

**Galatasaray Üniversitesi  
Hukuk Fakültesi Dergisi  
2006/1**

**Hakemli Dergi**

Galatasaray Üniversitesi Yayını No: 50

Galatasaray Hukuk Fakültesi Yayını No: 33

Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Hakemli Dergidir.

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

#### **YAYIN KURULU**

Prof. Dr. Köksal BAYRAKTAR

Prof. Dr. Hamdi YASAMAN

Prof. Dr. Ercüment ERDEM

Prof. Dr. A. Işıl KARAKAŞ

Araş. Gör. Dr. S. Anlam ALTAY

Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi'nin bu sayısı Aralık 2007'de yayınlanmıştır.

**ISSN** : 1303-6556

**Dizgi/Mizanpaj** : Beta Yayınları

**Baskı - Cilt** : Yazın Matbaacılık

Bayrampaşa/İstanbul (0-212) 565 01 22

**Kapak Tasarımı:** Gülgonca ÇARPIK

#### **Beta Basım Yayın Dağıtım A.Ş.**

Himaye-i Etfal Sokak Talas Han No: 13-15 Cağaloğlu-İSTANBUL

**Tel:** (0 212) 511 54 32 - **Fax:** (0 212) 511 36 50

e-mail: [betakitap@betakitap.com](mailto:betakitap@betakitap.com) [www.betakitap.com](http://www.betakitap.com)

GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ

Çırağan Caddesi, No. 36, Ortaköy 80840 İSTANBUL

## DERGİ YAZI KURULU

Prof. Dr. Cemal Bâli AKAL, Prof. Dr. Ziya AKINCI, Prof. Dr. Atilla ALTOP, Prof. Dr. Nami BARLAS, Prof. Dr. Köksal BAYRAKTAR, Prof. Dr. Alain BOCKEL, Prof. Dr. Pierre Henri BOLLE, Prof. Dr. Yalçın ÇAKALIR, Prof. Dr. İzzettin DOĞAN, Prof. Dr. Ercüment ERDEM, Prof. Dr. Celal ERKUT, Prof. Dr. Işıl KARAKAŞ, Prof. Dr. Ahmet KIRMAN, Prof. Dr. Erden KUNTALP, Prof. Dr. Pierre Le MIRE, Prof. Dr. İlber ORTAYLI, Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ, Prof. Dr. Ata SAKMAR, Prof. Dr. Erdoğan TEZİÇ, Prof. Dr. Samim ÜNAN, Prof. Dr. Duygun YARSUVAT, Prof. Dr. Hamdi YASAMAN, Prof. Dr. Yıldızhan YAYLA, Prof. Dr. Necmi YÜZBAŞIOĞLU.

Doç. Dr. Erdoğan BÜLBÜL, Doç. Dr. Enver Murat ENGİN, Doç. Dr. Hatice ÖZDEMİR KOCASAKAL, Doç. Dr. Ümit KOCASAKAL, Doç. Dr. Hakan ÜZELTÜRK, Doç. Dr. İlhan YILMAZ.

Yrd. Doç. Dr. Serap AMASYA, Yrd. Doç. Dr. Cem AYAYDIN, Yrd. Doç. Dr. Şebnem GÖKÇEOĞLU BALCI, Yrd. Doç. Dr. Erdem BÜYÜKSAĞIŞ, Yrd. Doç. Dr. Murat DEVELİOĞLU, Yrd. Doç. Dr. Ali DURAL, Yrd. Doç. Dr. Mehmet ERDEM, Yrd. Doç. Dr. Güray ERDÖNMEZ, Yrd. Doç. Dr. Vesile Sonay EVİK, Yrd. Doç. Dr. Emre ÖKTEM, Yrd. Doç. Dr. Şule ÖZSOY, Yrd. Doç. Dr. Melike BATUR YAMANER.

MCF. Dr. Eric SALES.

Ar. Gör. Dr. Anlam ALTAY, Ar. Gör. Dr. Ahu AYANOĞLU MORALI, Ar. Gör. Dr. Tolga AYOĞLU, Ar. Gör. Dr. Tuba KARAMAN, Ar. Gör. Dr. Kürşat TANGÜN, Ar. Gör. Dr. Zeynep ÜSKÜL.

Ar. Gör. Eylem AKSOY, Ar. Gör. Özge AKSOYLU, Ar. Gör. Güçlü AKYÜREK, Ar. Gör. Süheyla BALKAR, Ar. Gör. Nur BOLAYIR, Ar. Gör. Pelin ÇAVUŞOĞLU, Ar. Gör. Balca ÇELENER, Ar. Gör. Burak ÇELİK, Ar. Gör. Ege GÖKTUNA, Ar. Gör. Mehtap İPEK, Ar. Gör. Başak KARAMAN, Ar. Gör. Mehmet KARLI, Ar. Gör. Cenk KESKİN, Ar. Gör. Sedef KOÇ, Ar. Gör. Bleda KURTDARCAN, Ar. Gör. Pınar MEMİŞ, Ar. Gör. Özgür MUMCU, Ar. Gör. Çağla TANSUĞ, Ar. Gör. Mert YAŞAR, Ar. Gör. Didem YILMAZ, Ar. Gör. Fülürya YUSUFOĞLU, Ar. Gör. Sinan H. YÜKSEL.

## İÇİNDEKİLER

### KONFERANSLAR

<b>Prof. Dr. Nami BARLAS</b> .....	3-16
Kefaletin Şekle İlişkin Geçerlilik Şartları ve Buna Bağlı Sorunlar	
<b>Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ</b> .....	17-29
İstinaf Mahkemeleri	
<b>Prof. Dr. Atâ SAKMAR</b> .....	31-39
Yabancıların Türkiye’de Taşınmaz Edinmesi Sorunu	
<b>Doç. Dr. Murat ENGİN</b> .....	41-47
İş Sözleşmesinin Feshinde İspat Sorunları	
<b>Doç. Dr. Hatice ÖZDEMİR KOCASAKAL</b> .....	49-55
Elektronik Sözleşmeler	
<b>Doç. Dr. Hakan ÜZELTÜRK</b> .....	57-67
Vergi Suçları ve Cezaları	
<b>Doç. Dr. İlhan YILMAZ</b> .....	69-84
Uluslararası Yatırım Tahkimleri	

### MAKALELER

#### KAMU HUKUKU

<b>Prof. Dr. Pierre-Henri BOLLE</b>	
<b>Çev. Ar. Gör. Güçlü AKYÜREK</b> .....	89-99
İsviçre Örneğinde Ceza Usul Hukuku Reformu Ve Adli Örgütlenme Modelleri	

<b>Yrd. Doç. Dr. Vesile Sonay EVİK</b> .....	101-133
Silahlı Örgütlenme Suçu	
<b>Ar. Gör. Burak ÇELİK</b> .....	135-173
İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin Türk Ceza Kanunu Üzerindeki Etkileri	
<b>Ar. Gör. Buket SOYGÜT ARSLAN</b> .....	175-202
5237 Sayılı TCK'nun Güvenlik Tedbirleri Bakımından Getirmiş Olduğu Yeni Hükümlere Genel Bakış	
<b>F. Kerem BİLGİN</b> .....	203-230
Eğitim Kurumlarında Türban Sorunları: AİHS Nazarında Laiklik İlkesinin Konumu	

#### ÖZEL HUKUK

<b>Prof. Dr. Ersin ÇAMOĞLU</b> .....	233-240
Anonim Ortaklıklarda Genel Kurul Kararların İptali Davasında Teminat	
<b>Doç. Dr. Lerzan YILMAZ</b> .....	241-253
Domestic Law Regulations Protecting And encouraging Foreign Investors	
<b>Ar. Gör. Dr. Zeynep ÜSKÜL - Ar. Gör. Başak KARAMAN</b> .....	255-313
Roma İmparatorluğu ve Roma Hukukunda Ailenin Toplumsal Temelleri	
<b>Ar. Gör. Süheyla BALKAR OBUTER</b> .....	315-338
İsviçre UA Özel Hukuk Kanunu'nun 186. Maddesinde Yapılan Son Değişiklik Üzerine İnceleme	
<b>Reha TANÖR-Hande BENGİSU</b> .....	339-373
Reinforcing Equity Investors'Right to Management Oversight	

#### ÇEVİRİLER

<b>Çev. Ar. Gör. Güçlü AKYÜREK</b> .....	377-394
Birleşik Devletler Yüksek Mahkemesi Kararı	

**KARAR İNCELEMELERİ**

**Doç. Dr. Hakan ÜZELTÜRK** .....397-404

2006 Ocak-Haziran Dönemi Malî Gelişmeleri

**Yrd. Doç. Dr. Şule ÖZSOY** .....405-417

Kamuya Yararlı Derneklerin ve Kimi Kamu Tüzel Kişilerinin Özerk  
Yönetimlerinin Korunması Hakkında Bazı Anayasa Mahkemesi Kararları





# **KONFERANSLAR(\*)**

---

(\*) Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi 2005-2006 Öğretim Yılında, İstanbul Barosu ile birlikte "Hukuk Konferansları" düzenlemiştir. Hukukun çeşitli güncel sorunlarının incelendiği ve açıklandığı bu konferanslar, Dergi'nin ilk bölümünün içeriğini oluşturmaktadır.



# KEFALETİN ŞEKLE İLİŞKİN GEÇERLİLİK ŞARTLARI VE BUNA BAĞLI SORUNLAR

*Prof. Dr. Nami BARLAS\**

“Kefaletin Şekle İlişkin Geçerlilik Şartları ve Buna Bağlı Sorunlar” adını verdiğimiz bugünkü sunumun içeriği tabii ki kefaletin şekli sorunu; ama mecburen bazı yan konulara da değinmek zorunda kalacağız. Amacımız kefaletin standart, bilinen klişelerini tekrarlamak değildir. Burada, kefalete ilişkin mevcut Yargıtay uygulamasındaki pürüzleri, yakında yasalaşması beklenen Borçlar Kanunu Tasarısı’nın kefalet konusunda getirdiği köklü değişiklikleri, İsviçre yasa koyucusunun 1941 revizyonundaki ve daha sonraki aşamalardaki tutumunu ortaya koymak istiyoruz.

## I. Kefalet Sözleşmesine İlişkin Ön Bilgiler

Kefalet hukuku, ülkemizde Yargıtay uygulamasının çok canlı olduğu konulardan biridir. Özellikle bankacılık alanındaki sözleşmelerde kişisel teminat olarak -son yıllarda garanti taahhüdüne doğru hızlı kayışa rağmen, hâlâ- kefalete yoğun biçimde başvurulması sebebiyle, kefalete ilişkin sorunlar yargı organlarını çokça meşgul etmektedir.

Kefalet, Borçlar Kanunumuzda düzenlenmiş bulunan bir kişisel teminat sözleşmesidir. Bu sözleşmeye ilişkin temel özellikleri şöylece belirtebiliriz:

1. Kural olarak kefalet, sadece *tek tarafa borç yükleyen* bir sözleşmedir. BK 483’ün metninden anlaşacağı gibi, bu sözleşmeyle sadece kefil borçlanır, alacaklı kefile karşı herhangi bir borç altına girmez. Bununla beraber, tarafların kefalet sözleşmesinde alacaklıyı da kefile karşı borç altına sokmalarına

---

\* Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

hiçbir engel yoktur. Meselâ, kefil alacaklıya karşı, onun başka bir kefil borcundan ibra etmesi veya aldığı bazı rehinlerden vazgeçmesi yahut borçluya yeni bir vâde tanınması karşılığında taahhüt altına girmişse durum böyledir.

**2.** Kefalet sözleşmesi normal olarak kefil ile borçlu arasındaki bir iç ilişkiye dayanır ve bu ilişki gereği kefil, alacaklı ile kefalet sözleşmesi imzalamaya yönelir. Bu iç ilişki, ivazlı ya da ivazsız bir *vekâlet sözleşmesi* olabileceği gibi, *vekâletsiz iş görme* ya da başka nitelikte bir hukukî ilişki de olabilir. Fakat kefaletin geçerliliği için böyle bir iç ilişkinin varlığı zorunlu değildir; kefil, borçlunun hiç haberi bile olmadan, hatta borçlunun muhalefetine rağmen onun borcu için alacaklıyla anlaşarak kefil olabilir.

**3.** Kefil, alacaklıya karşı, asıl borçlunun borcunu ifa etmemesi hâlinde bundan belirli bir meblâğla **sorumlu olmayı** taahhüt eder. Kefalet borcunun konusu kefil açısından *yabancı bir borç*'tur; yani *bir başkasının borcu*'dur. Bir kimsenin, kendi borcu için kefil olması mümkün değildir.

**a)** Bu noktada “borçlunun akdettiği borçlardan” bahseden BK m. 483'ün lâfzı yanıltıcıdır. Çünkü yalnız sözleşmeden değil, kanundan, haksız fiillerden, sebepsiz zenginleşmeden veya diğer bir borç kaynağından doğan bir borç için de kefil olunabilir.

**b)** Diğer yandan, aynı maddedeki “**borcun edasını temin etmeyi alacaklıya karşı taahhüt eder**” ibaresi de hatalıdır. Kefalet sözleşmesinde kefil “asıl borcun ifasını temin etmek” gibi bir taahhüt altına girmez; o sadece asıl borcun ifa edilmemesi hâlinde bundan sorumlu olmayı üstlenir.

Hükümdeki bu aksaklıklar, yeni Borçlar Kanunu Tasarısı ile ortadan kaldırılmaktadır. Tasarının 581. maddesine göre:

“Kefalet sözleşmesi, kefilin alacaklıya karşı, borçlunun borcunu ifa etmemesinin sonuçlarından kişisel olarak sorumlu olmayı üstlendiği sözleşmedir.”

**4.** Kefaletle teminat altına alınan borcun (asıl borcun), **para ile değerlendirilebilen bir borç** olması yeterlidir; asıl borcun mutlaka para borcu olması gerekmez. Meselâ, bir malı teslim etme (*verme*) borcu veya bir şeyi *yapma* yahut *yapmama* borçları da kefalet yoluyla teminat altına alınabilir.

Buna karşılık, **kefilin borcu daima bir “para borcu”dur**. Kefil “kefil sıfatıyla” ifade bulunurken hiçbir zaman borçlunun borcunu yerine getirmiş olmaz, asıl borç yüzünden giriştiği **kefaletten doğan kendi borcunu** ifa eder. Gerçekten, kefil asıl borcu ifa edecek değildir; asıl borcu yerine getir-

mek, borçluya aittir. Kefil, kefalet sözleşmesinden doğan *kendi borcunun* borçlusu olmuştur. Borçlu borcunu ifa etmezse kefil, alacaklının asıl borcun ifasındaki menfaatini kapsayacak olan *kendi edimini* yerine getirecektir ve bu da daima bir para borcudur.

Şu duruma göre, **kefilin borcu bir “tazminat” borcu da değildir**; bu yüzden, bazı yazarlarca kefilin “tazminat ödeme” borcundan bahsedilmesi yerinde sayılamaz.

**5. Kefalet daima asıl borcun yanında fer’î** (yan, bağlı) bir borç doğurur. Kefalet borcunun en önemli özelliği, bunun fer’î olmasıdır. Kefaletin doğumu, varlığı, devamı hep geçerli bir temel borç ilişkisinden doğmuş asıl borcun mevcudiyetine bağlıdır; kefaletin kapsamı da asıl borcun kapsamıyla sınırlıdır.

Bununla birlikte, *ileride doğacak olan veya geciktirici şarta bağlanmış bulunan* bir borç için de kefalet mümkündür. BK m. 485/c.2 gereğince, böyle bir kefalet geçerli olmakla birlikte, hükümleri askıdadır: Asıl borç doğunca veya şart gerçekleşince, kefalet de hüküm ifade etmeye başlayacaktır.

Ancak burada, ileride doğacak borçların hangi borç ilişkisinden kaynaklanan, ne gibi borçlar olduğu açıkça tayin ve tasrih olunmalıdır. Bu noktada, özellikle uygulamada banka sözleşmelerinde sıkça rastlanan “...müşterinin herhangi bir ilişkiden dolayı Bankaya karşı ileride doğacak her türlü borçları için... kefilim.” şeklindeki ibareler geçerli değildir ve kefil, ileride doğacak bu tarz belirsiz borçlar için sorumlu tutmaya imkân yoktur.

## **II. Kefalet Sözleşmesinin Geçerliliğinin Tâbi Olduğu Şekil Koşulları**

### **1) Yazılı şekil şartı**

Borçlar Kanunumuz, kefaletin geçerliliğini, **adi yazılı şekil** şartına bağlamıştır.

**a)** Yazılı şeklin gerçekleşmesi bakımından metnin kimin tarafından ne şekilde hazırlandığı önemli değildir; sadece kefilin *imzasının* bulunması yeterlidir. Kefalet sözleşmesinde alacaklının imzası kural olarak gerekli değildir; çünkü kefalette yalnız kefil borç altına girmektedir. Buna karşılık, şayet -istisnaen- alacaklı da kefalet sözleşmesinde kefile karşı bir borç altına giriyorsa, onun da imzası bulunmak gerekecektir.

**b)** Kefalet taahhüdünde alacaklının ismen belirtilmesi zorunlu değildir; ala-

caklının kimliğinin belirlenebilir olması yeterlidir. Buna karşılık borçlunun kişiliği kefil için çok önemli olduğundan, borçlunun kim olduğu kefalet metninde ismen gösterilmelidir.

**c)** Keza, kefalet sözleşmesi metninden, *hangi borç veya borçlar için kefil olunduğu* da anlaşılabilir. Buna “muayyenlik (belirlilik) prensibi” denir.

**aa-** Gerçekten, kefaletin geçerliliği için, hangi temel borç ilişkisinden doğmuş veya doğacak, hangi borca veya borçlara kefil olduğu kefalet sözleşmesinden anlaşılabilir. Kefaletle temin edilen asıl borcun ne olduğu belirtilmeksizin “*B’nin A’ya olan tüm borçlarına 100.000 TL’na kadar kefilim.*” tarzındaki bir taahhüt geçerli olamaz.

**bb-** Kefaletle temin edilen borcun mutlaka tek bir borç olması şart değildir; aynı kefalet sözleşmesi kapsamında bir kimsenin birden fazla borcu için de güvence verilebilir; fakat kefalet sözleşmesinde bunların hepsinin tek tek tanımlanması veya belirlenebilir tarzda gösterilmesi gereklidir.

*aaa.* Bu noktada özellikle belirtmek isteriz ki, uygulamada banka sözleşmelerinde sıkça rastlanan “... müşterinin Bankaya karşı her ne sebeple olursa olsun borçlandığı ve ileride borçlanacağı tüm borç ve yükümlülükleri için kefil sıfatıyla sorumlu olduğumu taahhüt ederim.” şeklindeki ibareler belirlilik ilkesine aykırı olduğu için geçerli değildir ve kefil böyle bir taahhüt çerçevesinde sorumlu tutmak mümkün olamaz.

*bbb.* Buna karşılık, carî hesaba verilen kefaletler geçerlidir. Özellikle, banka genel kredi sözleşmelerine verilen kefaletler böyledir. Çünkü burada kefilin sorumluluğu kapsamında bulunan ve ileride doğacak olan borçların hangi temel borç ilişkisinden kaynaklandığı, ne borcu olduğu ve hangi limite kadar doğabileceği belirlidir ve bu durum belirlilik ilkesine aykırılık teşkil etmemektedir. Kefil bunları bilerek ve görerek sorumluluk altına girmektedir ve onun sorumluluk limiti de sözleşmede belirlenmiştir.

Genel kredi sözleşmelerinde, belirlenen limit dâhilinde kredi, müşterinin talebine göre, değişik zamanlarda, değişik miktarlı dilimler hâlinde kullanılmakta ve kullanılan her bir dilim geri ödendikten sonra boşalan limit oranında tekrar kredi kullanımı mümkün olmaktadır ve kefil de yeni kullanılacak bu dilimler için dahi “doğacak borca kefalet”i sebebiyle sorumluluk altındadır. Görülüyor ki, burada, belirli bir borç kaleminin ifa ile sona ermesi kefil o miktarda sorumluluktan kurtarmamaktadır; keza, genel kredi sözleşmesi kapsamındaki tüm borçlar sona ermiş bulursa (borç sıfırlansa) bile ke-

filin sorumluluğu sona ermemektedir. Bunun sebebi, kefaletin sadece belirli bir borç kalemi için değil, ileride doğacak bir borçlar demetine temel teşkil eden “çerçeve sözleşme” niteliğindeki genel kredi sözleşmesinden kaynaklanan tüm borçlar için verilmiş olmasıdır.

*ccc.* Bu noktada kefilin kefaletten **dönme hakkı** da bulunmamaktadır. Gerçekten, uygulamada sıkça rastlanan ve borç sıfırlandıktan sonra kefil tarafından bir ihtarname tarzında bankaya gönderilen “bundan sonra müşterinize kredi kullandırmayınız; aksi hâlde sorumlu olmayacağımı beyan ederim.” şeklindeki beyanların hiçbir değeri bulunmamaktadır.

*ddd.* Ne var ki Yargıtay kimi kararlarında, sırf kefilin korumak kaygısıyla bu hâlde bankanın kefilin bildirimine rağmen müşterisine kredi kullandırmasını TMK m. 2'deki hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırı saymakta ve yeni kullanılan krediler için kefilin sorumlu olmadığını belirtmektedir.

Şayet somut olayda banka, müşterinin ödeme gücü zayıfladığı ve krediyi geri ödeyemeyeceği belli olduğu hâlde “nasıl olsa kefilden tahsil ederim” düşüncesiyle kefilin bu beyanına rağmen yine de kredi kullandırmışsa Yargıtay'ın bu yaklaşımı onaylanabilir. Fakat TMK m. 2'nin uygulanma şartlarının gerçekleştiği bu gibi istisnaî hâller dışında sırf kefilin bu beyanına istinaden, sonradan kullanılacak kredilerden dolayı kefilin sorumlu tutulması, yani istisnayı kural hâline getirmek kesinlikle doğru değildir ve genel kredi sözleşmesinin taşıdığı “çerçeve sözleşme” niteliğine ve carî hesap tarzında işleyen bir ilişkiden doğacak borçlara kefil olduğu gerçeğine aykırıdır. Kaldı ki, böyle bir uygulamanın genelleştirilmesi kefile kanunda ve sözleşmede yer almayan bir “dönme hakkı” tanımak anlamına gelecektir ki hiçbir hukukî temeli ve dayanağı bulunmayan bu uygulama tasvip edilemez.

**d)** İsviçre’de 1941 yılında Borçlar Kanunu’nun kefaletin şekline ilişkin hükümlerinde değişiklik yapılarak şekil şartı ağırlaştırılmış ve üç ayrı şekil modeli öngörülmüştür:

– *Adî yazılı şekil:* Tüzel kişilerin ve İsviçre’de tüzel kişiliği bulunmayan kolektif ve komandit şirketlerin kefil olmaları hâlinde adî yazılı şekle uyulması yeterlidir. Bunun yanında gerçek kişiler için, istisnaî olarak, Federasyona veya ona bağlı kamu hukuku kurumlarına yahut bir Kantona karşı gümrük resimleri, vergiler gibi kamusal borçlar ya da taşıma ücretleri için girilen kefaletler de alelâde yazılı şekilde yapılırca geçerli olurlar.

– *Ağırlaştırılmış adî yazılı şekil:* Gerçek kişilerin kefaleti 2.000 Frangı aşmıyorsa, yine adî yazılı şekil yeterlidir. Ancak, kefilin sorumluluğu ile ilgili

*azamî miktarın* ve müteselsil kefalet söz konusu ise *müteselsil sorumluluğa ilişkin kaydın* kefalet senedinde kefilin **el yazısı ile** gösterilmesi şarttır.

– *Resmî şekil*: Gerçek kişilerin 2.000 Frangı aşan kefaletlerinin geçerli olması, resmî yazılı biçimde yapılımlarına bağlıdır.

e) Bu konuda yeni Borçlar Kanunu Tasarısı köklü değişiklikler getirmektedir. Tasarının 583. maddesinin 1. cümlesinde adı yazılı şekil şartı ve kefalet limitinin gösterilmesi zorunluluğu aynen korunmuş; fakat 2. cümlesinde bugünkü metinde yer almayan ek bir özellik getirilmiştir. Buna göre:

“Kefilin, sorumlu olduğu **azamî miktarı**, kefalet **tarihini** ve **müteselsil** kefil olması durumunda, bu sıfatla veya bu anlama gelen herhangi bir ifadeyle yükümlülük altına girdiğini kefalet sözleşmesinde **kendi el yazısıyla** belirtmesi şarttır.”

Kanaatimizce, bu değişiklik alacaklıların, özellikle matbu metin kullanan finans kuruluşlarının kötü niyetli davranışlarını (matbu sözleşme metninde boş bırakılan kefalet limiti ve/veya tarih kısımlarının sonradan dava aşamasında alacaklı tarafından doldurulması gibi) önleme bakımından isabetli olmuştur.

2) Kefilin sorumlu olacağı azamî miktarın gösterilmiş olması

a) BK m. 484’e göre kefaletin geçerliliği, adı yazılı şeklin yanı sıra, kefilin sorumlu olacağı maksimum meblağın (kefalet limitinin) gösterilmiş olmasına da bağlıdır.

Bu noktada iki sorun ortaya çıkmaktadır:

- Acaba kefalet limiti *bizzat kefalet senedinde mi* yer almalıdır, yoksa limitin, kendisine yollama yapılan bir başka belgede gösterilmiş olması da yeterli midir?

- Kefalet limitinin mutlaka *rakamsal belirginlikle* gösterilmesi şart mıdır, yoksa dolaylı yoldan, yani yapılacak basit bir hesaplamayla belirlenebilir olması da yeterli midir?

**aa-** İsviçre Federal Mahkemesi, İsviçre Borçlar Kanununda yapılan 1941 değişikliği öncesinde doktrindeki hâkim görüşle birlikte her iki mes’elede de hayli esnek davranıyordu. Yüksek Mahkemeye göre, sorumluluğun azamî miktarı kefalet senedinde gösterilmemişse fakat belirli veya belirlenebilir



bir miktarın gösterildiği başka bir belgeye (özellikle, asıl borç senedine) yollama yapılmışsa kefalet yine geçerli sayılıyordu. Diğer yandan, kefalet limitinin mutlaka rakamsal kesinlikte gösterilmiş olması da şart sayılmıyordu; kefil, kefalet altına girdiği sırada kefalet senedinde yer alan beyanlardan sorumluluk altına girdiği meblâğı basit bir zihin hesabıyla anlayabilecek durumdaysa kefalet yine geçerli olarak kabul ediliyordu.

Federal Mahkeme, sonradan yaklaşımını bir parça sertleştirdi ve azamî miktarın *mutlaka kefalet senedinde* gösterilmesini aramaya başladı. Ancak, istisnaen, aynı belge üzerinde asıl borca ilişkin beyanla birlikte kefalet taahhüdüne de yer verilmiş ve asıl borç tutarına atıf yapılmışsa o zaman kefalet limitini yine de gösterilmiş sayıyordu.

**bb-** İsviçre’de 1941 değişikliğiyle sorun bütünüyle tartışma konusu olmaktan çıkmış ve kefalet limitinin mutlaka *rakam ile ve kefalet senedinde* gösterilmesi açık kanun hükmüyle şart kılınmıştır (OR Art. 493).

**cc-** Yeni Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’nda da bu konuda net bir çözüm getirilmektedir: Kefil, sorumlu olduğu azamî miktarı *kefalet sözleşmesinde* kendi *el yazısıyla* belirtmek zorundadır (m. 583/c. 2). Şu hâlde, Tasarı bu haliyle yasalaştığı takdirde, artık limitin başka belgeye atıfla veya dolaylı hesaplanabilirlikle gösterilmesi yolu kapanacaktır.

**dd- Yargıtay’ın** kefalet limitinin belirlenme esasları konusundaki uygulamasına gelince:

*aaa.* Yargıtay’ımız, 12.4.1944 tarih ve 13 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında:

“**Kefalet senedinde** kefilin ödeyeceği muayyen bir miktarın gösterilmiş olup olmadığı ve **senetten** böyle muayyen bir miktarın anlaşılması kabil olup olamayacağı hususunun hâkim tarafından **re’sen** nazara alınması lâzım geldiğine ...”

hükmetmiştir. Görülüyor ki, İçtihadı Birleştirme Kararında, limitin mutlaka kefalet senedinde yer alması esası benimsenmiş; fakat mutlaka rakamsal bir kesinlik içinde gösterilmesi şartı aranmamıştır.

*bbb.* Fakat Yüksek Mahkemenin konuya ilişkin hâlihazır uygulaması bu İçtihadı Birleştirme Kararında belirlenen esasa tam olarak uymamakta; çok sayıda kararda anılan esasın epeyce zorlandığı görülmektedir. Ayrıca uygulama istikrarlı ve tutarlı da değildir. Şöyle ki:

Azınlıkta kalan bazı kararlarında Yargıtay, asıl borç tutarının belli olması ve kefilin bunu görerek fakat limit belirtmeksizin kefil olması hâlinde kefaleti geçersiz saymaktadır. Bu uygulamaya örnek olarak **Yarg. 13. HD**'nin kredili satım sözleşmelerine kefaletle ilgili 23.06.2003 tarih ve 2543/8151 sayılı kararı gösterilebilir. Kanaatimizce bu uygulama kefalet limitinin gösterilmesini geçerlilik şartı sayan açık kanun hükmü ve yukarıda değindiğimiz İçtihadı Birleştirme Kararı karşısında isabetli ve yerindedir.

Buna karşılık Yargıtay, artık neredeyse yerleşik uygulama olarak nitelendirilebilecek pek çok kararında tam tersi bir yaklaşımla, **asıl borç tutarının gösterildiği hâllerde bunu aynı zamanda kefalet limiti olarak da geçerli saymaktadır**. Özellikle bankaların kredi ve kredi kartı sözleşmelerine verilen kefaletler açısından Yüksek Mahkeme, kredi sözleşmesinde borçluya tanınan kredi limitinin veya kredi kartı sözleşmelerinde kart sahibine tanınan aylık harcama limitinin gösterilmiş olması ve kefilin de bu metnin altını imzalaması hâlinde, kefilin sorumluluk limiti rakamsal olarak veya asıl borç tutarına atıf yapılarak ayrıca gösterilmediği hâlde kefilin kredi limiti/kredi kartı limiti ile sınırlı olarak sorumlu tutulacağını kabul etmekte ve kefaleti geçerli saymaktadır.

Bu uygulamaya örnek olarak, **Yarg. 19. HD**'nin 16.11.1993 tarih ve 9616/7715 sayılı, 13.04.1999 tarih ve 1901/2434 sayılı, 09.06.2000 tarih ve 2387/4536 sayılı, 03.05.2002 tarih ve 4988/3350 sayılı, 15.03.2002 tarih ve 1052/1842 sayılı; **Yarg. 11. HD**'nin 28.05.2002 tarih ve 2649/5315 sayılı ve **Yarg. HGK**'nin 22.03.1995 tarih ve 19-829/214 sayılı kararları gösterilebilir.

Hemen belirtelim ki bu yaklaşım sağlam bir temele dayanmamaktadır. Çünkü kefaletin geçerliliği bakımından önemli olan, **kefalet limitinin** gösterilmiş bulunmasıdır; asıl borç tutarının veya asıl borca getirilen sınırın sözleşmede gösterilmesi bu açıdan bir değer taşımamaktadır. Kefalet sözleşmesinde **asıl borç tutarının** gösterilmesi, olsa olsa aynı borçlunun aynı alacaklıya karşı birden fazla borcunun bulunması ve kefaletin bu borçlardan hangisi için verildiğinin anlaşılabilmesi hâlinde, kefaletin hangi borç için verildiğinin belirlenebilmesi noktasında ayırt edici bir fonksiyon görebilir ve işe yarayabilir. Kaldı ki, kanunumuzda "*kefalet sözleşmesinde asıl borç tutarından daha azına veya daha fazlasına kadar sorumlu olunacağı belirtilmediği takdirde kefil asıl borç tutarı kadar sorumlu olur.*" şeklinde bir hüküm de mevcut değildir. Tam aksine, kefalet limitinin gösterilmesi bir zorunlu şekil şartıdır ve limit gösterilmemişse kefalet geçersiz demektir.

Diğer yönden, banka sözleşmeleri bakımından böyle bir esneklik gösteren Yargıtay'ın asıl borç tutarının belli olduğu diğer sözleşmelerde (meselâ, ba-

yıllık sözleşmelerinde, kredili satım sözleşmelerinde veya kampanyalı otomobil satım sözleşmelerinde) farklı uygulamaya gitmesi de çelişkilidir. Asıl borcu doğuran sözleşme ne tür bir sözleşme ve alacaklı da kim olursa olsun, kanunun açık hükmü karşısında yapılması gereken şey basittir: Asıl borç tutarı ile kefalet limitinin, birbiriyle aynı tutarda olması gerekmeyen, tamamen farklı şeyler olduğunu nazara alarak, kefalet limitinin gösterilmemesi sebebiyle bu tür kefalet sözleşmelerini geçersiz saymaktır. Özellikle “banka” gibi güçlü bir örgüte ve organizasyon yapısına sahip kuruluşlar da kefaleti nasıl almaları gerektiğini bilmek zorundadırlar.

Bu görüşümüz, kefilin sorumluluk limitinin başka bir sözleşmeye atıf yoluyla dolaylı biçimde belirlenmesine karşı olduğumuz anlamına gelmemelidir. Aslında ideal hukuk (*de lege feranda*) açısından kanaatimizce kefalet limiti bizzat kefalet sözleşmesinde yer almalı, başka bir sözleşmeye (meselâ, kredi sözleşmesindeki kredi limitine) atıfta bulunmak suretiyle dahi gösterilememelidir. Fakat mevcut hukuk sistemimizde böyle (kefalet limitinin mutlaka kefalet sözleşmesinde ve doğrudan doğruya gösterilmesine dair) bir zorunluluk öngören açık bir kanun hükmü bulunmadığından, bugün için Türk hukukunda kefalet limitinin dolaylı atıf suretiyle gösterilmesi de mümkündür. Ne var ki bu durum, asıl borç tutarının (meselâ, kredi/kredi kartı limitinin veya 1 yıllık kira bedeli tutarının) otomatik biçimde kefalet limiti olarak kabul edilebilmesi demek değildir ve böyle bir uygulamayı gerektirmez, bunu haklı kılamaz! Limiti başka belgede yer alan asıl borç tutarına atıf yaparak göstermek, asıl borç tutarını otomatik olarak kefalet limiti saymaktan çok farklıdır.

Meselâ, **Yarg. 19. HD**, 03.05.2002 tarih ve 8930/3318 sayılı kararında, kefil ipotek resmî senedine kefil sıfatıyla imza koyarken açıkça “*ipotek miktarına kadar kefilim*” dediği için bu beyanı kefalet limitinin başka bir sözleşmeye (ipotek sözleşmesine) atıf yapılarak belirlenmesi olarak yorumlamış ve kefaleti geçerli saymıştır ki bu tutum gayet isabetli ve yerindedir. Zira burada kefilin limitin ortaya konulmasına yönelik bir “iradesi” vardır ve kefil, ipotek resmî senedindeki ipotek tutarını görerek ve o tutarda sorumlu olmayı arzu ederek bu beyanda bulunmaktadır.

Oysa kredi veya kredi kartı sözleşmelerinde kredi / kart limiti gösterilse ve kefil bunu görerek kefalet vermiş olsa bile kefilin bu limiti, kendi sorumluluğunun da limiti olarak kabul ettiğini gösteren herhangi bir iradesi bulunmamaktadır. Şayet anılan banka sözleşmelerinde kefil açıkça -meselâ “*Bu sözleşmenin 1. maddesinde yazılı olan kredi limitine /kart limitine kadar (veya: bu limitin iki katına kadar) kefilim*” tarzında- bir beyanda bulunmuşsa bu kefaletleri geçerli saymak gerekecektir; çünkü artık kefilin limitin belirlenmesine yönelik bir iradesi mevcut demektir ve kefil ne miktarda bir so-

rumluluk altına girmek istediğini bildirmektedir. Ama böyle bir belirleme olmadığı hâlde sırf “kefil kredi limitini görerek kefil olduğuna göre, bu miktarda sorumluluğu da kabul etmiş demektir” şeklinde bir varsayımla hareket edilmesi ve kefaletin geçerli sayılması doğru olmaz.

ccc. Kefalet limiti bakımından Yargıtay’ın anılması gereken diğer bir uygulaması da **kira sözleşmelerine bağlı kefaletler** bakımındandır. Yüksek Mahkemenin yerleşik içtihadına göre, 1 yıl süreli olarak akdedilen ve dönem sonunda kendiliğinden yenilenen taşınmaz kirası sözleşmelerinde kefalet limiti belirtilmeksizin kefalet alınması durumunda bu kefalet 1 yıllık kira parası tutarıyla sınırlı olarak geçerlidir; buna karşılık uzayan dönemlerin kira bedeli ve kötü kullanımdan doğan zararın tazmini başta olmak üzere kiracının diğer borçları için kefil sorumlu tutulamaz.

Bu kararlara örnek olarak, **Yarg. 12. HD**’nin 19.09.2000 tarih ve 12141/13131 sayılı, 18.05.2001 tarih ve 7879/8755 sayılı, 06.06.2002 tarih ve 11348/11973 sayılı; **Yarg. 13. HD**’nin ise 05.12.2000 tarih ve 10649/10948 sayılı, 04.04.2002 tarih ve sayılı, 04.02.2003 tarih ve 12864/1048 sayılı, 12.06.2003 tarih ve 2918/7676 sayılı ve 03.06.2004 tarih ve 1406/8672 sayılı kararları anılabilir.

Bu uygulama da kanaatimce isabetli değildir: Kira sözleşmesinde kiralayan ve kiracının yanı sıra kefilin de imzası bulursa dahi asıl borç tutarı ile kefalet limiti birbirinden farklı şeyler olduğundan, kefalet limitinin gösterilmediği tüm hâllerde kefaleti geçersiz saymak gerekir. **Kefilin kira sözleşmesindeki kira süresini ve aylık kira bedelini görerek kefil olması, kiralayan ile kefil arasında kefilin sorumluluk limitinin belirlenmiş olduğu anlamına gelmez.** Kira sözleşmesine, kefalet taahhüdüne ilişkin olarak konulacak maddede veya kira sözleşmesinin altında kefilin imzası için açılan yerdeki “kefil” ibaresinin yanında kefilin sorumluluğu için açıkça belirli bir rakam öngörülmediği yahut “1 yıllık kira tutarına kadar kefilim” tarzında bir atıf hükmü yer almadığı takdirde ortada doğrudan veya dolaylı olarak gösterilmiş bir kefalet limiti “yok” demektir; sonuçta da kefalet taahhüdü geçersizdir. Bu yüzden, Yargıtay’ın görüşünün aksine, bu hâlde kefilin ilk 1 yıllık dönemin kira bedeli için dahi sorumlu tutmak mümkün değildir.

Bu yaklaşımımız benimsendiği takdirde hem kefalette limit gösterilmesine ilişkin açık kanun hükmüne uygun davranılmış olacak ve bu norm gereksiz biçimde zorlanmayacaktır; hem de başkaca hukuk ilkeleri zedelenmeyecektir: Yüksek mahkeme, özellikle, kefilin tahliye ânına kadarki tüm borçlardan sorumlu olacağını belirtildiği fakat kefalet limitinin gösterilmediği kiraya bağlı kefalet sözleşmelerini “belirsiz süre için kefalet akdedilemez” şeklinde hukuka uygun olmayan bir gerekçe ile geçersiz saymaktadır (meselâ

bkz. **Yarg. 3. HD**'nin 25.02.2004 tarih ve 431/537 sayılı kararı ile **Yarg. 13. HD**'nin 03.06.2004 tarih ve 1406/8672 sayılı kararı). Oysa kefalet sözleşmesinde kefilin sorumluluğunun bir süreyle sınırlanması zorunlu değildir; kefalet belirsiz süreli de olabilir. Aslında Yüksek Mahkemenin kastettiği, kefilin sorumluluğunun kapsamını ucu belirsiz biçimde genişletecek dolaylı atıflara izin verilmemesi gerektiğidir. Çünkü Yargıtay limit belirlenmediği hâlde kefaleti geçerli sayınca, hâliyle bunu 1 yıllık kira bedeliyle sınırlamak istemekte ve fakat bu sefer kira ilişkisinin devam süresinin belirsizliği sebebiyle kefaletin âkıbeti konusunda karar vermekte zorlanmaktadır.

Oysa bunlara hiç gerek yoktur; kefalet limiti belirlenmediği için kefaleti geçersiz sayınca mesele kökünden hallolmaktadır. Esasen limit gösterilmesi lüzûmu hakkıyla uygulanınca, kefilin sorumluluğunu asıl borç ilişkisinin süresi veya kefilin temin ettiği asıl borcun konusu açısından kanunda yer almayan argümanlarla sınırlamaya çalışmaya da hiç gerek kalmayacaktır.

*ddd.* Diğer yönden, kefalet limiti kefalet sözleşmesinde belirtilmediği, dolaylı atıf yoluyla da gösterilmediği hâlde kefilin daha sonra (meselâ, duruşmadaki) bir beyanıyla limitin ne kadar olduğunu ifade etmesi hâlinde kefaleti bu limite sınırlı olarak geçerli sayan Yargıtay kararları (meselâ bkz. **Yarg. 13. HD**'nin 16.03.2005 tarih ve 13078/4135 sayılı kararı ile **Yarg. 19. HD**'nin 08.06.2001 tarih ve 4325/4434 sayılı kararı) da isabetli sayılamaz. Çünkü kefalet sözleşmesinde limitin gösterilmemesi, kanunun emredici hükmüne aykırılık teşkil eder ve bunun yaptırımını da kefalet sözleşmesinin kesin hükümsüz sayılmasıdır. Kesin hükümsüz bir işlemin daha sonra taraf iradeleleriyle bile olsa diriltilmesi mümkün değildir; yapılabilecek tek şey, yeni ve fakat bu kez limit içeren, geçerli bir kefalet sözleşmesi akdetmektir. Bu yapılmadığı sürece, geçersiz hâldeki kefalet sözleşmesinin davalının (sözde kefilin) beyanıyla geçerli sayılması mümkün olamaz.

**b)** Kefalet limitinin **yabancı para birimiyle** gösterilmesi de mümkündür. Kanunumuzda kefalet limitinin Türk parası ile gösterilmesini zorunlu kılan herhangi bir düzenleme mevcut değildir. Bu bakımdan, doktrinde özellikle Türk parasının yabancı paralar karşısındaki değerinin anî ve aşırı düşüş kaydettiği devalüasyon dönemlerinde ortaya çıkan yüksek artışları göz önüne alarak ileri sürülen ve yabancı para ile limit belirlenmesini kısıtlayarak, bunu kefalet sözleşmesinin kuruluş tarihi, temerrüt tarihi veya dava tarihi itibarıyla TL'na çevirip sabitlemeyi amaçlayan görüşlerin hiçbir dayanağı bulunmamaktadır. Özellikle yabancı para üzerinden ipotek tesisinin bile çok geniş bir alana yayıldığı yeni Türk Medenî Kanunu düzenlemesi (m. 851) sonrasında bu tarz yaklaşımların hukukî konjonktür açısından da bir anlamı kalmamıştır.

Sadece, icra takibine geçiş aşamasında takip talebinde alacağın TL karşılığının ve hangi tarihteki kurun esas alınacağını gösterilmesi kanunen zorunlu bulunduğundan (İc.İf.K m. 58/b. 3), bu hükmün nazara alınması gerekecektir.

c) Kefalet limiti sadece asıl alacağı değil, onun fer'ilerine de bir sınır teşkil etmektedir. Gerçekten limit, asıl alacak ve eklerinin toplamının sınırı anlamına gelmektedir. Fakat bu konuda mevcut BK'da açıklık bulunmaması ve Limit gösterilmesini zorunlu sayan BK m. 484 ile kefilin, asıl borcun yanı sıra bazı ek kalemlerden de sorumlu olacağını ifade eden BK m. 490 arasındaki ilişkinin belirlenmemesi sebebiyle doktrinde tartışma yaşanmaktadır.

Bu tartışma yeni BK Tasarısı ile giderilmektedir. OR Art 499'a paralel hüküm içeren Tasarı m. 589/f. I'e göre, *kefil, her durumda kefalet sözleşmesinde belirtilen azamî miktara kadar sorumludur*. Keza, Tasarı m. 589/f. II'de kefilin asıl borcun yanı sıra borçlunun kusur veya temerrüdünün kanunî sonuçlarından, dava ve takip masraflarından ve işlemiş 1 yıllık ve işlemekte olan kapital faizlerinden sorumlu olduğu kabul edilmekte; fakat bunlardan sorumluluğunun dahi *azamî miktarla sınırlı olduğu* tekraren ve özellikle vurgulanmaktadır.

### III. Kefilin Evli Olmasının Kefalet Etkisi

1) Eski Medenî Kanun'un 169. maddesinde evli kadın tarafından kocası yararına üçüncü kişilere karşı üstlenilen taahhütlerin geçerliliği sulh hâkiminin iznine/onayına bağlanmıştı. Bu nedenle, evli bir kadın kocasının bir borcu için kefil olurken mahkemeden izin / onay almak durumundaydı; böyle bir iznin alınmadığı, sonradan onayın da sağlanamadığı hâllerde kefalet sözleşmesi hükümsüz kalıyordu.

2) Yeni Türk Medenî Kanunu'nda buna benzer bir hükme yer verilmemiştir. Tam aksine, Medenî Kanunumuzda eşler açısından tam bir hukukî işlem serbestisi egemendir ve bu esas, eşlerden her birinin diğeriyle ve üçüncü kişilerle her türlü hukukî işlemi yapabileceğini ifade eden TMK m. 193'de yer almaktadır. Bu nedenle, bugün için artık kadın, kocasının bir borcu için kefil olurken kefaletin geçerliliği için mahkemeden izin veya onay alınmasına gerek bulunmamaktadır.

3) Fakat yeni Türk Medenî Kanunu'nda, eski Medenî Kanun'da bulunmayan bazı yeni kısıtlamalar mevcuttur. Cinsiyet ayırımı gözetilmeksizin eşlerden her biri için söz konusu olan bu kısıtlamalara bakıldığında, eşlerden birinin diğeri için borcu için kefil olmasını yasaklayan veya sınırlayan, kefalet

te özgü herhangi bir özel hükme rastlanmamaktadır.

Ancak, TMK m. 199/f. I gereğince ailenin ekonomik varlığının korunması veya evlilik birliğinden doğan malî bir yükümlülüğün yerine getirilmesi gerekli kıldığı takdirde, eşlerden birinin istemi üzerine hâkim, o eşin belirli malvarlığı değerleriyle ilgili tasarruflarını diğer eşin rızasına tâbi kılabilir; TMK m. 199/f. II gereğince de hâkim bu konuda gerekli önlemleri alır.

İşte, şayet bu hükmün sadece tasarruf işlemlerini kapsamadığı, borçlandırıcı işlemleri de içerdiği kabul edilirse ve eşlerden birinin başvurusu üzerine hâkim de böyle bir karar almışsa bu takdirde eşin kefalet sözleşmesiyle yükümlülük altına girmesi diğer eşin rızasına bağlı olabilir ve evlilik bağı yüzünden kefaletle ilgili bir sınırlama da ancak bu kapsamda gündeme gelebilir.

4) Buna karşılık İsviçre hukukunda eşlerden birinin kefaleti OR Art. 494'de getirilen özel bir düzenlemeyle diğer eşin yazılı iznine tâbi kılınmıştır. Bu düzenlemeye göre:

“Mahkemece ayrılığa hükmedilmiş olmadıkça, evli bir kimsenin kefaletinin geçerliliği, diğer eşin önceden veya en geç aynı zamanda verilecek yazılı rızasına bağlıdır”. (Abs.1)

Şayet kefalet limiti artırılacaksa veya adî kefalet müteselsil kefalete dönüştürülecekse ya da değişiklik teminatların önemli ölçüde azaltılması anlamına gelecekse kefaletle ilişkin değişiklikler için de diğer eşin rızası gereklidir. (Abs. 3)”

Eşin izninin aranması kuralına İsviçre Borçlar Kanunu'nun 494. maddesinin 2. fıkrası ile oldukça geniş kapsamlı istisnalar getirilmişti. Anılan 2. fıkraya hükmü, izin kuralının uygulama alanını çok daralttığı için 1 Aralık 2005'de yürürlüğe giren 17 Haziran 2005 tarihli kanunla kaldırılmıştır. Bu fıkroda öngörülen istisnalar şu şekildedir:

“Bağımsız bir işletmenin sahibi, bir kolektif şirketin ortağı, komandit şirketin sınırsız sorumlu ortağı, bir anonim şirketin yönetim veya temsil organının üyesi, bir paylı komandit şirketin yönetim organının üyesi veya limited şirketin temsile yetkili ortağı olarak ticaret siciline kayıtlı bulunan kimse- nin kefaleti için bu izin gerekli değildir.”

5) İsviçre'deki bu düzenleme lâfızdaki bazı küçük farklılıklar bir yana, temelde hemen hemen aynen yeni Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'na da alın-



mıştır (m. 584). Ancak, İsviçre’de son değişiklikle kaldırılan istisnalar Türk BK Tasarısında aynen yer almaktadır. Hüküm şu şekilde kaleme alınmıştır:

“Eşlerden biri mahkemece verilmiş bir ayrılık kararı olmadıkça veya yasal olarak ayrı yaşama hakkı doğmadıkça, ancak diğerinin yazılı rızasıyla kefil olabilir; bu rızanın sözleşmenin kurulmasından önce ya da en geç kurulması anında verilmiş olması şarttır.

Kefalet, ticaret siciline kayıtlı bir işletmenin sahibi; bir kollektif ortaklığın ortağı, bir komandit ortaklığın sınırsız sorumlu ortağı; bir anonim ortaklığın yöneticisi veya müdürü, bir sermayesi paylara bölünmüş komandit ortaklığın müdürü veya bir limited ortaklığın yönetici ortağı tarafından işletmeyle ilgili olarak verilmişse, eşin rızası aranmaz.

Kefalet sözleşmesinde sonradan yapılan ve kefilin sorumlu olacağı miktarın artmasına veya âdi kefaletin müteselsil kefalete dönüşmesine ya da kefil yararına olan güvencelerin önemli ölçüde azalmasına sebep olmayan değişiklikler için de eşin rızası gerekmez.”

Şu halde, Tasarıya göre, eşlerden biri Mahkemece verilmiş ayrılık kararı olmadıkça veya yasal olarak ayrı yaşama hakkı doğmadıkça, ancak diğer eşin en geç kefaletin kuruluşu anında vereceği yazılı izinle kefil olabilir. Tasarı bu şekilde kanunlaştığı takdirde Türk hukukunda yeni dönemde artık kefaletin geçerliliği için diğer eşin yazılı izni gerekecektir. Eşin izni alınmaksızın imzalanan kefalet sözleşmesine diğer eşin sonradan icazet vermesi yolu kapalı tutulduğundan, bu iznin alınmaması kefalet sözleşmesinin “noksan (askıda hükümsüz)” değil, “kesin hükümsüz” sayılmasına yol açacaktır.

Buna karşılık, hükme getirilen istisnalar İsviçre’de kaldırıldığı halde Tasarıda aynen yer almaktadır. Bunun Türk toplumunun yapısı göz önünde tutularak yapılmış bilinçli bir ayrılık olduğu söylenemez. Çünkü Tasarı hazırlandığında anılan istisnalar İsviçre’de yürürlükte idi. Gerçi Tasarı Komisyonu eleştiriler ışığında Tasarıda Ağustos 2005 döneminde önemli değişiklikler yapmış ve Tasarının bugünkü (son) haline ulaşılmıştır. Komisyon bu düzeltme çalışmalarını yaparken henüz yürürlüğe girmese de İsviçre değişikliği kanunlaşmış idi (İsviçre’deki değişikliğe ilişkin Kanun 17 Haziran 20005’de kabul edilmiş ve 1 Aralık 2005’de yürürlüğe girmiştir). Anlaşılan odur ki, Komisyon İsviçre’deki bu değişikliği gözden kaçırmıştır. Çünkü Gereke’de, İsviçre’deki bu değişikliğin bize bilinçli olarak yansıtılmadığına dair herhangi bir açıklık bulunmamaktadır.



## İSTİNAF MAHKEMELERİ

*Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ\**

### I- Genel Olarak

Bu konferans ile istinaf mahkemelerinin kurulması arifesinde, bu mahkemelere yönelik eleştiriler değerlendirilmeye çalışılacaktır.<sup>1</sup>

Başlangıçta, ilk derece mahkemelerinin kararlarına karşı başvurulacak bu mahkemeler hakkında, kullanacağım terimle ilgili bir açıklama yapmak istiyorum. Biz, yıllarca bu mahkemeleri “istinaf mahkemesi” olarak ifade ettik. Kanun çalışması sırasında da böyleydi. Ancak, tam kanunun meclise sevki sırasında, bu mahkemeler “bölge adliye mahkemesi” olarak ifade edildi. Bu terim de yanlış olmayabilir; ancak izin verirseniz, ben anlatımım sırasında, alışılmış olan “istinaf mahkemesi” terimini kullanacağım.

İstinaf kanun yolunun kabul edilmesine karşı hukukumuzda yapılan eleştiriler, zaman zaman genel olarak yapılsa bile, ben uzmanlık alanımla sınırlı olarak sadece hukuk mahkemelerinin verdiği kararlar bakımından konuyu ele alacağım. İstinaf mahkemelerinin kurulmasıyla ilgili Türkiye’de bir ilki yaşıyoruz. İlk defa bir kanun yürürlüğe giriyor; fakat mahkemelerin kurulması ve göreve başlaması iki yıl sonraya bırakılıyor. Bu durum, belki de diğer yasalar bakımından kısıktır bir durum; çünkü hep yasaların çarçabuk yürürlüğe girdiğinden şikâyet ederiz. Nitekim, Medenî Kanun yürürlüğe girerken, niye bu kadar çabuk yürürlüğe girdi diye epeyce eleştirdik, epeyce tartıştık. Yine, yabancı ülkelerde yasaların iki, üç, dört yıl gibi bir zaman geçtikten sonra yürürlüğe girmesinin de, hep ne kadar doğru olduğunu

---

\* Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Anabilim Dalı öğretim üyesi

<sup>1</sup> Bu konferans 7 Nisan 2006 tarihinde verilmiş ve daha sonraki değişiklikler değerlendirilmemiştir.

söyledik. Bu eleştiriler, o yasanın yürürlüğe konulmasından önce uygulamanın hazırlanması, yeteri kadar yasa hükümlerinin tartışılması bakımından önem taşıyor. Gel gelelim, belki ilk defa böyle bir şansı yakaladıysak da, yasanın yürürlüğe girmesinin üzerinden yaklaşık bir yılı aşkın bir süre geçmesine rağmen, istinaf mahkemeleriyle ilgili çok sayıda toplantılar yapamadık. Bu nedenle belki, yasanın geç uygulanması nedeniyle yakalanan fırsatı iyi değerlendiremedik. Halbuki, istinaf mahkemeleri bir sene sonra uygulamamızda çok önemli değişiklikler meydana getirecek. Kanun yolları sistemimiz ve işleyişi tamamen değişecek.

Bugüne kadar istinaf mahkemelerinin kurulmasıyla ilgili çeşitli tasarılar hazırlandı ve bu mahkemelerin kurulmasına teşebbüs edildi. Ancak, hazırlanan bu tasarılar kanunlaşamadı. Nihayet 1998 yılında, dönemin Adalet Bakanı Sayın Prof. Dr. Hikmet Sami Türk, istinaf mahkemelerinin kurulması konusunda çok ısrarlı olduğunu söyledi ve bir komisyon kurulmasını sağlayarak, daha önce hazırlanan tasarıların da gözden geçirilmesiyle bir tasarı hazırlanmasını istedi. Bu oluşturulan komisyonca, kısa bir süre içinde, tasarı taslağı hazırlandı. Ancak, bu tasarı taslağı Meclis'e gelemediği için kanunlaşamadı; daha sonra, biraz beklendikten sonra bildiğiniz gibi, geçen yıl istinaf mahkemelerinin kurulmasına karar verildi.

## **II- Mahkemelerin İş Yükünün İstinaf Mahkemeleri Bakımından Değerlendirilmesi**

Şimdi uygun görürseniz, burada sizlere mahkemelerin iş yüküyle ilgili tablolar göstermek istiyorum. Şu anda, her yıl ilk derece mahkemelerinde 2 milyonun üzerinde dava açıldığını görüyorsunuz. Benim bulabildiğim istatistikler 2004 yılına ait, henüz yayınlanmamış olmakla beraber, 2005 yılındaki istatistiklere göre Türkiye'de 2.260.000 küsur dava açılmış. Bir mukayese yapmak gerekirse, Almanya'da da her yıl 2.500.000 civarında dava açılıyor. Bu dava sayısını ülkemizle mukayese ettiğimiz zaman, nüfusu açısından Türkiye'yle Almanya'nın birbirine yakın olduğunu düşünürsek, bu uyumsuzlukları çözecek hâkim sayısını da karşılaştırmamız gerekiyor. Hâkim sayısına baktığımız zaman, Almanya'da 20.000 civarında hâkim görev yaparken, Türkiye'de bu sayının, çok kesin olmamakla birlikte, 6.500 civarında olduğunu söyleyebilirim. Sayılar, zaman itibarıyla artıp çoğalabilirse de, neredeyse Almanya'ya nazaran hâkim sayımız üçte bir oranında kalıyor. Yakın bir gelecekte de, hâkim sayısının ülkemizde birdenbire artışı söz konusu olmayacak; en azından açıklanmış böyle bir düşünce bulunmuyor. O zaman, Almanya'daki hâkim sayısının üçte birine yakın hâkim ve hemen hemen oradaki dava sayısına sahip olan bir mahkeme teşkilâtımız var.

Yargıtay dairelerinin iş yüküne baktığımız zaman, eldeki sayılar dehşet veri-

ci. Özellikle 9., 10., 12. Hukuk Daireleri'nin bir yıl içinde verdikleri karar sayısına dikkatinizi çekmek istiyorum. Yılda 30.000, yılda 29.000, yılda 25.000 karara bağlanmış dosya var. Yılda 200 gün çalışıldığını düşünün; bu sayılara böldüğünüz zaman günde ortalama 100'ün üzerinde dosyanın karara bağlanması söz konusu. Hukuk dairelerinin heyet olarak toplanıp karar verdiği düşünülürse, bu sayı sanırım, çevremizde hiçbir ülkenin yüksek mahkemesinin sahip olmadığı bir iş yükünü ifade ediyor.

Hukuk Genel Kurulu'na gelen dava sayılarına baktığımız zaman, yine burada da sürekli bir artışın olduğunu görüyoruz. Bu artışa karşılık, Hukuk Genel Kurulu'nda onaylanan dava sayısı da gittikçe azalıyor. Son olarak, 2000 ve 2004'teki davacı ve davalı sayısına baktığımızda, bunun da ciddi rakamlara ulaştığını görüyoruz. Bu tablolar bize, gerek ilk derece mahkemelerinin, gerekse Yargıtay'ın çok büyük bir iş yükü altında olduğunu gösteriyor. Yargıtay'ın asıl görevlerinden birisi, bir içtihat mahkemesi olması denirse de, böyle bir iş yükü altında içtihat görevi ne kadar lâıykıyla yerine getirilebilir?

Bu sorunlar yanında, bilindiği gibi, yakın bir zamanda Medenî Kanunumuz değişti. Yeni Medenî Kanunumuz, eskisine nazaran çok büyük bir değişiklik getirmese de, yeni müesseseler uygulamaya bazı tereddütleri de taşıdı. Zaman içinde bazı tereddütler, içtihat yolu ile giderilebilecek. Arkasından, Ticaret Kanunu tamamen değişti, diyebilirim. Şu anda, Meclis' te; Adalet Komisyonu'nda görüşülüyor. Bu sene belki yetişebilir, yetişemezse seneye çıkabileceği söyleniyor; ama Ticaret Kanunu'nun da kabul edildiğini varsayalım. Borçlar Kanunu Tasarısı hazır, Başbakanlık' ta bekliyor. Başbakanlık' ta birkaç noktaya takılmış durumda; eğer o noktalar aşılsa, Borçlar Kanunu Tasarısı Meclis'e gelecek. Milletlerarası Özel Hukuka İlişkin Kanun da Meclis'e sevk edilmiş durumda. Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu tamamen değişiyor; bu çalışmayı bitirdik. Zannediyorum, yazın o da görüşe gelecek; muhtemelen bu sene sonunda, o görüşten gelen eleştiriler doğrultusunda tamamlanıp, o da Meclis'e sevk edilecek.

Şimdi, 2007 yılından sonraki yılları düşünmek istiyorum. Yepyeni bir Ticaret Kanunu, yepyeni bir Borçlar Kanunu, yepyeni bir Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu, yepyeni bir Milletlerarası Özel Hukuka İlişkin Kanun, bunların yanına bir de nisan ayından itibaren bölge adliye mahkemelerinin kurulduğunu düşünün. Şu anda, sayı belli olmamakla beraber, Türkiye'de yirmi ile yirmi beş ilde bölge adliye mahkemesi kurulmak isteniyor. Öyle bir bölge adliye mahkemesi kurulacak ki, en fazla bir il aşılırsa o bölge adliye mahkemesine ulaşacaksınız. Daha fazla il aşmamanız şeklinde öngörülmüş; bu da zannediyorum, yirmi beş civarında bölge adliye mahkemesinin kurulmasını gerektiriyor. Bunun için ne kadar hâkim gerektiğini tam olarak kes-

tiremiyorum; ancak en az beş yüz civarında istinaf mahkemesi hâkiminin görevlendirilmesi gerekeceğini tahmin ediyorum. Mevcut ve birinci sınıfa ayrılmış hâkimler arasından bu kadar hâkimi istinaf mahkemelerine tayin ettiğimizde, ilk derece mahkemelerinde zaten az olan hâkim sayısı daha da azalmış olacak. Öncelikle, temel kanunların neredeyse tümünün değiştiği bir zamanda istinaf mahkemelerinin kurulup, göreve başlaması bir tesadüf müdür? Önce, bu sorunun cevaplanması gerekiyor. Eğer, tesadüf değilse acaba, bu kadar kanunun üst üste değiştirildiği sırada, istinaf mahkemelerinin kurulması doğru mudur? Hukuk reformu adına bunların yapılması gerekli olsa bile, hepsinin üst üste gelmesi, kanımca mevcut sorunların artmasına neden olacaktır. Üstelik, sadece kanun değişikliği ile hukuk reformu yapılmasının en önemli nedeni olan yargının hızlanmasının mümkün olmadığını, bugüne kadar çeşitli değişikliklerden sonra gördük. Sadece kanun değişikliği, uygulamanın sorunlarını çözmekten oldukça uzak. Yargı reformu için sabırlı olmanız lâzım, uzun süre çalışmanız lâzım ve belki de çok daha fazla bir masrafla bu işe girişmeniz lâzım; ama kanun yapmak ucuz, kanun yapmak kolay. Hatta en modern kanunları bile tercüme etmek kolay, ama bünyenize ne kadar uyabilecek, ne kadar güzel uygulayabileceksiniz?

Ben, bazen bazı meslektaşlarımı da anlamakta zorluk çekiyorum. Bir ülkenin mükemmel işleyen bir sistemini, hiç tereddüt etmeden kabul etme yönünde görüşler açıklıyorlar. Bir ülkenin hukuk sistemine hayran olabiliriz, çok beğenebiliriz; ama acaba biz, o sistemi gerçekten burada uygulayabilir miyiz? Burada, şu soruyu sormak lâzım: Onlarda istinaf var, niye bizde olmasın, niye bizde eksik olsun? Bir kere, istinaf mahkemelerini bu çerçevede değerlendirmememiz lâzım. İkincisi, en azından hukuk davaları bakımından, istinaf mahkemelerinin adil yargılanma hakkıyla doğrudan bir ilgisi yok. Bu, özellikle zaman zaman ifade ediliyor; deniliyor ki, istinaf mahkemeleri adil yargılamanın bir gereğidir. Hayır, adil yargılanma hakkının unsurları bellidir. Bu unsurların içinde istinaf zorunlu değildir. Zorunlu olmadığına göre, istinaf mahkemelerinin kurulması adil yargılanma hakkının bir gereği değildir ve yine deniliyor ki, hukuk devletinin gereğidir. Hayır, hukuk devletiyle ilgili açıklamalarda istinafın hukuk devletinin gereği olduğundan, hiçbir yerde söz edilmiyor.

Bu açıklamalardan, iki ara sonucu belirleyebiliriz: Birincisi, istinaf mahkemeleri zaten hâkim sayısının az olduğu ülkemizde, ilk derece mahkemeleri için hâkim sayısının daha da az olması sonucunu doğuracak; çünkü gerekli istinaf hâkimleri ilk derece mahkemelerinden atanacak. Böyle olunca, zaten az olan hâkim sayısı daha da azalmış olacaktır. İkinci olarak, uygulamada yeni kanunların yürürlüğe girmesi nedeniyle oluşacak tereddütler yanında, bazı şehirlerde kurulabilecek istinaf mahkemeleri, bu tereddütleri gidermek bir yana, bazı tereddütlerin çıkmasına neden olabilecektir. Zamanlama aç-

sından, istinaf mahkemeleri yeni temel kanunların yürürlüğe girdiği bir zamana rastladığı için, uygulamada sıkıntı yaratabilecek niteliktedir.

### **III. İstinaf Mahkemelerinin Uygulamaya Getireceği Olumsuzluklar ve Değerlendirilmesi**

Bu tereddütleri ifade ettikten sonra, uygun görürseniz, ben istinafi önce olumsuz yönleriyle değerlendirmek istiyorum. Neden aslında istinafa karşıyız? Bu konuda bugüne kadar Türk Hukuku bakımından söylenenleri şöyle bir değerlendirdiğimde, önce en başta söylenen şu gerekçe benim gözüme çarptı: Deniliyor ki, eğer kurulursa istinaf mahkemeleri yargıyı geciktirecek. Bu gerekçeye karşı, önce şunu söyleyeyim: Zaten, istinaf mahkemelerinin yargıyı hızlandırmak gibi bir amacı yok;hiç böyle bir amacı da olmadı. Hiçbir ülke istinaf mahkemelerini kurarken, istinaf mahkemelerini kuralım, yargıyı hızlandıralım diye bir düşünce içinde olmadı, diye düşünüyorum. O yüzden, istinaf mahkemelerini yargının hızlanmasını sağlayan bir araç olarak, bir yöntem olarak değerlendirmememiz lâzım. İstinaf mahkemelerinin kuruluş amacı, her şeyden önce daha güvenli bir yargıyı sağlayabilmek. İkincisi ise, iş yükü başka ülkelerle mukayese edilemeyecek olan, Yargıtay'ın iş yükünün azaltılmasını sağlamak. Eğer yargıyı hızlandırmak istiyorsanız, bunun için istinaf mahkemelerinin kurulması değil, diğer yargının gecikmesine neden olan sebeplerin kaldırılması gerekmektedir. Bunun yanında, eğer istinaf mahkemeleri kurulmazsa gelecekte yargı daha hızlı da işlemecektir. Bu gecikme, olsa olsa, daha güvenli bir yargıdan vazgeçmek olarak değerlendirilebilecektir.

İstinaf mahkemelerinin kuruluşuna yönelik olarak yapılan ikinci eleştiri ise, yeterli ve yetişmiş hâkimin bulunmamasıdır. Yukarıda da ifade ettiğim gibi, Avrupa Birliği'ne üye ülkeler içinde, hâkim sayısı en az olan ülkelerden biriyiz. Bu nedenle, istinaf mahkemelerinin kurulması bu açıdan güçlük gösteriyor. İstinaf mahkemeleri kurulursa kaç hâkimin gerektiği açıkçası bugün çok iyi bilinmiyor; çünkü henüz kaç mahkeme kurulacağı henüz belli değil. Kanun'da, sadece her istinaf mahkemesinin, daha doğrusu bölge adliye mahkemesinin bulunduğu yerde üç hukuk, iki de ceza dairesinin kurulacağından söz ediliyor. Her bir dairede yeteri kadar hâkim ve başkan olacağı için, düşündüğünüz zaman, en küçük istinaf mahkemesinde on beş tane hâkim bulunması gerekiyor. Tabii ki, ayrıca başkan ve diğer yedek üyeler olan hâkimleri de düşündüğünüzde, biraz belki bonkör davrandığınızda, birinci sınıfa ayrılmış sekiz yüz tane hâkim gerekiyor. Ayrıca, bu mahkemelerde çalışacak bin iki yüz zabıt kâtibi, yüz yetmiş yedi yazı işleri müdürü, seksen şoför, kırk veznedar, bilmem kaç tane mübaşir, bilmem kaç tane başka çalışan gerekiyor.

Yetişmiş hâkim olarak, bu kadar çok birinci sınıfa ayrılmış hâkimi bulsanız bile, istinaf konusunda yetişmiş hâkimleri oraya atayabilmek için, herhalde çok ciddi bir çalışma yapmak gerekiyor. Şu anda, Adalet Bakanlığı'nın Avrupa Birliği'nden, istinaf mahkemelerinin kurulması ve bu konuda hâkimlere eğitim verilmesi ile ilgili bir proje kapsamında, 20 Milyon Euro yardım aldığını biliyorum. Bu yardımın bir kısmı, hâkimlerin yetişmesi konusuna ayrılabilir. Önemli bir kısmı ise, iki ya da üç ilde kurulacak bölge adliye mahkemelerine ait binaların inşasında kullanılabilir. Şu anda, Adalet Bakanlığı'nda Fransa'dan, Hollanda'dan ve İsveç'ten gelen uzmanların da katıldığı bir komisyon tarafından oluşturulan, hâkimlerin istinaf konusundaki eğitimleriyle ilgili bir çalışma var. Eğitimin yapılabilmesi, bir an için kabul edilse bile, gelecekte hâkim sayısı ile ilgili sorunun çözümü maalesef pek bilinmiyor. Her yıl, yaklaşık dört yüz hâkim alınsa da, yaklaşık bu sayıda da emekliye ayrılanlar olduğundan, bu alımlar ancak, eksilen sayının tamamlanmasını sağlayabiliyor. Böyle olunca, istinaf mahkemeleri göreve başladığında, istinaf mahkemelerinde görev yapan hâkimler bakımından, bir süre eğitim eksikliği; ilk derece mahkemelerinde ise, istinaf mahkemelerine atanan hâkimler nedeniyle, hâkim açığı sorun olarak karşımıza çıkacaktır.

Bakın, İstinaf Mahkemelerinin Kurulmasına İlişkin 5236 Sayılı Kanun, iki yıl içinde bölge adliye mahkemelerinin kurulmasını öngörmüş; bunun için azami süre olarak, 2007'nin Nisan Ayı'nı göstermiştir. Bildiğim kadarıyla, bu mahkemelerin kurulacağı yerlerin sayısı tam olarak belirlenmediği gibi, pek çok ilde kurulması kesin ise de, buralarda hangi binalarda görev yapılacağı en azından açıklanmış durumda değil. Adliye binalarının, ülkemizde çok uzun yıllar içinde tamamlandığı düşünülürse, istinaf mahkemelerinin genellikle kiralık ve çoğu zaman uygun olmayan binalarda görev yapacaklarını, şimdiden söyleyebiliriz.

İstinaf mahkemelerinin kurulmasına ilişkin başka bir eleştiri, bu mahkemeler kurulduğu takdirde, ilk derece mahkemelerinin önemsiz hale geleceğine ilişkindir. Zira, istinaf mahkemesi ilk derece mahkemesinin kararını kaldırdığında, bizzat kendisi yargılama yaparak karar verecektir. Bu durum da, ilk derece mahkemesi hâkimlerinin daha az, dikkatli daha az sorumlularına neden olabilecektir. Bu, aslında çok önemli bir eleştiridir. Gerçekten istinaf mahkemeleri kurulursa, ilk derece mahkemeleri daha önemsiz mahkemeler mi olacaktır? Bu eleştiriye gerekçe olarak, ilk derece mahkemelerince verilen kararların, istinaf yoluna başvurulması halinde, istinaf mahkemelerince kaldırılacağı ve yeniden yargılama yapılarak, yeni bir karar verileceği gösterilmektedir. Nasıl olsa istinafta bu iş çözülecek; nasıl olsa istinafta bu konuda bir karar verilecek diye, ilk derece mahkemesi hâkimleri daha az sorumluluk hissedebilir mi? Bu sorun, yüzyılın üzerinde istinaf uygulaması olan ülkelerde ortaya çıkmış ve son yıllarda istinaf mahkemeleriyle ilgili ya-

pılan bütün reform çalışmalarında, ilk derece mahkemelerinin güçlendirilmesi yönünde önemli değişiklikler yapılmıştır; çünkü bazı ülkelerde ilk derece hâkimlerinin, istinaf mahkemeleri nedeniyle biraz daha rahat, biraz daha az sorumlu karar verdikleri görülmüştür. Ancak, bu eleştiriler ülkemiz bakımından doğru değildir; çünkü istinafla ilgili hükümler, bu ülkelerde görülen olumsuzluklardan sonra yapılan değişiklikler nazara alınarak, düzenlenmiştir. Başka bir ifade ile, yukarıdaki olumsuzluğu yaşayan ülkelerin ilk derece mahkemelerinin güçlendirilmesine ilişkin hükümleri bizim Kanunumuz'a alınmıştır. Örneğin, Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 426/M maddesine göre, bölge adliye mahkemesi ilk derece mahkemesinin, sayılan hallerde, kararını kaldırdıktan sonra kendisi bir yargılama yaparak, karar vermemekte; aksine davanın yeniden görülmesi için dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesine karar vermektedir. Bu düzenleme ile ilk derece mahkemeleri güçlendirilmek istenmiştir. Ayrıca, hukukumuzda istinafla ilgili hükümler incelendiğinde, istinafın bize özgü biçimde düzenlendiği görülecektir. Nitekim, "istinaf" sözcük olarak, yeniden ele alma anlamına gelmektedir. Halbuki, istinaf mahkemeleri yeniden davayı ele almak yerine, adeta bir küçük temyiz mahkemesi gibi inceleme yaparak, pek çok halde dosyanın yeniden yargılama yapılması için ilk derece mahkemesine gönderilmesine karar vermektedir.

Sayın Bayraktar'ın Türkiye Barolar Birliği'nin düzenlediği uluslararası toplantıdaki konuşmasında<sup>2</sup> okudum; "istinaf", Arapça'da "enf" kökünden geliyor ve "uç", "burun" anlamını taşıyor. Ancak, "enf" kökünden gelen istinaf, Türkçe'de "yeniden işe başlamak" anlamına geliyor. Yani, bölge adliye mahkemesi dediğimiz istinaf mahkemesi, eğer ilk derece mahkemesinin kararını doğru bulmuyorsa, oturup yeniden yargılama yapacaktır. Ancak, bizdeki sistem tamamen böyle değil, bizde aslında istinaf mahkemeleri küçük temyiz mahkemeleri şeklinde işleyecek. Yani, bugün Yargıtay'ın altındaki iş yükünün belirli oranda istinafa devri söz konusu olacak; o yüzden, bu konuda gerçek anlamda bir istinaf yargılaması söz konusu olmayacak. Hatta hukukumuzda, ilk derece mahkemelerinin dava şartları bakımından hatalı karar vermeleri halinde, hükmün kaldırılması üzerine yeniden yargılama yapılması için, istinaf mahkemesi tarafından dosyanın ilk derece mahkemesine iadesi gerekecektir. Böyle olunca, ilk derece hâkimlerinin, özellikle daha az sorumlu davranmasını gerektirecek bir durum olmayacaktır. Öyle ki, eğer usûlden bazı hatalar tespit edilmişse, daha işin esasına girmeden evvel dava şartlarıyla ilgili bazı hatalar varsa, istinaf mahkemesi, yeniden o işi ele almak ve kendisi yargılama yaparak bir karar vermek yerine, dosyayı ilk derece hâkimine gönderecektir. Yani, sen bunu baştan eksik tuttuğun için ya

<sup>2</sup> Bayraktar K., Ceza Yargılamasında İstinaf Kanun Yolu, İstinaf Mahkemeleri, Uluslararası Toplantı 7-8 Mart 2003, s.177



da eksik olarak karar verdiğin için, Şimdi yeniden otur, baştan itibaren karar ver denilecektir. O yüzden, o eleştirinin bizim hukukumuzda biraz daha az öneminin olduğunu söyleyebilirim.

Bazı yerlerde zaman zaman Şunu iŐitiyorum: Artık Avrupa'da bile istinaf kalkıyormuŐ, bizde niye kabul ediliyor? Böyle bir tek ülke olduğunu duymadım; Avrupa'da hiÇbir ülke istinaf mahkemelerinin kalkması yönünde bir giriŐimde ya da bir düŐüncede değil. O yüzden, baştan beri böyle bir söylenti var; çok da etkili bir söylenti, kulaktan kulağa yayılıyor. Bunu tekrar ediyorum, hiÇbir ülkede istinaf mahkemelerinin kalkması yönünde bir çaba, bir düzenleme yok. Ancak, yakın zamanda pek çok ülkede istinafla ilgili bazı reformlar yapıldı. Bu reformlar da, işte biraz önce söylediğim gibi, istinafla ilgili uygulamadaki bazı olumsuzlukların ortadan kalkmasına yönelik, ilk derece mahkemelerinin güçlendirilmesine yönelik oldu<sup>3</sup>.

İstinaf mahkemelerinin kurulabilmesi için, aslında Yargıtay Kanunu'nun değişmesi gerekiyor ve bu konuda Yargıtay'a, siz kendi kanununuzu bir taslak olarak hazırlayın ve getirin, denildi. Nedense, Yargıtay böyle bir taslağı henüz hazırlamadı. Yargıtay'da da, istinaf mahkemeleri kurulmasın, en azından Şimdilik göreve başlaması ertelensin biÇiminde, baskın bir görüşün olduğu söylenebilir. Bazı yeler, en az bir yıl ertelensin, bazı üyeler ise beş yıl ertelensin biÇiminde görüş belirtiyorlar. Aslında, ertelensin diyen görüşün haklı olduğu yönler var. Zira, istinaf mahkemelerinin kurulması için öngörülen süre iÇinde pek yol alınmadı. Böyle olunca, kalan zaman iÇinde eksiklerin nasıl tamamlanacağı hususu tereddütler yaratıyor. Ancak, buna karşılık Şu endiŐeyi de duymak gerekir: Erteleme bir ya da beş yıl gibi olursa, bu durum istinaf mahkemelerinin kurulmasını tamamen engelleyebilir. Bu konuda, Avukatlık Kanunu'ndaki staj sonunda öngörülen sınavı örnek olarak gösterebilirim. Bu Kanun'un kabul edilmesinden kısa bir süre sonra öngörülen sınav, dört yıl süre ile ertelendi. Ancak, kanaatimce bu sınav, yapılması sırası geldiğinde tekrar ertelenmeye çalıŐılacak ve belki de, sınav tamamen kaldırılacaktır. Bundan sonra, avukatlık stajı sonunda bir sınav yapılması hiÇ mümkün olmayabilecektir. Halbuki, bu sınav ülkemize pek çok yönden yararlar sağlayabilecekti. Bu kadar çok hukuk fakültesinden, her yıl gereğinden fazla sayıda ve bazen kolaylıkla mezun olan kişilerin daha iyi yetiŐmesini sağlayabilecekti. Yine, sınav fakültelerin eğitimlerini daha iyi yapmaları konusunda bir etki sağlayabilecekti.

<sup>3</sup> Bu konuda, Fransız Hukuku işin bkz. Vauban, P.(İstinaf Mahkemeleri Uluslararası Toplantı, Ankara 2003, s.17 vd.; Alman Hukuku işin bkz. Becker-Eberhard E., (İstinaf Mahkemeleri Uluslararası Toplantı, Ankara 2003, s.26 vd.; Avusturya Hukuku işin bkz.Klicka, T., (İstinaf Mahkemeleri Uluslararası Toplantı, Ankara 2003, s.46 vd.).



İstinaf mahkemelerinin kurulmasına yönelik diğer bir eleştiri, yargılamadaki “doğrudanlık” ilkesine aykırılık teşkil edeceğidir. Bu, aslında çok ciddi bir eleştiri olarak değerlendirilmelidir. Özellikle, istinaf mahkemelerinin ilk derece mahkemelerinin kararını kaldırdıktan sonra yeniden yargılama yaptığını düşünecek olursanız, yeniden yargılama yaptığında tanık dinleyecek, keşif yapacak, bilirkişi incelemesi yaptıracak ve bunu başka bir şehre seyahat ederek nasıl yapacaktır? Van’daki bir istinaf mahkemesini düşünün, bu mahkeme belki komşu illeri de kapsayan bir bölge adliye mahkemesi olacak. Kışın, Van’ın bir komşu il ya da ilçesinde tanık dinlenecek, keşif yapılacak veya herhangi bir şekilde bilirkişi incelemesi yaptırılacaktır. Bu işlemler ne kadar kolay, pratik olacak, ne kadar “doğrudanlık” ilkesine uygun düşecektir? Bu durumu istinabe suretiyle yaptırmak gerektiğinde, ayrıca yargılamanın daha ucuz olmayacağı da ortadadır. Yine bu sebeple, zaman kaybı da söz konusu olabilecektir. Bu eleştiri, şimdilik her ilde bir istinaf mahkemesi kurulmakla belli ölçüde giderilebilir. Ancak, bu kısa sürede gerçekleştiremeyeceğinden, uygulamada haklı eleştirilerden birisini oluşturacaktır.

İstinaf mahkemelerinin kurulmasıyla ilgili yapılan eleştirilerden biri de, istinaf mahkemeleri arasında muhtemel içtihat uyuşmazlığıdır. Örneğin, yirmi beş istinaf mahkemesi kurulduğunda bunlardan iki veya üçü benzer konularda farklı kararlar verirse, bu çelişki nasıl giderilecektir? Bu farklı içtihatlar fark edilene kadar belli bir zaman geçebilir ve aynı konuda kesinleşmiş iki ayrı çözüm ortaya çıkmış olabilir. Gerçi, bu tereddüt bugün için Yargıtay kararları bakımından da dile getirilebilir. Çünkü, daireler arasında yıllardır bilinen içtihat uyuşmazlığı ya da dairelerin farklı kararları, içtihatların birleştirilmesi yolu ile hemen giderilemiyor; bu çelişkili kararları, bugün için dahi yaşayabiliyoruz. Örneğin, ıslah suretiyle müddeabihin arttırılmasını bazı Yargıtay daireleri kısmen ıslah olarak görürken, bazı hukuk daireleri bunu tamamen ıslah olarak yorumluyor. Her iki ıslahın sonuçları birbirinden farklı olduğundan, farklı dairelerden farklı kararlar çıkıyor. Yine ıslahtan söz edecek olursam, Yargıtay’ın pek çok dairesi yargılama sırasında ıslah suretiyle müddeabihin arttırılması halinde, faizin ıslah tarihinden itibaren hesaplanacağına karar verirken, 9.Hukuk Dairesi davanın açıldığı tarihten itibaren faizin hesaplanması gerektiğini ifade ediyor. Bu konuda yapılan eleştiriye karşı, istinaf mahkemeleri uygulaması için UYAP Projesi’nin, belli ölçüde olumsuzlukları giderebileceğine inanıyorum. Çünkü, bu proje hayata geçirildiğinde, tüm mahkeme kararları gibi istinaf mahkemesi kararları da internet aracılığı ile herkesin bilgisine sunulacağından, farklı kararları tespit etmek daha kolay olacağı gibi, istinaf mahkemelerinin de birbirlerinin kararlarını öğrenmesi daha kolay olacağından, çelişkili kararların verilmesi azalabilecektir. Bunların yanında, istinaf mahkemeleri arasında içtihat uyuşmazlığı çıkması halinde, bu uyuşmazlıkların da, içtihatların birleştirilmesi usûlüne tâbi olması nedeniyle, giderilmesi mümkün olabi-

lecektir. Nitekim, Yargıtay Kanunu'nun 15. maddesinin 2. bendine göre, Hukuk Genel Kurulu, "Aynı veya farklı yer bölge adliye mahkemelerinin kesin olarak verdikleri kararlar bakımından hukuk daireleri arasında veya ceza daireleri arasında uyumsuzluk bulunursa" ... "Bunları içtihatların birleştirilmesi yoluyla kesin olarak karara" bağlar. Eğer istinaf mahkemelerinin çelişkili kararları hakkında içtihatların birleştirilmesi mümkün olmasa idi, bu eleştiri, gerçekten kanunların tüm ülkede yeknesak olarak uygulanması sağlanamayacağından, haklı sayılabilirdi.

Bir de, çok haksız bir eleştiri var. Bizde istinaf mahkemeleri, 1924 yılında kaldırılıyor. 1879'da yine böyle batılılaşma çabası içinde olan Osmanlı, Tanzimat sırasında, biraz da Batı'nın talebiyle, Mahâkim-i Nizamiye Teşkilâtı Hakkında Kanun'u kabul ediyor ve bu Kanun'u alırken, tıpkı batıdaki ülkelerdeki gibi, istinaf mahkemelerini de kabul ediyor. Bu Kanun, kırk beş yıl yürürlükte kalıyor; ama 1924 yılında da kaldırılıyor. İstinaf Mahkemelerinin Kaldırılmasına İlişkin Kanun, 469 sayılı Kanun'dur. Kanun'un adı, Mahâkim-i Şeriyenin İlgasına ve Mahâkim Teşkilâtına Ait Ahkâmı Muaddil Kanun. Şimdi bazı meslektaşlarımız, bazı toplantılarda gördüğümüz gibi, şeriat mahkemelerinin kaldırılmasına ilişkin kanunla istinaf mahkemeleri de kaldırılmıştır, diyorlar. Yani, şeriat mahkemeleri neyse, istinaf mahkemeleri de odur; istinafı getirmek isteyen kişiler bu yolla şeriatı da getirmiş sayılırlar, demeye getiriyorlar. Bu, tamamen bir tesaüftür; yoksa istinafla şeriatın hiçbir alakası yok, olmamış, olması da mümkün değil. İstinafa olumsuz gerekçe göstermek için, yukarıdan bu yana sıralıyorum, o kadar çok gerekçe var ki, bunlar varken, bir de böyle gerekçe bulmak biraz aşırı şüphecilik ve haksızlık olarak değerlendirilmeli, diye düşünüyorum. Onun için, bunu herhangi bir şekilde değerlendirmek istemiyorum. Ancak, şunu söyleyeyim: Özellikle, biraz önce söylediğim, Mahâkim-i Nizamiye Teşkilâtı Hakkındaki Kanun'la getirilen istinaf, bu günkü bölge adliye mahkemesi şeklindeki istinafla hiç alakası olmayan bir istinaf biçimidir.

Sayın Bayraktar'ın, biraz önce değindiğim makalesinde ifade ettiği, "mürekkep istinaf", Osmanlı'daki istinaf sistemidir. Bugün, Almanya'daki sisteme de benziyor. Buna göre, siz sulh hukuk mahkemesinin kararlarına karşı asliye hukuk mahkemesinde istinaf kanun yoluna gidebiliyorsunuz. Asliye mahkemesinin kararlarına karşı da, mesela asliye ticarete karşı gidebiliyorsunuz. Osmanlı, böyle bir sistemi istinaf içinde kabul ettiği için başarılı olmamış; çünkü zaten iş yükü çok fazla olan mahkemeler ayrıca istinaf taleplerini gereği gibi inceleyemedikleri gibi, bu durum yargının daha da gecikmesine neden olmuş. Bu olumsuzluğun giderilebilmesi için, Cumhuriyet'in ilk yıllarında hâkim sayısını arttırmak mümkün olmadıktan, istinaf mahkemeleri kaldırılmıştır. Hatta, istinaf mahkemeleriyle ilgili o dönemde yaşanan diğer bir olumsuzluk olarak da, istinafın içinde zabıt kâtiplerinin

veya yetişmemiş personelin hâkim olarak çalışması gösterilmiştir. Yani, yeteri kadar hâkim bulunamayınca, hâkim sınıftan olmayan kişiler dahi hâkim yapılmak suretiyle, bu mahkemelerde çalıştırılmak istenmiştir. Şimdi, ben benzer bir şeyi burada hatırlatmak istiyorum. Bir seferde üç bin hâkim alınmak isteniyor. Bunların, özellikle en az on yıl avukatlık yapmış kişilerin arasından seçilmesi isteniyor. Gerekçe olarak, altı ay staj döneminden sonra bir an önce göreve başlanması amaçlanıyor. Sanki, yaptıklarımız ya da yapmak istediklerimiz, biraz Osmanlı Dönemi'ndeki olumsuzluklara benziyor. Bu başarısızlık baştan belli olduğu için, bu şekilde hâkim sayısını arttırmak yoluna gidilmemesi gerekir.

Bütün bu yaşananlardan, bugün için bir sonuç çıkarmalıyız. Ancak, bütün bu olumsuzluklardan sonra şunu da söylemeliyim: Önümüzdeki yaşananları da bu arada, doğru değerlendirmemiz gerekiyor. Zaten, işi çok ağır olan Yargıtay'ın önüne bir dosya iki kez, en azından, geliyor; çünkü karar düzeltme yolu ikinci bir temyiz başvurusu gibi işliyor. Burada olumlu sonuç alabilmek, çok az bir ihtimal olsa bile, bu dosyalar sıraya giriyor, inceleniyor ve karar veriliyor. Bu açıdan, günümüzde karar düzeltme yolunun da başarılı olduğunu savunmamız mümkün görünmüyor. Karar düzeltme örneğini vermemin sebebi, bu yolun adeta ülkemizde istinaf mahkemesi eksikliğinin giderilmesi olarak ifade edilmesidir. Böyle olunca, karar düzeltme yolu aslında, istinaf mahkemelerinin eksikliğini giderebilecek durumda değil. Bu arada, zaten işi çok yoğun olan Yargıtay'ın temyiz incelemesi sırasında, istinaf mahkemelerinin eksikliği nedeniyle, o mahkemelerin görevlerini de üstlendiğini düşünürsek, bugünkü kanun yolu sistemimiz de memnuniyet verici görünmüyor. Karar düzeltme sayesinde, ülkemizde üç dereceli bir yargı sistemini oluşturmuş sayılamayız. Böyle olunca, acaba üç dereceli yargı daha güvenli değil mi, diye sormamız gerekir. Tereddütsüz bu soruya, üç dereceli yargılamanın daha güvenli olduğunu söyleyerek cevap verebiliriz.

Hukuk davaları bakımından, istinaf kanun yolunun yargılamayı geciktireceğine ilişkin eleştiriye, şunu da eklememiz gerekir: Hukuk davalarının sonunda verilen kararların bir kısmı, istinaf kanun yolundan sonra şekli anlamda kesinleşecek ve bu kararlara karşı Yargıtay'a temyiz incelemesi için başvurulamayacaktır. Örneğin, sulh hukuk mahkemesi kararlarına karşı gidilen istinaf kanun yolundan sonra temyize başvurulamayacaktır. Bu durum, Yargıtay'ın iş yükünü bugüne nazaran oldukça azaltacaktır. Bu, hem Yargıtay'ın daha az dava dosyası ile inceleme yapmasını mümkün kılacak; hem de temyiz incelemesine gidilemeyeceğinden, kararın daha çabuk kesinleşmesini sağlayacaktır. Bu açıdan, sulh hukuk mahkemesi kararları bakımından, kanun yolu süreci açısından, bugüne nazaran bir gecikme yaşanmayacaktır. Bir sulh hukuk mahkemesi kararına karşı, bugün için temyize başvurulduğunda geçirilen süre ile, istinaf mahkemelerinin göreve başlaması

halinde, istinaf kanun yoluna başvurulması halinde geçirilebilecek süre bakımından bir fark, bir zaman kaybı olmayacaktır. Hatta, istinaf mahkemesindeki yargılama daha kısa sürede sonuçlanabilecektir. Başvurulan kanun yolu süresi bakımından bir fark olmayacağı için, istinaf mahkemelerinin kurulmasına yönelik, daha pahalı bir yargılama olacağı eleştirisi de haklı değildir.

Biraz önce söylediğim gibi, bizim hukukumuzda kurulan istinaf mahkemeleri aslında birer küçük temyiz mahkemeleri olacak; gerçek olan budur. Bu küçük temyiz mahkemeleri, zaman zaman bir istinaf mahkemesi görevini de yerine getirecektir. Burada, yeni istinaf sistemimizi biraz şematik olarak göstermek istiyorum. Aslında, çok basit bir istinaf sistemi var. Çünkü, bu yasa hazırlanırken bazı yabancı uzmanlarla da bu konuyu değerlendirdiğimizde, komisyona dediler ki, çok basit bir sistem kabul edin; öyle bir sistem olsun ki, uygulamada problemlerle karşılaştığımız zaman bunu tekrardan düşünün ve değerlendirin; bir ülkenin bazı istisnai hükümlerini alırsanız, size uymayabilir; bu yüzden kendinize özgü, çok basit, yalın bir sistemi kabul edin. Bana göre,elden geldiğince basit kolay işleyen bir istinaf sistemi oluşturulmaya çalışıldı.

İstinaf mahkemelerinde, işin esasına girmeden önce bir “ön inceleme” aşaması getirildi. Böylelikle, dava şartları gibi işin esasına girilmesini engelleyen hususların varsa, işin başında tespit edilmesi amaçlandı. Bu sayede, gereksiz yere işin esasına girilerek, zaman kaybı önlenmeye çalışıldı.

#### IV. Sonuç

Kanaatimce, istinaf mahkemelerinin kurulmasıyla ilgili eleştiriler dikkatle ele alınıp, bu eleştirilerden haklı olanları bu mahkemeler göreve başlayınca ya kadar, giderilmeye çalışılmalıdır. Mahkemelerin göreve başlaması için verilen iki yıllık süre de, bu sayede doğru şekilde kullanılmış olur. Aksi takdirde, istinaf mahkemelerinin kurulması, uygulamada beklenen fayda yerine karmaşaya neden olabilecektir. Temel yasaların değişmesi yanında, yepyeni bir kanun yolu sistemi uygulamada karışıklığa neden olmayacak hale getirilmelidir. Bunun için, gerek temel kanunlar gerekse istinaf mahkemeleri açısından, hâkimlere gerekli eğitim verilebilmelidir. Bunun için, hâkimler akademisi daha yoğun bir faaliyet içinde olmalıdır. Bütün bunların yanında, yıllardır giderilemeyen hâkim açığını kapatmak için gerekli çözümler tartışılmalıdır. Aksi takdirde, bu eksiklik de pek çok sorunu davet ettirecektir.

Yukarıdaki eleştirilere çözüm bulunamıyorsa, en son çözüm olarak, bu mahkemelerin göreve başlaması ertelenebilir; ancak bu erteleme süresi olumlu

kullanılacak ve eksikliklerin giderilebileceği bir süre olmalıdır. Aksi halde, bu ertelemeler bir çözüm getirmeyeceği gibi, bu durum bir süre sonra istinaf kanun yolunun kaldırılmasına ve eskiye dönüşe de neden olabilir. Bugüne kadar, Kanun'un içeriğine yönelik çok fazla eleştiri gelmediğine de dikkatinizi çekmek istiyorum. Eleştiriler, daha çok uygulamada karşımıza çıkacak ve giderilememiş eksikliklere dayanmaktadır. Bunun dışında, bazı yabancı hukuk sistemlerine bakılarak eleştiriler yapılmaktaysa da, istinaf kanun yolu uygulanan tek bir kanun yolu değildir. Bu konuda, ülkeler kendilerine göre tercihlerde bulunmuşlardır. Bizim kanun koyucumuzun tercihi de bu yönde olmuştur. Asıl sorun, uygulamadaki alt yapı diyebileceğim sorunları gidermektir. Bunlar bilgi, iyi yetişmiş eleman ve araçlardır. Zaten, bu altyapıyı düzeltmediğiniz zaman sonuç almanız mümkün olamıyor; mümkün olmadığınızı da şimdiye kadarki bütün yasal değişikliklerde yaşadık. Bu nedenle, istinaf mahkemelerinin kurulması, işlemesi, göreve başlaması konusunda ancak, bütün bu sistemin değerlendirilerek, güçlendirilerek, eksiklikleri giderilerek bir anlam ifade edebileceğini, yargılamaya, uygulamaya bir fayda sağlayacağını düşünüyorum. Yoksa onlarda var, bizde niye olmasın kıskançlıkla kabul ettiğimiz bir yasa olur; ama bu yasa bizi uygulamada mahcup eder.

Yapılan eleştirilerin ve ifade edilen eksikliklerin giderilmesinden sonra, istinaf mahkemelerinin uygulamada önemli bir yarar sağlayacağını tahmin ediyorum.



# YABANCILARIN TÜRKİYE'DE TAŞINMAZ EDİNMESİ SORUNU

*Prof. Dr. Atâ SAKMAR\**

## I. “Yabancı” ve “Mülkiyet Hakkı” Kavramlarına Genel Bakış

Yabancıların Türkiye’de taşınmaz mal edinmesini incelemeden önce, “yabancı” kavramının hukuken ifade ettiği anlamın açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Bilindiği gibi, bir ülkede yaşayan insanlar, o ülkedeki devletle olan hukuki ilişkilerine göre iki ana gruba ayrılırlar. Bunlar “vatandaşlar” ve “yabancılar”dır.

Vatandaşlık, kişiyi bir devlete bağlayan siyasi ve hukuki bağı ifade eder. Buna göre vatandaşlar, bir devlete vatandaşlık bağı ile bağlı olan insanlardır. Türkiye Cumhuriyeti Anayasa’sının 66. maddesinde de bu husus, “Türk Devletine vatandaşlık bağı ile bağlı olan herkes Türktür” denilmek suretiyle ifade edilmiştir.

Yabancı ise, basit bir anlatımla, bu tanımın dışında kalan herkesi kapsamaktadır. Diğer bir deyişle, bir devletin ülkesinde bulunan ve o devletin vatandaşlığını iddia etmeye hakkı olmayan kimseye “yabancı” denir. Geniş anlamıyla yabancı terimi, (i) başka bir devletin vatandaşı olan ve bu devletin diplomatik korumasından faydalananları; (ii) başka bir devletin vatandaşı olmalarına rağmen, daha çok siyasal ve dini nedenlerle kendi ülkelerini terk eden ve buldukları ülkeye sığınan ve dolayısıyla kendi devletlerinin diplomatik korumasından faydalanamayan “mülteciler”i ve nihayet (iii) hiçbir devletin vatandaşı olmayan “vatansızlar”ı da içine almaktadır.

Yabancı kavramından ne anlaşılması gerektiği sorusu bu şekilde açıklığa ka-

---

\* Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Uluslararası Özel Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

vuşturulduktan sonra, konuya ilişkin ikinci saptama yabancıların tarihten bu yana neden vatandaşlara nazaran daha kısıtlı haklara sahip oldukları veya olmaları gerektiği sorularına verilecek cevapla bağlantılıdır. Gerçekten de, insanlık tarihi, yabancıların barbar veya düşman olarak görüldüğü eski çağlardan, onların da insan haklarına sahip, onurlu ve kural olarak vatandaşlar ile eşit bireyler olarak kabul edildikleri günümüze dek önemli evrelerden geçmiştir<sup>1</sup>. Eski Roma ve Yunanda yabancı, savaşta esir düşüp ülkeye köle olarak getirilen kişidir. O dönemde toplumlar arası ilişki sadece savaş şeklinde olmaktadır ve bu çağlarda yabancı, değil hak sahibi olmak, bir mal gibi alınıp satılan bir meta idi. Ama zamanla topluluklar arasındaki ilişkinin boyutu değişmeye başlamış, bunlar arasındaki ilişkiler sadece savaşla sınırlı olmaktan çıkmış, kendisinde olmayanı başkalarından bulmak zorunda kalmasıyla toplumlar arasında ikinci bir iletişim biçimi ortaya çıkmıştır. Böylelikle ticaret, insan topluluklarının en önemli iletişim kaynağı haline gelmiştir. Hatta bu o kadar ileri gitmiştir ki, özel hukuka ilişkin haklar yanında, siyasi haklar, seçme ve seçilme hakkı gibi kamu hakları dahi yabancılara tanınmıştır. Günümüzde Batı Avrupa'daki Türk asıllı kişiler, önce yerel seçimlere, sonra diğer seçimlere de katılma, hem seçen, hem seçilen olma haklarını kazanmış duruma gelmiştir.

Vatandaş ile yabancı arasındaki farklılıklara ilişkin önemle üzerinde durulması gereken hususlardan biri de, konunun "insan hakları" kavramıyla birlikte değerlendirildiğinde arzettiği özelliştir. Şöyle ki, insan hakları deyimi, adından da anlaşılacağı üzere, vatandaş ile yabancı ayırımı yapmayı yasaklayan, insan olmanın hak sahibi olmak için yeterli olduğu bir kavramı ifade eder. Bu sebeptendir ki, gerek İnsan Hakları Evrensel Beyanname, gerek Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, gerekse insan haklarına ilişkin diğer uluslararası anlaşmaların temelinde hep insanlara, sadece insan olmalarından dolayı, eşit haklar tanınmasını sağlamak gayesi bulunmaktadır.

Bununla beraber, haklar konusunda vatandaşlar ile yabancılar arasında tam bir eşitliğin sağlanması doğal olarak oldukça zor bir meseledir ve bu hususta bazı farklılıkların bulunması günümüz şartlarında da olağan karşılanmaktadır. Farklılık arzeden bu tür konuların başında da "mülkiyet hakkı" gelmektedir. Belirtmek gerekir ki, mülkiyet hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin ilk versiyonunda yer almamaktaydı ve bu hususu, mülkiyet hakkının ilk zamanlarda insan haklarından biri olarak telakki edilmediği şeklinde yorumlamak da mümkün gözükmekteydi. Ancak daha sonra Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Ek 1 Numaralı Protokol<sup>2</sup> kabul

1 Hikmet Sami TÜRK: Açış Konuşması, Vatandaşlık ve Yabancılar Hukuku Alanında Gelişmeler (Bilimsel Toplantı), 24-25 Eylül 1998, İstanbul, s. 12.

2 Türkiye, bu protokolü 18 Mayıs 1954'te onaylamıştır.



edilmiş ve böylelikle mülkiyet hakkı da insan haklarından biri olarak kabul edilmiştir. Gerçekten de, 20.03.1952 tarihinde imzalanan Ek 1 No’lu Protokol’ün 4. maddesinde, her gerçek ve tüzel kişinin (vatandaş veya yabancı) mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkı olduğu ve bir kimsenin ancak kamu yararı sebebiyle ve yasada öngörülen koşullara ve uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olarak mal ve mülkünden yoksun bırakılabileceği belirtilmiştir. Bu noktada önemle vurgulanması gereken husus şudur: Protokolde kabul edilmiş olan bu hak, mülkiyet hakkının edinilmesi değil, mülkiyet hakkının korunmasına ilişkindir ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi de ancak bu konulara ilişkin ortaya çıkabilecek sorunlarda devreye girebilmektedir. Diğer bir ifadeyle, bu maddede, mülk edinme hakkını koruma altına almamakta, sadece mevcut bir mülkiyet hakkının devletin haksız müdahalelerine karşı korunması sağlanmaktadır.

Diğer taraftan Türkiye Cumhuriyeti Anayasasına baktığımızda, kamu hak ve özgürlüklerini düzenleyen bütün maddelerin “herkes” kelimesi ile başladığını görüyoruz. Örneğin, “Kanun Önünde Eşitlik” kenar başlığını taşıyan Anayasanın 10. maddesinde yer alan, “Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir” (f. 1) hükmü veya “Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınmaz” (f. 4) hükmü, vatandaş-yabancı ayırımı gözetmeksizin herkesin kanun önünde eşit olduğunu açıkça vurgular niteliktedir.

Anayasa’da kural olarak var olduğu kabul edilen bu özgürlüklerin istisnaen kısıtlanmasının hukuki dayanağı ve şartları da yine bizzat Anayasa’da belirtilmiştir. Anayasa’nın “Temel Hak ve Ödevler” başlığını taşıyan İkinci Kısmının içinde yer alan “Yabancıların Durumu” kenar başlıklı 16. Maddesinde “Temel hak ve hürriyetler, yabancılar için, milletlerarası hukuka uygun olarak kanunla sınırlanabilir” hükmü yer almaktadır. Mülkiyet hakkı açısından düşünüldüğünde, yabancıların mülkiyet hakları, bu hüküm uyarınca, uluslararası hukuka uygun olmak kaydıyla ancak kanunla sınırlandırılacaktır. İlk kıstas olan “uluslararası hukuka uygunluk” önemli bir kıstastır zira söz konusu hakka ilişkin kısıtlamaların keyfiyete dönüşmemesi ve devletten devlete değişmemesi, bu sınırlamaların uluslararası hukuka uygun olması ile sağlanmaktadır. İkinci kıstas ise, bu sınırlamaların mutlaka bir *kanunla* yapılması gereğidir. Bu kural, temel hak ve özgürlüklerin yönetmelik veya idari kararlarla kısıtlanamayacağı ve sınırlamaların ancak kanunla getirilebileceği anlamını taşımaktadır.

## II. Yabancıların Türkiye’de Taşınmaz Edinmelerini Sağlayan Hukuki Düzenlemeler

### A. 7 Safer 1284 (1867) tarihli Tebaa-i Ecnebiyenin Emlake Mutasarrıf Olmaları Hakkında Kanun

Yabancıların Türkiye’de taşınmaz edinme hakkının ilk ortaya çıkışı 1867 tarihine dayanır. Safer Kanunu olarak da bilinen 7 Safer 1284 (1867) tarihli Tebaa-i Ecnebiyenin Emlake Mutasarrıf Olmaları Hakkında Kanun<sup>3</sup> ile ilk defa yabancılara Osmanlı topraklarında taşınmaz mal edinme hakkı tanınmıştır. Bilindiği gibi, kapitülasyonlar ile Osmanlı’da yabancılara çok geniş haklar hatta imtiyazlar tanınmıştı. Ancak bunun içinde taşınmaz edinme hakkı yoktu. Hiç kuşkusuz o dönemde de yabancılar için oldukça önemli olan bu hakkın tanınmamasının ardında, Osmanlı’daki Toprak Hukuku, Arazi Hukuku ve Eşya Hukuku ile ilgili olan hukuki düzenlemeler bulunmaktadır. Zira, Osmanlı’da İslam Hukukunun bir sonucu olarak toprak mülkiyeti Allah’a aittir ve O’nun yeryüzündeki temsilcisi olan padişah da bu hakkı O’nun namına kullanan erktir. Dolayısıyla, o dönemlerde Osmanlı İmparatorluğu’nda bugün anladığımız manada özel kişilere tanınmış olan bir mülkiyet hakkı söz konusu olmamıştır. Buna mukabil, padişahın belirli kişilere, gruplara hatta cemaatlere bir takım yerleri tahsis ettiği ve onlara bu topraklardan yararlanma imkânı tanıdığı görülmektedir. Diğer bir ifadeyle, Osmanlı Döneminde kişilerin mülk üzerinde sahip olabilecekleri hak, sadece tasarruf hakkıdır ve bu sebepledir ki Osmanlı’da “malikten” ziyade “mutasarrıf” olmaktan bahsedilir. Hal böyle iken, bu tarihe dek, Osmanlı’nın kendi vatandaşlarına dahi tanımadığı bir hak olan “mülkiyet hakkı”nı yabancılara tanıması da haliyle söz konusu olmamıştır<sup>4</sup>.

İlk kez 1876 gibi erken bir tarihte yabancılara Türkiye’de taşınmaz mal edinme hakkının tanınmış olması kuşkusuz ilgi çekicidir. Bu hak sadece yabancı devletin uyruğuna sahip gerçek kişiler için söz konusu olmuştur. Ve bu düzenlemede de vatandaşla yabancı arasında bir ayırım yapılmamış ve vatandaş ile yabancı arasında eşitliği ilkesi benimsenmiştir. Daha sonra 1913 yılında bu defa tüzel kişilere de taşınmaz edinme hakkını tanıyan 16 Şubat 1328

<sup>3</sup> Düstur: Tertip 1, Cilt 1, s. 230.

<sup>4</sup> Osmanlı İmparatorluğu’nda yabancı gerçek kişilere ülkede taşınmaz mülk edinebilme hakkının 1867 tarihinde tanınmış olması gerçekten önemli bir adım sayılır. Zira o dönemlerde Fransa’da bile yabancıların taşınmaz edinme hakkına sahip olup olmadıklarına ilişkin çok net bir hukuki düzenleme mevcut değildir. Halbuki Fransız Medeni Kanunu 1802’de yürürlüğe girmiş ve orada yabancıların ancak kendilerine tanınan haklardan yararlanabilecekleri belirtilmişti. Zaman içinde Fransız içtihatları bu maddeden hareketle tamamen aksi bir sonuca vararak, yabancıların kanunla kendilerine yasaklanmayan tüm haklara sahip olacakları şeklinde bir uygulamaya ulaşmıştır.

Tarihli ve 83 Numaralı Eşhas-ı Hükmiyenin Emvali Gayrimenkule Tasarruflarına Mahsus Kanunu Muvakkat isimli bir kanun yürürlüğe girmiştir. Belirtmek gerekir ki, modern anlamda tüzel kişi kavramının da Osmanlı Hukukunda ilk defa ortaya çıkması da yine bu döneme rastlamaktadır.

### **B. Cumhuriyet Döneminde Yabancıların Taşınmaz Edinmelerine İlişkin Hukuki Düzenlemeler**

Cumhuriyet Döneminin konuya ilişkin ilk düzenlemesi 18.3.1924 tarih ve 442 sayılı Köy Kanununun, yabancı gerçek ve tüzel kişilerin köylerde arazi ve emlak almalarını yasaklayan 87. maddesi olmuştur. Köy Kanunu ile yapılmış olan bu düzenlemeyi 1934 yılında yürürlüğe giren Tapu Kanunu’nun 35 ve 36. maddelerindeki düzenlemeler izlemiştir. Bu bağlamda, 1934 yılında yürürlüğe giren Tapu Kanunu, yabancıların gayrimenkul edinmesini açıkça kabul eden Cumhuriyet Döneminin ilk hukuki düzenlemesi olmuştur. Gerçekten de, Tapu Kanununun ünlü 35. maddesi ile yabancılara da belirli şartlarla taşınmaz edinme hakkı tanınmıştır. Buna göre yabancılar prensip olarak iki şartın gerçekleşmesi halinde Türkiye’de taşınmaz mal edinebilirlerdi. Bu şartlar: (i) “mütekabiliyet”in gerçekleşmesi ve (ii) talebin “kanuni sınırlamalara uygun” olması idi.

Üzerinde çok tartışmaların olduğu mütekabiliyet ilkesi ne anlama gelmektedir? Bu da Uluslararası Hukukun bir ilkesidir. Ama doğrusunu söylemek gerekirse 19. yy’daki Uluslararası Hukukun bir ilkesidir. Ancak bugün birçok hakta mütekabiliyet ilkesini uygulamak mümkün gözükmemektedir. Örneğin, şayet bir ülke, kendi vatandaşlarına ya da yabancılara düşünce özgürlüğünü tanııyorsa, bu, o ülke vatandaşlarının, demokratik, medeni ve çağdaş bir ülke olduğunu iddia eden bir ülkede bu ilkedden dolayı aynı kısıtlamaya maruz kalmaları anlamına gelmemelidir. Mütekabiliyet ilkesi bu bağlamda uygulanarak söz konusu ülke vatandaşlarının bu gibi temel haklarını tanımamayı haklı kılmaz.

Tabii, diğer bazı insan haklarında olduğu gibi yabancıların mülkiyet hakkına sahip olması “olmazsa olmaz” bir hak sayılmadığından, bu ilke daha farklı değerlendirilmelidir.

Mütekabiliyet ne zaman gerçekleşmiş sayılır sorusuna gelince, burada akla üç ihtimal geliyor:

- 1) Devletler arasında yapılmış bir antlaşma varsa bu takdirde “sözleşmeye dayanan ahdi karşılıklılık” mevcuttur.

- 2) Kanuni karşılıklılık: yabancı devletin kanunlarında eğer Türk vatandaşlarının taşınmaz edinmelerine dair bir engel yoksa, o devlet vatandaşı da Türkiye’de taşınmaz edinebilir.
- 3) Fiili Karşılıklılık: Antlaşma veya kanuni açık bir düzenleme yok ancak bir Türk vatandaşı o ülkede fiilen taşınmaz edinebiliyor ise bu takdirde fiili bir durum olarak karşılıklılık mevcuttur.

Mütekabiliyet ilkesi sorun çıkaran, Anayasa Mahkemesinin çeşitli kararlarına temel teşkil eden çok önemli bir ilkedir. Tapu Kanunundaki mütekabiliyet ilkesinin “fiili mütekabiliyeti” ifade ettiği sonraki tarihteki meclis kararlarında ortaya konmuştur. Diğer bazı kısıtlamalar da değişik kanunlarda yer almıştır. Örneğin 2003 tarihine dek, Köy Kanunu madde 87’ye göre yabancıların köy hudutları dahilinde taşınmaz edinmeleri yasaklanmıştı. Köylerin dışındaki tarım arazilerinde taşınmaz mal edinimi ise belli bir miktara kadar serbest bırakılmış, belli bir sınırın üzeri için ise Bakanlar Kurulu iznine tabi tutulmuştur.

Bir diğer istisna ise Askeri Yasak Bölgeler ve Güvenlik Bölgeleri Hakkında Kanunda yer almaktadır. Bu bölgelerde de yabancıların taşınmaz edinmesi sakıncalı görünmüştür.

1980’lere ve 1984’e kadar yabancıların taşınmaz edinmesi gündem dışı olan bir mesele iken, sonraları belirli ülke vatandaşlarına karşı uygulanan mukabele-i bilmisil yani karşı işlem yapma yasaları ile anılan uygulamalar ortaya çıkmıştır. Önceleri 2. Dünya Savaşından sonra sosyalist ülke vatandaşlarına uygulanmıştır mukabele-i bilmisil, sonrasında Suriye’deki toprak reformu sırasında Türk asıllı kişilerin topraklarının kamulaştırılması ve bedelinin ödenmemesi sebebiyle Suriye vatandaşlarına uygulanmıştır ve en önemlisi 1964 yılında çıkarılan gizli bir kararnameyle Türkiye’de bulunan bütün Yunan vatandaşlarının taşınmazları üzerindeki haklarının dondurulması kararı vardır ve 1987’ye kadar sürmüştür bu uygulama.

1984’te Körfez ülkeleri Amman ve Katar gibi petrol zengini ülkelerin emirleri özellikle İstanbul’da taşınmaz edinmeye sıcak bakmışlar ancak o ülkede yabancıların taşınmaz edinmesi mümkün olmadığı için buna imkan bulamamışlardır. Bunun üzerine o dönemde hazırlanan bir kanunla 35. maddede bir değişiklik yapılmış ve bu Körfez ülkelerinin vatandaşlarının taşınmaz edinmesinde karşılıklılık şartının aranmayacağı ve ayrıca Köy Kanunundaki sınırlamaların da onlara uygulanmayacağı kabul edilmiştir.

Ancak Anayasa Mahkemesi esas olarak eşitlik ilkesine dayanan gerekçeler-

le bu kanun hükmünü iptal etmiştir. Ne var ki, hemen ertesi yıl, aynı mealdede 2. bir kanun çıkarmış ancak Anayasa Mahkemesi bu kanunu da aynı sebeplerle iptal etmiştir.

Sonraki yıllarda Türkiye’de yavaş yavaş gelişen turizm ile özellikle Batı Avrupa ve Kuzey ülkelerinin vatandaşları başta olmak üzere pek çok yabancı uyruklu kişi Türkiye’de taşınmaz edinmeye başlamışlardır.

### **C. Tapu Kanunu’nda Yapılan Son Değişikliğin Değerlendirilmesi**

Bütün bu süreç sonunda nihayet yeni bir kanunla konunun yeniden düzenlenmesi gündeme gelmiştir. Bu düzenlemedeki amaç, yabancıların taşınmaz edinmesini daha kolaylaştıran bir kanun düzenlemesi yapmaktır ve yaptılar ancak bu kanun da Anayasa Mahkemesince iptal edildi. Arada bir de boşluk oldu. Bu süre zarfında karşılaşılan en büyük sorun şuydu: acaba iptal kararı üzerine eski Tapu Kanunu md. 35 tekrar yürürlüğe mi girdi yoksa, sınırlama öngören kanun olmadığı için yabancıların taşınmaz edinmesi tümüyle serbest mi kaldı? Bu hususta çözüm moratoryum ilan edilmekte bulundu ve yeni bir düzenlemeye dek yabancıların taşınmaz edinmesinin durdurulması yoluna gidildi.

Nihayet yeni bir kanun ile Tapu Kanunu Md. 35 değiştirilerek liberal bir düzenlemeye varıldı.<sup>5</sup>

Son olarak kanunla getirilen düzenlemelere de bir iki satır başlığı halinde değinelim. Taşınmaz mal edinme hakkı yine karşılıklı olma şartına bağlanmıştır, sadece imar durumlu, planı olan yerlerin satılabileceği öngörülmüştür, askeri yasak bölgeler için yine sınırlamalar getirilmiştir, özelliği olan bazı topraklar açısından da yeni düzenlemeler yapılmıştır. Bu arada en önemli değişiklik, yabancı tüzel kişilere de taşınmaz edinme hakkının belirli koşullar dahilinde tanınmış olmasıdır. Kanunun getirdiği en büyük yenilik ise, Doğrudan Yatırımlar Kanununa göre yabancı sermayeyle kurulan şirketlerin de taşınmaz mal edinme açısından diğer Türk şirketleriyle aynı konumda sayılması ilkesidir.

Yabancı şirket dediğimiz zaman, bu çeşitli kıstaslara göre belirlenir. Yani bir şirketin yabancı mı, yerli mi olduğunu tespitinde kullanılan belirli kıstaslar vardır. Hukukçu olmayanın aklına ilk gelen kıstas nedir? Sermaye Türk sermayesi mi, yabancı sermaye mi, şirketin ortakları Türk mü, yabancı mı ve-

---

<sup>5</sup> 29.12.2005 tarihinde kabul edilen ve 07.01.2006 tarihli Resmi Gazetede yayımlanan 5444 sayılı kanun.

ya yönetim kurulunda yönetim Türklerde mi, yabancılarda mı? Hiçbiri değil. Türkiye'deki hukuk sistemine göre bunların hiçbiri o şirkete yabancı sıfatını vermiyor. Yani yüzde 100 yabancı sermayeyle kurulmuş olan ve ortakların yüzde 100'ü yabancı olan bir şirket, eğer Türkiye'de Türk kanunlarına göre kurulmuşsa bir Türk şirkettir. Yabancı şirket ne zaman olur? Ancak yabancı bir ülkede, yabancı bir kanuna göre kurulmuş olan şirketler yabancı şirket sayılır. Şimdi Doğrudan Yatırımlar Kanunu yabancılara Türkiye'de aynı Türk vatandaşları gibi yatırım yapma hakkını ve aynı haklardan yararlanma hakkını veriyor. Öyleyse, karşılıklılık şartının da önemi kalmadı. Türkiye ile arasında karşılıklılık olmayan bir devletin vatandaşı ne yapacak? Türkiye'de bir anonim veya limited şirket kuracak, taşınmaz bu şirket adına alınacak ve ilgili kişinin yararlanmasına tahsis edilecek.

Bu arada bazı genel noktalara değinmekte yarar var. Günümüzde dünya öyle bir yere geldi ki, herkesin kafasında değişik kavramlar var. Özellikle ülkemizdeki belirli çevrelerde, insanlar kalkınmanın liberal ekonomi içinde olacağını, serbest piyasa ekonomisiyle gelişeceğini, yabancı sermayeye ihtiyaç olduğunu, tek kelimeyle küreselleşmenin tek çözüm olduğuna inandılar ve dünyada maalesef bunun bir alternatifi de çıkmadı. Küreselleşme denilen olay günahıyla, sevabıyla, ama bir gerçek olarak dünyanın gündemine geldi oturdu. Çin'de de durum böyle, Rusya'da da böyle, bir tek Güney Amerika direniyor, ama Hindistan'da böyle, tüm dünyada böyle. Belki bu düzen de belli bir zaman sonra değişecek, bunun yerine bambaşka bir şey gelecek. Nasıl komünizm, sosyalizm uygulama olarak bitti, belki bunun da uygulaması bitecek.

Ama bu genel yaklaşıma karşı bir de anti tez mevcut Türkiye'de; yabancı sermayeyi reddeden, yabancılarla ilişkileri, ticari ilişkileri küçük gören, özellikle Avrupa Birliği ülkelerinin Türkiye'ye daima çifte standart uyguladığını, olmayacak koşullar ileri sürdüğünü ve hâlâ emperyalist zihniyetle hareket ettiğini savunan. Buna karşılık, Türkiye'nin kendi imkânlarıyla, kendi kabuğu içinde, kendi değerlerine sahip çıkarak yaşamasının daha doğru olduğuna inanan çok güçlü bir akım da var.

Anayasa Mahkememizin yaklaşımı da bu son görüşe yakın. Tapu Kanununun 35. maddesinin iptaline ilişkin kararının gerekçelerinden örnek vereyim:

“Toprak devletin vazgeçilmesi olanaksız, asli maddi unsuru ve simgesidir. Ülke olmadan devlet olmaz. Ülkeyi, devlet otoritesinin geçerli olacağı üstün hukuk ilkesine dayanmak suretiyle, ülkede yerleşik olan topluluğunun güvenliğini ve yararını kollamak ve gözetmek durumundadır. Bu egemenliğe dayalı üstün bir haktır. Devlet için bir nefsi müdafaa tebdili niteliğindedir”.

Yani yabancıların taşınmaz edinmesini Türkiye için bir tehlike olarak gören ve devletin ülkesiyle, özel mülkiyet arasında ayırım gözetmeyen bir yaklaşım da mevcut. Oysa, özel mülkiyetle devletin ülkesi üzerindeki egemenlik hakkını aynı kefeye koymamalıyız diye düşünüyorum. Devlet kendi ülkesi üzerinde, onu oluşturan taşınmazların maliki ister vatandaşı olsun, ister yabancı olsun, her türlü egemenlik hakkına sahiptir. Nasıl Osmanlı’da tasarruf hakkı varsa, burada da devlet çıkaracağı kanunlarla, getireceği kısıtlamalarla, kamulaştırmalarla gerektiğinde gayet tabii kendi ülkesinin toprağına sahip çıkacaktır.





# İŞ SÖZLEŞMESİNİN FESHİNDE İSPAT SORUNLARI

*Doç. Dr. Murat ENGİN\**

## I. İspat Yüküne İlişkin Kuralların Hukuki Niteliği

4857 sayılı İş Kanunu m.20/II feshin geçerli nedene dayandığını ispat yükünü işverene yüklemektedir. İK m. 25/son gereği haklı nedenle fesihlerde de ispat yükü işverenin üzerindedir.

İspat, uygulanacak hukuk normunun koşullarını karşılamaya elverişli olan somut vakıaların iddia edildiği gibi olduğu konusunda hakimde tam bir kanaat uyandırmak üzere yapılan ikna faaliyetidir<sup>1</sup>. İspat yükü, belirsizlik halinin sonuçlarının düzenlenmesidir. İspat yüküne ilişkin kurallar somut vakıa iddiasının ispatsız veya belirsiz kalması durumunda, yani hakimin iddia edilen vakıanın varlığı veya yokluğu konusunda kanaat edinemediği durumda hangi taraf aleyhine karar verileceğini belirleyen böylece maddi sorunda ki belirsizliğe rağmen hukuki sorun hakkında hakime bir yönde karar verme yükümlülüğü yükleyen maddi hukuka ilişkin kurallardır<sup>2</sup>.

İspat yükü kurallarının niteliği gereği objektif ispat yükü yer değiştirmez. Delil ikame yükü ise usul hukuku kuralıdır ve dava sırasında yer değiştirir. Özellikle ispat güçlüğü ve delillerin karşı tarafın hakimiyet sahasında bulunduğu durumlarda delil ikame yükü ispat yükü kendisinde olmayan tarafa geçer. Feshin geçerli nedene dayandığını ispat yükü üzerinde olan işverenin, kendi delillerini sunarak delil ikame yükünü yerine getirmesiyle, delil ikame yükü işçiye geçer<sup>3</sup>.

---

\* Galatasaray Üniversitesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

1 Atalay, Oğuz, Medeni Usul Hukukunda Menfi Vakıaların İspatı, İzmir 2001, 5

2 Atalay, 9

3 Atalay, 16 vd.

İş Kanunu m.19/I hükmü işvereni fesih bildirimini yazılı olarak yapmak ve fesih nedenini açık ve kesin bir şekilde belirtmekle yükümlü kılmaktadır. Fesih nedenini açık ve kesin olarak belirtme yükümlülüğünün ispat hukuku bakımından sonucu, işverenin delillerinin fesihte bildirdiği nedene hasrıdır. İşveren dava sırasında fesih bildiriminde belirttiği nedenden başka bir nedene dayanamaz ve başka bir nedenle ilgili iddia ve delilleri dikkate almaz.

Geçerli fesih nedenleri hukuki işlem değil maddi olgular olduğundan ispat takdiri delillerle yapılabilir. İş sözleşmesinin feshinde ispat yükünün içeriği, delillerin niteliği her bir fesih nedenine göre değişiklik gösterir. Her bir fesih nedeni kendine özgü olduğu için ispat araçları da fesih nedenine bağlı olarak değişiklik gösterir.

## **II. İşletme Gereklere Nedeniyle Fesih ve İşletme Gereğinin İspatı:**

İşletme gereklere nedeniyle feshin temel koşulu ve ispatın konusu işçinin işgücü fazlası haline gelmiş olmasıdır. İşletme gereklere nedeniyle fesihlerde işveren işçinin işgücü fazlası haline geldiğini iki aşamada ispatla yükümlüdür. İlk aşamada işveren, işletmesel kararın alınarak uygulandığını ve bu uygulama sonucunda işçinin o güne kadar yaptığı işi sürdürme olanağının kesin bir biçimde ortadan kalktığını ispatlayacaktır. İkinci aşamada, feshin son çare olması ilkesi gereği, işçinin sözleşmede esaslı değişiklik yoluyla da olsa bir başka işte veya yerde çalıştırılmasının mümkün olmadığını ispatlamakla yükümlüdür.

İşletme gereklere nedeniyle fesihlerde yargı denetiminin konusu, feshin ciddi ve tutarlı bir uygulamanın sonucu olup olmadığının, diğer bir ifadeyle keyfi olup olmadığının denetimidir. Yargı denetiminde işveren, işletmesel kararın alındığını ve bu kararın kurumsal bir ciddiyet ve tutarlılıkla uygulandığını hiçbir şüpheye yer bırakmayacak biçimde kesin olarak ispat etmekle yükümlüdür. Özellikle, yeniden yapılanma gibi önemli bir karar alan ve bu kararı uygulayan işverenin kurumsal bir ciddiyet ve tutarlılık içinde hareket etmesi, yasalar ve ispat hukuku kuralları çerçevesinde sıhhati konusunda şüphe uyandırmayacak ve birbiri ile tutarlı bilgi ve belgelerle yeniden yapılanmayı ve bu yapılanma sonucunda işçinin neden işgücü fazlası haline geldiğini açıklaması beklenir. İspatın konusu işgücü fazlası olduğundan, örneğin işverenin mali durumunun kötüye gittiğini gösteren kayıtların tek başına bir anlamı bulunmamaktadır.

Uygulamada, işletme gereklere nedeniyle feshin bazı keyfi ve hukuka aykırı amaçlarla kullanılmaya çalışıldığı görülebilmektedir. Özellikle, işyerinin ye-

niden yapılandırılması(reorganizasyon) adı altında işletmesel amaçla değil, belirli bir kişi veya kişilerin sözleşmelerini fesih amacıyla uygulama yapılabilmektedir. Bu yöntem özellikle şirket üst yönetiminin değiştiği ve yeni yönetimin alt kadrolarda kendi istedikleri kişileri görevlendirmeyi amaçladıkları hallerde gündeme gelmektedir.

Reorganizasyon adı altında işletme gerekleri nedeniyle fesih kolaylıkla kötüye kullanılabileninden, bu konudaki ispat özellik göstermektedir.

İspatın amacı mahkeme nezdinde kanaat uyandırmaktır, ancak işletme gerekleri nedeniyle fesihlerde yeterli kanaat uyandırma, işverenin “yaklaşık olarak ispatla” yetinebileceği anlamına gelmemektedir. İşletme gerekleri nedeniyle fesih gibi yazılı ve tutarlı belgelerle ispatlanabilecek bir konuda “yeterli kanaati uyandırmak” ispat hukuku ilke ve kuralları gereği ancak bu belgelerin sağlığı, tutarlılığı ve birbiriyle bütünlüğü ile mümkün olabilir. Özellikle önemli organizasyonel değişikliklerin tam bir ciddiyet ve kesinlik içinde yapılması ve belgelenmesi beklenir. Yönetim kurulu kararları, organizasyon şemaları gibi birbirini destekleyen belgelerle ispat edilmesi gereken bir olgunun sadece tanık beyanı ile ispatı mümkün değildir.

Uygulamada, eski ve yeni organizasyon adı altında fesih tarihinden üç gün öncesi ile bir gün sonrasını gösteren imzasız, onaysız, herhangi bir başka belgeye dayanmayan, basit bir bilgisayar çıktısından ibaret olup nasıl bir karar mekanizması ve süreç sonucunda ortaya çıktığı belli olmayan organizasyon şemaları yeterli ispat aracı değildirler. Bu gibi organizasyon şemalarında, örneğin reorganizasyonun isnat ettiği yönetim kurulu kararının belgede belirtilmemiş olması, belgenin ciddiyetini gösteren yetkili imzası ve onayının bulunmaması gibi hususlar işverenin ciddiyeti konusunda şüphe uyandırmaktadır.

### **III. Yetersizlik, Özellikle Verim Düşüklüğü Nedeniyle Fesih ve İspatı:**

İş Kanunu m. 19/II ye göre, hakkındaki iddialara karşı işçinin savunması alınmadan davranışları ve verimi nedeniyle iş sözleşmesi feshedilemez. Yasanın davranışlar ya da verim nedeni ile fesihlerde savunma alınmasını ve fesih nedeninin açık ve kesin şekilde belirtilmesini zorunlu kılmasının amacı, savunmanın konusu ile fesih nedeni ya da nedenleri arasında tutarlılığı, açıklık ve kesinliği sağlamaktır. İşveren savunma talebini örneğin sadece yetersizlik nedeni ile sınırladığında feshi ve doğacak uyuşmazlıklarda ispat yükünü bu nedene hasretmiş olmaktadır.

Yetersizlik nedeniyle fesih verim düşüklüğü dışında işçinin hastalığı ve işin

yapılması için gerekli objektif bir niteliğin, örneğin şoför olarak çalışan kişinin şoför ehliyetini uzun süreli olarak kaybı gibi nedenleri de kapsar. Bizim burada üzerinde durmak istediğimiz konu, verim ya da uygulamadaki adıyla performans nedeniyle feshin ispatıdır.

Verimsizlik nedeniyle fesih iş görme ediminin gereği gibi ifası ile ilgilidir, performans yetersizliği işçinin edimini işin gerektirdiği objektif kıstaslara uygun yapmamasıdır. Fesih nedeni iş görme ediminin gereği gibi ifa edilmediği iddiası olduğundan, verimsizlik nedeniyle feshin ilk koşulu, işçinin iş görme borcunun kapsamını önceden bilmesi veya bilecek durumda olmasıdır.

Bu nedenle, iş görme ediminin önceden somutlaştırılmış, yapılan işin niteliğine göre önceden belirlenmiş ve ilan edilmiş olması gerekir. İşçinin başarı kıstasını bilmesi veya en azından işin niteliğine göre bilecek durumda olması esastır.

Performans değerlendirme sisteminin geçerli olabilmesi için öncelikli olarak kişisel hedefler belirlenmeli, bu hedefler personele bildirilmiş olmalı ve performans bu hedeflerin gerçekleştirilme derecesiyle ölçülerek sonuçları (iyi performans/kötü performans) personele bildirilmelidir. Diğer taraftan, iyi performans/kötü performans yargısına yalnızca hedefleri gerçekleştirme oranı göz önünde bulundurularak ulaşılmaması gerekir. Aslında, bir işçinin performansı kendisi için saptanan hedefleri gerçekleştirme oranıyla birlikte işyeri bünyesinde yer alan benzer şartlarda çalışan diğer işçilerin performans ortalaması karşılaştırılarak değerlendirilmelidir. Emsal işçi performansın değerlendirilmesinde bir kıstas olmakla birlikte, feshe muhatap olan işçi ile emsal işçinin sorumluluk sahaları ve iş hacmi gibi aynı objektif şartlara sahip oldukları ispatlanmalıdır.

Ayrıca, işçinin performansının nispeten kısa bir dönem kötü olması performans düşüklüğü sonucuna varmak için yeterli değildir. Sürekli bir ilişki kurran iş sözleşmesinde tarafların, nispeten kısa süreli bazı engel ve olumsuzlukları baştan göze aldıkları varsayılır. Geçerli veya haklı nedenle fesih hakkı ise, ancak sözleşmeye devam taraflardan biri için dürüstlük kurallarına göre çekilmez hale geldiği takdirde doğar. Bu nedenle, işçinin performansının olumsuz değerlendirilmesi için kötü performansın kanaat uyandıracak bir süre boyunca devam etmesi, dürüstlük kurallarına göre süreklilik arz etmesi gerekir.

Bir performans değerlendirme sisteminin kişisel hedefleri barındırması kadar işin niteliğini yansıtacak unsurları da işe etkileri oranında barındırma-

sı gerekmektedir. Örneğin bir prim sisteminin salt satış miktarlarını içermesi ya da salt satış tutarlarını içermesi anlam ifade edemeyebilir. Performans değerlendirme sistemi sayısal hedefler gibi bu sayısal hedefleri destekleyen, bireysel gelişimi ve verimliliği ölçmeye ve değerlendirmeye yarayan kriterleri de içermelidir. Bunun yanında işçinin performansını düşüren işveren ya da üçüncü kişilerden kaynaklanan dış etkenler de dikkate alınmalıdır.

#### **IV. Davranış ve İK m. 25/II'ye Göre Haklı Nedenle Fesihlerde İspat**

Davranışlar nedeniyle ve İK m. 25/II'ye göre haklı nedenle fesih, işçinin kusurlu davranışı sonucunda taraflar arasındaki güven ilişkisinin çöktüğü varsayımına dayanır. Geçerli ya da haklı fesih nedeninin ortaya çıkması için zararın doğumu şart değildir. Bu nedenle, işverenin kusurlu davranışın sonucunda zararın doğduğunu değil, güven ilişkisini sarsan veya çökerten nitelikte bir davranışın varlığını ispatlaması yeterlidir.

Ancak, işverenin bu ispatı yapabilmesinin temel koşulu fesihten önce çelişkili tutum takınmamasıdır. Davranışlar nedeniyle fesihte kusurlu davranışın varlığını ispat yeterlidir. Böyle bir davranış tespit edilebiliyorsa güven ilişkisinin de sarsıldığı kabul edilir ve davranış sonucunda güven ilişkisinin sarsıldığına ayrıca ispatı gerekmez. Ancak, işverenin kusurlu davranışa rağmen gerekli tedbirleri almadan sözleşme ilişkisine uzunca bir süre boyunca eskisi gibi devam etmesi kusurlu davranışa rağmen güven ilişkisinin sarsılmadığını gösterir. Bu durumdaki işverenin makul sayılamayacak bir sürenin sonunda fesih yoluna gitmesi çelişkili bir tutumdur ve feshin geçersiz olduğu sonucuna varılabilir. Nitekim, İK m. 26, işverenin ahlak ve iyiniyet kurallarına aykırı davranışı öğrendiği andan itibaren altı iş günü içinde fesih hakkını kullanması zorunluluğunu getirmekte, böylece güven ilişkisinin çöktüğünün hak düşümü süresi içinde ileri sürülmesini, aksi halde haksız feshin sonuçlarının doğacağını hükme bağlamaktadır.

Örneğin, fesihten uzun bir süre önce işçinin kusurlu fiili sonucu meydana gelen bir olayla ilgili olarak işveren veya işçinin amiri konumundaki işveren vekilinin olayın gerçekleşme tarihinde hiçbir işlem yapmaması, aradan uzun süre geçtikten sonra ve fesihten hemen önce aynı olayla ilgili tutanak tutarak fesih gerekçesi hazırlaması dürüstlük kurallarına aykırı, çelişkili bir tutumdur.

Bunun gibi, işçi tarafından yapıldığı ileri sürülen ve feshe yol açacak ağırlıktaki fiillerden sonra taraflar arasında yeni bir sözleşme yapılması ve bundan sonra feshe gidilmesi halinde çelişkili tutum takınılmış olur.

Davranışlar nedeniyle geçerli fesihle, yasa benzer bir hak düşümü süresi öngörmemiştir. Ancak, dürüstlük kuralları gereği, davranışlar nedeniyle feshin makul bir süre içinde gerçekleştirilmesi, bunun gibi, feshe yol açan davranışların “makul süre” içinde işveren tarafından tespiti ve tutanak, yazılı ihtar gibi belgelere dayandırılması, feshin de yine makul süre içinde yapılması gerekir.

Davranışlar nedeniyle fesihlerde somut olgulardan yola çıkarak bir kanaate varma zorunluluğu bulunmaktadır. Bu nedenle tanık beyanları diğer fesih hallerine göre daha önemli bir delildir. Ancak yine salt tanık beyanına dayanarak sonuca gitmek mümkün değildir.

Feshin genel esasları bakımından, işçinin özen borcunu ihlali duruma göre haklı veya geçerli fesih nedeni olabileceği gibi, nispeten hafif ihlaller fesih nedeni sayılmaz. Genel esaslara göre, özen borcunu ihlalin İK m. 25/II'ye göre haklı fesih nedeni olması için taraflar arasındaki güven ilişkisini bütünüyle ortadan kaldıracak nitelikte olması, iş sözleşmesine devamın objektif iyiniyet kurallarına göre işveren bakımından çekilmez hale gelmesi aranır. Nitekim, İK m. 25/II'de sayılan ahlak ve iyiniyete aykırılık hallerinin güven ilişkisini çökerten işçinin kasıtlı fiilleri olduğu görülmektedir. Buna karşılık, özen borcunu ihlalin güven ilişkisini bütünüyle çökertecek ağırlıkta olmakla birlikte, işçinin davranışının bu ilişkiyi önemli ölçüde sarsacak nitelikte olması İK m. 18'e göre geçerli fesih nedenidir<sup>4</sup>.

Burada öncelikli konu, işçinin borcunu ihlal edip etmediğinin tespitidir. İşçinin özen borcunu düzenleyen Borçlar Kanunu m. 321/II'ye göre, işçiye yüklenen özenin derecesi sözleşmeye göre belirlenir ve işçinin o iş için gerekli olup işverenin bildiği veya bilmesi gereken mesleki bilgi, yetenek ve vasıfları esas alınarak tayin olunur. Buna göre, özen derecesinin belirlenmesinde önce iş sözleşmesiyle yüklendiği işin niteliği, işçinin dahil olduğu meslek dalında veya faaliyet alanında işin görülmesi için gerekli olan objektif vasıflar dikkate alınır. Buna karşılık esas belirleyici olan, işçinin mesleki bilgisi, ehliyeti ve kişisel vasıfları gibi işverenin bilmesi gereken subjektif nitelikleridir. İşçi, işverenin bilmesi gereken kişisel bilgi ve ehliyeti dışındaki işleri yapmaya zorlanamaz, aksi halde işçiye kusur atfedilemez ve işin görülmesindeki aksaklıktan sorumlu tutulamaz.

İşçinin davranışlarından kaynaklanan geçerli nedene dayanan fesihlerde, geçerli neden salt özen borcunun ihlali değil, ihlale bağlı olarak güven ilişki-

<sup>4</sup> Bkz. Süzek, Sarper, İş Akdini Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması, Ankara 1976, 16 vd.; aynı yazar, İş Akdinin Askıya Alınmasının Genel Teorisi, Ankara 1989, 36 vd.; Engin, E. Murat İş Sözleşmesinin İşletme Gereklere İle Feshi, İstanbul 2003, 11 vd.

sinin sarsılmasıdır. Özen borcunun ihlaliyle güven ilişkisinin sarsılması için mutlaka bir zararın doğmuş olması da gerekmez. Özen borcunun ihlali ile herhangi bir zararın doğmadığı durumlarda da güven ilişkisi sarsılabilir ve geçerli fesih nedeni ortaya çıkabilir<sup>5</sup>.

Örneğin, bir banka şube müdürünün usulsüz kredi vermesi, bu krediyi daha sonra tahsil etse ve banka zarar uğramasa bile, güven ilişkisini sarsan bir fiil olduğu için geçerli ya da duruma göre haklı fesih nedenidir. Güven ilişkisinin sarsıldığı her somut olayda objektif olarak tespit edilebilmelidir. Somut olayda işveren, özen borcunun ihlali karşısında güveninin sarsıldığını gösteren tutarlı tepkiler sergilemiş olmalıdır. Diğer bir ifadeyle, işçinin ihlaline karşı ihlalle tutarlı tepki göstermiş olduğu anlaşılacakla işverenin ispat yükümlülüğünü yerine getirdiği, güven ilişkisinin sarsılması nedeniyle geçerli fesih nedeninin doğduğu sonucuna varılır. Buna karşılık, işçinin özen borcunu ihlaline rağmen işveren güveninin devam ettiğini gösteren ve fesih işlemiyle tutarsız olan davranışlar sergilemişse güven ilişkisinin sarsılmadığı, dolayısıyla geçerli fesih nedeninin bulunmadığı sonucuna varılmalıdır.

---

<sup>5</sup> Türk hukukunda henüz yeterince incelenmemiş olan bu konuda yabancı yargı içtihatları ve öğretisi Türk hukukuna da ışık tutacak niteliktedir. Yabancı hukuk uygulamaları için bkz. Güzel, Ali, *İş Güvencesine İlişkin Yasal Esasların Değerlendirilmesi, İş Güvencesi Esasları ve Uygulama Sorunları*, GSÜ ve İst. Barosu tarafından düzenlenen “İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2004 Toplantısı”, 42 vd.; Fransız Hukuku için bkz. Mazeaud, Antoine, *Droit du Travail*, 3. éd., No. 505 vd.; Verdier/Coeuret/Souriac, *Droit du Travail*; 438 vd; Alman Hukuku için bkz. Berkowsky *Die personen und verhaltensbedingte Kündigung*, 3. Aufl. 1997, 126 vd.; 280 vd.; Hoyningen-Huene/Linck, *Kündigungsschutzgesetz*, 13 Aufl. 2002, 270 vd.





# ELEKTRONİK SÖZLEŞMELER

*Doç.Dr. Hatice ÖZDEMİR KOCASAKAL\**

## Giriş

Elektronik sözleşmeler konulu bu tebliğde, elektronik sözleşmelerin kurulması ve ifası ile ilgili olarak ortaya çıkabilecek hukuki sorunlar üzerinde durulacaktır.

Öncelikle şunu belirtmek gerekir ki, “elektronik sözleşme” kavramındaki “elektronik” kelimesi, sözleşmenin kuruluşunda veya ifasında kullanılan araçlara vurgu yapmaktadır. Bu çerçevede, elektronik sözleşmeden kastedilen, kuruluşunda veya içerdiği edimlerin ifasında elektronik iletişim araçlarının kullanıldığı sözleşmelerdir. Ne tür iletişim araçlarının “elektronik” iletişim aracı sayıldığı konusunda farklı görüş ve uygulamalar yer almakla birlikte, biz çalışmamızda bu kavramı internet ve genel olarak bilgisayar ağları ile sınırlı olarak ele almayı uygun gördük. Dolayısıyla, çalışmamız kapsamına giren sözleşmeler, internet gibi açık veya intranet gibi kapalı bilgisayar ağları aracılığıyla kurulan veya kapsadığı edimler bu araçlarla ifa edilen sözleşmelerdir.

Bu çerçevede elektronik sözleşmeler, gerek kuruluşu, gerekse ifası bakımından Borçlar Kanunu’nda düzenlenmiş olan sözleşmelerden ayrı bir kategori oluşturacak, kendine özgü kurallara ihtiyaç gösteren bir sözleşme türü değildir. Borçlar Kanunu’nda yer alan bu konulara ilişkin düzenlemelerin yorum yoluyla elektronik sözleşmeler açısından da uygulanması mümkündür. Borçlar Kanunu’ndaki düzenlemelerin elektronik sözleşmeler açısından yetersizliği, yazılı şekil koşulunun elektronik ortamda sağlanması noktasında kendini göstermiş, bu eksiklik Türk Hukukunda elektronik imza konusunda

---

\* Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Uluslararası Özel Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

çkarılan özel bir kanun ile giderilmeye çalışılmıştır. Yazılı şekil şartının sağlanmasına yönelik bu özel düzenleme dışında, Borçlar Kanunu'nda yer alan sözleşmelere ilişkin genel prensipler, elektronik sözleşmeler açısından doğabilecek sorunların çözümü açısından yeterli olacaktır.

Aşağıda öncelikle, elektronik sözleşmelerin kurulması ve ifası konusu Borçlar Kanunu ve Borçlar Kanunu Tasarısı'nda yer alan hükümler çerçevesinde incelenecek, daha sonra, Elektronik İmza Kanunu'nun elektronik sözleşmelerde yazılı şekil koşulunun gerçekleşmesi için aradığı koşullar incelenecektir.

### **I- Elektronik Sözleşmelerin Kurulması**

Gerek Borçlar Kanunu, gerekse Borçlar Kanunu Tasarısı (Tasarı) sözleşmelerin iki tarafın karşılıklı ve birbirine uygun surette rızalarını açıklamaları ile kurulacağını kabul etmektedir (BK m. 1; Tasarı m.1).

Bu prensip, elektronik sözleşmelerin kurulması açısından da geçerlidir. Dolayısıyla, bir sözleşmenin elektronik ortamda kurulabilmesi için de tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklamalarına (icap ve kabul) ihtiyaç vardır.

Borçlar Kanunu'nun ve Tasarı'nın, icap (öneri) ve kabulün bağlayıcılığı ve sözleşmenin kuruluş anına ilişkin hükümlerinde bu beyanların hazırlar arasında veya hazır olmayanlar (gaipler) arasında gerçekleşmesine göre bir ayırım yapılmıştır. Dolayısıyla, bu hükümlerin elektronik sözleşmeler açısından uygulanabilirliğini belirlemek için öncelikle bu sözleşmelerin hazırlar arasında mı, hazırlar olmayanlar arasında mı olduğunu belirlemek gerekmektedir.

Borçlar Kanunu, hazırlar arasında icabı, "...*hazır olan bir şahsa karşı vâki olan icap...*" (BK m. 4/f.1) olarak ifade etmiş, aynı maddenin ikinci fıkrasında, iki taraf yahut vekillerinin bizzat *telefon* ile yaptıkları akitlerin hazırlar arasında kurulmuş sayılacağını kabul etmiştir. Dolayısıyla, Borçlar Kanunu açısından bir sözleşmenin hazırlar arasında kurulmasında ayırdedici olan, tarafların yüz yüze (bir arada) bulunmasından çok, birbirlerine yönelttikleri beyanları anında algıyabilecek ve cevap verebilecek konumda olmalarıdır.

Tasarının bu maddeye karşılık gelen düzenlemesinde (m. 4) ilk fıkra aynen korunurken, ikinci fıkra biraz daha açık hale getirilmiş ve bir önerinin telefon, bilgisayar gibi araçlarla "doğrudan iletişim sırasında" yapılması halinde hazırlar arasında yapılmış sayılacağı kabul edilmiştir. Maddenin gerek-

çesinde, doğrudan iletişimden kastedilenin, muhatabın beyanın içeriğini aynı anda öğrenebilmesi olduğu ifade edilmektedir<sup>1</sup>.

Bu ayırım çerçevesinde, elektronik ortamda yapılan bir icabın (öneri), hazırlar arasında olabilmesi için muhatabın bu icabın içeriğini yapıldığı anda öğrenebiliyor olması gerekecek, icabın muhataba yöneltilmesi ile muhatabın bu beyanın içeriğini öğrenmesi arasında bir zaman aralığının bulunduğu, anında öğrenme imkanının bulunmadığı durumlarda hazır olmayanlar arası bir icabın varlığından bahsetmek gerekecektir.

Elektronik ortamda icabın muhataba yöneltilmesinde kullanılan araçlara bağlı olarak her iki türde de sözleşme kurulması mümkündür. Şöyle ki, icabın, elektronik posta, web sitesi gibi araçlarla muhataba yöneltilmesi durumunda, muhatabın bu beyanın içeriğini anında öğrenmesi mümkün olmadığından hazır olmayan bir şahsa yöneltilen icap söz konusu olacaktır. Bununla birlikte, forumlar, sohbet (chat) odaları, video-konferans gibi yöntemlerle icabın muhataba yöneltilmesi halinde, muhatabın icabı anında öğrenme ve cevap verme imkanı bulunduğundan icabın hazır olan bir şahsa karşı yöneltildiğinden bahsedilecektir.

Bu nedenle, elektronik ortamda yapılan icapları kategorik olarak hazırlar arası veya hazır olmayanlar arası şeklinde nitelendirmek yerine icabın içeriğinin muhatap tarafından anında öğrenilme imkanının olup olmasına göre bir ayırım yapılması gerekmektedir.

Bu nedenle, Tasarı'nın yukarıda bahsettiğimiz m.4/ f.2 hükmünde yer alan,

*“Telefon, bilgisayar gibi iletişim sağlayabilen araçlarla doğrudan iletişim sırasında yapılan öneri, hazır olanlar arasında yapılmış sayılır”*<sup>2</sup>

hükmündeki “bilgisayar” kelimesini, yukarıda yaptığımız ayırım çerçevesinde ve maddede ifade edilmek istenen “doğrudan iletişim”e imkan verecek şekilde kullanılması haline özgü olarak yorumlamak gerekmektedir. Zira, bil-

---

<sup>1</sup> Tasarıda, öngörülen amacı tam olarak ifade etmeyen “doğrudan iletişim” kavramı yerine, Gereğesinde yer alan bu ifadelerin madde metnine yansıtılması suretiyle maddenin daha açık bir şekilde düzenlenmesi ve örneğin, “Telefon, bilgisayar gibi, muhatabın yapılan beyanın içeriğini anında öğrenme ve cevap verme imkanına sahip olduğu iletişim araçlarıyla yapılan icap hazır olmayanlar arasında yapılmış sayılır” şeklinde bir hükme yer verilmesi daha uygun olabilirdi.

<sup>2</sup> Maddedeki ifade bozukluğunun, “Telefon, bilgisayar gibi doğrudan iletişim sağlayabilen araçlarla yapılan öneri, hazır olanlar arasında yapılmış sayılır” şeklinde düzeltilerek anlaşılması uygun olacaktır.

gisayarlar her zaman doğrudan iletişime, yani hazır olanlar arasında öneri yapılmasına imkan vermemektedir<sup>3</sup>.

Yaptığımız bu ayırım çerçevesinde, elektronik ortamda yapılan icabın hazırlar arasında veya hazır olmayanlar arasında gerçekleşmesine göre Borçlar Kanunu'nun ilgili hükümleri uygulama alanı bulacaktır.

Bu çerçevede örneğin, icabın elektronik posta, web sitesi gibi araçlarla hazır olmayan bir şahsa yöneltilmesi halinde, sözleşme muhatabın kabul beyanının gönderildiği andan itibaren hüküm ifade edecek (BK m. 10; Tasarı m. 11); doktrinde genel olarak kabul edilen varma teorisi çerçevesinde bu beyanın muhatabın hakimiyet alanına girdiği anda sözleşme kurulmuş olacaktır<sup>4</sup>. Dolayısıyla, kabul cevabını içeren elektronik postanın icabı yapanın elektronik posta adresine ulaştığı anda, henüz içeriği onun tarafından öğrenilmiş olmasa dahi, sözleşme kurulmuş sayılacaktır.

İcabın, forumlar, sohbet odaları veya video-konferans yöntemi gibi anında iletişim sağlayan araçlarla yapılması halinde ise kabul cevabının açıklanması ile sözleşme kurulacaktır.

Borçlar Kanunu'nda yer alan icabın bağlayıcılığına ilişkin hükümler (m. 3-5) elektronik ortamda yapılan icaplar açısından da, icabın hazırlar arasında olup olmaması açısından yaptığımız bu ayırım çerçevesinde uygulama alanı bulacaktır. Diğer yandan, icap ve kabulün geri alınmasına ilişkin hüküm (m.9) de, hazır olmayanlar arasında elektronik ortamda yapılan icap ve kabul beyanları açısından uygulanacaktır.

## II- Elektronik Sözleşmelerden Doğan Edimlerin İfası

Elektronik sözleşmelerden doğan edimlerin ifa yerinin ve şeklinin belirlenmesi, bu edimlerin niteliğine bağlı olarak değişecektir. Bu nedenle öncelikle, elektronik sözleşmelerde tarafların yerine getirmekle yükümlü oldukları edimlerin niteliği üzerinde kısaca durmak gerekmektedir.

<sup>3</sup> Maddeye aynı yönde getirilen eleştiri için bkz. KUNTALP-BARLAS-AYANOĞLU MORALI-ÇAVUŞOĞLU İŞINTAN- İPEK- YAŞAR- KOÇ, *Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'na İlişkin Değerlendirmeler*, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, Mayıs 2005, s. 17.

<sup>4</sup> KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C. I*, KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI (Yayımlanan fasiküllerden yararlanılmıştır), s. 147; OĞUZMAN Kemal- ÖZ Turgut, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş Dördüncü Bası, İstanbul, 2005, s. 66; EREN Fikret, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 8. Bası, İstanbul, 2003, s. 235.

Elektronik sözleşmelerin bir kısmında, sözleşme elektronik ortamda kurulmasına rağmen, sözleşmeden kaynaklanan ve özellikle para borcunun karşılığını oluşturan edimlerin ifası fiziksel (sanal olmayan) ortamda gerçekleşir. Diğer elektronik sözleşmelerde ise para borcu dışındaki edimin ifası da bilgisayar ağları aracılığıyla gerçekleşmekte, fiziksel ortama ihtiyaç bulunmamaktadır. Bir web sitesinden sipariş edilen kitap, CD gibi ürünlerin alıcının ev adresine posta ile gönderilmesi birinci grup; internetten bir müzik veya sinema eserinin veya bir bilgisayar programının *download* (yükleme) suretiyle alıcının bilgisayarına yüklenmesi ikinci grup sözleşmelere örnek olarak verilebilir.

