıkarma bildirimini yapabilecektir¹⁵³.

Yazılı bildirim şartının nispi emredici nitelikte olduğu, bu nedenle şekil şartının kaldırılamayacağı, ancak daha ağır bir şekil şartının kabul edilebileceği belirtilmektedir¹⁵⁴. Çıkma bakımından belirttiğimiz üzere, ortakların tacir olması durumunda çıkarma beyanının TTK m.18 f.3'de belirtilen şekilde yapılması gerekeceği görüşündeyiz.

¹⁴⁹ Söz konusu tartışma için bkz. **Ulmer** s.512.

¹⁵⁰ **Ulmer** s.513. Böyle bir hakkın bulunmadığı yönünde bkz. **Kilian**, BGB m.737 para. 11.

¹⁵¹ **Ulmer** s.514. Bu noktada, çıkarma için kanunda veya ortaklık sözleşmesinde aranan şartların gerçekleşmemesi hali ile şartların gerçekleşmesine rağmen çıkarma kararı alınmasının dürüstlük kuralına aykırı olması hallerinin farklı ihtimaller olduğunun altını çizmek istiyoruz. İlk durumda, geçerli bir çıkarma kararı bulunmadığından ortaklık ilişkisi devam edecek ve ortak yalnızca hukuki durumun tespitini talep edecektir. İkinci halde ise, gerekli koşullar sağlandığı için ortaklık ilişkisi sona ermiş olmakla beraber, çıkarma kararı dürüstlük kuralına aykırı olduğu için ortağın gördüğü zararın tazmin edilmesi gerekecektir.

¹⁵² **Ulmer** s.513.

¹⁵³ **Ulmer** s.513, **Heidel/Pade** s.3342, **Kilian**, BGB m.737 para. 11.

¹⁵⁴ **Hızır**s.2872.

Ortağın çıkarılması için yapılacak bildirimde çıkarma nedeninin gösterilmesinin zorunlu olup olmadığı konusunda bir açıklık bulunmamaktadır. Ortağın çıkarmaya karşı hukuki yollara başvurabilmek için ortaklıktan bilgi talep etmesinin mümkün olduğu söylenebilir. Ancak bildirim yapılmamış olması sebebiyle çıkarmanın geçersiz olduğunu söylemek yerinde olmayacaktır¹⁵⁵.

Çıkarma kararı, kararın ortağa ulaşması ile birlikte sonuçlarını doğuracaktır¹⁵⁶. Çıkarmanın sonuçlarının doğması için mahkeme kararına ihtiyaç bulunmamaktadır¹⁵⁷. Ancak çıkarma kararına karşı mahkemeye başvurmak mümkündür. Çıkarılan ortağın, çıkarma koşullarının bulunmadığını ileri sürerek mahkemeye başvurabileceği kabul edilmektedir¹⁵⁸. Kanaatimizce aynı imkân ortaklıktan çıkmanın koşullarının oluşmadığını düşünen kişiler tarafından da kullanılabilir. Bu durumda mahkeme ortaklık ilişkisinin devam edip etmediğine dair bir tespit kararı verecektir.

SONUÇ

TBK m.633, adi ortaklıktan ayrılma konusunda kanuni bir düzenleme getirerek, bir ihtiyacı gidermeyi hedeflemiştir. Her ne kadar bu konuda sözleşmesel düzenlemeye bir engel olmadığı konusunda EBK döneminde bir tereddüt bulunmasa da ayrılmanın koşulları ve sonuçları hakkında önceden bir uzlaşmaya varmamış taraflar bakımından çıkma ve çıkarmaya yönelik bir düzenleme ihtiyacı olduğu da açıktır.

TBK, getirdiği düzenleme ile büyük oranda Alman Medeni Kanunu hükümlerini takip etmektedir. Buna göre ortaklıktan ayrılmanın mümkün olması için, ayrılma sebebinin varlığına rağmen ortaklığın devam edeceğinin kararlaştırılması gerekmektedir. Ne var ki, bu yönde bir irade uyuşması ortaklık kurulurken sağlanabileceği gibi ortaklık devam ederken de sağlanabilir.

Ortaklık sözleşmesinde veya sair şekilde sağlanan irade uyuşmasında bir devam hükmünün varlığı halinde kanun ortaklıktan ayrılma sebeplerini tek tek saymıştır. Ancak bu sebepler bazı tereddütleri de beraberinde getirmiştir. Örneğin ortağın ölümü halinde ortaklığın mirasçıların katılımı ile mi yoksa kalan ortaklarla mı devam edeceği konusunda kanunda açıklık yoktur. Ay-

¹⁵⁵ Hızır s.2872, Ulmer s.513, Kilian, BGB m.737 para. 11.

¹⁵⁶ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, TTK s.66.

¹⁵⁷ Ulmer s.510.

¹⁵⁸ Ulmer s.513, Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, TTK s.66.

rıca Şirketin haklı sebeple feshini isteyen ortağın veya fesih için haklı sebep oluşturan ortağın durumunun ne olacağı konusunda da soru iŐaretleri ortaya çıkmaktadır. İlaveten TBK sisteminde, Alman Medeni Kanunu düzenlemesinden farklı olarak, çıkma ve çıkarma beyanlarının kullanılması için bir süre sınırı getirilmesi ihtiyacı varken kanun koyucunun bu konuda sessiz kalması da uygulamada sorunlar getirebilecektir.

İŞte bu nedenlerle ortaklıktan ayrılmaya ilişkin sorunlar TBK döneminde de devam edecek gibi görünmektedir. Bu endiŐeleri de dikkate alarak, tarafların kanuni düzenlemeler ile yetinmeyerek sözleşmede, ortaklıktan ayrılmanın Şartlarını, usulünü ve sonuçlarını açık hükümler ile düzenlemelerinin yerinde olacağını belirtmek gerekmektedir.

KAYNAKÇA

- AKIN, Murat Yusuf, **Adi Ortaklıklar, Şirketler Hukuku** (Ed. Sami Karahan), 2. Baskı, Konya, 2013.
- AKKANAT, Halil, “Adi Ortaklıkta ‘Haklı Sebep İhraç’ Mümkün müdür?”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt 62, Sayı 1-2, 2004.
- CHAIX, François, **Commentaire Romand - Code des Obligations II**, 1ère édition, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2008.
- ÇAMOĞLU, Ersin, **Kollektif Ortaklıkta Haklı Sebep Kavramı ve Ortağın Haklı Sebep Çıkarılması**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1976.
- ENGEL, Pierre, **Contrats de droit suisse**, 2ème édition, Stämpfli Verlag AG, Bern, 2000.
- HABERMEIER, Stefan, **Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen Buch 2- Recht der Schuldverhältnisse**, 13. Auflage, Berlin, 2003.
- HEIDEL, Thomas/ PADE, Jessica, **Anwalt Kommentar BGB**, Deutscher Anwalt Verlag, Bonn, 2005.
- HIZIR, Serdar, “6098 Sayılı Yeni Borçlar Kanununun 633’üncü Maddesine Göre Adi Şirketten Çıkmanın veya Çıkarılmanın Genel Şartları ve Usulü”, **Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan**, Cilt III, Beta Yayınları, İstanbul, 2011.
- KILIAN, Matthias, **Henssler/Strohn Gesellschaftsrecht: GesellschaftsR**, C.H. Beck, 2. Auflage, München, 2014.
- KURŞAT, Zekerriya, “Yeni Borçlar Kanunumuzda Adi Ortaklık Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt 70, Sayı 1, 2012.
- ÖZENLİ, Soysal, **Uygulamada Adi Ortaklık ve Neden Olduğu Davalar**, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 1988.
- POROY, Reha/ TEKİNALP, Ünal/ ÇAMOĞLU, Ersin, **Ortaklıklar Hukuku I**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014.
- POROY, Reha/ TEKİNALP, Ünal/ ÇAMOĞLU, Ersin, **Ortaklıklar ve Kooperatifler Hukuku**, 10. Tıpkı Basım, Arıkan Yayınları, İstanbul, 2005 (ETTK).
- STAEHELIN, Daniel, **Basler Kommentar-Obligationenrecht II**, 4. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2012.

ŞENER, Oruç Hami, **Adi Ortaklıklar**, Yetkin Yayınları, İstanbul, 2008.

TERCIER, Pierre, **Les Contrats Spéciaux**, 3ème édition, Schultess, Bale, 2003.

ULMER, Peter, **Müncher Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch**, Band 5 - Schuldrecht Besonderer Teil, 4. Auflage, CH Beck Verlag, München, 2004.

YALMAN, Macir/ TAYLAN, Erbay, **Adi Ortaklık**, Olgaç Yayıncılık, Ankara, 1976.

YAVUZ, Cevdet, **Türk Borçlar Hukuku**, Beta Yayınları, İstanbul, 2014.

Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi Işığında Türk Hukuku Bakımından Çok Vatandaşlık Halinde Askerlik Yükümlülüğünün Yerine Getirilmesi

Ferda Nur GÜVENALP*

Özet: 6 Kasım 1997’de imzaya açılan Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi, çok vatandaşlıktan kaçınma ilkesinin yeniden gözden geçirilmesine duyulan ihtiyaç ile Avrupa devletlerinin vatandaşlık düzenlemeleri arasında uyum sağlanması ve vatandaşlığa ilişkin sorunlara çözüm niteliğinde olacak modern bir düzenlemenin hazırlanması ihtiyacından ortaya çıkmış bir milletlerarası sözleşmedir. Bu Sözleşme ile devletlerin anlaştığı hususlardan biri, birden fazla âkit devletin vatandaşlığına sahip olan kişilerin bu devletlerden yalnızca birinde askerlik yükümlülüğünü yerine getirmelerinin yeterli olacaktır. Türkiye henüz bu Sözleşme’ye taraf değildir. Bununla birlikte, 5901 sayılı Türk Vatandaşlık Kanunu’nun genel Gerekçesi’nde Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi’ne sıklıkla atıf yapılmış ve yeni kanunun hazırlanma sebeplerinden birinin Sözleşme ile uyum sağlamak olduğunun vurgulanmış olması, gelecekte Türkiye’nin Sözleşme’ye taraf olabileceği kanaatini yaratmaktadır. Çok vatandaşlık, askerliğin vatandaşı olunan devletlerden hangisinde yapılacağı, birinde yapılan askerliğin diğerinde geçerli olup olmayacağı, vatandaşlığına sahip olunan devletlerden sadece birinde vicdani ret hakkının kabul edilmiş olması halinde bu hakkın diğer devletteki askerlik yükümlülüğünü etkileyip etkilemeyeceği, bu devletlerden birinde askerlik zorunlu iken diğerinde zorunlu değilse yükümlülüğün ne şekilde yerine getirileceği gibi sorunları da beraberinde getirmektedir. Bu çalışmada Sözleşme’nin ve Türk hukukunun çok vatandaşlık halinde askerlik yükümlülüğünün yerine getirilmesine ilişkin hükümleri incelenirken, Sözleşme çerçevesinde bu sorunların nasıl çözümlendiği ve Türkiye’nin Sözleşme’ye taraf olması halinde Türk mevzuatında ne tür değişikliklerin gerekeceği üzerinde de durulmaktadır.

Anahtar kelimeler: Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi, çok vatandaşlık, askerlik yükümlülüğü, vicdani ret hakkı, mutad mesken.

* Avukat, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Özel Hukuk Yüksek Lisans Programı Öğrencisi.

Fulfilment of Military Obligations in Cases of Multiple Nationality with regards to Turkish Law In light of the European Convention on Nationality

Abstract: The European Convention on Nationality - opened for signature on 6 November 1997 - is an international convention that arose due to; the need for reconsideration of the principle of avoiding multiple nationalities, the need for harmonising nationality provisions of European countries, and to assist with the preparation of a modern regulation that would serve as a solution to nationality related problems. One of the issues that the States agreed by virtue of this Convention was that persons who possess the nationality of more than one State Party shall be required to fulfil their military obligations in relation to only one of those States. Turkey is not yet a Party to the Convention. However, the general preamble of the new Law No. 5901 gives the impression that Turkey may become a Party to the Convention in the future, by frequently making references to the Convention, and stating that one of the reasons behind the preparation of this new law was to ensure conformity with the Convention. Multiple nationality raises certain questions such as; to which State the person shall be subject to in respect of national military obligations, whether or not the military obligations fulfilled in one of these States will be valid in the other, whether or not the right to conscientious objection that is recognised in only one States will affect the military obligations in relation to the other, and how the military obligations will be considered satisfied when one of the States does not require obligatory military service contrary to the other. In this study, the solution brought by the Convention to these questions, and the necessary changes to Turkish legislation in the event that Turkey becomes a Party to the Convention, will be discussed through the analysis of provisions related to the fulfilment of military obligations in cases of multiple nationality.

Keywords: European Convention on Nationality, multiple nationality, military obligations, right to conscientious objection, habitual residence.

GİRİŞ

Avrupa Konseyi 50 yılı aşkın bir süredir vatandaşlığa ilişkin sorunlarla ilgilenmektedir. Konsey, 1963'te "Çok Vatandaşlık Hallerinin Azaltılması ve Çok Vatandaşlık Halinde Askerlik Yükümlülüğüne Dair Sözleşme"yi hazırlamış ve imzaya açmıştır. Bu Sözleşme'de çok vatandaşlık hali istenmeyen ve önlenmesi gereken bir statü olarak kabul edilmiştir. Gerçekten de Sözleşme, âkit devlet vatandaşı olan bir kişinin, kendi isteği ile bir başka âkit devlet vatandaşlığını kazandığı takdirde önceki vatandaşlığının kendiliğinden sona

ermesini öngörmüştür (m.1). Bu kuralın tek istisnası Sözleşme'nin söz konusu maddesine çekince konmuş olmasıdır.