İlk grup sözleşmelerde, sözleşme konusu mal veya hizmetin alıcıya sunulması fiziksel ortamda gerçekleştiğinden, Borçlar Kanunu'nda yer alan ifa yerinin tespitine ilişkin hükümlerin (BK m. 73; Tasarı m. 94) bu sözleşmeler açısından uygulanmasında herhangi bir farklılık bulunmayacaktır.

İkinci grup sözleşmelerde ise ifa yerinin neresi olduğu, ifa işleminin nerede tamamlandığına bağlı olarak belirlenecektir. Kanaatimizce, bu tür sözleşmelerde, sözleşme konusu programın veya dijital eserin alıcının bilgisayar sistemine yüklenmesi ile ifa işlemi gerçekleşeceğinden, ifa yerinin alıcının ifa sırasında bilgisayarının bulunduğu yer olarak kabul edilmesi gerekecektir.

Bu görüşün uygulamada yol açabileceği bir sakınca, alıcının, mutaden bulunduğu yerden (işyeri veya yerleşim yeri) farklı bir yerdeki sabit bir bilgisayardan veya taşınabilir bir bilgisayar kullanmak suretiyle işlem yapması durumunda ifa yerinin somut olayda öngörülmesinin fiilen mümkün olmasıdır. Gerçekten de, özellikle taşınabilir bilgisayarların gitgide daha sık kullanıldığı gözönüne alındığında, bir programın yüklenmesi sırasında alıcının fiilen bulunduğu yerin tespiti hem çok güç olacak, hem de bu yerin ifa yeri olarak esas alınması ticari hayatın gerektirdiği öngörülebilirlik ve güven ortamının sağlanması açısından sakıncalara yol açacaktır.

Bu sakıncaları gidermek üzere, alıcının, yüklemenin yapıldığı sırada fiilen bulunduğu yerin değil de, tacirse işyerinin, değilse yerleşim yerinin aksi ispatlanmadığı sürece ifa yeri olarak kabul edilmesi daha uygun olacaktır. Nitekim, Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu (UNCITRAL) tarafından hazırlanan *Uluslararası Sözleşmelerde Elektronik İletilerin Kullanılması Hakkında Konvansiyon*<sup>5</sup>, bir elektronik iletinin gönderenin işyerinin bulunduğu yerden gönderilmiş ve muhatabın işyerinin bulun-

<sup>5</sup> *Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux*, Konvansiyonun Fransızca ve İngilizce metinleri için bkz. [www.uncitral.org](http://www.uncitral.org).

duğu yerden alınmış sayılacağını (m. 10/ 3); işyerinin bulunmadığı durumlarda mutad meskenin esas alınması gerektiğini (m.6/ 3) öngörmektedir. Bu prensiplerin kabul edilmesi, özellikle uluslararası ticari ilişkilerin gerektirdiği öngörülebilirlik ortamının sağlanması açısından çok yerinde olacaktır.

### III- Elektronik Sözleşmelerde Yazılı Şekil Şartı

Borçlar Kanunu m. 11’de (Tasarı m. 12) ifade edilen şekil serbestisi prensibi uyarınca, kanunda aksine bir hüküm olmadıkça sözleşmelerin geçerliliği herhangi bir şekle uyulmasına bağlı değildir. Bu hükümden de anlaşılacağı gibi, bazı sözleşmelerin geçerli olması kanun tarafından belirli şekil kurallarına uyulmasına bağlanmış olabilir. Diğer yandan taraflar da, kanunda öngörülmemesine rağmen bir sözleşmenin belirli bir şekilde yapılmasını kararlaştırabilirler (BK m. 16;Tasarı m. 17).

Elektronik ortamda kurulan bir sözleşmenin geçerliliği, özel bir kanun hükmü veya tarafların bu yöndeki iradeleri gereği belirli bir şekle uyulmasına bağlanmamış ise, sözleşme elektronik ortamda gerçekleşen icap ve kabul beyanları ile kurulacaktır. Ancak, kanun hükmü veya tarafların iradeleri gereği belirli şekil kurallarına uyulması gereken hallerde elektronik ortamda bu şekil şartının gerçekleşmesi bir sorun olarak karşımıza çıkacaktır.

Bu bağlamda, Borçlar Kanunu’nda öngörülen yazılı şekil şartının elektronik ortamda gerçekleşmesi mümkün değildir. Zira, Borçlar Kanunu’na göre, yazılı olması gereken sözleşmelerde borç altına girenlerin imzalarının bulunması zorunlu olup (m. 13/ f.1), bu imzanın ilgilinin elyazısı ile atılması şarttır (m. 14/f.1). Bilgisayar ortamında elyazısı ile imza atılması fiilen mümkün olmadığından, geçerliliği yazılı şekle uyulmasına bağlı olan bir sözleşmenin internetin sunduğu iletişim olanakları ile kurulması mümkün olmayacaktır.

Bu eksikliği gidermek üzere geliştirilen elektronik imza kavramı, 15.01.2004 tarihinde kabul edilen 5070 Sayılı Elektronik İmza Kanunu<sup>6</sup> ile Türk Hukuk sisteminde yerini almıştır. Bu Kanun, el yazısı ile imza ile aynı hukuki sonucu doğuran “güvenli elektronik imza” (m. 5) kavramına yer vermiş ve bu kavramı, el yazısı ile imzanın yerine getirdiği fonksiyonları esas alarak tanımlamıştır. Buna göre, güvenli elektronik imza, münhasıran imza sahibine bağlı olan ve onun tasarrufunda bulunan imza oluşturma aracı ile oluşturulan, imza sahibinin teşhisini sağlayan, imzalanmış elektronik veride herhangi bir değişiklik yapıp yapılmadığının tespitini sağlayan imzadır. Böylece, doktrinde el yazısı ile imzanın yerine getirdiği kabul edilen

<sup>6</sup> RG 23.01.2004-25355.

fonksiyonlar (imza atan kişinin teşhis edilmesini sağlamak, onun belgenin içeriğini onayladığını göstermek ve belgenin imzalandığı andaki şekliyle korunduğunu, değiştirilmediğini tespit etmek)<sup>7</sup> güvenli elektronik imza ile sağlanmak istenmiştir<sup>8</sup>.

Elektronik İmza Kanunu ile kabul edilen güvenli elektronik imza kavramına Borçlar Kanunu Tasarısı'nda da yer verilmiş, güvenli elektronik imzanın, el yazısıyla atılmış imzanın bütün hukuki sonuçlarını doğuracağı (m. 15/ f.1); güvenli elektronik imzayla gönderilip saklanabilen metinlerin, *kanunda aksi öngörülmedikçe* yazılı şekil yerine geçeceği (m. 14/ f. 2) kabul edilmiştir. Elektronik İmza Kanunu'nda, kanunların resmi şekle veya özel bir merasime tâbi tuttuğu hukuki işlemler ile teminat sözleşmelerinin güvenli elektronik imza ile gerçekleştirilemeyeceği kabul edilmiştir (m. 5 / f. 2). Dolayısıyla, bu işlemlerle, daha sonra çıkarılacak özel kanunlarda yer alan istisnai hükümler saklı kalmak kaydıyla, yazılı şekilde yapılması gereken hukuki işlemlerin elektronik ortamda, güvenli elektronik imza kullanılarak gerçekleştirilmesi mümkün olacaktır.

## Sonuç

Elektronik sözleşmelerin yol açtığı sorunların, büyük ölçüde Borçlar Kanunu'nda yer alan kuralların ve prensiplerin, elektronik ortamın gerektirdiği yorum farklılıkları çerçevesinde uyarlanması suretiyle çözümlenmesi mümkün olup, elektronik imza gibi mevcut kuralların yeterli olmadığı alanlarda özel düzenlemelere ihtiyaç bulunmaktadır.

Ancak, elektronik sözleşmelerin kurulmasını teşvik etmek ve elektronik ticaretin sunduğu avantajlardan yararlanabilmek için yasal düzenlemelerin ötesinde, kullanıcılarda elektronik ortamın güvenilir olduğuna yönelik bir inancın yerleştirilmesi gerekmektedir. Bu ise ancak elektronik ticarettten yararlanacak olan işletmelerin ve genel olarak e-devlet projesinin geliştirilmesinden sorumlu birimlerin güvenliği sağlayıcı teknik altyapı çalışmalarını hızlandırmaları ve kullanıcılara bu yönde bir güvence sağlamaları ile ulaşılabilecek bir sonuçtur.

<sup>7</sup> OĞUZMAN- ÖZ, s. 117; EREN, s. 237- 239; ŞENOCAK Zarife, *Dijital İmza ve Dijital İmzanın Borçlar Kanunu Hükümleri Açısından Ele Alınması*, AÜHFD, 2001/II, s. 125.

<sup>8</sup> Aynı yaklaşıma karşılaştırmalı hukukta elektronik imza konusunda yapılan çalışmalarda da rastlanmaktadır. Örneğin, Uluslararası Sözleşmelerde Elektronik İletilerin Kullanılması Hakkında Birleşmiş Milletler Konvansiyonu, bir sözleşmenin yazılı olarak yapılması gereken hallerde, iletiyi gönderen kişiyi teşhis etmeye ve onun iletide yer alan bilginin içeriğini onayladığını göstermeye yarayan güvenilir bir yöntemin kullanılmış olması halinde bu koşulun gerçekleşmiş sayılacağını kabul etmektedir (m. 9/ 3).





## VERGİ SUÇLARI VE CEZALARI

*Doç. Dr. Hakan ÜZELTÜRK\**

Vergi suç ve cezalarında çok güncel gelişmeler var. Özellikle vergi cezasının Anayasa Mahkemesince iptal edilmesinden sonra sıcak gelişmeler var. Bunun dışında vergi niteliği itibariyle sürekli popüler ve geniş bir konu.

Bir kere her şeyden önce, vergi ve suç birlikte yaşayan bir kavram. Fakat vergilere nasıl bir ceza verilmesi, bu suçların nasıl cezalandırılması gerektiği gerçekten sıkıntılı bir konu. Bu konuda bildiğiniz gibi çeşitli teoriler de var. Ekonomik suç niteliğinde midir? Ekonomik ceza mı verilsin, yoksa hürriyeti bağlayıcı cezalar mı verilsin? Bunun tartışması var. 80'lerin akımında ekonomik suça, ekonomik ceza var. Fakat 90'lardan itibaren artık ekonomik suça özellikle hürriyeti bağlayıcı ceza verilmesi yönünde daha güçlü bir akım var. Bugün gelişmiş devletlerin bir kısmı Amerika Birleşik Devletleri'ni örnek alarak, daha da güçlü cezalar verme eğiliminde. Bu açıdan bakıldığında tabii Türkiye ile arada çok ciddi bir fark ortaya çıkıyor. Bir kere dünya uygulamalarına baktığımızda; vergi suçlarının oluştuktan sonra takip edilmesinden ziyade oluşmadan önce takip edilmesi gerektiğinden söz ediliyor. Yani biz mükellefleri, sorumluları çok iyi takip edersek, (özellikle ekonomik faaliyetleri) para hareketlerini iyi takip edersek suç henüz işlenmeden önlemiş oluruz. Başka bir ifade ile daha tehlike aşamasında, henüz suç oluşmadan, mesela usulsüzlük gibi çok basit aşamalarda, hafif ceza gerektiren aşamalarda bunları yakalayabiliriz. Fakat bunun için çok iyi bir denetim sistemi gerekiyor. Bizde de zaten bu konuda sıkıntılar var.

Türkiye'de vergi denetimi resmi rakamlar çerçevesinde yüzde 2-2,5 civarında. Bu en iyimser denetim oranı. Bu kadar düşük bir seviyede denetim yapılan bir ülkede, tabii ki vergi kaçakçılığının, vergi ziyanının olmaması beklenemez. Dolayısıyla denetimi arttırmamız gerekiyor. Bu denetimin arttırıl-

---

\* Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Vergi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

ması bakımından da, sadece Gelir İdaresi değil, hem mükelleflerin, hem de konuyla ilgili uzmanların desteğine ihtiyaç var. Bir kere mükellefler bakımından, özellikle Akdeniz ülkelerinde çok olan, bizim ülkemizde de ciddi oranda görülen vergiden kaçma eğilimi var. Yani vergi ödememe bir başarı olarak kabul ediliyor. Dolayısıyla bunun bir kültür olarak -vergi bir kültürdür- yerleşmesine kadar ciddi çalışmalar, ilkokuldan başlayacak çalışmalar yapılması lazım. Bugün Birleşik Devletler’de, Birleşik Krallık’ta, Kraliçe 18 yaşını dolduran herkese mektup yazar. Bu mektupta vergi mükellefi olmanın önemi, vatandaş olmanın bilinci açıklanır.

Vergi temel bir kavramdır. Bazı ülkelerde daha da önceki aşamalarda, daha ilkokuldan itibaren bu tür eğitimler veriliyor. Bizde henüz bu aşamada bir eğitim yok. Hatta üzüm üzümüne baka baka kararır sözünü doğrularcasına herkes diğerini gördükçe vergi kaçırmaya meyl ediyor, daha fazla yapıyor. Tabii bir de ortama bakmak lazım. Herkesin vergi kaçırabildiği bir ortamda, kaçırmamak da çok makul sayılmamaktadır. Çünkü ticaretle uğraşan kişiler bakımından vergi, rekabeti bozucu bir etki yaratıyor. O yüzden bir taraf yapınca ister istemez, öbür taraf da bu işin içine girmeye karar veriyor, ya da çalışıyor.

Burada birkaç önemli nokta var, bir tanesi mükelleflerin eğitimi, diğeri Gelir İdaresi -yani kurumları da bu kapsamda sayıyorum- Gelir İdaresi yeni yapılanmasına rağmen bugün vergi suçlarıyla mücadelede yeterli ağırlığa sahip değil. Bu hem yeniden yapılanmanın doğal sonucu, hem de vergiyle mücadelenin nasıl olması gerektiği konusunda, zaafiyetlerin nerede olduğu konusunda ciddi sıkıntılar var. Bir kere hukuk, her zaman ön planda olması gereken bir husus. Hukuk ikinci planda vergi toplanması birinci planda olduğu sürece, bu tür vergi kaçakçılığı, vergi ziyayı ve benzeri suçlar söz konusu olacaktır.

Dünya uygulamalarında bankaların ve finans kurumlarının faaliyetleri kişilerin şahsi hesapları çok yakından takip edildiği için, kişilerin ne vergi ödeyeceği de çok iyi bilindiği için, vergi suçlarının işlenmesine imkân da kalmıyor. Suçlar işlenmiyor değil, işleniyor. Fakat oranlara baktığımızda, bunlar çok cüz’i miktarda ve önlenmesi bakımından da kolaylık teşkil ediyor. Bunun dışında tabii haberleşme alanının çok iyi olması lazım.

Bugün Türkiye’de bilgi toplama bakımından ciddi zaafiyetler var. Vergi numarası getirildi. Artık ilgili kurumlar numaranın bildirilmesi bakımından sorumlu. Hatalı işlemi yapan memurlara rücu edilebiliyor. Fakat öyle bir düzen kurulmuş ki, mükellefler diyor ki, “*ben bu cezaya razıyım, benim numaramı bildirme.*” Uygulamada görüştüğümüz kişiler hep aynı şeyi söylüyor. “*Ben cezayı ödüyorum. Üstleniyorum. Sadece benim bilgilerim gitmiyor*” di-

yorlar. Böyle bir uygulama sistemi de maalesef var. Bunun dışında tabii kimlik numaralarının yaygınlaştırılması yeterli değil, altyapısının da yaygınlaştırılması lazım. Mesela, bu sekiz bin YTL'nin daha düşük seviyeye mesela üç ya da beş noktasına çekilmesi lazım. Aynı zamanda bu hareketlerin de izlenmesi lazım. Bugün bu hareketleri izleyecek birim dünyada benzerlerinin olduğu MASAK,. Bu kurum mali suçların araştırılması konusunda yetki bakımından çok güçsüz bir hale getirilmiş durumda. Bugün sadece koordinatörlük görevi var MASAK'ın. MASAK'ta Amerika Birleşik Devletleri'nde gelen ihbar sayısı, milyonlarla ölçülüyor. Bizde gelen ihbar sayısına ve takip edilenlere baktığımızda, ancak onlarla, yüzlerle ifade ediliyor. Yüz bile çok iyimsen bir rakam. Dolayısıyla insanların bu tür bilgileri, birbirlerine bildirmemesi, MASAK'a veya benzeri kurumlara bilgi vermemesi takip açısından da ciddi sıkıntılar yaşanmasına sebep oluyor.

Dünyada bir de tabii caydırıcı vergi cezaları var. Hapis cezaları ciddi gerçekten. Kişi vergi suçu işleyeceğine, diğer her türlü suçu işleyebiliyor, fakat vergi konusunda çok titiz. Amerika Birleşik Devletleri'nde vergi biraz korkutucu hale gelmiş durumda. Burada müeyyidelerin uygulanmasını temin etmek, vazgeçmemek lazım. Birtakım imkânlar, indirme, tecil, af gibi veya zamanlaşımı konusundaki düzensizlikler gibi teşvik edici hususların olmaması lazım. Bunların ortadan kaldırılması lazım.

Bizim sistemimizde yaşanan problemler neler? Gündemde olduğu için iki önemli konudan bir tanesi vergi zıyaı suçu, diğeri de kaçakçılık suçu. Bunların üzerinde özellikle durmak istiyorum. Çünkü usulsüzlük, mükellefin özel işini yapma, vergi mahremiyetinin ihlali gibi konular, biraz daha özel nitelikte ve diğlerinin şu anda daha gerisinde.

Bir kere vergi suçları bakımından, yönetim kurullarının sorumluluğu önemli bir problem. Yönetim kurulu üyeleri özellikle V.U.K.'nun 359. maddesi bakımından bilme, bilmeme meselesindeki zafiyetler sebebiyle sorumluluk altında olabiliyorlar. Bugün uygulamada da sadece yönetim kurulu üyesi olduğu için hapis cezasıyla karşı karşıya olanlar var. Sayısı da azımsanacak kadar değil. Benim hatırladığım kadarıyla yanılmıyorsam, 700'ün üzerindeki kişi bu suçtan hapishanelerde bulunuyor. Burada tabii uygulamada yönetim kurulu üyeliklerinin ne şekilde oluşacağı yönünde kriterler olmadığı için, yönetim kurulu üyelerinin nitelikleri, mali hukuk bilgileri özellikle ön plana çıkmadığı için, sorumluluk da uygulamada bu işle ilgili olmayan kişilere bırakılmış durumda. Dolayısıyla yönetim kurullarında, konunun uzmanı olmayan kişiler bulunduğu için, bu tür sorunlar da devam ediyor. Burada yurtdışındaki yönetim kurulu üyelerinde aranan nitelikleri bizim de aramamız lazım. Nasıl olacak? Mali işlerden sorumlu kişinin o alanda uzman olması lazım ki, yaptığının da sonucuna katlanabilsin.

Belirli suçlar işleniyorsa, o kişinin de o sorumluluğu gerektirecek statüde olması lazım.

Bunun dışında, uygulama sorunları var. Mesela, bir örnek olarak veriyorum, sahte fatura incelemesi yapılıyor. Bu inceleme neticesinde sahte fatura tespit edilirse, bu sahte faturanın verildiği ya da kullanıldığı kurum bakımından ayrıca bir incelemenin detaylı bir şekilde yapılması lazım. Gerçekten bu kurum bunu kullanmış mı, defterlerine yansıtmış mı? Burada birtakım sıkıntılar yaşanmış mı? Bunların aranması lazım. Fakat bunların da inceleme raporlarında eksik olduğunu görüyoruz. Özellikle inceleme raporlarının hukuki eksiklikleri çok büyük. Bu sebeple Vergi Mahkemelerinde ve Danıştay'da bu hukuk eksiklikleri idarenin aleyhine sonuçlanıyor. Daha önceki senelerde bu raporların incelenmesi söz konusuydu. Yani ilgili kurumlar bünyesinde eğer hatalı rapor hazırlanmışsa, kontrolden sonra bu hatalar devam ediyorsa çeşitli müeyyideler söz konusuydu. Fakat bu incelemeler kaldırıldığı için eskisi kadar sağlıklı raporlar da çıkmayabiliyor. Tabii bu raporları aynen almak değil, rapordaki iddiaların da doğruluğunu araştırmak gerekiyor. Bunun mahkemeler bakımından zaman ve iş yükü problemi oluşturduğunu biliyorum. Bu yapılamıyor, fakat raporda örneğin azmettirme ile ilgili olarak çok komik ifadeler yer alabiliyor. Örneğin *"bu kişi sürekli karşı tarafla görüşme halindeydi. Demek ki bu suça azmettirmiştir."* Hukuki hiçbir açıklama yok. *"Bu görüşmeler neticesinde işte şu kadar trilyon lira vergi kaçırıldığı düşünülmektedir"* gibi hukukla hiç ilgisi olmayan birtakım ifadeler maalesef görülebiliyor. Tabii yeni ceza kanununda da ciddi sıkıntılar var, özellikle vergi suçları bakımından 5. maddeyi düşündüğümüz takdirde. 5. maddede bu genel kanun, özel kanun meselesi, onun dışında erteleme ve paraya çevirme müesseselerinin, özel kanunların nitelikleri düşünülmeden hazırlandığı için vergiler bakımından çok ciddi sonuçlar ortaya çıkmış durumda. Vergi kaçakçılığıyla ilgili 359. maddeyi düşündüğümüzde alt sınır olarak baktığımızda yeni düzenlemede artık erteleme ya da paraya çevirme de olabiliyor. Ağır hapis cezası kaldırıldığı için, bu durumda bu cezalar paraya çevrildiği veya ertelendiği zaman siz de suçla mücadele edememiş oluyorsunuz. Özellikle ekonomik suçta ekonomik cezayı savunanlar bakımından bu da bir mücadele olarak görülebilir. Fakat ciddi olarak kişiye birtakım yaptırımlar uygulamazsanız, o zamanı mücadele olmuyor. Bu, müeyyidenin olmaması; bunun dışında vergi ziyayı ilgili iptal kararı; ayrıca usulsüzlük yaptırımının iptal edilebilir boyutlarda olması sebebiyle bugün aslında Türkiye'de politika olarak da ciddi biçimde vergi suçuyla mücadele konusunda zaafiyetler var. Buna denetim eksikliklerini ve hukuk eksikliklerini de dahil ederse, o zaman zaten vergi kaçırmamak için hiçbir neden kalmıyor.

Özellikle Anayasa Mahkemesinin vergi ziyayı ile ilgili düzenlemeyi iptal etmesinden sonra 6 aylık süre vermesi sebebiyle, o dönemde beyanname ve

renlerin rahatça vergi kaçırabildiği bir ortam oluşmuştur. Yani vergi ziyaının cezası yok, bu suçun cezası yok. Kaçakçılık cezası ertelenebiliyor, paraya çevrilebiliyor. 5. maddeyi ertelemek yerine yürürlükten kaldırmak gerek. Bütün bunlar beyanname verme döneminin öncesine tekabül ediyor. Dolayısıyla müeyyidesiz bir halde; vergi kaçırmanın da çok kötü bir şey olduğunu anlatmanın da hiçbir mantığı yok. Bu tür sorunlar gelecekte de devam edecek. Şu anda 5479 sayılı Kanunla getirilen düzenlemelere baktığımızda bütün bu anlatmaya çalıştığım hususların hepsinin bir arada olduğunu görüyoruz. Bütün hukuka aykırılıklar 5479'da toplanmış durumda.

Bunun dışında ceza mahkemeleri ile vergi mahkemelerinin ilişkisi bakımından sıkıntılar var. Özellikle ceza mahkemelerinde 359. madde bakımından yargılamalar devam ederken vergi mahkemesindeki kararın beklenmesi lazım, fakat bazı hallerde beklenmediği de görülüyor ve ilginç sonuçlar çıkıyor. Yani ceza mahkûmiyetiniz oluyor, aynı zamanda vergi kaçırmadığınız ortaya çıkabiliyor. Birbirinin dayanağını oluşturması gereken iki karar arasında çok ciddi farklılıklar oluyor.

Bunun dışında vergiyle ilgili yine önemli bir sorun, yürütmenin durdurulmasında ortaya çıkıyor. Çünkü Gelir İdaresi maalesef bu konuda da hatalı davranıyor. Kişilerin dava hakkı var, yargı yoluna gidiyorlar ve ilgili verginin iptal edilmesini istiyorlar. Aynı zamanda vergi idaresi bu kişileri takip etmeye başlıyor. Hiç değilse mahkemenin sonucunu beklemek lazım. Bir hukuk devletinde kişinin yargı hakkına saygı göstermek lazım. Yargıda devam eden bir süreç esnasında, ödeme emri göndermek suretiyle, idare bu vergiyi takip etmeye çalışıyor. Bu çok önemli bir eksiklik. Daha da kötüsü mahkemelerin de verdiği kararlarda bu uygulamaya yardımcı olması. Bu durumda yürütmenin durdurulma konusu ortaya çıkıyor. Yürütmenin durdurulması kararlarını özellikle vergiler bakımından söylüyorum. Eğer şartları varsa mahkemelerin, çok rahat bir şekilde görebilmesi lazım. Uygulamada böyle olmuyor. Karşı tarafın, genelde İdarenin, ilk savunmasının alınmasından sonraya bırakılıyor. Bu da nerden baksanız aradan birkaç ayın geçmesi demek. O sürede devam eden hacizler bakımından, kişiler çok ciddi sıkıntılar yaşıyorlar. Mesela ailesiyle birlikte bir yere giderken, arabasından indirilip arabasına el konulan kişiler oldu. Neden bekleniyor? Bunu da anlamak mümkün değil. Çünkü yürütmeyi durdurma kararı verdikten sonra bundan dönülmesi mümkün. Bu bir inceleme sürecidir. *"İnceledim, haksız gördüm, kaldırıyorum"* denilebilir. Aslında aslolan verilmesi, istisnası kaldırılmasıdır, burada tam tersi oluyor. Yürütmeyi durdurma kararı maalesef bu konuda geniş takdir hakkı olmasına rağmen verilmiyor.

Tebliğatla ilgili problemler var. Vergi suç ve cezaları bakımından da genel tebliğat problemleri geçerli. Maalesef burada da ciddi sorunlar var. Bu sade-

ce posta memuru ya da muhtarla ilgili bir sorun değil. Aynı zamanda vergi idaresinde görev alanlar da bu konuda etkili olabiliyorlar; şöyle ki adres yanlış yazılıyor, dolayısıyla tebligatta gecikme oluyor. Çünkü posta memuru ilgili belgeyi bir türlü tebliğ edemiyor.

Bunun dışında son zamanlarda ortaya çıkan elektronik tebligatlardan söz etmek gerekiyor. Elektronik ortamda sadece şekillerin olduğu, sayıların olduğu birtakım etiketler gönderiliyor. Bir tebligat ne zaman yapılır? Karşı taraf bunu almış mı, almamış mı? Bir kere bunu bilemiyorsunuz. O binlerce numaratorün okunması incelenmesi ve sonra karar verilmesi lazım. Bu da çok ciddi bir tebligat sorunu doğuruyor.

Bunun dışında yine uygulamada çok rastlanan hususlardan biri, alıcının bulunmasına rağmen bunu ertelettirmesidir. Uygulamadaki bu durum dolayısıyla vergiyle ilgili bir tebligat zamanında yerine getirilememektedir.

Ödeme emri bir başka sorun. Ödeme emrinde 7 gün çok kısa bir süre. Bir vergi davasının açılması bakımından 30 günlük süre bile bazen yetersiz olabiliyor. 7 günlük sürede mümkün değil. Onun dışında bir de bu tebligatların idare tarafından Cuma günleri yapılması dolayısıyla önemli hafta sonu kaybı sebebiyle ciddi sıkıntılar yaşanabiliyor.

Ayrıca, zamanaşımı süresinden de söz etmek gerekiyor. Zamanaşımı bakımından tabii önemli sıkıntılar var. Yeni Ceza kanunda getirilen düzenlemeler, Vergi Usul Kanunu'ndaki düzenlemelere uymuyor. Örneğin 5 yıllık zamanaşımı süresinden sonra belgelerin muhafaza edilmemesi sonucunda ama ceza hukuku bakımından haklılığın da ispat edilmemesi sonucu ortaya çıkmaktadır. İki kanun arasındaki bir farklılığın düzelmesi lazım.

Bunun dışında tekerrür hükümleri bakımından sıkıntılar var. Tekerrürde "izleyen yıldan" ibaresi önemli bir eksiklik. Çünkü diyelim ki suç Ocak veya Şubat ayında işlendi. Sonra bir daha izleyen yılın Ocak ayından sonra da hiç suç işlemediniz. Tekerrür hükümleri uygulanmayacak, ama bu arada Şubat ayından, Aralık ayının sonuna kadar 50 kere de o suçu işleseniz, tekerrür hükümleri geçerli olmayacak. Burada mutlaka tekerrürle ilgili hükümleri "izleyen yılbaşından değil, işlenme tarihine göre geriye çekmekte fayda var. Bu da önemli bir eksiklik.

Uluslararası boyuttaki sıkıntılar ve ulusal boyuttaki sıkıntılar bazen birleşebiliyorlar. Örneğin, vergi incelemeleri ve aramalı incelemeler sırasında mükelleflerin hakları ne olacak? Özellikle mükellefin haklarının kendisine bildirilmesi. İşte vergi inceleme raporlarında da benzer eksiklikler oluyor.

Bazen raporlar eklenmiyor. Vergi inceleme raporlarının birer suretinin mutlaka vergi ceza ihbarnamesine eklenmesi lazım. Savunma hakkının kullanımı bilgisi eklenmiyor, eklenmeyince eksiklik oluyor.

Bunun dışında uzlaşma konusunda da sorunlar var. 30 günlük süre ve raporun gönderilmesine ilişkin sorunlar yaşanmaktadır.

Adil yargılama konusundaki birtakım hakların da mükellefler tarafından kullanılabilmesi lazım. Mesela susma hakkı, kendisi aleyhine delil yaratma hakkı gibi. Mükelleflerin bu hakları var. Bana sorulan her soruya cevap vermek zorunda değilim. Bazı açıklamaları kabul edip, cevap vermek suretiyle kendi durumumu daha kötüye götürmek zorunda değilim. Burada tabii incelemelerin yapılması bakımından, idare mükellef ilişkilerine bakmak lazım. Günümüzde artık vergi idareleri, “buyurun defter ve belgelerinizi toplayın, bize gelin, bunları burada inceleyebileceğiz” diyebiliyor. Bildiğiniz gibi vergi incelemelerinin esas olan mükellefin işyerinde yapılması, mükellefin rızasıyla veya bazı özel durumlarda kanunda sayılan hallerde ancak İdare’ye gidilebilir. Fakat mükellefler de bu konuda çok fazla ses çıkarmadıkları için bilgi toplama amacıyla mı gidiyor? Vergi inceleme amacıyla mı gidiyor? kurallara uyuluyor mu? Bu konularda bazı zafiyetler var. Tabii çifte vergilendirme antlaşmalarımızda da bazı düzenlemeler var. Özellikle bilgi toplama konusunda yurtdışından bilgi istendiğinde sorunlar çıkmaktadır. Bilgiler anlaşılmadığı için, yeterli bilgi sahibi olunamadığı için çeviri gönderilemiyor. Gönderildiğinde de çelişkiler giderilemiyor. Çelişki olduğu süreçte de karşı devlet bakımından hukuki sonuç doğmuyor.

İhracat işlemleri bakımından, yine aracılı işlemlerde özellikle sorumluluk bakımından zaafiyetler var. Burada siz aracılıyla bu işi yapıyorsanız, ondan sonra aracının birtakım işlemlerinden ihracatçıyı sorumlu tutuyorsunuz. Bu çok ciddi bir noksanlık. Bunun ispat edilebilmesi lazım. İddia ediyorsanız, iddianızı da ispat edebilmeniz lazım. Yoksa sadece iddia olunca, o zaman da hukukla uyuşmuyor. Burada tabii biraz vergi ziyayı ve vergi kaçakçılığına ondan sonra farklı konulara değineceğim.

Bildiğiniz gibi Türk hukukunda vergi ziyayı bakımından hukuka aykırı bir uygulama, uzun zamandır vardı. Bu, özellikle 1999 senesinde 4369 sayılı Kanunla getirilen düzenlemelerden sonra biraz daha bariz bir şekilde ortaya çıktı. Çok ilginçtir, bununla ilgili müracaat, Anayasa Mahkemesine 2000 senesinde yapıldı. Tabii bunun yapıldığını daha sonra öğreniyoruz. 2000 senesindeki bir başvuru 2005 senesinde neticeleniyor, dolayısıyla 5 yıl boyunca Türkiye’de hukuka aykırı olarak vergi cezası tahsil edilmiştir. Hatta bununla ilgili davalar da devam etmektedir. Bundan sonra yeni getirilen 5479 sayılı Kanunla da bu hukuki eşitlik devamlık devam edecek gibi görünmektedir.



Bir kere Gelir İdaresinin, başlı başına hukuka aykırı bir durumu sürdürmesinde bir mana yok. Yani şu anda amacımız mükellef ve Gelir İdaresi arasındaki ilişkilerin düzeltilebilmesi. Her halükârda bunun için uğraştıkları söyleniyor.

“*Mükellef Hakları Bildirgesi*” adı altında bir bildirme de yazıldı. Konuyla, bildirgeyle hiç ilgisi yok, fakat en azından adı böyle. Mükellef haklarının korunması lazım. Türkiye’de mükellef hakları, çok ihlal ve ihmâl edilmiş bir konudur. Bunu başka vesilelerle de söyledim, şu anda İnsan Hakları Mahkemesine ciddi anlamda Türkiye’den başvurular yok. Olursa, Türkiye çok fazla miktarda tazminat ödemekle yükümlü olacak. Yapılan bazı başvurulardan şu anda sonuçlanan yok. Avrupa’daki Türkler başvuruyor, fakat bizim ülkemizdekiler herhalde bu konuda biraz daha ya devletçi düşünüyor ya da çekingen davranıyor. Vergi ziyâ cezası kararının Ocak ayında verilmesinden sonra Ekim ayına kadar beklenip, Resmi Gazetede yayımlanması bir başka zaafiyet tabii. Ondan sonra da 6 aylık süre verilmesi ise, hepsini maalesef çok daha kötü bir duruma sokmuştur. Çünkü bildiğiniz gibi vergiler takvim yılı esasına dayanır. Sene başında geçerli olmayan hükümlerin de, hukuk düzeninde izleyen yılbaşından itibaren geçerli olması esastır. Maalesef sene içerisinde o kadar çok sayıda vergi düzenlemesi yapılmaktadır ki, burada konumuz cezalar olduğu için çok daha vahim bir durum ortaya çıkmaktadır. 6 aylık sürenin verilmesi sebebiyle bir kere, her şeyden önce 2006 senesinin başında hukuka aykırı bir verginin de uygulanma zorunluluğu da doğmuştur. Bununla ilgili mahkeme kararı veriliyor, mahkeme kararının hemen ertesinde 21 Ekim tarihli, çok sayıda vergi ceza ihbarnamesi mükelleflere gönderildi. Burada artık bir iyi niyetten bahsetmemek lazım. Bir kere bunların durdurulması lazım.

İkincisi aynı konuda aynı ay içerisinde çıkan bir iç genelgeyle de, bu tür vergi ziyâ cezası iptal edilmesine rağmen, bu tür takiplerin devam etmesi gerektiği yönünde talimat verilmiştir. İdare, böylece “*siz hukuka aykırı durumu devam ettirin, ben bunu istiyorum.*” demektedir. Bu durumda mükellef hakları veya mükellef idare ilişkilerini geliştirmekte dolayısıyla mümkün olmuyor. Burada 5479 sayılı Kanunla yeni bir düzenleme de yapıldı. Daha önceden de beklenildiği gibi, bir misli tutarında ceza getirildi. Yani eskiden o faiz hesaplamasının değişkenliği ve farklı zamanlarda, farklı kişilere, farklı uygulamalar getirmesi sorunu yeni düzenlemeyle aşılmış oldu. Ayrıca 5479 sayılı Kanunda yürürlük tarihi geriye götürülmüş oldu. 1.1.2006’dan itibaren. Yani Nisan ayından itibaren geriye de dönük bir uygulama oldu. Burada geriye dönük bir uygulama yapılabilir mi, yapılamaz mı? Yapılamaması gerekiyor.

Her şeyden önce Anayasa Mahkemesi kararları bakımından iptal edilmiş bir



kanun hükmü söz konusu. Dolayısıyla zamanaşımı süresi içerisinde, devam eden hükümlerin de sona ermesi lazım. Mükellefin lehine olan kanun hükmü uygulanır. İdare bu uygulamadan ya da kuraldan yola çıkıyor. Dolayısıyla diyor ki, “biz, bir misli tutarında ceza getirdik. Dolayısıyla mükellefin -eski uygulamaya göre- lehinedir. Ben bu yeni kanunu uygulayım” fakat burada böyle bir uygulama alanı maalesef bulunmuyor. Çünkü eski kanun, kanun değil, Anayasa Mahkemesi kararında da açıkça belirlendiği üzere; bir kanunun kanun olması için, içerisinde temel bazı kriterlerin bulunması lazım. Cezasıysa cezası belirli olacak, mükellefi belli olacak, vergi ödeme zamanı belli olacak. Eğer bu yoksa “belirlilik” ilkesi dediğimiz ya da “öngörülebilirlik” ilkesi dediğimiz ilke de ortadan kalkmış oluyor. Anayasa Mahkemesi bunu tespit etmiş ve “kanun vasfı taşımamaktadır” demekte. Neden? Kanun vasfı taşımayan bir düzenleme kanun olarak nitelendirilip yeni çıkan kanun da kanun olarak yorumlanamaz. Bu sebeple lehe hüküm kuralı da uygulanamaz. Yeni kanun ondan sonraki işlemlere uygulanabilir. Yani nisan ayından sonraki işlemlere uygulanacak, fakat Gelir Vergisinde olma özelliği olduğu için ancak 2007 gelirlerine uygulanabilir. Dolayısıyla 2006’ya dönük olarak 5479 sayılı Kanunda getirilen uygulama maalesef hukuka aykırıdır.

Bu konuda Anayasa Mahkemesinin ne karar vereceğini de kestirmek mümkün değildir. Çünkü Anayasa Mahkemesi önüne gelen kanunu 5 yıl bekletmek suretiyle İdarenin bu hatalı uygulamasına iştirak etmiştir. Yani hukuka aykırı olan bir kanunu uygulamaya devam etmiştir. Bunu aynı zamanda iptal etmesi, bundan sonraki düzenlemeyi de hukuka aykırı bulacağını göstermiyor. Tam tersine bir karar verebilir. Daha önce Anayasa Mahkemesinin benzer kararları var. Verdiğinin aksi yönde bir karar da verebilir. Yani hukuka aykırı bulmayıp, bu şekilde vergi cezası devam etsin denilebilir. Şu anda tabii ki metindeki ifadelere baktığımızda; orada da daha önceki yıllarla ilgili düzenlemelerin ne olacağı konusunda da bir karar yok. İdareye göre geçmişe dönük olarak bu cezalar alınır. Metinde: “01.01.2006 tarihinden önceki dönemlere ilişkin olarak, bu tarihten sonra ortaya çıkan fiiller için ceza kesilir.” denilmektedir. Bu tarihten sonra ortaya çıkan fiiller; iki şekilde anlaşılmalıdır. Bir, daha önce meydana gelmiş, bulunamamış, fakat 2006 tarihinden, bu kanundan sonra bulunabilmiş suçlar. İki, bu tarihten sonra işlenmiş suçlar. Geçmişe dönük olarak böyle bir suçun takibi mümkün değil. Geçmişe dönük olarak idare bu kanunu kullansa da hukuka aykırı bir kanun olduğu için, Anayasaya aykırı olduğu için geçmişe dönük ceza veremeyecektir. Bu tarihten sonraya tekabül eden suçlar bakımından ise, bildiğiniz gibi 2006 senesi içerisinde ancak Nisan ayından sonraki suçlar için teorik olarak bir düzenleme yapılabilir. Fakat eğer gerçekten hukuk düşünüyorsak, hukuki güvenlik ilkesini ön plana çıkarıyorsak, o zaman 2006 senesinde de vergi zıya cezasının kesilememesi lazım. Dolayısıyla vergi zıya cezası kesilemeyince kaçakçılık için uygulanan üç katı cezanın da teorik olarak kesilememesi

gerekiyor. Burada ne olacak? Sadece vergi affı bakımından mükellefe gidilebilir. Fakat ceza bakımından gidilemez. Zannediyorum, önümüzdeki dönemde bununla ilgili çok sayıda ihtilaf çıkacak. Tabii bu 5479 sayılı Kanunu, sadece vergi cezalarıyla ilgili konu başlıkları olarak geçeceğim.

Vergi tarifeleri, mesela bunun da 2006 senesinde uygulanamaması lazım. Çünkü sene başında geçerli olmayan bir tarife, yıl içinde uygulanmaz

Bunun dışında yine yatırım indiriminin kaldırılması, tamamen kazanılmış hakların ihlalidir. Bu durum herhalde daha büyük olaylara da sebebiyet verecek. Çünkü birçok firma bu hakkı kazanmış durumda ve 3 ay geçtikten, bazı işlemler yapıldıktan sonra vergi idaresi nezdinde böyle bir geriye dönük uygulama da maalesef sıkıntı yaratıyor. Bununla ilgili de başvurular başladı. Çok sayıda dava açılması söz konusu.

Vergi kaçakçılığı bakımından ceza kanundaki eksikliklerin bir an önce giderilmesi, yani o genel nitelikteki düzenlemenin, özellikle 5. maddenin ya kaldırılması ya özel kanunlarla ilgili farklı düzenlemeler getirilmesi gerekiyor. Ayrıca kanun metninde de 359. maddede bilme ya da bilmeme bakımından önemli eksiklikler var. Kastla işlenebilen suçlar bakımından, aslında böyle bir ifadeye gerek yoktur. Bu düşünce de sık sık ileri sürülmesine rağmen uygulamadaki tereddütler sebebiyle bu ifade özellikle korunur.

Bilme, bilmeme meselesine gelince, şu anda bilmese de o sahte ya da muhteviyatı itibarıyla yanıltıcı belge bulunması, bu suçun oluşması için yeterli oluyor. O kişinin mahkûmiyeti için yeterli oluyor. Tabii burada idare kişiyi vergi kaçakçılığıyla suçladığı için bunun ispat edilebilmesi lazım. Yani idare gerçekten bu kişinin, sahte belgeyi bilerek kullandığını ispat etmek zorunda. Bu suçun doğasında böyle bir durum var. Fakat idare gerekli yetkilerden ya da donanımlardan eksik olduğu için, her mükellef için zaman ayırıp, iddiasını ispat durumunda bulunamıyor. Dolayısıyla uygulama tam tersine çevrilmiş durumda. Kişiler suçsuz olduğunu ispat etmeye çalışıyorlar. Fakat edemedikleri için ya da etme fırsatı olmadığı için, objektif hükümler doğrultusunda mahkûm olabiliyorlar. Daha ağır suçlar bakımından, örneğin matbaaların hukuka aykırı olarak bazı evrakları bastırmalarında ciddi suçlar var. Burada matbaalara yükleniliyor, fakat aynı zamanda sırf basma değil, bastırmanın da suç olarak düzenlenebilmesi lazım. Siz sahte evrakı matbaada bastırdınız, sonra henüz kullanmadınız, fakat bir depoya koydunuz, depo da bulundu. Vergi kanunlarının şu andaki yapısına göre bu bir suç oluşturmuyor. Henüz dağıtımına çıkmadığı için, kullanma fiili yok. Matbaayı o anda tespit etme imkânınız yok. Bastırılmış, sadece bir depoda duruyor; bu da suç değil. Dolayısıyla 359. madde metninde zaafiyetler var. Bunların da düzeltilmesi lazım.

359. madde ve vergi zıyayıyla ilgili, kaçakçılık ve vergi zıyayıyla arasındaki ilişkinin, mutlaka iyi kurulması lazım. Tabii her zaman vergi ziyayı olması gerekmiyor. Fakat vergi zıyayının olduğu durumlarda da kaçakçılıkla mahkûmiyetten önce bu vergi zıyayının gerçekten ispat edilip, edilmediğinin de araştırılması lazım. Burada tabii yargı aşamasındaki birtakım sıkıntılarda özellikle bu hukuki eksikliklerin tespiti bakımından zaafiyet teşkil ediyor. Bunları bulmak lazım, eksiklikleri bulmak lazım. Fakat zaman bakımından ve dosya sayısı bakımından bu tür sorunlar gündeme geliyor.

Bunun dışında yine ceza hukuku vergi hukuku ilişkisinde pişmanlık hükümleri bakımından mesela vergi ziyayı ve kaçakçılık arasında da fark gözetiliyor. Bu farkın da ortadan kaldırılması lazım. Kısaca pişmanlığın hem kaçakçılık hem de vergi ziyainda uygulanması uygun olacaktır.

Vergi cezalarının etkin olabilmesi için, mutlaka bu konuda cezalar bakımından inancın da olması lazım. 4811 sayılı Vergi Barışı adı altındaki af kanununda, idarenin aynı hükümleri objektif olarak uygulama imkânı olmadı. Belli bir tarihe kadar suçları ortaya çıkarılmış olanlar bundan yararlandı. Fakat bu tarihlerde yine işlemiş olup, bu tarihe kadar ortaya çıkarılmayanlar bundan faydalanamadı. Daha sonraki tarihlerde bu durumun ortaya çıkması sebebiyle de geriye dönük işlem yapılamadı. Bu da çok ciddi bir Anayasaya aykırılık hali teşkil ediyordu. Fakat bu Anayasaya aykırılık konusunda da bireysel başvuru hakkı olmadığı için mahkemelerimiz çok çekingen davranarak Yüksek Mahkeme'ye gidilmedi. Bireysel başvuru hakkının mutlaka tanınması lazım gerekiyor.



## ULUSLARARASI YATIRIM TAHKİMLERİ

*Doç. Dr. İlhan YILMAZ\**

Tahkim milyarlarca dolara ulaşan konuları, devletleri de içine alan tarafları ile uluslararası ve ulusal hukukta çok önem taşıyan bir kurum niteliğini kazanmıştır.

Bu çalışmada, bu önemli kavram özellikle uluslararası yatırım kapsamında çeşitli yönleri ile açıklanacaktır.

Uluslararası yatırım tahkimi ya da kısaca yatırım tahkiminin diğer tahkimlerden farkı nedir? Yatırım tahkimlerinin de uluslararası ticari tahkimle benzer yönleri bulunmakla beraber; burada bir özellik, taraflardan birinin devlet oluşu, diğer tarafının ise o devlette yatırım yapan bir yabancı özel hukuk kişisi olmasıdır. Yabancı yatırımcı gerçek kişi olabileceği gibi, tüzel kişi de olabilir. Demek ki, yatırım tahkimi dediğimizde, yabancı yatırımcıyla bu yatırımı kabul eden devlet arasındaki uyuşmazlıkların çözümünü içeren ya da kapsayan bir tahkim anlaşılacaktır.

Bu tahkim ne tür özellikler arz etmektedir? Önceleri yabancı yatırımcıyla devlet arasındaki uyuşmazlıkların, klasik uluslararası hukuktaki çözüm şekli devletin mahkemelerinde halledilmesi idi. Devletin kendi mahkemelerinde yargılanması bazen yatırımcıyı rencide edebiliyordu. Aynı yargılamanın tarafları olarak eşitliğin sağlanması ve belli şartlarda uyuşmazlığın uluslararası alanda ve daha bağımsız bir usulle çözülmesi kapsamında, uluslararası yatırım tahkimi gelişmiştir.

Uluslararası yatırım tahkiminin gelişimi aslında çok fazla dava olmamakla

---

\* Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Uluslararası Özel Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

beraber, İkinci Dünya Savaşı sonlarına rastlar. Savaştan yenik çıkan Almanya, yabancı ülkelerdeki yatırımlarını kaybetmişti. Buradan hareket eden Almanya, 1959 yılında Pakistan'la ilk defa *Yatırımların Karşılıklı Korunması ve Teşvikine Dair Antlaşmayı* imzaladı. Buna uluslararası literatürde, *Bilateral Investment Treaty* ya da kısaca "BIT" deniliyor. Daha sonra, Almanya'nın başlatmış olduğu bu akımı diğer Avrupa ülkeleri izledi ve şu anda 2000'li yılların ortalarında 2 500 civarında karşılıklı ya da iki taraflı yatırım antlaşması mevcuttur.

Bu iki taraflı yatırım antlaşmaları nedir ya da neyi amaçlamaktadır? İlk yıllarda yatırımcılar ve onlara danışmanlık eden hukukçular dahi bu antlaşmalardaki hükümlerin pek farkında değillerdi. Aslında bu antlaşmalar İkinci Dünya Savaşından önce 1920-1930'lu yıllarda yapılan –Türkiye'nin de imzalamış olduğu- önceki formları, iki taraflı dostluk, ticaret, seyrüsefain ya da denizcilik anlaşmalarıdır. Ancak bu önceki formlar daha çok uluslararası ticaret ya da serbest ticareti amaçlamaktaydı. Oysa yatırım antlaşmaları, doğrudan yabancı yatırımlara ya da her iki ülkenin de karşılıklı olarak diğerinin yatırımcısına tanıdığı bazı haklardan bahsetmektedir.

İki taraflı yatırım antlaşmalarının getirdiği en büyük yenilik, yabancı yatırımcılara, yatırımı kabul eden ev sahibi ülkede doğrudan maddi haklar tanımmasıdır. Yatırım anlaşmaları sadece bu hakları tanımakla kalmadı, yabancı yatırımcılar bu maddi haklara dayanarak, ev sahibi devleti (*host state*), antlaşmadaki uyuşmazlık çözüm metotlarına göre –ki genellikle uluslararası tahkimde dava edebilme imkânına kavuştu.

1959 yılında Almanya ile başlayan ve şu anda sayıları 2 500'e ulaşan iki taraflı yatırım antlaşmalarının temel sisteminde, Avrupa ülkeleri de Almanya'yı izlemiştir. Dünyada uluslararası doğrudan yatırımlarda ilk sıralarda gözümüze çarpan Amerika Birleşik Devletleri ise, 1980'li yıllarda bu yatırım antlaşmalarını peyderpey yürürlüğe koymaya başlamıştır.

İki taraflı yatırım antlaşmaları, yatırım tahkimlerinin neredeyse tamamının kaynağıdır. Böyle olduğu için ben öncelikle, bu yatırım antlaşmalarının temel özelliklerine ya da biraz evvel söylediğim maddi hakların neler olduğuna değinmek istiyorum. Yatırım antlaşmaları temel haklar ya da minimum standart hakları içermektedir. Elbette bu hükümler doğal olarak ülkelere göre bazı farklılıklar göstermekle beraber temel esaslar aynıdır.

Bu antlaşmaların genel yapısı nedir? Antlaşmanın uygulanması anlamında, öncelikle bir uygulama kapsamı vardır. Tabii şunu söylemeden de geçemeyeceğim: Söz konusu iki taraflı antlaşmalar yine iki devlet arasında yapılan

antlaşmalardır. Bu antlaşmalarla her iki devlet de kendi ülkesinde yatırım yapan, diğer devletin yatırımcısına sözünü ettiğimiz maddi hakları bahşetmektedir.

Uygulama alanı itibariyle, öncelikle antlaşma kapsamında yatırımcı ve yatırım tanımlanır. Çok genel olarak yatırımcı, gerek gerçek kişi, yani diğer akit tarafın vatandaşı olan gerçek kişi ya da diğer akit tarafta kurulmuş olan bir tüzel kişi ya da diğer organizasyonlardır. Yatırım tanımlarında ise, sınırları belirlenmiş bir tanım yoktur. Özellikle ucu açık bırakılmıştır. O yüzden öncelikle, İngilizce ifade edilirse “*any asset*” yani her türlü mal varlığı olabilir. Ancak, özellikle denilerek izleyen şekilde bir sayım da yapılmaktadır: taşınır-taşınmaz mallar, maddi-gayri maddi haklar, para, herhangi bir makine, teçhizat gibi. Hatta, son yıllarda yapılan antlaşmalara bakarsak, bir yatırımla ilgili sözleşmeden kaynaklanan haklar da -para talebi dahil- yatırım olarak nitelendirilmektedir. Demek ki bu antlaşmalarda yatırım tanımı aslında oldukça geniş kapsamlı tutulmuştur. Sınırlandırılmamasının sebebi ise, zaman içerisinde başka tür varlıkların da bu kapsama dahil edilebilmesi olanağıdır.

Uygulama kapsamı bakımından, bir de zaman unsuru bulunmaktadır. Yatırım antlaşmalarının zaman bakımından uygulanması nasıl olacaktır? Burada genel bir prensip söz konusudur. İki tür olabilir; ya yatırım antlaşması yalnızca yürürlüğe girdikten sonra yapılan yatırımlara uygulanabilir ya da ve genellikle kabul edilen şekliyle, antlaşmanın yürürlüğünden önceki mevcut yatırımlar da antlaşma kapsamında değerlendirir. Antlaşma sona erebilir, belli süreli olabilir ya da bir devlet çekilmek isteyebilir. Bu hallerde bu antlaşmalarda bir geçiş dönemi de kabul edilebilmektedir. Diğer bir deyişle, antlaşma yürürlükten kalktığı ya da taraf devletlerden birinin çekildiği ihtimalde dahi, mevcut yatırımlar için antlaşmasına göre 10-15-20 yıl daha, söz konusu yatırımcılara koruma sağlamaya devam eder. Akit devletler bu süre içerisinde o hükümlerle bağlı kalmaya devam ederler. Bu hüküm de bir antlaşma hükmü olduğu için, aynı anlamda bağlayıcı olacaktır.

Antlaşma kapsamındaki özel haklar, ya da maddi haklar nelerdir? Bu hakların bir bölümü uluslararası hukukta tanıdığımız haklardır: En temel, en klasik olanı “*ulusal muamele kozu*”dur. Buna göre, her bir akit devlet diğerinin yatırımcısına, kendi vatandaşı ile eşit muamele etmeyi taahhüt eder. Diğer, “*en ziyade müsaadeye mazhar millet*” dediğimiz ya da en çok kayırlan ulus kaydı ya da İngilizce “*most favoured nation= MFN*” de aynı kapsamda değerlendirilir.<sup>1</sup> Bu hükümle, akit devletlerden biri, diğerinin yatırımcı-

<sup>1</sup> KURTZ Jürgen, “The Delicate Extension of MFN Treatment to Foreign Investors: *Maffezini v. Kingdom of Spain*”, in *International Investment Law and Arbitration*, London 2005, s. 523 vd.

sına diğer başka bir devletin yatırımcısına sağladığı en müsait hakkı, aynı şekilde sağlamayı taahhüt etmektedir. Örneğin; bir İspanyol yatırımcı geldi Türkiye'ye ve Türkiye- İspanya yatırım antlaşmasında talep etmiş olduğu hakkı içeren bir hüküm yok. Ancak, "Türkiye olarak *Hollanda ile de bir antlaşma yapmıştın. İspanya ile yapmış olduğun antlaşmada en çok kayırılan ulus kaydı var. Bana bu kayıt sebebiyle, Hollanda'ya tanımış olduğun hakları ya da daha iyi muameleyi de aynı şekilde uygulaman gerekir*" diyebiliyor. Böylelikle, İspanya-Türkiye yatırım antlaşmasında olmayan bir koruma hükmü, böyle bir hükmün olduğu Hollanda-Türkiye yatırım anlaşması İspanya-Türkiye arasındaki antlaşmada bulunan MFN kaydı sayesinde İspanyol yatırımcıya uygulanabilecektir.

Diğer bir hak ya da prensip, adil ve hakkaniyete uygun muamele yapma ilkesidir. İngilizce adıyla "*fair and equitable treatment*".<sup>2</sup> Bu prensibin de temelleri uluslararası hukuktan gelir, ancak uluslararası yatırım hukukunda biraz daha geniş kapsamıyla uygulanır. Bu ilke kapsamında akit taraflar, diğer devletin yatırımcılarına karşı olan işlem veya eylemlerinde her zaman adil ve hakkaniyete uygun bir davranış sergilemek durumundadırlar. Hatta öyle ki, devletlerin bazen yapmış olduğu işlemlerde, kendileri kötü niyetli olmasalar dahi, sonuç itibarıyla yatırımcının zarar görmesi halinde, yine bu prensibin ihlal edilmiş olduğu söylenebilmektedir. Bu uygulamaları yatırım tahkimi kararlarında görebiliyoruz.

Yine aynı şekilde iç hukukta geleneksel olarak idare hukuku yollarının açık olmadığı durumlarda, idarenin yaptığı bir eylem ya da işlem anlamında, eğer bu işlem ya da eylem adil ve hakkaniyete uygun bir muamele olarak değerlendirilemezse, bu husus pekâlâ yatırım antlaşmaları kapsamındaki uyuşmazlık çözüm esaslarına tabi bir dava konusu olabilmektedir.

Kararlardan birkaç örneğe çok kısa değineceğim. Bir davada atıkları belli bir yerde depolama hakkını alan şirket vardı. İlgili ülke ya da ev sahibi ülke söz konusu lisansı herhangi bir sebep olmadan iptal etmişti. Bu davranış, adil ve hakkaniyete uygun olma ilkesine aykırı bulundu. Aynı şekilde ihracat izni için, aşırı dokümantasyon istenmesi ve ihracatın nerdeyse imkânsız hale getirilmesi halinde, hatta daha enteresan, bir hükümet yetkilisinin, yatırımcının özel bankadaki hesabından talimatla belli bir miktar paranın bir başka yere aktarılması halinde de bu prensiplerin ihlal edildiği, yatırım tahkimi kararlarında vurgulanmıştır.

<sup>2</sup> WALLACE Don, "Fair and Equitable Treatment and Denial of Justice: *Chattin v. Mexico* and *Loewen v. USA*", in *International Investment Law and Arbitration*, London 2005, s. 669 vd.



Diğer bir ilke; tam koruma ve güvenlik ilkesi. Ya da İngilizcesi “*full protection and security*”. Bunlar soyut kavramlar olmasına rağmen hakem kararlarında oldukça somut sonuçlara da varabiliyor. Bu prensip kapsamında da devletlerden ya da hükümetlerden, iyi yöneten bir hükümetten beklenen şekilde davranılması aranır. Diğer bir deyişle, tam koruma ve güvenlik ilkesi kapsamında devlet ya da hükümetler kendi ülkesindeki yatırımcılara, asgari ihtimamı gösterecek ve makul bir koruma sağlayacaktır. Bunlar hangi anlamda ortaya çıkabilir? Örneğin, güvenlik güçlerinin yatırımcılara ya da yatırımlara karşı, belli bir tehdit oluşturması ya da çeşitli baskılarda bulunması, tam koruma ve güvenlik ilkesine aykırı olarak değerlendirilmektedir.

Bu antlaşmalarda aslında en enteresan hükümlerden biri “*sözleşmesel borçlar*” konusundadır. Bu hükümler üzerinde çok tartışma vardır. Antlaşmalarda, “*akit devletler, diğerinin yatırımcısına karşı olan borçlarına, uyacaklardır*” İngilizce olarak da genellikle “*Each contracting party shall observe any obligations it has entered into with an investor ...*” şeklinde ifade edilir.

Bu borçlara uyma ile kastedilen nedir? Belki, yatırım antlaşmalarının hazırlayıcıları bu konuyu detaylı bir şekilde hiç düşünmemiş olabilirler, ama son yıllardaki hakem kararlarında gördüğümüz şudur: ifade edilmek istenilen, eğer ev sahibi devlet, yabancı yatırımcıyla bir sözleşme ya da bir yatırım anlaşması yaptıysa bu yatırım sözleşmesindeki borçlara da uymak zorundadır. Uymazsa ne olur? Uymazsa, öncelikle doğal olarak söz konusu akdi ihlal etmiş olur, ama aynı zamanda sözünü ettiğimiz yatırım antlaşmasındaki hüküm sebebiyle de, yatırım antlaşmasını da ihlal etmiş olur. Bu son ihtimalde ne tür bir sonuç ortaya çıkar? Sözleşmeden kaynaklanan bir uyuşmazlık, aynı zamanda yatırım antlaşmasındaki hükmün de ihlali olacağından, artık bu uyuşmazlığı yalnızca sözleşmedeki uyuşmazlık çözüm usulüne göre değil, ayrıca yatırım antlaşması hükümlerine göre bir uluslararası yatırım kapsamında da çözümü istenebilir. Yatırım antlaşmalarındaki bu tür klozlara “şemsiye klozları” “*umbrella clauses*” denmektedir.<sup>3</sup> Bu adı almasının sebebi, yatırımcıyla devlet arasındaki salt sözleşmesel borçları, antlaşma kapsamında bir borç haline de getirmiş olmasıdır.

---

<sup>3</sup> WALDE W Thomas, “Contract Claims under the Energy Charter Treaty’s Umbrella Clause Original Intentions versus Emerging Jurisprudence”, Stockholm’de 2005 Energy Charter Treaty Arbitration Konferansında sunulan metin; ayrıca bakınız SCHREUER Christoph, “Investment Treaty Arbitration and Jurisdiction over Contract Claims – Vivendi I Case Considered”, in International Investment Law and Arbitration, London 2005, s. 299 vd.; GAILLARD Emmanuel, “Investment Treaty Arbitration and Jurisdiction over Contract Claims – the SGS Cases Considered”, in International Investment Law and Arbitration, London 2005, s. 325 vd.

Yatırım antlaşmalarındaki diğer bir ilke, daha doğrusu yatırımcılara sunulan bir hak daha vardır ki, bazılarına göre bu yatırım antlaşmalarının esası olarak kabul edilir: Tahmin edebileceğiniz gibi, kamulaştırma. Konuşmamın başında, Türkiye aleyhine 10 milyar 100 milyon Dolarlık bir dava açıldığını söylemişim.<sup>4</sup> Bu davanın dayandığı ana prensip kamulaştırmadır. Kepez ve ÇEAŞ meselesini muhtemelen biliyorsunuz. Aslında orada bizim genel olarak klasik uluslararası hukukta bildiğimiz ya da iç hukukta bildiğimiz şekilde bir kamulaştırma iddiası yoktur. Zaten artık devletler, bu tür kamulaştırmalar da yapmıyorlar. Neden? O tür kamulaştırmalar, yani yabancı yatırımcıların mallarına doğrudan el koymalar, artık hiç bir özrü olmayan bir kamulaştırma. Oysa, şimdi artık kamulaştırmaların yeni formları var. Buradan hareketle yatırım antlaşmalarındaki hükümler der ki, “*yabancı yatırımcının varlıkları, doğrudan ya da dolaylı hiçbir şekilde kamulaştırmaya tabi tutulmayacaktır*”. Elbette, devletlerin, mesela idarenin kamulaştırma yapma hakkı her zaman mevcut. Bu sebeple, hükümler devamında, bir kamulaştırma olacaksa hangi şartları haiz olmasını gerektiğini de belirtmektedir: *Burada bir kamu menfaati ya da amacı olsun, ayırimcilik gözetilmesin -sadece yabancıların malları şeklinde-, aynı şekilde hukuki usullere uygun olsun ve en önemlisi bir tazminat olsun, ama bu tazminatın sadece adı olmasın, aynı zamanda bu tazminat “prompt” hemen, “adequate” yeterli ve “effective” etkili olsun.* Yani, para yatırımcı adına tahakkuk ettiğinde hemen (x) bankasında 80’lerdeki ticari borçlar gibi bloke olmasın. Yatırımcı bu paraları istediği şekilde kullanabilsin. O yüzden bu antlaşmalarda, bu paraların aynı zamanda yatırımcının istediği kurda, yurtdışına istediği yere transfer edebilmesi hakkı da getirilmiştir. Bu kamulaştırma hükümlerinin geniş bir uygulama alanı vardır.<sup>5</sup> Çünkü, bugün uluslararası yatırım tahkiminde bizim gördüğümüz, yatırımcıların dayandığı, neredeyse temel prensip diğerlerinin yanı sıra kamulaştırma olmaktadır.

Kamulaştırma türlerinden doğrudan kamulaştırma, yatırımcının malına el koyma, onu almadır. Dolaylı kamulaştırmada ise; farklı formlar olabiliyor.<sup>6</sup> Antlaşmalarda, kamulaştırma ya da eşiti bir işlem ya da benzeri eylemden söz edilir. Eğer devletin yapmış olduğu bu işlem ya da eylem sonucunda yatırımcı, yatırımından elde etmeyi düşündüğü kâr ya da faydayı göremiyorsa ya da devletin söz konusu müdahalesiyle nihai olarak belli bir süre bu hak-

<sup>4</sup> *Libananco Holdings Co. Limited v. Republic of Turkey* (Case No. ARB/06/8)

<sup>5</sup> SCHREUER Christoph, “The Concept of Expropriation under the ETC and other Investment Protection Treaties”, Stokholm’de “2005 Energy Charter Treaty Arbitration” Konferansında sunulan metin.

<sup>6</sup> SHEPPARD Audley, “The Distinction between Lawful and Unlawful Expropriation”, Stokholm’de 2005 Energy Charter Treaty Arbitration Konferansında sunulan metin.

kindan mahrum bırakılıyorsa, burada kamulaştırmadan söz edilebilir. Genel olarak dolaylı kamulaştırmalara “*indirect expropriation*” deniliyor. Bir de “*nationalisation*” var; o da millileştirmedir. Bu daha da sistematik olunca, eski Sovyetler deyişyle “*sosyalleştirme!*” oluyor.

Dolaylı kamulaştırmalara örnek vermek istiyorum. Enteresan bulacağınızı düşünüyorum. Bir davada, bir ülkedeki yatırım için ulusal hukuka göre idare tarafından lokal yönetici atanıyor. Yönetici atanmasının ne tür bir zararı olabilir? Bizatihi bu atama değil, ama bu atama neticesinde, kötü bir yönetim sonucu yatırımcının yatırımını, beklenen faydayı veremeyecek ya da tamamen yok olma aşamasındaysa, işte bu bir dolaylı kamulaştırma oluşturabiliyor. Diyelim ki, serbest bölgede yatırım yapıyorsunuz, aslında bu şu anda Türkiye gündeminde var zannediyorum. Siz yatırım ruhsatı almışsınız serbest bölgede. Bir kanun kabul ediliyor ve diyor ki “*tüm serbest bölgeleri iptal etmedim, ama vergiye tabi tuttum*”. Ne oluyor? Siz 10 yıllık kendi planınızı yapmışsınız. 3 yıl sonra bakıyorsunuz, bir kanun ya da düzenleme çıkıyor diyor ki “*verginiz 0'dı 5 oldu, ya da bu vergileri belli bir oranda arttırdık*”. Bunlar da yine dolaylı kamulaştırma olarak kabul edilebilecek örnekler olarak düşünülebilir.

Diğer bir örnek ihracat izni verilmemesi veya federal bir idare yapısının olduğu ülkede daha üst makamca verilen, onaylanmış bir projenin belediyece belli gerekçeler gösterilerek, inşaat izni verilmemesi sebebiyle, yatırımın bu şekilde kesintiye uğraması ya da bundan istifade edilememesi de bir dolaylı kamulaştırma olarak gözümüze çarpmaktadır.

Bir başka örnek var; o daha enteresan. Şu anda bu dava karara bağlandı ve Çek Cumhuriyeti, bir Hollanda medya şirketine 300 milyon dolar civarında bir ödeme yapmak zorunda kaldı. Hollanda şirketi, Çek Cumhuriyetinde bir medya ortaklığına gidiyor. Bir de medya konseyi var Çek Cumhuriyetinde. Medya konseyinin belli işlemleri ya da faaliyetleri sonucu, sözünü ettiğimiz yatırımcının ortağı, aralarındaki ortaklık sözleşmesini feshediyor. Buradaki ana etken devletin, medya konseyinin yapmış olduğu bazı eylemler ya da işlemler. Bundan dolayı yatırımcı diyor ki, “devletin yapmış olduğu işlem ve eylem sonucu, benim akit yapma serbestliğim ya da hukuki güvenliğim ihlal edildi. Sonuçta benim yatırımlım sifıra yakın hale geldi. Bundan istifadem engellendi. Yatırımcı, Çek-Hollanda iki taraflı yatırım antlaşması kapsamında, bu gerekçeyle tahkime gitti. Bu dava geçtiğimiz yıllarda sonuçlandı.<sup>7</sup> Çek Cumhuriyeti, medya kuruluşuna, bu söylediğimiz meblağı ödemek zorunda kaldı.”

<sup>7</sup> *CME Czech Republic B.V. v. The Czech Republic*, UNCITRAL Rules, Final Award 14 Mart 2003.

Örneğin, yine serbest bölgede bir çimento ya da onunla ilgili bir iş yapıyorsunuz. Belli bir ithal yetkiniz var. Devlet izniniz iptal ediyor. Her iptal, her izin vermeme bu anlamda kamulaştırma değil elbette. Bir yatırım antlaşması olduğunda yatırımcı, bu ihtilafı kolaylıkla uluslararası platforma taşıyabiliyor ve devlet de belli oranlarda, yüksek meblağlarda, tazminata mahkûm edilebiliyor.

Dolaylı kamulaştırmaların bir örneği de “*creeping expropriation*”dır. “Sürünge kamulaştırmalar”. Neden sürünge? Adım adım yapılan kamulaştırma, işlemlerin her biri bir kamulaştırma etkisinde değil ancak, hepsini topladığınız zaman yatırımcının bundan nihai olarak zarar görmesi anlamında bir kamulaştırma oluşturabiliyor. Örneğin İran’da bunun bir benzeri vardı. İran diyor ki, “*ben petrol endüstrisini millileştireceğim*”. Ondan sonra üretim miktarlarını kademeli olarak düşürüyor. Sonra yöneticileri değiştiriyor. Zaten en sonunda da bir ortaklık anlaşması varsa, onu da iptal ediyor. Gördüğünüz gibi aslında peyderpey yatırımı kamulaştırıyor.

Diğer bir kamulaştırma örneği olarak -bu yeni olduğu için biraz daha fazla üzerinde duruyorum- maddi olmayan haklar da kamulaştırmaya konu edilebiliyor. Polonya hakkında bir karar var. Polonya Hükümeti bir fabrikayı kamulaştırmış ya da el koymuştu. Uyuşmazlık tahkime intikal etmişti. Hakemler dedi ki, kamulaştırma yaparken, “*evet bu fabrikayı sadece gayrimenkul olarak değil, bu işletmenin sahip olduğu maddi olmayan hakları da aslında zarara uğrattın. Bu haklara da hanel getirdin. O anlamda burada da maddi olmayan hakların kamulaştırılması söz konusudur*”. Biraz önce söylediğim medya şirketinin davasında da yine medya şirketi, “*benim hukuki güvenliğim zedelendi, çünkü yaptığınız baskılar sonucu, ortaklık anlaşmam iptal edildi ya da daha kötü şartlarda ortaklık sözleşmesi yapmaya mecbur edildi*”ğini iddia ederek kamulaştırmaya dayanmış ve davayı kazanmıştı.

Salt sözleşme ihlali acaba kamulaştırma olabilir mi? Burada da devlet tarafından akdin ihlali, kamulaştırma olarak kabul edilebiliyor. Yalnız bir nüans var. Tabii, devletin bu şekilde yatırımcıyla, yapmış olduğu anlaşmalarda, devlet özel hukuk kişisi olarak da akdedebiliyor. Nitekim bizim hukukumuzda bu mevcut. Bunların özel hukuk ilişkileri olduğu söylenildi ve hatta belli durumlarda kabul edildi. Ancak sonuçta devletin devlet olma niteliği değişmiyor. Bu sebeple bu konuda bir ayrıma gidilmektedir. Eğer devlet, “*ticari değil, fakat egemenlik hakkını kullanarak sözleşmeyi ihlal etmişse, işte o zaman bu bir ticari ihlal değil, devletin egemenlik hakkına dayanarak yaptığı ihlaldir. İşte bu halde, burada yatırımcının sözleşmeden doğan hakları kamulaştırılmış*” denilebiliyor. Bu konuda davalar var, fakat bu davalar genel-

de yatırımcı açısından başarılı davalar değil. Bu davalarda devletin ihlali daha çok ticari olduğundan bahisle kamulaştırma olmadığına kanaat getirilmiştir. Örneğin, belediyeyle değerlendirme amacıyla atık su ya da atıkla ilgili bir sözleşme yapıyorsunuz. Sonra belediye faturaları ödemiyor. Bu hemen başlı başına bir kamulaştırma ya da hakların gasp edilmesi olarak algılanmayabiliyor. Bu ticari bir işlem olarak düşünülebiliyor.

Kamulaştırmada son olarak “*regulatory expropriation*” denilen hukuksal düzenlemeler aracılığıyla ya da onların bir etkisi olarak ortaya çıkan kamulaştırmaya değineceğiz.<sup>8</sup> Acaba devletin yabancı yatırımcı var diye kanun veya benzeri düzenleme yapma hakkı da elinden alınmış sayılır mı? Hayır. Ancak, biraz evvel söylediğimiz ilkeler doğrultusunda bakmak lazım. İşin aslında iki esası var. Birincisi ölçülülük, ikincisi de zaman.

Yabancı yatırımcılar açısından baktığımızda da, önceki örneklerde olduğu gibi, yabancı yatırımcı açısından bu düzenlemeler yatırımların büyük oranda değerini kaybetmesine ve ondan beklenen menfaatin yok olmasına sebep olabilir. O yüzden deniliyor ki, devletin ana amacı ya da idarenin ana amacı, her ne kadar bu yatırımcıyı zarara uğratmak değilse bile, bu konuda bir kötü niyeti olmasa bile, eğer bu düzenlemenin ya da düzenleyici işlemin olumsuz ekonomik etkisi, yabancı yatırımcı açısından oldukça ağır ve kesinse, ayrıca söz konusu etki bir ay, iki ay, üç ay gibi geçici bir süre için değil de, daha uzun bir zamana yayılıyorsa, bu durumda artık, bir *regulatory* ya da düzenlemesel bir kamulaştırmadan söz etmek gerekecektir.

Örneğin bir davaya konu olayda, Kanada’da devlet yeni bir ihracat kontrol sistemi getirmişti. Bu ihracat kontrol sistemiyle oradaki yabancı yatırımcının ihracata ilişkin çok esaslı bir etkilenmesi olup olmadığı konusu tartışıldı. Burada tahkim mahkemesi, “*ihracata ilişkin olarak kabul edilen söz konusu uygulamaların çok büyük bir ağırlığı olmadığına hükmetti ve kamulaştırma yoktur*” dedi. Yine benzer şekilde, getirilen 18 aylık bir ihracat yasağını da bir başka davada diğer bir hakem mahkemesi, kamulaştırma için yeterli görmedi.

Sonuçta, her somut olay kendi içinde değerlendirilmektedir. Yalnız bilmek gerekir ki, bu tür düzenlemelerde de kamulaştırmadan söz edilebilir. Tabii aslında burada önemli olan yatırımcının, yatırımdan makul beklentilerinin göz ardı edilip edilmediğidir. Yoksa, devletin bu anlamda iyi niyetli olup olmaması sonuca çok fazla etkili değildir. Bir anlamda, sonuçsal ya da etkisel

<sup>8</sup> COE Jack / RUBINS Noah, “Regulatory Expropriation and the Tecmed Case: Context and Contributions”, in *International Investment Law and Arbitration*, London 2005, s. 597 vd.

bir kamulaştırma teorisi vardır. Her halde yatırımcı bakımından bir zarar oluşması gerekiyor.

Yatırım antlaşmaları, bu zararların giderimi için de biraz evvel söylediğim gibi belli kurlarda, belli şekillerde transfer garantileri de veriyor. Yani yatırımcı gerek bu tarz zararlar kapsamında, gerek yaptığı ticaret kapsamında kazançlarını, sermayesini transfer edebilme hakkına da diğer bir hak olarak sahiptir.

Yatırımların korunması kapsamında çok taraflı yatırım antlaşmaları da vardır. En önemlisi Türkiye'nin de taraf olduğu "*Enerji Şartı Antlaşması*"dır. Bu kapsamda NAFTA'dan -Kuzey Amerika Serbest Ticaret Antlaşması- da söz edebiliriz. Meksika, Kanada ve ABD arasında imzalanmış olup, serbest ticaret hükümleri yanında yatırımların karşılıklı korunması hükümlerini de içermektedir. Gerçekten, NAFTA kaynaklı yatırım tahkimlerine de uygulamada sıkça rastlanmaktadır.

Türkiye'yi doğrudan ilgilendiren biraz evvel söylediğimiz Libananco tahkiminin de dayanağı olan Enerji Şartı Antlaşmasıdır. Enerji Şartı Antlaşmasına, Avrupa Birliği de dahil 51 ülke taraftır. Antlaşma 2001 senesinden itibaren Türkiye için yürürlüktedir. İki taraflı yatırım antlaşmalarında yatırımcılar için sözünü ettiğimiz temel maddi haklar Enerji Şartı Antlaşmasında da belli değişikliklerle mevcuttur.

İki taraflı yatırım antlaşmalarında maddi haklar bulunduğu değinmiştik. Bu bir yenilik. Diğer yenilik ise, uyuşmazlıkların çözümüne dair olan hükümlerdir. Bu hükümler, uluslararası yatırım tahkimi anlamında esas kaynaktır. Bu antlaşmalarda, yatırımcı ile kabul eden devlet arasındaki uyuşmazlıkların çözümünde ulusal mahkemeler önemini tamamen kaybetmemiştir. Bazı hallerde devreye girerler: Birinci ihtimal, bir uyuşmazlık çözüm mercii olarak yatırımcı için bir opsiyondur. İkinci ihtimal, bazı antlaşmalarda öncelikle ulusal mahkemelere başvurulması zorunludur. Bu hallerde, altı ay ya da antlaşmasına göre bir yıl içinde nihai karar çıkmazsa, yatırımcı tekrar uluslararası uyuşmazlık çözüm metotlarına yönelebilir.

Bu antlaşmalarda öngörülen uyuşmazlık çözüm metotları, uluslararası yatırım tahkimi anlamında genel olarak şunlardır: Birincisi yatırımcı, ICC - Milletlerarası Ticaret Odası tahkimine gidebilir. İkinci olarak UNCITRAL tahkim kuralları kapsamında *ad hoc* tahkim olabilir. Diğer bir seçenek, SCC - Stockholm Ticaret Odası kapsamında bir tahkim olabilir. Daha da önemli bir ICSID tahkimi olabilir. Yani Devletlerle Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümüne Dair Konvansiyon kap-

samında bir tahkim olabilir. Bu sözünü ettiğim seçenekler neredeyse tüm yatırım antlaşmalarında değişir biçimde ve genelde üç seçenek olarak bulunmaktadır. Eski sosyalist ülkeler ICC'yi pek tercih etmezler. Onlar daha çok Stockholm SCC tahkimini tercih ederler.

Ev sahibi devlet, bu hükümlerle yatırımcıya söz konusu uyuşmazlık olduğunda, biraz evvel sözünü ettiğimiz haklardan kaynaklanan bir uyuşmazlık olduğunda, belli şartlarla, bazılarında iç hukuka öncelikle gitme, (ama genellikle bu yoktur) bu uluslararası tahkimlerden birine başvurabilme hakkını bahşeder. Yatırımcı bunlardan herhangi birini seçtiğinde, artık uyuşmazlık o prosedüre göre çözülmeye başlayacaktır. Devlet prensip olarak, tekrar dönüp “*ben buna onay vermedim*” diyebilme hakkına sahip değildir. Aynı uyuşmazlık çözüm seçenekleri, Enerji Şartı Antlaşmasında da belirtilmiştir.

Aslında Enerji Şartı Antlaşması iki taraflı yatırım antlaşmalarının sadece enerji konusunda, bir anlamda çok taraflı hale getirilmiş şeklidir. Bu antlaşmada da yatırımcılara, belli şartlarda Enerji Şartı kapsamındaki yatırımlardan doğan uyuşmazlıklarda uluslararası tahkime, özellikle ICSID tahkimine gidebilme imkânı verilmiştir.

ICSID'e ayrıntılı olarak değinecek olursak: Bu yatırım antlaşmalarında gerek iki taraflı, gerek çok taraflı olsun, ICSID tahkimi yatırımcıya bir alternatif olarak sunulmuştur. ICSID tahkimi nedir? ICSID “*International Center for Settlement of Investment Disputes*” terimlerinin bir kısaltmasıdır. Yani, yatırım ihtilaflarının çözümüne ilişkin uluslararası merkez. Kısaca “center” ya da “merkez” olarak da ifade edilir. Bu merkez 1965 yılında imzalanan, “Devletlerle Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümüne Dair Washington Konvansiyonu” kapsamında kurulmuş bir merkezdir. Türkiye de bu Konvansiyona 1988 tarihinde taraf olmuştur.

Konvansiyon, ICSID tahkimi yanısıra aslında bir de uzlaştırma öngörmektedir. ICSID tahkimi bu konvansiyon kapsamında ve Merkezin tahkim kuralları kapsamında cereyan eden bir uluslararası tahkimdir. Diğer uluslararası tahkimlere göre özellik arz eder. ICSID sözünü ettiğimiz bir konvansiyonla kurulmuştur. Bu tahkimin yürümesi tamamıyla iç hukuklardan arındırılmıştır. Şimdi siz bir ICC tahkimi yaptınız. Ne olacak? Bir tahkim yeri olacak ki bu tahkim yeri çok önemlidir. Niye? Çünkü karar verildiği zaman, iptal prosedürü o yere tabi olacaktır. İptal davası reddedildikten sonra da iş bitmeyecek. Ne olacak? O kararı getirip bir de tenfiz etmeniz gerekecek. Tenfiz prosedüründen de geçecek. Oysa ICSID tahkiminde, uygulama esaslı olarak farklıdır. ICSID tahkimi tamamıyla konvansiyona göre cereyan eder.



Buna göre de iç hukuklardan tamamen bağımsızdır. Kendi içinde bir iptal prosedürü vardır. Onun dışında tahkim yeriyle ilgili olarak herhangi bir iptal ya da tenfiz söz konusu değildir. Hatta, en çarpıcı ve muhtemelen tercih edilir bir yönü; ICSID tahkiminde verilen hakem kararları ICSID'e 10 Nisan 2006 itibarıyla taraf olan 143 ülkede, o ülkelerin mahkemelerinden verilmiş nihai kararlar gibi icra edilir.

Demek ki ICSID tahkiminde verilen karar için artık gerek iç hukuk, gerek New York Konvansiyonu hükümleri kapsamında herhangi bir tenfiz prosedürü söz konusu değildir. ICSID hakem kararlarının mali hükümleri ya da paraya ilişkin olan hükümleri bu şekilde herhangi bir tenfiz usulüne gerek kalmadan icra edilebilir hale geliyor. Tanıma kapsamında ise problem yok. Her halde bu kararlar tüm hükümleriyle -gerek paraya ilişkin olan, gerekse paraya ilişkin olmayan- kesin hüküm olarak tanınması gerekmektedir. Paraya ilişkin olmayan hükümler, şayet onların icrası üye devletlerde söz konusu olacaksa, işte o zaman tenfiz prosedürü devreye girer.

ICSID'in diğer bir özelliği taraflara azami serbestlik tanır. Yani taraflar -ICSID'in tahkim kuralları da var ayrıca- gerek tahkim kuralları, gerek konvansiyon hükümleri kapsamında taraflara belli hallerde serbestlik tanımıştır. Aynı zamanda uzman bir tahkim kuruluşudur; çünkü sadece yatırım hukukundan ya da yatırımdan kaynaklanan uyuşmazlıklara bakar. Diğer taraftan, diplomatik himaye yasağı vardır. Biliyorsunuz genelde yatırımları yapanlar daha çok gelişmiş ülkelerdir. Bunların diğer gelişmekte olan ülkeler nezdinde, diplomatik himaye ya da diplomatik takip hakkını kullanmaları, ICSID tahkimi söz konusu olduğunda tahkim sonuna kadar ya da -kara uymamaya kadar- ertelenmiştir.

Diğer bir özellik ise; ICSID tahkimi münhasırdır. Bir kez taraflar; yatırımcı ve kabul eden devlet ICSID tahkimine onay verdi mi, artık onun dışındaki diğer bütün ulusal usullere başvurmama yasağı başlar ya da başvurulmuşsa, bekleme ya da erteleme sürecine tabi olurlar. Ancak konvansiyon bir imkân vermektedir. Üye devletler isterlerse, bu onamalarda iç hukuktaki hukuki yolların tüketilmesini şart koşabilirler.

ICSID tahkimine başvurmanın şartlarına gelecek olursak: ICSID konvansiyonuna bir devletçe taraf olmak, ICSID tahkimine otomatikman onay vermiş olma anlamına gelmiyor. Diğer bir deyişle, ICSID konvansiyonuna taraf olan bir devlet, onun lehine veya aleyhine bir ICSID tahkimi söz konusu olabilmesi için ayrıca bu tahkime, bir onay vermelidir. Bu onay nasıl olabilir? Yatırımcıyla bir sözleşme söz konusu olduğunda, bu onay sözleşmede verilmiş olabilir ya da çok daha yaygın haliyle iki taraflı yatırım antlaşmalarının



da veya çok taraflı yatırım antlaşmalarında bu onay bulunabilir. Nitekim bugün yatırım tahkimlerinin yüzde 90'ı bu şekilde iki taraflı yatırım antlaşmalarında akit devletlerin, diğer devletin yatırımcısına ICSID tahkimine gidilme konusunda, önceden antlaşmayla vermiş oldukları şartsız onay kapsamında cereyan etmektedir.

Diğer bir olanak da onayın ulusal mevzuatta bulunmasıdır. Bazı yabancı yatırım mevzuatları –Türkiye hariç- yabancı yatırımcıya ICSID tahkimine gitme onayını önceden vermektedir. Yatırımcı açısından ise; bu iki devlet arasındaki bir yatırım antlaşmasından kaynaklanan onay olduğundan, yatırımcı antlaşmaya taraf olmadığı için, onun onayı henüz mevcut değildir. Genellikle pratikte, yatırımcının onayı dava açarken, ICSID sekreteryasına yazılı olarak sunduğu onay mektubunda yer almaktadır. Devletlerin tek taraflı olarak, iki taraflı ya da çok taraflı yatırım antlaşmalarında yapmış oldukları onay icabının yatırımcı tarafından kabul edilmesiyle onay tamamlanacaktır. Onay ICSID tahkiminin gerçekleştirilmesi için birinci şarttır, ancak hepsi değildir.

Diğer şartlardan biri kişiye, diğeri de konuya ilişkindir. Kişiye ilişkin şartta, gerek yatırımcının tabi olduğu devlet, gerek yatırımı kabul eden devletin ICSID konvansiyonuna taraf ülke olmasıdır. Kişi bakımından yetkinin tesisinde, bir tarafta devlet, diğer tarafta ise diğer akit devletin vatandaşı bulunmalıdır. ICSID tahkiminde, ticaret hukukundan kaynaklanan bir uyuşmazlıkta iki özel kişi arasındaki bir ihtilafın ICSID tahkimine gitmesi söz konusu değildir. Mutlaka bir taraf yatırımı kabul eden devlet, diğeri ise yabancı yatırımcı, gerçek ya da tüzelkişi olmalıdır.

Konu bakımından yetki şartına geçmeden önce, bir ihtimali de göz ardı etmemek gerekir. Yabancı yatırımlarda ne olur? Yabancı yatırımcı gelir yatırımı yapacağı ülkede -Türkiye'de- bir şirket kurar değil mi? Bir şirket kurduğunda ne olacak? Burada bir yatırım ihtilafı söz konusu olduğunda, Türkiye Cumhuriyetine karşı kimler dava açabilir?

Türkiye'de kurulan şirketin ortağı olan yabancı yatırımcı açabilir. Neden? Çünkü hisse ya da ortaklık payı da bir yabancı yatırım kabul edilir. Yabancı'nın Türkiye'deki bir şirketteki hissesi Türkiye'deki bir yatırımdır, ama o hissesinin bulunduğu şirket acaba Türkiye Cumhuriyeti Devletini dava edebilir mi? Normalde sorunun cevabı hayır, olmalıdır. Çünkü, Türkiye'de kurulu şirket, bir Türk şirketi, oysa kişi bakımından şartta bir tarafın devlet, diğeri de başka bir akit devlet vatandaşının yatırımcısı olması gerekmektedir. Oysa bu örnekte, Türkiye Cumhuriyeti bir tarafta ve onun bir şirketi diğer bir tarafta. Demek ki, kuralı harfi harfine uygularsak bu kişi bakımından yetki şartı gerçekleşmemektedir.

Konvansiyon yabancı yatırımların genellikle bu şekilde gerçekleşmesinden bahisle, bu konuda bir imkan tanımıştır. Buna göre, devletler dilerlerse, yabancı yatırımcıyla bir anlaşma yaparlar. Bu anlaşma bir yatırım sözleşmesinde olabileceği gibi, yatırım antlaşmasında bir hüküm olarak da yer alabilir. Bu anlaşmayla yatırımı kabul eden devletler, kendi ülkelerinde kurulmuş olsa bile -yani örnekteki gibi- yabancı kontrol sebebiyle, bu şirketi kendisine karşı diğer bir akit devlet şirketi olarak kabul edebilir. Normalde, örneğin yabancı yatırımcının Türkiye’de kurduğu şirket, Türk şirketi olup, Türkiye Cumhuriyetine karşı yatırım ihtilafından dolayı ICSID tahkimini başlatamayacağı halde, eğer yatırımcıyla Konvansiyonda sözü edilen türden bir anlaşma varsa, o zaman bu şirket, artık diğer bir akid devlet vatandaşı ya da şirketi kabul edilecektir. Böylelikle, kişi bakımından yetki şartı da gerçekleşmiş olacaktır.

Böyle bir anlaşma doğal olarak ev sahibi devletin ulusal mevzuatında da bulunabilir. İfade edelim ki, iki ve çok taraflı yatırım antlaşmalarının çoğunda bu yönde bir hüküm bulunmaktadır.

Konu bakımından yetki şartını sağlamak için, uyumsuzluğun bir yatırımdan doğrudan kaynaklanan hukuki bir uyumsuzluk olması lazım. Bu tanımda üç tane unsur var: Yatırımdan kaynaklanması, doğrudan ve hukuki olması. Hukukide problem yok. Tanımlanması çok zor değil. Hukuksal bir menfaate ilişkin bir uyumsuzluk olmalıdır. Doğrudan ile kastedilen, doğrudan yatırım olması değil, yatırımla doğrudan bir ilgisi olmasıdır. Bir “yatırım”dan kaynaklanması ise, ucu açık bir tanımdır. Yatırımın ne olduğu ICSID konvansiyonunda tanımlanmamıştır. O zaman bu yatırım tanımını neye göre yapacağız? Uyumsuzluk, iki ya da çok taraflı bir yatırım antlaşması ihlalden kaynaklanıyorsa, uyumsuzluğun yatırımdan kaynaklanıp kaynaklanmadığını, tespit mümkün olabilecektir.

Ayrıca taraflar yapmış oldukları yatırım anlaşmasında, örneğin bir sözleşme olabilir; bir yatırım, bir imtiyaz sözleşmesi olabilir, otoyol yapımı olabilir. Baraj yapımı olabilir. Bu sözleşmelerde taraflar, bunun bir yatırım olduğunu tespit edebilirler. Bu tür bir anlaşma da genel olarak, ICSID hakem mahkemelerince de kabul edilebilir. Ancak, ICSID hakem mahkemeleri her halde, gerek iki taraflı ve çok taraflı yatırım antlaşmasında, gerek iki tarafın özel anlaşmasındaki tanım ne olursa olsun, kendi önüne gelen olayda objektif olarak bir yatırım olup olmadığını ayrıca tespit etmek durumundadırlar. Aslında ICSID hakem kararlarında da açıkça bir tanım oluşmamıştır. Bununla birlikte, kararlarda genel bir kıstas olduğunu söyleyebiliriz.

Buna göre, yatırımcı tarafından bir sermaye ya da sermayesel bir katılım ol-

ması gerekir. Bu yatırım belli bir süreye yayılmalıdır. Bir mal alışverişi kesinlikle bir yatırım olmayıp, bir ticari işlem olarak görülmektedir. Yatırımcı anlamında, yatırımcı tarafında bir risk de olmalıdır. Ayrıca ICSID konvansiyonunda da değinildiği gibi, ev sahibi ülkenin gelişmesine bir katkısı olmalıdır. Tabii bu son kıstas çok geniş yorumlanmamalıdır. Aksi halde, bir yatırım tanımına ulaşmakta zorlanırız.

ICSID tahkiminden bahsetmişken, ICSID Ek Mekanizma (*Additional Facility*) tahkimine de değinmek gerekir. Çünkü, şu anda 12 Nisan 2006 tarihinde bir Türk inşaat şirketinin Kırgız Cumhuriyeti aleyhine tescil ettirmiş olduğu tahkim davası, otel geliştirme inşaatı ile ilgili olan bir ICSID Ek Mekanizma tahkimidir.

ICSID Ek Mekanizma tahkimi, aslında teknik anlamda bir ICSID konvansiyonu tahkimi değildir. ICSID Konvansiyonu hükümleri bu tahkime uygulanmaz. Bu ayrımı bilmek önemlidir. Ek Mekanizma tahkimi, ICC tahkimine benzeyen, ama ICSID’de belli şartlara göre cereyan eden, yatırım ya da yatırım benzeri bir tahkimdir, ama nitelik olarak bir ICC tahkimi gibidir. ICSID Ek Mekanizma tahkiminde verilen karar, yerine göre New York Konvansiyona göre tenfize tabidir. Kararın verildiği ülke hukuku anlamında iptale konu olabilir. Öyleyse neden ICSID deniliyor? ICSID düzenleyicileri düşünmüşler ki, eğer ortada *bir yatırım uyuşmazlığı varsa*, ama tarafların ikisi de konvansiyona taraf değilse ve yalnızca birisi tarafsa ICSID tahkimi için şartlar yeterli olamıyor. O zaman bu tarz yatırım uyuşmazlıkları ise ek mekanizma tahkiminden istifade etsin. Diğer bir deyişle, ICSID kapsamında oluşan yatırım tahkimi uzmanlığından bu uyuşmazlıklar da yararlınsın.

Ancak, yine de her türlü uyuşmazlığın bu kapsamda değerlendirilmemesi için ICSID Ek Mekanizma Tahkimi kuralları kabul edilmiştir. Adında “ICSID” olmasına rağmen, bu ICSID konvansiyonu kapsamında, özelliklerini belirtmiş olduğumuz bir tahkim olarak algılanmamalıdır. Bunu daha çok, ICSID Konvansiyonu kapsamında olmayan ama ICSID’in ya da Merkez’in deneyiminden istifade edecek bir *uluslararası kurumsal yatırım tahkimi* olarak sınıflandırmalıyız.

Sonuç olarak; 1980’li yıllarda yılda bir adet ICSID tahkimi oluyordu. Oysa geçtiğimiz yıl ayda iki ICSID tahkimi kaydı olmuştur. Toplam 25 ICSID tahkimi. Sayı da giderek artmaktadır. Tahkimlerden 23’ü iki taraflı yatırım anlaşmasından kaynaklanmıştır. Bu yıl 21 Nisana geldiğimizde; şu an sekiz tahkim kaydı olup, bunların ikisi Türkiye ile ilgilidir. Yedi tanesi ICSID tahkimi, diğeri ise ek mekanizma tahkimidir. Demek ki; aslında ICSID tahkimi giderek yaygınlaşan bir hukuk ya da bir tahkim türüdür.

İlgili iki taraflı ya da çok taraflı yatırım antlaşmalarının temel hükümlerini yatırımın planlanması aşamasından başlayarak bilmek önemlidir. Böylelikle, etkin bir uyuşmazlık çözümü planı yapılabilir. Hatta öyle ki, bir Türk yatırımcısı olarak yabancı bir şirket aracılığıyla Türkiye’de bir yatırım yapıldığında dahi, prensip olarak şirketin tabi olduğu devletle Türkiye arasındaki yatırım antlaşmasındaki hükümlere müracaat edilebilir. Böylelikle, ihtilafı iç hukuk kapsamında çözmek yerine uluslararası tahkim platformuna taşımak da mümkün olabilecektir.

Karar merciinde olan kamu yöneticilerinin ve danışmanlarının bu konularda etraflıca bilgilendirilmesi gereklidir. Uluslararası doktrinde, uluslararası yatırım antlaşmalarının bu denli önem kazanması üzerine şöyle derler: “*uyuyan güzel uyandı*”. Uluslararası yatırım tahkimi oldukça hızlı bir şekilde gelişiyor. Tabii, uluslararası yatırım tahkimi derken sadece ICSID’de cereyan eden tahkimi anlamayalım. Çünkü gerek yatırım antlaşmaları, gerek yatırımcıyla devlet arasındaki yatırım sözleşmesinde, bir ICC tahkimi seçildiğinde de bu yatırım tahkimi olmaktadır. Aynı şekilde benzer bir yatırım uyuşmazlığının çözümü için UNCITRAL kurallarına göre bir *ad hoc* tahkim olduğunda bu da bir yatırım tahkimidir. Ancak bu son ikisi yatırım uyuşmazlıklarını karara bağlamakla beraber, bir ICSID tahkimi değildir. Daha önce de ifade ettiğimiz gibi, ICSID tahkimi olduğunda bu sizi birçok zahmetten kurtarıyor. Bu sebeple, son yıllarda yatırım tahkimlerinin yüzde 80-90’ında artık daha çok ICSID tahkimi tercih ediliyor.

# **MAKALELER**



# **KAMU HUKUKU**





## İSVİÇRE ÖRNEĞİNDE CEZA USUL HUKUKU REFORMU VE ADLİ ÖRGÜTLENME MODELLERİ\*

**Prof. Dr. Pierre-Henri BOLLE\*\***

**Çev: Ar. Gör. Güçlü AKYÜREK\*\*\***

Hem toplum açısından hem de yurttaşların kendi aralarındaki ya da resmi makamlarla ilişkileri açısından, tüm bir ceza usul hukuku reformu, tüm bir maddi ceza hukuku reformuna göre daha büyük bir değişim anlamına gelmektedir. Hatta böyle bir değişim, şaşırtıcı bir biçimde 26'sı kantonların 3'ü de Federal Devletin olmak üzere (federal, askeri ve idari), 29 farklı ceza usul hukuku barındıran İsviçre gibi küçük bir devlette, söz konusu hukuk dalını birleştirmeye yönelik olunca adeta bir devrim halini almaktadır. Nitekim bazıları maslahata uygunluk, bazıları ise kamu davasının mecburiliği ilkesini uygulamakta; bazıları sorgu hakimine yer verirken bazıları bunu hiç tanımamakta veya kaldırmaktadır. Yine bazıları jüri veya karma mahkemelerle halkın yargılamaya katılmasına izin vermektedir. Aynı şekilde kanun yollarında da farklılıklar yaşanmakta; bazılarında temyiz, bazılarında istinaf, bazılarında da her ikisi de bulunmaktadır. Kısacası teknik farklılıklardan daha fazlası söz konusudur: toplumun tercihleri.

Öte yandan, Federal Konsey (hükümet), 1999 tarihli Yeni Federal Anayasanın değiştirilmesinden sonra, Parlamentonun her iki kanadına da bir birlik ceza usul kanunu tasarısı sunmuştur (Federal Tutanak 2006, sf.1057

---

\* Bu makale, 2006 yılında yayınlanan "*La marche forcée vers l'unification de la procédure pénale en Suisse*" (in *Cahiers de défense sociale*, 2005, sf.83-100) adlı makaleden uyarlanmıştır. Çevirisi ise Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi Güçlü Akyürek tarafından yapılmıştır. Kendisine minnettarım.

\*\* Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

\*\*\* Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi

vd.). Tasarı hazırlanırken, federal hukukçuların istemi doğrultusunda, geniş çaplı görüş alış-verişinde bulunulması hem derin ayrılıklarla beraber ortak noktaların saptanmasını sağlamış hem de tasarımı hazırlayanlara çoğunluğa en uygun çözümleri bulmak ve hukuki ve/veya siyasi amaçlarla zorunlulukları da dikkate alarak gerekli desteği sağlayabilmek konusunda yol göstermiştir. Zira kantonlar, farklılıklarını feda etmeye, yumuşak biçimde, zorlanmıştır. Sonuçta parlamentodaki faaliyetin sonuçlanması hedeflenmiştir.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, İsviçre'nin önce Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine daha sonra da BM Kişisel ve Siyasi Haklar Sözleşmesine katılması, uluslararası, özellikle de bölgesel sözleşmeleri (Avrupa Konseyi belgeleri) onaylaması ve komşu ülkelerle ya da ABD gibi İsviçre'nin devamlı ilişkide olduğu diğer ülkelerle ikili antlaşmalar yapması; kantonları, ceza adaleti sistemlerini değiştirmeye değilse bile uyumlaştırmaya zorlamaktadır. Böylece iyi veya kötü bir uyum sürecine girilmiştir.

Tüm bunlara, reformu kolaylaştıran teknik bir gerekçe de eklenebilir. O da kantonların ceza adaleti sistemleri mozağının kanun koyucu açısından gerçek bir laboratuvar oluşturmasıdır. Zira her kantonun hukuku ve uygulaması, hem gerekli deneyimi sağlamakta hem de yaşayan bir hukuk kültürü zenginliğinin yansımalarını sunmaktadır. Bir karşılaştırmalı hukukçu açısından, birleştirmek fakirleştirmektir oysa uyumlaştırmak zenginleştirmektir.

Bu gerekçeler, öncelikle hükümetin, daha sonra Parlamentonun, nihayet halkın, merkezi devlete ceza hukuku alanındaki yetkilerin önemli bir kısmını veren 2003 tarihli Federal Anayasa değişikliğini isteme nedenini açıklamaktadır. Maddi ceza hukukuna şekli ceza hukuku da eklenmiştir; bununla birlikte, ilgili Anayasa hükmü uyarınca aksine bir federal ceza hukuku düzenlemesi bulunmaması koşuluyla, kolluk hukuku ve ceza infaz hukuku kantonların yetkisinde bırakılmıştır.

Söz konusu politik gerekçeye, sosyokültürel bir gerekçe de eklenmektedir, o da ülkenin nüfus yapısıdır: kantonların, uzun zaman homojen olan nüfus yapılarının giderek heterojen bir hale geldiğini, giderek artan oranda "konfedere" denen İsviçrelileri yani diğer bölgelerden gelen vatandaşları ve İsviçre'de ikamet eden ya da yaşayan yabancıları kapsadığını saptamaktayız. Bu gelişme de kanton kültürlerinin doğallığını bozmaktadır.

Bir diğer gerekçe suç siyaseti ile ilgilidir: etkin olmak için, suç siyasetinin; çok farklı sistemler mozağında elde etmenin ve uygulamanın çok zor olduğu üç niteliğe sahip olması gerekir; makul, mantıklı ve tutarlı olmak.

Nihayet, hukuk düzeniyle ilgili bir takım gerekçeler de vardır. Her şeyden önce herkese yasa önünde eşitliği sağlamak, aynı zorlama tedbirlerini uygulamak, aynı kanun yollarını sunmak ve her yerde aynı adli örgütlenmeyi kurmak söz konusudur. Aynı düşünce yapısı içinde, amaç bütün halka ceza usul hukuku güvenliğini garanti etmektir: XXI.yüzyıla birbirinden bu kadar farklı ceza usul hukuku sistemleriyle girmek mantıklı ya da en azından anlaşılabilir bir durum mudur? Kim olursa olsun, içinde kaybolacaktır ve yüksek düzeyde usul hukukçusu olmayan, herhangi bir insan ve hatta vekili açısından, kurallar karmaşası içinde, savunma haklarını koruyabilmek adeta imkansızlaşacaktır. Zira bazı kurumlar kimi kantonlarda farklı isimler almakta iken, bazen de aynı isim farklı kurumları ifade etmektedir. Zaten bu durum, İsviçre ile ceza hukuku alanında adli işbirliğine giden yabancı ülkelerin adli makamlarını anlaşmazlıklara ve üzücü yanlış anlamalara sürükleyebilmektedir. Federal Konsey de Federal Ceza Usul Kanunu hakkındaki raporunda (Rapor, Ayrı basınının 16.sf) uygulamacıların (Baro, hakim-savcı, adli kolluk) kantonlar arası uygulama yapabilmesi amacını belirtmektedir, *statükonun devamı* bunu engellemektedir.

Bütün bunlara, zamanla, maliyet-fayda açısından da önemli bir gerekçe eklenmektedir: İsviçre'deki güncel ceza usul hukukları mozaigi, adli sitemin ayrı ayrı düzenlenmesini gerektirmiştir, böylece adli işbirliği yavaş ve pahalı bir hale gelmekte ve kantonlar arası cezai işbirliğinde de kanun yolları söz konusu olmaktadır. Oysa hem etkinlik açısından hem de modern suçluluk biçimlerinin ne ulusal ne de kantonlar arası sınırları tanıması nedeniyle, durum çözülemez bir hal almaktadır.

İsviçre'de ceza usul hukukunun birleştirilmesi yeni bir konu değildir ve 1942'de Ceza Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden itibaren tartışılmıştır. İsviçre Hukukçular Derneği, 1947 yılında Neuchâtel'deki genel kurulunda bu tartışmalı konuyu ana tema yapmıştır. İlgili toplantıdaki başarılı çalışmalara rağmen, devamı gelmemiştir. Zira o dönemde hem federalizm çok canlıdır hem de henüz suçluluk, reformu gerekli kılmamıştır. Ama 1980'li yılların sonuna doğru ekonomik suçluluğun, örgütlü veya değil, ancak kantonlar arası ve uluslararası boyutta artması nedeniyle İsviçre Ceza Kanunu'nun özel kısmında, asıl olarak da mala karşı işlenen suçlar bölümünde yapılan reformların ardından, değişim başlamıştır. Kendi açılarından, kanton kanun koyucuları da boş durmamış ve artan suçluluğa karşı birçok ceza usul kanunu daha etkin hale getirilmiştir. Böylece İsviçre ceza usul hukukunun birleştirilmesi sorununun gündeme gelmiş olması gayet doğaldır. Federal Konsey bir uzmanlar kurulu oluşturmuş, onlar da 1994 yılının ortasından 1997 yılı sonbaharına kadar çalışarak, amaçlanan reformun uygulanabilirliği ve boyutu üzerine bir rapor hazırlamışlardır. "29'dan birliğe. Federal bir ceza usul kanunu kavramı" isimli bu rapor, danışma sürecinde ilgili tüm çevrelere, geniş

biçimde dağıtılmıştır. Uzmanlar, görüşlerini belirtmeden önce ceza adaleti sistemiyle ilgili (usul ve adli örgütlenme) dört modeli belirlemişlerdir. Bunları daha sonra ele alacağız. Rapor, öğreti ve, elbette, önerilen modele uyum sağlayan veya uyum sağlayabilecek olan uygulamacılar tarafından olumlu karşılanmıştır. Ancak danışmaların genel sonucuna dayanan Konfederasyon, bu karşılaştırmalı hukuk çalışmasının düzeyine ve bilimsel meşruiyetine saygı duyarak, karşı çıkmış ve tek bir sonuç çıkarmıştır; o da artık İsviçre ceza usul hukukunu birleştirmenin zamanın geldiği ve reformun uygulanabilir olduğudur. Daha önceki kurulda yer almayan, Zürih Üniversitesi'nden Profesör Niklaus Schmid, bir ceza usul kanunu tasarı taslağı hazırlamakla görevlendirilmiştir. Uzmanlar tarafından reddedilen Zürih sistemini temel alması istenmiştir çünkü Federal Konsey'e göre etkinlik, hızlık ve ekonomiklik gibi amaçlara daha uygundur, cezai alanda uluslararası yardımlaşma konusunda daha az sorun yaratmaktadır ve Alman, İtalyan ve *Common Law* sistemleri ile daha çok uyum göstermektedir. Profesör Schmid'in, uzun bir açıklayıcı rapor ekli taslağı, yine danışma sürecinden geçmiştir. Daha sonra Konfederasyon'un ilgili birimleri, 2005 yılının Aralık ayında tasarı olarak Parlamentonun her iki kanadına da sunulmadan önce (Yukarıda belirtilen Federal Tutanak) üzerinde tekrar çalışmışlardır.

Reformun şu anki hali budur ve Parlamento, tasarının üzerinde çok önemli değişiklikler yapmaksızın çalışmalarını bitirmek üzeredir.

İsviçre Ceza Usul Kanunu Tasarısını, ana hatlarıyla da olsa, açıklamak bu çalışmanın sınırlarını açıkça aşacaktır. Öte yandan, söz konusu çalışma İsviçre ceza usul hukukuna başvurmeyen, hatta onu uygulamayan, İsviçre'deki yabancılara yöneliktir. O halde iki konuya yoğunlaşmak yerinde olur: birincisi karşılaştırmalı iç hukuk yaklaşımıdır zira, uyumlaşmanın yerini alan ve halen devam eden birleştirme çabaları bunu yok edecektir, ikincisi ise reformun, çağdaş bir ceza usul hukuku kanun koyucusuna özgü yanlarını açıklamaktır.

Yukarıda, İsviçre ceza usul hukukları mozağinin, kanun koyucu açısından yarattığı laboratuvar etkisine işaret ettik. Bundan yola çıkan, Birleşik İsviçre Ceza Usul Kanunu kavramını geliştirmekle görevli uzmanlar kurulu, incelenen farklı yasalardan dört farklı ceza muhakemesi modeli çıkartmışlardır. Her ne kadar – belirttiğimiz ve göreceğimiz gibi – inceleme sonucu ortaya koydukları öneri kanun koyucu tarafından reddedilmiş de olsa (*29'dan birliğe. Federal bir ceza usul kanunu kavramı sf.31-46; A.Kuhn, Birleşik Ceza Usul Kanunu Tasarı Taslağı, in: Ceza usul hukukunun birleştirilmesi, federalizm ve adli örgütlenme, sf.41-42*), reform açısından en büyük zenginliklerden biridir. Biz de onu temel alacağız.

Uzmanlar, sadece dört ceza soruşturması modeli belirlemişlerse de ve soruşturma-kovuşturma makam(lar)ını tek ölçüt olarak almışlarsa da, kolaycılık yapmamışlardır. Araştırma görevinin (hazırlık soruşturması, kamu davası öncesi ön soruşturma veya sonrasındaki ilk soruşturma ya da yargılama makamına gönderme) savcıdan ayrı bir sorgu hakimine verilmesi veya bazı araştırma yetkilerini emri altındaki adli kolluğa kullandırabilen savcıya verilmesi söz konusudur. Bu yöntem içinde uzmanlar, 1 numaralı sorgu hakimi, 2 numaralı sorgu hakimi, 1 numaralı savcı ve 2 numaralı savcı adını verdikleri dört model ortaya koymuşlardır.

### **1 numaralı sorgu hakimi modeli:**

Sorgu hakimi, 1985 yılına kadar Türkiye’de var olan, dolayısıyla genç uygulamacılar tarafından pek bilinmeyen bir kurum olarak kısa bir açıklamayı hak etmektedir. Öncelikle, adından da belli olduğu gibi bir hakimdir, kolluk amiri değildir. Bundan hareketle, görevini yerine getirirken, kişilere yargı güvencesi sağlar. Hakim olarak, tarafsız olmak zorundadır ve lehe olduğu kadar aleyhe olan delilleri de toplar. Amacı soruşturmadır yani, tüm yetkisini kullanmak ve esas mahkemesinin gerekli yargılamayı yapabilmesi için gerekli her şeyi yapmaktır. Kısacası, suç veya suçlara, ilgili vakalara (maddi gerçeklik), daha sonra faile ve kişiliğine (failin gerçekliği) ışık tutmak ona düşer. Soruşturmanın ise ikili bir amacı vardır: yargılama makamına başvurabilmek için gerekli delilleri araştırma ve toplamak, duruşmayı veya kovuşturma evresini hazırlamak. Yargılama makamı davayı devraldıktan sonra sorgu hakimi çekilir ve duruşmalara katılmaz. Bu da son derece normaldir çünkü tüm işlemleri zaten dosyada yer almaktadır.

1 numaralı sorgu hakimi modelinde, araştırma süreci; ön soruşturma veya hazırlık soruşturması ve soruşturma diye iki bölüme ayrılmaz. Bütün araştırma görevi, savcıdan ve duruşma hakimi gibi diğer adli makamlardan ayrı bir sorgu hakimine verilmiştir. Hatta istinaf mahkemesi sorgu dairesi bile ancak, *sonradan*, sorgu hakiminin işlem veya kararlarına karşı bir başvuru veya itiraz olduğunda devreye girer. Kural olarak, sorgu hakimi yargılama makamına başvurulmadan önce olayla ilgilenen tek adli organ olduğu için, kamu davasının açılmasına veya takipsizliğe o karar verir, basit veya hızlandırılmış usulü o seçer. Araştırma, soruşturma ve mahkemeye gönderme makamıdır. Tüm bunları tek başına yapamayacağı için de adli kolluk ona bağlıdır. Dolayısıyla suç ortaya çıkarıldıktan sonra, yargılama makamı devreye girene kadar gerekli ilk araştırmaları yapan tek adli organdır ve sonraki süreçte kesinlikle yer almaz. Savcının görevi ise sade ve açıktır: davada taraftır ve toplumu temsil eder. Dolayısıyla, kamu davası açılırken, araştırmalar ve dava açılması sırasında tarafların sahip olduğu tüm haklarla bir-

likte sürece katılır, sonrasında duruşmada iddia makamını teşkil eder ve nihayet gerektiğinde, karara karşı kanun yoluna başvurur. Savcının daha az belirleyici olduğu, davanın diğer taraflarıyla benzer bir durumda olduğu bir modeldir. Bu sistem, ceza yargılamasının klasik iki evresi arasında, araştırma (kolluğun yaptığı tahkikat ve soruşturma) ve kovuşturma (duruşmalar) kesin bir ayrılığı gerektirmektedir. Sonuçta kişilere, ilk evre bittikten sonra, belirleyici bir rol oynamış hiçbir adli makamın (örneğin, soruşturma makamı, veya tutuklama kararı veren makam), kovuşturma evresine müdahale etmeyeceğinin güvencesini vermektedir. Böylece duruşma hakiminin, araştırma ve soruşturmadan sorumlu diğer adli makamlara karşı bağımsızlığı tam olarak sağlanmış olmaktadır.

Beş kantonda halen bu sistem uygulanmaktadır.

### **2 numaralı sorgu hakimi modeli:**

Bu modelde, sorgu hakimleri ile savcılarının rolleri ve görevleri daha karmaşıktır çünkü yetkiler bu iki makam arasında paylaştırılmıştır. Ayrıca, bu model içinde farklı sistemler de vardır. Ancak hepsinin bir ortak noktası vardır: her yerde, sorgu hakimi – az veya çok – savcının soruşturmasına bağlıdır. Ceza usul hukukuna göre ve teoride, savcının bir önceliği olsa bile uygulama bu yönde değildir. Bir başka deyişle, sorgu hakimi bağımsız biçimde hareket eder. Açık yasal düzenlemelerin olmaması halinde, sorgu hakimi ile savcı, görevlerini ve yetkilerini, öznel biçimde, kendi anlayışları doğrultusunda ve durumu, özellikle de ilgili olayın yapısını, önemini ve karmaşıklığını dikkate alarak paylaşmaktadırlar. Sistemin böyle bir esnekliğe izin vermesi, etkinliği sağlamakla beraber, hukuk güvenliğini güçsüzleştirmekte ve hangi makamın yetkili olduğunu bilmeyen kişilerin temel haklarının zarar görmesine ve kanun karşısında eşitlik ilkesinin yeterince güvence altına alınmamasına yol açmaktadır.

On kantonda bu sistem uygulanmaktadır.

### **1 numaralı savcı modeli:**

Bu model doğrudan Fransız sisteminden etkilenmiştir. Dolayısıyla karşılaşmalı hukukçular tarafından daha iyi tanınmaktadır. Araştırma sürecinin, birbirini takip eden iki evreye net bir biçimde ayrılması en belirgin özelliğidir. İlk evre savcının yetkisindeki, uygulamada ise adli kollukça yapılan, ön soruşturma veya hazırlık soruşturmasıdır. Sorgu hakimi devreye girmez veya girer ise, sorgu hakimi olarak değil kolluğun amiri olarak girer ve savcı tarafından yetkilendirilir. Tamamen kollukça yürütülen bu evreden sonra,

savcı dosyanın akıbeti hakkında karar verir ve gerekli görmesi halinde, tek yetkili olarak, kamu davasını açar. Eğer zorunlu veya gerekli görürse ya da kanun zorunlu kılıyorsa; savcı, araştırmayı bağımsız biçimde yapacak olan sorgu hakimine başvurur ve kendisi davanın tarafı olur. Bunun yararı, sorgu hakiminin *gerçek anlamda bir hakim* olmasıdır: kişilere adli güvence sağlar ve hem lehteki hem aleyhteki delilleri bağımsız bir biçimde toplar. Sorgu hakiminden; kamu davasını açmak, iddiada bulunmak veya reddetmek ya da gerektiğinde soruşturmaya son vermek beklenmediğinden, koruma tedbirlerini uygularken veya tutuklama hakkında karar verirken tam bir bağımsızlık ve tarafsızlık içinde hareket eder. Soruşturma, sorgu hakimi tarafından tamamlandıktan sonra dosya tekrar savcının önüne gelir. Soruşturma makamı olan savcı, dosyanın akıbeti hakkında karar verir (takipsizlik veya iddianame düzenlenmesi). Bundan sonra sorgu hakimi devreye girmez, zaten tüm soruşturma işlemleri dosyada yer almaktadır. İki soruşturma makamı arasındaki bu git-gel karşılıklıya veya yavaşlığa neden olsa da; sorgu hakiminin bağımsızlığını ve tarafsızlığını güvence altına almakta, hukuki açıdan da, koruma tedbirleri veya özgürlükler hakimliği gibi makamların kurulmasından tasarruf etmeyi sağlamaktadır. Ayrıca, uygulama açısından, dava öncesinde delilleri dengelemekte ve ancak şüphelinin aleyhine olan deliller lehine olanlardan daha belirleyici ise yargılama makamına başvurulmasını sağlamaktadır. Bir başka deyişle, takipsizlik kararları daha çok verilmekte, delil yetersizliğinden beraat kararları az olmaktadır.

Federal Ceza Usul Kanunu, beş kantonun da dahil olduğu, bu kategoriye girmektedir.

## **2 numaralı savcı modeli:**

Bu model, Federal Almanya'da, İtalya'da ve beş İsviçre kantonunda vardır. 1985 yılından bu yana da Türk Hukukunun temelini oluşturmaktadır. Sorgu hakiminin olmadığı tek modeldir. Savcı, araştırma-soruşturma tekeline sahiptir. Geminin tek kaptanı olarak, adli kolluğun da üstüdür. Soruşturma tamamlanınca, eğer takipsizlik kararı verilmezse, dosyayı yargılama makamının önüne gönderir ve duruşmalar sırasında iddia makamı olarak davanın tarafı olur. Soruşturmada her şeyin ona bağlı olması, uyumun, hızlılığın ve sadeliğin güvencesidir. Ancak tüm bu yetkiler, kişiler açısından korkutucudur ve temelsiz baskılara maruz kalma veya kötüye kullanma tehlikesinden kaçınmak gereklidir. Zaten davada taraflar arasında silahların eşitliği ilkesi ve insan haklarının korunması da bunu gerektirir. Koruyucu önlemler getirilmiştir. İki çeşittir: en başta, soruşturma sırasında, kişilerin özgürlüklerini kısıtlayan her türlü koruma önlemi, özellikle de tutuklama kararı yetkisi savcıdan alınmış ve bir tür koruma önlemleri hakimine, özgürlükler hakimine veya sorgu hakimine (Federal Almanya'da *Ermittlungsrichter*) veril-

miştir, iddianame de, bir ara muhakeme evresinde, adli bir makam tarafından denetlenmektedir. Dolayısıyla uygulamada, bazılarının, ceza alanından sorgu hakimini çıkararak gerçekleştirmeyi düşündükleri tasarruf, son derece azalmakta hatta yok olmaktadır. Yargılamanın hızlandırılması ve/veya basitleştirilmesi açısından da aynı sonuç vardır zira taraflar, özgürlükler hakiminin var olmasından ve ara yargılama evresinden şikayet, başvuru haklarını kullanmak –hatta kötüye kullanmak– için yararlanmaktadırlar. İkinci önlem, kovuşturma evresinde tartışmanın karşılıklı olması zorunluluğudur yani delillilerin dolaysızlığı ilkesine mutlak biçimde uyulmasıdır. Bu sistem, en azından duruşma safhasında, anglo-sakson itham usulü ile Alman ve İtalyan usullerine en yakın olmak avantajına sahiptir. Bu yakınlık da, hukuki kültür çatışması olasılığını azalttığı için ceza alanında uluslararası adli yardımlaşma dünyası açısından oldukça önemlidir.

Sayılan dört model önerilen İsviçre kanun koyucusu ise öncelikle hiçbirinin karma bir sistem oluşturmadığını ve diğerlerine üstün gelmediğini tespit etmiştir (29'dan birliğe, *op.cit.*, sf.33). Birini seçmek, ilkesel bir mesele değil ve fakat uygulanabilirlik ve yarar sağlama meselesidir. O halde belirtilen raporun yazarlarının, tasarı taslağının babası olan ve önerisi de Federal Konsey tarafından şu anda Parlamenta sunulmuş tasarıya alınan Profesör Schmid ile aynı öneriyi yapmamış olmaları şaşırtıcı değildir. Zaten içerden bakıldığında olduğu gibi dışardan da, İsviçre gibi küçük bir ülkede, birkaç sene içerisinde aynı sorunlara çok farklı çözümlerin, tüm dogmatik ve ideolojik yaklaşımları bir kenara bırakarak, resmen ortaya konduğunu hem teorik hem de uygulama açısından görmek son derece ilginçtir.

### **Uzmanların önerisi: sorgu hakimliğinin korunması**

Belirtilen raporda (*op.cit.*, sf34-38), uzmanlar, sorgu hakimliğinin korunması için bazı gerekçeler ortaya koymuşlardır, özü şudur:

Deneyimle sabittir ki, sorgu hakimi, hem lehe hem aleyhe araştırma yaptığı için, şüpheliye temel hakların özellikle de savunma hakkının korunması açısından en iyi güvencelerden birini sağlamaktadır. Araştırma safhasında, dosyanın farklı görevleri yerine getiren iki makam tarafından ele alınması da adaletin doğru işlemesi için bir güvencedir. Özellikle de, böyle bir işleyiş, temelsiz şüphelerin ve haksız ithamların çabucak yani daha soruşturma aşamasında fark edilmesini sağlayacak, daha sonra duruşma safhasına taşınmasını engelleyecektir.

Öte yandan, daha önce de belirttiğimiz gibi, sorgu hakimliğinin kaldırılmasının, yargılamanın sadeleşmesi, hızlanması ve usul ekonomisi gibi pratik



avantajları ortadan kaldırıcı yan etkileri vardır. Sonuçta, sorgu hakimliği, sisteme ve kişilere ek güvenceler sunmadan kaldırılamaz. En önemlisi bir koruma önlemleri veya özgürlükler hakimliği kurmak böylece itham edici bir sistem yaratmak, nihayet yargılama safhasında dolaysızlık ilkesinin güçlendirilmesini sağlamaktır.

Bir sorgu hakimi modeli seçmek yeterli değildir. Ayrıca yukarıda adı geçen I veya II numaralı modellerden birini seçmek gerekmektedir çünkü birbirleriyle uyumlu değildir. Seçim kolay değildir ve uzmanlar da, saydığımız nitelikleri ve avantajları daha iyi yansıtan, özellikle de, ağır, pahalı, karmaşık ve küçük kantonlarda uygulanması zor bir kurum olan koruma önlemleri veya özgürlükler hakimliğinden kurtulmayı sağlayan II numaralı modeli oybirliği ile seçmemişleridir. Böyle bir hakimlikten kaçınılması, başvuru sorgu hakiminin niteliği ile açıklanabilir: başından itibaren, süreç, bağımsız ve tarafsız bir hakim tarafından yürütülmektedir.

Bu model, ceza yargılamasının en büyük ilkelerinden birine de daha uygundur: silahların eşitliği. Yargılama sırasında, savcı ve sanık davanın tarafları olarak kabul edilirler ve eşitlik anlayışı içinde taraf olmanın gerektirdiği başvuru haklarından aynı şekilde yararlanırlar.

Bağımsız olan sorgu hakimi, uzlaştırma görevini daha iyi yerine getirip, maslahata uygunluk konusunda daha iyi karar verir, hatta olayı iyi bir şekilde inceleyerek basit bir usulün seçilmesini, örneğin ceza kararnamesi, tercih edebilir.

İlgili çevrelere, özellikle de, kantonlara danışılan bu çözüm önerisi, şu anda Parlamentonun önünde olan ve 2 numaralı savcı modelini benimseyen tasarının lehine, 26 üzerinden 15 oyla reddedilmiştir. Tasarın, hükümetin tercihidir, dolayısıyla, normal olarak, siyasidir ve lehindeki gerekçelerin esasının, uzmanlarca sunulana göre daha açık olduğu anlamına gelmektedir (A.Kuhn, *op. cit.*, sf.41/42). Şimdi de onları ortaya koymalıyız.

### **Federal Konseyin önerisi: sorgu hakimliğinin kaldırılması ve 2 numaralı savcı modelinin seçimi**

Bu modelin lehindeki gerekçeler Tasarının 25 ila 28.sayfalarında yer almaktadır. Federal Konseye göre bu konu pratik sebepler açısından değerlendirilmelidir, hatırlatacak olursak “bu tercih, usul bakımından, hem bugün hem de yarın için, suçla mücadelede en uygun çözümü sunmaktadır”.

Uzmanların tercihinde önemli yer tutan güvence gerekçeleri ise tamamen si-

linmemiş ancak geri plana itilmiştir. Bunlar için uzmanların raporuna gönderme yapmakla yetiniyoruz ve lehe olanları sunuyoruz (Tasarı, *op. cit.*, sf.26-28).

Hükümet için, hem savcı hem de sorgu hakiminin birlikte dahil olduğu modellerdeki ikili işlerden, olası ve tehlikeli görev çatışması riskinden kaçınmak söz konusudur. Dolayısıyla amaç, olabildiğince hızlı yargılamak değil, “süreci mümkün olan en iyi duruma getirmektir” (Tasarı, *op. cit.*, sf.26).

*Fiili olarak*, ve uygulamanın hatta Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi denetim organlarının ortaya koyduğu birçok durumda (Tasarı, *op. cit.*, sf.27 n.61), takip ve iddia görevlerinin savcıya, soruşturmanın sorgu hakimine verilerek ayrılması, dolayısıyla da söz konusu hakimin bağımsızlığı ve tarafsızlığı bir aldatmacadır. Kısacası, sorgu hakiminin statüsü onu nitelikleri nedeniyle yararlı gösterse de, görevleri, bunlardan ne adalet sisteminin ne de kişilerin yararlanamamasına yol açmaktadır. Hatta Federal Konsey, bize biraz da fazla ağır gelen biri ifade ile, “sahte...umut”tan söz etmektedir.

Önemli ve özellikle de sınır ötesi suç tipleri (ekonomik, bilişim, örgütlü, terörizm) ile karşılaşan ceza adaleti sistemi uzmanlaşmak zorundadır. Bu da hiyerarşik bir yapılanma gerektirmektedir. Oysa, uzmanların öne çıkarttığı sorgu hakimi, adı gereği, bağımsızdır yani hiçbir hiyerarşiye tabi olamaz. O halde uzmanlaşmış adalet ile sorgu hakimi arasında pratik bir uyumsuzluk vardır. Tüm ceza soruşturması yetkisinin, az veya çok hiyerarşik ve uzmanlaşmış bir yapıda, savcının eline verilmesi, bu makamı çok güçlü hale getirecektir. Öte yandan bu model, kantonların özelliklerine göre (toprak, nüfus, şehirleşme, ekonomik yapı vb.) “belli bir esneklikle somutlaştırılabilir” (Tasarı, *op. cit.*, sf.22).

Bir koruma tedbirleri veya özgürlükler mahkemesi kurulmasının, 2 numaralı savcı modeline karşı çıkanların iddia ettiğinden daha az bir maliyeti olacaktır. Sonuç olarak, bu tip tedbirler, özellikle de tutuklama tedbirinin uygulanması, zaten tüm sistemlerde, var olan makamlarca gerçekleştirilen bir adli denetime tabidir. Yani ya bunlar görevlerini sürdürecekler ya da yeni *ad hoc* bir makamın lehine görevleri azaltılacaktır. Şurası kesindir ki, tıpkı Federal Konseyin de açıkça belirttiği gibi (Tasarı, *op. cit.*, sf.28), güvenilir verilerin yokluğu nedeniyle tüm bu öngörüler spekülattır.

Bütün bu pratik gerekçelere, Federal Konsey iki siyasi gerekçe daha eklemektedir.

Ulusal düzenle ilgili olan birincisi, 2 numaralı savcı modelinin İsviçre’deki

gelişimidir: altı kanton zaten uygulamaktadır ve danışma sürecinde dokuzu daha lehe görüş belirtmiştir.

İkinci gerekçe ise uluslararası düzenle ilgilidir. İsviçre'nin Fransa dışındaki tüm komşuları bu modeli tercih etmiştir: kronolojik sıra ile, Federal Almaya Cumhuriyeti, İtalya ve Avusturya. İsviçre'nin de katıldığı Uluslararası Ceza Mahkemesinin Statüsü de aynı modeli benimsemektedir (Statü m.53). İsviçre'deki sistemlerde sorgu hakimliğinin kaldırılmasının, *common law* ülkeleri ile uluslararası adli yardımlaşma açısından İsviçre ceza usul hukukunu daha az yabancı ve daha çok güvenilir hale getireceğini de eklemeliyiz.

### **Sonuç:**

Bu konudan, yabancı karşılaştırmalı hukukçuyu ilgilendirebilecek nasıl bir sonuç çıkarılabilir?

Öncelikle bir nokta kesin, açık ve tartışmasızdır: suçun ve suçla mücadelenin küreselleşmesi ve insan, dolayısıyla da suçlu ve ceza sistemi görevlilerinin hareketliliği, “kritik boy” a ulaşamayan hem maddi hem de şekli ceza sistemlerini ölüme mahkum etmiştir. Bundan anlaşılması gereken yeterince büyük ve/veya güçlü ve/veya zengin olamayan (nicel ve nitel ölçütler) ülkelerde uygulanan sistemlerdir. Hiçbir İsviçre kantonu, bu kritik boya ulaşmamaktadır, hatta Maastricht ve Amsterdam Antlaşmalarından sonra git gide daha çok cezai alanı kapsayan birleştirici Avrupa hareketinin etkisinde kalıp federalizminden fedakarlıklar yapmaya zorlanan İsviçre bile... Avrupa savcılığı, Avrupa yakalama emri, Europol ve sonrasında Schengen kapıdadır ve her ne kadar İsviçre, giderek daha anlamsız bir biçimde Avrupa Birliği'ne dahil olmayı reddetmenin bedelini ödese de, onun kendisine gelmesini engelleyemez. Zaten aldatmaca maskesinin altında, ülke bütünleşmeye razı görünmekte ve parça parça ulusalcı giysileri çıkarmaktadır. İsviçre ceza usul hukukunun birleştirilmesi, ve Avrupa ile uyumlu kavramların kabulü de bu yönde hareketlerdir ve ceza siyasetinin olduğu kadar politikacıların siyasetinin de eseridir. Bu sevinilmesi gereken bir durumdur.



## SİLAHLI ÖRGÜTLENME SUÇU

*Yrd. Doç. Dr. Vesile Sonay EVİK\**

### Giriş

1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu'nun "*Millete ve Devlete Karşı Suçlar ve Son Hükümler*" başlıklı dördüncü kısmının beşinci bölümünde; "*Anayasal Düzene ve Bu Düzenin İşleyişine Karşı Suçlar*" yer almaktadır. İnceleme konumuzu teşkil eden suç tipi, bu bölümün 314. maddesinde "*Silahlı örgüt*" başlığı altında düzenlenmektedir. Söz konusu madde ile kanun koyucunun, ceza kanununun dördüncü ve beşinci bölümünde yer alan suçları işlemek amacıyla örgüt kuran veya yöneten kişi ya da kişileri cezalandırmak istediği anlaşılmaktadır.

Suç işlemek amacıyla örgüt kurmak, örgütü yönetmek veya bu örgüte üye olmak, bağımsız bir suç tipi olarak esasında ceza kanunumuzun 220. maddesinde yaptırım altına alınmıştır. Ancak, 220. maddedeki suçtan farklı olarak bu madde ile işlenmesi amaçlanan suçlar bakımından bir sınırlama söz konusudur. Bununla birlikte TCK'nun 220. ve 314. maddeleri kapsamındaki örgütlerin niteliği bakımından da bir farklılık söz konusudur. Bu fark, aşağıda ayrıntılı olarak açıklanacağı gibi, 314. madde kapsamındaki örgütün silahlı olmasıdır. Diğer bir deyişle madde gerekçesinde de ifade edildiği üzere; "*silah*" bu suç tipi bakımından bir unsur olarak karşımıza çıkmaktadır<sup>1</sup>.

Aşağıda bu suça ilişkin kanuni unsur, mukayeseli hukuktaki düzenlenişi, korunan hukuksal değer, suçun hukuksal niteliği, benzer suçlardan farkı, fail, suçun, eylem ve kusurluluk unsurları, suçun özel görünüş biçimleri, yaptırım ve usul hükümleri hakkında değerlendirmede bulunmak suretiyle açıklamalara yer verilmektedir.

---

\* Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

<sup>1</sup> Madde gerekçesi için bkz. **Yılmaz** Zekeriya, Yeni Türk Ceza Kanunu, Ankara, 2004, 353.

## I- Tarihsel Gelişim

Silahlı örgütlenme suçu, eski Roma ve Cermen Hukuklarında düzenlenmekle beraber, bugünkü şekline en yakın hali, ilk olarak Fransız 1810 Ceza Kanunu'nun 96. maddesinde silahlı çete adıyla öngörülmüştür. Daha sonra İtalyan Sicilya Kanunu'nun 193., Sardunya Kanunu'nun 162. ve 164., Parma Kanunu'nun 118. maddelerinde benzer düzenlemelere gidilmiştir.

765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 168. maddesi, 1889 tarihli İtalyan Ceza Kanunu (Zanardelli)'nin 131. maddesinden esinlenerek silahlı çeteyi suç olarak düzenlemiştir. Türk Ceza Kanunu'nun 1926 tarihinden 1936 yılına kadar geçerli olan bu metinle, 1936 sonrası (3038 sayılı Kanunla) değişik metin arasındaki fark, örgütün amaç edindiği suçlara atıf yapan maddelerdeki değişiklikten ibarettir. 1983 yılında (2787 sayılı Kanunla) aynı hüküm sadece suçun cezasının artırılması suretiyle değişikliğe uğramıştır.

## II- Çeşitli Ülkelerin Ceza Kanunlarındaki Düzenlemeler

### 1- İtalya

1930 tarihli İtalyan Ceza Kanunu'nun 306. maddesi, "*silahlı çete*" adı altında aşağıdaki düzenlemeyi öngörmektedir:

302. maddede belirtilen suçlardan birini işlemek için bir çete kurulduğunda, öncülük edenler veya kuranlar veya organize edenler sadece bu nedenle 5 yıldan 15 yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılırlar. Çeteye sadece katılma hareketinden dolayı verilecek ceza 3 yıldan 9 yıla kadar hapistir. Başkanlar veya mali destek sağlayanlar, çeteye öncülük edenler için belirlenen ceza ile cezalandırılırlar<sup>2</sup>.

### 2- Federal Almanya

Alman Ceza Kanunu'nun 127. maddesi, "*silahlı grup oluşturma*" adı altında şu düzenlemeyi getirmiştir:

Her kim yetkisi bulunmadığı halde silahlı bir grup oluşturur veya silah veya diğer tehlikeli araçlar kullanımında olan bir grubu yönetir veya böyle bir

<sup>2</sup> **Fiandaca** Giovanni- **Giarda** Angelo, Codice Penale Codice di Procedura Penale, Ipsoa, Milano, 2004, 147.

gruba katılır, ona silah veya para sağlar veya başka şekilde onu desteklerse iki yıla kadar hapis veya para cezası ile cezalandırılır<sup>3</sup>.

### **3- Fransa**

Fransız Ceza Kanunu'nun 431-13. maddesi, silahlı örgütü tanımlamıştır: Buna göre silahlı örgüt; kanunda öngörülen haller dışında her bir kişi grubunun silahları elinde bulundurduğu ya da silahlara ulaşabilir olduğu, hiyerarşik bir organizasyon niteliğinde ve kamu düzenini bozabilecek bir örgüttür<sup>4</sup>.

Kanunun 431-14. maddesi uyarınca silahlı bir örgüte katılan kişi 3 yıl hapis cezası ve 45000 euro para cezasıyla cezalandırılacaktır.

431-15 madde ile silahlı örgütler ve paralı askerler hakkında 10 Ocak 1936 tarihli Kanun tarafından yasaklanan bir örgütün veya grubun muhafazasına veya yeniden kurulmasına açık veya gizli olarak katılma 3 yıl hapis cezası ve 45000 euro para cezasıyla cezalandırılmaktadır. Muhafaza edilen veya yeniden kurulan örgüt veya grup, 431-14. madde anlamında bir silahlı örgüt ise ceza 5 yıla kadar hapis cezası ve 75000 euro para cezasıdır.

431-16. madde uyarınca silahlı bir örgütü organize etme eylemi 5 yıl hapis cezası ve 75000 euro para cezası ile cezalandırılmaktadır.

431-17 maddesine göre 10 Ocak 1936 tarihli Kanun tarafından yasaklanan silahlı bir örgütün muhafaza edilmesi veya yeniden kurulmasını açık veya gizli olarak organize etme eylemi 7 yıl hapis cezası ve 100.000 euro para cezasıyla cezalandırılmaktadır.

431-18 maddesine göre bu bölümde öngörülen suçların faillerinin ceza kanununun 131-26 maddesinde öngörülen hallerde vatandaş, medeni ve aile haklarından yasaklılık, 221-10. maddesinde öngörülen hallerde mahkeme kararının veya kararın gerekçesini ve içeriğini açıklayan bir bildirin yayınlaması, 131-31 maddesinde öngörülen hallerde oturma hakkından yasaklılık şeklinde tamamlayıcı cezalarla cezalandırılması öngörülmüştür.

431-20. maddesinde bu bölümde öngörülen suçlardan sorumlu tüzel kişilere

<sup>3</sup> 26.1.1998 tarihli, 6 sayılı Kanununun 1. md. 11. fıkrası ile değişiklik yapılmıştır. II codice penale tedesco, Vinciguerra Sergio, Cedam, Padova, 2003, 177.

<sup>4</sup> (Çevrimiçi), <http://www.legifrance.gouv.fr/WAspad/VisuArticleCode?commun=CPENAL&h0=CPENALLL>, 14.03.2007.

131–38. maddesinde öngörülen hallerde para cezası ve 131–39. maddede öngörülen cezaların verilebileceği öngörülmüştür.

Son olarak 431–21. maddede bu bölümde öngörülen suçların faillerine ve sorumluluğu tüzel kişilerine ait veya silahlı örgüt veya grup ya da muhafaza edilen veya yeniden kurulan örgüt veya grubun kullandığı menkul ve gayrimenkullerin müsadere edilebileceği ve silahlı örgüt veya muhafaza edilen veya yeniden kurulan örgüt veya grubun kullandığı veya kullanımına ayrılan üniforma, işaret, amblem, arma, her türlü materyalin müsadere edilebileceği öngörülmüştür<sup>5</sup>.

#### 4- İsviçre

İsviçre Ceza Kanunu'nun 275 ter maddesi, “*yasadışı örgütler*” adı altında aşağıdaki düzenlemeyi öngörmüştür:

Her kim 265, 266, 266 bis, 271 ila 274, 275 ve 275 bis maddeleri ile cezalandırılan fiilleri işlemeye yönelik faaliyetleri gerçekleştirmek amacıyla veya bu faaliyetleri gerçekleştiren bir örgütü kurar, böyle bir örgüte katılır, böyle bir örgütün kurulmasına öncülük eder veya talimatlarına uyarsa hapis cezasıyla cezalandırılır<sup>6</sup>.

#### 5- İspanya

İspanya Ceza Kanunu'nun yasadışı örgütlenmelere ilişkin 515. maddesinde silahlı çete, terörist grup ve organizasyonların cezalandırılabilmesi düzenlenmiştir.

516. maddenin birinci fıkrasına göre silahlı çete ve terörist grup ve organizasyonlara öncülük edenler ve bunları yönetenler 8 yıldan 14 yıla kadar hapis ve 8 yıldan 15 yıla kadar kamu görev veya hizmetinden yasaklılık cezası ile cezalandırılmıştır.

İkinci fıkraya göre söz konusu organizasyonları kuranlar 6 yıldan 12 yıla kadar hapis cezası ve 6 yıldan 14 yıla kadar kamu görev veya hizmetinden yasaklılık cezası ile cezalandırılmıştır<sup>7</sup>.

<sup>5</sup> (Çevrimiçi), <http://www.legifrance.gouv.fr/WAspad/VisuArticleCode?commun=CPENAL&h0=CPENALLL>, 11.01.2007.

<sup>6</sup> (Çevrimiçi), [http://www.admin.ch/ch/i/rs/311\\_0/a275ter.html](http://www.admin.ch/ch/i/rs/311_0/a275ter.html), 11.01.2007.

<sup>7</sup> (Çevrimiçi), <http://www.2ni2.com/juridico/penal/codigopenal.htm>, 17.02.2007.



### III- Korunan Hukuksal Değer

TCK'nun 314. maddesinde Devletin güvenliğine karşı suçlar ve anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı işlenen suçları işlemek amacıyla silahlı örgütlenme cezalandırılmıştır. 314. maddenin bu suçların düzenlendiği bölümlere yaptığı atıf nedeniyle, bu suçla korunan hukuksal değerlerin devletin güvenliği ve anayasal düzeni olduğu anlaşılmaktadır. Bu bağlamda Devletin birliği ve ülke bütünlüğü, temel milli yararlar, devletin askeri gücü, anayasal düzeni, anayasal düzenin işleyişi gibi değerler korunmaktadır.

Bizdeki düzenlemeye benzer hükümler içeren İCK'nun 306. maddesine ilişkin olarak İtalyan doktrininde bu suçla korunan hukuksal değerlerin belirlenmesi konusunda farklı görüşler mevcuttur. Bir görüşe göre, bu suçun düzenlendiği maddede devletin iç ve dış (ulusal ve uluslararası) şahsiyetine karşı suçlara atıf yapılmış olması nedeniyle bu bölümlerde yer alan suçlarla korunmak istenen hukuksal değerler öncelikle, peşinen korunmak istenmektedir. Diğer bir deyişle, Devletin iç ve dış şahsiyetine karşı bir veya birden fazla suçları işlemek için silahlı örgütün kurulması tehlikesini önlemek için Devletin şahsiyetine ilişkin menfaatler korunmaktadır. Dolayısıyla amaç suçlarla korunmak istenen değerlerle, bu suçun korunmak istediği değerler örtüşmektedir<sup>8</sup>.

Diğer görüşe göre ise, bu suçla korumak istenen hukuksal değeri, amaç suçların koruduğu hukuksal değerlerden bağımsız olarak değerlendirmek gerekir. Amaç suçlarla korunmak istenen değerler; öncelikle ve peşinen korunmak istendiğinde bağımsız nitelikte, ayrı bir hukuksal değerden söz etmek gerekir. Bu da "*kurumsal düzenin güvenliği*"dir<sup>9</sup>.

### IV- Suçun Hukuksal Niteliği

Silahlı örgütlenme suçu, amaç suçların işlemesi aranmaksızın sadece örgütlenmenin gerçekleşmesiyle cezalandırılması nedeniyle tehlike suçu olarak kabul edilmektedir. Ancak bu suçun, somut tehlike suçu mu yoksa soyut tehlike suçu mu olduğu konusunda tartışma bulunmaktadır.

<sup>8</sup> **Fiandaca** Giovanni- **Musco** Enzo, Diritto penale parte speciale, I, Zanichelli, Bologna, 1997, 472; **De Francesco**, "Ratio di garanzia ed esigenze di tutela nella disciplina costituzionale dei limiti di libertà di associazione, RIDPP, 1982, 894'den **Dolcini** Emilio-**Marinucci** Giorgio, Codice penale commentato, parte speciale, 1999, Ipsa, Milano, 1653.

<sup>9</sup> **De Vero**, "Diritto penale dell'ordine pubblico -Itinerari ed esiti di una verifica dogmatica e politico-criminale", 1988, 257; **Gelardi**, Il dolo specifico, 1996, 231'den **Dolcini- Marinucci**, 1654.

İtalyan içtihadındaki bazı kararlara göre; normun amaç suçların işlenmiş olmasını veya en azından bu suçları işlemeye uygun bir yapının varlığını aramaması nedeniyle soyut tehlike suçu olarak kabul edilmek gerekir. Diğer bir deyişle, norm tarafından amaç suçların işlenmesine uygun araçların zorunluluğu ya da örgütün amaç suçları işlemeye somut olarak uygunluğu açıkça aranmaması nedeniyle soyut tehlike suçu olarak nitelendirilmek gerekir<sup>10</sup>.

Çoğunluk kararına göre ise; bu suç somut tehlike suçu olarak kabul edilmektedir<sup>11</sup>. Her ne olursa olsun, korunan hukuksal değeri tehlikeye sokan hareketin somut olarak uygunluğu aranmak gerekir. Normun açıkça somut bir tehlikenin varlığını aramadığı hallerde, normun amacı ve mantığı belirli hukuksal yararı korumak olduğundan, normu amacı ve mantığı doğrultusunda uygulamak gerekir<sup>12</sup>. Bunun için de hareketin korunan hukuksal değeri zarar tehlikesine uğratması somut olarak aranmak gerekir. Aksi halde kanun koyucunun cezalandırmayı amaçlamadığı ve suç saymadığı bir eylemin cezalandırılması gibi suçta yasallık kuralıyla da bağdaşmaz bir sonuç doğar<sup>13</sup>.

Ceza Kanununun 220. maddesi, somut tehlike suçu olarak düzenlenmiş olup, örgütün yapısı, sahip bulunduğu üye sayısı ile araç ve gereç bakımından amaç suçları işlemeye elverişli olması gerekmektedir.

Silahlı örgütlenmenin, hazırlık hareketleri niteliğinde olup olmadığı da tartışılmıştır. Bir görüşe göre bu fiiller, hazırlık hareketleri olarak nitelendirilemez. Çünkü bu niteliğe sahip olsaydı, kanun hazırlık hareketlerini de tamamlanmış suç gibi kabul ederdi. Hâlbuki kanun bu fiilleri, teşebbüs durumu ve tamamlanmış sayılan teşebbüs dışında kabul ederek, sadece amaç suçları önlemek için düzenlemiştir<sup>14</sup>.

Çoğunluk görüşüne göre ise bu fiiller, bizatihi mahiyetleri itibariyle amaç suçlara yönelik hazırlık hareketleri niteliğindedir. Belirli suçlara ilişkin hazırlık hareketleri olmaları itibariyle objektif ve belirli suçları işlemek amacıyla yönelmeleri açısından da sübjektif unsurlara sahiptir<sup>15</sup>.

<sup>10</sup> Cass. 14.11.1985, Adriani, CED 171698, CP 1987, 1100; Cass. 23.1.1984, Azzalin, CED 164239, CP 1985, 1802; 28.4.1983, Alunni, CED 159804, Cp 1985, 1356; Cass. 4.11.1987, Adimolfi, CED, Cass. n. 178585.

<sup>11</sup> Cass. 27.10.1987, Al Asshker Bass, CED, Cass. n. 178384; Cass. 21.12.1987, Agosto, CED, Cass. n. 179925.

<sup>12</sup> Cass. 27.10.1987, Al Ashker Bass., CED 178364, RP, 1989, 304.

<sup>13</sup> **Daragenli** Vesile Sonay, "Tehlike Suçları", Prof. Dr. Sahir Erman'a Armağan, İstanbul, 1999, 185—187.

<sup>14</sup> **Manzini**, 604; **Ranieri**, 148'den **Özek** Çetin, Siyasi İktidar Düzeni ve Fonksiyonları Aleyhine Cürümler, İÜ Yayını, İstanbul, 1967, 347.

<sup>15</sup> **Carfora**, 356; **Florian** 481; **Antolisei II**, 849; **Bricola**, 122; **Maggiore**, 92; **Tuozi II**, 106'dan **Özek**, Siyasi İktidar Düzeni ve Fonksiyonları Aleyhine Cürümler, 346.

Yargıtay'ımıza göre de, kural olarak Ceza Kanunu hazırlık hareketlerini cezalandırmamaktadır. Ancak belirli amaçlara yönelik hazırlık hareketlerinin özel suç tipi olarak düzenlendiği haller de mevcuttur. Bunlardan birisi de (765 sayılı TCK'nun 168.), 5237 sayılı TCK'nun 314. maddesindeki suç tipidir. Bu madde ile hazırlık hareketlerinin özel suç tipi olarak kabul edilmesinin nedeni, devlete karşı "ağır zarar tehlikesi" yaratacak nitelikteki bu hareketlerin cezalandırılmasını sağlamaktır. Silahlı çete (örgütlenme) suçu, belirtilen amaç çerçevesinde kabul edilmiş bir "zarar tehlikesi" suçudur. Eski TCK'nun 168. (Yeni TCK'nun 314.) maddesinde sayılan kanun maddelerindeki suç tipleri "amaç suçu" oluşturmaktadır. "Silahlı çete" oluşturulmasının "araç suçu" olarak kabul edilmesinin nedeni de, "amaç suçu tipi" ile korunmak istenen hukuki değer açısından "ağır ve yakın zarar tehlikesi" yaratıldığının varsayılmış olmasıdır<sup>16</sup>.

Kanunun bu fiilleri tamamlanmış suç gibi cezalandırmaması, hazırlık hareketleri olmadığı anlamına gelmez. Örgütlenen kişiler, kanunun belirlediği suçları işlemek amacıyla hareket etmekte ve bu amaçlarına ulaşmak için örgüt kurmaktadır. Örgütlenme, nihai amaç değildir, amaca ulaşma açısından bir araçtır. Örgüt kurulduktan sonra amaç suçların işlenmesine başlanacaktır. Öyleyse bu fiiller, esas amaç edinilen suçların hazırlık hareketi niteliğindedirler. Ancak bu hazırlık hareketlerinin yapılması dahi toplum düzeni açısından zarar tehlikesi oluşturduğu için "hazırlık hareketleri cezalandırılmaz" kuralına istisna getirilerek, bağımsız bir suç olarak kabul edilmiş ve yaptırım altına alınmıştır<sup>17</sup>.

Silahlı örgütlenme suçu çok failli suçtur. 314. maddenin 220. maddeye yaptığı atıf dolayısıyla, bu suç açısından da örgütün varlığı için üye sayısının en az üç olması gerekmektedir. Örgütün varlığı için 765 sayılı TCK ve İtalyan Ceza Kanunu'nun 306. maddesinde olduğu gibi herhangi bir sayı öngörülmemiş olsaydı dahi, 314. maddede örgüt kurucularından, yöneticilerinden ve üyelerinden bahsedilmesi ve örgüt kavramının bir birlikteliği ifade etmesi nedeniyle çok failli suç olarak kabul edilmesi gerekiyordu.

Silahlı örgütlenme suçunun oluşması açısından sürekli bir birliktelik aranması için çoğunluk görüşüne göre mütemadi (sürekli) suç olarak kabul etmek gerekir<sup>18</sup>.

<sup>16</sup> Yargıtay CGK'nun 20.02.1995 tarih ve E. 1994/9-376, K. 1995/35 sayılı kararı ile CGK'nun aynı yöndeki 19.12.1995 tarih ve E. 1995/9-306, K. 1995/383; 16.04.2002 tarih ve E. 2002/9-103, K. 2002/230; 17.06.2003 tarih ve E. 2003/9-167, K. 2003/193 sayılı kararları için bkz. (Çevrimiçi), <http://www.kazanci.com.tr>, 15.03.2007.

<sup>17</sup> Aynı şekilde bkz. **Özek**, Siyasi İktidar Düzeni, 347.

<sup>18</sup> **Manzini**, 656; **Florian**, 529; **Faccini**, 718; **Vannini**, 51; **Maggiore**, 95; **Briccola**, 126'dan **Özek**, Siyasi İktidar Düzeni ve Fonksiyonları Aleyhine Cürümler, 371; Cass. 25.10.1983, Arancio CED 162278, Cassazione Penale, 1985, 318, Cass. 07.06.1977, Savino CED 136403.

Azınlık görüşüne göre ise, devletin şahsiyeti açısından tehlike oluşturan ve kanuna aykırı bir durum söz konusudur. Hukuka aykırı durum örgütün kurulmasıyla meydana gelmektedir. Sadece örgütün varlığı açısından devam eden ne netice ne de harekettir, sadece hukuka aykırı durum devam etmektedir. Örgütün bağımsız olarak varlığı, mütemadi suç olarak kabulünü gerektirmez. Örgüt amaca ilişkin icra hareketlerine başlamakla mevcudiyetini kaybedeceği için bağımsız maddi bir içeriğe sahip değildir. Suçun mütemadi suç olup olmadığını tespit edebilmek için örgütün mevcudiyetini değil, her bir failin yaptığı harekete bakmak gerekir. Suçun mütamadiliği, örgütün devamına değil, (zira örgütün devamlılığı hukuka aykırı bir durumun devamıdır) her bir failin yaptığı harekete bağlıdır. Suçun maddi unsurunu oluşturan hareketlerden bazıları ani niteliktedir. Örneğin başkaca bir faaliyette bulunmaksızın örgütü kurmak hareketi ani niteliktedir. Buna karşılık örgüte kumandanlık etmek mütemadi niteliktedir<sup>19</sup>.

Temadi (süreklilik) örgütün feshedilmesi veya suçun oluşması için aranan minimum sayıdan (3 kişiden) daha az kişi birlikteliğinin söz konusu olması halinde sona erer. Örgüt üyelerinin filleri açısından örgütten ayrılmaları ile onlar açısından temadi sona erecektir<sup>20</sup>.

Seçimlik hareketli bir suçtur. Suç birden fazla seçimlik hareketlerden birinin icrasıyla işlenebilir. Örgüt üyeleri amaç suçları işlemek için normda öngörülen birden fazla hareketi yapsalar dahi, örneğin örgütü kuran kişinin aynı zamanda örgütü yönetmesi halinde olduğu gibi, sonuçta seçimlik hareketli suç söz konusu olduğundan tek suçtan sorumlu olacaklardır<sup>21</sup>.

## V- Diğer Suçlardan Farkı

TCK'nun 220. maddesinde öngörülen suç işlemek amacıyla örgütlenme suçu ile silahlı örgütlenme suçu benzer suçlar olmakla birlikte aralarında farklar bulunmaktadır. Suç işlemek amacıyla örgütlenme suçu, diğer örgüt suçlarına göre genel ve tamamlayıcı nitelikte bir suçtur. Silahlı örgütlenme suçunu düzenleyen TCK'nun 314. maddesinin, suç işlemek amacıyla örgütlenme su-

<sup>19</sup> **Özek**, Siyasi İktidar Düzeni ve Fonksiyonları Aleyhine Cürümler, 371–372.

<sup>20</sup> Cass. 21.5.1998, Maccari, CED, Cass. n. 21885; **Lattanzi** Giorgio-**Lupo** Ernesto, Codice Penale Rassegna di Giurisprudenza e di Dottrina, Volume V, I Delitti Contro La Personalità Dello Stato, Giuffrè, Milano, 2000, 327.

<sup>21</sup> Cass. 21.5.1998, Maccari, CED, Cass. n. 21885; **Lattanzi** Giorgio-**Lupo** Ernesto, Codice Penale Rassegna di Giurisprudenza e di Dottrina, Volume V, I Delitti Contro La Personalità Dello Stato, Giuffrè, Milano, 2000, 327.

çuna ilişkin hükümlerin bu suç açısından uygulanacağını öngörmesi de bu nedenledir.

Suç işlemek amacıyla örgütlenme suçunda örgütün işleyebileceği suçlar özel olarak belirlenmemiştir. Silahlı örgütlenme suçu açısından ise, örgütün devletin güvenliği ve anayasal düzeni, anayasal düzenin işleyişine karşı suçları işlemek amacıyla kurulması aranmıştır. Ayrıca silahlı örgütlenme suçunda, adından da anlaşılacağı üzere örgütün silahlı olması gerekmektedir. Suç işlemek amacıyla örgütlenme suçunda ise, örgütün silahlı olması suçun unsuru değil, ağırlatıcı nedenidir. İki suç arasındaki bir diğer fark da; amaç ve kullanılan araç açısından<sup>22</sup>. TCK'nun 314. maddesinin üçüncü fıkrası hükmü bunun dışındaki unsurlar açısından ortak hükümlerin uygulanacağını öngörmüştür.

TCK'nun 316. maddesinde öngörülen suç için anlaşma ile silahlı örgütlenme suçları arasında, amaçlanan suçlar açısından benzerlik bulunmaktadır. Aralarındaki farka gelince, suç için anlaşma, iki veya daha fazla kişinin araç ve amaç açısından maddi olgularla belirlenen bir biçimde fikri anlaşmalarıyla olduğu halde, silahlı örgütlenme suçu en azından üç kişinin silahlı, organize bir yapı oluşturmasıdır. Suç için anlaşmada bir örgütlenme dolayısıyla hiyerarşik, organize bir yapı söz konusu değildir, sadece bir anlaşmanın yapılmış olması gerekmektedir.

3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun 7. maddesinde öngörülen terör amaçlı örgütlenme ile silahlı örgütlenme suçu arasındaki farkın, kullanılan yöntem, metot ve elde edilmek istenen amaç itibarıyla olduğu söylenebilir. TCK'nun 314. maddesinde düzenlenen silahlı örgütlenme suçunda silahlı bir örgüt söz konusu iken, TMK'nun 7. maddesindeki örgütün silahlı olması zorunluluğu yoktur. TMK'nun 1. maddesindeki kapsama giren terör örgütün kurulması suçun oluşumu için yeterlidir<sup>23</sup>.

TMK'nun 1. maddesine göre terör; *“cebir ve şiddet kullanarak; baskı, korkutma, yıldırma, sindirme veya tehdit yöntemlerinden biriyle, Anayasada belirtilen Cumhuriyetin niteliklerini, siyasî, hukukî, sosyal, laik, ekonomik düzeni değiştirmek, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmak, Türk Devletinin ve Cumhuriyetin varlığını tehlikeye düşürmek, Devlet otoritesini zaafa uğratmak veya yıkmak veya ele geçirmek, temel hak ve hürriyetleri yok etmek, Devletin iç ve dış güvenliğini, kamu düzenini veya genel sağ-*

<sup>22</sup> **Dolcini-Marinucci**, 1668; **Evik** Vesile Sonay, “Cürüm İşlemek İçin Örgütlenme”, Prof. Dr. Çetin Özek'e Armağan, İstanbul, 2004, 374.

<sup>23</sup> **Kurt Şahin**, Uygulamada Terör Suçları ve Mevzuat, Seçkin, Ankara, 1998, 406.

*lığı bozmak amacıyla bir örgüte mensup kişi veya kişiler tarafından girişilecek her türlü suç teşkil eden eylemlerdir.”*

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'na göre; 3713 sayılı TMK ile getirilen bir kısım düzenlemelerin, Yasanın 23. maddesiyle kaldırılmış olan (765 sayılı) TCK'nun 141, 142 ve 163. maddelerinin yerine getirildiği açıkça anlaşılmaktadır. O halde, ETCK'nun yürürlükten kaldırılan 141 ve 163. maddelerinde, bu maddelerde öngörülen amaçla oluşturulmuş ancak, “silahlı çete” haline gelmemiş cemiyet ve örgütleri kurmak, katılmak ve propagandasının yapılması yasaklanmış olduğu dikkate alındığında, TMK'nun 7. maddesinde belirtilen örgütlerin de aynı niteliği taşıması yani, “silahlı çete” haline gelmemiş olmalarının aranması gerekmektedir. Kaldı ki maddede, ETCK'nun 168. ve 169. maddelerinin saklı tutulması da bu hususu açıkça ortaya koymaktadır.

Tüm bunlara ek olarak, ETCK'nun 2. kitabının, “Devletin Şahsiyetine Karşı Cürümler” başlığını taşıyan 1. babında yer alan 125. maddesinde, ülke bütünlüğünü bozmaya matuf eylemler, 146. maddesinde Anayasayı zorla değiştirmeye yönelik eylemler yaptırma bağlanmış olup, 168. maddesinde ise 125 ve 146. maddelerde yazılı cürümler işlemek için silahlı cemiyet ve çete kurma, bu çetelerde görev alınma veya katılma cezalandırılmıştır<sup>24</sup>.

Görüldüğü üzere, Yargıtay Ceza Genel Kurulu'na göre silahlı örgütlenme terör amaçlı örgütlenmeye göre daha ağır bir oluşumdur. Yine yüksek mahkeme aralarındaki farkı silahlı olup olmamaya göre yaparak terör amaçlı örgütlenmeyi, “silahlı çete haline gelmemiş olma” şeklinde ifade etmiştir<sup>25</sup>.

<sup>24</sup> Yargıtay CGK'nun 16.03.1999 tarih ve E. 1999/9-33, K. 1999/38 sayılı “O halde, “silahlı çete” haline gelmemiş terör örgütlerinin yardım ve propagandasını yapmak eylemi 3713 sayılı Yasanın 7/2. maddesinde öngörülen suçta, “silahlı çete” niteliğindeki örgütün propagandasını yapmak suretiyle hareketlerini kolaylaştırmak eylemi ise TCY'nun 169. maddesinde öngörülen suçta uymaktadır.” şeklindeki kararı için bkz. (Çevrimiçi), <http://www.kazanci.com.tr>, 15.03.2007.

<sup>25</sup> Yargıtay CGK bir kararında, “Sanık F'in propagandasını yaptığı PKK adlı çete; 3713 sayılı Yasanın 7. maddesinde tarif olunan silahsız terör örgütü konumunda olmayıp, TCY. nun 168. maddesi anlamında silahlı çete konumunda bulunduğundan, sanık hakkında 3713 sayılı Yasanın 7/2. maddesinin uygulanmasına olanak olmayıp hal ve sıfatını bilerek silahlı çetenin propagandasını yapmak, yardım etmek hareketlerini cezalandıran TCY'nun 169. maddesi ile uygulama yapmanın kanunen zorunlu olduğu, uygulamanın bu yönde istikrar kazandığı...” gerekçesiyle Yerel Mahkemenin direnme hükmünü onamıştır. (YCGK' nun 16.3.1999 ve E. 1999/9-33, K. 1999/38 sayılı kararı için bkz. (Çevrimiçi), <http://www.kazanci.com.tr>, 15.03.2007). Yargıtay 9. CD'nin yayınlanmamış bir kararında; “...bir örgüt silahlı eylemlerde bulunuyorsa veya silahlı eylemlerde bulunmayı amaçlıyorsa yani henüz silahlı eylemlerde bulunulmamış olsa dahi örgüte ait silahlar ele geçirilmiş ise silahlı bir çete söz konusudur. Örgütün bu niteliği taşımaması halinde TMK'nun 7. maddesinin 1. fıkrası an-

Ancak Devletin siyasi, hukuki, ekonomik düzenini değiştirmek ülkesiyle bölünmez bütünlüğünü bozmak, Devletin iç ve dış güvenliğini bozmak gibi amaçları gerçekleştirmek için, cebir, şiddet kullanarak korkutma, sindirme yöntemlerini kullanan bir terör örgütünün silahlı olmaması nasıl mümkün olabilir? Ya da silahı araç olarak kullanmayan, silahlı olmayan bir örgüt, ne derece cebir, şiddet, korkutma, sindirme yöntemlerini kullanabilir? Böyle bir örgütün amaçlarını gerçekleştirmeye uygun olmasından söz edilebilir mi?

Mademki, terör örgütünün TMK'nun 1. maddesinde yapılan terör tanımına göre kurulmuş olması gerekir. O halde kanımızca bir terör örgütünün silahlı olması da zorunludur. TMK'nun 7. maddesinde öngörülen terör amaçlı örgütlenme suçu, genel nitelikte bir örgüt kurma suçudur. Kanun koyucu, terör örgütlerini işlemeyi amaçladıkları suça göre farklı şekillerde cezalandırmayı amaçlamıştır. TCK'nun 314. maddesinde belirtilen suçları işlemek için silahlı bir terör örgütü kurulduğunda, genel nitelikte olan TMK'nun 7. maddesinde öngörülen suç değil, TCK'nun 314. maddesinde düzenlenen suç oluşur. İki örgüt arasında eskiden büyük fark bulunmaktaydı. TCK'nun 168. maddesinde öngörülen silahlı çete kurma suçunun cezası failin rolüne göre 10 yıldan başlarken, TMK'nun 7. maddesinde öngörülen terör örgütü kurma suçunun cezası failin rolüne göre 3 yıldan başlamaktaydı<sup>26</sup>. Yeni sistemde ise her iki suç tipi arasında ceza açısından da fark kalmamıştır.

Nitekim bu iki örgütlenme arasında gerçekte fark olmadığını tespit eden kanun koyucu, 3713 sayılı TMK'nun 7. maddesinde değişiklik yapmıştır. Buna göre *“cebir ve şiddet kullanılarak; baskı, korkutma, yıldırma, sindirme veya tehdit yöntemleriyle, 1 inci maddede belirtilen amaçlara yönelik olarak suç işlemek üzere, terör örgütü kuranlar, yönetenler ile bu örgüte üye olanlar Türk Ceza Kanununun 314 üncü maddesi hükümlerine göre cezalandırılır. Örgütün faaliyetini düzenleyenler de örgütün yöneticisi olarak cezalandırılır.”*

5532 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 6. madde gerekçesinde; *“burada Türk Ceza Kanunu'nun 314 üncü maddesine yapılan yollama, sadece ceza yaptırımları ile sınırlı değildir. Söz konusu suçun unsurları terör örgütü bakımından da göz önünde bulunduru-*

---

*lamında bir örgütten bahsedilir. Amirliğini C. K. yaptığı ve amacı laik ve sosyal hukuk devleti olan Cumhuriyeti, mevcut anayasal düzeni yıkıp yerine şeriata dayalı İslam Devleti kurmak olan “İslami Cemiyetler Birliği” adlı örgütün silahlı bir örgüt olmadığı, bugüne kadar silahlı bir eyleminin bulunmadığı ve bu nedenle örgütün 3713 sayılı TMK Kapsamında değerlendirilmesi gerektiği”* belirtilmiştir. 11.07.1994 tarih ve E. 1994/2136, K. 1994/4134 sayılı söz konusu karar için bkz. **Zafer** Hamide, Ceza Hukukunda Terörizm, Beta, İstanbul, 1999,144.

<sup>26</sup> **Zafer**, Ceza Hukukunda Terörizm, 143–144.



*lacaktır. Ayrıca, 314 üncü maddede yapılan atıf dolayısıyla terör örgütüyle ilgili olarak da bu maddede yer almayan hususlarda Türk Ceza Kanunu'nun suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçuna ilişkin hükümleri uygulanacaktır."* ibaresi yer almaktadır<sup>27</sup>.

Dolayısıyla kanun koyucu, artık silahlı örgütlenme ile terör amaçlı örgütlenme arasında gerçekte farkın olmadığını dikkate alarak bu şekilde bir düzenleme yolunu tercih etmiştir. Örgüt propagandasının cezası açısından ise nendense iki örgüt arasında farklı bir düzenleme söz konusudur. Silahlı örgütün propagandası TCK'nun 220. maddesine göre bir yıldan üçe yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılırken, terör örgütünün propagandası TMK'nun 7. maddesi uyarınca bir yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılmıştır. Terör örgütünün propagandası, silahlı örgütün propagandasına göre daha ağır cezalandırıldığı için şimdiki durumda terör örgütünün silahlı örgüte kıyasla daha ağır bir oluşum olduğu söylenebilir.

## VI- Fail

Silahlı örgütlenme suçu çok failli bir suçtur. TCK'nun 314. maddesinin 3. fıkrasının 220. madde hükümlerine yaptığı atıf nedeniyle bu konuda suç işlemek için örgütlenme suçunda olduğu üzere en az üç kişinin varlığı aranmak gerekir. Ancak bu şekilde bir hüküm olmasaydı dahi çok failli bir suç olarak kabul edilmek gerekirdi. Çünkü örgüt kavramı niteliği gereği birden fazla kişinin birlikteliğini zorunlu kılmaktadır<sup>28</sup>.

Kanunumuz suçun oluşması için üç kişinin birlikteliğini yeterli görmüştür. Yabancı ülke kanunlarına baktığımızda İtalya, Almanya, Fransa ve İsviçre Caza Kanunları'nın silahlı örgütlenme için belirli bir sayı öngörmediğini görüyoruz. Kanaatimize göre üç kişinin birlikteliği bu suçla korunan hukuksal değer tehlikeye sokulduğunun kabulü için yeterli değildir. Bu konuda herhangi bir sayı öngörmek, somut olayın şartlarına göre değerlendirerek, korunan hukuksal değeri tehlikeye sokabilecek nitelikte bir örgütün varlığını aramak şeklindeki bir yaklaşımın daha doğru olduğunu düşünmekteyiz.

Somut olayda hâkim silahlı örgüt suçunun oluşması açısından korunan hu-

<sup>27</sup> 5532 sayılı Kanun'un metni için bkz. 17.07.2006 tarihli 26232 sayılı Resmi Gazete, gerekçesi için bkz. Dönem: 22, Yasama Yılı: 4, TBMM (S Sayısı 1222); (Çevrimiçi), <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss1222m.htm>, 14.02.2007.

<sup>28</sup> **Manzini** Vincenzo, Trattato di diritto penale italiano, IV, Utet, Torino, 1987, 729; **Antolisei**, Francesco, Manuale di diritto penale parte speciale, II, Giuffrè, Milano, 1997, 616; **Galio E.**- **Musco E.**, Delitti contro l'ordine costituzionale, 1984, 57; Cass. 28.4.1983, Alunni, CED 159816, Cassazione Penale, 1985, 1355.



kuksal değeri tehlikeye sokabilecek nitelikte bir örgütlenme olup olmadığını değerlendirmelidir. Nitekim TCK'nun 220. maddesinde örgütün yapısının, sahip olduğu üye sayısı ile araç ve gereç bakımından amaç suçları işlemeye elverişli olması aranmıştır. Hâkim somut olayda, örgüt üyelerinin sayısal durumunu, örgütün silahlı olup olmadığını, amaç suçları işlemeye uygun ve elverişli nitelikte bir örgüt olup olmadığını, örgütün potansiyel olarak korunan hukuksal değeri tehlikeye sokabilecek nitelikte olup olmadığı hususlarını birlikte değerlendirmelidir<sup>29</sup>. Yargıtay'ımızın verdiği kararlara göre de örgütün yapısı, sahip bulunduğu üye sayısı ile araç ve gereç bakımından, amaçlanan suçları işlemeye elverişli olması aranmalıdır. Kanaatimizce, soyut olarak sanık sayısının üç kişiden fazla olması örgütün varlığının kabulü için yeterli olmayıp bu durumda iştirak ilişkisinden söz edilebilir<sup>30</sup>.

Sayısı dışında suçun faili açısından herhangi bir özellik aranmamıştır. Fail, Türk veya yabancı herhangi bir kimse olabilir.

## VII- Eylem Unsuru

Suçun eylem unsuru; TCK'nun Millete ve Devlete Karşı Suçlar Kısmının Devletin Güvenliğine Karşı Suçlar ve Anayasal Düzene ve Bu Düzenin İşleyişine Karşı Suçlar Bölümünde yer alan suçları işlemek amacıyla silahlı örgütlenmek, kanunun ifadesiyle örgütü kurmak, yönetmek, üye olmaktır.

### 1- Örgüt Kavramı

Genel olarak örgüt, ortak bir amaç veya işi gerçekleştirmek için kurumların veya kişilerin oluşturduğu birlik olarak tanımlanmaktadır<sup>31</sup>.

TCK'nun 314/3 maddesi atfı gereği TCK'nun 220. maddesine göre örgütün varlığı için üye sayısının en az üç kişi olması gerekir. Ayrıca TCK.'da yer alan örgüt tanımlarını CMK'nun 250/1 (a), (b) ve (c)'de yer alan düzenlemelerle birlikte değerlendirmek gerekir. CMK'nun 250/1. maddesine göre üç grup organize (örgütlü) suç kabul edilmektedir:

<sup>29</sup> **Lattanzi- Lupo**, I Delitti Contro La Personalità Dello Stato, 326; **Antolisei**, Manuale di diritto penale parte speciale, II, 616.

<sup>30</sup> Yargıtay 10. CD'nin 15.02.2006 tarih ve E. 2005/19703, K. 2006/2202; 16.03.2006 tarih ve E. 2006/565, K. 2006/3869; 30.03.2003 tarih ve E. 2006/1054, K. 2006/4780; 22.06.2006 tarih ve E. 2006/5542, K. 2006/8498 sayılı kararları için bkz. (Çevrimiçi), <http://www.kazanci.com.tr>, 15.03.2007.

<sup>31</sup> Türkçe Sözlük, Türk Dil Kurumu, 2. cilt, Ankara, 1998, 1736; **Yılmaz Ejder**, Hukuk Sözlüğü, Yetkin, Ankara, 1996, 646. Sözlük anlamı ile örgüt, genellikle amaçları belirlenmiş oldukça geniş kapsamlı birlik, teşkilattır. Büyük Larousse Sözlük ve Ansiklopedisi, c. 15, 9049.

a) Örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçu,

b) Haksız ekonomik çıkar sağlamak amacıyla kurulmuş bir örgütün faaliyeti çerçevesinde cebir ve tehdit uygulanarak işlenen suçlar,

c) İkinci Kitap Dördüncü Kısımın Dört, Beş, Altı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlar (305, 318, 319, 323, 324, 325 ve 332. maddeler hariç) organize, örgütlü suçlardır<sup>32</sup>.

Her ne kadar kanunda örgütün varlığı için organize bir yapının (organizasyonun) bulunması gereği açıkça öngörülmemişse de, organize bir yapının varlığı zorunludur; ayrıca organize yapı zaten örgüt kavramının içinde gizlidir<sup>33</sup>. Silahlı örgütten anlaşılması gereken, Devletin güvenliğine karşı kanunda belirtilen suçları işlemek için kurulmuş, bu amaç etrafında birleşmiş, üç veya daha fazla, çoğu silahlı kişilerden oluşan, üyeler arasında emir-komuta ilişkisi ve hiyerarşi olan, organize ve disiplinli birliktir<sup>34</sup>.

TCK'nun 220. maddesinde organize yapının varlığı örtülü (dolaylı) olarak öngörülmüştür. Buna göre örgüt yapısının sahip olduğu üye sayısı ile araç ve gereç bakımından amaç suçları işlemeye elverişli olması gerekmektedir. Kanun koyucunun bu unsuru açıkça öngörmemesinin nedeni, değişik alanlarda sürekli gelişen bir örgüt için organizasyonu tanımlamanın imkânsız olmasıdır<sup>35</sup>.

İtalyan doktrinindeki genel kabule göre; organize bir yapının, diğer bir deyişle disiplinli ve hiyerarşik bir yapının varlığı zorunlu unsurdur. Silahlı organizasyonun askeri yapıda olması gerekmemekteyse de, disiplinli hiyerarşik bir yapılanmanın varlığı aranmaktadır. Örgütün bir liderinin, başkanının olması zorunlu değilse de, örgütün kurulma amacını gerçekleştirmesi için üyeler arasında uygun bir bağın varlığı zorunludur<sup>36</sup>.

Yargıtay'ın yeni tarihli kararlarına baktığımızda örgütün tanımının şu şekilde yapıldığı görülmektedir: Örgütün varlığının kabul edilebilmesi için üye

<sup>32</sup> **Öztürk Bahri- Erdem** Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin, Ankara, 2006, 844.

<sup>33</sup> **Ingroia**, 79'dan **Evik** Vesile Sonay, Çıkar Amaçlı Örgütlenme Suçu, İstanbul, 2004, 212.

<sup>34</sup> **Keskin** Kadri, "Anarşi Suçları", Adalet Dergisi, 1985, s. 5, 165.

<sup>35</sup> **Neppi** Modona Guido, "L'associazione di tipo mafioso", Studi in memoria di Giacomo Delitala, Milano, 1984, 51; **Antonini**, Le associazioni per delinquere nella legge penale italiana, Giust. Pen., 1985, II, 288'den **Evik** Vesile Sonay, Çıkar Amaçlı Örgütlenme Suçu, 212.

<sup>36</sup> **Dolcini-Marinucci**, 1657.

sayısının en az üç kişi olması, üyeler arasında soyut bir birleşme değil, gevşek de olsa hiyerarşik bir ilişkinin bulunması, suç işlenmese bile suç işlemek amacı etrafında fiili bir birleşmenin olması, niteliği itibariyle devamlılık göstermesi gereklidir. Örgütün yapısı, sahip bulunduğu üye sayısı ile araç ve gereç bakımından amaçlanan suçları işlemeye elverişli olması da aranmalıdır. Örgüt yapılanmasında işlenmesi amaçlanan suçların konu ve mağdur itibariyle somutlaştırılması mümkün, ancak zorunlu değildir. Soyut olarak, sanık sayısının üç kişiden fazla olması örgütün varlığının kabulü için yeterli olmayıp bu durumda iştirak ilişkisinden söz edilebilir<sup>37</sup>.

Yargıtay'ın eski tarihli kararlarında ise organize yapının varlığı daha açık şekilde aranmaktadır. Buna göre örgüt, eylemli ortaklık unsurlarını içerecek biçimde belirsiz suçları işlemek üzere emir ve komuta zinciri altında, üyelerinin suç işleme bakımından iş bölümü yapmaları halinde var olmaktadır. Kısacası, örgüt birden fazla kişi arasında bir anlaşma şeklinde değerlendirilmektedir<sup>38</sup>.

Bir başka kararda “*sanıkların önceden anlaşıp organize olmadan suçun oluşmayacağı*”<sup>39</sup> belirtilirken, bir başka kararda “*aralarında önceden anlaşıp işbölümü ve hiyerarşik bir yapı içerisinde süreklilik gösterecek şekilde planlı bir ortaklık ve paylaşım anlayışıyla belirlenmemiş sayıdaki suçları iş-*

<sup>37</sup> Yargıtay 10. CD'nin 15.02.2006 tarih ve E. 2005/19703, K. 2006/2202; 16.03.2006 tarih ve E. 2006/565, K. 2006/3869; 30.03.2003 tarih ve E. 2006/1054, K. 2006/4780; 22.06.2006 tarih ve E. 2006/5542, K. 2006/8498 sayılı kararları için bkz. (Çevrimiçi), <http://www.kazanci.com.tr>, 15.03.2007.

<sup>38</sup> Yargıtay CGK' nun 01.02.2000 tarih ve E. 8–299 K. 1 sayılı “*Öğreti ve yargısal kararlarda belirtildiği gibi, madde de öngörülen teşekkül, basit bir birleşme değil, birden çok veya belirsiz sayıda suçların işlenmesi yönündeki birleşmeyi zorunlu kılar. Suçu basit birleşmeden ayıran, devamlılık ve birden fazla suç için olma, diğer bir anlatımla sürekliliktir. Bunun doğal sonucu olarak ta teşekkülün oluştuğunun kabulü için planlı bir ortaklık ve eylemli paylaşma gerekir. Ancak teşekkülün şeklinin ve hiyerarşik yapılanma biçiminin suçun oluşmasında önemi yoktur.*” şeklindeki kararı için bkz. **Ünver** Naci, Uygulamada Çıkar Amaçlı Suç Örgütleri ve Cürüm İşlemek için Teşekkül Oluşturmak, 37–44. Benzer şekilde CGK' nun 13.04.1987 tarih ve 8–42/211; As. Yrg. Drl. Krl.'nun 03.06.1982 tarih ve 108/108; As. Yrg. Drl. Krl.'nun 13.12.1984 tarih ve 1984/260–252 sayılı kararları için bkz. **Savaş Vural-Mollamahmutoglu** Sadık, Türk Ceza Kanunu'nun Yorumu, c.2, Seçkin, Ankara, 1999, 3033–3037.

<sup>39</sup> Yargıtay 8. CD'nin 22.05.2000 tarih ve E.10828, K.9312 sayılı “*Önceden belli bir amaç etrafında organize hale gelmediklerini beyan etmişler ve beyanlarının aksi de ispat edilememiştir*”.As. Yar. Krl. 17.03.1988, 12/15; “*Suç tarihinde Taşucu Beldesinde bir kişinin öldürülmesi olayı nedeniyle belde halkı arasında oluşan toplu heyecan ve tepki üzerine bir kısım sanığın içerisinde bulunduğu büyük bir kalabalık tarafından kimi kişilerin işyeri ve otosunun taşlanması, patlayıcı madde atılması biçimde gelişen olaylar zincirinde sanıkların önceden tasarlama ve organize olma ve fikir birliğine vararak suç işlemek için teşekkül oluşturdıklarından söz edilemeyeceği, gerçekleştirdikleri eylemleri nedeniyle cezalandırılacakları gözetilmeden mahkûmiyetlerine karar verilmesi bozmayı gerektirmektedir.*” şeklindeki kararı için bkz. **Ünver**, 67–69.

*lemek amacı etrafında birleşip birleşmediklerine*” bakılmasının gerekli olduğunun vurgulandığı görülmektedir<sup>40</sup>.

Bir diğer karara göre ise; suç işlemek için düzenli ve planlı ortaklık, yönetim, dayanışma ve disiplin gibi öğelerle bir araya gelinmediğinde suçun yasal unsurları oluşmamaktadır<sup>41</sup>.

Bu konudaki başka bir karara göre ise; örgütün mensupları arasında düzenli, planlı ve eylem paylaşması olması zorunlu bir öğe olmamakla birlikte, örgütün bünyesinde yönetim, yönetici, dayanışma ve disiplin bulunması ayrıca belli suçların işlenmesi için irade birliğinin var olması, söz konusu suçun suç ortaklığından ayırmaktadır<sup>42</sup>.

Örgütün varlığı için organize bir yapıdan başka, süreklilik de vazgeçilmez bir unsurdur. Örgüt amaçlanan suçların işlenmesi aşamalarından bağımsız olarak zaman içinde varlığını sürdürmelidir. Örgütün kurulduktan kısa bir süre sonra yetkili makamlar tarafından tespit edilmesi ve bunun sonucunda üyelerinin yakalanması süreklilik unsurunun gerçekleşmediğini göstermez. Önemli olan örgütün sürekli olarak belirli amaçları gerçekleştirmek için kurulmuş olmasıdır. Diğer bir deyişle, süreklilik unsurunun varlığı açısından, kanunda belirtilen amaçları gerçekleştirmek için bir süreye sahip olamaması önemli değildir<sup>43</sup>.

Yargıtay’a göre de örgütün suç işlemek amacı etrafında fiili bir birleşmenin olması, niteliği itibariyle devamlılık göstermesi gereklidir<sup>44</sup>. Suçu basit birleşmeden ayıran devamlılık ve birden fazla suç için olma, diğer bir deyişle sürekliliktir<sup>45</sup>.

<sup>40</sup> Yargıtay 8. CD’nin 10.07.2000 tarih ve E.10810, K.13581 sayılı kararı için bkz. **Ünver**, 64–65.

<sup>41</sup> Yargıtay 8. CD’nin 03.07.1986 tarih ve 2763/4070 sayılı kararı için bkz. **Savaş-Mollamahmutoğlu**, 3038.

<sup>42</sup> As. Dr. Kr.’nun 13.12.1984 gün ve E. 1984/260, K. 1984/252 sayılı kararı için bkz. **Savaş-Mollamahmutoğlu**, 3037.

<sup>43</sup> **Antonini**, 309; **Manzini**, VI 195-196’den **Evik** Vesile Sonay, Çıkar Amaçlı Örgütlenme Suçu, 216.

<sup>44</sup> Yargıtay 10. CD’nin 15.02.2006 tarih ve E. 2005/19703, K. 2006/2202; 16.03.2006 tarih ve E. 2006/565, K. 2006/3869; 30.03.2003 tarih ve E. 2006/1054, K. 2006/4780; 22.06.2006 tarih ve E. 2006/5542, K. 2006/8498 sayılı kararları için bkz. (Çevrimiçi), <http://www.kazanci.com.tr>, 15.03.2007.

<sup>45</sup> Yargıtay CGK’ nun “*Suçtu, basit birleşmeden ayıran devamlılık ve birden fazla suç için olma, sürekliliktir. Bunun sonucu olarak planlı ortaklık ve eylemli paylaşma unsurları da gereklidir.*” Şeklindeki 13.04.1987 tarih ve 8–42/211 sayılı kararı için bkz. **Savaş-Mollamahmutoğlu**, 3032. CGK’ nun 03.02.1986 tarih ve 509/42 sayılı aynı yöndeki kararı için bkz.

Sürekli bir organizasyonun varlığından başka örgütün silahlı olması da gerekmektedir. Silahlı olması koşulu normda açıkça öngörülmüş bir unsurdur. Normda belirtilen amaç suçları işlemek için silahı araç olarak seçmiş bir örgütün teşekkül etmesi gerekmektedir. Bu nedenle örgüt üyelerinin fiilin silahlı olarak işlenmesi konusunda iradelerinin de birleşmesi şarttır.

Bu suçun oluşması için örgütü meydana getirenlerin tamamının silahlı olması gerekmemekteyse de, silahın bilfiil mevcut olması ve örgüt üyelerinin çoğunluğunun silahının bulunması gerekir. Ancak silahın sadece sağlanması konusunda irade birliği ya da örgüt üyelerinden sadece bir kaçının silahının bulunması, silahlı örgütün varlığı açısından yeterli kabul edilmemek gerekir. Örgütün silahlı olarak kabul edilebilmesi açısından amaç suçun işlenmesini sağlayabilecek yeterlilik ve uygunluğun bulunması gerekir<sup>46</sup>. Ancak silahın gayeye erişmeyi sağlayacak şekilde depo edilmiş bulunmasını yeterli görenler de vardır<sup>47</sup>.

Buradaki silahtan neyin anlaşılması gerektiğine gelince, TCK'nun 314. maddesi özel olarak silahı tanımlamamıştır. Silahı, TCK'nun 6. maddesinin f bendi tanımlamıştır. Buna göre, silah deyiminden ateşli silahlar, patlayıcı maddeler, saldırı ve savunmada kullanılmak üzere yapılmış her türlü kesici, delici ve bereleyici alet, saldırı savunma amacıyla yapılmış olmasa bile fiilen saldırı ve savunmaya elverişli diğer şeyler, yakıcı, aşındırıcı, yaralayıcı, boğucu, zehirleyici, sürekli hastalığa yol açıcı nükleer, radyoaktif, kimyasal, biyolojik maddeler anlaşılır.

Bazı yazarlar Ceza Kanunlarındaki silah tanımlarının silahlı örgütlenme suçu açısından da kabul edilebileceğini belirtmişlerdir<sup>48</sup>. Çoğunluk görüşüne göre ise Ceza Kanunlarında silahı tanımlayan hüküm ancak, silahın ağırlatıcı neden olarak kabul edildiği hallerde uygulanabilir. Bu hüküm, sopa, baston gibi gerçekte silah olmayan bazı araçları da silah olarak kabul ettiği için, silahın unsur olduğu hallerde uygulanmaması gerekir<sup>49</sup>.

---

**Savaş-Mollamahmutoğlu**, 3034. "Amaç suç, Devletin yıkılmasına, Anayasanın zorla değiştirilmesine yönelik toplum düzeni açısından ciddi tehlikeler doğuracak nitelikte olması nedeniyle, bu tür fiillerin gerçekleştirilmesine yönelik kurulan silahlı örgütün basit ve kısa süreli bir örgüt olarak kabulü mümkün değildir. Örgütün amaç suçların işlenmesini sağlamaya yönelik uzun süreli bir oluşum olması zorunludur. Hâkim somut olayda örgütün bu nitelikte olup olmadığını değerlendirecektir." **Kurt**, Terör Suçları, 200.

<sup>46</sup> **Özek**, Siyasi İktidar Düzeni, 385; Yargıtay CGK' nun 17.06.1985 tarih ve E. 1985/9-111, K. 1985/384; As. Yrg. 2. D'nin. 22.02.1984 tarih ve E. 1 sayılı kararları için bkz. **Kurt**, Terör Suçları, 199.

<sup>47</sup> **Pannain II**. 265'den **Özek**, Siyasi İktidar Düzeni, 385.

<sup>48</sup> **Manzini**, 653.

<sup>49</sup> **Özek**, Siyasi İktidar, 366; **Kurt**, Terör Suçları, 199.

Kanaatimize göre de 6. maddedeki tanımı, 314. madde açısından aynen kabul etmemek gerekir. Hâkim, her somut olayda faillerin sahip olduğu araçların örgütün amaç suçlarını işlemesine uygun olup olmadığını değerlendirmelidir. Bu bağlamda örgütün silahlı olarak kabul edilmesi için araçların niteliği ve niceliği birlikte değerlendirilmelidir. Nitekim 220. maddede örgüt yapısının, sahip bulunduğu üye sayısı ile araç ve gereç bakımından amaç suçları işlemeye elverişli olması aranmaktadır.

## 2- Örgütlenme ve Uygunluk

Silahlı örgütün kurucusundan üyesine kadar bütün mensuplarının, devletin güvenliğine ve anayasal düzenine karşı suçları işlemek için irade birliği şeklinde biraraya gelmeleri gerekmektedir. Örgütün varlığını ve işlevini gerçekleştirmesi açısından zorunlu olan suç faaliyetlerinin yapılması için sürekli bir örgütsel bağ, bir anlaşma, bir birliktelik söz konusudur.

Yargıtay'a göre üyeler arasında soyut bir birleşme değil, gevşek de olsa hiyerarşik bir ilişkinin bulunması, suç işlenmesi bile suç işlemek amacı etrafında fiili bir birleşmenin olması, niteliği itibarıyla devamlılık göstermesi gereklidir. Örgütün yapısı, sahip bulunduğu üye sayısı ile araç ve gereç bakımından, amaçlanan suçları işlemeye elverişli olması da aranmalıdır.

Mademki, kanun koyucunun amacı zarar tehlikesini önlemek, o halde eylemin suç sayılabilmesi için korunan hukuksal değer olan devletin güvenliği ve anayasal düzeni (bu bağlamda Devletin birliği ve ülke bütünlüğü, temel milli yararlar, devletin askeri gücü, anayasal düzeni, anayasal düzenin işleyişi gibi değerler) açısından zarar tehlikesi yaratmaya uygunluk mutlaka aranmak gerekir. Bu şekilde uygunluk aranmaksızın eylemin cezalandırılması, normun kapsamı dışında eylemlere uygulanması anlamına gelecektir. Uygunluk ise eylemin ancak somut zarar tehlikesi yaratması durumunda varsayılabilir<sup>50</sup>. Dolayısıyla her somut olayda eylemin normun önlemek istediği tehlike neticesini yaratmaya uygun olup olmadığı değerlendirmesinin yapılması gerekmektedir.

Silahlı örgütlenme suçunun gerçekleşmesi açısından örgütlenme eyleminin Devletin güvenliği ve anayasal düzeni açısından zarar tehlikesi yaratmaya uygun olup olmadığını belirlemek için de öncelikle örgütün organize yapısının bu açıdan değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu açıdan örgütün üye sayısı, hiyerarşik yapılanma, işbölümü (kesin olarak belirlenmiş olmasa da ge-

<sup>50</sup> **Özek Çetin**, Türkiye'nin Demokratikleşme Sorunu Sempozyumu, (21 Nisan 1995) İstanbul, 1996, 31; **Daragenli** Vesile Sonay, Tehlike Suçları, Prof. Dr. Sahir Erman'a Armağan, İstanbul, 1999, 185-186.

nel olarak görevlerin dağıtılmış olması), kullandığı araç ve gereçler (örgütün kullanımında olan silahların niteliği ve niceliği) ve suçun varlığı için aranan diğer unsurlar (süreklilik) açısından örgütün programını, amaçlarını gerçekleştirmeye somut olarak uygun-elverişli olup olmadığı araştırılmak gerekir<sup>51</sup>. Nitekim TCK'nun 220. maddesi yerinde olarak, örgütün yapısı, sahip bulunduğu üye sayısı ile araç ve gereç bakımından amaç suçları işlemeye elverişliliğini (uygunluğunu) aramıştır. Dolayısıyla, örgütlenme suçu, amaç suçları işlemeye uygunluğun gerçekleşmesiyle oluşacaktır<sup>52</sup>.

Örgütün organize yapısı, sahip olduğu üye sayısı ile örgütün amaç suçlarını gerçekleştirmeye ve dolayısıyla da Devletin güvenliği ve anayasal düzeni açısından tehlike yaratmağa uygunluğu aranacaktır. Ancak bu yeterli değildir. Ayrıca örgütün sürekliliğinin de, amaç suçları işlendikten sonra örgütün yenilenerek, tekrarlanarak kullanılan bir yapı ve dolayısıyla örgütlenmeye sürekli suç olma özelliğini verecek şekilde ona uygun olması gerekir.

Kanun koyucunun bu suçu öngörmekteki amacı, iştirak gibi basit birleşmeleri cezalandırmak değil, korunan hukuksal değerler açısından tehlike oluşturabilecek eylemleri yaptırım altına almaktır. Böyle bir durum ise birden çok ve hatta belirsiz sayıda suçların işlenmesi yönündeki birleşmelerdir. Dolayısıyla amaçlanan suçların işlenmesinden sonra da örgütün sürekliliğini devam ettirecek yapıda, ona uygun olması da aranmak gerekir.

Son olarak da örgütün kullandığı araç ve gereçler açısından amaç suçları işlemeye elverişliliği (uygunluğu) ve sonuçta da Devletin güvenliği ve anayasal düzeni açısından tehlike yaratmaya uygunluğu aranmak gerekir.

Hâkim somut olayda uygunluğu tespit ederken, örgütün özelliklerini, özellikle organize yapısını, üye sayısını, örgütün hiyerarşi ve işbölümü açısından yapılanmasını, örgütün sürekliliğini, örgütün araç ve gereçler açısından amaç suçları işlemeye uygunluğunu, önce teker teker, sonra bütünüyle değerlendirmelidir<sup>53</sup>.

<sup>51</sup> **Dolcini-Marinucci**, 1657. İtalyan içtihadına göre örgütsel yapının uygun-elverişli olması suçun varlığını ortadan kaldırmaktadır. Cass. 28.4.1983, Alunni, CED.159811, Cassazione Penale, 1985, 1355. Örgütsel yapının basit olması, hiyerarşik yapılanma ve işbölümünün olmaması, araç ve gereçlerin amaç suçlarının işlenmesi açısından yetersiz olması hallerinde bu suçun işlenmiş sayılamayacağı konusunda bkz. Cass. 25.10.1983, Arancio, CED. 162280, CP. 1985, 319; Cass. 14.11.1985, Andriani, CED. 171699, CP 1987, 1100.

<sup>52</sup> **Antolisei**, Manuale di diritto penale parte speciale II, 616; **Manzini**, Trattato di diritto penale italiano, IV, 728; **Ronco**, Banda Armata, Enciclopedia Giuridica Treccani, IV, 1988, 1.

<sup>53</sup> Cass. 05.11.1979, Mannolo, Giust. Pen., 1980, II, 279; Cass. 12.07.1982, Sentinella, Cass. Pen. 1984, 63.



Örgüt yapılanmasında işlenmesi amaçlanan suçların konu ve mağdur itibarıyla somutlaştırılması mümkün, ancak zorunlu değildir. Soyut olarak sanık sayısının üç kişiden fazla olması örgütün varlığının kabulü için yeterli olmayıp bu durumda iştirak ilişkisinden söz edilebilir<sup>54</sup>.

Örgütlenme, suça iştirak kavramını aşan bir oluşumdur. Bilindiği üzere suça iştirak tek kişi tarafından işlenebilen belirli bir suçun birden fazla kişi tarafından işlenmesidir. Çok failli suç niteliğinde olan örgütlenme suçlarında ise suçun oluşması için birden fazla failin katılımı zorunludur. Suça iştirakte belirli bir veya birden fazla suçun işlenmesi hakkında anlaşma ani ve tesadüfi şekildedir. Örgütlenmede ise, birden fazla belirsiz sayıda suçun işlenmesine yönelik bir programın gerçekleştirilmesi amacıyla failer arasında sürekli bir örgütsel bağ söz konusudur. Örgütlenme suçunun cezalandırılması için amaç suçların işlenmesine gerek olmadığı gibi, amaç suçlar işlendikten sonra da örgütün varlığı devam eder. Suça iştirakın cezalandırılabilmesi için ise, en azından, iştirak iradesi kapsamındaki suçun icrasına başlanmak gerekir. Ayrıca örgütlenme suçunda korunan hukuksal değer açısından (silahlı örgütlenmede Devletin güvenliği ve anayasal düzeni) zarar tehlikesi söz konusudur. Amaç suçların işlenmesine başlanmasa da, sadece bu amaçla bir araya gelerek örgütlenme, Devletin güvenliği ve anayasal düzeni açısından zarar tehlikesi meydana getirir. Amaç suç açısından hazırlık hareketi niteliğinde olan bu hareketler, korunan hukuksal değerlerin ihlali açısından önemli kabul edildikleri için sırf bu nedenle cezalandırılmaktadırlar<sup>55</sup>.

### a- Örgüt Kurma

Örgütlenmenin seçimlik hareketlerinden biri olan örgüt kurma, kişilerin bir araya getirilmesi ve araçların sağlanmasıyla örgütün bağımsız bir varlık olarak var olmasını sağlayacak şekilde meydana getirilmesi, oluşturulmasıdır<sup>56</sup>.

İtalyan Yargıtay'ına göre örgütün kurulması, kişilerin (üyelerin) tedarik edilmesi, görevlerin belirlenmesi, araçların sağlanması aracılığıyla örgütün var olması koşullarının gerçekleştirilmesidir<sup>57</sup>. Yabancı ülkelerdeki düzenle-

<sup>54</sup> Yargıtay 10. CD'nin 15.02.2006 tarih ve E. 2005/19703, K. 2006/2202; 16.03.2006 tarih ve E. 2006/565, K. 2006/3869; 30.03.2003 tarih ve E. 2006/1054, K. 2006/4780; 22.06.2006 tarih ve E. 2006/5542, K. 2006/8498 sayılı kararları için bkz. (Çevrimiçi), <http://www.kazan-ci.com.tr>, 15.03.2007.

<sup>55</sup> Cass. V. 1999/213096, **Crespi, Stella, Zuccalà**, Commentario al Codice Penale, Cedam, Padova, 2000, 119.

<sup>56</sup> **Manzini** Vincenzo, Trattato di diritto penale, IV, 732, 368.

<sup>57</sup> Cass. Torino, 23.6.1978, Curcio, Rivista Penale, 1978, 1004'den **Dolcini-Marinucci**, 1659.



meleri incelediğimizde ayrıca örgütün kurulmasına öncülük edenlerin de cezalandırıldığını görüyoruz. TCK'da ise örgütün kurulmasına öncülük etme cezalandırılmamıştır. Dolayısıyla örgütün kurulmasına yönelik hareketler ancak teşebbüs olarak nitelendirilebilir.

Örgütlü suçlarda topluluk söz konusu olmasına rağmen kurucunun tek kişi olması ve tek kişi tarafından kurulan bir örgüte başkalarının katılması mümkündür. Ancak tek kişi tarafından kurulmuş olup da, kimsenin katılmadığı bir örgüt düşünülemeyeceğinden, kimsenin katılmadığı bir örgütü kurduğunu iddia eden kişi örgüt kurmuş olmaz. Nitekim Yargıtay'ımız kaçakçılık amacıyla örgüt kurma için bir şahsa yazılan mektubun bu kimsenin eline geçmemesi ve teklifin onun tarafından kabul edilmemesi halinde örgütün kurulamayacağına karar vermiştir. O halde örgüt kurucusu tek kişi dahi olabilir. Ancak, örgütün varlığı için kurucu tarafından belirli amacı gerçekleştirmek üzere açıklanan teklifin en az iki kişi tarafından kabul edilmesi gerekir<sup>58</sup>.

### **b- Örgütü Yönetme**

Örgütü yönetmek, hiyerarşik olarak örgütün başında olup, inisiyatif, emir, kumanda ve karar verme gücüne sahip olarak, örgütün amaçlarını gerçekleştirmesi için örgütü yönlendirmek, idare etmektir. Diğer bir deyişle, örgüt amaçlarının gerçekleştirilmesi, örgütü bu amaçlar için etkili ve uygun kılmak için örgüt üyeleri arasında koordinasyon, bilgi, araç gibi unsurların sağlanması şeklinde örgütün organize edilmesidir<sup>59</sup>.

### **c- Örgüte Üye Olma**

Örgüt üyeleri, örgüt kurucuları, yöneticileri dışında kalan kişilerdir. Doktrindeki bir görüşe göre örgüte üye olmak, örgütün varlığına veya güçlendirilmesine nedensel değer taşıyan bir katkı sağlamak demektir. Ancak bu katkının mutlaka maddi olması gerekmez. Örgütün emrine amade olduğunu kabul etmek ve bunun sonucunda gerektiğinde onu kullanabilmeyi bilmek de örgütü güçlendiren bir katkıdır. Dolayısıyla bu katkı maddi olabileceği gibi manevi de olabilecektir. Örgütün emrine amade olduğunu kabul etmek de gerektiğinde onu kullanabilmeyi bilmek de örgütü en azından potansiyel açıdan güçlendiren bir katkıdır. Dolayısıyla örgütü kişi açısından güçlendirme şeklindeki hareket de üye olarak kabul edilmek için yeterlidir<sup>60</sup>.

<sup>58</sup> **Erman** Sahir, Ticari Ceza Hukuku, İstanbul, 1992, 135-136.

<sup>59</sup> **Dolcini-Marinucci**, 1659.

<sup>60</sup> **Visconti**, "Il tormentato dammino del concorso esterno nel reato associativo", Foro it., 1994, II, 565.

Ancak, örgütün emrine amade olduğunu açıklamak şeklindeki bu katkının ispatı pratikte çok zordur. Özellikle yasadışı faaliyetler gösteren, gizliliği esas olan bu tip örgütlerin üyelerini saptamak son derece güçtür. Sadece örgüte sempati duymak, örgütün amaçlarını, değerlerini, ideolojisini benimsemek, buna ilişkin yayınları okumak, bulundurmamak, örgüt liderine saygı duymak, örgüt üyesi olarak nitelendirilemez<sup>61</sup>.

Diğer bir görüşe göre ise örgüte üye olmak demek örgütün güçlenmesi ya da hayatta kalması açısından somut, fonksiyonel bir katkı sunmaktır. Herhangi bir katkı sağlamaksızın sadece örgütün emrine amade olduğunu kabul etmek üyelik olarak kabul edilemez<sup>62</sup>. Üye olarak kabul edilmek için norm tarafından korunan hukuksal değeri ihlal edecek şekilde örgütün varlığına veya güçlendirilmesine nedensel açıdan değer taşıyan somut bir katkı sağlanması gerekir<sup>63</sup>.

Kanaatimize göre üye olarak kabul edilmek için, kişinin örgütün niteliğini ve amaçlarını bilerek, örgütün güçlenmesine ya da hayatta kalmasına katkı sağlanması gerekir. Bu katkı maddi olabileceği gibi manevi de olabilir. Örgüt yapısı içinde herhangi bir görev gerçekleştirilmeden sadece örgütün emrinde her an kullanılabilir şekilde örgüte katılma, örgütü en azından potansiyel olarak güçlendireceğinden üye olarak kabul edilip cezalandırılmak gerekir.

Örgütün niteliğini, amaçlarını bilerek üye olarak katılmak istemeyen ancak, örgüte bir takım katkılar sağlayan kişilerin üyelere ayrılması gerekir. Örneğin, örgüte sadece silah gibi bazı araçları satan veya örgütün işlediği suçlarda sadece o suç açısından iştirak eden kişiler, örgüte katılma kastları olmadığı için örgüt üyesi olarak nitelendirilemezler<sup>64</sup>.

61 Cass. 13.06.1988, CED-177890, Cass. pen., 1988, 1813; Cass. 13.06.1987'den **Crespi**, 1063; Bu konuda Türk doktrininde Kurt, örgüt ideolojisinin benimsenmesi, örgüte yakınlık duymak, örgütün ideolojisine dair eserleri okumak ve bulundurmamak gibi sempatican düzeyindeki hareketlerin örgüt üyesi olarak kabul edilemeyeceğini, aksi düşüncenin Anayasanın düşünce hürriyetine aykırı olacağını belirtmektedir. **Kurt**, Terör Suçları, 201.

62 **Insolera** Gaetano, L'associazione per delinquere, Milano, 1993, 203; **Patalano** Vincenzo, L'associazione per delinquere, Napoli, 1971, 185.

63 Cass. 15.04.1994, **Matrone**, Cassazione Penale, 1996, 77. Örgüte maddi araçların, bilgi kanallarının sağlanması, söz konusu örgüte üye olma olarak nitelendirilir. (Cass. 28.12.1998, **Bruno**, Cassazione Penale 1999, 2510).

64 Örgütün programı arasında olan bir suçun icra hareketlerini gerçekleştiren bir kişi dahi örgüt mensubu olmayabilir. Cass. 12.06.1972, Mattio, Cass. pen. 1973, 1196. Askeri Yargıtay'a göre silahlı örgütün amacını benimsemeden örneğin ücret karşılığı veya örgüt amacı dışında başka saik ve nedenlerle bir fiil söz konusu olduğunda failin, örgüt üyesi olarak kabulü mümkün değildir. As. Yrg. 3. D.'nin 03.11.1981 tarih ve E. 333, K. 410'dan **Kurt**, 202.

Yargıtay'ın bir kararına göre; “tüm işlemlerin dokuz günlük kısa bir süre içinde gerçekleştiği ve sanığa kod adı da verilmediği ve yasa dışı örgüte ke-sintisiz, sürekli, uzun zaman devam eden bir yardımı olmadığı dikkate alınarak, kısa bir zaman dilimi içindeki eylemleri; belli bir yoğunluğa ulaşmadığı, örgütle organik bir bağ bulunmadığı, lojistik destek sağlanmadığı için yasa dışı örgüt üyesi olmak suçunu oluşturmamaktadır.”<sup>65</sup> Yine Yargıtayımız bir diğer kararına göre “silahlı cemiyet ve çetede amirlik, kumanda ve hususi bir görev almayan, fakat niteliğini bilerek çeteye katılıp, amaca ait konularda irade birliği içinde olarak, çetenin amaçlarını kendi amacına uygun görerek hareket edenler; cemiyet ve çetenin sair efradıdır.”<sup>66</sup>

Örgüte üye olmak için örgütün niteliklerini bilerek üye olmayı istemek ve örgüte bir katkı sağlamak da yeterli değildir. Suça iştiraktan farklı olarak, örgütlü suçlarda üye olma, tek yanlı, kendiliğinden olamaz. Üye olmak için örgütün organları tarafından kişinin üye olarak kabul edilmesi gerekir. Bununla beraber, örgüte üye olarak katılmanın herhangi bir şekilde, bir törenle olması gerekmez, fiilen gerçekleşmesi yeterlidir. Ayrıca örgüt üyelerinin birbirlerini tanımaları zorunlu değildir<sup>67</sup>. Örgüte üye olmak, örgütün kuruluş aşamasında da olabileceği gibi, örgüt kurulduktan sonra da olabilir.

### VIII- Kusurluluk

Silahlı örgütlenme suçu özel kastla işlenebilen bir suçtur. Suçun oluşması için hareketin bilinmesi ve istenmesi şeklindeki genel kast yeterli değildir. Devletin güvenliğine ve Anayasal düzenine ve bu düzenin işleyişine karşı suçları işlemek amacıyla silahlı bir örgütü kurmak veya yönetmek veya örgüte üye olmak gerekir<sup>68</sup>. Buradaki özel kast, suçla korunan hukuksal değerin belirlenmesinde önemli olduğu gibi, bu suç açısından uygun hareketin belirlenmesi açısından da önem arz etmektedir.

İtalyan Yargıtay'ının kararlarına göre özel kastın varlığı, sadece failerin

<sup>65</sup> Yargıtay CGK' nun 19.12.1995 tarih ve E. 1995/9–306, K. 1995/383 sayılı kararı için bkz. (Çevrimiçi), <http://www.kazanci.com.tr>, 15.03.2007.

<sup>66</sup> Yargıtay CGK' nun 14.05.2002 tarih ve E. 2002/9–101 K. 2002/246 sayılı kararı için bkz. (Çevrimiçi), <http://www.kazanci.com.tr>, 15.03.2007.

<sup>67</sup> **Spagnolo**, 85 vd; De Francesco, Mafia e criminalità organizzata, 35vd, **Visconti**, RIDPP, 1995, 1329; **De Liguori**, Concorso, 63 vd; **Palazzo**, 224; Cass. 06.04.1987, CED-177303, Cass. pen., 1989, 348. Karşı görüşte olanlara göre ise örgütün hayatta kalmasına fonksiyonel bir katkı sağlama durumunda üyelikten bahsedilebilir. Böyle bir hareket olmaksızın sırf örgüte giriş, üyelik olarak kabul edilemez. **Insolera**, L'associazione per delinquere, 203; **Patalano**, 185.

<sup>68</sup> C. 30.01.1992, Arbore, CED 189716; C. 14.10.1988, Balestri, CED 181199'den **Dolcini-Marinucci**, 1662; **Fiandaca-Musco**, Diritto penale parte speciale, 57.

psikolojisinden çıkarılamaz, uygun hareketlerden (amaçlanan suçların işlenmesi için uygun bir organizasyonun, araç ve gereçler) de anlaşılabilir<sup>69</sup>. Ayrıca özel kastın varlığı, bu suç ile genel nitelikte olan suç işlemek için örgütlenme suçunun ayırdedilebilmesini sağlamaktadır. Suçun diğer tüm unsurları bulunmakla birlikte, sadece özel kastın bulunmaması halinde, kamu barışını (düzenini) tehlikeye sokabilecek nitelikte genel hüküm niteliğinde olan suç işlemek amacıyla örgütlenme suçu söz konusu olacaktır.

## IX- Suçun Özel Görünüş Biçimleri

### 1- Suçun Tamamlanması ve Teşebbüs

Silahlı örgütlenme suçu tehlike suçudur. Amaç suçların işlenmesine yönelik hareketler yapılmassa dahi, diğer bir deyişle amaç suç açısından hazırlık hareketleri niteliğinde hareketler yapıldığında (sadece örgütlenme fiili gerçekleştiğinde), silahlı örgüt kurulduğu, yönetildiği veya üye olunduğu anda suç tamamlanır. Diğer bir deyişle, suçun oluşması için amaç suçların işlenmesine gerek yoktur<sup>70</sup>.

Çok failli bir suç olan silahlı örgütlenme suçu, örgütün kurulduğu yerde işlenmiş sayılır. Örgütün faaliyetlerini gerçekleştirdiği, program dâhilindeki amaç suçların işlendiği yerlerin, bu suçun işlendiği yer açısından önemi yoktur<sup>71</sup>.

Bazı yazarlara göre bu suç, amaç suçlar açısından hazırlık hareketi niteliğinde ya da tehlike suçu olduğu için bu suçlara teşebbüs mümkün değildir. Bu suçlara teşebbüsün cezalandırılması, amaç suçların işlenmesi tehlikesi tehlikesinin cezalandırılması demektir ve bu durumda cezai koruma gereğinden fazla öne alınmış olacaktır<sup>72</sup>.

Çoğunluk görüşüne göre ise, silahlı örgütlenmeye ilişkin şüpheye yer vermeyecek uygun hareketlere başlanması halinde teşebbüsten söz etmek mümkündür. Örneğin, bir örgütün kurulmasına rağmen henüz silahlanmanın gerçekleşemediği, sadece silahların sağlanmasına yönelik hareketlerin yapıldığı, ancak silahlar sağlanmadan örgütün polisler tarafından tespit edile-

<sup>69</sup> Cassazione Brescia 02.02.1978, Fumagalli, GM 1979, 424-442'den **Dolcini-Marinucci**, 1662.

<sup>70</sup> Cassazione 21.03.1983, Bortofotti, CED 160073, Cassazione Penale 1984, 919.

<sup>71</sup> CSU 04.02.1992, Musumeci, CED 191232,; Cassazione 08.04.1983 Bombaci, CED 160648; C. 8.6.1982, Bolognini CED 154902.

<sup>72</sup> **Fiandaca- Musco**, Diritto penale parte speciale, 57.

rek faaliyetlerine son verildiği durumlarda suç teşebbüs aşamasında kalmıştır<sup>73</sup>. Önceden kurulmuş bir silahlı örgüte üye olmak için örgüt yöneticileri ile üye olmak isteyen kişilerin buluşmaları ancak üyeliğe kabul henüz gerçekleşmeden polisler tarafından yakalanmaları halinde teşebbüs söz konusudur<sup>74</sup>.

## 2- Suça İştirak

Örgütlü suçlarda iştirakin mümkün olup olmadığı tartışılmıştır<sup>75</sup>. Örgütlü suçlarda iştirakin söz konusu olamayacağı ileri sürülenlere göre, örgüt üyesinin hareketi ile suça iştirak eden şerikin hareketini ayırmak imkânsızdır, çünkü her ikisi de aynı nitelikte hareket ve iradeyle (örgüt amaçlarının gerçekleştirilmesi bilinç ve iradesiyle örgüte katkı sağlamaktadırlar) gerçekleştirilmektedirler. Örgütün amaçlarını bilerek ve isteyerek örgüte uygun bir katkı sağlanmışsa örgüt üyeliği söz konusu olur. Sağlanan katkı, belirtilen özelliklere sahip değilse ceza hukuku açısından ya önemi yoktur ya da yardım- yataklık ve benzeri suçlar oluşacaktır<sup>76</sup>.

Ayrıca örgütlenme hareketinin cezalandırılabilmesi için örgüte üye olmak gerekir. Örgüt üyesi olmayan kişinin cezalandırılması, tipiklik unsurundan yoksun eylemlerin cezalandırılması anlamına gelir ve bu da yasallık prensibini ihlal eder. Ayrıca cezalandırılabilirliğin suça iştirakle bu şekilde genişletilmesi, kişi özgürlüğünün korunması prensiplerini de ihlal eder<sup>77</sup>.

Örgütlü suçlarda iştirakin olabileceğini kabul eden görüşler ise, bu konuda gerek suç tipinin şekli gerekse esası açısından bir problemin olmadığını belirtmişlerdir<sup>78</sup>. Buna göre örgüt üyesi ile şerik ayrılabilir. Üye, görev ve fonksiyonlarıyla örgütün organik yapısına katılan kişidir. Diğer bir deyişle örgüt

<sup>73</sup> **Palombarini**, in CB, art. 306, 682;den **Dolcini-Marinucci**; 1663; **Ronco**, Banda Armata, Enciclopedia Giuridica Treccani, IV, 1988, 3; **Manzini**, IV, 734.

<sup>74</sup> Cassazione Milano, 29.03.1982 tarihli karar için bkz. **Dolcini-Marinucci**, 1663.

<sup>75</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Evik** Vesile Sonay, Çıkar Amaçlı Örgütlenme Suçu, 321 vd.

<sup>76</sup> **Insolera**, Il concorso di persone nel reato in bricola –Zagrebelky, Giurisprudenza sistematica di diritto penale parte generale, II, Torino, 1996, 582.

<sup>77</sup> **Grispigni**, Diritto penale italiano, II, Padova, 1945, 335; **Fiandaca-Musco**, Diritto penale parte generale, Bologna, 1995, 478; **Insolera**, Il concorso esterno nei delitti associativi, la ragione di stato e gli inganni della dogmatica, Foro Italiano, 1995, II, 423 vd; İçtihatla ise Cass. Sz. I. 30.6.1994, n. 2343, 198338; Cass. Sez. I, 27.6.1994, n. 2348, 198329; Cass. Sez. I, 4.7.1987, n.8092, 17634.

<sup>78</sup> **Grosso**, “La contiguita alla mafia tra partecipazione, concorso in associazione mafiosa ed irrilevanza penale”, RIDPP, 1993, 1185 vd; **Pagliari**, Principi di diritto penale parte generale, Milano, 1998, 564.

programını benimseyerek bir görev, fonksiyon üstlenen kişidir. Şerik ise örgüt üyesi olmayan, diğer bir deyişle örgütün organik yapısına katılmayan ancak (tek bir müdahaleyle de olsa) örgütün hayatta kalmasına geçici bir katkı sağlayan kişidir<sup>79</sup>.

Kanaatimize göre örgütlü suçlara iştirakı engelleyen bir durum bulunmamaktadır. Örgütün organik yapısına üye olarak katılmamış bir şahıs, suç tipinde tanımlanmayan atipik bir hareketle örgütlü suça iştirak edebilir. Örneğin, bu suçun işlenmesini kolaylaştırabilir veya suçun gerçekleşmesine değişik şekillerde katkı sağlayabilir. Bu katkı maddi olabileceği gibi manevi de olabilir. Önemli olan sağlanan katkının suçun işlenmesinde nedensel değeri olan bir katkı olmasıdır. Bu suça azmettirme, teşvik etme, yardım vadedinde bulunma, yol gösterme, örgütün toplanması için yer sağlama, toplantı sırasında gözcülük yapma gibi suçun icrasını kolaylaştırma, araç sağlama iştirak niteliğinde hareketlerdir. Ancak, sağlanan bu katkıların örgüt üyesi olarak kabul edilmeyi gerektirecek nitelikte olmaması gerekir. Örneğin, sağlanan katkının süreklilik arz etmesi durumunda, bu süreklilik, örgütün organik yapısına dâhil olma olarak nitelendirilebiliyorsa örgüt üyeliği söz konusu olacaktır<sup>80</sup>.

İncelediğimiz suç tipi açısından konuyu ele aldığımızda ise, TCK'nun 314. maddesinin 220. maddesine yaptığı atıf nedeniyle, 220. maddenin 6. ve 7. fıkralarını değerlendirmek gerekmektedir. 6. fıkrada örgüte üye olmamakla birlikte örgüt adına suç işleyen kişinin ayrıca örgüte üye olmak suçuna göre cezalandırılacağı öngörülmüştür. 7. fıkrada ise örgüt içindeki hiyerarşik yapıya dâhil olmamakla birlikte örgüte bilerek ve isteyerek yardım eden kişinin örgüt üyesi olarak cezalandırılacağını düzenlemiştir.

Kanun koyucu, bu hükümlerle esasen suça iştirakın çok failli suç açısından özel bir düzenlemesini öngörmüştür. Bu hükümler olmasaydı, örgüt üyesi olmayan kişinin örgüt adına suç işlemesi veya örgüte bilerek veya isteyerek yardım etmesi durumunda iştirak iradesiyle hareket edilmesi şartıyla iştiraka ilişkin genel hükümlerin uygulanması söz konusu olacak ve daha az cezayla cezalandırılabilmesi mümkün olacaktı. 220. maddenin 6 ve 7. fıkra hükümleri sayesinde, esasen suça iştirak olarak nitelendirilebilecek hareketler (yardım etme), örgüt üyeleri ile aynı şekilde cezalandırılacaktır.

Kanun koyucunun bu şekilde bir düzenlemeye yer vermesinin nedeni, her ne olursa olsun silahlı örgütlenmeleri yaptırım altına almak, örgütün organik

<sup>79</sup> **De Liguori**, Concorso e contiguita nell'associazione mafiosa, Milano, 1996, 154–164.

<sup>80</sup> **Evik** Vesile Sonay, Çıkar Amaçlı Örgütlenme Suçu, 314 vd.

yapısına katılmayan dışarıdan kişilerin, her ne şekilde olursa olsun, örgütün hayatta kalmasına veya güçlenmesine katkı sağlayacak biçimde yardımda bulunmasını önlemektir.

Kanun koyucu, yardımın niteliğini belirlemediği için örgüte bilerek ve isteyerek herhangi bir yardımda bulunan kişi örgüt üyesi gibi cezalandırılacaktır. Örgüte sadece bir kez önemsiz nitelikte yardımda bulunan kişi, örneğin örgüt üyeleri arasında bir kez iletişim sağlayan kişi örgüt üyesi gibi cezalandırılmak gerekecektir.

Ancak unutmamak gerekir ki, amaç, tek başına, hiç bir zaman vasıtayı haklı göstermez. Kanaatimize göre, örgüt üyesi olmayan kişilerin örgüt üyesi gibi cezalandırılması, korunan hukuksal değer in ihlali açısından nedensel değerleri farklı hareketler olduğu için yerinde olmamıştır.

Kanun koyucunun bu şekilde düzenlemesi nedeniyle bu suça genel iştirak kurallarının uygulanabilmesi ancak manevi iştirak hallerinde olabilecektir. Örneğin, bir kişiyi örgüt kurması, örgüte üye olması yönünde azmettiren, teşvik eden, yardımda bulunacağını vaad eden kişiler iştirak hükümlerine göre sorumlu olacaklardır.

TCK'nun 314. maddesinin 220. maddeye yaptığı atıf itibariyle silahlı örgütlenme suçu açısından da geçerli olan 220. maddenin 5. fıkrasına göre örgüt yöneticileri örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen bütün suçlardan dolayı ayrıca fail olarak cezalandırılır. Söz konusu hüküm, örgüt üyelerinin işlediği amaç suçlardan diğer örgüt üyelerinin özellikle de örgüt yöneticilerinin sorumlu olup olmayacakları konusundaki doktrin tartışmalarına özel bir hükümle çözüm getirmiş bulunmaktadır. Bu hükmün değerlendirilmesine geçmeden önce doktrindeki bu tartışmadan söz etmek gerekir.

Bir görüşe göre çok failli suça iştirak eden kimselerin, faillerden biri veya bir kaç tarafından amaç suç işlendiği takdirde, iştirak kurallarına göre amaç suçtan sorumlu tutulmak gerekir. Örneğin, belirli suçları işlemek için silahlı çete teşkili suçunda hem bu suçun failleri hem de diğer şerikler, icrasına başlanılan amaç suçtan sorumlu olacaklardır<sup>81</sup>.

Bir başka görüşe göre, örgütte nitelikli görevde bulunan kişiler, basit örgüt üyelerinden farklı olarak örgüt içinde gerçekleştirdiği görevin önemi nedeniyle amaç suçların işlenmesi açısından nedensel değer taşıyan bir katkı ve

---

<sup>81</sup> İçel Kayıhan, Suçların İçtimaı, İÜ Yayını, İstanbul, 1971, 228.



ya en azından işlenen suça manevi iştirak şeklinde bir katkı sağladığı için ve bunun da ispatı zor olduğu için sorumlu tutulmalıdırlar<sup>82</sup>.

Katıldığımız görüşe göre ise, örgüt üyeleri tarafından amaç suçların işlenmesi halinde sadece iştirak iradesi çerçevesinde maddi veya manevi olarak suçun işlenmesine nedensel değer taşıyan bir katkısı olan kişilerin iştirak hükümlerine göre sorumlulukları kabul edilebilir. Örgüt üyesi, sırf örgüte üye olması nedeniyle başkaları tarafından işlenen amaç suçlardan sorumlu tutulmamalıdır. Örgüt üyesi olmak, amaç suçlara iştiraktan sorumlu tutulmak için yeterli kabul edilmemek gerekir. Sorumluluk için iştirak iradesiyle suç işlenmesine nedensel değer taşıyan bir katkının sağlanmış olması mutlaka aranmalıdır. Ceza sorumluluğunun şahsiliği prensibi ve suça iştirak kuralları da bunu gerektirmektedir.

Sonuç olarak, örgüt üyelerinin ya da örgüt yöneticilerinin amaç suça iştirak hükümleri uyarınca sorumlu tutulabilmeleri için iştirak iradesiyle hareket etmeleri ve netice açısından nedensel değer taşıyan maddi veya manevi bir katkının sağlanmış olması gerekir. Genel iştirak, genel azmettirme gibi kavramlar ceza hukukunun genel ilkelerine ve sorumluluğun doğasına aykırıdırlar<sup>83</sup>.

Bu perspektiften baktığımızda, kanunumuzdaki düzenlemenin, ceza sorumluluğunun şahsiliği prensibi ve suça iştirak kurallarına aykırı olduğunu düşünmekteyiz. Örgüt yöneticisi olmak, örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen bütün suçlardan dolayı sorumlu kabul edilmek için yeterli olmamalıdır. Örgüt yöneticisinin işlenen amaç suç açısından sorumlu tutulması gerektiğini düşünenler, bunu genelde, iştirak iradesi ve katkısının ispatının zorluğuna dayandırmaktadırlar. Ancak bu sorunu, sırf ispat zorluğu nedeniyle ceza hukukunun genel ilkelerine aykırı biçimde çözmek gerekir.

Nitekim İtalyan Yargıtay'ının verdiği kararlara göre, söz konusu amaç suçlardan diğer örgüt üyelerinin sorumluluğunun kabul edilmesi için ceza sorumluluğunun temel prensiplerine uygun olarak, amaç suçların işlenmesine somut olarak maddi veya manevi bir katkı sağlamış olmaları gerekir<sup>84</sup>. İtalyan Yargıtay, yönetici olma ile amaç suçlara manevi iştirak nedeniyle so-

<sup>82</sup> Bu konudaki görüşler için bkz. **Spagnolo** Giuseppe, "Il problema dei limiti della responsabilita degli associati per i delitti -scopo commessi da altri associati", RIDPP, 1987, 161.

<sup>83</sup> **Özek** Çetin, "Silahlı Çete-Amaç Suç İlişkisinde İştirak Sorunları", AÜSBFD, C. 49, No: 3-4, Haziran-Aralık 1994 (Prof. Dr. Yılmaz Günel'a Armağan), 358; **Özek** Siyasi İktidar Düzeni, 344 vd; **Evik** Vesile Sonay, Çıkar Amaçlı Örgütlenme Suçu, 320.

<sup>84</sup> Cass. 14.1.1987, Foro Italiano, 1988, II, 451; Cass. 3.11.1993, Ferraro, CP. 1995, 1587; Cass. 1.4.1992, Bruno, CP, 1993, 1987. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Evik** Vesile Sonay, Çıkar Amaçlı Örgütlenme Suçu, 321 vd.



rumluluğun ayrımını yaparak, hiyerarşik açıdan üstte olan yöneticilerin sırf ispat zorluğu nedeniyle diğer örgüt üyelerinin işlediği amaç suçlardan sorumluluğunun kabul edilemeyeceğini, aksi takdirde bir kişinin bulunduğu durum, pozisyon nedeniyle anormal sorumluluk meydana getirilmiş olacağını belirtmektedir<sup>85</sup>.

### 3.-Suçların İçtimalı

Silahlı örgütlenme suçunu seçimlik hareketli bir suç olarak kabul ettiğimiz için normda öngörülen hareketlerden birinin veya birden fazlasının yapılması halinde tek suç olacaktır<sup>86</sup>.

Daha önce belirttiğimiz üzere suçun oluşması için amaç suçların işlenmesine gerek yoktur. Amaç suçların da işlenmesi halinde gerçek birleşme kuraları uyarınca hem örgütlenme suçunun cezası hem de işlenen amaç suçların cezası uygulanır. Nitekim 220. maddenin 4. fıkrası, örgüt faaliyeti çerçevesinde suç işlenmesi halinde ayrıca bu suçlardan dolayı da cezaya hükmolunacağını öngörmüştür.

Silahlı örgütün 314. maddede öngörülen suçlar dışında başka suçları işlemeyi de amaç edinmesi halinde, suç işlemek amacıyla örgütlenme suçu ile silahlı örgütlenme suçuna ilişkin hükümler içtima edilerek birlikte uygulanacak mıdır, yoksa sadece silahlı örgütlenme suçu nedeniyle sorumluluk mu olacağı tartışmalıdır. Bir görüşe göre bu durumda gerçek içtima kuralları uygulanır<sup>87</sup>.

Diğer görüşe göre ise, sadece silahlı örgütlenme suçu nedeniyle sorumluluk olur. Bu ikinci görüş gerek genel norm-özel norm ilişkisi nedeniyle gerek tüketen-tüketilen norm ilişkisi nedeniyle fiilin ihlal ettiği değer tek olması ve daha ağır ceza öngörülen silahlı örgütlenme suçundan dolayı cezalandırılması gerektiğine dayanır<sup>88</sup>.

### X- Yaptırım ve Usul

Örgütlü suçlarda genelde, failerin hareketlerinin biçimine, esasına, failin suçtaki konumuna, verilen zararın önemine göre farklı cezalar öngörülmek-

<sup>85</sup> Cass. S.U. 21.10.1982, Marino, CP. 1983, 1939; Cass. 9.2.1995, Avanzini, Foro Italiano, 1995, II, 689; Cass. 18.02.1998; **Nikolic**, Rivista Penale, 1998, 615.

<sup>86</sup> **İçel Kayıhan-Evik** Ali Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2. Kitap, İstanbul, Beta, 2007, 324.

<sup>87</sup> **Manzini**, IV, 731; **Ronco**, Banda Armata, EGT, IV, 1988, 4.

<sup>88</sup> Cassazione Torino, 28.7.1981, Albesano'dan Palombaroni, CB, art. 306, 682; Palermo-Fabris, "Il delitto di associazione e sue problematiche costituzionali", Giustizia Penale, 1980, II, 369.

tedir. Kanunumuz da bu şekilde, silahlı örgütlenme suçunun faillerinin hareketlerine göre ayrı cezalar öngörmüştür. Örgütü kuran veya yönetenler on yıldan onbeş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılmaktadır. Örgüte üye olanlar ise beş yıldan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılmaktadır.

TCK'nun 314. maddesinin 3. fıkrasında suç işlemek amacıyla örgütlenme suçuna ilişkin diğer hükümlerin silahlı örgütlenme suçu açısından aynen uygulanacağı öngörüldüğü için, bu konuda etkin pişmanlık hükümleri de uygulanacaktır. 221. maddenin 1. fıkrasına göre soruşturma başlamadan veya örgütün amacı doğrultusunda suç işlenmeden önce, örgütü dağıtan veya verdiği bilgilerle dağılmasını sağlayan kurucu veya yöneticiler hakkında cezaya hükmolunmaz. Diğer bir deyişle, örgüt kurucuları veya yöneticilerinin etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanmaları için haklarında henüz soruşturmanın başlamamış olması veya örgütün amacı çerçevesinde herhangi bir suç işlenmemiş olmaları gerekmektedir.

Maddenin 2. fıkrasına göre, örgüt üyesinin örgüt faaliyeti çerçevesinde herhangi bir suçun işlenişine iştirak etmeksizin gönüllü olarak örgütten ayrıldığını ilgili makamlara bildirmesi halinde hakkında cezaya hükmolunmaz. Diğer bir deyişle, örgüt üyelerinin etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanabilmeleri için örgüt faaliyeti çerçevesinde herhangi bir suçun işlenişine iştirak etmemiş olmaları ve örgütten ayrıldıklarını gönüllü olarak ilgili makamlara bildirmiş olmaları gerekmektedir. Başkaları tarafından örgüt faaliyeti çerçevesinde suç işlenmiş olmasının ya da soruşturma başlatılmış olmasının önemi yoktur.

3. fıkraya göre örgütün faaliyeti çerçevesinde herhangi bir suçun işlenişine iştirak etmeden yakalanan örgüt üyesinin pişmanlık duyarak örgütün dağılmasına veya mensuplarının yakalanmasını sağlamaya elverişli bilgi vermesi halinde hakkında cezaya hükmolunmaz. Diğer bir deyişle, yakalanan örgüt üyesinin etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanabilmesi için henüz herhangi bir suçun işlenişine iştirak etmemiş olması ve pişmanlık duyarak örgütün dağılmasına veya üyelerinin yakalanmasını sağlamaya elverişli bilgi vermesi gerekir. Burada verilen bilginin örgütün dağılmasını veya mensuplarının yakalanmasını sağlaması açıkça aranmadığına göre kanaatimizce bunları sağlayacak derecede öneme sahip bir bilgi olması yeterlidir. Bilginin bu nitelikte bir elverişliliğe sahip olup olmadığını somut olaya bakarak hâkim takdir edecektir.

4. fıkraya göre, örgüt kuran, yöneten veya örgüte üye olan ya da üye olmakla birlikte örgüt adına suç işleyen veya bilerek ve isteyerek yardım eden kişinin gönüllü olarak teslim olup, örgütün yapısı ve faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili bilgi vermesi halinde hakkında örgüt kurmak, yönetmek

veya üye olmak suçundan dolayı cezaya hükmolunmaz. Kişinin bu bilgileri yakalandıktan sonra vermesi halinde hakkında bu suçtan dolayı verilecek cezada üçte birden dörtte üçe kadar indirim yapılır. Diğer bir deyişle, gönüllü olarak teslim olan kişinin etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanabilmesi için örgütün yapısı ve faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili bilgi yeterlidir. Bu bilginin örgütün dağılmasını veya mensuplarının yakalanmasını sağlamaya elverişli olması aranmamaktadır. Kişi bu bilgileri yakalandıktan sonra vermişse cezasından sadece belirli oranda indirim yapılmaktadır.

5. Fıkraya göre, etkin pişmanlıktan yararlanan kişiler hakkında bir yıl süreyle denetimli serbestlik tedbirine hükmolunur. Buradaki bir yıllık süre kişinin serbest bırakıldığı andan işlemeye başlar. Denetimli serbestlik tedbiri süresi mahkeme tarafından üç yıla kadar uzatılabilir.

Silahlı örgütlenme suçuna ilişkin davalar CMK'nun 250. maddesinin 1.fıkrasının c bendi uyarınca Adalet Bakanlığı'nın teklifi üzerine Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca yargı çevresi birden çok ili kapsayacak şekilde belirlenecek illerde görevlendirilecek özel yetkili ağır ceza mahkemelerinde görülür. Soruşturma ve kovuşturma aşamalarında CMK'nun 251. ve 252. madde hükümleri uygulanır.

## **Sonuç**

TCK'nun 314. maddesinde öngörülen silahlı örgütlenme suçu, devletin güvenliği, anayasal ve toplumsal düzen açısından ağır zarar tehlikesi meydana getirebileceği için "hazırlık hareketleri cezalandırılmaz" kuralına istisna getirilerek, amaç suçların işlenmesinden bağımsız olarak, özel bir suç tipi şeklinde düzenlenmiştir.

Silahlı örgütlenme suçunun düzenlendiği TCK'nun 314. maddesine göre genel norm niteliğinde olan TCK'nun 220. maddesi hükümleri bu suç açısından da uygulanacaktır. Dolayısıyla bu iki norm arasında özel norm-genel norm ilişkisi bulunmaktadır. Silahlı örgütlenme suçu ile TMK'nun 7. maddesinde düzenlenen terör amaçlı örgütlenme suçu arasında çok büyük benzerlik söz konusudur. Yargıtay CGK'nun silahlı örgütlenmeyi silahlı, terör amaçlı örgütlenmeyi ise silahsız örgütlenme şeklinde ayırdettiği kararlara katılmak mümkün değildir. Kanaatimizce, cebir, şiddet, tehdit yöntemleri kullanarak devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü, Devletin siyasi, hukuki, ekonomik ve sosyal düzenini değiştirmek gibi amaçları olan terör örgütünün silahlı olmamasından bahsedilemez. Nitekim kanun koyucu, 5532 sayılı Kanunla TMK'nun 7. maddesinde değişiklik yaparak, iki suç tipi arasındaki farkı ortadan kaldırmak şeklindeki iradesini ortaya koymuştur.

Silahlı örgütlenme suçunun oluşması için, en az üç kişiden oluşan sürekli, silahlı ve organize bir yapının bulunması gerekir. Ayrıca korunan hukuksal değer olan devletin güvenliği ve anayasal düzeni (bu bağlamda Devletin birliği ve ülke bütünlüğü, temel milli yararlar, devletin askeri gücü, anayasal düzeni, anayasal düzenin işleyişi gibi değerler) açısından zarar tehlikesi yaratmaya uygunluk gerçekleşmelidir. Nitekim TCK'nun 220. maddesi yerinde olarak, örgütün yapısı, sahip bulunduğu üye sayısı ile araç ve gereç bakımından amaç suçları işlemeye elverişliliğini (uygunluğunu) aramıştır.

Dolayısıyla hâkim her somut olayda uygunluğu tespit ederken, örgütün özelliklerini, özellikle organize yapısını, üye sayısını, örgütün hiyerarşi ve işbölümü açısından yapılanmasını, örgütün sürekliliğini, örgütün araç ve gereçler açısından amaç suçları işlemeye uygunluğunu, önce teker teker, sonra bütünüyle değerlendirmelidir.

Suçun eylem unsuru, TCK'nun Millete ve Devlete Karşı Suçlar Kısmının Devletin Güvenliğine Karşı Suçlar ve Anayasal Düzene ve Bu Düzenin İşleyişine Karşı Suçlar Bölümünde yer alan suçları işlemek amacıyla silahlı örgütlenmek, kanunun ifadesiyle örgütü kurmak, yönetmek, üye olmaktır.

TCK'nun 220. maddesinin 6. fıkrasındaki “örgüte üye olmamakla birlikte örgüt adına suç işleyen kişinin ayrıca örgüte üye olmak suçuna göre cezalandırılacağı” hükmüyle, 7. fıkrasındaki “örgüt içindeki hiyerarşik yapıya dâhil olmamakla birlikte örgüte bilerek ve isteyerek yardım eden kişinin örgüt üyesi olarak cezalandırılacağı” hükmü suça iştirakin çok faili suç açısından özel bir düzenlemesi niteliğindedir. Bu hükümler olmasaydı, örgüt üyesi olmayan kişinin örgüt adına suç işlemesi veya örgüte bilerek veya isteyerek yardım etmesi durumunda iştirak iradesiyle hareket edilmesi şartıyla iştiraka ilişkin genel hükümlerin uygulanması söz konusu olacak ve daha az cezayla cezalandırılabilmesi mümkün olacaktı. Örgüt üyesi olmayan kişilerin örgüt üyesi gibi cezalandırılması, hukuk mantığıyla örtüşmemektedir. Korunan hukuksal değer ihlali açısından nedensel değerleri farklı fiiller söz konusu olduğu için yerinde olmamıştır.

Ayrıca örgüt yöneticilerinin, diğer örgüt üyelerinin, örgüt faaliyeti çerçevesinde işlediği bütün suçlardan dolayı fail olarak cezalandırılmaları da yerinde değildir. Örgüt yöneticisi veya üyesi olmak, amaç suçlara iştiraktan sorumlu tutulmak için yeterli kabul edilmemek gerekir. Örgüt yöneticilerinin, diğer örgüt üyelerinin işlediği amaç suçlara iştirak hükümleri uyarınca sorumlu tutulabilmeleri için iştirak iradesiyle hareket etmeleri ve netice açısından nedensel değer taşıyan maddi veya manevi bir katkının sağlanmış olması gerekir. Ceza sorumluluğunun şahsiliği prensibi ve suça iştirak kuraları da bunu gerektirmektedir.

Silahlı örgütlenme özel kastla işlenebilir. Bu suç açısından herhangi bir ağırlatıcı neden veya hafifletici neden öngörülmemiştir. Ancak faillerin icra hareketlerini tamamladıktan sonra neticenin meydana gelmesini önlemesi şeklindeki TCK'nun 221. maddesindeki etkin pişmanlık hallerinin gerçekleşmesi şartıyla cezanın ortadan kalkması veya cezada indirim yapılması söz konusu olacaktır.

Suçun oluşması için amaç suçların işlenmesine gerek yoktur. Amaç suçların da işlenmesi halinde gerçek birleşme kuralları uygulanarak hem örgütlenme suçunun cezası hem de işlenen amaç suçların cezası uygulanır.



# İNSAN HAKLARI AVRUPA SÖZLEŞMESİ'NİN TÜRK CEZA HUKUKU ÜZERİNDEKİ ETKİLERİ\*

*Ar. Gör. Burak ÇELİK\*\**

## Giriş

Türkiye, başta anayasa olmak üzere temel yasal düzenlemelerini hızla gözden geçirdiği ve değiştirdiği bir sürece girmiş bulunmaktadır. “Uyum yasaları” olarak adlandırılan ve bir yasayla birden çok yasayı değiştiren düzenlemeler gündelik yaşamımızın bir parçası durumuna gelmiştir. Bu değişikliklerin Türkiye'nin Avrupa Birliği'ne üyelik süreciyle ilgili olduğu ve mevzuatı AB mevzuatıyla uyumlu hale getirme amacı güttüğü sıklıkla belirtilmektedir. Öte yandan söz konusu değişikliklerle gerçekleştirilenin, öncelikle mevzuatı İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi kararlarıyla uyumlu duruma getirmek olduğu görülmektedir. Bu amaç, söz konusu anayasa ve yasa değişikliklerinin gerekçelerinde de ortaya konmaktadır.

Türkiye, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ni 1954 yılında imzalamış ve onaylamış, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'ne bireysel başvuru hakkını 1987'de, Mahkeme'nin zorunlu yargı yetkisini 1990'dan itibaren tanımıştır. Mahkeme'nin, Türkiye hakkındaki ilk kararı verdiği yıl ise 1995'tir.

İnsan Hakları Avrupa Divanı ve Mahkemesi, Türkiye hakkında, ilk kararı verdiği 23.03.1995 tarihinden 01.05.2005 tarihine değin toplam 769 karar vermiştir. Bu kararlar arasında ihlal saptanan ve ihlal bulunmadığı sonu-

---

\* Bu makale, 2004-2005 akademik yılında Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Doktora Programında, Prof. Dr. Duygun Yarsuvat tarafından yönetilen doktora seminerinde sunulmuş çalışmanın gözden geçirilmiş biçimidir.

\*\* Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi.

cuna varılan kararlar yanında, dostane çözümle sonuçlanan başvurularla düşme ya da kabul edilmezlik kararı verilen başvurular da yer almaktadır.

Mahkeme'nin Türkiye hakkında verdiği kararların yıllara göre dağılımı aşağıdaki çizelgede verilmiştir<sup>1</sup>:

Yıl	Karar Sayısı
1995	3
1996	5
1997	8
1998	18
1999	19
2000	39
2001	228
2002	105
2003	120
2004	173
2005	51
<b>Toplam</b>	<b>769</b>

Bu çizelgeye göre 10 yılın ortalaması 77'dir. Bir başka anlatımla İHAM, Türkiye hakkında yılda ortalama 77 karar vermektedir.

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'ne Türkiye'ye karşı yapılan başvuruların şu konular üzerinde yoğunlaştığı görülmektedir: Mülkiyet hakkı (Ek Protokol 1, m. 1), düşünce ve ifade özgürlüğü (m. 9, 10), dürüst yargılanma hakkı (m. 6), yaşam hakkı (m. 2), işkence ve kötü muamele yasağı (m. 3), toplama ve örgütlenme özgürlüğü (m. 11).

<sup>1</sup> Bu çizelge, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin internet sayfasında yer alan verilerden yararlanarak hazırlanmıştır ([www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int)). Türkiye'nin İHAM önündeki durumunu değişik açılardan ortaya koyan çizelgeler için ayrıca şu çalışmalara bakılabilir: TEZCAN, Durmuş/ERDEM, Mustafa Ruhan/SANCAKDAR, Oğuz, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu*, Seçkin Yay., Ankara, 2004, s. 169 vd. (2000-2002 yılında kimi ülkeler hakkında yapılan ve kayda geçen başvurular, 2003 yılına değin Türkiye hakkında verilen kararlar ve bu kararların maddelere göre dağılımı); ÇAVUŞOĞLU, Naz *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi: Kararların Uygulanması-Türkiye Kararları, 1995-Haziran 2003 Tazminat Tutarları*, Su Yay., İstanbul, 2003, s. 79 vd. (tazminat tutarları).



2003 yılı verilerine göre, 15.08.2003 tarihine değin İHAM tarafından Türkiye'yle ilgili olarak verilen 341 kararın 326'sında, Türkiye'nin İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ni 591 kez ihlal ettiği saptanmıştır. Bu verilere göre, düşünceyi açıklama özgürlüğü (206 ihlal), mülkiyet hakkı (181 ihlal), dürüst yargılanma hakkı (63 ihlal) ve hak arama özgürlüğü (30 ihlal) Türkiye hakkında en fazla ihlal kararının verildiği konulardır.

Aşağıdaki çizelge, İHAM'ın Türkiye'ye ilişkin olarak verdiği ihlal kararlarının maddelere göre dağılımını göstermektedir (Bir başvuruda birden fazla madde hakkında ihlal kararı verilebilmektedir)<sup>2</sup>:

İhlal Edilen Madde	Maddenin Açıklaması	İhlal Sayısı
İHAS m. 2	Yaşam Hakkı	23
İHAS m. 3	İşkence-kötü muamele yasağı	27
İHAS m. 5	Özgürlük ve güvenlik hakkı	29
İHAS m. 6	Dürüst yargılanma hakkı	63
İHAS m. 7	Suç ve cezaların kanuniliği	4
İHAS m. 8	Özel yaşama, aile yaşamına saygı ve konut dokunulmazlığı	9
İHAS m. 9	Düşünce, vicdan ve din özgürlüğü	2
İHAS m. 10	İfade özgürlüğü	206
İHAS m. 11	Toplanma ve örgütlenme özgürlüğü (Parti kapatma)	6
İHAS m. 13	Hak arama özgürlüğü	30
İHAS m. 15	Olağanüstü hallerde askıya alma	1
İHAS m. 18	Hakların kısıtlanmasının sınırları	1
İHAS m. 25 (yeni 34)	Bireysel başvuru hakkının engellenmesi	6
İHAS m. 38	Davanın incelenmesine katkı	1
Ek 1 No'lu Protokol m. 1	Mülkiyet hakkı	181
Ek 1 No'lu Protokol m. 2	Eğitim hakkı	1
Ek 1 No'lu Protokol m. 3	Seçim hakkı	1
<b>Toplam</b>		<b>591</b>

Zorunlu yargı yetkisinin tanınmasından bu yana geçen 15, ilk kararın verilmesinden bu yana geçen 10 yıllık zaman dilimi, Türkiye'nin İHAM önündeki durumu hakkında genel bir değerlendirme yapmaya olanak verir niteliktedir. Bu değerlendirme, bu çalışmanın konusuna uygun olarak, maddi ceza hukukuna ilişkin özgürlükler bakımından (I) ve ceza yargılamasına ilişkin özgürlükler bakımından (II) ayrı ayrı ele alınarak yapılacaktır. Her bölümde öncelikle İHAS'ın ilgili maddeleri ve İHAM'ın söz konusu maddelere ilişkin yaklaşımı incelenecek, ardından da Türkiye'de gerçekleştirilen

<sup>2</sup> TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR, s. 172-173.

anayasal-yasal değişikliklerde İHAS'ın ve İHAM kararlarının izleri sürülecektir<sup>3</sup>.

## I. Maddi ceza hukukuna ilişkin özgürlükler bakımından değerlendirme

### A. Yaşam Hakkı

#### 1. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nde ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Yaşam Hakkı

İnsanın en temel hakkı olan ve diğer tüm hakların kullanılabilmesinin ön koşulu olarak beliren yaşam hakkı, İHAS'ın 2. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre:

“Herkesin yaşam hakkı yasayla korunur. Yasanın ölüm cezası öngördüğü bir suçtan ötürü mahkemece verilen ölüm cezasının infazı dışında kimse kasten öldürülemez.” (m. 2/1).

İHAM, yaşam hakkını “Avrupa Konseyi’ni oluşturan demokratik toplumların temel değerlerinden biri” olarak nitelirmektedir<sup>4</sup>. Öte yandan, yaşam hakkı ile devlete yüklenen yükümlülük, yalnızca “kasten öldürmekten kaçınma” yönünde bir olumsuz (negatif) yükümlülük değil, “yaşamın korunması için gerekli önlemleri alma” yönünde bir olumlu (pozitif) yükümlülüktür<sup>5</sup>. Bu açıdan bakıldığında devlet, yaşamı sona erdirici eylemlerden kaçınmanın yanında, yaşam hakkının etkin kullanımını sağlama amacına yönelik zorunlu önlemleri almakla, daha da somutlaştırarak söylersek, araştırma, soruşturma, kendi dışında

<sup>3</sup> 2001 Anayasa değişiklikleri hakkında toplu bir değerlendirme için bkz. EROĞUL, Cem, “Altıncı Anayasa Değişikliği”, *Mülkiye*, C. XXV, S. 231 (Kasım-Aralık 2001), s. 271-288; 2004 Anayasa değişiklikleri için bkz. GÖNENÇ, Levent “2004 Anayasa Değişiklikleri,” [http://www.yasayananayasa.ankara.edu.tr/makanayor/docs/makale/2004\\_Degisiklikligi.htm](http://www.yasayananayasa.ankara.edu.tr/makanayor/docs/makale/2004_Degisiklikligi.htm) (10.05.2005); 2001 ve 2004 Anayasa değişikliklerini İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’yle Uyum arayışı çerçevesinde inceleyen bir çalışma için YOKUŞ, Sevtap “Türkiye’de Avrupa Birliği’ne Uyum Hedefli Anayasal Değişim’de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin Esas Alınması”, *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 2005/1, s. 159-184; uyum yasaları konusunda toplu bir değerlendirme hakkında bkz. *Uyum Yasaları I-II-II-IV-V, Değerlendirme ve Karşılıklı Metinler*, İzmir Barosu Yay., İzmir, 2003; Yeni Türk Ceza Kanunu Tasarısı hakkında tartışmalar için bkz. *Türk Ceza Kanunu Reformu-Birinci Kitap: Toplumsal Değişim Sürecinde Türk Ceza Kanunu Reformu*, Türkiye Barolar Birliği Yay. Ankara, 2004; *Türk Ceza Kanunu Reformu (II)-İkinci Kitap: Makaleler, Görüşler, Raporlar* [Yayına hazırlayan, Teoman ERGÜL], Türkiye Barolar Birliği Yay. Ankara, 2004.

<sup>4</sup> Mc Cann ve diğerleri / İngiltere (18984/91, 27.09.1995), p.147. Bu çalışmada yer verilen İHAM kararlarına Mahkeme’nin web sayfasından ulaşılabilir ([www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int)).

<sup>5</sup> SUDRE, Frédéric, *Droit européen et international des droits de l’homme*, PUF, Paris, 2003, s. 261.

meydana gelen ölümle sonuçlan eylemlere son verme doğrultusunda ciddi önlemlere başvurmakla da yükümlüdür. Bu noktada devletin “özen yükümlülüğü” ortaya çıkmakta ve ihlallerin önlenmesi konusunda gereken önlemleri almayan devletin “özen eksikliği” nedeniyle sorumluluğu doğmaktadır<sup>6</sup>.

İHAS, m. 2/2'de, yaşam hakkına getirilen ayırıklıklar (istisnalar) düzenlenmiştir. Buna göre:

“Öldürme, aşağıdaki durumlardan birinde güç kullanımının mutlak zorunluluk olarak ortaya çıkması sonucu meydana gelmişse bu maddenin ihlali olarak değerlendirilmez:

- a. herkesin yasadışı şiddete karşı korunmasını sağlamak için
- b. yasaya uygun olarak bir tutuklama yapılmasını sağlamak ya da yasaya uygun olarak tutuklanmış bir kişinin kaçmasını önlemek için
- c. bir ayaklanma ya da isyanı yasaya uygun olarak bastırmak için.”

Maddede belirtilen bu nedenler sınırlayıcı olarak sayılmış olup, bunlar dışında insan yaşamına kasten son verilemez<sup>7</sup>. İHAM, *İngiltere'ye karşı McCann ve diğerleri* kararında m. 2/2'yi yorumlamıştır. 3 IRA üyesinin 1988 yılında Cebelitarık'ta İngiliz komandolar tarafından düzenlenen bir operasyonda öldürülmesiyle ilgili bu davada Mahkeme, m. 2/2'nin kasten adam öldürmeye izin veren bir madde olmayıp, güç kullanımına izin veren bir madde olduğunu ve bu güç kullanımı sırasında istenmeden meydana gelen ölümün ihlal olarak değerlendirilmemesi durumunu düzenlediğini belirtmiştir<sup>8</sup>. İHAM aynı kararda, m. 2/2'de yer verilen “güç kullanımının mutlak olarak zorunlu olması” ifadesini de dar yorumlamak gerektiğini ve bu maddede söz konusu olan “zorunluluk”un, m. 8-11 arasında düzenlenen özgürlüklerin sınırlama nedenleri düzenlenirken kullanılan “demokratik bir toplumda zorunlu” ifadesiyle yer verilen ölçütten daha katı bir ölçütü vurguladığını belirtmiştir<sup>9</sup>. Olayda güç kullanımını bu ölçüt açısından değerlendiren Mahkeme, öldürülen şüpheli kişilerin Cebelitarık'a girmelerine izin verilmiş olması ve bu noktada gereken önlemlerin alınmamış olduğu olgusunu da göz önüne alarak, bu kişilerin öldürülmesine yol açan güç kullanımının mutlak bir zorunluluk olarak değerlendirilemeyeceğini belirtmiş ve m. 2'nin ihlal edildiğine karar vermiştir<sup>10</sup>. İHAM, bu kararda ayrıca, m. 1 uyarınca “devletler(in) yargı yetkisi

6 KARAKAŞ, Işıl “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Yaşam Hakkı: ‘McCann’dan ‘Kaya’ ve Ötesine” *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 2002/1 –Prof. Dr. Kemal Oğuzman’a Armağan, s. 60.

7 TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR, s. 210.

8 Mc Cann ve diğerleri / İngiltere, p. 148.

9 McCann ve diğerleri/İngiltere, p. 149.

10 McCann ve diğerleri/İngiltere, p. 213.

içinde bulunan herkese Sözleşme’de öngörülen hakları tanınması” yükümüne dikkat çekmiş ve bu yükümlülüğün devlet açısından, devlet görevlileri tarafından güç kullanımı sonucu ölümün meydana gelmesi durumunda etkin bir soruşturma yapma ödevini de doğurduğunu belirtmiştir<sup>11</sup>.

İHAM, yaşam hakkı konusunda *McCann ve diğerleri* kararı ile oluşturduğu içtihadı, Türkiye’nin yaşam hakkını ihlal ettiği yönündeki ilk karar olan *Kaya* kararı<sup>12</sup> ile geliştirmiş ve Türkiye hakkında bu konuda verdiği diğer kararlarda da sürdürmüştür. Lise’nin bir köyünde çiftçilik yapmakta olan Abdülmenaf Kaya’nın, askeri bir operasyon sırasında öldürülmesine ilişkin davada Mahkeme, eldeki delillerin, Kaya’nın güvenlik güçlerince kasten öldürüldüğünü her türlü kuşkudan uzak biçimde ortaya koyacak nitelikte olmadığını belirtmiş<sup>13</sup>, ancak devletin olayla ilgili olarak etkin soruşturma yapma yükümlülüğünü yerine getirmediği saptamasını yaparak, 2. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir<sup>14</sup>. Bu kararda İHAM, 2. maddenin, m. 2/2 kapsamında ölümün gerçekleşmesi durumunda, etkili ve kamuya açık bir araştırmayı zorunlu kıldığını belirtmiştir<sup>15</sup>. Mahkeme, Türkiye’nin güneydoğusunda yaşanan kayıpların trajik ve sıklıkla yaşanan durumlar olduğunu saptamakla birlikte, ne silahlı çatışmaların yaygınlığının ne de kurbanların çokluğunun, güvenlik güçlerinin yer aldığı çatışmalarda meydana gelen kayıpların etkili ve bağımsız bir biçimde araştırılmasına engel olabileceğini belirtmiştir<sup>16</sup>. İHAM, Türkiye ile ilgili olarak yaşam hakkının ihlal edildiğini belirlediği diğer kararlarında da benzer saptamalar yapmıştır<sup>17</sup>.

Yaşam hakkıyla ilgili olarak bu çalışmanın konusu bakımından asıl üzerinde durulması gereken nokta, ölüm cezasına ilişkindir. İHAS m. 2’den, ölüm cezasının yaşam hakkının “hukuka uygun ayrıklıklarından (istisnalarından) biri” olduğu sonucu çıkmaktadır<sup>18</sup>. Ancak, ölüm cezası 01.03.1985 tarihinde yürürlüğe giren İHAS’a Ek 6 Numaralı Protokol ile kaldırılmıştır. Buna göre, “Ölüm cezası kaldırılmıştır. Kimse ne bu cezaya çarptırılabilir ne de bu ceza infaz olunabilir.” (Ek Protokol 6, m. 1). Anılan Protokol’ün 2. maddesinde ise devletlerin, yasalarında savaş zamanında ya da yakın savaş tehlikesi

11 *McCann ve diğerleri/İngiltere*, p. 161.

12 *Kaya/Türkiye* (22729/93, 19.02.1998).

13 *Kaya/Türkiye*, p. 78.

14 *Kaya/Türkiye*, p. 86-92.

15 *Kaya/Türkiye*, p. 87.

16 *Kaya/Türkiye*, p. 91.

17 *Örneğin, Tanrıkulu/Türkiye* (23763/94, 08.07.1999); *Oğur/Türkiye* (21594/93, 20.05.1999); *Avşar/Türkiye* (25657/94, 10.07.2001); *Tekdağ/Türkiye* (27699/95, 15.01.2004); *Nuray Şen/Türkiye* (25354/94, 30.03.2004), *Ceyhan Demir ve diğerleri/Türkiye* (34491/97, 13.01.2005); *Adalı/Türkiye* (38187/97, 31.03.2005).

18 TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR, s. 211.

durumunda işlenen suçlar için ölüm cezası öngörebilmelerine olanak tanınmıştır. Bununla birlikte, 01.07.2003 tarihinde yürürlüğe giren İHAS'a Ek 13 Numaralı Protokol ile ölüm cezası "savaş zamanı ya da açık savaş tehlikesi durumu" da dahil olmak üzere her koşulda kaldırılmıştır.

## **2. Türk Hukukunda Yaşam Hakkı Konusunda Yapılan Değişiklikler**

Kişinin en temel hakkı olan yaşam hakkı, 1982 Anayasası'nın "kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı" başlıklı 17. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre:

"Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir." (m. 17/1).

Anılan maddenin 4. fıkrasındaysa yaşam hakkı için öngörülen ayrıklıklar (istisnalar) belirtilmektedir. 1982 Anayasası'nın ilk biçiminde bunlar, ölüm cezaları, meşru müdafaa hali, yakalama ve tutuklama kararlarının yerine getirilmesi, tutuklu ya da hükümlünün kaçmasının önlenmesi, bir ayaklanmanın bastırılması ve sıkıyönetim ya da olağanüstü hallerde yetkili mercinin verdiği emirlerin uygulanması sırasında yasanın izin verdiği zorunlu durumlarda silah kullanımı idi. 17. maddenin bu ilk biçiminin yaşam hakkı ve ayrıklıkları bakımından İHAS m. 2 ile benzer bir yaklaşım içinde olduğu söylenebilir. Bu maddede de yaşam hakkının ayrıklıkları arasında ölüm cezasına yer verilmiştir. Ancak yukarıda da belirtildiği gibi, İHAS'a Ek 6 Numaralı Protokol ile ölüm cezasının öngörülebileceği durumlar yalnızca savaş zamanında ya da yakın savaş tehlikesi durumunda işlenen suçlara indirgenmiş; Ek 13 Numaralı Protokol ile de ölüm cezasının her koşulda kaldırılması öngörülmüştür<sup>19</sup>.

1982 Anayasası'nın ilk biçiminin ölüm cezasını anayasallaştırması karşısında bu cezanın anayasaya aykırılığı ileri sürülememekte; ancak Anayasa'nın ölüm cezasına izin vermekle birlikte onu zorunlu kılmadığı vurgulanarak bu

<sup>19</sup> 6 numaralı protokol, Avrupa Konseyi üyesi 46 devletten yalnızca Rusya tarafından, imzalanmasına karşın onaylanmamıştır. Türkiye söz konusu protokolü 15.01.2003'te imzalamış; onaylanmanın uygun bulunduğuna ilişkin 26.06.2003 tarih ve 4913 sayılı yasanın ve Bakanlar Kurulu'nun 15.08.2003 tarih ve 2003/6069 sayılı onay kararının Resmi Gazete'de yayımlanmasının ardından (yasa, RG 01.07.2003-25155; onay kararnamesi RG 17.09.2003-25232), ilgili belgeler 12.11.2003'te Avrupa Konseyi Genel Sekreterliği'ne sunularak onay süreci tamamlanmıştır. 13 numaralı protokol ise Azerbaycan ve Rusya tarafından imzalanmamış; Ermenistan, İspanya, İtalya, Letonya ve Polonya tarafından da, imzalanmasına karşın onaylanmamıştır. Türkiye, söz konusu protokolü 09.01.2004'te imzalamış; onaylanmanın uygun bulunduğuna ilişkin 06.10.2005 tarih ve 5409 sayılı yasanın ve Bakanlar Kurulu'nun 17.11.2005 tarih ve 2005/9684 sayılı onay kararının Resmi Gazete'de yayımlanmasının ardından (yasa, RG 12.10.2005-25964; onay kararnamesi, RG 13.12.2005-26022), ilgili belgeler 20.02.2006 tarihinde Avrupa Konseyi Genel Sekreterliği'ne sunularak onay süreci tamamlanmıştır.

cezanın yasalardan çıkarılmasının da anayasaya aykırılık yaratmayacağı belirtilmekteydi<sup>20</sup>. Öte yandan Avrupa Konseyi, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ne taraf olmanın yanında, 6 Numaralı Protokol'ün benimsenmesini de örgüte üye olmanın temel koşulu olarak saptamıştı. Bir başka deyişle ölüm cezasının kaldırılması, örgüte üye olabilmenin ön koşullarından biri durumuna gelmişti. Eski üyeler bakımındansa ölüm cezasını kaldırmayan tek devlet olarak Türkiye kalmıştı ve bu durum Avrupa Konseyi'nde "tuhaf bir ikilem yaşanmasına" neden olmuştur<sup>21</sup>.

Bu tuhaf ikilemin aşılması, ölüm cezasının kaldırılması yolunda ilk adım, 03.10.2001 tarih ve 4709 sayılı "Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun"la atılmıştır<sup>22</sup>. Anılan yasanın 15. maddesiyle Anayasa'nın 38. maddesine yeni bir fıkra eklenerek "savaş, çok yakın savaş tehdidi ve terör suçları" dışında ölüm cezası verilemeyeceği kabul edilmiştir (m. 38/7).

Söz konusu değişikliğin gerekçesinde "ölüm cezasının sadece savaş, yakın savaş ve terör suçlarında verilebileceği 6 no'lu protokol hükümleri doğrultusunda bu maddede yer almıştır" denilmekle birlikte, "terör suçları"nın 6 Numaralı Protokol'de yer alan ayrıklıklardan olmadığı ortadadır. Bu durum, hem Türk hukukunda "terör suçları"na verilen geniş anlam açısından<sup>23</sup>, hem "İnsan Hakları Avrupa normuna" aykırı olduğu, hem de iç barışın kurulma sürecini zedeleyici bir nitelik taşıdığı gerekçeleriyle haklı olarak eleştirilmiştir<sup>24</sup>.

"Terör suçları" bakımından 6 Numaralı Protokol ile Türk hukuku arasındaki uyumsuzluk, 03. 08. 2002 tarih ve 4771 sayılı "Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun" ile giderilmeye çalışılmıştır<sup>25</sup>. Bu yasanın 1. maddesiyle ölüm cezası barış zamanı için kaldırılmıştır. Buna göre:

20 TANÖR, Bülent/YÜZBAŞIOĞLU, Necmi, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, Beta Yay., 6. Bası, İstanbul, 2004, s. 149.

21 KARAKAŞ, s. 58, dipnot 2.

22 RG. 17.10.2001- 24556-mükerrer.

23 TANÖR/YÜZBAŞIOĞLU, s. 150.

24 KABOĞLU, İbrahim, Ö., *Özgürlükler Hukuku*, İmge Kitabevi, Yay., 6. Baskı, Ankara, 2002, s. 277. Öte yandan, Türkiye'de 6 Numaralı Protokolün yürürlüğe girmesinin ardından yasa koyucunun "terör suçları" durumunda da ölüm cezası öngörmesinin olanaklı olmadığı ve iç hukukun bir parçası haline gelen bu düzenlemeye koşut olarak, ölüm cezasının yalnızca "savaş ve çok yakın savaş tehdidi" durumlarında ölüm cezasının söz konusu olabileceği belirtilmiştir. Bu konuda bkz. ÖZEN, Muharrem, "İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Bağlamında Yaşama Hakkı ve İşkence Yasağına İlişkin İç Hukuktaki Düzenlemeler ve Uygulamadaki Sorunlar", *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Adli Yargı*, Türkiye Barolar Birliği Yay. Ankara, 2004, s. 123-124.

25 RG. 09.08.2002-24841.

“Savaş ve çok yakın savaş tehdidi hâllerinde işlenmiş suçlar için öngörülen idam cezaları hariç olmak üzere, 1.3.1926 tarihli ve 765 sayılı Türk Ceza Kanunu, 7.1.1932 tarihli ve 1918 sayılı Kaçakçılığın Men ve Takibine Dair Kanun ile 31.8.1956 tarihli ve 6831 sayılı Orman Kanununda yer alan idam cezaları müebbet ağır hapis cezasına dönüştürülmüştür.”

Anayasa m. 38'de ölüm cezasının verilebileceği durumlar arasında “terör suçları”nın da sayılmış olduğu gerekçesiyle, dönemin iktidar ortaklarından MHP, 4771 sayılı yasanın 1. maddesinin Anayasa'ya aykırı olduğu savıyla Anayasa Mahkemesi'ne iptal davası açmıştır. Söz konusu Anayasa maddesinin, yasanın ne zaman ölüm cezası öngörmesi gerektiğini emreden bir düzenleme olmayıp, yalnızca hangi durumlarda ölüm cezasının öngörülebileceğini belirlediği ve bunlar dışındaki durumlarda ölüm cezası öngörülmesini yasakladığı vurgulanarak bu savın yerinde olmadığı belirtilmiştir<sup>26</sup>. Anayasa Mahkemesi de benzer gerekçelerle yasanın Anayasa'ya aykırı olmadığına karar vermiştir<sup>27</sup>.

4771 sayılı yasanın anılan iki durum dışında ölüm cezasını kaldırırken izlediği sayma yöntemi, Anayasa m. 38'de terör suçları için de ölüm cezası öngörülebilmesine olanak tanıyan maddenin varlığını sürdürmesi nedeniyle, mevzuatta terör suçları için ölüm cezası öngören bir düzenlemenin Anayasa'ya aykırılığının ileri sürülemez olması nedeniyle bu düzenlemenin hukuk düzeni içinde yer almaya devam edeceği gerekçesiyle eleştirilmiştir<sup>28</sup>. Nitekim, 17.02.2000 tarihli ve 4533 sayılı Gelibolu Yarımadası Tarihi Milli Parkı Kanunu'nda, terör saiki ile işlenecek suçlara ölüm cezası öngörüldüğünün ayırdına varılınca 15. 07. 2003 ve 4928 sayılı “Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun”un 18. maddesiyle 4771 sayılı yasanın 1. maddesi değiştirilmiş ve Gelibolu Yarımadası Tarihi Milli Parkı Kanunu'nda öngörülen ölüm cezası da ömür boyu hapis cezasına dönüştürülmüştür<sup>29</sup>.

Ölüm cezasının kaldırılması konusunda en büyük ve son adım 07. 05. 2004 ve 5170 sayılı “Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun” ile atılmıştır<sup>30</sup>. Anılan değişiklikte m. 38/7 “ölüm cezası ve genel müsadere cezasının verilemeyeceği” biçiminde düzenlenerek,

<sup>26</sup> FEYZİOĞLU, Metin, “Ölüm Cezası İle İlgili Düşünceler ve Anayasa Değişikliği İle 4771 Sayılı Kanun'un Getirdiği Yeni Düzenlemeler,” [http://www.huhukcu.com/bilimsel/kitaplar/olum\\_cezasi.htm](http://www.huhukcu.com/bilimsel/kitaplar/olum_cezasi.htm) (05.04.2005); KABOĞLU, s. 278; ÖZEN, s. 127; TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR, s. 214.

<sup>27</sup> E. 2002/146, K. 2002/201, K.T. 27.12.2002, RG. 11.12.2003–25282. Anayasa Mahkemesi'ne göre, “toplumsal gereksinimler gözetilerek maddede belirtilen üç halin tümü için ya da yalnız bir veya ikisi için ölüm cezası öngörülebilir veya kaldırılabilir.”

<sup>28</sup> ÖZEN, s. 127.

<sup>29</sup> RG. 19.07.2003-25173.

<sup>30</sup> RG. 22.05.2004-25469.



ölüm cezası savaş ve yakın savaş tehlikesi durumlarında işlenen suçlar da dahil olmak üzere tümüyle kaldırılmış ve Türkiye, İHAS'a Ek 13 Numaralı Protokol'de öngörüldüğü gibi, ölüm cezasını her koşulda kaldıran ülkeler arasındaki yerini almıştır<sup>31</sup>.

## B. İşkence Yasağı

### 1. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nde ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında İşkence Yasağı

İşkence yasağı, İHAS'ın herhangi bir sınırlamaya tabi olmayan sert çekirdekli haklarından olup, md. 3'te düzenlenmiştir. Buna göre:

“Hiç kimse, işkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza ve işlemlere tabi tutulamaz.”

İHAM, *Abdülaziz ve diğerleri / İngiltere* kararında<sup>32</sup> onur kırıcı muamele, insanlık dışı muamele ve işkence kavramlarına değinmiştir. Buna göre, mağdurda, korku, acizlik ve değersizlik duygusu yaratan, onurunu kırıcı ve küçük düşürücü nitelikteki bir ceza ya da muamele onur kırıcı, bedensel ya da ruhsal açıdan şiddetli acı meydana getiren bir ceza ya da muamele insanlık dışıdır. İşkence ise her ikisinin nitelikli ve daha ağır biçimidir.

İHAS m. 3'ün demokratik toplumun en kutsal temel değerlerinden birini koruduğunu belirten Avrupa Mahkemesi, terörizmle ya da suçlulukla savaşımın söz konusu olduğu en güç koşullarda bile sözleşmenin, işkenceyi, insanlık dışı ya da onur kırıcı muameleyi açık bir dille yasakladığını belirtmiştir<sup>34</sup>.

İHAM, *Selçuk ve Asker* kararı ile *Bilgin* kararında başvurucunun konutunun ve eşyasının güvenlik güçlerince yakılmasını insanlık dışı muamele olarak değerlendirmiştir<sup>34</sup>.

Gözaltına alınan kişilerin yakınlarının uzun süre bilgilendirilmemesi sonucu ağır bir zihinsel acı ve korku içinde yaşamaları durumunda da İHAM'a göre m. 3'ün ihlali söz konusudur<sup>35</sup>.

<sup>31</sup> Söz konusu yasanın genel gerekçesinde Türkiye'nin 13 Numaralı Protokol'ü imzaladığı vurgulanmakta, madde gerekçelerinde de henüz onaylanmamış olsa da konuyla ilgili anayasal değişikliklerin onaydan önce gerçekleştirilmesi ereğinin güdüldüğü belirtilmektedir. Öte yandan, Anayasa'nın bu emredici düzenlemesi doğrultusunda, 26.09.2004 tarih ve 5237 sayılı (Yeni) Türk Ceza Kanunu'nda da (RG. 12.10.2004-25611) ölüm cezasına yer verilmemiştir.

<sup>32</sup> *Abdülaziz ve diğerleri/İngiltere* (9214/80, 9473/81, 9474/81, 28.05.1985).

<sup>33</sup> *Veznedaroğlu/Türkiye* (32357/96, 11.04.2000), p. 28.

<sup>34</sup> *Selçuk ve Asker/Türkiye* (23184/94, 23185/94, 24.04.1998); *Bilgin* (23819/94, 16.11.2000).

<sup>35</sup> *Örneğin, Çiçek/Türkiye* (25704/94, 27.02.2001).



Bu madde de, yaşam hakkında olduğu gibi devlete hem işkence ve kötü muamelelerden kaçınma anlamında bir olumsuz yük, hem de üçüncü kişilerin bu yollara başvurmalarını engelleyecek önlemleri alma ve etkili bir kovuşturma yapma yönünde bir olumlu yük yüklemektedir<sup>36</sup>.

İHAM'ın Türkiye hakkında m. 3'ün ihlal edildiğini saptadığı kararlarının bir çoğu, işkence iddiasına ilişkin etkin bir soruşturma yapılmamış olması nedeniyle verilmiştir. Örneğin, *Veznedaroğlu* kararında, başvuruçunun işkence ve kötü muameleyle maruz kaldığı iddiası kanıtlanamamış olmakla birlikte, savcılığın başvuruçunun şikayetini soruşturmaması nedeniyle m. 3'ün ihlal edildiğine karar vermiştir<sup>37</sup>. Benzer biçimde *Sadık Önder* kararında da etkin bir soruşturma yapılmamış olması nedeniyle ihlal kararı verilmiştir<sup>38</sup>.

## **2. Türk Hukukunda İşkence Yasağı Konusunda Yapılan Değişiklikler**

1982 Anayasası'nın 17. maddesinde işkence ile onur kırıcı ceza ve muameleler yasaklanmış (m. 17/3), 15. maddesinde kişinin maddi ve manevi varlığının bütünlüğü, savaş ve olağanüstü hallerde bile dokunulamayacak çekirdek haklar arasında sayılmıştır (m. 15/2). Ayrıca m. 137/2'de, konusu suç oluşturan emirlerin hiçbir biçimde yerine getirilemeyeceği ve bunları yerine getirenlerin sorumluluktan kurtulamayacağı düzenlenmiştir.

İşkence sorunuyla etkin bir savaşım ve sonuçta bunun ortadan kaldırılması ya da en aza indirgenmesi için yalnızca işkence ve onur kırıcı muamelelerin Anayasa'da yasaklanmış olması yeterli değildir. Anayasal düzenlemelerin yaşama geçirilebilmesi için işkence yasağının ihlali durumunda sorumluların kimi yaptırımlara tabi olması gerekir<sup>39</sup>. Bu anlayış doğrultusunda işkence, onur kırıcı muamele ve insanlık dışı muamele eylemlerini cezalandıran düzenleme 01.03.1926 tarih ve 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda yer almıştı. Anılan yasanın 26.08.1999 tarih ve 4499 sayılı yasayla değişik 243'üncü maddesine göre:

“Bir kimseye cürümlerini söyletmek, mağdurun, şahsi davacının, davaya katılan kimsenin ya da bir tanığın olayları bildirmesini engellemek, şikayet ve ihbarda bulunmasını önlemek için yahut şikayet veya ihbarda bulunması veya tanıklık etmesi sebebiyle veya diğer herhangi bir sebeple işkence eden veya zalimane veya gayriinsani veya haysiyet kırıcı muamelelere başvuran

<sup>36</sup> Z ve diğerleri/İngiltere (29392/95, 10.05.2001).

<sup>37</sup> *Veznedaroğlu/Türkiye*, p. 32, 34, 35.

<sup>38</sup> *Sadık Önder/Türkiye* (28520/95, 08.01.2004).

<sup>39</sup> ÖZEN, s. 145.

memur veya diğer kamu görevlilerine sekiz yıla kadar hapis ve sürekli veya geçici olarak kamu hizmetinden mahrumiyet cezası verilir.

Fiil neticesinde ölüm vukua gelirse 452'nci sair hallerde 456'ncı maddeye göre tertip olunacak ceza üçte birden yarıya kadar artırılır.”

765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda ayrıca kötü muamele ile cismen eza verme suçu (m. 245) ile kişilere karşı keyfi ve sert muamele suçuna (m. 228) da yer verilmiş, birinci suçu işleyen kamu görevlileri için üç aydan beş yıla değin hapis ve geçici olarak kamu görevinden mahrumiyet cezası, ikinci suç içerse altı aydan üç yıla değin hapis cezası öngörülmüştü.

Anılan suçlarla daha etkin bir savaşım yürütebilmek amacıyla, 02.01.2003 tarih ve 4778 sayılı “Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun”un 1. maddesiyle 765 Sayılı TCK'nin 243 ve 245. maddelerinde düzenlenen suçlar nedeniyle verilen cezaların para cezasına veya tedbirlerden birine çevrilemeyeceği ya da ertelenemeyeceği düzenlemesi getirilmiştir<sup>40</sup>. Yine aynı yasanın 33. maddesiyle getirilen bir düzenlemeyle de işkence, onur kırıcı ya da insanlık dışı muamelelerin aydınlatılmasında yaşanan sorunlardan biri daha aşılmak istenmiştir. Bu düzenlemeyle, 20.12.1999 ve 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanmaları Hakkında Kanun'un 2. maddesine eklenen fıkra ile, TCK m. 243 ve m. 245 ile CMUK m. 154/4 kapsamına giren kovuşturmalar bakımından söz konusu yasanın hükümlerinin uygulanmayacağı öngörülmüştür. Buna göre, söz konusu suçlarla ilgili başvurularda Cumhuriyet Savcısı, kamu görevlisinin bağlı olduğu amirden izin almaksızın kovuşturmaya başlayabilecektir<sup>41</sup>.

İşkenceyle savaşım amacıyla getirilmiş düzenlemelerden biri de 26.03.2002 tarih ve 4748 sayılı “Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun”un 3. maddesidir<sup>42</sup>. Anılan maddeyle 14. 07. 1965 ve 657 Sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 13. maddesine eklenen fıkraya göre:

“İşkence ya da zalimane, gayri insani veya haysiyet kırıcı muamele suçları nedeniyle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince verilen kararlar sonucunda Devletçe ödenen tazminatlardan dolayı sorumlu personele rücu edilmesi hakkında da yukarıdaki fıkra hükmü uygulanır.”

<sup>40</sup> RG. 11.01.2003-24990.

<sup>41</sup> Söz konusu maddenin gerekçesinde de İHAM'a işkence ile ilgili olarak yapılan başvuruların büyük çoğunluğunda yer alan, işkence yaptığı, onur kırıcı ya da insanlık dışı muamelede bulunduğu ileri sürülen kamu görevlilerinin yönetsel izin süreci nedeniyle yargılanamadıkları savının engellenmesinin amaçlandığı belirtilmektedir.

<sup>42</sup> RG. 09.04.2002-24712.

İHAS m. 3 nedeniyle Türkiye'ye karşı bir ihlal saptamasında bulunulması ve bu ihlal nedeniyle başvurucuya tazminat ödenmesi durumunda, bu tazminat için ihlale neden olan kamu görevlisine rücu edilebilmesini öngören bu düzenleme, ilk bakışta işkence eylemlerinin sorumluları üzerinde caydırıcı olduğu ve işkenceyle kesin olarak savaşıma istencini ortaya koyduğu izlenimi verebilir. Ne var ki anılan düzenleme kimi noktalardan eleştiriye açıktır. Öncelikle, devletin işkenceden sorumlu olan kamu görevlisine rücu edebilmesi, söz konusu kamu görevlisinin belirlenebilmesine bağlıdır. İHAM'ın, eylemden sorumlu olanların belirlenmesine değil, ihlal olup olmadığını saptamaya yönelik bir yargılamaya yaptığı düşünüldüğünde, bu mahkemenin kararlarına bakarak sorumluların saptanamayacağı ortadadır. İç hukukta söz konusu eylemlerin faillerinin belirlenmesinin ve haklarında kesinleşmiş mahkeme kararlarının sınırlı olduğu olgusu da göz önüne alındığında söz konusu sorumluların belirlenmesindeki güçlük daha açık bir biçimde ortaya çıkar<sup>43</sup>. Öte yandan, sorumluların saptanmasının olanaklı olduğu durumlarda bile, söz konusu düzenlemenin uygulama alanının son derece sınırlı olduğunu kabul etmek gerekir. Anılan düzenleme yalnızca İHAS m. 3'e dayanılarak ihlal saptamasında bulunulması durumunu kapsamaktadır. Oysa Türkiye aleyhine m. 3'e dayanılarak açılan davalarda bu maddenin yanında genellikle, konuya ilişkin etkin soruşturma yapılmamış olmasının (m. 13) da gerekçe olarak gösterildiği ve İHAM'ın m.3 yanında m. 13'ün ihlali nedeniyle de tazminat ödenmesine karar verebildiği bilinmektedir. Avrupa Mahkemesi'nin, İHAS m. 3 ile birlikte bir başka maddenin de ihlali saptamasıyla tazminat ödenmesine karar verdiği durumlarda, sorumlu kamu görevlisine tazminat tutarının tümü için mi yoksa bir kısmı için mi dönülebileceği açık değildir. Öte yandan m. 3'ün ihlalinin saptandığı durumlarda da, madde metninin sözüne sıkı sıkıya bağlı olunması durumunda, söz konusu görevliye yalnızca tazminat tutarı için rücu edilebileceği, yargılama giderleri için böyle bir olanağın bulunmadığı görülmektedir. Sonuç olarak, devletin, değişiklikten önce, bu konudaki genel düzenlemeler gereği, sorumlu kamu görevlisine, Sözleşme'nin ihlali niteliğindeki her türlü kusurlu davranış ve yapılan her türlü gider için rücu edebilmesi olanağı varken, değişiklikle bunun, yalnızca m. 3'ün ihlaline yönelik davranışlar ve ödenen tazminata indirgenmiş olması da "bir geriye gidiş" olarak yorumlanabilir<sup>44</sup>.

5237 Sayılı (Yeni) Türk Ceza Kanunu, 94-96. maddeleri arasında, "İşkence ve Eziyet" başlığı altında bu konuyu düzenlemiş ve "işkence", "neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış işkence" ve "eziyet" sınıflandırması altında çeşitli suç tipler-

<sup>43</sup> YALÇIN SANCAR, Türkan, "İşkence Yapan Kamu Personeline Rücu Sorunu," *AÜSBFD*, C. 57, S. 4 (Ekim-Aralık 2002), s. 159-160.

<sup>44</sup> TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR, s. 155.

rine yer vermiştir. Bu kanunda, işkence suçu için üç yıldan on iki yıla değin hapis cezası, neticesi sebebiyle ağırlaşmış işkence suçu için müebbet hapis cezası ve eziyet suçu için iki yıldan beş yıla değin hapis cezası öngörölmüş-tür<sup>45</sup>. Söz konusu düzenlemeler, “faili, mağdurları yönünden tamamen yanlış bir bakış açısı ile kaleme alındıkları”, “işkence tanımının anlaşılabilir bir üslupla ve Türk Dil Bilgisi Kuralları ile bağdaşmaz bir tarzda kaleme alındığı, ayrıca ‘eziyet’ kavramına yer verilmekle bir kavram kargaşası yaratıl-

#### 45 İşkence

**MADDE 94.** - (1) Bir kişiye karşı insan onuruyla bağdaşmayan ve bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesine, aşağılanmasına yol açacak davranışları gerçekleştiren kamu görevlisi hakkında üç yıldan on iki yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

(2) Suçun;

a) Çocuğa, beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye ya da gebe kadına karşı,

b) Avukata veya diğer kamu görevlisine karşı görevi dolayısıyla,

İşlenmesi hâlinde, sekiz yıldan on beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

(3) Fiilin cinsel yönden taciz şeklinde gerçekleşmesi hâlinde, on yıldan on beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

(4) Bu suçun işlenişine iştirak eden diğer kişiler de kamu görevlisi gibi cezalandırılır.

(5) Bu suçun ihmali davranışla işlenmesi hâlinde, verilecek cezada bu nedenle indirim yapılmaz.

#### Neticesi sebebiyle ağırlaşmış işkence

**MADDE 95.** - (1) İşkence fiilleri, mağdurun;

a) Duyularından veya organlarından birinin işlevinin sürekli zayıflamasına,

b) Konuşmasında sürekli zorluğa,

c) Yüzünde sabit ize,

d) Yaşamını tehlikeye sokan bir duruma,

e) Gebe bir kadına karşı işlenip de çocuğunun vaktinden önce doğmasına,

Neden olmuşa, yukarıdaki maddeye göre belirlenen ceza, yarı oranında artırılır.

(2) İşkence fiilleri, mağdurun;

a) İyileşmesi olanağı bulunmayan bir hastalığa veya bitkisel hayata girmesine,

b) Duyularından veya organlarından birinin işlevinin yitirilmesine,

c) Konuşma ya da çocuk yapma yeteneklerinin kaybolmasına,

d) Yüzünün sürekli değişikliğine,

e) Gebe bir kadına karşı işlenip de çocuğunun düşmesine,

Neden olmuşa, yukarıdaki maddeye göre belirlenen ceza, bir kat artırılır.

(3) İşkence fiillerinin vücutta kemik kırılmasına neden olması hâlinde, kırığın hayat fonksiyonlarındaki etkisine göre sekiz yıldan on beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

(4) İşkence sonucunda ölüm meydana gelmişse, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükmolunur.

#### Eziyet

**MADDE 96.** - (1) Bir kimsenin eziyet çekmesine yol açacak davranışları gerçekleştiren kişi hakkında iki yıldan beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

(2) Yukarıdaki fıkra kapsamına giren fiillerin;

a) Çocuğa, beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye ya da gebe kadına karşı,

b) Üstsoy veya altsoya, babalık veya analığa ya da eşe karşı,

İşlenmesi hâlinde, kişi hakkında üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

dığı”, “maddede sözü edilen eziyetten ne anlaşılması gerektiğinin açık olmadığı” gibi gerekçelerle eleştirilmiştir<sup>46</sup>.

### **C. İfade Özgürlüğü**

#### **1. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nde ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü**

“Gerçek bir çoğulcu demokrasinin olmazsa olmaz koşulu”<sup>47</sup> olarak kabul edilen ifade özgürlüğü, kimi zaman başka özgürlüklerin (sözelimi toplanma özgürlüğünün) yaşama geçirilebilmesi için vazgeçilmez bir özgürlük, kimi zaman bireysel bir özgürlük (örneğin inanç özgürlüğüyle ilgili olarak), kimi zaman da kişiye başkalarıyla iletişim kurma olanağı tanıyan toplu bir özgürlük olarak karşımıza çıkar<sup>48</sup>. Bu niteliklerinden ötürü “eksen özelliğe sahip” bir özgürlük olarak tanımlanan<sup>49</sup> ifade özgürlüğü, İHAS'ın 10. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre:

“Herkesin ifade özgürlüğü vardır. Bu özgürlük, düşünce özgürlüğünü ve resmi makamlarca karışılmaksızın ya da ülkesel sınırlara bakılmaksızın, bilgi ya da düşünce alıp verme özgürlüğünü de içerir. Bu madde devletlerin radyo, televizyon ya da sinema kuruluşlarını izin düzenine bağlı tutmalarına engel değildir.” (m. 10/1).

İHAS m. 10/2'de bu özgürlüğün “kullanılmasının görev ve sorumluluk da içerdiği” belirtildikten sonra, sınırlanmasının koşulları belirlenmiştir. Bu özgürlük, demokratik bir toplumun gerektirdiği ölçüde, ulusal güvenlik, ülke bütünlüğü ya da kamu güvenliği, kamu düzeninin sağlanması ve suçun önlenmesi, genel sağlık ya da ahlakın, başkalarının ün ve haklarının korunması, gizli bilgilerin açıklanmasının önlenmesi ya da yargı erkinin otorite ve yansızlığının korunması için, yasayla konulan kural, koşul, kısıtlama ya da cezalara bağlanabilir.

<sup>46</sup> Eleştiriler için bkz. ARTUK, Mehmet Emin/ÇINAR, Ali Rıza, “Yeni Bir Ceza Kanunu Arayışları ve Adalet Alt Komisyonu Tasarısı Üzerine Düşünceler,” *Türk Ceza Kanunu Reformu (II)*, s. 80; “Türk Ceza Kanunu Tasarısı Hakkında Galatasaray Üniversitesi'nin Görüşü,” *Türk Ceza Kanunu Reformu (II)*, s. 307; ÖZTÜRK, Bahri, “Galatasaray Üniversitesi İstanbul Kültür Üniversitesi ve İstanbul Barosu Tarafından Düzenlenen TCK Tasarısı Çalışma Grubu Toplantı Notları,” *Türk Ceza Kanunu Reformu (II)*, s. 324; TEZCAN, Durmuş/ERDEM, Mustafa Ruhan, “Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin TCK Tasarısı Hakkında Raporu,” *Türk Ceza Kanunu Reformu (II)*, s. 350; TOROSLU, Nevzat/ERSOY, Yüksel, “Kanunlaşmaması Gereken Bir Tasarı,” *Türk Ceza Kanunu Reformu (II)*, s. 16.

<sup>47</sup> RENUCCI, Jean François *Droit européen des droits de l'homme*, LGDJ, Paris, 2002, s. 120.

<sup>48</sup> SUDRE, s. 416.

<sup>49</sup> KABOĞLU, s. 335.

İfade özgürlüğünün “demokratik bir toplumun başlıca temel değerlerinden biri” olduğunu vurguladığı *Handyside/İngiltere* kararında İHAM, bu özgürlüğün yalnızca hoş giden ya da zararsız olarak kabul edilen bilgi ya da düşünceler bakımından değil, devleti ya da halkın bir bölümünü incitici, şoke edici ya da rahatsız edici nitelikte olanlar için de geçerli olduğunu belirtmiş ve çoğulculuk, hoşgörü ve açıklık olmaksızın demokratik bir toplumdan söz edilemeyeceğinin altını çizmiştir<sup>50</sup>.

Mahkeme, basın yoluyla siyasal kişilere yönelik açıklamaların cezalandırılması konusu üzerinde durduğu *Lingens/Avusturya* kararında, Lingens’in dönemin federal başbakanını “en aşağılık oportünizm”, “ahlaksızlık” gibi ifadelerle eleştirdiği iki gazete yazısından ötürü, iddialarını kanıtlayamaması nedeniyle mahkum edilmesini değerlendirmiştir. Mahkeme, fiillerle değer yargıları arasında bir ayırım yapmak gerektiğini, birincilerin kanıtlanabilir nitelikte olmalarına karşın, ikincilerin kanıtlarını göstermenin olanaksız olduğunu belirtmiştir. Bu nedenle, Lingens’in ifade özgürlüğünün sınırlanmasını demokratik toplumun gerekleriyle bağdaşır bulmamış, bu sınırlamanın öngörülen amaçla orantılı olmadığını vurgulayarak m. 10’un ihlal edildiğine karar vermiştir<sup>51</sup>.

Siyasal düşünce açıklamalarıyla ilgili bir karar olan *Castells/İspanya* kararında İHAM, hükümete yönelik eleştirilerde sınırın herhangi bir kişiye göre daha geniş olduğunu, demokratik bir dizgede (sistemde), hükümetin eylem ya da işlemlerinin yalnızca yasama ya da yargı erklerinin değil aynı zamanda basının ve kamuoyunun da denetimi altında bulunması gerektiğini belirtmiştir<sup>52</sup>.

İHAM, ifade özgürlüğünün sınırlanabilir olduğunu kabul etmekle birlikte bu sınırlamanın demokratik bir toplumda zorunlu ve öngörülen amaç ile oranlı olması gerektiğini vurgulamakta, bu zorunluluğun da “zorlayıcı toplumsal gereksinim” biçiminde algılanması gerektiğini belirtmektedir. Mahkeme, bu koşulların gerçekleşmediğini saptadığı durumlarda ihlal kararı vermektedir.

Mahkeme, Türkiye’ye karşı ifade özgürlüğü ile ilgili yapılan başvuruların büyük bir çoğunluğunda, 3713 Sayılı Terörle Mücadele Kanunu m. 8 ve 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu m. 312/2’ye dayanarak getirilen sınırlamaları demokratik bir toplumda zorunlu olma ve öngörülen amaçla oranlı olma ölçüt-

<sup>50</sup> *Handyside/İngiltere* (5493/72, 07.12.1976), p. 49.

<sup>51</sup> *Lingens/Avusturya* (9815/82, 08.07.1986), p. 46-47.

<sup>52</sup> *Castells/İspanya* (11798/85, 23.04.1992), p. 46.

leri açısından değerlendirmiş ve ihlal kararı vermiştir. Örneğin, *Polat/Türkiye* kararında, başvurunun yazdığı bir şiir kitabı nedeniyle TMK m. 8 uyarınca mahkum edilmesini inceleyen İHAM, ifade özgürlüğüyle ilgili yukarıda değinilen kararlardaki görüşleri tekrarlamış, verilen mahkumiyet kararının demokratik bir toplumda zorunlu olmadığını ve öngörülen amaçlarla orantılı olmadığını, başvurunun görüşlerini yazınsal (edebi) bir yolla açıklamayı tercih etmiş olması olgusunu da vurgulayarak, belirtmiştir<sup>53</sup>.

Bir sendika başkanının haftalık bir dergide yazdığı, devletin Güneydoğu politikasını eleştiren bir yazı nedeniyle TCK m. 312 uyarınca mahkum edilmesini incelediği *Ceylan* kararında da İHAM, ifade özgürlüğünün demokratik bir toplumun temel değerlerinden biri olduğu, bu özgürlüğün incitici, şoke edici ya da rahatsız edici nitelikte olan düşünceler için de geçerli olduğu yönündeki görüşlerini yinelemiş, verilen mahkumiyet kararının demokratik bir toplumda zorunlu olmadığını ve öngörülen amaçlarla orantılı olmadığını belirterek, İHAS m. 10'un ihlal edildiği saptamasını yapmıştır<sup>54</sup>.

İHAM, ifade özgürlüğünü siyasal kişiler yönünden incelediği *İncal* kararında, HEP il başkanı olan başvurunun, hazırladığı bir bildiri nedeniyle TCK m. 312 uyarınca mahkum edilmesini incelemiştir. İfade özgürlüğünün siyasal partiler ve onların aktif üyeleri için taşıdığı önemi vurgulayan Mahkeme, söz konusu mahkumiyet kararını demokratik bir toplumda zorunluluk ve öngörülen amaçla oranlılık ölçütleri açısından değerlendirdiğinde, Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlal edildiği kararını vermiştir<sup>55</sup>.

İHAM'ın benzer yöndeki kararlarının ardından<sup>56</sup> Türk Hükümeti, *Altan* başvurusunda dostane çözüm yoluna gitmiş ve TCK m. 312 ve TMK m. 8'i değiştirme taahhüdünde bulunmuştur<sup>57</sup>. Buna göre:

“TCK m. 312 ve TMK düzenlemeleri çerçevesinde yapılan kovuşturmalarda ilgili olarak Türkiye hakkında verilen ihlal kararları, Türk hukukunun ve uygulamasının acilen Sözleşme'nin 10. maddesi ile uyumlu duruma getirilmesi gerektiğini açıkça ortaya koymaktadır. Bu olayda başvurana yönelik sınırlama da bunun ek bir örneğini oluşturmaktadır.

<sup>53</sup> Polat/Türkiye (23500/94, 08.07.1999).

<sup>54</sup> Ceylan/Türkiye (23556/94, 08.07.1999).

<sup>55</sup> İncal/Türkiye (22678/93, 09.07.1998).

<sup>56</sup> Örneğin, Gerger/Türkiye (24919/94, 08.07.1999); Sürek 2/Türkiye (24122/94, 08.07.1999) ve Sürek 3/Türkiye (24735/94, 08.07.1999).

<sup>57</sup> Altan/Türkiye (32985/96, 14.05.2001); benzer yönde bir beyan için bkz. Bayrak/Türkiye (27307/95, 03.09.2002).



Bu nedenle Hükümet, 24.03.2001 tarihli Ulusal Program'da belirlendiği üzere, bu alanda gerekli tüm yasal ve uygulamaya ilişkin değişiklikleri yapmayı taahhüt eder.”

## 2. Türk Hukukunda İfade Özgürlüğü Konusunda Yapılan Değişiklikler

Türkiye’de, ifade özgürlüğünün alanını genişletmek amacıyla yapılan değişiklikler konusunda öncelikle 2001 Anayasa değişikliklerine değinmek gerekir.

Anılan değişiklikle, Anayasa’nın Başlangıç’ında yer alan “hiçbir düşünce ve mülahazanın” anayasa koyucununun temel önemde gördüğü kimi temel değerler karşısında koruma göremeyeceğini öngören düzenleme, “hiçbir faaliyetin” anılan korumadan yararlanamayacağı biçiminde değiştirilmiştir<sup>58</sup>.

2001 değişikliklerinde getirilen asıl önemli yeniliklerden biri, diğer hak ve özgürlükler bakımından da geçerli olan, m. 13’deki genel sınırlama nedenlerinin kaldırılarak, “katmerli sınırlama” anlayışından vazgeçilip her hak ve özgürlüğün m. 13’de öngörülen ölçütler çerçevesinde, “yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde öngörülen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla” sınırlanabileceği kuralının getirilmesidir<sup>59</sup>. Bu değişikliğin ardından günümüzde, Anayasa’nın anlatımıyla “düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti”, ancak m. 13’deki sınırlar çerçevesinde ve bu özgürlüğü düzenleyen m. 26’nın 2. fıkrasında öngörülen sınırlama nedenleriyle kısıtlanabilir<sup>60</sup>.

2001 Anayasa değişiklikleriyle doğrudan ifade özgürlüğü ile ilgili olarak yapılan değişikliklerse, “düşüncelerin açıklanması ve yayılmasında kanunla yasaklanmış olan herhangi bir dil(in) kullanılması(yacağı)” öngören m.

<sup>58</sup> EROĞUL, değişikliğin amacının, çok önem verilen kimi değerler karşısında bile düşüncenin değil ancak “faaliyetin” kısıtlanabilmesine olanak tanımak olduğu anlaşılabilirse bile Başlangıç’ın kötü kaleme alınmış olması karşısında bu küçük değişikliğin getirebileceği pek yararı bulunmadığı, Başlangıç tümünden kaldırılamıyorsa bile hiç değilse bir iki sözcükle yetinmek yerine söz konusu fıkranın kaldırılmasının daha yerinde olacağı görüşündedir. (EROĞUL, s. 274).

<sup>59</sup> 1982 Anayasası’nın 2001 değişikliklerine değin öngördüğü sınırlama düzeni ve bunun eleştirisi için bkz. TANÖR, Bülent, *Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu*, BDS, Yay. 3. Baskı, İstanbul, 1994, s. 200-214; günümüzdeki temel hak ve özgürlükler düzeni için TANÖR/YÜZBAŞIOĞLU, s. 118-144.

<sup>60</sup> Bunlar “milli güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyetin temel nitelikleri ve devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünün korunması, suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması, Devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması, başkalarının şöhret veya haklarının, özel ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sırlarının korunması veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi”dir. (m. 26/2).



26/3 ile “kanunla yasaklanmış olan herhangi bir dilde yayım yapılamaz(ya-  
ğın)” öngören m. 28/2'nin kaldırılmasıdır<sup>61</sup>.

Türk hukuk düzeninde, 765 sayılı TCK m. 159 ve m. 312 ile 12. 04. 1991 ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu m. 7 ve m. 8'in ve bunların aşırı ölçüde dar yorumlanarak uygulanmasının, ifade özgürlüğünü kısıtlayan başlıca olgular olduğu belirtilmiş ve bu düzenlemeler çeşitli açılardan eleştirilmiştir<sup>62</sup>.

TCK m. 159 ve m. 312, 06.02.2002 tarih ve 4744 sayılı “Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”da<sup>63</sup> ele alınmıştır. TCK m. 159'un birinci fıkrasında düzenlenen, “Türklüğü, Cumhuriyeti, Büyük Millet Meclisini, Hükümetin manevi şahsiyetini, Bakanlıkları, Devletin askeri veya emniyet muhafaza kuvvetlerini veya Adliyenin manevi şahsiyetini alenen tahkir veya tezyif etmek” eylemi için öngörülen ceza “bir seneden altı seneye kadar ağır hapis”ken 4744 sayılı yasanın 1. maddesiyle “bir seneden üç seneye kadar hapis” olarak belirlenmiştir. Cezanın gerek miktarında gerekse türünde fail lehine önemli değişiklikler yapan bu düzenlemenin, İtalyan Ceza Yasası'ndaki karşılığı olan 290. maddesiyle de uyumlu olduğu belirtilmektedir<sup>64</sup>. Aynı maddenin 3. fıkrasında cezalandırılan “Türkiye Cumhuriyeti Kanunlarına veya Büyük Millet Meclisi kararlarına alenen sövmek” eyleminin cezası ise, “15 günden 6 aya kadar hapis ve 100 liradan 500 liraya kadar ağır para cezası” iken 4744 sayılı yasa ile hapis cezası aynen korunmakla birlikte para cezası kaldırılmıştır. TCK m. 159, 03.08.2002 tarih ve 4771 sayılı yasa da yeniden ele alınmış ve anılan yasanın 2/A maddesiyle “Birinci fıkrada sayılan organları veya kurumları tahkir ve tezyif kastı bulunmaksızın, sadece eleştirmek maksadıyla yapılan yazılı, sözlü veya görüntülü düşünce açıklamaları cezayı gerektirmez.” düzenlemesi getirilmiştir. Son olarak, 30.07.2003 tarih ve 4963 sayılı “Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun”un 1. maddesiyle TCK m. 159/1'de öngörülen cezanın alt sınırı

<sup>61</sup> EROĞUL, bu değişiklikleri “anayasanın iki büyük ayıbının silinmesi” biçiminde yorumlamaktadır. (ERĞUL, s. 277).

<sup>62</sup> Bu eleştirilere kimi örnekler için bkz. BATUM, Süheyl/KALAYCIOĞLU, Ersin, “Türkiye’de Demokratikleşme Perspektifleri” ve “AB Kopenhag Siyasi Kriterleri” –Görüşler ve Öncelikler, No: 2-Düşünce Özgürlüğü, TÜSİAD Yay., İstanbul, 2001, s. 34-37, 41-42; HAFIZOĞULLARI, Zeki, *Laiklik, İnanç, Düşünce ve İfade Hürriyeti*, Us-A Yay., Ankara, s. 172-179; ÖZEK, Çetin, “Devletin Korunması”, ‘Terörle Mücadele Yasası’ ve Bilgilenme Hakkı’ “*Değişen Dünyada İnsan, Hukuk ve Devlet (Edip F. Çelik’e Armağan)*”, Engin Yay., İstanbul, 1995, s. 233-263; TANÖR, Bülent, *Türkiye’de Demokratikleşme Perspektifleri*, TÜSİAD Yay., İstanbul, 1997, s. 120-124; TANÖR, Bülent, *Demokratik Standartların Yükseltilmesi*, TÜSİAD Yay., 1999, s. 129-131.

<sup>63</sup> RG. 19.02.2002- 24676.

<sup>64</sup> YALÇIN SANCAR, Türkan, “Türk Ceza Kanunu’nun 159. ve 312. Maddelerinde Yapılan Değişikliklerin Anlamı,” *AÜHFĐ*, C. 52, S. 1, 2003, s. 90.

rı “bir seneden” “altı aya” indirilmiş ve 4771 sayılı yasayla yalnızca m. 159/1 için getirilen düzenleme maddede cezalandırılan diğer eylemler için de genelleştirilerek, bu maddeye “Tahkir, tezyif ve sövme kastı bulunmaksızın, sadece eleştirmek maksadıyla yapılan düşünce açıklamaları cezayı gerektirmez.” biçiminde bir fıkra eklenmiştir<sup>65</sup>. Benzer bir yaklaşıma, 5237 sayılı (Yeni) Türk Ceza Kanunu’nda da rastlanmaktadır. Anılan yasanın 301/4. maddesine göre “Eleştiri amacıyla yapılan düşünce açıklamaları suç oluşturmaz.”

TCK m. 312 de 4744 sayılı yasayla yeniden ele alınmış ve bu madde anılan yasanın 2. maddesiyle değiştirilmiştir. Buna göre:

“Sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge farklılığına dayanarak, halkı birbirine karşı kamu düzeni için tehlikeli olabilecek bir şekilde düşmanlığa veya kin beslemeye alenen tahrik eden kimseye bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası verilir.”

Bu değişiklikten önce, suçun basit biçimi “halkı; sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge farklılığı gözeterek açıkça tahrik etmek”, ağırlaştırılmış biçimi bunun “umumun emniyeti için tehlikeli olabilecek bir şekilde yapılması” iken, değişiklikten sonra tahrikin “kamu düzeni için tehlikeli olabilecek bir şekilde” yapılmış olması suçun basitleştirilmiş biçimine dahil edilmiştir. Bunun anlamı, artık “kamu düzeni için tehlikeli olabilecek bir şekilde” yapılmış olmayan tahriklerin suç oluşturmayacağıdır<sup>66</sup>.

765 sayılı TCK m. 312’de düzenlenen suçun benzerine 5237 sayılı (Yeni) TCK’da da rastlanmaktadır. Anılan yasanın 216/1. maddesine göre:

“Halkın sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge bakımından farklı özelliklere sahip bir kesimini, diğer bir kesimi aleyhine kin ve düşmanlığa alenen tahrik eden kimse, bu nedenle kamu güvenliği açısından açık ve yakın bir tehlikenin ortaya çıkması halinde, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”

4744 sayılı yasayla değiştirilen yasal düzenlemelerden biri de Terörle Mücadele Kanunu’dur. Anılan yasanın 7. maddesinde yapılan değişiklikle, deği-

<sup>65</sup> TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR (s. 472) bu değişiklik ile ilgili olarak, değişiklikten önce de eleştiri amacına dayanan düşünce açıklamalarının bir hukuka uygunluk nedeni olduğunun zaten kabul edildiği, bu düzenlemenin yalnızca yazılı olmayan bir hukuka uygunluk nedenini yazılı duruma getirdiği ve bu fıkranın uygulamayı yönlendirici gücünün çok fazla olmasının beklenmemesi gerektiği yorumunu yapmaktadırlar.

<sup>66</sup> YALÇIN SANCAR, s. 97.

şiklik öncesinde “örgütle ilgili propaganda yapanlar”ın eylemleri cezalandırılırken, 4744 sayılı yasanın 3. maddesiyle cezalandırılan eylem, “terör yöntemlerine başvurmaya özendirilecek şekilde örgütle ilgili propaganda yapmak” olarak tanımlanmıştır. Yine 4744 sayılı yasanın 4. maddesiyle Terörle Mücadele Kanunu'nun 8. maddesi değiştirilerek, “Türkiye Cumhuriyeti Devletinin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmak amacıyla yazılı, sözlü veya görüntülü propaganda ile toplantı, gösteri ve yürüyüş yapanlar”ın cezalandırılacağı öngörülmüş, böylece söz konusu propaganda eyleminin suç oluşturabilmesi için özel kastın varlığı aranmıştır. Son olarak, 15.07.2003 ve 4928 sayılı yasayla Terörle Mücadele Kanunu'nun 8. maddesi yürürlükten kaldırılmıştır. Öte yandan, TMK'da yapılan bu değişikliklerle genişletilen alanın 5237 sayılı (Yeni) TCK ile yeniden daraltılmakta olduğu da gözlenmektedir. Söz konusu yasanın “Suç işlemek amacıyla örgüt kurma” başlıklı 220. maddesinin 8. fıkrasına göre, “Örgütün veya amacının propagandasını yapan kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Bu suçun basın yoluyla işlenmesi halinde, verilecek ceza yarı oranında artırılır.”

İfade özgürlüğünün alanını genişletmeye yönelik tüm bu değişikliklerin olumlu olduğu kabul edilmekle birlikte, bu değişikliklerin gerçekten söz konusu özgürlüğün sınırlarını genişletip genişletmeyeceği konusunda asıl belirleyici olanın yargısal uygulamalar olacağı da haklı olarak belirtilmiştir<sup>67</sup>.

## **II. Ceza yargılamasına ilişkin özgürlükler bakımından değerlendirme**

### **A. Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği**

#### **1. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nde ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği**

İHAS m. 5'te düzenlen kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı, bireysel özgürlüklerin korunması düzeninde merkezi bir yere sahiptir<sup>68</sup>. Anılan maddede kişi özgürlüğü ve güvenliği kavramları birlikte güvence altına alınmış ise de, izleyen tümce ve fıkralardan, bu maddenin yalnızca yakalama ve tutuklama bakımından geçerli olduğu, yani yalnızca hareket özgürlüğünü güvence altına aldığı sonucu çıkmaktadır. Dolayısıyla güvenlik kavramı, özgürlük kav-

<sup>67</sup> TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR, s. 471-472; YALÇIN SANCAR, s. 96, 99. Öte yandan BATUM, özellikle TCK'da yapılan değişikliklerle söz konusu suçların unsurlarının değiştirilmiş olduğuna vurgu yaparak, bu durum karşısında yargının bu eğilime aykırı bir içtihat oluşturmasının da olanaklı görülmediğini belirtmektedir. BATUM, Süheyl, *Avrupa Birliği Üyeliği'ne Doğru: Türkiye'de Siyasi Reformlar*, TÜSİAD Yay., İstanbul, 2002, s. 13.