Bu Sözleşme ile öngörülen çok vatandaşlıktan kaçınma ilkesinin, Avrupa devletlerinde bulunan göçmen işçilerin oturdukları ülke ile entegrasyonunu sağlama, artan oranda farklı vatandaşlıktaki kişilerin evlilikleri ve onların çocuklarının vatandaşlık durumları ile Avrupa Birliği üyesi devletler arasında kişilerin serbest dolaşımı gibi nedenlerle yeniden gözden geçirilmesi gerekli görülmüştür. Sözleşme'de değişiklikler yapan 1993 tarihli İkinci Protokol'den itibaren çok vatandaşlıktan kaçınma ilkesinin yumuşatıldığı görülmektedir¹.

Öte yandan, Tanrıbilir'e göre “özellikle 1989'dan beri, Orta ve Doğu Avrupa'da meydana gelen siyasi değişiklikler yeni devletlerin kurulmasına ve nüfus hareketlerine neden olmuştur. Bu değişiklikler yeni devletlerin vatandaşlık ve yabancılar hukuku mevzuatlarını yeniden düzenleme ihtiyacını da beraberinde getirmiştir. Gerek yeni hazırlanacak metinlerde dikkate alınacak ilkelerin belirlenmesi gerek devletlerin halefiyeti nedeniyle doğan vatandaşlık meselelerinin ele alınması, Avrupa Konseyi'ni yeni bir sözleşme hazırlamaya sevkeden diğer etkenler olmuştur.”².

1992 yılında, daha sonra Avrupa Konseyi Vatandaşlık Uzmanları Komitesi (the Committee of Experts on Nationality) adını alacak olan Çok Vatandaşlık Uzmanları Komitesi'nin (the Committee of Experts on Multiple Nationality) inisiyatifiyle Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi'nin hazırlıklarına başlanmış ve Sözleşme 6 Kasım 1997'de imzaya açılmıştır.

Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi³, Avrupa devletlerinin vatandaşlık düzenlemeleri arasında uyum sağlanması ve vatandaşlığa ilişkin sorunlara çözüm niteliğinde olacak modern bir düzenlemenin hazırlanması ihtiyacından ortaya çıkmış bir milletlerarası sözleşmedir⁴. Bu Sözleşme, Avrupa Konseyi Vatandaşlık Uzmanları Komitesi tarafından hazırlanarak, 14 Mayıs 1997'de

¹ Bkz. Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi, Açıklama Raporu, paragraf 8. İngilizce metin için bkz. <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Reports/Html/166.htm>.

² TANRIBİLİR, 2002, s. 792.

³ Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi, Strazburg 6.11.1997, Avrupa Konseyi, Avrupa Anlaşma Serisi-No. 166. Sözleşmenin İngilizce metni için bkz. <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/166.htm>. Sözleşmenin Fransızca metni için bkz. <http://conventions.coe.int/Treaty/fr/Treaties/Html/166.htm>.

⁴ GÜNGÖR, 1997-1998, s. 229.

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi tarafından kabul edilmiş ve 6 Kasım 1997’de Avrupa Konseyi’ne üye olan ve Avrupa Konseyi’ne üye olmamakla birlikte Sözleşme’nin hazırlanmasına katkıda bulunan devletlerin imzasına açılmıştır⁵.

Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi, taraf devletlerin çok vatandaşlık konusunda daha anlayışlı bir tutum benimsemelerini öngörmektedir. Sözleşme, çocukların doğumla birden çok vatandaşlık kazanmaları ve evlenme sonucunda kendiliğinden yeni bir vatandaşlık kazanılması hallerinde, taraf devletler için çok vatandaşlığı kabul etme yükümlülüğü getirmektedir⁶.

Avrupa Konseyi, hazırladığı bu sözleşmenin, vatandaşlıkla ilgili ilkeleri ve kuralları tespit eden, vatandaşlık konusunda milli ve milletlerarası hukuklardaki son eğilimleri yansıtan ilk milletlerarası metin olduğunu belirtmektedir⁷. Âkit devletler, Sözleşme’nin başlangıç bölümünde belirtildiği üzere, vatansızlığı önlemek, vatandaşlıkla ilgili her türlü ayrımcılıktan kaçınmak, çok vatandaşlıkla ilgili düzenlemeleri devletlerin iç hukuklarına bırakmak ve birden fazla âkit devletin vatandaşlığına sahip olan kişilerin bu devletlerden yalnızca biri için askerlik yükümlülüğünü yerine getirmelerinin yeterli olacağı hususlarında anlaşmışlardır. Bu Sözleşme, gerçek kişilerin vatandaşlığına ve çok vatandaşlık hallerinde askerlik yükümlülüğüne ilişkin kuralları ve ilkeleri düzenlemektedir. Âkit devletlerin iç hukukları bu kural ve ilkelerle uyumlu hale getirilmelidir; zira bu ilke ve kurallar doğrudan doğruya uygulanamamakta, iç hukuklarda düzenleme yapılması gerekmektedir.

Avrupa Konseyi üyesi üç devletin onaylamasının ardından yürürlüğe gireceği öngörülen Sözleşme, yeterli katılımın sağlanmasıyla 1 Mart 2000 tarihinde yürürlüğe girmiştir. 10 Ocak 2015 itibarıyla 20 devlet Sözleşme’yi imzalamış ve onaylamış bulunmaktadır. 9 devlet ise sadece imzacı statüsündedir ve henüz onay prosedürünü tamamlamamıştır. Türkiye, Avrupa Konseyi üyesi devletlerden biri olmakla birlikte henüz söz konusu Sözleşme’ye taraf değildir⁸. Bununla birlikte, 5901 sayılı Türk Vatandaşlık Kanunu’nun

5 Bkz. Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi, Açıklama Raporu, paragraf 5, 141. İngilizce metin için bkz. <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Reports/Html/166.htm>.

6 AYBAY, 2010, ss. 156-157.

7 TANRIBİLİR, 2002, s. 793.

8 Bkz. <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=166&CM=8&DF=28/03/2014&CL=ENG>.

(bundan böyle “TVK” olarak adlandırılacaktır) genel Gerekeçesi’nde⁹ Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi’ne sıklıkla atıf yapılmış ve yeni TVK’nın hazırlanma sebeplerinden birinin Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi ile uyum sağlamak olduğu vurgulanmıştır¹⁰.

5901 sayılı TVK’nın hazırlanmasında yararlanılmış olması ve ayrıca vatandaşlık hukuku alanının milletlerarası hukuk kaynaklarını oluşturan sözleşmelerden biri olarak milletlerarası hukukta yerini almış olması sebebiyle Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi’nde yer alan kural ve ilkelerin incelenmesinde yarar vardır. Bu inceleme, Sözleşme’nin Türkiye tarafından imzalanması halinde Türk Vatandaşlık Hukuku açısından doğabilecek sonuçların da tespit edilmesini sağlayacaktır.

Sözleşme’nin her maddesi ayrı bir makalenin konusu olacak niteliktedir. Bu çalışmada yalnızca çok vatandaşlık halinde askerlik yükümlülüğünün yerine getirilmesine ilişkin hükümler incelenecektir. Çalışma konusu olarak bu hükümleri seçme nedenimiz ise Türkiye’nin söz konusu Sözleşme’yi imzalamasının gündeme gelmesi halinde bu hükümlerin mevzuatta bazı değişikliklerin yapılmasını gerektirecek olması ve tartışma yaratmaya aday olmasıdır.

Bu çalışmada öncelikle çok vatandaşlık kavramı üzerinde durulacak, ardından Sözleşme’nin çok vatandaşlık halinde askerlik yükümlülüğünün ye-

⁹ İçişleri Bakanlığınca hazırlanan ve Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı’na arzı Bakanlar Kurulunca 20.02.2006 tarihinde kararlaştırılan “Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısı” ile gerekçesi T.C. Başbakanlık Kanunlar ve Kararlar Genel Müdürlüğü’nün 7.4.2006 tarih ve B.02.0.KKG.0.10/101-1195/1824 sayılı yazısı ile Meclis Başkanlığına sunulmuştur. Gerekeçenin tam metni için bkz. <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss90.pdf>, ss. 2-11.

¹⁰ Bu vurgu yapılırken Gerekeç’de kullanılan ifade şu şekildedir:

“Ayrıca, uluslararası düzeyde vatandaşlık konularında bağlayıcı düzenlemelere gidilmeye başlanmıştır. 1 Mart 2000 tarihinde yürürlüğe giren Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi vatandaşlığın kazanılması ve kaybedilmesi konularında önemli ilkeler benimsemiştir. Sözleşme, vatandaşlık hukukunun cinsiyet, din, ırk, renk ya da ulusal veya etnik köken açısından ayrımcılık oluşturan herhangi bir uygulama içermeyeceğini kabul etmiştir. Diğer yandan Sözleşme, devletlerin çok vatandaşlık olgusuna olumlu yaklaşımda bulunmalarını öngörmektedir.

Bu sözleşmeyi Avrupa Konseyi üyesi 12 ülke onaylamış, 27 ülke de imzalamıştır. Ülkemiz bu sözleşmeyi henüz imzalamamakla birlikte, Avrupa Birliği üyeliği sürecinde ülkemizin gündemine gelmesi muhtemel görünmektedir. Çünkü Avrupa Birliği düzeyinde yapılan değerlendirmelerde vatandaşlık alanında Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesinin temel alınması gerektiği yönünde eğilim ağırlık kazanmıştır.”

rine getirilmesine ilişkin hükümleri incelenecek, son olarak bu konuda Türk hukukunun mevcut düzenlemeleri ele alınarak Türkiye'nin Sözleşme'ye taraf olması halinde karşılaşılabilecek muhtemel sorunlar tespit edilecektir.

I. Çok Vatandaşlık Kavramı

A) Genel Olarak

i) Devletlerin vatandaşlık hukukuna ilişkin düzenlemelerindeki farklılıklar nedeniyle bir kişi doğduğu andan itibaren iki veya daha fazla vatandaşlığa sahip olabilir. Örneğin kan ilkesini kabul eden A ülkesinden bir baba ile, ana açısından da kan ilkesiyle vatandaşlık veren B ülkesinden bir kadının, toprak ilkesini kabul etmiş C ülkesinde doğan çocukları hem **A**, hem **B**, hem de C devletinin vatandaşlığına sahip olacaktır¹¹.

Bir kişinin doğduğu andan itibaren veya sonradan iki veya daha fazla vatandaşlığa sahip olması hali özellikle milletlerarası sözleşmelerde “çok vatandaşlık” olarak ifade edilmektedir. Devlet, bireyle arasında oluşan vatandaşlık bağına dayanarak siyasi koruma sağladığına, ulusal mahkemelerin yetkisini ülke dışına yaydığına ve bireye birtakım hak ve yükümlülükler yüklediğine göre¹², çok vatandaşlık halinde kişi yalnızca doğuştan vatandaşlığını kazandığı devletle değil, sonradan vatandaşlığını kazandığı devletlerle de hukuki ve siyasi bir bağlantıya sahip olacaktır.

Bir kişi ikiden daha fazla vatandaşlığa sahip olabileceği için “çok vatandaşlık” kavramı pratikte daha fazla rağbet gören “çifte vatandaşlık” kavramına nazaran daha uygundur. Buna rağmen pratikte çifte vatandaşlık kavramı daha fazla tercih edilmektedir. Bunun nedeni, çifte vatandaşlık hallerinin diğer birden fazla vatandaşlık hallerine oranla daha yaygın olmasıdır. Türk mevzuatında ve doktrininde tercih edilenin “çifte vatandaşlık” kavramı olmasına karşın¹³, milletlerarası bir sözleşme olan Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi'nin belirli maddelerini inceleyeceğimiz bu çalışmada biz, Sözleşme'de de ifade-sini bulan “çok vatandaşlık” kavramını (“multiple nationality”-“pluralité de nationalités”) kullanacağız.

¹¹ AYBAY, ÖZBEK, 2015, s. 55.

¹² GÖĞER, 1995, s. 127.

¹³ EKŞİ, 2005, s. 41.

Milletlerarası sözleşmelerde yer alan ve vatandaşlık kanunlarının düzenlenmesinde dikkate alınması istenen, vatandaşlık hukukuna hakim olan üç temel prensip bulunmaktadır¹⁴:

- 1- Herkes vatandaşlığa sahip olmalıdır
- 2- Herkesin yalnız tek bir vatandaşlığı olmalıdır
- 3- Kişi, vatandaşlığını seçmede ve değiştirmede özgür olmalıdır

Bunlar, milletlerarası alanda direktif ilkeler olup, kural olarak pozitif geçerlilikleri olmasa da, devletlerin iç hukuklarında vatandaşlık konularını düzenlerken mümkün merteye göz önünde bulundurmaları gereken ilkelerdir. Esas olan, devletlerin bu ilkelere uymaya çalışmalarıdır. Ayrıca, vatandaşlık konusunda yapılan milletlerarası sözleşmelerin hedefi de bu üç temel ilkeyi sağlamak olmalıdır.

Bu ilkelere birincisi vatansızlığı önleme amacıyla getirilmişken, herkesin yalnız tek bir vatandaşlığı olmasını öngören ikincisinin amacı çok vatandaşlığı önlemek ve herkesin yalnızca bir vatandaşlığa sahip olmasını sağlamaktır. Ancak, bir insanın birden çok vatandaşlığının olmasının kültürel, psikolojik, siyasi ve hukuki açılarından sakıncalı bir durum olduğu, dolayısıyla bu durumun gerek ulusal gerek uluslararası düzeyde yasal düzenlemelerle önlenmesi gerektiği düşüncesinde biraz yumuşama görülmeye başlanmıştır. Yani bu ikinci geleneksel ilke günümüzde geçerliliğini yitirmektedir¹⁵. Çünkü ekonomik ve toplumsal yaşamın gerçekleri ve artan uluslararası ilişkiler ve temaslar sonucunda çok vatandaşlık konusundaki hukuk kurallarında değişiklik yapılması zorunlu hale gelmiştir¹⁶. Böylece çok vatandaşlık halleri gün geçtikçe birçok milletlerarası sözleşme vasıtasıyla birçok devlet tarafından tanınarak vatandaşlık kanunlarına girmektedir. Daha önce bahsettiğimiz gibi, Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi de çok vatandaşlığa olumlu yaklaşan milletlerarası sözleşmelerden biridir.

¹⁴ AYBAY, ÖZBEK, 2015, ss. 51-57; DOĞAN, 2014, ss. 25-30. Doğan buradaki üçüncü ilkeyi sadece “kişi vatandaşlığını değiştirmede serbest olmalıdır” şeklinde ifade etmiştir. Böylece vatandaşlığın seçilmesinde serbestliği ilkenin kapsamına almamıştır.

¹⁵ NOMER, 2014, s. 8; ERDEM, 2014, s. 14; DOĞAN, 2014, s. 29.

¹⁶ AYBAY, 2010, s. 156. Çok vatandaşlığın hukuki açıdan olumlu ve olumsuz sonuçları için bkz. GÖĞER, 1995, ss. 127-182; EKŞİ, 2003, ss. 375-382.

Türk hukukunda da 2383 sayılı Kanunla¹⁷ 13.02.1981'de çok vatandaşlık hakkı verilmiştir. Siyasi, sosyal ve ekonomik bakımdan Türk devleti lehine faydalar sağlanacağı düşüncesi ile çok vatandaşlık hakkı tanınmıştır. Nitekim bu hak, çalışmak ve mesleki faaliyette bulunmak için başka ülkelere giden vatandaşların Türk vatandaşlığını koruyarak buldukları ülke vatandaşlığına geçip çalışma ve ticaret imkanlarını geliştirmelerini sağlamış, böylece Türkiye'ye maddi ve manevi olarak bağlı, ekonomik ve siyasi açıdan Türkiye lehine faaliyet gösterebilecek lobilerin oluşmasını sağlamıştır¹⁸.

Devletler siyasi, ekonomik, sosyal ve kültürel çıkarları doğrultusunda çok vatandaşlık hakkını kabul etmekte veya etmemektedirler. Bugün neredeyse bütün devletlerin vatandaşlık kanunlarında çok vatandaşlığa izin verilmektedir¹⁹.

B) Çok Vatandaşlığın Ortaya Çıkardığı Sorunlar

Çok vatandaşlığın olumsuzluklarını şu şekilde özetlemek mümkündür:

a) Devletler bazı özel durumlarda, örneğin savaş hali gibi, yükümlülükler bekleyeceği kişileri bilmek ister, ancak vatandaşlarının çok vatandaşlığa sahip olması halinde bunu yapması mümkün olmayacak veya oldukça zorlaşacaktır²⁰.

b) Çok vatandaşlık halinde, ilgili kişinin tek bir vatandaşlığının dikkate alınması gereken durumlarda yetkili kazai ve idari makamlar birden fazla vatandaşlıktan hangisini dikkate almaları icap ettiğine karar vermek durumunda kalabilirler²¹.

¹⁷ RG. 07.02.1981-17254

¹⁸ ÇİÇEK, 2000, ss. 83-84.

¹⁹ ERDEM, 2014, ss. 199-200.

²⁰ DOĞAN, 2014, s. 28.

²¹ NOMER, 2014, s. 34; Aslında bu problem milletlerarası özel hukukta vatandaşlık esasına göre yetkili hukukun belirlenmesine ilişkin kanunlar ihtilafı kurallarıyla birçok devlette çözülmüş bulunmaktadır. MÖHUK'un 4. maddesi Türk hukukunda bu meseleyi düzenleyen hüküm olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu hükme göre, vatandaşlıklardan birinin Türk vatandaşlığı olması halinde vatandaşlığın bire indirilmesi kolaydır. Ehliyet, nişanlılık, evlilik, boşanma, soybağı ve miras gibi konulara ilişkin uyumsuzluklarda bu kişiler hakkında Türk hukuku uygulanır. Vatandaşlıklar arasında Türk vatandaşlığının olmaması halinde ise daha sıkı ilişki içinde bulunan devlet hukuku uygulanır. Daha sıkı ilişki içinde bulunan devlet hukukunu hakim somut olaya göre tespit edecektir.

c) Çok vatandaşlık, Devletler Umumi Hukuku açısından diplomatik koruma konusunda sorun yaratır. Örneğin, 1930 tarihli Vatandaşlık Kanunlarının İntibaksızlığından Doğan Bazı Meseleler Hakkında La Haye Sözleşmesi'ne göre, Türk devleti çok vatandaşlığa sahip olan bir kişiye vatandaşlığına sahip olduğu diğer ülkelerde bulunduğu anlarda diplomatik himaye bahsedemez²².

d) Vergilendirme²³, sınır dışı edilme ve suçluların iadesi²⁴ konularında sorunlar yaşanır²⁵.

e) Çok vatandaşlığa sahip erkekler bakımından askerliğin vatandaşı olunan devletlerden hangisinde yapılacağı, birinde yapılan askerliğin diğerinde geçerli olup olmayacağı, vatandaşlığına sahip olunan devletlerden sadece birinde vicdani ret hakkının kabul edilmiş olması halinde bu hakkın diğer devletteki askerlik yükümlülüğünü etkileyip etkilemeyeceği, bu devletlerden birinde askerlik zorunlu iken diğerinde zorunlu değilse yükümlülüğün ne şekilde yerine getirileceği gibi sorunlar ortaya çıkar²⁶. Bu makalede Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi çerçevesinde bu sorunların nasıl çözümlendiği ve getirilen çözümün Türkiye'nin imzacı olması halinde Türk mevzuatında ne tür değişiklikleri gerektireceği üzerinde durulacaktır.

22 ERDEM, 2014, s. 202; NOMER, 2014, s. 38.

23 Genel ilke olarak vergi ödevinde vatandaş-yabancı ayrımı yoktur. Örneğin Türk Gelir Vergisi Kanunu, yükümlülüğün belirlenmesinde böyle bir ayrıma yer vermemektedir. Ancak, bazı kanunlarda vergi yükümlülüğünü sadece vatandaşlara özgüleyen hükümler de yer almaktadır. Türk Veraset ve İntikal Vergisi Kanunu bu tür kanunlardan biridir. Bu kanunun 1. maddesine göre "Türkiye Cumhuriyeti tabiiyetinde bulunan şahıslara ait mallar" ile "Türk tabiiyetinde bulunan şahıslarca ecnebi memleketlerde (veraset ya da ivazsız intikal) yoluyla iktisap edilen mallar" söz konusu kanunun kapsamına girmektedir. Vergi yükümlülüğünü sadece vatandaşlara özgüleyen hükümlerin varlığı nedeniyle çok vatandaşlığın vergilendirme konusunda karışıklık yaratabileceği düşünülmüştür (Bkz. AYBAY, ÖZBEK, 2015, s. 50).

24 Ceza hukukundaki önemli ilkelerden biri olan "uyruk iade edilmez" ilkesi bir devletin kendi vatandaşlığını taşıyan suçluyu başka bir ülkeye iade etmeme hakkının olması anlamına gelmektedir. Bu ilke Türk Anayasasında da ifade edilmiştir. Anayasanın 38. maddesinin son fıkrasına göre "vatandaş suç sebebiyle yabancı bir ülkeye geri verilemez". Türk Ceza Kanunu'nda da aynı ilke yer almaktadır. Çok vatandaşlık halinde suçluların iadesi konusunda devletler arasında ihtilaf çıkacağı düşüncesi de çok vatandaşlığın eleştirilmesinin nedenlerinden olmuştur.

25 EKŞİ, 2005, s. 48.

26 ERDEM, 2014, s. 203; EKŞİ, 2005, s. 48.

II. Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi'nin Çok Vatandaşlık Halinde Askerlik Yükümlülüğünün Yerine Getirilmesine İlişkin Hükümlerinin İncelenmesi

Çok vatandaşlık halinde kişi yalnızca doğuştan vatandaşlığını kazandığı devletle değil, sonradan vatandaşlığını kazandığı devletlerle de hukuki ve siyasi bir bağlantıya sahip olduğundan, vatandaşlığına sahip olduğu tüm devletler açısından hak ve yükümlülükleri bulunur. Bu nedenle çok vatandaşlığı olanlar açısından askerlik yükümlülüğünü birden fazla kez yerine getirme olasılığı bulunmaktadır. Sözleşme'nin çok vatandaşlık halinde askerlik yükümlülüğünün yerine getirilmesine ilişkin hükümleri bu olasılığı en aza indirmek ve çok vatandaşlığa sahip kişilere askerlik yükümlülüklerinin yerine getirilmesi açısından bazı kolaylıklar sağlamak amacını taşımaktadır. Aşağıda Sözleşme'nin konuya ilişkin prensipleri incelenecektir.

Çok vatandaşlık halinde askerlik yükümlülüğü Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi'nin 7. Bölümünde 21 ve 22. maddeler ile düzenlenmektedir. Madde 21'in kenar başlığı "Askerlik Yükümlülüğünün Yerine Getirilmesi" iken madde 22 "Askerlik Yükümlülüğünden Muafiyet veya Alternatif Sivil Hizmetler" kenar başlığını taşımaktadır. İki hüküm arasındaki ilişki genel olarak şu şekilde özetlenebilir: Madde 21'de çok vatandaşlık halinde bir kişinin hangi devletin askerlik yükümlülüğüne tabi olacağı düzenlenirken, madde 22'de bu kişinin vatandaşlığına sahip olduğu ve Sözleşme'ye taraf olan devletlerden birinde askerlikten muaf olması veya vicdani ret hakkını kullanmış olması veya bu devlette askerlik hizmetinin zorunlu olmaması halinde vatandaşlığına sahip olunan diğer devletlerde askerlik hizmetinde bulunmasının gerekip gerekmeyeceği düzenlenmektedir²⁷.

Sözleşme'nin çok vatandaşlığa sahip kişilerin askerlik yükümlülüğüne ilişkin hükümlerinden istifade, hiçbir yönden ilgilinin vatandaşlık statüsü üzerinde olumsuz bir hukuki sonuç yaratmayacaktır (m. 21/3-f). Vatandaşlığın

²⁷ Sözleşme'nin 21. ve 22. maddelerinde yer alan hükümler esaslı değişiklik yapılmaksızın 1963 tarihli Çok Vatandaşlık Hallerinin Azaltılması ve Çok Vatandaşlık Halinde Askerlik Yükümlülüğüne Dair Sözleşme'nin ikinci bölümünden ve bu sözleşmeye ilişkin 1977 tarihli Ek Protokol'den alınmıştır. Yapılan tek değişiklik, 1963 ve 1977 tarihli sözleşmelerin İngilizce metinlerinde kullanılan "ordinary residence" (ikametgah) ifadesinin yerine "habitual residence" (mutad mesken) ifadesinin kullanılmasıdır. Bu değişiklikteki amaç ise, bu sözleşmelerin Fransızca metinlerinde yer alan "résidence habituelle" (mutad mesken) ifadesi ile paralelliğin sağlanmasıdır (Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi, Açıklama Raporu, paragraf 125. İngilizce metin için bkz. <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Reports/Html/166.htm>).

kazanılması veya kaybı askerlik yükümlülüğünün yerine getirilmesi şartına bağlanmamıştır. Dolayısıyla, Sözleşme'nin sağladığı kolaylıklardan faydalanarak vatandaşı olduğu taraf devletlerden sadece birinde askerlik yükümlülüğünü yerine getiren çok vatandaşlığa sahip bir kişi diğer devletin vatandaşlığını kaybetmeyecektir. Bu şekilde taraf devletlerin vatandaşlık mevzuatlarını bu düzenlemeyle uyumlu hale getirmeleri zorunluluğu ortaya çıkmaktadır. Zira Sözleşme'yi imzalayan devletler ilgili kişileri askerlik yükümlülüğünün kendi ülkelerinde yerine getirilmemiş olması gerekçesiyle vatandaşlıktan mahrum bırakmamayı taahhüt etmiş olmaktadır²⁸.

Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi'nin tamamına veya askerlik yükümlülüğüne ilişkin hükümlerin bulunduğu 7. Bölümü içeren bir kısma taraf olan devletler 1963 tarihli sözleşmeye de taraf olma konusunda teşvik edilmektedir. Zira, böylece çok vatandaşlığa sahip bir kişinin vatandaşlığını taşıdığı diğer devlet Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi'ne taraf olmadığı, ancak 1963 tarihli Sözleşmeye taraf olduğu takdirde bu iki devlet arasında eski tarihli sözleşmenin askerlik yükümlülüğüne ilişkin hükümleri uygulama imkanı bulacaktır²⁹.