<sup>68</sup> SUDRE, s. 288.

ramıyla bağlantılı olarak anlaşılmalıdır. Öte yandan bu güvence mutlak bir hakkı ifade etmekte olup, ister özgür ister özgürlüğü kısıtlanmış olsun herkes bu haktan yararlanabilir<sup>69</sup>.

İHAS m. 5'te, "herkesin özgürlüğe ve kişi güvenliğine hakkı olduğu" belirtildikten sonra, bu özgürlüğün sınırlanabileceği durumlar sayılmıştır:

"a. kişinin yetkili mahkeme tarafından mahkum edilmesi üzerine usulüne uygun olarak hapsedilmesi,

b. bir mahkeme tarafından yasaya uygun olarak verilen bir karara uymaması nedeniyle ya da yasanın koyduğu bir yükümlülüğün yerine getirilmesini sağlamak için gözaltına alınması ya da tutuklanması,

c. suç işlediği yolunda duyulan haklı kuşkular üzerine ya da suç işlenmesini ya da işlendikten sonra kaçmayı engellemek için gerekli olduğu inancını doğuran makul nedenlerin bulunması dolayısıyla, bir kimsenin yetkili mercii önüne çıkarılmak üzere gözaltına alınması ya da tutuklanması,

d. bir küçüğün, gözetim altında eğitilmesi ya da gözaltında tutulması konusunda karar verecek yetkili makam önüne çıkartılması amacıyla, yasaya uygun olarak tutuklanması,

e. bulaşıcı hastalık yayabilecek bir kimsenin, bir akıl hastasının, bir alkoliğin, bir uyuşturucu bağımlısının ya da yersiz yurtsuz kişilerin yasal olarak gözetim altına alınması,

f. bir kimsenin ülkeye izinsiz olarak girmesinin önlenmesi ya da aleyhine sınır dışı etme ya da geri verme işlemine başlanması nedeniyle yasaya uygun olarak gözaltına alınması ya da tutuklanması." (m. 5/1).

İHAS m. 5/2'de "gözaltına alınan ya da tutuklanan herkese, yakalanmasının nedenleri ve kendisine karşı yöneltilen suçlamaların anladığı dilde bildirileceği", m. 5/5'te de bu maddenin hükümlerine aykırı olarak gözaltına alınan ya da tutuklanan herkesin tazminat isteme hakkının bulunduğu belirtilmiştir.

5. maddenin, bu çalışmanın konusu bakımından özellikle üzerinde durulması gereken fıkraları, yakalanan kişinin hemen bir yargıç önüne çıkarılmasını öngören 3. fıkrası ve sanığın yakalama ya da tutuklamanın hukuka uygunluğunun denetimini sağlamak amacıyla yargı yoluna başvurusu hakkı-

<sup>69</sup> TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR, s. 278.

nı düzenleyen 4. fıkrasıdır. İHAS m. 5/3'de geçen "hemen" deyiminin ne kadar bir süreyi ifade ettiği her somut olayın özelliğine göre ayrı ayrı belirlense de İHAM, dört günü aşan gözaltı süresinin m. 5'i ihlal eder nitelikte olduğunu kabul etmektedir<sup>70</sup>. Öte yandan, m. 5/4 gereği tutuklamaya itirazın denetiminde, bu denetimi yapan mahkemenin, dürüst yargılanma hakkını düzenleyen m. 6'nın öngördüğü, yargılamanın yüz yüzeligi, silahların eşitligi, mahkemenin bağımsızlığı ve yansızlığı gibi yargısal güvenceleri de sağlaması gerektiğini vurgulamaktadır<sup>71</sup>.

İHAM'ın Türkiye hakkında, m. 5 ile ilgili olarak verdiği ihlal kararlarının, çoğunlukla m. 5/3'te öngörülen "makul süre içinde yargıç önüne çıkarılma" ilkesine uyulmamasından, bir başka anlatımla gözaltı ya da tutukluluk sürelerinin makul süreyi aşmasından kaynaklandığı görülmektedir.

Mahkeme, HEP milletvekili olan başvuruçuların, anılan partinin kapatılmasının ardından dokunulmazlıklarının kaldırılarak 12-14 gün gözaltında kalmalarını incelediği *Sakık ve diğerleri* davasında, *Brogan ve diğerleri / İngiltere* kararına da gönderme yaparak, m. 5'in Sözleşme düzeneğindeki önemine dikkat çekmiş ve m. 5/3'te öngörülen yargısal denetimin, ihlal olasılığını en aza indirmek ve hukukun üstünlüğünü sağlamak amacını güttüğünü, bunun demokratik bir toplumun temel değerlerinden biri olduğunu belirtmiştir. Sonuç olarak İHAM, olayda gözaltı için en üst sınır olarak gördüğü dört günü aşan sürenin m. 5/3'ü ihlal ettiğine karar vermiştir<sup>72</sup>. Mahkeme benzer yöndeki içtihadını Türkiye hakkında verdiği diğer davalarda da sürdürmüştür<sup>73</sup>.

İHAM, *Mansur; Yağcı ve Sargın* ile *Demirel* davalarında, tutukluluk sürelerinin uzunluğu nedeniyle (*Mansur*, 5 yıl 3 ay; *Yağcı ve Sargın*, 18 ay; *Demirel*, 7 yıl 23 gün) m. 5/3'ün ihlal edildiğine karar vermiştir<sup>74</sup>.

İHAS, m. 5/4'te öngörülen, sanığın, yakalama ya da tutuklamaya itiraz hak-

<sup>70</sup> Brogan ve diğerleri/İngiltere (11209/84, 11234/84, 11266/84, 29.11.1998).

<sup>71</sup> SUDRE, 294-295. İHAM'nin m. 5/4 ile ilgili olarak verdiği kararlardan örnekler için bkz. DUTERTE, Giles, *Extraits clés de Jurisprudence-Cour européenne des Droits de l'Homme*, Editions du Conseil de l'Europe, Strasbourg, 2003, s. 145-161; SUDRE, Frédéric/MARGUENAUD, Jean Pierre/ADRIANTSIMBAZOVINA, Joël/GOUTTENOIRE, Adeline/LEVINET, Michel, *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, PUF, Paris, 2003, s. 147-155.

<sup>72</sup> Sakık ve diğerleri/Türkiye (23878/94, 23879/94, 23880/94, 23881/94, 23882/94, 23883/94, 26.11.1997), p. 43-46.

<sup>73</sup> Örneğin, Demir ve diğerleri/Türkiye (21380/93, 21381/93, 21383/93, 23.09.1998) (16-23 gün); Dikme/Türkiye (20869/92, 11.07.2000) (16 gün); Gündüz ve diğerleri/Türkiye (31249/96, 14.11.2000) (17-37 gün); İğdeli/Türkiye (29296/95, 20.06.2002) (7 gün); Batı ve diğerleri/Türkiye (33097/96, 57834/00, 03.07.2004) (11-13 gün); Süleyman Yıldırım/Türkiye (40518/98, 29.07.2004) (10 gün).

<sup>74</sup> Mansur/Türkiye (16026/90, 08.06.1995); Yağcı ve Sargın/Türkiye (16419/90, 16426/90, 08.06.1995); Demirel/Türkiye (39324/98, 28.01.2003).

kından yararlandırılmaması da Türkiye hakkında ihlal kararları verilmesine neden olmuştur. Örneğin, *Gündoğan* kararında başvuruçunun 9 gün gözaltında kalmasından ötürü m. 5/3'ün ihlal edilmiş olmasının yanında, gözaltının yargıç tarafından makul süre içinde incelenmemiş olması nedeniyle m. 5/4'ün ihlal edildiğine de karar verilmiştir<sup>75</sup>. Benzer biçimde İHAM, *Öcalan* kararında da başvuruçunun, yakalanmasının ardından bu durumun hukuka uygunluğunu inceleyecek bir yargı yerine başvurma olanağından yoksun bulunduğu, yakalanmasından sonraki 10 gün boyunca tecrit koşulları içinde olup avukatlarıyla görüşme olanağına sahip olmadığı yönündeki savlarını yerinde bulmuş ve bu nedenle m. 5/4'ün ihlal edildiğine karar vermiştir<sup>76</sup>.

Öte yandan *Çiçek* kararında, başvuruçunun gözaltına alınan oğullarının durumu hakkında bilgilendirilmediği, oğullarının gözaltına alındığı ve onların durumundan endişe ettiği savıyla yaptığı başvurulara karşın hiçbir şey yapılmadığı saptanmış, başvuruçunun oğullarının m. 5'de öngörülen güvencelerden yoksun bir biçimde gözaltında tutulmasının bu maddenin ihlali anlamına geldiğine karar verilmiştir. İHAM, bir kişiyi yakalayan makamların bu kişinin nerede olduğunu bildirmekle yükümlü olduklarını belirtmiş ve bir kişinin gözaltına alınmadığı savının aksinin kanıtlanmasının da m. 5'in ihlalini oluşturacağını vurgulamıştır<sup>77</sup>.

## 2. Türk Hukukunda Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Konusunda Yapılan Değişiklikler

Kişi özgürlüğü ve güvenliği de 2001 anayasa değişikliklerinde ele alınan ve İHAS ile İHAM içtihadına uygun duruma getirilmesi amaçlanan konulardandır. Anayasanın “kişi güvenliği ve hürriyeti” başlıklı 19. maddesinin 6. fıkrası 4709 sayılı yasayla değiştirilmiş ve bu değişiklikte, yakalanan ya da tutuklanan kişinin tutulma yerine en yakın mahkemeye gönderilmesi için gerekli süre hariç en geç kırk sekiz saat ve toplu olarak işlenen suçlarda en çok dört gün içinde yargıç önüne çıkarılması öngörülmüştür<sup>78</sup>. Yine Anayasa m. 19/7'de de kişinin yakalandığının ya da tutuklandığının yakınlarına derhal bildirileceği düzenlenmiştir. Bu değişiklikte, 4709 sayılı yasadaki önce de var olan bu kuralın korunduğu görülmektedir. Öte yandan, söz konusu değişiklikte bu tür durumlar için öngörülmüş olan “soruşturmaya zarar vermeme” koşulu kaldırılmış ve kurala mutlak bir nitelik kazandırılmıştır<sup>79</sup>.

<sup>75</sup> Gündoğan/Türkiye (31877/96, 10.10.2002).

<sup>76</sup> Öcalan/Türkiye (46221/99, 12.03.2003).

<sup>77</sup> Çiçek/Türkiye (25704/94, 27.02.2001).

<sup>78</sup> 2001 değişikliklerinden önce bu süre toplu olarak işlenen suçlar için en çok on beş gündü.

<sup>79</sup> 1412 sayılı CMUK'de ise yakalanan kişinin yargıç önüne çıkarılması gereken süre en çok yirmi dört saat olarak öngörülmüştü (m. 108).

Anayasa değişikliğine koşut düzenlemelere, 06.02.2002 tarih ve 4744 sayılı yasada da rastlamak olanaklıdır. Bu yasayla CMUK'nin 107. maddesi Anayasa m. 19/7 doğrultusunda değiştirilmiş, yine bu maddede, tutuklunun tutuklamayı bir yakınına ya da belirlediği bir kişiye bizzat bildirmesine de olanak tanınmıştır. Yalnız bu durumda, soruşturmanın amacını tehlikeye düşürmemek koşulu mevcuttur. Yine CMUK. m. 128'de yapılan değişiklik, yakalamadan ya da yakalama süresinin uzatılmasına ilişkin emirden yakalanan kişinin bir yakınının ya da belirlediği bir kişinin, Cumhuriyet savcısının kararıyla gecikmeksizin haberdar edilmesi öngörülmüştür. Öte yandan, yine 4744 sayılı yasayla 16.06.1983 tarih ve 2845 sayılı Devlet Güvenlik Mahkemelerinin Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 16. maddesinde kimi değişiklikler yapılmış ve bu mahkemelerin görev alanına giren suçlara ilişkin gözaltı süresi de Anayasa'yla uyumlu duruma getirilmeye çalışılmıştır. Yine 16. maddede yapılan değişiklik yakalanan ya da tutuklanan kişiler hakkında dört gün olarak belirlenen sürenin olağanüstü hal ilan edilen bölgelerde yargıç kararıyla yedi güne değin uzatılabileceği öngörülmüştür. Bu düzenleme tutuklanan kişiler hakkında yeni bir gözaltı süresi yarattığı, ancak gözaltına alınan kişilerin gözaltı süresinin uzatılabileceği, tutuklanan kişilerinse hemen tutuklu olarak tutukevine gönderilmesi gerektiği belirtilerek haklı olarak eleştirilmiştir<sup>80</sup>.

DGMKYUHK'nun 16. maddesine ilişkin bir değişiklik de 26.03.2002 tarih ve 4748 sayılı yasayla gerçekleştirilmiştir. Anılan yasanın 7. maddesiyle DGMKYUHK m. 16/4 kaldırılmış, böylece DGM'lerin görev alanına giren suçlar bakımından da gözaltına alınan kişi ile müdafinin görüşmesi hukuken olanaklı duruma getirilmiştir.

5271 sayılı (Yeni) Ceza Muhakemesi Kanunu'nda da gözaltı süresi, yakalama anından itibaren yirmi dört saat olarak düzenlenmiş; toplu olarak işlenen suçlarda bu sürenin, her defasında bir günü geçmemek üzere üç gün süreyle uzatılabileceği öngörülmüştür (m. 91). Yine, şüpheli ya da sanık yakalandığında, gözaltına alındığında ya da gözaltı süresi uzatıldığında, Cumhuriyet savcısının emriyle, bir yakınına ya da belirlediği bir kişiye haber vereceği kuralı da anılan yasanın 95. maddesinde yer almıştır.

Öte yandan, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 251/(5) maddesinde, söz konusu yasanın "Özel Yargılama Usulleri" başlıklı beşinci kitabının dör-

---

<sup>80</sup> YARSUVAT, Duygun (*Kişi Hürriyeti*), "Türkiye Cumhuriyeti Anayasasına Göre Kişi Hürriyeti ve Güvenliği, Özel Hayatın Gizliliği, Konut Dokunulmazlığı ve Haberleşme Hürriyeti Üzerine Düşünceler", *TBMM Anayasa Hukuku 1. Uluslararası Sempozyumu-Avrupa Birliği'ne Uyum Sürecinde Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Gerçekleştirilen ve Gerçekleştirilmesi Planlanan Reformlar*, TBMM Başkanlığı Yay., Ankara, 2003, s. 25.



düncü bölümünde, “Bazı Suçlara İlişkin Muhakeme” başlığı altında düzenlenen ve 5237 sayılı (Yeni) TCK’nın “Özel Hükümler” başlıklı ikinci kitabının, “Millete ve Devlete Karşı Suçlar ve Son Hükümler” başlıklı dördüncü kısmında yer alan kimi suçlarla, “örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen uyuşturucu ve uyarıcı madde imal ve ticareti suçu” ve “haksız ekonomik çıkar sağlamak amacıyla kurulmuş bir örgütün faaliyeti çerçevesinde cebir ve tehdit uygulanarak işlenen suçlar”a bakan ve uygulamada “özel görevli ağır ceza mahkemesi” olarak anılan mahkemelerin görev alanına giren suçlarda, gözaltı süresi kırk sekiz saat olarak öngörülmüştür. Yine aynı maddede, toplu olarak işlenen suçlar için CMK m. 91’de dört gün olarak belirlenen sürenin, olağanüstü hal ilan edilen bölgelerde yakalananlar hakkında yedi güne dek uzatılabileceği de hükme bağlanmıştır.

## **B. Dürüst Yargılanma Hakkı**

### **1. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’nde ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Dürüst Yargılanma Hakkı**

İHAS m. 6’da düzenlenen dürüst yargılanma hakkı, özgürlüklerin korunmasının anlamlı olabilmesi için temel bir hak olarak görülmekte, demokrasi ile bu hak arasında sıkı bir bağ olduğu vurgulanmakta ve bu hakkın, “Avrupa kamu düzeninin” temel değerlerinden biri olduğu belirtilmektedir<sup>81</sup>. İHAM, hukukun üstünlüğü ilkesi ile bu hak arasındaki bağı vurgulamakta ve bu hakkın demokratik bir toplumun temel değerlerinden biri olduğuna dikkat çekmektedir<sup>82</sup>.

İHAS m. 6/1’e göre:

“Herkesin, gerek medeni hak ve yükümlülükleri ile ilgili uyuşmazlıklar, gerekse ceza hukuku ile ilgili olarak kendisine karşı yöneltilen her türlü suçlama hakkında karar verecek, yasayla kurulmuş bağımsız ve yansız bir mahkemece, adil ve kamuya açık bir yargılamayla, makul bir süre içinde davasının dinlenmesini isteme hakkı vardır. Yargılama kamuya açık yapılmalıdır; ancak, basının ya da dinleyicilerin duruşmaları izlemesi, demokratik bir toplumda, genel ahlak, kamu düzeni ya da ulusal güvenlik gereği, küçüklerin yararı ya da davaya taraf olanların özel yaşamlarının korunması gerektirdiğinde ya da davanın kamuya açık olarak görülmesinin adaletin gerçekleşmesini zedeleyebileceği koşullarda mahkemenin zorunlu göreceği ölçüde, kısmen ya da tamamen yasaklanabilir.”

<sup>81</sup> RENUCCI, 227-228; SUDRE, s. 299-300.

<sup>82</sup> Golder/İngiltere (4451/70, 21.02.1975), p. 34; Airey/İrlanda (6289/73, 09.10.1979), p. 24.



İHAS m. 6'dan dürüst yargılanma hakkı ile ilgili olarak çıkarılabilecek ilkeler şunlardır<sup>83</sup>:

- Bir yargı yerine başvuru hakkı,
- Davanın adil bir biçimde dinlenmesini isteme hakkı,
- Duruşmanın kamuya açıklığı,
- Makul bir sürede yargılanma hakkı,
- Mahkemenin bağımsızlığı ve yansızlığı,
- Silahların eşitliği,
- Kararların gerekçeli olması,
- Tarafların yargılama dilini anlamaları,
- Duruşmanın yüz yüzeligi,
- Hukuka uygun delillerden yararlanma yükümlülüğü,
- Yargıcın, savunma makamına samimi davranması ve onu hataya düşürmemesi yükümlülüğü.

Bu ilkeler arasında, bu çalışmanın konusu bağlamında özellikle üzerinde durulması gerekenler, mahkemenin bağımsızlığı ve yansızlığı ile silahların eşitliği ve duruşmanın yüz yüzeligidir.

Yargıç bağımsızlığı, yargıcın karar verirken hiçbir baskı ve etki altında kalmadan, özellikle de diğer devlet erkleri ve tarafların etki alanı altına girmeden, hukuka ve vicdanına göre karar vermesini anlatan bir kavramdır<sup>84</sup>. Yargıcın dış etkiler yanında, iç etkilerden de korunması gerekir. Bu korumayı belirten kavram da yansızlıktır. Yansızlık, yargıcın davanın taraflarına karşı ya da onlar yanında herhangi bir duyguya ya da taraflarla herhangi bir çıkar ilişkisine sahip olmamasını anlatır<sup>85</sup>.

Türkiye'de yargı bağımsızlığı, tüm yargı düzenini ilgilendirdiğinden Anayasa'da tüm yargı yerleri için genel olarak düzenlenmiş (m. 9 ve m. 138), Anayasa'da yargının yansızlığına doğrudan yer verilmeyip bu konu her yargı yeri ile

<sup>83</sup> İHAM'ın bu ilkelerle ilgili çeşitli kararları konusunda bkz. DUTERTE, s. 164-207; SUDRE/MARGUENAUD/ADRIANTSIMBAZOVINA/GOUTTENOIRE/LEVINET, s. 206-260; İHAS m. 6 ile ilgili özgül bir inceleme için bkz. İNCEOĞLU, Sibel, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı*, Beta Yay., 2. Bası, İstanbul, 2005.

<sup>84</sup> CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Beta Yay., İstanbul, 2003, s. 125; KUNTER, Nurullah/YENİSEY, Feridun, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku-I. Kitap*, Beta Yay., 12. Bası, İstanbul, 2002, s. 284-291; TANÖR/YÜZBAŞI-OĞLU, s. 428-430; YURTCAN, Erdener, *Ceza Yargılaması Hukuku*, Kazancı Yay., 10. Bası, İstanbul, 2004, s. 140-148.

<sup>85</sup> CENTEL/ZAFER, s. 125; KUNTER/YENİSEY, s. 291-301; YURTCAN, s. 149-161.

ilgili yasada (Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu vb.) ayrıca düzenlenmiştir. İHAM m. 6'da ise yargının bağımsızlığı ve yansızlığı birlikte ve tek bir kavram olarak güvence altına alınmıştır<sup>86</sup>.

İHAM, mahkemenin bağımsızlığını hem yürütme erkinden hem de taraflardan (bu anlamda siyasal erkten ve baskı gruplarından da) bağımsızlık biçiminde algılamakta ve bir mahkemenin bağımsız olup olmadığı sorusuna yanıt ararken, yargıçların atanma yöntemine, görev sürelerine, yargıçları dış etkilerden koruyacak anayasal ve yasal güvencelerin bulunup bulunmadığına ve mahkemenin bağımsız bir görünüm sergileyip sergilemediğine bakmaktadır<sup>87</sup>. Yansızlık kavramını ise öznel (sübjektif) yansızlık ve nesnel (objektif) yansızlık biçiminde ikiye ayırarak incelemektedir. Öznel yansızlığı, yargıcın kişisel açıdan yansız olması yani taraflarla arasında herhangi bir çıkar ilişkisinin ya da taraflara karşı herhangi bir önyargısının olmaması olarak algılamakta ve bunun tersi kanıtlanıncaya değin var olduğunu kabul etmektedir. Nesnel yansızlığı ise mahkemenin kurumsal ve işlevsel açıdan yansız olması biçiminde algılayan İHAM, burada da mahkemenin sergilediği görünüm ölçütüne yönelmekte ve mahkemenin yansızlığından kuşku duyulmasına yol açacak olguların bulunup bulunmadığını araştırmaktadır<sup>88</sup>.

Silahların eşitliği ilkesi, davanın tüm taraflarına savlarını ileri sürebilme olanağının tanınmasını anlatan bir kavramdır. Bu ilkeye göre, taraflar eşit koşullar altında bulunmalı ve dava hakkında eşit biçimde bilgilendirilmelidirler<sup>89</sup>. İHAM, *Delcourt/Belçika*, kararında silahların eşitliği ilkesinin dürüst yargılanma hakkı bakımından temel bir ilke olduğunu vurgulamış, *Niederöst-Huber/İsviçre* kararında, dürüst yargılanma hakkı kavramının yargıca iletilen her türlü belge ve görüşten haberdar olma ve bunlar hakkında görüş bildirme hakkını içerdiğini belirtmiş, yargılamanın yüz yüzeliliği ilkesinin bu hak bakımından taşıdığı öneme dikkat çekmiştir<sup>90</sup>. Benzer biçimde

<sup>86</sup> TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR, s. 343.

<sup>87</sup> RENUCCI, 259-260; SUDRE, s. 334. Bu konuda İHAM'ın şu kararlarına bakılabilir: *Delcourt/Belçika*, (2689/65, 17.01.1970), p. 31; *Le Compte, Van Leuven ve De Meyere/Belçika* (6878/5, 7238/75, 23.06.1981), p. 55-57; *Sramek/Avusturya* (8790/79, 22.10. 1984); *Campbell ve Fell/İngiltere* (13590/88, 28.06.1984), p. 78.

<sup>878</sup> RENUCCI, 260-270; SUDRE, s. 335-340. Her iki yazar da mahkemenin bağımsız ve tarafsız bir görünüm sergileyip sergilemediği ölçütüne değinirken İHAM'ın *Campbell ve Fell/İngiltere* kararında yer verdiği şu İngiliz atasözünü anımsatmaktadırlar: Adalet yalnızca gerçekleştirilmemeli; aynı zamanda gerçekleştirildiği görülmelidir de (*Justice must not only be done, it must also be seen to be done*). İHAM'ın, mahkemenin yansızlığı konusuna yaklaşımı için şu kararlara bakılabilir: *Hauschildt/Danimarka* (10486/83, 24.05.1989), p. 46; *Carvalho/Portekiz* (15651/89, 22.04.1994), p. 33; *Coeme ve diğerleri/Belçika* (32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96, 33210/96, 22.06.2000), p. 121.

<sup>89</sup> SUDRE, s. 326-334.

<sup>90</sup> *Nideröst-Huber/İsviçre* (18990/91, 18.07.1997), p. 24, 30.

*Borgers/Belçika* kararında da, savcılığın, sanık aleyhine görüş belirttiği bir durumda, sanığın, duruşma sonuçlanmadan önce mahkeme önünde görüşlerini bildirmesinde belli bir yararı olduğunu vurgulamış ve sanığa bu hakkın tanınmamasının m. 6'nın ihlalini oluşturacağını belirtmiştir. *Voisine/Fransa* kararında, tarafların mahkemeye sunulan tüm belgelerden eşit koşullar altında haberdar edilmesi gereğinin önemini vurgulayan İHAM, Fransız Yargıtay'ının Genel Savcı'nın görüşünü yalnızca avukatlara gönderme uygulaması nedeniyle, davasını avukatsız olarak yürüten başvurucunun bu görüşten haberdar olamayıp kendisini savunmadığı yönündeki savını yerinde bulmuş ve m. 6/1'in ihlal edildiğine karar vermiştir<sup>91</sup>.

İHAS m. 6/2 ve 3'te sanığa tanınan güvenceler düzenlenmiştir. İHAS m. 6/2'de suçsuzluk (masumiyet) karinesi öngörülmüş, m. 6/3'te de her sanığın şu haklara sahip olduğu belirtilmiştir:

- Kendisine yöneltilen suçlamanın niteliği ve nedenleri hakkında, en kısa zamanda, anladığı bir dilde ve ayrıntılı olarak bilgilendirilme hakkı,
- Savunmasını hazırlamak için gerekli zamana ve kolaylıklara sahip olma hakkı,
- Kendini bizzat ya da seçeceği bir avukat aracılığıyla savunma hakkı,
- Adli yardımdan yararlanma hakkı,
- İddia tanıklarının sorguya çekmek ya da çektirmek ve savunma tanıklarının da aleyhindeki tanıklarla aynı koşullarda hazır bulunmasını ve isteme hakkı,
- Duruşmada kullanılan dili anlamadığı ya da konuşamadığı takdirde, bir çevirmenin yardımından ücretsiz olarak yararlanma hakkı.

Sanığın savunmasını hazırlamak için yeterli zaman ve kolaylığa sahip olması hakkından gerek kendisinin, gerek kendi tuttuğu ya da adli yardım hizmeti gereği kendisine ücretsiz olarak atanmış bulunan avukatın da yararlandırılması<sup>92</sup>, koşulların zorunlu kılması durumunda duruşmanın ertelenmesi gerektiği belirtilmektedir<sup>93</sup>. Bu süre her somut olayın özelliğine göre belirlenmektedir. İHAM, *Campbell ve Fell/İngiltere* kararında 5 günlük süreyi yeterli bulmuştur<sup>94</sup>. Sanığın bir avukat yardımından yararlanma hakkına yargılama sürecinin her aşamasında sahip olduğu belirtilmektedir<sup>95</sup>.

<sup>91</sup> Voisine/Fransa (27362/95, 08.02.2000), p. 30-34.

<sup>92</sup> SUDRE, s. 352.

<sup>93</sup> TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR, s. 359.

<sup>94</sup> Campbell ve Fell/İngiltere, p. 98.

<sup>95</sup> SUDRE, s. 353.

Bununla birlikte İHAM, *John Murray/İngiltere* kararında, bu konunun her somut olayın özelliğine göre saptanması gerektiğini belirtmiştir<sup>96</sup>. Anılan kararlar, *Magee/İngiltere* ve *Averill/İngiltere* kararlarında Mahkeme, sanığın yakalanmadan sonraki ilk soruşturmadan itibaren avukat yardımından yararlandırılmamasını m. 6'nın ihlali olarak değerlendirirken<sup>97</sup>, *Brennan/İngiltere* kararında sanığın avukatıyla 24 saat sonra görüştürülmesinde söz konusu madde açısından ihlal saptamamıştır<sup>98</sup>.

Sanığın avukat yardımından yararlanabilmesi hakkını "somut ve etken" biçimde kullanabilmesi, avukatıyla herhangi bir müdahale olmaksızın, özellikle de üçüncü bir kişinin denetim ve gözetimi altında bulunmadan görüşebilmesine bağlıdır<sup>99</sup>. İHAM, *S/İsviçre* kararında, bu koşulların sağlanmaması ve avukatın müvekkilinden samimimi bir biçimde talimat almasının engellenmesi durumunda, avukatın işlevinin büyük ölçüde anlamsızlaşacağını belirtmiştir<sup>100</sup>.

İHAM'ın Türkiye ile ilgili olarak m. 6 bağlamında verdiği ihlal kararlarının büyük çoğunluğu, Devlet Güvenlik Mahkemeleri'nin oluşum biçimi ve işleyişi bakımından bağımsız ve yansız bir mahkeme görünümü sergilemediği saptamasına dayanmaktadır. Avrupa Mahkemesi, bu konudaki içtihadının temelini oluşturan *İncal* kararında, bir mahkemenin bağımsız ve yansız olup olmadığı belirlenirken, üyelerinin atanma biçimi, görev süreleri, onları dış etkilerden koruyacak düzeneklerin bulunup bulunmadığı ve mahkemenin bağımsız bir görünüm sergileyip sergilemediğinin araştırılması gerektiği yönündeki görüşünü yinelemiştir. DGM'lerde görev yapan askeri yargıçların konumunu bu ölçütler açısından değerlendirdiğinde, bunların sivil meslektaşlarıyla aynı eğitimi aldıklarını DGM'lerde görev yaptıkları süre boyunca sivil yargıçlarla aynı güvencelerden yararlandıklarını, bu açıdan belli bir güvenceye sahip olduklarını saptamakla birlikte; bu yargıçların DGM'deki görev süreleri boyunca, yürütme erkine bağlı bir kurum olan ordu mensubu olmaya devam ettiklerini, askeri disipline bağlı olduklarını, atanmalarında yönetimin ve ordunun önemli bir işlevi bulunduğunu ve DGM'deki görev sürelerinin, yenilenebilir olmakla birlikte 4 yıl olduğunu belirtmiştir. İHAM'a göre bu özellikler, bu yargıçların bağımsızlığı ve yansızlığı konusunda kuşku uyandıracak niteliktedir. Avrupa Mahkemesi, konuyu mahkemenin sergilediği görünüm açısından da değerlendirmiştir. Demokra-

<sup>96</sup> John Murray/İngiltere (18731/91, 08.02.1996), p. 63.

<sup>97</sup> John Murray/İngiltere, p. 66; Magee/İngiltere (28135/95, 06.06.2000), p. 38-46; Averill/İngiltere (36408/97, 06.06.2000), p. 58-62

<sup>98</sup> Brennan/İngiltere (39846/98, 16.10.2001), p. 45-48.

<sup>99</sup> SUDRE, p. 354.

<sup>100</sup> S/İsviçre (12629/87, 13965/88, 28.11.1991), p. 48. Benzer yönde, Brennan/İngiltere, p. 46-53.

tik bir toplumda, mahkemelerin taraflara güven vermesi gerektiğini vurgulayan İHAM, sanığın, mahkemenin yansız olmadığı yönünde bir kuşkuya kapılması sonucuna yol açacak bir nedenin bulunmasının da bu açıdan, belirleyici bir role sahip olmasa da, dikkate alınması gereken bir olgu olduğunu belirtmiştir. Mahkeme, askeri bir yargıcın varlığının, başvurunun haklı bir kuşkuya kapılmasına yol açacak nitelikte olduğu sonucuna varmış ve tüm bu nedenlerle m. 6/1'in ihlal edildiğine karar vermiştir<sup>101</sup>. Mahkeme *İncal* kararı ile başlattığı içtihadını DGM'lerde yargılamanın söz konusu olduğu diğer başvurularda da sürdürmüştür<sup>102</sup>.

İHAM 4. Dairesi, başvurunun, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nın tebliğnamesinin kendisine iletilmemiş bulunması nedeniyle m. 6'nın ihlal edildiği yolundaki savını incelediği *Göç* kararında, tarafların mahkemeye sunulan tüm belge ve görüşlerden haberdar edilmesi gerektiği yönündeki görüşünü yinelemiş ve Başsavcılığın tebliğnamesi gibi, davanın sonucu üzerinde etkili olabilecek bir belgenin başvurucuya iletilmemesinin ve ilgilinin bu anlamda kendini savunma hakkından yoksun bırakılmasının m. 6'nın ihlalini oluşturacağına karar vermiştir<sup>103</sup>. Karar temyiz üzerine İHAM Büyük Daire önüne gelmiş, Büyük Daire, Hükümet'in, başvurunun Yargıtay kaleminde dosyayı talep edip, istediği belgelerin örneğini alabilme olanağına sahip olduğu yönündeki görüşüne katılmamıştır. Büyük Daire'ye göre, bu, ilgili için yargılamanın karşılıklılığını sağlayacak gerçek bir güvence olarak görülmez; ancak Yargıtay kaleminin ilgiliyi dosyaya yeni bir belge girdiği ve kendisinin de dilerse buna yanıt verebileceği biçiminde bilgilendirmiş olması durumunda yargılamada eşitlik ve adalet sağlanmış olabilir. Sonuç olarak Büyük Daire, 4. Dairenin görüşüne katılarak kararı onamış, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nın tebliğnamesinin taraflara gönderilmemesinin dürüst yargılanma hakkını ihlal ettiğini belirtmiştir<sup>104</sup>.

## **2. Türk Hukukunda Dürüst Yargılanma Hakkı Konusunda Yapılan Değişiklikler**

Dürüst yargılanma hakkı kavramı, 03.10.2001 tarih ve 4709 sayılı yasa ile anayasallaştırılmıştır. Anılan yasayla, Anayasa'nın "Hak arama hürriyeti" başlıklı 36. maddesinde yapılan değişiklikle herkesin hak arama özgürlüğünün yanında "adil yargılanma hakkına" sahip olduğu düzenlenmiştir. Yine 2001 anayasa değişiklikleriyle Anayasa'nın 38. maddesine eklenen bir fik-

<sup>101</sup> *İncal/Türkiye*, p. 65-73.

<sup>102</sup> *Örneğin*, *Gerger/Türkiye* (24919/94, 08.07.1999); *Altay/Türkiye* (22279/93, 21.05.2001); *Öz-yol/Türkiye* 48617/99, 23.10.2003); *Odabaşı/Türkiye* (41618/98, 10.11.2004).

<sup>103</sup> İHAM 4. Daire, *Göç/Türkiye* (36590/97, 09.11.2000), p. 34-36.

<sup>104</sup> İHAM Büyük Daire, 11.07.2002, p. 53-58.

rayla “kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulguların delil olarak kabul edileme(yeceği)” öngörülmüştür (m. 38/7).

Bu ilkesel değişikliklerin yanında, dürüst yargılanma hakkı ile ilgili olarak, İHAM içtihadı doğrultusunda Türk hukuk düzeninde yapılan en önemli değişiklikler DGM'lere ilişkin olanlardır. Bu bağlamda, öncelikle DGM'lerde görev yapan askeri yargıçların bu mahkemelerden çıkartılmasına ilişkin değişikliklere değinmek gerekir. Anılan değişiklikler 18.06.1999 tarih ve 4388 sayılı yasayla<sup>105</sup> anayasa bakımından ve 22.06.1999 tarih ve 4390 sayılı yasayla DGMKYUHK bakımından gerçekleştirilmiştir.

Askeri yargıcın da bu mahkemelerin kuruluş yapısından çıkarılmasının ardından, bu mahkemelerle ağır ceza mahkemelerinin oluşum biçimi bakımından herhangi bir ayırım kalmadığı, ayırımın yalnızca yargılama kuralları bakımından söz konusu olduğu, bununsa yargılama birliği ilkesine aykırı düşüğü belirtilmiştir<sup>106</sup>.

Bu değişiklikler yanında, 4744 ve 4771 sayılı yasalarla DGM'lerde gözaltı süresine ve bu sürede uygulanacak kurallara ilişkin, yukarıda değinilen kimi düzenlemeler getirilmiştir.<sup>107</sup>

Türk Hukuk düzeninde DGM'lerle ilgili olarak yapılan son değişiklik, 07.05.2004 ve 5170 sayılı yasayla gerçekleştirilmiş ve anılan yasanın 9. maddesiyle Anayasa'nın “Devlet Güvenlik Mahkemeleri” başlıklı 143. maddesi yürürlükten kaldırılmıştır<sup>108</sup>.

Dürüst yargılanma hakkıyla ilgili olarak, İHAM kararları doğrultusunda

<sup>105</sup> RG. 18.06.1999- 23786.

<sup>106</sup> YARSUVAT, Duygun, “Devlet Güvenlik Mahkemeleri,” *TBMM Anayasa Hukuku 1. Uluslararası Sempozyumu- Avrupa Birliği'ne Uyum Sürecinde Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Gerçekleştirilen ve Gerçekleştirilmesi Planlanan Reformlar*, TBMM Başkanlığı Yay., Ankara, 2003, s. 232.

<sup>107</sup> Bu değişikliklere karşın, DGM'lerde uygulanan yargılama kurallarının, demokratik bir toplumda var olması gereken ölçüde dürüst yargılanma hakkının gerçekleşmesine engel teşkil ettiği belirtilmiştir (YARSUVAT, s. 233). Söz konusu değişikliklerden önce DGM'lerde uygulanan yargılama yöntemleriyle genel yargılama yöntemi arasındaki ayımlar için bkz. KATOĞLU, Tuğrul, “Devlet Güvenlik Mahkemelerinde Uygulanan Yargılama Usulünün Genel Yargılama Usulünden Farkları,” *AÜSBFD*, c. 49, S. 3-4 (Haziran-Aralık 1994)- Prof. Dr. Yılmaz Günel'a Armağan, s. 255-274.

<sup>108</sup> Bununla birlikte, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda öngörülen ve yukarıda değinilen “özel görevli ağır ceza mahkemeleri” göz önünde bulundurulduğunda, Devlet Güvenlik Mahkemelerinin gerçekten kaldırılmış olup olmadığı sorusu da akla gelmektedir.

yapılan bir başka değişiklik de 02.01.2003 tarih ve 4778 sayılı yasayla gerçekleştirilmiştir. Bu yasanın 2. maddesiyle 1412 sayılı CMUK'nin 316'ncı maddesine eklenen fıkrayla "Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığınca düzenlenen tebliğname(nin) ilgili dairece taraflara tebliğ (edileceği)" öngörülmuş böylece dürüst yargılanma hakkı kavramının içerdiği haklardan biri olan tarafların yargıca iletilen her türlü belge ve görüşten haberdar olma ve bunlar hakkında görüş bildirme hakkını sağlamaya yönelik bir düzenleme getirilmiştir. Benzer bir düzenleme 5271 sayılı CMK m. 297'de yer almıştır. Buna göre, "Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığınca düzenlenen tebliğname, hükmü temyiz etmeleri veya aleyhlerine sonuç doğurabilecek görüş içermesi hâlinde sanık veya müdafii ile katılan veya vekillerine ilgili dairesince tebliğ olunur."

### **C. Özel Yaşamın Gizliliği, Konut Dokunulmazlığı ve Haberleşme Özgürlüğü**

#### **1. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nde ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Özel Yaşamın Gizliliği, Konut Dokunulmazlığı ve Haberleşme Özgürlüğü**

İHAS'ın "özel yaşama ve aile yaşamına saygı hakkı" başlıklı 8. maddesinin 1. fıkrasında, özel yaşamın gizliliği, konut dokunulmazlığı ve haberleşme özgürlüğü düzenlenmiş, 2. fıkrada ise sınırlama nedenleri öngörülmüştür. Buna göre:

"1. Herkes özel yaşamına ve aile yaşamına, konut dokunulmazlığı ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir.

2. Bu hakkın kullanılmasına; demokratik bir toplumda, ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin geçimsel (ekonomik) refahı gereği ve kamu düzeninin korunması ya da suçun önlenmesi, sağlık ya da ahlakın ya da başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli olduğu ölçüde ve yasayla öngörülmüş müdahaleler dışında kamu makamları tarafından karıştırılmaz."

İHAS m. 8 Sözleşme organları tarafından, toplumsal alışkanlıklar ve gereklilikler de dikkate alınarak dinamik bir biçimde yorumlanmıştır<sup>109</sup>. Bu anlamda, profesyonel yaşamın korunmasından çevrenin korunmasına, özel yaşam bağlamında kimlik hakkından cinsel yaşamın gizliliği özgürlüğüne değin pek çok konu bu kapsamda değerlendirilmiştir<sup>110</sup>. Bu dinamik yorum an-

---

<sup>109</sup> SUDRE, s. 369.

<sup>110</sup> RENUCCI, s. 154.



layışına göre, özel yaşamın ve aile yaşamın gizliliği hakkı bir yandan bireyi kamu gücünden gelecek her türlü keyfi müdahaleden koruma amacı güderken, diğer yandan, devleti bu hakları güvence altına alacak önlemlere başvurma anlamında bir olumlu edim yükümü altına da sokar<sup>111</sup>.

Özel yaşam alanı basitçe, kişinin kendine özgü iç alanı olarak tanımlanabilir. İHAM da söz konusu alanı bu biçimde tanımlamış ve bu kavramın, bireyin bedensel ve ruhsal bütünlüğünü ve cinsel yaşamını içerdiğini kabul etmiştir. Daha sonra *Niemietz/Almanya* kararında bu özel yaşam kavramını daha geniş biçimde yorumlayan Mahkeme, m. 8'in öngördüğü korumanın yalnızca bireyin iç alanını kapsamakla kalmayıp, aynı zamanda bireyin hemcinsleriyle ilişki kurma ve geliştirme hakkını da içerdiğini belirtmiştir<sup>112</sup>. Strasbourg Mahkemesi buradan yola çıkarak, bu kavramın mesleki etkinlikleri de kapsadığını ve işyerlerinin de konut dokunulmazlığı kapsamında bulunduğunu vurgulamıştır<sup>113</sup>.

Aramanın konut dokunulmazlığına yönelik bir müdahale olduğunu kabul eden İHAM, bu durumda söz konusu müdahalenin yasayla öngörülüp görülmediği, ulaşılmak istenen amaçla orantılı olup olmadığı ve m. 8/2'de öngörülen koşulların bulunup bulunmadığı ölçütlerine başvurmakta ve bu ölçütlere uyulmamış olması durumunda m. 8'in ihlal edildiğine karar vermektedir<sup>114</sup>. Öte yandan, konuta, buradaki konuşmaları dinleme amacıyla bir düzenek yerleştirilmesinin de m. 8'in ihlalini oluşturacağını kabul etmektedir<sup>115</sup>.

Sözleşme m. 8'in güvence altına aldığı özgürlüklerden haberleşme özgürlüğünün, iletişim özgürlüğüyle benzer yanları bulunmakla birlikte, iletişimin herkese yönelmiş, haberleşmenin ise yalnızca belli bir kişiye yönelik bir eylem olduğu, bu nedenle de İHAM'ın birincisini ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirirken ikincisini özel yaşamın gizliliği kapsamında ele aldığı belirtilmektedir<sup>116</sup>. Haberleşme kavramına her türlü yazılı ve sözlü gönderi girmektedir. Telefon konuşmaları da bu kavramın kapsamı içindedir<sup>117</sup>. İHAM, haberleşme özgürlüğüne yönelik bir ihlal bulunup bulunmadığını inceler-

<sup>111</sup> SUDRE, p. 370-372.

<sup>112</sup> SUDRE, p. 372-373.

<sup>113</sup> *Niemietz/Almanya* (13710/88, 16.12.1992), p. 29-31.

<sup>114</sup> *Örneğin, McLeod/İngiltere* (24755/94, 23.09.1998), p. 36, 57.

<sup>115</sup> *P.G. ve J.H./İngiltere* (44787/98, 25.09.2001), p. 35-38.

<sup>116</sup> SUDRE/MARGUENAUD/ADRIANTSIMBAZOVINA/GOUTTENOIRE/LEVINET, s. 317.

<sup>117</sup> TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR, s. 359.



ken, öncelikle müdahalenin yasayla düzenlenmiş olup olmadığına bakmaktadır. Konuyu bu açıdan denetlerken Mahkeme, yalnızca yasanın varlığının değil, düzenlemenin yeterince açık olmasının da önemli olduğunu vurgulamaktadır<sup>118</sup>. Öte yandan Strasbourg Mahkemesi'ne göre, yasada, haberleşmenin izlenmesi yoluna başvuran makamların denetiminin öngörülmüş olması da gerekir<sup>119</sup>.

İşyerlerini de m. 8 anlamında konut olarak kabul eden İHAM, bu mekanlarda gerçekleştirilen telefon konuşmalarının dinlenmesinin de anılan madde çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiği görüşündedir<sup>120</sup>.

Tutuklu ve hükümlülerin de m. 8'de öngörülen korumadan yararlanmaya hakları olduğunu belirten Mahkeme, *Campbell / İngiltere* kararında, başvurunun, avukatıyla ve Strasbourg organlarıyla haberleşmesine müdahale edilmesinin m. 8'i ihlal ettiğine karar vermiştir<sup>121</sup>. Öte yandan İHAM, m. 8/2'de öngörülen koşulların bulunması durumunda bu özgürlüğün kullanılmasına müdahale edilebileceğini kabul etmektedir<sup>122</sup>.

İHAM, Türkiye hakkında m. 8 ile ilgili olarak verdiği *Selçuk ve Asker* kararında, başvuruçuların evlerinin ve başvuruçulardan Selçuk'un değirmeninin güvenlik güçlerince tahrip edilmesinin ve ilgililerin köyü boşaltmaya zorlanmalarının, özel yaşama, aile yaşamına ve konut dokunulmazlığına saygı hakkını ihlal ettiğini saptamıştır<sup>123</sup>. İHAM, benzer saptamayı köy yakma ve boşaltma ile ilgili diğer davalarda da yapmıştır<sup>124</sup>. Türkiye'nin, köy yakma ve boşaltma dışında, başvuruçuya zorla jinekolojik muayene yaptırılması<sup>125</sup> ve boşanmış eşin çocukla kişisel ilişki kurmasının engellenmesi<sup>126</sup> nedenleriyle de m. 8'i ihlal ettiği saptanmıştır.

<sup>118</sup> Malone/İngiltere (8691/79, 02.08.1984), p. 66; Calogero Diana/İtalya (15211/89, 15.11.1996), p. 32.

<sup>119</sup> Malone/İngiltere, p. 67; Halford/İngiltere (20605/92, 25. 06.1997), p. 56.

<sup>120</sup> Kopp/İsviçre (23224/94, 25.03.1998), p. 50.

<sup>121</sup> Campbell/İngiltere (13590/88, 25.03.1992), p. 33.

<sup>122</sup> Silver ve diğerleri/İngiltere (5947/72, 6205/73, 7052/75, 7061/75, 7107/75, 7113/75, 7136/75, 25.03.1983), p. 84; Campbell/İngiltere, p. 34; Calogero Diana/İtalya, p. 28.

<sup>123</sup> Selçuk ve Asker/Türkiye, p. 86-87.

<sup>124</sup> Örneğin, Bilgin/Türkiye, p. 105-109; Dulaş/Türkiye (25801/94, 30.01.2001), p. 57-61; Yöyler/Türkiye (26973/95, 24.07.2003), p. 77-80.

<sup>125</sup> Y.F./Türkiye (24209/94, 22.07.2003), p. 32-35.

<sup>126</sup> Sophia Gudrun Hansen/Türkiye /36141/97, 23.09.2003), p. 96-109.

## 2. Türk Hukukunda Özel Yaşamın Gizliliği, Konut Dokunulmazlığı ve Haberleşme Özgürlüğü Konularında Yapılan Değişiklikler

2001 anayasa değişiklikleriyle Anayasa'nın özel yaşamın gizliliğini düzenleyen 20., konut dokunulmazlığını düzenleyen 21. ve haberleşme özgürlüğü düzenleyen 22. maddelerinde ortak sınırlama nedenleriyle ortak koruma ve yargı güvenceleri getirilmiş, sınırlamanın m. 13 gereği ancak yasayla, demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülük ilkesine uygun olarak gerçekleştirilebileceği de göz önünde bulundurulduğunda İHAS'ın sınırlama düzeniyle uyum sağlanmıştır<sup>127</sup>. Buna göre, söz konusu hak ve özgürlükler, "usulüne göre verilmiş hakim kararı olmadıkça" sınırlanamayacaktır. Bununla birlikte, gecikmesinde sakınca bulunan durumlarda bu özgürlükler "kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri ile" sınırlanabilecektir. Yani yargıç kararı ya da yetkili merciin yazılı emri bulunmadıkça kimsenin üstü, özel kağıtları ve eşyası aranmayacak ve bunlara el konulamayacak (m. 20/2); kimsenin konutuna girilemeyecek, burada arama yapılamayacak ve buradaki eşyaya el konmayacak (m. 21/2); yine haberleşme engellenemeyecek ve gizliliğine dokunulamayacaktır (m. 22/2). Öte yandan yetkili merciin kararı yirmi dört saat içinde görevli yargıcın onayına sunulacak ve yargıç kırk sekiz saat içinde kararını açıklamazsa, yetkili merciin sınırlama kararı kendiliğinden kalkmış olacaktır.

Anılan anayasa değişiklikleriyle uyum sağlamak amacıyla, 03.08.2002 tarih ve 4771 sayılı yasanın 10. maddesiyle 2559 Sayılı Polis Vazife Salahiyet Kanunu'nun 9. maddesi değiştirilmiş ve Anayasa düzenlemelerine koşut düzenlemeler getirilmiştir.

Bu sınırlamalardan özellikle "yetkili merciin yazılı emri" koşulu, bu koşulun "gecikmesinde sakınca bulunan haller" kavramı ile birlikte ele alınmasının anlaşılabilir olmadığı, bunun uygulamada bir hukuk devletinde asla kabul edilemeyecek sonuçlara yol açacağı, örneğin bir canlı bombanın ya da okul önünde uyuşturucu satan birinin bile üstünde ve eşyasında arama yapılması için yazılı emir alınması gerekeceği gerekçeleriyle eleştirilmiştir<sup>128</sup>. Nitekim yasa koyucu da "tehlike bulunan hallerde uygulanması olası görünmeyen" bu düzenlemeleri yaşama geçirememiş<sup>129</sup> ve Anayasa m. 20-21 ile PVSK m. 9'a aykırı görünen düzenlemeler içeren Adli ve Önleme Aramaları

<sup>127</sup> YARSUVAT (*Kişi Hürriyeti*), s. 28-29.

<sup>128</sup> ÖZTÜRK, Bahri "Avrupa Birliği'ne Uyum Yasalarının Ceza Muhakemesine Etkileri," *Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı*, Galatasaray Üniversitesi Yay., İstanbul, 2004, s. 727; TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR, s. 403.

<sup>129</sup> CENTEL, Nur, "Uyum Yasaları ve Olası Sonuçları", *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2004/1-2*, Prof. Dr. Ayferi Göze'ye Armağan, s. 88.

Yönetmeliği'ni çıkarmıştır<sup>130</sup>. Bu yönetmeliğin 8. maddesinde yargıç kararı bulunmaksızın yapılabilecek adli aramalar gösterilmiş, 13. maddede de yargıç kararı olmadan yapılabilecek önleme aramaları “denetim” başlığı altında düzenlenmiştir.

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda da, aramanın, yargıç kararı üzerine ya da gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının ve Cumhuriyet savcısına ulaşamadığı durumlarda kolluk amirinin yazılı emriyle yapılabileceği düzenlenmiştir (m. 119). Bununla birlikte, konutta, işyerinde ya da kamuya açık olmayan kapalı alanlarda ancak yargıç kararı ya da Cumhuriyet savcısı emriyle arama yapılabilir. Bir başka deyişle, bu yerlerde kolluk amirinin emri üzerine arama yapılması hukuka aykırı olacaktır<sup>131</sup>.

#### **D. İHAM Tarafından, Kesinleşmiş Bir Yargı Kararının Sözleşme'nin İhlalini Oluşturduğunun Saptanması Üzerine Yargılamanın Yenilenmesi**

İHAM kararlarının Türk ceza mevzuatı üzerindeki etkileri bağlamında, kesinleşmiş yargı kararlarını ortadan kaldırmaya yönelik olağanüstü bir yasa yolu olan yargılamanın yenilenmesi kurumunda yapılan değişikliklere de değinmek gerekir.

İHAM tarafından saptanan ihlal kararlarının yargılamanın yenilenmesi nedeni olarak kabul edilmesini sağlamaya yönelik ilk değişiklik, 03.08.2002 tarih ve 4771 sayılı yasayla gerçekleştirilmiştir. Anılan yasanın 7/A maddesiyle 1412 sayılı CMUK'ye 327/a numaralı yeni bir madde eklenmiştir. Buna göre,

“Kesinleşmiş bir ceza hükmünün Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince, İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmenin veya eki protokollerin ihlali suretiyle verildiği saptandığında ihlalin niteliği ve ağırlığı bakımından Sözleşmenin 41'inci maddesine göre hükmedilmiş olan tazminatla giderilemeyecek sonuçlar doğurduğu anlaşılırsa; Adalet Bakanı, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine başvuruda bulunan veya yasal temsilcisi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararının kesinleştiği tarihten itibaren bir yıl içinde Yargıtay Birinci Başkanlığından muhakemenin iadesi isteminde bulunabilirler.

<sup>130</sup> RG. 24.04.2003-25117.

<sup>131</sup> Öte yandan, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun kabulünün ardından çıkarılan Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nde de (RG 01.06.2005-25832) yargıç kararı olmadan yapılabilecek adli aramalar m. 8'de “karar alınmadan yapılacak arama” başlığı altında; önleme aramaları, 25. maddede “hâkimden önleme araması kararı alınması gerekmeyen haller” başlığı altında düzenlenmiştir.

Bu istem, Yargıtay Ceza Genel Kurulunca incelenir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince saptanan ihlâlin sonuçları tazminatla giderilmiş veya istem süresi içinde yapılmamış ise reddine; aksi hâlde, dosyanın davaya bakması için kararı veren mahkemeye gönderilmesine duruşma yapmaksızın kesin olarak karar verir.”

Aynı yasanın geçici 2. maddesinde bu düzenlemenin, yürürlüğe girdiği tarihten sonra İHAM’a yapılan başvurular üzerine verilecek kararlar hakkında uygulanacağı, yürürlük maddesindeyse söz konusu düzenlemenin yayımından bir yıl sonra yürürlüğe gireceği öngörülmüştür. Öte yandan, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi’nin Türkiye’den şu ana değin yapılmış başvurular üzerine saptanan ihlallerin giderilmesini istiyor oluşu karşısında, 4771 sayılı yasa geçici m. 2’nin kaldırılarak yargılamanın yenilenmesi olanağının daha önce İHAM’a yapılmış başvurular bakımından da geçerliliğinin sağlanması gerektiği belirtilmiştir<sup>132</sup>.

4771 sayılı yasa geçici m. 2, 23.01.2003 tarih ve 4793 sayılı yasayla<sup>133</sup> yürürlükten kaldırılmış ve bu yasanın geçici 1. maddesi ile, yargılamanın yenilenmesi yolunun ilgili yasaların yürürlüğe girdiği tarihte kesinleşmiş olan İHAM kararlarıyla bu tarihten sonra yapılacak olan başvurular için geçerli olmasına olanak tanınmış, yasanın yürürlüğe girdiği tarihte İHAM önünde görülmekte bulunan davalar ya da henüz kesinleşmemiş bulunan kararlar hakkında bu yol kapatılmıştır. Öte yandan, 4793 sayılı yasa ile 4771 sayılı yasayla CMUK’ye eklenen m. 327/a kaldırılmış, CMUK m. 326’ya bir fıkra eklenmiştir. Buna göre, “ceza hükmünün, İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmenin veya eki protokollerin ihlâli suretiyle verildiğinin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kesinleşmiş kararıyla tespit edilmiş olması” mahkumun lehine bir yargılamanın yenilenmesi nedeni olarak öngörülmüştür. Yine aynı maddede “bu halde, muhakemenin iadesi(nin), Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararının kesinleştiği tarihten itibaren bir yıl içinde istenebil(eceği)” de düzenlenmiştir. Bu düzenlemede dikkat çeken, 4771 sayılı yasayla getirilmiş olan “tazminatla giderilemeyecek sonuçlar doğurma” koşulunun kaldırılmış olmasıdır. Yasanın sözüne sıkı sıkıya bağlı kalınması durumunda bunun anlamı, mahkemenin yalnızca süre yönünden bir inceleme yapacağı; süre koşuluna uyulmuş ise yargılamanın yenilenmesinin gerekli olup olmadığı yönünden bir inceleme yapılamayacağıdır<sup>134</sup>.

<sup>132</sup> TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR, s. 143.

<sup>133</sup> RG. 04.02.2003-25014

<sup>134</sup> YURTCAN, s. 707. “Türk yargı erkinin bir sonucu olarak, mahkemelerimizi İHAM kararlarını, mutlaklık içinde kabul etmek ve ‘onaylamak’ durumuna düşürecek sonuçlardan koruyacak içtihadı ulaştırmak zorunda” olduğumuzu belirten yazara göre, bu konudaki temel görev Yargıtay’a düşmektedir (s. 708).

1412 sayılı CMUK m. 326'ya eklenen bu fıkra 5271 sayılı CMK'de de aynen korunmuştur (m. 311/1-f).

### **Sonuç**

Türkiye'de mevzuatı İHAS ve İHAM kararları ile uyumlu duruma getirmek amacıyla yapılmış olan değişiklikler temelde olumlu olarak değerlendirilebilir. Olumsuz ya da yetersiz olduğu düşünülen değişiklikler üzerinde çalışma boyunca yeri geldikçe durulmuştur. Son olarak vurgulanması gereken nokta şudur: Bu değişikliklerle Türkiye, Sözleşme'nin sağladığı güvenceleri metinler bazında önemli ölçüde tanımış ya da zaten tanımış olduğu güvencelerin alanını genişletmiş bulunmaktadır. Bundan sonra asıl belirleyici olan uygulama olacaktır. İHAM'ın Türkiye'ye ilişkin olarak saptadığı ihlal kararlarının çoğunda etkin bir soruşturma yapılmamış olduğu gerekçesinin yer aldığı düşünülecek olursa, bu saptamanın önemi daha iyi anlaşılır.

---

## 5237 SAYILI TÜRK CEZA KANUNU'NUN GÜVENLİK TEDBİRLERİ BAKIMINDAN GETİRMİŞ OLDUĞU YENİ HÜKÜMLERE GENEL BAKIŞ

*Ar. Gör. Mualla Buket SOYGÜT ARSLAN\**

### Giriş

Kusurun derecesi ile orantılı olarak uygulanması gereken cezalar, her zaman ceza hukukundan beklenen önleme görevini yerine getiremezler. Bu nedenle, tek amacı fiil ve failin kişiliğinden kaynaklanan tehlikelilik halinin önlenmesi olan, failin eğitilmesi, tedavi edilmesi veya koruma altına alınması suretiyle yapılan ve “emniyet tedbirleri” veya kanundaki yeni haliyle “güvenlik tedbirleri” adı verilen müdahaleler ile cezanın tamamlanması gereklidir<sup>1</sup>.

Çağdaş ceza hukukunun vazgeçilmez bir müessesesi haline gelen güvenlik tedbirleri, 765 sayılı mülga Türk Ceza Kanununun (bundan sonra ETCK olarak söylenecektir) çeşitli bölümlerinde düzenlenmiş idi. 1 Haziran 2005'te yürürlüğe konulan 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda (bundan sonra YTCK olarak söylenecektir) da söz konusu tedbirler büyük ölçüde benimsenmiş, ancak farklı nitelikteki yaptırım ve tedbirler biraraya toplanarak yeniden düzenlenmiştir. YTCK yeni güvenlik tedbirleri de getirmiştir ancak; ceza hukuku teorisi bakımından temel önemi, güvenlik tedbirlerinin mahiyetinde meydana getirmiş olduğu değişikliklerdir.

---

\* İstanbul Ticaret Üniversitesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Ana Bilim Dalı Araştırma Görevlisi

<sup>1</sup> DEMİRBAŞ Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 4. Bası, Seçkin, Ankara, 2006, s. 481; NUHOĞLU Aşşe, Ceza Hukukunda Emniyet Tedbirleri, Adil Yayınevi, 1.Bası, Ankara, 1997, s. 4.

Konunun genişliği itibariyle tüketici nitelikte olmayan bu çalışmada, YTCK'nın güvenlik tedbirleri konusunda ETCK'dan farklı temel hükümlerine yer verilerek, getirmiş olduğu yenilikler ile teori ve uygulamada yaratmış olduğu veya yaratabileceği sorunlar ortaya konulmaya çalışılacaktır. Bu itibarla öğretilerde, güvenlik tedbirlerine ilişkin olarak ETCK döneminde yapılmış olan açıklamalar, YTCK bakımından da geçerli olduğu ölçüde tekrar edilmeyecektir.

### 5237 Sayılı TCK'da Güvenlik Tedbirleri

#### A. Genel Olarak

1 Haziran 2005 tarihinde yürürlükten kaldırılan 765 sayılı Ceza Kanununda, güvenlik tedbirlerinin bir kısmı cezalar bölümünde, bir kısmı ise cezaların kanuni neticeleri bölümünde düzenlenmişti.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ise, güvenlik tedbirlerini, "Yaptırımlar" başlığını taşıyan üçüncü kısmın, "Güvenlik Tedbirleri" başlığını taşıyan ikinci bölümünde sekiz madde halinde düzenlemiştir. Böylelikle, kanunkoyucunun güvenlik tedbirlerini ETCK'dan farklı olarak cezalardan ayrı biçimde düzenlemek istediği anlaşılmaktadır. Keza, madde gerekçelerinde, bir kimse hakkında güvenlik tedbirine hükmedilebilmesi için "*suçun işlenmesi zorunlu olmakla birlikte, bu suçtan dolayı cezaya mahkûm edilmesi gerekmemektedir*" denilerek; bu tedbirlerin cezalardan farklı olarak, ihlale tepki olmadıklarının, sadece ihlal vesilesi ile verildiklerini birçok yerde açıkça belirtmiştir<sup>2</sup>.

Ancak; aşağıda kanunda "güvenlik tedbiri" olarak düzenlenen her bir tedbir açısından ayrıca belirtileceği üzere, bunların nitelikleri birbirlerinden farklıdır. Kanunkoyucunun bu birbirinden farklı nitelikteki uygulamaları topyekun düzenlemesi ceza ve güvenlik tedbiri kavramlarının birbirine karıştırılmasına neden olmakta ve ceza hukuku genel teorisine uygun düşmemektedir. Ayrıca, kanunkoyucunun bu konuda net bir tavır ortaya koymadığı da görülmektedir. Örneğin; yeni bir güvenlik tedbiri olarak 55. maddede düzenlenen kazanç müsaderesi ile ilgili olarak maddenin gerekçesin-

<sup>2</sup> Hafizoğulları'na göre, güvenlik tedbirleri eğer müeyyide değilse, üçüncü kısmın "yaptırımlar" ismini taşıyan başlığı yanlıştır. Bunun doğrusu, başlığın "Ceza müeyyidesi ve güvenlik tedbirleri" biçiminde olmasıdır. Kanun, güvenlik tedbirlerini, cezadan farklı bir yerde, cezadan farklılaştırarak düzenlemek istemesine rağmen, yaptırım olarak nitelendirdiği bu tedbirleri, ceza müeyyidesinden farklılaştırmada başarılı olamamıştır. Bkz. HAFIZOĞULLARI Zeki, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Cezalar ve Güvenlik Tedbirleri", Ankara Barosu Dergisi, Yıl: 65, Sayı:1, Kış 2007, s. 91.



de kurumun “...bir yaptırım niteliğine kavuşturulmuş olduğu” ifade edilmiştir.

Ayrıca, TCK'nın genel hükümlerinin, özel ceza kanunları ve ceza içeren diğer kanunlardaki suçlar hakkında da uygulanacağını öngören 5. maddesi uyarınca özel yasalarda yer alan güvenlik tedbirlerinin YTCK'ya aykırı olan hükümleri zımnen yürürlükten kalkmaktadır. “Bütün ceza mevzuatını bir defada değiştirme hedefini güden ve böylece yan ceza kanunlarının özelliklerini dikkate almayan bu hükmün”<sup>3</sup> yürürlüğü, öğretilerdeki eleştiriler<sup>4</sup> doğrultusunda önce 31 Aralık 2006'ya<sup>5</sup> daha sonra ise 31 Aralık 2008'e<sup>6</sup> ertelenmiştir. Bu durumda 31 Aralık 2008'e kadar özel ceza kanunlarında yer alan güvenlik tedbirleriyle ilgili hükümler YTCK'ya aykırı olsalar dahi uygulanacak; bu tarihten sonra ise herhangi bir değişiklik yapılmadığı takdirde zımnen yürürlükten kalkacaktır. Örneğin, Devlet Memurları Kanunu, Siyasi Partiler Kanunu, Dernekler Kanunu vb. kanunlardaki belli bir cezaya mahkûmiyet şartına bağlanmış hak mahrumiyetlerinin uygulama olasılığı kalmayacaktır.

<sup>3</sup> İÇEL Kayıhan/DONAY Süheyl, Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku, Genel Kısım I. Kitap, 1.Bası, Beta, İstanbul, 2007, s. 67.

<sup>4</sup> İÇel'e göre, 5. madde, devletin tüm hukuk sistemini sil baştan değiştirilmesine neden olmuştur. Oysa, Türkiye Cumhuriyeti'nde reformlarla, o güne kadarki kazanımları yok edecek nitelikte bir devrime ihtiyaç yoktur (İÇEL Kayıhan, Ceza Yasası Hazırlanırken Uyulması Gereken On Ana Kural, Suç Politikası, 1.Bası, Seçkin, Ankara, 2006, s.16). Yurtcan, özel ceza kanunlarının yürürlüğe giriş amaç ve nedenleri dikkate alındığında, ceza kanunundaki bu hükmün suç ve ceza politikasına aykırı olduğunu belirtmiştir (YURTCAN Erdener, Yeni Türk Ceza Kanunu ve Yorumu, 2.Bası, Kazancı, İstanbul, 2006, s. 38). Bayraktar ise, 5. maddede belirtilen kural ile ceza kanununun genel hükümlerinin, ceza mevzuatında bir çeşit anayasal kural durumuna getirildiği, ancak bu kurala aykırılığın hiçbir yaptırıma bağlı olmadığı, maddenin (özel ceza kanunlarındaki düzenlemelerin farklılığı karşısında bu durumun hukuk devleti ve eşitlik ilkesine aykırı olduğu şeklindeki) gerekçesinin de yüzeysel ve hatalı olduğunu belirtmektedir (BAYRAKTAR Köksal, Yeni Türk Ceza Kanununda Belirlenen Ceza Hukuku Temel İlkeleri, GÜHFD, Sayı: 2003/1 Ocak, s. 16).

<sup>5</sup> 5252 sayılı Türk Ceza Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'a 11/05/2005 tarih ve 5349 sayılı Kanun'un 6. maddesiyle eklenen geçici 1. maddesiyle 31/12/2006 tarihine kadar ertelenmiştir. Geçici 1. maddeye göre, “Diğer kanunların 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun birinci kitabında yer alan düzenlemelere aykırı hükümleri, ilgili kanunlarda gerekli değişiklikler yapılınca ve en geç 31 Aralık 2006 tarihine kadar uygulanır”.

<sup>6</sup> Bkz. 06/12/2006 tarih ve 5560 sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun m. 15, Bkz. <http://mevzuat.basbakanlik.gov.tr/Mevzuat/metin.asp?MevzuatKod=1.5.5252>, (Erişim Tarihi: 25.07.2006).

## B. YTCK'nın ETCK'dan Farklı Hükümleri

### 1. Belli Hakları Kullanmaktan Yoksun Bırakılma

#### a. Mevzuat

YTCK	ETCK
<p><b>Belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma</b></p> <p><b>Madde 53- (1)</b> Kişi, kasten işlemiş olduğu suçtan dolayı hapis cezasına mahkûmiyetin kanunî sonucu olarak;</p> <p>a) Sürekli, süreli veya geçici bir kamu görevinin üstlenilmesinden; bu kapsamda, Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeliğinden veya Devlet, il, belediye, köy veya bunların denetim ve gözetimi altında bulunan kurum ve kuruluşlarca verilen, atamaya veya seçime tâbi bütün memuriyet ve hizmetlerde istihdam edilmekten,</p> <p>b) Seçme ve seçilme ehliyetinden ve diğer siyasî hakları kullanmaktan,</p> <p>c) Velayet hakkından; vesayet veya kayımlığa ait bir hizmette bulunmaktan,</p> <p>d) Vakıf, dernek, sendika, şirket, kooperatif ve siyasî parti tüzel kişiliklerinin yöneticisi veya denetçisi olmaktan,</p> <p>e) Bir kamu kurumunun veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşunun iznine tâbi bir meslek veya sanatı, kendi sorumluluğu altında serbest meslek erbabı veya tacir olarak icra etmekten,</p> <p>Yoksun bırakılır.</p> <p>(2) Kişi, işlemiş bulunduğu suç dolayısıyla mahkûm olduğu hapis cezasının infazı tamamlanıncaya kadar bu hakları kullanamaz.</p> <p>(3) Mahkûm olduğu hapis cezası ertelenen veya koşullu salıverilen hükümlünün kendi altsoyu üzerindeki velayet, vesayet ve kayımlık yetkileri açısından yukarıdaki fıkralar hükümleri uygulanmaz. Mahkûm olduğu hapis cezası ertelenen hükümlü hakkında birinci fıkranın (e) bendinde söz konusu edilen hak yoksunluğunun uygulanmamasına karar verilebilir.</p> <p>(4) Kısa süreli hapis cezası ertelenmiş veya fiili işlediği sırada on sekiz yaşını doldurmamış olan kişiler hakkında birinci fıkra hükmü uygulanmaz.</p>	<p><b>İkinci Bap: Cezalar</b></p> <p><b>Madde 20-</b> Hidematı ammeden memnuiyet cezası müebbet veya muvakkattir.</p> <p>Müebbeden Hidamatı ammeden memnuiyet:</p> <p>1- Devairi intihabiyede müntehip veya müntehap olmaktan ve sair bilcümle hukuku siyasiyeden,</p> <p>2- Büyük Millet Meclisi azalığından ve intihaba tabi olan veya devlet ve vilayet ve Belediye ve köy tarafından veya bunların teftiş ve murakabesi altında bulunan müessesat canibinden tevcih kılınan bilcümle memuriyet ve hizmetlerden,</p> <p>3- Devletçe veya salahiyyettar ilmi encümenlerce tevcih olunan rütbe ve unvan ve nişan ve madalyalardan.</p> <p>4- Bundan evvelki bentlerde beyan edilen nişan, rütbe, unvan, sıfat, hizmet ve memuriyetlerden birinin bahşettiği maaşlı veya fahri her türlü hukuktan,</p> <p>5- Mahkum olan kimsenin kanunu medeni hükmünce kendi furuu üzerinde haiz olduğu velayet hakkı müstesna olmak üzere velayet ve vesayete müteallik bir hizmette bulunmaktan,</p> <p>6- Bundan evvelki bentlerde beyan edilen her türlü hakları, unvanları, rütbeleri, nişanları, sıfatları, hizmet ve memuriyetleri ihraz ehliyetinden,</p> <p>Mahrumiyet hususlarıdır.</p> <p>(Değişik fıkra: 21/11/1990-3679/1 m.) Geçici olarak kamu hizmetlerinden yasaklanma cezası, hükümlünün, üç aydan üç yıla kadar yukarıda gösterilen siyasi haklar, hizmet, memuriyet, sıfat, rütbe ve nişandan ve bunları ceza süresi içinde yeniden elde etmek ehliyetinden mahrumiyetidir. Hidematı ammeden memnuiyet cezasının bu hizmetlerden bazılarında hasr edildiği hallerle muayyen bir meslek veya sanatın icrasına şamil olduğu halleri kanun tayin eder.</p> <p><b>Madde 25-</b> Muayyen bir meslek ve sanatın tatili icrası üç günden iki seneye kadardır.</p>

(5) Birinci fıkrada sayılan hak ve yetkilerden birinin kötüye kullanılması suretiyle işlenen suçlar dolayısıyla hapis cezasına mahkûmiyet hâlinde, ayrıca, cezanın infazından sonra işlemek üzere, hükmolunan cezanın yarısından bir katına kadar bu hak ve yetkinin kullanılmasının yasaklanmasına karar verilir. Bu hak ve yetkilerden birinin kötüye kullanılması suretiyle işlenen suçlar dolayısıyla sadece adli para cezasına mahkûmiyet hâlinde, hükümde belirtilen gün sayısının yarısından bir katına kadar bu hak ve yetkinin kullanılmasının yasaklanmasına karar verilir. Hükümün kesinleşmesiyle icraya konan yasaklama ile ilgili süre, adli para cezasının tamamen infazından itibaren işlemeye başlar.

(6) Belli bir meslek veya sanatın ya da trafik düzeninin gerektirdiği dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla işlenen taksirli suçtan mahkûmiyet hâlinde, üç aydan az ve üç yıldan fazla olmamak üzere, bu meslek veya sanatın icrasının yasaklanmasına ya da sürücü belgesinin geri alınmasına karar verilebilir. Yasaklama ve geri alma hükmünün kesinleşmesiyle yürürlüğe girer ve süre, cezanın tümüyle infazından itibaren işlemeye başlar.

### Üçüncü Bölüm: Ceza Mahkûmiyetlerinin Neticeleri ve Tarzı İcraları

**Madde 31-** Beş seneden fazla ağır hapse mahkûmiyet müebbeden ve üç seneden beş seneye kadar ağır hapse mahkûmiyet hükmolunan cezaya müsavi bir müddetle, hidematı ammeden memnuiyeti müstelzimidir.

**Madde 33-** Beş seneden ziyade ağır hapis cezasına mahkûm olanlar ceza müddetleri zarfında mahcuriyeti kanuniye halinde bulundurulur. Ve emvalinin idaresinde mahcurular hakkındaki kanunu medeni ahkamı tatbik olunur. Beş seneden ziyade ağır hapse mahkûm olan şahsın ceza müddeti zarfında babalık hakkından ve kocalık sıfatının bahsettiği kanuni haklardan mahrumiyetine de hüküm verilebilir.

**Madde 34-** Bir cürüm ile katiyen mahkûmiyet; kanunen siyasi bir hizmete intihap olunabilmek kabiliyetini selbettiği veya memuriyetten mahrumiyeti müstelzim olduğu takdirde azalık ve memuriyetin zevalinde mucip olur.

**Madde 35-** Kanunun tayin ettiği ahvalden maada resmi sıfatı veya icrası ait olduğu daireden verilecek ruhsatname ve şahadetname gibi vesikaya muhtaç olan bir meslek ve sanatı suiistimal suretiyle işlenen cürüm ve kabahatlere müteallik hükümler mahkûmun mahkûm olduğu müddete veya cezayı nakdinin ademi tediyesinden dolayı ne miktar hapis cezası verilmek lazım gelirse o miktara muadil olacak ve yirminci ve yirmi beşinci maddelerde muayyen müddetlerin azami hadlerini geçmeyecek bir müddetle muvakkaten hidematı ammeden memnuiyetini veya meslek ve sanatının tatilini dahi istilzam eder.

Sair meslek ve sanatlar hakkında tatili icabettiren ahvali kanun tayin eder.

**Madde 41-** Hidematı ammeden memnuiyet, veya muayyen bir meslek ve sanatın tatili cezası, giyaben verilen kararlara müteallik ahkamı kanuniye müstesna olmak üzere, hükmün katileştiği tarihten başlar.

Eğer hidematı ammeden memnuiyet veya bir meslek ve sanatın tatili ve sair ehliyetsizlik cezası şahsi hürriyeti tahdit eden diğer bir cezaya bağlı olur veya bir ceza mahkûmiyetinin neticesi bulunursa asıl cezanın icrası müddetince devam etmekle beraber hüküm ilamında veya kanunda tayin edilen müddet ancak cezanın ikmal edildiği veya sakit olduğu günden başlar.

## b. Açıklamalar

1- YTCK'nın 51. maddesinde "belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma" adı altında yer alan güvenlik tedbirleri, "hapis cezasına mahkûmiyetin kanunî sonucu olarak" (YTCK m. 51/1) öngörülmüş bulunmaktadır. Adlarına "güvenlik tedbirleri" denmiş olmasına rağmen bunlar esasen ceza mahkûmiyetinin kanunî sonuçları olduklarından daha önce de belirttiğimiz gibi güvenlik tedbiri değil, ferî cezalardır. Nitekim maddenin gerekçesinde de bunların "suça bağlı hak yoksunlukları" oldukları belirtilmiştir. Bunların geri alınabilir, değiştirilebilir olmamaları, bir tedbir olmadıklarının, ama bir ceza olduklarının kanıtıdır<sup>7</sup>.

2- Belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma halleri kanunda dört grup olarak belirlenmiştir. Bunlar: a- Bir kamu görevinin üstlenilmesinden, atama veya seçime tabi bütün memuriyet ve hizmetlerde istihdam edilmekten mahrum edilmek (m. 53/1.a)<sup>8</sup>; b- Seçme ve seçilme hakkının kullanmaktan mahrum edilmek (m. 53/b); c- Velayet hakkından, vesayet veya kayımlığa ait bir hizmette bulunmaktan mahrum bırakılmak; d- Tüzel kişilerin yöneticisi veya denetçisi olamamak; e- İzne bağlı bir meslek veya sanatı icra edememek. Söz konusu tedbirler büyük ölçüde ETCK'da yer alan düzenlemelerdir.

3- YTCK'nın getirmiş olduğu önemli yeniliklerden biri, hak yoksunluklarının süresinin hapis cezasının infazının tamamlanması ile sınırlandırılması (YTCK m. 53/2) olmuştur. Oysa ETCK'da hak yoksunlukları süreli veya süresiz olarak uygulanabiliyordu (ETCK m. 20/1). Yeni düzenleme ile hak yoksunluklarının belirli bir süre ile sınırlandırılması kişi hak ve özgürlükleri bakımından olumlu bir gelişmedir. Örneğin; ETCK'ya göre hakkında 5 yıl veya daha fazla ağır hapis cezasına hükmedilen kişi, müebbeden belirli hakları kullanmaktan yoksun bırakılıyordu. Bu durum da kişinin, cezasının infazının tamamlanmasından sonra

<sup>7</sup> HAFIZOĞULLARI, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Cezalar...", s. 93.

<sup>8</sup> Hafizoğulları'na göre, a bendi ile b bendi çakışmaktadır. Yazar bu iddiasını şu şekilde açıklamaktadır: "...Türkiye Büyük Millet Meclisi üyesi olmaktan, il, belediye ve köy kamu tüzel kişilerinin organlarına seçme ve seçilme hakkını kullanmaktan yoksun bırakılma, aslında seçme ve seçilme hakkını kullanmaktan yoksun bırakılmaktan başka bir şey değildir. Burada, 'diğer siyasi haklar' ibaresinden ne anlaşılması gerektiği de belirsizdir". HAFIZOĞULLARI, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Cezalar...", s. 94.

dahi sosyal hayatını sürdürmesinin önünde önemli bir engel teşkil ediyordu<sup>9</sup>.

Belirtmeliyiz ki, kanunkoyucu hak yoksunluklarının süresini cezanın infazı ile sınırlandırarak bunların aslında birer fer'i ceza olduklarını teyit etmekte ve kendisiyle çelişmektedir. Zira, failin tehlikeliliği esasına dayanan güvenlik tedbirleri gerekiyorsa infazdan sonra da uygulanabilmelidir.

Buna karşılık, belli bir hak ve yetkinin kötüye kullanılması suretiyle işlenen kasıtlı suçlar dolayısıyla mahkûmiyet hâlinde, mahkûm olunan cezanın infazından sonra da etkili olmak üzere bu hak ve yetkinin kullanılmasının yasaklanmasına ayrıca hükmedilmesi öngörülmüştür. Bu durumda mahkemenin belli bir hak ve yetkiyle ilgili olarak vereceği yasaklama kararı artık ceza mahkûmiyetinin kanuni sonucu olmaktan öte bir güvenlik tedbiri niteliği taşımaktadır<sup>10</sup>.

4- Yeni düzenleme ile ayrıca, yasaklanmış hakların geri verilmesi sorununun ortadan kalktığı belirtilmektedir<sup>11</sup>. Ancak, Türk Ceza Kanunu dışındaki kanunların belli bir suçtan dolayı veya belli bir cezaya mahkûmiyete bağladığı hak yoksunluklarının geri verilmesi konusunda 6/12/2006 tarihli ve 5560 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle Adli Sicil Kanunu'na 13/A maddesi eklenerek ayrı bir usul getirilmiştir.<sup>12</sup>

---

9 “Böylece, kişi mahkûm olduğu cezanın infazının gereklerine uygun davranarak bunun tamamlanmasıyla kendisinin tekrar güven duyulan bir kişi olduğu konusunda topluma da bir mesaj vermektedir. Bu bakımdan hak yoksunluklarının en geç cezanın infazının tamamlanması aşamasına kadar devam etmesi, suç ve ceza politikasıyla güdülen amaçlara daha uygun düşmektedir.” ÇOLAK Haluk/ALTUN Uğurcan, Güvenlik Tedbirleri ve 5327 Sayılı Türk Ceza Kanununa Göre Yaptırım Teorisi İçindeki Yeri, (Çevrimiçi) [www.hukuki.net/hukuk/index.php?article=492-142k](http://www.hukuki.net/hukuk/index.php?article=492-142k), (Erişim Tarihi: 25.07.2006).

10 HAFIZOĞULLARI, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Cezalar...”, s. 95, ÇOLAK/ALTAN, (Çevrimiçi) [www.hukuki.net/hukuk/index.php?article=492-142k](http://www.hukuki.net/hukuk/index.php?article=492-142k), (Erişim Tarihi: 25.07.2006).

11 EROL Haydar, Gerekçeli, Açıklamalı ve İçtihatlı Yeni Türk Ceza Kanunu, 2005, s. 275.

12 Madde 13/A-(1) 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu dışındaki kanunların belli bir suçtan dolayı veya belli bir cezaya mahkûmiyete bağladığı hak yoksunluklarının giderilebilmesi için, yasaklanmış hakların geri verilmesi yoluna gidilebilir. Bunun için; Türk Ceza Kanununun 53'üncü maddesinin beşinci ve altıncı fıkraları saklı kalmak kaydıyla,

a) Mahkûm olunan cezanın infazının tamamlandığı tarihten itibaren üç yıllık bir sürenin geçmiş olması,

**5-** Kanun, velayet hakkından yoksun bırakılma ile ilgili olarak ETCK'dan farklı bir hüküm içermektedir. ETCK'nın 20/5. maddesine göre kişinin Medeni Kanun'a göre kendi furuu üzerindeki velayet hakkı sözkonusu tedbirden müstesna tutulmuş idi. Yeni düzenlemeye göre ise, kişi kasıtlı bir suçtan mahkûm olması halinde sahip olduğu her türlü velayet hakkından yoksun bırakılacaktır (YTCK m. 53/1-c). Kendi furuu üzerindeki velayet hakkının devamı, ancak erteleme veya koşullu salıverilme halinde söz konusu olacaktır (YTCK 53/3). Böylece yeni düzenleme, velayet hakkı açısından eskisine göre daha fazla sınırlandırma getirmiştir.

YTCK'da, velayet ve kayımlık yetkileri açısından da erteleme ve koşullu salıverme halinde hak yoksunluklarının uygulanmayacağı düzenlenmiştir.

**6-** YTCK'nın 53/1. maddesinin d bendi ETCK'da olmayan bir hak yoksunluğu getirmiştir. Buna göre, kasten işlemiş olduğu bir suçtan dolayı hapis cezasına mahkûm olan kişi vakıf, dernek, sendika, şirket, kooperatif ve siyasî parti tüzel kişiliklerinin yöneticisi veya denetçisi olamayacaktır.

**7-** YTCK'nın ETCK'dan farklı hükümlerinden bir diğeri de, "*Kısa süreli hapis cezası ertelenmiş veya fiili işlediği sırada on sekiz yaşını doldurmamış olan kişiler hakkında birinci fıkra hükmü uygulanmaz*" şeklindeki hükümdür (YTCK m. 53/4). Böylece, özellikle çocuk ceza hukuku bakımından çağdaş bir düzenlemeye gidilmiştir.

---

b) Kişinin bu süre zarfında yeni bir suç işlememiş olması ve hayatını iyi halli olarak sürdürdüğü hususunda mahkemede bir kanaat oluşması, gerekir.

(2) Mahkûm olunan cezanın infazına genel af veya etkin pişmanlık dışında başka bir hukukî nedenle son verilmiş olması halinde, yasaklanmış hakların geri verilmesi yoluna gidilebilmesi için, hükmün kesinleştiği tarihten itibaren beş yıl geçmesi gerekir. Ancak, bu süre kişinin mahkûm olduğu hapis cezasına üç yıl eklenmek suretiyle bulunacak süreden az olamaz.

(3) Yasaklanmış hakların geri verilmesi için, hükümlünün veya vekilinin talebi üzerine, hükmü veren mahkemenin veya hükümlünün ikametgâhının bulunduğu yerdeki aynı derecedeki mahkemenin karar vermesi gerekir.

(4) Mahkeme bu husustaki kararını, dosya üzerinde inceleme yaparak ya da Cumhuriyet savcısını ve hükümlüyü dinlemek suretiyle verebilir.

(5) Yasaklanmış hakların geri verilmesi talebi üzerine mahkemenin verdiği karara karşı, hükümle ilgili olarak Ceza Muhakemesi Kanununda öngörülen kanun yoluna başvurulabilir.

(6) Yasaklanmış hakların geri verilmesine ilişkin karar, kesinleşmesi halinde, adlî sicil arşivine kaydedilir.

(7) Yasaklanmış hakların geri verilmesi yoluna başvurulması nedeniyle oluşan bütün masraflar hükümlü tarafından karşılanır.

## 2. Müsadere

### a. Mevzuat

YTCK	ETCK
<p><b>Eşya müsadere</b></p> <p><b>Madde 54-</b> (1) İyiniyetli üçüncü kişilere ait olmamak koşuluyla, kasıtlı bir suçun işlenmesinde kullanılan veya suçun işlenmesine tahsis edilen ya da suçtan meydana gelen eşyanın müsadere hükmolunur. Suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan eşya, kamu güvenliği, kamu sağlığı veya genel ahlak açısından tehlikeli olması durumunda müsadere edilir.</p> <p>(2) Birinci fıkra kapsamına giren eşyanın, ortadan kaldırılması, elden çıkarılması, tüketilmesi veya müsaderesinin başka bir surette imkansız kılınması hâlinde; bu eşyanın değeri kadar para tutarının müsadere karar verilir.</p> <p>(3) Suçta kullanılan eşyanın müsadere edilmesinin işlenen suçta nazaran daha ağır sonuçlar doğuracağı ve bu nedenle hakkaniyete aykırı olacağı anlaşıldığında, müsadere hükmolünür.</p> <p>(4) Üretimi, bulundurulması, kullanılması, taşınması, alım ve satımı suç oluşturan eşya, müsadere edilir.</p> <p>(5) Bir şeyin sadece bazı kısımlarının müsadere gerektiğinde, tümüne zarar verilmeksizin bu kısmı ayırmak olanaklı ise, sadece bu kısmın müsadere karar verilir.</p> <p>(6) Birden fazla kişinin paydaş olduğu eşya ile ilgili olarak, sadece suçta iştirak eden kişinin payının müsadere hükmolünür.</p> <p><b>Kazanç müsadere</b></p> <p><b>Madde 55-</b> (1) Suçun işlenmesi ile elde edilen veya suçun konusunu oluşturan ya da suçun işlenmesi için sağlanan maddi menfaatler ile bunların değerlendirilmesi veya dönüştürülmesi sonucu ortaya çıkan ekonomik kazançların müsadere hükmolünür. Bu fıkra hükmüne göre müsadere kararı verilebilmesi için maddi menfaatin suçun mağduruna iade edilememesi gerekir.</p> <p>(2) Müsadere konusu eşya veya maddi menfaatlere elkonulmadığı veya bunların merciiine teslim edilmediği hâllerde, bunların karşılığını oluşturan değerlerin müsadere hükmolünür.</p>	<p><b>Madde 36-</b> (Değişik madde: 08/06/1933-2275/1 m.)</p> <p>Mahkumiyet halinde cürüm veya kabahatte kullanılan veya kullanılmak üzere hazırlanan veya fiilin irtikabından husule gelen eşya fiilde methali olmayan kimselere ait olmamak şartıyla mahkemece zabıt ve müsadere olunur.</p> <p>Kullanılması, yapılması, taşınması, bulundurulması ve satılması cürüm veya kabahat teşkil eden eşya bir ceza mahkumiyeti olmasa ve faile ait bulunmasa bile mutlaka zabıt ve müsadere olunur.</p>

## b. Açıklamalar

1- Ceza hukuku terminolojisinde, işlenen bir suç karşılığı olarak, suçlunun malvarlığının tamamı veya bir bölümü üzerindeki mülkiyete son verilmesi ve bu mülkiyetin kamusal bir teşekküle devredilmesi anlamına gelen “müsadere”<sup>13</sup> terimi YTCK’da da muhafaza edilmiştir. Öğretide “müsadere” yerine kavramın türkçeleştirilmesi amacıyla “zoralm” teriminin kullanılması gerektiği yönündeki düşüncelere karşın biz CMK’nun 123. maddesinde düzenlenen “elkoyma” ile ayırıldılması açısından müsadere kavramının kullanılmasının yerinde olacağı şeklindeki görüşe katılmaktayız<sup>14</sup>.

2- Müsaderenin hukukî niteliği hakkında hukukumuzda tam bir birlik olmadığı bilinmektedir. Müsaderenin “ceza” olduğunu kabul edenlerin yanı sıra, bu kurumu bir önlem olarak görenler de vardır. Genellikle eşyanın müsaderesinin mahkûmiyet, suça katılanlara ait olması, suçta kullanılmak üzere hazırlanmış olması veya suçta kullanılması veya suçtan doğması şartları karşısında müsadereyi bir ceza olarak kabul edenler olduğu gibi, bütün bu şartlara rağmen bu kurumun bir önlem olduğu fikrinin de açıklandığı görülmektedir.

ETCK’nın 36. maddesinde düzenlenen müsaderenin hukuki niteliği konusunda egemen iki görüş mevcut idi: Bir görüş, ETCK m. 36’da düzenlenen müsaderenin hukuki niteliğini “emniyet tedbiri” olarak kabul etmekte<sup>15</sup> iken, diğer bir görüş ise, ETCK 36. maddesinin 2. fıkrasını “emniyet tedbiri”, 1. fıkrasını ise “ceza” olarak kabul etmekte<sup>16</sup> idi.

<sup>13</sup> Müsadere kavramı ve tarihsel gelişimi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. GEDİK Doğan, Türk Ceza Hukukunda Müsadere, 1.Bası, Ankara, Yetkin, 2001, s. 5 vd.

<sup>14</sup> Bkz. GEDİK Doğan, Yeni Türk Ceza Kanununda Müsadere Sistemi Hakkında Genel Bir Değerlendirme, Adalet Dergisi, Eylül 2005, Sayı: 23, s. 131 vd.

<sup>15</sup> EREM Faruk/DANIŞMAN Ahmet/ARTUK Mehmet Emin, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14.Bası, Ankara, 1997, s. 906; CENTEL Nur, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 1.Bası, Beta, İstanbul, 2001, s. 565; HAFIZOĞULLARI Zeki, “Emniyet Tedbirleri”, ASBFD 1991, C. 46, Sayı: 3-4, s. 53; AYDIN Öykü D., “Malvarlığına İlişkin Bir Emniyet Tedbiri Olarak Türk Ceza Yasası’nda Müsadere”, AHFD 1993, C. 43, Sayı: 1-4, s. 143; MALKOÇ İsmail/GÜLER Mahmut, Uygulamada Türk Ceza Kanunu, Genel Hükümler, 1.Bası, Ankara, Adil Yayınevi, 1996, s. 161; ALPASLAN M. Şükrü, Türk Ceza Kanununda Fer’i ve Mütemmim Cezalar, Değişen Toplum ve Ceza Hukuku Karşısında TCK’nın 50.Yılı ve Geleceği, İstanbul Üniversitesi Hukuku Fakültesi Ceza Hukuku ve Kriminoloji Enstitüsü Yayını, İstanbul 1977, s. 242.

<sup>16</sup> GEDİK, “Türk Ceza Hukukunda...”, s. 17 vd; DÖNMEZER Sulhi/ERMAN Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C. 2, 10.Bası, Beta, İstanbul s. 712; ARTUK Mehmet Emin/GÖKCEN Ahmet/YENİDÜNYA A. Caner, Uygulamalı Ceza Hukuku, Genel-Özel Hükümler, 5.Bası, Seçkin, Ankara, 1999, s. 521 vd.; ÖZTÜRK Bahri/ERDEM Mustafa/ ÖZBEK Veli Özer, Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku, 4.Bası, Seçkin, Ankara 1998, s. 360; DEMİRBAŞ Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2. Bası, Ankara, Seçkin, 2002, s. 534-535; İÇEL ve Diğerleri, Yaptırım Teorisi, Beta, 2.Bası, 2002, s. 301 vd



YTCK'da ise müsadere, güvenlik tedbirleri arasında düzenlenerek bu tartışmalara son verilmek istenmiştir. YTCK'ya göre müsadereye hükmedilebilmesi için bir suçun işlenmiş olması şart olmakla birlikte, bu suçtan dolayı kişinin mahkûm edilmiş olması gerekmez<sup>17</sup>.

**3-** YTCK'nın 54. maddesinde müsaderenin ancak kasıtlı suçlarda mümkün olabileceği açıkça düzenlenmiştir. Oysa ETCK'nın 36. maddesi açısından taksirli suçlarda müsaderenin mümkün olup olmadığı tartışmalı idi. Gerçekten de madde hükmü, "cürüm veya kabahat" ve "mahkûmiyet"ten bahsetmekte; mahkûmiyetin kasti veya taksirli bir suç sebebiyle verilmiş olması bakımından bir açıklık taşımamaktaydı. Öğretideki hakim görüş taksirli suçlarda müsadereyi mümkün görmezken<sup>18</sup>, aksi görüşler de ileri sürülmekte idi<sup>19</sup>.

**4-** YTCK'nın 54. maddesinin 3. fıkrası, ETCK'nın kabul ettiği zorunlu müsadere sistemini yumuşatmıştır. Buna göre, "*Suçta kullanılan eşyanın müsadere edilmesinin işlenen suçta nazaran daha ağır sonuçlar doğuracağı ve bu nedenle hakkaniyete aykırı olacağı anlaşıldığında, müsaderesine hükmedilmeyebilir*" şeklindeki hüküm ile müsadere oranlılık ilkesine<sup>20</sup> yer verilerek, bu konuda hâkime takdir yetkisi tanınmıştır. Hükümdeki "...işlenen suçta nazaran" ifadesinden sadece oranlılığı anlamamak gerekir, zira oranlı olan her şey hakkaniyete uygun olmayabilir<sup>21</sup>.

Burada kanunkoyucu müsadere edilebilecek eşyalardan yalnızca "suçta kullanılan eşya açısından" oranlılık ilkesini benimsemiştir. Bu da suçta kullanılan eşyadan neyin anlaşılması gerektiği sorununu doğurmaktadır. Bizim de katıldığımız görüşe göre, 54. maddenin 1. fıkrasında sayılan diğer eşya

<sup>17</sup> Maddenin gerekçesi için bkz. EROL, age., s. 277.

<sup>18</sup> Dönmezer/Erman'a göre, 36. maddenin ibaresi taksir ile işlenen suçlarda müsaderenin uygulanmasına engeldir. Maddede "suçu işlemekte kullanılan veya suçu işlemek için hazırlanan" denildiğine ve amaç da bu olduğuna göre taksir ile işlenen suçlarda ise önceden faile böyle bir suç işleme maksadı atfına imkan bulunmadığından, müsadere (36/1) ancak kasten işlenen suçlar bakımından uygulanabilir. Dönmezer/Erman, age., s. 714. Benzer görüşler için bkz. ÖZTÜRK/ERDEM/ÖZBEK, age.,s. 361; CENTEL, age., s. 567; DEMİRBAŞ, age., s. 534; MALKOÇ/GÜLER, age. s.164.

<sup>19</sup> Erem/Danışman/Artuk'a göre ise, kanun suç işlemekte kullanılan veya kullanılmak üzere hazırlanan veya suçtan husule gelen eşyadan bahsederken "cürüm veya kabahat" tabirini genel anlamda kullanmakta ve bu sebeple kasti suçlarla taksirli suçları birbirinden ayırmaktadır. Kanun müsadere için eşyanın fail tarafından "iradi" olarak kullanılmış olmasını şart koşmadığına göre, "taksirli suçlar"da da müsadere mümkündür. Bunun kabulü müsaderenin amacına da uygundur. EREM/DANIŞMAN/ARTUK, age., s. 908. Aynı görüşte AYDIN, age., s. 147.

<sup>20</sup> GEDİK Doğan, agm., s. 135.

<sup>21</sup> HAFIZOĞULLARI, agm., s. 98.

grupları 3.fıkıradaki açıkça zikredilmediğinden sözkonusu hüküm bunlar hakkında uygulanmayacaktır<sup>22</sup>.

**5-** YTCK'nın 55. maddesi ile, yeni bir kurum olarak kazanç müsadereci getirilmiştir. Buna göre “Suçun işlenmesi ile elde edilen veya suçun konusunu oluşturan ya da suçun işlenmesi için sağlanan maddi menfaatler ile bunların değerlendirilmesi veya dönüştürülmesi sonucu ortaya çıkan ekonomik kazançların müsadereci karar verilir (YTCK m. 55/1).”

Suç işlenmesine bağlı olarak kazanç sağlanmasının önlenmesini hedefleyen kazanç müsadereci ETCK'da açıkça düzenlenmemiştir. Bununla beraber uygulamada ve öğretide, “filin irtikâbından husule gelen eşya”nın müsadereci öngören ETCK'nın 36/1. maddesi hükmüne dayanılarak suçun işlenmesine bağlı olarak elde edilen maddi menfaatlerin müsadere edilebileceği kabul edilmekteydi<sup>23</sup>. Yine de Yargıtay'ın bu konuda farklı kararlar verdiği de görülebilmekteydi<sup>24</sup>. Öte yandan kazanç müsadereci bakımından özel bir hüküm ETCK'nın 217. maddesinde rüşvet olarak verilen para, eşya ve diğer şeylerin veya bunlarla edinilen mal ve değerlerin müsadereci bakımından öngörülmüştü.

Yeni hüküm ile, özellikle “karapara aklama, uyuşturucu madde ticareti, dolandırıcılık, kaçakçılık, ihaleye fesat karıştırma gibi ekonomik çıkar elde etme amacıyla işlenen suçları” önlemek amaçlanmıştır. Böylelikle mağdura ve iyi niyetli üçüncü kişilere ait maddi değerler kazanç müsadereci tâbi tutulmayacak ve hakları korunmuş olacaktır.

Belirtmeliyiz ki, kanunkoyucunun YTCK'nın genelinde göstermiş olduğu özensizlik burada da gözümüze çarpmaktadır. Zira, 55. maddenin başlığı “kazanç müsadereci” iken, metinde “maddi menfaat” terimi kullanılarak uyumsuzluğa neden olunmuştur.

**6-** YTCK ile “kaim değerlerin müsadereci” kurumu getirilmiştir. Buna göre; kasıtlı bir suçun işlenmesinde kullanılan veya suçun işlenmesine tahsis edilen ya da suçtan meydana gelen eşyanın ortadan kaldırılması, elden çıkarılması, tüketilmesi veya müsaderecinin başka bir surette imkansız kılınması hâ-

<sup>22</sup> HAFIZOĞULLARI, agm., s. 97.

<sup>23</sup> Yargıtay esrar satışından elde edilen paranın müsadereci karar vermiştir. (Y.5.CD, 25/11/1981, 3018/3455). AYDIN, age., s.149; İÇEL ve diğerleri, age., s. 123.

<sup>24</sup> Yargıtay, azmettiren tarafından kaçırma suçunun işlenmesi için sağlanan paranın müsadere edilemeyeceğine karar vermiştir (YCGK 2/3/1987, 5-464/85).

linde; bu eşyanın değeri kadar para tutarının müsaderesine karar verilir (YTCK m. 54/2).<sup>25</sup>

7- “Kısmi müsadere” kurumu getirilmiştir. Böylelikle uygulamada kabul edilen bir kurum yasaya dahil olmuştur.<sup>26</sup>

8- YTCK, 54/1. maddesinde müsadere edilebilecek eşyaları sıralarken ETCK'dan farklı olarak “suçun işlenmesine tahsis edilen eşya”yı da saymıştır. Bir görüşe göre, “suçun işlenmesine tahsis edilen eşya” ETCK'nın 36. maddesindeki geçen “*cürümde .... kullanılmak üzere hazırlanan eşya*”dan başka bir şey değildir<sup>27</sup>. Ancak bu durumda 54/1. maddenin 2. cümlesinde geçen “*suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan eşya*” terimini anlamlandırmak güç olmaktadır. Zira, YTCK'ya göre “suçun işlenmesine tahsis edilen eşya” her halükarda müsadere edilecek iken; “suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan eşya”nın müsaderesi, kamu güvenliği, kamu sağlığı veya genel ahlak açısından tehlikeli olmasıdır.

Sonuç olarak “suçun işlenmesine tahsis edilen” eşyadan ne anlaşılacak gerektiği ve de özellikle “suçun işlenmesinde kullanılan” ve “suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan” eşya kavramlarına nazaran ayrıldığı noktalar belirsizlikler arz etmektedir.

25 Hafizoğulları'na göre, bu hükme göre örneğin orman suçlarında, ormandan kesilen ağaçların kesilmesinde, taşınmasında kullanılan araçlar, müsadere edilmek üzere elde edilemediğinde, bunların değeri kadar paranın zorahımına karar verilecektir. Böylece, failin, şu veya bu şekilde, fiilen, müsadere hükmünü etkisiz kılması önlenmiş olmaktadır. Ancak, henüz ortada teşebbüs aşamasında kalmış yahut tamamlanmış bir suç yokken, sadece ileride işlenmesi düşünülen bir “suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanmış” eşyanın, ortadan kaldırılması, elden çıkarılması, tüketilmesi, vs, hallerinde, bu eşyanın değeri kadar paranın, “kamu güvenliği, kamu sağlığı veya genel ahlak açısından tehlikeli” görülerek, müsaderesine karar verilmesini anlamak mümkün olmamaktadır. Yazara göre daraltıcı yorum yaparak, Kanun koyucunun iradesinin, 54/1. maddesi hükmünün birinci cümlesinde yer alan hükümlerle ilgili olduğunu kabul etmek gerekecektir. HAFIZOĞULLARI, agm., s. 98.

26 “*Dava konusu Mercedes marka otomobilin sadece motor ve şasesinin yasal olmayan yollarla temin edilerek değiştirildiği kabul edildiğine göre, motor ve şasesinin gümrüklenmiş değeri üzerinden ceza tayini ve zorahım kararı verilmesi yerine, otomobilin tamamının hükme esas alınması*” bozmayı gerektirmiştir (Y.7.CD. 09/02/1999, 295/492, Bkz. EROL Haydar, İçtihatlı Türk Ceza Kanunu, Ankara, 2000, s. 77); “Suça konu pasaporttaki sahte vizenin iptali ile sahibine iadesi yerine müsaderesine karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir (Y.6.CD. 07/05/1992, 3018/3770).

27 HAFIZOĞULLARI, “agm., s. 97.

### 3. Çocuklara Özgü Güvenlik Tedbirleri

#### a. Mevzuat

YTCK ve ÇKK	ETCK
<p><b><u>5237 sayılı YTCK:</u></b></p> <p><b>Çocuklara özgü güvenlik tedbirleri</b></p> <p><b>Madde 56- (1)</b> Çocuklara özgü güvenlik tedbirlerinin neler olduğu ve ne suretle uygulanacakları ilgili kanunda gösterilir.</p> <p><b><u>5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunundaki (ÇKK) Temel Hükümler:</u></b></p> <p><b>Koruyucu ve destekleyici tedbirler</b></p> <p><b>Madde 5- (1)</b> Koruyucu ve destekleyici tedbirler, çocuğun öncelikle kendi aile ortamında korunmasını sağlamaya yönelik danışmanlık, eğitim, bakım, sağlık ve barınma konularında alınacak tedbirlerdir. Bunlardan;</p> <p>a) Danışmanlık tedbiri, çocuğun bakımından sorumlu olan kimselere çocuk yetiştirme konusunda; çocuklara da eğitim ve gelişimleri ile ilgili sorunlarının çözümünde yol göstermeye,</p> <p>b) Eğitim tedbiri, çocuğun bir eğitim kurumuna gündüzlü veya yatılı olarak devamına; iş ve meslek edinmesi amacıyla bir meslek veya sanat edinme kursuna gitmesine veya meslek sahibi bir ustanın yanına yahut kamuya ya da özel sektöre ait işyerlerine yerleştirilmesine,</p> <p>c) Bakım tedbiri, çocuğun bakımından sorumlu olan kimsenin herhangi bir nedenle görevini yerine getirememesi hâlinde, çocuğun resmî veya özel bakım yurdu ya da koruyucu aile hizmetlerinden yararlandırılması veya bu kurumlara yerleştirilmesine,</p> <p>d) Sağlık tedbiri, çocuğun fiziksel ve ruhsal sağlığının korunması ve tedavisi için gerekli geçici veya sürekli tıbbî bakım ve rehabilitasyonuna, bağımlılık yapan maddeleri kullananların tedavilerinin yapılmasına,</p> <p>e) Barınma tedbiri, barınma yeri olmayan çocuklu kimselere veya hayatı tehlikede olan hamile kadınlara uygun barınma yeri sağlamaya, Yönelik tedbirdir.</p> <p>(2) Hakkında, birinci fıkranın (e) bendinde tanımlanan barınma tedbiri uygulanan kimselerin, talepleri hâlinde kimlikleri ve adresleri gizli tutulur.</p>	<p><b>Madde 53-</b> Fiili işlediği zamanda on bir yaşını bitirmemiş olanlar hakkında takibat yapılamaz ve ceza verilemez.</p> <p>Ancak fiil kanunen bir seneden ziyade hapis cezasını veya daha ağır cezayı müstelzim bir cürüm olduğu takdirde müddei umuminin talebi üzerine mahkeme reisi çocuğun, istirdadı kabil tedabirden olmak ve on sekiz yaşını geçmeyecek müddetle mukayyet bulunmak üzere terbiye ve ıslah için devlet idare veya murakabesinde bulunan bir müesseseye konmasını veyahut takayyüt ve nezaretinde teseyyüp ve ihmal ile bir cürüm işlemesine meydan verilerse kendilerinden iki yüz liraya kadar cezayı nakdi alacağı ihtariyle ana baba veya vasiye teslimini emreder.</p> <p><b>Madde 54-</b> (Değişik madde: 09/07/1953-6123/1 m.) Fiili işlediği zaman on bir yaşını bitirmiş olup da on beş yaşını doldurmamış olanlar, farik ve mümeyyiz olmadıkları surette haklarında hiçbir ceza tertip olunamaz. Ancak işlenen fiil bir seneden fazla hapis veya daha ağır bir cezayı müstelzim cürümlerden ise bundan evvelki madde ahkamı tatbik olunur.</p> <p>(Değişik fıkra: 21/01/1983-2787/4 m.) Eğer çocuk işlediği fiilin bir suç olduğunu fark ve temyiz ile hareket etmiş ise suçunun cezası aşağıda yazılı şekillerde indirilir:</p> <p>1. Ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis cezası yerine on beş yıldan, müebbet ağır hapis cezası yerine on yıldan aşağı olmamak üzere hapis cezası verilir. *1*</p> <p>2. Diğer cezalar yarıya indirilir. Ağır hapis cezaları hapse çevrilir. Ancak, bu bendin tatbiki suretiyle hükmolunacak cezalar her fiil için yedi yıldan fazla olamaz.</p> <p>Amme hizmetlerinden memnuiyet ve emniyeti umumiye nezareti altına alınmak cezaları tatbik olunmaz.</p>

<p>3) Tehlike altında bulunmadığının tespiti ya da tehlike altında bulunmakla birlikte veli veya vasisinin ya da bakım ve gözetiminden sorumlu kimsenin desteklenmesi suretiyle tehlikenin bertaraf edileceğinin anlaşılması hâlinde; çocuk, bu kişilere teslim edilir. Bu fıkranın uygulanmasında, çocuk hakkında birinci fıkrada belirtilen tedbirlerden birisine de karar verilebilir.</p> <p><b>Çocuklara özgü güvenlik tedbiri</b></p> <p><b>Madde 11- (1)</b> Bu Kanunda düzenlenen koruyucu ve destekleyici tedbirler, suça sürüklenen ve ceza sorumluluğu olmayan çocuklar bakımından, çocuklara özgü güvenlik tedbiri olarak anlaşılır.</p>	<p>Şahsi hürriyeti bağlayıcı cezalar, para cezasından çevrilmiş olsa dahi eğer suçlu cezanın çektirilmesine başlandığı zaman on sekiz yaşını bitirmemiş ise ceza bir ıslahhanede çektirilir. Bu mahkumiyetler tekerrüre esas olamaz.</p> <p><b>Madde 55-</b> (Değişik madde: 09/07/1953-6123/1 m.)</p> <p>Fiili işlediği zaman on beş yaşını bitirmiş olup da on sekiz yaşını bitirmemiş olanlar hakkında aşağıda yazılı şekillerde ceza tayin olunur:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis cezası yerine yirmi seneden aşağı olmamak üzere ağır hapis cezası;*1*</li> <li>2. Müebbet ağır hapis yerine on beş seneden yirmi seneye kadar ağır hapis cezası verilir.</li> <li>3. (Değişik bent: 21/01/1983-2787/5 m.) Diğer cezaların üçte bire kadarı indirilir. Ancak, bu bendin tatbiki suretiyle hükmolunacak cezalar her fiil için on dört yıldan fazla olamaz.</li> <li>4. Amme hizmetlerinden memnuiyet ve emniyeti umumiye nezareti altına alınmak cezaları tatbik edilmez.</li> </ol> <p>Cezanın çektirilmesine başlandığı zaman on sekiz yaşını bitirmemiş olanlar hakkında hürriyeti bağlayıcı cezalar para cezasından çevrilmiş olsa dahi, onlara mahsus ceza evlerinde veya büyüklere mahsus ceza evlerinin hususi kısımlarında çektirilir. Bunlar on sekiz yaşını geçtikleri zaman eğer mahkum oldukları ceza müddeti üç seneden ve geri kalan müddeti iki seneden fazla ise büyük mahkumların buldukları ceza evlerine naklolunurlar. Ancak bunlardan, geçirdikleri müddet içindeki hal ve durumlarına göre münasip görülenler hususi ceza evinde veya büyüklere mahsus ceza evlerinin hususi kısımlarında alıkonulabilirler.</p> <p>Hükmün infazına başlandığı tarihte on sekiz yaşını bitirmiş ve mahkum oldukları ceza müddeti üç seneden az bulunmuş olup da geçmişteki hallerine nazaran hususi ceza evinde veya büyüklere mahsus ceza evlerinin hususi kısımlarında bulundurulmaları daha uygun görülenlerin cezaları bu evlerde çektirilir</p>
--	--

## b. Açıklamalar

**1-** YTCK'nın 51'inci maddesinin birinci fıkrasında fiili işlediği sırada on iki yaşını doldurmamış olan çocuklar hakkında; ikinci fıkrasında ise on iki yaşını doldurmuş olup da on beş yaşını doldurmamış olanların işlediği fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılayamamaları veya davranışlarını yönlendirme yeteneğinin yeterince gelişmemiş olması hâlinde haklarında çocuklara özgü güvenlik tedbirleri uygulanacağı öngörülmüştür. Yeni TCK'nın 56'ncı maddesi ile de çocuklara özgü güvenlik tedbirlerinin neler olduğu ve ne suretle uygulanacaklarının çocuklarla ilgili kanunda gösterileceği hükme bağlanmıştır.

**2-** 51. maddenin yollama yapmış olduğu 2253 sayılı Çocuk Mahkemelerinin Kuruluşu, Görev ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunun (10-17. maddeler) yerini, 3 Temmuz 2005 tarihinde kabul edilen ve 15 Temmuz 2005 tarih ve 25876 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe konulan 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu (ÇKK) almıştır.

**3-** ÇKK kapsamındaki “korunma ihtiyacı olan çocuklar” hakkında uygulanacak tedbirler, “koruyucu ve destekleyici tedbirler” başlığı altında 5. maddede düzenlenmiştir. ÇKK'nın 11. maddesine göre, 5. maddede sayılan tedbirler, “suça sürüklenen ve ceza sorumluluğu olmayan çocuklar” bakımından, çocuklara özgü güvenlik tedbiri olarak kabul edilecektir.

Maddeye göre koruyucu ve destekleyici tedbirler; çocuğun öncelikle kendi aile ortamında korunmasını sağlamaya yönelik danışmanlık, eğitim, bakım, sağlık ve barınma konularında alınacak tedbirlerdir.

**4-** Burada önemli bir hususa dikkat çekmek gerekmektedir. ÇKK'nda yer verilen tedbirler, “korunmaya muhtaç olan” veya “suça sürüklenip de cezai sorumluluğu bulunmayan” çocuklar hakkında uygulanabilecektir.

Buna karşılık suça sürüklenen ve cezai sorumluluğu bulunan 12–15 veya 15–18 yaş arasındaki çocuklar hakkında uygulanacak tedbirlerle ilgili olarak ne YTCK'da, ne YTCK'nun; “Çocuklara özgü güvenlik tedbirlerinin neler olduğu ve ne suretle uygulanacakları ilgili kanunda gösterilir” şeklindeki 56. madde hükmüne rağmen ÇKK'da, ne de diğer bir kanunda herhangi bir hüküm bulunmak-

tadır<sup>28</sup>. Bu boşluğun derhal doldurulması ve söz konusu tedbirlerin nelerden ibaret olduğunun özel kanun konumundaki ÇKK'da zaman kaybetmeksizin düzenlenmesi gerektiğini düşünmekteyiz.

**5-** Söz konusu madde ile kanun koyucunun çocuklara yönelik tedbirleri eski yasaya nazaran çocuk ceza hukukuna uygun olarak daha ayrıntılı ve kapsamlı bir şekilde düzenlemek istediği anlaşılmaktadır. Ancak diğer tüm hükümler açısından olduğu gibi burada da önemli olan sayılan tedbirlerin hayata geçirebilmesi ve özenli bir şekilde yürütülmesidir<sup>29</sup>.

#### 4. Akıl Hastalarına Özgü Güvenlik Tedbirleri

##### a. Mevzuat

YTCK	ETCK
<p><b>Akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirleri</b>  <b>Madde 57-</b> (1) Fiili işlediği sırada akıl hastası olan kişi hakkında, koruma ve tedavi amaçlı olarak güvenlik tedbirine hükmedilir. Hakkında güvenlik tedbirine hükmedilen akıl hastaları, yüksek güvenlikli sağlık kurumlarında koruma ve tedavi altına alınırlar.</p> <p>(2) Hakkında güvenlik tedbirine hükmedilmemiş olan akıl hastası, yerleştirildiği kurumun sağlık kurulunca düzenlenen raporda toplum açısından tehlikeliliğinin ortadan kalktığı veya önemli ölçüde azaldığının belirtilmesi üzerine mahkeme veya hâkim kararıyla serbest bırakılabilir.</p> <p>(3) Sağlık kurulu raporunda, akıl hastalığının ve işlenen fiilin niteliğine göre, güvenlik bakımından kişinin tıbbî kontrol ve takibinin gerekip gerekmediği, gerekiyor ise, bunun süre ve aralıkları belirtilir.</p>	<p><b>Dördüncü Bab: Cezaya Ehliyet ve Bunu Kaldıran veya Hafifleten Sebepler</b>  ...  <b>Madde 46-</b> (Değişik madde: 18/05/1955-6569/1 m.)  Fiili işlediği zaman şuurunun veya hareketinin serbestisini tamamen kaldıracak surette akıl hastalığına duçar olan kimseye ceza verilemez.  Ancak bu şahsın muhafaza ve tedavi altına alınmasına hazırlık tahkikatında Sulh Hakimi, ilk tahkikatta Sorgu Hakimi ve son tahkikatta vazifeli mahkeme tarafından karar verilir.  Muhafaza ve tedavi altında bulundurma müddeti şifaya kadar devam eder. Yalnız maznuna isnad olunan suç, ağır hapis cezasını müstelzim ise bu müddet bir seneden az olamaz.</p>

<sup>28</sup> ÜNVER Yener, Çocuk Koruma Kanunu, Güncel Ceza Hukuku ve Kriminoloji Çalışmaları, İÜHF Ceza Hukuku ve Kriminoloji Araştırma ve Uygulama Merkezi Yayını, No:1607, İstanbul, 2005, s. 29.

<sup>29</sup> YURTCAN, age., s. 13.

<p>4) Tıbbî kontrol ve takip, raporda gösterilen süre ve aralıklarla, Cumhuriyet savcılığınca bu kişilerin teknik donanımı ve yetkili uzmanı olan sağlık kuruluşuna gönderilmeleri ile sağlanır.</p> <p>(5) Tıbbî kontrol ve takipte, kişinin akıl hastalığı itibarıyla toplum açısından tehlikeliliğinin arttığı anlaşıldığında, hazırlanan rapora dayanılarak, yeniden koruma ve tedavi amaçlı olarak güvenlik tedbirine hükmedilir. Bu durumda, bir ve devamı fıkralarda belirlenen işlemler tekrarlanır.</p> <p>(6) İşlediği fiille ilgili olarak hastalığı yüzünden davranışlarını yönlendirme yeteneği azalmış olan kişi hakkında birinci ve ikinci fıkra hükümlerine göre yerleştirildiği yüksek güvenliğini sağlık kuruluşunda düzenlenen kurul raporu üzerine, mahkûm olduğu hapis cezası, süresi aynı kalmak koşuluyla, kısmen veya tamamen, mahkeme kararıyla akıl hastalarına özgü güvenlik tedbiri olarak da uygulanabilir.</p> <p>(7) Suç işleyen alkol ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde bağımlısı kişilerin, güvenlik tedbiri olarak, alkol ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde bağımlılarına özgü sağlık kuruluşunda tedavi altına alınmasına karar verilir. Bu kişilerin tedavisi, alkol ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde bağımlılığından kurtulmalarına kadar devam eder. Bu kişiler, yerleştirildiği kurumun sağlık kurulunca bu yönde düzenlenecek rapor üzerine mahkeme veya hâkim kararıyla serbest bırakılabilir.</p>	<p>Muhafaza ve tedavi altına alınan şahıs; muhafaza ve tedavinin icra kılındığı müessesesinin sıhhi heyetince, şifası tebeyyün ettiğine dair verilecek rapor üzerine aynı kazai mercice serbest bırakılır.</p> <p>Bu husustaki rapor ve kararda, hastalığın ve isnad olunan suçun mahiyeti gözönünde tutularak, içtimai emniyet bakımından şahsın tıbbi kontrole ve muayeneye tabi tutulup tutulmayacağı, tutulacaksa müddet ve fasılası da gösterilir. Tıbbi kontrol ve muayene; Cumhuriyet Müddeiumumilerince, kararda gösterilen müddet ve fasılalarda bu şahısların buldukları mahalde yoksa en yakın salahiyyetli mütehassısı olan hastane sıhhi heyetlerine sevk edilmeleri suretiyle temin olunur.</p> <p>Bu tıbbi kontrol ve muayenede nüks arazi gösterenler hakim veya mahkeme kararıyla yine muhafaza ve tedavi altına alınıp aynı muamelelere tabi tutulurlar.</p> <p><b>Madde 48-</b> (Değişik madde: 09/07/1953-6123/1 m.)</p> <p>Suç işlediği esnada arızı bir sebepten dolayı 46 ve 47'nci maddelerde munderiç akli maluliyet halinde bulunan kimseler hakkında o maddelerdeki ahkam tatbik olunur.</p>
--	---

## b. Açıklamalar

1- YTCK 32. maddesinde akıl hastalığı üç grup olarak düzenlenmiştir. Buna göre akıl hastalığı; “1) Kusur yeteneğini tamamen ortadan kaldıracak nitelikte olabilir; 2) Kusur yeteneğini önemli ölçüde kaldıracak nitelikte olabilir, 3) Kusur yeteneğini önemli ölçüde kaldıracak nitelikte olmamakla birlikte azaltan bir derecede bulunabilir<sup>30</sup>”. ETCK ise akıl hastalığının ceza so-

<sup>30</sup> İÇEL Kayıhan/EVİK Ali Hakan, İçel Ceza Hukuku-Genel Hükümler, II. Kitap, 4. Bası, Beta, İstanbul, 2007, s. 179.



rumluluğu üzerindeki etkisini akıl hastalarını iki grup altında toplayarak düzenlemektedir. “*Fiili işlediği zaman şuurunun veya harekâtının serbestisini tamamen kaldıracak surette akıl hastalığına duçar olan*” kişilere (tam akıl hastalarına) ceza verilemeyeceği, bunlar hakkında “muhafaza ve tedavi altına alma” tedbirlerinin uygulanacağı hükme bağlanmıştır. (m. 46/1) ETCK m. 47’de ise “*fiili işlediği zaman şuurunun veya harekâtının serbestisini ehemmiyetli derecede azaltacak surette akli maluliyete müptela olan*” kişiler bakımından cezada indirimle gidilmesi öngörülmektedir. Bu noktada YTCK’nın getirdiği yenilik, bu son akıl hastaları grubuna giren kimselere ceza verilemeyeceğini, bunlar bakımından güvenlik tedbirlerine hükmedileceğini öngörmesi olmuştur (m. 32/1).<sup>31</sup>

**2-** YTCK’nın, davranışlarını yönlendirme yeteneği, önemli derecede olmakla beraber azalmış olan kişiler bakımından cezada indirim öngörmesinin yanında, bu kişilerin cezalarının, süresi aynı olmak koşuluyla, kısmen veya tamamen akıl hastalarına özgü güvenlik tedbiri olarak da uygulanabileceğini kabul etmesi önemli bir yenilik teşkil etmektedir (m. 32/2).

**3-** Sağlık kurumunda koruma ve tedavi altına alma güvenlik tedbirinin süresi yoktur. YTCK’nın 57/2. maddesinin getirmiş olduğu yeni hükme göre, güvenlik tedbiri akıl hastasının toplum açısından tehlikeliliğinin ortadan kalkmasına veya önemli ölçüde azalmasına kadar uygulanacaktır. ETCK’da öngörülenin aksine YTCK’nın hükümlüye isnat edilen suçun ağırlığının tedavi süresinin alt sınırının belirlenmesinde etkili olması kabul edilmemiştir.<sup>32</sup>

**4-** YTCK, alkol ve uyuşturucu madde bağımlılarının da akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirlerine tabi olduğunu düzenlemiştir. Buna karşın 34. maddenin alkol ve uyuşturucu bağımlıları konusunda suskun kalmasını anlamak güçtür. Zira alkol veya uyuşturucu madde bağımlılığı bir tür “psikiyatrik hastalık” olarak değerlendirilir. Bu sebeple öğretide, bağımlı kişilerin cezai sorumluluğunun belirlenmesinde akıl hastalarına özgü sorumluluk rejiminin esas alınması gerektiği ifade edilmektedir.<sup>33</sup>

<sup>31</sup> CENTEL Nur, Yeni Türk Ceza Kanununda Cezalar ve Emniyet Tedbirleri, Yeni Türk Ceza Kanunu Sempozyumu, Türk Ceza Hukuku Derneği Yayını, No:7, 2005, s. 61.

<sup>32</sup> CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 4.Bası, Beta, İstanbul, 2006, s. 755; YERDELEN Erdal, 5237 sayılı TCK’nda Güvenlik Tedbirleri(Çevrimiçi), <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/189.doc> (ErişimTarihi: 30.07.2007).

<sup>33</sup> İÇEL/EVİK, age., s. 186.

## 5. Tekerrür-Özel Tehlikeli Suçlular ve Denetimli Serbestlik

### a. Mevzuat

YTCK ve CGTİHK	ETCK
<p><b>YTCK:</b></p> <p><b>Madde 58–(1)</b> Önceden işlenen suçtan dolayı verilen hüküm kesinleştikten sonra yeni bir suçun işlenmesi hâlinde, tekerrür hükümleri uygulanır. Bunun için cezanın infaz edilmiş olması gerekmez.</p> <p>(2) Tekerrür hükümleri, önceden işlenen suçtan dolayı;</p> <p>a) Beş yıldan fazla süreyle hapis cezasına mahkûmiyet hâlinde, bu cezanın infaz edildiği tarihten itibaren beş yıl,</p> <p>b) Beş yıl veya daha az süreli hapis ya da adli para cezasına mahkûmiyet hâlinde, bu cezanın infaz edildiği tarihten itibaren üç yıl,</p> <p>Geçtikten sonra işlenen suçlar dolayısıyla uygulanmaz.</p> <p>(3) Tekerrür hâlinde, sonraki suça ilişkin kanun maddesinde seçimlik olarak hapis cezası ile adli para cezası öngörülümüşse, hapis cezasına hükümlenir.</p> <p>(4) Kasıtlı suçlarla taksirli suçlar ve sırf askerî suçlarla diğer suçlar arasında tekerrür hükümleri uygulanmaz. Kasten öldürme, kasten yaralama, yağma, dolandırıcılık, uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti ile parada veya kıymetli damgada sahtecilik suçları hariç olmak üzere; yabancı ülke mahkemelerinden verilen hükümler tekerrüre esas olmaz.</p> <p>(5) Fiili işlediği sırada on sekiz yaşını doldurmamış olan kişilerin işlediği suçlar dolayısıyla tekerrür hükümleri uygulanmaz.</p> <p>(6) Tekerrür hâlinde hükümlenilen ceza, mükerrirlere özgü infaz rejimine göre çektirilir. Ayrıca, mükerrir hakkında cezanın infazından sonra denetimli serbestlik tedbiri uygulanır.</p> <p>(7) Mahkûmiyet kararında, hükümlü hakkında mükerrirlere özgü infaz rejiminin ve cezanın infazından sonra denetimli serbestlik tedbirinin uygulanacağı belirtilir.</p> <p>(8) Mükerrirlerin mahkûm olduğu cezanın infazı ile denetimli serbestlik tedbirinin uygulanması, kanunda gösterilen şekilde yapılır.</p> <p>(9) Mükerrirlere özgü infaz rejiminin ve cezanın infazından sonra denetimli serbestlik tedbirinin, itiyadi suçlu, suçu meslek edinen kişi veya örgüt mensubu suçlu hakkında da uygulanmasına hükmedilir.</p>	<p><b>Sekizinci Bap: Cürümde Tekerrür</b></p> <p><b>Madde 81-</b> (Değişik madde: 11/06/1936-3038/1 m.) Bir kimse beş seneden ziyade müddetle bir mahkumiyete uğradıktan sonra cezasını çektiği veya ceza düştüğü tarihten itibaren on sene ve diğer cezalarda beş sene içinde başka bir suç daha işlese yeni suça verilecek ceza altıda bire kadar artırılır. Yeni suç evvelki mahkumiyete sebep olan suç cinsinden ise hükmedilecek ceza altıda birden üçte bire kadar artırılır.</p> <p>İkinci suç için tayin edilecek cezaya tekerrürden dolayı zammı lazım gelen miktar, hiç bir suretle evvelki suç için hükmedilmiş olan cezaların en ağırından ziyade olarak tayin olunamaz. Evvelki veya sonraki suçlardan biri para cezası veya sürgün ve diğeri başka bir ceza olduğu takdirde tekerrürden dolayı yapılacak zam miktarının tayininde 19'uncu veya 40'ıncı maddelerde yazılı nisbet kaideleri tatbik olunur.</p> <p><b>Madde 82-</b> (Değişik madde: 11/06/1936-3038/1 m.) Müebbed ağır hapis cezasına mahkum olan kimse diğer bir veya bir kaç cürüm işlediği takdirde mahkumun geceli gündüzlü bir hücrede yalnız bırakılması müddeti eğer sonraki cürmü veya cürümleri muvakkat ağır hapis cezasını müstelzim ise bu cezanın veya bu cezalar mecmuunun sekizde birine, hapis cezasını müstelzim ise onda birine müsavi bir müddet uzatılır.</p> <p>Ancak ilave edilecek hücre müddeti ağır hapislerde üç seneden, hapiste iki seneden fazla olamaz.</p> <p>(Değişik fıkra: 21/11/1990-3679/5 m.) Sonraki cürümden dolayı da mahkuma müebbet ağır hapis cezası tayin olunmuşsa ilave edilecek hücre müddeti altı aydan az, üç yıldan fazla olamaz.</p> <p>(Ek fıkra: 14/07/2004-5218 S.K./1. m.) Yukarıdaki fıkralarda belirtilen hükümler, ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis cezasına mahkûmiyet durumunda iki kat olarak uygulanır.</p> <p><b>Madde 84-</b> (Değişik madde: 11/06/1936-3038/1 m.) Tekerrür halinde hükmedilecek ağır para cezasının 19'uncu maddeye göre hapse çevrilmesi halinde hapis müddeti beş seneyi geçemez.</p>

<p><b>CGTİHK:</b></p> <p><b>Madde 104- (1)</b> Cezaları ertelenen, salıverilen veya haklarında hapis cezası dışında herhangi bir tedbire hükmedilen hükümlülerin toplum içinde izlenmesi, iyileştirilmesi, psiko-sosyal problemlerinin çözülmesi, salıverme sonrası korunması ve yargılanan kişiler hakkında sosyal araştırma raporlarının düzenlenmesi ve mağdurun korunması gibi görevleri yerine getirmek üzere denetimli serbestlik ve yardım merkezleri kurulur.</p> <p>(2) Salıverilme sonrasında hükümlülere iş sağlanması için koruma kurulları kurulur.</p> <p>(3) Denetimli serbestlik ve yardım merkezleri ile koruma kurullarının kuruluşu, çalışma yöntem ve esasları, ilgili kanununda düzenlenir.</p> <p><b>Mükerrirlere özgü infaz rejimi ve denetimli serbestlik tedbiri</b></p> <p><b>Madde 108- ...</b></p> <p>(4) Hâkim, mükerrir hakkında cezanın infazının tamamlanmasından sonra başlamak ve bir yıldan az olmamak üzere denetim süresi belirler.</p> <p>(5) Tekerrür dolayısıyla belirlenen denetim süresinde, koşullu salıverilmeye ilişkin hükümler uygulanır.</p> <p>(6) Hâkim, mükerrir hakkında denetim süresinin uzatılmasına karar verebilir. Denetim süresi en fazla beş yıla kadar uzatılabilir.</p>	<p><b>Madde 85-</b> (Değişik madde: 11/06/1936-3038/1 m.) İşlediği suçlardan dolayı her defasında üç aydan fazla olmak üzere iki defa veya daha fazla şahsi hürriyeti bağlayıcı cezalarla mahkum olan kimse 81'inci maddede yazılı müddetler içinde, yine şahsi hürriyeti bağlayıcı bir cezanın verilmesini icab ettiren aynı cinsten bir suç işler ve göreceği cezanın müddeti otuz aydan aşağı olursa mezkur ceza müddeti yarı ve sair hallerde ağır hapis ve hapiste otuz seneyi geçmemek üzere üçte biri nisbetinde artırılır.</p> <p><b>Madde 87-</b> (Değişik madde: 09/07/1953-6123/1 m.) Geçen maddelerin tatbikatında:</p> <p>1) Kabahat fiilinden dolayı sadır olan hükümler bir cürüm vukuunda ve cürme müteallik hükümler kabahat vukuunda;</p> <p>2) Tedbirsizlik ve dikkatsizlik ve meslek ve sanatın icrası hususunda tecrübesizlik ve emirlerle nizamlara riayetsizlik neticesi olarak işlenen cürümler diğer cürümler mukabilinde ve sair cürümler bunlar mukabilinde;</p> <p>3) Sırf askeri cürümler hakkında sadır olan hükümler;</p> <p>4) Bu kanunun 6 ncı babının birinci faslındaki 316, 317, 318, 319, 320, 324 ve 331'inci maddeleriyle ikinci faslındaki 332 ve 333'üncü ve 7'nci babın 3'üncü faslındaki 403 ve 404'üncü maddelerde yazılı hususlardan dolayı verilen hükümler müstesna olmak üzere yabancı memleket mahkemelerinden verilen hükümler; tekerrüre esas olamaz.</p> <p><b>Madde 88-</b> Tekerrür hükümlerinin tatbikinde diğer bir cezadan kalbolunmuş olan ceza asıl ceza addolunur.</p>
---	--

## b. Açıklamalar

**1-** Tekerrür, bir suçtan mahkûm edilen kişinin mahkûmiyet kararının kesinleşmesinden itibaren belli bir süre içinde yeniden suç işlemesi durumudur.

YTCK'da tekerrür 58. maddede güvenlik tedbirleri arasında düzenlemiştir. ETCK ise tekerrürü 81, 82, 84, 85, 87, 88. maddelerinde "Cürümde Tekerrür" başlığı altında ayrı bir bapta düzenlemiştir. ETCK'nın yürürlükte olduğu dönemde öğretide "cezaların saptanmasındaki esaslar" başlığı altında incelenen<sup>34</sup> ve cezanın artmasını sonuçlayan bir kurum olan tekerrür, yeni hükme

<sup>34</sup> İÇEL ve Diğerleri, age., s. 179 vd

göre cezanın artırımına neden olmamakta, ancak cezanın infaz şeklini değiştirmektedir. Böylece, yeni kanunda tekerrürün hukuki niteliğinin değiştirilerek bir güvenlik tedbiri olarak düzenlendiği belirtilmektedir<sup>35</sup>. Ancak kanaatimizce salt böyle bir değişiklikle “tekerrür” kurumunu ceza hukuku teorisi açısından bir güvenlik tedbiri olarak nitelendirmek doğru olmaz. YTCK’nın getirmiş olduğu ve güvenlik tedbiri olarak nitelendirilebilecek kurum ise, tekerrür halinde cezanın infazından sonra uygulanacak olan denetimli serbestlik tedbiridir.

Denetimli serbestlik, YTCK’nın 58. maddesinin 6, 7, 8 ve 9. fıkralarında ve ayrıca 5402 sayılı Denetimli Serbestlik ve Yardım Merkezleri ile Koruma Kurulları Kanunu’nda düzenlenmiştir.

Denetimli serbestlik, bir cezaya mahkûm edilmiş olsalar bile tehlikeliliğin, suçu tekrarlayanlar ve özel tehlikeli suçlular bakımından devam etmekte olduğu esasına dayanmaktadır. Bunlar, özel tehlikeli suçlular, itiyadî suçlular, suçu meslek edinen kişiler ve örgüt mensubu suçlulardır (m. 58/9). Ancak, düzenlemenin odak noktasını tekerrür oluşturmaktadır. Tekerrür, 647 sayılı (mülga) Cezaların İnfazı Hakkında Kanundan farklı olarak, Kanunda cezayı artıran bir neden olarak değil, mükerririn infaz düzenini etkileyen (CGTİHK. m. 108) ve ayrıca denetimli serbestlik tedbirini gerektiren bir nedendir<sup>36</sup>.

Tekerrür halinde cezanın artırılması yönündeki sistemden vazgeçilmesinin olumlu bir gelişme teşkil etmesi bir yana, sonraki suç bakımından öngörülen seçimlik cezalardan ağır olana hükmedilmesi kuralına güvenlik tedbirleri çerçevesinde yer verilmesi haklı olarak eleştirilmiştir<sup>37</sup>.

**2-** YTCK’nın 58. maddesi ile ETCK’da düzenlenen basit tekerrür (m. 81) ve özel tekerrür (m. 81/2 ve 85) ayrımı ortadan kaldırılmıştır. Ayrıca kabahatlerin suç olmaktan çıkartılıp ayrı bir kanunla (Kabahatler Kanunu) düzenlenmesine uygun olarak, cürümlerle kabahatler arasında tekerrür olmayacağı şeklindeki hüküm de yürürlükten kaldırılmıştır.

**3-** ETCK döneminde tekerrür hükümlerinin uygulanabilmesi için kişinin önceden bir ceza mahkûmiyetinin bulunması gerekli olup, cezasının infaz edilmiş olmasının şart olup olmadığı konusu tartışmalı idi. YTCK 58/1. madde-

<sup>35</sup> ÖZBEK Veli Özer, Yeni Ceza Kanununun Anlamı, 3.Bası, Seçkin, Ankara, 2006, s. 609. Yazara göre “Böylece mükerrir suçlu olmakla ortaya çıkan tehlikelilik hali klasik ceza hukuk öğretisinden farklı olarak failin ıslah edilmesi ve topluma yeniden kazandırılması gereken bir durum olarak kabul edilmiştir olmaktadır.”

<sup>36</sup> HAFIZOĞULLARI, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Cezalar...”, s. 100.

<sup>37</sup> CENTEL, “Yeni Türk Ceza Kanununda Cezalar...”, s. 62.

sinde "...cezanın infaz edilmiş olması gerekmez" hükmünü getirerek bu tartışmaya son vermiştir. Böylelikle, önceki mahkûmiyet hükmünün kesinleşmiş olması yeterli sayılmıştır. Bu durumun sonucu olarak:

Tekerrüre esas olabilecek önceki mahkûmiyet hapis ya da para cezası olabilir. Bu durumda önceki cezanın YTCK'nın 50. maddesi uyarınca bir seçenek yaptırma çevrilmesi halinde tekerrür hükümleri uygulanmayacaktır<sup>38</sup>.

Genel af, mahkûmiyetin bütün sonuçlarını ortadan kaldırdığından genel af halinde tekerrür hükümleri uygulanmazken; özel af halinde mahkûmiyet diğer sonuçlarıyla varlığını koruduğundan tekerrür hükümlerinin uygulanmasına engel teşkil etmez.

Kişi hakkında önceden açılan soruşturma veya kovuşturmanın şikayetten vazgeçme, feragat, önödeme veya uzlaşma ile sonlandırılması halinde de bir mahkûmiyet hükmü olmadığından, sonradan işlenen suç nedeniyle tekerrür hükümleri uygulanmaz.

**4-** YTCK'nın getirmiş olduğu bir başka yenilik erteleme ile ilgilidir. Bir görüşe göre denetim süresinin iyi halle geçirilmesi halinde cezanın infaz edilmiş sayılması nedeniyle ertelenmiş ceza tekerrüre esas teşkil eder<sup>39</sup>. Ancak bizce yazarın ulaştığı sonuç doğru olmakla birlikte, böyle bir yorum için YTCK'nın 51/8. maddesine gitmeye gerek yoktur. Zira, tekerrürü düzenleyen 58/1.m hükmü cezanın infaz edilmiş olmasını aramamaktadır. Bu durumda erteleme kararının kesinleşmiş olması yeterlidir. ETCK zamanında ise deneme süresinin iyi halle geçirilmesi halinde mahkûmiyet vaki olmamış sayıldığından (ETCK m. 95/2) erteleme tekerrüre engel oluyordu.

**5-** YTCK, eskiden olduğu gibi süreli tekerrür sistemini benimsemiştir. Ancak süreler kısaltılmıştır. ETCK'da, "*bir kimsenin beş seneden fazla süreyle mahkûm olmasından sonra cezasını çektiği veya ceza düştüğü tarihten itibaren on sene ve diğer cezalarda beş sene*" olarak öngörölmüş olan süreler; YTCK'da "*5 yıldan fazla hürriyeti bağlayıcı cezaya mahkûmiyet halinde beş yıl; beş yıl ve daha az süreli hapis veya adli para cezasına mahkûmiyet halinde bu cezanın infaz edildiği tarihten itibaren üç yıl*" olarak değiştirilmiştir.

**6-** YTCK mükerrer suçlulardan başka, itiyadi suçluyu, örgüt mensubu suçluyu ve suç meslek edinen kişiler hakkında da denetimli serbestlik tedbirinin uygulanmasını öngörmüştür (m. 58/9).

<sup>38</sup> ÖZBEK, age. s. 611, DEMİRBAŞ, age., s. 570.

<sup>39</sup> ÖZBEK, age., s. 611.

Mahkeme, “mükerrirlere özgü infaz rejiminin ve cezanın infazından” sonra, denetimli serbestlik tedbirinin bu suçlular hakkında da uygulanmasına hükmeder. Kanunun tekrerrüü esas alan çözümü, itiyadi suçlu ve suçlu meslek edinen kişi bakımından da geçerlidir, çünkü bu kişilerin tekrerrür için öngörülen süre içerisinde birden çok kez suç işlemeleri mümkündür. Ancak, örgüt mensubu suçlunun, bu sıfatı kazanması için birden çok kez suç işlemesine, yani mükerrir olmasına gerek yoktur. Bu durumda, mükerrirlikten bağımsız olarak, “örgüt mensubu suçlunun”, suç örgütü kurma suçunun cezasının infazından sonra, denetimli serbestlik altına konulmasına mahkemece hükmedilmesi gerekmektedir<sup>40</sup>.

## 6. Sınırdışı Edilme

### a. Mevzuat

YTCK	ETCK
<p><b>Sınır dışı edilme</b>  <b>Madde 59-</b> (Değişik: 31/03/2005-5328/1 m.)  <b>(1)</b> İşlediği suç nedeniyle hapis cezasına mahkûm edilen yabancı, koşullu salıverilmeden yararlandıktan ve her halde cezasının infazı tamamlandıktan sonra, durumu, sınır dışı işlemleriyle ilgili olarak değerlendirmek üzere derhal İçişleri Bakanlığına bildirilir</p>	

### b. Açıklamalar

**1-** Sınırdışı edilme ile ilgili ETCK’da bir hüküm bulunmamakta idi. Milletlerarası Özel Hukuk kurallarına göre gerçekleştirilen sınırdışı edilme işlemi, idari bir yaptırım olarak uygulanmakta idi.

**2-** YTCK’nın 59. maddesinin ilk hali, “*İşlediği suç nedeniyle iki yıl ve daha fazla süreyle hapis cezasına mahkûm edilen yabancının cezanın infazından sonra derhal sınır dışı edilmesine de hükmolunur*” şeklinde idi. Söz konusu hüküm öngörmüş olduğu sistem nedeniyle öğretilde bir hayli eleştirilmiştir<sup>41</sup>. Öncelikle belirtmemiz gereken husus, 59.madde hükmünün, YTCK’nın

<sup>40</sup> HAFZIOĞULLARI, age., s. 101.

<sup>41</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. LEVİ Selim, “Yabancıların Sınır Dışı Edilmesi Yeni Türk Ceza Kanunu’nun Tartışma Yaratacak Bir Hükmü Nasıl Değiştirdi?”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 58, 2005, s. 29-39.

3. maddesinde belirtmiş olduğu eşitlik ilkesine de aykırı olarak sınırđışı edilme konusunda vatandaş ile yabancı arasında ayırım yapmış olduğudur<sup>42</sup>.

Sözkonusu düzenlemenin ilk halinde sınırđışı etmede takdirilik değil de, zorunluluk sisteminin benimsenmiş olması, suçun niteliğine ve failin kişiliğine bakılmaksızın hapis cezasına mahkûm edilen her yabancınn sınırđışı edilmesine neden olma olasılığı nedeniyle cezaların bireyselleştirilmesi ilkesiyle de bağdaşmamaktaydı.

Ayrıca kanunun somut cezayı esas alması, örneğin aynı suçu aynı koşullarda işleyen ve farklı mahkemelerde yargılanan iki kişiden birinin 1 yıl 11 ay hapis cezasına, diğerinin 2 yıl hapis cezasına mahkûm edilmesi halinde, sadece 1 ay fazla ceza alanın otomatik olarak sınırđışı edilmesine neden olacağından adalete aykırı bir uygulamaya yol açacaktı.

Bu ve benzeri hukuki sorunların yanı sıra yabancıların sınırđışı edilmesini kolaylaştıran böyle bir hüküm, ölkemizin yabancı devletlerle olan ilişkilerine zarar verebilecek ve hatta yabancınn sınırđışı edildiği ölkede işkence vb. bir muameleye maruz kalması halinde devletin uluslararası alanda sorumluluğunu dahi doğurabilecek nitelikte vahim bir hüküm idi. Neyse ki, bu hüküm 31/3/2005 tarih ve 5328/1 sayılı Kanunla, henüz yürürlüğe girmeden değiştirilmiştir.

**3-** Yeni hükme göre “*İşlediği suç nedeniyle hapis cezasına mahkûm edilen yabancı, koşullu salıverilmeden yararlandıktan ve her halde cezasının infazı tamamlandıktan sonra, durumu, sınır dışı işlemleriyle ilgili olarak değerlendirmek üzere derhal İçişleri Bakanlığına bildirilir*” demek suretiyle suç işleyen yabancınn, cezasını çektikten sonra sınır dışı edilmesi, güvenlik tedbiri olmaktan çıkartılmış; sınır dışı edilme, asıl sahibi olan kolluğa mal edilmiş<sup>43</sup>, idari bir tedbir haline getirilmiştir<sup>44</sup>. Böylelikle hapis cezasına mahkûm edilen her yabancı şartla salıverme veya cezasının infazının ardından İçişleri Bakanlığı’nca, kişiliği gözönünde bulundurularak ayrı ayrı değerlendirilecek ve gerçekten kamu düzeni ya da benzeri kurumlara zarar verip vermeyeceklerine göre karar verilecektir<sup>45</sup>.

42 ARTUK Emin, “Yeni Türk Ceza Kanununun Genel Hükümlerine İlişkin Düşünceler”, Yeni Türk Ceza Kanunu Sempozyumu, Türk Ceza Hukuku Derneği Yayını, No:7, 2005, s. 31; LEVİ Selim, “Yabancılar Sınırđışı Edilecek mi?”, Güncel Hukuk, Nisan 2005, Sayı: 16, s. 46.

43 HAFIZOĞULLARI, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Cezalar...”, s. 92.

44 CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, age., s. 752.

45 LEVİ Selim, “Yabancıların Sınır Dışı Edilmesi...”, s. 39.

4- YTCK'nın 59. maddesinde geçen "Yabancı" terimi kanunda tanımlanmamıştır. Ancak 6. maddede "vatandaş" kavramı, "fiili işlediği sırada Türk vatandaşı olan kişi" olarak tanımlanmıştır. Maddenin karşıt anlamından "yabancı" teriminden, "fiili işlediği sırada Türk vatandaşı olmayan kişi"nin anlaşılması gerektiği söylenebilir. Ancak, kanaatimizce yabancılık unsurunun ne zaman aranması gerektiği konusu açıklığa kavuşturulmalıdır. Bir görüşe göre, TCK'nın 6. maddesine bakılarak "fiili işlediği sırada" kişinin yabancı olması aranmalıdır<sup>46</sup>. Bizim de katıldığımız karşı görüşe göre ise, böyle bir yorum Anayasa'nın 23/son ve AİHS 7. Ek Protokolünün 3. maddesine aykırı düşer. Bu nedenle sınırdışı etme anındaki vatandaşlık esas alınmalıdır<sup>47</sup>. Keza, bir yabancı'nın milletlerarası özel hukuk hükümlerine göre vatandaşlık hakkı elde etmiş olması halinde böyle bir tedbirin uygulanması anlamlı olmayacaktır.

## 7. Tüzel Kişiler Hakkında Güvenlik Tedbirleri

### a. Mevzuat

YTCK	ETCK
<p><b>Tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbirleri</b></p> <p><b>Madde 60- (1)</b> Bir kamu kurumunun verdiği izne dayalı olarak faaliyette bulunan özel hukuk tüzel kişisinin organ veya temsilcilerinin iştirakiyle ve bu iznin verdiği yetkinin kötüye kullanılması suretiyle tüzel kişi yararına işlenen kasıtlı suçlardan mahkûmiyet hâlinde, iznin iptaline karar verilir.</p> <p>(2) Müsadere hükümleri, yararına işlenen suçlarda özel hukuk tüzel kişileri hakkında da uygulanır.</p> <p>(3) Yukarıdaki fıkralar hükümlerinin uygulanmasının işlenen fiile nazaran daha ağır sonuçlar ortaya çıkarabileceği durumlarda, hâkim bu tedbirlere hükmetmeyebilir.</p> <p>(4) Bu madde hükümleri kanunun ayrıca belirttiği hâllerde uygulanır</p>	

<sup>46</sup> ÖZBEK, age., s. 617

<sup>47</sup> ÖZTÜRK/ERDEM, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 10.Bası, Seçkin, Ankara, 2006, s. 346.



**b. Açıklamalar**

**1-** YTCK'nın 20/2. maddesine göre tüzelkişiler hakkında ceza müeyyidesi uygulanamaz, ancak "güvenlik tedbiri niteliğindeki yaptırımlar saklıdır". Kanun 60. maddesinde, tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbirleri, faaliyet izninin iptali ve müsadere olarak belirlenmiştir.

60. maddede düzenlenen "faaliyet izninin iptali"ne hükmedilebilmesi için ilk koşul, tüzelkişinin özel hukuk tüzelkişisi olması ve belirli bir faaliyette bulunabilmesine ilişkin bir kamu kurumunca verilen iznin varlığıdır. İkinci koşul ise, bu iznin sağladığı yetkinin kötüye kullanılması suretiyle tüzel kişi yararına kasıtlı bir suç işlenmesidir. Söz konusu olan suç, tüzel kişi yararına işlenmiş herhangi bir suç değildir; işlenen suçla, verilen iznin kullanılması arasında nedensellik bağı olmalıdır. Ayrıca, özel hukuk tüzel kişisinin organ veya temsilcilerinin bu suçun işlenmesine iştirak etmeleri gerekir.

Özel hukuk tüzel kişileri bakımından öngörülen ikinci güvenlik tedbiri ise müsadere'dir. Müsaderenin uygulanabilmesi için suçun tüzel kişi yararına işlenmesi gerekmektedir.

Kanun ayrıca tüzel kişilere güvenlik tedbirleri uygulanması söz konusu olduğunda, işlenen suçta nazaran çok ağır sonuçlar doğabilmesi ihtimaline karşılık hakime tedbiri uygulama konusunda takdir yetkisi vermiştir. Madenin gerekçesinde bu duruma örnek olarak, çok sayıda kişinin işsiz kalması veya iyi niyetli üçüncü kişiler bakımından telafisi güç kayıplar meydana gelmesi gösterilmiştir.

Özel hukuk tüzel kişileri hakkında uygulanacak güvenlik tedbirlerine, her suç bakımından değil, kanunda özel olarak belirtilen hâllerde hükmedilebilecektir.

**2-** YTCK'nın getirmiş olduğu bu sistem temelinde eleştirilmeye mahkûmdur. Zira, bizzat kanunun genel gerekçesinde belirtildiği gibi güvenlik tedbirleri, özellikle tehlikeli bir takım suçular veya isnat yeteneği yahut ceza sorumluluğu bulunmayan failler için uygulanan ve özünde iyileştirme, ıslah ve sosyalleştirme amacıyla uygulanan bazı tedbirlerdir. Bu niteliği karşısında tüzel kişi ıslah edilemeyeceğine, sosyalleştirilemeyeceğine, tedavi edilemeyeceğine göre teorik olarak tüzel kişiye güvenlik tedbiri uygulanması mümkün değildir<sup>48</sup>.

<sup>48</sup> KOCASAKAL Ümit, "Yeni Türk Ceza Kanununun Genel Hükümleri Üzerine Kısa Bir Değerlendirme", (Çevrimiçi), [www.gunisigihukuk.com/yenitekuzerine.html](http://www.gunisigihukuk.com/yenitekuzerine.html) (Erişim Tarihi: 10.03.2006).

Oysa kanunkoyucu tüzelkişiyi, organı veya temsilcisi kişinin iştiraki ile işlenen suçlarda, suçun tüzel kişinin yararına işlenmiş olması kaydıyla, emniyet tedbirinin muhatabı saymıştır (m. 20/2, m. 60). Böylece, isterse organ veya temsilci kişi olsun, üçüncü kişinin fiilinden, fiilin faili yanında, tüzel kişiyi de sorumlu tutmuş olmaktadır. Ancak Medeni Kanun hükümlerine göre tüzel kişiler, ne hukuka aykırı olarak varlık kazanabilirler, ne de karar organlarında kanunun suç saydığı bir fiilin işlenmesine karar verebilirler. Bu durum karşısında, Kanun, tüzel kişiyi, kendi fiilinden ötürü değil, üçüncü kişinin suç oluşturan fiili ile ilişkili olarak güvenlik tedbirinin muhatabı kılmaktadır. Bu durum başkasının fiillerinden sorumluluk anlayışını tarihte bırakan ceza hukuku teorisini akla getirmektedir<sup>49</sup>.

Ayrıca 60. maddede tüzel kişiler için öngörülen izin iptali, müsadere gibi önlemler güvenlik tedbiri değil, niteliği ve sonuçları itibariyle cezadır. İzin iptali bir anlamda ölüm cezası niteliğindedir. Ayrıca tüzel kişinin tekrar izin için başvurup başvuramayacağı ve usulü belirsizdir<sup>50</sup>. Bu durumda, tüzel kişinin ceza sorumluluğunun bulunmadığı yönündeki hükmün pratikte bir anlamı kalmamaktadır.

## Sonuç

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, reform adı altında mevcut ceza hukuku sistemini bir seferde ve sil baştan yapılandırma çabasıyla oluşturulduğundan birçok sorunu da beraberinde getirmiştir. Bu sorunlar, güvenlik tedbirlerinin düzenlenmesinde de kendini göstermektedir. Nitekim, sınırdışı edilme ile ilgili 59. madde örneğinde olduğu gibi kanundaki birtakım düzenlemelerin henüz kanun yürürlüğe girmeden ve uygulaması görülmeden değiştirilmesi, bu durumu ortaya koymaktadır.