A) Prensip: Askerlik Yükümlülüğünün İlgilinin Mutad Mesken Devletine Göre Belirlenmesi

Sözleşme'ye taraf olan devletlerden ikisinin ya da daha fazlasının vatandaşlığına sahip olanlar bu devletlerin hepsinde askerlik yükümlülüklerini yerine getirme zorunluluğundan kurtarılmışlardır ve sadece bir tanesinde yükümlülüklerini yerine getirmeleri yeterli görülmüştür. Getirilen bu kolaylığın uygulamasına ilişkin detaylar konusunda taraf devletlerin özel bir anlaşma yapmamış olmaları halinde öngörülen sistem şu şekilde özetlenebilir:

Uygulanacak hukukun vatandaşlık esasına göre belirlendiği durumlarda birden fazla vatandaşlık olması halinde her devlet, uygulanacak hukuku kendi vatandaşlığını esas alarak belirler. Özel hukuk uyuşmazlıklarında her devletin kendi ülkesinde kendi vatandaşlığını esas alan bu yaklaşım (lex fori yaklaşım)³⁰, Sözleşme'nin kamusal bir yükümlülük olan askerlik hizmeti-

²⁸ GÜNGÖR, 1997-1998, s. 247.

²⁹ Bkz. Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi, Açıklama Raporu, paragraf 126. İngilizce metin için bkz. <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Reports/Html/166.htm>.

³⁰ Devletlerin vatandaşlık esasına göre yetkili hukukun belirlenmesine ilişkin kanunlar ihtilafı kurallarında lex fori'ye üstünlük tanınması, vatandaşlık kanunlarında yer alan hükümlerin devletin egemenlik hakkına dayanılarak sevk edilmiş olması ve uygulanacak hukukun be-

nin ifasına ilişkin hükümlerine yansıtılmamış, böylelikle askerlik hizmetinin birden çok kez ifasının önüne geçilmesi hedeflenmiştir³¹. Zira Sözleşme’de askerlik hizmetinin ifasında lex forist yaklaşım kabul edilmiş olsaydı, vatandaşlığına sahip olunan devletlerden her biri sadece kendi ülkesinde, kendi kanunları uyarınca ifa edilecek askerlik hizmetini kabul edecek, bu durum ise vatandaşlığına sahip olunan devletlerin her birinde ayrı ayrı askerlik hizmetinin ifa edilmesi gerekliliğini ortaya çıkaracaktı. İşte bu ihtimalin önüne geçmek amacıyla benimsenen yaklaşım Sözleşme’de m. 21/3-a’da ifade edilmiştir. Söz konusu hükme göre;

“Bu kişiler, mutad meskenlerinin bulunduğu taraf devletin askerlik yükümlülüğüne tabidirler.”

Bu hüküm, Sözleşme’nin askerlik hizmetinin ifası için kural olarak “mutad meskenin bulunduğu devlet” yaklaşımını benimsediğini göstermektedir. Sözleşme’ye göre, bir kişinin mutad meskeninin bulunduğu yerde askerlik yükümlülüğünü yerine getirmesi kural olarak diğer devlet açısından da geçerli olacaktır. İşte Sözleşme böylece, vatandaşlığına sahip olunan devletlerden her birinde askerlik yapma gerekliliğinin önüne geçmeyi amaçlamaktadır.

Kanımızca, m.21/3-a’da mutad mesken kavramının kullanılmasının, diğer bir deyişle Sözleşme’nin askerlik yükümlülüğünün yerine getirilmesinde “mutad meskenin bulunduğu devlet” yaklaşımını benimsemesinin olumlu yanları olmakla birlikte³² bu durum uygulama açısından, özellikle mutad meskenin belirlenmesi açısından yaşanan zorluklar dikkate alındığında, bazı sorunları da beraberinde getirecektir.

Mutad mesken kavramı, Kıta Avrupası ve Anglo-Amerikan hukuk sistemlerinde benzer şekillerde anlaşılmakta ve kullanımı giderek yaygınlaş-

lirlenmesinde vatandaşlığın esas alınmasını gerektiren uyumsuzlukların lex fori hükümlerinin tatbikini gerektirmesiyle açıklanmaktadır. (Bkz. GÜNGÖR, 1997-1998, s. 244; GÖĞER, 1995, s. 162 vd.; NOMER, 2014, s. 37).

31 GÜNGÖR, 1997-1998, s. 244.

32 Kıta Avrupası ve Anglo-Amerikan hukuk sistemlerinde farklı şekillerde anlaşılmıyor olması, genellikle gerçek durumu yansıtması, kolay bir şekilde değiştirilememesi dolayısıyla kötüye kullanılmasının mümkün olmaması gibi özellikler, Sözleşme’de mutad mesken kavramının tercih edilmesinin olumlu yanlarıdır. Bu özellikler, farklı hukuk sistemlerinde farklı şekillerde anlaşılan, genellikle gerçek durumu yansıtmayan ve değiştirilmesi kolay olduğundan kolaylıkla kötüye kullanılabilen ikametgah kavramının Sözleşmede neden tercih edilmediğini de ortaya koymaktadır. İkametgah ve mutad mesken kavramları arasındaki bu fark için bkz. ARSLAN, 2014, ss. 15,21,22.

maktadır. Lahey Sözleşmeleri gibi birçok milletlerarası sözleşmede ve Avrupa Birliği hukukunda bağlama noktası olarak ikametgah yerine mutad meskenin kabul edilmesinin sebebi de bu kavramın farklı hukuk sistemlerinde farklı şekillerde anlaşılmıyor olmasıdır³³. Bununla birlikte, mutad mesken kavramının milletlerarası alanda genel kabul gören bir tanımı bulunmamaktadır. Milletlerarası sözleşmelerde ve devletlerin iç hukuklarında bu kavram için bir tanım vermekten kaçınılmıştır. Bunun sebebi ise, kavramın esnekliğini yitirmesi ve ikametgah gibi hukuki bir kavram haline gelmesi endişesidir. Türk doktrininde mutad mesken kavramı, “kişinin aktüel menfaatlerinin merkezi”³⁴, “fiilen oturlan yer”³⁵, “kişinin yaşamının ağırlık merkezinin bulunduğu yer”³⁶, “gerçek hayat ilişkilerinin sürdüğü, kişinin fiilen oturduğu ve oturmak isteği ve iradesinde olduğu yer”³⁷, “kişinin yaşamını sürdürdüğü, maddi ve şahsi ilişkileri ile en sıkı şekilde bağlılık kurduğu yaşam merkezi olan yer”³⁸ veya “bir kimsenin belirli bir yerde, kendi istek ve iradesiyle, o yeri hayat ilişkilerinin merkezi yapmaya yetecek derecede kısa veya uzun bir süreliğine oturması”³⁹ olarak çeşitli şekillerde tanımlanmıştır. Doktrinde genel olarak benimsenen görüş ise, mutad meskenin gerçek ve fiili durumu yansıtan bir kavram olduğu, bir vakıa olduğu yönündedir⁴⁰.

Yapılan çeşitli tanımlar, mutad mesken kavramının unsurlarının fiili bir oturmanın varlığı ve bu oturmanın o yerin ilgili şahsın hayat ilişkilerinin merkezi olmasını sağlayacak derecede devamlılık arz etmesi olduğunu göstermektedir. Mutad mesken kavramı, vatandaşlık ve ikametgah kavramlarından farklı olarak hukuki bir kavram olmadığından yalnızca belirli maddi delillere göre tespit edilebilir⁴¹. Fiilen oturmanın ve oturmanın devamlılığının tespit

³³ ARSLAN, 2014, ss. 25-32.

³⁴ ÖZKAN, 2003, s. 33.

³⁵ ÇELİKEL, ERDEM, 2014, s. 190.

³⁶ NOMER, 2013, s. 119.

³⁷ ÖZTEKİN GELGEL, 2005, s. 132.

³⁸ AKINCI, DEMİR GÖKYAYLA, 2010, s. 215. Ayrıca, “kişinin yaşamını sürdürdüğü, maddi ve şahsi ilişkileri ile en sıkı şekilde bağlılık kurduğu yaşam merkezi olan yer” şeklindeki tarifin milletlerarası doktrin ve mahkeme uygulamalarında mutad meskenin tanımı olarak kabul edilen anlayış olduğu ifade edilmiştir (AKINCI, DEMİR GÖKYAYLA, 2010, s. 215)

³⁹ ARSLAN, 2014, s. 172.

⁴⁰ Bu görüş için bkz. ÇELİKEL, ERDEM, 2014, s. 272; TEKİNALP, 2009, s. 64; AKINCI, DEMİR GÖKYAYLA, 2010, s. 215; DOĞAN, 2010, s. 133.

⁴¹ Mutad meskenin ne şekilde belirleneceği hakkında bkz. ARSLAN, 2014, ss. 47-68.

edilmesi oldukça zordur. Örneğin, bir kişinin ikametgahının neresi olduğu Nüfus Müdürlüğü'nden alınacak bir "ikametgah belgesi" ile tespit edilebilirken, mutad meskeninin bu tür bir belge ile tespit edilmesi ve sonrasında bu belgenin ispat aracı olarak kullanılması mümkün değildir. Bu nedenle askerlik yükümlülüğünün ifasında olduğu gibi belirli kuralların bu kavrama bağlanması belirsizlikler yaratabileceğinden mutad meskeni esas alan yaklaşım tereddütler yaratmakta ve eleştirilmektedir⁴².

Ancak kabul etmek gerekir ki, fiilen bir ülkede sürekli olarak oturma, kişinin o ülke ile yakınlığının bulunduğunu ifade eder ve askerlik yükümlülüğünün tayin edilmesinde Sözleşme'de yapıldığı üzere bu yakınlığın dikkate alınması gerekir. Bu durumda, Sözleşme'nin gerçek, etkili vatandaşlığa yaklaşan bir tutum içinde olduğu görülmektedir⁴³.

Sözleşme'de "mutad meskenin bulunduğu devlet" yaklaşımının benimsenmiş olması iki soruyu beraberinde getirmektedir. Birincisi, mutad meskeninin bulunduğu âkit devletin vatandaşlığına sahip olmayan ve aşağıda bahsedeceğimiz seçim hakkını da kullanmayan bir kişi askerlik yükümlülüğünü ne şekilde yerine getirecektir? İkincisi, mutad meskeninin bulunduğu devletin vatandaşlığına sahip olmakla birlikte mutad meskeni Sözleşme'ye taraf olmayan bir devlette bulunan ve seçim hakkını kullanmayan kişi askerlik yükümlülüğünü ne şekilde yerine getirecektir? Sözleşme bu konuda sessiz kalmamış, bu kişilerin vatandaşı oldukları âkit devletlerden herhangi birinde askerlik yapmayı tercih edebileceklerini kabul etmiştir (m. 21/3-b). Burada dikkat edilmesi gereken husus, vatandaşı olunan devletlerden herhangi birinde yerine getirilen askerlik yükümlülüğünün diğer devlet veya devletlerde de yerine getirilmiş sayılabilmesi için askerlik hizmetinin yapıldığı devletin Sözleşme'ye taraf devletlerden biri olması gerekliliğidir. Aksi takdirde yerine getirilen askerlik yükümlülüğü diğer âkit devletlerde geçerli olmayacaktır.

B) İstisna: İlgiliye Tanınan Seçim Hakkı

Öngördüğü sistem çerçevesinde Sözleşme, birden çok vatandaşlığa sahip kişiye bir seçim hakkı tanımaktadır. Buna göre, kural olarak mutad meskeninin bulunduğu taraf devletin askerlik yükümlülüğüne tabi olmakla birlikte, birden çok vatandaşlığa sahip kişi on dokuz yaşına girmeden önce, istediği takdirde mutaden sakin bulunduğu âkit devletin hukukunun tam ve aktif as-

⁴² ÇELİKEL, ERDEM, 2014, s. 190.

⁴³ GÜNGÖR, 1997-1998, s. 244.

kerlik için aradığı süreye en azından eşit süre ile, vatandaşlığını taşıdığı diğer âkit devletlerden birisinin askerlik yükümlülüğüne tabi olmayı tercih edebilir (m. 21/3-a). Böyle bir tercih yapması ve tercih ettiği devlette askerlik yükümlülüğünü yerine getirmesi halinde, vatandaşlığını taşıdığı tüm âkit devletler açısından askerlik yükümlülüğünü yerine getirmiş sayılacaktır (m.21/3-c).

Birden çok vatandaşlığa sahip kişi bu seçim hakkını kullanmadığı takdirde mutaden sakin bulunduğu ve vatandaşlığını taşıdığı âkit devletin ülkesinde askerlik yükümlülüğünü yerine getirecektir (m. 21/3-a). Daha önce belirttiğimiz gibi mutad meskenin bulunduğu taraf devletin askerlik yükümlülüğüne tabi olmak genel kural iken, seçim hakkını kullanmak istisnadır.

C) Askerlik Yükümlülüğünün Birden Fazla Kez Yerine Getirilebileceği Durumlar

Sözleşme'ye göre iki halde askerlik yükümlülüğünün birden fazla kez yerine getirilmesi gerekecektir. İlgili, vatandaşlığını taşıdığı ve mutaden sakin olduğu âkit devletin ülkesinde aktif askerlik hizmetini tamamlamış olduğu halde, sonradan mutad meskenini vatandaşı olduğu diğer bir âkit devletin ülkesine nakletmiş ise, naklin yapıldığı devlete karşı da askerlik yükümlülüğü devam edecektir (m. 21/3-e). Güngör'e göre, "*Kural çok vatandaşlık hallerinin olmasa da, âkit devletler arasında gerçekleşebilecek muhtemel mutad mesken değişikliklerinin önüne geçecek bir özellik taşımaktadır*"⁴⁴. Bu kuralın, birden çok âkit devletin vatandaşlığına sahip bir kişinin Sözleşme'ye taraf olan ve vatandaşlığını taşıdığı diğer devletlerin ülkelerinde yerleşme hürriyetini sınırlayacağı söylenebilir⁴⁵. Bu düzenlemeye göre, mutad meskenin vatandaşlığına sahip olunmayan âkit bir devlete nakledilmesi önünde hiçbir engel yokken, vatandaşlığına sahip olunan yani daha sıkı bir bağlantı bulunan âkit bir devlete nakledilmesi zorlaştırılmaktadır. Düzenleme bu yönüyle eleştirilebilir.

Askerlik yükümlülüğünün birden fazla kez yerine getirilebileceği ikinci hal ise seferberlik halidir. Seferberlik halinde âkit devletler sözleşme hükümleriyle bağlı olmayacaklardır (m. 21/3-g). Seferberlik hali, çok vatandaşlığa sahip olan kişilerin askerlik yükümlülüğünü yerine getirme açısından tabi oldukları kolaylaştırıcı düzenlemelerin bir istisnası olarak ortaya çıkmaktadır.

⁴⁴ GÜNGÖR, 1997-1998, s. 246.

⁴⁵ GÜNGÖR, 1997-1998, s. 246.

D) Mutad Mesken Hukuku veya Seçim Hakkı Kullanılarak Belirlenen Devlet Hukuku Uyarınca Fiilen Askerlik Yapmak Zorunda Olmayan Kişiler

Acaba madde 21’de çok vatandaşlığa sahip kişilerin askerlik yükümlülüğü açısından öngörülen kolaylık sadece zorunlu ve aktif (fiili) askerliğin öngörüldüğü âkit devletlerde yerine getirilen askerlik yükümlülüğü açısından mı uygulanabilecektir? Askerlik zorunluluğu bulunmayan âkit devlet vatandaşlığına sahip olan, vatandaşı olduğu bir âkit devletçe askerlik yükümlülüğünden muaf tutulan veya vicdani ret hakkı kapsamında alternatif sivil hizmetler yaparak askerlik hizmetini yerine getiren çok vatandaşlığa sahip kişiler vatandaş oldukları diğer âkit devlet veya devletlerde askerlik yapmaktan kurtulabilecek midir? Bu sorunların çözümü Sözleşme’de madde 22’de yer almaktadır. Bu tür kişiler bazı şartlarla⁴⁶ Sözleşme’nin 22. maddesinden yararlanabilecek ve vatandaşlığını taşıdıkları ve Sözleşme’ye taraf olan diğer devletlerde de askerlik yükümlülüğünü yerine getirmiş sayılacaklardır.

Vicdani ret hakkını tanıyan veya zorunlu askerlik sisteminin bulunmadığı veya başka şekillerde muafiyetler tanıyan taraf devlet vatandaşları için madde 22 özel bir düzenleme getirmektedir. Mevcut veya yapılacak bir anlaşma ile aksi kararlaştırılmadıkça bu hükümler uygulanacaktır.

- Sözleşme’nin m. 22/1-a hükmüne göre, Sözleşme’ye taraf devletlerden birinin mevzuatına uygun olarak askerlik yükümlülüğünden muaf tutulan veya sivil hizmetler yaparak askerlik hizmetini yerine getiren kişiler de vatandaşlığını taşıdıkları ve Sözleşme’ye taraf olan diğer devletlerde askerlik yükümlülüğünü yerine getirmiş sayılacaklardır. Bunun için bu kişinin askerlik yükümlülüğünden muafiyetinin bulunduğu veya vicdani ret hakkını tanıyan devletin kural olarak mutad meskenin bulunduğu devlet olması gerekmektedir.

- Sözleşme’nin m. 22/1-c hükmüne göre, bu kişiler vatandaşı oldukları

⁴⁶ -Vatandaşı olduğu ve mutaden oturduğu devlette askerlik yükümlülüğünden muaf tutulan veya sivil hizmetler yaparak askerlik hizmetini yerine getirenler (m. 22/a, m. 21/3-c, m. 21/3-a)

-19 yaşına girmeden önce kendi isteği ile vatandaşı olduğu, ancak mutaden oturmadığı âkit devletlerden birisinde askerlik yükümlülüğünden muaf tutulan veya sivil hizmetler yaparak askerlik hizmetini yerine getirenler ((m. 22/a, m. 21/3-c, m. 21/3-a)

-Mutad meskeni vatandaşlığını taşıdığı âkit devlette bulunmayıp diğer bir âkit devletin ülkesinde olanlarla, âkit olmayan bir devletin ülkesinde mutaden sakin bulunan âkit devlet vatandaşlarından, vatandaşlığını taşıdığı âkit devletin ülkesinde askerlik yükümlülüğünden muaf tutulmuş veya alternatif olarak sivil hizmet ifa etmiş olanlar

ve askerliğin zorunlu olmadığı taraf devletin askeri güçlerine, vatandaşı oldukları ve zorunlu askerlik düzenlemesinin olduğu diğer devletlerin tam ve fiili askerlik süresine eşit veya daha fazla bir süre için kendi istekleriyle kaydolurlarsa, askerliğin zorunlu olduğu devlet veya devletler açısından askerlik yükümlülüklerini yerine getirmiş sayılırlar. Bu kişilerin mutad meskenlerinin nerede bulunduğu bir önemi yoktur. Mutad meskenleri zorunlu askerliğin olmadığı devlette bulunmasa, yani Sözleşme'nin m. 21/3-a hükmü uyarınca bu devletin askerlik yükümlülüğüne tabi olmasalar dahi, diğer devlet veya devletlerin tam ve fiili askerlik süresine eşit veya daha fazla bir süre için bu devletin birliklerine kaydoldukları takdirde ikinci kez askerlik hizmetini ifa etme gerekliliğiyle karşı karşıya kalmayacaklardır.

- Sözleşme'nin m. 22/1-c hükmünden aynı zamanda şu sonuç çıkmaktadır: Bu kişiler vatandaşı oldukları ve askerliğin zorunlu olmadığı devletin askeri güçlerine, vatandaşı oldukları ve askerlik yükümlülüğü olan diğer devletlerin tam ve fiili askerlik süresinden daha az bir süre için kaydolurlarsa veya hiç kaydolmazlarsa, vatandaşı oldukları ve askerliğin zorunlu olduğu devlet veya devletler açısından askerlik yükümlülüğünü yerine getirmiş sayılmazlar. Bunun tek istisnası ise m. 22/1-b'de düzenlenmiştir. Buna göre, ilgili kişinin mutad meskeninin askerliği zorunlu olarak öngörmeyen âkit devlette olması ve ilgili devletlerin Sözleşme'nin imzası, onayı, kabulü veya Sözleşme'ye katılma sırasında bildirdikleri yaşa kadar mutad meskenin bu şekilde muhafaza edilmiş olması halinde, askeri güçlere belli bir süre ile kaydolma şartı aranmaksızın vatandaşlığına sahip oldukları ve zorunlu askerliği öngören diğer devletler açısından da askerlik yükümlülüğünü yerine getirmiş sayılacaklardır.

III. Türk Hukukunun Çok Vatandaşlık Halinde Askerlik Yükümlülüğüne İlişkin Düzenlemeleri

Türk hukuku açısından, çok vatandaşlık hakkına sahip olmanın düzenlenmesi gerekli olan ve problem doğuran en önemli sonuçlarından birisi, erkekler bakımından yerine getirilmesi zorunlu bulunan askerlik yükümlülüğüdür. Anayasa'nın 72. maddesine göre;

“Vatan hizmeti, her Türkün hakkı ve ödevidir...”

Askerliğin Anayasa'da her Türk vatandaşı için bir hak ve yükümlülük olarak düzenlenmiş olması yukarıda Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi'ni anlatırken de bahsettiğimiz sorunların ortaya çıkmasına neden olmaktadır: Türk vatandaşlığının yanında başka bir devlet vatandaşlığı da olan bir kişinin vatan-

daşı olduğu diğer devlette yaptığı askerlik hizmeti Türk hukuku bakımından da bu hizmetin yapıldığı anlamına gelecek midir? Türk hukukunda zorunlu olan askerlik hizmeti, diğer devlette zorunlu değilse ne olacaktır? Diğer devlette vicdani ret hakkı tanınıyor ve sivil toplum kuruluşlarında yapılan kamu hizmeti de askerlik olarak kabul ediliyor ise bu şekilde yapılan bir askerlik Türkiye’de de geçerli olacak mıdır? Bütün bunlar, çok vatandaşlığın askerlik yükümlülüğü bakımından çözüm bekleyen sorunlarıdır⁴⁷.

Türk hukukunda konu, ilk olarak Askerlik Kanunu’nun 2. maddesine 1992 yılında 3802 sayılı Kanunla ilave edilen fıkra ile düzenlenmiştir⁴⁸. Bu hükme göre;

“Bakanlar Kurulu Kararıyla belirlenecek esaslara göre; yurt dışında doğan ve ikâmet edenler ile kanuni rüşt yaşına kadar yabancı bir ülkeye gitmiş olanlardan buldukları ülke vatandaşlığını da kazanan Türk vatandaşları, talepleri halinde, durumlarına uyan ve Kanunun öngördüğü askerlik statülerinden biri içerisinde askerlik mükellefiyetlerini 38 yaşını tamamladıkları yılın sonuna kadar yerine getirebilirler veya tabiiyetinde buldukları diğer ülkede askerlik yapmış olduklarını belgelemek kaydıyla mükellefiyetlerini yerine getirmiş sayılırlar. Bunların 38 yaş sonuna kadar askerlikleri ertelenmiş kabul edilir.”

Görüldüğü gibi bu maddenin öngördüğü imkandan yararlanabilmek için:

- 1) Yurt dışında doğmak ve ikamet etmek veya kanuni rüşt yaşına kadar yabancı bir ülkeye gitmiş olmak,
- 2) Bulunduğu ülkenin vatandaşlığını kazanmak şartlarının yerine getirilmiş olması gerekmektedir.

Bu maddenin kapsamına giren Türk vatandaşlarının iki seçeneği bulunmaktadır: Birincisi, durumlarına uyan ve kanunun öngördüğü askerlik statülerinden biri içerisinde askerlik mükellefiyetlerini Türkiye’de yerine getirmeyi 38 yaşını tamamladıkları yılın sonuna kadar talep edebilirler. İkinci seçenekleri ise, tabiiyetinde buldukları diğer ülkede askerlik yapmış olduklarını belgeleyerek mükellefiyetlerini yerine getirmiş sayılmaktır. Her iki durumda da 38 yaş sonuna kadar bu kişilerin askerlikleri ertelenmiş kabul edilir⁴⁹. Erteleme süresince bu kişiler asker kaçağı sayılmazlar. Bu durumda, 38 yaş-

⁴⁷ ERDEM, 2014, s. 203; EKŞİ, 2005, s. 41 vd.

⁴⁸ 21.05.1992 tarihli, 3802 sayılı Askerlik Kanunu’nda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun için bkz. RG. 01.06.1992-21245.

⁴⁹ EKŞİ, 2005, 51.

nı tamamlamadan önce Türkiye’de askerlik yapmayanlar veya tabiiyetinde buldukları diğer ülkede askerlik yapmış olduklarını belgelemeyenler, 38 yaşını tamamladıkları yılın sonundan itibaren asker kaçağı sayılacak ve bu aşamadan sonra sundukları belgeler kabul edilmeyecektir.

Askerlik Kanunu’na yapılan ilaveden sonra 05.07.1993 tarihli ve 93/4613 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı⁵⁰ çıkarılmıştır. “Birden Fazla Tabiiyetli Vatandaşların Askerlik Yükümlülüklerini Yerine Getirmiş Sayılmalarına Dair Esaslar” başlıklı Bakanlar Kurulu Kararında, Askerlik Kanunu ile düzenlenen esaslar ayrıntısı ile düzenlenmiş bulunmaktadır.

Bu esaslara göre Askerlik Kanunu’nda belirtilen özelliklere sahip kişiler dört halde askerlik görevini yerine getirmiş sayılacaktır:

- 1- Tabiiyetinde buldukları diğer ülkede askerlik yapmış olduklarını belgelemeleri halinde (m.5/1),
- 2- Buldukları ülke mevzuatı gereği ihtiyaç fazlası olanların sivil kurum ve kuruluşlarda hizmet yapmak suretiyle askerlik hizmetini tamamlamaları ve bu durumu belgelemeleri halinde (m.5/2),
- 3- Buldukları ülke mevzuatı gereği inançları nedeniyle askerlik yapmak istemediklerinden sivil kurum ve kuruluşlarda hizmet yapmak suretiyle askerlik hizmetini tamamlayanların bu durumu belgelemeleri halinde (m.5/2),
- 4- Tabiiyetinde buldukları yabancı ülkede askerlik hizmetini yapmak durumunda olup da askerlik hizmetine başlamadan önce veya başladıktan sonra askerliğe elverişli olmadıklarına dair resmi hastanelerden rapor alanların raporlarının Milli Savunma Bakanlığı’na uygun görülmesi halinde (m.8).

Bakanlar Kurulu Kararı’ndaki esaslara göre, askerlik mükellefiyeti bulunmayan ülkelerde yapılan askerlik hizmeti askerlik mükellefiyetinden sayılmamaktadır. Dolayısıyla bu tür ülkelerde askerlik yapmış olanlar askerlik yükümlülüğünü yerine getirmiş sayılmayacaklardır (m.5/3).