Kanunkoyucunun, esasında başlı başına birer yaptırım veya mahkumiyetin kanuni sonucu olan müesseseleri güvenlik tedbirleri adı altında toplaması, bunların hukuki niteliği konusunda doktrindeki tartışmaları gidermek bir yana alevlendirmiştir. Bu itibarla, YTCK'nun 53-60. maddelerinde, öğretide ve içtihatlar doğrultusunda gelişecek yorumlara göre yeni değişikliklerin yapılması gerekeceği kanaatindeyiz.

<sup>49</sup> HAFIZOĞULLARI, agm., s. 104.

<sup>50</sup> CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, age. s. 751.

# EĞİTİM KURUMLARINDA TÜR BAN SORUNLARI: AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ YÖNÜNDEN LAİKLİK İLKESİNİN KONUMU

*F. Kerem BİLGİN\**

## Giriş

Eğitim kurumlarında dinsel simgelerin kullanımının düzenlenmesi Avrupa ölçeğinde bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Organları bu sorun içerisinde belirgin bir biçimde ön plana çıkan, eğitim kurumlarında türban giyiminin önlenmesi meselesine çeşitli vakalar bağlamında eğilmek durumunda kalmışlardır. Söz konusu vakalarda tartışılan tedbirlerin dayanaklarını laiklik ilkesinde bulması Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ni genel olarak laiklik ilkesinin AİHS ile olan ilişkisini belirginleştirmeye iterken, özel olarak da temellerini belirli laiklik anlayışlarında bulan uygulamaları incelemeye sevk etmiştir.

Eğitim kurumlarında türban giyimini engelleyen düzenlemelerin değerlendirildiği davalarda, Mahkeme'nin laiklik ilkesinin esas olarak iki boyutunu ele aldığı söylenebilir. Söz konusu boyutların birbirleriyle doğrudan bir bağlantısı olması itibarıyla yapılan ayırım bir ölçüde suni görülebilmekle beraber, bu iki boyut Mahkeme'nin retoriğinde belirgin çizgilerle yer bulmaktadır. Buna göre laiklik ilkesi öncelikle türban giyiminin sınırlandığı eğitim kurumlarının bir *kimlik öğesi* olarak karşımıza çıkmaktadır (I). Öte yandan laiklik ilkesi, bu görünüm biçimi ile bağlantılı bir şekilde, Mahkeme tarafından AİHS'nin içerdiği değerlerin korunmasına hizmet eden bir *araç* olarak değerlendirilmiştir (II).

---

\* Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Öğrencisi.

## I. Eğitim Kurumlarının Kimliği Olarak Laiklik İlkesi

AIHM eğitim kurumlarında dinsel simgelerin kullanımının düzenlenmesi alanında taraf devletlere “belirgin” bir takdir payı tanımaktadır. Böylelikle ulusal makamlar laiklik ilkesi bağlamında bu alanda benimseyecekleri “model” konusunda önemli bir takdir yetkisine sahip olmaktadır (A). Mahkeme ayrıca, devletlerin laiklik ilkesi doğrultusunda “kamusal eğitimin tarafsızlığı”nı sağlamak amacıyla eğitim kurumlarında dinsel simgelerin kullanımını sınırlayabileceklerini kabul etmektedir. Bu çerçevede laiklik ilkesinin bir uzantısı olarak görünen kamusal eğitimin tarafsızlığı, başkalarının hak ve özgürlükleri ile kamu düzeninin korunması amaçlarına hizmet etmesi itibarıyla AIHS’ne bağlanmaktadır (B).

### A. Eğitim Kurumlarında Dinsel Simgelerin Taşınmasının Düzenlenmesi Bakımından Devletlerin Takdir Payı

AIHM eğitim kurumlarında dinsel simgelerin taşınmasının düzenlenmesinde devletlere belirli bir takdir payı tanınması gereğini, Avrupa Konseyi ülkelerinin konuya ilişkin “yaklaşımlarının” farklılık göstermesine ve özellikle ülkelerin kendilerine özgü koşullarının bulunmasına dayandırmaktadır (1). Mahkeme ayrıca eğitim kurumlarını ilgilendiren giyim normları bakımından üst derecede açıklık (*precision*) taşıyan katı kuralların öngörülemezliğini kabul etmekle, söz konusu kuralların “lafzının” belirlenmesinde de devletlere bir “takdir payı” tanımış olmaktadır (2).

#### 1. Karşılaştırmalı Hukukun ve Ulusal Bağlamın İşlevselliği

AIHM’nin *Leyla Şahin Kararı*’nda<sup>1</sup>, eğitim kurumlarında dinsel simgelerin kullanımının düzenlenmesi alanındaki takdir payını temellendirmek ama-

<sup>1</sup> Bkz. *Leyla Şahin c. Turquie*, n° 44774/98, 10.11.2005, [Büyük Daire Kararı], s. 14–17, § 55–65.

Karara giden süreç şu şekilde özetlenebilir: 23 Şubat 1998 tarihinde İstanbul Üniversitesi Rektörlüğü’nce türbanlı ve sakallı öğrencilerin derslere girişini yasaklayan bir genelgenin kabulünü takiben, Cerrahpaşa Tıp Fakültesi öğrencisi olan Leyla Şahin’in çeşitli ders ve sınavlara girişi engellenir. Leyla Şahin söz konusu genelgenin iptali istemiyle İstanbul İdare Mahkemesi’nde dava açar. Ancak bu dava, Yükseköğretim Kanunu’nun rektörlere üniversitelerde düzenin korunması amacıyla öğrencilerin giyimi konusunda düzenleme yapma yetkisini tanıdığı; söz konusu yetkinin dava konusu işlemde yasalara, Anayasa Mahkemesi ve Danıştay içtihatlarına uygun surette kullanılmış olduğu gerekçesiyle reddedilir. Leyla Şahin bu karara karşı yaptığı temyiz başvurusunun Danıştay’ca reddi üzerine AIHM’ne başvurur. Başvurucu dava dilekçesinde AIHS’nin 8, 9, 10 ve 14. maddeleri ile Ek Protokol’ün 2. maddesinde teminat altına alınan haklarının ihlal edildiğini ileri sürer. 29 Haziran 2004 tarihinde verilen Daire Kararı, AIHS’nin 9. maddesinin ihlal edilmediğine ve başvurusunun ileri sürdüğü diğer maddeler bakımından bir inceleme yapılmasına gerek bulunmadığına hükmeder. Leyla Şahin bu karar üzerine davanın Büyük Daire’ye gönderilme-

cıyla karşılaştırmalı hukuka yaptığı atıf dikkat çekicidir<sup>2</sup>. Genel olarak din devlet ilişkilerinin düzenlenmesinde taraf devletlere belirli bir takdir payının tanınması gereği esasen Mahkeme'nin müstekar içtihatlarına yansımış bir ilkedir<sup>3</sup>. Çünkü Avrupa düzeyinde "dinin toplumsal anlamı" konusunda ortak bir algı ayırt edilememektedir<sup>4</sup>.

Bununla beraber üniversitelerde öğrenciler tarafından dinsel simgeler taşınmasının düzenlenmesine ilişkin takdir payının vurgulanması açısından karşılaştırmalı hukukun işlevselliği bazı soru işaretlerini de beraberinde getirmektedir. Zira Mahkeme'nin de belirttiği üzere yükseköğretim kurumlarında türban giyimi yalnızca üç Avrupa Konseyi ülkesinde (Arnavutluk, Azerbaycan ve Türkiye) bir hukuki düzenlemeye tâbidir<sup>5</sup>. Bu nedenle bir üniversitede uygulanan türban yasağının ele alındığı bir davada, Mahkeme'nin eğitim kurumlarında dinsel simgelerin kullanımının düzenlenmesinde devletlerin sahip oldukları takdir payını temellendirmek amacıyla "soruna ilişkin ulusal yaklaşımların çeşitliliğine" dayanması eleştirilmiştir<sup>6</sup>. Ancak bu eleştirinin yerindeliğinin sınırları dikkatle belirlenmelidir.

---

sini talep eder. Büyük Daire, 10 Kasım 2005 tarihli kararında, başvuru tarafından ileri sürülen maddelerin hiçbirinin ihlal edilmediği sonucuna varır. İncelemesini AİHS'nin, "düşünce, vicdan ve din özgürlüğünü" teminat altına alan 9. maddesi ile Ek Protokol'ün "eğitim hakkını" koruyan 2. maddesi üzerinde yoğunlaştıran Büyük Daire, dava dilekçesinde dayanılan diğer maddelerin ihlal edilmediği sonucuna ise oldukça kısa bir analiz neticesinde varmıştır.

- 2 Büyük Daire, *Leyla Şahin Kararı*'nın vakalara ilişkin bölümünün "ilgili hukuk ve uygulama" kısmında, Avrupa Konseyi'ne üye 20 devletin eğitim kurumlarında türban giyiminin ne şekilde düzenlendiğini incelemiştir. § 55-65. Kararın İngilizce metnini temel alan bir çevirisi için bkz. [www.yargitay.gov.tr/aihm/pdf/44774\_98.pdf]
- 3 Ör. Bkz. *Manousskakis et autres c. Grèce*, 11.9.1996, § 44; *Wingrove c. Royaume Uni*, n° 17419/90, 22.11.1996, s. 20, § 58; *Cha'are Shalom Ve Tsedek c. France*, n° 27417/95, s. 24, § 84.
- 4 *Otto-Preminger-Institute c. Autriche*, n° 13470/87, 20.9.1994, s. 19, § 50.
- 5 Kararda Azerbaycan ve Arnavutlukta benimsenen düzenlemelerin kapsamı hakkında bir bilgi verilmemekle beraber, bu ülkelerde de yükseköğretim kurumlarında türban kullanımının yasaklandığı anlaşılmaktadır. Mahkeme'nin bahsi geçen üç ülkede, eğitim kurumlarında türban giyimi sorununun bireysel özgürlük tartışmalarının yanında türbanın "siyasi anlamı" etrafında da tartışıldığını belirtmesi dikkat çekicidir. Bkz. *Leyla Şahin c. Türkiye*, n° 44774/98, 10.11.2005, s. 14-17, § 55.
- 6 Bkz. BURGORGUE-LARSEN (L.) ve DUBOUT (E.), "Le port du voile à l'université. Libres propos sur l'arrêt de la Grande Chambre *Leyla Sahin c. Turquie* du 10 novembre 2005", R.T.D.H., 2006, n° 66, s. 191-194: Yazarlar Avrupa Konseyi ülkelerinin büyük çoğunluğunda üniversitelerde türban giyiminin serbest olması itibarıyla Mahkeme'nin devletlere tanıyan takdir payına ilişkin argümanlarının temelsiz kaldığını belirtmektedirler. Bu nedenle, adı geçen yazarlara göre, karşılaştırmalı hukuka yapılan atıf Mahkeme'nin gerekçesini zayıflatmıştır. Büyük Daire'nin *Leyla Şahin Kararı*'na karşı oy kullanan Hâkim Tulkens ise Türkiye'ye tanıyan geniş takdir payı karşısında Avrupa hâkiminin denetiminin kararda adeta "yer bulmadığını" ileri sürmüştür. *Leyla Şahin c. Turquie-Opinion dissidente de Mme la Juge Tulkens*, s. 44, § 3.

Her şeyden evvel Mahkeme yukarıda adı geçen üç ülke dışında kalan Avrupa ülkelerinde türban sorununun temel olarak ilköğretim okulları ve liseler bağlamında tartışıldığının ve bu düzeyde mutlak bir yasağın devlet okulları bakımından yalnızca Fransa’da uygulandığının farkındadır. Mahkeme’nin kararında yer alan karşılaştırmalı hukuk incelemesi çerçevesinde durumları ele alınan diğer Avrupa Konseyi devletlerinin yükseköğretim kurumlarında türban giyiminin serbest olduğu açıkça anlaşılmaktadır. Ancak farklı Avrupa ülkelerinin benimsedikleri tutumlar bir yana, Mahkeme eğitim kurumlarında dinsel simgelerin taşınmasına ilişkin düzenlemelerin ulusal gelenekler ve başkalarının özgürlükleri ile kamu düzeninin korunması gerekleri doğrultusunda ülkelere göre farklılaşabileceğini belirtmektedir. Zira “dini bir inancın alenen sergilenmesine tekabül eden eylemlerin anlam ve etkileri dönemlere ve bağlamlara göre farklılık gösterebilirler.” Bu nedenle Mahkeme’ye göre böyle bir düzenlemenin kapsamına ilişkin tercih, ulusal koşullara bağlı olması itibarıyla, şartlar gereği belirli ölçüde ilgili devlete bırakılmalıdır. (§ 109) Mahkeme bu suretle devletlerin takdir payını önemli ölçüde “ulusal bağlamların” farklılaşabilmesine dayandırmıştır. Bu yaklaşım dolaylı olarak ihtilafli bir tedbirin “demokratik bir toplumda zorunlu” bir müdahale teşkil edip etmediğinin tespit edilmesinde ilgili ülkenin koşullarının dikkate alınması gereğini vurgulamaktadır. Bu doğrultuda AİHM, *Leyla Şahin Kararı*’nda hukuki incelemesini Türkiye’nin “genel durumuna” sıkı surette bağlamaya çalışmıştır.

*Leyla Şahin Davası* Daire Kararı’nda<sup>7</sup> yer alan tespitleri benimseyen Büyük Daire, “Türkiye bağlamında türban sorunu değerlendirilirken” söz konusu simgenin türban giymeyenler üzerindeki etkisinin göz ardı edilemeyeceğini belirtmiştir. Mahkeme ayrıca Türkiye’de “toplumun bütününe, dinsel simgelerini ve din kurallarına dayalı toplum anlayışlarını dayatmaya çalışan köktenci siyasi hareketlerin” varlığını dikkate almıştır. Bu çerçevede Mahkeme, İstanbul Üniversitesi’nde uygulanan dinsel simgelerin kullanımına ilişkin yasağın, *başkalarının hak ve özgürlükleri* ile *kamu düzeninin korunması* amaçlarına ulaşmayı hedeflediğini kabul etmiştir. (§ 115) Böylelikle AİHM’nin başvurucunun “dinini açıklama özgürlüğü” ile “eğitim hakkının” ihlal edilmediği sonucuna ulaşmasında Türkiye’nin “ulusal bağlamı” belirleyici bir rol oynamıştır.

## 2. Yasayla Sınırlama Şartı Bağlamında Takdir Payı

AİHM’nin türban davalarında karşılaştığı önemli hukuki sorunlardan birisi

<sup>7</sup> *Leyla Şahin c. Turquie*, n° 44774/98, 29.6.2004, [Daire Kararı]; Bkz. FLAUSS (J.-F), “Actualité de la Convention européenne des droits de l’homme (février-juillet 2004)”, A.J.D.A., 2004, n° 33, s. 1809-1820.

de bireylerin dinlerini açıklama özgürlüklerine getirilecek sınırlamaların yasayla öngörülmesi şartını ilgilendirmektedir<sup>8</sup>. Bu bağlamda AİHM *Dahlab Davası*'nda, başvuruçunun İsviçre'de bir devlet ilköğretim okulunda türban giyerek öğretmenlik görevini ifa etmesinin engellenmesinin hukuki dayanaktan yoksun olduğu yönündeki iddiasını incelemiştir<sup>9</sup>. Bu noktada “yasayla sınırlama şartı”na ilişkin içtihadını hatırlatan Mahkeme bu koşulun, yasaların “erişilebilirlik” ve “öngörülebilirlik” kısıtlarına uygun olmasını gerektirdiğini belirtmiştir<sup>10</sup>. *Dahlab Davası*'nda çekişme konusu tedbir “Kamusal Eğitime İlişkin Cenevre Kantonu Kanunu”na dayanmaktaydı. Söz konusu kanun, 6. maddesinde “kamusal eğitimin öğrencilerin ve ebeveynlerin dini ve siyasi kanaatlerine saygı gösterilmesini temin edeceğini” belirtirken, 120. maddesinde “memurların laik olması” gerektiğini vazetmekteydi. Bu hükümlerin ilgili kimselerin tutumlarını belirlemelerini sağlayacak ölçüde

8 AİHS'nin 9. maddesinin ilk fıkrası “düşünce, vicdan ve din özgürlüğünü” teminat altına alırken, aynı maddenin ikinci fıkrası “din veya inancını açıklama özgürlüğü”nün sınırlanmasını düzenlemektedir. Buna göre: “Din veya inancını açıklama özgürlüğü ancak kamu güvenliğinin, kamu düzeninin, genel sağlığın veya ahlakın ya da başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için demokratik bir toplumda zorunlu tedbirlerle ve yasayla sınırlanabilir.”; 9.madde konusunda bkz. DUTERTRE (G.), *Extraits clés de jurisprudence. Cour européenne des droits de l'homme*, Editions du Conseil de l'Europe, juillet, 2003, s. 285–297.

9 *Dahlab c. Suisse*, n° 42393/98, 15.2.2001, 2001-V. İsviçre'nin Cenevre Kantonu'ndaki bir ilköğretim okulunda öğretmenlik yapan Lucia Dahlab, İslam dinini benimsedikten sonra türban giymeye başlamış ve mesleğini aralıklarla fiilen üç yıl boyunca bu şekilde devam ettirmiştir. Bununla beraber Cenevre Kantonu İlköğretim Genel Müdürlüğü, görevini türbanıyla ifa etmesinin Kamusal Eğitim Yasası'na aykırı olduğu gerekçesiyle, L. Dahlab'ın mesleki faaliyeti çerçevesinde türban giymesini yasaklamıştır. Bu karara karşı iç hukuk yollarını tüketen Dahlab, “dinini açıklama özgürlüğünün” ihlal edildiği ve bu özgürlüğü bağlamında cinsiyete dayalı bir ayrımcılığa maruz kaldığı iddiasıyla AİHM'ne başvurmuştur. Mahkeme başvuruçunun iddialarını reddederek dilekçe hakkında kabul edilemezlik kararı vermiştir.

10 AİHM, Sözleşme'nin 8 ilâ 11. maddelerinin 2.fıkralarında hüküm altına alınan “yasayla sınırlama” şartına ilişkin olarak kapsamlı bir içtihat geliştirmiştir. Strazburg Mahkemesi'ne göre bu şart, kısıtlayıcı bir tedbirin öncelikle “iç hukukta bir dayanağının” bulunmasını gerekli kılar. Ancak bu koşul ilgili yasanın “erişilebilirlik” ve “öngörülebilirlik” ölçütlerine uygun olmasını da gerektirir. İnsan Hakları'na sınırlamalar getiren yasaların “erişilebilir olması”, vatandaşların belirli bir alana ilişkin hukuk kurallarından makul surette haberdar olabilecek durumda bulunmalarını ifade eder. Yasaların “öngörülebilirliği” ise hukuk kurallarının, ilgililerin -icabında uzmanların da yardımıyla- davranışlarının doğurabileceği sonuçları makul ölçüde öngörebilmelerini ve tutumlarını belirlemelerini sağlayacak bir açıklık taşımalarını ifade eder. Bu yönüyle AİHM'nin yasayla sınırlama şartına ilişkin içtihadının “kanunu bilmemek mazeret sayılmaz” ilkesine belirli bir görecelilik getirdiği söylenebilir. Bununla beraber Mahkeme, yasaların lafzının mutlak bir açıklık taşıyamayacağını da kabul etmektedir. Mahkeme'ye göre pek çok yasa, değişen koşullara uyum sağlamak ve ölçüsüz katılıklardan kaçınmak için az çok “belirsiz” (*flou*) ifadeler kullanırlar. Bu noktada yargı mercilerinin işlevi, güncel deneyimlerin gelişimini dikkate alarak, hukuk normlarının yorumlanmasına ilişkin belirsizliklerin giderilmesidir. Bkz. *Sunday Times c. Royaume-Uni*, n° 6538/74, 26.4.1979, s. 31, § 49; *Gorzelik et autres c. Pologne*, n° 44158/98, s. 32, § 64.

“açıklık” taşıdığı kanaatine varan Mahkeme, çekişme konusu tedbirin Sözleşme’nin m. 9 § 2 hükmü anlamında bir yasayla öngörüldüğüne hükmetmiştir.

AİHM *Leyla Şahin Davası*’nda yasayla sınırlama şartı bağlamında ayrıntılı bir inceleme yapmak durumunda kalmıştır. Bu davada başvuru, İstanbul Üniversitesi’ne türbanlı öğrencilerin girişini yasaklayan 23 Şubat 1998 tarihli rektörlük genelgesinin, 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu’nun üniversitelerde türban giyimini sarahaten (*expressis verbis*) yasaklamayan Ek 17. maddesine aykırı olduğunu ileri sürmüştür<sup>11</sup>. Bu iddia karşısında “yasayla sınırlama şartına” ilişkin müstekar içtihadını yineleyen Mahkeme “yasa” teriminin geniş bir yorumunu benimsediğini hatırlatma yoluna gitmiştir. Şekli anlamının ötesinde maddi anlamıyla ele alınması gereken bu terim, gerek *yazılı hukuku* (genel düzenleyici işlem niteliğinde bulunan tüzük ve yönetmelik nevinden yasa-altı (*infralégislatif*) düzeydeki metinler dâhil olmak üzere) gerekse de *yazılı olmayan hukuku*, yani “yargıçlar tarafından geliştirilen hukuku”, kapsamaktadır. “Özetle ‘yasa’, yetkili yargı mercileri tarafından yorumlandığı şekliyle yürürlükte olan metindir.” (§ 88) Mahkeme bu nedenle dava konusu tedbirin yasal temelinin varlığına ilişkin hukuki sorunu münhasıran 2547 sayılı Kanun’un Ek 17. maddesinin lafzı yönünden değil, aynı zamanda ulusal yargı mercilerinin ilgili içtihatları bakımından da incelenmesi gerektiğini belirtmiştir.

Bu bağlamda AİHM hukuki incelemesini 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu’nun Ek 17. maddesinin iptali istemine ilişkin 9.4.1991 tarihli Türk Anayasa Mahkemesi kararına dayandırmıştır<sup>12</sup>. Anayasa Mahkemesi bu kararında, yükseköğretim kurumlarında kılık ve kıyafet serbestisini “*yürürlükteki Kanunlara aykırı olmamak*” koşuluna tâbi kılan bu maddenin, üniversitelerde türban giyimine cevaz vermediği kanaatine vararak iptal istemini reddetmiştir. Anayasa Mahkemesi’ne göre Ek 17. maddede yer alan “*yürürlükteki Kanunlar*” ifadesi Anayasa’yı “öncelikle” kapsamaktadır. Dolayısıyla söz konusu madde öngördüğü kıyafet serbestisini her şeyden evvel “kendi içinde” Anayasa kurallarıyla sınırlamaktadır. Yüksek Mahkeme bu noktada “yükseköğretim kurumlarında dini inanç sebebiyle boyun ve saçların örtü veya türbanla kapatılmasının” Anayasa’ya aykırı olduğu yönündeki görüşünü yineleyerek, konuya ilişkin 7.3.1989 tarihli kararına atıfta bulunmuş-

<sup>11</sup> 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu’nun Ek 17. maddesi şu şekildedir: “Yürürlükteki Kanunlara aykırı olmamak kaydı ile, Yükseköğretim Kurumlarında kılık ve kıyafet serbestidir.”

<sup>12</sup> Bkz. AYM, E.1990/36, K.1991/8, Kt. 9.4.1991; Kararın yabancı doktrindeki bir yorumu için bkz. GREWE (C.) et RUMPF (C.), “La Cour constitutionnelle turque et sa décision relative au ‘foulard islamique’”, R.U.D.H., 1991, s. 113-124.



tur<sup>13</sup>. Anayasa Mahkemesi bu kararında “*Dini inanç sebebiyle boyun ve saçların örtü veya türbanla kapatılması serbesttir*” hükmünü getiren Yükseköğretim Kanunu’nun Ek 16. maddesini, Anayasa’nın öngördüğü laiklik ve kanun önünde eşitlik ilkelerine aykırılık gerekçesiyle, iptal etmiştir<sup>14</sup>. Anayasa Mahkemesi bu gerekçelerle 9.4.1991 tarihli kararında Yükseköğretim Kanunu’nun Ek 17. maddesinde öngörülen giyim kuşam özgürlüğünün “dini inanç sebebiyle boyun ve saçların örtü ve türbanla kapatılmasını” ve “dinsel nitelikli giysileri” kapsamadığına hükmetmiştir.

Büyük Daire, “Ek 17. maddenin lafzını tamamlayan” ve Anayasa Mahkemesi’nin geçmiş içtihadı ile aynı doğrultuda şekillenen bağlayıcı nitelikli bu kararın T.C Resmi Gazetesi’nde yayınlanması itibariyle “erişilebilir” nitelikte olduğunu vurgulamıştır. Büyük Daire ayrıca, İstanbul Üniversitesi veya başka üniversitelerin Yükseköğretim Kanunu’nun Ek 17. maddesinin öngördüğü bir kuralı, ilgili mahkeme içtihatları ışığında, “az çok katı” bir biçimde uygulamış olmalarının tek başına bu kuralı “öngörülemez” nitelikte kılamayacağını ifade etmiştir. Nihayet Büyük Daire İstanbul Üniversitesi’nde türban giyiminin 1994 yılından itibaren, yani başvurusunun üniversiteye kayıt olmasından önce yasaklandığını vurgulayarak “öngörülebilirlik” ilkesine ilişkin değerlendirmelerini güçlendirmiştir<sup>15</sup>.

*Leyla Şahin Kararı* yasayla öngörülme şartı bağlamında benimsediği yaklaşımla “insan haklarının sınırlanması konusunda üniversite rektörlüğüne Türk Hukuku’nda sahip olmadığı bir yetki tanıdığı” gerekçesiyle eleştirilmiştir<sup>16</sup>. Bununla beraber bu eleştirinin de “Avrupa denetim sistemi” açısından yerindeliği tartışılabilir. Çünkü AİHM çekişme konusu bir tedbirin iç hukuk bakımından yasallığını denetlemeyip, Sözleşme’nin dayandığı “özerk kavramlar” temelinde bağımsız bir denetim gerçekleştirmektedir. Yasayla sı-

<sup>13</sup> Bkz. AYM, E.1989/1, K.1989/12, Kt. 7.3.1989.

<sup>14</sup> Anayasa Mahkemesi’nin 7.3.1989 tarihli kararıyla iptal ettiği Yükseköğretim Kanunu’nun Ek 16. maddesi şöyleydi: “Yükseköğretim kurumlarında, dersane, laboratuvar, klinik, poliklinik ve koridorlarında çağdaş kıyafet ve görünümde bulunmak zorunludur. Dini inanç sebebiyle boyun ve saçların örtü veya türbanla kapatılması serbesttir.”

<sup>15</sup> Büyük Daire gerçekleştirdiği “öngörülebilirlik denetimi” kapsamında Danıştay’ın üniversitelerde türban giyimini Türkiye Cumhuriyeti’nin temel ilkelerine aykırı bir tutum olarak değerlendiren kararlarını da göz önüne almıştır. (§ 93)

<sup>16</sup> ALTIPARMAK (K.) ve KARAHANOGULLARI (O.), “Pyrrhus Zaferi: Leyla Şahin/Türkiye, AİHM/Hukuk, Düzenleyici İşlem/Kanun”, Hukuk ve Adalet Dergisi, Yıl: 1, Sayı: 3, Temmuz-Eylül, 2004, s. 249–276. Yazarlar, *Leyla Şahin Davası* Daire Kararı’nda kabul edilenin aksine, Yüksek Öğretim Kanunu’nun 13. maddesinin üniversite rektörlerine tanıdığı genel “idari gözetim ve denetim” yetkisinin kılık kıyafet alanında düzenleme yapma yetkisini kapsamadığını belirtmektedirler. Bununla beraber AİHM’nin yasayla sınırlama şartına ilişkin denetimini Yüksek Öğretim Kanunu’nun Ek 17. maddesi bakımından gerçekleştirdiği dikkate alınmalıdır.

nırlama koşulu bağlamında Mahkeme, çekişme konusu tedbirin iç hukukta bir dayanağının bulunmasını ve ulusal yargı mercilerinin ilgili hukuk kurallını yorumlama biçimini dikkate alarak “global” bir inceleme gerçekleştirmektedir. Bu çerçevede AİHM *Leyla Şahin Kararı*’nda, üniversite rektörlüğünün, ulusal yargı organlarınca yorumlandığı şekliyle Yükseköğretim Kanunu’nun Ek 17. maddesini uyguladığını kabul ederek, çekişme konusu tedbirin iç hukukta bir dayanağı olduğu sonucuna ulaşmıştır.

Büyük Daire’nin *Leyla Şahin Kararı*’nda, üniversitelerin iç kurallarının söz konusu olduğu bir alanda “katı kurallar” oluşturularak üst derecede açıklık (*precision*) taşıyan kanunların hazırlanmasının güç, hatta isabetsiz olabileceğini özel olarak belirtmesi ayrı bir önem arz etmektedir. (§ 96) Zira Mahkeme, ilke düzeyinde benimsediği bu yaklaşımla öngörülebilirlik ilkesine “esneklik” kazandırma yönündeki eğilimini eğitim kurumlarında dinsel simgelerin taşınmasının düzenlenmesi alanında somutlaştırmıştır<sup>17</sup>. Böylelikle Mahkeme’nin, devletlerin bu alana ilişkin kurallarını “kaleme alırken” de belirli bir “takdir payı”na sahip olduklarını kabul ettiği söylenebilecektir.

## B. Kamusal Eğitimin Tarafsızlığının Korunması

Kamusal eğitimin tarafsızlığının korunması amacı, AİHM önünde eğitim kurumlarında dinsel simgelerin taşınmasına ilişkin düzenlenmelerin temel dayanaklarından biri olarak gösterilmiştir. AİHM *Dahlab Kararı*’nda, başvurunun türbanıyla bir devlet ilköğretim okulunda öğretmenlik yapmasını engelleyen idari kararı değerlendirirken İsviçre Federal Mahkemesi’nin görüşlerini dikkate almıştır. Federal Mahkeme’ye göre bu karar öğrencilerin ve velilerin dini duygularının yanında, “okulun dinsel tarafsızlığını” da korumayı amaçlamaktadır. Başvurucu mesleği icabı “okul otoritesine” sahiptir ve devletin temsilcisi konumundadır. Bu bağlamda Federal Mahkeme, kamusal eğitimin tarafsızlığının korunması amacı ile başvurunun dinini açıklama özgürlüğünü dengelemeye çalışmıştır. Federal Mahkeme L. Dahlab’ın dinini açıklama özgürlüğüne yapılan müdahalenin, bir kamu kurumunda öğretmen gören öğrencilerin dinsel açıdan tarafsız bir ortamda eğitim görme haklarının korunması gereği karşısında meşru olduğu sonucuna varmıştır<sup>18</sup>.

Bu gerekçeleri göz önüne alan AİHM, başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması, kamu düzeni ve güvenliğinin muhafaza edilmesi gerekleri karşı-

<sup>17</sup> Eğitim kurumlarına ilişkin bu yaklaşımın dolaylı olarak *Dahlab Kararı*’nda da yer aldığı söylenebilir. Zira *Dahlab* ve *Leyla Şahin Vakaları*’nda ortaklık arz eden bir nokta, çekişme konusu tedbirlerin türban giyimini “lafzan” yasaklamayan Kanunlara dayanmalarıdır.

<sup>18</sup> *Dahlab c. Suisse*, n° 42393/98, 15.2.2001, 2001-V, s. 13–14.

sında başvuruçunun dini inançlarının “bütünüyle dikkate alındığı” kanaatine varmıştır. Mahkeme böylelikle, İsviçre Anayasası uyarınca laiklik ilkesine tâbi bulunan devlet okullarında verilen eğitimin tarafsızlığını muhafaza ederek, başkalarının özgürlükleri ile kamu düzeninin korunması amaçlarını güden dava konusu tedbirin, başvuruçunun dinini açıklama özgürlüğünü ihlal etmediği sonucuna varmıştır<sup>19</sup>.

AİHM *Dahlab Kararı*'nda dayandığı temel prensipleri *Sevgi Kurtulmuş Davası*'nda, mesleğini türbanıyla icra etmekteki ısrarlı tutumu neticesinde “görevinden çekilmiş sayma” cezasına çarptırılan bir üniversite öğretim görevlisi bağlamında yinelemiştir<sup>20</sup>. Mahkeme Türkiye’de kamu görevlilerinin tâbi olduğu giyim kurallarının, devletin temsilcisi konumunda bulunan memurların görevleri esnasında tarafsız bir görünüme sahip olmalarını sağlayarak, laiklik ilkesi ile ondan kaynaklanan “kamu hizmetinin tarafsızlığı” ilkesini muhafaza etmeyi amaçladıklarını belirtmiştir<sup>21</sup>. Strazburg Mahkemesi, yakınılan hukuki düzenlemenin meşruiyetini kamusal eğitimin tarafsızlığı ve laiklik ilkelerine bağlı gereklerde bulduğu sonucuna varmıştır<sup>22</sup>. Böylelikle AİHM eğitim kurumlarının “kimliğinin” bir parçası olarak görünen laikliği, “kamusal eğitimin tarafsızlığını” sağlayan bir prensip olarak ele almıştır.

Öğretmenler ve öğretim görevlileri eğitim kamu hizmetinin yürütülmesine katılan ve bu çerçevede kamu gücünü kullanan kimselerdir. Kamusal eğiti-

<sup>19</sup> P. Rolland’a göre *Dahlab Kararı*, bilhassa ileri yaştaki öğrencilere nazaran daha kolayca etkilenebilecek bir konumda bulunan küçük yaştaki çocuklar bakımından, öğretmenin başkalarının vicdanına saygı gereğinden kaynaklanan tarafsızlık yükümlülüğünü bütünüyle benimsemiştir; ROLLAND (P.), “Ordre public et pratiques religieuses”, in FLAUSS (J.-F), *La protection internationale de la liberté religieuse*, Bruylant, 2002, s. 231–271.

<sup>20</sup> *Kurtulmuş c. Turquie*, n° 65500/01, 24.1.2006; İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi’nde öğretim görevlisi olan Sevgi Kurtulmuş, üniversite dâhilinde türban giyerek kamu kurumu personelinin tâbi olduğu giyim kurallarını ihlal ettiği gerekçesiyle, 1998 yılı içerisinde farklı dönemlerde çeşitli disiplin cezaları almıştır. Bu yaptırımlara rağmen tutumunu değiştirmeyen S. Kurtulmuş, *Yüksek Öğretim Kurumları Yönetici, Öğretim Elemanı ve Memurları Disiplin Yönetmeliği* uyarınca “görevinden çekilmiş sayma” cezasına çarptırılmıştır. Bu karara karşı idari yargı yoluna başvuran S. Kurtulmuş, uğradığı disiplin cezalarını tüm sonuçlarıyla ortadan kaldıran bir af yasaasının çıkartılmasına rağmen, yine bu yasaanın sağladığı imkândan faydalanarak iptal davasını devam ettirmiştir. Sevgi Kurtulmuş, davasının Danıştay’ca reddedilmesi üzerine Sözleşme’nin diğer bazı hükümlerinin yanında 9. ve 14. maddelerinin ihlali iddiasıyla AİHM’ne başvurmuştur. Bununla beraber Mahkeme Sevgi Kurtulmuş’un başvurusunu “açıkça dayanaktan yoksun” bularak reddetmiştir.

<sup>21</sup> 657 s.lı *Devlet Memurları Kanunu*’nun Ek 19. maddesi uyarınca: “Devlet memurları, kanun, tüzük ve yönetmeliklerin öngördüğü kılık ve kıyafet kurallarına uymak mecburiyetindedirler.” Kamu Kurum ve Kuruluşlarında Çalışan Personelin Kılık Kıyafet Yönetmeliği 5. maddesinde kadın personelin “görev mahallinde baş daima açık” olarak bulunacağı hükümünü getirmektedir.

<sup>22</sup> *Kurtulmuş c. Turquie*, n° 65500/01, 24.1.2006, s. 8.

min tarafsızlığının muhafaza edilmesi ihtiyacı karşısında, bu kişilerin belirgin dinsel simgeler taşımalarının önlenmesi lehindeki gerekçelerin anlaşılması büyük bir zorluk teşkil etmez. Ancak daha dikkat çekici olan husus, AİHM'nin bu ihtiyacın karşılanması için dinsel simgelerin kullanımına getirilebilecek sınırlamaların öğrencilere de uygulanabileceğini kabul etmesidir. AİHM *Şefika Köse ve Diğerleri Davası*'nda, türbanlı olarak okula girmeleri engellenen İmam Hatip Lisesi öğrencilerinin "eğitim hakları" ile "dinlerini açıklama özgürlüklerinin" ihlal edildiği yönündeki iddialarını incelemiştir<sup>23</sup>. Mahkeme'ye göre Türkiye'de lise öğrencilerinin tâbi oldukları giyim kuralları, dini inançlarından bağımsız olarak tüm öğrencilere uygulanan genel kapsamlı hükümlerdir. Bu kurallar bilhassa "bir baskı tehlikesine maruz kalabilecek gençlere hitap eden lise eğitiminin tarafsızlığının korunması meşru amacına hizmet etmektedirler<sup>24</sup>." Mahkeme öğrencilerin eğitim hakkının ihlal edilmediği sonucuna ulaşırken, çekişme konusu tedbirin başkalarının hak ve özgürlükleri ile kamu düzeninin korunması amaçları bakımından da demokratik bir toplumda gerekli bir sınırlama teşkil ettiğini kabul etmiştir. Kararın çeşitli bölümlerine yansıyan bu değerlendirmeler dikkate alındığında<sup>25</sup>, Mahkeme'nin liselerde düzenin ve çoğulculuğun zarar görmesinden eğitimin tarafsızlığının etkileneceği kanaatinde olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

AİHM *Şefika Köse ve Diğerleri Davası*'nda "kamusal eğitimin niteliği sorunu"na Ek Protokol'ün m. 2 § cümle 2 hükmü bağlamında bir başka açıdan eğilmek durumunda kalmıştır<sup>26</sup>. Davada başvuruçular arasında yer alan öğrenci velileri, çocuklarını İmam Hatip Liseleri'ne, bu kurumların dini inançlarına uygun bir eğitim verdikleri kanaatiyle kaydettirdiklerini belirtmişlerdir. Velilere göre çekişme konusu tedbir, kendilerini bu haklarından mah-

<sup>23</sup> *Şefika Köse et autres c. Turquie*, n° 26625/02, 24.1.2006.; Karşılaştırmamız: House of Lords, *R (on the application of Begum by her litigation friend, Rahman) v. Headteacher and Governors of Denbigh High School*, [2006] UKHL 15, 22.3.2006.

<sup>24</sup> *Şefika Köse et autres*, a.g.k., s. 13; Milli Eğitim Bakanlığı ile Diğer Bakanlıklara Bağlı Okullardaki Görevlilerle Öğrencilerin Kılık Kıyafetlerine İlişkin Yönetmelik uyarınca liselerde kız öğrenciler "başları açık" bir şekilde bulunmak zorundadırlar. (m. 12 § a, 1) Bu kuralın tek istisnası yine aynı Yönetmelikle İmam Hatip Liseleri dâhilinde verilen Kuran dersleri bakımından öngörülmüştür: "İmam-Hatip liselerinde kız öğrenciler yalnız Kuran-ı Kerim ders saatlerinde başlarını örtebilirler." (m. 12 § c, 3)

<sup>25</sup> Mahkeme başvuruçuların ayrımcılık iddialarına karşı da benzer değerlendirmelerde bulunmuştur: Öğrencilerin giyimine ilişkin düzenlemelerin amacı, "eğitim kurumlarının tarafsız ve laik niteliğini muhafaza ederek bir baskı tehlikesine maruz kalabilecek gençleri korumak ve eğitim dünyasının menfaatlerini gözetmektir."; *Şefika Köse et autres*, a.g.k., s.17

<sup>26</sup> AİHS'ne Ek Protokol'ün m. 2 § cümle 2 hükmü şöyledir: "Devlet, eğitim ve öğretim alanında yükleneyeceği görevlerin yerine getirilmesinde, ana ve babanın bu eğitim ve öğretimin kendi dini ve felsefi inançlarına göre yapılmasını sağlama haklarına saygı gösterir."

rum bırakmıştır. Mahkeme bu iddia karşısında Ek Protokol'ün m. 2 § cümle 2 hükmünün, devletlerin eğitim alanında ebeveynlerin dini ve felsefi kanaatlerine saygı göstermeyen bir "aşılama" (*endoctrinement*) amacı gütmelerini yasakladığını hatırlatmıştır<sup>27</sup>. Oysaki öğrenci velilerinin İmam Hatip Liseleri'nde verilen eğitimle ilgili olarak böyle bir şikâyetleri olmadığı gibi, bu okullarda uygulanan müfredata bir itirazları da bulunmamaktadır<sup>28</sup>. Velilerin talebi kızlarının, başörtüsü giyimine münhasıran Kuran-ı Kerim derslerinde cevaz veren bir düzenlemeden muaf tutularak, okul alanında herhangi bir sınırlamaya tâbi olmaksızın türban giyebilmeleridir.

AIHM bu tespitlerini müteakiben "dini okullar" olmayan İmam Hatip Liseleri'nin Türk eğitim sisteminin bir parçası olmaları itibarıyla laiklik ilkesine tâbi olduklarını belirtmiştir<sup>29</sup>. Mahkeme'ye göre bu türden kurumlar oluşturan bir devlet, dinsel çoğulculuğu temin edecek olan "tarafsız bir hakem" olma görevinden sıyrılamaz. Bu bakımdan yetkili makamlar, okullarda öğrencilerin dini inançlarını izhar etmelerinin bir "dışlama ve baskı kaynağı" oluşturacak bir davranışa dönüşmesini engellenmekle yükümlüdürler. Öte yandan Mahkeme, Kuran dersleri hariç olmak üzere okul dâhilinde uygulanan türban yasağının, ebeveynleri, çocuklarını dini veya felsefi kanaatleri doğrultusunda yönlendirme hakkından mahrum bırakmadığı kanaatine varmıştır<sup>30</sup>. AIHM temel olarak bu gerekçelerle inceleme konusu vakada başvuru-rcuların Ek Protokol'ün m. 2 § cümle 2 hükmünden kaynaklanan hakları-

27 "Devletin eğitimde ebeveynin dini ve felsefi kanaatlerine saygı yükümü" konusunda bkz. ÖKTEM (A.E.), Uluslararası hukukta inanç özgürlüğü, Liberte Yayınları, 2002, Ankara, s. 424-437.

28 Bu noktada *Şefika Köse Vakası*, Danimarka'da devlet okullarında verilen zorunlu cinsel eğitim derslerinden yakınan öğrenci velilerinin açtığı *Kjeldsen, Busk Madsen ve Pedersen Davası*'ndan farklılık göstermektedir; Bkz. *Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen c. Danmark*, n° 5095/71, 5920/72, 5926/72, 7.12.1976.

29 Milli Eğitim Temel Kanunu'nun 12. maddesine göre: "Türk milli eğitiminde laiklik esastır. Din kültürü ve ahlak öğretimi ilköğretim okulları ile lise ve dengi okullarda okutulan zorunlu dersler arasında yer alır." Aynı Kanun'un 32. maddesine göre ise: "İmam-hatip liseleri, imamlık, hatiplik ve Kur'an kursu öğreticiliği gibi dini hizmetlerin yerine getirilmesi ile görevli elemanları yetiştirmek üzere, Milli Eğitim Bakanlığınca açılan ortaöğretim sistemi içinde, hem mesleğe hem yüksek öğrenime hazırlayıcı programlar uygulayan öğretim kurumlarıdır."

30 *Şefika Köse Davası*'nda kullanılan ifadeler Mahkeme'nin belirli bir yerde "türban serbestisi talebi" ile "ebeveynlerin inançlarına uygun bir eğitim beklentisini" ayırdığı izlenimini vermektedir. Oysa ki başvuru-rcuların arzuladıkları türban serbestisi, İmam Hatip Liseleri'nde verilen eğitime ilişkin beklentilerinin bir parçasıdır. Her halükarda Mahkeme'nin ulaştığı sonuç bakımından bu yaklaşımın önemi abartılmamalıdır. Mahkeme, Ek Protokol m. 2 § cümle 2 hükmünün taraf devletlere, müfredat programlarında yer alan bilgilerin her türlü "prozelitizmden" arı, "dingin" bir ortamda, nesnel, eleştirel ve çoğulcu bir şekilde verilmesini sağlama yükümlülüğünü getirdiğini hatırlatmıştır; *Şefika Köse et autres*, a.g.k., s. 13. Bu bakımdan Mahkeme nazarında çekişme konusu tedbir öncelikle bu amaçlara hizmet etmekte ve ebeveynlerin eğitime ilişkin haklarını ihlal etmemektedir.

nın ihlal edilmediği sonucuna varmıştır. Mahkeme'nin bu değerlendirmesiyle Türk Milli Eğitim Sistemi'nin temel aldığı laiklik ilkesinin eğitim kurumlarında çoğulculuğu koruyucu işlevini vurguladığı kabul edilebilecektir.

## II. Meşru Değerleri Koruma Aracı Olarak Laiklik İlkesi

AIHM eğitim kurumlarında dinsel simgelerin kullanımını önleyen düzenlemeleri AIHS'nin içerdiği değerlerin korunması gereği bağlamında ele almıştır. Bu doğrultuda Mahkeme *Leyla Şahin Kararı*'nda gerçekleştirdiği denetimi belirli ölçüde "cinsiyetler arası eşitlik ilkesi"ne dayandırmıştır. Mahkeme ayrıca önüne gelen tüm türban vakalarında, ihtilafli tedbirlerin ayrımcı birer uygulama teşkil ettiği yönündeki başvuru iddialarını değerlendirmiştir (A). Öte yandan AIHM laiklik ilkesinin sözleşmesel sınırlama nedenleriyle olan ilişkisini öne çıkartarak, laikliğin bireylerin korunmasına yönelik işlevini kararlarının merkezine yerleştirmiştir. Bununla beraber Mahkeme'nin türban davalarında gerçekleştirdiği denetim, dar anlamda bir vaka analizini aşan ilkesel bir denetimin izlerini de taşımaktadır (B).

### A. Cinsiyetler Arası Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Sorunu

AIHM'nin *Leyla Şahin Davası*'nda, üniversite öğrencilerinin tâbi olduğu türban yasağının Sözleşme nazarında meşrulaştırılmasına yönelik olarak kadın erkek eşitliği ilkesine başvurması, söz konusu ilkenin bu amaç bakımından yerindeliği konusunda önemli tartışmalar yaratabilecek niteliktedir (1). Bununla beraber Mahkeme'nin türban davalarında başvuru sahiplerinin dini inançları nedeniyle olduğu kadar, cinsiyetleri bakımından da bir ayrımcılığa uğradıkları yönündeki iddialarının reddetmek için dayandığı gerekçeler ilkesel düzeyde tutarlı bir çerçeve oluşturmaktadır (2).

#### 1. Kadın-Erkek Eşitliğinin Yerindeliği Sorunu

AIHM *Leyla Şahin Kararı*'nda gerçekleştirdiği denetim çerçevesinde, İstanbul Üniversitesi'nde uygulanan türban yasağının, Türk yargı mercilerinin kabul ettiği üzere, laiklik ilkesinin yanında "cinsiyetler arası eşitlik" ilkesine dayandığını dikkate almıştır. Büyük Daire Türk Anayasa Mahkemesi'nin, 7.3.1989 tarihli kararında demokratik değerlerin teminatı olarak değerlendirdiği laikliği, özgürlük ve eşitliğin temeli saydığını ifade etmiştir.

Büyük Daire hukuki analizinin bu aşamasında, *Leyla Şahin Davası* Daire Kararı'nda yer alan tespitleri benimseme yoluna gitmiştir. Bu tespitlere göre: Türk Anayasal Düzeni kadınların haklarının korunmasını temel bir ilke olarak benimsemektedir. AIHM tarafından, Sözleşme'nin altında yatan te-



mel ilkelerden biri olarak kabul edilen “cinsiyetler arası eşitlik prensibi”, Türk Anayasa Mahkemesi tarafından da Anayasa’nın temel aldığı değerlerin zımnen içerdiği bir ilke olarak değerlendirilmiştir<sup>31</sup>.

Bu noktada Anayasa Mahkemesi’nin yükseköğretim kurumlarında türban giyimine izin verilmesini değerlendirirken dayandığı “eşitlik” ilkesini hangi bağlamda ele aldığı sorunu üzerinde durmak gerekir. Anayasa Mahkemesi 7.8.1989 tarihli kararında, Yükseköğretim Kanunu’nun iptali istenen Ek 16. maddesini, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın, muhtelif hükümlerinin yanında, 10. maddesinde düzenlenen “kanun önünde eşitlik ilkesi” yönünden incelemiştir. Anayasa yargıçları esasen bu ilkeyi devletin farklı din veya inançlar arasında ayırım gözetmemesi gereği bakımından ele alarak inceleme konusu düzenlemenin Anayasa’ya aykırı olduğu sonucuna varmışlardır<sup>32</sup>. Ancak Anayasa Mahkemesi’nin 7.8.1989 tarihli kararında kullandığı bazı ifadeler, “cinsiyetler arası eşitlik ilkesi” bakımından AİHM’nin bu kararlarla ilgili yorumuna da hak verdirmektedir<sup>33</sup>.

Bununla beraber, çekişme konusu tedbiri Sözleşme nazarında meşrulaştırmak için dayanılan gerekçelerden “cinsiyetler arası eşitlik ilkesi” bazı sorunları da beraberinde getirmektedir. Bu gerekçe karşısında, Mahkeme’nin türban giyimini kendi başına kadın-erkek eşitliğine aykırı bir tutum olarak gördüğü izlenimi doğmaktadır. Bu yaklaşım çerçevesinde üniversitelerde uygulanan türban yasağının amacı kadını kendi kişisel tercihine karşı dahi korumak olarak görülebilecektir<sup>34</sup>. Büyük Daire’nin *Leyla Şahin Kararı*’nda “genel ilkeler” bağlamında geçmiş içtihadına atıfta bulunurken, *Dahlab Kararı*’nda türban giyiminin “cinsiyetler arası eşitlik ilkesi ile güçlülükle bağdaştırılabilecek bir dinsel buyruğun gereği” olarak görülebileceğini belirttiğini hatırlatması bu yoruma güç katmaktadır<sup>35</sup>. (§ 111) Bu kapsamdaki bir “cin-

<sup>31</sup> Daire Kararı “cinsiyetler arası eşitliğin, AİHM tarafından, Avrupa Konseyi üyesi devletlerin bir ereği olarak” kabul edildiğini de belirtmiştir; Bkz. *Leyla Şahin c. Turquie*, n° 44774/98, [Daire Kararı], 24.6.2004, s. 25, § 107; *Leyla Şahin c. Turquie*, n° 44774/98, [Büyük Daire Kararı], 10.11.2005, s. 29, § 115.

<sup>32</sup> Karara göre Yükseköğretim Kanunu’nun Ek 16. maddesi, “giyim konusunda İslami olduğu ileri sürülen başörtüsüne ayrıcalık tanımakla eşitlik ilkesine biçimsel yönden ters düş(müştür).”

<sup>33</sup> Örneğin. Anayasa Mahkemesi kararında yer alan bir ifadeye göre “kadın erkek eşitliğini benimseyen Türk Devrimi’nin, kadın giysilerinin çağdaşlığını savsakladığı kabul edilemez.”

<sup>34</sup> Bu doğrultuda bkz. BURGORGUE-LARSEN (L.) ve DUBOUT (E.), a.g.e., s. 196.

<sup>35</sup> Mahkeme’nin bu ifadesiyle, yersiz bir şekilde, dinsel bir uygulama hakkında bir değer yargısı belirttiği söylenebilir. Yargıç Tulkens muhalif oy yazısında Mahkeme’nin bu ifadesini eleştirirken, türban giyiminin tek bir anlamı olmadığını ve bu eylemin farklı saiklere dayanabileceğini savunmuştur. (§ 11–12) Yine Tulkens’e göre, “türban giyiminin her halükarda kadın erkek eşitliğine aykırı olması halinde devletin, müspet yükümlülükleri uyarınca,

siyetler arası eşitlik ilkesi”, şekli anlamda, kadın ve erkeğin yasalar önündeki eşitliği ilkesinden ziyade “felsefi” (hatta etik) bir eşitlik anlayışını çağrıştırmaktadır. Öte yandan Büyük Daire “türban giyiminin tek başına kadın-erkek eşitliği ilkesine aykırı görülmesinin haksız olduğu” yolundaki başvuru iddiasını açıkça cevaplamamaktadır<sup>36</sup>. *Leyla Şahin Kararı*’nda “cinsiyetler arası eşitlik ilkesine” atfedilen kapsamın tespiti kolay olmamakla beraber, Mahkeme’nin, kadın ve erkeğin eşit muamele görmesini kapsayan klasik anlamdaki “kanun önünde eşitlik ilkesini” aşan bir yaklaşıma dayandığı izlenimi doğmaktadır. Her halükarda Büyük Daire, kadın-erkek eşitliği ilkesinin yükseköğretim kurumlarında türban giyiminin yasaklanması ile olan bağını açık bir şekilde ortaya koymamaktadır.

“Kadının korunması” bağlamında üniversitelerde uygulanan türban yasağı, bu dinsel simgenin türban giymeyenler üzerinde yaratabileceği etki tartışması çerçevesinde daha sağlam bir zemine oturmaktadır<sup>37</sup>. Bu bakımdan Mahkeme’nin genel olarak eğitim kurumlarında dinsel simgelerin taşınmasına ilişkin düzenlemeleri incelerken dayandığı *başkalarının hak ve özgürlükleri ile kamu düzeninin korunması* amaçları üzerinde özel bir dikkatle durulması gereklidir.

## 2. Ayrımcılık İddialarının Reddi

AİHM önünde eğitim kurumlarında uygulanan türban yasaklarının tartışıldığı davalarda başvurucular, ihlal edildiğini iddia ettikleri hakları bağlamında ayrımcı uygulamalara maruz kaldıklarını da ileri sürmüşlerdir<sup>38</sup>. Başvuruculara göre ayrımcılık dini inanç düzeyinde olduğu kadar, cinsiyetler arası bir ayrımcılık boyutundadır da; zira başını örtmekle dinen yükümlü olma-

---

türban giyimini kamusal veya özel nitelikli tüm mekânlarda yasaklaması gerekli olurdu.” Bkz. *Leyla Şahin c. Turquie-Opinion dissidente de Mme la Juge Tulkens*, (§ 12, son cümle); *Leyla Şahin Kararı*’nın “cinsiyetler arası eşitlik ilkesi” bağlamında bir eleştirisi için bkz. BRIBOSIA (E.) ve RORIVE (I.), “Le voile à l’école: une Europe divisée”, R.T.D.H., 2004, no. 60, s. 962–963.

<sup>36</sup> *Leyla Şahin c. Turquie*, n° 44774/98, [Büyük Daire Kararı], 10.11.2005, s. 25, § 101.

<sup>37</sup> Nitekim *Leyla Şahin Kararı* oldukça belirsiz ve kestirme bir biçimde üzerinde durduğu “cinsiyetler arası eşitlik” ilkesi haricinde, bütünüyle başkalarının hak ve özgürlükleri ile kamu düzeninin korunması gerekçelerine dayanmaktadır.

<sup>38</sup> AİHS’nin “Ayrımcılık Yasağı”nı düzenleyen 14. maddesi şöyledir: “Bu Sözleşme’de tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasal veya diğer kanaatler, ulusal veya sosyal köken, ulusal bir azınlığa mensupluk, servet, doğum veya herhangi başka bir durum bakımından hiçbir ayrımcılık yapılmadan sağlanır.”; AİHM’nin müstekar içtihadı uyarınca 14. madde “bağımsız” bir nitelik taşımaz. Bu nedenle 14. madde ilke olarak ancak Sözleşme’de teminat altına alınan haklarla bağlantılı olarak ileri sürülebilir. Bkz. *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni*, 28.5.1985, série A n° 94, s. 35, § 71; *Inze c. Autriche*, 28.10.1987, série A n° 126, s. 17, § 36.



ması itibariyle Müslüman bir erkek, bu alanda herhangi bir sınırlamayla karşılaşmayacaktır. Bununla beraber Mahkeme'nin bu iddialar karşısında ilke düzeyindeki yaklaşımı hep aynı olmuştur: Başvurucuların dini aidiyetlerini hedef almayıp, eğitim kurumlarında, dinler arasında ayırım gözetmemizin tüm dinsel simgelerin kullanımını meşru sebeplerle sınırlayan genel kapsamlı düzenlemeler "ayrımcılık yasağı"na aykırı düşmemektedirler.

AİHM *Dahlab Davası*'nda, başvurunun din özgürlüğü ile ilgili olarak cinsiyete dayalı ayrımcı bir muameleye maruz kaldığı yolundaki iddiasını ele almıştır<sup>39</sup>. Başvurucuya göre bu durumun temelinde, Müslüman bir erkeğin bir devlet okulunda herhangi bir yasakla karşılaşmadan öğretmenlik yapabilmesine rağmen, aynı dine mensup bir kadının dini bir vecibeden feragat etmek durumunda kalması yatmaktadır. Ancak Mahkeme'nin bu iddiaya karşı cevabı açıktır: AİHS'nin 14. maddesi, benzer konumlarda bulunan kişilerin, nesnel ve makul gerekçeler bulunmaksızın farklı bir muameleye tabi tutulmalarını yasaklamaktadır<sup>40</sup>. Başvurucunun münhasıran mesleki faaliyeti çerçevesinde türban giymesini önleyen tedbir, onun cinsiyetini hedeflemeyip kamusal eğitimin tarafsızlığını sağlama meşru amacını takip etmektedir. "Bu türden bir tedbir, aynı koşullar dâhilinde, başka bir dine özgü giysileri görünür bir biçimde giyen bir erkeğe de uygulanabilir<sup>41</sup>." Mahkeme bu nedenle incelenen vakada cinsiyete dayalı bir ayrımcılığın söz konusu olmadığı sonucuna varmıştır.

*Leyla Şahin Davası*'nda başvurunun eğitim hakkı ve din özgürlüğü bağlamında ileri sürdüğü ayrımcılık iddiası ise oldukça kısa bir değerlendirme sonucunda reddedilmiştir. Orantılılık denetimi çerçevesinde İstanbul Üniversitesi'nde her türden dini giysilerin yasaklandığını dikkate alan Mahkeme'nin bu iddia bakımından ulaştığı sonucun şaşırtıcı olmadığı söylenebilir<sup>42</sup>. Büyük Daire üniversite bünyesinde uygulanan düzenlemenin, başvuru

<sup>39</sup> Başlı açık bir diploma fotoğrafı vermediği gerekçesiyle mezuniyet belgesi kendisine teslim edilmeyen bir üniversite öğrencisinin başvurusunun incelendiği *Karaduman Vakası*'nda ise ulusal kökene dayalı bir ayrımcılık iddiası ileri sürülmüştü. Başvurucuya göre üniversitede yabancı uyruklu öğrencilerin kılık kıyafet konusunda tam bir serbestiden faydalanmalarına rağmen, Türk öğrenciler din özgürlüklerini ihlal eden sınırlamalarla karşılaşmaktaydılar. Bununla beraber AİH Komisyonu bu iddia bakımından "iç hukuk yollarının tüketilmediği" gerekçesiyle "ayrımcılık yasağı" yönünden bir inceleme yapmaktan kaçınmıştır; *Karaduman c. Turquie*, n° 16278/90, [AİH Komisyonu Kararı], 3.5.1993, s. 8–9.

<sup>40</sup> Bu doğrultuda bkz. *Sunday Times c. Royaume-Uni n°1*, n° 6538/74, 26.4.1979, s. 43, § 70; *Observer & Guardian c. Royaume-Uni*, 26.11.1991, s. 35, § 73.

<sup>41</sup> *Dahlab c. Suisse*, n° 42393/98, 15.2.2001, 2001-V, s. 16.

<sup>42</sup> İstanbul Üniversitesi Rektörlüğü 23 Şubat 1998 tarihli genelgesiyle türbanlı ve sakallı öğrencilerin üniversiteye girişini yasakladıktan sonra, 9 Temmuz 1998 tarihli kararıyla öğrencilerin herhangi bir din, inanç, ırk, siyasi veya ideolojik eğilim belirten giysiler taşımalarını yasaklamıştır.

rucunun bir dine mensubiyetini hedef almayıp, başkalarının özgürlükleri ile kamu düzeninin korunması gayelerini takip ettiğini ve eğitim kurumlarının “laik niteliğini” muhafaza etmeyi amaçladığını belirterek ayrımcılık iddiasını reddetmiştir. (§ 165)

Buna rağmen Büyük Daire’nin *Leyla Şahin Kararı*’nda çekişme konusu tedbiri “dolaylı ayrımcılık teorisi” bakımından ele almaması eleştirilmiştir. Zira çekişme konusu düzenleme genel olarak öğrencilerin üniversite dâhilindeki giyimini ele almakla beraber, uygulamada daha çok belirli bir dinin mensuplarını etkilemektedir<sup>43</sup>. Nüfusunun büyük bir çoğunluğunun İslam dinine mensup olduğu bir ülkede dava konusu tedbirden en başta türban giyen üniversite öğrencilerinin etkileneceği bir gerçektir. Ancak “ilkesel düzeyde haklı ve takip edilen amaçla orantılı” olduğu kabul edilen genel kapsamlı bir düzenlemenin dolaylı bir ayrımcılık yarattığının kabulü mümkün olmamak gerekir<sup>44</sup>.

AİHM *Dahlab ve Leyla Şahin Kararları*’nda benimsediği temel yaklaşımları diğer türban davalarında ileri sürülen dine ve cinsiyete dayalı ayrımcılık iddialarına karşı sürdürmüştür. Mahkeme *Köse ve Diğerleri ile Kurtulmuş Davaları*’nda, kamu görevlileri ile öğrencilerin tâbi oldukları kılık kıyafet düzenlemelerinin, başvuruçuların bir dine aidiyetlerini veya cinsiyetlerini hedef almadığını belirtmiştir. Söz konusu düzenlemelerin başkalarının hak ve özgürlükleri ile düzenin korunmasını amaçladıkları vurgulanmıştır. Giyim kurallarının gayesi genel olarak eğitim kurumlarının laik ve tarafsız niteliğini muhafaza etmektir. Mahkeme “benzer kuralların” erkek öğrenci ve memurlar için de geçerli olduğunu eklemiştir<sup>45</sup>.

<sup>43</sup> BURGORGUE-LARSEN (L.) ve DUBOUT (E.), a.g.e., s. 208.

<sup>44</sup> Nitekim yukarıda adı geçen yazarların “dolaylı ayrımcılık teorisi” konusunda referans aldıkları Avrupa Birliği Konseyi’nin “istihdam ve çalışma alanında eşit muamele yararması genel bir çerçeve oluşturulmasına ilişkin” yönergesi de esas olarak bu prensibi kabul etmiş görünmektedir. Yönerge’nin m. 2 § 2 b hükmü uyarınca: Tarafsız bir görünüm arz etmekle beraber, belirli bir din, inanç, yaş, özür veya cinsel tercihe bağlı olarak belirlenebilecek bir grubun mensupları bakımından özel bir dezavantaj yaratabilecek bir kural, ölçüt veya uygulamanın varlığı halinde dolaylı bir ayrımcılık meydana gelir; *meğerki* bu kural, ölçüt veya uygulama *meşru bir amaca dayansın ve bu amacı gerçekleştirmeye yönelik araçlar uygun (elverişli) ve gerekli olsun*; (Bire bir çeviri değildir.); Bkz. Conseil de l’UE, “Directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d’un cadre général en faveur de l’égalité de traitement en matière d’emploi et de travail”, JOCE L 303/16, 2.12.2000.

<sup>45</sup> *Şefika Köse et autres c. Turquie*, n° 26625/02, 24.1.2006, s. 17; *Kurtulmuş c. Turquie*, n° 65500/01, 24.1.2006, s. 11.

## B. Bireylerin Korunması: Somut Durum Denetimi ile İlkesel Denetim Arasında

AIHM bireylerin korunmasına hizmet ettikleri ölçüde, eğitim kurumlarında dinsel simgelerin taşınmasını önleyen düzenlemelerin Sözleşme'ye uygunluğunu kabul etmektedir. Söz konusu düzenlemeler bireyleri kamu gücünün kullanımını içeren bir faaliyet yürütmeleri nedeniyle "hâkim" bir konumda bulunan kişilere karşı olduğu kadar, grup kaynaklı "baskıcı" tutumlara karşı da koruyabilirler (1). Bununla beraber bireylerin korunması amacıyla eğitim kurumları dâhilinde dinlerini açıklama özgürlüğü sınırlanan kimselerin "bireysel durumları" Mahkeme'nin denetimi bakımından mutlak bir ölçüt teşkil etmemektedir. Mahkeme nazarında, sınırlama sebeplerinin başvuruların kişisel durumlarında somutlaşması, sınırlayıcı tedbirlerin Sözleşme'ye uygunluğu için bir koşul niteliği taşımamaktadır. Bu durum, AIHM'nin türban davalarında gerçekleştirdiği denetimin niteliği üzerinde daha büyük bir dikkatle durulmasını gerekli kılmaktadır (2).

### 1. Bireylerin Hâkim Konuma ve Gruba Karşı Korunması

AIHM *Dahlab Kararı*'nda çekişme konusu tedbirin Sözleşme'yi ihlal etmediği sonucuna varırken öğrencilerin din ve inanç özgürlüklerinin korunması gereğine dayanmıştır. Mahkeme'nin bu sonuca ulaşmasında başvurunun küçük yaştaki çocukların bulunduğu bir sınıfta öğretmenlik yapması belirleyici bir etken olarak görünmektedir. Kararda, türban gibi "güçlü bir simge"nin (*signe extérieur fort*) küçük yaştaki çocukların din ve inanç özgürlükleri üzerinde sahip olabileceği etkinin tespitinin güç olduğu vurgulanmaktadır. Küçük yaştaki öğrenciler daha ileri yaşta bulunan öğrencilere göre çok daha kolay etkilenebilecek bir konumdadırlar. Bu değerlendirme öğrencilerin, "hâkim" bir konumda bulunan öğretmenlerine nazaran "zayıf" bir konumda buldukları fikrini içermektedir. Mahkeme'ye göre bu şartlar altında türban giyiminin sahip olabileceği "prozelitik etki" göz ardı edilemez.<sup>46</sup>

<sup>46</sup> Türban giyiminin prozelitizmle ilişkilendirilmesi oldukça hassas bir konudur. *Kokkinakis Kararı*'nda AIHM ilke olarak, yalnızca hileli veya suiistimale dayalı yöntemler kullanan "istismarcı prozelitizmin" önlenmesinin Sözleşmeyle uyumlu olacağını kabul etmiştir. Bkz. *Kokkinakis c. Grèce*, n° 14307/88, 25.5.1993, s. 14–15, § 48–49; ÖKTEM (A.E.), a.g.e., s. 417–422; BERGER (V.), *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, 5. Bası, Sirey, 1996, s. 387-389. Bu ilke karşısında *Dahlab Kararı*'nda türban giyimi bağlamında prozelitizme yapılan atıf ilk bakışta garipsenebilir. Ancak gözden kaçırılmaması gereken Mahkeme'nin genel olarak türban giyimini prozelitizmle özdeşleştirmeyip, münhasıran inceleme konusu olayın şartları bağlamında bir "prozelitik etki" ihtimalini dikkate almasıdır. Başvurucunun mesleki faaliyeti dâhilinde 4 ilâ 8 yaşları arasında bulunan öğrencilerin karşısında türban takması bu değerlendirmenin temelinde yatmaktadır. Nitekim Mahkeme "İstismarcı prozelitizmi" temelde bireylerin zayıf konumundan istifade ederek gerçekleştirilen bir ikna faaliyeti olarak algılamaktadır.

Böylelikle AİHM, çekişme konusu müdahalenin başkalarının özgürlükleri ile düzenin ve kamu güvenliğinin korunması amaçları bakımından “demokratik bir toplumda zorunlu” bir tedbir oluşturduğu sonucuna varmıştır. Bu değerlendirmeler karşısında Mahkeme’nin gerekçesinin özünü bireylerin “hâkim konuma” karşı korunması ihtiyacının oluşturduğu söylenebilecektir.

Strazburg Mahkemesi üniversite öğrencilerinin dini simgeler taşımasının yasaklanması sorununa eğildiği *Leyla Şahin Kararı*’nda da bireylerin korunması amacını gerekçesinin merkezine oturtmuştur<sup>47</sup>. Esasen Sözleşme Organları geçmişte çeşitli fırsatlarda bu konuya ilişkin genel yaklaşımlarını ortaya koymuşlardı. AİH Komisyonu, başı açık bir fotoğraf vermediği gerekçeyle mezuniyet belgesi kendisine teslim edilmeyen bir üniversite öğrencisinin durumunu ele aldığı *Karaduman Kararı*’nda, ihtilafli tedbirin başvurusunun din ve vicdan özgürlüğüne bir müdahale teşkil etmediği sonucuna varmıştır. Ancak “diploma fotoğrafının işlevinin ilgilinin teşhis edilebilmesini sağlamak olması” ve “başvurucunun öğrenim hayatı boyunca öğrenci giyim kurallarına uymaya zorlanmaması” bu kararda etkili unsurlar olmuştu<sup>48</sup>. Öte yandan AİHM *Refah Partisi Kararı*’nda, “farklı inançlara sahip öğrencilerin birlikteliğini sağlamak ve böylelikle kamu düzeni ile başkalarının inançlarını korumak amacıyla” yüksek öğretim kurumlarında dinsel simgelerin kullanımının sınırlanabileceğini belirtmişti<sup>49</sup>. Bununla beraber *Leyla Şahin Davası*, bir üniversitede uygulanan türban yasağı bağlamında Mahkeme’ye ilk defa bir somut vaka incelemesi gerçekleştirme fırsatını sağlaması nedeniyle büyük bir önem arz etmekteydi.

AİHM, *Leyla Şahin Kararı*’nda gerçekleştirdiği “zorunluluk denetimi” çerçevesinde Türk yargı mercilerinin ihtilafli tedbiri temel olarak laiklik ve eşitlik ilkelerine dayandırdıklarını dikkate almıştır. Büyük Daire, Türk Anayasa Mahkemesi’nin 7.3.1989 tarihli kararında benimsediği laiklik anlayışının

<sup>47</sup> *Leyla Şahin Davası*’nın *Dahlab Vakası*’na nazaran özgünlüğü, türban giyiminin küçük yaştaki çocuklardan farklı olarak dış etkilere karşı kendilerini daha fazla koruyabilecek durumda bulunan yetişkin bireyler (üniversite öğrencileri) üzerindeki etkilerini ele almasında yatmaktadır.

<sup>48</sup> BURGORGUE-LARSEN (L.) ve DUBOUT (E.), a.g.e., s. 205; *Karaduman c. Turquie*, n° 16278/90, [Comm. EDH], 3.5.1993, DR 74; Komisyon’a göre “laik bir üniversite, [...] farklı inançlardan öğrencilerin birlikteliğini sağlamak amacıyla öğrencilerin dinlerini açıklama özgürlüklerini yer ve şekil bakımından sınırlamalara tâbi tutabilir. Özellikle toplumun büyük çoğunluğunun belirli bir dine mensup olduğu ülkelerde, bu dinin ayın ve simgelerinin yer ve şekil bakımından sınırlamalara tâbi olmaksızın izhar edilmesi, söz konusu dinin gereklerini yerine getirmeyen veya başka bir dine mensup olan öğrenciler üzerinde bir baskı oluşturabilir.” AİH Komisyonu benzer bir duruma ilişkin *Bulut Vakası*’nda, *Karaduman Kararı*’ndaki gerekçelerle başvurusunun din ve vicdan özgürlüğüne bir müdahalenin bulunmadığına hükmederek kabul edilemezlik kararı vermiştir. Bkz. *Bulut c. Turquie*, n° 18783/91, [Comm. EDH], 3.5.1993.

<sup>49</sup> *Refah Partisi et autres c. Turquie*, n° 41340/98, 13.2.2003, s. 32, § 95.

“AİHS’nin altında yatan değerlerle” uyumlu olduğunu kabul etmiştir. Söz konusu laiklik anlayışı “bireyi yalnızca devletin keyfi müdahalelerine karşı değil, köktenci hareketlerden kaynaklanabilecek dış baskılara karşı da korumayı hedeflemektedir.” (§ 113–114) Bu aşamadan sonra Büyük Daire yukarıda da belirtildiği üzere Daire Kararı’nda yer alan tespitleri doğrudan benimseme yoluna gitmiştir.

Türk Yargı Mercileri’nin temel değerlendirmeleri ile uyuşan bu tespitlere göre “Türkiye bağlamında türban sorunu ele alınırken, dinsel bir yükümlülük olarak takdim edilen veya algılanan bu simgenin”, türban giymeyenler üzerindeki etkisi göz ardı edilemez. Mahkeme Türkiye’de “toplumun bütününe, dinsel simgelerini ve din kurallarına dayalı toplum anlayışlarını dayatmaya çalışan köktenci siyasi hareketlerin” varlığını da dikkate aldığını eklemiştir<sup>50</sup>. AİHM, bu koşullar çerçevesinde yer alan çekişme konusu düzenlemenin, *başkalarının hak ve özgürlükleri ile kamu düzeninin korunması* amaçlarına yöneldiğini ve bir yüksek öğretim kurumunda çoğulculuğu korumayı hedeflediğini kabul etmiştir. Böylece *Otto-Preminger Institut Kararı*’nda<sup>51</sup>, “Tyrol’lülerin büyük çoğunluğunun Roma Katolik Dini’nin mensubu olduğunu göz ardı edemeyeceğini” belirterek bireylerin müdahalelerine karşı çoğunluğun dini duygularının korunmasına ağırlık veren AİHM, *Leyla Şahin Kararı*’nda bireyin gruba karşı korunması gereğini vurgulamıştır.

Strazburg Mahkemesi’nin değerlendirmesi çerçevesinde, Türk yargı mercilerinin türban konusundaki görüşlerine atfen, “bu dinsel simgenin Türkiye’de son yıllarda siyasi bir içerik kazandığını” da belirtmesi gözden kaçmamaktadır<sup>52</sup>. Türbana atfedilen anlamın, eğitim kurumlarında türban giyiminin düzenlenmesine ilişkin tartışmaların merkezini oluşturduğu söylenebilir<sup>53</sup>.

<sup>50</sup> Mahkeme bu noktada Refah Partisi Kararı’na atıfta bulunarak, taraf devletlerin Sözleşme hükümlerine uygun olarak bu türden siyasi hareketlere karşı tarihsel deneyimleri doğrultusunda tavır alabileceklerini belirttiğini hatırlatmıştır. (§ 115); Bkz. *Refah Partisi et autres c. Turquie*, n° 41340/98, 13.2.2003, s. 42, § 124.

<sup>51</sup> *Otto-Preminger-Institute c. Autriche*, n° 13470/87, 20.9.1994, § 56; ayrıca bkz. *Wingrove c. Royaume-Uni*, n° 17419/90, 25.11.1996.

<sup>52</sup> § 115; Mahkeme ayrıca yasayla öngörülme şartı bakımından yaptığı inceleme çerçevesinde, Danıştay’ın türbanın kadınların özgürlüğüne ve Cumhuriyetin temel ilkelerine aykırı bir görüşün simgesi olarak değerlendirdiğini dikkate almıştır. (§ 93)

<sup>53</sup> Bu durum eğitim kurumlarında türban giyiminin tartışıldığı diğer ülkeler için de geçerlidir. Örneğin Alman Anayasa Mahkemesi okul içerisinde türban giymesi yasaklanan bir öğretmeninin durumunun tartışıldığı bir davada, türbanın tek bir anlam taşıdığı kabulünün mümkün olmadığını belirtmiştir; Bkz. Alman Anayasa Mahkemesi, 24.9.2003-2BvR 1436/042. Mahkeme söz konusu davada başvurucuya uygulanan türban yasağının hukuki temelden yoksun olduğu sonucuna varmıştır; Kararın Fransızca bir özeti için: R.U.D.H., 2004, Vol. 16, n° 1-4; Aktaran: BURGORGUE-LARSEN (L.) ve DUBOUT (E.), a.g.e., s. 196; Türban giyen öğrencilerin tümünün bu simgeye “demokratik bir toplum düzeni”ne aykırı bir siyasal anlam yükledikleri fikri gerçekçi değildir.

Yargıç Tulkens'in muhalif oy yazısında eleştirdiği hususlardan biri de Mahkeme'nin başvuruçunun dinini açıklama özgürlüğü karşısında köktenci hareketlerle mücadele gereğine tanıdığı ağırlıktır<sup>54</sup>. Muhalif yargıç türban giyen tüm kadınların kökten dinciler olarak görülemeyeceğini ve böyle bir durumun başvuruçunun şahsında sabit olmadığını belirtmektedir. Tulkens'e göre başvuruçunun dinini açıklama özgürlüğü, bu türden hareketlerle mücadele konusundaki kamu yararı tarafından bütünüyle "emilemez"<sup>55</sup>.

Ancak bu noktada önem arz eden husus, AİHM'nin *Leyla Şahin Davası*'ndaki sözleşmesellik denetimi çerçevesinde başvuruçunun bireysel durumunu ne ölçüde dikkate aldığıdır. Mahkeme, kararının hiçbir yerinde başvuruçunun türbana atfettiği anlamı tartışmamıştır. Büyük Daire için belirleyici olan Türkiye'de yükseköğretim kurumlarında türban giyiminin başkaları üzerinde sahip olabileceği "etki"dir. Öyle anlaşılmaktadır ki Mahkeme *ilkel düzeyde*, Tulkens'in aktarılan görüşünün tersi bir yaklaşımı benimsemektedir. Çünkü *Leyla Şahin Kararı* netice itibarıyla, başvuruçunun dinini açıklama özgürlüğündeki bireysel menfaatinin, yükseköğretim kurumlarında çoğulculuğun korunmasındaki kamusal yarar karşısında sınırlandırabileceğini kabul etmiş bulunmaktadır<sup>56</sup>. Bu durum hiç şüphesiz AİHM'nin gerçekleştirdiği denetimin niteliğine ilişkin önemli tartışma alanlarını ortaya çıkarmaktadır<sup>57</sup>. *Leyla Şahin Kararı*'nın belki de en dikkat çekici yönü, Türkiye bağlamında, bir dinsel simgenin üniversiteler dâhilinde *kitlesel düzeyde* kullanımının yaratabileceği etkileri tartışmış olmasıdır.

Bununla beraber Büyük Daire orantılılık denetimini vakanın koşullarına sıkı surette bağlamıştır. Bu çerçevede, İstanbul Üniversitesi'nin 9.7.1998 tarihli kararıyla tüm dinsel giysilerin yasaklanmış olması; çekişme konusu düzenlemenin uygulamaya konuş sürecinin, birkaç yılı bulan ve Türk toplumunun konuyla ilgili kapsamlı bir tartışma geliştirebildiği bir zaman dilimine yayılması; Türk Mahkemeleri'nin bu alanda istikrarlı bir içtihat oluşturmuş olmaları gibi olgular dikkate alınmıştır. Öte yandan üniversite makam-

<sup>54</sup> Tulkens radikal İslamcılıkla mücadelenin bir gereklilik olduğunu kabul etmekle beraber, türban giyiminin kendi başına köktencilikle özdeşleştirilemeyeceğini ve türban giyenlerle bu giysiyi dayatmak isteyenlerin ayırt edilmesi gerektiğini belirtmektedir; *Leyla Şahin c. Turquie-Opinion dissidente de Mme la Juge Tulkens*, s. 47-48, § 10.

<sup>55</sup> Aksi yönde bir yaklaşım için bkz. BURGORGUE-LARSEN (L.) ve DUBOUT (E.), a.g.e., s. 200.

<sup>56</sup> Bu doğrultuda bkz. BURGORGUE-LARSEN (L.) ve DUBOUT (E.), a.g.e., s. 200; Yazarlar, Mahkeme'nin bireysel bir hak aleyhine "genel bir üstün menfaati" ilk defa yüceltmediğini belirtmektedirler. Esasen bireysel haklar ile kamu yararı arasında hakkaniyetli bir denge arayışı Mahkeme'nin temel görevlerinden birini oluşturmaktadır; Bkz. *Soering c. Royaume-Uni*, 26.6.1989, § 89.

<sup>57</sup> Bu konu müteakip bölümde ele alınmaya çalışılacaktır.



ları, yasağın uygulamaya konuş süreci boyunca “kapılarını türbanlı öğrencilere kapatmamak amacıyla” onlarla bir diyalogu sürdürmüşlerdir. (§ 117 vd.) Böylece AİHM orantılılık denetiminde dava konusu tedbirin kapsamı kadar, bu tedbirin hayata geçiriliş sürecini de göz önünde bulundurmuştur.

AİHM tüm bu değerlendirmeleri ışığında, dava konusu tedbirin “ilkesel düzeyde haklı ve takip edilen amaçla orantılı” olduğu kanaatine vararak, Sözleşme’nin 9. maddesinin ihlal edilmediğine hükmetmiştir. Mahkeme 9. maddede çerçevesindeki temel tespitlerini “eğitim hakkı”na ilişkin incelemesinde de yineleyerek Ek Protokol’ün 2. maddesi bakımından da aynı sonuca ulaşmıştır.

AİHM *Köse ve Diğerleri Kararı*’nda Türkiye’de lise öğrencilerinin tâbi oldukları giyim kurallarının eğitim kurumlarında çoğulculuğu koruyucu bir işlevi olduğunu kabul etmiştir. Bu kararında Mahkeme incelemesini büyük ölçüde bir orantılılık denetimi üzerine bina etmiştir. Mahkeme, söz konusu kurallar uyarınca kız öğrencilerin bir üniforma giydiklerini ve okul alanında başı açık bulunmaları gerektiğini belirtmiştir. İmam Hatip Liseleri’nde verilen Kuran-ı Kerim derslerinde kız öğrencilerin başlarını örtmesi imkânı tanınarak bu kurala bir istisna getirilmiştir. Mahkeme’ye göre bu nedenle *dar anlamda* bir türban yasağı değil, fakat Kuran derslerinde türban giyimine müsaade eden bir düzenleme söz konusudur<sup>58</sup>.

Mahkeme ayrıca çekişme konusu tedbirden yakınların başvurduğu İstanbul Valiliği İnsan Hakları Komisyonu’nun görüşlerine dikkat çekmiştir<sup>59</sup>. Böylelikle Mahkeme’nin Ek Protokol’ün m. 2 § cümle 1 hükmünün ihlal edilmediği sonucuna varmasında çeşitli faktörler etkili olmuştur.

AİHM *Köse ve Diğerleri Kararı*’nda Ek Protokol’ün m. 2 § cümle 2 hükmü bakımından yaptığı incelemede, bu hükmün öncelikle eğitim alanında çoğulculuğu koruduğunu belirtmiştir. Strazburg Mahkemesi yetkili makamların - takdir yetkileri çerçevesinde- eğitim kurumlarında öğrencilerin dini inançlarını izhar etmelerinin, “dışlama ve baskı kaynağı” oluşturacak bir tutuma dönüşmesini engellemekle yükümlü olduklarını ifade etmiştir. Mahkeme’ye

<sup>58</sup> *Şefika Köse et autres c. Turquie*, n° 26625/02, 24.1.2006, s. 12.

<sup>59</sup> Komisyon başvuruculara İmam Hatip Liseleri’nin kurulmasının Devlet’in eğitim hakkını somutlaştırmak için gerekli adımları attığının bir göstergesi olduğunu ifade ederken, Türk Yargı Organları’nın çekişme konusu düzenlemelerle ilgili kararlarını da hatırlatmıştır. Komisyon ayrıca eğitim dünyasının haricinde kalan bazı kesimlerce desteklenen liselerde tam bir türban serbestisi uygulanması talebinin, düzene ve eğitim kurumlarının iç barışına zarar verici bir boyut kazandığını belirtmiştir. AİHM’nin dar anlamda bir idari karar organı olmayan İstanbul Valiliği İnsan Hakları Komisyonu’nun görüşleri üzerinde önemle durmasının isabeti tartışılabilir niteliktedir.

göre bu durum özellikle, dini inançların sergilenmesinin anlam ve etkilerinin dönemlere ve koşullara farklılık göstermesi itibarıyla geçerlidir<sup>60</sup>. Mahkeme bu suretle taraf devletlerin bireylerin hak ve özgürlüklerinin korunmasına yönelik “müspet yükümlülüklerini” vurgulamıştır<sup>61</sup>. Böylelikle lise-lerde uygulanan giyim kurallarının, türban giyenler karşısında bir baskı altında kalabilecekleri düşünülen öğrencilerin haklarını koruyucu bir işlev gördükleri kabul edilmiştir.

AİHM *Kurtulmuş Davası*'nda, bireyin din özgürlüğü ile demokratik bir devletin kamu hizmetinin Sözleşme'nin m. 9 § 2 hükmünde öngörülen amaçlar doğrultusunda yürütülmesini sağlamadaki meşru yararı arasında hakkaniyetli bir dengenin korunup korunmadığını araştırmak durumunda olduğunu belirtmiştir. Mahkeme *Leyla Şahin ve Dahlab Kararları*'na atıfta bulunarak demokratik bir toplumda devletin türban giyimini başkalarının hak ve özgürlükleri ile düzenin korunmasını sağlamak amacıyla sınırlayabileceğini kabul ettiğini hatırlatmıştır. Mahkeme ayrıca devletlerin kamusal eğitim alanında faaliyet gösteren öğretmenlerin yükümlülüklerini belirlemede belirli bir takdir payına sahip olduklarını da eklemiştir. Mahkeme başvuru- nun mesleki faaliyeti çerçevesinde tâbi olduğu başı açık bulunma kuralının, kamusal eğitimin tarafsızlığının sağlanması ve bu yolla başkalarının özgürlükleri ile düzenin korunması amaçları bakımından “demokratik bir toplumda zorunlu bir tedbir” oluşturduğuna hükmetmiştir. *Leyla Şahin Kararı*'nda başkalarının özgürlükleri ile kamu düzenin korunması amaçlarıyla üniversite öğrencilerinin türban giymelerinin yasaklanabileceğini kabul eden Mahkeme'nin, aynı ilkeyi öğrenciler üzerinde belirli bir otoriteye sahip olan ve devletin temsilcisi konumunda bulunan bir üniversite öğretim görevlisi bakımından benimsemesi şaşırtıcı olmamıştır.

## 2. Türban Vakalarındaki Denetimin Niteliği

AİHM önünde görülen “türban davaları”nın önemli özelliklerinden biri de Mahkeme'nin ilke düzeyinde kabul ettiği sınırlama sebeplerinin ele alınan vakaların özgün koşulları çerçevesinde gerçekleştirmelerini aramamış olmasıdır. Bu nedenle Mahkeme'nin bu davalarda incelediği çekişme konusu tedbirleri ilkesel düzeyde bir değerlendirmeye tâbi tuttuğu izlenimi doğmaktadır. Bu durum genel olarak incelediği vakanın somut ve özgün koşullarına sıkı bir bağlılık gösteren AİHM'nin gerçekleştirdiği denetimin niteliği konusunda bazı tartışmaları doğurabilecek niteliktedir.

<sup>60</sup> *Şefika Köse et autres c. Turquie*, n° 26625/02, 24.1.2006, s. 15.

<sup>61</sup> “Müspet yükümlülükler” kavramı konusunda bkz. RENUCCI (J-F), *Droit européen des droits de l'homme*, 3. Bası, L.G.D.J., 2002, s. 517-519.



*Dahlab Vakası*'nda, başvuru türbanıyla fiilen öğretmenlik yaptığı üç yıl boyunca öğrenci velilerinin herhangi bir şikâyeti ile karşılaşmamıştı. Mahkeme buna rağmen çekişme konusu tedbirin sözleşmeselliğini, temel olarak öğrencilerin din ve inanç özgürlüklerinin korunması gereğine dayandırmıştır. Bu yaklaşımın benimsemesinde başvuru okulunda -özellikle de kolayca etkilenebilecek küçük yaşta öğrencilerin bulunduğu bir sınıfta- öğretmenlik yapması belirleyici bir etken olarak görünmektedir. *Dahlab Kararı* laiklik ilkesine tâbi bir kamu görevlisi olan başvuru okulunu dinini açıklama özgürlüğüne yapılan müdahalenin "kamusal eğitimin tarafsızlığı" korunması ihtiyacına cevap verdiğini kabul etmektedir<sup>62</sup>.

*Leyla Şahin Kararı* bazı noktalarda daha açık bir şekilde bir somut vaka incelemesinden çok ilkesel düzeyde bir denetimin gerçekleştirildiği izlenimini vermektedir. Mahkeme başvuru okulunun bireysel durumunu mutlak bir şekilde dikkate almış görünmemektedir. Bu davada başvuru türban takarak başkalarının inançlarına saygı göstermediği, başkalarını etkilemeye çalıştığı ve başkalarının hak ve özgürlüklerine zarar vermeye çalıştığı yönündeki savın temelsiz olduğunu belirtmiştir. (§ 101) Öte yandan başvuru okul düzenini bozduğu gerekçesiyle bir disiplin soruşturması da geçirmemiştir. Bununla beraber Mahkeme başvuru okulunun kişisel durumu konusunda bir tartışmaya girmekten özenle kaçınmıştır. Böylelikle *Leyla Şahin Kararı* netice itibarıyla başvuru okulunu dinini açıklama özgürlüğünün -kişisel durumundan bağımsız olarak- yükseköğretim kurumlarında çoğulculuğun korunmasındaki kamusal yarar karşısında sınırlanabileceğini kabul etmiştir. Bu bağlamda Mahkeme'nin kabul ettiği çözüm, bir bakıma öğrencilerin dini bir inanç belirten giysiler taşımalarını yasaklayan düzenlemenin *ilkesel düzeyde* denetlenmesini sonuçlamıştır<sup>63</sup>.

Mahkeme'nin vardığı sonuç kaçınılmaz olarak belirli ölçüde bir "prensiplik konumunu" ifade etmekle beraber, kararda Türkiye'nin koşullarına gösterilen "sıkı bağlılık" göz ardı edilmemelidir. Bu bakımdan *Leyla Şahin Kararı*'nın, üniversiteler dâhilinde öğrenciler tarafından türban giyilmesinin her koşulda, ilke olarak başkalarının hak ve özgürlükleri ile kamu düzeni bakımından bir tehlike oluşturacağı fikrine dayandığını söylemek mümkün değildir. *Leyla Şahin Kararı*'nın Türk Anayasa Mahkemesi'nin 7.3.1989 tarihli kararından farklılık gösterdiği en önemli noktanın tam da bu alanda yer aldığı söylenebilir. Zira Anayasa Mahkemesi yükseköğretim kurumlarında öğren-

<sup>62</sup> Bu yönüyle *Dahlab Kararı*, AIHM'nin "demokratik bir devletin, memurlarından anayasal ilkelerine bağlı olmalarını talep edebileceği" yönündeki içtihadına bağlanmaktadır; Bkz. *Vogt c. Allemagne*, n° 17851/91, 26.9.1995, s. 28, § 59.

<sup>63</sup> BURGORGUE-LARSEN (L.) ve DUBOUT (E.), a.g.e., s. 205: Yazarlara göre *Leyla Şahin Kararı* dinsel simgelerin taşınmasına ilişkin yasağı bir bakıma soyut düzeyde (*in abstracto*) bir değerlendirmeye tâbi tutmuştur.

ciler bakımından tanınabilecek bir türban serbestisinin bizatihi kendisinin Anayasa'ya aykırı olduğu kanaatindedir<sup>64</sup>. Bu anlamda Yüksek Mahkeme'nin üniversitelerde türban giyimine karşı yaklaşımı bir "ilke konumu"nu ifade etmektedir. Fransız Danıştay'ı ise 27.11.1989 tarihli mütalaasında devlete ait ilkokul, ortaokul ve liselerde öğrencilerin dinsel simgeler taşıması konusunda daha göreceli bir yaklaşım benimsemiştir<sup>65</sup>. Buna göre öğrenciler tarafından okullarda dinsel aidiyetlerini belirten simgeler taşınması *kendi başına* laiklik ilkesine bir aykırılık teşkil etmemektedir. Bununla beraber bu özgürlük öğrencilere: bir baskı, tahrik, prozelitizm veya propaganda aracı teşkil edecek; eğitim kurumlarının düzenine veya kamu hizmetinin mutad işleyişine zarar verecek dinsel simgelerin taşınması hakkını sağlamamaktadır<sup>66</sup>. Söz konusu mütalaasında Fransız Danıştay'ı kapsamlı bir sınırlama sebepleri listesi sunmakla beraber, devlet okullarında dinsel simgelerin kullanımını sınırlandırmasını bir istisna olarak değerlendirmişti. Ancak Fransız kanun koyucusu 15.3.2004 tarihli bir yasayla, farklı bir ilke benimseyerek, devlete ait ilkokul, ortaokul ve liselerde öğrencilerin açıkça (*ostensiblement*) dini aidiyet belirten simge ve kıyafetler taşımalarını yasaklamıştır<sup>67</sup>.

## Sonuç

AIHM'nin türban davalarında verdiği kararlar, Mahkeme'nin eğitim kurumlarında dinsel simgelerin kullanımının düzenlenmesi alanında bir "Avrupa standardı" oluşturmak suretiyle devletlere belirli bir "modeli" benimsetmeye çalışmaktan kaçındığını göstermektedir. AIHM bu alanda taraf devletle-

64 Anayasa Mahkemesi'nin 7.3.1989 tarihli kararında yer alan ifadelerden bazıları şunlardır: "Dersliklerde ve ilgili yerlerde dinsel inançları simgeleyen belirtilerinden uzak kalınması zorunluluğu nedeniyle yükseköğretim kurumlarında dinsel gereğe bağlanan başörtüleri laik bilim ortamıyla bağdaştırılmaz."; "Dinsel nitelikli giysiler ayrıca laiklik ilkesine ters düştüğünden daha yoğun bir aykırılık oluşturur."; "Çağdaş bir görünüm taşımayan başörtüsü ve onunla birlikte kullanılan belli biçimdeki giysi bir ayırım aracı niteliğindedir. Şimdiye kadar başörtüsü kullanmadan yükseköğretim kurumlarını bitirmiş bayanlarla şimdi yükseköğretim kurumlarında bulunan bayanları dine karşı ya da dinsiz göstermek için kullanılma olasılığı kaçınılmazdır."; Anayasa Mahkemesi 7.3.1989 tarihli kararında kamu düzeninin bozulması tehlikesine gerekçesinde geniş ölçüde yer vermiştir. Ancak bu alandaki değerlendirmesi *mutlak* ve *genel* kapsamlıdır; AYM, E.1989/1, K.1989/12, Kt. 7.3.1989.

65 Conseil d'Etat, Assemblée générale plénière, Avis du 27 novembre 1989, n° 346893; R.U.D.H, 1991, s. 152 vd.

66 Fransız Danıştay'ının devlet okullarında yasaklanabileceğini kabul ettiği dinsel simgelerin listesi esasen biraz daha uzundur. Öğrenciler ayrıca, "öğrencinin veya eğitim camiasının diğer üyelerinin onuruna veya özgürlüğüne zarar verecek, onların sağlık ve güvenliklerini tehlikeye sokacak; öğretim faaliyetlerinin yürütülmesi ile öğretmenlerin eğitimlik görevlerini yerine getirmelerini zora sokacak" dinsel simgeler de taşıyamazlar.

67 LOI n° 2004-228 du 15 mars 2004 encadrant, en application du principe de laïcité, le port de signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées publics. J.O. n° 65 du 17 mars 2004.

re önemli bir takdir payı tanımaktadır. Mahkeme devletler arasındaki düzenleme farklılıklarının, söz konusu takdir payının kapsamına girdiğinin kabul edilebileceğini belirtmektedir<sup>68</sup>. Bu durumun ilkesel düzeyde temel nedeni, Strazburg hâkimlerinin dini inançların alenen dışı vurumuna tekbül eden davranışların anlam ve etkilerinin dönemlere ve koşullara göre değişebileceğini kabul etmeleri olarak görünmektedir<sup>69</sup>. Bu bağlamda eğitim kurumlarında dinsel simgelerin kullanımı, bu simgelerin “etkileri”ne bağlı olarak, başkalarının hak ve özgürlükleri ile kamu düzeninin korunması amaçlarıyla önlenebilecektir<sup>70</sup>. Eğitim kurumlarında dinsel simgeler taşınmasının önlenmesi bağlamında laiklik ilkesinin anlamı, AİHM içtihadında tam da bu noktada tüm boyutlarıyla ortaya çıkmaktadır.

Laiklik ilkesi öncelikle “devletin belirli bir din veya inanç bakımından bir tercih belirtmesini yasaklar ve böylelikle devleti tarafsız bir hakem olma görevinde yönlendirir<sup>71</sup>.” Bu nedenle laik bir devletin eğitim kurumlarında çalışan kamu görevlilerinden dinsel açıdan tarafsız bir görünüme sahip olmaları beklenebilir<sup>72</sup>. Öte yandan laiklik ilkesi “bireyi yalnızca devletin keyfi müdahalelerine karşı değil, köktenci hareketlerden kaynaklanabilecek dış baskılara karşı da korumayı hedefler<sup>73</sup>.” Bu doğrultuda AİHM, eğitim kurumlarında çoğulculuğun sağlanması amacıyla öğrencilerin dinsel simgeler taşımalarının sınırlandırabileceğini kabul etmektedir. AİHM’ne göre Türk Anayasa Mahkemesi’nce de benimsenen bu laiklik anlayışı “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin altında yatan değerlerle uyumludur.” Ancak AİHM’nin laiklik ilkesini hukuki mantık yürütümüne “soyut düzeyde” yerleştirmemektedir. Mahkeme bu prensibin kapsamını belirlerken, başkalarının özgürlüklerinin ve kamu düzeninin korunması amaçları ile olan bağını ortaya koymuştur.

Bu nedenle AİHM’nin taraf devletlere bir “açık çek” sunduğu düşünülmemelidir. Mahkeme özellikle üniversite öğrencilerinin dinsel simgeler taşımalarının

<sup>68</sup> *Kurtulmuş c. Turquie*, n° 65500/01, 24.1.2006, s. 8.

<sup>69</sup> *Leyla Şahin c. Turquie*, n° 44774/98, 10.11.2005, s. 27, § 109; *Şefika Köse et autres c. Turquie*, a.g.k., s. 15.

<sup>70</sup> Bireyler açısından “entegre” bir ortam oluşturan eğitim kurumlarında kullanılacak dinsel simgelerin etkilerinin, bu simgelerin farklı kolektif alanlarda kullanılmalarının etkilerine nazaran “özellik” arz edebileceği fikri, ilke olarak kabul edilebilir görünmektedir. Ancak dinsel simgelerin yükseköğretim kurumlarında öğrenciler tarafından kullanımının etkilerinin somut verilere dayanan bir analiz çerçevesinde dikkatle değerlendirilmesi gereklidir.

<sup>71</sup> *Leyla Şahin c. Turquie*, n° 44774/98, 10.11.2005, s. 28, § 113; Devletin farklı inançlar karşısında tarafsız bir tutum benimsemesi AİHS’nin 9. maddesinin de bir gereğidir; Bkz. *Manousskakis et autres*, a.g.k., § 47; *Hassan et Tchaouch c. Bulgarie*, n° 30985/96, 26.10.2000, § 78; BURGORGUE-LARSEN (L.) ve DUBOUT (E.), a.g.e., s. 195.

<sup>72</sup> *Dahlab c. Suisse*, n° 42393/98, 15.2.2001, 2001-V; *Kurtulmuş c. Turquie*, n° 65500/01, 24.1.2006.

<sup>73</sup> *Leyla Şahin c. Turquie*, n° 44774/98, 10.11.2005, s. 29, § 113

yasaklanmasını değerlendirirken “ulusal koşullara” sıkı surette bağlanmış-  
tır<sup>74</sup>. Ancak Mahkeme’nin bu konuya ilişkin yaklaşımı her şeye rağmen *Leyla Şahin Davası*’nda ele alınan somut durumu aşan bir ilke konumunun izlerini de taşımaktadır<sup>75</sup>. Varsayım büyük ölçüde teorik olmakla beraber, Mahkeme’nin devletlerin bu alanda sahip oldukları takdir payına yaptığı vurgu dikkate alınır, farklı devletlerin üniversitelerinde türban yasağına yönelmeleri halinde ihlal kararları verilmesi kolay olmayabilecektir. Öte yandan AİHM lise eğitiminin “bir baskı tehlikesine maruz kalabilecek gençlere” hitap ettiğini kabul etmektedir<sup>76</sup>. Bu yaklaşım lise eğitiminin bu bağlamda “özgünlüğünü” bir ilke olarak kabul etmektedir. Dolayısıyla lise eğitiminin tarafsızlığını sağlamaya yönelik olarak farklı ülkelerde uygulanan giyim kurallarının, ileride daha belirgin şekilde ilkesel bir denetime konu olabileceği ileri sürülebilir.

Bütün bu değerlendirmeler bir yana, AİHM’nin türban davalarında verdiği kararların hukuki otoritesi ve dayandıkları yaklaşım doğru anlaşılmalıdır. AİHM’nin bu davalarda Sözleşme’nin ihlali sonucuna varmış olması halinde savunmacı devletlerin çekişme konusu tedbirleri AİHS’nin 46. maddesi uyarınca ortadan kaldırmaları gerekecekti. Kaynaklandıkları hukuk düzeni nazârında “tartışılmaz” hale gelen, yani kesin hüküm halini alan yargı kararlarının, yine parçası oldukları hukuk düzeni bakımından “hukuki gerçekliği” ifade ettikleri kabul edilir. AİHM’nin türban davalarında verdiği kararlar birer *menfi tespit* hükmüdürler. Bu kararların ifade ettiği “hukuki gerçeklik”, dava konusu tedbirlerin AİHS’ni ihlal etmedikleridir. Bu kapsamdaki kararların “bağlayıcılığı” bu noktada yer alır. Söz konusu kararlar devletlerin normatif gücünü sınırlamazlar. Zira takdir yetkisi dâhilinde Sözleşme’ye uygun bir sınırlayıcı tedbiri hayata geçiren bir devlet, yine takdir yetkisi çerçevesinde bu tedbiri geri alabilir. Öte yandan insan haklarının korunması açısından bir asgari alt sınır oluşturan AİHS hükümleri, taraf devletlerce daha geniş özgürlüklerin tanınmasını engellemezler<sup>77</sup> (AİHS. m. 53). AİHM eğitim kurumlarında dinsel simgelerin kullanımının düzenlenmesi alanında belirli bir model yüceltmemekte; ancak taraf devletlere belirgin bir takdir payı tanımaktadır.

AİHM’nin türban kararları, eğitim kurumlarında dinsel simgelerin kullanımının düzenlenmesi alanında devletlerin laiklik ilkesi doğrultusunda sınırlayıcı normatif gücünün ulaşabileceği boyutları çarpıcı bir biçimde ortaya koymaktadırlar.

<sup>74</sup> Nitekim bu nedenle *Leyla Şahin Kararı*’nın bambaşka ülkelerin koşullarına “otomatik olarak uygulanamayacak bir birel-durum içtihadı” olduğu ileri sürülmüştür; DECAUX (E.), “Chronique de jurisprudence, Cour EDH”, J.D.I., 2005, n° 3, s. 531.

<sup>75</sup> Bu doğrultuda: ROYER (E.), “Remarque-Le port du foulard islamique peut être interdit dans les universités turques”, A.J.D.A., 2005, no. 39, s. 2149.

<sup>76</sup> *Şefika Köse et autres c. Turquie*, a.g.k., s. 13.

<sup>77</sup> RENUCCI (J-F), a.g.e., s. 498-499.

## **I. Kaynakça**

- ALTIPARMAK (K.) ve KARAHANOĞULLARI (O.), “Pyrrhus Zaferi: Leyla Şahin/Türkiye, AİHM/Hukuk, Düzenleyici İşlem/Kanun”, Hukuk ve Adalet Dergisi, Yıl: 1, Sayı: 3, Temmuz-Eylül, 2004
- BERGER (V.), *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme*, 5. Bası, Sirey, 1996
- BRIBOSIA (E.)/RORIVE (I.), “Le voile à l’école: une Europe divisée”, R.T.D.H., 2004
- BURGORGUE-LARSEN (L.) DUBOUT (E.), “Le port du voile à l’université. Libres propos sur l’arrêt de la Grande Chambre Leyla Sahin c. Turquie du 10 novembre 2005”, R.T.D.H., 2006
- DECAUX (E.), “Chronique de jurisprudence, Cour européenne des droits de l’homme”, J.D.I., 2005
- FLAUSS (J.-F.), “Actualité de la Convention européenne des droits de l’homme (février-juillet 2004)”, A.J.D.A., 2004
- GONZALEZ (G.), “Liberté de pensée, de conscience et de religion (art.9)-la liberté religieuse”, R.D.P., 2005
- GREWE (C.) et RUMPF (C.), “La Cour constitutionnelle turque et sa décision relative au ‘foulard islamique’”, R.U.D.H., 1991
- ÖKTEM (A.E.), *Uluslararası Hukukta İnanç Özgürlüğü*, Liberte Yay., 2002, Ankara
- RENUCCI (J-F), *Droit européen des droits de l’homme*, 3. Bası, L.G.D.J., 2002
- ROLLAND (P.), “Ordre public et pratiques religieuses”, in FLAUSS (J.-F), *La protection internationale de la liberté religieuse*, Bruylant, 2002
- ROYER (E.), “Remarqué-Le port du foulard islamique peut être interdit dans les universités turques”, A.J.D.A., 2005

## **II. İçtihat**

### **A. AİHS Organları**

- Kjøldsen, Busk Madsen et Pedersen c. Danemark, n° 5095/71 vd., 7.12.1976.
- Sunday Times c. Royaume-Uni n°1, n° 6538/74, 26.4.1979.
- Karaduman c. Turquie, n° 16278/90, [AİH Komisyonu Kararı], 3.5.1993.

- Bulut c. Turquie, n° 18783/91, [AİH Komisyonu Kararı], 3.5.1993.
- Kokkinakis c. Grèce, n° 14307/88, 25.5.1993.
- Otto-Preminger-Institute c. Autriche, n° 13470/87, 20.9.1994.
- Vogt c. Allemagne, n° 17851/91, 26.9.1995.
- Manousskakis et autres c. Grèce, 11.9.1996.
- Wingrove c. Royaume-Uni, n° 17419/90, 22.11.1996.
- Cha'are Shalom Ve Tsedek c. France, n° 27417/95, 20.6.2000.
- Dahlab c. Suisse, n° 42393/98, 15.2.2001, 2001-V.
- Refah Partisi et autres c. Turquie, n° 41340/98, 13.2.2003.
- Leyla Şahin c. Turquie, n° 44774/98, [Daire Kararı], 29.6.2004.
- Leyla Şahin c. Turquie, n° 44774/98, [Büyük Daire Kararı], 10.11.2005.
- Kurtulmuş c. Turquie, 65500/01, 24.1.2006.
- Köse et autres c. Turquie, n° 26625/02, 24.1.2006.

**B. Türk Anayasa Mahkemesi**

- E.1989/1, K.1989/12, 7.3.1989.
- E.1990/36, K.1991/8, 9.4.1991.

# **ÖZEL HUKUK**





## ANONİM ORTAKLIK GENEL KURUL KARARLARININ İPTALİ DAVASINDA TEMİNAT

*Prof.Dr. Ersin ÇAMOĞLU\**

Türk Ticaret Kanunu'nun anonim ortaklık genel kurul kararlarına karşı iptal davasını düzenleyen 381. maddesi'nin 4. fıkrası

*“Mahkeme şirketin talebi üzerine şirketin muhtemel zararlarına karşı davacıların teminat göstermesine karar verebilir. Teminatın mahiyet ve miktarın tayini Mahkemeye aittir”*

hükümünü öngörmüştür<sup>1</sup>.

Türk Ticaret Kanunu Tasarısında da bu hükümde bir değişiklik yapılmamış, 448. maddede aynı hükme yer verilmiştir.

Burada ifade etmek isterim ki bu hüküm uygulamamızda çoğunlukla işletilmeyen dekor nitelikli bir hüküm olmaktan ileri gidememektedir. Oysa yasa koyucu bu düzenlemeyi iptal davalarında davacı ve davalı şirket arasındaki menfaatler dengesini koruyucu önemli bir araç olarak düşünmüştür. Şöyle ki:

---

\* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı E. Öğretim Üyesi.

<sup>1</sup> TTK 381. maddenin teminata ilişkin 4. fıkrasının kaynağı, 1897 tarihli (*mülga*) Alman Ticaret Kanunu'nun 272. paragrafının 3. fıkrasıdır. Bu hüküm daha sonra 1937 tarihli (*mülga*) Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu'nun 199. maddesinin 4. fıkrasına alınmış, halen yürürlükte bulunan 1965 tarihli Paylı Ortaklıklar Kanunu'na (*Aktiengesetz*) ise alınmamıştır. İsviçre BK'nun TTK'nun 381. maddesini karşılayan 706 ve devamı maddelerinde iptal davalarının davacısı için teminat öngörülmemiştir. İsviçre ve Alman hukuklarında anonim ortaklık genel kurul kararları aleyhine dava açan davacıların teminat göstermesine gerek görülmemektedir. Oysa Türk uygulamasında teminatın iptal davalarının kötüye kullanılmasını önleyici bir işleve sahip olduğunu saptayan kanun koyucu 381. maddede 4. fıkrayı düzenleme ihtiyacını duymuştur. Bu makalenin temel amacı, uygulamanın yeterli ilgiyi göstermediğine tanık olduğum teminat hükümlerini tekrar Türk yargı dünyasının gündemine taşımaktır.

Anonim ortaklıklarda genel kurul kararları aleyhine iptal davaları uygulamada çok sıkı görülen ve kolay açılabilen davalardır. Çünkü:

Anonim ortaklıkta tek bir paya sahip olan paydaşların (*karar aleyhinde oy kullanmış ve muhalefetini tutanağa geçirtmiş olmak veya toplantıya katılmasına engel oluşturan bir usül eksikliği mevcut bulunmak koşulu ile*) iptal davası açma hakkı vardır. Diğer taraftan bu dava maktu harca tâbidir. Bu nedenle uygulamada ciddi hukuki temellere dayanmayan iptal davalarına da oldukça sık rastlanmaktadır. Hatta uygulamada iptal davası açma hakkının şirket (*çoğunluk*) üzerinde bir baskı ve tâciz aracı olarak kullanıldığı da sıkça görülmektedir.

Hatırlatmak isterim ki Türk Ticaret Kanunu'nun 381. maddesi genel kurul kararları aleyhine iptal davası açma hakkını ortaklardan başka, kurul olarak *yönetim kurulu* ile kararların uygulanması kişisel sorumluluklarına yol açacaksa *yönetim kurulu üyeleri* ve *denetçilere* de tanımıştır. Ancak uygulamada genel kurul kararları aleyhine iptal davasının büyük çoğunluğu, azınlık ya da münferit ortaklarca açılmakta, gerek yönetim kurulu gerekse kişisel olarak yönetim kurulu üyeleri ve denetçiler tarafından açılan davalara nâdiren rastlanmaktadır.

Bu yazımda anonim ortaklıklarda şirket ile azınlık ve münferit paydaşlar arasındaki menfaatler dengesinin kurulmasında ve genel kurul kararları aleyhine iptal davası açma hakkının kötüye kullanılmasının önlenmesinde önemli bir işleve sahip olduğuna inandığım teminat sorununu ele almam istiyorum.

## I. Teminat Talebinin Koşulları

Yasa, mahkemece teminata karar verilmesini iki koşula bağlamıştır.

### 1. Davalı Şirketin Talebi

İptal davalarında teminata hükmedilmesi usuli açıdan şirketin talebine bağlı tutulmuştur. Teminat gösterilmesi davanın dinlenme şartlarından değildir<sup>2</sup>. Davalı şirketin bu yönde bir talebi bulunmadığı takdirde yargıç teminat koşulunu resen göz önünde tutamaz.

<sup>2</sup> Baki KURU, Anonim şirket Genel Kurul Kararlarının İptali Davasında Teminat Gösterme Dava Şartı Mıdır? BATİDER C . X/4 (1980) S. 951 vd; Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin aynı yönde kararı için bkz: 02.07.1979 E. 79/3648 K. 79 / 3483 – BATİDER C. X/ 3 (1980), S. 835 v.d.

Öğretide şirket tarafından yapılacak teminat isteminin usuli açıdan bir *ilk itiraz* olduğu görüşü baskındır<sup>3</sup>.

## 2. Dava Nedeni İle Şirketin Zarar Görmesinin Muhtemel Olması

Görüldüğü gibi yasa koyucu teminata karar verebilmesi için şirketin zarar görmüş olması koşulunu aramamış, görme olasılığını yeterli görmüştür.

Açılan iptâl davalarında bu dava nedeniyle zarar görme ihtimali olduğunu kanıtlama yükümü şirkete düşer. Bu konudaki zarar maddi olmaktan çok manevîdir. Teminat talep edebilmesi için şirketin açılan iptal davası (*ya da davalar*) yüzünden isminin ve itibarının zedelenmesi ihtimali bulunduğunu kanıtlaması yeterlidir.

Hatırlatmak isterim ki, yönetim kurulu Türk Ticaret Kanunu 381. maddesi uyarınca açılan iptal davalarını maddenin 2. fıkrası gereğince ilan ettirmek zorundadır. Bu ilanın yapılmasının amacı aynı karar aleyhine açılması olan iptal davalarının birlikte görülmesine zemin hazırlamak olmakla birlikte, sonuçta bu suretle genel kurul kararı aleyhine bir (*grup*) ortak tarafından iptal davası açıldığı kamuoyuna duyurulmakta, böylece şirketin ortaksal iç ilişkileri hakkında kamuoyunda çeşitli spekülasyonların üretilmesine zemin hazırlanmaktadır. Özellikle genel kurul kararları aleyhine bir (*grup*) ortağın her yıl hukuki temelden yoksun zincirleme davalar açması kamuoyunda bu yolda oluşan kanaati pekiştirmektedir. Bu olgunun şirketin ismi ve itibarının zedelenmesi *ihtimalini* yarattığı yadsınamaz.

## II. Kimler Teminat Göstermekle Yükümlüdür?

Türk Ticaret Kanunu 381. maddelerine göre, genel kurul kararları aleyhine münferit ortaklardan başka, kurul olarak yönetim kurulu ve uygulanması kişisel sorumluluklarını gerektirdiği taktirde bireysel olarak yönetim kurulu üyeleri ve denetçiler de iptâl davası açmaya yetkilidirler.

381. maddenin 4. fıkrası, şirketin teminat talebi açısından davacılar arasında bir fark gözetmemiştir. Öğretide *Moroğlu*, iptal davası açan yönetim ku-

<sup>3</sup> KURU, agm., S. 952; Erdoğan MOROĞLU, Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, 2. bası, Ankara 1993, S. 181; Halil ARSLANLI, Anonim Şirketler, II – III. Anonim Şirketleri Organizasyonu ve Tahviller, İstanbul 1960, S. 84; Hayri DOMANIÇ, Anonim Şirketler, İstanbul 1978 S. 662, 663; Oğuz İMRE-GÜN, Anonim Ortaklıklar, 4. bası, İstanbul 1978, S. 183, 184. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da aynı görüşü benimsemiştir: Yargıtay HGK. 17.10.1980 tarih 11 / 1871 – 2309 s. kararı - İlmî ve Kazai İçtihatlar Dergisi, 1980/240 S. 8069 vd.

rulu ile yönetim kurulu üyelerinin ya da denetçilerin teminat verme yükümünden muaf olduğu görüşündedir. Yazar'a göre<sup>4</sup> « iptal davası açma yetkisini görevi gereği ve ortaklığın yararına kullandığı varsayılmak gereken yönetim kurulunu teminatla yükümlü tutmak, teminata ilişkin hükmün amacına aykırıdır. Aksi düşüncenin kabulü halinde bizatihi davalı ortaklığın yönetim kurulu için teminat yatırması gerekir. Aynı şekilde, davacı yönetim kurulu üyeleri ile denetçiler de görevleri gereği dava hakkı ile donatılmış oldukları nedeniyle teminat hükmünün amacı gereği olarak teminat yükümlülüğünün kapsamı dışında tutulmalıdırlar ».

Yukarıda da değindiğim gibi uygulamada genel kurul kararları aleyhine kurul olarak yönetim kurulu bir yönetim kurulu üyesi ya da denetçi tarafından dava açılması nadir görülen hallerdendir. Uygulamada bu gruba giren davacılar tarafından iptal davası açılması ortaklıktaki iktidar değişiklikleri veya yönetim ve denetim kurullarının farklı menfaat gruplarının temsilcilerinden oluşması halinde gündeme gelebilir. Somut olaylarda genel kurulda bir karara muhalif kalan grup tarafından seçilen üyelerin veya denetçilerin açtıkları davalara tanık oluyoruz. Görüldüğü gibi yönetim kurulu üyeleri veya denetçiler tarafından açılan iptal davaları (*çoğu kere*) ortaklıkta (*çoğunlukla*) bir iç menfaat çatışması sonucu açılmaktadır. Bu nedenle (*yönetim kurulunun ortaklığın temsilcisi olduğu ve teminatı onun adına şirketin yatıracağı*) yönetim kurulu üyelerine ve denetçilere bu hakkın görevleri gereği verildiği gerekçesiyle teminat göstermekten muaf tutulmaları gerektiği görüşüne katılmak mümkün değildir. Öncelikle yasanın lafzı bu görüşe hak vermemektedir. Türk Ticaret Kanunu 381. f.4 *davacıların* teminat göstermesi yükümünden söz ederek davacılar arasında bu açıdan fark gözetmemiştir. Diğer taraftan yasa koyucu teminat talebini *yargıcın taktirine* bırakmıştır. Yargıç münferit ortaklarca açılan davalarda somut ihtilafın koşullarına göre taktir yetkisini kullanarak, menfaatler dengesini kurma olanağına sahiptir. Diğer bir anlatımla yargıç açılan iptal davasında yönetim kurulu, yönetim kurulu üyeleri ve denetçilerin korumaya değer menfaatini gördüğü taktirde teminat istemini reddedebilecektir. Buna karşılık bu davanın ortaklıktaki paydaş gruplar arasındaki menfaat çatışmasından kaynaklandığını ve yönetim kurulunun ya da kurul üyeleri veya denetçilerin iptal davasını bazı menfaatlerin takipçisi sıfatıyla açtıklarını gözlemlediğinde ise gerekli ve yeterli teminata hükmedebilecektir.

Son olarak vurgulamak isterim ki bir genel kurul kararı aleyhine kurul olarak yönetim kurulunca iptal davası açılması halinde mahkemece hükmedi-

<sup>4</sup> MOROĞLU, Hükümsüzlük, S. 181

len teminat ortaklık tarafından değil, yönetim kurulu üyeleri tarafından yaptırılmalıdır<sup>5</sup>.

Çünkü ortaklık tüzel kişisini hasım göstererek bir genel kurul kararı aleyhine iptal davası açan yönetim kurulunun bu bağlamda anonim ortaklığı temsil ettiği düşünülemez. Tam aksine bu konuda yönetim kurulu ile ortaklık arasında bir menfaat çatışması vardır; bu davada ortaklığı denetçiler<sup>6</sup> ya da atanacak bir kayyum temsil eder<sup>7</sup>. Şu halde mahkemece uygun görüldüğü taktirde teminat hükmü yönetim kurulunun dava açılması yönünde oy kullanan üyelerince birlikte yerine getirilmelidir. Bu konuda menfaatler duruma en uygun düşen teminat türü, davacı (*lar*) ın ortaklık payları üzerine teminat nitelikli tedbir koymak olacaktır.

### III. Taktir Hakkının Kullanılmasındaki Ölçüler

İhtiyati tedbir kararlarında olduğu gibi anonim ortaklık genel kurul kararları aleyhine açılacak iptal davaları bağlamında verilecek teminat hükmü de yargıcın taktirine tâbidir. Nitekim Türk Ticaret Kanunu 381. f. 4. bu ilkeyi « *Mahkeme davacıların teminat göstermesine karar verebilir* » şeklinde ifade etmiştir.

Teminata hükmetmenin yasa tarafından hakim taktirine bırakılması, kuşkusuz bu konudaki taktir hakkının hiçbir kurala bağlı olmaksızın kullanılacağı şeklinde anlaşılabilir. Türk Ticaret Kanunu'nun 381. maddesinin 4. fıkrasının «*verebilir*» ibaresini doğru yorumlamak gerekir. Bu ibare, şayet koşulları varsa mahkeme teminata hükmetmekle yükümlüdür; ancak koşulların taktiri Mahkemeye aittir, şeklinde anlaşılmaktadır.

Yargıç bu bağlamdaki taktir hakkını, dava hakkı sahibi ile davalı şirketin (*çoğunluk paydaşlarının*) menfaat dengesini sağlayacak şekilde kullanmalıdır. Diğer bir anlatımla yargıç bu dengeyi kurarken bir yandan teminatın Anayasal bir hak arama yöntemi olan dava hakkını kısıtlayacak boyuta ulaşmamasına, diğer yandan ise şirketin bu dava nedeni ile görmesi olası zararlar için bir denge unsuru ve güvence oluşturmasına özen göstermelidir. Bu teminatın kanımca bir diğer işlevi de bir baskı ve tâciz aracı

<sup>5</sup> Aksi görüş: MOROĞLU, Hükümsüzlük, S. 181

<sup>6</sup> Bkz: POROY (Tekinalp – Çamoğlu) Ortaklıkları ve Kooperatif Hukuku, 10. Tıpkı basım, İstanbul 2005, S. 427 N. 741; ARSLANLI, AŞ. II – III, S. 88; Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin bu yöndeki 29.11.1982 E. 82/5096 K. 82/4999 sayılı kararı: Gönen ERİŞ, Ticari İşletme ve Şirketler C. II: Ticaret Şirketleri; 3. bası, Ankara 2003, s. 2207 N. 44

<sup>7</sup> MOROĞLU, Hükümsüzlük, S. 170

olarak kullanılan hukuki temelden yoksun iptal davalarına engel olmasıdır. Şayet yargıç taktir hakkını bu dengeleri kuracak şekilde kullanırsa, hem temelden yoksun iptal davalarına karşı şirket menfaatlerini koruyacak; hem de adli mercilerin bu tür davalarla meşgûl edilmesini de önleyecektir.

Yargıç taktir yetkisini kullanırken her somut olayın özelliklerini dikkate almak, davacı ortağın bu dava ile ulaşmak istediği amacı değerlendirmek davalı ve şirketin ortaklık yapısını, tarihçesini malî gücünü, piyasa payını kısaca bu konudaki tüm verileri göz önünde tutmak durumundadır.

#### **IV. Teminatın Türü ve Miktarı**

Türk Ticaret Kanunu 381. maddenin 4. fıkrasına göre: “*Teminatın mahiyet ve miktarını tayin mahkemeye aittir*”

Teminata gerek olup olmadığının taktiri mahkemeye ait olduğu gibi, teminatın türü ve miktarını tayin erki de mahkemenin yetkisi içindedir.

Mahkeme, olaydaki somut verilere göre, gereğinde nakit, teminat mektubu, menkul değer, taşınmaz vb. bir güvence verilmesine hükmedebileceği gibi, davacının şirketteki paylarının (*kısmen ya da tamamen*) teminat alınmasına da karar verebilir. Şayet şirkette payları hisse senedi ya da il-mühabere bağlanmışsa verilen teminat hükmünün işlevinin tamamlanabilmesi için kıymetli evrak niteliğindeki bu senetlerin Mahkeme veznesine (*veya bir emin kişiye*) teslimi gerekir. Senede bağlanmamış çıplak paylarda ise Mahkemenin kararının ortaklık pay defterine şerh edilmesi yeterlidir.

Davacının şirketteki pay miktarı teminat oluşturmaya yeterli ise, kanımca menfaatler dengesi yönünden en uygun tedbir davacının hisseleri üzerinde kayden tedbir konmasıdır. Kuşkusuz, davacının şirketteki payları teminat için yeterli olmadığı taktirde yargıç paylar yanında (*ya da paylar dışında*) başkaca ek güvenceye de hükmedebilecektir.

#### **V. Teminat Göstermemenin Hukuki Sonuçları**

Teminat gösterilmesi dava şartı olmadığından, Mahkemenin teminat gösterilmesine ilişkin kararının verilen kesin süre içinde yerine getirilmemesi davanın reddine neden olmayacaktır.

Türk Ticaret Kanunu'nun düzenleyen 381. maddesinin 4. fıkrası, teminat hükmünün davacı tarafından yerine getirilmemesinin hukuki sonucunu düzenlememiştir. Türk uygulaması ve öğretisi davacının verilen sürede teminat hükmünü yerine getirmemesi halinde, HUMK'nun 99. maddesi uyarınca "duruşmada hazır bulunmamış sayılacağını" kabul etmektedir<sup>8</sup>. Yargıtay'ın yerleşik içtihadı bu yöndedir<sup>9</sup>.

HUMK 99. madde uyarınca teminat hükmünü yerine getirmeyen davacı davayı takip etmekten vazgeçmiş sayılır. Bu durumda davacı şirketin iki seçeneği vardır:

Devam talebinde bulunursa davaya davacının gıyabında devam olunur. Şirketin davaya devam edilmesini talep etmemesi halinde ise dosya işlemiden kaldırılır ve dava müracaata bırakılır. Davacı HUMK 409. maddenin 5. fıkrasının öngördüğü 3 aylık sürede davasını yenilemek suretiyle davaya devamı sağlayabilir. Bu varsayımda davacı, davaya devam edebilmek için yenileme harcı ile birlikte teminatı da yatırmakla yükümlüdür. Davanın harç ve teminat yatırılarak yenilenmemesi halinde dava açılmamış sayılır ve dosya işlemiden kaldırılır.

#### IV. Sonuç

Uygulamada, genel kurul kararına karşı açılan iptal davalarında anonim ortaklığın teminat istemi mahkemelerce çoğunlukla gerekçesiz olarak reddedilmektedir. İptal davalarının mahkemece reddi halinde ise şirket mahkeme hükmünü sadece teminat isteminin reddi noktasından temyiz etme yoluna gitmediği için, konu çoğu kere Yargıtay denetimine ulaşmamaktadır. Bu nedenle araştırmalarımızda teminat konusuna ilişkin çok az sayıda yüksek yargı kararlarına ulaşmak mümkün olabilmektedir.

Kanımca bu konuda verilecek amaca en uygun hüküm, davacının şirkette sahip olduğu paylar üzerine teminat nitelikli tedbir koymaktır. Zira davacının şirket payları üzerine konulan tedbir dava hakkını kısıtlayıcı boyutta değil; fakat açılacak temelsiz (*tâciz amaçlı*) iptal davalarını engelleyici niteliktedir. Tekrar belirtmek isterim ki yasanın tek bir paya sahip ortağa tanıdığı iptal davası açma hakkının maktu harca tâbi olması uygulamada bu da-

<sup>8</sup> KURU, agm. S. 962

<sup>9</sup> Bkz: Yargıtay 11. HD. 15.04.1983 E. 1491 K. 2033 (ERİŞ, Ticari İşletme ve Şirketler, C. 2: Ticaret Şirketleri, S. 2209 N. 48 Ayrıca dpn. 2 ve 3 'deki Yargıtay HGK ve 11. Hukuk Dairesi kararlarına da bkz.

vanın kötüye kullanılmasını ve hukuki dayanaktan yoksun tâciz amaçlı davalar açılmasını kolaylaştırmaktadır<sup>10</sup>.

Bu konuda ortaklığın (*özellikle*) manevi menfaatlerinin, adının ve ününün korunması ve tâciz amaçlı davaların azaltılması açısından Türk Ticaret Kanunu 381. f. 4'deki "**teminat**" hükmüne işlerlik kazandırılması önemli bir işleve sahip olacaktır.

---

<sup>10</sup> Hatırlanacağı gibi TTK'nun 384. maddesi genel kurul kararları aleyhine "*kötü niyette*" iptal davası açanları şirketin bu yüzden uğradığı zararlardan müteselsilen sorumlu tutmaktadır. Bu maddedeki kötünüyettin amacı, davacının baştan beri ileri sürdüğü iptal sebebinin hukuki dayanağı olmadığını bildiği ve nihai amacı kararın iptalinden gayri hedeflere (*örneğin çoğunluğu hisselerini satın almaya zorlamak gibi*) yönelik davalardır. Kanımca özellikle hukuki temeli olmadığı halde ve genel kuruldan sonra açılan zincirleme tâciz davaları TTK. 384. maddedeki kötünüyete örnek gösterilebilir. Bu anlamda TTK. 381. f. 4'deki teminat hükmü ile TTK. 384. maddedeki tazminat istemi birbirlerini tamamlayan hükümlerdir. Bu konuda inceleyiniz ve karşılaştırınız: Haydar ARSEVEN, Anonim Ortaklıklarda Genel Kurul Kararlarına Karşı Kötü Niyetle Açılan İptal Davasının Müeyyideleri, Halil Arslanlı'nın Anısına Armağan, İstanbul, 1978, S.277 vd.



# **DOMESTIC LAW REGULATIONS PROTECTING AND ENCOURAGING FOREIGN INVESTORS**

*Ass. Prof. Dr. Lerzan YILMAZ\**

## **I – Foreword**

In the globalizing world, the developing countries are compelled to encourage and promote foreign investors to enter into association with domestic investors, and thus to industrialize rapidly and resolve the unemployment problem in their countries. However, foreign investors seek security for both their stand-alone investments and joint investments with local domestic investors in the host country, and abstain from making any investment without having guarantee against arbitrary expropriation and nationalization of their investment.

Moreover, foreign investors want also to be allowed to freely transfer abroad through banks or financial institutions their net profits, dividends, proceeds from the sale or liquidation of any investment or stocks, compensation payments, amounts arising from license, management and similar agreements, and reimbursements and interests from any loans without being subject to the consent or permit of any authority whatsoever or to any amount or exchange rate restrictions, and request the guaranteeing thereof to themselves.

Foreign investors make investment only in those countries where the aforementioned requirements are met and the said guarantees and securities are given. Therefore, the developing countries felt themselves compelled to introduce new domestic law regulations to provide the foreign investors the said guarantees and securities they seek. Also Turkey is amongst those countries that felt this compulsion. In order to become full

---

\* Marmara University, Faculty of Law, Major Commercial Law.

member of the EU on the one hand and to attract foreign investors on the other hand, Turkey introduced and implemented two essential law amendment acts in the recent years. The first one of these two essential law amendment acts is the “Foreign Direct Investment Law No. 4875” and the other one the “Expropriation Law No. 2942” as amended by the Law No. 4650. In Sections II and III of this Study, we will investigate the new legal regulations and arrangements introduced by the Foreign Direct Investment Law No. 4875. Thereafter, in Section IV, the amendment added by the Law No. 4650 to the Expropriation Law will be discussed.

## **II – Foreign Direct Investment Law**

### **1- Objective of the Law**

Immediately upon enactment of the Foreign Direct Investment Law No: 4875 (hereinafter referred to as the “FDI Law No: 4875”) on 17.06.2003 after publication thereof in the Official Gazette, on 20.08.2003 the “Regulation for Implementation of Foreign Direct Investment Law” (Official Gazette 20.08.2003/25205) and on 29.08.2003 the “Directive on the Employment of Foreign Personnel in Foreign Direct Investments” has been enacted. The objective and purpose of the FDI Law No: 4875 is to regulate the principles applicable to foreign direct investments for encouraging them; to protect the rights of foreign investors; to define the terms of foreign direct investment and foreign investor in line with international standards; to increase foreign direct investments through encouraging policies; and to stipulate the rules specifying how the investments in Turkey of foreign investors and of Turkish citizens residing abroad are to be treated. By using the term “direct”, the Law purposes to distinguish ‘direct investments’ from ‘indirect investments’ (such as portfolio investments).

### **2- The term “Foreign Investor”**

By the FDI Law No: 4875, the definition of “foreign investor” is broadened.

Pursuant to the definition in the new Law, any

- real persons of foreign nationality,
- Turkish citizens residing abroad,
- foreign legal entities incorporated under the laws of foreign countries, and
- international institutions,

who make 'foreign direct investment' in Turkey are regarded as 'foreign investors' (FDI Law No: 4875, Article 2/a).

The new Law introduced an important amendment in the definition of the term of 'foreign investor', and granted also any Turkish citizens residing abroad, the status of 'foreign investor' if they make 'direct investment' in Turkey. According to the provisions of the new Law, it is sufficient for any abroad-residing Turkish citizens who make 'direct investment' in Turkey, to prove that they are residing abroad with a valid working and residence permit in order to be regarded as and granted the status of 'foreign investor' (Regulation for Implementation of Foreign Direct Investment Law, Article 10). Moreover, pursuant to FDI Law No: 4875, Article 2/b, any foreigners or Turkish citizens residing abroad are also considered as 'foreign investors' if they are associated in an existing domestic company by acquiring either (i) from any source other than the stock exchange any percentage of shares of such domestic company, or (ii) through the stock exchange at least 10 percent of the shares of such domestic company or any other quantity of shares thereof providing voting power of same ratio as aforesaid.

### **3- The term "Foreign Direct Investment"**

Assets to be regarded as 'foreign investments' by foreign investors are classified by the new Law as 'assets imported from abroad by foreign investors' and as 'assets generated, gained and provided within the home country by foreign investors'.

Pursuant to the provisions of the FDI Law No: 4875, Article 2/b, the following assets are considered as 'foreign direct investments':

a) 'Assets transferred from abroad by foreign investors':

- Capital in cash in the form of convertible foreign currency traded by the Central Bank of the Republic of Turkey,
- Securities of foreign companies (such as stocks, bonds, but excluding any government bonds),
- Machinery and equipment,
- Industrial and intellectual property rights (such as brand, trade name, patent, know-how, license rights etc.)

b) 'Assets generated, gained and provided within the home country by foreign investors'

– Retained and reinvested earnings, revenues, receivables and claims in cash, or any other investment-related rights of financial and economical value,

– Funds obtained from commercial rights pertaining to exploration and extraction of natural resources,

– Brand new company to be established or a branch office to be opened

– Any percentage of shares of any domestic company acquired either from any source other than the stock exchange, or at least 10 percent of the shares of any domestic company or any other quantity of shares of any domestic company providing voting power of same ratio as acquired through the stock exchange.

### **III – Innovations Introduced By The New Fdİ Law No: 4875**

#### **1- In terms of capital import**

The former law (Foreign Capital Incentives/Encouragement Law No: 6224) contained some restrictions with respect to 'foreign capital' to be imported to Turkey. Previously, no 'foreign investor' was allowed to acquire majority interests in an enterprises carrying out monopoly activities countrywide. The new Law, however, does not contain any restrictions in this respect.

#### **2- In terms of permission and visa system**

The so-called 'permission and visa system' has been converted into the 'information system'. Pursuant to the provisions of the former law, any new 'foreign investors' were required to obtain 'permission' from the "Undersecretariat of Treasury, General Directorate of Foreign Investment" in order to establish a new company, or to participate in and become a partner, shareholder or associate of and in an existing company, or to open a branch office or a liaison office in Turkey. However, according to the former law, also any existing companies with foreign capital contribution needed the 'permission' of the "Undersecretariat of Treasury, General Directorate of Foreign Investment" for new investments and participations (in other companies), capacity increase, liquidation and mergers, and alteration in participation ratio (Foreign Capital Framework Decree, Article 3). The

‘Establishment Permit’ granted by the Undersecretariat of Treasury, General Directorate of Foreign Investment was restricted by the ‘scope of activity’ as indicated on the so-called ‘Permit Certificate’. And the foreign partners, shareholders or associates were obliged to get a ‘visa’ for their “investments or participations” (in other companies) within a delay of three months after the date of such ‘Establishment Permit’.

In the former law, also any transfer and assignment of shares by foreign shareholders to any domestic shareholders or to any other real persons or entities residing in Turkey was subject to the prior permission by the Undersecretariat of Treasury, General Directorate of Foreign Investment. Though the seller and purchaser – the transferor and the transferee – of any shares offered to sale were entitled to freely determine the sale price, the Undersecretariat of Treasury, General Directorate of Foreign Investment, however, was always authorized, if it deemed for necessary, to make an assessment about the value of such shares. And, if, as a result of the assessment made, the value of the shares as assessed by the Undersecretariat of Treasury, General Directorate of Foreign Investment at its sole discretion was different from the intended sale price as designated and agreed upon by the seller and purchaser – the transferor and the transferee – thereof, then the sale – transfer and assignment – of such shares were only permitted over such value as assessed by the Undersecretariat of Treasury, General Directorate of Foreign Investment at its sole discretion (Communiqué concerning the Foreign Capital Framework Decree, Article 3). Now, by the new Law, such eventual assessment by the Undersecretariat of Treasury, General Directorate of Foreign Investment about the value of any shares to be transferred and assigned is removed.

Any license, know-how, technical assistance, management and franchising agreements to be concluded by any domestic public and private sector enterprises with any real persons and legal entities residing abroad were subject to registration with the Undersecretariat of Treasury, General Directorate of Foreign Investment for to be enforceable (Communiqué concerning the Foreign Capital Framework Decree, Article 7).

Pursuant to the provisions of the new FDI Law No: 4875, any new ‘foreign investors’ are not more required to obtain any ‘permission’ from the “Undersecretariat of Treasury, General Directorate of Foreign Investment” in order to establish a new company, or to participate in and become a partner, shareholder or associate of and in an existing company, or to open a branch office or a liaison office in Turkey. Similarly, also no ‘permission’ by the “Undersecretariat of Treasury, General Directorate of Foreign Investment” is needed to be obtained by any existing companies with foreign

capital contribution for any new investments and participations (in other companies), capacity increase, liquidation and mergers, and alteration in participation ratio as it was the case according to the former law. And also any license, know-how, technical assistance, management and franchising agreements to be concluded by any domestic public and private sector enterprises with any real persons and legal entities residing abroad are now directly enforceable without being subject to any registration with the Undersecretariat of Treasury, General Directorate of Foreign Investment any more.

'Foreign Investors', however, are obliged to 'inform' the "Undersecretariat of Treasury, General Directorate of Foreign Investment" about their investments/foreign capital contributions, any payments made by them to such investment/foreign capital contribution accounts, their activities and businesses and any share transfers and assignments (Regulation for Implementation of Foreign Direct Investment Law, Article 5).

### **3- In terms of Company Types**

By the new FDI Law No: 4875, the types of companies, which may be established by foreign investors or in which foreign investors may participate in are broadened (Regulation for Implementation of Foreign Direct Investment Law, Article 9). They are those "incorporated companies" as designated in the Turkish Commercial Code and those "unincorporated partnerships" as designated in Turkish Code of Obligations.

Partnerships formed and established on the basis of agreements and under denominations such as 'consortiums' or 'joint ventures' that do not conform to the explicit features of the company types as designated in the Turkish Commercial Code are deemed as 'unincorporated partnerships' (Regulation for Implementation of Foreign Direct Investment Law, Article 9/2).

### **4- In terms of the Capital to be brought, i.e. imported, from abroad**

The obligation – in the former law – of 'foreign investors' to bring, i.e. to import, into Turkey a minimum foreign capital contribution share of USD50.000,00 per each real person or legal entity residing abroad in order to establish a new company, or to participate in and become a partner, shareholder or associate of and in an existing company, or to open a branch office or a liaison office in Turkey is removed by the new FDI Law No: 4875. Thus, 'foreign investors' are treated equally with 'domestic investors'.

## **5- In terms of the Transfers to abroad**

By the new FDI Law No: 4875, foreign investors are allowed to freely transfer abroad through banks or private financial institutions their net profits and dividends they obtained from their business activities and operations in Turkey, any proceeds from the sale or liquidation of any investment or stocks, compensation and indemnity payments, amounts arising from license, management and similar agreements, and principal amounts and interests of any foreign loan facilities (FDI Law No: 4875, Article 3/c).

Also the former law allowed freely transfer. However, pursuant to the provisions of the former law, the transfer abroad of any profits or capital funds was allowed exclusively in the national currency of the country of origin of the principal foreign capital invested and over the then current official exchange rate (Foreign Capital Incentives/Encouragement Law No: 6224, Article 4/a). By the new FDI Law No: 4875, for any transfers abroad, these two restrictions, i.e. the national currency and the current official exchange rate, are removed. Foreign investors are allowed to make transfer abroad in any currency whatsoever. And also the applicable exchange rate is to be decided by themselves (EKŞİ, 2005:179).

At the time when the former law was in force, in case of partially or wholly sale (i.e. transfer and assignment) to any domestically resident real persons or legal entities, of the capital shares of foreign shareholders of enterprises or companies with foreign capital contribution, the sale price thereof, and in case of liquidation of companies with foreign capital contribution, the liquidation proceeds were allowed to be transferred abroad, provided, however, that the relevant 'permission' by the Undersecretariat of Treasury, General Directorate of Foreign Investment for such sale or liquidation was obtained beforehand (Communiqué concerning the Foreign Capital Framework Decree, Article 9). Expressed in other words, at the time when the former law was in force, any foreign shareholders of any enterprises or companies with foreign capital contribution, who intended to sell (i.e. transfer and assign) to any domestically resident real persons or legal entities, any part or the entire of their capital shares, were obliged to obtain first the 'permission' of the Undersecretariat of Treasury, General Directorate of Foreign Investment thereto, and, only after such 'permission' was obtained, they were allowed to perform the respective transfer abroad through banks.

Any 'foreign shareholder' of an enterprise or a company with foreign capital

contribution, who intends to sell (i.e. transfer and assign) his capital shares in such enterprise or company to a domestically resident real person or legal entity, is entitled to freely determine the sale price of his capital shares he offered to sale, and to make an 'agreement' thereupon with the prospective purchaser of his capital shares to be sold (transferred and assigned) so. That means, the sale price of capital shares may be freely determined on the basis of an 'agreement'. Pursuant to the former legislation, only if the intended sale price of the capital shares offered to sale as agreed upon by and between the parties on the basis of an 'agreement' concluded between them was in compliance with the assessment made by the Undersecretariat of Treasury, General Directorate of Foreign Investment about the value thereof, such sale price was allowed to be transferred abroad. In return, if the intended sale price in the 'agreement' concluded between them was higher than such value as fixed by the Undersecretariat of Treasury, General Directorate of Foreign Investment as a result of the assessment made as aforesaid, then any amount exceeding such assessed value was not allowed to be transferred abroad (TEOMAN, 1997:197).

Now, by the new FDI Law No: 4875, such assessment by the Undersecretariat of Treasury, General Directorate of Foreign Investment about the value of any shares to be transferred and assigned is removed.

## **6- In terms of the Valuation of Non-Cash Capital**

Pursuant to the provisions of the new FDI Law No: 4875, the value of any 'non-cash capital' is to be assessed within the framework of such regulations as stipulated in the Turkish Commercial Code.

According to the former law, the assessment of the value of any 'non-cash capital' contributions such as goods, services or intellectual property rights to be imported into Turkey had to be made by the teams to be appointed and assigned by the so called "Committee for the Encouragement of Foreign Capital". Furthermore, the appraisal of any equipment to be imported into Turkey as 'capital in kind' has to be made by experts to be appointed and assigned by the Undersecretariat of Treasury, General Directorate of Foreign Investment.

By the new FDI Law No: 4875, the authority of the "Committee for the Encouragement of Foreign Capital" is removed. Now, according to the new Law, the assessment of the value of any 'non-cash capital' contributions as aforesaid is to be made pursuant to the provisions of the Turkish Commercial Code (Turkish Commercial Code, Article 289/2, 293). Similarly, also the



appraisal of any equipment to be imported into Turkey as ‘capital in kind’ is to be made pursuant to the provisions of the Turkish Commercial Code.

### **7- In terms of Expropriation and Nationalization**

The former law did not contain any provisions regarding the expropriation and nationalization.

However, the Articles 46 and 47 of the Constitution provide for both foreign and the domestic investors sufficient guarantee, safety and protection against expropriation and nationalization.

The new FDI Law No: 4875 introduced a new regulation with respect to expropriation and nationalization that almost repeats the provisions of Articles 46 and 47 of the Constitution regarding the “prohibition of arbitrary expropriation” (EKŞİ, 2005: 173).

Foreign Direct Investments may and shall not be expropriated or nationalized unless public interest requires doing so and compensation is paid in accordance with due process of law (FDI Law No: 4875, Article 3/b).

The Expropriation Law No: 2942 has been amended by the Law No: 4650 enacted on 24.04.2001. These amendments made to the Law will be discussed in Section IV of this study.

### **8- In terms of Access to Real Estate**

Legal entities and companies having been formed and established by ‘foreign investors’ in Turkey or in which ‘foreign investors’ are participated in, may freely acquire any real estate or any limited real (in kind) rights in any real estates in any regions and areas where acquisition of real estates is permitted to Turkish nationals (FDI Law No: 4875, Article 3/d). The former law did not contain such a provision. However, the new introduced provision regarding access to real estate did not make any significant amendment in practice. Because, also at the time when the formed law was in force, any companies with full foreign capital that were formed and established under the laws of Turkey had been regarded and treated as Turkish companies, and therefore they were entitled to acquire any real estates in Turkey or interest therein regardless whether their capital was of foreign or domestic origin (EKŞİ, 2005:176).

### **9- In terms of Referring of Disputes to Arbitration for Settlement**

The new FDI Law No: 4875 allow and entitle ‘foreign investors’ to apply to the National Arbitration Board or to the International Arbitration Board for the settlement of any disputes arising out of Investment Agreements or of Public Service Concessions Agreements they have concluded (FDI Law No: 4875, Article 3/e). Although this regulation is introduced for the first time in a national law, it took always place in the “Bilateral Agreements for the Promotion and Protecting Investments” Turkey concluded with other states since 60’s (see NOMER/EKŞİ/ ÖZTEKİN, 2003:73 and others for detailed information on Investment Disputes and International Arbitration).

### **IV – Innovations Introduced By The Amendments Made In The Expropriation Law No: 2942**

With respect to protection against expropriation and nationalization, new regulations have been introduced in the Expropriation Law No: 2942 by the amendments made thereto by the Law No: 4650 enacted on 24.04.2001.

By the new FDI Law No: 4875, three Articles (Article 13, 16, and 17) of the Expropriation Law No: 2942 are abolished, and Article 18 thereof is amended significantly.

The most significant amendments introduced by the new law are the followings:

- 1- “Expropriation proceedings shall not be initiated prior to the provision of sufficient amount of allocation by the Administration” (Article 3, last sentence). The reason why this provision is added to the Law is that all the compensation decisions of the European Court of Human Rights to the disadvantage of our country in the actions for the “Compensation Increase in Expropriation” filed against our country were very efficient (AKGÜNER/ERMAN, 2002:6).
- 2- The term of validity of the annotation caused by the Administration taking the decision for expropriation to be registered with the title deed office with which the relevant property to be expropriated is registered with shall not exceed 6 months after the date of taking the decision for expropriation (Article 7). In the former law, this term of validity of the annotation was 2 years. This validity term of 2 years is now reduced to 6 months.
- 3- The Administration shall primarily apply the “purchasing procedure”

(bargaining procedure) for the expropriation to be carried out on the immovable properties registered with the title deed office (Article 8).

- 4- Should the “purchasing procedure” (bargaining procedure) remain unfruitful, the payable value of the immovable property to be expropriated shall be determined by the Basic Court of First Instance and not by the expropriating Administration (Article 15). The Court invites the parties in the first hearing to find a compromise solution. Should the parties fail to find a compromise solution, the Court decides to make a site visit within a delay of 10 days at the latest by expert witnesses for the appraisal of the disputed value of the immovable property to be expropriated. For this purpose, the Court appoints and assigns an Expert Witnesses Council consisting of 5 experts. This Expert Witnesses Council prepares, as a result of the site visit they made, an Expert Witness Report on the disputed payable value of the immovable property to be expropriated. And then the Court finally decides, after completion of all these stages, upon a justified and reasonable expropriation compensation (AKGÜNER/ERMAN, 2002:8).
- 5- If the expropriating Administration fails to perform, within a period of time of 5 years as of the date of fixing of the expropriation compensation, any transaction, procedure or process or any installation on the immovable property expropriated, then the private person being the expropriator of such immovable property expropriated shall be entitled to take back the property. Such right must be used within a delay of at the latest 1 year (Article 23) (see AKGÜNER/ERMAN, 2002:13 and others for an interesting decision on ex-proprietor’s right of take back).

The expropriation is a significant limitation and restriction of the property rights, as it obliges private person to compulsorily transfer and assign any immovable properties they own to the Administration. And as the property right is closely related to the public freedom, for the process of expropriation, the public interests/benefit to be compulsorily regarded by the Administration in expropriation and the private freedoms of the persons constituting the public must be balanced very well (GİRİTLİ/BİLGİN/AKGÜNER, 2001:675).

The significant amendments made to the Expropriation Law No: 2942 as aforesaid aim to prevent any arbitrary acts of the Administration, to determine a justified and reasonable expropriation compensation and to provide the foreign and domestic investors with much more guarantee for the protection thereof against any arbitrary expropriation and nationalization.

**Conclusion:**

By the new FDI Law No: 4875, some very important amendments having the character of significant reforms have been introduced. By the new Law, the definitions of the terms of 'foreign investor' and 'foreign investment' have been broadened; the types of companies that may be formed and established in Turkey by 'foreign investors', or in which 'foreign investors' may participate in have been extended; the 'permission and visa' system in establishing of companies in Turkey by 'foreign investors' as well as in transferring and assigning by them of any shares of the companies they established in Turkey or in which they are participated in has been converted into the 'information' system; the obligation of 'foreign investors' to bring, i.e. to transfer, into Turkey a minimum foreign capital contribution share of USD50.000,00 per each real person or legal entity residing abroad in order to establish a new company, or to participate in and become a partner, shareholder or associate of and in an existing company, or to open a branch office or a liaison office in Turkey is removed; foreign investors are allowed to freely transfer abroad through banks or private financial institutions their net profits and dividends they obtained from their business activities and operations in Turkey, any proceeds from the sale or liquidation of any investment or stocks, compensation and indemnity payments, amounts arising from license, management and similar agreements, and principal amounts and interests of any foreign loan facilities, without being subject to any limitations or restrictions in terms of currency, amount of exchange rate; the authority of the Undersecretariat of Treasury, General Directorate of Foreign Investment with respect to assessment of the value of any 'non-cash capital' contributions has been removed, and it is legally provided that Foreign Direct Investments may and shall not be expropriated or nationalized unless public interest requires doing so and compensation is paid in accordance with due process of law.

In order to become full member of the EU on the one hand and to attract foreign investors on the other hand, Turkey introduced and implemented essential law amendments and national law regulations as aforesaid.

In 2001, by the amendments made in 18 Articles of the Expropriation Law No. 2942, Turkey guaranteed 'foreign investors' that no arbitrary expropriations and nationalizations will be made. However, the 'foreign investors' in Turkey were also formerly provided – by the 'Bilateral Agreements for the Promotion and Protecting Investments' Turkey concluded with other states – sufficient guarantee against arbitrary expropriations. Turkey has concluded with more than 50 countries such Bilateral Agreements for the protection of investments. The first one thereof was in 1963 with the Federal Republic of

Germany (NOMER/EKŞİ/ÖZTEKİN, 2003:273-573). These Bilateral Agreements concluded with other states have legislative power pursuant to the provisions of Article 90 of the Constitution as they are international conventions. No action may be filed with the Constitutional Court with allegation such Bilateral Agreements would be illegal in terms of the Constitution.

These Bilateral Agreements define and regulate the persons and entities that are considered as 'foreign investors', the assets to be agreed and assumed as 'investment', the modus of transfer abroad by the 'foreign investors' of revenues obtained by them in the host country, the way to protect the investments, and the legal steps to be taken and compensation payable in case of expropriation.

#### Literature

- 1- AKGÜNER, Tayfun/ERMAN, Hasan: Kamulaştırmada Son Gelişmeler ve Malikin Geri Alma Hakkı (İlginç bir Karar); İKÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, 1 (2002) 1, İstanbul.
- 2- EKŞİ, Nuray: Türkiye'de yapılan Yabancı Yatırımlara ilişkin Mevzuat hakkında Genel Değerlendirmeler; Yeditepe Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 1/2, 2005, S. 169-188, İstanbul.
- 3- GİRİTLİ, İsmet/BİLGİN, Pertev/ AKGÜNER, Tayfun: İdare Hukuku, 2001 İstanbul.
- 4- TEOMAN, Ömer: Yaşayan Ticaret Hukuku, Cilt I, Hukukî Mütalaalar, Kitap 8, 1997, İstanbul.
- 5- NOMER, Ergin/EKŞİ, Nuray/ÖZTEKİN, Günseli: Milletlerarası Tahkim, 2. Baskı, 2003, İstanbul.



# ROMA İMPARATORLUĞU VE ROMA HUKUKUNDA AİLENİN TOPLUMSAL TEMELLERİ

*Ar. Gör. Dr. Zeynep Özlem ÜSKÜL ENGİN\**

*Ar. Gör. Başak KARAMAN\*\**

## Giriş

Romalılar dünyanın en büyük imparatorluklarından birini kurmuşlardır. Buna rağmen siyasal konularda özgün düşünceler üretememişler, Yunanlıların ürettiklerini sentezleyip, kendilerine uygulamışlardır. Bu nedenle, Yunanlıların soyut düşünceye ne kadar yatkın oldukları söylenirse, çiftçi, asker kökenli Romalıların da bir o kadar uzak olduklarını ileri sürmek yanlış olmayacaktır<sup>1</sup>. Romalıların yaşadığı dönemde büyük filozofların bulunmaması bu tezi desteklemektedir: Romalılar, Yunanlıların yaratıcı olmayan ardılları olarak kalmışlardır<sup>2</sup>. Üstelik, Romalılar, uzun süre felsefe yapmayı hor görmüşlerdir. Onlar için öncelik, yaşama ilişkin faaliyetlerde bulunmaktır, felsefe yapmak ikinci planda kalmaktadır (*primum vivere, deinde philosophare*)<sup>3</sup>. Onlara göre, insan, düşünme ve bilmekten çok eylemde bulunmak için bu dünyaya gelmiştir<sup>4</sup>. Romalı, her şeyden önce savaşmayı, yönetmeyi ve para kazanmayı hedeflemiş, eylemlerinin haklılığını ortaya koyabileceği bir sisteme gereksinim duymuştur. Hukuk, Romalının kabul ettiği tek soyutlamadır,

---

\* Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı Doktor Araştırma Görevlisi.

\*\* Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Roma Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi.