Ayrıca, vatandaşı olunan herhangi bir ülkede yapılan askerlik birden fazla tabiiyetli vatandaşların Türkiye’deki askerlik yükümlülüklerini yerine getirmiş sayılmalarını sağlamayacaktır. Bakanlar Kurulu Kararı’nın 6. maddesi uyarınca, birden fazla vatandaşlığa sahip yükümlülerin hangi ülkelerde yaptıkları askerliğin muvazaflik hizmetinden

⁵⁰ RG. 25.07.1993-21648.

sayılacağı İçişleri Bakanlığı ile Dışişleri Bakanlığı'nın görüşü alınarak Milli Savunma Bakanlığı'na belirlenir. Bu esas, yukarıda belirtmiş olduğumuz dört hali de kapsamaktadır. Dolayısıyla bu dört halden birinin, ülke şartı sağlanmaksızın, tek başına gerçekleşmiş olması Türkiye'de askerlik yükümlülüğünün yerine getirilmiş sayılması sonucunu doğurmayacaktır. Milli Savunma Bakanlığı'nın yapmış olduğu belirlemeye göre aşağıdaki ülkelerde yapılan askerlik hizmeti ve alınan "Askerliğe Elverişli Değildir" raporları değerlendirmeye alınmaktadır:

- Avusturya
- Danimarka
- Finlandiya
- İsrail
- İsviçre
- Suriye
- Norveç
- Yunanistan
- Tunus

Bu ülkelerin haricinde diğer ülkelerde yapılan askerlik hizmeti geçerli sayılmamaktadır⁵¹.

Yukarıda sayılan devletlerden⁵² Tunus ile Türkiye arasında askerlik yükümlülüğüne ilişkin bir anlaşma bulunmaktadır. Ancak Tunus haricindeki

⁵¹ EKŞİ, 2005, s. 52.

⁵² Bkz. <http://www.asal.msb.gov.tr/>: Er İşlemleri, Muafiyet İşlemleri, Birden Fazla Tabiiyetliler.
 -Hollanda'da zorunlu askerlik hizmeti kaldırılmış olduğundan, 01 Ocak 1997 tarihi itibarıyla listeden çıkarılmıştır.
 -Belçika'da zorunlu askerlik hizmeti kaldırılmış olduğundan, 01 Ocak 1998 tarihi itibarıyla listeden çıkarılmıştır.
 -Fransa'da, 01 Ocak 1999 tarihinden itibaren, 31 Aralık 1978 tarihinden sonra doğmuş olanların askerlik yapma yükümlülükleri askıya alındığından, bu tarihten sonra doğmuş olan yükümlülerin müracaatları kabul edilmeyecektir.
 -Almanya'da zorunlu askerlik hizmeti kaldırılmış olduğundan, 01 Temmuz 2011 tarihinde listeden çıkartılmıştır.
 -İsveç'te zorunlu askerlik hizmeti kaldırılmış olduğundan, 01 Temmuz 2010 tarihinde listeden çıkartılmıştır.
 -İtalya'da 1985 doğumlulardan itibaren zorunlu askerlik hizmeti kaldırıldığından 01 Ocak 2005 tarihi itibarıyla listeden çıkartılmıştır. 1986 (dahil) daha genç doğumlu olanların müracaatları kabul edilmeyecektir.

devletlerle yapılmış olan bu tür bir anlaşma veya protokol yoktur. Tunus ile bir anlaşma yapıldığı ve bu anlaşma gereğince karşılıklılık esasına uyulması gerektiği göz önünde bulundurulduğunda, Milli Savunma Bakanlığı'nca belirlenen ülkeler arasında Tunus'un neden yer aldığı açıktır. Böylece Türkiye'de yapılan askerliğin Tunus'ta geçerli olmasının yanında, Tunus'ta yapılan askerlik de Türkiye'de geçerli sayılacaktır. Ancak, diğer devletler ile Türkiye arasında ikili bir anlaşma olmadığından, karşılıklılık esası olmaksızın, yani Türkiye'de yapılan askerlik hizmeti bu ülkelerde geçerli sayılmadığı halde, söz konusu ülkelerde yapılan askerlik hizmeti Türkiye'de geçerli kabul edilmektedir. Buna rağmen, bu ülkelerin listede yer almış olması Milli Savunma Bakanlığı Asker Alma Dairesi Başkanlığı'nın söz konusu devletlerin belirlenmesinde esas aldığı kriterlerin sonucudur: *“Bu ülkelerin seçiminde, tabiiyetinde bulunduğu ülkede Türkiye gibi zorunlu askerlik hizmetinin olması; vatandaşlarımızın yoğun olarak yaşadığı ülkeler olması; birden fazla tabiiyetli vatandaşlarına kendi vatandaşları ile eşit hukuki, iktisadi, siyasi ve sosyal haklar tanınması gibi temel kriterler esas alınmaktadır.”*⁵³

Türk hukukunda konunun düzenlenişine ilişkin bu açıklamalardan sonra iki hususun belirtilmesinde yarar görmekteyiz:

Birinci husus, Bakanlar Kurulu Kararı'nın m. 5/1 hükmüne ilişkin bir tespittir. Bu hükme göre, çok vatandaşlığa sahip olanlar tabiiyetinde buldukları diğer ülkede askerlik yapmış olduklarını belgelemeleri halinde Türkiye açısından da askerlik görevini yerine getirmiş sayılacaklardır. Milli Savunma Bakanlığı'nca belirlenen devletlerden birinin vatandaşlığına sahip olan ve aynı zamanda Türk vatandaşı olan bir kişinin diğer devlette bedelli askerlik yapmış olmasının da bu hüküm kapsamına girdiği, bu sebeple belgelenmesi halinde yapılmış olan bedelli askerliğin de Türkiye'de geçerli olacağı kanaatindeyiz.

İkinci husus ise Bakanlar Kurulu Kararı'nın m. 5/2 hükmüne ilişkindir. Bu hükme göre, buldukları ülke mevzuatı gereği inançları nedeniyle askerlik yapmak istemediklerinden sivil kurum ve kuruluşlarda hizmet yapmak suretiyle askerlik hizmetini tamamlayanlar bu durumu belgelemeleri halinde Türkiye açısından da askerlik görevini yerine getirmiş sayılacaklardır. Bundan anlaşılacağı üzere, çok vatandaşlık sahibi olan bir Türk vatandaşı Milli Savunma Bakanlığı'nca belirlenen ve vicdani ret hakkını tanıyan devletlerden birinin vatandaşlığına sahip olduğu takdirde, Türkiye'de henüz tanınmamış

⁵³ EKŞİ, 2005, s. 53.

olan vicdani ret hakkını kullanarak Türkiye'deki askerlik görevini de yerine getirmiş sayılacaktır. Ancak çok vatandaşlık sahibi olmayan, salt Türk vatandaşı olan bir kişi Türkiye'de vicdani ret hakkını kullanamayacaktır. Zira Türkiye vicdani ret hakkını henüz tanımamıştır⁵⁴.

Milli Savunma Bakanlığı'nın listesinde yer alan devletlerden Avusturya, Danimarka, Finlandiya, İsviçre, Norveç ve Yunanistan vicdani ret hakkını tanımaktadır. İsrail'de de bu hak kısmen tanınmıştır⁵⁵. Bu noktada, konunun daha iyi anlaşılması ve Sözleşme ile bağlantısının kurulabilmesi için vicdani reddin tanımı, sebepleri, türleri ile Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi'ni imzalamış olan çeşitli devletlerdeki vicdani ret düzenlemeleri üzerinde durmanın yararlı olacağı kanaatindeyiz; zira Türkiye'nin Sözleşme'ye taraf olması halinde, Türk vatandaşlığıyla birlikte diğer taraf devletlerden birinin vatandaşlığına sahip olan bir kişinin bu devlette kullanmış olduğu vicdani ret hakkı Türkiye'de de geçerli olabilecektir.

IV. Askerlik Yükümlülüğü Açısından Özel Bir Durum Olarak Vicdani Ret

A) Vicdani Reddin Tanımı ve Vicdani Ret Sebepleri

Gerek Türkiye'de gerekse Avrupa kamuoyunda tartışılmaya devam eden güncel bir konu olmakla birlikte vicdani reddin üzerinde anlaşılan ortak bir tanımı bulunmamaktadır. Tek bir tanımın bulunmamasının nedeni ise vicdani reddin birçok sebebinin ve türünün bulunması ve devletlerin vicdani ret hakkını farklı şekillerde kabul etmiş olmalarıdır.

Ortak bir tanım olmamakla birlikte, vicdani redde ilişkin çeşitli tanımlar bulunmaktadır⁵⁶. Sudre'e göre vicdani ret ahlaki tercih, dini inanç ya da poli-

⁵⁴ Vicdani ret hakkına ilişkin açıklama ve tartışmalar için bkz. DEMİR, 2011, ss. 239-283; ALTUNDIŞ, 2012, ss. 143-174; ÇINAR, 2007, ss. 94-108; ANBARLI BOZATAY, 2011, ss. 151-172; GÜRCAN, 2007, ss. 89-112.

⁵⁵ İsrail'de askerlik hizmeti ve vicdani ret uygulaması 1986 tarihli Savunma Hizmeti Kanunu'yla düzenlenmiştir. Bu devlette kadın ve erkek yükümlüler için farklı düzenlemeler bulunmaktadır. Kadın yükümlüler dini inançları nedeniyle (Ortodoks Musevi inancı nedeniyle) askerlik hizmetini yerine getirmeyi reddedebilmektedir. Yeshiva adı verilen din okullarında okuyan erkek Museviler de askerlik hizmetinden muaftır (SEMİZ, 2010, s. 132).

⁵⁶ Örneğin geniş anlamda vicdani ret, vicdan kurallarına göre davranma gereğinden dolayı bu kurullarla çelişen kural ve emirlere uymama tavrı olarak tanımlanabilir. Geniş anlamda vicdani redde örnek olarak vergi ödemenin vicdan kuralları gereği reddedilmesi gösterilebilir. Geniş anlamda vicdani ret tanımı için bkz. TOKER, 2008, s. 80.

tik nedenlerle askere gitmenin reddedilerek zorunlu askerlik hizmetine karşı çıkılmasıdır⁵⁷. Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi'nin 26 Ocak 1967 tarih ve 337 sayılı Kararı ile Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu'nun 22 Nisan 1998 tarih ve 77 sayılı Kararı kapsamında ise vicdani ret; askerlik hizmeti yükümlüsü kişilerin dini, etik, ahlaki, manevi, insani, felsefi veya benzeri etkenlerden kaynaklanan gerekçelerle silahlı askerlik hizmeti yapmayı reddetmesidir. Yani vicdani ret dini sebeplerle olabileceği gibi, din dışı sebeplerle de olabilir⁵⁸.

Bu iki tanımdan hareket edildiğinde vicdani ret sebepleri dini sebepler⁵⁹, vicdani sebepler⁶⁰ ve politik sebepler⁶¹ olmak üzere üç ana grupta toplanabilir.

B) Ret Türleri

Doktrinde farklı değerlendirmeleri olmakla birlikte, askerlik hizmetinin reddi açısından bir karşılaştırmalı hukuk çalışması yapıldığında bunun dört temel şekilde görülebildiği tespit edilmektedir⁶². Bazı retçiler alternatif sivil

⁵⁷ SUDRE, 2003, s. 411.

⁵⁸ SEMİZ, 2010, s. 18; ÇINAR, 2014, s. 23.

⁵⁹ Şiddeti dışlayan din kuralları dini sebeplere dayalı vicdani reddin ortaya çıkmasında etkili olmuştur. Her dinde şiddeti dışlayan bu tür kurallar bulunmaktadır. Günümüzde ise dini sebebe dayalı vicdani redde en çok Yehova Şahitlerinde rastlanmaktadır. Dini sebeplere dayalı vicdani ret hakkında detaylı bilgi için bkz. KURLANSKY, 2006, ss. 7-9; AİHM, Efstratiou/ Yunanistan Kararı, Başvuru No 1996-VI, K.T. 18.12.1996; STROUP, 1967; KAPLAN, 1989.

⁶⁰ Vicdani sebeplerin ne olabileceği konusunda kolayca yargıya varmak mümkün değildir. Zira vicdan oldukça geniş ve soyut bir kavramdır. Vicdani sebeplere dayalı olarak vicdani ret hakkını kullanan bir kişi öncelikle, yapacağı askerlik hizmeti boyunca sergileyeceği davranışlar konusunda bir yargılama yapmakta ve bu yargılama sonunda bu davranışların kendi ahlak değerlerine uygun olmadığı kararını vermektedir. Savaş karşıtı olma, genellikle vicdani sebepler arasında gösterilmektedir. Ancak, bunun nedeni askerlik hizmetinin savaş yapmakla eşleştirilmiş olmasıdır. Halbuki, askerlik hizmeti her zaman savaş yapmak anlamına gelmeyebilir. Vicdani sebeplere dayalı vicdani ret hakkında detaylı bilgi için bkz. SEMİZ, 2010, ss. 22-26.

⁶¹ Kişinin kendisini anti-militarist olarak tanımlaması ve askerlik hizmetini militarizmin bir parçası olarak görmesi veya devletin uyguladığı askeri politikaları benimsememesi vicdani reddin politik sebeplerindedir. Bu sebepler oldukça geniştir ve bunları listelemek mümkün değildir. Devletin uyguladığı askeri politikaların benimsenmemesi nedeniyle vicdani ret daha çok İsrail'de görülmektedir. Politik sebeplere dayalı vicdani ret hakkında detaylı bilgi için bkz. SEMİZ, 2010, ss. 26-29.