1 Ağaoğulları, Mehmet Ali/Köker, Levent; İmparatorluktan Tanrı Devletine, İmge Kitabevi, 5. Bası, Ankara, 2004, s. 13-14.

2 Gökberk, Macit; Felsefe Tarihi, Remzi Kitabevi, İstanbul, 1990, s. 121.

3 Tahiroğlu, Bülent; Aristo Düşüncesinin Roma Hukuku Üzerindeki Etkileri, İKÜ Dergisi, C. 2, S. 1-2, 2003, s. 82; Aynı zamanda bkz. Schwarz, Andreas B.; Roma Hukuku Dersleri, çev. Türkan Rado, C. 1, Doğan Kardeş Matbaacılık Sanayi A.Ş. Basımevi, İstanbul, 1943, s. 14-15.

4 Gökberk, s. 121.

5 Ağaoğulları/Köker, s. 23.

ancak bu hukuk da eylemle doğrudan bağlantılıdır<sup>5</sup>. Bunun sonucunda, Romalıların hukuku, açık ve kesin bir hukuk olma özelliğini göstermiştir<sup>6</sup>. Yunanlılardan farklı bir anlayışa sahip olmaları usul hukuku, evlilik ve miras gibi alanlarda yaptıkları düzenlemelerin ve ortaya koydukları kavramların kapsamının değişik olmasıyla da öne çıkar<sup>7</sup>. Fakat bir yandan da karmaşık siyasal örgütlenmelerini hukuksal bir çerçeveye oturtan Romalıların, özellikle de modern özel hukukta etkileri ve hala hissedilmekte olan katkıları oldukça büyüktür<sup>8</sup>. Roma Hukuku; borç kavramı, çeşitli sözleşmeler, mülkiyet ve zilyetlik, miras, ölüme bağlı tasarruflar gibi hukukta çok kullandığımız kavramlardan çok açık bir şekilde bahsetmiştir<sup>9</sup>. Ancak, Roma hukukçuları açısından aile hukuku şeklinde bir ayırım, ne klasik hukukta ne de *Iustinianus* hukukunda yapılmaktadır<sup>10</sup>. Buna karşın elbette, Romalılar açısından da aile kavramı ve aileye ilişkin hukuksal düzenlemeler mevcuttur<sup>11</sup>.

1926'da Medeni Kanun ve bunun yanında başka kanunların iktibas edilmesiyle, Türkiye'nin hukuk sisteminde büyük bir değişikliğin yaşanmış olduğu açıktır. Türkiye'nin İsviçre Medeni Kanununun sistemini benimsemesi ile Roma Hukuku ülkemizde de etkili olmuştur. Ancak, bu etkinin daha çok Borçlar Kanunu üzerinde olduğu, Cumhuriyet tarihi içerisinde Roma hukukçularının doğal olarak bu hukuk sisteminin kamu hukuku alanına değil de, daha çok borçlar hukuku alanına yöneldikleri görülmektedir. Modern kanunların hemen hepsinde aile hukukuna ilişkin bir sistematik görülmekte, bu sistematığın kaynağının doğrudan Roma hukuku kökenli olmadığı bilinmekteyse de, Roma hukukunun aileye ilişkin kurumlarının daha sonraki dönemlere etki yapmış olduğu da muhakkaktır<sup>12</sup>. Bu nedenle, Roma aile hukukunun da, aile hukukumuz üzerinde izleri olduğu söylenebilir. Biz, burada,

6 Tahiroğlu, s. 82.

7 Tahiroğlu, s. 84.

8 Ağaogulları/Köker, s. 13-14.

9 Umur, Ziya; Roma Hukuku, Tarihi Giriş-Kaynaklar-Umumi Mefhumlar-Hakların Himayesi, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1984, s. 310.

10 Ayiter, Roma hukukunda bulunmayan aile hukuku ayırımının ne glassatörler devrinde ne de Bizans hukukunda bulunduğunu belirtir (Ayiter, Kudret; Roma Hukuku Dersleri, Aile Hukuku, Ayyıldız Matbaası, Ankara, 1960, s. 5). Bununla birlikte Umur'un da haklı olarak ifade ettiği gibi, *Iustinianus* döneminin ailesi, bugünkü aileden çok da farklılık arz etmekteydi (Umur, Ziya; Roma Hukuku Ders Notları, Usul Hukuku-Borçlar Hukuku-Eşya Hukuku-Miras Hukuku, BETA Yayınları, 3. Bası, İstanbul, 1999, s. 168).

11 Nitekim, gerek Türk-İsviçre Medeni Kanunları gerekse tüm diğer modern kanunların aile hukukuna ilişkin düzenlemelerinin karı-koca, hısımlar ve vesayet olmak üzere üç büyük kısma ayrılmasında, Roma'nın *Institutio*'lar sisteminden etkilenildiği açıktır (Schwarz, Andreas B.; Türk-İsviçre Medeni Hukuku ve Roma Hukuku, Cemal Bilsel'e Armağan'dan Ayrı Bası, Kenan Basımevi ve Klişe Fabrikası, İstanbul, 1939, s. 22).

12 Ayiter, Aile Hukuku, s. 4.



Roma hukukunun aileye ilişkin yaptığı düzenlemeleri toplumsal nedenlerine inerek açıklamaya çalışacağız.

### I. Roma Ailesi ve Baba Hâkimiyeti (*Patria Potestas*)

*Familia* kavramı, bugün anladığımız anlamıyla genel olarak aileyi ifade eder<sup>13</sup>, ancak, *familia*'nın Roma'da bir dar, bir de geniş anlamda kullanıldığı görülmektedir<sup>14</sup>. Kadın ve erkeğin ve onların çocuklarının oluşturdukları bir birim olarak düşündüğümüz aile, Roma'da çok daha kapsamlı bir yapıya ele almaktadır. Geniş anlamıyla (*communi iure*) *familia*, ortak atadan gelen kimselerin topluluğu olarak karşımıza çıkar<sup>15</sup>. Bu topluluklara Roma'da *gens* adı verilir ve *gens*'e mensup olanların tümünün soyadı aynıdır<sup>16</sup>. Bu, *patria potestas*'a sahip olan *pater familias*'ın soyadıdır<sup>17</sup>.

Dar anlamda aile kavramı (*familia* veya *familia iure proprio*) ise, *pater familias*'ın ölümünden sonra bu bölünmelerle meydana gelmiş olan küçük aileleri ifade ederdi<sup>18</sup>. Arangio-Ruiz, *pater familias*'ın ölümüyle onun fününün *sui iuris* haline gelerek yeni aileler meydana getirmesinin, en azından tarihi dö-

<sup>13</sup> Medeni Kanunumuz açısından en dar anlamda aile, karı ve kocadan oluşmaktadır (MK. m. 185). Bunun yanı sıra yine MK. m. 282'ye göre aile, karı-koca ve çocuklardan oluşmakta; MK. m. 364, 305,129'a göre ise karı-koca ve çocuklardan başka, kan ya da hukuki bağlarla birbirlerine bağlı kimseleri içermektedir. En geniş aile tanımı MK. m. 367'de yapılmıştır.

<sup>14</sup> Ayiter, Aile Hukuku., s. 3.

<sup>15</sup> Bonfante, Pietro; Istituzioni Di Diritto Romano, Giuffrè, 10. Bası, Milano,1987, s. 120; Ayiter, Aile Hukuku, s. 3.

<sup>16</sup> Örneğin *Gaius Iulius Caesar*'da; *nomen gentilium*, "Iulius" tur. *Gaius*, *praenomen* yani önad, *Caesar* ise *congnumen* yani lakabı, takma adı ifade ederdi (Koschaker, Paul/Ayiter, Kudret; Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları, İzmir Dokuz Eylül Üniversitesi Matbaası, 3. Bası, İzmir, 1993, s. 86).

<sup>17</sup> *Pater familias* kavramının bugünkü miraslarından biri de evli kadının kocasının soyadını taşımak zorunda olduğu gerçeğidir. Soyadı konusunda çocuklarla ilgili olarak bir karmaşaya meydan vermemek için babanın soyadı tüm aile bireylerinin soyadı olmaktadır. Birey kavramının geliştiği ülkelerde, kadın kendi soyadını da korumakla beraber, eski soyadının yanına kocasınınkini de eklemek durumunda kalmaktadır. MK. m. 187'ye göre ise, kadın her ne kadar evlenmekle kocasının soyadını alırsa da, evlendirme memuruna veya sonrasında nüfus idaresine yapacağı yazılı başvuruyla kocasının soyadı önünde önceki soyadını kullanabilecektir. MK. m. 321'e göre, çocuklar ana-baba evliyse ailenin soyadını, dolayısıyla babanın soyadını alırlar.

<sup>18</sup> Ayiter, Aile Hukuku, s. 3; Tahiroğlu, Bülent/Erdoğan, Belgin; Roma Hukuku Dersleri, Tarihi Giriş-Hukuk Tarihi-Genel Kavramlar-Usul Hukuku, DER Yayınları, 3. Bası, İstanbul, 2005, s. 142; Karadeniz-Çelebican, Özcan; Roma Hukuku, Tarihi Giriş-Kaynaklar-Genel Kavramlar-Kişiler Hukuku-Hakların Korunması, 8. Bası, Ankara, 2003, s. 154-155; Di Marzo, Salvatore; Roma Hukuku, 5. Basıdan çev. Ziya Umur, Sulhi Garan Matbaası, 2. Bası, İstanbul, 1959, s. 153-154.

nemde, gerçekleştiğini belirtir<sup>19</sup>. Nitekim en eski devirlerde, hısımlar, te-amül gereği *ercto non cito*<sup>20</sup> adı verilen bir ortaklık altında toplanmaktadır<sup>21</sup>.

Roma'da ailenin, yaşam ve mal ortaklığının gerektirdiği tüm kavramları içinde barındırdığı da görülmektedir. Nitekim *familia*, aile mamelekinin taksimi davasındaki (*actio familiae erciscundae*) gibi aile reisinin mameleki-ni veya aynı soydan gelen kimselerin müşterek malların bütünü (*familia pecuniaque*) veya bir kısmını ifade etmekte de kullanılırdı<sup>22</sup>. Buna karşın, *familia* kavramının daha çok aile reisi ile ona bağlı olanların oluşturdukları topluluk için kullanıldığı görülmektedir, çünkü *gens*'ler bir arada yaşama-makta ve aile reisi ölünce onun oğulları yeni aileler oluşturmaktadırlar<sup>23</sup>. Bu anlamda kullanıldığında *familia*'nın bazen sadece köleleri bazen de öz-gür olanları kapsadığı vakidir<sup>24</sup>. Roma toplumunun ilerlemiş devirlerinde, *familia* kavramının daha çok aile reisi ve onun hâkimiyeti altındaki özgür kişileri anlatmak için kullanıldığı görülmektedir<sup>25</sup>. Ancak, *familia* hangi an-lamında kullanılırsa kullanılsın, bu kavramın temelinde, aile reisinin (*pater familias*) kişiliği ve onun mutlak egemenliği (*patria potestas*) düşüncesi yat-maktadır<sup>26</sup>. Nitekim *Ulpianus*'un *Edictum*'a dair 46. kitabından alınan *Digesta* metninde aile şu şekilde tanımlanmaktadır:

D. 50. 16. 195. 2:

*“Iure proprio familiam dicimus plures personas, quae sunt sub unius potes-tate aut natura aut iure subiectae...”*

“Tabii ve hukukî olarak bir tek kişinin hâkimiyeti altında bulunan insanla-ra aile ismini veririz...”

Roma'da hak ehliyetine sahip olmak için gereken üç koşuldan biri *status fa-*

<sup>19</sup> Arangio-Ruiz, Vincenzo; Istituzioni Di Diritto Romano, JOVENE, 14. Bası, Napoli, 2002, s. 427.

<sup>20</sup> *Erctum*, mülkiyet demektir. Buna karşılık *ciere* filii; bölmek, taksim etmek demektir. *Ercto non cito*, bölünmemiş mülkiyet anlamına gelir (Gai. 3. 154<sup>a</sup>).

<sup>21</sup> *Ercto non cito* üyeleri arasında özel bir nitelikte hısımlık bağları doğuran bir oluşumdur. *Consortium* rejimi, birden fazla aile reisini içermesi bakımından *pater familias* tarafından idare olunan aileden ayrılır (Levy-Bruhl, H.; Eski Roma Aile Hukukunda İki Cereyan, çev. Hüseyin Nail, İÜHFİM, C. 6, S. 1, 1940, s. 151).

<sup>22</sup> Umur, Roma Hukuku, s. 374; Schwarz, Roma Hukuku, s. 98; Tahiroğlu/Erdoğan, Roma Hukuku, s. 142; Ayiter, Aile Hukuku, s. 3-4; Arangio-Ruiz, s. 426.

<sup>23</sup> Ayiter, Aile Hukuku, s. 3.

<sup>24</sup> Umur, Roma Hukuku, s. 374.

<sup>25</sup> Umur, Roma Hukuku, s. 375.

<sup>26</sup> Umur, Roma Hukuku, s. 374.

*miliae*'ye<sup>27</sup> sahip olmaktır. Bu nedenle, bir ailenin aile reisi olmak, bugün bazı toplumlarda sadece toplumsal açıdan önem taşırken; Roma İmparatorluğu'nda hem toplumsal hem de hukuksal bir önem taşımaktadır. Ancak, günümüzün anlayışından farklı olarak, aile reisi olabilmek için mutlaka bir aileye sahip olmak gerekmemektedir. Çocuğu olmayan hatta çocuk yaşındaki bir Roma vatandaşı da *sui iuris* olabilir. Bu, sadece bir ehliyet durumunu belirtir. Diğer yandan, günümüzde anladığımız anlamda bir ailesi olan, ancak Roma Hukuku'na göre bir başkasının hâkimiyeti altında sayılan birisi de *filiius familias* yani aile evladı olarak kabul edilir. Bu da o kişilerin yaşına bağlı olmayan hukuki bir *status*'tur<sup>28</sup>. Ayrıca, kadınların *pater familias* olma olanakları da yoktur, bu sadece erkeklere tanınmış hukuki bir statüdür<sup>29</sup>.

*Pater familias* olmak önemlidir. Roma hukukunda aileye baktığımızda, tek bir kişinin hukuk tarafından tanındığı ve sadece onun hukuk düzenine muhatap tutulduğu görülür. Bu kişi de *pater familias*'tır. Aileye dahil olan diğer kişiler, onun etrafından ve onun şahsında toplanmış gibidirler. Hepsinin hak ve genel bir ifadeyle borçları *pater familias*'ın hak ve borçlarıdır<sup>30</sup>.

Aile reisinin ailesi üzerindeki egemenlik alanı, sadece Romalılara has bir özellik olarak ortaya çıkmaktadır. Romalılar, Roma İmparatorluğu sınırları dışında yaşayan insanların hiçbirinin, *pater familias*'ların aileleri üzerinde sahip olduğu egemenlik alanına sahip olmadığını belirtmekte ve kendilerini diğer toplumlardan ayırık tutmaktadırlar<sup>31</sup>. Hatta, kaynaklardaki ifadeler,

27 *Status familiae*, Romalılardaki aile durumunu ifade etmek için kullanılırdı. Böylece, Roma vatandaşları, kendi aileleri ile olan yasal bağlarına göre, *sui iuris* yani kendi hukuklarından ve *alieni iuris* yani başkalarının hukukundan olmak üzere ikiye ayrılırlardı (Umur, Ziya; Roma Hukuku Lügatı, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1983, s. 202; Berger, Adolf; Encyclopedic Dictionary of Roman Law, The American Philosophical Society, C. 43, Bölüm: 2, 2. Bası, Philedelphia, 1991, s. 715).

Gai. 1, 48: "Sequitur de iure personarum alia divisio. Nam quaedam personae sui iuris sunt quaedam alieno iuri sunt subiectae."

"Kişilerin hukukunu bir başka taksim vardır. Zira bazı kişiler kendi hukuklarındandırlar (*sui iuris*) ve bazıları başkalarının hukukuna öznedirler (*alieni iuris*)."

28 Umur, Roma Hukuku, s. 372-373.

29 Grubbs, Judith Evans; Women and the Law In the Roman Empire, Routhledge, Londra ve New York, 2002, s. 21.

30 Treggiari, Susan; Roman Marriage, Clarendon Press, Oxford, 1991, s. 15. Aynı zamanda bkz. Umur, Roma Hukuku, s. 373.

31 Romalı *pater familias*'ın sahip olduğu bu egemenliğin kaynağı *ius civile*'ye dayanırdı. *Ius civile* ya da diğer ifade tarzıyla *ius Quiritum*, yalnız Roma vatandaşlarına özgü olan hukuktu. Kaynağını örf ve âdetlerden, kanunlardan ve bu kanunların yorumuyla elde edilen hükümlerden alırdı. *Papinianus*'un Tanımlarının 2. kitabından alınan *Digesta* metninde (D. 1. 1. 7pr.) *ius civile*'nin kanunlardan (*leges, plebiscita*), *senatus* kararlarından (*senatus consulta*), imparator kararlarından veya hukuk âlimlerinin (*prudentes*) otoritesinden kaynaklandığını belirtilmektedir.

bundan kendilerine bir övünç payı çıkardıklarına da işaret eder niteliktedir. Nitekim gerek *Iustinianus*'un gerekse *Gaius*'un *Institutiones*'inde yer alan metin bu durumu teyid eder niteliktedir:

I. 1. 9. 2 (Gai. 1. 55):

*“Ius autem potestatis quod in liberos habemus, proprium est civium Romanorum: Nulli enim alii sunt homines, qui talem in liberos habeant potestatem, qualem nos habemus.”*

“Çocuklarımız üzerinde haiz olduğumuz hâkimiyet sadece Roma vatandaşlarınınındır: Şüphesiz ki, başka insanlar, bizim çocuklarımız üzerinde haiz olduğumuz hâkimiyete benzer bir kudrete sahip değildiler.”

Aile reisinin hâkimiyeti sonsuzdur<sup>32</sup>. Kadınlar üzerinde, köleler üzerinde, doğacak ve doğmuş çocukların yaşam hakları üzerindeki hâkimiyetleri gerek zaman gerekse kapsamı itibariyle sınırsızdır<sup>33</sup>. *Familia*'ya dahil kişiler üzerindeki hâkimiyet, *potestas* ve *manus* ile ifade edilir, *potestas* evlatlar ve köleler, *manus* ise aileye katılmış kadınlar üzerindeki hâkimiyeti göstermekteydi<sup>34</sup>. Bütün bu mutlak egemenlik alanı, o dönemin anlayışına uygun düşmektedir. Bir babanın doğmuş çocuğunu istememesi ve terk etmesi, suçlu bulduklarını dövmesi, hatta isterse öldürmesi Romalıların garipsediği bir durum değildi; onun ailedeki yaşam ve ölüme karar verme makamı olarak görülmesi doğal karşılanmaktaydı. Aile reisinin yetki alanına karışmak ve onu kısıtlamaya kalkışmak düşünülmemektedir. Bunun nedeni, Romalıların aileyi özerk bir birlik olarak görmesinde yatar. Bir aile, zamanla bölünerek başka parçalar üretse de, her biri arasındaki *agnatio* hısımlığı devam eder, bu bağ çözülmezdi. Nitekim Roma ailesi, modern hukuklarda esas alınan kan bağı esasına dayanmaz<sup>35</sup>, agnatik hısımlığa ve dolayısıyla hâkimiyet esasına dayanırdı<sup>36</sup>.

<sup>32</sup> D. 50. 16. 195. 2:

*“...Pater autem familias appellatur, qui in domo dominium habet...”*

*“...Buna karşılık, evde hâkimiyete sahip olana aile babası denir...”* Di Marzo, s. 162. Aynı zamanda bkz. Grubbs, s. 20.

<sup>33</sup> Umur, Roma Hukuku, s. 373.

<sup>34</sup> Di Marzo, s. 163.

<sup>35</sup> Örneğin MK m. 17'ye bakıldığında ailenin temelini kan hısımlığına dayandığı açıkça görülmektedir.

<sup>36</sup> Ancak bu durum, bizi Roma hukuku açısından kan hısımlığının önem arz etmediği yolunda bir düşünceye götürmemelidir. Nitekim kan hısımlığı özellikle evlenme engelleri başta olmak üzere (I. 1. 10. 1; I. 1. 10. 2; I. 1. 10. 3), kanunî miras ve vesayet gibi durumlarda (tab. 5. 1. 6; tab. 5. 7a) dikkate alınmaktaydı (Koschaker/Ayiter, s. 80). Kan hısımlığına, hukuki hısımlık olan *legitima cognatio*'ya karşılık, *cognatio* veya *naturalis cognatio* (tabii hısımlık) denilirdi (Di Marzo, s. 154).

*Agnatio* hısımlığında aile, aynı *patria potestas* (baba hâkimiyeti) altında yaşayan veya müşterek asıl ölmemiş olsaydı onun hâkimiyeti altında bulunacak olan kimselerden oluşmakta<sup>37</sup> ve bir ailenin temelinde daima bir *pater familias*'ın şahsiyeti ve hâkimiyeti bulunmaktaydı. Bu ayrılan parçalar, kendi isimlerinin yanında, eski ailenin de isimlerini taşımaktaydılar<sup>38</sup>.

İnsanların o ailenin bir parçası olarak kalabilmeleri için de bu birliğe katılmalarının ve bu birlik içinde yaşamaya devam etmelerinin onaylanmaları gerekmektedir, sistem bir şekilde bunu dayatmaktadır. Çünkü aile reisinin tanımadığı ya da aile dışına bir şekilde gönderdiği kişi bu aileye yabancı olmaktadır<sup>39</sup>. Her ne kadar bu durum bize, Roma ailesini küçük bir devlet, *pater familias*'ı da o devletin mutlak egemenliğe sahip kralı, kadınları, çocukları ve köleleri de onun tebası olarak saymanın doğru olacağını düşündürtse de<sup>40</sup>, Roma ailesinin siyasî olmaktan çok ekonomik bir topluluk olduğu gerçektir. Aile, Romalılar açısından ekonomik üretimin temelidir<sup>41</sup>. Yine de Cumhuriyet devrinin son dönemlerinde, baba egemenliğinin kötüye kullanılmasını engellenmesi amacıyla *ensor*'lar aracılığıyla *pater familias* tarafından verilen cezalara bazı sınırlamalar getirilmiş ve aile babasının egemenliğinin daraltılmasına ilişkin bu tutum imparatorluk döneminde de devam etmiştir. Nitekim *Traianus*, aile evladına kötü muamele yapan bir *pater familias*'ı sürgüne göndermiş ve oğluna kötü davranan bir başka *pater familias*'ı da, *filius familias*'ını hâkimiyetinden çıkartarak cezalandırmıştır<sup>42</sup>.

Aile reisinin ailesi üzerindeki egemenliğinin sürmesi imparatorluğun çöküş sürecine dek sürmüştür. Ancak bu, öylesine sağlam bir yapıdır ki, Roma hukuku, bu kuruma neredeyse hiç dokunmamış ve klasik devrin sonuna kadar baba hâkimiyetinin ağırlığı hissedilmiştir. Uzun yıllara değil, yüzyıllara da-

<sup>37</sup> Schwarz, Roma Hukuku, s. 233; Tahiroğlu/Erdoğan, Roma Hukuku, s. 146.

<sup>38</sup> Umur, Roma Hukuku, s. 376.

<sup>39</sup> Umur, Roma Hukuku, s. 386.

<sup>40</sup> Nitekim Bonfante, Roma ailesine özgü olan bu mutlak hâkimiyetten yola çıkarak, ailenin toplumsal ve savunmaya yönelik düzenlemeleriyle, yapısı ve işlevi gereği politik bir oluşum olduğunu söylemektedir. Yazar, ilkel toplumlarda düzen ve savunmanın sağlanması için asla tek bir organizmanın ya da tek bir üstün gücün hâkimiyetinin değil, birbirlerinin üstüne yığılmış organizmalar serisinin bulunduğunu belirtmekte ve Roma İmparatorluğu'nun en eski dönemlerindeki ilk politik organizmaların da aileler olduğunu ifade etmektedir (Bonfante, s. 120-121). *Seneca* da, *Epistulae Morales Ad Lucilium* (*Lucilius*'a Ahlaki Mektuplar) 5. 47. 14'te "...maiores nostri...domum pusillam rem publicam esse iudicaverunt [evin (ailenin) küçük bir devlet olduğunu onlar (büyüklerimiz) söylerlerdi]" demektedir.

<sup>41</sup> Talamanca, Mario; Istituzioni Di Diritto Romano, Giuffrè, Milano, 1990, s. 118; Umur, Ders Notları, s. 168; Pugliese, Giovanni; Roma Ailesine Tarihi Bir Bakış, çev. Ziya Umur, İÜHFİM, C. 22, S. 1-4, 1953 s. 340.

<sup>42</sup> Umur, Roma Hukuku, s. 388-389.

yanan bir geçmişe sahip olan Roma hukukunun aile kurumunu bu şekilde koruması ve ancak imparatorluk çöküşüne geçtiğinde aile reisliğinin etkilerinin azalmaya başladığının görülmesi, toplumun sağlam temeller üzerinde durması ile aile yapısının bozulmaması arasındaki bağı bir kez daha kanıtlar görmektedir<sup>43</sup>.

Roma'da, aile reisinin bu denli etkin olmasını, o devrin tarıma yönelik yaşıntısına dayandırmak doğru olacaktır. Ziraat ve hayvancılık, yaşamı sürdürmek için zorunlu bir faaliyet olunca, tüm ev halkı buna yönelecektir. Teknolojinin olmadığı, her şeyin kol gücüyle, el emeğiyle yapıldığı göz önünde tutulursa, çocuk ya da köle, hepsi aynı şekilde çalışacaktır. Aralarında pratik yaşamın getirdiği farklılıklar olsa da, genel olarak, hepsi tüm bu yaşamı örgütleyen erkeğin emri altında yaşayan insanlar olarak değerlendirilmişlerdir. Bu iktisadi koşullarda, kadınların, çocukların ve kölelerin kendilerine ait, bu aileninkinden başka mallar edinmesi gereksiz kalmıştır. Villey'in de haklı olarak belirttiği gibi, bir şefin otoritesine bağlı olan küçük işletmeler topluluğu şeklinde oluşmuş olan tarım toplumu bu yapıyı gerektirmektedir<sup>44</sup>. Ayrıca, kapalı bir ekonomi söz konusu olduğundan, aileyi oluşturan bu kişilerin başkalarıyla ilişkileri de yoktur. Dolayısıyla, her tür hukuki ilişki *pater familias* etrafında dönmekte, onun varlığı aileye yetmektedir<sup>45</sup>.

Yukarıda verilen bilgilerin ışığında, *pater familias* kavramının bu denli önemli olduğu Roma'da, antropolojik olarak, bu imparatorluğun yalnızca erkekler aracılığıyla izlenen babasoylu toplumlara tipik bir örnek olduğunu söylemek mümkün olabilir. Bunu sağlayan ise Roma'nın *gens*'den oluşması, kanıtı ise tüm Roma aile hukukudur<sup>46</sup>.

*Pater familias* kavramı, bizim aile hukukumuzda da geçmiştir<sup>47</sup>. Bunun bir nedeni toplumumuzda ailede kararları veren kişinin çoğunlukla erkek olması, bu durumun yasalaşırken doğal karşılanmasının sebebi ise, iktibas ettiğimiz hukuk sisteminin temelinde de aile reisinin hep koca olarak kabul edilmişliğidir<sup>48</sup>.

<sup>43</sup> Umut, Roma Hukuku, s. 388-389.

<sup>44</sup> Villey, Michel; Roma Hukuku, Güncelliği, 7. Bası'dan çev. Bülent Tahiroğlu, DER Yayınları, İstanbul, 2003, s. 71.

<sup>45</sup> Umut, Roma Hukuku, s. 377.

<sup>46</sup> Goody, Jack; Avrupa'da Aile, çev. Serpil Arısoy, Literatür Yayıncılık, İstanbul, 2004, s. 23-24.

<sup>47</sup> 2001 tarih ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun (MK) 186. maddesinin ikinci fıkrasında eşitlikçi bir tutum izlenmekte ve evlilik birliğinin yönetimi beraberce eşlere bırakılmaktadır.

<sup>48</sup> 1926 tarihli Eski Türk Medeni Kanunu'nda (EMK) aile reisinden bahsedilmiş; uzun yıllar aile reisi, EMK. m. 152 uyarınca koca olarak kabul edilmiştir.

## II. Roma Hukukunda Nişanlanma

Romalılarda, ailenin kurulmasında ilk adımın nişanlanmayla atılması bir gelenektir<sup>49</sup>. Bu nedenle, Roma hukukunda evliliği incelemeye önce nişanlanmaya ait düzenlemelere değinmemiz yerinde olacaktır.

Romalı babalar, kızlarına uygun eşi bulmaktan sorumluydular. Evlenecek kızın yakınları da bu arayışa katkıda bulunabilmekteydiler, ancak sonuç olarak babanın rızası gerektiğinden, kızın kiminle evleneceği konusu babanın sorumluluğuna girmektedir. Roma'da hiçbir genç kızın bu koşullar altında, doğal olarak, kendisine eş seçmediğini söylemek yanlış olmayacaktır. Kızlar, tercihte bulunmaları için teşvik edilmemekte, kendilerini bekleyen kadere razı gelmektedirler<sup>50</sup>.

Roma'nın ilk dönemlerinde *sponsalia*'yı (nişanlanma) baba, genellikle, kızı altı-yedi yaşlarında iken yapmaktadır. Bu, evlilikle sonuçlanacak ya da sonuçlanmayacak bir ön iş anlaşması gibidir<sup>51</sup>.

Tıpkı evlilikte olduğu gibi, gerek günümüz modern toplumları gerekse Romalılar açısından toplumsal bir olgu olan nişanlanmanın hukuk alanına yansımış olduğunu görmekteyiz. Romalılar da hukuki düzenlemelerinde nişanlanmaya yer vermişler ve nişanlanan taraflara bir takım hak ve borçlar yüklemiştir.

### A. Nişanlanmanın Hukuki Mahiyeti ve Nişanlanmaya Yönelik Ehliyet Şartları

*Florentinus, Institutiones*'inin 3. kitabında nişanlanmayı şu şekilde tanımlamıştır:

D. 23. 1. 1:

“*Sponsalia sunt mentio et repromissio nuptiarum futurarum*”<sup>52</sup>.

<sup>49</sup> Erdoğmuş, nişanlanmanın kadın ve erkeği evliliğe götüren bir nevi ön anlaşma olduğunu belirtir. Nitekim, taraflar karşılıklı olarak evlenmeyi vaad ederek, bu süreç boyunca birbirlerini tanıma fırsatı elde edecekleri gibi, gelecekte gerçekleşecek olan evliliğe ruhi ve maddi yönlerden kendilerini hazırlayacaklardır (Erdoğmuş, Belgin; Roma Hukukunda Nişanlanma, Argumentum, Yıl: 2, S. 16, Kasım 1991, s. 238)

<sup>50</sup> Yalom, Marilyn; Antik Çağlardan Günümüze Evli Kadının Tarihi, çev. Zeynep Yelçe/Neşenur Domaniç, 2. Bası, Çitlembik Yayınları, İstanbul, 2002, s. 26.

<sup>51</sup> Yalom, s. 28.

<sup>52</sup> Görüldüğü gibi *sponsalia* yani nişanlanma kelimesi çoğuldur, aynı durum evlenme için kullanılan “*nuptiae*” kelimesinde de görülür. Bunun nedeni, büyük olasılıkla, nişanlanma ve evlenmenin iki kişi arasında gerçekleşmesinden kaynaklanmaktadır (Erdoğmuş, s. 240, dipnot, no:3)



“Nişanlanma, gelecekteki evlenmenin teklifi ve karşılıklı vaadidir.<sup>53</sup>”

Nişanlanma, klasik öncesi dönemde, en azından M.Ö. 90’a kadar<sup>54</sup>, şekle bağlı olarak gerçekleşmekteydi<sup>55</sup>. Nitekim *Ulpianus* Nişanlanma’ya dair olan tek kitabından alınan *Digesta* metninde<sup>56</sup>, eski âdetlere göre gerçekleşen nişanlanmada, atalarının müstakbel eşlerini *stipulatio* ile taahhüt ettirdiklerinden bahsetmektedir.

*Sponsalia*; nişanlanacak olan kızın *pater familias*’ı ve *sui iuris* olduğu takdirde gelecekteki nişanlısı, değilse onun *pater familias*’ı arasında kesin olarak belirlenmiş belirli sözlerin söylenmesi ve ona uygun bir cevaptan oluşan şekli bir törenle gerçekleşirdi<sup>57</sup>.

Bu merasimde, nişanlanacak kızın *pater familias*’ı müstakbel nişanlıya veya onun babasına evlenmek üzere kızını vaad eder, karşı taraf ise, nişanlanılan kızını eş olarak almaya söz verirdi. Taraflar arasında gerçekleşen bu şekli merasime *sponsio* denir; nişanlanan kadına *sponsa*, erkeğe *sponsus*, vade de *sponsalia* adı verilirdi.

Klasik öncesi dönemde, nişanlıların *pater familias*’ları ya da hiç değilse *sponsa*’nın *pater familias*’ı tarafından gerçekleştirilen nişanlanma, Klasik Roma hukukunda sadece tarafların rızasıyla meydana gelebilmekteydi ve şekle bağlı değildi. Nitekim *Ulpianus*’un *Sabinus*’a dair 35. kitabından alınan *Digesta* metninde kaynakların bize verdiği bilgi de bu yöndedir.

<sup>53</sup> Medeni Kanunumuza göre de nişanlanma, benzer bir şekilde tarif edilmiştir. MK. m. 118/1, nişanlanmanın evlenme vaadiyle gerçekleşeceğini düzenlemektedir.

<sup>54</sup> Nitekim *Aulus Gellius*’un *Atina Geceleri* adı kitabında yer alan bir metinde (GELL 4. 4’te *Servius Sulpicius*), *Latium*’da (Lazio) M.Ö. 90’a kadar geçerli olan nişanlanma hukukundan bahsedilmektedir. Aynı durumun, Romalılar açısından da geçerli olduğunu, diğer kaynaklarla karşılaştırarak (örneğin D. 23. 1. 2 ve 3) ve *sponsio*’nun anılmasından yola çıkarak söylememiz mümkündür.

<sup>55</sup> Watson, Alan; *Roman Law and Comparative Law*, University of Georgia Press, Georgia, 1991, s. 27; Erdoğan, s. 239; Di Marzo, s. 180; Ayiter, Aile Hukuku, s. 7; Somer, Pervin; *Dar Anlamda Roma Aile Hukukunun Esasları*, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2002/2, s. 155.

<sup>56</sup> D. 23. 1. 2: “*Sponsalia autem dicta sunt a spondendo: nam moris fuit veteribus stipulari et spondere sibi uxores futuras.*”

<sup>57</sup> *Sponsalia* kelimesi, vaad etmek, taahhüt etmek anlamlarını içeren *spondere* fiilinden gelmektedir (Berger, s. 712-713). Bu da, bizlere, ilk dönemlerde nişanlanmanın, Roma’nın genel akti olan ve tarafları sorumluluk altına sokan *sponsio-stipulatio* ile yapıldığını göstermektedir (Erdoğan, s. 239).



D. 23. 1. 4pr.:

“*Sufficit nudus consensus ad constituenda sponsalia.*”

“Nişanlanmayı gerçekleştirmek için basit irade uyuşması yeterlidir.”

Bununla birlikte hâkimiyet hakkına sahip olanların, hâkimiyetleri altındaki çocukları nişanlamaları söz konusu olabilirdi ki bu durumda nişanlanmanın taraf iradelerine dayandığı şüpheliydi<sup>58</sup>.

*Paulus*'un *Edictum*'a dair 35. kitabından alınan *Digesta* metninde<sup>59</sup> *Iulianus*'un görüşü dile getirilmiş ve nişanlıların yanı sıra, *sponsa*'nın *potestas*'ı altında bulunduğu kişinin de rızasının aranması gerektiği belirtilmiştir. Kaynaklardaki bir diğer örnek de *Ulpianus*'un nişanlanmaya dair tek kitabından alınmıştır<sup>60</sup>. *Ulpianus*, *pater familias*'ın seçtiği *sponsus*'un, *sponsa* tarafından reddedilebilmesinin, ancak nişanlanılacak olan erkeğin alçak veya utanılacak ahlaki yüzünden uygun olmaması durumunda mümkün olduğunu belirtmiştir.

Burada dikkat edilmesi gereken bir diğer önemli nokta *filius familias* (erkek aile evladı) ve *filia familias* (kız aile evladı) arasında, nişanlanmaya uygulanacak hükümler arasındaki farklılıktır. Nitekim *filia familias*'ın susması dahi kabul sayılır<sup>61</sup> ve ancak kötü ahlaki yüzünden *pater familias*'ının kendisini nişanladığı kişiye itiraz etmesi mümkünken, *filius familias*'ın hâkimiyet altında olması durumunda dahi *pater familias*'ı onun rızasına aykırı bir şekilde onu nişanlayamazdı<sup>62</sup>.

Klasik hukukta, nişanlanma için bir yaş sınırı öngörülmemiştir, dolayısıyla buluş çağından önce de nişanlanma geçerliydi<sup>63</sup>, sadece tarafların nişanlandıklarının ayırdına varabilecek durumda olmaları yeteliydi<sup>64</sup>. *Iustinianus*

<sup>58</sup> Ayiter, Aile Hukuku, s. 7.

<sup>59</sup> D. 23. 1. 7. 1: “*In sponsalibus etiam consensus eorum exigendus est quorum in nuptiis desideratur. Intellegi tamen semper filiae patrem consentire, nisi evidenter dissentiat, Iulianus scribit.*”

<sup>60</sup> D. 23. 1. 12: “*Sed quae patris voluntati non repugnat, consentire intellegitur. Tunc autem solum dissentienti a patre licentia filiae conceditur, si indignum moribus vel turpem sponsum ei pater eligat.*”

<sup>61</sup> D. 23. 1. 12pr.: “*Sed quae patris voluntati non repugnat, consentire intellegitur.*”

<sup>62</sup> D. 23. 1. 13: “*Filio familias dissentiente sponsalia nomine eius fieri non possunt.*”

<sup>63</sup> Paul. Sent. 2. 19. 1: “*Sponsalia tam inter puberes quam inter impuberes contrahi possunt.*”

<sup>64</sup> Ayiter, Aile Hukuku, s. 7; Di Marzo, s. 183.

hukukunda ise bu durum değişmiş, postklasik dönemde kimi hallerde, çocukluk devresinin sonu olarak kabul edilen yedi yaşın bitimi nişanlanabilmek için zorunlu hale getirilmişti. Nitekim *interpolatio* ile değişikliğe uğrayan *Modestinus*'un *Ayrımlar* adlı eserinin 4. kitabından alınan *Digesta* metninde<sup>65</sup>, yedi yaşın altındakilerin nişanlanmanın mahiyetini anlayamayacaklarından bahsedilmiş ve her ne kadar nişanlanmanın çok erken yaşlarda gerçekleşebilmesi mümkünse de, yedi yaşın altındakilerin nişanlanması uygun görülmemiştir.

Bununla birlikte, fiil ehliyetinin kurucu şartından olan ayırt etme gücüne sahip olma, nişanlanmada da aranmaktaydı. *Gaius*'un *Eyalet Edictum*'una dair olan 11. kitabından alınan *Digesta* metninde<sup>66</sup> bu husus dile getirilmekte ve yazar, akıl hastalığının nişanlanmaya engel olduğunun belirtmekte, ancak akıl hastalığının nişandan sonra gerçekleşmesinin nişanlanmayı geçersiz hale getirmeyeceğini ilave etmektedir.

Karşılıklı iradelerin hazırlar arasında gerçekleşmesi de gerekli değildi. Nitekim *Pomponius*'un *Sabinus* şerhinin 16. kitabından alınan *Digesta* metninde<sup>67</sup> yazar bize, nişanlanmanın hazır olmayanlar açısından, onların bunu bilmesiyle (izin) ya da sonradan onaylamalarıyla (icazet) da gerçekleşebileceğini söylemektedir. *Ulpianus*'un *Sabinus* şerhinin 35. kitabından alınan *Digesta* metni<sup>68</sup> ise, hazır olmayanlar arasında gerçekleşen nişanlanmanın oldukça sık görüldüğünden bahseder.

*Paulus*, *Edictum*'a dair 35. kitabından alınan *Digesta* metninde<sup>69</sup>, nişanlanma için tanıkların hazır bulunmasının gerekli olmadığını ve yazılı bir belge olmaksızın sadece sözlü vadin yeterli olduğunu belirtir. *Ulpianus* ise, *Edictum*'a dair 6. kitabından alınan *Digesta* metninde<sup>70</sup> nişanlanma akte edildiği

<sup>65</sup> D. 23. 1. 14: “*In sponsalibus contrahendis aetas contrahentium definita non est ut in matrimoniis. quapropter et a primordio aetatis sponsalia effici possunt, si modo id fieri ab utraque persona intellegatur, id est, si non sint minores quam septem annis.*”

<sup>66</sup> D. 23. 1. 8: “*Furor quin sponsalibus impedimento sit, plus quam manifestum est: sed postea interveniens sponsalia non infirmat.*”

<sup>67</sup> D. 23. 1. 5: “*Haec ita, si scientibus his qui absint sponsalia fiant aut si postea ratum haberint.*”

<sup>68</sup> D. 23. 1. 4. 1: “*Denique constat et absentem desponderi posse, et hoc cottidie fieri.*”

<sup>69</sup> D. 23. 1. 7pr.: “*In sponsalibus nihil interest, utrum testatio interponatur an aliquis sine scriptura spondeat.*”

<sup>70</sup> D. 23. 1. 18: “*In sponsalibus constituendis parvi refert, per se (et coram an per internuntium vel per epistulam) an per alium hoc factum est: et fere plerumque condiciones interpositis personis expediuntur.*”

zaman, bunun, tarafların kendileri tarafından bizzat veya bir haberci yollanarak ya da mektup gönderilerek yapılmış olmasının farketmeyeceğini söyler. Hatta nişanlanmanın çoğunlukla araya giren kişilerce<sup>71</sup> sonuçlandırıldığını ekler.

Evlenmeye engel olan sebepler<sup>72</sup>, genelde nişanlanma engeli de oluştururlardı<sup>73</sup>.

Bununla beraber nişanlanma için önemsiz olan sebepler üzerinde durulmazdı<sup>74</sup>. *Paulus*'un *Edictum*'a dair 8. kitabından alınan *Digesta* metninde<sup>75</sup> bu durumun bir örneğini görebiliriz. *Paulus*, matem dönemini bitirmemiş olsalar dahi, dulların nişanlanabileceğinden bahsetmektedir.

## B. Nişanlanmanın Hükümleri

Klasik öncesi dönemde, tarafların nişanlanacakları *stipulatio* ile taahhüt edildiğinden, hukuken geçerli olan bu muameleyi *iusta causa* (haklı bir sebep) olmaksızın gerçekleştirmeyen kimse bunun sonuçların katlanır, kendisine karşı *ex sponsu* dava açılırdı<sup>76</sup>. Erdoğan, bu davadan yola çıkarak, *stipulatio*'nun tek taraflı borç doğurmasından dolayı, iki tane *stipulatio*'nun kullanılmış olması gerektiğini belirtir<sup>77</sup>.

Bizim kanaatimiz de yazarla aynı yöndedir. Nitekim, önceleri nişanlanma

<sup>71</sup> Nişanlanmanın gittikçe büyüyen iş yerleri olan profesyonel araçlar, çöpçatanlar aracılığı ile yapıldığı da görülmekteydi (Yalom, s. 28.)

<sup>72</sup> Bu konu üzerinde ileride ayrıntılı şekilde durulacağından burada açıklama yapmaktan kaçınıyoruz.

<sup>73</sup> D. 23. 1. 15: "...quod de nuptiis tractamus, et ad sponsalia pertinere."

<sup>74</sup> Di Marzo, s. 181.

<sup>75</sup> D. 3. 2. 10. 1: "Quae virum eluget, intra id tempus sponsam fuisse non nocet."

<sup>76</sup> GELL 4. 4. 1: "Sponsalia in ea parte Italiae, quae Latium appellatur, hoc more atque iure solita fieri scripsit Servius Sulpicius in libro, quem scripsit de dotibus: 2. Qui uxorem inquit ducturus erat, ab eo, unde ducenda erat, stipulabatur eam in matrimonium datum iri. Qui ducturus erat, itidem spondebat. Is contractus stipulationum sponsionumque dicebatur 'sponsalia'. Tunc, quae promissa erat, 'sponsa' appellabatur, qui sponderat ducturum, 'sponsus'. Sed si post eas stipulationis uxor non dabatur aut non ducebatur, qui stipulabatur, ex sponsu agebat. Iudices cognoscebant. Iudex, quamobrem data acceptave non esset uxor, quaerebat. Si nihil iustae causae videbatur, litem pecunia aestimabat, quantique interfuerat ea uxorem accipi aut dari, eum, qui sponderat, <aut> qui stipulatus erat, condemnabat. 3 Hoc ius sponsaliorum observatum dicit Servius ad id tempus, quo civitas universo Latio lege Iulia data est. 4 Haec eadem Neratius scripsit in libro, quem de nuptiis composuit."

<sup>77</sup> Erdoğan, s. 239.

şekle bağlı olarak yapılan *stipulatio* ile gerçekleştirilirdi. *Stipulatio*, tek tarafı borç altına soktuğundan, tarafların *stipulatio*'dan doğan davayı kullanabilmeleri için, her ikisinin de taahhüt eden taraf olarak bulunmuş olmaları gerekmektedir. Böylece ilk *stipulatio*'da kadının *pater familias*'ı erkeğin *pater familias*'ına veya kendisine kızını eş olarak vermeyi vaad eder, ikinci *stipulatio*'da ise erkek veya onun *pater familias*'ı, kadının *pater familias*'ına ya da vasisine o kadımla evlenmeyi vaad ederdi. İkinci *stipulatio*, ilkiyle işlevsel açıdan bağlıydı<sup>78</sup>.

Ayiter, nişanlanmanın cezaî şarta bağlanmış olmasının Roma hukuku açısından mümkün olmadığını söylemektedir<sup>79</sup>. Varro ise, nişanlanmaya dair cezaî nitelikte iki *stipulatio* örneği vermektedir. Örneklerde, nişanlanacak olan kızın babası ve *sponsus*, ilki kızını vermediği diğeri ise *sponsa*'yı gelin olarak almadığı durumlarda, belirli bir miktar paranın ödenmesini borçlanmaktadırlar<sup>80</sup>.

Ancak nişanlanmanın pey akçesine bağlanması gerçekten de doğu eyaletlerinin ve Hıristiyanlığın tesiri ile Roma hukukuna girmiştir<sup>81</sup>. *Arrha sponsalicia*<sup>82</sup> (nişanlanmaya dayalı pey akçesi) Yunan hukukuna dayanmaktadır<sup>83</sup>. Klasik hukuka yönelik kaynaklarda *arrha sponsalicia*'dan bahsedilmemektedir<sup>84</sup>. Ancak *Iustinianus* hukukuna gelindiğinde, Klasik Roma hukukunun nişanlanmaya ilişkin düzenlemeleri ve *arrha*'ya yönelik hükümler bir arada karşımıza çıkar<sup>85</sup>. Bu kurumun kökeni, alım-satım şeklinde gerçekleşen eski evlenme akdine dayanmaktadır<sup>86</sup>. *Arrha sponsalicia*, evlenme vaadinin

<sup>78</sup> Erdoğan, s. 239.

<sup>79</sup> Ayiter, Aile Hukuku, s. 7-8.

<sup>80</sup> VARRO, ling. 6.70: "... Spondebatur pecunia aut filia nuptiarum causa, appellabatur et pecunia et quae desponsa erat sponsa; quae pecunia inter se contra sponsum rogata erat, dicta sponsio; cui desponsa quo erat, sponsus; quo die sponsum erat, sponsalis."

<sup>81</sup> Ayiter, Aile Hukuku, s. 7-8; Di Marzo, s. 183; Erdoğan, s. 239; Watson, s. 27.

<sup>82</sup> *Arrha sponsalicia*, asıl işleme etkisi olmayan, aksine hukuken geçerli bir nişanlanmanın varlığını önşart olarak arayan bir *arrha poenalis*'tir. Dolayısıyla, nişanın bozulmasına ilişkin yasal bir ceza öngörmektedir (Altop, Serpil; *Arrha Sponsalicia*, İÜHFİM, C. LV, S. 1-2; 1996, s. 382).

<sup>83</sup> Ayiter, Aile Hukuku, s. 7.

<sup>84</sup> Klasik kaynaklarda, tek bir yerde (D. 23. 2. 38pr.) *arrha*'ya ilişkin bir düzenlemeye rastlanmaktadır. Ancak bu metin "*quamvis*"ten itibaren *interpolatio*'ya uğramıştır (Di Marzo, s. 183 dipnot no: 23, Altop, s. 372).

<sup>85</sup> Ayiter, Aile Hukuku, s. 8, Di Marzo, s. 183.

<sup>86</sup> Di Marzo, s. 183.

teminatı haline gelmiş<sup>87</sup>, evlenmenin gerçekleşmemesi sonucunda nişanı bozan tarafın pey akçesinin kaybı ya da iki katının iadesi gibi çeşitli hükümlerle cezalandırılmasını düzenlemiştir<sup>88</sup>.

Ayrıca, *dos*'u oluşturan malvarlığını devir yasağı, evlenen kadının yanı sıra, nişanlı kızın tesis ettiği *dos* için de geçerli hale getirilmişti<sup>89</sup>.

Nişanlanma ile gerek taraflar gerekse onların yakınları arasında meydana gelen bağ, evlenme engeli olarak göz önünde tutulmaktaydı. *Ulpianus*'un *Sabinus* şerhinin 26. kitabından alınan *Digesta* metninde, ilk olarak babanın nişanlısıyla oğul arasında, her ne kadar babanın nişanlısı üvey anne olmasa da evlenme gerçekleşemez denilmekte<sup>90</sup>, ardından babanın da oğlunun nişanlısıyla, her ne kadar oğlunun nişanlısı babanın üvey kızı sayılmasa da evlenmenin mümkün olmadığı belirtilmektedir<sup>91</sup>. Aynı şekilde *Iustinianus*'un *Institutiones*'inde<sup>92</sup> erkek evladın nişanlısı üvey kız, babanın nişanlısı üvey anne sayılamaz denilmekte ancak bu kişiler arasında evlenmeden kaçınılmasının hukuka daha uygun ve daha doğru olduğu söylenmektedir.

Bir diğer önemli nokta da, önceki nişanı bozmadan nişanlananların bazı eh-

<sup>87</sup> Geçerli olarak verilen *arrha sponsalicia*'nın mülkiyeti, nişanlanma geçerliliğini sürdürdükçe, alana ait olacaktır. Buna karşılık evlenme, bir diğer ifadeyle sözleşmenin ifası sonrasında *arrha sponsalicia*'nın durumu tartışmalıdır. Bir görüş, *arrha sponsalicia*'nın evlenme nedeniyle sağlaştığını ve artık nihai olarak alıcıda kalacağını, iade edilmeyeceğini ileri sürmektedir. Buna karşılık bizim de katıldığımız ikinci görüşü savunanlar, *arrha*'nın fer'i niteliğinden ve hediye olarak değil de, bir tür teminat ve ispat aracı olarak verilmesinden yola çıkarak, asıl sözleşmenin sona ermesi veya teminat altına alınması gereken bir şeyin kalmaması nedeniye *arrha sponsalicia*'nın tıpkı diğer *arrha*'lar gibi, kural olarak geri verilmesi gerektiğini ileri sürerler. Taraflar anlaşarak nişanlanmaya son verdikleri takdirde de, ayrılan nişanlılar arasında başka bir şey kararlaştırılmadığı takdirde, *arrha sponsalicia*'nın iade edilmesi gerekirdi (Ayrıntılı bilgi için bkz. Altop, s. 383-384).

<sup>88</sup> C. 5. 1. 5; Di Marzo, s. 183; Erdoğan, s. 239-240; Ayiter, Kudret; Klasik Roma Hukukunda *Dos*'un Tesisi, Güzel Sanatlar Matbaası, Ankara, 1958, s. 28.

<sup>89</sup> D. 23. 5. 4: "*Lex iulia, quae de dotali praedio prospexit ne id marito liceat obligare aut alienare, plenius interpretanda est, ut etiam de sponso idem iuris sit quod de marito.*"

<sup>90</sup> D. 23. 2. 12. 1: "*Inter me et sponsam patris mei nuptiae contrahi non possunt: quamquam noverca mea non proprie dicatur.*"

<sup>91</sup> D. 23. 2. 12. 2: "*Sed et per contrarium sponsa mea patri meo nubere non poterit, quamvis nurus non proprie dicatur.*"

<sup>92</sup> I. 1. 10. 9: "...nam nec sponsam filii nurum esse nec patris sponsam novercam esse, rectius tamen et iure facturos eos, qui huiusmodi nuptiis se abstinuerint."

liyetlerini kaldırarak onları şerefsizliğe mahkum eden *praetor Edictum*'u bulunmasıydı<sup>93</sup>.

Bununla beraber, *Ulpianus*'un *Edictum*'a dair olan 77. kitabından alınan *Digesta* metninde<sup>94</sup>, nişanlı erkeğin, *sponsa*'sına yani nişanlısına yapılan hakaretlere karşı, hakaret kendisine yapılmış gibi *actio iniuriarum* açmasının mümkün olduğu belirtilmektedir<sup>95</sup>.

M.Ö. 204 senesinde çıkarılan *lex Cincia*<sup>96</sup>, bağışlama yasağından ayrık tuttuğu kişiler arasına (*personae exceptae*) nişanlıları da dahil etmiştir<sup>97</sup>.

*Iustinianus* döneminde; nişanlıyı, müstakbel kayınpeder veya kayınvalideyi, müstakbel gelin veya damadı öldürmek *parricidium*<sup>98</sup> sayılmaktaydı<sup>99</sup>. Ayrıca nişanlı erkek, nişanlı kızın ihanetini zina suçu olarak ileri sürebilirdi<sup>100</sup>.

<sup>93</sup> D .3. 2. 1: *Praetoris verba dicunt: " infamia notatur qui ab exercitu ignominiae causa ab imperatore eove, cui de ea re statuendi potestas fuerit, dimissus erit: qui artis ludicrae pronuntiantidive causa in scaenam prodierit: qui lenocinium fecerit: qui in iudicio publico calumniae praevericationisve causa quid fecisse iudicatus erit: qui furti, vi bonorum raptorum, iniuriarum, de dolo malo et fraude suo nomine damnatus pactusve erit: qui pro socio, tutelae, mandati depositi suo nomine non contrario iudicio damnatus erit: qui eam, quae in potestate eius esset, genero mortuo, cum eum mortuum esse sciret, intra id tempus, quo elugere virum moris est, antequam virum elugeret, in matrimonium collocaverit: eamve sciens quis uxorem duxerit non iussu eius, in cuius potestate est: et qui eum, quem in potestate haberet, eam, de qua supra comprehensum est, uxorem ducere passus fuerit: quive suo nomine non iussu eius in cuius potestate esset, eiusve nomine quem quamve in potestate haberet bina sponsalia binasve nuptias in eodem tempore constitutas habuerit."*

<sup>94</sup> D. 47. 10. 15. 24: *"Sponsum quoque ad iniuriarum actionem admittendum puto: etenim spectat ad contumeliam eius iniuria, quaecumque sponsae eius fiat."*

<sup>95</sup> Erdoğmuş, s. 239; Di Marzo, s. 182.

<sup>96</sup> *Lex Cincia*, bağışlamaları sınırlamak üzere *Tribunus Cincius Alimentus*'un teklifi üzerine çıkartılan *lex imperfecta* niteliğinde bir *plebiscitum*'dur. Kanun, bilinmeyen belirli bir miktar üzerinde bağışlamada bulunmayı ve bağış kabul etmeyi eşler ve bazı yakınları ayrık tutarak yasaklamaktaydı (Umur, Lügat, s. 115-116; Berger, s. 549).

<sup>97</sup> Fr. Vat. 302: *"Item. Excipiuntur et ad finium personae ut privignus privigna, noverca vitricus, socer socrus, gener nurus, vir et uxor, sponsus sponsa."*

<sup>98</sup> *Parricidium*, eski hukuk devrinde aile reisini öldürme suçuna verilen isimdi. Kamu suçu (*crimina publica*) olarak tanınanlardan ilkiydi, cezası idamdı. Sonraki devirlerde, usul ve fününun birbirini öldürmesi veya azatlının *patronus*'unu öldürmesi de *parricidium* sayılmaya başlandı (Umur, Lügat, s. 152; Berger, s. 618).

<sup>99</sup> D. 48. 9. 3: *"Sed sciendum est lege Pompeia de consobrino comprehendi, sed non etiam eos pariter complecti, qui pari propioreve gradu sunt. sed et novercae et sponsae personae omissae sunt, sententia tamen legis continentur:"*

D. 48. 9. 4: *"Cum pater et mater sponsi sponsae socerorum, ut liberorum sponsi generorum appellatione continentur:"*

<sup>100</sup> C. 9. 9. 7pr.: *"Propter violatam virginem adultam qui postea maritus esse coepit accusator iustus non est et ideo iure mariti crimen exercere non potest, nisi puella violata sponsa eius fuerit."*

### C. Nişanın Bozulması

Tarafların karşılıklı olarak evlenme vaadini geri almasıyla nişanlanma bozulabildiği gibi, taraflardan herhangi birinin evliliği gerçekleştirmek istemediğine yönelik tek taraflı irade beyanı<sup>101</sup> da yeterli olabilmekteydi<sup>102</sup>.

Bununla birlikte, hangi sıklıkta nişanın evlenmeyle sonuçlandığı ya da nişanın bozulduğu hakkında kesin bir bilgi olmasa da, verilen sözün genelde tutulduğundan yola çıkarak bu durumla, hiç değilse, eski hukuk döneminde çok da sıklıkla karşılaşılmadığı düşünülebilir<sup>103</sup>.

Ayrıca evlenme aktine bir cezai şart konması, hükümsüzdü<sup>104</sup>. Bunun sebebi, evliliğin bir cezai şarta dayanmasının şerefli sayılmayacağı düşüncesiydi ve *stipulatio* ile getirilmiş bir cezai şarttan dava açıldığı takdirde, defi (*exceptio doli*) ileri sürülebiliyordu<sup>105</sup>.

Postklasik hukuk dönemindeyse, nişanlı erkeğin belirli bir zaman içerisinde hukuki bir sebep göstermeden evliliği gerçekleştirmemiş olması, nişanı bozardı. Nitekim *Gaius*'un "*Iulia et Papia* kanununa dair" adlı eserinin ilk kitabından alınan *Digesta* metninde<sup>106</sup> nişanlanmanın bir veya iki yıl hatta üç veya dört yıl ve daha fazla bir süre için uzayabileceği belirtilmekte, ama bu durumu haklı gösterecek sebeplerin bulunması gerektiğini eklemektedir. *Gaius*, bu sebepler arasında tarafların hastalanmasını, ebeveynin ölümünü,

<sup>101</sup> D. 24. 2. 2. 'de *Gaius*, nişanı sona erdirmek için bir tür fesih ihbarının yapılmasının gerekli olduğunu belirtirken, bu durumda kullanılacak belirli sözleri de bize iletmiştir. *Gaius*'un eyalet beyannamesinden alınan ilgili *Digesta* metnine göre, nişanın bozulması için "senin şartlarını kabul etmiyorum" anlamına gelen "*condictione tua non utor*" sözleri kullanılırdı.

<sup>102</sup> Erdoğan, s. 239; Di Marzo, s. 182; Ayiter, Aile Hukuku, s. 7; Somer, s. 157; Tahiroğlu, Bülent/Erdoğan, Belgin, Roma Hukuku Meseleleri, DER Yayınları, İstanbul, 2003, s. 212.

<sup>103</sup> Adams, John B./Queen, Stuart A.; *The Family in Various Cultures*, J. B. Lippincott Company, A.B.D., 1967, s. 163.

<sup>104</sup> Erdoğan, s. 239; Di Marzo, s. 180.

<sup>105</sup> D. 45. 1. 134pr.: "*Respondit ex stipulatione, quae proponeretur, cum non secundum bonos mores interposita sit, agenti exceptionem doli mali obstaturam, quia inhonestum visum est vinculo poenae matrimonia obstringi sive futura sive iam contracta*". Benzer bir durum Türk hukuku açısından da düzenlenmeye konu olmuştur. Nitekim Medeni Kanunumuzun 119. maddesinin ilk fıkrası, nişanlılığın evlenmeye zorlamak için dava açma hakkı vermeyeceğini ve ikinci fıkra ise evlenmeden cayma hali için öngörülen cayma tazminatının veya cezai şartın dava edilemeyeceğini belirtmektedir.

<sup>106</sup> D. 23. 1. 17: "*Saepe iustae ac necessariae causae non solum annum vel biennium, sed etiam triennium et quadriennium et ulterius trahunt sponsalia, veluti valetudo sponsi sponsaevae vel mortes parentium aut capitalia crimina aut longiores peregrinationes quae ex necessitate fiunt.*"



tarafının ölüm cezasını gerektiren suçlamalara maruz kalması veya yapılması gereken uzun yolculukların bulunmasını saymaktadır.

#### D. Nişanın Bozulmasının Sonuçları:

Nişanlılardan birinin evlenme aktini icra etmek istememesi, belirli bir süre içerisinde evlenmenin gerçekleştirilmemesi veya taraflardan birinin ölümü sonucunda nişanın bozulması nişan için verilen hediyeler açısından önem arz ederdi. Nitekim *arrha sponsalicia* yani nişanlanmaya ilişkin pey akçesi doğu hukuklarının tesiri ile Roma hukukuna girmişti<sup>107</sup>. Ayrıca nişanın bozulmasından dolayı tazminat talebinde bulunulamazdı<sup>108</sup>.

Nişan bozulunca erkek, evlenme hediyelerini (*dona nuptalia*) geri isteyemezdi. Bu durumun istisnasını, evlenmenin erkeğin kusuru olmaksızın gerçekleşmemesi oluştururdu. Bu durumda yapılacak evlenme sebebiyle verilmiş olan hediyeler geri istenebilirdi<sup>109</sup>.

Postklasik dönemde ise, nişanlılar arasındaki hediyelerin her zaman için evlenme şartı ile verildiği ve evlenmenin gerçekleşmemesine neden olan tarafın, hediyeleri geri isteyemeyeceği kabul edilmekteydi<sup>110</sup>.

Nişanlı kızın evinin *atrium*'unda<sup>111</sup> gerçekleşen nişanlanma töreninde, belirli sözler tekrarlanır, hediye değişimi yapılır ve nişanlanan erkek nişanlandığı kadının sol elinin dördüncü parmağına yüzük takardı<sup>112</sup>. Hıristiyanlık-

<sup>107</sup> Bkz. dipnot no: 83.

<sup>108</sup> Erdoğan, s. 240. Bununla birlikte; Medenî Kanunumuzda, 120. maddede nişanın bozulmasından dolayı istenecek maddi tazminat, 121. maddede ise nişanın bozulması nedeniyle talep edilebilecek manevi tazminat düzenlenmektedir.

<sup>109</sup> Fr. Vat. 262: "*Item. Sponsae res simpliciter donatae non insecutis nuptiis non repetuntur. Sed et si adfinitatis contrahendae causadonationes factae sunt et nuntium sponsus culpa sua remisit, aequae non repetuntur. quod ita intellegi oportet, si reuocandis donationibus condicio non comprehendatur non coniuncto matrimonio non perficiendi contractus.*"

<sup>110</sup> C. 5. 3. 15; C. Th. 3. 5. 2. Günümüz Türk hukuku açısından da aynı düzenleme geçerlidir. MK. m. 122 hediyelerin geri verilmesi başlığını taşımakta ve ilk fıkrasında nişanlılık evlenme dışında bir sebeple sona erdiği takdirde, nişanlıların birbirlerine veya ana veya babanın ya da bunlar gibi davrananların, diğer nişanlıya vermiş oldukları alışılmışın dışındaki hediyelerin, verenler tarafından geri istenebileceğini düzenlemektedir.

<sup>111</sup> *Atrium*, Roma evinde büyük ana salon, açık merkezi oda, hol, salon anlamına gelmektedir. Bir diğer anlamı da, avlu veya tapınakların sütunlu girişidir (Kabağağaç, Sina/Alova, Erdal; Latince-Türkçe Sözlük, Sosyal Yayınları, İstanbul, 1995, s. 48; Castiglioni, Luigi/Mariotti, Scevola, IL Vocabolario Della Lingua Latina, Latino-Italiano, Italiano-Latino, Loescher, 6. Bası, Milano, 1994, s. 90).

<sup>112</sup> Adams/Queen, s. 163; Altop, s. 369-370.



tan sonra, nişanın, akrabaların ve dostların huzurunda, nişanlıların öpüşmesiyle yapılması bir çeşit gelenek halini almıştı. Bu durumda, nişanlanma seramonisi *osculo interveniente* (iştirak eden öpücük) adını almış ve hukuk düzeni de buna birtakım neticeler bağlamıştı<sup>113</sup>. Nişanlanma, öpme şekline uygun olarak gerçekleştirildiği takdirde, nişanlılardan birinin ölmesi halinde, erkeğin kıza verdiği hediyelerin yarısı sağ olan tarafa veya mirasçılarına kalır; kadının erkeğe verdikleri ise, nişan ister öpücükle ister öpücük olmadan gerçekleşmiş olsun (*interveniente vel non interveniente osculo*), geri verirdi<sup>114</sup>.

### III. Roma Hukukunda Evlenme

Günümüzde evlenme, ailenin tek ve gerçek temelidir. Evlenmenin sahip olduğu önem, devlet müdahalesini de evliliğin meydana gelmesi için gerekli kılmakta ve evlenme töreni evlendirme memuru ve ayırt etme gücüne sahip, ergin iki tanığın önünde açık olarak yapılmaktadır<sup>115</sup>.

Romalılar ise, monogam evlilik ilişkisine sadık kalmış olsalar da<sup>116</sup>, aile sisteminde evliliğe ikinci planda önem vermişlerdi. Bunun sebebi, Roma ailesine hakim olan *patria potestas* yani baba hâkimiyetiydi<sup>117</sup>.

Nitekim, *Ulpianus*'un *Edictum*'a dair 46. kitabından alınan *Digesta* metni<sup>118</sup>, aileyi, tabii ve hukukî olarak bir tek kişinin hâkimiyeti altında bulu-

113 Di Marzo, s. 183; Erdoğan, s. 240.

114 C. 5. 3. 16; C. Th. 3. 5. 6; Di Marzo, s. 183. MK. m. 122/2 nişan dolayısıyla verilen hediyelerin aynen veya mislen geri verilememesi durumunda, sebepsiz zenginleşme davası açılmasını düzenlemektedir.

115 MK. m. 141/1'e göre evlenme töreni, evlendirme dairesinde evlendirme memurunun ve ayırt etme gücüne sahip ergin iki tanığın önünde açık olarak yapılacaktır. Evlilik, tarafların evlendirme memurunun, evleneceklerden her birine birbiriyle evlenmek isteyip istemediklerini sorması üzerine verdikleri olumlu sözlü cevaplarıyla oluşacak ve memur, evlenmenin tarafların karşılıklı rızası ile kanuna uygun olarak yapılmış olduğunu açıklayacaktır (MK. m. 142).

116 Gai. 1. 63:

“...neque eadem duobus nupta esse potest neque idem duas uxores habere.”

“...ne aynı kadın iki kişinin karısı olabilir, ne aynı adam iki karıya sahip olabilir.”

I. 1. 10. 6:

“...duas uxores eodem tempore habere non licet.”

“...aynı zamanda iki karıya sahip olmak caiz değildir.”

Koschaker/Ayiter, s. 301; Tahiroğlu/Erdoğan, Meseleler, s. 216; Ayiter, Aile Hukuku, s. 8; Di Marzo, s. 177; Bonfante, s. 149;

117 Rado-Basman, Türkan, Eski Roma Hukukunda Bazı Evlenme Şekilleri, İÜHF.M., C. 8, S. 12, 1942, s. 531.

118 D. 50. 16. 195. 2.

nanların oluşturduğu topluluğa verilen isim olarak tanımlanmakta ve Roma toplumu açısından evlenme, sadece iki bireyin birleşmesi anlamına gelmemekte, aynı zamanda iki aileyi de birleştirdiği için özel bir önem arz etmekteydi. Romalılar için, evlenmenin öncelikli amacı, mülkiyeti, *status*'u ve ailevi nitelikleri kuşaktan kuşağa, yeni nesiller aracılığı ile devredecek olan meşru altsoylar yetiştirmektir. Ancak meşru bir evlenmeden (*iustum matrimonium/iustae nuptiae*) doğan çocuklar, babalarının mirasçısı olabildi<sup>119</sup>.

Bununla birlikte; Romalılar, evliliğin ve yeni nesillerin dünyaya gelmesinin, sadece sosyal açıdan önem arz etmediğini, tabii hukukla da bağdaştığını kabul etmekteydiler<sup>120</sup>.

### A. Evlenme Nedenleri

Günümüzde bir kadınla bir erkeğin eşit koşullarda, sevgi temeli üzerinde gerçekleştirdikleri evlilik kurumunun geçmişini araştırdığımızda; batıda, uzun bir hâkimiyet ve güç gösterme alanı olarak ortaya çıktığını görürüz.

*Pater familias*'ın *potestas*'ının etkinliğine rağmen, toplumun aile üzerindeki denetiminin çok fazla olduğu görülmektedir. Bu denetim, hem ahlakî, hem de hukukîdir. Roma toplumunun ahlak anlayışına göre, evlenmek Romalının birincil yurttaşlık görevlerinden biridir<sup>121</sup>. İdeal Roma ailesi, çok çocuktan oluşan bir ailedir<sup>122</sup>. *Pater familias*, hem kendisi, hem ailesi, hem de devle-

<sup>119</sup> Grubbs, s. 81.

<sup>120</sup> D. 1 .1 .1 .3; D. 50. 16 .220 .3.

<sup>121</sup> Veyne, Paul; Roma İmparatorluğu, Özel Hayatın Tarihi, C. I, Hazırlayanlar: Ariès, Philippe/ Duby, Georges, çev. Turhan Ilgaz, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2002, s. 51.

<sup>122</sup> Hatta sadece kız çocuklara sahip olunması da yetmemekteydi. Nitekim kız çocuklar, evlendikleri ailenin dini yapısı içine gireceklerinden aile dinini devam ettiremeyecekler, evlenen *filia familias*'tan doğan çocuklar başka bir ailenin ismini taşıyacaktı. Ailenin devamı açısından sorun teşkil eden bu duruma çözüm yolu, evlat edinmeyle bulunmuştu (Paribeni, Roberto; Roma Ailesi, çev. Şemsettin Talip, Capitolium I., İstanbul, 1935, s. 46; Aynı sorunu Yunan hukuku "epiklerlik" müessesesi ile çözümlenmekteydi. Erkek evladı olmayan babanın kızı (*epikleros*) en yakın akrabasıyla evlenmeye mecburdu ve doğan ilk erkek çocuk, evlenen kadının babasının çocuğu sayılırdı. Evlenmekle de erkek çocuk sahibi olunamazsa, evlat edinmeye gidilirdi (Arsal, Sadri Maksudi; Umumi Hukuk Tarihi, Eski Hind, İran, Atina ve Isparta'nın Hukuki Müesseseleri, Roma'nın Siyasi ve Hukuki Teşkilatı, İçtimai ve İktisadi Bünyesi, C. 2, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1944, s. 143-144). Benzer çözümlere hemen hemen tüm eski toplumlarda rastlanır (Hint hukuku için bkz. Arsal, s. 51; İran Hukuku için bkz. Arsal, s. 82-83).

ti için bu geniş aileyi oluşturmak zorundadır<sup>123</sup>. Ailenin yok olması, sadece aile isminin yok olması değil, bütün bir dinin de yok olmasıdır<sup>124</sup>. Geniş aile, o dönemde, itibarla eşdeğerdedir<sup>125</sup>.

Romalılar, ne evliliğin, ne çocukların ne de yaşamın akışının denetimsiz olabileceğini, kişilerin kaprislerine bırakılabileceğini düşünmektedirler. Onlar özel yaşamın düzenlenmesini, hatta gerektiğinde özel yaşama müdahale edilmesinin gerekliliğini ileri sürmektedirler<sup>126</sup>. Bu nedenle, Romalıların, evliliği sıkıcı bulmaları, evlilikten kaçınacak gibi durmaları ya da evlenme halleri söz konusu olduğunda, onları sıkıntıya düşürecek bazı kanunlar çıkarılmıştır<sup>127</sup>. *Augustus*'un, M.Ö. 18. yüzyılda çıkardığı *lex Iulia de maritandis ordinibus* (sınıfların evlilik düzenleri hakkında kanun) ile; evliler ve çocuklular korunarak, bekarlar miras hukuku açısından bazı haklardan mahrum bırakılmıştır. M.S. 9. yüzyılda yine aynı amaçla çıkarılan *lex Papia Poppaea, lex Iulia de maritandis ordinibus*'un hükümlerini değiştirmiş, mirasa ilişkin yapılan düzenlemelerde, evlilik ve baba olmak mirasa hak kazanmanın koşulları olarak ortaya konulmuştur. Bir Mısır papirüsü, bahsedilen kanunların yalnız zengin üst sınıflar için geçerli olduğunu belirtir. Nitekim yalnız bu sınıfların devamı ve artması devleti ilgilendirmektedir. Bunlar, toplumda saygın bir yere sahip olduklarından, gerçekleştirdikleri evliliklerin de kendi özel alanları olarak değerlendirilemeyeceği düşünülmüş ve özel yaşamlarına müdahale edilmiştir<sup>128</sup>.

Romalı hukukçuların ilk eserlerinde evliliğin temellerine ilişkin çok açık metinlerin bulunmadığı görülmektedir. Onlar daha çok evli kadının, kocasının siyasi gücünü ve zenginliğini artırmak amacıyla, onun egemenliği altına

<sup>123</sup> *Gellius*'un *Atina Geceleri*'nde (GELL 4. 3), ilk boşanmanın Roma şehrinin kuruluşundan 500 yıl sonra (*Marcus Atilius ve Publius Valerius*'un *consul* oldukları dönemde) gerçekleştiğini belirtmektedir. *Carvilius Ruga* adından bir kimse karısını çok sevmesine ve ahlaki değerlerinden de memnun olmasına rağmen, ondan ayrılmıştır. Bu ayrılığın nedeni ise, çocuklarının olmamasıdır; nitekim *Ruga*, evlenirken kendisine çocuk vermesi için onunla evlendiğine dair yemin etmiştir.

Ancak *Ruga*, sadece çocuğu olmadığı için karısını boşaması nedeniyle *ensor*'lar tarafından şerefsizliğe ilişkin not düşülerek cezalandırılmıştır (Villers, Robert; Cumhuriyet Devri Sonuna Kadar Kadının Hukuki Durumu, çev. Bülent Tahiroğlu, İÜHFİM., C. 6, S. 1, 1940, s. 436).

<sup>124</sup> Nitekim, Roma'nın eski devirlerinde, ailelerin her biri, ayrı bir dini birlik oluşturmaktaydılar (Paribeni, s. 36).

<sup>125</sup> Peter, Orsolya Marta; *L'Image Idéale du Mariage et de la Filiation à Rome, Le Droit de la Famille en Europe*, Presses Universitaires de Strasbourg, Strasbourg, 1992, s. 369.

<sup>126</sup> Peter, s. 369.

<sup>127</sup> Veyne, s. 52.

<sup>128</sup> Rousselle, Aline; *Beden Siyaseti, Kadınların Tarihi*, C.: 1, İş Bankası Kültür Yayınları, 2005, s. 307; Somer, s. 171-173; Koschaker/Ayiter, s. 313-314.

nasıl gireceği ile ilgilenmişlerdir. Bir çiftin oluşumunda, daha çok dikkate alınan, ailenin devamı, toplumsal konum ve zenginliktir. Bu nedenle, evlilik, Roma'da aristokrat ve yönetici sınıfların temel işletmesidir. Roma'da ailenin ve kurulan hukukî yapıların kutsallığının söz konusu olması, Karolenj döneminde Katolik Kilisesi'nin evliliğin kutsallığı düşüncesini yaymaya başlamasına dek sürmüştür<sup>129</sup>.

Cumhuriyetin geç dönemlerinden, ilk imparatorluk sistemine geçildiğinde (M.Ö. 1.-2.yüzyıl arası), yeni bir idealin belirmeye başladığına tanıklık edilmiştir: Bu ideal, aileye ilişkindir ve monogam, istikrarlı ve çok çocuklu bir evlilik üzerine kuruludur<sup>130</sup>. Böylece, Romalı yurttaş, hem doğanın kanunlarına uymuş, hem de *res publica*'ya karşı sorumluluklarını yerine getirmiş olacaktır<sup>131</sup>.

Evlilik, toplum halinde yaşamanın uygar bir biçimi ve insanlık kültürünün hareket noktası olarak görülmüştür. *Cicero, De Inventione* adlı eserinin ilk kitabında<sup>132</sup> barbar dönemden bahsederken, insanların, hayvanlar gibi başıboş dolaştığı bir dönem olduğunu; bu süreçte, yabani gıdalarla ayakta kalan insanların hareketlerinin mantık (*ratio*) ile değil, fizik kuvvetiyle yönetildiğine değinir. *Cicero*; bu zamanlarda ilahi dinlerle, insani görevlerle ilgilenilmediğinden, hatta kimsenin meşru bir evlenmeye tanık olmadığından, erkek çocukları göz önünde bulundurmadığından, adil olan hukukun faydasını kimsenin anlamadığından bahseder.

*Cicero, De officiis*<sup>133</sup> adlı eserinde üreme güdüsüne atıf yaparak, toplumun temelini öncelikle evliliğe, ardından çocuklara, ardından bir eve (*domus*) ve diğer ortak şeylere (*res communes*) dayandırır. Bu tür toplulukları birbirinden ayıran bağ, şehrin başlangıcını ve Devlet'in kaynağını oluşturacak derecede önemlidir.

<sup>129</sup> Robinson, Ann; Le Mariage, Reflet de la Société, sisyph.org/article.php?id\_article=784 (3.2.2007).

<sup>130</sup> Monogam aile yapısının, daha sonra Avrupa ülkelerinin hukuk düzenlerinde istisnasız görülmesinin nedenini Hıristiyanlıktan ziyade, Roma hukukunun etkileri arasında saymak mantıklı gözükmemektedir.

<sup>131</sup> Peter, s. 363.

<sup>132</sup> De Inv. 1. 2: "...*Nam fuit quoddam tempus, cum in agris homines passim bestiarum modo vagabantur et sibi victu fero vitam propagabant nec ratione animi quicquam, sed pleraque viribus corporis administrabant, nondum divinae religionis, non humani officii ratio colebatur, nemo nuptias viderat legitimas, non certos quisquam aspexerat liberos, non, ius aequabile quid utilitatis haberet, acceperat...*"

<sup>133</sup> De off. 1.17. 54: "...*Nam cum sit hoc natura commune animantium, ut habeant libidinem procreandi, prima societas in ipso coniugo est, proxima in liberis, deinde una domus, communia omnia; id autem est principium urbis et quasi seminarium rei publicae.*"

Bir evlilik söz konusu olmadan birlikte yaşayan kadın ve erkekler hayvanlar gibi yaşıyor olmaktan ötürü aşağılanmaya maruz kalmışlardır. Tarafların, evlenme nedeni genellikle birbirlerini sevmeleri ve bir yaşamı paylaşma isteğine sahip olmaları değildir<sup>134</sup>. *Censor*'lar<sup>135</sup>, beş yılda bir nüfus ve mal sayımı yaparken, *pater familias*'a meşru bir evlilik içerisinde olup olmadıklarını sormaktaydılar. Bu soru, Roma'nın hukuk geleneğini ve arkaik Roma'nın toplumsal zihniyetinin kökenlerini açığa koymaktadır<sup>136</sup>.

Meşru olan çocuklar, Romalılar için soyun devamı açısından çok önemlidir. Bu önem, hem aile hem de toplumun devamı açısından ortaya çıkmaktadır.

Modern dünyada, meşru-gayrimeşru çocuk ayrımını geçtiğimiz yüzyılda birçok ülkenin büyük ölçüde kaldırma çabasına tanık olduk. Ancak, Batı toplumlarında önemi gitgide kaybolan bu ayrım, Roma'da özel bir yere sahiptir. Çocuğun meşru olması hukuki, toplumsal bir ayrıcalığı da beraberinde getirmektedir. Bu nedenle, evlenmenin öne çıkmasının yanında, çocuğun babasının kim olduğu konusu paralel olarak önem kazanmış ve bu konuda çok ayrıntılı düzenlemelere gidilmiştir<sup>137</sup>.

Devletin, yani *res publica*'nın idaresi ve birçok kamu ve toplumsal görevin yerine getirilmesi için Roma yurttaşına ihtiyaç vardır. Bu görevler yetişkin erkekler tarafından yerine getirildiğinden erkek nüfusunun belli bir oranda tutulması gerekmektedir. Ayrıca, erkek çocuklarının ailenin adını devam ettirmek, aile mallarını aile reisi olunca yönetmek, atalarının kültürünü ve aile ocağının tanrılarını yaşatmak, özetle özel yaşamın en üstün değerlerini korumak gibi bir yükümlülüğü ve ayrıcalığı vardır<sup>138</sup>. Bu durumda, Romalı kadınlar erkek çocuk sahibi olmanın toplumsal açıdan gereğini derinden hissetmişlerdir.

<sup>134</sup> Peter, s. 364.

<sup>135</sup> *Censor*'luk, M.Ö. 443 yılında oluşturulmuş bir *magistra*'lık makamıdır. Beş senede bir seçilen ve sayıları iki olan *censor*'ların *imperium* yetkileri yoktu. Vatandaşları, askerleri, iktisadi, siyasi, idari ve ahlaki bakımdan sınıflandırdıkları *census* adı verilen listeler düzenlerlerdi ve bu listeler yeni *censor*'lar seçilene kadar yürürlükte kalmaya devam ederdi. 18 ay içinde yerine getirdikleri bu görev dolayısıyla nüfusları oldukça fazlaydı. Hatta daha önce *consul*'luk yapmış *magistra*'lar dahi bu göreve getirilmek isterlerdi (Umur, Lügat, s. 36; Berger, s. 386).

<sup>136</sup> Peter, s. 366-367.

<sup>137</sup> Peter, s. 366. Evlilik dışı doğan çocuklar, babanın ailesinden olamazlardı. Nitekim babaları hukuken baba değildi. Ancak klasikten sonraki dönemde, sonradan meydana gelen evlenmeyle (C. 5. 27. 5pr.) ya da imparatorun izniyle (Nov. 74. c. 1 ve 2) ya da doğan çocuk *filius familias* ise *curia*'ya adanmak ve bu işin gerektirdiği şekilde techiz edilmekle, *filia familias* ise *dos* tahsis edilip bir *curia* üyesi ile evlendirilmekle (C. Th. 22. 1; C. 5. 27. 3; C. 5. 27. 4) nesepi düzeltilirdi (Di Marzo, s. 156).

<sup>138</sup> Peter, s. 365. Ayrıca bkz. [www.ac-versailles.fr/pedAGOGI/anti/femme/marirome.htm](http://www.ac-versailles.fr/pedAGOGI/anti/femme/marirome.htm). (15.2.2007)

Kadınlar, toplumsal nedenler yanında, hukuki bir nedenle de evlenmek isterler: Roma'da *ius liberorum*'a<sup>139</sup> sahip olmak, istenen bir durumdur. *Ius trium liberorum* yazısının kadınların mezarına kimi zaman kazılı olması, bunun ne kadar onur getiren bir konum olduğunun işaretidir. Bu konumda olabilmek için bir kadının çocuğunun olması gerekmektedir<sup>140</sup>. *Ingenuae* kadınlar üç, *libertinae* kadınlar ise dört çocuk sahibi olduklarında vesayetten (*tutela*) muaf tutulurlar<sup>141</sup>. Ayrıca, kadınlar, miras hakkına sahip olmak için çocuk yapmak isterler, nitekim *Senatus consultum Tertullianum*'a<sup>142</sup> göre, *ius liberorum*'a sahip olan kadınlar çocuklarına kanuni mirasçı olabilmektedir, böylece anadan doğma hür kadın üç, azatlı kadınsa dört çocuğu olmasıyla miras hakkına kavuşmuş olur, bunun için evli olmak avantaj sağlar<sup>143</sup>.

Bir erkek için evlenme nedenleri daha farklıdır. Erkekler de aslında temelde çocuk istemektedirler ancak, onların çocuk istemekteki nedenleri kadınlarınkiyle aynı değildir. Çocuk yaparak üreyerek ataların dini kültlerini devam ettirmek gibi dini bir nedenin yanında, yurttaşlığın gereklerinden biri, bir aileye sahip olmaktır<sup>144</sup>. Bir erkeğin belli kamusal görevlere gelebilmesi için belli sayıda çocuk sahibi olması gerekmektedir. Örneğin *magistra*'lıklara aday olmak için çocuk sayısı avantaj sağlar, en çok çocuğu olan seçimlerde tercih edilirdi. Seçilen *magistra*'lar arasında en çok çocuğu olan en onurlu olandı<sup>145</sup>. Bunun dışında, *Caesar*, üç çocuklu babaları, onlara en iyi toprak parçalarını vererek ödüllendirmiştir. *Augustus*, bayramlarda, kalabalık ailelere para dağıtmıştır. *Marcus Aurelius* ise, düzenli para yardımında bulunmuştur<sup>146</sup>. Bunun dışında, üç çocuklu erkeğin vasi (*tutor*) ya da kayyım (*curator*) olma yükümlülüğünden kurtulduğu görülmektedir.

139 *Ius liberorum*, *lex Iulia* ile getirilmiş ve üç çocuklu hür ana ve babadan doğan özgür (*ingenuae*) kadınlarla, dört çocuklu azatlı kadınları vesayetten muaf tutan bir imtiyazdır. M.S. 410 yılında çıkan bir emirname ile imparatorluk dahilindeki tüm kadınları kapsamına alır hale geldi. *Ius liberorum*'a sahip olan kadın, vesayet altına girmez, *Senatus consultum Tertullianum* gereğince çocuklarına *ab intestato* mirasçı olabilir ve serbest bir şekilde vasiyetname yapabilir. *Ius liberorum*'a sahip olan kadınlar, bu imtiyazdan, çocukları hayatta olmasalar dahi faydalanabilirlerdi (Umur, Lügat, s. 102; Berger, 530).

140 Peter, s. 371.

141 Rousselle, s. 320.

142 *Hadrianus* zamanında çıkartılmıştır. *Ius liberorum*'a sahip olan kadının çocuklarına *ab intestato* mirasçı olmasını temin eder. *Iustinianus* tarafından yürürlükten kaldırılmıştır (Umur, Lügat, s. 194-195; Berger, s. 699).

143 Peter, s. 371; Tamer, Diler; Roma Hukukunda Kadının Mirasçılığı, İÜHFİM, C. LVII, S. 1-2, 1999, s. 237.

144 [www.ac-versailles.fr/pedAGOGI/anti/femme/marirome.htm](http://www.ac-versailles.fr/pedAGOGI/anti/femme/marirome.htm) (15.2.2007).

145 Peter, s. 370.

146 Peter, s. 371.

Kadın ve erkeklerin belli nedenlerden ötürü evlenmek istemelerini yanında, bazen de evlenmeleri bir zorunluluk olarak karşılırlarına çıkardı. Bugün için evlenmenin tamamen özel yaşantının alanına giren bir seçim olduğunu düşünebiliriz, ancak, Roma İmparatorluğu'nda bunun bu şekilde algılanmadığı dönemler de olmuştur.

Antik Roma'da, devlet, aile ilişkilerini düzenlemek için hukuku çok uygulamakta, sorunların çözümünü genelde *pater familias*'a bırakmaktadır. Devlet, bu otonomiye, özel durumlarda, -ki bunlardan biri nüfusun azalmasının baş göstermesidir- saygı göstermeyi bir kenara bırakmakta, "toplumun çıkarını korumak için" hukuki önlemlere başvurmaktadır. Bu önlemler, bekârları cezalandırmak, geniş aileye sahip olanları ödüllendirmek ve bu yolla diğer aileleri çocuk yapmaya teşvik etmek şeklinde olabilmektedir. Ayrıca, *censor*'lar eliyle yapılan özel yaşama müdahale niteliğinde olan denetimlerle, bekâr erkeklerin savaşta dul kalan kadınlarla evlenmeğe zorlandıkları dahi görülmüştür. Bu zorlamanın işe yaramaması halinde, evlenmeye yanaşmayan bekâr erkekler, para cezasına çarptırılmışlardır. Bu tür bir para cezasını, evlenmemiş yaşlı erkekler de en önemli görevlerini yerine getirmedikleri gerekçesiyle ödemek zorunda bırakılmışlardır<sup>147</sup>. Romalıların bununla ne yapmak istedikleri açıktır: Bir erkek evlenmelidir; evlenmeli ve çocuk yapmalı, devletine, topluma, dinine karşı olan görevlerini yerine getirmelidir. Kadınların o dönemdeki erkeğe bağımlılığı da göz önünde tutulursa, savaşta kocasını yitirmiş yaşlı bir kadının çocuk yaşta bir erkekle dahi evlendirilmek istenmesi, dönemin toplumsal koşullarına da uygun düşmektedir. Kadın *manus*<sup>148</sup> altına girmekte, ortada kalmamaktadır.

Roma'da evlenme nedenlerini; bir *dos* ile evlenerek onurlu bir yoldan zenginleşmek, yasal bir evlilikten dünyaya gelecek meşru çocuklara sahip olmak ve böylece miras hakkına ulaşp, Romalı yurttaşların soyunun ve kültürünün, dininin devamını sağlamak şeklinde özetlemek mümkündür<sup>149</sup>. Romalıların ahlak yapısı, gelenekleri göz önünde tutulduğunda, cinsel birleşmenin evlenmeyle sıkı bağları olduğu söylenmemektedir. Ancak, başka toplumlarda olduğu gibi, yine burada da, evlilik, miras ve soyun devamı noktasında bir gereklilik olarak ortaya çıkmaktadır. Romalıların yarattıkları hukuk siste-

<sup>147</sup> Peter, s. 370.

<sup>148</sup> *Manus*'un kelime anlamı el'dir. Dolayısıyla hâkimiyeti ifade etmek için kullanılırdı. Eski devirlerde, *pater familias*'ın köleler, aile evlatları ve *in mancipio*'lar üzerindeki hâkimiyetini ifade etmek için kullanılırken; sonraları *conventio in manum* muamelelerinden birisi yapılarak evlenilen kadın üzerindeki kocasının ya da kocası hâkimiyet altındaysa, aile reisinin hâkimiyetini gösterir hale gelmişti. *Manus* altına giren kadının yasal konumu *filia familias* gibiydi (Umur, Lügat, s. 134; Berger, s. 577).

<sup>149</sup> Veyne, s. 49.



minin bozulmaması biraz da aile yapısının korunmasına dayanmaktadır. O nedenle, evliliğin istikrarlı bir kurum olması önem kazanmıştır.

Hıristiyanlığın kabulü ile, Roma İmparatorluğu'nun son dönemlerinde aile yaşantısında bazı değişiklikler ortaya çıkmaya başlamıştır. Hıristiyanlığın etkisi ile, yalnız yaşama yüceltmeye başlanmış, bekaret, kadınların dulluğu öne çıkmıştır<sup>150</sup>. Oysa, bunlar Roma'nın geleneklerine dahil değildir<sup>151</sup>.

Her ne kadar, *Modestinus*, Hukuk Kurallarına ait 1. kitabından alınan *Digesta* metninde<sup>152</sup> “Evlilik, bir kadın ve erkeğin birleşmesi ve bütün hayat ortaklığı, ilahi ve beşeri hukukun paylaşımıdır (*Nuptiae sunt coniunctio maris et feminae et consortium omnis vitae*<sup>153</sup>, *divini et humani iuris communicatio*)” şeklinde bir tanımlamaya gitse de, evlenme nedenleri gerçekte yukarıda sayılan nedenler olunca; sıcak bir yuvanın kurulması, kadınla erkeğin hayat arkadaşı olmaları gibi duygusal kavramlar evlilikten dışlanmıştır. Elbette, erkekler de bu durumdan sıkıntı duymuş olsa gerektir. Ancak, kadının durumunun erkeğin tüm toplumsal, ahlaki ve hukuki baskılara karşın daha ağır olduğu aşikardır. Her şeye rağmen evde bir erke sahip olan erkek, kadın karşısında üstün bir konuma sahiptir ve onun karşısında bir hayat arkadaşından başka bir yerde durmaktadır. Kadın öylesine nesneleşmiştir ki, kadınlar erkeklerin toplumsal pozisyonlarını düzeltmek için başkasına devredilebilmektedir. Örneğin *Neron*, *Livia* adındaki eşini, müstakbel imparator *Augustus*'la “nişanlamıştır”, bir başkası da karısını dostlarından birine ödünç vermiş, sonra da onun mirasına konmak için aynı kadınla tekrar evlenmiştir<sup>154</sup>. *Plutarque* ise, karısı *Marcia*'yı siyasi müttefiklerinden birine, *Hortensius*'a devretmiş ve onun ölümüyle karısını geri almıştır<sup>155</sup>. Ancak, bütün bunlara karşın, Romalıların evlilik anlayışı kesinlikle monogamdır, çokeşli evliliğe Roma tarihinin hiçbir döneminde rastlanmamıştır<sup>156</sup>. Vil-

<sup>150</sup> Roma'da toplumsal olarak aşağılanmayan fiili yaşam ortaklığına bakışın da Hıristiyanlığın kabulü ile birlikte, diğer toplumsal değerlerin değişime uğramasıyla paralel olarak, değiştiği görülmektedir. Hıristiyanlığın evliliği çözülmeyen kutsal bir bağ olarak nitelemesi ve diğer birlikteliklerin günah kavramı içine sokulmasıyla, *concubinatus* yapan kadın ve erkekler toplumda kötü gözle bakılmaya başlanmıştır [Dictionnaire des Antiquités et Romaines de Daremberg et Saglio, <http://dagr.univ-tlse2.fr/sdx/dagr/feuilleter.xsp?to-me=4&partie=1&numPage=346&nomEntree=PATRIA%20POTESTAS&vue=texte> (14.2.2007)].

<sup>151</sup> Peter, s. 372.

<sup>152</sup> D. 23. 2. 1.

<sup>153</sup> “*Consortium omnis vitae*” aslen, “*consortium rerum secundarum adversarumque*” yani hayatın acıklı ve sevinçli her halinde beraber olmak anlamındadır (Somer, s. 159).

<sup>154</sup> Veyne, s. 53.

<sup>155</sup> Villers, s. 431-432.

<sup>156</sup> Ayiter, Aile Hukuku, s. 8; Adams/Queen, s. 159.



lers'e<sup>157</sup> göre, Roma'da kadınların nisbi azlığı da, evliliğin tek kadınla gerçekleştiğinin bir kanıtıdır. Kanımızca, bunun altında yatan neden, ahlaki olmaktan çok Roma'da aile ve miras hukukuna ilişkin varolan düzendir.

Kadının evlilik içi durumu bu olunca, kaçınılmaz olarak mutsuz kadınların aldatması gündeme gelmiştir<sup>158</sup>. Bu ideal Roma ailesi resmine ters düşmektedir ama somut gerçek de bu olmuştur. Aldatan kadınlar, kocalarını gülünç duruma düşürmüş olmaktan başka bir pozisyona da sokuyorlardı. Aldatmalar karşısında sabrı kalmayan koca, sesini yükselttiği anda, kadın *dos*'u<sup>159</sup> ile birlikte gidiyordu<sup>160</sup>. Bu durumda, erkek malvarlığının bir bölümünden de olmuş oluyordu<sup>161</sup>. Bu nedenle, malvarlıklarının eksilmesini istemeyen erkeklerin bu duruma göz yummuş olmaları da muhtemeldir.

## B. Evlenmenin Hukuki Mahiyeti ve Evliliğin Meydana Gelmesi

Roma'da evlilik, özel bir edimdir, hiçbir kamusal erk tarafından onaylanmaya ihtiyaç duymayan bir kurumdur. Bir belediye başkanı ya da bir dini görevlinin evlenme sırasında orada bulunmasını ya da daha sonradan bir belgeyle onaylanmayı gerektirmez. Yazılı değildir<sup>162</sup> ve gayri resmi bir edimdir<sup>163</sup>. Romalılarda, evlenmenin sıkı kurallara tabi olmadan gerçekleştiği görülmektedir<sup>164</sup>, Hıristiyanlığın kabulü dahi evliliğe getirilen kuralların

<sup>157</sup> Villers, s. 431.

<sup>158</sup> Ancak, erkeklerin ahlaksızlığı yanında, kadınlarınki de (*Claudia*'lar, *Fulvia*'lar, *Catilina*'lar, M.Ö. 1. yüzyılda bu şekilde betimlenmiş örneklerdir) unutulmamalıdır. Yüksek sınıftan olan kadınların davranışlarındaki bağımsızlık öyle bir raddeye gelmişti ki, tek taraflı boşanmanın yerini karşılıklı rızayla boşanma almıştı (Villers, s. 437).

<sup>159</sup> *Dos* kadının veya onun yerine başka birisinin, kadının ev ihtiyaçlarına iştirak etmesi amacıyla, evlenme sebebiyle, kocanın mülkiyetine getirdiği malların tümünü ifade ederdi. Koca, *dos*'un mülkiyetinden iyi bir aile babası gibi sorumluydu. *Actio dotis*'in tanınmasıyla, kocanın *dos* üzerindeki tasarruf yetkisi sınırlanmıştır. *Dos*'un tesisi için ya malların mülkiyetinin doğrudan verilmesi, ya vaad edilmesi ya da taahhüd altında kalınacak şekilde söylenmesi gerekirdi. Son İmparatorluk döneminde alelade bir *pactum*la tesisi mümkün hale gelmişti (Umur, Lügat, s. 61; Berger, s. 444).

<sup>160</sup> *Dos*'un iadesi ile ilgili olarak anlaşmalarla alınan tedbirlerin yetersizliği karşısında, *arbitrum rei uxorie* ile *dos*'un kanuni iadesi sağlanmaya başlandı. Böylece dul kalan veya haksız olarak tek taraflı boşanmaya maruz kalan kadın, hangi şartlarda olursa olsun *dos*'unu geri alabiliyordu (Villers, s. 437).

<sup>161</sup> Veyne, s. 54.

<sup>162</sup> Evlenmenin yazılı olarak yapıldığı görülürse de, bu durum, evliliğin varlığını yazılılık şartına bağlamadığı gibi, yazılı belge evliliği ispat için de kullanılmadı (Di Marzo, s. 179).

<sup>163</sup> Veyne, s. 47.

<sup>164</sup> Roma hukukunda, evliliğin var olup olmadığının tespitinde *ius civile* hükümleri kullanılır. Nitekim *ius gentium*'a göre var olan bir evlilik, *ius civile* açısından geçerli olmayabilecektir (Koschaker/Ayiter, s. 302; Ayiter, Aile Hukuku, s. 9).

uyulmasına yeterli olmamıştır, ancak ortaçağda evlenmede din etkisi izlenebilmektedir<sup>165</sup>. Değişik evlenme türlerinde uygulanan bazı gelenekler olmasına karşın, bunların hiçbirisi zorunlu değildir. Evlenme, genel olarak, karşımıza özel hukuka ait bir sözleşme olarak çıkmaktadır<sup>166</sup>.

Kaynaklarda, evlenmenin tarif edildiği iki metin dikkati çekmektedir. Bunlardan ilki daha önce de bahsettiğimiz<sup>167</sup> ve *Modestinus*'a ait olandır. *Modestinus* evliliğe dair yaptığı tanımında, evliliği kadın ve erkeğin birleşmesi olarak göstermenin yanı sıra ilahi ve beşeri hukukun paylaşımı (*divini et humani iuris communicatio*) olarak da belirtmiştir. Belirtilen metinde geçen *divini*, kadının kocasının ev *cultus*'una katılması, *humani* ise kocasının *dignitas*'ına tabi olması anlamında kullanılır<sup>168</sup>. Bu şekilde evlenen kadın kocasının evinde yeni bir dini çevreye girerdi ve kocanın *dignitas*'ına katılarak, örneğin *clarissimus* kocanın karısı *clarissima*, *consularis* adını kullanan kocanın karısı da *consularis* olurdu<sup>169</sup>.

Diğeri ise *Iustinianus*'un *Institutiones*'inde bulunan ve evliliği karı ile kocanın bölünmez bir hayat ortaklığı içinde birleşmesi olarak ele alan tanımdır<sup>170</sup>.

Romalı evlenmenin gerçekleşmesi için tarafların karşılıklı olarak iradelerinin uyuşmasını yeterli görmüşlerdir<sup>171</sup>. Tarafların irade beyanlarını istedikleri şekilde ve istedikleri yerde beyan edebilecekleri şekle bağlı olmayan bu rızai akit için<sup>172</sup>, Roma hukukunda *consensus facit nuptias* kuralı (*consensus* evlenmeyi meydana getirir) geçerlidir<sup>173</sup>. Ancak bu *consensus* kalıcı

<sup>165</sup> Tahiroğlu/Erdoğan, Roma Hukuku, s. 142, dipnot no: 58.

<sup>166</sup> Dekeuwer-Defossez, Françoise; Peut-on Parler d'une Contractualisation de la Famille?, [www.Demoguel.univ-lille2.fr/Documents\\_externes/resumefamille.doc](http://www.Demoguel.univ-lille2.fr/Documents_externes/resumefamille.doc) (3.2.2007).

<sup>167</sup> *Modestinus*'un evlenme tanımı için bkz. s. 22.

<sup>168</sup> Koschaker/Ayiter, burada *duplex interpretatio*'nun klasik bir örneği bulunduğunu haklı olarak belirtir. Nitekim metin değiştirilmemiş olmasına rağmen, *Iustinianus* Hukuku'nun ona verdiği anlam klasik hukuktan farklı olmuştur (Koschaker/Ayiter, s. 302-303).

<sup>169</sup> Koschaker/Ayiter, s. 302.

<sup>170</sup> I. 1. 9. 1: "Nuptiae autem sive matrimonium est viri et mulieris coniunctio, individuum consuetudinem vitae continens."

<sup>171</sup> Evlenmek için iki iradenin birleşmesi gerektiği halde, boşanmada bir tarafın boşanma iradesini karşı tarafa iletmesi yeterliydi (Ayiter, Aile Hukuku, s. 8; Di Marzo, s. 196; Somer, s. 176; Gönenç, Fulya İlçin; Roma Hukukunda Boşanma (Divortium), AÜEMFD., C. VII, S. 1-2, 2003, s. 647).

<sup>172</sup> Ayiter, Aile Hukuku, s. 8; Tahiroğlu/Erdoğan, Meseleler, s. 218; Somer, s. 160. Oysa M.K.m. 141 vd'a göre, bizim hukukumuzda evlilik sıkı ve zorunlu şekil şartlarına tabidir.

<sup>173</sup> D. 35. 1. 15; D. 50. 17. 30; Koschaker/Ayiter, s. 303; Ayiter, Aile Hukuku, s. 9; Di Marzo, s. 176; Tahiroğlu/Erdoğan, Meseleler, s. 218; Talamanca, s. 131.

ve devam eden nitelikte olmalıdır<sup>174</sup>. Nitekim Romalılar evlilik için gerekli olan *consensus*'ta, bu nitelikleri aradıklarından ona *affectio* adını vermişlerdir<sup>175</sup>.

Evlilik evlenme niyetiyle (*affectio maritalis*) tamamlanmış olacaktır. Evlenmenin sübjektif unsurunu teşkil eden *affectio maritalis*, evlenmeyi diğer bütün birleşmelerden ayırırdı<sup>176</sup>. Evliliğin objektif unsuru olarak da sayılan *honor matrimonii* ise, *affectio maritalis*'in bir karinesiydi. Dolayısıyla evlilik açısından bir unsur olmaktan çok toplum yaşamında (*societas vitae*) karı koca olarak görünmekti<sup>177</sup>. Bunun sonucu olarak da eşit olan dürüst kimseler arasındaki ortaklık (*consortium inter pares honestate personas*) her türlü şekilden ayrı olarak evlilik olarak anlaşıldı<sup>178</sup>.

Evliliğin başlangıcı için evlilik törenini ve özellikle *deductio in donum mariti*'yi yani kadının kocanın evine geçişinin kabul edildiği de bilinmektedir<sup>179</sup>. Hatta, koca evlenme iradesini mektupla bildirmiş ve kadın da kocasının ikametgahına yerleşmiş ise, evlenmenin gerçekleşmiş olduğu kabul ediliyordu<sup>180</sup>. Kadının erkek evine, evleneceği kişinin yokluğunda evlilik eviymiş gibi (*quasi in domicilium matrimonii*) girmesi ile mümkün olan evlenme, kadının giyabında mümkün değildi<sup>181</sup>. *Decuctio in domum mariti* de evliliğin kurucu unsuru olmayıp, sadece evliliğin başlamış olduğuna dair bir karinedir<sup>182</sup>.

*Consensus*'un sona ermesiyle biten evlilik, karı ile kocanın ayrı oturması durumunda dahi, bu *affectio maritalis*'in devam ediyor olması halinde sona ermezdi<sup>183</sup>.

<sup>174</sup> Ancak *consensus*, klasik hukuk açısından devamlı aranmış olmasına rağmen, *Iustinianus* dönemine gelindiğinde, sözleşmenin yapıldığı sırada aranmıştır (Koschaker/Ayiter, s. 303).

<sup>175</sup> Bonfante, s. 150. Talamanca da *affectio maritalis* unsurunun, Romalılar açısından devamlı *consensus* olarak anlaşıldığını belirtir (Talamanca, s. 140). Aynı yönde görüş için bkz. Di Marzo, s. 177.

<sup>176</sup> Koschaker/Ayiter, s. 303; Ayiter, Aile Hukuku, s. 9; Di Marzo, s. 177; Somer, s. 160; Tahiroğlu/Erdoğan, Meseleler, s. 218.

<sup>177</sup> Koschaker/Ayiter, s. 303; Ayiter, Aile Hukuku, s. 9-10; Di Marzo, s. 177; Somer, s. 160; Tahiroğlu/Erdoğan, Meseleler, s. 219; Talamaca, s. 134.

<sup>178</sup> C. Th. 3. 7. 3; C. 5. 4. 22; Di Marzo, s. 177; Koschaker/Ayiter, s. 303; Ayiter, Aile Hukuku, s. 9-10.

<sup>179</sup> Talamanca, s. 134.

<sup>180</sup> D. 23. 2. 5.

<sup>181</sup> Rado-Basman, s. 541; Ayiter, Aile Hukuku, s. 11; Koschaker/Ayiter, s. 304; Di Marzo, s. 176.

<sup>182</sup> Ayiter, Aile Hukuku, s. 11; Koschaker/Ayiter, s. 304; Tahiroğlu/Erdoğan, Meseleler, s. 219.

<sup>183</sup> D. 24. 1. 32. 13; D. 25. 2. 15pr.; Koschaker/Ayiter, s. 303; Ayiter, Aile Hukuku, s. 10; Di Marzo, s. 176; Bonfante, s. 151.

### C. Evlenme Şekilleri

Kadınla erkeğin birlikteliğine bakınca tarihin sayfalarında da evlilik içi ve evlilik dışı yaşam arkadaşlıkları<sup>184</sup> görülmektedir. Bugünkü hukuk sisteminin temeli olan Roma Hukuku'nda sorunun nasıl çözüldüğüne bakarsak, Roma tarihinde evliliğin diğer tüm işlemler gibi kurallara tabi olduğu görülür. Roma Hukuku'nda üç tip evlilik prosedürü bulunmaktadır<sup>185</sup>: *Confarreatio*, *coemptio* ve *usus*<sup>186</sup>.

Roma hukukundaki en eski evlenme, *sui iuris* ya da *alieni iuris* olan bir kadının, kendi ailesinden çıkararak, *manus* altına girmek şartıyla ve aile reisine ya da onun hâkimiyetinde olan özgür fûruna meşru çocuklar yetiştirmek amacıyla gerçekleştirilen bir hukuki hadise ya da fiildir<sup>187</sup>. Bu amacı gerçekleştiren iki şekil vardır: *confarreatio* ve *coemptio*

#### 1. *Confarreatio*

*Confarreatio*<sup>188</sup>, Romalıların uyguladığı üç evlenme tipinden biri olmasının yanı sıra en gösterişli törenin yapıldığı evlenmedir. Diğer evlenme tipleri, medeni hukuka ait sözleşmeler biçiminde ortaya çıkarken, *confarreatio*'nun

<sup>184</sup> Fiili yaşam ortaklığı şeklinde belirtebileceğimiz ve hür bir kadınla devamlı olacağı düşünülen cinsel ilişki Romalılarınca *concupinatus* olarak adlandırılmaktaydı. Daha fazla açıklama için bkz. s. 307 vd.

<sup>185</sup> Roma hukukunda evliliğin gerçekleşme şekilleri incelenirken, *manus*'lu (*cum manu*) evlilik ve *manus*'suz (*sine manu*) evlilik şeklinde bir sınıflandırmaya da gidilemez. Yapılan *manus*'lu olan ve olmayan evlilik sınıflandırması, evlilik mal rejimine göre yapılan bir ayırımdır. *Manus*, evlenen kadının mal durumudur. Nitekim *Gaius*, *Institutiones*'inde (Gai. 2. 139); evli bir kadının, daha önceden vasiyetname yapmış olan birisinin *manus*'u altına geçmesi veya *manus* altında olan bir kadın evlenmesi durumlarında aynı hükümlerin uygulanacağını belirtmektedir. Burada *Gaius*'un da bize açıkça belirttiği gibi evlilik ve *manus* birbirinden ayrı kurumlardır. Bazı evlilik biçimleri, kadının *manus* altına girmesini de beraberinde getirirse de, gerçekleştirilen her evlilik kadını *manus* altına sokmazdı. Örneğin ileride göreceğimiz gibi "*usus*", evliliği değil *manus*'u oluştururdu. Evlilik zaten vardır. Evli kadının üç geceyi kocasından ayrı geçirmesi *manus*'un tesis edilmesini engellemek içindir. Nitekim bu üç gece boyunca evlilik devam ederdi (Aynı yöndeki görüşler için bkz. Ayiter, Aile Hukuku, s. 8; Ayiter, Dos, s. 10; Koschaker/Ayiter, s. 303-304; Somer, s. 161 dipnot no: 42; Umur, Roma Hukuku, s. 383; Umur, Ders Notları, s. 169; Karadeniz-Çelebican, s. 159 vd.; Tahiroğlu/Erdoğan, Roma Hukuku, s. 143; Bonfante, s. 149; Arangio-Ruiz, s. 437; Talamaca, s. 132; Rado-Basman, s. 541).

<sup>186</sup> *Gaius Institutiones*'inde (Gai. 1. 110) bir zamanlar kadınların *manus* altına girmesinin üç şekli olduğundan bahseder ki bunlar *confarreatio*, *coemptio* ve *usus*'tur.

<sup>187</sup> Arangio-Ruiz, s. 434.

<sup>188</sup> Treggiari, kadınlar üzerinde *manus*'un diğer elde edildiği (*coemptio* ve *usus*) şekillere nazaran *confarreatio* hakkında daha çok bilgiye sahip olmamızın nedeninin, bu kurumun gerek Yunanlıların gerekse Romalıların atalarıyla ilgili olmasıyla açıklar (Treggiari, s. 22).

dini bir törenle yapılması gerekir<sup>189</sup>. Evlilik törenine kızın evinde başlanır, öncelikle sabah kuşların uçuşuna bakılır ve sonuç olumlu olduğu takdirde, bu durum, merasim için toplanmış davetlilere bildirilirdi<sup>190</sup>. Bu törene dualar eşlik ederdi ve bir koyunun kurban edilmesi âdeti<sup>191</sup>. Ardından tarafların rızalarını beyan ettiği evlenme muamelesi yapılırdı<sup>192</sup>. Daha sonra, kızın babasının *patria potestas*'ından çıkacağı ve kocasının *manus*'una gireceği için *manumissio* işlemi yapılırdı, ve *traditio* ile kadın üzerinde *manus*'unu elde eden kocaya teslim edilirdi<sup>193</sup>. Kocasına: “Sen *Gaius* olduğunda, ben *Gaia* olacağım (*Quando tu Gaius, ego Gaia*)” demek ve *manus* altına girmek istediğini bu şekilde belli etmektedir<sup>194</sup>. Ardından tarafların rızalarının bir belirtisi olarak evli bir kadın tarafından evli çiftin sağ elleri birleştirilirdi (*dextrarum iunctio*)<sup>195</sup>. Ellerin birleştirilmesini dualar takip eder, ardından beş rahibin ve on tanığın eşliğinde, evli çift buğday unundan yapılmış ekmeği<sup>196</sup> (*panis farreus*) paylaşırlardı<sup>197</sup>. Zaten *confarreatio* bu ekmeğin paylaşılması anlamına gelir<sup>198</sup>. Bu tören evlenmeye çözümler bir nitelik katar, ardından davetliler mutluluk temennilerinde bulunurlar ve kızın evinde meydana gelen bu tören büyük bir ziyafetin verilmesiyle sona ererdi<sup>199</sup>.

*Decuctio in domum mariti* safhasına akşam karanlık olunca geçilir; kadın kocasının evine ebeveyni hayatta olan üç genç ve ellerinde meşaleler bulunan davetliler eşliğinde getirilirdi<sup>200</sup>. Kocasının evine, diğer bir ifade ile, artık yeni evine girecek olan kadın evin kapısını yağlar ve tokmaklarına yün

189 Arangio-Ruiz, *confarreatio*'nun gerçekleştirildiği bu dini törende *Iuppiter*'e (Jüpiter) tahsis edilmiş rahip olan *flamen Dialis*'in (Umur, Lügat, s. 75) de bulunduğunu belirtmektedir (Arangio-Ruiz, s. 434).

190 Rado-Basman, s. 542.

191 Somer, s. 161; Treggiari, s. 22; Rich, Anthony; [www.mediterrannees.net/civilisation/Rich/Articles/Religion/Mariage/conferreatio.html](http://www.mediterrannees.net/civilisation/Rich/Articles/Religion/Mariage/conferreatio.html) (5.2.2007).

192 Rado-Basman, s. 542.

193 Somer, s. 162.

194 Rado-Basman, s. 542.

195 Rado-Basman, s. 542.

196 Bu ekmeğin bulgurdan yapılmış olduğuna dair bkz. Somer, s. 162; Umur, Roma Hukuku, s. 383.

197 Dewevre-Fourcade, Mireille; *Le Concubinage*, PUF, Paris, 1989, s. 9.

198 Rich, Anthony; *Dictionnaire des Antiquités Romaines et Grecques*, [www.mediterrannees.net/civilisation/Rich/Articles/Religion/Mariage/conferreatio.html](http://www.mediterrannees.net/civilisation/Rich/Articles/Religion/Mariage/conferreatio.html) (5.2.2007). Nitekim *Gaius* da, *confarreatio*'nun bu şekilde adlandırılmasının sebebi olarak törende kullanılan katıksız buğday unundan yapılan ekmeğin faydalanılmasını gösterir (Gai. 1. 112).

199 Rado-Basman, s. 542.

200 Rado-Basman ve Paribeni, merasimin bu safhasının eski kız kaçırma usulünden kalmış bir âdet olabileceğini söyler (Rado-Basman, s. 542; Paribeni, s. 42). Bizim kanaatimiz de, yazarla aynı yöndedir, nitekim yapılan tören, bunu anımsatır niteliktedir.

sarar, bunun akabinde koca karısını kucağına alarak içeri sokardı. Burada amaçlanan kadının, kapı eşiğine takılıp yeni evine ilk adımını kötü bir şekilde atmasına engel olma<sup>201</sup>. Koca içeride, karısına ateş ve su sunar ve düğün merasimi sona ererdi<sup>202</sup>. Böylece su, ateş ve ellerin birleşmesiyle taraflar arasında yaşam birliği kurulmuş olurdu<sup>203</sup>.

Bu dini evlenme türü *patricii*'ler için temel bir kurum olmakla birlikte *pleb*'ler için söz konusu değildi<sup>204</sup>. Cumhuriyetin son dönemlerinde ise, *conferreatio*'nun dini bir ayin olarak sadece rahipler tarafından uygulanır olduğu görülmektedir<sup>205</sup>. Her ne kadar, *Augustus* zamanında *lex Iulia* ile tekrar canlandırılmak istenmişse de<sup>206</sup>, zamanla önemini yitirmiş ve Hıristiyanlıkla beraber tamamen ortadan kalkmıştır<sup>207</sup>.

## 2. Coemptio

*Mancipatio*<sup>208</sup>'nin bir uygulaması şeklinde gerçekleşirdi<sup>209</sup>. Kadının kocası

<sup>201</sup> Rado-Basman, s. 542-543. Günümüzde de, bu inanın devam ettiği görülmektedir. Yeni evli çiftin evlerine ilk girişlerinde, kadın kocasının kucağındadır.

<sup>202</sup> Rado-Basman, s. 543.

<sup>203</sup> Dewevre-Fourcade., s. 9.

<sup>204</sup> Dewevre-Fourcade., s. 10; Corbett, Percy Ellwood; *The Roman Law of Marriage*, Clarendon Press, Oxford, 1930, s. 69; Somer de, bu evlilik şeklinin Roma asilzadelerine yönelik olduğunu belirtmekte dolayısıyla Dewevre-Fourcade ile aynı görüşü benimsemektedir (Somer, s. 162). Buna karşın Talamanca, *flamen Dialis* ve belki de *pontifex maximus*'un törene katılımlarının özel bir önem atfettiğini kabul etmekle birlikte, yeni oluşmakta olan toplulukların boyutlarını düşündüğümüzde, kaynağını hukuk kurallarından alan bir sınırlamanın ayrı tutulması gerektiğini belirtir (Talamanca, s. 133). Umur, da bu evlilik şeklinin *patricii*'lere özgü olduğunu zannedildiğini belirtmekle birlikte kesin bir ifade kullanmamaktadır (Umur, Roma Hukuku, s. 383). Ayiter de *conferreatio*'nun *patricii*'ler has olmasını, sadece Roma'nın ilk zamanları ile sınırlar (Ayiter, Aile Hukuku, s. 19). Bizim kanaatimiz de Talamanca ile aynı yöndedir. Ancak, pratikte varılan sonucun bir değişiklik arz etmediği gerçektir. *Conferreatio*, *patricius*'lara özgü bir evlenme şeklidir.

<sup>205</sup> Rich, Anthony; *Dictionnaire des Antiquités Romaines et Grecques*, [www.mediterrannees.net/civilisation/Rich/Articles/Religion/Mariage/conferreatio.html](http://www.mediterrannees.net/civilisation/Rich/Articles/Religion/Mariage/conferreatio.html) (5.2.2007)

<sup>206</sup> Ayiter, Aile Hukuku, s. 19, Somer, s. 162.

<sup>207</sup> Umur, Roma Hukuku, s. 384.

<sup>208</sup> *Mancipatio*, şahit olan beş yetişkin Roma vatandaşı, terazi tutan, malı devreden ve devralan olmak üzere sekiz kişinin huzurunda yapılan şekle tabi olan devir muamelesidir. Romalılar tarafından *res mancipi*'lerin devrinden başka irtifak tesisi, borcun teminatı, borcun sona ermesi, vasiyetname tanzimi, *coemptio* gibi başka bir çok yerde kullanılmıştır. *Iustinianus* hukukunda, *res mancipi-res nec mancipi* mal ayırımı terk edilmiş ve *mancipatio* artık uygulanmaz hale gelmiştir (Umur, Lügat, s. 131; Berger, 573).

<sup>209</sup> Gai. 1. 113; Umur, Roma Hukuku, s. 384; Somer, s. 163; Ayiter, Aile Hukuku, s. 19; Talamanca, s. 133; Corbett, s. 79; Treggiari, s. 25.

tarafından satın alınması anlamına gelirdi<sup>210</sup>. *Coemptio*, *emo* kelimesinden gelmektedir, *emo* da satın alma demektir<sup>211</sup> ve zaten bilindiği gibi, *mancipatio* hayali bir satım olarak gerçekleşirdi.

Medeni bir nikâh türü olan *coemptio*'da<sup>212</sup> alım-satımın gerçekleştiği anda, en az beş reşit Roma yurttaşı bulunur, bunların yanında bir terazi tutan (*libripens*) vardır. Kadını satın alan erkek, bunu karşılığında bronz bir sikke verir. Kızın babasının, kızı satan kişi olarak, "*Quirites* hukuku gereğince, para ve teraziyle (*per aes et libram*) mülkiyeti devrediyorum" demesiyle satımın (*mancipatio*) ritüelini tamamlardı<sup>213</sup>. Daha sonraları, babanın değil de kızın kendisinin bizzat satıcı durumunda olduğu görülmüştür. *Iustinianus* döneminde ise, *coemptio* yoktur<sup>214</sup>.

Ancak *Gaius*'un *Institutiones*'indeki<sup>215</sup> bilgilerden de anlayabileceğimiz gibi, *mancipatio*'nun uygulamalarından biri olan *coemptio*<sup>216</sup>, *res mancipi*'lerin devri için geliştirilen şekilden farklıdır. Bu da, *mancipatio*'nun evlenme nedeniyle (*matrimoni causa*) gerçekleşmesinden kaynaklanırdı<sup>217</sup>.

*Coemptio*'da, *confarreatio*'dan farklı olarak, *manus*'un kazanılması, başlangıçtaki tören sırasında gerçekleşmek durumunda değildi, evlilik süresince herhangi bir zaman içinde gerçekleşebilirdi<sup>218</sup>.

<sup>210</sup> Dewevre-Fourcade, s. 10.

<sup>211</sup> Kabağağaç/Alova, s. 202; Castiglioni/Mariotti, s. 313.

<sup>212</sup> *Coemptio*'nun medeni bir nikah türü olması, onun ortadan kalkması için bu işlemin tersi olan muamelenin yapılmasıyla gerçekleşebildiği halde, yani mallar üzerindeki hâkimiyet hakkının tekrar devredilmesiyle gerçekleşebildiği halde, *confarreatio*'da ortadan kalkması için rahiplerin katılımı gerekirdi (Ayiter, Aile Hukuku, s. 19).

<sup>213</sup> [www.ac-versailles.fr/pedAGOGI/anti/femme/marirome.htm](http://www.ac-versailles.fr/pedAGOGI/anti/femme/marirome.htm). (15.2.2007).

<sup>214</sup> Ayiter, Aile Hukuku, s. 19. *Iustinianus* döneminde zaten artık *mancipatio*'nun uygulamadan kalmış olması da bunu kanıtlar niteliktedir. Somer, evliliğin sonraları, *stipulatio* tarzında sözlü şekilde gerçekleşmeye başladığını belirtir. Bu durumda evlenecek eşlerden her biri, diğerine kendisiyle evlenmek isteyip istemediğini sorardı (Somer, s. 163).

<sup>215</sup> Gai. 1. 123.

<sup>216</sup> *Coemptio*'nun diğer uygulama alanları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Di Marzo, s. 159-160.

<sup>217</sup> Talamanca, *mancipatio*'nun hayali bir satım olması dolayısıyla, Roma'da satımla gerçekleşen evlilik olup olmadığı sorusunu sormanın mümkün olmasına rağmen, verilen cevabın olumsuz olacağını haklı olarak belirtir. Nitekim *mancipatio*'nun özel bir hali olarak meydana gelen evlenme şekli olan *coemptio*'nun amacı kocaya ya da onun *pater familias*'ına kadın üzerinde hâkimiyet kazandırmaktır (Talamanca, s. 133). *Coemptio* kadını kocanın kölesi yapmamakta ama onu *manus* altında olan özgür bir insan yapmaktadır (Treggiari, s. 26). Ayiter, satılanın kadın değil, onun temsil edilen mamelekinin olduğunu söylemektedir (Ayiter, Aile Hukuku, s. 19).

<sup>218</sup> Treggiari, s. 25.



*Coemptio*'nun *patricii* ve *pleb*'ler arasında M.Ö. 445 yılında *lex Canuleia* ile evlenmelerine izin verilmesiyle uygulanmaya başlandığı düşünülmektedir<sup>219</sup>. Buna dini bir tören de eşlik edebilir<sup>220</sup>. Belki bir hayvan kurban edilir ve arkasından tebrikler kabul edilirdi<sup>221</sup>.

*Confarreatio*, kalıtımın babadan oğla geçmesini sağlamak için kadının özgürlüğünü sınırlamakta, *coemptio* ise bunu daha alt sınıflara yaygınlaştırmaktadır. Bunlar, mülkiyetin gelişmesi sonucunda, evliliğin nasıl ortaya çıktığını ve erkeğin kadını nasıl hâkimiyeti altına aldığını gösteren tarihi kanıtlar olarak karşımıza çıkmaktadır<sup>222</sup>.

### 3. *Usus*

*Usus*, zamanaşımı süresinin geçmesiyle evli kadının *manus* altına girmesini ifade eder<sup>223</sup>. Bu şekilde kadın, *manus* altına sokulduğu muamelelerden biri yapılmadan evlenmişse, bir yıllık sürenin geçmesiyle<sup>224</sup> *manus* altına girebiliyordu. Bu şekilde *usus*, *coemptio* ya da *confarreatio* yapılmadan evlenilmesi veya geçerli olmayan şekilde yapılmış olması durumunda, bir yıllık sürenin dolmasıyla kadının *manus* altına girmesini sağlıyordu<sup>225</sup>. Bu durum, Talamanca'nın da haklı olarak belirttiği gibi, kadın üzerinde *manus*'un elde edilmesinde, evliliğin yadsınamaz bir etkisi olduğunu bize göstermektedir<sup>226</sup>.

XII Levha Kanununda (tab. 6. 5), *usus*'a değinilirken bu bir yıllık süreden ve bu sürenin her yıl için üç gecelik ara ile karı kocanın birbirlerinden ayrı geçmesiyle kesileceğinden bahsedilir. Dolayısıyla *manus* altına girmek istemeyen kadın, yılda üç günü kocasından ayrı olarak geçirmekle, kendi *pater familias*'ının hâkimiyeti altında kalmaya devam edebilecek veya *sui iuris* ise bu *status*'unu muhafaza edebilecektir.

219 Rich, Anthony; Dictionnaire des Antiquités Romaines et Grecques, [www.mediterranees.net/civilisation/Rich/Articles/Religion/Mariage/Coemptio.html](http://www.mediterranees.net/civilisation/Rich/Articles/Religion/Mariage/Coemptio.html) (5.2.2007).

220 Rich, Anthony; Dictionnaire des Antiquités Romaines et Grecques, [www.mediterranees.net/civilisation/Rich/Articles/Religion/Mariage/Matrimonium.html](http://www.mediterranees.net/civilisation/Rich/Articles/Religion/Mariage/Matrimonium.html) (5.2.2007).

221 Adams/Queen, s. 165.

222 Thomson, George; Tarihöncesi Ege, çev. Celâl Üster, Payel Yayınları, İstanbul, 1995, s. 105.

223 Umur, Roma Hukuku, s. 384.

224 *Usus*'ta evliliğin kesintisiz geçen ilk senenin tamamlanmasından önceki durum fiilen *concubinatus*'a benzetilebilirse de arada *affectio maritalis*'in bulunması açısından bir fark vardır [Goodall Powers, Jennifer; Ancient Weddings, <http://ablemedia.com/cteweb/consortium/ancientweddings5.html> (14.2.2007)].

225 Somer, s. 164; Umur, Roma Hukuku, s. 384; Talamanca, s. 133.

226 Talamanca, s. 133.



Biz, her ne kadar *usus*'u evlenme şekli olarak sınıflandırmış olsak da, kanaatimiz *confarreatio* ve *coemptio*'nun aksine *usus*'un belirli bir evlenme türü olmadığı yönündedir. Bize göre, *usus*, sadece *manus*'un elde edilme şekillerinden biridir<sup>227</sup>. Nitekim *Gaius*'ta<sup>228</sup> bir yıllık zamanaşımını geçiren kadının “kocasının” ailesine girdiğini ve *filia familia status*'unu kazandığını belirtir; *manus* altına girmek istemeyen kadın, her yıl için üç gece kocasının yanında olmayarak “*usus*”u kesmektedir.

Zaten, kadının üç gün için evinden ayrı kalması evlilik açısından önem arz etmez, evlilik devam ederdi. Ayiter'in de belirttiği gibi, karı kocanın uzak olması evlilik konusunda rızaların devam etmesiyle ilgili değildi<sup>229</sup>.

*Usus*, kısmen uygulanmayarak kısmen de kanunlar aracılığıyla yürürlükten kaldırıldı<sup>230</sup>.

#### D. Evlenme Ehliyeti

Evlenmenin varolup olmadığı “*ius civile*” hükümlerine göre belirlenmektedir. *Ius gentium*'a uygun yapılmış bir evlilik, bu evliliğin Roma'da da geçerli olduğu anlamına gelmez<sup>231</sup>. Burada yapılan açıklamalar, evliliklerin *ius civile*'ye uygunluğu açısından olacaktır. Genel olarak, evlenmenin hukuken geçerli olması için, klasik kaynaklar<sup>232</sup>, evlenen kadınla erkek arasında *conubium*'un varlığının, belirli bir yaş haddinin ve akıl sağlıklarının yerindeliğinden başka, evlenecek olan kişilerin rızalarının yanında *pater familias*'ın ve kimi durumlarda diğer kişilerin rızasının bulunması gerektiğini belirtmektedirler.

<sup>227</sup> Aynı yönde görüş için bkz. Umur, Roma Hukuku, s. 384; Di Marzo, s. 162; Talamanca, s. 133, Ayiter, Aile Hukuku, s. 19. Karşı görüş için bkz. Somer, s. 163- 164.

<sup>228</sup> Gai. 1. 111: “*Usu in manum conveniebat, quae anno continuo nupta perseverabat; quia enim velut annua possessione usucapiebatur, in familiam viri transibat filiaeque locum optinebat. Itaque lege duodecim tabularum cautum est, ut si qua nollet eo modo in manum mariti convenire, ea quotannis trinotio abesset atque eo modo cuiusque anni usum interromperet...*”

<sup>229</sup> Ayiter, Aile Hukuku, s. 19.

<sup>230</sup> Gai. 1. 111: “*Sed hoc totum ius partim legibus sublatum est, partim ipsa desuetudine obliteratum est.*”

<sup>231</sup> Ayiter, Aile Hukuku, s. 9.

<sup>232</sup> Geçerli bir evlenme için gerekli şartlar zaten XII Levha Kanununda belirlenmişlerdi. Ancak XII Levhalardan sonra, M.Ö. 445 tarihli *lex Canuleia*'ya kadar *patricii*'ler ve *pleb*'lerin birbirleriyle evlenmek için aralarında *conubium*'ları yoktu (Talamanca, s. 138).

## 1. *Conubium*

Meşru çocuklara sahip olmanın yolu meşru bir şekilde evlenmiş olmaktan geçmektedir. Meşru bir evlilikte ise, Roma yasalarına uygun olarak evlenme hakkına sahip olmak gerekir. Bu hak, *ius conubium* adını almakta ve Roma vatandaşlarının Roma vatandaşlarıyla evlenmek istemeleri halinde *conubium* bulunmaktadır<sup>233</sup>.

Evlenmeler, genelde iki şekilde olmaktadır: Evlenen kadınla erkek, her ikisi birden Roma vatandaşı iseler, o zaman evliliklerine *iustiae nuptiae* veya *matrimonium iustum* denmektedir. Bu evlilikte doğan çocuklar Roma vatandaşı olurlar ve *pater familias*'in hâkimiyeti altına girerler<sup>234</sup>.

Eğer Roma vatandaşı bir erkek, yabancı bir kadınla evlenmek isterse, özel bir izinle *conubium* elde etmesi gerekirdi<sup>235</sup>. Bu şekilde, söz konusu evlilikten doğacak çocuklar Roma vatandaşı olur ve baba hâkimiyetine girerlerdi<sup>236</sup>. *Gaius*, bu duruma en sık rastlanılan örneği bize *Institutiones*'inde<sup>237</sup> vermektedir. Hukukçu, imparator emirnameleri ile, terhislerinden sonra, kıdemli askerlere, ilk kez eş olarak aldıkları Latin veya yabancı kadınlarla *conubium* vermenin âdet olduğundan bahseder. Böylece, bu evlilikten doğanlar Roma vatandaşı olacaklar ve usullerinin hâkimiyetine tabi olacaklardır.

*Ius connubii*'nin alanı zamanla genişletilmiştir, böylece Romalılarla evlenenlere tanınan ayrıcalıklardan yararlananların sayısı gitgide artmıştır<sup>238</sup>. Ancak, Romalılar ile köleler arasında *conubium* yoktur<sup>239</sup>.

M.S. 212 yılına kadar<sup>240</sup> Roma İmparatorluğu'nda önemli bir ayırım vardır: Yurttaş olanla olmayan arasındaki ayırım. Roma şehri içinde ve çevresinde

<sup>233</sup> Treggiari, s. 43; Bonfante, s. 151; Ayiter, Aile Hukuku, s. 11; Talamanca, s. 138; Di Marzo, s. 184; Somer, s. 165.

<sup>234</sup> Adams/Queen, s. 164.

<sup>235</sup> Ayiter, Aile Hukuku, s. 11; Di Marzo, s. 184.

<sup>236</sup> Di Marzo, s. 184.

<sup>237</sup> Gai. 1. 57: “*Unde et veteranis quibusdam concedi solet principalibus constitutionibus conubium cum his Latinis peregrinisve, quas primas post missionem uxores duxerint; et qui ex eo matrimonio nascuntur, et cives Romani et in potestatem parentum fiunt.*”

<sup>238</sup> Adams/Queen, s. 164.

<sup>239</sup> Treggiari, s. 43.

<sup>240</sup> M.S. 212'de *Caracalla, Constitutio Antoniniana* ile, Roma sınırları dahilinde yaşayan herkese vatandaşlık tanınmıştır (Roma vatandaşlığı verilmeyen *Latini Iuliani* ve *peregrini* *dedicium* hakkında bkz. Gönenç, Fulya İlçin; Roma'nın Vatandaşlık Politikası, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan, Seçkin Yayınları, Ankara, 2004, s. 671).

oturan ve Roma yurttaşı olmayana *peregrinus* denirdi<sup>241</sup>. *Peregrinus* sayılan kişinin<sup>242</sup> ülkesi ile Roma arasında antlaşmalar yapılmışsa, yabancı olanın hukuken bazı haklardan yararlanması mümkün olabilir, yoksa köle olarak alınıp satılmasına dahi imkân tanınabilir<sup>243</sup>.

Roma ile ticari ilişkileri yoğun olan tüccarlar örneğinde olduğu gibi, bazı yabancılar Roma yurttaşı olarak bazı haklardan yararlanmak istemişlerdir. Onlara tanınan başlıca haklar da genellikle ticari alanda gerekli hukuki ilişkileri yapma (*ius commercii*) ve daha az olmakla birlikte Roma vatandaşlarıyla evlenme yani *ius connubii* olmuştur<sup>244</sup>. Roma Hukukunda yabancıların yurttaş olabilme yolları ve bir erkeğin başka bir şehir-devlete (*civitas*) ya da kabileye mensup bir kadınla evlendiği takdirde *status*'unun ne olacağına ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır<sup>245</sup>. Önceleri *ius civile*'ye göre geçerli bir evlilik bulunmaması durumunda, annenin doğum sırasındaki vatandaşlık durumuna (*status civitatis*) bakılırdı. Böylece Roma vatandaşı olan anne ve yabancı bir babadan doğan çocuk önceleri Roma vatandaşı olurken, M.Ö. 1. yüzyılda kabul edilen *lex Minicia*<sup>246</sup> ile getirilen kural gereğince babaları yabancı olan çocuklar, yabancı sayılmaya başlandı<sup>247</sup>.

*Conubium*'la Romalılar, bir kez daha evlenmeyi denetleyerek Roma yurttaşlarının kim olacağını belirleme yetkisini ellerinde tutmaya çalışmışlardır. Özel yaşamın bu alanını denetleme ve aileye ilişkin her alanını düzenlemeye çalışmalarından anlaşılmaktadır ki, bu, onların çok özen gösterdikleri bir alandır.

<sup>241</sup> Hatta XII Levha Kanunlarında yabancıya düşman anlamına gelen *hostis* denilmekteydi (tab. 2. 2; 6. 4). *Cicero* da, *De officiis* (De off. 1. 12. 37) adlı eserinde eskiden büyüklerin *hostis* dediklerine, artık *peregrinus* denildiğini belirtir.

<sup>242</sup> *Peregrinus*, önceleri Roma *civitas*'ı çevresinde oturan ve Roma şehir devletine dahil olmayan yabancıları ifade ederken; zamanla Roma egemenliğine girmiş olmakla beraber, Roma vatandaşı *status*'u kazanmamış kişiler için kullanılmaya başlandı. İmparatorluk sınırları dışında yaşayan ve Romalılarla ilişki içinde olmayan kavimlerin ve devletlerin halkına ise barbar (*barbarus*) deniliyordu (Gönenç, Vatandaşlık, s. 666-667; Karadeniz-Çelebican, s. 148).

<sup>243</sup> Karadeniz-Çelebican, s. 148-149.

<sup>244</sup> Karadeniz-Çelebican, s. 149.

<sup>245</sup> Rousselle, s. 317.

<sup>246</sup> M.Ö. 91 yılında çıkarılmış ve önceleri yürürlükte olan Roma vatandaşı bir kadınla yabancı veya Latin bir babadan doğan çocuğun Roma vatandaşı olacağı ve babasının vatandaşlık durumunu takip edeceğini kuralını hükümsüz hale getiren kanun. Bu kanun gereğince artık farklı *status civitatis*'e sahip olan anne-babadan doğan çocuk daha aşağıda bir *status*'a sahip olacaktı (Umur, Lügat, s. 122; Berger, s. 557).

<sup>247</sup> Gönenç, Vatandaşlık, s. 662; *Gaius, Institutiones*'inde (Gai. 1. 56) çocukların babayı izleyeceğini belirtmektedir.

## 2. Evlenme Yaşı

Roma hukuku, babası tarafından kocaya verilen kızın *matron* (evlilik hukukunda saptanan bütün ayrıcalıklara sahip, kabul gören bir eş) olma yaşını saptamaktadır. Bu durum, buluğ meselesiyle alakalıdır. Buluğ çağında olan erkek *pubes*, kadın ise *viripotens*'tir<sup>248</sup>. Klasik hukuk devri boyunca, *Sabinianus* ve *Proculianus*'lar arasında tartışmalı olan bu konu<sup>249</sup> *Proculianus*'ların görüşünün benimsenmesiyle sonuçlandı<sup>250</sup>. *Sabinianus*'lar bir kimsenin buluğ çağına geldiğini anlamak için vücudunun gözlemlenmesi (*inspectio corporis*) gerektiğini, fiziki gelişimin tamamlanmış olduğu görüldüğü zaman baliğ olduğunun kabul edileceğini savunmaktaydılar<sup>251</sup>. Buna karşılık *Proculianus*'lara göre buluğ yaşına erişmek, erkeklerde on dört yaşının, kızlar da ise on iki yaşın tamamlanmasıyla mümkündür<sup>252</sup>.

Roma İmparatorluğu'nun fethettiği ülkelerin hepsinde bu kadar erken bir yaşta evlenme âdeti yoksa da (örneğin Yunan bölgelerinde kızlar ergenlikten sonra on altı ile on sekiz yaşlarında evlenmekteydiler), İmparatorluğun etkilerinin bu ülkeler üzerinde artmasıyla, bu durum giderek yaygın bir uygulamaya hatta bir moda dönüşmüştür<sup>253</sup>. Cenaze kayıtlarında, on-on bir yaşındaki gelinlerden söz edildiği görülmüştür<sup>254</sup>. Bizans dönemine ait adli sicillerde erken evlenmeye ilişkin belgelere rastlanmaktadır. Erken evlenmeye ilişkin belgelerin azlığı söz konusuysa da, Antik dönem hukukçularının yorumları bu uygulamanın yaygınlığına işaret etmektedir<sup>255</sup>.

Romalı kızlar, çocuk yaşta evlendirilince, bazen kızın babası, cinsel birleşme yapılmaması koşuluyla kızını verirdi. Bunun nedeni ise şudur: Erken evlenen genç kız ergenliğe erişir erişmez anne olmaktadır. Romalıların çok çocuk sahibi olma konusundaki istekleri malumdur, ancak, modern öncesi toplumlarda beş hamilelikten birinin ölümle sonuçlandığı düşünülürse, ayrıca ço-

<sup>248</sup> Arangio-Ruiz, s. 439.

<sup>249</sup> Di Marzo, bu tartışmanın genelde zannedildiği gibi evlenme sebebiyle değil, vesayetin sona ermesiyle alakalı olarak alevlendiğini belirtir (Di Marzo, s. 157).

<sup>250</sup> Ayiter, Aile Hukuku, s. 13. Arangio-Ruiz de, önceleri *Sabinianus*'ların görüşüne önem verildiyse de sonradan galip gelen görüşün *Proculianus*'larınki olduğunu belirtir (Arangio-Ruiz, s. 439). Somer, s. 166.

<sup>251</sup> Arangio-Ruiz, s. 439; Di Marzo, s. 187.

<sup>252</sup> Arangio-Ruiz, s. 439; Di Marzo, s. 187. Medeni Kanun madde 124/1'e göre ise, bizim hukukumuz açısından evlilik için yaş ehliyeti on yedi yaşının doldurulmasıyla kazanılmakta ve erkek ve kız arasında bir ayrıma gidilmemektedir.

<sup>253</sup> Rousselle, s. 308.

<sup>254</sup> Rousselle, s. 309.

<sup>255</sup> Rousselle, s. 311.

cuk yaşta yapılan doğumların bu riski artırdığı da göz önüne alınırsa, babalar tarafından bu tarz bir sınırlama getirilmesi anlaşılır olmaktadır<sup>256</sup>.

İyi bir aileden gelme bir Romalı erkek çocuk, on iki yaşında temel eğitimini bitirir, on dört yaşında çocuk giysilerini çıkartır ve artık ergen kabul edilir. On altı yaşına gelince, devlet hizmetlerinde çalıştıkları dahi görülebilir<sup>257</sup>. Erkeklerin on dört yaşında evlenmeleri yasal açıdan mümkünse de genellikle otuzlarına doğru evlendikleri görülmekteydi<sup>258</sup>. Bu nedenle, *Augustus* döneminde çıkarılan kanunla, yirmi ile yirmi altı yaş arasındaki evlenmemiş erkeklerin, on sekiz ile elli yaş arasındaki evlenmemiş kadınların (dul kalmış ya da boşanmış olsalar dahi) miras almaları engellenmiştir. Kadınların yirmi yaşına, erkeklerin ise yirmi beş yaşına geldiklerinde evlenmiş ve en az bir çocuk sahibi olmuş olmaları beklenirdi. Yine *Augustus* Kanunlarına göre, yirmi beş ile altmış yaş arası tüm erkeklerin, yirmi ile elli yaş arası tüm kadınların bir evlilik yapmış olmaları gerekirdi<sup>259</sup>. Dul kalan bir kadının bir yıl içinde, boşanmış olanın ise altı ay içinde evlenmesi konusunda Roma toplumunun bir beklentisi bulunmaktaydı<sup>260</sup>. Tüm bu toplumsal ve hukuksal denetim mekanizmalarıyla yapılmak istenen hep aynıdır: Tüm Romalılar erkenden evlenmeli ve yeni Romalılar üretmeliydiler. Yine bu mantık, hadım edilmiş olanların evlenmesine engel teşkil ederdi<sup>261</sup>.

### 3. Rızalar

Evlenmenin geçerli olarak gerçekleşmesi, evlenecek tarafların rızalarından başka, bunların *sui iuris* olmaması halinde, hâkimiyetinde buldukları *pater familias*'ın da rızasına ihtiyaç gösterirdi<sup>262</sup>. Hatta, Arangio-Ruiz, eski hukukta evlenmenin, evlenecek tarafların rızasından çok hâkimiyet hakkına sahip olanın rızasından kaynaklandığını belirtmektedir<sup>263</sup>. Boşanmış eşlerin dahi, birbirleriyle yeniden evlenmek istediklerinde, hukuken geçerli bir evlilik yapabilmek için babalarının rızalarını almaları gerekirdi<sup>264</sup>.

<sup>256</sup> Rousselle, s. 312.

<sup>257</sup> Veyne, s. 35-36.

<sup>258</sup> [www.ac-versailles.fr/pedAGOGI/anti/femme/marirome.htm](http://www.ac-versailles.fr/pedAGOGI/anti/femme/marirome.htm) (15.2.2007).

<sup>259</sup> Csillag, Pál; *The Augustian Laws on Family Relations*, Akadémiai Kiadó, Budapeşte, 1976, s. 81.

<sup>260</sup> Rousselle, s. 320.

<sup>261</sup> Arangio-Ruiz, s. 439; Bonfante, s. 152; Somer, s. 167.

<sup>262</sup> Di Marzo, s. 187-188; Ayiter, *Aile Hukuku*, s. 12; Koschaker/Ayiter, s. 305, Bonfante, s. 152; Tahiroğlu/Erdoğan, *Meseleler*, s. 218; Somer, s. 167.  
Günümüzde de, MK. m. 126'ya göre küçük olanların evlenmelerinde yasal temsilcisinin rızası gerekmektedir.

<sup>263</sup> Arangio-Ruiz, s. 442.

<sup>264</sup> Tahiroğlu/Erdoğan, *Meseleler*, s. 219, dipnot no: 30; D. 23. 2. 18.

Burada da nişanda olduğu gibi *filius familias*'ın açık rızası şart olduğu halde, *filia familias* için itiraz etmemesi yeterli sayılmıştır<sup>265</sup>. M.Ö. 18'de evlenmeyi düzenleyen *Augustus* kanunu (*lex Iulia de maritandis ordinibus*), evlenecek kızları keyfi itirazlara karşı korumacı bir tutum takınmış, böylece *pater familias*'ın bu konudaki yetkisine bir sınır çizilmiştir<sup>266</sup>. *Lex Iulia*'ın otuz beşinci maddesi, *potestas*'ı altındaki çocuklarının evlenmelerini haksız şekilde engelleyen veya İmparator *Severus* ve *Antonius*'un *constitutio*'suna göre vermeleri gereken *dos*'u vermeyen babalar, *proconsul*'ler<sup>267</sup> veya vilayetlerde *praesides*'ler<sup>268</sup> tarafından evlendirmeye ve *dos* vermeye zorlanacaklardır<sup>269</sup>.

*Iustinianus* hukukunda ise, nedensiz rıza verilmemesi halinde, *filius familias*'lara *magistra*'ya başvurma hakkı tanınmıştır<sup>270</sup>.

Klasik hukukta *filius familias*, savaş esiri olan babasının rızası olmadan evlenebilirken, *Iustinianus* hukukunda, babanın esaretinden itibaren üç senenin geçmesi şart koşulmuş ve bu kural her türlü gaiplik haline uygulanabilir hale getirilmiştir<sup>271</sup>.

*Ulpianus*'un *Sabinus* şerhinin 26. kitabından alınan *Digesta* metnine<sup>272</sup> göre, babası düşman tarafından ele geçirilen erkek, *pater familias*'ı üç sene içinde dönmediği takdirde evlenebilirdi.

*Iulianus*'un *Digesta*'sının 62. kitabından alınan metinde<sup>273</sup> de, düşmanın ellerinde bulunan veya üç yıldır gaip olan babanın oğlu veya kızı onun yoklu-

<sup>265</sup> Dolayısıyla *pater familias*'ın *filius familias* için açık, *filia familias* için zımni muvafakati yeterli sayılmıştır (Ayiter, Aile Hukuku, s. 12).

<sup>266</sup> Di Marzo, s. 188.

<sup>267</sup> *Proconsul*'ler, eski *consul* ve *praetor*'lardır. Bunlar, Cumhuriyet Devrinden itibaren, ilgili vazifelerini gördükten sonra, *senatus* tarafından alınan bir kararla ve bir sene için bir eyaletin başına gönderilirler. Bunların *imperium*'ları bu süre boyunca, İtalya yarımadası dışında uzatılmıştır. Eyalet üzerinde her türlü iktidarı kullanırlar (Umur, Lügat, s. 171; Berger, s. 653).

<sup>268</sup> *Praeses*, son imparatorluk devrinde, *provincia* valilerine verilen isimdir. Sadece imparatorluk *provincia*'ları valileri bu ismi alırdı. Eyaletlerdeki en yüksek makamı ve kazai işlere bakar, askeri kumandan olarak görev yapardı (Umur, Lügat, s. 167; Berger, s. 646).

<sup>269</sup> Ayiter, Aile Hukuku, s. 12.

<sup>270</sup> Di Marzo, s. 188. MK. m. 128 benzer bir düzenlemeye gitmekte ve haklı bir sebep olmaksızın evlenmeye izin vermeyen yasal temsilciyi dinledikten sonra, bu konuda başvuran küçük veya kısıtlının evlenmesine izin vermektedir.

<sup>271</sup> Di Marzo, s. 189.

<sup>272</sup> D. 23. 2. 9. 1.

<sup>273</sup> D. 23. 2. 11.

ğunda babanın reddetmeyeceği kesin olan biriyle evlenirlerse, her iki evliliğin de geçerli olacağı belirtilmektedir.

*Sui iuris* kadınların ise, 2. yüzyıl sonundaki bir emirname ile<sup>274</sup>, evlenecekleri kişinin seçilmesinde vasi ile akrabalar arasında ihtilaf olması durumunda, karar hakkı *magistra*'ya tanınmış<sup>275</sup>; kadınlar üzerinde vesayet kalkmasından sonra da, dul dahi olsalar yirmi beş yaşın altında kadınların babanın, o yoksa ananın veya yakınlarının veya yargı merciinin rızasını almaları zorunluluğu getirilmişti<sup>276</sup>.

*Marcus Aurelius*, evlenmenin kamu düzenini yakından ilgilendirdiği ve evlenmenin faydalı olduğu düşüncesinden hareketle, akıl hastası olan kimse-lerin oğullarının evlenebileceklerini belirten bir düzenleme getirmiştir. *Iustinianus* da, aynı mantığı izleyerek, akıl hastası olanların çocuklarının meşru bir şekilde evlenebileceklerini düzenlemiştir<sup>277</sup>.

#### 4. Akıl Hastalığı

Cumhuriyetin ileri dönemlerinde ve klasik hukukta akıl sağlığının olmaması da evlenmeye engel teşkil etmekteydi<sup>278</sup>. Böylece, sadece kişinin evlenmek için fiziksel olgunlaşması yetmemekte aynı zamanda akıl sağlığının da yerinde olması gerekmektedir.

Evlenmesi söz konusu olan eşlerden birisinin akıl hastalığı olduğu anlaşılırsa, evlenme mümkün olamamakta; ancak eşlerden biri daha sonra bir akıl hastalığına yakalanırsa, evlenmenin iptali söz konusu olmamaktadır<sup>279</sup>.

Talamanca, Romalıların evlilik sırasında taraflardan birinin akıl sağlığını yitirmesi durumunda, evliliğin devam ettiğini kabul etmiş olmalarından; onların, bu olaydaki düzenlemede, az çok bilinçli olarak, hak ehliyetinin kaybını değil de, fiil ehliyetinin kaybını ele almalarından yola çıkarak, Romalı hukukçuların arada fark yaratmak istediklerini belirtir<sup>280</sup>. Bizim kanaati-

<sup>274</sup> C. 5. 4. 1.

<sup>275</sup> Di Marzo, s. 189.

<sup>276</sup> C. 5. 4. 20; Di Marzo, s. 189.

<sup>277</sup> Di Marzo, s. 188; Somer, s. 167.

<sup>278</sup> Talamanca, s. 138. Hukukumuzda MK. m. 133'e göre; akıl hastalarının, evlenmelerinde tıbbi sakınca bulunmadığı resmi sağlık kurulu raporuyla anlaşılmadıkça evlenemeyeceklerdir.

<sup>279</sup> D. 23. 2. 16. 2; Di Marzo, s. 189.

<sup>280</sup> Talamanca, s. 138.

miz de, Talamanca ile benzer yöndedir. Nitekim, Romalılar, bilinçli olarak hak ve fiil ehliyeti arasındaki farkı şekillendirmemişlerdir. Roma hukuku açısından, ilk etapta, bireye hak ehliyetinin tanınması için gerekli olan koşulları belirlemekten söz edilir. Bu durum, hak ve fiil ehliyetini birbirinden ayırmayı güçleştirir. Özellikle yapıları gereği temsilci aracılığı ile değil ama sadece ilgili özne tarafından tamamlanabilen kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarda olduğu gibi. Bu durumda fiil ehliyetinden yoksunluk, hak ehliyetinden yoksun olmakla aynı etkileri meydana getirir<sup>281</sup>.

### E. Evlenme Engelleri

Evlenme engelleri etik, toplumsal ve politik nedenlerle ortaya çıkarlar. Sonraki dönemlerdeyse, dini açıdan hoş görülmemeye de, evlenme engellerinin oluşmasında yol açacaktır<sup>282</sup>.

Evlenme engelleri mutlak ve nisbi evlenme engelleri şeklinde bir ayrıma gidilerek açıklanmaktadır<sup>283</sup>.

Mutlak evlenme engelleri, evliliği her kimle olursa olsun yasaklarken, nisbi evlenme engelleri belirli kişilerle olan evlenmelere yasak koymaktadır.

#### 1. Mutlak Evlenme Engelleri

Mutlak evlenme engelleri, evliliği her kimle olursa olsun yasaklarken, nisbi evlenme engelleri belirli kişilerle olan evlenmelere yasak koymaktadır.

Mutlak evlenme engelleri, varolan bir evlilik, evlenecek kişilerden birinin köle olması ve yeni hukuk döneminde, bekaret yemini etmiş ve kutsal emirleri üstlenmiş olmaktır<sup>284</sup>. Bunun yanı sıra, dul bir kadın matem yılı içerisinde evlenirse, *infamis* olacaktır<sup>285</sup>.

Daha önceden de belirttiğimiz gibi<sup>286</sup> Roma'da tek evlilik prensibi geçerli olduğundan dolayı, geçerli bir evliliği olan Romalı, ikinci evliliği yapamaz-

<sup>281</sup> Talamanca, s. 75-76.

<sup>282</sup> Bonfante, s. 153.

<sup>283</sup> Somer, s. 166 vd.; Bonfante, s. 153 vd.

<sup>284</sup> Bonfante, s. 153; Talamanca, s. 139.

<sup>285</sup> Bonfante, s. 153.

<sup>286</sup> Bkz. s. 16-19.



dı<sup>287</sup>. Talamanca geçerli olarak yapılan ilk evlenmenin varlığının ikinci evlenmenin geçerliliğini etkilediğinin şüphe götürmez olduğunu ve bu durumda iki kişiyle evlilikten dolayı suç işlenmiş olduğunu belirtir<sup>288</sup>.

Hür ile köle arasındaki birleşmeler *matrimonium* değil *contubernium*'dur<sup>289</sup>. köleler için uygulanabilen tek evlilik biçimidir. Aslında, fiili bir yaşam ortaklığı olan *contubernium*, aile reisinin onayı ile oluşmaktadır. Bu birlikteliğin sona ermesi de yine sadece aile reisinin isteğine bağlı olarak gerçekleşmektedir<sup>290</sup>. Kölelerin evlenip çocuk çocuğa karışması sahipleri tarafından denetlenen bir konudur. Üstelik, bu durum, imparatorluğun batısı bir yana, Mısır'da ve Yunan dünyasında da böyledir<sup>291</sup>. Kölelerin denetim altındaki bu evliliklerinin hiçbir hukuki sonuca yol açmadığı da görülmektedir<sup>292</sup>. Kölenin köleyle evlenmesinin dışında, kimi zaman özgür insanlar da köleleriyle evlenmek isteyebilmektedirler. Köleler ile özgür insanlar arasında *conubium* (meşru bir evlilik) yapmak mümkün değildir. Köle olanın özgürlüğünü kazanması halinde evlilik Roma vatandaşlarının evliliklerinin düzeyine gelir<sup>293</sup>. Özgür insanların köleleriyle birliktelikleri de hoş karşılanmamıştır. Oysa, Roma'da bu tür ilişkilerin de yaygın olduğu bilinmektedir<sup>294</sup>. Köleler, efendilerinin hizmetinde olduğundan, onların efendilerinin cinsel taleplerini karşılamaları söz konusu olabilmektedir. Bu durum, efendi ile kölenin birleşmesinden doğan çocuklar köle olacağından, toplumun kirlenmiş sayılma-

<sup>287</sup> Günümüzde de tek evlilik prensibi geçerlidir. MK. m. 130'a göre yeniden evlenmek isteyen kimse, önceki evliliğinin sona ermiş olduğunu ispat etmek zorundadır. Yine MK. m. 145'e göre eşlerden birinin evlenme sırasında evli bulunması durumunda, yapılan ikinci evlilik mutlak butlanla batıldır. Ancak M.K. m. 147/3'e göre evliyken yeniden evlenen bir kimsenin önceki evliliği mutlak butlan kararı verilmeden önce sona ermişse ve ikinci evlenmede diğer eş iyiniyetli ise, bu evlenmenin butlanına karar verilemeyeceği belirtilmektedir.

<sup>288</sup> Talamanca, s. 139. Evli olan kişinin, yeni bir evlilik yapmaya çalışması durumunda zina suçu işlediği de düşünülebilir. Ancak burada, zina ile suçlanacak olan kişinin niyeti de önem arz eder. Nitekim *Gaius*'un 12 Levha Kanunlarına dair olan 3. kitabından alınan *Digesta* metnindeki [D. 48. 5. 44(43)] olayda, boşanma yasaya uygun olarak bildirilmediğinden, bir kadın evli olarak görülmeye devam etmektedir. *Gaius*, kendisi farklı fikirde olmakla beraber, *Salvius Iulianus*'un, bir adamın evli olarak görülen bu kadınla evlenmesi durumunda zina suçunun işlenmiş olmadığını, çünkü zinanın kötü niyet olmadan işlenemeyeceği fikrinde olduğunu bize aktarır.

<sup>289</sup> Ayiter, Aile hukuku, s. 13.

<sup>290</sup> Antiquitas, Ed.: Piérart, Marcel; Les Aspects Juridiques du Mariage Romain, [http://elearning.unifr.ch/antiquitas/fiches.php?id\\_fiche=205](http://elearning.unifr.ch/antiquitas/fiches.php?id_fiche=205) (14.2.2007).

<sup>291</sup> Rousselle, s. 316.

<sup>292</sup> Antiquitas, Ed.: Piérart, Marcel; Les Aspects Juridiques du Mariage Romain, [http://elearning.unifr.ch/antiquitas/fiches.php?id\\_fiche=205](http://elearning.unifr.ch/antiquitas/fiches.php?id_fiche=205) (14.2.2007).

<sup>293</sup> Ayiter, Aile hukuku, s. 13-14.

<sup>294</sup> Gaudemet, Jean; Union Libre et Mariage Dans la Rome Impériale, Le Droit de la Famille en Europe, Presses Universitaires de Strasbourg, Strasbourg, 1992, s. 384.

yacağı ve köle sayısını arttıracığı için destek görmektedir<sup>295</sup>. İş evlenmeye geldiğinde kimi zaman imparatorlar, (efendi kadınsa, köle erkekse) bunu yasaklamaya kadar gitmişlerdir<sup>296</sup>. Bu tutum, Roma'nın köleci, özgür erkeklerden başkasına hak tanımayan, ayrımcı, toplumsal sınıflar arasındaki sınırları korumayı amaçlayan yüzünü bir kez daha açığa çıkarmaktadır<sup>297</sup>.

Dul kadın matem yılı içinde evlendiği takdirde, bu evlenme geçerliliğini korusa da, *infamia* ile sonuçlanacaktır<sup>298</sup>. Eski ve klasik hukuk açısından iddet müddetine yönelik olarak getirilen ve doğacak çocuğun nesebinin karışmaması için gerekli sayılan dul bir kadının evlenmemesine yönelik bu yasa<sup>299</sup> sonraları boşanmayı da içine alacak şekilde genişletilerek bir yıla çıkarılmıştır<sup>300</sup>.

Somer, dul kadının matem yılı içinde evlenmesini nisbi evlenme engeli olarak belirlemiştir<sup>301</sup>. Gerçekten de dul kadının evlenmesi evliliği yok saymamakta evlilik geçerli kalmaya devam etmektedir<sup>302</sup>. Ancak biz Bonfante'nin görüşüne uygun olarak, evlenecek kişilerden biri matem yılı içerisinde dul kadınsa, bu durumun herkese karşı engel teşkil edeceğinden hareket etmekteyiz<sup>303</sup>. Aksi takdirde, baliğ olmayan bir kişi veya *conubium* olmaması veya evlenecek tarafların yanı sıra *pater familias*'ın ve bazı durumlarda diğer kişilerin rızalarının olmamasını da evlenme engeli olarak nitelendirmek gerekir. Oysa, bu unsurlar, evlenme ehliyetine sahip olunup olunmaması ile alakalıdır.

## 2. Nisbi Evlenme Engelleri

Evlenme engellerinden nisbi olanları ise, belirli dereceye kadar usul ve furu arasında olan kan hısımlığı<sup>304</sup>, hatta Hıristiyanlığın etkisiyle sonraları ruh-

<sup>295</sup> Morabito, Marcel; *Droit Romain et Réalités Sociales de la Sexualité Servile, Droit, Histoire & Sexualité, Textes Réunis et Présentés par Jacques Poumarède ve Jean-Pierre Royer, L'Espace Juridique, Lille, 1987, s. 10.*

<sup>296</sup> Morabito, s. 10.

<sup>297</sup> Morabito, s. 3-4.

<sup>298</sup> Talamanca, s. 139; Tahiroğlu/Erdoğan, Meseleler, s. 271.

<sup>299</sup> D. 3. 2. 11. 1.

<sup>300</sup> Tahiroğlu/Erdoğan, Meseleler, s. 217; Somer, s. 170. Günümüzde, bu süre M.K. m. 132/1'e göre, kocanın vefatından, boşanmadan veya evliliğin butlanından sonra üçyüz gündür.

<sup>301</sup> Somer, s. 170.

<sup>302</sup> MK. m. 154'e göre de kadının bekleme süresi bitmeden evlenmesi, evlenmenin butlanını gerektirmez.

<sup>303</sup> Bonfante, s. 153.

<sup>304</sup> Eşler arasında evlenmeye engel olacak derecede hısımlığın bulunması durumunda, günümüzde yapılan evlilik de, mutlak butlanla batıldır (MK. m. 145).

sal akrabalık; yine benzer ilişkiler dolayısıyla ortaya çıkan yakınlık; zina ve kız kaçırma, vesayet ilişkisi veya kamu görevi dolayısıyla getirilen engellerdir<sup>305</sup>.

Roma'nın ilk dönemlerinde yakın akraba evliliklerine izin verildiği görülmektedir. Bu evliliklerin yapılma nedeni ise farklı sınıfların birbirlerine karışmasını önlemektir. Elbette, Roma İmparatorluğu süresince, kadınlar, kendilerinden daha alt sınıftan olduğu gibi üst sınıftan erkeklerle de evlenmişlerdir. Ama, yine de rahatlıkla söylenebilir ki, Roma'da sınıf önemlidir<sup>306</sup>, bunun ise önemli iki ekonomik sebebi vardır: Kuzenler arası evliliklerle ailenin malvarlığı yine aile içinde kalmış olacaktır; bir başka neden de *dos*'u az olan bir kadının daha alt sınıftan bir erkekle evlenip daha kötü duruma düşeceği yerde, kuzeniyle evlenip ailenin statüsünü korumasının daha kabul gören bir davranış olmasıdır. Oysa, amca kızıyla evlenmek daha sonraları Hıristiyanlığın etkisiyle yasaklanmıştır<sup>307</sup>.

Kan hısımlığı usul ve fûru arasındaki, erkek ve kız kardeşler arasındaki, teyze, dayı, hala, amca ve yeğenler arasındaki evlenmeleri engellemekte ve hatta Hıristiyanlıkla birlikte vaftiz baba ve vaftiz kızı arasında olduğu gibi ruhi akrabalık içerisinde bulunan kişiler arasındaki evlilik de engellenmektedir<sup>308</sup>. Nitekim *Iustinianus*'un *Institutiones*'inde<sup>309</sup>, her kadınla evlenmenin mümkün olmadığını belirtmekte, usul ve fûru ilişkisi olan kişilerin aralarında evlenmelerinin mümkün olmadığını ifade ederek, bu evlenme engeline örnek olarak baba ile kızını, büyük baba ile torunu, anne ile oğlu, büyük anne ile torunu vermektedir. *Iustinianus*, evlat edinme ilişkisiyle aralarında usul-fûru bağı olanlarında evlenmesinin mümkün olmadığını, hatta bu engelin evlat edinme bağı çözülmüş olsa dahi devam edeceğini belirtir<sup>310</sup>. Aralarında evlenme engeli bulunan kan hısımlarının birleşmesinin ceza huku-

305 Bonfante, s. 153.

306 *Constantinus*, 326 yılında özgür bir kadının köle bir erkekle birlikteliğini ölüm cezasıyla cezalandırmıştır (Morabito, s. 7).

307 Goody, s. 29-31.

308 Bonfante, s. 153; Talamanca, s. 139.

309 I. 1. 10 .1:

*“Ergo non omnes nobis uxores ducere licet: nam quarundam nuptiis abstinendum est: inter eas enim personas quae parentum liberorumve locum inter se optinent nuptiae contrahi non possunt, veluti inter patrem et filiam vel avum et neptem vel matrem et filium vel aviam et nepotem....”*

310 I. 1. 10 .1:

*“...et haec adeo ita sunt ut, quamvis per adoptionem parentum liberorumve loco sibi esse coeperint, non possint inter se matrimonio iungi, in tantum ut etiam dissoluta adoptione idem iuris maneat...”*

ku açısından önemi ise, belli kan hısımları arasında evlenmenin cezası (*incestum*<sup>311</sup>) gerektirmesiydi<sup>312</sup>.

Aralarında civar kan hısımlığı bulunanlar arasında, daha az olmakla birlikte, evlenme engeli bulunur. *Iustinianus*<sup>313</sup>, kız ve erkek kardeşler arasında ister aynı baba ve anadan doğmuş olsunlar, ister her biri birisinden doğmuş olsun, evlenmenin yasak olduğunu belirtir. Ayrıca, erkek veya kız kardeşin kızıyla evlenmek mümkün olmamakta; kız ve erkek kardeşin torunu ile de, her ne kadar dördüncü dereceden iseler de, evlenilememektedir<sup>314</sup>.

Üvey baba ve üvey kız, üvey anne ve üvey oğlu evlenemediği gibi<sup>315</sup>, kayın-peder ve gelin, kayınvalide ve damat arasında evlilikler, bunlar arasında kan bağı olmamasına rağmen yasaktır. Hıristiyanlığın etkisiyle görünce ve kayınbirader, baldız ve kayın, yenge ve enişte, elti ve bacanak arasındaki evliliklere mani olunmaktadır<sup>316</sup>.

Zina ve kız kaçırma da evlenme engeli teşkil etmektedir. Zinaya yönelik evlenme engeli *lex Iulia* ile zaten düzenlenmişken<sup>317</sup>, kız kaçırma Hıristiyanlığın hakim olduğu dönemde evlenme yasağı kapsamına alınmıştır. Böylece, zina yapan kadınla onun suç ortağı ve kaçırılan kızla onu kaçırın adam arasında evlenme yasaklanmıştır<sup>318</sup>.

<sup>311</sup> *Incestus*; psikolojik, etik ve sosyal sebeplerle çok eski zamanlardan beri yasaklanmış olan kan hısımları arasındaki cinsel birleşmeye dair suçtur. Bu durumda evlilik batıl olur ve taraflar ceza alırlardı. Başlangıçta bu suçu işleyenlere ölüm cezası dahi verilir, suçlu *Tarpea* kayalarından aşağı atılırdı (Ayrıntılı bilgi için bkz. Umur, Lügat, s. 85; Berger, s. 497)

<sup>312</sup> I. 1. 10 .1:  
“...*et si tales personae inter se coierunt, nefarias atque incestas nuptias contraxisse dicuntur...*”.

Hatta bazı ensest ilişkiye dayalı evlilikler zina yasası ile korunmuştur [D. 48. 5. 14(13) 4; Tamer, Diler; Augustus Çağında Cinsel Suçlar ve Lex Iulia De Adulteris Coercendis, Homer Kitabevi, İstanbul, 2007, s. 211].

<sup>313</sup> I. 1. 10 .2  
“*Inter eas quoque personas, quae ex transverso gradu cognationis iunguntur, est quaedam similis observatio, sed non tanta. sane enim inter fratrem sororemque nuptiae prohibitaesunt, sive ab eodem patre eademque matre nati fuerint, sive ex alterutro eorum...*”

<sup>314</sup> I. 1. 10 .3.  
“*Fratris vel sororis filiam uxorem ducere non licet. sed nec neptem fratris vel sororis ducere quis potest, quamvis quarto gradu sint...*”

<sup>315</sup> Tahiroğlu/Erdoğan, Meseleler, s. 217.

<sup>316</sup> Somer, s. 168; Bonfante, s. 153; Di Marzo, s. 190-191.

<sup>317</sup> *Lex Iulia*'ya göre zina suçlusu bir kadınla bilerek evlenmek veya zina işlemiş eşle yeniden evlenmek kadın ticareti yapmak suçu (*lenocinium*) sayılacaktır (Ayrıntılı bilgi için bkz. Tamer, Cinsel Suçlar, s. 202 vd.).

<sup>318</sup> Somer, s. 169; Bonfante, s. 153.

*Marcus Aurelius* ve *Commodus*'un *oratio*<sup>319</sup>'suna göre, vesayetten dolayı kendilerine hesap vermek zorunluluğunda olanlar tarafından aldatılmamaları amacıyla, vasiinin vesayeti altındaki kızla evlenmesi<sup>320</sup> veya vesayeti altındaki kızı kendi fûruuyla evlendirmesi yasaklandı. Ancak yaşın küçüklüğü dolayısıyla eski hale iade zamanının geçmesi sonucu bu tehlike yok olunca ya da kızın babası vasiyi koca olarak seçince bu engel ortadan kalktı<sup>321</sup>.

İmparator *mandatum*'ları, bir eyalet *magistra*'sıyla o eyaletin yerlisi olan veya ikametgahı orada kayıtlı bulunan kadınların evlenmesini yasaklamışsa da<sup>322</sup>, bunların iradesinde değişiklik meydana gelmezse, görev bitiminde evlilik geçerli hale gelirdi<sup>323</sup>.

Sosyal açıdan önem arz eden durumlardan kaynaklanan (şeref, dürüstlük, onur) engeller, önceleri *lex Iulia* ile *senatus* üyeleri ve azatlılar ya da tiyatrocular kadınlar, *ingenuus*'lar ve şerefsizliğe düşen kadınlar arasında yapılan evlilikleri yasaklasa da, *Iustinianus* döneminde yürürlükten kaldırılmışlardı, dolayısıyla bir sınırlama olmaktan uzaktılar<sup>324</sup>.

Orduda hizmet eden askerler fiili hizmetleri devam ettiği sürece evlenemezlerdi<sup>325</sup>.

Yine Hıristiyanlığın etkisiyle evlenecekler arasındaki din farkı da evlenme engeli oluşturmuş, buna bağlı olarak Hıristiyanlarla Yahudilerin evlenmesi yasaklanmıştır<sup>326</sup>.

<sup>319</sup> *Oratio*'nun kelime anlamı nutuktur ve M.S. 2. yüzyıldan itibaren, imparatorun kendisi veya temsilcisi (*questor*) tarafından bir *Senatus consultum* teklif etmek üzere yapılan konuşmadır (Umur, Lügat, s. 147; Berger, s. 610-611).

<sup>320</sup> D. 23. 2. 66pr.'de *Paulus*, evlenme engeline sadece vasiyi değil, kayyımı da dahil etmiştir.

<sup>321</sup> Bonfante, s. 153; Di Marzo, s. 190; Somer, s. 170.

<sup>322</sup> Bonfante, s. 153; Di Marzo, s. 190-191; Somer, s. 170.

<sup>323</sup> Di Marzo, s. 191; Somer, s. 170. Nitekim D. 23. 2. 38pr.'de *Paulus*, bu yasağa değinmekte ve evlenme yasak olmasına rağmen eyalet *magistra*'sı ve o eyalette doğan veya yaşayan kadın arasında nişanlanmanın mümkün olduğunu belirtmektedir. *Magistra* görevini bıraktıktan sonra, onunla evlenmek istemeyen kadın elde ettiği tüm kazançları iade ederek bunu gerçekleştirebilecektir.

<sup>324</sup> Di Marzo, s. 189-190; Bonfante, s. 153, dipnot no:14; Somer, s. 169; Talamanca, s. 139.

<sup>325</sup> Di Marzo, s. 190; Somer, s. 169. Talamanca, askerlere yönelik evlenme yasağının tartışmalı olduğunu belirtir (Talamanca, s. 139). Bonfante yasağın IV. yüzyılda ortadan kalktığını bahseder (Bonfante, s. 154, dipnot no:14). *Ius civile*'ye göre orduda hizmet eden askerler, terhis edildikten sonra hem Roma vatandaşlığını iktisap eder ve hem de diledikleri bir *peregrina* ile evlenebilirlerdi (Gai. 1. 57; Ayiter, Aile Hukuku, s. 14; Somer, s. 174-175).

<sup>326</sup> Bonfante, s. 154, dipnot no:14; Talamanca, s. 139; Somer, s. 169; Di Marzo, s. 191.

## F. Evliliğin Hükümleri

Kadın evlilikle birlikte, *manus* altına girmemiş olsa bile<sup>327</sup>, kocasının sosyal durumunu iktisap eder<sup>328</sup>, böyle bir evlilik sırasında doğan çocuklar da Roma vatandaşı olarak dünyaya gelir ve babalarının *familia*'sına dahil olurlardı<sup>329</sup>.

Evlilik her şeyden önce evliliğin tarafları arasında bir takım hak ve görevlerin doğmasına yol açmaktadır.

Kadın, evlilikten doğan sadakat borcunu ihlal ettiği takdirde zina suçu işlemiş olurdu ve koca karısı üzerinde evliliğin yarattığı bağdan kaynaklanan disiplin kudretine sahip olurdu<sup>330</sup>. Koca, evlilik dışı cinsel ilişkide bulunan karısını<sup>331</sup> boşadıktan sonra zina sebebiyle dava edebilir<sup>332</sup> hatta zina sırasında yakalanan kadın gerek *pater familias*'ı gerekse kocası tarafından öldürülebilirdi<sup>333</sup>; oysa kadın kocasına karşı bu şekilde bir dava imkanından yoksundu<sup>334</sup>.

<sup>327</sup> Biz bu bölümde, *manus*'dan doğan hakları belirtmeyeceğiz.

<sup>328</sup> D. 1. 9. 1. 1; Di Marzo, s. 191, Tahiroğlu/Erdoğan, Meseleler, s. 220.

<sup>329</sup> Di Marzo, s. 191, Tahiroğlu/Erdoğan, Meseleler, s. 220.

<sup>330</sup> Bonfante, s. 154; Somer, evliliğin eşler arasında sadakat borcu doğurduğundan bahsetmektedir. Ancak erkekten çok kadının sadakat göstermekle yükümlü olduğunu da ilave eder (Somer, s. 161).

<sup>331</sup> *Adulterium* suçu, *stuprum*'dan farklı olarak evli bir kadın tarafından işlenir. Oysa *stuprum* bir dul veya boşanmış kadın tarafından işlenmektedir. Bununla birlikte, *lex Iulia de adulteris* her iki kelimeyi fark gözetmeksizin kullanır (D. 50. 16. 101pr.). *Adulterium* ve *stuprum* hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Tamer, Cinsel Suçlar, s. 173-182.

<sup>332</sup> *Lex Iulia*'daki usul kurallarına göre koca karısının zina işlediğini öğrendiği takdirde karısını boşamak zorundadır, aksi takdirde *lenocinium* suçu işlemiş olacaktır (Tamer, Cinsel Suçlar, s. 182 vd.; 148).

<sup>333</sup> *Ius occidendi* aldatılan kocanın ve *pater familias*'ın, zina sırasında yakaladığı kadını ve aşığını öldürme hakkıdır. Babanın bu hakka sahip olabilmesi için, *pater familias* olan babanın, öldürme anında kızın üzerinde hâkimiyet hakkına sahip olması, onu suçüstü yakalamış olması, bu suçüstü halin beklenmeyen sürpriz bir durum olması, zina suçunun babanın veya kocanın evinde işlenmiş olması, babanın tepkisini hemen ortaya koyarak kızını ve aşığını aynı anda öldürmüş olması gerekmektedir (Tamer, Cinsel Suçlar, s. 139). Koca ise, karısını zinanın evinde işlenmesi, aşıkların suçüstü yakalanması ve zaninin aktör, şarkıcı, dansöz bir aileden gelmiş olması ya da azatlı olması halinde öldürme hakkına sahipti (Tamer, Cinsel Suçlar, s. 141). Koca ve babanın öldürme hakkının dayanakları da farklılık arz ederdi. Babanın kızı ve suç ortağını öldürmesi açıkça bir hakkın kullanılmasını teşkil ederken, kocanınki cezadan bağışık tutulmayı sağlardı (Tamer, Cinsel Suçlar, s. 142).

<sup>334</sup> Di Marzo, s. 192.

Koca, karısına karşı yine evlilik bağına dayanan savunma hakkını elde eder ve karısına karşı yapılan saldırılar karşısında *actio iniuriarum* açabilirdi<sup>335</sup>.

Evliliğin devamı sırasında eşler birbirlerine karşı ceza davası, şerefsizliğe götüren davalar açamazlardı<sup>336</sup>. Örneğin taraflar arasında, hırsızlıktan doğan ceza davası *actio furti* açılmazdı<sup>337</sup>. Ancak koca karısına karşı, evlilik esnasında sebepsiz zenginleşme davası (*condictio ex iniusta causa*) ileri sürülebilir ve boşanmadan sonra, hırsızlık boşanmayı düşünülerek gerçekleştirilmiş olduğu takdirde (*divortii gratia* veya *divortii consilio*) evlenme sırasında çalınmış olan şeylerin zilyedliğini tekrar kazanmak için, *actio rerum amotarum* adı verilen alıp götürülmüş şeylerin davası açılabilirdi<sup>338</sup>. Kadının kocadan çaldığı şeyler hırsızlık davasını doğurmazdı. Di Marzo, bunun sebebinin hayat ortaklığının kadını bir nevi malik yapmış olmasıyla açıklanmaktadır<sup>339</sup>. Bonfante ise, *actio rerum amotarum*'un genelde kadına karşı olarak açılmasının sebebinin eski hukukun *manus*'lu evlenmesinden kaynaklandığını belirtmektedir<sup>340</sup>. Gerçekten de bu durumda kadının hırsızlığı ayrı tutulmuştur. Nitekim *manus*'la evlenen kadın, artık evlendiği kişinin *familia*'sında *filia familias* konumundadır.

Karı kocaların karşılıklı olarak malvarlıkları oranında mahkum edilmek imtiyazları, yani *beneficium competentiae*'leri vardı<sup>341</sup>.

Koca, karısını hukuka aykırı olarak nezdinde bulunduran bütün üçüncü kişilere karşı *interdictum de uxore exhibenda et ducenda*<sup>342</sup>'ya sahipti ve bu uygulama, *manus*'un uygulanmamaya başlamasıyla, koca, kadının *pater familias*'ına karşı savunmasız kaldığından ona yönelik olarak da kullanılabilmeye başlanmıştı. Hatta kendisine yönelik öne sürülen bu *interdictum*'a

<sup>335</sup> Bonfante, s. 154.

<sup>336</sup> Bonfante, s. 154; Di Marzo, s. 192.

<sup>337</sup> *Actio furti*'nin dışlanması *Iustinianus* hukukunun bir ürünüdür. Nitekim, klasik hukukta *actio furti* kocaya karşı ve istisnai olarak kariya karşı açılabilirdi (Bonfante, s. 154, dipnot no: 16).

<sup>338</sup> Bonfante, s. 154; Di Marzo, s. 192.

<sup>339</sup> Di Marzo, s. 192.

<sup>340</sup> Bonfante, s. 154, dipnot no: 16.

<sup>341</sup> Di Marzo, s. 192; Bonfante, s. 154.

<sup>342</sup> Bu *interdictum*, kocanın karısını alması ve evlilik evine götürmesi için ileri sürülebildiği *interdictum*'dur (Umur, Lügat, s. 93; Berger, s. 510).

karşı evli kadının babası, damadına defi olarak *interdictum de liberis exhibendis et ducendis*<sup>343</sup> ileri sürebiliyordu<sup>344</sup>.

Eşler arasında bağışlamalar (*donationes inter virum et uxorem*) kesin olarak geçersizdi<sup>345</sup>. *Augustus* kanunları ile bağlantılı olan bu yasak, eşler arasında cömert olan tarafın zararının söz konusu olmasını engellemek ve eşler arasındaki ilişkiye menfaat karıştırmamak amacıyla getirilmiştir<sup>346</sup>.

M.S. 206 senesinde *Severus* ve *Caracalla*'nın bir *oratio*'suyla, ölüm anına kadar yaptığı bağıştan dönememiş bağışlayan tarafından yapılan bağışların geçerli olması gerektiği kabul edildi<sup>347</sup>.

Evlilik içinde doğmuş olan çocuklar, evlilik dışında olanlarla (*vulgo concepti* veya *spurii*<sup>348</sup>) kıyaslandığında *iusti filii*, *legitimi* veya *iusti ac legitimi* sıfatlarına sahiptiler. Hatta evlat edinenler karşısında, evlilik içinde doğan çocuk *naturales liberi* sıfatını alırdı<sup>349</sup>.

Çocuklar aileleri ile olan tabii bağları nedeniyle, anne ve babaya karşı itaat (*obsequium*) ve merhamet (*pietas*) göstermekle yükümlü oldukları gibi *magistra*'nın izni olmaksızın onları dava edemezler<sup>350</sup>, anne-baba ve çocuklar birbirleri aleyhine yemin edemezlerdi<sup>351</sup>.

## G. Evliliğin Sona Ermesi

Evlilik her şeyden önce taraflardan birisinin ölmesiyle ve ölüme eşit olan *capitis deminutio maxima*'ya uğramasıyla yani hürriyetin kaybıyla son bula-

<sup>343</sup> *Interdictum de liberis exhibendis et ducendis*, *pater familias*'ın, fûruundan biri, bir başkasının nezdinde haksız yere bulunuyorsa kullanabileceği *interdictum*'dur. Öyle ki, *pater familias*, bu *interdictum*'u kızının kocası olan kendi damadına karşı da ileri sürebilirdi (Umur, Lügat, s. 92; Berger, s. 510).

<sup>344</sup> Bonfante, s. 155.

<sup>345</sup> D. 24. 1. 1.

<sup>346</sup> D. 24. 1. 3pr.; Di Marzo, s. 192-193; Bonfante, s. 155.

<sup>347</sup> D. 24. 1. 32pr.; 2; Di Marzo, s. 193; Bonfante, s. 155.

<sup>348</sup> Gai. 1. 64.

<sup>349</sup> Di Marzo, s. 194.

<sup>350</sup> D. 2. 4. 4. 1

<sup>351</sup> C. 4. 20. 6; Di Marzo, s. 194.



caktır. Hatta *ius postliminii*<sup>352</sup> dahi, daimi olarak *affectio maritalis* unsurunu içermesi gereken evliliği düzeltemezdi<sup>353</sup>.

Her ne kadar *affectio maritalis*'in bulunmaması evliliği sona erdirecek olsa da, boşanma dışında bunun örneklerine kaynaklarda rastlanmamaktadır. Hatta akıl sağlığının kaybı, geçerli bir *affectio maritalis*'in bulunmasını engelleyeceği kesin olsa dahi, evliliği bu sona erdirmeyecektir<sup>354</sup>.

Klasik dönemde, evlilik ilişkisinin sona ermesine yönelik tarafların anlaşmasıyla veya tek taraflı olarak evliliği bozmak niyetiyle yapılan beyanla (*repudium*) evlilik sona ererdi. Klasik dönemde, bu açıklamanın yapılması için herhangi bir şekil öngörülmemişti<sup>355</sup> ve bu durum, temel nitelikte hiçbir sınıyla bağlı tutulmamıştı. Boşanma, bu dönemde, sadece toplumsal kınamayla karşılanırdı. Koca, *alieni iuris* olsa dahi, *pater familias*'ının rızası olmaksızın ve kadın da vasisinin muvafakati bulunmaksızın boşanmayı gerçekleştirebilirdi<sup>356</sup>.

*Gaius*, Eyalet Beyannamesi'ne dair 11. kitabından alınan *Digesta* metninde<sup>357</sup>, boşanma kelimesinin; ona sebep olan fikirlerin farklılığından ya da evliliği sona erdiren kişilerin farklı yönlerine gitmelerinden geldiğini belirtir.

*Paulus*, *Edictum*'a dair 35. kitabından alınan *Digesta* metninde<sup>358</sup> devamlı bir ayrılık amacıyla yapılmayan boşanmanın, gerçek bir boşanma sayılmayacağını belirtmekte ve bu nedenle öfke anında söylenen ya da yapılan şeylerin, taraflar ayrılık konusundaki fikirleri hususunda ısrar etmedikçe hüküm doğurmayacağını söylemektedir. Böylece, *repudium*'un kızgınlık anında gerçekleşmesi halinde, kadın bunun ardından kısa süre sonra geriye dönerse, kocasını boşaması geçerli olmayacaktır.

<sup>352</sup> *Postliminium*, harpte esir düşen Roma vatandaşının, Roma'ya veya Roma'ya müttefik bir devlete avdet etmesi durumunda, *ipso iure* olarak bütün *ingenue* haklarını kazanmasını sağlayan durumdur. Esarete geçirilen süre yok sayılırdı. Ancak gerek evlilik gerekse zilyedlik hakkında bu durum geçerli değildi. Yenilenmesi gerekirdi (Umur, Lügat, s. 162-163; Berger, s. 639).

<sup>353</sup> Di Marzo, s. 195; Talamanca, s. 140; Bonfante, s. 156.

<sup>354</sup> Bkz. dipnot no: 279.

<sup>355</sup> Şekle bağlı olmayan boşanma için son derece basit, sözlü veya yazılı (*per litteris*) veya mesajla (*per nuntium*) iletilen sesli bir beyan yeterliydi (Bonfante, s. 157).

<sup>356</sup> Talamanca, s. 140-141; Ayiter, Aile Hukuku, s. 15.

<sup>357</sup> D. 24. 2. 2pr.

<sup>358</sup> D. 24. 2. 3.

*Manus*'un söz konusu olduğu durumlarda, evliliğin boşanmayla sonuçlanmasında, kadının üzerindeki kocasının veya onun *pater familias*'ının *potestas*'ı geçerli olmaya devam ederdi. Kadın, bu hâkimiyetten *emancipatio*<sup>359</sup> ile çıkarılırdı<sup>360</sup>. *Gaius, Institutiones*'inde<sup>361</sup> kocanın her şekilde, *praetor*'un araya girmesiyle, boşandığı karısı üzerindeki *manus*'u kaldırmaya zorunlu olduğunu belirtmiştir<sup>362</sup>.

Hıristiyanlığın etkisiyle ortaya çıkan evliliğin ölüm haricinde sona ermeyeceği düşüncesi, başarılı olamamış<sup>363</sup> ve boşanma serbestisine yeniden dönülerek, dini etkiyle getirilmek istenen kısıtlamalar M.S. 556 yılında tamamen ortadan kalkmıştır<sup>364</sup>.

Hıristiyan ideolojisi *repudium*'un geçersizliğini sağlayamamış; buna karşın imparatorluk döneminde çıkarılan kanunlarla kişisel, malvarlıksal müeyyideler ve cezalarla, belirli sebepler dışında boşanmalar sınırlamaya çalışılmıştır<sup>365</sup>.

Tarafların *consensus*'una dayanan boşanma ise, klasik sonrası dönemde dahi, *Iustinianus* kodifikasyonuna kadar, her halde geçerli kalmaya devam etmiş ve hiçbir müeyyideye tabi tutulmamıştır<sup>366</sup>.

*Iustinianus* hukukuna gelindiği zaman, boşanma sebepleri dört başlık altında ele alınmaktaydı: Kadının zinası gibi, taraflardan birinin hukuken de kusurlu sayılacağı bir davranışına dayanan boşanmalar (*repudium ex iusta causa*); karşılıklı rızalar; boşanmayı isteyen tarafın malvarlığına yönelik cezai bir takım yaptırımlarla karşılaştığı hukuki bir sebep olmaksızın meydana gelen boşanma (*repudium sine iusta causa*); eşlerden birinin taraflara kusur yüklenmesi mümkün olmayan bir sebepten dolayı evlilik birliğini sona erdir-

<sup>359</sup> *Emancipatio*, baba hâkimiyetindeki *alieni iuris* kız veya erkek evladın baba tarafından hâkimiyetten çıkarılarak, *sui iuris* haline getiren muameledir (Umur, Lügat, s. 64; Berger, s. 451).

<sup>360</sup> Tahiroğlu/Erdoğan, Meseleler, s. 222; Koschaker/Ayiter, s. 308; Ayiter, Aile Hukuku, s. 19.

<sup>361</sup> Gai. 1. 137<sup>a</sup>).

<sup>362</sup> Talamanca, s. 141; Di Marzo, s. 198.

<sup>363</sup> Romalılar boşanmanın serbest olmasında diretmışlerdir. Romalıların bu düşüncesine kaynak teşkil eden, "eski zamanlardan beri evliliklerin serbest olması kabul olunmuştur (*libera matrimonia esse antiquitus placuit*)" prensibidir. Evlenme serbest ise, boşanma da serbest olmalıdır (Tahiroğlu/Erdoğan, Meseleler, s. 221).

<sup>364</sup> Ayiter, Aile Hukuku, s. 15; Somer, s. 179.

<sup>365</sup> Talamanca, s. 142; Gönenç, Boşanma, s. 652.

<sup>366</sup> Talamanca, s. 143. Boşanmayı cezai şarta bağlamak da sonuç doğurmayacaktır (C. 8. 38. 2).

mesi. *Divortium bona gratia* adı altında incelenen bu duruma, eşlerden birinin kısır olması nedeniyle çocuk sahibi olamama veya yine eşlerden birinin akıl hastalığına yakalanması örnek gösterilebilir<sup>367</sup>.

## H. Fiilî Yaşam Ortaklığı Olarak Karşımıza Çıkan Birliktelikler (*Concubinatus*)

Roma'da kadınla erkeğin birlikteliği yalnızca evlilik kurumu ile sınırlı kalmamıştır, fiili yaşam ortaklıkları da görülmüştür. Konumuz, o dönemin sosyal yaşantının temellerine inerek varolan ailevi kurumları incelemek olduğundan, meşru bir birliktelik olarak kabul edilmeyen fiili yaşam ortaklıklarını da inceleme konumuz içerisine almış bulunmaktayız.

*Iustinianus* hukukunda ve klasik dönemin sonlarında *concubinatus*, karı-koca niyeti olmaksızın farklı cinsiyetten iki kişi arasında gerçekleşen kalıcı birlikteliktir<sup>368</sup>. *Concubinatus* gelişimini *Augustus* kanunlarına borçludur. Nitekim bu kanunlar bazı kimseler arasında evlenmeyi yasaklarken, *ingenuae* ve *honestae* konumlara sahip olmayan kadınlarla evlilik dışı ilişkilere yönelik cezaları kaldırarak, *honor matrimonii*'ye sahip olmadıkları için geçerli sayılmayan ancak *stuprum*<sup>369</sup> da oluşturmayan bu tarz birlikteliklerin<sup>370</sup> oluşumuna sebebiyet vermiştir<sup>371</sup>.

Aslında, erken Roma dönemini diğer toplumlardan ayıran özelliklerden birisi fiili yaşam ortaklığının görülmemesidir<sup>372</sup>. Bununla birlikte, özellikle yaşam süresinin az olması, salgın hastalıklar ve savaşların sayısını azalttığı erkek

<sup>367</sup> Gönenç, Boşanma, s. 653-654; Somer, s. 180.

<sup>368</sup> Arangio-Ruiz, s. 462.

<sup>369</sup> *Stuprum* suçu, evlenmemiş veya dul bir kadınla bir erkeğin geçici bir süre için birlikte yaşamalarıyla meydana gelirdi. Evli bir erkekle birliktelikle gerçekleşen *adulterium*'dan farklı olan *stuprum*, taraflar arasında  *affectio maritalis*'in bulunmaması nedeniyle evlilik olarak değerlendirilmezdi. Fiili işleyen erkeğin, kadın üzerinde şiddete başvurmuş olması, kadının cezasını hafifletirdi. Her iki tarafta malvarlıklarının yarısına el konulmasıyla cezalandırılırlardı (Umur, Lügat, s. 204; Berger, s. 719).

<sup>370</sup> *Ulpianus*, *lex Iulia et Papia*'ya dair 2. kitabından alınan *Digesta* metninde, bir adamın zina suçu işlemiş bir kadını, *concubina*'sı olarak aldığı takdirde, onunla evlenmiş olsa devreye girecek olan *lex Iulia*'nın uygulanacağını düşünmediğini belirtir.

D. 25. 2. 7. 2: "Qui autem damnatam adulterii in concubinato habuit, non puto lege Iulia de adulteriis teneri, quamvis, si uxorem eam duxisset, teneretur."

*Marcianus*, *Institutiones*'inin 12. kitabından alınan *Digesta* metninde, *concubina*'sı olan bir kimsenin zina suçu işlemediğini söyler.

D. 25.7. 3. 1: "Nec adulterium per concubinatum ab ipso committitur..."

<sup>371</sup> Di Marzo, s. 201.

<sup>372</sup> Adams/Queen, s. 159.

nüfusu bir yandan, üreme zorunluluğu başka yandan zamanla Romalıların bu özelliklerini yitirmesine neden olmuştur. Ayrıca, Yunanlıların ve Germenlerin aksine Romalılar kadınlara düşkündürler<sup>373</sup>. Bu nedenle, Roma'da, evliliğin yanında fiili yaşam ortaklığıyla da sıklıkla karşılaşmaktadır. Elbette, elimizde o dönemlere ilişkin istatistiksel veriler yoktur, ancak hukuki metinlerde bu ilişki biçiminden o denli söz edilmiştir ki<sup>374</sup>, toplumda sıklıkla uygulandığı sonucuna rahatlıkla varılabilmektedir<sup>375</sup>. Romalılar, evli kadınlardan farklı görevler yüklenen fiili yaşam ortaklığına razı kadınlar için, yasal bir düzenleme dahi yapmışlardır. Bu düzenlemeye göre, metresler (*concupinae*), on iki yaşından küçük olamamaktadır<sup>376</sup> ve efendilerine sadık olmakla yükümlüdürler. Sadece azat edilmiş bir metres efendisinden isteğiyle ayrılabilir<sup>377</sup>, bir kölenin böyle bir hakkı yoktur. Metreslerin giyimi, evli kadınlarınki gibidir: Giyimleriyle başlarını örterler, "yurttaş" olduklarını belirtirler<sup>378</sup>.

Evlilik dışı ilişkinin süresi, hukuki olarak bir etki yapmasa da toplumda evlilikle neredeyse eşdeğer tutulmasına yol açmaktadır. Bunu cenaze kayıtlarından anlamak mümkündür: Fiilen birlikte yaşamış olan ölen kadın için de, evli kadın için kullanılan terimler kullanılmaktadır<sup>379</sup>. Buradan da anlaşıldığı gibi, Romalılar için evlenme olmadan birlikte yaşamak toplumda alçaltıcı bir durum yaratmamaktadır<sup>380</sup>. Yalnız bunun için tarafların birbirlerine sadık olduklarının toplum tarafından bilinmesi gerekir<sup>381</sup>. Yine de, metres konumundaki birçok kadın (köleler, fiili yaşam ortaklığı kurmak için azat edilmiş olanlar) için meşru, istikrarlı, kalıcı evlilikler yapma umudu yoktur<sup>382</sup>.

O halde, fiili bir yaşam ortaklığının söz konusu olması, ya evlenmenin yasak

373 Rousselle, s. 324.

374 Örnek olarak bkz. D. 25. 7

375 Gaudemet., s. 377.

376 D. 25. 7. 1. 4'te, bir *concupina*'nın on iki yaşından küçük olmamak kaydıyla her yaşta olabileceği belirtilmektedir.

377 Azatlı kadın, *patronus*'un iradesine rağmen ondan ayrılabilir ve *ius conubium*'unu da kaybetmezdi (D. 25. 7. 1pr.; Di Marzo, s. 201-202).

378 Rousselle, s. 324.

379 Alexandre, Paul/Jemequin, Jennifer; Lutece, Une Ville Galo-Romaine, La Vie Quotidienne à Lutece, [www.fdn.fr/rebours/viqeot.htm](http://www.fdn.fr/rebours/viqeot.htm) (3.2.2007).

380 Ancak bu söylediğimiz *concupinatus*'un Romalılar tarafından saygın bulunduğu şeklinde de anlaşılmamalıdır. *Ulpianus*, D. 25. 7. 1pr.'de, azatlı kadının *patronus*'unun *concupina*'sı olarak kalmaktan vazgeçmesinin mümkün olmasının ve *ius conubium*'dan mahrum olmasının gerektiğini söylerken, ifadesinin devamında azatlı bir kadının patronunun metresi olmaktansa, *mater familias* olmasının çok daha saygın olduğunu belirtmektedir.

381 Rich, Anthony; Dictionnaire des Antiquités Romaines et Grecques, [www.mediterranean.net/civilisation/Rich/Articles/Religion/Mariage/concupina.html](http://www.mediterranean.net/civilisation/Rich/Articles/Religion/Mariage/concupina.html) (3.2.2007).

382 Rousselle, s. 323.

olduğu hallerde ya da evlenmenin çeşitli nedenlerle (toplumsal, hukuki) istenmemesi halinde ortaya çıkmaktadır<sup>383</sup>. *Concubinatus* adı verilen bu birlikliklere daha çok eşit koşullara sahip olmayan ancak, yine de birlikte yaşamak isteyen kişiler başvurmaktadır<sup>384</sup>. Bunun dışında, evlenmenin yasaklandığı durumlarda da *concubinatus* söz konusu olmaktadır. Ancak, yasal yaşa henüz ulaşılmadıysa, yakın akrabalık varsa ya da evlat edinme varsa, buradaki evlenme engeli sadece yasal değildir, aynı zamanda toplumun da doğaya aykırı olduğunu düşündüğünden kabul etmediği bir evlilik gerçekleşmiş olacaktır. Bu nedenle, Romalılar, bu yasağı ihlal edecek bir fiili birlikliği de reddetmektedirler, doğanın kurallarına saygı göstermektedirler<sup>385</sup>. Ancak, Romalılar için doğanın kuralları ihlal edilemeyecek nitelikte olsa da, toplumsal ve hukuki bazı kurallar ihlal edilebilir: Bir fahişe ile, bir fahişenin ya da onları pazarlayan birinin azatlısı ile evlenmek, bir *senatus* üyesinin kızının bir azatlı ile hukuken yasaklanmış olsa da evlenmesine ilişkin kural gibi. Bunun dışında, askerler, savaş süresince eyaleti yöneten birinin o eyalette yaşayan bir kadınla, *senatus* üyelerinin bir tiyatro oyuncusunun kızıyla ya da bir azatlıyla evlenmeleri yasaktır. Bu yasakların bazen sınırları öyle genişletilmiştir ki, üst sınıftan erkeklerin hangi kadınlarla evlenmeyeceklerine ilişkin uzun bir liste olmuştur<sup>386</sup>. Bu yasakların *concubinatus* ile aşılabilmesi mümkün olmuştur<sup>387</sup>.

Evli biriyle evlenmek de evlenme engeli oluşturduğundan, evli kadınlar, üç ya da dört çocuk dünyaya getirip kendilerine tanınan yasal hakları elde ettikten sonra, kendi elleriyle eşlerine bir başka kadın bulup getirmekte ya da onların bulduklarına göz yummaktadır<sup>388</sup>. Dolayısıyla, *concubinatus*, kadınlar için sorun olmak bir yana, modern anlamda doğum kontrol yöntemleri bilinmediğinden ve doğumların büyük bir kısmı ölümlerle sonuçlandığından, kadınların hayatını kurtaran bir çözüm olarak ortaya çıkmakta ve evli kadın, başka bir kadın nedeniyle boşanmak zorunda kalmadığından toplumsal statüsünü de korumuş olmaktadır<sup>389</sup>.

383 Gaudemet, s. 376.

384 Rich, Anthony; Dictionnaire des Antiquités Romaines et Grecques, [www.mediterranean.net/civilisation/Rich/Articles/Religion/Mariage/concubina.html](http://www.mediterranean.net/civilisation/Rich/Articles/Religion/Mariage/concubina.html) (3.2.2007).

385 Gaudemet, s. 378.

386 M.S. 4. yüzyılın başında *Constantinus* tarafından böyle önlemler alınmış, üst sınıftan devlet ve din adamlarının hangi kadınlarla evlenmeyecekleri açıkça belirtilmiş, buna uymayanların ise Roma'da yaşayan yurttaşlar olarak değil yabancılar olarak addedilecekleri kararı alınmıştır. Ayrıca, bunlardan doğan çocuklar da meşru sayılmayacaklardır (Gaudemet, s. 379).

387 Gaudemet, s. 379; Bonfante, s. 162-163.

388 Buna karşın, evlilik esnasında *concubina* alınması elbette ki kanunen yasaklanmıştır (C. 5. 26. 1; C. 7. 15. 3. 2). Hatta tek eşlilik prensibi, *concubinatus* için de geçerli olmakta ve bir kimsenin birden fazla *concubina*'ya sahip olmasına izin verilmemektedir (Di Marzo, s. 202).

389 Rousselle, s. 323.

Evli kadınları çok çocuk doğurma riskinden kurtaran metresler, kendilerini bu riskten kurtaramamaktadır. Efendileri çocuğun doğmasını istemezse, metresin bir yolunu bulup çocuktan kurtulması gerekmektedir, kadınlar için düşük yapmak ise, o dönemlerin tıp bilgisi göz önüne alındığında, çoğunlukla ölümle sonuçlanan ciddi bir riski ifade etmektedir. Çocuğun doğumuna izin verirse, metresler, çok doğurup erken yaşlanmakta, efendileri de onları terk etmektedir. Efendi, metresini terk ederken, onu, ya özgür bir erkeğe ya da bir köleye devredebilmektedir<sup>390</sup>.

Bazen taraflar, hukuki ya da toplumsal bir engel olmamasına karşın fiili bir yaşam ortaklığını evlenmeye yeğlemektedirler. Bu birlikteliklerde, *affectio maritalis* bulunmamaktadır. Demek ki, fiilen birlikte yaşamının esas olarak evlenmeden farklılığı bu niyetin bulunmamasındadır<sup>391</sup>. *Paulus* bu hususu, Cevaplar'ının 19. kitabından alınan *Digesta* metninde<sup>392</sup>, metres olmanın sadece niyete göre (*ex sola animi*) değerlendirilmesi gerektiğini ifade ederek belirtmektedir. *Usus* tarzı yapılan evliliklerle karşılaştırıldığında, bu evlilikte *affectio maritalis*'in bulunduğu görülmektedir. Bu nedenle, evliliğin kesinleşmiş geçen ilk senenin tamamlanmasından önceki durum fiilen *concupinatus*'a benzetilebilirse de arada *affectio maritalis*'in bulunması açısından bir fark vardır<sup>393</sup>.

Eğer, *concupinatus*'ta evlenme niyeti yoksa, düzenli, istikrarlı, monogam bir birliktelik olduğunu ispatlamak nasıl mümkündür? Evlenmenin geçerli olabilmesi için belirli bir şekil şartı yoksa da, toplumun bazı âdetleri bulunmaktadır: Aile içi bir tören yapılması, pagan özellikler taşıyan dini törenlerin buna eşlik etmesi bunlardan bazılarıdır. O halde, tüm bunlar *concupinatus*'ta olmadığına göre, fiili bir birlikteliği geçici olanlardan ayırmak nasıl mümkün olacaktır? *Iustinianus*, *concupinatus*'ta, bir zımni anlaşmanın (*licita consuetudo*) varlığından söz etmektedir<sup>394</sup>. Bu birliktelikten doğan çocuklar anneye bağlanacaklar, *vulgo concepti*<sup>395</sup>lerden farklı olarak tanınabilecekler ve tanınmamış olsalar da, sınırlı birtakım miras haklarına sahip olabilecek-

<sup>390</sup> Rousselle, s. 323.

<sup>391</sup> Buna karşılık meşru olmayan evlilikte (*iniustum matrimonium*) durumunda, *affectio maritalis* bulunmasına rağmen, taraflar karşılıklı olarak *conubium* hakkına sahip değillerdir (Talamanca, s. 154).

<sup>392</sup> D. 25. 7. 4: "Concupinam ex sola animi destinatione aestimari oportet."

<sup>393</sup> Goodall Powers, Jennifer; Ancient Weddings, <http://ablemedia.com/ctcweb/consortium/ancientweddings5.html> (14.2.2007).

<sup>394</sup> C. 6. 57. 5. 3.

<sup>395</sup> *Vulgo conceptus*, geçerli evlilik, *concupinatus* veya *contubernium* dışı doğmuş çocuk anlamına gelir, bunlar babaları tarafından tanınana kadar, babasız sayılırlardı (Umur, Lügat, s. 225; Berger, s. 771).

leridir<sup>396</sup>. *Concubina* olan anne, bu birliktelikten doğan çocuklarının (*filii naturali*<sup>397</sup>) vasisi olabilecektir<sup>398</sup>. *Marcianus*'un *Institutiones*'inin 12. kitabından alınan *Digesta* metninde belirttiği gibi<sup>399</sup>, onurlu bir yaşama sahip bir kadınla birliktelik söz konusu ise, adam bu birlikteliği şahitler huzurunda bildirmelidir<sup>400</sup>.

Roma'da toplumsal olarak aşığlanmayan fiili yaşam ortaklığına bakışın da Hıristiyanlığın kabulü ile birlikte, diğer toplumsal değerlerin değişime uğramasına paralel olarak değiştiği görülmektedir. Hıristiyanlığın evliliği çözülmeyen kutsal bir bağ olarak nitelemesi ve diğer birlikteliklerin günah kavramı içine sokulmasıyla, *concubinatus* yapan kadın ve erkeklere toplumda kötü gözle bakılmaya başlanmıştır<sup>401</sup>.

## Sonuç

Görüldüğü gibi, Romalılar gerek toplumsal alışkanlıklarla, baskılarla, geleneklerle olsun gerek hukuk eliyle aileyi temel bir kurum olarak kabul edip, çok detaylı olarak ele almışlardır. Bundan binlerce yıl önce de ailenin, toplumun temel yapı taşı olarak kabul edildiği açıkça görülmektedir.

Elbette, Romalıların işgal ettikleri topraklarda, günümüzde, hukuk kurallarıyla ya da toplumun gelenekleriyle aileye bu denli karışılmadığını fark etmek zor değildir. Artık, Avrupa'da babanın hâkimiyetinin Romalıların anladığı şekliyle kalmadığı, kadınların ailede söz sahibi haline geldiği, hatta ailelerin sık sık parçalanmasıyla kadının çocuklar üzerindeki etkisinin daha da arttığı izlenmektedir. Roma hukuku bir şekilde etkisini sürdürse de, Romalıların önem verdiği meşru çocukların varlığı, aileyle dinin, kültürel özelliklerin devamının sağlanması gibi konular önemini her geçen gün biraz daha yitirmektedir.

<sup>396</sup> Arangio-Ruiz, s. 463.

<sup>397</sup> *Filius naturalis*'in çeşitli anlamları vardı. Bunlardan ilki, evlat edinilenden farklı olarak, geçerli bir evlenmeden doğan çocuktur. *Constantinus*'tan itibaren ise *concubinatus*'tan doğan çocuklar *filius naturalis* adını aldı. *Iustinianus* hukukunda da bu son tanımlama hakim oldu ve gayrimeşru çocuklara *filius naturalis* denildi. *Concubinatus*'tan doğan bu gayrimeşru çocuklar, ebeveynin evlenmesiyle ya da imparatorlar tarafından verilen imtiyazlarla *filius legitimus* olabilirlerdi (Umur, Lügat, s. 75; Berger, s. 473).

<sup>398</sup> Talamanca, s. 163.

<sup>399</sup> D. 25. 7. 3pr.

<sup>400</sup> *Marcianus*, aynı metnin devamında, adamın kadınla evlenmesi gerektiğini, bunu reddettiği takdirde, kadınla birlikte *stuprum* işlediğini ilave eder.

<sup>401</sup> Dictionnaire des Antiquités et Romaines de Daremberg et Saglio, <http://dagr.univ-tlse2.fr/sdx/dagr/feuilleter.xsp?tome=4&partie=1&numPage=346&nomEntree=PAT-RIA%20POTESTAS&vue=texte> (14.2.2007).



Romalıların kabul ettiği aile, günümüz ailesinin aksine, kan hısımlığına dayanmamakta, kaynağını aile reisi ile ona bağlı olanların oluşturdukları topluluktan almaktadır. Buna karşın, yine de Roma Hukuku'nun aileye atfettiği değerlerin bir kısmı, Avrupa ülkelerinin hukuk düzenlerinin temelinde Roma Hukuku olması nedeniyle, halen varlığını sürdürmektedir. Ülkemiz açısından, Roma hukukunun aileye ilişkin düzenlemelerinin etkisinin özellikle 1926 tarihli Medeni Kanun'un kabulünden itibaren doğrudan bir şekilde gözüktüğü yadsınmaz. Nitekim İsviçre Medeni Kanunu'nun iktibasıyla Roma hukuku dolaysız olarak Türk hukuk tarihinin temellerinden biri haline gelmiştir.

Romalılar, yalnızca bir kadınla bir erkeğin beraberliklerini meşru kabul etmişlerdir. Onların hukuk düzenlerinde evliliğin monogam bir özellik taşıdığı görülmektedir. Avrupalıların bu ilkeye hep sıkı sıkı sarıldıkları, Müslümanların birden fazla kadınla evlenmelerini hep eleştirdikleri izlenmiştir. Türk hukukunda da poligamiye izin verilmemekte, evlenecek olan kişinin daha önce bir evliliğinin bulunması evlenme engeli teşkil etmekte, yeniden evlenmek isteyen kimse, önceki evliliğinin sona ermiş olduğunu ispat etmek zorunda kalmaktadır (MK. m. 130). Yine, evlilik kurumunun esası, tarafların karşılıklı rızalarına dayanmakta, getirilen şekil şartları ve evlendirme memurunun varlığı, tıpkı Romalılarda olduğu gibi modern toplumlar açısından da, ailenin toplum için arz ettiği önemle alakalı olmaktadır.

Evlenmeye yönelik ehliyet şartlarına bakıldığında, Romalılar ve modern hukuklar arasındaki bağ nispeten azdır. Nitekim Roma hukukunda, evlenme hakkına sahip olmak gerekmekte, tarafların rızası yanında *pater familias*'ın ve diğer yetkili kişilerin rızaları aranmakta bunun yanı sıra evlenmek için yaş ehliyeti buluşa ermiş olmaktan geçmekte, ayrıca erkek ve kadın için farklı yaş sınırları tespit edilmektedir. Romalılar açısından evlenme nedenleri düşünüldüğünde, onların evlenme ehliyetine yönelik olarak yaşla değil de, buluşla ilgilenmiş olmaları şaşırtıcı değildir: Romalılar için evlilik soylarının, kültürlerinin ve dinlerinin devamı için gerekliydi.

Türk hukukunda ise, evlenme ehliyeti için getirilen yaş sınırında buluş çağına bakılmamakta ve her iki taraf için de on yedi yaşının doldurulması gerekmektedir (MK. m. 124). Ancak bu yaş sınırının altında olan kişiler için, yasal temsilcinin rızası gerekmektedir (MK. m. 126). Buna karşılık olağanüstü durumlarda ve çok önemli sebeplerle hakim, on altı yaşını doldurmuş olan tarafların evlenmesine izin verebilmektedir (MK. m. 124/2). Ayırt etme gücüne sahip olmayanların evlenmesini yasaklayan düzenleme açısından (MK. m. 125), Roma hukuku etkilerinin görüldüğü söylenebilir.



Bunun dışında, kadının erkeğin soyadını alması (MK. m. 187), ana ile çocuk ve baba ile çocuk arasında soybağının kurulması (MK. m. 282), babalık karnesi (MK. m. 285) Romalıların kabul ettikleri ilkelerin yansımalarıdır.

Taraflar arasında sadakat yükümü, Romalılar açısından her ne kadar daha çok kadına yönelik olarak ele alınsa da, Türk hukuku açısından da evlilik, taraflar arasında sadakat borcu doğurmakta (MK. m. 185/3), zina artık suç teşkil etmemekle birlikte boşanma sebebi sayılmaktadır (MK. m. 161).

Yine akıl hastalığı, tıpkı Roma hukukunda olduğu gibi, evliliği sona erdirmekte ancak; boşanma sebebi teşkil edebilmektedir (MK. m. 165).

Evlenme engelleri her ne kadar zaman içerisinde ve toplumdan topluma değişse de, hısnımlığın evlenme engeli oluşturması (MK. m. 129); bunun yanı sıra hem Roma hukukunda hem de günümüzde evliliğin geçerliliğine etkisi olmasa da (MK. m. 154) doğacak çocuğun nesebinin karışmaması için gerekli sayılan bekleme süresine yönelik düzenlemeler Roma'dan günümüze kadar gelmişlerdir. Romalılar da olduğu gibi günümüzde de boşanma, evliliği sona erdirmektedir (MK. m. 167 vd.).

Yüzyıllar önce fiili yaşam ortaklığı hakkında yasal bir düzenleme dahi yapan Romalıların, günümüzün hukuk düzenine doğrudan bir etkisi olmamıştır. Evlenmeye getirilen yaş sınırı gibi, yaşam ortaklığı için de yaşa dair bir sınırlama getirildiği, uzun sürmüş bir *concupinatus*'un toplum nazarında evlilik gibi değerlendirildiği görülmektedir. Roma'da bu konunun hem toplumsal hem de bir ölçüde hukuksal olarak tanınmasının nedeni, dönemin toplumsal koşullarında aranabilir. Roma hukukunun etkilerinin görüldüğü Avrupa ülkelerinde, son dönemlerde gitgide kadınla erkeğin evlenmekten kaçındıkları ve fiilen uzun yıllar boyunca aynı evi ve yaşamı paylaşmaya başladıkları izlenmektedir. Bu gelişmenin, liberalizmle, kadının ekonomik bağımsızlığını edinmesiyle, evliliklerin bazı nedenlerle artık uzun sürmemesiyle, bu kuruma olan güvenin azalmasıyla, elbette alakası vardır. Bunların sonucu olarak, Avrupa ülkelerinde, fiili yaşam ortaklıklarına, evliliklere tanınan haklara yakınlaştıran haklar tanınarak, evlilikle aradaki farkı azaltma yoluna gidilmektedir. Bu konuda, ülkemizde herhangi bir yasal düzenleme yapılmamıştır.

Tüm bu saydığımız örnekler göz önüne alındığında Roma hukukunun ve Roma hukukçularının dehası karşısında şaşırılmamak gerçekten mümkün değildir. Modern hukukun, Roma hukukunun izlerini üzerinde hissetmeye her zaman için devam edeceği açıktır. Öğrenmemiz gereken bu geçmiş, geleceği yakalamamızın aracıdır.



# İSVİÇRE ULUSLARARASI ÖZEL HUKUK KANUNU'NUN 186. MADDESİNDE YAPILAN SON DEĞİŞİKLİK ÜZERİNE İNCELEME

*Ar. Gör. Süheylâ BALKAR OBUTER\**

## Giriş

Gelişen iletişim ve bilişim teknolojileri sayesinde ülkeleri birbirinden ayıran sınırların gittikçe kaybolması, farklı ülkelerde bulunan kişiler arasındaki ticari ilişkilerin de hızla artmasını sağlamıştır. Küresel ekonomi kavramının ortaya çıkışı ile birlikte, uluslararası ticarete giren aktörler arasındaki uyumsuzlukların da yine aynı şekilde hızlı, güvenilir ve belirli bir ülkenin sınırlarına hapsolmemiş bir yöntemle çözümlenmesi ihtiyacı hissedilmiştir. İşte bu noktada, uluslararası tahkim, özellikle yirminci yüzyılın son çeyreğinden itibaren uluslararası ticari uyumsuzluklar açısından devlet yargısına ciddi bir alternatif olarak kendisine sıkça başvurulmuş bir yargılama yöntemi haline gelmiştir.

Gerçekten de, esas itibarıyla tarafların iradesine dayanan özel bir yargılama yöntemi olan tahkimin özellikle uluslararası nitelik taşıyan uyumsuzluklarda devlet mahkemelerine tercih edilmesinin en önemli nedeni, günümüzün iş ve işletme koşulları olduğu kadar, bu yargılama yönteminin devlet yargısına nazaran göreceli olarak daha hızlı ve ucuz olması ile uzman kişi ve kurumlar aracılığıyla yürütülmesidir<sup>1</sup>. Diğer yandan, uyumsuzluk halinde taraflardan hiçbirinin yargılamanın diğerinin mahkemesinde yapılmasını tercih etmeyeceği gerçeği de, millet adına karar veren belirli bir devletin mahkemelerinden ziyade, gücünü sadece taraf iradelerinden alan ve onlar adına karar veren tarafsız ve bağımsız nitelikteki tahkim kurumlarına başvurulmasını cazip kılmaktadır.

---

\* Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Uluslararası Özel Hukuk Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi.

<sup>1</sup> Tahkimin avantajları için bkz. Ziya AKINCI: Milletlerarası Tahkim, Ankara, 2003, s. 26-28.

Bu bağlamda İsviçre, uluslararası tahkim açısından son derece önemli bir yere sahiptir. Tarih boyunca tarafsızlığını devlet politikası haline getirebilmeyi başarmış olan İsviçre, gerek bu köklü gelenek sayesinde, gerekse birden fazla resmi lisanın varlığı ve Cenevre, Bâle ve Zürih Ticaret Odalarına bağlı önemli tahkim merkezlerine sahip olmasından dolayı dünyadaki tahkim ülkeleri arasında lider konumdadır.

İsviçre Hukuku'nda uluslararası tahkim, 18 Aralık 1987 tarihli İsviçre Uluslararası Özel Hukuk Hakkında Federal Kanun (Loi Fédérale Sur Le Droit International Privé – LDIP)<sup>2</sup>'un 12. Bölümü içerisinde düzenlenmiştir. Bu bölümde yer alan hükümler, Kanunun uygulama alanını belirten LDIP. Md.176'da belirtildiği biçimde, *“tahkim yeri İsviçre olan ve tahkim anlaşmasının yapıldığı sırada taraflardan en az birinin ikametgâhının (tüzel kişiler için idare merkezinin) veya mutad meskeninin İsviçre dışında olduğu”* halde uygulanacak olan esasları düzenlemektedir.

Uzunca bir süre başarıyla uygulanan ve aralarında 4686 Sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu<sup>3</sup>'nun da bulunduğu birçok ülkenin ulusal tahkim kanununa örnek teşkil etmiş olan bu Kanun'un 186. maddesinin ilk fıkrasına, 6 Ekim 2006 tarihinde kabul edilen Federal Kanunla<sup>4</sup> bir ekleme yapılmış ve bu değişiklik 1 Mart 2007 tarihinden itibaren yürürlüğe girmiştir.

Bu değişikliğin ardından, İsviçre Federal Mahkemesi'nin 14 Mayıs 2001 tarihinde vermiş olduğu ve Fomento Kararı<sup>5</sup> olarak anılan kararın uluslararası tahkim alanında İsviçre Hukuku'nda yarattığı güvensizliğin giderilmesi ve İsviçre'nin tahkim yeri olarak seçildiği uyuşmazlıklarda tahkim yargulamasının etkinliğini gölgeleyecek durumlara karşı önlem alınması amacı bulunmaktadır.

Bu çalışmada, LDIP. Md.186'daki değişiklikten önceki ve sonraki durum ile bu değişikliğin ardındaki hukuki sebepler kısaca ele alınacaktır.

<sup>2</sup> Çalışmamız içerisinde İsviçre Uluslararası Özel Hukuk Hakkında Federal Kanun bundan böyle “LDIP” şeklindeki kısaltılmış haliyle ifade edilecektir. Kanunun Fransızca metni için bkz. <http://www.admin.ch/ch/f/rs/c291.html>

<sup>3</sup> R.G. 5.7.2001 – 24453.

<sup>4</sup> Loi Fédérale du 6 Octobre 2006 (Arbitrage, Compétence), RO 2007 387 388; FF 2006 4469 4481.

<sup>5</sup> Arrêt Fomento, ATF 127 III 279.

## I. Değişiklikten Önceki Konuya İlişkin Yasal Düzenlemeler

İsviçre Uluslararası Özel Hukuk Kanunu'nun<sup>6</sup> "Yetki" başlıklı 186. maddesinin 1. fıkrasına eklenen yeni hükmün temelinde, aynı konuda ve aynı taraflar arasındaki bir davanın aynı anda hem yabancı bir devlet mahkemesinde, hem de İsviçre'de tahkim mahkemesi nezdinde görülmekte olması durumuna ilişkin olarak İsviçre Federal Mahkemesi'nin vermiş olduğu bir karar bulunmaktadır. İsviçre Hukukunda mevcut yasal düzenlemeler, mahkeme içtihatları, doktrindeki düşünceler ve bunların İsviçre'deki tahkim kurumuna etkileri neticesinde hazırlanan bu yasa değişikliği esas itibarıyla, LDIP. Md. 9'da düzenlenen "derdestlik" kurumunun kıyasen uluslararası tahkim yargılaması için de uygulanmasını öngören Fomento Kararının tahkim açısından yarattığı bir takım olumsuzlukları bertaraf etme amacı taşımaktadır.

LDIP. Md. 186'daki değişikliğin sebebinin daha açık bir biçimde anlaşılabilmesi için, bu değişikliğin öncesinde konu ile ilgili yasal düzenlemelerin incelenmesinde yarar olacaktır.

### A) LDIP. Md. 186'da Yer Alan "Yetki-Yetki" Prensibi

İsviçre Uluslararası Özel Hukuk Kanunu'nun 12. Bölümü'nün "Yetki" başlıklı maddesinin değişiklikten önceki metni şu şekildedir:

Madde 186

#### VII. Yetki

1. Hakem mahkemesi yetkisi hakkında kendisi karar verir.
2. Yetkisizlik defii esasa ilişkin savunma yapılmadan önce ileri sürülmelidir.
3. Hakem mahkemesi yetkisi hakkında kural olarak ön kararlar karar verir.

Görüldüğü gibi bu madde öncelikle, tahkim anlaşmasının şeklen (LDIP. Md. 178/f.1) veya maddi olarak (LDIP. Md. 178/f.2) geçerli olmaması ile uyuşmazlığın tahkime elverişli olmaması (LDIP. Md. 177) gibi gerekçelerle yetkisi sorgulanan hakem mahkemesinin kendi yetkisi hakkında kendisinin karar vereceğini (yetki-yetki prensibi; le principe de la compétence de la compétence)

<sup>6</sup> Kanununun Tahkime ilişkin hükümlerini içeren 12. Bölümünde yer alan maddelerin Türkçe çevirisi için bkz. Vedat BUZ: Milletlerarası Özel Hukuka Dair Federal Kanun (IPRG)- Tahkime İlişkin Hükümler, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Aralık 1993, Cilt XVII, Sayı 2, s. 23-28.

ce) düzenlemektedir. Madde ayrıca, yetkisizlik definin uyuşmazlığın esasına girilmeden önce ileri sürülmesi gerektiğini ve bu hususun hakem heyeti tarafından ön karar şeklinde hükme bağlanacağını belirtmektedir.

### **B) Hakem Kararlarının İptali ve İtiraz Mercii**

LDIP. Md. 186 uyarınca kendi yetkileri hakkında karar verebilen hakem mahkemesinin bu kararına karşı itirazda bulunmak mümkündür. Şöyle ki, LDIP. Md. 190/ f.2-b uyarınca, “*hakem mahkemesinin haksız olarak kendisinin yetkili veya yetkisiz olduğuna karar vermiş olması*” iptal sebebidir.

LDIP. Md. 186/f.3 gereği hakem mahkemesinin yetkisi hakkında vereceği karar bir “ön karar” niteliğinde olacağından, bu karara karşı itiraz süresi, ön kararın tebliği ile başlayacaktır (LDIP. Md. 190/f.3).

Hakem mahkemesinin kendi yetkisine dair vermiş olduğu karara karşı itiraz merci ise LDIP. Md. 191/ f. 1 uyarınca İsviçre Federal Mahkemesi’dir. Federal Mahkeme, hakem heyetinin kendi yetkisi hakkında vermiş olduğu bu kararı incelemeye yetkili tek mercidir.

### **C) LDIP. Md. 9’da Yer Alan Derdestlik Bağlamında Hakem Mahkemesinin Yetkisi Sorunu**

LDIP. Md. 9/f.1 uyarınca “*Tarafları ve konusu aynı olan dava yabancı bir ülke mahkemesinde önceden görülmeye başlanmış ise, İsviçre mahkemesi, yabancı mahkemenin makul bir süre içerisinde İsviçre’de tanınabilir bir karar vereceği bekleniyorsa yargılama işlemlerini askıya almak<sup>7</sup> zorundadır*”.

<sup>7</sup> İsviçre Uluslararası Özel Hukuk Kanunu’nun Fransızca metninde “askıya almak” yani “bekletmek” ya da “belirli bir süre için durdurmak” anlamını taşıyan “suspendre” fiili kullanılmıştır. Söz konusu kanun hükmünün Türkçesine kitaplarında yer veren bazı yazarlar ise, “yargılamaya son vermek” deyimini tercih etmişlerdir (Bkz. Ziya AKINCI: Milletlerarası Usul Hukukunda Yetki Sözleşmesine Dayanan Yabancı Derdestlik, Ankara, 2002, s. 113; Nuray EKŞİ: Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi, İstanbul, 2000, s. 199). Çalışmamızda, LDIP’nin Fransızca versiyonunda kullanılan “suspendre” fiilinin Türkçe karşılığı olan “askıya almak” terimi tercih edilmiştir. Zira LDIP. Md. 9 hükmünde yargılamanın nihai olarak sonlanması değil, belirli bir süre için durması, diğer merci nezdindeki yargılamanın beklenmesi söz konusudur. Nitekim, kanunda yer alan şartların gerçekleşmemesi durumunda, örneğin diğer ülke mahkemesinde süregelen yargılamanın makul bir süre zarfında İsviçre’de tanınamayacağını anlaşılabileceği gibi hallerde, İsviçreli hakimin tekrardan yargılamaya devam etmesi imkan dahilindedir. Bu sebeple, Kanunun Fransızca metnindeki “suspendre” yani “askıya almak” teriminin konu açısından daha isabetli bir kavram olduğunu düşünmekteyiz. Bununla beraber, konuya ilişkin olarak kullanılan “yargılamadan el çekme” veya “yargılamaya son verme” ifadelerini, yukarıda açıklandığı üzere, nihai olarak yargılamaya son verilmesi olarak değil, belirli bir süre için yargılama faaliyetinin durdurulması, askıya alınması, yargılamanın bekletilmesi şeklinde anlamak gerekir.

Bu madde, hem İsviçre'de hem de yabancı bir ülkede aynı davanın sürmesi durumunda hangi yargılamaya öncelik tanınacağını, bu davaların açılış tarihini esas alarak tespit etmektedir. Diğer bir ifadeyle, şayet dava yabancı ülkeden evvel İsviçre mahkemelerinde açılmış ise, İsviçre mahkemesi, yabancı mahkemede süregelen yargılamadan etkilenmeksizin, davayı görmeye devam edip, karara bağlayabilecektir. Nitekim, İsviçre'deki davadan sonra başka bir ülkede açılan davanın neticesinde alınan yabancı mahkeme kararının İsviçre'de tanınması da LDIP. Md. 27/f.2-c uyarınca mümkün olmayacaktır<sup>8</sup>.

Dolayısıyla, yabancı derdestlik itirazının kabul edilebilmesi için (i) yabancı ülkedeki dava İsviçre'deki davadan önce açılmalıdır ve (ii) yabancı mahkemenin vereceği nihai hüküm İsviçre'de makul bir süre içerisinde tanınabilir nitelikte olmalıdır.

9. maddenin 2. fıkrasında, davanın İsviçre'de ne zaman açılmış sayılacağı meselesi de düzenlenmiş ve *davanın başlaması için gerekli ilk işlemin yapıldığı anda davanın açılmış sayılacağı* belirtilmiştir.

Maddenin son fıkrasında ise, *“İsviçre Mahkemesi, İsviçre'de tanınabilir nitelikte bir karar kendisine sunulduğu zaman derhal açılan davayı reddetmek zorundadır”* hükmü yer almaktadır.

Görüldüğü gibi LDIP. Md.9, biri İsviçre'de olmak üzere, iki farklı devlet mahkemesinde aynı zamanda görülmekte olan davalar açısından derdestlik kurumunu düzenlemektedir. Bu maddenin konumuz açısından taşıdığı önem ise, söz konusu düzenlemenin, tahkim yerinin İsviçre olduğu tahkim yargılamalarına da kıyasen uygulanıp uygulanmayacağı meselesine ilişkindir.

Bu mesele yukarıda belirttiğimiz üzere İsviçre Tahkim Hukuku açısından tartışmalar yaratan bir yargı kararına da konu olmuş ve Fomento Kararı olarak anılan bu kararda Federal Mahkeme, LDIP. Md. 9 hükmünü kıyasen tahkim yeri İsviçre olan uluslararası tahkim davasına da uygulamıştır.

<sup>8</sup> Yabancı mahkeme kararlarının tanınması talebinin reddi sebeplerini düzenleyen LDIP. Md. 27'nin 2-c fıkrası şu şekildedir: *“Tarafları ve konusu aynı olan bir uyumsuzluk hakkındaki davanın daha önceden İsviçre Mahkemeleri nezdinde açılmış olması veya hükme bağlanmış olması durumunda ya da İsviçre dışındaki bir ülkede dava konusu olmakla birlikte, verilen kararın İsviçre'de tanıma şartlarını haiz olması durumunda, taraflardan birinin ileri sürmesi ile yabancı kararın tanınması talebi reddedilir”*.

## II.- 14 Mayıs 2001 Tarihli Fomento Kararı ve İsviçre Hukuna Etkileri

### A) 14 Mayıs 2001 Tarihli Fomento Kararının Çevirisi<sup>9</sup>

#### Özet

**Uluslararası tahkim; hakem mahkemesinin yetkisi; derdestlik (LDIP. Md. 9/f.1 ve LDIP. Md. 190/f.2-b). Uluslararası tahkim konusunda hakem mahkemesinin yetkisine dair ön karara karşı yapılan kamu hukuku itirazının kabul edilebilir olup olmadığına ilişkin şartlar (1. Gerekçe). Tahkim yeri İsviçre olduğunda, hakem mahkemesi, aynı uyuşmazlıkla ilgili dava önceden İsviçre veya başka bir devlet mahkemesinde açılmış olduğu takdirde, LDIP md. 9'u uygulamak zorundadır. Bu kuralın ihlali, LDIP. Md. 190/f.2-b çerçevesinde hakem kararının iptali sebebidir (2. Gerekçe).**

#### Olaylar

A.- Panama uyruklu Colon Container Terminal S.A. (CCT) isimli şirket ile Fomento de Construcciones y Contratas S.A. (FCC) isimli bir İspanyol şirketi 26 Nisan 1996 tarihinde Panama'da bir liman terminali yapımı hususunda bir sözleşme akdetmişlerdir. Sözleşmenin atıfta bulunduğu düzenleme uyarınca, taraflar arasında doğabilecek uyuşmazlıkların bir veya birden fazla hakem nezdinde tahkim yoluyla çözümleneceği öngörülmüştür. Sözleşmenin ifası sırasında taraflar arasında bir uyuşmazlık ortaya çıkmış ve sözleşmenin feshi yoluna gidilmiştir. CCT şirketi de, yarım kalan işin tamamlanması hususunda başka bir şirketle anlaşmıştır. 12 Mart 1998 tarihinde FCC şirketi Panama mahkemeleri nezdinde CCT şirketi aleyhine bir dava açmış, CCT şirketi de bu davada tahkim itirazı ileri sürmüştür. 26 Haziran 1998 tarihinde ilk derece mahkemesi, tahkim itirazının süresinde ileri sürülmediğine karar vermiştir.

B.- CCT şirketi, Panama devlet mahkemesinde görülmekte olan bu davanın bitmesini beklemeden 30 Eylül 1998 tarihinde tahkim prosedürünü başlatmıştır. Tahkim yeri olarak Cenevre'nin kararlaştırıldığı bu tahkim yargılamasında taraflar, üç hakemden oluşan hakem heyetinin Uluslararası Ticaret Odası Tahkim Tüzüğü'nü, yedek olarak da İsviçre Medeni Usul Hakkında Federal Kanun'u uygulaması hususunda anlaşmışlardır.

<sup>9</sup> Karar için bkz. ATF 127 III 279-288. Kararın Fransızca metni tarafımızdan serbest tercüme yöntemiyle Türkçeye çevrilmiştir.



FCC şirketi, kendileri tarafından Panama devlet mahkemesinde dava açılmasının tahkime gitme iradesinden vazgeçmek anlamı taşıdığı ve karşı tarafın da bu davaya karşı süresinde tahkim itirazında bulunmamasının, bunun kabulü şeklinde yorumlanması gerektiği gerekçesiyle hakem heyeti nezdinde, yetkisizlik defii ileri sürmüştür.

Tahkim yargılaması devam ederken, bir üst mahkeme (Panama İstinaf Mahkemesi), ilk derece mahkemesinin aksine, tahkim itirazının süresinde ileri sürüldüğüne karar vermiştir. Bunun üzerine, mahkemede görülmekte olan dava henüz sonuçlanmadan, hakem heyeti, Panama Mahkemesinin bu kararına atıf yaparak, 30 Kasım 2001 tarihinde kendisinin davanın esasını görmeye yetkili olduğuna ilişkin bir karara varmıştır.

Ancak, 22 Ocak 2002 tarihinde Panama Yüksek Mahkemesi (Cour Suprême du Panama), tahkim itirazının süresinde yapılmamış olduğundan dolayı Panama Mahkemesi nezdindeki yargılamanın devamına karar vermiştir.

C.- Bunun üzerine FCC şirketi İsviçre Federal Mahkemesi nezdinde bir kamu hukuku itirazında bulunarak, hakem heyetinin derdestlik konusundaki kurallara aykırı olarak kendisini haksız bir biçimde yetkili addettiğini ileri sürerek hakem heyetince verilen kararın iptalini ve hakemlerin yetkisiz olduğunun tespitine karar verilmesini talep etmiştir. CCT ise bu taleplerin reddine ve hakem heyetinin yetkili olduğunun tespitine karar verilmesini istemiştir. Hakem heyeti kararını vermiş; Federal Mahkeme ise, FCC'nin başvurusunu kabul ederek, hakem kararını iptal etmiştir.

## **1. Gerekçe**

1-a) Hakem kararlarına karşı Federal Mahkemede dava açılabilmesi için, LDIP. Md. 190'da yer alan şartlardan birinin gerçekleşmiş olması gerekmektedir. Tahkim yerinin İsviçre olması ve tahkim anlaşmasının yapıldığı anda taraflardan birinin ikametgâhı veya mutad meskeni İsviçre'de bulunmamasından dolayı (LDIP. Md. 176/f.1) ve tarafların bu Kanunun uygulanmamasını ve münhasıran tahkime ilişkin kantonal hükümlerin uygulanmasını istediklerini yazılı olarak kararlaştırmamış olmaları (LDIP. Md. 172/f.2) sebebiyle LDIP. Md. 190 vd. uygulama alanı bulacaktır.

Hakem kararlarına karşı iptal başvurusunun, taraflar bu imkândan yazılı bir anlaşma yapmak suretiyle feragat etmemişlerse (LDIP. Md. 192/f.1) yahut iptal merci olarak tahkim yerindeki kanton hakimini seçmemişlerse (LDIP. Md.191/f.2) Federal Mahkemeye yapılması gerekir (LDIP md. 191/f.1).

Hakem kararına karşı yapılacak iptal başvurusu ancak LDIP. Md. 190/f.2'de yer alan sınırlı sayıdaki sebeplerden birinin varlığı halinde mümkündür (ATF 119 II 380).

Federal Mahkeme tarafından uygulanacak usul, Federal Yargılama Kanununun (Loi d'Organisation Judiciaire – OJ) kamu hukuku itirazına ilişkin hükümleridir (LDIP. Md. 191/f.1).

1-b) Hakemlerin yetkisi konusuna gelince; LDIP. Md. 190/f.3 uyarınca, *ön kararlar sadece LDIP md. 190/f.2'nin a ve b bendinde anılan sebeplerden dolayı iptal edilebilir ve itiraz süresi ön kararın tebliği ile başlar.*

Hakemlerin haksız olarak kendilerini yetkili addederek, hakem kararına itiraz eden başvuru sahibini tahkim yargılamasına katılmaya zorladığı ve onun söz konusu olayda LDIP. Md. 190/f.2'deki iptal sebeplerinin varlığına rağmen bu yargılama neticesinde verilen hakem kararından hukuken zarar gördüğü ve böyle bir başvuruda bulunmaya haklı menfaatinin olduğu açıkça ortadadır (OJ. Md. 88).

Zamanında (OJ. Md. 89/f.1; Md. 34/1-c) ve kanuna uygun bir biçimde (OJ. Md. 90/f.1) yapılan bu itiraz başvurusu kabul edilmiştir.

Bazı istisnalar dışında, bu başvuru sadece bozucu bir nitelik taşır (ATF 127 II 1; ATF 126 III 534; ATF 124 I 327).

Hakem mahkemesinin yetkili olup olmadığı konusunda uyuşmazlık çıkması halinde, istisnaen, Federal Mahkemenin yetki veya yetkisizliğe ilişkin karar vermesi kabul edilmiştir (ATF 117 II 94).

1-c) Yargılama esnasında uygulanacak usul, Federal Yargılama Kanununun kamu hukuku itirazına ilişkin hükümleri olduğundan, başvuran taraf hukuki sebeplerini ve gerekçelerini OJ. Md. 90/f.1-b'ye uygun olarak ileri sürmelidir (ATF 117 II 604) ve Federal Mahkeme ancak kabul edilebilir ve yeterince gerekçelendirilmiş olan sebepleri inceler (ATF 126 III 524; ATF 125 I 492). Dolayısıyla, başvuruda bulunurken LDIP. Md.190/f.2'de yer alan hakem kararının iptali sebeplerinden hangisine dayanıldığının belirtilmesi ve bu hususun gerekçelendirilmesi zorunludur (ATF 110 1a 1). Zira ancak bu şartlarla esasa girilmesi mümkün olabilir.

## 2. Gerekçe

2-a) Başvuruda bulunan, esas gerekçe olarak iptali istenen hakem kararını veren hakem heyetinin yetkisiz olduğunu, zira derdestlik ilkesi gereği ha-

kemlerin davayı bekleterek yargılamayı askıya almalarının gerektiğini ileri sürmüştür. Dolayısıyla burada LDIP. Md. 190/f.2-b'de yer alan iptal sebebi-ne dayanıldığı anlaşılmaktadır.

Derdestlik durumunda yargılamayı askıya almak, hakem heyetinin düşündüğü gibi basit bir usul kuralı değil, bir yetki kuralıdır. Bu kuralın ihlali, hakem kararının LDIP md. 190/f.2-b'de yer alan sebeple iptalini gerektirir.

2-b) Belirli bir hukuk düzeninde, tarafları ve konusu aynı olan ve icra edilebilir nitelik taşıyan birbiriyle çelişen iki farklı kararın bulunması kamu düzenine aykırılık teşkil eder (ATF 116 II 625).

Bu durum iki prensip ile aşılmaktadır: derdestlik ve kesin hüküm kuvveti (ATF 114 II 183).

Bir başka mahkemede halihazırda görülmekte olan bir davaya sonradan vaziyet eden hakimin, davayı ilk önce görmeye başlayan mahkemenin nihai kararından önce karara varması, derdestlik ilkesi ile engellenmektedir. Dolayısıyla derdestlik yöntemi, davaya sonradan vaziyet eden hakimin yetkisini bertaraf edici bir özelliğe sahiptir.

Kesin hüküm kuvveti ise, önceden verilmiş ve kesinleşmiş bir hükmün varlığı halinde hakimin davaya bakmasını engelleyen bir yöntemdir.

Yukarıda belirtilen bu yöntemler sadece iç hukukta uygulanan yöntemler değildir. İsviçre Hukuku uyarınca, yabancı kararın İsviçre'de tanınabilir olması şartıyla, bu iki yöntem uluslararası hukuk açısından da uygulama alanına sahiptir (ATF 114 II 183). Uluslararası sözleşmeler saklı kalmak kaydıyla, "derdestlik" konusunu düzenleyen LDIP. Md.9'daki hüküm ile "kesin hüküm kuvveti"ni düzenleyen LDIP. Md. 27/f.2-c'de yer alan hükümler uluslararası planda uygulanacak kurallardır.

Dolayısıyla İsviçre Hukuk Düzeninde, LDIP. Md.9'da yer alan şartların gerçekleşmesi halinde sonradan uyumsuzlığa bakan hakimin davayı askıya alması gereğinin uluslararası planda da kabul edildiği söylenebilir.

Konusu ve tarafları aynı olan uyumsuzluğun ilk olarak Panama Mahkemelelerinde açılmış olduğunda herhangi bir ihtilaf bulunmamaktadır. Hal böyle iken, tahkim yeri olarak Cenevre'nin belirlendiği aynı uyumsuzluğa ilişkin dava, sonradan hakem heyeti yerine İsviçre mahkemeleri nezdinde açılmış olsaydı, böyle bir varsayımda İsviçre Mahkemelerinin LDIP. Md. 9 hükmü gereği yargılamayı askıya alması gerekecekti (ATF 127 III 118).

2.c) Üzerinde tartışılması gereken mesele, devlet yargısı açısından geçerli olan ve İsviçre Mahkemelerinin yargılamayı askıya almasını gerektiren bu hükmün, konu İsviçre’de gerçekleşen tahkim yargılaması olunca da kıyasen uygulanıp uygulanmayacağı ve sonucun tahkim ile devlet yargısına göre değişip değişmeyeceğidir.

aa) Tahkimin özel bir yargılama yöntemi olma vasfından dolayı devlet mahkemeleri ile aynı şekilde mütalaa edilmesi kuşkusuz doğru olmaz.

Ancak, somut olayda karşılaşılan hukuki sorun düşünüldüğünde, hakem kararlarının da tıpkı mahkeme kararları gibi icra kabiliyetini haiz olduğunu unutmamak gerekir. Dolayısıyla, aynı hukuk düzeni içerisinde aynı zamanda icra edilebilir olan ve birbiriyle çelişen kararların olmamasına ilişkin menfaat, mahkeme kararları arasında olduğu gibi, bir mahkeme kararı ile bir hakem kararı arasında da mevcuttur.

Bu tespit, derdestlik ilkesinin kıyasen hakem kararlarına da uygulanması haklı kılacak en kuvvetli gerekçeyi oluşturur.

bb) Bundan başka, tahkim mahkemesinin kendine özgü niteliği dolayısıyla, kesin hüküm kuvveti ilkesine tabi olmaktan kurtulamayacağı günümüzde kabul edilmektedir. Diğer bir deyişle, yabancı bir mahkemenin kendisini yetkili kabul ettiği bir davada, şayet bu mahkemenin vereceği karar İsviçre’de tanınabilir bir karar ise, tahkim yeri İsviçre olan tahkim yargılamalarında hakemler bu kararlarla bağlı olacaklardır (ATF 120 II 155).

Derdestlik ve kesin hüküm kuvveti prensiplerinin aynı işleve sahip olduğu düşünüldüğünde, derdestliğin de kesin hüküm kuvveti ile aynı biçimde değerlendirilmesi ve uyuşmazlığa sonradan dahil olan hakemin, kendisinden önce davaya vaziyet eden devlet mahkemesinin İsviçre’de tanınmaya elverişli bir karar verinceye dek yargılamayı askıya alması doğru olacaktır.

cc) Doktrinde hakim olan görüş de, aynı uyuşmazlık hakkında İsviçre veya yabancı bir ülke mahkemelerinde önceden açılmış bir davanın varlığı durumunda, İsviçre’deki tahkim mahkemesinin LDIP md. 9 hükmünü uygulaması gerektiği yönündedir.

İçtihatlarla bakıldığında da, devlet mahkemeleri ile hakem mahkemesi arasındaki yetki yarışının, derdestlik, kesin hüküm kuvveti ve yabancı kararların tanınması ve tenfizi gibi usullere ait kuralların uygulanması suretiyle çözümleneceğinin kabul edildiği görülmektedir (ATF 121 III 495). Her ne kadar yeni bir mahkeme kararında bu sorun net bir açıklığa kavuşturulamamış olsa dahi, bu kararda söz konusu olan uyuşmazlık konusu açısından

böyle bir tespitin yapılmasına ihtiyaç bulunmadığı da gözönünde tutulmalıdır (ATF 124 III 83).

Sonuç olarak, LDIP md.9'da düzenlenen yetkiye ilişkin kuralın, kamu düzeyine ilişkin olması sebebiyle tahkim yeri İsviçre olan tahkim yargılamaları açısından da uygulanmasının kabul edilmesi gerekir.

dd) Bu çözüm yöntemine karşı ileri sürülebilecek görüşlere gelince:

Yabancı bir mahkemenin, tahkime tamamiyle düşmanca bir tavırla tahkim anlaşmasını göz ardı edebileceği riskini burada nazara almanın gereği yoktur. Zira böyle bir karar zaten İsviçre'de tanınmaya elverişli sayılmayacaktır (ATF 124 III 83). Oysa bilindiği gibi, derdestlik ve kesin hüküm kuvvetinin yabancı kararlar açısından uygulanabilmesi, bu kararların İsviçre'de tanınabilir olması şartıyla mümkündür (ATF 114 II 183).

Hakem mahkemesinin, derdestlik sebebiyle yargılamayı askıya almasının tahkim tüzüğünde veya usule uygulanacak hukukta belirtilmemiş olmasına dair gerekçesine de itibar edilemez. Zira, daha önceden de belirtildiği gibi, burada söz konusu olan tahkim prosedürüne ilişkin basit bir usulî mesele değil, bir yetki meselesidir. Bu sebeple, taraflarca uygulanması için seçilen Medeni Usule İlişkin Federal Kanun'da, LDIP. Md. 9'da yer alan derdestliğe dayanan bir yargılamayı durdurma sebebi bulunmadığını ileri sürmek de mümkün olmayacaktır.

Hakem mahkemesinin, hakem sözleşmesinin kendisine Panama Mahkemesinden önce uyuşmazlığı çözmeye hakkını bahşettiğini ileri sürmesi de hiçbir objektif temele dayanmamaktadır. Tarafların hakem sözleşmesini akdederken hakem heyetine, ilk önce kendisine başvuru yapılan Panama Mahkemelerinin yerine geçip karar verme yetkisini tanıdığı sonucu çıkarılamaz.

Panama Mahkemesi nezdindeki davada başka tarafların da bulunması, daha önceden Panama Mahkemesi'nde açılmış olan bu davanın, taraflar arasında görülebilmesine engel teşkil etmeyecektir.

Karşı tarafın Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin 10 Haziran 1958 Tarihli New York Konvansiyonu'na dayanması da, bu Konvansiyonun konuyla bağlantısız olması sebebiyle isabetli değildir.

ee) Nihai olarak sorulması gereken soru, tahkimin özel bir yargılama yöntemi olması sebebiyle, hakem mahkemesinin kendi yetkisi hakkında karar vermeye ilişkin imtiyazlı bir yetkiye sahip olup olmadığıdır.

Doktrinde hakem mahkemelerinin, devlet yargısına nazaran öncelikli bir yetkiye sahip oldukları düşüncesi mevcuttur. Bu bağlamda “*Hakem mahkemesi yetkisi hakkında kendisi karar verir*” hükmü getiren LDIP. Md. 186/f.1 bu görüşü doğrulamaktadır. Ancak bu hüküm, aynı uyumsuzluğun çözümü için başvurulmuş bir devlet mahkemesinin kendi yetkisine ilişkin karar vermesine engel olarak yorumlanamaz. Aynı şekilde bu madde, ilk olarak bir devlet mahkemesine başvurulmuş olması halinde, hakem mahkemesine öncelik tanıyacak biçimde mahkemenin yargılamaya son vermesi anlamına da gelmemektedir.

Bu bağlamda, tahkim yerinin İsviçre olduğu durumlarda, İsviçre devlet mahkemelerinin kendi yetkileri hakkında kısa bir tetkikle yetinmeleri gerekeceğine ilişkin bir mahkeme kararı mevcuttur (ATF 124 III 139). Bu karar, devlet mahkemelerine karar vermekte bir öncelik hakkı tanımaktan ziyade, hakime ait olan yetki denetiminin kapsamını ifade etmektedir ve uygulama alanı Federal Mahkeme içtihatını takip etmekle yükümlü olan İsviçreli hakim açısından sınırlı olan bir karardır.

Bundan öte, hakem mahkemesinin devlet mahkemesine nazaran öncelikli karar verme hakkına sahip olması yaklaşımı hukuki temelden de yoksundur.

Davanın esasına bakan devlet mahkemesi, bunun için tahkim şartının geçerli olup olmadığı hususunda karar vermesi gerekse bile, kendi yetkisi hakkında karar vermelidir. Gerçekten hakim, New York Konvansiyonu’nun II. Maddesinin 3. fıkrası veya LDIP. Md. 7/b (ATF 122 III 139) uyarınca tahkim şartının kadük, etkisiz veya uygulanmaya elverişli olup olmadığını denetleme yetkisine sahiptir (ATF 121 III 495). Tarafların tahkim şartının uygulanmasından vazgeçmiş oldukları da bu duruma örnek hallerden biridir.

Taraflardan biri tahkim şartına itibar ederken, diğeri devlet mahkemelerine başvurmayı sağlayacak bir anlaşmanın sonradan akdedilmiş sayılacağını ileri sürerse, devlet mahkemesi ile hakem mahkemesi arasında uyumsuzluğu çözme konusunda bir yetki yarışı ortaya çıkmaktadır. Bu noktada, tahkim mahkemesinin uyumsuzluk hakkında karar vermek bakımından öncelik sahibi olduğunu ileri sürmek hiçbir hukuki temele dayanmamaktadır. Dolayısıyla, LDIP. Md. 9 da ifadesini bulan derdestlik kurumunun, bu tür yetki meselelerinde de, ilk önce başvurulmuş mercinin yetkisine öncelik tanıyacak biçimde uygulanması gerekmektedir. Somut olay açısından bir değerlendirme yapılırsa, Panama Mahkemelerinin uyumsuzluğu görme konusunda hakem mahkemelerine nazaran öncelikli olarak yetkili sayılması gerekecektir.

Bir tahkim anlaşmasının sonradan yapılan başka bir anlaşma ile etkisiz kı-

İnması daima mümkündür (ATF 121 III 495). Çeşitli işlemler, inandırıcı ve ikna edici olmak kaydıyla, bu tür bir anlaşmanın varlığı şeklinde yorumlanabilir (ATF 121 III 495). Tarafların davranışları da, güven prensibi gereği bu tür bir anlaşmanın varlığına işaret edebilmektedir (ATF 121 III 495). Bu sebeple, taraflardan birinin davranışına verilecek objektif anlam, kişinin kendi iç iradesi bu yönde olmasa da, bu sonucu doğurabilmektedir.

Somut olayda, FCC şirketi Panama Mahkemelerinde dava açmak suretiyle tahkim anlaşmasından feragat ettiğini gösteren bir irade açıklamasında bulunmuştur. Tartışma konusu olan mesele ise, bu tür bir icabın karşı taraf yani CCT şirketi tarafından da kabul edilip edilmediği noktasında toplanmaktadır. Kendisini bir avukatla temsil ettirebilen böylesine büyük bir şirketten, tahkim anlaşmasının geçerli kalmasını istemiş olması ihtimalinde Panama Mahkemelerinin yetkisiz olduğunu ileri sürmesinin bekleneceğini düşünmek yanlış olmaz.

Tahkim itirazının zamanında yapıp yapılmadığı sorununa gelince; bu hususun New York Konvansiyonu ya da LDIP uyarınca değil, tamamen lex fori (Panama Hukuku) uyarınca çözümlenmesi gerekmektedir (ATF 111 II 62) ve uyuşmazlığın Panama Mahkemelerince çözümlenmesi doğru olacaktır.

Nitekim hakem mahkemesi de, Panama üst mahkemesinin kararına önem atfettiğini belirtmek suretiyle bu hususu açıkça kabul etmiştir. Sonradan Panama Yüksek Mahkemesi'nin kararını beklememesinin nedenini anlamak oldukça zordur ve hakem heyetinin bu tutumu savunulamaz. Öyle görünüyor ki, hakem mahkemesi, tek oturumda karar vermesinin avantajıyla daha hızlı davranıp, Panama Mahkemelerinden evvel karar vermek arzusuyla hareket etmiştir. Böyle bir yargılama usulü hukuki temelden tamamiyle yoksundur. LDIP. Md. 9'da düzenlenen "öncelik", davanın sonuçlandığı tarihi değil, davanın açıldığı tarihi esas almaktadır.

2-d) Yukarıda ifade edilen gerekçelerle, İsviçre'deki tahkim mahkemesinin LDIP. Md. 9'u uygulamış olması gerekmektedir. Dolayısıyla, hakem heyetinin yargılamaya devam edebilmesi ancak davanın aynı konuda açılmamış olması veya yabancı mahkemenin makul bir süre içerisinde İsviçre'de tanımlanabilir bir karar vermesinin mümkün olmaması gibi hallerde mümkün olabilecektir.

İptali istenen kararda ise böyle bir durum mevcut olmadığından, kararın LDIP. Md. 9'a aykırı olduğu açıktır.

Hal böyle iken, tarafları ve konusu aynı olan uyuşmazlıkta ilk olarak Pana-

ma Mahkemelerine başvurulması sebebiyle hakem mahkemesinin kural olarak yargılamayı askıya alması gerekirdi. Somut uyuşmazlıkta LDIP. Md. 9/f.1'deki şartların gerçekleşmediğini ispat edecek bir hal de ileri sürülmediğinden, hakem mahkemesinin yargılamayı bekletmek yerine kendisini yetkili addederek yargılamaya devam etmesi LDIP. Md. 9'a aykırılık oluşturacağından, verilmiş olan bu hakem kararının LDIP. Md. 190/f.2-b gereği iptal edilmesi gerekir.

Bu noktada, tahkim yargılamasının askıya alınması gerektiğinden, yetki konusunda bir karara varmaya şu an için gerek görülmemiştir (LDIP md. 9/f.1).

Uyuşmazlık hakkındaki dava Panama Mahkemelerinde devam etmekte olduğundan, hakem mahkemesi ancak (i) davanın aynı konuda açılmamış olması veya (ii) yabancı mahkemenin makul bir süre içerisinde İsviçre'de tanınabilir bir karar vermesinin mümkün olmaması gibi hallerin varlığı durumunda yargılamaya tekrardan devam edebilecektir. Hakem mahkemesinin bu tür bir tespite ilişkin vereceği karar ise, yeni bir kamu hukuku itirazına konu oluşturabilecektir.

Bu şartlar dahilinde, mevcut diğer itirazların tartışılmasına gerek görülmemiştir.

## **B) Fomento Kararının İsviçre Hukukuna Etkisi: LDIP. Md. 186'ya Eklenen Hüküm**

Yukarıda tam metni verilmiş karardan da anlaşılacağı üzere, hakem kararının iptali için açılan davada İsviçre Federal Mahkemesi, LDIP. Md. 9 hükmünü kıyasen uluslararası tahkim yargılamasına da uygulamış ve konusu ve tarafları aynı olan davanın İsviçre'deki tahkimden önce Panama'daki devlet mahkemeleri önünde açılmış olması sebebiyle İsviçre'de toplanan hakem heyetinin yargılamayı askıya almış olması gerekirken, buna aykırı olarak verilmiş olan hakem kararının LDIP. Md. 190/ f.2-b gereği iptaline karar vermiştir.

Bu karar İsviçre hukuk çevrelerinde büyük tartışmalara neden olmuştur<sup>10</sup>. Gerçekten de bu karardan sonra İsviçre uluslararası tahkim hukukuna kar-

---

<sup>10</sup> Fomento Kararı hakkında değerlendirmeler ve eleştiriler için bkz. Christian OETIKER: *The Principle of Lis Pendens in International Arbitration: The Swiss Decision in Fomento v. Colon*, Arbitration International, Vol. 18, No: 2, 2002, s. 137-145; Jean-François POUURET: *Note*, Revue de L'Arbitrage, 2001, No: 4, s. 835-854; Adam SAMUEL: *Fomento – A Tale of "Litispendance"*, Arbitration and Private International Law, <http://www.adamsamuel.co.uk/pdf/fomento.pdf>.



şı bir güvensizlik ortamı oluşmuş ve uluslararası ticari ilişkilere girenlerin bir bölümünün tahkim yeri olarak İsviçre'yi tercih etmemeleri gibi bir tehlike baş göstermiştir. Zira bu kararlar, tahkimi sabote etmek isteyen kötüniyetli tarafın, kendi rızasıyla kabul etmiş olduğu İsviçre'deki tahkimden önce yabancı bir mahkemede dava açmak suretiyle İsviçre'deki tahkimi etkisiz kılması veya en iyi ihtimalle yavaşlatması mümkün hale gelmiştir.

Bu durumun önüne geçilmesi amacıyla 21 Mart 2002 tarihinde Ulusal Danışman Claude Frey tarafından bir kanun teklifi hazırlanmış ve LDIP Md. 186'ya "Bu Kanunun 9. maddesinden ayrıık olarak, İsviçre'de toplanan hakem mahkemesi kendi yetkisi hakkında karar verebilir" şeklinde bir fıkranın eklenmesi önerilmiştir. Görüldüğü üzere bu düzenlemede "tahkim yeri İsviçre olan tahkimlerde hakem mahkemesinin, daha önceden aynı dava yabancı bir mahkemede açılmış olması halinde dahi, kendi yetkisi hakkında karar verebileceği" belirtilmiştir. Böyle bir değişiklik ile amaçlanan, tahkim yeri İsviçre olan tahkim yargılamaları açısından, tarafları ve konusu aynı olan uyuşmazlıkların önceden başka bir devlet veya hakem mahkemesi önünde dava konusu edilmesi suretiyle İsviçre'deki tahkimin etkisiz kılınmasının engellenmesi ve İsviçre'deki tahkim yargılamasına öncelik tanınmasıdır.

20 Ocak 2003 tarihinde Ulusal Konseye bağlı Hukuk İşleri Komisyonu yapmış olduğu ön inceleme sonucu bu teklifi değerlendirmiş, çağrı üzerine toplanan Ulusal Konsey 23 Eylül 2003 tarihinde oybirliğiyle bu teklif hakkında çalışmalara başlanmasına karar vermiş ve Hukuk İşleri Komisyonu'nu bir yasa tasarısı hazırlaması için görevlendirmiştir. Mayıs 2005 ile Şubat 2006 tarihlerinde dört kez toplanan ve bir Uluslararası Özel Hukuk profesörü ile İsviçre Tahkim Derneği (Association Suisse de l'Arbitrage-ASA)'nin görüşlerinden yararlanan Komisyon, 12 Ocak 2006 tarihinde 19 oyla bir kanun metni üzerinde anlaşmaya varmıştır. 17 Şubat 2006 tarihli Ulusal Konsey Hukuk İşleri Komisyonu'nun hazırlamış olduğu detaylı rapor<sup>11</sup> ile 17 Mayıs 2006 tarihli Federal Konseyin görüşünü bildiren rapor<sup>12</sup> dikkate alınarak 6 Ekim 2006 tarihli Federal Kanun<sup>13</sup> ile LDIP'nin 186. maddesinin 1. fıkrasına bir hüküm eklenmiştir. Eklenen hüküm sonrası LDIP Md. 186'nın yeni hali aşağıdaki gibidir:

<sup>11</sup> Initiative parlementaire. Modification de l'art. 186 de la loi fédérale sur le droit international privé. Rapport de la Commission des affaires juridiques du Conseil national, 17.02.1006 (FF 2006 4469).

<sup>12</sup> Initiative parlementaire. Modification de l'art. 186 de la loi fédérale sur le droit international privé. Rapport du 17 février 2006 de la Commission des affaires juridiques du Conseil national. Avis du Conseil fédéral. 17.05.2006 (FF 2006 4481).

<sup>13</sup> RO 2007 387-388.

**Madde 186****VII. Yetki**

1. Hakem mahkemesi yetkisi hakkında kendisi karar verir.

**1bis.** Önemli sebepler yargılamayı askıya almayı gerektirmedikçe, daha önceden başka bir devlet veya hakem mahkemesi nezdinde açılmış ve tarafları ile konusu aynı olan bir davanın bulunması halinde dahi, hakem mahkemesi kendi yetkisi hakkında karar verebilir.

2. Yetkisizlik defii esasa ilişkin savunma yapılmadan önce ileri sürülmelidir.

3. Hakem mahkemesi yetkisi hakkında kural olarak ön kararlar karar verir.

Söz konusu bu hüküm, değişikliği öngören Federal Kanun'un II. maddesinin 2. fıkrasındaki usule uygun olarak 1 Mart 2007 tarihinden itibaren yürürlüğe girmiştir.

**III.- LDIP. Md. 186/ 1-bis Hükümünün Değerlendirilmesi****A) İsviçre'deki Tahkim Yargılaması, Diğer Ülkelerdeki Her Türli Yargılamaya Nazaran Öncelik Sahibidir****1.- Kural**

İsviçre Uluslararası Özel Hukuk Kanunu'nda yapılan bu değişiklik ile, tahkim yeri İsviçre olan tahkim yargılamalarına öncelik tanınmak suretiyle tahkim müessesesinin İsviçre Hukuku açısından taşıdığı önem bir kez daha vurgulanmış ve İsviçre tahkim ülkeleri arasındaki lider konumunu korumaya devam etmiştir. Zira LDIP. Md. 186'ya eklenen 1bis fıkrası ile, aynı dava yabancı bir ülkede önceden açılmış bile olsa, bu durumun hakem heyetinin "derdestlik" nedeniyle tahkim yargılamasını askıya almasını gerektirmeyeceği ve İsviçre'deki tahkim yargılamasının bundan etkilenmeyeceği hüküm altına alınmıştır.

Böylelikle, hakem mahkemesi kendisinin uyuşmazlığı çözme hususunda yetkili olup olmayacağına kendisi karar verecek ve derdestlik konusunu düzenleyen LDIP. Md. 9'un İsviçre'deki tahkim yargılamalarına uygulanmayacağını açıkça hükme bağlayan bu değişiklik sayesinde, "davanın başka bir ülkede önceden derdest olduğu" gerekçesiyle hakem mahkemesinin yargılamayı askıya alması gerekmeyecektir. Diğer bir deyişle, hakem heyeti bu değişiklikten sonra, LDIP. Md. 9 sebebiyle yargılamadan el çekmek mecburiyetinde olmayacağından, uyuşmazlığı görme açısından da yetkili kalmaya devam

edecek ve bu sebeple “hakemlerin kendilerini haksız olarak yetkili gördükleri” gerekçesiyle LDIP. Md. 190/f.2-b uyarınca hakem kararının iptali talebiyle İsviçre Federal Mahkemesi'ne başvurmak da mümkün olmayacaktır.

Bu değişikliğin tahkim yargılaması açısından çok önemli bazı sonuçları vardır. Şöyle ki; LDIP uyarınca hakem mahkemesi, tahkim anlaşmasının geçerli olup olmadığını inceleyebilir ve bunun üzerine kendisinin uyumsuzluğu görme hususunda yetkili olup olmadığına karar verebilir. Yukarıda belirtildiği üzere hakem mahkemesinin vermiş olduğu bu kararın iptali istemiyle İsviçre Federal Mahkemesi'ne başvurmak imkanı mevcuttur. Böyle bir ihtimalde, İsviçre Federal Mahkemesi tahkim anlaşmasının geçerliliğini incelerken, LDIP. Md. 178'i uygulayarak karar verecektir. LDIP'nin “Tahkim Anlaşması” başlıklı 178. maddesi'nin 2. fıkrası “*Taraflarca seçilen hukuka, ihtilaf konusuna ve özellikle esas sözleşmeye uygulanacak hukuka veya İsviçre Hukukuna uygun olarak yapılan tahkim anlaşması da geçerlidir*” demektedir ve aynı maddenin 3. fıkrasında da “*tahkim şartının esas sözleşmeden bağımsızlığı*” ilkesinin kabul edildiği görülmektedir. Belirtmek gerekir ki, tarafların tahkim yeri olarak İsviçre'yi seçmiş olmalarının ardında yatan en önemli sebeplerden biri de, tahkim anlaşmasının geçerliliğine uygulanacak hukuku tespit edecek olan İsviçre Hukukunun benimsemiş olduğu bu liberal düzenlemedir<sup>14</sup>. Gerçekten de LDIP, tarafların tahkime gitme iradelerine mümkün olduğunca riayet etme amacına sahip bir düzenlemedir ve İsviçre böyle bir hukuka sahip olmakla, tahkim konusunda en tarafsız ve güvenilir ülkeler arasında sayılmaktadır.

Dolayısıyla, LDIP'deki bu son değişiklik ile, tahkimi devlet yargısına rakip gören ve bu sebeple tarafların tahkime gitme konusundaki iradelerine pek itibar etmeyen bir ülkede daha önceden dava açılması yoluyla İsviçre'deki tahkim yargılamasını bloke etmek isteyebilecek bu tür kötüniyetli yaklaşımların da önüne geçilmiştir. Bu noktada, önceden bir başka ülkede açılan davanın devlet mahkemeleri veya hakemler nezdinde olması arasında herhangi bir fark da gözetilmemiştir. Aynı anda iki tahkim yargılamasının hem İsviçre'de hem de başka bir ülkede derdest olma ihtimali son derece düşük olsa da, İsviçre'deki tahkim yargılamasına öncelik tanımayı hedef alan bu değişiklikte bu ihtimalin de nazara alınması amaca uygun ve yararlı olmuştur.

<sup>14</sup> LDIP'nin tahkim anlaşmasının geçerliliğine uygulanacak hukuk açısından çok alternatifli bir düzenlemeye sahip olması, bu Kanunun tarafların tahkime gitme iradelerini mümkün olduğunca ayakta tutmak isteyen, taraf iradesine önem veren gayet liberal bir kanun olduğu anlamı taşır. Örneğin 4686 Sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun “tahkim anlaşmasının geçerliliğine uygulanacak hukuk” meselesini düzenleyen 4. Maddesinin 3. Fıkrası “*Tahkim anlaşması, tarafların tahkim anlaşmasına uygulanmak üzere seçtiği hukuka veya böyle bir hukuk seçimi yoksa Türk Hukukuna uygun olduğu takdirde geçerlidir*” hükmünü getirmek suretiyle bu hususta sadece iki alternatif sunmuştur.

## 2.- İstisna

LDIP'nin, derdestlik itirazından muaf tutarak İsviçre'deki tahkim yargılamasına tanıdığı bu öncelik, belirli durumlarda uygulanmayacak ve bu gibi istisnai hallerde hakem mahkemesi İsviçre'deki yargılamayı bekletebilecek ya da askıya alabilecektir. LDIP. Md.186/ 1bis'te bu durum "Önemli sebepler yargılamayı askıya almayı gerektirmedikçe, daha önceden başka bir devlet veya hakem mahkemesi nezdinde açılmış ve tarafları ile konusu aynı olan bir davanın bulunması halinde dahi, hakem mahkemesi kendi yetkisi hakkında karar verebilir" denilmek suretiyle açıkça ifade edilmiştir.

"Önemli sebepler" ifadesinden ne anlaşılması gerektiği ise, hakem heyetinin takdirine bırakılmıştır. Genel olarak, somut uyuşmazlığın hakem mahkemesi tarafından her boyutuyla değerlendirilmesi sonucunda adaletin yerine getirilmesi için tahkim yargılamasının askıya alınmasını haklı kılacak durumların bu istisnaları oluşturduğu söylenebilir.

Hakem mahkemesinin yargılamayı askıya almasına sebep olabilecek istisnai durumlara çeşitli örnekler vermek mümkündür. Bunlar arasında en önemlisi kanımca hakem kararının tenfiz edileceği ülkede dava açılmasından başka bir çarenin olmadığı bazı istisnai durumlardır. Keza, tanıma-tenfiz devletinin milletlerarası usul hukukunun, önceki derdestliği dikkate almayan yabancı hakem kararını tanımayan bir hukuki düzenlemeye sahip olması da aynı sebeple İsviçre'deki hakem mahkemesinin yargılamaya devam etmesini anlamsız ve sonuçsuz kılacak niteliktedir. Bunlardan başka, 17 Şubat 2006 tarihli Hukuk İşleri Komisyonu'nun hazırlamış olduğu raporda, tahkim anlaşmasında hakem heyetinin toplanması için belirli bir sürenin öngörülmüş olması ve uyuşmazlık başka bir ülkenin mahkemesinde derdest iken, taraflardan birinin sırf bu süreyi kaçırmamak için hakem mahkemesinin toplanmasını sağlaması<sup>15</sup> veya yabancı bir devlet mahkemesinde devam eden yargılamaya karşı tahkim itirazında bulunulmaması sebebiyle tahkim şartının kadük kalma ihtimalinin varlığı gibi durumların da "önemli sebep" teşkil eden istisnai hallerden olduğu belirtilmiştir<sup>16</sup>.

<sup>15</sup> Raporda yer alan bu sebebin ana gerekçesinin, devlet yargısı nezdindeki yargılamaya iştirak etmesine rağmen, çok sonradan tahkime başvurarak, devlet mahkemesinden aleyhine çıkabilecek bir karara karşı kendisine ikinci bir kulvar açmak amacı taşıyan kötüniyetli tarafın bu iradesine sonuç bağlamamak olduğu söylenebilir.

<sup>16</sup> 17 Şubat 2006 tarihli Ulusal Konsey Hukuk İşleri Komisyonu'nun hazırlamış olduğu rapor'un 4477. sayfası. Rapor için bkz. Initiative parlementaire. Modification de l'art. 186 de la loi fédérale sur le droit international privé. Rapport de la Commission des affaires juridiques du Conseil national, 17.02.1006 (FF 2006 4469).

## **B) LDIP. Md. 186'daki Değişiklik, İsviçre'nin Taraf Olduğu Uluslararası Anlaşmalarla Uyum Halindedir**

LDIP. Md. 1/f.2 uyarınca, LDIP'nin uygulanmasında İsviçre'nin taraf olduğu uluslararası anlaşmaların hükümleri saklıdır.

LDIP. Md. 186'daki bu değişiklik, İsviçre'nin de taraf olduğu ve Hukuki ve Ticari Konularda Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması Tenfizi Hakkındaki Brüksel Konvansiyonu<sup>17</sup>nda yer alan hükümlerin tekrarı niteliğinde hükümler içermesi nedeniyle "Paralel Konvansiyon" olarak da anılan Lugano Konvansiyonu<sup>18</sup> açısından da incelenmelidir. Zira bilindiği gibi Lugano Konvansiyonu, Avrupa Birliği'ne dahil olan ülkeler ile EFTA<sup>19</sup> ülkeleri olarak bilinen ve aralarında İsviçre'nin de bulunduğu ülkeler arasında imzalanmış olan ve bu ülkelerden birinde verilmiş olan mahkeme kararlarının, yine bu ülkelerden birinde tanınması veya tenfizini kolaylaştırmayı amaçlayan bir konvansiyondur ve bu Konvansiyonun imzalanmasıyla EFTA ülkeleri de Brüksel Konvansiyonu'na taraf olmuştur.

Komisyon, kanun tasarısı hakkında hazırlık çalışmalarını sürdürürken, uluslararası planda birbiriyle çelişen kararların olmaması ve farklı ülkelerden alınmış olan kararlar arasındaki uyum meselesi üzerine de eğilmiştir. Bilindiği gibi, İsviçre'de ve başka bir ülkede aynı konuda ve aynı taraflar arasında aynı zamanda görülmekte olan yargılamalar neticesinde birbiriyle çelişen iki farklı mahkeme kararının olmasını LDIP. Md. 9'da yer alan "derdestlik" kurumu engellemektedir. Keza Lugano Konvansiyonu'nun 21. maddesi de, âkid ülkelerde tarafları ve konusu aynı olan davaların aynı zamanda derdest olması halini düzenlemiş ve kronolojik açıdan kendisine önce başvurulmuş olan devlet mahkemesinin yetkisi lehine sonradan başvuru alan ülke mahkemesinin yargılamaya son vermesini hükme bağlamıştır. Görül-

<sup>17</sup> Brüksel Konvansiyonu ve AB Konsey Tüzüğü hakkında bkz. Ata SAKMAR/ Nuray EKŞİ: *Hukuki ve Ticari Konularda Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması Tenfizi Hakkında AB Konsey Tüzüğü*, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Yıl.22, Sayı 2, 2002, Prof. Dr. Ergin Nomer'e Armağan, s. 720-743. Konvansiyonun ve Tüzüğün Fransızca metni için bkz. Hélène GAUDEMET-TALLON: *Compétence et Exécution des jugements en Europe- Règlement No: 44/2001 Convention de Bruxelles et de Lugano*, 3e Edition, Paris, s. 420-474.

<sup>18</sup> Convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, faite à Lugano le 16 Septembre 1988. Konvansiyonun Fransızca metni için bkz. GAUDEMET-TALLON, age, s. 474 vd.

<sup>19</sup> Stockholm Anlaşmasına dayanılarak 1959 yılında kurulan EFTA'ya bugün itibariyle üye olan ülkeler İzlanda Cumhuriyeti, Liechtenstein Prensligi, İsviçre Konfederasyonu ve Norveç Krallığıdır. EFTA'ya üye sayısı, Avusturya, Danimarka, İngiltere, Portekiz, İsveç ve Finlandiya'nın Avrupa Birliği'ne katılmaları ile azalmıştır.

mektedir ki, iki devlet mahkemesi nezdinde görülmekte olan davalar arasında derdestlik söz konusu olunca var olan ulusal (LDIP. Md. 9) ve uluslararası (Lugano Konvansiyonu) düzenlemelerin aksine, İsviçre Hukuku'nda, bir hakem mahkemesi ile bir devlet mahkemesi arasındaki derdestlik sorununa ilişkin herhangi bir yasal hüküm veya uluslararası düzenleme mevcut değildir. Her ne kadar konunun uluslararası uyumsuzlukları ilgilendirmesinden dolayı, bu boşluğun yine bir uluslararası konvansiyonla çözümlenmesinin daha isabetli olacağı Komisyon tarafından düşünülmüşse de, kısa ve orta vadede böyle bir düzenleme yapılmasının mümkün olamayacağı gerçeği, soruna ilişkin İsviçre kanun koyucusunun böyle bir kanunu hazırlamasına neden olmuştur<sup>20</sup>. Böylelikle, LDIP. Md.9'daki kronolojik açıdan önce başvuru mahkemenin yetkisini tesis eden düzenlemenin aksine, her halükarda İsviçre'de yürütülen tahkim yargılamasına öncelik verilmesi gibi bir çözüm benimsenmiştir. Bu yaklaşım, İsviçre kanun koyucusunun, menfaatler dengesi arasında İsviçre'nin önemli bir tahkim merkezi olma sıfatını kaybetmesine sebep olabilecek oluşumların önüne geçme isteğinin, uluslararası karar ahengine kıyasla daha ağır bastığının bir işaretidir.

İsviçre'deki hakem mahkemesi ile başka ülkelerdeki devlet mahkemeleri nezdindeki yargılamalar arasındaki derdestlik sorununa ilişkin olarak söz konusu kanunda yapılan bu değişiklik, İsviçre'nin taraf olduğu hiçbir çok taraflı uluslararası anlaşma ile çelişmemektedir<sup>21</sup>.

İsviçre'nin taraf olduğu tanıma ve tenfiz konularına dair bazı ikili anlaşmalarda<sup>22</sup> ise, derdestlik ve tahkime ilişkin düzenlemeler yer almaktadır. Bu hükümler incelendiğinde, LDIP. Md. 9'a benzer bir biçimde yargılamalar arasında kronolojik bir sıralama yapıldığı ve ilk olarak başvurulara öncelik tanındığı görülmektedir. Hukuk İşleri Komisyonunun ilgili raporunda, bu anlaşmalarda yer alan tahkime ilişkin münferit bazı hükümler haricinde, derdestlik konusundaki hükümlerin aynı zamanda devlet mahkemeleri nezdinde süregelen yargılamalara uygulanmayacağı belirtilmiştir<sup>23</sup>.

<sup>20</sup> 17 Şubat 2006 tarihli Ulusal Konsey Hukuk İşleri Komisyonu'nun hazırlamış olduğu rapor'un 4477. sayfası.

<sup>21</sup> 17 Şubat 2006 tarihli Ulusal Konsey Hukuk İşleri Komisyonu'nun hazırlamış olduğu rapor'un 4478. sayfası.

<sup>22</sup> Belçika ile olan İkili Anlaşma (RS 0.276.191.721. art. 8); Liechtenstein ile olan İkili Anlaşma (RS 0.276.195.141, art. 9, par. 1); Avusturya ile olan İkili Anlaşma (RS 0.276.191.632. art. 8); İtalya ile olan İkili Anlaşma (RS 0.276.194.541. art. 8) ve İsveç ile olan İkili Anlaşma (RS 0.276.197.141. art. 7).

<sup>23</sup> 17 Şubat 2006 tarihli Ulusal Konsey Hukuk İşleri Komisyonu'nun hazırlamış olduğu rapor'un 4478. sayfası

**C) Karşılaştırmalı Hukuk ve Avrupa Hukuku Açısından LDIP. Md. 186'daki Değişiklik**

Tahkim yargılaması esnasında taraflardan biri tahkim şartının yokluğu veya geçersizliğini iddia ederse, yapılması gereken ilk önce bu meselenin çözüme kavuşturulmasıdır zira ancak geçerli bir tahkim şartının varlığı halinde hakemler uyuşmazlığı çözmeye yetkili olabilirler. Dolayısıyla, böyle bir iddia aynı zamanda hakemlerin uyuşmazlığı çözmeye yetkili olup olmamalarının tespiti anlamına da gelmektedir.

Uluslararası Ticari Tahkim Hukuku doktrininde, bir tahkim sözleşmesi veya şartının geçerli olup olmadığı ve dolayısıyla hakemlerin taraflar arasındaki uyuşmazlığı çözmeye yetkilerinin bulunup bulunmaması sorunu “compétence de la compétence” (Yetki-Yetki) prensibinin ortaya çıkmasına yol açmış ve böylelikle hakemlerin kendi yetkileri hakkında karar verebilecekleri karşılaştırmalı hukukta büyük ölçüde kabul edilmiştir. Uluslararası tahkim açısından Compétence de la Compétence ilkesi, birçok ülkenin uluslararası tahkimi düzenleyen kanunlarında<sup>24</sup> ve birçok uluslararası tahkim kurumunun kurallarında da benimsenmiştir<sup>25</sup>.

Yetki- Yetki prensibinin LDIP'deki bu değişiklik ile ilgisi ise şu bağlamdadır: LDIP'de kabul edilen yetki- yetki prensibi ile kendi yetkisi hakkında karar verebilen hakem heyeti, şayet bu tespitinde yanılıya düşmüşse, bu durum “hakem mahkemesinin haksız olarak kendisinin yetkili veya yetkisiz olduğuna karar vermiş olması” şeklinde bir düzenleme getiren LDIP. Md. 190/ f.2-b uyarınca hakem kararının iptaline sebep olacaktır. İşte bu noktada, LDIP. Md. 9'daki derdestlik maddesinin kıyasen İsviçre'deki uluslararası tahkim yargılamalarına da uygulanacağını savunmak, hakem heyetinin, kendisinden önce davayı görmeye başlayan devlet mahkemesinin yetkisi lehine yargılamayı askıya almasını gerektirir- ki böyle bir durumun varlığına rağmen hakem heyetinin yargılamaya devam etmesi, hakem heyetinin kendisini haksız olarak “yetkili” görmesi anlamı taşır. Bu ise, LDIP. Md. 9'un kıyasen

<sup>24</sup> Kavramın ilk kez ortaya atıldığı Almanya'dan başka, Fransa (NCPC, md. 1458 ve 1466), Türkiye (Milletlerarası Tahkim Kanunu Md. 7/H), İngiltere (1996 Arbitration Act, Section 30) ve Avusturya (2006 Tarihli Yeni Avusturya Medeni Usul Kanunu Md. 592/1) gibi birçok ülkenin yasal mevzuatında da bu ilke kabul edilmiştir. Bkz. P. FOUCHARD/E. GAILLARD/ B. GOLDMAN: *Traité de L' Arbitrage Commercial International*, Paris, 1996, s.410.

<sup>25</sup> ICC (md. 8/3), AAA (md. 15) ve LCIA (md.23) bunlar arasında en önemlilerindendir. Bu prensip ayrıca, İsviçre'nin de taraf olduğu başta Milletlerarası Ticari Hakemlik Konusundaki 21 Nisan 1961 Tarihli Avrupa (Cenevre) Konvansiyonu (md. V/3) olmak üzere, ICSID (md. 41) ve UNCITRAL Model Kanunu'nda da (md. 21/1 ve 2) hüküm altına alınmıştır.



İsviçre'deki tahkim açısından da uygulanacağını savunan görüş açısından hakem kararının LDIP. Md. 190/f.2-b uyarınca iptalini gerektirecektir. İşte bu çalışmada ele alınan LDIP. Md. 186'daki kanun değişikliği, LDIP. Md. 9'un İsviçre'deki uluslararası tahkim yargılamaları açısından uygulanmasını engelleyen bir düzenleme olup, yukarıda belirttiğimiz ihtimalin gerçekleşmesi durumunda dahi hakem heyetinin tahkim yargılamasına devam etmekte yetkisinin bulunacağını hükme bağlamıştır.

44 ülke tarafından örnek alınan UNCITRAL Model Kanunu'nun 8. maddesinin 2. Fıkrası da, *yabancı bir devlet mahkemesi nezdinde açılmış bir dava ya rağmen, hakem mahkemesinin yargılamada bulunabilme ihtimalinin bulunduğu belirtmektedir*. UNCITRAL Model Kanunu'nda yer alan bu düzenleme Almanya, İngiltere ve Fransa'da da kanun hükmü olarak kabul edilmiştir. Hatta Fransız Hukuku uyarınca, uyuşmazlığın çözümlenmesi için bir hakem heyeti oluştuğunda veya taraflar arasında tahkim anlaşmasının bulunduğu ileri sürüldüğünde, Fransız devlet mahkemelerinin, hakem mahkemesinin yetkisi lehine kendisinin yetkisiz olduğunu beyan etmesi gerekmektedir.

Avrupa Birliği mevzuatında ise, gerek 44/2001 sayılı Hukuki ve Ticari Konularda Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması Tenfizi Hakkında AB Konsey Tüzüğü içerisinde, gerekse başka bir topluluk hukukuna ilişkin düzenlemede, hakem mahkemesinin yetkisi veya bir tahkim yargılaması ile bir devlet mahkemesi nezdindeki yargılamasının derdestliğe konu olması meselelerine ilişkin hiçbir hüküm bulunmamaktadır.

Dolayısıyla, konuya ilişkin AB Mevzuatında herhangi bir düzenleme bulunmaması sebebiyle, LDIP. Md. 186'daki bu değişikliğin, AB Mevzuatına aykırı bir düzenleme olarak yorumlanması da mümkün olmayacaktır.

## **Sonuç**

Uluslararası Özel Hukuk Hakkında İsviçre Federal Kanunu'nun 186. maddesine eklenen ve yukarıda incelediğimiz bu yeni düzenlemenin ardında İsviçre Federal Mahkemesi tarafından 14.05.2001 tarihinde verilmiş olan Fomento Kararı bulunmaktadır. İsviçre Federal Mahkemesi bu kararıyla, yabancı bir devlet mahkemesi nezdindeki yargılama ile İsviçre'deki tahkim yargılaması arasında derdestlik olabileceğini belirterek, LDIP. Md. 9'daki derdestlik hükmünün kıyasen uluslararası tahkim yargılamalarına da uygulanacağını karara bağlamıştır.



Tahkim yeri İsviçre olan yargılamalarda hakemlerin LDIP. Md. 9'da yer alan derdestlik kuralı gereği, kendisinden önce davaya vaziyet eden yabancı ülkenin devlet mahkemesinin yetkisi lehine davadan el çekmesini kabul eden bu karar, İsviçre tahkim çevrelerinde büyük tartışmalara yol açmıştır.

Bilindiği gibi LDIP. Md. 9/f.1, tarafları ve konusu aynı olan davalar açısından yabancı bir devlet mahkemesi ile İsviçre devlet mahkemesi arasındaki derdestliği düzenlemekte ve kendisine önce başvurulmuş olan mahkemenin yetkisine öncelik tanımaktadır. Oysa Fomento Kararına konu olan uyuşmazlıkta derdestlik iki devlet mahkemesi arasında değil, yabancı bir devlet mahkemesi ile İsviçre'deki tahkim yargılaması arasında söz konusu olmuştur. Federal Mahkeme, hakem kararlarının da tıpkı mahkeme kararları gibi icra kabiliyetini haiz olduğu belirterek ve aynı hukuk düzeni içerisinde aynı zamanda icra edilebilir olan ve birbirleriyle çelişen kararların olmamasına ilişkin kamu düzeni menfaatini ön plana alan gerekçesiyle, mahkeme kararları arasında olduğu gibi, bir mahkeme kararı ile bir hakem kararı arasında da derdestliğin olacağına hükmetmiştir.

Fomento Kararının gerek İsviçre, gerekse uluslararası tahkim çevrelerinde sebep olduğu tartışmalar ve rahatsızlıklar, İsviçre kanun koyucusunu, yukarıda incelediğimiz yeni bir kanun hükmü oluşturmaya sevk etmiştir. Bu noktada İsviçre kanun koyucusu, iki ayrı yaklaşımdan hangisini tercih edeceğine ilişkin bir karar vermiş olmaktadır. Bu yaklaşımlardan ilki, uluslararası karar ahengini ve buna ilişkin kamu düzenini korumaya yönelik menfaattir. İkincisi ise, tahkim kurumunun taraf iradesini esas alan sözleşmesel niteliğini ön planda tutan ve nitelikleri farklı olan merciler arasında (devlet mahkemesi-hakem mahkemesi) derdestliğin olmayacağını ifade eden yaklaşımdır.

İsviçre'deki bu yasa değişikliğinde ikinci yaklaşım benimsenmiş ve daha önceden başka bir devlet veya hakem mahkemesi nezdinde açılmış ve tarafları ile konusu aynı olan bir davanın bulunması halinde dahi, İsviçre'deki hakem mahkemesinin yargılamayı sürdürebileceği zira LDIP. Md. 9'daki derdestlik kuralının, İsviçre'de toplanan hakem mahkemesinin yetkisini bertaraf edecek bir biçimde tahkim açısından uygulanmayacağı, LDIP'ye getirilen bir ek madde ile kabul edilmiştir.

Belirtmek gerekir ki, LDIP. Md. 186'ya getirilen bu ek madde, teorik ve hukuksal tartışmalar bir tarafa, bu kanun teklifini hazırlayan Claude Frey'in de belirttiği gibi temel olarak İsviçre kanun koyucusu'nun pragmatik bazı

kaygılarını yansıtır niteliktedir<sup>26</sup>. Bu kaygı, İsviçre'nin uluslararası tahkim açısından bugüne dek sahip olduğu lider ülke konumunun sarsıntıya uğraması ve bu imajına gölge düşmesi tehlikesidir. Zira daha önce de belirtmiş olduğumuz üzere, tarih boyunca tarafsızlığını devlet politikası haline getirebilmeyi başarmış olan İsviçre, gerek bu köklü gelenek sayesinde, gerek birden fazla resmi lisanın varlığı ve gerekse birçok ülkenin tahkim kanununa model olan oldukça liberal yasal düzenlemesi ile bu husustaki haklı yerini kaybetmek istememiştir. Yapılan bu son değişiklikte de, taraf menfaati, uluslararası tahkim hukukunun menfaati, kamu düzeni menfaati gibi menfaatler arasında tercih yapılırken bu hususun temel belirleyici sebep olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

---

<sup>26</sup> Bu husus, söz konusu yasa metninin hazırlık çalışmaları sırasında hazırlanan birçok resmi belgede yer almıştır: 20 Ocak 2003, 20 Ekim 2005 ve 17 Şubat 2006 Tarihli Hukuk İşleri Komisyonunun Raporları, 17 Mayıs 2006 Federal Konsey Görüşü, Bu raporlar ve konuya ilişkin tüm yasal metinlere İsviçre Parlementsos Federal Meclis internet sayfasından ([http://search.parlament.ch/f/homepage/cv-geschaefte.htm?gesch\\_id=20020415](http://search.parlament.ch/f/homepage/cv-geschaefte.htm?gesch_id=20020415)) ulaşmak mümkündür.

## REINFORCING EQUITY INVESTORS' RIGHT TO MANAGEMENT OVERSIGHT

*Reha TANÖR\* - Hande BENGİSU\*\**

### Introduction

One of the main determinants of a company's operational efficiency is its legal structure. In the near future, global liquidity available since the beginning of 2000 is expected to lessen and eventually leave developing countries, in accordance with the fluctuating nature of markets. Therefore, emerging market companies wishing to acquire capital through public offerings will soon need to present investors with new opportunities. Among the opportunities to be presented to investors (whether they are domestic or international, and institutional or individual), mechanisms that exhibit a sound management of capital will take precedence, given the increasingly competitive environment of capital markets.

Equity investors accept their capital contributions to be managed by "others," due to their distance to companies they invest in and the relatively small size of their investment. However, management by "others" may lead to transfer pricing activity or other revenue diverting schemes. Therefore, a healthy and sustainable balance between company management and oversight must be achieved to enable the efficient operation of companies in their specific and highly-competitive fields of business. A balance between management-oversight may also provide shareholders, through fair management, income in the form of shareholder value and stream of dividends.

---

\* **Reha Tanör** teaches securities law at Galatasaray University.

\*\* **Hande Bengisu** is a Ph.D. candidate at Galatasaray University and a practicing lawyer, admitted in Istanbul and New York.

Generally, management and oversight mechanisms are established only through mandatory legal provisions. However, it is more beneficial to develop such mechanisms through the articles of association. In other words, mechanisms which are expected to establish a sustainable balance between management and oversight should be tailored individually for each public company or company planning a public offering, according to each company's own characteristics, needs and goals.

In this Article, we propose a model for reinforcing management oversight in publicly traded companies, such as those traded at the Istanbul Stock Exchange "ISE", which have a low non-affiliate public float or which demonstrate a concentrated ownership. We believe that the realization of the proposed model, or of other similar solutions related to management-oversight balance (through incorporation in the articles of association), will enable law to significantly support the real economy in acquiring capital.

Section 1 of the Article provides a general overview of minority shareholder rights, as contained in the Turkish Commercial Code "TCC" and the Capital Market Law "CML". In addition, Section 1 emphasizes the essential distinction between the general rights of minority shareholders and the specific rights of equity investors, commonly the non-affiliated public shareholders of traded companies. Section 2 of the Article focuses specifically on management oversight and its comparative theory and practice. Finally, Section 3 outlines our proposed model for reinforcing management oversight.

## **1. Minority Shareholder Rights regarding Management Oversight: Approach Of The Turkish Commercial Code And The Capital Market Law**

### **1.1. Minority Shareholders' Management Oversight Rights as Envisioned in the Turkish Commercial Code**

The TCC contains certain provisions for protection of the rights of minority shareholders, defined as constituting a minimum of 10 % of company capital.<sup>1</sup> Accordingly, minority shareholders may make use of the following rights, regardless of whether a joint stock company is publicly or privately held: (i) to demand, in the name of the company, the commencement of a lawsuit against board members (Article 341); (ii) to demand the appointment

---

<sup>1</sup> Türk Ticaret Kanunu [Turkish Commercial Code], no. 6762, Official Gazette no. 9353, July 9, 1956 [hereinafter "TCC"]. Minority shareholders may make use of minority rights on the condition that they meet the 10 % threshold. However, the Draft Commercial Code has lowered the threshold to 5 %, as is already the case in the CML.

of a special auditor to review alleged violations of law, specific provisions of the articles of association, or abuse of management power (Article 348); (iii) to direct a complaint to the mandatory internal auditor, regarding directors or officers; and if certain conditions are satisfied, to call a special meeting, via the auditor (Article 356); (iv) to call a special meeting, via the board of directors, and have related items incorporated in the agenda (Article 366); and (v) to stay annual general meeting discussions on the approval of the balance sheet (Article 377).

Among the above-stated rights, two are prominent in the field of management oversight: The right to demand the appointment of a special auditor, as envisioned in Article 348; and the right to direct a complaint to the mandatory auditor and cause the auditor to prepare a report or call a special meeting, as envisioned in Article 356.

However, these oversight tools neither meet equity investor expectations, nor may be easily utilized by them. For instance, Article 348 is barely a solution for dispersed minority owners, as is evidenced by the lack of its use. To enforce the right contained in Article 348, a minority equity investor is required to have shareholder status as of 6 months prior to the last general assembly meeting. However as explained in detail below, equity investors need to and expect to be able to quickly reposition their allocation. In other words, they rely on the flexibility and the ability to engage in momentary buy – sell transactions. To require a minimum six-months holding period in a market whose purpose is to enable the realization of quick transactions, runs against the underlying logic and the dynamics of capital markets. In addition, not allowing a shareholder of two-months to request an auditor in relation to suspected wrongdoings, while allowing a shareholder of six-months to utilize the same mechanism may be deemed as unfair.

In addition, the long process of Article 348 makes the right to request a special auditor difficult to use, given the needs and characteristics of equity investors. Minority shareholders may request the appointment of a special auditor from the general assembly; and if the general assembly refuses, minority shareholders make direct their request to a court of law. However, as can be expected, controlling shareholders may effectively prevent, through their majority position in the general assembly, the appointment of the special auditor. Furthermore, the difficulty of and the duration required for gathering a general assembly present a disadvantage for minority shareholders potentially harmed by wrongdoings and revenue diverting schemes as stock markets instantaneously price-in any expectations or events.

Minority shareholders may apply to a court; however, they are required to pay all costs and fees and to submit their shares to a bank for blockage until the resolution of the case, which may take years. In addition, it is exceedingly difficult for equity investors, who are widespread on a global scale and who remain distant from the decision-making and execution mechanisms of a company, to present convincing evidence to the court. More importantly, under Article 348, minority risk being jointly and severally liable for any damages incurred by the company, in case the court rejects the request to appoint a special auditor.<sup>2</sup> Finally, even if the court accepts the request and appoints an auditor, the Article 348 proceedings may take a long time to be finalized. The duration of the audit to be conducted is one factor. In addition, the court must eventually serve the special auditor report to the company and let the company decide whether or not the disclosure of the report. If the report is to be disclosed, then it must await the general assembly.

The Draft Commercial Code includes a revised version of the right to request a special auditor and accordingly has made the use of the right easier for minority shareholders. For instance, regardless of the 10 % minority threshold, the Draft Code allows each shareholder to make a request to the general assembly, even if the issue has not been included in the agenda. Moreover, in case the general assembly refuses the request for a special auditor, the Draft Code allows minority shareholders or each shareholder owning shares with a nominal value of 1 million TL to direct the same request to a court of law.

In sum, the right to request the appointment of a special auditor does not adequately benefit equity investors who look to reallocate their investments in accordance with a company's management decisions. The Article 348 process may take an unrealistically long time and prove to be difficult. It can pose a heavy financial burden on those wishing to make use of it. For all of these reasons, the right to request a special audit, even with its revised version, may prove ineffective in markets where expectations are instantaneously priced-in.

Due to similar reasons, Article 356 on directing a complaint to the mandatory auditor, and calling a special meeting may not be utilized substantively by equity investors in minority shareholder position. The requirement to pledge shares to a bank until the conclusion of the first general meeting is a deterrent even for long-term equity investors. Moreover,

---

<sup>2</sup> A claim of bad-faith of minority shareholders must be made.

since the complained-of event is mentioned only in an annual audit report, it may not prevent or immediately cure harm incurred by investors. In addition, the calling of the general assembly means more time to be lost in addressing minority shareholder concerns. In any case, these provisions may not be expected to address equity investor - minority shareholder concerns as revenue-diverting schemes or other harmful wrongdoings generally stem from the actions of controlling shareholders.<sup>3</sup>

## **1.2. Investor Rights and Interests as Envisioned in the Capital Market Law**

The rights granted to minority shareholders by the TCC are far from effective in addressing equity investor concerns as equity investors engage in buy-sell transactions in accordance with the nature of stock markets and therefore have different expectations than shareholders of closely-held companies. Due to this difference, the legislature has enacted the CML,<sup>4</sup> which is aimed to specifically protect the rights and interests of equity investors and which grants them a broader range of rights.

The essence of investor rights and interests, as protected by Article 1 of the CML, consists of shareholder expectations of dividend income and high shareholder value, created by market dynamics, as well as the ability to profit from quick asset repositioning based on these expectations. Accordingly, as expressed in Article 3 of the CML, investors may earn periodic income, in the form of dividends, and shareholder value, while also engaging in momentary buy-sell transactions to gain from expectations created by shareholder value and dividends.

The main purpose of public offerings, whether through the issuance of new shares or transfer of outstanding ones, is to provide equity for companies. As the pool for capital expands from local to global, due to technological developments and the ease with which equity finance may be transferred,<sup>5</sup> companies aiming to obtain maximum capital must meet investor

---

<sup>3</sup> See discussion *infra* Section I(2) and II(1).

<sup>4</sup> Sermaye Piyasası Kanunu [Capital Market Law], no. 2499, Official Gazette no. 17416, July 30, 1981 (as amended on March 6, 2007) [hereinafter CML].

<sup>5</sup> See McKinsey Global Institute, Mapping the Global Capital Market Third Annual Report, Jan. 2007, at 8, 17 (explaining that the value of total global financial assets has expanded to \$140 trillion by 2006, with Asia and Europe being the world's largest net suppliers of capital, followed by Russia and the Middle East.)

expectations of shareholder value and dividend profitability.<sup>6</sup> Investor-shareholders demand and expect foremost that prospective companies, through good governance, generate profits to be distributed without reductions. It is natural, therefore, that companies with effective governance reflect high share prices, which shareholders value as they aim to gain from quick asset repositioning.

Accordingly, the main responsibility of managers or directors of companies with a low non-affiliate public float, such as most ISE-listed companies, is to manage the company in accordance with investor expectations. To achieve a win-win outcome in the long term, controlling owners with concentrated capital or voting power, and professional managers they elect, must take into account investor expectations in managing “other people’s money” effectively. However usually in practice, such owners or professionals, not necessarily focused on investor expectations, violate equity investor shareholders’ rights and interests through revenue-diverting schemes. These violations generally seem to stem from the board.<sup>7</sup>

Therefore, there is a need for additional board oversight that will not obstruct company business, but allow for the close and careful monitoring of management activities and compliance with laws protecting shareholder rights and interests. Supplementing the generally known and implemented methods of oversight, a reinforcement mechanism is also imperative for the well-functioning of public companies in global markets. Such a mechanism should deter revenue-diverting schemes or attempts; and if deterrence proves impossible, then the reinforcement mechanism should enable the rapid public disclosure of these attempts or acts. In capital markets, certain information affects share prices immediately; and investors, differently from shareholders of closely-held companies, carry the financial risk of these fluctuations. Therefore, equity investors should have an effective tool to guard themselves against sudden fluctuations of price or to be informed of attempts or events which are likely to affect prices. Achieving and sustaining a healthy balance between management and oversight in publicly traded companies with a low non-affiliate public float or with concentrated

---

<sup>6</sup> See William Rhodes, *A Market Correction Is Coming, This Time For Real*, FIN. TIMES, Mar. 29, 2007 (explaining that extraordinary levels of liquidity pouring into opportunities around the world has led to a substantial reach for yield and caused a lack of differentiation among borrowers. However, as liquidity recedes over the years, lenders and investors will become more discriminating.)

<sup>7</sup> An analysis of the current practice and the relevant provisions of the TCC, specifically those regarding the creation of the board and the duties and liabilities of directors, point that the board of directors are at a position to abuse their power.



ownership, affects a company's ability to attract capital, the main reason of public offerings.<sup>8</sup>

In sum, the rights and interests of non-controlling shareholders, i.e., equity investors, differ in essence from rights and interests of closely-held company shareholders. This difference underlines the need for equity investors to conduct a closer and more effective management oversight. However, it is of great importance, as far as operational profitability and shareholder democracy is concerned, that such oversight be conducted in accordance with the market realities. Therefore, supplementary mechanisms to be utilized for management oversight should not be based on a one-size-fits-all model to be used for all companies, but rather, be developed and fine-tuned in the articles of association in accordance with the needs and goals of each company.

Before discussing our specific model for reinforcing equity investors' right to management oversight, we provide below a comparative overview of management oversight in public companies and explain why they current mechanisms remain insufficient in establishing a sustainable balance between management and oversight. Specifically, our explanations relate to the legal practice in the Turkish market, as well as international markets, while focusing on companies with a low non-affiliated public float and /or concentrated ownership, such as ISE-listed companies.

## 2. Comparative Law Mechanisms Of Management Oversight

### 2.1. Management Oversight Mechanisms in the Turkish Legal System

Under Turkish law, joint stock corporations, including public companies, are managed by the board of directors.<sup>9</sup> The board, responsible for "all activities"

<sup>8</sup> To attract capital, companies in developed markets undertake additional responsibilities or liabilities, either mandated by law or implicitly contracted with shareholders. These responsibilities may be classified as follows: Global legal compliance, ethical business conduct, transparency, anti-bribery and anti corruption, good governance, health, safety and environmental standards, respect for differing cultures, human rights, good corporate citizenship, labor standards, rule of law, corporate social responsibility, sustainable development, emerging free market systems and structures. See Murad Kayacan, *Küreselleşen Dünyamızda Yeni Şirket Gündemi: Kurumsal Yönetim [New Corporate Agenda in Our Globalizing World: Corporate Governance]* 1 Publication of the Turkish Foundation of Ethical Values, 6-10 (2006); see generally, Reha Tanör, *Devlet İç Borçlanma Senetlerinin Kaydi Değer Olarak İhracına İlişkin Yasal Düzenlemelerin Kendi İçlerinde ve Yasal Düzenlemeler ile Finansal Uygulama Arasında Gözlenen Örtüşmezliğin Hukuksal Sonuçları Üzerine Bir Değerlendirme [Issuance of Government Domestic Bonds Which Are Recorded in Book Entry Form: A Review of the Legal Consequences of the Internal Conflicts Within the Law and Between Law and Financial Practice]* 2 GALATASARAY U.L.J. 204 (2002).

<sup>9</sup> TCC, *supra* note 2, Art. 317.

related to the company's purpose and scope of business,<sup>10</sup> has the power to take decisions regarding the company as well as to execute its own decisions. In practice, decisions regarding the company business are generally taken by family members, or by board members elected by family members. The same is true for the execution of board decisions. Consequently, in the Turkish system, decision-making and execution - two different roles - are conducted by the same organ, the board.

As a result, the direct involvement of the board in management leads to certain loopholes in the protection of minority shareholders' interests as such loopholes enable board actions to adversely affect share prices. Since the commencement of ISE activities in 1986, foreign and domestic investors have primarily complained of transfer-pricing or constructive dividend payments,<sup>11</sup> which have diverted substantial company profits or assets away from the company.<sup>12</sup> Despite enforcement mechanisms and various criminal or monetary penalties envisioned in the Turkish tax and securities laws, such activities persisted and eventually led to a loss of actual and potential foreign investment.

Turkish law mandates management oversight in both closely-held and publicly-held companies. The main mechanisms of management oversight are as follows:

### **2.1.1. Turkish Commercial Code**

#### **2.1.1.1. Unitary Board Structure**

Under Article 317 of the TCC, the power and the duty to make decisions

---

<sup>10</sup> *Id.* Art. 321.

<sup>11</sup> The main practices regarding constructive dividend payments are as follows: (i) Transfers of real or personal property between parent and subsidiary companies as well as between subsidiary companies or between the company and its controlling shareholders, at prices clearly diverging from market value; (ii) interest payments between the above-stated entities or parties, at rates varying from customary commercial or banking practice; (iii) salary payments and fees of excessive amounts to certain entities or individuals; and (iv) pledging company assets as security, in a manner inconsistent with commercial custom and practice and with the intention of personal gain; or making unfair use of corporate opportunities.

<sup>12</sup> The Istanbul securities industry has a long history, starting from 1864, when the stock exchange entitled "*Dersaadet Tahvilat Borsası*" was established. The Istanbul securities industry, therefore, has commenced capital market activities in less than 50 years after the creation of the NYSE in 1817. Careful researchers may discover that investor complaints regarding the Turkish market have generally been centered around revenue-diverting schemes since the beginning. *See generally* REHA TANÖR, TÜRK SERMAYE PIYASASI: TARAFLAR [TURKISH CAPITAL MARKETS: PARTIES], vol. 1, 18-41, 253-62 (Istanbul 1999).

regarding company strategies and policies, as well as to execute these decisions rest with the board of directors. In effect, the board acts as both the directing and the executive branch of a company. While under Article 319 of the TCC, executive duties may be delegated to officers or managers, the general Turkish practice has been to join all duties of directors and managers at the board level. Research verifies that most ISE-listed companies demonstrate this type of board structure.<sup>13</sup>

In a majority of ISE-listed companies, which have a low non-affiliate public float, the board consists of the representatives of shareholders that retain control of the company through either capital or voting power. It is rather difficult to elect representatives of public or minority shareholders to the board. Therefore, activities and operations conducted by the board are shaped by controlling shareholders' preferences despite oversight mechanisms.

#### **2.1.1.2. Mandatory Internal Auditor Mechanism**

The TCC envisions a mandatory internal audit system for the monitoring and oversight of a company's business and activities; no independent audit mechanism is provided for in the TCC. The mandatory auditor is elected and terminated by the general assembly; a director or a close family member of a director may not be elected.

Under Article 353, the general duties and responsibilities of auditors are specified as follows:

- To decide on the format and structure of company balance sheets, in cooperation with board members;
- To obtain information regarding company transactions, and to examine books and records of the company, at least once every six months, to ensure proper bookkeeping;
- To conduct frequent (at least once every three months) and unannounced inspections at the company cashier's office;
- To investigate and note any mortgages or pledges in the company books or records, as well as to determine the existence of any negotiable

---

<sup>13</sup> Burak Koçer, Doctoral Dissertation, *İçsel Bir Yönetişim Mekanizması Olarak Yönetim Kurulları: İMKB'de İşlem Gören Şirketlerin Yönetim Kurulu Yapısı ve İşlevleri Üzerine Bir Araştırma*, [Management Rules as an Internal Governance Mechanism: Research on the Structure and the Role of the Board of Directors in ISE-listed companies], 154 (Istanbul 2005).

instruments kept in the company cashier's office, at least once every month;

- To inspect the budget and the balance sheet;
- To call shareholders to a general or special shareholders' meeting, in case of board inaction or neglect;
- To attend the annual general meeting; and
- To monitor board compliance with the law and the specific provisions of the articles of association.

In addition to the above-stated general duties and responsibilities, auditors have the following duties, in accordance with Articles 354-357:

- To report yearly to the general assembly, as well as to render an opinion on the company, its financials, and the board's dividend policy suggestion;
- To call a special meeting, if certain urgent circumstances arise;
- To review shareholder complaints regarding directors and officers; to include any actual problems in the yearly report submitted to the general assembly; and in some cases, to call a special shareholders' meeting, if the source of discovery was a minority shareholder complaint;
- To attend board of directors' meetings (without taking part in discussions or voting) and to cause certain issues to be included in the agenda of the board meeting as well as of the general annual meeting.

Auditors are under a duty to report any fraud or violation of law or provisions of the articles of association to the related company office or authority, and also to the chairman of the board. In significant cases, auditors are under a further duty to report such conduct to the general assembly.<sup>14</sup> Auditors are liable for any damage caused by the incomplete rendering of their duties, unless they can prove they were not negligent.<sup>15</sup>

In sum, auditors' powers are wide-ranging. However, since audit results are documented in an annual report submitted to the general assembly,<sup>16</sup> they fall short of timely and effectively protecting shareholder rights and

---

<sup>14</sup> TCC, *supra* note 2, Art. 354.