⁶² SEMİZ, 2010, ss. 29-33. Vicdani ret türleri hakkındaki farklı değerlendirmeler için bkz. MOSKOS, CHAMBERS, 1993, s. 5; BROCK, 1970, ss. 40-43; EBERLY, 1993, ss. 57-64.

hizmette veya silahsız askerlik hizmetinde bulunmayı kabul ederken (basit vicdani ret), bazıları askerliği tamamen reddetmekte ve hiçbir türden askeri faaliyet içerisinde yer almak istememektedir (kökten vicdani ret). Bir kısım retçiler ise sadece askerlik sırasındaki belirli bir faaliyete, örneğin belirli bir savaşa veya çatışmaya katılmayı reddetmektedir (seçici vicdani ret). Son kate-
goride yer alan gri retçiler ise daha çok ekonomik sebeplerle askerlik hizmeti yapmak istemediklerinden, sebepleri açısından vicdani retçilerden ayrılışları da vicdani reddi kabul etmiş olan devletlerin birçoğunda gri retçiler de bu haktan yararlanmaktadır.

C) Karşılaştırmalı Hukukta Vicdani Ret

Karşılaştırmalı hukukta devletler, vicdani ret hakkının kabul edilip edilmemesi açısından üç farklı grupta incelenebilir.

İlk grupta zorunlu askerlik hizmetinin bulunduğu ve vicdani reddin bir hak olarak düzenlendiği devletler yer almaktadır. Avrupa Vicdani Ret Bürosu'nun Vicdani Ret Raporuna göre 2013 yılı itibarıyla Avusturya, Danimarka, Finlandiya, Yunanistan, Moldova, Rusya, Norveç ve Ukrayna bu grupta yer alan, Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi'ni imzalamış olan Avrupa Konseyi üyesi devletlerdir⁶³.

İkinci grupta zorunlu askerlik hizmetinin bulunduğu ve vicdani reddin bir hak olarak düzenlenmediği devletler yer almaktadır. Avrupa Vicdani Ret Bürosu'nun Vicdani Ret Raporuna göre 2013 yılı itibarıyla Azerbaycan ve Türkiye bu grupta yer alan, Avrupa Konseyi üyesi devletlerdir⁶⁴. Bu iki devlet de Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi'ni henüz imzalamamıştır.

Türk hukukunda zorunlu askerlik hizmeti 1982 Anayasası'nın 72. maddesi ile düzenlenmiştir. Söz konusu maddede askerlik hizmetinin her Türk vatandaşı için bir hak ve ödev olduğu söylendikten sonra bu hizmetin silahlı kuvvetlerde veya kamu kesiminde ne şekilde yerine getirileceğinin kanunla düzenleneceği öngörülmüştür. Anayasa'da yer alan, askerlik hizmetinin silahlı kuvvetler yerine kamu kesiminde de yerine getirilebileceği ifadesinden, vicdani ret hakkının kabul edilmesi halinde Anayasa'da değişiklik yapılmasına gerek kalmaksızın yalnızca kanuni düzenleme yapılmasının yeterli olacağı

63 BRETT, 2013, s. 47 (<http://ebco-beoc.org/files/attachments/2013-EBCO-REPORT-EUROPE.pdf>).

64 BRETT, 2013, s. 47.

anlaşılmaktadır. AİHM, Erçep kararında Türkiye’den vicdani ret hakkını tanıyan yasal bir düzenleme yapmasını ve vicdani retçilere alternatif sivil hizmet seçeneği sunmasını istemiştir. Türkiye’ye vicdani ret hakkı tanıma yükümlülüğü getiren tek karar Erçep/Türkiye⁶⁵ kararıdır. Anayasa Mahkemesi ise vicdani reddin bir hak olduğu konusunda şüphe olmadığını, yalnız yasal düzenlemenin eksik olduğunu vurgulayarak bu konuda adım atacak makamın Türkiye Büyük Millet Meclisi olduğunu ifade etmiştir⁶⁶.

Üçüncü grupta zorunlu askerlik uygulamasının bulunmadığı devletler yer almaktadır. Avrupa Vicdani Ret Bürosu’nun Vicdani Ret Raporuna göre 2013 yılı itibariyle Almanya, Hollanda, Fransa, Macaristan, Çek Cumhuriyeti, Lüksemburg, Malta, Bosna Hersek, Bulgaristan, Hırvatistan, İtalya, Letonya, Makedonya, Portekiz, Romanya, Slovakya, Arnavutluk, Karadağ, Polonya ve İsveç bu grupta yer alan, Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi’ni imzalamış olan Avrupa Konseyi üyesi devletlerdir⁶⁷. Bu devletlerde zorunlu askerlik sistemi bulunmadığından vicdani ret hakkının tanınıp tanınmamasının bir önemi yoktur. Bununla birlikte, Almanya ve Hollanda’da profesyonel askerlere seçici vicdani ret hakkının tanınmış olması önemlidir. Zorunlu askerlik hizmeti bulunmamasına rağmen bazı ülkelerin vicdani ret hakkını kabul etmiş olması zorunlu askerliğin olmadığı, yani profesyonel orduların bulunduğu ülkelerde de vicdani ret taleplerinin bulunmasıyla açıklanmaktadır. Zira, profesyonel orduya katılan kişiler de daha sonra vicdani retçi olabilmekte ve bu hakkı kullanarak ordudan ayrılmak veya orduda bazı görevlerde yer almamak isteyebilmektedirler⁶⁸.

SONUÇ

5901 sayılı TVK’nın genel gerekçesinde Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi’ne sıklıkla atıf yapılmış ve yeni TVK’nın hazırlanma sebeplerinden birinin Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi ile uyum sağlamak olduğunun vurgulanmış olması, gelecekte Türkiye’nin Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi’ne taraf olabileceği kanaatini yaratmaktadır. Sözleşme’de yer alan ilke ve kurallar âkit devletlerde doğrudan doğruya uygulanma kabiliyetine sahip olmadığından, taraf devletler

⁶⁵ AİHM, Erçep/Türkiye, Başvuru No. 43965/04, Karar Tarihi: 22 Kasım 2011.

⁶⁶ Anayasa Mahkemesi, Karar No. 13/2011.

⁶⁷ BRETT, 2013, s. 44.

⁶⁸ ÇINAR, 2014, s. 47.

vatandaşlık kanunlarını yaparken veya değiştirirken bu Sözleşme hükümlerine uygun düzenleme yapmak durumundadırlar. Bu nedenle, 10 Ocak 2015 itibariyle 20 devlet tarafından imzalanmış ve onaylanmış bulunan Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi'ne Türkiye'nin de taraf olması Türkiye'de mevcut mevzuatta birtakım değişiklikler yapılmasını gündeme getirecek ve yapılması gereken değişiklikler bazı tartışmaları beraberinde getirecektir.

Öncelikle, Türkiye'nin askerlik yükümlülüğünün yerine getirilmesi ve askerlik yükümlülüğünden muafiyetlere ilişkin maddelere çekince koymadan Sözleşme'ye taraf olması halinde, yine bu maddelere çekince koymadan Sözleşme'yi imzalayan ve onaylayan tüm devletler karşısında Sözleşme'nin çok vatandaşlık halinde askerlik hizmetinin ifasına ilişkin 21. ve 22. maddelerinin uygulanması gerekecektir. Böylece, şu anda sadece yukarıda açıkladığımız Bakanlar Kurulu Kararı'nın 6. maddesi uyarınca Milli Savunma Bakanlığı tarafından belirlenen ülkeler karşısında uygulama alanı bulan mevcut düzenlemelerin, Sözleşme'nin imzalanması halinde hem Sözleşme'ye uygun hale getirilmesi ihtiyacı doğacak, hem de tüm âkit devletler karşısında uygulanma zorunluluğuyla karşı karşıya kalınacaktır.

Sözleşme'ye taraf diğer devletler ile Türkiye arasında bu sefer karşılıklılık esası olacaktır. Örneğin, mevcut durumda Bakanlar Kurulu Kararı uyarınca belirlenen ülkelerden biri olan Avusturya'da gerçekleştirilen askerlik hizmeti karşılıklılık aranmaksızın, yani Türkiye'de gerçekleştirilen askerlik hizmetinin de Avusturya'da geçerli olması aranmaksızın Türkiye'de geçerli sayılmaktayken, Sözleşme'ye taraf olunması halinde Sözleşme hükümlerine uygun olarak Türkiye'de gerçekleştirilen askerlik hizmeti de Avusturya'da geçerli sayılacaktır.

Tespit ettiğimiz ve vurgulamak istediğimiz en önemli husus şudur: açıklanmış olduğumuz Bakanlar Kurulu Kararı'nın m. 5/3 hükmüne göre, Türk hukukundaki mevcut sistemde askerliğin zorunlu olmadığı ülkelerde yapılan askerlik hizmeti askerlik mükellefiyetinden sayılmamakta, dolayısıyla bu tür ülkelerde askerlik yapmış olan çok vatandaşlığa sahip kişiler Türkiye'de askerlik yükümlülüğünü yerine getirmiş sayılmamaktadır. Ancak, Sözleşme'ye göre askerliğin zorunlu olmadığı taraf devletin askeri güçlerine, vatandaşı oldukları ve zorunlu askerlik düzenlemesinin olduğu diğer devletlerin tam ve fiili askerlik süresine eşit veya daha fazla bir süre için kendi istekleriyle kaydolmaları, askerliğin zorunlu olduğu devlet veya devletler açısından askerlik yükümlülüklerini yerine getirmiş sayılacaklardır (m. 22/1-c).

Ayrıca, ilgili kişinin mutad meskeninin askerliği zorunlu olarak öngörmeyen âkit devlette olması ve ilgili devletlerin Sözleşme'nin imzası, onayı, kabulü veya Sözleşme'ye katılma sırasında bildirdikleri yaşa kadar mutad meskenin bu şekilde muhafaza edilmiş olması halinde, askeri güçlere belli bir süre ile kaydolma şartı aranmaksızın vatandaşlığına sahip oldukları ve zorunlu askerliği öngören diğer devletler açısından da askerlik yükümlülüğünü yerine getirmiş sayılabileceklerdir (m. 22/1-b). Türkiye'nin Sözleşme'ye taraf olması halinde mevcut mevzuatta değiştirilmesi gereken ve değiştirilirken büyük tartışmalara yol açabilecek en önemli hükümlerden biri Bakanlar Kurulu Kararı'nın bu maddesi olacaktır.

Vicdani ret hakkı konusunda yapmış olduğumuz açıklamalar çerçevesinde ise Sözleşme'ye taraf olmayan Türkiye'deki durumla, Sözleşme'ye taraf olacak Türkiye'deki durumu örnekler üzerinden şu şekilde özetleyebiliriz:

Türkiye'nin Sözleşme'ye taraf olmaması halinde, Bakanlar Kurulu Kararı'nın m. 5/2 hükmüne göre, buldukları ülke mevzuatı gereği inançları nedeniyle askerlik yapmak istemediklerinden vicdani ret haklarını kullanarak sivil kurum ve kuruluşlarda hizmet yapmak suretiyle askerlik hizmetini tamamlayanlar bu durumu belgelemeleri halinde Türkiye açısından da askerlik görevini yerine getirmiş sayılacaklardır. Bu durumda, çok vatandaşlık sahibi olan bir Türk vatandaşı yalnızca Bakanlar Kurulu Kararı'nın 6. maddesi uyarınca Milli Savunma Bakanlığı tarafından belirlenen ülkeler arasında yer alan ve vicdani ret hakkını tanıyan devletlerden birinin vatandaşlığına sahip olduğu takdirde, Türkiye'de henüz tanınmamış olan vicdani ret hakkını kullanarak Türkiye'deki askerlik görevini de yerine getirmiş sayılacaktır. Ancak Türkiye henüz vicdani ret hakkını tanımadığından, çok vatandaşlık sahibi olmayan, salt Türk vatandaşı olan bir kişi Türkiye'de vicdani ret hakkını kullanamayacaktır.

Örneğin Avusturya, Milli Savunma Bakanlığı'nca belirlenen ve vicdani ret hakkını tanıyan devletler arasındadır. Aynı zamanda Avusturya vatandaşı olan bir Türk vatandaşı, Avusturya'da vicdani ret hakkını kullandığı ve bunun sonucu olarak 6 aylık zorunlu askerlik hizmetini yapmak yerine 9 aylık muadil hizmette bulunduğu takdirde Türkiye'deki askerlik görevini de yerine getirmiş sayılır.

Türkiye'nin Sözleşme'ye taraf olması halinde ise, Sözleşme'nin m. 22/1-a hükmüne göre, Sözleşme'ye taraf devletlerden birinin mevzuatına uygun

bir şekilde vicdani ret hakkını kullanıp alternatif sivil hizmetler yaparak askerlik hizmetini yerine getiren çok vatandaşlığa sahip kişiler, aynı zamanda Türk vatandaşı oldukları takdirde Türkiye’de de askerlik yükümlülüğünü yerine getirmiş sayılacaklardır. Yani, Sözleşme imzalanırsa, vicdani ret hakkını kabul eden taraf devletlerden herhangi birinin vatandaşlığıyla birlikte Türk vatandaşlığına da sahip olanlar, vatandaşlığına sahip oldukları diğer devletteki vicdani ret hakkından yararlanarak Türkiye’de de askerlik yükümlülüğünü yerine getirmiş sayılacaklardır. Bununla birlikte, salt Türk vatandaşı olan bir kişi yine vicdani ret hakkını kullanamayacaktır.

Örneğin, Moldova ve Ukrayna Sözleşme’ye taraf olan ve vicdani ret hakkını kabul eden devletler arasında yer almaktadır. Sözleşme Moldova’da 1 Mart 2000 tarihinde, Ukrayna’da ise 1 Nisan 2007 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Vicdani ret hakkı ise Moldova’da 1991 yılında, Ukrayna’da ise 1992 yılında kabul edilmiştir. Türkiye’nin Sözleşme’ye taraf olması halinde, aynı zamanda Moldova veya Ukrayna vatandaşı olan bir Türk vatandaşı, Milli Savunma Bakanlığı’nın mevcut listesinde yer almayan bu devletlerde vicdani ret hakkını kullandığı takdirde Türkiye’deki askerlik yükümlülüğünü de yerine getirmiş sayılabilecektir.

Görülüyor ki, Türkiye’nin vicdani ret hakkını kabul etmemesi halinde salt Türk vatandaşı olan bir kişiyle çok vatandaşlığa sahip olan bir kişi arasında eşitsizlikler ortaya çıkacak, bu da kamu barışını tehlikeye düşürecektir. Vicdani ret hakkının kabul edilmesi ise askerlik kültürü olan Türk toplumu açısından başka sorunları beraberinde getirebilir.

Türkiye’nin Sözleşme’ye taraf olması ayrıca bazı sorunları da beraberinde getirecektir. Örneğin, Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi’nin 29. maddesine göre Sözleşme’ye, askerlik yükümlülüğünün yerine getirilmesi ve askerlik yükümlülüğünden muafiyetlere ilişkin hükümlerin uygulaması açısından çekince koyma imkanı bulunmaktadır. Ancak m. 29/5’e göre, Sözleşme’nin 7. Bölüm hükümlerinden herhangi biri için çekince koyan taraf devlet, bu hükümleri kabul etmesi hali saklı kalmak üzere, diğer taraf devletin söz konusu hükümleri uygulamasını talep edemez. Sözleşme’nin çekincelere ilişkin bu maddesinin ne şekilde anlaşılması gerektiği ve 7. Bölüm hükümlerinin tamamına çekince koymanın mümkün olup olmayacağı meselesi de üzerinde düşünülmesi gereken konulardır.

EK



European Convention on Nationality

Strasbourg, 6.XI.1997

(...)

Chapter VII – Military obligations in cases of multiple nationality

Article 21 – Fulfilment of military obligations

1. Persons possessing the nationality of two or more States Parties shall be required to fulfil their military obligations in relation to one of those States Parties only.
2. The modes of application of paragraph 1 may be determined by special agreements between any of the States Parties.
3. Except where a special agreement which has been, or may be, concluded provides otherwise, the following provisions are applicable to persons possessing the nationality of two or more States Parties:
 - a. Any such person shall be subject to military obligations in relation to the State Party in whose territory they are habitually resident. Nevertheless, they shall be free to choose, up to the age of 19 years, to submit themselves to military obligations as volunteers in relation to any other State Party of which they are also nationals for a total and effective period at least equal to that of the active military service required by the former State Party;
 - b. Persons who are habitually resident in the territory of a State Party of which they are not nationals or in that of a State which is not a State Party may choose to perform their military service in the territory of any State Party of which they are nationals;

- c. Persons who, in accordance with the rules laid down in paragraphs a and b, shall fulfil their military obligations in relation to one State Party, as prescribed by the law of that State Party, shall be deemed to have fulfilled their military obligations in relation to any other State Party or States Parties of which they are also nationals;
- d. Persons who, before the entry into force of this Convention between the States Parties of which they are nationals, have, in relation to one of those States Parties, fulfilled their military obligations in accordance with the law of that State Party, shall be deemed to have fulfilled the same obligations in relation to any other State Party or States Parties of which they are also nationals;
- e. Persons who, in conformity with paragraph a, have performed their active military service in relation to one of the States Parties of which they are nationals, and subsequently transfer their habitual residence to the territory of the other State Party of which they are nationals, shall be liable to military service in the reserve only in relation to the latter State Party;
- f. The application of this article shall not prejudice, in any respect, the nationality of the persons concerned;
- g. In the event of mobilisation by any State Party, the obligations arising under this article shall not be binding upon that State Party.

Article 22 – Exemption from military obligations or alternative civil service

Except where a special agreement which has been, or may be, concluded provides otherwise, the following provisions are also applicable to persons possessing the nationality of two or more States Parties:

- a. Article 21, paragraph 3, sub-paragraph c, of this Convention shall apply to persons who have been exempted from their military obligations or have fulfilled civil service as an alternative;
- b. persons who are nationals of a State Party which does not require obligatory military service shall be considered as having satisfied their military obligations when they have their habitual residence in the territory of that State Party. Nevertheless, they should be deemed

not to have satisfied their military obligations in relation to a State Party or States Parties of which they are equally nationals and where military service is required unless the said habitual residence has been maintained up to a certain age, which each State Party concerned shall notify at the time of signature or when depositing its instruments of ratification, acceptance or accession;

- c. also persons who are nationals of a State Party which does not require obligatory military service shall be considered as having satisfied their military obligations when they have enlisted voluntarily in the military forces of that Party for a total and effective period which is at least equal to that of the active military service of the State Party or States Parties of which they are also nationals without regard to where they have their habitual residence.

(...)

KAYNAKÇA

Mevzuat

- Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi, Strazburg 6.11.1997, Avrupa Konseyi, Avrupa Anlaşma Serisi-No. 166
- Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi, Açıklama Raporu
- Türk Vatandaşlığı Kanunu (Kanun No: 5901; Resmi Gazete Sayısı: 27256; Resmi Gazete Tarihi: 12 Haziran 2009)
- Askerlik Kanunu (Kanun No: 1111; Resmi Gazete Sayısı: 631; Resmi Gazete Tarihi: 12-17 Temmuz 1927)
- Askerlik Kanunu'nda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun (Kanun No: 3802; Resmi Gazete Sayısı: 21245; Resmi Gazete Tarihi: 1 Haziran 1992)

Kitap ve Makaleler

- AKINCI Ziya, DEMİR GÖKYAYLA Cemile, **Milletlerarası Aile Hukuku**, 1. Bası, Vedat Yayıncılık, İstanbul, 2010.
- ALTUNDİŞ Mehmet, “Avrupa Konseyi ve AİHM Kararlarına Göre Türk Hukukunda Vicdani Ret Hakkı”, **Yasama Dergisi**, S. 20, 2012, ss. 143-174.
- ANBARLI BOZATAY Şeniz, “Türkiye’de Vicdani Ret Tartışmalarının Toplumsal ve Hukuki Boyutları”, **Çankırı Karatekin Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi**, C.1, S.1, 2011, ss. 151-172.
- ARSLAN İlyas, **Milletlerarası Özel Hukukta Mutad Mesken Kavramı**, 1. Bası, 12 Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014.
- AYBAY Rona, ÖZBEK Nimet, **Vatandaşlık Hukuku**, 4. Bası, Seçkin Yayıncılık, İstanbul, 2015.
- AYBAY Rona, “Türk Hukukunda Çifte Vatandaşlık Bir Hak Mıdır?”, **Vatandaşlık, Göç, Mülteci ve Yabancılar Hukukundaki Güncel Gelişmeler**, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2010, ss. 156-163.
- BRETT Derek, **Annual Report: Conscientious Objection to Military Service in Europe 2013**, Avrupa Vicdani Ret Bürosu, Atina, Ekim 2013.
- BROCK Peter, **Twentieth-Century Pacifism**, Van Nostrand Reinhold Company, New York, 1970.
- ÇELİKEL Aysel, ERDEM Bahadır, **Milletlerarası Özel Hukuk**, 13. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2014.

- ÇINAR Özgür Heval, “Uluslararası Hukuk Çerçevesinde Avrupa Birliği’nde ve Türkiye’de Vicdani Ret”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 72, Eylül 2007, ss. 94-108.
- ÇINAR Özgür Heval, **Uluslararası İnsan Hakları Hukukunda Vicdani Ret ve Türkiye**, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2014.
- ÇİÇEK Amir, “Çifte Vatandaşlık ile ilgili Güncel Sorunlar”, **Vatandaşlık ve Yabancılar Hukuku Alanında Gelişmeler (Bilimsel Toplantı)**, Papirüs Basım, İstanbul, 2000, ss. 83-90.
- DEMİR Hande Seher, “Vicdani Ret Hakkı”, **Ankara Barosu Dergisi**, S. 4, 2011, ss. 239-283.
- DOĞAN Vahit, **Milletlerarası Özel Hukuk**, 1. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2010.
- DOĞAN Vahit, **Türk Vatandaşlık Hukuku**, 12. Bası, Savaş Yayınları, Ankara, 2014.
- EBERLY Donald J., “Alternative Service in a Future Draft”, **The New Conscientious Objection: From Sacred to Secular Resistance**, Oxford University Press, New York, 1993, ss. 57-64.
- EKŞİ Nuray, “Consequences of Dual Nationality for Employment, Property Ownership and Other Rights and Duties under Turkish Law”, **Rights and Duties of Dual Nationals, Evolution and Prospects**, ed. David A. Martin and Kay Hailbronner, Kluwer Law International, The Hague, 2003, ss. 375-382.
- EKŞİ Nuray, **Askerliğin Vatandaşlık Üzerindeki Etkisi ve Özellikle Çifte Vatandaşlığa Sahip Kişilerin Askerlik Yükümlülüğü**, 2. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2005.
- ERDEM Bahadır, **Türk Vatandaşlık Hukuku**, 4. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2014.
- GÖĞER Erdoğan, “Çifte Vatandaşlık”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 44, S. 1-4, 1995, ss. 127-182.
- GÜNGÖR Gülin, “Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi”, **MHB Yılmaz Altuğ’a Armağan Özel Sayısı**, C. 17, S. 1-2, İstanbul, 1997-1998, ss. 229-250.
- GÜRÇAN Ertuğrul Cenk, “Zorunlu Askerlik Hizmeti Karşısında Vicdani Ret: Bir İnsan Hakkı (Mı)?”, **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, C. 62, S. 1, 2007, ss. 89-111.
- KAPLAN William, **State and Salvation: The Jehovah’s Witnesses and Their Fight for Civil Rights**, University of Toronto Press, Toronto, 1989.

- KURLANSKY Mark, **Non Violence: The History of a Dangerous Idea**, Jonathan Cape, Londra, 2006.
- MOSKOS Charles C, CHAMBERS John Whiteclay, "Introduction", **The New Conscientious Objection: From Sacred to Secular Resistance**, Oxford University Press, New York, 1993, ss. 3-20.
- NOMER Ergin, **Devletler Hususi Hukuku**, 20. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2013.
- NOMER Ergin, **Türk Vatandaşlık Hukuku**, 20. Bası, Filiz Kitabevi, Ankara, 2014.
- ÖZKAN Işıl, **Devletler Özel Hukukunda İkametgah, Mutad Mesken ve İşyeri Bağlama Noktalarının Yeniden Değerlendirilmesi**, Naturel Yayınları, Ankara, 2003.
- ÖZTEKİN GELGEL Günseli, "Devletler Özel Hukukunda Velayet, Çocuk Kaçırılmaları, Evlat Edinmeye İlişkin Problemler", **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Y.4 S.8, Güz 2005/2, s.119-148.
- SEMİZ Yasemin, **Türk Hukuku'nda ve Karşılaştırmalı Hukukta Vicdani Ret**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2010.
- STROUP Herbert H., **The Jehovah's Witnesses**, Russell and Russell, New York, 1967.
- SUDRE Frédéric, **Droit International et Européen des Droits de l'Homme**, PUF, Paris, 2003.
- TANRIBİLİR Feriha Bilge, "Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi ve Türk Hukuku", **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, Prof. Dr. Ergin Nomer'e Armağan, 2002, s. 791-818.
- TEKİNALP Gülören, **Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları**, 10. Bası, Vedat Yayıncılık, İstanbul, 2009.
- TOKER Nilgün, "Vicdani Red, Sivil İtaatsizlik ve Antimilitarizm: İtaat Etmeme ve Direnme", **Çarklardaki Kum: Vicdani Red**, Derleyen: Özgür Heval Çınar ve Coşkun Üsterci, İletişim Yayınları, İstanbul, 2008.

Kararlar

- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Efstratiou/Yunanistan Kararı, Başvuru No. 1996-VI, Karar Tarihi: 18.12.1996 (HUDOC)
- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Erçep/Türkiye Kararı, Başvuru No. 43965/04, Karar Tarihi: 22 Kasım 2011 (HUDOC)
- Anayasa Mahkemesi, Karar No. 13/2011 (<http://www.mahkemeler.net/Kararlar/Anayasa/dno/2013/D.no%202-13.docx>)

Web Siteleri

Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi'ne Dair Açıklama Raporu, <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Reports/Html/166.htm> (Erişim Tarihi 27.08.2015)

Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi'ne Dair İmza, Onay ve Yürürlük Listesi, <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=166&CM=8&DF=28/03/2014&CL=ENG> (Erişim Tarihi 27.05.2015)

Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi'nin Fransızca Metni, <http://conventions.coe.int/Treaty/fr/Treaties/Html/166.htm> (Erişim Tarihi 27.08.2015)

Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi'nin İngilizce Metni, <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/166.htm> (Erişim Tarihi 27.08.2015)

Avrupa Vicdani Ret Bürosu 2013 Yılı Vicdani Ret Raporu, <http://ebco-beoc.org/files/attachments/2013-EBCO-REPORT-EUROPE.pdf> (Erişim Tarihi 27.08.2015)

Birden Fazla Tabiiyetli Erlere İlişkin İşlemler, <http://www.asal.msb.gov.tr/Askeralma/icerik/birden-fazla-tabiiyetliler> (Erişim Tarihi 27.08.2015)

5901 Sayılı Türk Vatandaşlık Kanunu Tasarısı Gerekçesi, <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss90.pdf> (Erişim Tarihi 27.08.2015)