<sup>15</sup> *Id.* Art. 359.

<sup>16</sup> *Id.* Art.s 354, 356.

interests. In addition, the reporting of audit results to the chairman carries the risk that discovery of fraud or non-compliance is simply reported to the individuals engaged in such activity. The requirement to report to the general assembly does not provide for much support due as auditors are elected by controlling shareholders.

### **2.1.2. Draft Commercial Code**

As the TCC has become outdated and increasingly inadequate in meeting the current needs in company law, the Turkish legislator has prepared a Draft Commercial Code, to replace the TCC currently in effect. The Draft Code, currently awaiting legislative approval, puts forth a series of developments in the area of company law, bringing Turkish and EU law closer. Specifically, the Draft Code demonstrates developments in three directions, as far as minority rights are concerned. The Draft Code (i) eliminates certain TCC provisions which prevent the effective use of minority rights;<sup>17</sup> (ii) allows courts to appoint special auditor;<sup>18</sup> and (iii) provides for new rights which may be used by minority shareholders.<sup>19</sup>

The Draft Code also provides for new provisions which reinforce the position of shareholders, generally. For instance the Code (i) expands shareholder rights;<sup>20</sup> (ii) provides for new causes of action;<sup>21</sup> (iii) makes the use of certain rights easier and more effective;<sup>22</sup> (iv) envisions more mechanisms for achieving transparency;<sup>23</sup> (v) limits privileges in voting;<sup>24</sup> (vi) imposes certain disclosure requirements;<sup>25</sup> and (vii) compels the board to declare and report certain issues.<sup>26</sup>

Among these developments, we analyze those related to management oversight, in more detail:

---

<sup>17</sup> Draft Commercial Code, Art.s 364, 463, 438, 439, 440.

<sup>18</sup> *Id.* Art.s 438-440.

<sup>19</sup> *Id.* General Reasoning, 133, Art.s 389 (4), 486, 531.

<sup>20</sup> *Id.* Art.s 141, 200, 357, 438, 466.

<sup>21</sup> *Id.* Art.s 192-194, 202(3), 204, 399(6), 447, 537.

<sup>22</sup> *Id.* Art.s 200, 428, 429, 437.

<sup>23</sup> Draft Commercial Code, Art.s 1524, 1527.

<sup>24</sup> *Id.* Art.s 479.

<sup>25</sup> *Id.* Art.s 150, 198(1).

<sup>26</sup> *Id.* General Reasoning? 152, Art.s 199 (1), (3), (4), 375 (1) (f), 349.

### **2.1.2.1. Change in Board Structure**

The most striking provisions of the Draft Code regarding management structure are Articles 367 and 374, providing for a unitary board, but a separation of board and management, similar to the US governance system. According to these provisions, the board may delegate, in part or in full, the day-to-day management of a company, as well as the execution of some board decisions, to a number of directors or to non-director third parties. However, in the absence of any delegation, and in any case, the board remains responsible for management.<sup>27</sup> Therefore, it is not clear whether Articles 367 and 374 will have any actual effect in management oversight.

### **2.1.2.2. Representation of Minority Shareholders**

Article 360 states that specified classes of shareholders, specified groups of shareholders or minority shareholders (as defined in the law) may, if articles of association permit, have the right to be represented on the board. Furthermore, Article 360 states that directors may be elected directly from the above-stated shareholders, or from a group of candidates nominated by such shareholders. If the articles of association provide such a right, then the election of a director from such shareholders or their nominees may only be refused with just cause.

The non-controlling, public shareholders' right to be elected appears, on its face, to support shareholder democracy and profitability. However, it entails some problems: First, the representation right provided by Article 360 may lead to confusion as it may be deemed as a privilege, given to all groups of shareholders, including minorities. Second, the vagueness of the term "just cause" may lead to disputes. Third, the possibility that certain non-controlling groups may acquire a two-thirds-seat at the board may endanger main shareholders' interests. All of these potential problems may, in the end, harm the competitive advantage of a company and decrease its commercial profitability. In conclusion, it is unclear how Article 360 may contribute to shareholder oversight of management.

### **2.1.2.3. Risk Detection Committee**

Under Article 378, it is mandatory for publicly traded company boards to have an expert committee for the purpose of early detection and prevention of any risks that may endanger the existence, the continuation and the

---

<sup>27</sup> *Id.* Art. 367.

development of the company. The risk detection committee must report to the board once every two months. It is inarguable that risk management has become increasingly important on a global level and that almost all legal systems and market players, especially financial institutions, have been paying more attention to the issue. However, risk management is not an area of oversight; it is an area of management. Therefore, it is unclear whether shifting the role of risk management from the board or management to a committee would lead to effective results.

#### 2.1.2.4. Independent Auditor

The Draft Code, eliminating the outdated internal auditor mechanism mandated by the current Commercial Code, envisions an external auditor mechanism, whereby an independent auditor must audit joint stock companies, in accordance with international auditing standards.<sup>28</sup> Under Article 398 of the Draft Code, an audit is based on the financial statements of a company.<sup>29</sup> Accordingly, the auditor prepares several post-audit reports, to be submitted to the board: First, it prepares a report based on the financial statements of a company. The report compares the current financial statements with the previous years' statements. Second, it prepares a comparative report regarding the board reports and the financial statements. Third, the auditor reports its findings regarding risk management, if any.<sup>30</sup>

The general assembly may take various actions following the submission of the auditor's written opinion: If the auditor renders a positive opinion, the general assembly may vote freely on the issues of annual financial statements and the use of profits and losses. If the auditor renders a limited positive opinion, the opinion is still deemed positive; however, the general assembly may only vote after the financial statements are corrected. If the auditor renders a negative opinion, the shareholders may not take any decisions based on the financials and the board must resign thereafter.<sup>31</sup> The non-rendering of an audit opinion is interpreted as a negative opinion, and brings about the same consequences.<sup>32</sup>

---

<sup>28</sup> See *id.* Art.s 397-406. Under the Draft Code, large or mid-size companies are audited by independent audit firms.

<sup>29</sup> Draft Commercial Code, Art. 402(3).

<sup>30</sup> *Id.* Art.s 402(1)-(3), (6)-(7).

<sup>31</sup> *Id.* Art. 403(1).

<sup>32</sup> Conference, Ünal Tekinalp, *Şirketler Hukukunda Yeni Gelişmeler: Kurumsal Yönetimde Trendleri Konuşmak [New Developments in Company Law: Discussing New Trends in Corporate Governance, Conference on Corporate Governance]*, 29 (Doğan Yayın Holding Corporate Governance Conference Publication, 2006).

Independent auditing is an important oversight tool for investors as it allows for compliance control of as well as for an assessment of whether the assets, profitability and the financial situation of the company are truly and accurately represented.<sup>33</sup> However, it is essentially a periodical review. Therefore, it is inadequate in preventing fraud or non-compliance, or in timely warning the investors about such conduct. Finally, it is not clear whether an audit of internal controls and the creation of the risk detection committee, as prescribed by Article 398(4), involve a substantive oversight of company risks or problems, or simply a procedural review of these mechanisms.

### 2.1.3. Capital Market Law

The CML of 1981, along with the related *Communiqués*, includes certain provisions regarding management oversight:

#### 2.1.3.1. Audit Committee

*Communiqué* series X, no. 22 mandates audit committees for publicly traded companies.<sup>34</sup> Committee members are elected from and serve on the board; either most or all of the members must be non-executive or non-delegated directors. The audit committee is responsible for the oversight and the efficacy of the company's accounting methods, public disclosures of financial information, independent audits and internal controls. However, the audit committee reports periodically to the board of directors: The committee meets at least four times annually and submits a meeting record, along with any findings or recommendations to the very board it is under a duty to monitor and oversee. Furthermore, the committee members are elected by the board. Due these factors, the committee may not adequately serve as a shareholder tool for close control of management and most audit committees are established simply for compliance purposes.

#### 2.1.3.2. Independent Audit

Prior to the Draft TCC, independent audit mechanism was introduced into the Turkish legal system by the CML<sup>35</sup> and the *Communiqués* (X) 22 and

---

<sup>33</sup> Draft Commercial Code, Art.s 398(1), 402.

<sup>34</sup> CMB *Communiqué*, series X, no. 22, Art. 25.

<sup>35</sup> See CML, *supra* note 5, Art. 16 (“issuers and capital market institutions shall have the financial statements which are identified by the [Capital Market] Board audited by independent auditing firms, . . . with respect to the compliance with the principle of fair reflection of the accuracy and reality of information.”)



(XI) 1 and was mandated for all publicly held and listed companies. Independent audit is to be conducted by means of reviewing the books, records and documents of the company,<sup>36</sup> and in accordance with International Standards on Auditing. Accordingly, the scope of an audit covers public disclosures of whether risks, affecting financials, have been represented; as well as inspection of any fraud or non-compliance, specifically intentional and illegal conduct of management, such as tunneling or revenue diversion.<sup>37</sup>

However, independent auditing does not serve to prevent or to disclose immediately, board conduct that may cause a price change. Independent audit, carried out by means of document review, focuses on whether the accounting entries have been accurately reflected on financial records. Yet, it is possible in practice, to properly document constructive payment or transfer-pricing transactions. In fact, it is becoming increasingly difficult to uncover bad-faith conduct, given the expanding range and complexity of financial instruments, as also acknowledged in the text of *Communiqué X* (22).<sup>38</sup>

In addition, independent audit is conducted periodically, and audit findings are revealed after the audit is complete. In effect, an audit is a snap-shot of a period in a company. It reveals what has happened during that period, but not at the time of the occurrence of the events. Therefore, periodic auditing and related measures fall short of investor expectations regarding timely receipt of sufficient information.

Moreover, any findings of fraud or wrongdoing, even if eventually causing irreparable damage to investors, must first be disclosed to and discussed with company authorities. However, such an obligation enables those who engage in fraud or wrongdoing through meticulous methods to abuse even the best-devised financial audit or oversight mechanisms, as demonstrated by the recent developments such as Enron, Parmalat.<sup>39</sup>

---

<sup>36</sup> *Id.*

<sup>37</sup> *Id.* Art.s 4, 7.

<sup>38</sup> Articles 3-6 of the *Communiqué* state, for instance that (i) it is rather difficult to uncover any abuse of company assets as such as it may be well disguised; (ii) there is a higher probability that fraud or non-compliance of management will remain undiscovered, when compared with similar conduct of company officers or employees; (iii) independent auditing may not be expected to uncover all securities violations; (iv) independent audit carries an inherent risk that substantial wrongdoings will remain undiscovered; (v) an independent auditor may not be responsible for the prevention of wrongdoings and violations, but may only serve as a deterrent.

<sup>39</sup> See discussion *infra* Section II(2).

### 2.1.3.3. The CMB's Intervention and Enforcement Powers

Article 22 of the CML confers to the CMB a wide range of duties and powers, including the power conduct inquiries regarding public company activities and compliance with securities laws and regulations. For example, the CMB may request from a company any financial statements, reports and other documents, in addition to those already required to be submitted to the CMB. If deemed necessary, the CMB may request additional reports from the internal company auditor or its independent auditor.<sup>40</sup> Furthermore, the CMB may request from the company and its subsidiaries any information deemed to be related to securities laws and regulations, as well as request and investigate any books, records financial statements or documents of the company and its subsidiaries.

After reviewing such documents or conducting any other inquiries stated in Article 22, the CMB may take any of the measures – some very effective – listed in Article 46. For instance, the CMB may (i) file an annulment suit regarding any board decision abusing corporate powers; (ii) request the annulment of corporate transactions that lead to loss of capital and that are contrary to law, the provisions of the articles of incorporation or the business purpose or scope of the company; request from the related parties that measures be taken to cure such problems; and if necessary, report such problems or non-compliance to the related authorities; (iii) order the disclosure of transactions regarding constructive payments or revenue-diverting schemes to shareholders; and (iv) order the public disclosure of all company information that should have been disclosed.

As for publicly traded capital market institutions, such as listed trading intermediaries, brokerage houses, investment funds, and clearing houses, the CMB may, in addition, take the following measures in accordance with Article 46: (i) order that alleged violations of securities laws and provisions of articles of association be cured; if necessary, halt trading or other securities activities of such institutions temporarily or permanently; and revoke their trading and securities licenses or permits; (ii) order measures to strengthen the materially weak financial situation of such institutions; if deemed necessary, take related measures *ex officio*; halt their trading or other securities activities, temporarily or permanently; and revoke their trading and securities licenses or permits; initiate bankruptcy proceedings; and (iii) in certain cases, also initiate bankruptcy proceedings for the directors and certain individual owners of these institutions.

---

<sup>40</sup> CML, *supra* note 5, Art. 22(h).

One of the most important provisions regarding the protection of shareholders' rights and interests, as well as the prevention of illegal management conduct, is Article 15 on constructive dividend payments. Article 15 of CML titled states

*“In the case of transactions with another enterprise or individual with whom there is a direct or indirect management, administrative, supervisory, or ownership relationship, publicly held joint stock corporations shall not impair their profits and/or assets by engaging in deceitful transactions such as by applying a price, fee or value clearly inconsistent with similar transactions with unrelated third parties.”*

Article 47 attaches criminal liability for engaging in constructive dividend payments. Furthermore, the CML imposes criminal liability for certain other conduct, such as (i) insider trading, (ii) manipulation of share prices, and (iii) omission of, dissemination of, reporting or commenting on, false or misleading information that may affect share prices.<sup>41</sup> Under Article 47 (A), such conduct is punishable by imprisonment and heavy fines. Moreover, under Article 47(B), conduct such as (i) intentionally preparing or enabling the preparation of false or misleading independent audit reports; (ii) failure or refusal to submit certain documents or information; (iii) keeping false or misleading records; and (iv) engaging in accounting fraud are criminal offenses punishable by imprisonment and heavy fines. The CMB does not have jurisdiction to commence a criminal action, but must refer to government prosecutors to initiate criminal proceedings. Finally, administrative monetary fines are imposed directly by the CMB in cases where publicly traded companies violate the CMB's regulations, standards, forms, and general or specific opinion-decisions.<sup>42</sup>

Accordingly, the CMB is empowered to engage in an extensive and detailed oversight of publicly- traded companies. However, the CMB inquiries conducted periodically and through document review prevent investors to take timely precautions since the inquiries take place after-the fact. In addition, the broad and complex corporate structure of parent and subsidiary companies, all within the scope of CMB's investigative jurisdiction, hinder the CMB's ability to carry out effective investigations. Finally, a public company challenge of a CMB enforcement measure may take years to finalize in court, a duration which conflicts with the requirements and the

---

<sup>41</sup> *Id.* Art. 47(A).

<sup>42</sup> *Id.* Art. 47/A. Since the CML has become insufficient in meeting today's needs, the CMB's other rules, especially its general and specific opinion-decisions, have played an important role in supplementing the CML.

nature of quick asset repositioning. In conclusion, the CMB's powers of enforcement do not adequately address the issue of effective management oversight.

#### 2.1.4. Draft Capital Market Law

The Draft Law contains some noteworthy developments regarding management oversight, one of which is the change in the board elections procedure of companies with registered capital. For instance, in such companies, the privilege to nominate a member to the board may only be used in elections of at most one-thirds of the board.<sup>43</sup> Another important development contained in the Draft CML regarding management oversight is Article 21, which along with Article 23, enlarges liability for financial reports. Accordingly, the board is responsible for submitting timely, true and accurate information. The audit firms are jointly and severally liable for any harm caused by misstatement or omissions contained in the reports.

The Draft CML further bolsters the investigation and enforcement powers of the CMB by incorporating into text the powers to (i) review any electronic documents, to conduct searches at the business place of issuers, as well as the residences of certain individuals related to issuers; (ii) request questioning of individuals from government prosecutors; (iii) conduct electronic surveillance, such as wiretapping or bugging; (iv) request, from the court, documents regarding telephones and other communication devices.<sup>44</sup> The Draft CML broadens the range of Article 46 measures and envisions additional criminal liability for transactions regarding constructive dividend payments, obstruction of inquiries and oversight, false information in company books and records, and certain problems in audit reports.<sup>45</sup>

Finally, the definitions of "substantive information" ("*nitelikli bilgi*") and "information which may materially affect share price" ("*fiyat üzerinde önemli etki yapabilecek bilgi*"), as contained in Article 3 of the Draft Law, are important developments in strengthening the legal basis of capital markets as well as in underlining the difference of securities laws from other fields.

---

<sup>43</sup> Draft CML, Art. 14.

<sup>44</sup> *Id.* Art. 60.

<sup>45</sup> *Id.* Art.s 69, 73-74.

### 2.1.5. Corporate Governance Principles of the Capital Market Board

Finally, Corporate Governance Principles of the CMB (the CMB Principles)<sup>46</sup> contain some provisions directly related to management oversight. The CMB Principles, consisting of four sections, prescribe non-mandatory rules for effective corporate governance and aim to enable shareholders to closely monitor management activities.

The CMB Principles are the first set of rules in Turkish Law to separate the board of directors from management, as the board is viewed as the ultimate decision-maker and representative of a company,<sup>47</sup> while the executives are deemed as individuals responsible for ensuring that “*the company conducts its business within the framework of its mission, vision, goals, strategies and policies*” as set out by the board.<sup>48</sup> In contradictory language, however, the board is also defined as the ultimate executive body of the company.<sup>49</sup> In addition, the board is also responsible for close monitoring and supervision of company operations.<sup>50</sup> In conclusion, the board appears to be responsible for decision making, execution and supervision.

The CMB Principles envision an “independent director” mechanism, appearing to accept *a priori* that independent directors are in a position to make objective decisions regarding the company and also to prioritize shareholders’ rights and interests above all else. The Principles recommend that at least one-thirds of the board (and at least two members) consists of independent directors,<sup>51</sup> with a suggestion that the number of independents may be increased in the future. Criteria for independence and other additional conditions for elections are specifically pointed out.

In addition, the Principles make a distinction between executive and non-executive members and recommend that the majority of the board should consist of non-executive members.<sup>52</sup> However, the efficacy of this distinction

---

<sup>46</sup> See CMB, CORPORATE GOVERNANCE PRINCIPLES (2003) (as amended in 2005) [hereinafter CMB Principles].

<sup>47</sup> See *id.* § (IV)(1.1) (“The board of directors is the strategic decision-making, executive and representation body of the company. The board of directors should define the mission/vision of the company and should disclose this to the public.”)

<sup>48</sup> *Id.* § (IV)(6.2).

<sup>49</sup> See *id.* § (IV)(1.1).

<sup>50</sup> See *id.* § (IV)(1.4) (“The board of directors should closely monitor and supervise whether or not the company’s operations comply with the relevant legislation, articles of association, in-house regulations and policies.”)

<sup>51</sup> See *id.* § (IV)(3.3.1).

<sup>52</sup> See CMB Principles, *supra* note 48 § (IV)(3.2.1).

and of the recommendation that a commercial business be run by elected individuals not bearing the risk of the business is debatable. Moreover, it is difficult to ascertain the theoretical or practical basis for a ratio of independents and non-executives to non-independents or executives. Accordingly, we are of the opinion that the utilization of “independent” or “non-executive” member mechanisms do not necessarily lead to healthy governance or the effective protection of shareholder rights.

The Principles envision several board committees, one of which is the audit committee. While the audit committee seems to have a powerful and important role in the vigorous oversight of a company’s financial and operational activities, it is difficult to argue that it effectively enables minority or non-affiliated shareholders to closely monitor management activities since the committee meets only four times a year and reports directly to the board.<sup>53</sup>

An interesting provision contained in the Principles is the recommendation that “the agenda items should be discussed openly and thoroughly in board meetings.”<sup>54</sup> The recommendation continues to state that “should a member of the board has a dissenting opinion, he/she should append the reasonable and detailed dissenting opinion to the records of the meeting and inform the company’s auditors in writing.”<sup>55</sup> Here, the Principles, with a strong tone, aim to take a further step than Article 338 of the TCC regarding non-liability of directors: The recommendation that any opposition and dissenting vote by an independent member at a board meeting should be disclosed in reasonable detail to the public aims to serve as a deterrent and as a disseminator of information.

The public disclosure and transparency recommendations, contained in Section II of the Principles, regarding a wide range of disclosures of the relationships between the company and its shareholders, the board and management, serve the same purpose. This is particularly true of the recommendations contained in Section II, Articles 2.3-2.5, regarding transactions of board members, executives and shareholders who directly or indirectly own at least 5% of the company capital. In accordance with the specific provisions, such individuals should immediately disclose to public (i) all transactions performed on company’s securities; (ii) information about the purchase and sales of securities of other group companies or any other

---

<sup>53</sup> See *id.* § (IV)(5.6.9).

<sup>54</sup> See *id.* § (IV)(2.16).

<sup>55</sup> See *id.*

company with whom the company maintains a material commercial relationship; (iii) commercial and non-commercial transactions between the company and companies, where such individuals possess at least 5% and more of the shares or the control of the latter. These recommendations take into account that events which may guide securities transactions are closely related to board decisions and activities; and accordingly, the recommendations enable investors to observe their investments as well as serve as an important deterrent.

Finally, the Principles support the protection of shareholder rights indirectly through the use of minority rights. The Principles define a minority as “less than 20% of the company’s capital”;<sup>56</sup> and therefore, reduce the above-analyzed CMB and TCC requirements for recourse by private individuals.

## **2.2. Management Oversight Mechanisms in International Legal Systems**

### **2.2.1. OECD Principles of Corporate Governance**

An institutional guidance to the global search for effective governance and management oversight was provided by the OECD Principles of Corporate Governance,<sup>57</sup> which were endorsed in 1999 (later revised in 2004) and have since become an international benchmark for governments, investors and companies. The OECD Principles were intended to assist governments in their efforts to evaluate and improve the legal, institutional and regulatory framework for corporate governance in their countries, and to provide guidance and suggestions for stock exchanges, investors, companies.

Primarily, the OECD Principles recognize shareholders’ right to obtain relevant and material company information on a timely and regular basis.<sup>58</sup> Furthermore, the Principles put forth, in section V, that the corporate governance framework should ensure timely and accurate disclosure on material information regarding the company. Specifically, the Principles state that (i) “information should be prepared and disclosed in accordance with high quality standards of accounting” and (ii) “an annual audit should be conducted by an independent, competent and qualified, auditor in order to provide an external and objective assurance to the board and shareholders

---

<sup>56</sup> *See id.* § (I)(5).

<sup>57</sup> OECD, CORPORATE GOVERNANCE PRINCIPLES, (2004).

<sup>58</sup> *See id.* § II(A)(3) (2004).

that the financial statements fairly represent the financial position and performance of the company in all material respects.”<sup>59</sup>

The Principles recommend, in section VI, that the board ensure (i) the effective oversight of management; as well as (ii) the integrity of the company’s accounting and financial reporting systems, including the independent audit and the internal control systems. Furthermore, the Principles suggest that the board exercise independent judgment on corporate affairs, by assigning a sufficient number of non-executive board members. The rationale behind the suggestion is to enable the board to objectively carry out its oversight duty, prevent conflicts of interest and balance competing demands on the company.

### **2.2.2. Anglo-Saxon System: United States Framework**

Unlike the Turkish capital market, the Anglo-Saxon markets are characterized by a large number of public companies with a high non-affiliated public float, in addition to strong secondary markets, effective regulation and enforcement. The shareholders of public companies are usually dispersed and own a small percentage of the company.

#### **2.2.2.1. Unitary Board Structure**

In the United States, corporate powers are vested with the board of directors, who perform their duties to primarily advance shareholders’ economic interests. The board of directors is elected by shareholders. In practice, the board delegates much of its authority regarding the day-to-day business of the company to management, which is selected by and reports periodically to the board. The board focuses on the oversight of management while remaining ultimately liable for the management of the company. Consequently in the unitary system, the board has two roles: (i) a management role, from a liability perspective; and (ii) an oversight role, from a practical perspective.

For effective oversight, a board must be engaged and knowledgeable about the operations and the business of the company. However in practice, the board relies on management to receive accurate, timely and sufficient information regarding company operations and financials. This reliance, however, allows management to misguide board members on the company performance, inflate the stock price to extract personal monetary gains from

---

<sup>59</sup> *Id.* § V.



the company and eventually lead to the downfall of the company, as well as the erosion of investments.<sup>60</sup>

### 2.2.2.2. Independent Director Mechanism

The independent director trend has characterized the US boards for the past 20 years with an increasing popularity and has been adopted in various statutes, rules and regulations. Different definitions of independence exist; however, the definition commonly excludes employment or other financial relationships with the company.<sup>61</sup> The proponents of the independent director mechanism argue that independent directors, relatively free from conflicts of interest with the company, are better able to protect the shareholders' interests by diminishing the information asymmetry between management and shareholders.<sup>62</sup>

However, criticisms of the independent director mechanism abound. First, independence may simply mean indifference, disengagement and lack of attention. The boards of companies such as Enron, Tyco and WorldCom had a significant number of directors who met the toughest independence standards, yet their failures resulted from the disengagement and lack of attention of the board.<sup>63</sup> Second, strict definitions of independence may lead to the conclusion that independence is the "singular director virtue", whereas in reality, boards may be more effective with non-independent directors, who have a business relationship with the company and

---

<sup>60</sup> The reliance of the board on management was one of the reasons why the Enron-like scandals occurred. For example, the misuse of mark-to-marketing accounting and the special purpose entities allowed Enron management to inflate earnings and consequently, the stock price. See generally BETHANY MCLEAN & PETER ELKIND, *THE SMARTEST GUYS IN THE ROOM: THE AMAZING RISE AND SCANDALOUS FALL OF ENRON* (2004).

<sup>61</sup> For e.g., the NYSE Listing Standards has recently adopted a more current and tougher independence standard - a majority of independents in the board: Specifically, the Standards define independence as the lack of the following (with a three-year cooling-off period): (i) employment or management relationship with the company; (ii) receipt of more than \$100,000 per year from the listed company, other than director fees; (iii) affiliation with or employment by a present or former internal or external auditor of the company; (iv) management relationship or employment in another company that makes payments to, or receives payments from, the listed company for property or services in an amount which exceeds, per year, \$1 million or 2% of the other company's revenues. NYSE LISTED COMPANY MANUAL, §303A.02.

<sup>62</sup> See ROBERT A.G. MONKS & NELL MINOW, *CORPORATE GOVERNANCE*, 227 (2004); see also Robert V. Hale, *The Uncertain Efficacy of Executive Sessions Under the NYSE's Revised Listing Standards*, *BUS. LAW*, Aug. 2006, at 1383-88.

<sup>63</sup> See John F. Olson and Michael T. Adams, *Composing a Balanced and Effective Board to Meet New Governance Mandates*, *BUS. LAW*, Feb. 2004, at 446; see also Tamar Frankel, *Using the Sarbanes-Oxley Act to Reward Honest Corporations*, *BUS. LAW*, Nov. 2006, at 180.

therefore have established a deeper understanding of the company's business.<sup>64</sup>

The application of the independent director mechanism in the Turkish system is exceedingly unlikely to yield positive results. In fact, research on ISE-listed companies shows that the independent director mechanism has not proved effective, so far.<sup>65</sup> The existence of independent directors on the board may not be sufficient to prevent abuse of corporate power. It may be rather difficult for independent members to detect or stop acts or attempts of bad-faith, especially when they simply attend board meetings, held once a month and have a limited agenda, and are therefore not adequately informed about the company business, as seen in the *İmar Bankası* case and others.<sup>66</sup>

### 2.2.2.3. Sarbanes-Oxley Act

The Sarbanes-Oxley Act of 2002<sup>67</sup> was adopted in the wake of corporate failures such as Enron, World Com, and others. The Act focuses on establishing an independent accounting industry and redefining the responsibility of corporate executives, with the aim of increasing the quality of disclosure in public companies and achieving transparency.

For instance, under Section 302 of the Act, the chief executive officers (CEOs) and chief financial officers (CFOs) must certify annual or quarterly securities filings, prior to which the management must discuss and review certain reports with the audit committee. Sarbanes-Oxley mandates, in Section 301(2), that public companies establish independent audit committees responsible for “the appointment, compensation, and oversight of the work” of their independent auditors. Section 301 requires further that all members of the audit committee be independent and defines independence as “directors who do not accept any consulting, advisory or other compensatory fee and who are not affiliated persons of the corporate group.” Moreover, under Section 202, to prevent conflicts of interest between the auditor and the company, the audit committee is required to pre-approve audit and permissible non-audit services.

<sup>64</sup> See Olson, *supra* note 65, at 422.

<sup>65</sup> Koçer, *supra* note 15, at 105, 155.

<sup>66</sup> See generally Reha Tanör, *Kurumsal Yönetim Arayışları Doğrultusunda Banka Yönetim Kurulunda Bağımsız Üyelik [Independent Directors in the Board The Search For Corporate Governance]*, 122 (Research Institute for Banking and Commercial Law, Ankara 2004).

<sup>67</sup> Pub. L. No. 107-204, 116 Stat. 745 (codified in scattered sections of 11 U.S.C., 15 U.S.C., 28 U.S.C., and 29 U.S.C.) [hereinafter “SOX”].

Under the controversial Section 404 of the Act, management must (1) establish and maintain an adequate internal control structure and procedures for financial reporting and (2) assess the effectiveness of the company's internal controls over financial reporting and include its findings in the annual report.

In addition, the Act makes adjustments in the independent audit mechanism and requires the auditor of a company to refrain from providing non-audit services<sup>68</sup> to the same company, for the duration of the audit. The Act also requires that company's financial reports reflect all material adjustments identified by the auditor; and that the companies disclose off-balance sheet transactions and whether they have adopted a code of ethics for senior financial officers.<sup>69</sup> These developments aim to shield auditors from the pressure of creating additional business with the very client they are auditing as well as to prevent Enron-type manipulation of company financials.

In conclusion, while Sarbanes-Oxley has brought about substantial changes for management oversight; its efficacy remains uncertain. First, due to its mandatory and non-flexible nature, the Act has significantly increased the cost of compliance and encouraged de-listings, especially of smaller and foreign companies.<sup>70</sup> Second, the Act may not provide a useful oversight tool in cases where corporate fraud or non-compliance stems from management and where the board still relies heavily on management for information. Third, the Act presumes that an all independent committee will have the most objective and informed judgment regarding the performance of the company. However, independence by itself may not insure accurate and timely disclosure. Fourth, independent auditing may prove ineffective in the protection of shareholder rights and interests since audit results are shared with management and therefore may still fail to prevent or immediately capture revenue diverting schemes of insiders. Finally, Section 404

---

<sup>68</sup> Non-audit services are defined broadly and include the following: (1) bookkeeping or other services related to the accounting records or financial statements of the audit client; (2) financial information systems design and implementation; (3) appraisal or valuation services, fairness opinions; (4) actuarial services; (5) internal audit outsourcing services; (6) management functions or human resources; (7) broker or dealer, investment adviser, or investment banking services; and (8) legal services and expert services unrelated to the audit. *Id.* § 201.

<sup>69</sup> *Id.* §§ 406, 410.

<sup>70</sup> Price Waterhouse Coopers, *EU Style Sarbox: Is It Really Needed?*, Governance and Corporate Reporting, World Watch, Issue 2, 2006, at 37.

requirements may simply result in more internal bureaucracy or cause companies to only focus on the specifics of compliance required by the Act, ignoring other types of potential misconduct.<sup>71</sup>

### 2.2.3. Continental European System: European Union Framework

Compared to the Anglo-Saxon markets, the ownership structure in the Continental European markets are more concentrated, and banks play a dominant role in providing capital to public companies, by way of credit or share purchase.<sup>72</sup> The Continental European corporate model is a social one, focusing not only on shareholders, but also on other constituencies, such as companies' creditors, employees, suppliers, consumers and tax authorities, who are represented on the boards.<sup>73</sup>

#### 2.2.3.1. Dual Board Structure

Company laws in many Continental European countries envision a dual board structure with a supervision board of non-executive directors, and a management board of executive directors. The supervision board oversees the management board, which is responsible for the company's day-to-day operations. Supervisory directors are elected generally by shareholders and constituencies, while managing directors are appointed by the supervision board.<sup>74</sup> The management board regularly reports to the supervision board with regard to current business operations and planning. The supervisory directors may neither serve in the management, nor exercise any management powers.<sup>75</sup>

The dual board system appears, at first, to be an effective management oversight mechanism since it may assert more influence on management. However, it is not without disadvantages. First, until recently, a supervision board position was largely an honorary position and long-time management members could expect to be automatically nominated and elected without

---

<sup>71</sup> See David A. Skeel, Jr., *Icarus and American Corporate Regulation*, BUS. LAW, Nov. 2005, at 170.

<sup>72</sup> See ALI PASLI, ANONIM ORTAKLIK KURUMSAL YÖNETİMİ [CORPORATE GOVERNANCE], 62 (2<sup>nd</sup> ed. 2005).

<sup>73</sup> See generally Irene Lynch Fannon, *The European Social Model of Corporate Governance: Prospects for Success in an Enlarged Europe*, in INTERNATIONAL CORPORATE GOVERNANCE AFTER SARBANES-OXLEY (Paul U. Ali et al. ed. 2006); see *id.*, at 65.

<sup>74</sup> See e.g., Aktiengesetz [AktG] [Stock Corporation Act] Sept. 6, 1965, Art. 76(1), 102(1).

<sup>75</sup> *Id.* Art. 111(1).

opposition.<sup>76</sup> Second, the representation of non-shareholder constituencies, such as employees, may result in the inadequate focus on the interests of shareholders, the true bearers of risk.<sup>77</sup> For instance, the supervision board is structured so that, at times, non-shareholder constituencies, such as company employees and creditors, make up half of the board. However, a company must, above all, serve the rights and interests of shareholders, the equity contributors who have different rights and interests from non-shareholder constituencies. Therefore, leaving management oversight partly to non-shareholder constituencies may lead to results that are contrary to the aim of protecting shareholder rights and interests.

These criticisms were proven true in a recent case when in 2007 the Siemens CEO was ousted due to alleged bribery problems. However, the opinion voiced by some executives in the German market suggests that the CEO has been ousted in efforts led by the domineering chairman of the company; and that the CEO was well-respected by the investors since he increased profits and shareholder value and was not implicated in the alleged bribery.<sup>78</sup>

### 2.2.3.2. Recent Legal Developments

In the wake of recent corporate scandals, the Commission adopted the Action Plan on Modernizing Company Law and Enhancing Corporate Governance in the European Union to rebuilding investor confidence.<sup>79</sup> Following the Action Plan, in 2005, the Commission adopted a more specific set of recommendations regarding independent directors, with the aims of achieving effective management oversight and protecting shareholders'

---

<sup>76</sup> See MONKS, *supra* note 64, at 321-22; see also Richard Milne, *Misdirected? Germany's Two-Tier Governance System Comes Under Fire*, FIN. TIMES, May 9, 2007 at 9 (stating that German supervisory boards today are made up of people either from the industry who have no time or 67-year-old pensioners; and that an elite group of non-executive directors often sit on each other's boards.)

<sup>77</sup> A chairman of a DAX-30 company argues that directors side with the unions when they are in a weak position or do not agree with the investors. For instance, according to this chairman, the former chief executive of Daimler Chrysler used union support to stay in office. The chairman refers to this as the "unholy alliance of the losers." See Milne, *supra* note 78, at 9 (stating that union representatives who serve on boards further dilute investors' influence in the management of the company.)

<sup>78</sup> *Id.*, at 9.

<sup>79</sup> European Commission, *Modernising Company Law and Enhancing Corporate Governance in the European Union - A Plan to Move Forward* COM 284 (2003) (suggesting that shareholders' rights be strengthened through the facilitation of effective shareholder access to information, communication and collective decision-making procedures.)

interests.<sup>80</sup> The Recommendations define “independence” broadly, as the absence of any close ties with the company, its management or controlling shareholders.<sup>81</sup> Different from its US counter-part, the Sarbanes-Oxley Act, the adoption of the Recommendation by the Member States is possible on a comply-or-explain basis and Member States may take into account the specific nature of companies in addressing sector or enterprise-specific issues.

Following the Recommendations, the EU Commission responded to Parmalat with the repeal of the 8<sup>th</sup> Council Directive on statutory audits and the adoption of Directive 2006/43 on statutory audits of annual accounts and consolidated accounts in 2006.<sup>82</sup> The purpose of the new Directive is to harmonize the approach to statutory auditing in the EU and to guide Member States to establish a framework for an ethical, independent, confidential and effective auditing mechanism.

The most important provision of the Directive is article 22, regarding the independence and objectivity of the auditor. Accordingly, Member States are required to ensure that the statutory auditor is independent of the audited entity and does not have any direct or indirect financial, business, employment or other relationship with the company. Unlike Sarbanes-Oxley, the Directive does not specifically bar the rendering of non-audit services by statutory auditors during an audit. The Directive may be considered as a positive development towards business promotion and investment, while searching for a balance between binding and non-binding measures. However, statutory audit alone may not ensure the most effective management oversight due to the reasons elaborated in the earlier sections.

---

<sup>80</sup> Commission Recommendation on the role of non-executive or supervisory directors of listed companies and on the committees of the (supervisory) board [hereinafter Recommendations].

<sup>81</sup> The determination of what constitutes independence is left to the Member States; however, the Recommendation provides some guidance on what constitutes independence. Specifically, the Recommendation suggests the following to be considered in defining independence: the lack of (i) management or employment position in the company or an associated company (except for cases arising out of workers’ representation laws); (ii) receipt of significant remuneration from the company or an associated company, apart from a supervisory directors’ fees; (iii) representation of a controlling shareholder; (iv) a significant business relationship with the company or an associated company; (v) ownership of or employment by the present or former statutory auditor of the company or an associated company; (vii) supervisory director position for more than three terms. *See id.* Art. 4, 13.1-13.2.

<sup>82</sup> Directive 2006/43/EC on statutory audits of annual accounts and consolidated accounts, amending Council Directives 78/660/EEC and 83/349/EEC and repealing Council Directive 84/253/EEC (2006).

### **3. Proposal For Reinforcing Equity Investors' Right To Management Oversight**

The above-summarized management oversight mechanisms remain inadequate in meeting investor needs as they neither deter fraud, nor enable its discovery and disclosure, in a manner that allows investors to effectively use information to reposition their assets. The specific developments in international legal systems also fall short of effectuating management oversight in emerging markets, namely in the Turkish capital market, where listed companies have low non-affiliate public float and provide controlling owners with voting privileges. In other words, additional mechanisms tailored to the dynamics of the Turkish market, as well as specific investor preferences, may be required to achieve effective management oversight at a local level.

In light of the shortcomings mentioned above, we propose a supplementary board oversight model for companies with a low non-affiliate public float. In our opinion, the supplementary model should (i) serve as reinforcement for management oversight, (ii) aim to achieve a sustainable balance between management and oversight, (iii) effectively protect the essence of the rights and interests of shareholders, (iv) be employed by the non-controlling shareholders themselves, and (v) be implemented voluntarily by companies, similar to the adoption of non-mandatory corporate governance rules. Accordingly, our proposed model, "the shareholder oversight board," should be based on the principles of efficiency, shareholder-focus and discretion.

#### **3.1. Main Principles of the Proposed Model**

##### **3.1.1. Efficiency**

We define efficiency as the ability to (i) closely and continuously monitor for fraud and other managerial attempts to divert revenue away from the company and to (ii) prevent such attempts without intervening with the substantive governance role of the board of directors. If prevention proves impossible, then an efficient mechanism should allow for immediate disclosure to public as well as to the related authorities; and consequently enable shareholders to liquidate their investment.

Mechanisms for the protection of equity investors' rights and interests must differ from all other shareholder protection mechanisms since equity investors profit by taking or switching positions in accordance with



information that may suddenly impact prices. Consequently, any reinforcement mechanism for the protection of investor shareholder rights must focus on deterrence and disclosure. To achieve efficiency, the focus on deterrence and disclosure should be supplemented with the close, simultaneous and continuous monitoring of management activities. The outcome of such monitoring must be timely submitted to the shareholders in a complete and accurate manner.

The qualifications of corporate monitors, their duties and liabilities, the procedure and the timing of monitoring, and the identity of those to whom the monitors report, carry great importance and should entail a modified version - in accordance with capital market requirements - of the powers of the TCC-mandated internal auditor.

### **3.1.2. Shareholder-focus**

By shareholder-focus, we refer to the utilization of the model by those who stand to benefit the most from effective oversight, namely the shareholders lacking adequate capital or voting power for controlling the company. Through this principle, we aim to eliminate aspects or influences that may adversely affect the efficiency of the control mechanism or inhibit the development of a company. The rights and interests of the non-shareholder constituencies are a secondary issue in consideration of the scope of duties owed to shareholders by public companies. In addition, non-shareholder constituencies' rights and interests may be adequately protected through certain existing procedures. It is therefore appropriate that the proposed supplementary oversight mechanism be utilized directly by the very shareholders, who stand to benefit the most from it.

A critical issue in creation of the shareholder oversight board is the election of members in companies with concentrated ownership. This issue may be addressed by specific provisions (to be included in the articles of association as explained below) similar to those contained in Article 360 of the Draft Commercial Code and other voting mechanisms to be employed in the general assembly, such as excluding affiliated shareholders from the process and allowing only the votes of minority shareholders.

### **3.1.3. Discretion**

Finally, we define discretion as the voluntary nature of the proposed model. In other words, shareholders' power to monitor management must be



contractual, and therefore based on the articles of association.<sup>83</sup> The model must be utilized voluntarily and in accordance with corporate governance principles by companies that believe to gain from its deployment.

Investment in capital markets is a trade based on risk and profitability is quantified by risks taken. The board manages company business by taking a stance based on company preferences of risk and in accordance with the directives of the general assembly. Therefore, a company's profitability, which is based on the ability to innovate and utilize corporate opportunities, may be obstructed when mandatory rules (i) interfere with a company's risk decisions or preferences; (ii) require, across the board, creation of committees and similar bodies, and (iii) impose on company's day-to-day business. Such interference not only stalls a company, but also limits investors' risk options.

By the term "discretion," we also refer to the absence of mandatory laws, rules and regulations that might limit the companies' or investors' freedom to take risk. A rise in such mandatory rules may adversely affect the availability of public offerings, as well as encourage de-listings and minority shareholder squeeze-outs. In other words, a rise in mandatory rules may cause companies to become introverted. This trend may eventually result in the weakening of capital markets and damage its very foundations while depriving the investors of attractive investment opportunities.

### **3.2. General Framework of the Proposed Model**

The shareholder oversight board may exhibit similarities with the mandatory internal auditor mechanism contained in the TCC, and with the supervision board mechanism contained in the Continental European system. However, at times, it differs from these mechanisms in an attempt to avoid their pitfalls. The shareholder oversight board may be formulated differently by each company wishing to employ the mechanism. However, the following main framework should exist in all of the different formulations for the model:

As a first requirement, all members of the shareholder oversight board must be elected from minority shareholders. The election method may be specified in the articles of association, whereby only minority shareholders may be designated eligible for elections. From a procedural point of view, this designation may be registered with the Central Registry, allowing proxy

---

<sup>83</sup> See Reha Tanör, *Hisse Senetleri Borsada İşlem Gören Ortaklıklarda Denetim Mekanizmalarını Güçlendirmeye Yönelik Bir Model Önerisi [A Model For Reinforcing Oversight Mechanisms in Publicly Traded Companies]*, 2 GALATASARAY U.L.J. (2005).

voting. Furthermore, qualifications of nominees, method of elections, duration of office, quorums, termination and related issues may all be specified in the articles of association, in compliance with the existing mandatory legal provisions.

As a second requirement, the shareholder oversight board must be independent of the board of directors. The shareholder oversight board should neither branch from the board of directors, nor report to it. In addition, it cannot veto board decisions. However, the shareholder oversight board should work autonomously, yet simultaneously and in close cooperation with the board of directors in monitoring, deterring or disclosing revenue-diverting schemes or similar fraudulent acts.

The main duties of the oversight board, as to be specified in the articles of association, may be as follows: (i) to attend the board of directors' meetings (but without the right to vote); (ii) to request from the board of directors that attempts or acts in potential or actual violation of shareholders' rights be ceased; (iii) report discovered wrongdoings directly to the CMB; or (iv) disclose findings or wrongdoings to shareholders and the public. In drafting the related provisions of the articles of association, care must be taken to ensure that the shareholder oversight board does not reveal confidential company information or engage in fraudulent or bad-faith activities in carrying out its duties.<sup>84</sup> The fiduciary duty standards of directors may be incorporated and applied, here.

Compared to the mandatory internal auditor, who has a wide range of powers, but remains an inadequate monitor of management activities, and also compared to the supervision board of dual board systems, the proposed shareholder oversight board, structured in this manner, is expected to render more effective results than those in the past.

## Conclusion

Equity investors may utilize minority shareholder rights contained Article 11 of the CML, which points to Articles 341, 348, 356, 359, 366, 367 and 377 of the TCC. Among these TCC provisions, the right to request a special auditor, as contained in Article 348, and the right to direct a complaint to the mandatory auditor, as contained in Article 356 appear to be the most prevalent in the field of management oversight. Certain provisions in the

---

<sup>84</sup> For a detailed discussion on the scope confidential information for companies and banks, see Reha Tanör, *Finansal Kriz ve Sermaye Piyasası [Financial Crisis and Capital Markets]*, 145 (TSPAKB publication no. 8, Istanbul 2003).

Draft Commercial Code and other domestic or international legislation, as well as voluntary corporate governance guidelines, also envision minority shareholder rights for equity investors to utilize in relation to management oversight.

However, these provisions, as detailed as they may be from a commercial law perspective, fail to have a substantive effect from a securities law perspective. This is because equity investor rights vary in essence from the rights of minority shareholders in closely-held companies. As stock markets allow expectations and information to be priced-in immediately, equity investors in the global market, whether institutional or individual, are “momentarily” tied to shareholder values and periodical returns of companies they invest in. Therefore, equity investors must have a legally protected right to engage in efficient reallocation of their investments in stock markets. In addition, structural characteristics and public float levels of traded companies, which are governed by securities laws, necessitate a finer balance between management and oversight. The efficient functioning of stock markets, which serve to create an “instant” valuation of securities, depends on the establishment of such a balance.

To ensure a steady stream of dividends, high shareholder value and strong company performance, a company should be managed in a fair and successful manner. Accordingly, equity investors, who generally do not have the means to take part in management, should be able to effectively control or oversee management without hindering a company’s business activities. Current rules do not provide for this equilibrium. Therefore, there is a need for supplementary mechanisms to create and sustain a healthy balance between management and oversight.

Therefore, we recommend that mechanisms reinforcing equity investors’ right to management oversight be facilitated through the articles of incorporation, in a contractual manner. Each company has differing structural characteristics, needs and goals. If additional management oversight mechanisms are realized through legal norms, especially mandatory ones, they risk becoming ineffective, management of risk may become more difficult and investors’ ability to choose according to their risk appetite may be unnecessarily limited. This, in turn, may lead to the weakening of capital markets, as well as to the increase in questionable practices that thwart the intent of legal norms. Consequently, the respectability of the law, in general, may come into question.

Specifically, we propose that public companies with a low non-affiliate public float or concentrated ownership facilitate, through their articles of

association, a Shareholder Oversight Board. The Shareholder Oversight Board should be implemented in a voluntary manner, by willing companies, in accordance with the principles of corporate governance. The articles of association may include provisions specifying whom the Shareholder Oversight Board may consist of, as well as the duties and liabilities of its members. The duties of Shareholder Board members may resemble the duties of auditors, as specified in the TCC and the Draft Commercial Code, those of the Supervision Committee members, as envisioned in the EU legal system, and also those of the Audit Committee members, as recommended by the Cadbury Report.<sup>85</sup> However, the structure and liability of the Shareholder Board, as well as its ability to intervene in management, should differ from the above stated mechanisms. Each company may design the Shareholder Oversight Board with different nuances and in accordance with its specific preferences.

The Shareholder Oversight Board must be effective and focus on deterrence and disclosure; accordingly, it should work in parallel with the board of directors. While it may not join the decision-making process of the board or veto board decisions, it may warn management about revenue-diverting schemes and especially about transfer pricing activity. If such warning does not result in deterrence, then the Shareholder Board should, without delay, disclose these schemes to the public and the related authorities, and therefore, enable equity investors to make timely use of their right to be informed and to reallocate their positions.

The Shareholder Oversight Board may only consist of non-affiliated public shareholders. This limitation helps bolster equity investors' ability to monitor management since investors directly bear the financial risk of a company, but cannot partake in its management. The underlying logic behind this limitation is also based on the fact that shareholders' interests are best protected, not by independent directors or by other constituencies, but by the shareholders themselves. In addition, the Shareholder Board should be elected by and report to the general assembly; and consequently, become a balancing factor against the board of directors.

The realization of the proposed model or similar models would benefit the

---

<sup>85</sup> Report of the Committee on the Financial Aspects of Corporate Governance, § 4.35, Annex 4, Dec. 1992 [hereinafter Cadbury Report]. The main recommendations of the Cadbury report were (i) a division of responsibilities at the head of the company to ensure that no one individual has powers of decision; (ii) a majority of non-executive directors to be independent; (iii) at least three non-executives on the audit committee; (iv) a majority of non-executives on the remuneration committee; (v) non-executives selected by the whole board. See Cadbury Report, at 58-59.

market actors. First, the incorporation of such a model in the articles of incorporation of a public company or a company planning a public offering allows investors to consider such companies as more attractive and dependable. Furthermore, it reinforces these companies' competitive advantages and allows for easier access to domestic or international capital. In the aggregate, this trend may demonstrate how a legal mechanism may help support operational profitability and the real economy.

Second, institutional investors may encourage companies they plan to invest in to incorporate such a model and thereby, safeguard their placements in these companies. This approach would establish a balance between investors and "others" who manage investors' money.

Finally, the voluntary nature of the model would support the enrichment of articles of association jurisprudence and highlight a general preference for risk-specific implementation over mandatory rules. Consequently, the model enables the law to develop in a compatible manner with financial and economic requirements and, therefore, to become more respected.



# ÇEVİRİLER





**BİRLEŞİK DEVLETLER YÜKSEK MAHKEMESİ KARARI**  
**- CHRISTOPHER SIMMONS DAVASI -**

*Çev. Ar. Gör. Güçlü AKYÜREK\**

DONALD P. ROPE, POTOSI ISLAHEVİ MÜDÜRÜ, BAŞVURUCU –  
CHRISTOPHER SIMMONS DAVASI

MISSOURI YÜKSEK MAHKEMESİNE GEREĞİNİN İFASI MÜZEKKERESİ

1 MART 2005

Yargıç Kennedy, Mahkemenin görüşünü açıklamıştır.

Bu davada, bizden son on beş yılda ikinci kez olmak üzere, Birleşik Devletler Anayasasının Sekizinci ve On dördüncü Ek Maddelerinin, 15 yaşından büyük ancak 18 yaşından küçükken, ölüm cezasını gerektiren suç işleyen bir genç suçluya ölüm cezasının uygulanmasına izin verip vermediğinin belirlenmesi istenmektedir. Stanford-Kentucky davasında, Mahkeme, oy çokluğu ile, Anayasanın bu yaş grubundaki genç suçlular için ölüm cezasını yasakladığı yönündeki iddiayı reddetmiştir. Sorunu yeniden ele alıyoruz.

**I.**

17 yaşında, henüz lisedeki bir gençken, sanık Christopher Simmons, kasten adam öldürmüştür. Dokuz ayın sonunda, 18 yaşını doldurduktan sonra, yargılanmış ve ölüme mahkum edilmiştir. Simmons'ın suçun azmettiricisi olduğu yönünde de küçük bir şüphe vardır. Fiilinden önce Simmons, birini öldürmek istediğini söylemiştir. Soğukkanlı biri biçimde, duygusuz ifadelerle, sırasıyla 15 ve 16 yaşındaki arkadaşları Charles Benjamin ve John Tessmer'a

---

\* Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi.

planından söz etmiş ve büyük kısmını anlatmıştır. Simmons gece hırsızlık yapmayı ve kapıyı kırıp, eve girerek, mağduru astıktan sonra da köprüden atarak öldürmeyi önermiştir. Simmons arkadaşlarına, küçük oldukları için “bundan sıyrılabileceklerini” garanti etmiştir.

Suç gecesi saat 2 sularında üçü buluşmuş ancak Tessmer, diğer ikisi yola çıkmadan ayrılmıştır. (Eyalet daha sonra Tessmer’ı suça iştirakle suçlamış ancak Simmons aleyhindeki ifadesi nedeniyle suçlamayı kaldırmıştır). Simmons ve Benjamin, açık bir pencereden geçip arka kapıyı açarak mağdur Shirley Crook’un evine girmişlerdir. Simmons koridor lambasını yakmış, uyanan Bayan Crook “Kim var orda?” diye seslenmiştir. Buna karşılık, Simmons Bayan Crook’un yatak odasına girmiş ve ikisinin de karıştığı daha önceki bir trafik kazasından dolayı onu tanımıştır. Simmons daha sonra, bu durumun öldürme kararını güçlendirdiğini kabul etmiştir.

Mağdurun gözlerini ve ağızını kapatmak ve ellerini bağlamak için boru bantlarını kullanan iki fail, Bayan Crook’u kamyonetine koymuşlar ve bir parka gitmişlerdir. Bağları sıkışmışlar, kafasına bir havlu sarmışlar ve Meramic Nehri üzerindeki bir demiryolu köprüsüne kadar yürütmüşlerdir. Orada ellerini ve ayaklarını birlikte elektrik kablosuyla bağlamışlar, bütün yüzünü boru bantlarıyla sarmışlar ve onu köprüden atıp aşağıdaki suda boğmuşlardır.

9 Eylül günü öğleden sonra, Steven Crook, bir gecelik seyahatinden eve dönmüş, yatak odasını dağınık biçimde bulmuş ve eşinin kaybolduğunu yetkililere bildirmiştir. Aynı öğleden sonra, balıkçılar mağdurun cesedini nehirde bulmuşlardır. Simmons, bu arada, ölüm olayı hakkında övünmekte ve arkadaşlarına bir kadını öldürdüğünü söylemektedir “çünkü fahişe yüzümü görmüştü”.

Ertesi gün Simmons’ın olaya karıştığına dair bilgi alan polis, onu lisesinde yakalamış ve Fenton, Missouri Polis Merkezi’ne götürmüştür. Miranda hakları\*\* kendisine okunmuştur. Simmons, müdafî hakkından feragat etmiş ve soruları yanıtlamayı kabul etmiştir. İki saatten az süren ifadenin ardından, Simmons adam öldürme suçunu itiraf etmiş ve olay mahallinde kaydedilen canlandırmada yer almayı kabul etmiştir.

Eyalet, Simmons’ı gece hırsızlığı, adam kaçırma, hırsızlık ve tasarlayarak adam öldürmeyle suçlamıştır. Simmons, suç işlendiğinde 17 yaşında olduğu için, Missouri Eyaleti’nin Çocuk Yargılaması Usulünün dışında kalmıştır. Bir yetişkin olarak yargılanmıştır. Davada, Eyalet Simmons’ın itirafını ve

\*\* Bkz. Miranda-Arizona Davası (13 Haziran 1966). Bu haklar; susma hakkı, söyleyeceklerinin aleyhine delil olabileceğinin hatırlatılması, avukata danışma, ücretsiz müdafî ve istemediği sorulara cevap vermeme hakkıdır (Ç.N.)

ifadesi boyunca önce suçunu anlatıp daha sonra da bununla övündüğü, kaydedilmiş canlandırmayı sunmuştur. Savunma, iddia safhasında tanık çağırmamıştır. Jüri, kasten adam öldürme olduğu hükmüne varınca, davada cezanın belirlenmesi safhasına geçilmiştir.

Eyalet, ölüm cezasını talep etmiştir. Ağırlaştırıcı sebepler olarak, Eyalet, cinayetin, para almak; sanığın yasal olarak yakalanmasından kaçınmak, buna müdahale etmek ve bunu engellemek amacıyla işlenmesini, acımasızca ve kasten, son derece kötü, korkunç ve insanlık dışı olmasını ileri sürmüştür. Eyalet, Shirley Crook'un ölümünün hayatlarında yarattığı yıkımın dokunaklı kanıtlarını sunmak üzere eşini, kızını ve iki kız kardeşini çağırmıştır.

Hafifletici neden olarak, Simmons'ın müdafileri önce Missouri Çocuk Adaleti Kurumu'ndan bir görevliyi, Simmons'ın daha önce verilmiş bir mahkumiyeti ve kendisine karşı daha önce yapılmış bir suçlama bulunmadığını teyit ettirmek üzere çağırılmışlardır. Simmons'ın annesi, babası, iki küçük üvey erkek kardeşi, bir komşusu ve bir arkadaşı Simmons'la kurdukları yakın ilişkiden söz etmişler ve onun adına af dilemişlerdir. Özellikle annesi, Simmons'ın iki küçük erkek kardeşi ve büyükannesinin bakımı sırasında ortaya koyduğu sorumluluğu ve onlara sevgisini gösterme becerisini teyit etmiştir.

Kapanış tartışmaları sırasında, hem savcı hem de müdafiler, yargıcın jüri üyelerine hafifletici sebep olarak kabul edebileceklerini söylediği, Simmons'ın yaşına dikkat çekmişlerdir. Müdafiler, jüri üyelerine, Simmons'ın yaşındaki gençlerin içki içemeyeceklerini, jüri üyesi olamayacaklarını, hatta bazı filmleri izleyemeyeceklerini, çünkü "yasa koyucunun özenli biçimde belli yaştaki bireylerin yeterince sorumlu olmadıklarına karar verdiğini" hatırlatmışlardır. Simmons'ın yaşının "(jüri üyeleri için) tam olarak hangi cezanın uygulanacağını belirlenmesinde önemli bir fark" yaratması gerektiğini ileri sürmüşlerdir. Buna karşılık, savcı da şu cevabı vermiştir: "Yaş diyor. Yaş hakkında düşünün. On yedi yaş. Bu korkunç değil mi? Sizi korkutmuyor mu? Cezanın hafifletilmesi? İleri sürdüğümün tam tersi. Tam tersi."

Eyalet, ileri sürdüğü her üç ağırlatıcı sebebi de kanıtladıktan sonra, jüri ölüm cezasını önermiştir. Jürinin önerisini kabul eden dava yargıcı da ölüm cezasına hükmetmiştir.

Simmons yeni müdafiler edinmiş ve onlar da kararın ve mahkumiyetin bozulmasını mahkemeden talep etmişlerdir. İlk neden, Simmons'ın dava sırasında yeterince yardım görmemiş olmasıdır. Bu iddiayı desteklemek için, ye-

ni müdafiler, Simmons'ın davadaki müdafini, arkadaşlarını, komşusunu ve onu değerlendiren bir klinik psikologu tanık olarak çağırmışlardır.

Ayrıca, Simmons'ın "çok olgunlaşmadığı," "çok fevri olduğu," ve "kullanılmaya ya da etkilenmeye fazlasıyla açık olduğu" ileri sürülmüştür. Bilirkişiler de Simmons'ın zor ev yaşantısı, tavırlarındaki ani değişimlerle beraber ergenlik dönemindeki başarısız okul durumunu da içeren geçmişini teyit etmişlerdir. Simmons, vaktini diğer gençler ve genç yetişkinlerle beraber alkol ve uyuşturucu olarak harcayıp uzun zaman okula gitmemiştir. Sonraki müdafilerin iddiası, bu hususların mahkumiyet kararı aşamasında dikkate alınması gerektiğidir.

Mahkeme müdafilerin yetersiz yardımı gerekçesiyle Anayasanın ihlal edildiği iddiasını yerinde görmemiş ve istinaf başvurusundaki talebi reddetmiştir. Simmons hakkındaki karar ve mahkumiyetle, istinaf başvurusunun reddedilmesinin birlikte temyizi üzerine, Missouri Yüksek Mahkemesi davayı tartışmıştır (Eyalet-Simmons Davası). Federal mahkemeler Simmons'ın kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı yönündeki istemini reddetmiştir (Simmons-Bowersox Davası).

Simmons davasında süreç bu şekilde ilerledikten sonra, Birleşik Devletler Yüksek Mahkemesi Sekizinci ve On dördüncü Ek Maddelerin, zekası geri olan bir kişiye ölüm cezasının uygulanmasını yasakladığına karar vermiştir (Atkins-Virginia Davası). Simmons, Atkins kararının gerekçesinin Anayasanın suç işlendiğinde 18 yaşından küçük gençlere ölüm cezasının uygulanmasını yasakladığını kabul ettiği savıyla temyiz başvurusu için yeni bir istemde bulunmuştur.

Missouri Yüksek Mahkemesi bunu onamıştır (Simmons-Roper Davası). Stanford kararından bu yana,

"Genç suçlulara ölüm cezasının uygulanmasına karşı ulusal bir uzlaşma oluşmuştur, bunu da on sekiz eyaletin gençler için ölüm cezasını yasaklaması, başka on iki eyaletin ölüm cezasını herkes için yasaklaması, Stanford kararından bu yana hiçbir eyaletin ölüm cezasının alt sınırını 18'in altına düşürmemesi, beş eyaletin yasa ya da içtihat yoluyla yaş sınırını 18'e çıkartması veya bunu kabul etmesi ve gençlere ölüm cezası hükmedilmesinin son on yılda gerçekten istisnai hale gelmesi göstermektedir." diye karar vermiştir.

Bu gerekçeyle, Simmons hakkındaki ölüm cezası kararını bozmuş ve ona "Vali'nin kararı dışında hiçbir koşullu salıverme, af veya serbest bırakılma olanağı bulunmayan ömür boyu hapis cezası" vermiştir.

Kararın bozulmasına yönelik talebi kabul ettik, şimdi tartışıyoruz.

## II

Sekizinci Ek Madde şu kuralı koymaktadır: “ Aşırı kefalet istenemez, aşırı para cezasına hükmedilemez, acımasız veya istisnai cezalar verilemez”. Kural On dördüncü Ek Madde vasıtasıyla eyaletlerde de uygulanır (Furman-Georgia Davası, Robinson-California Davası, Louisiana/Francis-Resweber Davası çoğunluk görüşü). Mahkemenin Atkins kararında açıkladığı gibi, Sekizinci Ek Madde, bireylerin aşırı cezalara konu olmama hakkını güvence altına almaktadır. Bu hak, suçun cezasının, saldırıyla ölçülü ve oranlı olması gerektiği kuralından kaynaklanmaktadır (Weims-Birleşik Devletler Davası). En ağır suçları işledikleri sabit olanları da koruyarak, Sekizinci Ek Madde devletin herkesin onuruna saygı duyma görevini tekrar etmektedir.

“Acımasız ve istisnai cezalarla” ilgili yasak, Anayasadaki diğer geniş söylemler gibi, geçmiş, gelenek ve teamülle birlikte anayasal yapıdaki amacı ve görevi gerektiği gibi dikkate alınarak sözüne göre yorumlanmak zorundadır. Bunu yapabilmek için, uygunluk kıstasını kabul ettik ve hangi cezanın acımasız ve istisnai olacak şekilde ölçüsüz olacağını belirlemek üzere “olgunlaşmakta olan bir toplumun ilerlemesini gösteren, gelişen ahlak ölçütleri”ne atıf yapma gerekliliğini ortaya koyduk (Trop-Dulles Davası çoğunluk görüşü).

Thompson-Oklahoma Davasında, Mahkemenin çoğunluğu, ahlak ölçütlerimizin, suç tarihinde 16 yaşının altındaki faile ölüm cezasının uygulanmasına izin vermediğini belirtmiştir. Çoğunluk görüşü, ölüm cezasını uygulayan hiçbir eyaletin, alt sınır için 16 yaşında daha küçük bir yaşı açıkça kabul etmediğini açıklamıştır. Ayrıca çoğunluk “Suç işlediği tarihte 16 yaşından küçük bir kişiye ölüm cezasının uygulanmasının uygar ahlak ölçütlerine zarar verdiği sonucu saygın profesyonel kurumlar, bizim Anglo-Amerikan mirasımızı paylaşan diğer uluslar ve Batı Avrupa Topluluğunun lider üyelerinin beyan ettikleri görüşlerince de paylaşılmaktadır” demiştir. Bunun yanında çoğunluk, jürilerin 16 yaşından küçük suçluları ölüm cezasına mahkum etmelerinin son derece nadir olduğunu ve 16 yaşından küçükken işlediği bir suçtan dolayı, son kez bir suçlunun ölüm cezasının infazının 1948’de, 40 yıl önce gerçekleştiğini de not etmiştir.

15 yaşındaki suçluya ölüm cezası verilmesiyle ilgili içtihadı oluştururken, Thompson davasındaki çoğunluk, “Yetişkinlerin ayrıcalıkları ve sorumluluklarının gençlere verilmemesinin nedenleri, onların sorumsuz tutumlarının bir yetişkininki kadar ahlaken kötü olmamasını da açıkladığı”nı vurgulamıştır. Çoğunluk, ölüm cezasına önem veren bir tür maliyet-kâr analizi yapmış ve 16 yaşın altındakilere bu cezanın uygulanma olasılığının azlığı nedeniyle, caydırıcı olmadığını ve söz konusu suçluların az kusurluluğu da dik-

kate alındığında, ölüm cezasının orantısız olduğuna karar vermiştir. Yargıç O'Conner'ın değişik gerekçelerle aynı yöndeki görüşüyle beraber, Mahkeme 15 yaşındaki suçluya ölüm cezası veren kararı bozmuştur.

Bir yıl sonra, Stanford-Kentucky Davasında (1989), Mahkeme, çağdaş ahlak ölçütlerine atıf yapmış ve dört karşı görüşe rağmen Sekizinci Ek Madde ile On dördüncü Ek Maddelerin 15 yaşından büyük ancak 18 yaşından küçük genç suçlulara ölüm cezasının uygulanmasını yasaklamadığı sonucuna ulaşmıştır. Mahkeme, ölüm cezasına izin veren 37 eyaletten 22'sinde 16 yaşındaki suçlular için ölüm cezasına izin verildiğini ve bu 37 eyalet arasında 25'nin de 17 yaşındaki suçlular için buna izin verdiğini not etmiştir. Bu rakamlar, Mahkemenin gözünde, "acımasız ve istisnai özel bir ceza etiketi yapıştırmak için yeterli" bir ulusal uzlaşma bulunmadığına işaret etmektedir. Mahkeme çoğunluğu, Mahkemenin gençlere ölüm cezasının kabul edilebilirliğiyle ilgili bir içtihat oluşturması önerisini de kesin bir biçimde reddetmiştir.

Aynı gün, Mahkeme Sekizinci Ek Maddenin zekası geri olanlar için ölüm cezası açısından kesin bir istisna emretmediğine hükmetmiştir (Penry-Lynagh Davası). Bu sonuca ulaşırken, sadece iki eyaletin, ölüm cezasıyla cezalandırılan bir suç işleyen, zekası geri bir kişiye ölüm cezası verilmesini yasaklayan kanuni düzenlemeler yaptığını vurgulamıştır. Mahkemeye göre, "Zekası geri olanlara ölüm cezasının uygulanmasını yasaklayan iki eyalete, ölüm cezasını tamamen kaldıran 14 eyalet eklense bile, ulusal bir uzlaşmanın varlığı açısından bu yeterli bir kanıt sağlamaz".

Üç dönem önce, konu Atkins kararında ele alınmıştır. Biz, ahlak ölçütlerinin Penry kararından bu yana geliştiğine ve şimdi, zekası geri olan bir kişiye ölüm cezasının uygulanmasının acımasız ve istisnai olduğunu ortaya koyduğuna karar verdik. Mahkeme, bu kişilere ölüm cezasının uygulanması konusundaki yasal düzenlemelerde ve eyalet uygulamalarında ifade edilen, toplum ölçütlerinin nesnel işaretlerini not etmiştir. Atkins kararı verildiğinde, az sayıdaki eyalet bu uygulamaya izin veriyordu ve bu eyaletlerde de nadirdi. Bu işaretlerden hareketle, Mahkeme belirtmiştir ki bu kişiler için ölüm cezası "gerçekten istisnai hale gelmiştir ve buna karşı ulusal bir uzlaşmanın oluştuğunu söylemek doğrudur".

Toplumumuzun gelişen ahlak ölçütlerinin sorgulanması burada bitmemiştir. Atkins kararında, Mahkeme Stanford'daki, Mahkeme içtihadının Sekizinci Ek Madde bağlamında özel bir cezanın kabul edilebilirliği sorunuyla ilgili olmadığı yönündeki tespitini ne tekrar etmiş, ne de buna dayanmıştır. Bunun yerine kurala döndük ve Stanford'dan önceki kararlarda "Anayasanın, içtihadımızın Sekizinci Ek Madde bağlamında ölüm cezasının kabul edilebilir-

liği sorunuyla ilgili olmasını amaçladığını” kabul ettik (Coker-Georgia Davası çoğunluk görüşü) Mahkeme, zeka geriliği, suçlu doğru ile yanlış ayırt edebiliyorsa bile kişisel kusurluluğu kaldırır demiştir. Zekası geri olan suçluların eksiklikleri, ölüm cezasını geçmiş suçları cezalandırma açısından daha az savunulabilir ve gerçek bir caydırıcı etki yaratması açısından daha az uygun hale getirmektedir. Bu düşünceler ve zekası geri olanlara ölüm cezasının uygulanmasına karşı ulusal bir uzlaşma bulunması ışığında, Mahkeme ölüm cezasının zekası geri olan bütün suçlular açısından aşırı bir ceza oluşturduğuna ve Sekizinci Ek Maddenin “Eyaletin, zekası geri olan bir suçlunun hayatına son verme yetkisine ciddi bir kısıtlama getirdiğine” karar vermiştir.

Tıpkı Mahkemenin Penry’de karar verdiği bir konuyu tekrar Atkins kararında yeniden ele alması gibi, biz de şimdi Stanford’da karar verilen bir konuyu yeniden ele alıyoruz. Başlangıç noktası, özellikle sorunu ele alan yasal düzenlemelerde ifade edilen uzlaşma işaretlerinin yeniden gözden geçirilmesidir. Bu veri bize çok temel bilgiler vermektedir. Artık, gençler için ölüm cezasının orantısız bir ceza olup olmadığını, kendi içtihadımızda, belirlemek zorundayız.

### III

#### A

Gençler için ölüm cezasına karşı ulusal uzlaşmanın kanıtı, Atkins kararında zeka geriliği olanlar için ölüm cezasına karşı ulusal uzlaşma açısında yeterli bulunan kanıtla benzer, hatta bazı açılardan paraleldir. Atkins kararı verildiğinde, 30 eyalet zekası geri olanlar için ölüm cezasını yasaklamıştır. Bu sayı, herkes için ölüm cezasını kaldıran 12’si ile bunu koruyan ancak zekası geri olanları kapsam dışına çıkaran 18’i kapsamaktadır. Bu olayda da benzer bir hesaplamayla, 12’si ölüm cezasını herkes için reddeden, 18’i de cezayı korumakla beraber gençleri kapsam dışına çıkaran 30 eyalet gençler için ölüm cezasını yasaklamaktadır. Atkins kararında, 20 eyalette resmi yasaklama olamamasına rağmen zekası geri olanlara ölüm cezasının seyrek olarak uygulandığı üzerinde durulmuştur. Penry kararından bu yana, sadece beş eyalet, IQ’ları 70’in altında olduğu bilinen suçlulara ölüm cezası uygulamıştır. Mevcut olayda da, 20 eyalette resmi bir yasak bulunmamasına rağmen, uygulama seyrekdir. Stanford kararından bu yana, altı eyalet, mahkumlara, gençken işledikleri suçlardan dolayı ölüm cezasını uygulamıştır. Son 10 yılda ise, sadece üç tanesi bunu yapmıştır: Oklahoma, Texas ve Virginia. Aralık 2003’te Kentucky Valisi, Kevin Stanford’un hayatını bağışlayıp, cezasını af olanağı olmayan ömür boyu hapse çevirerek şu açıklamayı yap-

miştir “Yasal olarak çocuk olan insanlara ölüm cezası uygulamamalıyız”. Bu işlemle Vali, Kentucky Eyaleti’nin, Mahkemenin Stanford-Kentucky davasında onayladığı sanığın ölüm cezasının infazına rağmen, son 10 yılda gençlere ölüm cezasını uygulayan eyaletler listesine eklenmemesini sağlamıştır.

Elbette, Atkins kararındaki uzlaşma kanıtıyla bu davadaki arasında en azından bir fark vardır. Atkins kararında etkileyici olan, zekası geri olanlar için ölüm cezasının kaldırılmasının oranıydı. Penry kararında, zekası geri olanlara ölüm cezasını uygulayan 16 eyalet, Atkins kararını duyduğumuz zaman bu uygulamayı kaldırmıştır. Buna karşın, gençlere yönelik ölüm cezasının azalmasındaki değişim oranı veya onu kaldırma yolundaki adımlar daha yavaş olmuştur. Stanford kararı sırasında, gençlere ölüm cezasına izin veren beş eyalet, dördü yasa biri içtihat yoluyla olmak üzere, 15 yıl içinde bunu terk etmiştir.

Penry kararından Atkins kararına kadar olan değişimden daha yavaş olmasına rağmen, biz yine de Stanford kararından bu olaya kadar olan değişimi önemli buluyoruz. Atkins kararında da not edildiği gibi, Penry kararından beri zekası geri olanlar için ölüm cezasını kaldıran eyaletlerle ilgili olarak “önemli olan bu eyaletlerin sayısı değil, değişim yönündeki istikrardır”. Özellikle, ölüm cezasını zekası geri olanlar açısından yasaklamış olan hiçbir eyaletin, Penry kararının ardından, bunu tekrar yasallaştırmamasını önemli bulduk. Stanford kararından sonra, gençler için ölüm cezasını kaldıran eyalet sayısı, Penry kararından sonra zekası geri olanlar için ölüm cezasını kaldıran eyaletlerden azdır; yine de değişim yönündeki aynı istikrarın gösterildiğini düşünüyoruz. Daha önce gençler için ölüm cezasını kaldırmış hiçbir eyalet, Stanford kararından sonra onu tekrar kabul etmedi. Bu olgu, gençlere ölüm cezasını kaldırılmasına yönelik eğilimle birleştiğinde, suç karşıtı düzenlemelerin yaygın popülaritesi ve diğer alanlarda genç suçluluğunun engellenmesine yönelik son yıllardaki özel eğilimden daha fazla önem taşımaktadır. Bu davayla, Atkins kararı arasında ölüm cezasının kaldırılmasına gidişteki herhangi bir fark, böylece, değişim yönündeki istikrarla dengelenmektedir.

Gençler için ölüm cezasının kaldırılmasına, geçtiğimiz 15 yıldaki yavaş gidişin basit bir açıklaması olabilir. Penry kararını duyduğumuzda, ölüm cezasını kabul etmiş sadece iki eyalet zekası geri olanlar açısından yasak getirmiştir. Stanford kararını duyduğumuzda ise, ölüm cezasını kabul etmiş 12 eyalet 18 yaşının altındaki gençleri açısından yasaklamış, 15’i de 17 yaşın altındakiler için yasak getirmişti. Bir fark var olsa da, bu 16 ile 18 yaş arasındaki gençlere ölüm cezası uygulanmasının uygunsuzluğunun, zekası geri olanlara uygulamasının uygunsuzluğundan daha önce geniş biçimde kabul edildiğini göstermektedir. Missouri Yüksek Mahkemesinin sözleriyle “Zeka-



sı geri olanlara ölüm cezasının uygulanmasının yasaklandığı şu anda, gençler için ölüm cezasının yerinde olmayışının zekası geri olanlara göre daha önce tanınmış olmasının gençlere bu cezanın uygulanmasına devam edilmesi için bir neden olması ironide uç nokta olurdu”.

Başvurucu, gençler için ölüm cezası yönünde bir ulusal uzlaşma gösteremekte ancak buna karşı da herhangi bir uzlaşma bulunmadığı düşüncesinde ısrar etmektedir. Başvurucu bu tutumunu, özellikle, Senato'nun Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesini onaylarken, Antlaşmanın gençler için ölüm cezasını yasaklayan 6/5 maddesine çekince konmasına yönelik Başkan'ın önerisi konusunda böyle davrandığı gözlemiyle desteklemektedir. Bu çekince, olsa olsa, başvurucunun iddiasına zayıf bir destek sağlamaktadır. Birincisi, çekince 1992'de konmuştur, o zamandan bu yana, beş eyalet gençler için ölüm cezasını kaldırmıştır. İkincisi, Kongre konuyu 1994'te Federal Ölüm Cezası Yasası'nı yaparken ele almış ve ölüm cezasının gençleri kapsamaması gerektiğini belirtmiştir. UMSHS'nin 6/5 maddesindeki çekince, gençlere ölüm cezası uygulanmasına karşı ulusal bir uzlaşma bulunmadığına dair çok az bir kanıt sağlamaktadır.

Atkins kararındaki gibi, bu davadaki nesnel uzlaşma işaretleri – Eyaletlerin çoğunda gençler için ölüm cezasının reddedilmesi; hala kitaplarda bulunmasına rağmen nadir olarak kullanılması; ve uygulamasının kaldırılması yönündeki eğilimin istikrarı – günümüzde toplumumuzun gençleri, Atkins davasında zekası geri olanlar için söylendiği gibi, “bütünüyle, ortalama bir suçluya göre daha az kusurlu” gördüğü yönünde yeterli kanıt sağlamaktadır.

## **B**

Eyaletlerin çoğu 18 yaşın altındaki genç suçlulara ölüm cezası verilmesini reddetmektedir ve şimdi biz bunun Sekizinci Ek Madde'nin gereği olduğuna karar veriyoruz.

Ölüm cezası en sert ceza olduğundan, Sekizinci Ek Madde ona özel olarak uygulanır. Ölüm cezası “en ciddi suçların dar bir kategorisindekileri” işleyen ve çok büyük kusurluluklarının onları “ölüm cezasını en çok hak edenler” haline getirdiği suçlularla sınırlı olmak zorundadır. Bu ilke, ölüm cezasına hükmedilmesi süreci boyunca uygulanır. Eyaletler, ölüm cezası hükmüne yol açacak ağırlaştırıcı sebeplerin dar ve belirli tariflerini vermek zorundadır (Godfrey-Georgia Davası). Ölümle cezalandırılan bir olayda, bir sanık “kişiliğinin veya ününün herhangi bir yönünü veya sanığın ölümden daha hafif bir ceza için temel olması açısından önerebileceği suçun işlenmesindeki herhangi bir durumu” hafifletici neden olarak ortaya koymak konusunda geniş

bir özgürlüğe sahiptir (Lockett-Ohio Davası, Eddings-Oklahoma Davası, Johnson-Texas Davası). Bazı suçlar vardır ki çok ciddidir ancak işlendikleri zaman ölüm cezası verilmeyebilir (Coker-Georgia Davası: yetişkin bir kadına tecavüz, Emmund-Florida Davası: failin öldürmediği, öldürmeye teşebbüs ettiği veya öldürmeyi kastettiği, cürüm işlemek kasdıyla adam öldürme). Ölüm cezası bazı grup suçlulara uygulanamaz, örneğin 16 yaşından küçük gençler açısından anlamsızdır, ve zekası geri olanlar açısından ise suçun kötü olması söz konusu değildir (Thompson-Oklahoma Davası, Ford-Wainwright Davası, Atkins Davası). Bu kurallar, ölüm cezasının dar bir kategorideki suçlar ve suçlulara özgü olduğu ilkesinin temel alınmasının doğruluğunu kanıtlamaktadır.

18 yaşın altındaki gençler ve yetişkinler arasındaki üç genel fark, genç suçluların en kötü suçlular arasında rahatlıkla sınıflandırılmayacağını göstermektedir. Birincisi, her ana-babanın bildiği ve sanıkla çağırılan arkadaşlarını inceleyen bilim adamları ve sosyologların da doğrulama eğiliminde olduğu gibi “Olgunlaşma eksikliği ve az gelişmiş sorumluluk duygusu gençlerde yetişkinlere göre daha çok bulunur ve gençler açısından daha anlaşılabilir. Bu nitelikler genellikle şiddetli, düşüncesiz eylem ve kararlara yol açmaktadır (Johnson Davası, Eddings Davası, “Normal 16 yaşındakiler dahi, genel kabule göre, bir yetişkinin olgunluğundan yoksundur”). “Erişkinlerin istatistiksel olarak, düşüncesiz davranışların her türlü kategorisinde gerçekten daha çok olduğu” not edilmiştir (Arnett, Erişkinlikte Düşüncesiz Davranış: Geliştirmeci Bir Görünüş). Gençlerin olgunlaşmamışlığının ve sorumsuzluğunun karşılıklı kabulü ile, hemen her eyalet 18 yaşın altındakilerin oy kullanmasını, jüri üyesi olmasını veya ana-babanın izni olmaksızın evlenmesini yasaklamıştır.

İkinci farklılık konusu ise gençlerin olumsuz etkiler ve yakın baskı da dahil dış baskılar bakımından daha hassas ve kolay incinebilir olmalarıdır (Eddings Kararı: “Gençlik zamansal bir olgudan fazlasıdır. Kişinin etkilenme ve psikolojik zarar konusunda en hassas olabildiği bir yaşam dönemi ve halidir”). Bu da, gençlerin çevrelerinde az denetim veya az denetim deneyimi olmasıyla kısmen de olsa açıklanabilir (Bkz. Steinberg & Scott, Erişkinlik Nedeniyle Daha Az Suçlu: Geliştirmeci Olgunlaşmamışlık, Azaltılmış Sorumluluk ve Gençlere Ölüm Cezası, 2003) (Steinberg & Scott’tan: “Hukuken küçük olarak, (gençler) yetişkinlerin kendilerini suç üreten çevrelerden kurtarma özgürlüğünden yoksundurlar”).

Üçüncü genel farklılık da, bir gencin kişiliğinin, bir yetişkin kadar henüz oluşmamış olmasıdır. Gençlerin kişilik özellikleri daha geçici ve daha az sabittir (Genel olarak Bkz. E. Erikson, Kimlik: Gençlik ve Bunalım, 1968).

Bu farklar, gençlerin en kötü suçlular arasında yer alması sonucunu şüpheli hale getirmektedir. Gençlerin olgunlaşmamışlık ve sorumsuz davranışlar konusundaki hassasiyetleri, “sorumsuz tutumlarının bir yetişkininki kadar ahlaken kötü olmadığı” anlamına gelmektedir (Thompson Davasında çoğunluk görüşü). Onların kolay incinebilirlikleri ve yakın çevrelerindeki karşılıklı denetim eksiklikleri, gençlerin yetişkinlere göre çevrelerinin olumsuz etkilerine kapılmaktan dolayı daha affedilebilir olmaları anlamına gelmektedir (Stanford Davası). Gençlerin, henüz kimliklerini oluşturma çabası içinde oldukları gerçeği, bir genç tarafından işlenen ağır bir suçun, düzeltilemez biçimde bozuk bir kişiliğin kanıtı olduğu iddiasının desteklenebilir olmadığı anlamına gelmektedir. Ahlaki bakış açısından, bir küçüğün kusurları ile bir yetişkininkini eşit görmek yanlış olacaktır, çoğunlukla bir küçüğün kişilik eksikliklerinin düzelmeye olasılığı vardır. Gerçekten, “Gençliğin hafifletici neden sayılması, belirleyici özelliklerinin geçici olmasından kaynaklanmaktadır; gençlik yıllarında egemen olabilen fevriyet ve pervasızlık olgun bireylerde durulmaktadır” (Johnson Davası, ayrıca Bkz. Steinberg & Scott) (“Gençlerin çoğu için, (riskli veya antisosyal) davranışlar gelip geçicidir; olgunlukla beraber bireysel kimlik oluşunca sona erer. Sadece riskli veya yasadışı faaliyetlere karışan göreceli küçük bir yetişkin grubu, olgunlukta da devam eden sorunlu davranış örnekleri geliştirir”).

Thompson kararında, Mahkeme çoğunluğu, 16 yaşından küçük gençler için bu özelliklerin önemini kabul etmiştir ve bunlardan hareketle Sekizinci Ek Maddenin o yaşın altındaki gençlere ölüm cezası verilmesini yasakladığına hükmetmiştir. Biz de, aynı gerekçenin 18 yaşın altındaki tüm genç suçlulara uygulanabileceği sonucuna varıyoruz.

Bir kez, gençlerin az kusurluluğu kabul edilince, onlar açısından yetişkinlere göre ölüm cezasının daha az uygulanmasının cezabilimsel haklılığı da açıktır. Ölüm cezasının hizmet ettiği iki tane toplumsal amaç vardır: “Cezalandırma ve ölüm cezası gerektiren suçların olası suçlularının caydırılması” (Atkins Davası, Gregg-Georgia Davası). Cezalandırma için, Atkins kararında işaret ettiğimiz gibi “Eğer adam öldürme suçunun ortalama failinin kusurluluğu Eyalet için en ağır cezayı haklı kılmaya yetmiyorsa, zekası geri olan suçlunun az kusurluluğu da o tip bir cezalandırmayı hak etmez”. Aynı sonuçlar, genç suçlunun az kusurluluğundan da çıkar. Topluluğun ahlakına yönelik bir kalkışma veya mağdura yapılan yanlış dengeleme hakkına bir kalkışma olarak gözükmese de, cezalandırma konusu, bir küçük için bir yetişkin için olduğu kadar güçlü değildir. Eğer kusurluluğu veya kabahatliliği az olan birine, hukukun en ağır cezası veriliyorsa, gençlik ve olgunlaşmamışlık nedeniyle, cezalandırma orantılı olmaktan ciddi derecede uzaktır.

Caydırma açısından, başvuru vekilinin sözlü iddiasında açıkladığı gibi ölüm cezasının gençlerde belirli veya hiç olmazsa ölçülebilir bir etkisinin bulunup bulunmadığı belirsizdir. Genellikle değişik cezai düzenlemelerin etkinliğinin değerlendirmesini yasa koyuculara bırakırız (Bkz. Harmelin-Michigan Davası). Ancak burada caydırıcı etkinin kanıtlanamamasının özel bir durumu vardır çünkü gençleri yetişkinlere göre daha az kusurlu sayan özellikler, gençlerin caydırılmaya daha az duyarlı olmasını gerektirir. Özellikle, Thompson kararındaki çoğunluğun belirttiği gibi, “Maliyet-kâr analizinin gençlerde ölüm cezası olasılığına verdiği önem o kadar azdır ki neredeyse yoktur”. Gençlere ölüm cezasının fazladan caydırıcı etkisi olsa bile, özellikle genç bir insan için af olasılığından yoksun, ciddi bir ceza olan ömür boyu hapis cezası kadar değildir.

Sonuç olarak, ne cezalandırma ne de caydırma genç suçlulara ölüm cezası verilmesine gereken haklılığı sağlamaktadır. Çok genç suçluların işlediği acımasız suçları inkar etmiyoruz veya küçümsemiyoruz (Bkz. Alabama Dosyası). Biz bunu hiçbir şekilde kabul etmesek de, genç suçlunun yeterli psikolojik olgunluğa sahip olduğu ve aynı zamanda ölüm cezasını hak etmek için yeterli ahlaksızlığı gösterdiği durumların ortaya çıkabileceği kesinlikle iddia edilebilmektedir. Gerçekten, bu olasılık başvuru ve arkadaşları tarafından ileri sürülen bir iddianın temel dayanak noktasıdır. Gençlerin az kusurluluğu ile ilgili yaptığımız değerlendirmenin doğruluğunu genel olarak kabul etmekle birlikte, jüri üyelerinin, yine de, her olayda gençliğin hafifletici neden olup olmayacağını ayrı ayrı değerlendirebilmesi ve haklılığı ortaya konursa ölüm cezası verebilmesi gerektiğini ileri sürmektedirler. Ölüm cezası hükmünün temel niteliği, suçla ilgili hususların ve suçlunun özelliklerinin özel olarak değerlendirilmesidir. Sistem, her olayda hem ağırlatıcı sebepleri hem de gençlik de dahil hafifletici sebepleri dikkate almak için düzenlenmiştir. Bu Mahkemenin bireysel dikkat konusundaki ısrarını ortaya koyan başvuru, 18 yaşın altındaki tüm suçlular için ölüm cezası verilmesini bütünüyle yasaklayan bir kuralın kabul edilmesinin hem keyfi hem de gereksiz olduğu savını korumuştur.

Biz bu görüşe katılmamaktayız. Genç suçlularla yetişkinler arasındaki farklar belirgindir ve yetersiz kusurluluğa rağmen genç bir kişinin ölüm cezasına çarptırılma tehlikesinin iyice anlaşılmasını sağlamıştır. Genç suçluların nesnel olgunlaşmamışlıkları, kolay incinebilirlikleri ve gerçek ahlaksızlıktan yoksunluklarının ölümünden daha hafif bir cezayı gerektirmesi karşısında, özel bir suçtaki acımasızlığın veya soğuk kanlılığın, doğal bir şey olan gençliğe dayanan hafifletici nedene üstün gelmesi kabul edilemez bir olasılıktır. Bazı davalarda, sanığın gençliği ona karşı da sayılabilir. Bu davada, yukarıda not edildiği gibi, savcı, Simmons’ın gençliğinin hafifleticiden çok ağırlaştırıcı olduğunu iddia etmiştir. Böyle ters üstünlükler, gençliğin hafifletici et-

kisinin göz ardı edilmemesini ve bizde daha büyük kaygılar oluşmamasını sağlayacak özel bir kuralla düzeltilebilir.

Yine de psikolojisi uzmanları için, suçları uygunsuz ama geçici olgunlaşmamışlığı yansıtan genç suçlularla, suçları düzeltilemez bir bozulmayı yansıtan genç suçluları ayırt etmek zordur (Bkz. Steinberg & Scott). Bu zorluk, psikiyatristlerin 18 yaşından küçük herhangi bir hastadaki antisosyal kişilik bozukluğunu, ki bozukluk psikopati veya sosyopatiyi de gösterir ve duygusuzluk, kinizm, başkalarının duygularını, haklarını ve acılarını küçümseme de ayırıcı özellikleridir; teşhis etmelerini yasaklayan kuraldan kaynaklanmaktadır (Amerikan Psikiyatri Derneği, Zihinsel Bozukluklar Teşhis ve İstatistik Kitabı, ayrıca Bkz. Steinberg & Scott). Eğer kilink testleri ve inceleme olanakları bulunan deneyimli psikiyatristler, 18 yaşın altındaki gençlerde antisosyal kişilik bozukluğu bulunduğu değerlendirmesinden, teşhis araştırmalarına rağmen, kaçınıyorlarsa, biz de eyaletlerin jüri üyelerinden daha ağır bir ceza- genç bir suçlunun ölüm cezasını hak ettiği hakkında -vermelerini istemekten kaçınması gerektiği sonucuna varabiliriz. Genç bir suçlu ağır bir suç işlediğinde, eyalet ona en temel özgürlüklerinden bazılarını ceza olarak kaybetmesini dayatabilir ancak eyalet onun yaşamını ve kendi insanlığını anlayacağı olgunluğa ulaşma potansiyelini sona erdiremez.

Sınırı 18 yaşa çekmek söz konusudur, elbette, kesin kurallara karşı her zaman itirazlar ileri sürülmüştür. Gençleri yetişkinlerden ayıran nitelikler, bir birey 18 yaşını doldurunca yok olmamaktadır. Aynı şekilde, bazı 18 yaşından küçüklerin ulaştığı olgunluk seviyesine de kimi yetişkinler asla varamayacaklardır. Tartıştığımız nedenlerden dolayı, yine de, bir sınır çekilmek zorundadır. Thompson kararındaki çoğunluk görüşü, sınırı 16'ya çekti. Sonraki yıllarda, Thompson kararındaki çoğunluğun, 16 yaşından küçükler ölüm cezası uygulanmamasına yönelik kararına karşı çıkılmadı. Thompson kararının mantığı, 18 yaşın altındakileri de kapsamaktadır. 18 yaş, toplumun çocuklukla yetişkinlik arasındaki birçok amaca sınır çizdiği noktadır. Bu yaşın ölüm cezasının uygulanabilirliği için sınır olması gerektiğine karar veriyoruz.

Bu iddialar, Stanford-Kentucky kararının artık bu konuda da etkili olması gerektiği anlamına gelmektedir. Stanford kararı 1989'daki nesnel uzlaşma işaretlerinin yeniden gözden geçirilmesi üzerine kurulmuşsa da, o işaretlerin değiştiğini not etmek yeterlidir. Ayrıca, Stanford kararını veren Mahkeme, herkes için ölüm cezasını kaldırmış olan eyaletleri, gençlere yönelik ölüm cezasına karşı uzlaşmanın bir parçası saydığı belirtilmelidir; bir eyaletin herkes için ölüm cezasını yasaklama kararı, ister istemez, ölüm cezasının, gençler de dahil, herkes için uygunsuz olduğuna dair bir yargıyı göster-

mektedir. Son olarak, Stanford kararı, Mahkemenin ölüm cezasının özel bir suç veya suçlu grubu için orantılılığı yönünde içtihat oluşturması gerektiği düşüncesinin reddine dayanmışsa da, bu reddin önceki Sekizinci Ek Madde kararlarıyla bağdaşmaz olduğunu not etmek yeterlidir (Thompson kararı çoğunluk görüşü, Emmund kararı, Coker kararı çoğunluk görüşü). Yakın zamandaki Atkins kararımızın esaslarıyla da bağdaşmamaktadır.

Genç suçlulara ölüm cezası verilemeyeceğine hükmederken, bazı eyaletlerin Stanford kararında, gençlere ölüm cezası öngörmek için dayandıkları durumları da hesaba katmaktayız. Bu iddia, yine de, Stanford kararının artık tartışılan az sayıdaki olayda veya ilerde ortaya çıkacak olanlarda etkili olması gerektiği yönündeki düşüncemizden daha güçlü değildir.

#### IV

18 yaşın altındaki suçlular için ölüm cezasının orantısız olduğu yönündeki belirlememiz, Birleşik Devletler'in gençlere resmen ölüm cezası vermeye devam eden tek ülke olduğu katı gerçeğiyle doğrulanmaktadır. Bu gerçek, Sekizinci Ek Maddeden çıkan yorumlama görevi açısından sorumluluğumuzu etkilememektedir. Yine de en azından Trop davasındaki kararından bu yana, Mahkeme Sekizinci Ek Maddedeki "acımasız ve istisnai ceza" yasağının yorumu için bilgi verici olarak başka ülkelerin hukuklarına ve uluslararası makamlara atıf yapmaktadır ("Dünyanın uygar ulusları, vatandaşlıktan çıkarmanın bir suçun cezası olamayacağı yönünde gerçek bir oybirliği halindedir"). Ayrıca Bkz. Atkins kararı ("Dünya topluluğunda, zekası geri olan suçlular tarafından işlenen suçlar için ölüm cezası verilmesi ezici bir çoğunlukla reddedilmekte" olduğu kabul edilerek), Thompson kararında çoğunluk görüşü (ölüm cezasının "bizim Anglo-Amerikan mirasımızı paylaşan diğer uluslar ve Batı Avrupa Topluluğunun lider üyelerince" kaldırılması not edilerek ve "daha önce, bir cezanın acımasız ve istisnai olup olmamasının belirlenmesinde uluslararası toplumunu görüşlerinin önemini kabul ettiğimizi" belirterek). Emmund kararı ("cürüm işlemek kasdıyla adam öldürme doktrini İngiltere ve Hindistan'da kaldırılmış, Kanada'da ve bazı İngiliz Milletler Topluluğu üyesi ülkelerde geniş ölçüde kısıtlanmıştır ve Kıta Avrupası'nda bilinmemekte" olduğunu belirterek). Coker kararında çoğunluk görüşü (burada, 1965 yılında incelenen dünyadaki 60 büyük ulustan yalnızca 3'nün ölümle neticelenmeyen tecavüz için ölüm cezasını muhafaza etmekte olduğu konu ile ilgisiz ...değildir").

Sanık ve dava arkadaşlarının da üzerinde durduğu gibi, Birleşik Devletler ve Somali dışında her ülkenin onayladığı Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesinin 37.maddesi 18 yaşın altındaki gençlerin işlediği suçlara ölüm cezası verilmesi hakkında açık yasak içermektedir (2 Eylül 1990'da yürürlü-

ğe girdi). Sanık dosyası; Dava arkadaşı olarak Avrupa Birliği Dosyası; Dava arkadaşı olarak Başkan James Earl Carter Jr. Dosyası; Dava arkadaşı olarak eski Birleşik Devletler Diplomatları Morton Abramowitz Dosyası; Dava arkadaşı olarak İngiltere ve Galler Baroları İnsan Hakları Komitesi Dosyası. Onaylayan hiçbir ülke, bu yasaklama hükmüne çekince koymamıştır. Paralel yasaklamalar başka önemli uluslararası sözleşmelerde de bulunmaktadır. Bkz. UMSHS m.6/5 (suç tarihinde 18 yaşın altında olan bir kimseye ölüm cezasını yasaklamaktadır) (Birleşik Devletler tarafından imzalanmış ve onaylanmıştır, yukarıda not edilen bir de çekinceye konu olmuştur); Amerika İnsan Hakları Sözleşmesi: San José Paketi, Kosta Rika, m.4/5, 22 Kasım 1969 (19 Temmuz 1978’de yürürlüğe girdi); Afrika Çocuk Hakları ve Refahı Şartı m.5/3 (29 Kasım 1999’da yürürlüğe girdi).

Birleşik Devletler dışında sadece yedi ülkenin 1990’dan bu yana genç suçlulara ölüm cezasını uyguladığını sanık ve dava arkadaşları ileri sürmüş ve başvuru da buna karşı çıkmamıştır: İran, Pakistan, Suudi Arabistan, Yemen, Nijerya, Kongo Demokratik Cumhuriyeti ve Çin. O tarihten beri, bu ülkelerin her biri gençler için ölüm cezasını kaldırmış veya uygulamayı reddetmiştir (Sanık Dosyası). Özetle, Birleşik Devletlerin şu anda gençlere ölüm cezasına karşı yüzünü çevirmiş bir dünyada yalnız kaldığını söylemek doğrudur.

Gençlere ölüm cezasını yasaklayan uluslararası sözleşmeler, yakın tarihli olsa da, Birleşik Krallık’ın bu sözleşmeler yürürlüğe girmeden önce gençlere ölüm cezasını kaldırdığını not etmek bilgilendirici olacaktır. Birleşik Krallık’ın deneyimi, ülkelerimiz arasındaki tarihi bağlar ve Sekizinci Ek Madde’nin kendi kaynakları ışığında özel bir önem taşımaktadır. Ek Madde, 1689 tarihli İngiliz Haklar Bildirgesi’ndeki benzer bir hükümden örnek alınmıştır. “Aşırı kefalet istenmemelidir, aşırı para cezasına hükmedilmemelidir, acımasız veya istisnai cezalar verilmemelidir” (Ayrıca Bkz. Trop kararı çoğunluk görüşü). Şu anda, Birleşik Krallık ölüm cezasını tamamen kaldırmıştır; ama, bu adımı atmadan onlarca yıl önce, gençlere ölüm cezasının orantısız niteliğini kabul etmiş, bu cezayı ayrı biçimde kaldırmıştır. 1930’da resmi bir komite ölüm cezası için en az yaşın 21’e çıkartılmasını önermiştir (Seçkin Avam Kamarası Ölüm Cezası Komitesi Raporu 1930). Parlamento daha sonra 1933’te, hüküm tarihinde 18 yaşında olanlar açısından yasak getiren Çocuklar ve Genç Kişi Yasasını çıkartmıştır. Ve 1948’de, Parlamento, suç tarihinde 18 yaşından küçük olanlara ölüm cezasını yasaklayan Ceza Adaleti Yasası’nı çıkartmıştır. Birleşik Krallık’ın gençlere ölüm cezasını kaldırmasından bu yana geçen 56 yılda, buna karşı kamuoyunun ağırlığı orada ve uluslararası toplumda oldukça gelişmiştir.

Genç insanların istikrarsızlıklarının ve duygusal dengesizliklerinin genel-



likle suçun bir nedeni olabilmesini anlamaktan büyük ölçüde kaynaklanan, gençlere ölüm cezasına karşı uluslararası görüşün ezici ağırlığını kabul ve itiraf etmemiz uygundur. Bkz. Dava arkadaşı olarak İngiltere ve Galler Baroları İnsan Hakları Komitesi Dosyası. Dünya topluluğunun görüşü, sonucumuzu etkilemese de, bizim iddialarımız için dikkate değer ve önemli bir onay sağlamaktadır.

Zamanla, bir kuşaktan diğerine, Anayasa, Amerikan halkının yüksek bağlılığını ve de Madison'ın amaçladığı büyük saygısını kazanmıştır. Bu belge, Amerikan deneyimine özgü ileri ilkeleri bildirmekte ve taşımaktadır, örneğin federalizm: güçler ayrılığı aracılığıyla siyasi mekanizmalar arasında kanıtlanmış bir denge; ceza davalarında sanık için özel güvenceler; ve birey özgürlüğünü güvence altına almak ve insan onurunu korumak için genel hükümler. Bu doktrinler ve güvenceler Amerikan deneyiminin temelidir ve günümüzde kendini tanımlamanın ve ulusal kimliğin esasını oluşturur. Anayasaya yalnızca bu sebeplerden değil, aslında, bizim olduğumu bildiğimiz için saygı duymalıyız. Diğer uluslar ve halklar tarafından açıkça ifade edilen bazı temel hakların temelinin, bizim kendi özgürlük mirasımızda sade biçimde vurguladığını bilmek ve itiraf etmek, bizim Anayasaya bağlılığımızı ve kaynaklarıyla övünmemizi azaltmamaktadır.

\* \* \*

Sekizinci ve On dördüncü Ek Maddeler, suçlar işlendiğinde 18 yaşının altında olan suçlulara ölüm cezası verilmesini yasaklamaktadır. Christopher Simmons'a verilen ölüm cezası hükmünü bozan Missouri Yüksek Mahkemesinin kararı onanmıştır.

*Böyle buyrulmuştur.*

#### MAHKEME KARARINA EK A:

I. GENÇLERE ÖLÜM CEZASINA İZİN VEREN EYALETLER: Alabama, Arizona, Arkansas, Delaware, Florida, Georgia, Idaho, Kentucky, Louisiana, Mississippi, Missouri, Nevada, New Hampshire, Kuzey Carolina, Oklahoma, Pennsylvania, Güney Carolina, Texas, Utah, Virginia.

II. ÖLÜM CEZASINI KORUYAN ANCAK 18 YAŞ SINIRINI KOYAN EYALETLER: California, Colorado, Connecticut, Illinois, Indiana, Kansas, Maryland, Montana, Nebraska, New Jersey, New Mexico, Ohio, Oregon, Güney Dakota, Tennessee, Washington, Wyoming.



Geçtiğimiz yıl, Kansas ve New York Eyalet Yüksek Mahkemeleri, ölüm cezasıyla ilgili düzenlemeleri iptal etmişlerdir: Eyalet-Marsh Davası / 2004 (Ağırlatıcı ve hafifletici sebeplerin dengede olması halinde ölüm cezası öngören düzenleme iptal edilmiştir), Halk-LaValle Davası (Jürinin davadaki uygun ceza konusunda anlaşmazlığa düşmesi halinde sanığın 20-25 yıl sonra koşullu salıvermeden yararlanabileceği ömür boyu hapis cezası alacağı konusunda jüriyi bilgilendirme zorunluluğuna dair düzenleme iptal edilmiştir). Bu kararlara göre, söz konusu eyaletlerin ölüm cezasını kağıt üzerinde korudukları ancak kararlarda bir değişme olmadığı veya yasa koyucuların ortaya konan sorunlar hakkında bir düzenleme yapmadıkları sürece kimseye uygulanmayacağı ortaya çıkmaktadır.

**III. ÖLÜM CEZASI UYGULAMAYAN EYALETLER:** Alaska, Hawaii, Iowa, Maine, Massachusetts, Michigan, Minnesota, Kuzey Dakota, Rhode Island, Vermont, Batı Virginia, Wisconsin.

**EK B:**

**EYALETLERİN OY HAKKI İÇİN UYGULADIKLARI YAŞ SINIRI (18 YAŞ):** Alabama, Alaska, Arizona, Arkansas, California, Colorado, Connecticut, Delaware, District of Columbia, Florida, Georgia, Hawaii, Idaho, Illinois, Indiana, Iowa, Kansas, Kentucky, Louisiana, Maine, Maryland, Massachusetts, Michigan, Minnesota, Mississippi, Montana, Nebraska, Nevada, New Hampshire, New Jersey, New Mexico, New York, Kuzey Carolina, Kuzey Dakota, Ohio, Oklahoma, Oregon, Pennsylvania, Rhode Island, Güney Carolina, Güney Dakota, Tennessee, Texas, Utah, Vermont, Virginia, Washington, Batı Virginia, Wisconsin, Wyoming.

Birleşik Devletler Anayasasının Yirmi Altıncı Ek Maddesi “On sekiz yaşında veya daha büyük Birleşik Devletler vatandaşlarının oy hakkının, Birleşik Devletler veya başka bir Eyalet tarafından yaş gerekçesi ile engellenemeyeceğini veya kaldırılamayacağını” belirtmektedir.

**EK C:**

**EYALETLERİN JÜRİ HİZMETİ İÇİN UYGULADIKLARI YAŞ SINIRI:**

**18 YAŞ:** Alaska, Arizona, Arkansas, California, Colorado, Connecticut, Delaware, District of Columbia, Florida, Georgia, Hawaii, Idaho, Illinois, Indiana, Iowa, Kansas, Kentucky, Louisiana, Maine, Maryland, Massachusetts, Michigan, Minnesota, Montana, Nevada, New Hampshire,

New Jersey, New Mexico, New York, Kuzey Carolina, Kuzey Dakota, Ohio, Oklahoma, Rhode Island, Güney Carolina, Güney Dakota, Tennessee, Texas, Utah, Vermont, Virginia, Batı Virginia, Wisconsin, Wyoming.

19 YAŞ: Alabama, Nebraska.

21 YAŞ: Mississippi, Missouri.

EK D:

EYALETLERİN, EBEVEYNLERİN VEYA ADLİ BİR MAKAMIN İZİNİ OLMADAN EVLENEBİLMEK İÇİN UYGULADIKLARI YAŞ SINIRI:

15/17 YAŞ: Mississippi (Kadınlar için 15, erkekler için 17)

16 YAŞ: Georgia, Maryland (18 yaşın altındakiler için ya kadın hamile olmalı ya da bir çocuk bulunmalı)

18 YAŞ: Alabama, Alaska, Arizona, Arkansas, California, Colorado, Connecticut, Delaware, District of Columbia, Florida, Hawaii, Idaho, Illinois, Indiana, Iowa, Kansas, Kentucky, Louisiana, Maine, Massachusetts, Michigan, Minnesota, Missouri, Montana, Nevada, New Hampshire, New Jersey, New Mexico, New York, Kuzey Carolina, Kuzey Dakota, Ohio, Oklahoma, Oregon, Pennsylvania, Rhode Island, Güney Carolina, Güney Dakota, Tennessee, Texas, Utah, Vermont, Virginia, Washington, Batı Virginia, Wisconsin, Wyoming.

19 YAŞ: Nebraska (Küçükler, evlenmek için ebeveynlerin iznini almak zorundadır ve küçük deyiminden 19 yaşın altındaki kişi anlaşılır).

# **KARAR İNCELEMELERİ**



## 2006 OCAK-HAZİRAN DÖNEMİ MALÎ GELİŞMELERİ

*Doç. Dr. Hakan ÜZELTÜRK\**

1. 03.01.2006 tarihinde yayınlanan 35 numaralı Katma Değer Vergisi Sirküleri ile Aralık 2005 vergilendirme dönemine ait Katma Değer Vergisi Beyannamelerinin beyan süresi 24.01.2006 günü mesai saati sonuna kadar uzatılmıştır.
2. Ekim-Kasım-Aralık/2005 üçer aylık dönem ile Aralık/2005 dönemine ait aylık muhtasar beyannamenin verilme süresi, 05.01.2006 tarihinde yayınlanan 44 No'lu Gelir Vergisi Sirküleri ile uzatıldı.
3. Takasbank ve Merkezi Kayıt Kuruluşuna Yapılacak Bildirimler Hakkında 20 No'lu Kurumlar Vergisi Sirküleri 06.01.2006 tarihinde yayınlandı.
4. Seri: VI, No: 4 sayılı Yatırım Ortaklıklarına İlişkin Esaslar Tebliğinde değişiklik yapılarak, 21.01.2006 tarihli 26056 sayılı Resmi Gazete'de yayınlandı.
5. Seri: VII, No: 10 sayılı Yatırım Fonlarına İlişkin Esaslar Tebliğinde değişiklik yapılarak, 21.01.2006 tarihli 26056 sayılı Resmi Gazete'de yayınlandı.
6. Ön Ödeme Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik 21.01.2006 tarihli 26056 sayılı Resmi Gazete'de yayımlandı.
7. Muhasebe yetkililerinin eğitimi, sertifika verilmesi ile çalışma usul ve

---

\* Galatasaray Üniversitesi Vergi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

esaslarını belirlenmesi hakkında yönetmelik 21.01.2006 tarihli 26056 sayılı Resmi Gazete’de yayımlandı.

8. Vergi iade bildirimlerinin ibraz edilme sürelerinin uzatılmasına ilişkin 25.1.2006 tarihli 3 No.lu Emeklilere Vergi İadesi Sirküleri yayımlandı.
9. 2006 yılının Ocak ayı içerisinde ülkemiz genelinde yaygın biçimde ortaya çıkan kuş gribi hastalığı nedeniyle zarar gören kanatlı hayvan eti ve her türlü yumurta üreticisi olan mükelleflerin durumu, Gelir İdaresi Başkanlığı tarafından yayınlanan 26.1.2006 tarihli genel yazı ile Vergi Usul Kanununun 13. maddesi uyarınca mücbir sebep hali olarak kabul edilmiştir.
10. Ara Dönem Finansal Raporlamaya İlişkin Türkiye Muhasebe Standardı (TMS 34) Hakkında 19 Sıra No’lu Tebliğ 02.02.2006 Tarih ve 26068 sayılı Resmi Gazete’de yayınlandı.
11. Katma Değer Vergisi mükelleflerinin ödeme kaydedici cihaz kullanmaları ile ilgili 67 seri no.lu Genel Tebliğ 04.03.2006 tarihli ve 26070 sayılı Resmi Gazete’de yayınlandı.
12. Borsada rayici olmayan yabancı paraların ve bu paralarla olan senetli ve senetsiz alacak ve borçların değerlemesinde 2005 yılı sonu itibariyle uygulanacak kurlar 04.02.2006 tarih ve 26070 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanan 355 Sıra No’lu Vergi Usul Kanunu Genel Tebliği ile tespit edildi.
13. 5027 sayılı “2004 Malî Yılı Bütçe Kanunu”nun 29. maddesinin (b) fıkrası Anayasa Mahkemesi’nce iptal edildi. Karar, 7.2.2006 tarih ve 26073 sayılı Resmi Gazete’de yayınlandı.
14. 5027 sayılı “2004 Malî Yılı Bütçe Kanunu”nun 49. maddesinin (k) fıkrası Anayasa Mahkemesi’nce iptal edildi. Karar, 7.2.2006 tarih ve 26073 sayılı Resmi Gazete’de yayınlandı.
15. Karşılıklar, Koşullu Borçlar ve Koşullu Varlıklara İlişkin Türkiye Muhasebe Standardı (TMS 37) Hakkında 20 Sıra No’lu Tebliğ 15.2.2006 tarih ve 26081 sayılı Resmi Gazete’de yayınlandı.
16. Şehirlerarasında karayoluyla yapılan yolcu taşıma işlerinde belge düzeyine ilişkin 356 Sıra No’lu Vergi Usul Kanunu Genel Tebliği 23/02/2006 tarih ve 26089 sayılı Resmi Gazete’de yayınlandı.

17. Kiralama İşlemlerine İlişkin Türkiye Muhasebe Standardı (TMS 17) Hakkında 21 Sıra No'lu Tebliğ 24.2.2006 tarih ve 26090 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanmıştır.
18. Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu 01.03.2006 Tarih ve 26095 sayılı Resmi Gazete'de yayınlandı.
19. Vergi beyannamelerinin İnternet ortamında gönderilmesi uygulamasına ilişkin 357 Sıra No.lu Vergi Usul Kanununu 2.3.2006 tarihli 26096 sayılı Resmi Gazetede yayımlandı.
20. Bölümlere Göre Raporlamaya İlişkin Türkiye Muhasebe Standardı Hakkında 24 Sıra No.lu Tebliğ 3.3.2006 tarihli ve 26097 sayılı Resmi Gazete'de yayımlandı.
21. Mal ve Hizmetlere Uygulanacak Katma değer Vergisi Oranlarının Tespitine İlişkin 2006/10138 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı 8.3.2006 tarihli ve 26102 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girdi.
22. Konut Yapı Kooperatiflerince yaptırılan eğitim ve sosyal tesislerde KDV uygulamasına ilişkin 38 Seri No.lu KDV Sirküleri 14.03.2006 tarihinde yayınlandı. Söz konusu Sirküler ile konut yapı kooperatiflerince üyelerinin sosyal ve kültürel ihtiyaçlarını karşılamak üzere yaptırılan okul, hastane, sağlık ocağı, ibadethane gibi yapılara ilişkin inşaat taahhüt işlerinde, istisna veya indirimli oranda KDV uygulanması sağlanmaktadır.
23. 30.1.2002 günlü, 4743 sayılı "Malî Sektöre Olan Borçların Yeniden Yapılandırılması ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun"un 7. maddesinin birinci, üçüncü ve dördüncü fıkraları Anayasa Mahkemesi'nce iptal edildi. Anayasa Mahkemesi'nin E:2002/31 K:2002/58 sayı ve 25.6.2002 tarihli iptal kararı 14.03.2006 tarih ve 26108 sayılı Resmi Gazete'de yayınlandı.
24. Bankacılık Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair 5472 Sayılı Kanun 14.03.2006 tarih ve 26108 sayılı Resmi Gazete'de yayınlandı.
25. Satış amaçlı elde tutulan duran varlıklar ve durdurulan faaliyetlere ilişkin 5 nolu Türkiye Finansal Raporlama Standardının yürürlüğe konulmasına ilişkin 25 Sıra No'lu Tebliğ Türkiye Muhasebe Standartları Kurulunca 16.03.2006 tarih ve 26110 sayılı Resmi Gazete'de yayınlandı.

26. 6/6/2002 tarihli ve 4760 sayılı Özel Tüketim Vergisi Kanununa ekli (I) sayılı listenin (A) cetvelinde yer alan bazı mallara ilişkin özel tüketim vergisi tutarları 16.03.2006 tarih ve 26110 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan 4760 Sayılı Özel Tüketim Vergisi Kanununa Ekli (I) Sayılı Listede Yer Alan Mallarda Uygulanan Özel Tüketim Vergisine İlişkin 2006/10170 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı yeniden tespit edildi.
27. Maddi olmayan duran varlıklara ilişkin 38 Nolu Türkiye muhasebe standardının yürürlüğe konulmasına ilişkin, 26 Sıra no'lu Türkiye Muhasebe Standartları Tebliği 17.03.2006 tarih ve 26111 sayılı Resmi Gazete'de yayınlandı.
28. Yatırım amaçlı gayrimenkullere ilişkin 40 nolu Türkiye Muhasebe Standardının yürürlüğe konulmasına ilişkin, 27 Sıra no'lu Türkiye Muhasebe Standartları Tebliği 17.03.2006 tarih ve 26111 sayılı Resmi Gazete'de yayınlandı.
29. Esnaf ve sanatkarlar odası tarafından basit usule tabi mükelleflerin defterlerinin tutulması karşılığında alınan ücretler, dahilde işleme veya geçici kabul izin belgesi kapsamındaki teslimlerde tecil-terkin uygulaması, 2005 yılında gerçekleşen indirimli orana tabi işlemlerde iade sınırına ilişkin açıklamaların yer aldığı 98 Seri No'lu Katma Değer Vergisi Tebliği 17.03.2006 tarih ve 26111 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanmıştır. Tebliğin metni aşağıda yer almaktadır.
30. Varlıklarda değer düşüklüğüne ilişkin 36 nolu Türkiye Muhasebe Standardının yürürlüğe konulmasına ilişkin 28 Sıra no'lu Türkiye Muhasebe Standardı Tebliği 18.03.2006 tarih ve 26112 sayılı Resmi Gazete'de yayınlandı.
31. 8 Mart Tarihli Resmi Gazetede yayınlanan 2006/10138 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile KDV Oranı % 8'e İndirilen Tekstil ve Konfeksiyon Ürünlerinin Kapsamına İlişkin Açıklamaların Yer Aldığı 39 No.lu KDV Sirküleri yayınlandı.
32. 25.03.2006 tarih ve 26119 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan Gümrük Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik ile Gümrük Yönetmeliğinin çeşitli maddeleri değiştirildi.
33. Bankalar ve benzeri finansal kuruluşların finansal tablolarında yapılacak açıklamalara ilişkin 30 nolu Türkiye Muhasebe Standardının yürürlüğe konulmasına ilişkin 29 Sıra no'lu, Bankalar ve Benzeri Finansal



Kuruluşların Finansal Tablolarında Yapılacak Açıklamalara İlişkin Türkiye Muhasebe Standardı (TMS 30) Hakkında Tebliğ 25.03.2006 tarih ve 26119 sayılı Resmi Gazete’de yayınlandı.

34. Sigorta sözleşmelerine ilişkin 4 nolu Türkiye Finansal Raporlama Standardının yürürlüğe konulmasına ilişkin Sigorta Sözleşmelerine İlişkin Türkiye Finansal Raporlama Standardı (TFRS 4) Hakkında 30 Sıra No.luTebliğ 25.03.2006 tarih ve 26119 sayılı Resmi Gazete’de yayınlandı.
35. 28.03.2006 tarih ve 26122 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanan 2006/10177 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile dini bayramlarda sınır komşusu ülkelere 3 günü geçmemek üzere seyahat edenler ve ihracatçı birliklerine üye olan firmalardan bir önceki yıl ihracatı 250.000 YTL’nin üzerinde olanların bir temsilcisinden yurt dışına çıkışta harç alınmamasına karar verildi.
36. 28.03.2006 tarih ve 26122 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanan 2006/10180 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile Gümrük Vergilerinden Muafiyet ve İstisna Tanınacak Haller Hakkında Kararda Değişiklik Yapılmasına Dair Karar”ın yürürlüğe konulması kararlaştırıldı.
37. Gelir vergilerine ilişkin 12 nolu Türkiye Muhasebe Standardı 28.03.2006 tarih ve 26122 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe kondu.
38. Hisse Başına Kazanca İlişkin Türkiye Muhasebe Standardı (TMS 33) Hakkında 32 sıra No.lu Tebliğ 28.03.2006 tarih ve 26122 sayılı Resmi Gazete’de yayımlandı.
39. 02.04.2006 tarih ve 26127 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanan tebliğ uyarınca Yeni Türk lirası için aylık azami faiz oranı % 5,75; aylık gecikme faizi oranı ise % 6,88 olarak belirlenmiştir.
40. Gelir Vergisi Kanunu, Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun, Özel Tüketim Vergisi Kanunu ve Vergi Usul Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında 5479 sayılı Kanun’un 08.04.2006 tarih ve 26133 sayılı Resmi Gazete’de yayınlandı.
41. Stoklara İlişkin Türkiye Muhasebe Standardı (TMS 2) Hakkında Tebliğde Değişiklik Yapılmasına İlişkin 38 Sıra No.lu Tebliğ 11.04.2006 tarih ve 26136 sayılı Resmi Gazete’de yayımlandı.

42. Yeni tarifeye göre fazla kesildiği tespit edilen gelir vergisi tevkifat tutarlarının ödenecek vergilerden mahsubu veya eksik kesildiği tespit edilen vergilerin ilave olarak kesilmek suretiyle ödenmesi işlemlerinin nasıl yerine getirileceği hususu Gelir Vergisi Sirküleri/50 ile düzenlendi.
43. 3 Seri No.lu Yatırım ve İstihdamların Teşviki Genel Tebliği 20.04.2006 tarih ve 26145 sayılı Resmi Gazete’de yayımlandı.
44. 10 Seri No.lu Özel Tüketim Vergisi Genel Tebliği 20.04.2006 tarih ve 26145 sayılı Resmi Gazete’de yayımlandı.
45. 2006/10302 sayılı “Kamu Alacakları İçin Uygulanan Gecikme Zammı Oranının Yeniden Belirlenmesine İlişkin Karar” ile gecikme faizi % 2,5 olarak tespit edildi ve anılan Bakanlar Kurulu Kararı 21.04.2006 tarih ve 26146 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girdi.
46. 28.04.2006 tarih ve 26152 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanan 438 Seri No’lu Tahsilat Genel Tebliği ile tecil faizi yıllık % 24 olarak belirlendi ayrıca anılan Tebliğ ile aylık % 2.5 olarak belirlenen gecikme zammına ilişkin açıklamalar yapıldı.
47. 02.05.2006 tarih ve 26156 sayılı Resmi Gazete’de 5493 Sayılı Özel Tüketim Vergisi Kanununda, Katma Değer Vergisi Kanununda ve Petrol Piyasası Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun yayınlandı.
48. Nihai kullanıma ilişkin 4 Sıra Numaralı Gümrük Genel Tebliği 05.05.2006 tarih ve 26159 sayılı Resmi Gazete’de yayınlandı.
49. 2006 ve izleyen yıllarda gerçekleştirilecek indirimli katma değer vergisi oranına tabi işlemlerde iade edilecek verginin alt sınırın tespitine ilişkin Bakanlar Kurulu Kararı 06.05.2006 tarih ve 26160 sayılı Resmi Gazete’de yayınlandı.
50. Devreden Yatırım İndirimi İstisnası Tutarlarının Endekslenmesinde Uygulanacak Oranın Belirlendiği 52 Seri Nolu Gelir Vergisi Sirküleri 08.05.2006 tarihinde Resmi Gazete’de yayınlandı.
51. Vergi Usul Kanunu’nun vergi ziyası suçu ve cezası başlıklı 344. maddesinin 2. fıkrasının Anayasa Mahkemesi’nin E. 2001/3, K. 2005/4 sayılı kararı ile iptal edilmesi neticesinde, anılan hüküm 08.04.2006 tarih ve 26133 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren 5479 sayılı Kanun ile değiştirilmiş ve Vergi Usul Kanunu’na geçici 27. madde eklen-

miştir. 13.06.2006 tarih ve 26167 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanan 358 Sıra No’lu Vergi Usul Kanunu Genel Tebliği ile yapılan düzenlemeler ve 01.01.2006 tarihinden önce kesilen, 01.01.2006-08.04.2006 tarihleri arasında kesilen ve 08.04.2006 tarihinden sonra kesilen vergi ziyayı cezalarına ilişkin açıklamalar yer almıştır.

52. Gelir Vergisi Kanunu’nun 63. maddesinin birinci fıkrasına, 3946 sayılı Yasa ile eklenen 5. bendin birinci paragrafında yer alan “... eğitim, sağlık, gıda, giyim ve kira ...” sözcüklerinin Anayasa’nın 10. ve 11. maddelerine aykırılığı istemiyle açılan iptal davasında Anayasa Mahkemesi anılan hükmün Anayasa’ya aykırı olmadığına karar verdi. (17.05.2006 tarih ve 26171 sayılı Resmi Gazete)
53. 29.06.2001 günlü, 4705 sayılı Yurt Dışına Çıkışlardan Harç Alınması ve 4481 Sayılı Kanunda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun’un 1. ve 2. maddelerinin Anayasa’nın 2., 5., 6., 13., 23., 48. ve 73. maddelerine aykırılığı savıyla açılan iptal davasında, 2. maddesiyle 26.11.1999 günlü, 4481 sayılı Yasa’nın 9. maddesine birinci fıkradan sonra gelmek üzere eklenen fıkranın üçüncü tümcesinin Anayasa’ya aykırılık sebebiyle Anayasa Mahkemesi’nce iptaline karar verildi. (17.05.2006 tarih ve 26171 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanan E.2001/379 K.2005/3 sayılı Anayasa Mahkemesi Kararı)
54. 5513 Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Katar Devleti Hükümeti Arasında Gelir Üzerinden Alınan Vergilerde Çifte Vergilendirmeyi Önleme Anlaşmasının Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun, 5514 Türkiye Cumhuriyeti ile Bosna Hersek Arasında Gelir ve Servet Üzerinden Alınan Vergilerde Çifte Vergilendirmeyi Önleme Anlaşmasının Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun ve 5515 Türkiye Cumhuriyeti ile Portekiz Cumhuriyeti Arasında Gelir Üzerinden Alınan Vergilerde Çifte Vergilendirmeyi Önleme ve Vergi Kaçakçılığına Engel Olma Anlaşması ve Eki Protokolün Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun 6 Haziran 2006 tarih ve 26194 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmaları suretiyle yürürlüğe girdiler.
55. Gümrük Müsteşarlığı Gümrük Tarife Cetveli Açıklama Notlarının Yürürlüğe Konulması Hakkında Tebliğ 10 Haziran 2006 tarih 26194 (Mükerrer) sayılı Resmi Gazete’de yayımlandı.
56. Gümrük Genel Tebliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair 14 Seri No’lu Tebliğ 18 Haziran 2006 tarihli ve 26202 sayılı Resmi Gazete’de yayımlandı.

57. Gümrük Vergilerinden Muafiyet ve İstisna Tanınacak Haller Hakkında Kararda Değişiklik Yapılmasına Dair Karar”ın yürürlüğe konulması; Devlet Bakanlığının 21/4/2006 tarihli ve 10016 sayılı yazısı üzerine, 4458 sayılı Gümrük Kanunu’nun 167 nci maddesi ve 4760 sayılı Özel Tüketim Vergisi Kanunu’nun 12 nci maddesi ile 14 üncü maddesinin (4) numaralı fıkrasına göre, Bakanlar Kurulu’nca 17/5/2006 tarihinde kararlaştırılmış ve 21 Haziran 2006 tarihli ve 26205 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.
58. 5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu 21 Haziran 2006 tarihli ve 26205 sayılı Resmi Gazete’de yayınlandı.
59. 46 Seri No.lu Damga Vergisi Kanunu Genel Tebliği 22 Haziran 2006 tarih ve 26206 sayılı Resmi Gazete’de yayımlandı.

**KAMUYA YARARLI DERNEKLERİN  
VE KİMİ KAMU TÜZEL KİŞİLERİNİN  
ÖZERK YÖNETİMLERİNİN KORUNMASI HAKKINDA  
BAZI ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI**

*Yrd. Doç. Dr. Şule ÖZSOY\**

Anayasa Mahkemesi tarafından verilen altı önemli karar birbirleriyle amaçsal bir bağlantı içinde buldukları düşüncesiyle burada inceleme konusu yapılmıştır. Bu kararların ilk üçü, Türkiye Kızılay Derneği (TKD) ve Türk Hava Kurumu'nun (THK) (24.12.2003 tarihli ve E. 2002/43, K.2003/103 sayılı; 13.7.2004 tarih E:2004/52, K:2004/94 sayılı; 5.1.2006 tarih E: 2005/8, K:2006/2 sayılı) organlarına Bakanlar Kurulu'nca son verilmesine, bunların görevlerini yerine getirmek üzere geçici kurullar oluşturulmasına, tüzüklerinin değiştirilmesine, kaldırılmasına ve yeniden yapılmasına imkân tanıyan yasal düzenlemelerin Anayasa Mahkemesince iptaline ilişkindir. Diğer üç karardan biri, (6.4.2006 tarihli E:2003/112, K:2006/49) özerk bir kamu tüzel kişisi olan Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu'nun (BDDK) başkan dışındaki üyelerinin görevlerine son verilerek, Bakanlar Kurulu'nca yeni üyeler atanmasına ilişkin düzenlemenin iptali hakkındadır. Son ikisi ise, (4.05.2006 günlü E.2006/51, K. 2006/57, 7.02.2007 tarih E. 2007/5, K. 2007/18) yeni kurulan üniversitelere atanacak kurucu rektörlerin seçiminde Yükseköğretim Kurulu'nun Cumhurbaşkanı'na sunulacak adayları tespit etme yetkisinin, Milli Eğitim Bakanı ve Başbakanca kullanılmasını sağlama ya yönelik düzenlemelerin iptali kararlarıdır.

Bahsedilen kararların incelenmek üzere seçilmesinin nedeni, iptale konu tüm düzenlemelerin Bakanlar Kurulu'na hükümetten bağımsız olması gereken bu kurumların yönetim kademelerine müdahale imkânı tanınmasıdır. İp-

---

\* Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

tal edilen yasa kuralları, Hükümetin adı geçen özerk kurumlar üzerinde etkisini artırıp, bu yerleri kadrolaşmaya açık hale getiriyordu.

Ayrıca söz konusu kanuni düzenlemelerden bazıları, görevden alma gibi birel nitelikte işlemler yaparak, maddi bakımdan yasama yetkisinin anayasal sınırları dışına çıkıyordu.

Anayasa Mahkemesi, kararlarında, kurumların özerk yapılarını sarsacak düzenlemeleri her bir kurumun hukuki statüsüyle bağlantılı bir şekilde inceleyip, gerekçelendirerek engellemiş ve yasama işlemi ile yürütmeye ait birel işlem yapma yetkisinin kullanılmayacağını da tespit etmiştir.

Aşağıda bu gerekçeler ve kararların özellik arz eden noktaları irdelenecektir.

### **1. Türk Hava Kurumu, Türkiye Kızılay Derneği ve Kamuya Yararlı Derneklere İlişkin Kararlar**

Bu kararlardan ilki, 28.03.2000 günlü 4552 sayılı “Dernekler Kanunu’nda Değişiklik Yapılması hakkında Kanun’un” 1 ve 2 maddelerinde getirilen düzenlemelere ilişkin itirazların Türk Hava Kurumu ile sınırlı tutularak, birleştirilip incelenmesine dair, 24 Ocak 2003 tarihli, E. 2002/43 ve K. 2003/103 sayılı karardır.

Bu kararda anayasaya aykırılığı ileri sürülen hükümler şöyledir:

#### **1. Madde.** (2908 sayılı Dernekler Kanunu’nun 71. maddesini değiştirir):

*“Türkiye Kızılay Derneği kuruluş amacına ve uluslararası anlaşmalarla tayin edilen nitelik ve durumuna göre; Türk Hava Kurumu ise kuruluş amacına göre düzenlenen tüzüklerine ve kanunların verdiği görev ve yetkilere uygun olarak teşkilatlanır ve yönetilir, Bakanlar Kurulu, Türkiye Kızılay Derneği ve Türk Hava Kurumunun;*

*1- Genel kurullarının kararı üzerine tüzüklerini onaylamaya,*

*2- Denetleme yetkileri bulunan mercilerin raporları üzerine,*

*a) Organlarının görevlerine son vermeye ve bunların görevlerini yerine getirmek üzere geçici kurullar oluşturmaya,*

*b) Tüzüklerini değiştirmeye, yürürlükten kaldırmaya ve yeniden düzenlemeye.*

*Yetkilidir.”*

**Madde 2.** (2908 sayılı Kanun'a aşağıdaki geçici 7. madde eklenmiştir.)

*“Türk Hava Kurumunun organlarının görevleri bu Kanunun yayımı tarihinde sone erer. Söz konusu organların görevleri, Başbakanlıkça belirlenecek bir başkan ve iki üyeden oluşan üç kişilik bir kurul tarafından yerine getirilir. Bu Kurul en geç bir ay içinde Türk Hava Kurumunun yeniden yapılandırılmasına ilişkin tüzüğü hazırlayarak Bakanlar Kuruluna sunar.”*

İtirazlara konu bu hükümler, Türk Hava Kurumu'nun Tüzüğü'nün Bakanlar Kurulu kararı ile yürürlükten kaldırılması, Kurum organlarının görevlerine son verilmesi ve yerine getirilecek kurulun oluşturulmasına ilişkin kararlara karşı idari yargıda yürütmeyi durdurma kararları verildikten sonra, 4552 sayılı Kanun ile getirilmiştir. Bu şekilde idari yargı tarafından verilen durdurucu tedbir kararları aşılmak istenmiş, yürütme işlemleriyle yapılmayan kanunla yapılmaya çalışılmıştır. Türk Hava Kurumu Derneğinin görevlerini yapmak üzere Başbakanlıkça atananlar, (atamaların yürütmesi durdurulduktan sonra) bu görevlerinden hiç ayrılmadan, yeniden bu kanuna dayanarak görevlendirilmişlerdir. Bu kişiler, Dernek adına “Genel Kurul” sıfatıyla, Türk Hava Kurumu Derneğinin tüzüğünü yeniden yapmış ve çeşitli kararlar almışlardır. Söz konusu işlemlere karşı açılan davalarda, davacılar anayasaya aykırılık itirazında bulunmuşlardır.

Davaya bakan mahkemeler Türk Hava Kurumu ile ilgili olarak açılan davalara bakmakta olduklarından, Anayasa Mahkemesi ilk incelemesine Türkiye Kızılay Derneğini dâhil etmemiş, Türk hava Kurumu ile sınırlı tutmuştur.

Anayasa Mahkemesi, Türk Hava Kurumu'nun Dernekler Kanunu'nun hükümlerine tabî, kamuya yararlı çalışan bir özel hukuk tüzel kişisi olduğunu tespit ettikten sonra, derneklerin varlık ve faaliyetlerinin, Anayasa madde 33'de düzenlenen dernek kurma hürriyeti kapsamında korunduğunu ifade etmiştir. Bu çerçevede derneklerin tüzük ve organlarının dernek tüzelkişiliğinin kurucu unsurları olduğunu, bu unsurların oluşumunu da kendilerinin belirleyeceğini, iradeleri dışında ancak mahkeme kararıyla kapatılabileceklerini belirtmiştir.

Anayasa Mahkemesi, ardından, bu kanun ile Türk Hava Kurumu'nun yetkili organlarının görevlerine iradeleri dışında son verilmesinin, Bakanlar Kurulu'nun derneğin görevlerini yerine getirmek üzere geçici kurullar oluşturabilmesinin, derneğin tüzüklerini değiştirmeye, yürürlükten kaldırmaya, yeniden düzenlemeye yetkili kılınmasının, Anayasa'nın 33. maddesi ile gü-

vence altına alınmış dernek kurma özgürlüğüne açık bir müdahale olduğu-  
nu tespit etmiştir.

Mahkeme bu tespitlerini ifade ettikten sonra, 4552 sayılı Kanun ile dernek kurma özgürlüğüne yapılan müdahalenin, AY 13. madde ile çizilen çerçeve içinde kalıp kalmadığını test etmiştir. AY 13. maddeye göre, getirilen düzenleme anayasal hak ve özgürlüğün özüne dokunmadan, ilgili maddede öngörülen özel sınırlama sebepleri ile bağlı kalınarak, kanunla sınırlanacak ve sınırlama da Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin, laik cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacaktır. Getirilen düzenleme, testin daha ilk adımında başarısız olmuştur. Zira 4552 sayılı Kanunla getirilen sınırlamalar, AY. 33. madde ile öngörülen sınırlama sebeplerine dayandırılmadan yapılmıştır. Bu sebeple de AY 13 ve 33. madde hükümlerine aykırılık bulunmaktadır.

Mahkeme'nin tüm üyelerinin oybirliği ile katıldığı bu gerekçeye ek olarak, Yargıçlar Ali Hüner ve Fulya Kantarcıoğlu, incelenen kanuni düzenlemenin daha önce bir idari mahkemede yürütmesi durdurulan yürütme işlemini, yasama işlemine dönüştürdüğünü söyleyerek; Anayasa'nın 138. maddesi uyarınca yasama ve yürütme organlarının, mahkeme kararlarını değiştiremeyeceklerini, bunların yerine getirilmesini geciktiremeyeceklerini belirtmişlerdir. Kuvvetler ayrılığı ilkesinin, devlet organlarının birbirinin yerine geçerek işlem yapmasını engellediği, bunun fonksiyon gaspı olduğu ve hukuk devleti ilkesi ile de bağdaşmadığını vurgulayarak, AY 138. maddenin de iptal kararının dayanakları arasında yer alması gerektiğini savunmuşlardır.

Anayasa Mahkemesi bu kararında, itirazda bulunulan davalarda uygulanan norm olan geçici 7. maddeyi ve Dernekler Kanunu'nun değişik 71. maddesinin 2. bendini Türk Hava Kurumu yönünden iptal etmiştir.

Verilen hükmün ilginç bir özelliği de, kapsam olarak Türkiye Kızılay Derneğini de içine alan 71. maddenin 2. bendinin Türk Hava Kurumu için iptal edilmiş, Türkiye Kızılay Derneği için yürürlükte bırakılmış olmasıdır<sup>1</sup>.

Dernekler Kanunu md. 71/2'nin, Türkiye Kızılay Derneği bakımından iptali talebi ise, "Türkiye Kızılay Derneği Genel Merkez Kurulu, Merkez Yönetim

<sup>1</sup> Üyelerden Fazıl Sağlam, bu hükmün her iki kurumu da kapsayan tek bir hüküm olduğunu, yalnız davanın taraflarını kapsayıcı bir iptal kararı verilmesinin mümkün olmadığını ve tek olan hukuki düzenlemenin anayasadan kaynaklanan haklı bir neden olmaksızın sınırlama kararı ile yapay bir biçimde ayrıldığını savunarak, çoğunluk kararına bu bakımdan karşı çıkmıştır.



Kurulu ve Genel Merkez Denetçiler Kurulu üyelerinin görevlerine son verilmesine ilişkin Bakanlar Kurulu Kararı'nın" iptali istemiyle açılan başka bir davada ileri sürülmüştür. 2908 sayılı Dernekler Kanunu'nun 71. maddesini değiştiren 4552 sayılı kanunun 1. maddesinin, Anayasa'nın 2, 13, 33. maddelerine aykırılığı ileri sürülmüştür.

İtirazın yapıldığı davaya konu uyuşmazlık, Mülkiye müfettişlerince hazırlanan raporlar üzerine İçişleri Bakanlığı'nın istemi ile Bakanlar Kurulu tarafından Kızılay Genel Merkez Kurulu, Genel Merkez Yönetim Kurulu, Genel Merkez Denetçiler Kurulunun görevlerine son verilmesi ve yerlerine geçici kurullar oluşturulması hakkındadır. Bu sebeple Anayasa Mahkemesi, söz konusu yetkiyi veren Dernekler Kanunu 71. maddenin 2. bendinin a alt bendi ile sınırlanan, Bakanlar Kurulu'na verilen dernek tüzüğünü değiştirme, yeniden yapma, kaldırma yetkilerini kapsamayan bir inceleme yapmıştır.

Anayasa Mahkemesi, bu kararında da, 24.12..2003 tarihli E. 2002/43 ve K. 2003/103 sayılı kararında Türk hava Kurumu yönünden verdiği iptal kararındaki gerekçeleri aynen kullanmış, ayrıca AY 2. madde yönünden incelemeye gerek görmemiştir. 13.07.2004 tarihinde E:2004/52, K:2004/94 sayılı kararı ile Dernekler Kanunu'nun 71. maddesi 2. bendinin a alt bendini AY 13 ve 33. maddelerine aykırı bularak iptal etmiştir.

Bu iptal karardan sadece birkaç ay sonra 5253 sayılı ve 4.11.2004 tarihli yeni Dernekler Kanunu, 23.11.2004 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Yeni Kanunu'nun 27. maddesinin 3. fıkrası, daha önceki düzenleme ile nitelik olarak, yaratılan hukuki statü bakımından farklı ancak aynı yönde görülebilecek bir başka düzenleme getirmiştir.

Yeni düzenleme ile bu kez tüm kamu yararına çalışan dernekler için düzenleme getirilmektedir. Bu derneklerin en az iki yılda bir İçişleri Bakanlığı tarafından denetlenmesi ve denetim sonunda dernek organlarında görev alan üyelerin ve ilgili personelin ağır hapis ve ağır para cezası verilmesini gerektiren suçları işlediğinin tespit edilmesi halinde, geçici bir tedbir olarak İçişleri Bakanlığı'nca görevden uzaklaştırılması öngörülmüştür. Yine aynı fıkra da kesin hükme kadar görevden alınanların yerlerine bakanlıkça yeni görevlendirme yapılacağı da belirtilmiştir.

Yeni düzenleme hakkında açılan dava üzerine Anayasa Mahkemesi bu kez, dernek kurma özgürlüğünün bir anayasal hak olarak koruma alanını, hakkın koruduğu temel hukuki faydaları adını koymadan tespit etmiştir.

Mahkeme, derneklerin kendi tüzük ve organlarını belirlemelerinin, değiştirmelerinin, buralarda takip edecekleri usulleri belirlemesinin dernek kurma özgürlüğünün doğal bir sonucu olduğunu vurgulamıştır. Ardından itiraza konu olan 27. madde 3. fıkra hükmü ile görevden uzaklaştırılan dernek üyeleri yerine İçişleri Bakanlığı'nca görevlendirme yapılmasının AY 33. maddesinde öngörülmeleyen bir müdahale oluşturduğunu belirtmiştir.

Burada Mahkemenin, suç işlediği tespit edilen kamuya yararlı dernek organlarında görev alan üye ve personelin Bakanlıkça görevden alınması hususunu AY 33. maddesinde öngörülen sınırlama sebepleri kapsamında meşru bir müdahale olarak gördüğü, ancak boşalan yerlere yeni kişileri ataması yöntemini, hakkın özü tarafından korunan temel hukuki faydalara aykırı bulunduğu anlaşılmaktadır.

Sonuç olarak; Anayasa Mahkemesi dernek kurma hakkının unsurlarını açıkça ifade etmeden ve 13. madde ile getirilen denetim ölçütlerinden hangisini kullanarak sonuca ulaştığını söylemeden, çok kısa (5.1.2006 tarih, E: 2005/8, K:2006/2 sayılı) bir kararla düzenlemeyi Anayasa'nın 13 ve 33. maddelerine aykırı bulmuş, AY 2 ve 11. maddeler yönünden inceleme yapmaya gerek görmemiştir.

## 2. Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu Hakkındaki Karar

Karara konu olan kanuni düzenleme, 12.05.2001 tarih ve 4672 sayılı "Bankalar Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun'un" geçici 3. maddesidir.

**Geçici Madde 3.-** *Başkan dışındaki Kurul üyelerinin görevleri, bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte sona erer. Yeni üyeler, yürürlük tarihinden itibaren onbeş gün içinde Bakanlar Kurulunca atanır ve bu süre içinde, mevcut üyelerin görevleri devam eder. Bu suretle atanan üyelerden, ikinci yılın sonunda kur'a sonucunda belirlenecek iki üye ve dördüncü yılın sonunda kalan üyelerden, kur'a sonucu belirlenecek iki üyenin yerine, bu Kanunda belirtilen hükümlere uygun olarak yeni üye ataması yapılır.*

Bu hükümle Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu'nun başkan dışındaki üyeleri görevden alınmakta ve Bakanlar Kurulu'na onbeş gün içinde yeni üyeleri atama yetkisi verilmektedir. Bu yetki kullanılmış, yasa ile üyeliklerine son verilmiş kişiler yerine yenileri görevlendirilmiştir.

Bu arada üyeliğine son verilen kişilerden birinin, hakkındaki işleme karşı açtığı davada, davaya bakmakta olan mahkeme, Geçici 3. maddenin Anayasaya aykırı olduğu kanaatine varmış ve konu Anayasa Mahkemesi'ne intikal ettirilmiştir.

Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu<sup>2</sup>, bankacılık faaliyetlerini denetlemek, tasarrufları güvence altına almak gibi önemli görevlere haiz, idari ve mali özerkliğe sahip bir kamu tüzel kişisidir. Kurul'un başkan ve üyeleri o tarihte yürürlükte olan 4389 sayılı Bankalar Kanunu<sup>3</sup> uyarınca 6 yıl için atanmakta ve ancak kanunda yazılan hallerde görevden alınabilmektedirler.

4672 sayılı kanun ile getirilen geçici 3. madde, Kurul'un özerkliğine gölge düşürmekle kalmamakta, mevcut üyelerin görevlerine son vermek suretiyle maddi bakımdan idari birel işlem özelliği gösteren bir düzenleme de yapmaktadır.

Anayasa Mahkemesi, öncelikle, belirli kişileri görevden almak ve onların yerine Bakanlar Kurulu'na yenilerini atama yetkisi vermek için düzenleme yapılmasını, maddi kanun anlayışı ile bağdaşır bulmamıştır. Kanunlar genel, soyut, gayri şahsi düzenlemeler getirirler. Mahkeme, kanunların genel, soyut ve nesnel olmalarını hukuk devletinin getirdiği bir zorunluluk olarak tarif etmiş ve düzenlemeyi bu yönden AY 2. maddesinde güvence altına alınan hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmaz bulmuştur.

Buna ek olarak, görevden alma işleminin bir kanunla yapılmış olmasını Anayasa'nın 36. maddesi'nde ifadesini bulan, hak arama özgürlüğünü de kısıtlayan bir hüküm olarak görmüştür. Aslında idari işlem ile yapılması gereken (birel işlem) bir husus olan görevden alma işlemi, neden kanunla yapılmıştır? Mahkeme, bunun sebebinin, böyle bir idari işleme açılması muhtemel olan ve kazanılacağı da öngörülen kimi davaların önüne geçmek olduğunu hissetmektedir. Kişiler kanuni düzenlemeye karşı iptal davası açamayacağından, idari işlemle yapılamayanın kanunla yapılabileceği varsayılmaktadır:

*"... bu üyelerin yasama tasarrufuna karşı dava açma hakları bulunmadığından hak arama özgürlüklerini ortadan kaldırmak suretiyle yargı denetimini engellemektedir."*

Sonuç olarak, Geçici 3. madde, Anayasa'nın 2 ve 36. maddelerine oybirliği ile aykırı bulunmuş ve iptal edilmesine 6.04.2006 tarihinde (E: 2003/112, K: 2006/49) karar verilmiştir.

### **3. Yeni Kurulan Üniversitelere Rektör Atamasına İlişkin Kararlar**

Yürütme organının özerk bilimsel araştırma yapan kamu tüzel kişilerinin kadrolarına müdahale etme arzusunu gösteren ve başbakana doğrudan atama yap-

<sup>2</sup> Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu'nun faaliyetleri, bugün 5411sayılı 19.10.2005 tarihli bankacılık Kanunu'na tabidir.

<sup>3</sup> 5411 sayılı Kanun'un 85. maddesi uyarınca bugün de aynı güvenceler geçerlidir.

ma yetkisi veren düzenlemelerin habercisi, 278 sayılı “Türkiye Bilimsel ve Teknik Araştırma Kurumu (TÜBİTAK) Kurulması Hakkında Kanuna” 5016 sayılı ve 10.12.2003 tarihli kanunla eklenen Geçici 3. maddedir.

Bu düzenleme ile bir defaya mahsus olmak üzere, söz konusu kanun yürürlüğe girdiği tarihte boş bulunan Tübitak Bilim Kurulu üyeliklerine Başbakan tarafından atama yapılacağı, başkanın ise Başbakanın önerisi ile Cumhurbaşkanı tarafından atanacağı öngörülüyordu.

Anayasa Mahkemesi, bu hükmün Anayasaya aykırılığı konusunda güçlü belirtiler bulunduğu ve uygulanması halinde giderilmesi güç ya da olanaksız durumlar ve zararlar doğurabileceği gerekçesi ile yürürlüğünü 29.01.2004 tarihinde durdurmuştu. Yürürlüğünün durdurulması sebebiyle uygulanması mümkün olmayan bu düzenleme, 29.06.2005 günü 5376 sayılı Kanun ile yürürlükten kaldırılmıştır. Anayasa Mahkemesi de, 23.12.2005 günü konusu kalmayan istem hakkında karar verilmesine yer olmadığına karar vermiştir. Böylece bir iptal kararı verilemeden ve aykırılığın hukuki gerekçeleri yazılmadan Geçici 3. madde bertaraf edilmiş oluyordu.

Ancak, Anayasa Mahkemesi çok geçmeden benzer bir düzenlemeyi, bu kez yeni kurulan onbeş yeni üniversitenin rektörlerinin atanması konusunda, inceleme fırsatı buldu:

1.03.2006 tarih ve 5467 sayılı Kanununun Geçici 1. maddesi, “*bu kanun ile kurulan üniversitelerin kurucu rektörlerinin iki yıl için, Milli Eğitim bakanı ve Başbakan’ın önereceği üç isim arasından Cumhurbaşkanıca atanacağını*” öngörüyordu.

Davayı açan 116 milletvekili, dilekçelerinde bu düzenlemenin hukuk devleti ilkesiyle, Anayasa’nın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ile hizmet yerinden yönetim ve bilimsel ve yönetsel özerklik ilkeleriyle bağdaşmadığını; Yükseköğretim Kurulu’nun bertaraf edilerek yükseköğretim kurumlarının yönetim organlarına atama yetkisinin belirlenmesinin Anayasa’nın 2, 11, 123, 130 ve 131. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Anayasa Mahkemesi, Anayasa’nın 130. maddesine göre üniversitelerin kamu tüzel kişiliğine ve bilimsel özerkliğe sahip olduklarını tespit ettikten sonra, bilimsel özerklik kavramını şöyle tanımlamıştır:

“*Bilimsel özerklik, üniversite mensuplarının, ekonomik ve siyasi yönden nüfuz sahibi bulunan kişi ve kurumların baskısı, yönlendirmesi olmadan ve toplumda genel olarak hakim olan düşünce ve kabuller doğrultusunda sonuçlara varmak gibi bir zorunluluk hissetmeden sadece bilimsel ölçütler ve etik kurallar çerçevesinde*

*sinde eğitim, öğretim, araştırma ve yayın yapabilme olanaklarına sahip bulunmaları biçiminde açıklanmaktadır.”<sup>4</sup>*

Anayasa Mahkemesi’ne göre ölçü, üniversitede yürütülen eğitim, araştırma, yayın ve benzeri etkinliklerin planlanması, düzenlenmesi ve icra edilmesi aşamalarında kararların ve yönetim yetkisinin ne oranda serbest olabildiğidir. Mahkeme, bu aşamada üniversitelerde serbestlik olabilmesini, üniversite yönetiminin siyasi iktidarın öznel tercihlerinden etkilenmeyecek şekilde yapılandırılmasına bağlı görmektedir. Kararda, bilimsel özerkliğin, idari özerkliği de gerektirdiği ve bu iki ilkenin birbirini tamamladığı kabul edilmiş ve Anayasa’nın idari özerkliği sağlamaya yönelik güvencelere yer verdiği belirtilmiştir.

Rektör seçimi hususunda da, atama ve seçme yetkisinin Cumhurbaşkanı’nın olduğu belirtilmiştir. Ancak bu seçme ve atama yetkisinin tek başına mı yoksa kimi kurumların göstereceği adaylar arasından mı yapılacağı Anayasa’da belirtilmemiş, yasa koyucunun takdirine bırakılmıştır. Bununla beraber, rektör adaylarını belirleme konusunda yapılacak yasal düzenlemelerde, Yükseköğretim Kurulu’nun Anayasa’nın 131. maddesinde tanımlanan görev ve işlevleri göz ardı edilemeyecektir.

Kararda, Anayasa uyarınca rektör seçiminde Yükseköğretim Kurulu’nun yetki sahibi olması, bilimsel özerklik ilkesinin ve Anayasa’nın 131. maddesinde gösterilen kuruluş hedeflerinin gereği olarak görülmektedir. Anayasa Mahkemesi, kurucu rektör seçiminde, diğer rektörlerin seçiminden farklı usuller benimsenebileceğini kabul etse de, Yükseköğretim Kurulu’nun bu süreçten dışlanmasını Anayasa’nın 130 ve 131. maddelerine aykırı bulmuştur. Mahkeme, 4 Mayıs 2006 günü oybirliği ile yürürlüğü durdurma, oyçokluğu ile de iptal kararı (E:2006/51, K: 2006/57) vermiştir.

İki üye (Haşim Kılıç ve Sacit Adalı) iptal kararına karşı oy kullanmış, iki üye (Serdar Özgüldür ve Şevket Apalak) değişik gerekçe ile iptali savunmuş, bir üye de (Serruh Kaleli) ek gerekçeler ileri sürmüştür.

Karşı oy kullanan üyelerden Haşim Kılıç, 1982 Anayasası’nın 130. maddesinde sadece bilimsel özerklikten söz edildiğini, idari özerkliğe yer verilmediğini, ayrıca YÖK’ün oluşum biçiminin de üniversite özerkliğini sağlayamayacağını belirtmiştir. Yargıç Kılıç’a göre ise, Anayasa’nın 130. maddesine göre rektör seçiminde ve atanmasında Cumhurbaşkanı, dekan seçiminde ve atanmasında YÖK yetkilidir. Anayasa’da rektör seçiminde YÖK’e bir yetki verilmemiştir. Buna paralel olarak da, 130. maddede sayılan YÖK’ün görevlerinden, rektör seçimine katılmasını zorunlu kılan bir sonuç çıkarılamaz. Yasal bir düzenleme ile bu gerekli kılınmadıkça, yasamanın takdirine bırakılmış olan bu sürece YÖK’ün katılımı zorunlu değildir.

---

<sup>4</sup> E:2006/51, K: 2006/57, T:4.5.2006, RG. Sayı 26257, T.12.08.2006.

Yargıç Kılıç, ayrıca Cumhurbaşkanı'nın rektör seçme ve atama yetkisinin, yürütmeye ilişkin bir yetki olması sebebiyle hükümetle birlikte kullanılması gerektiğini, parlamenter rejimin bunu gerektirdiğini ifade etmiştir.

Yargıç Adalı ise, 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nda ifade edilen, üniversite öğretim üyelerinin kendi aralarından altı aday belirleyip, YÖK'e gönderdikleri ve adayların YÖK tarafından üçe indirilerek Cumhurbaşkanı'na sunulması şeklindeki usulün uygulanmasının mümkün olmadığını, ister istemez farklı bir usul gerektiğini vurgulayarak karşı oy gerekçesini açıklamaya başlıyor. AY 130. maddeye göre, rektörlerin, kanunun belirlediği usul ve esaslara göre seçilmesinin öngörüldüğünü ifade ederek, rektör adayı seçiminin de bu doğrultuda, yasa koyucunun takdirine bırakılmış bir husus olduğunu savunuyor.

Yargıç Adalı, bir defaya mahsus bu üniversiteler için kurucu rektörlerin seçiminde olağan yoldan ayrılmayı, Anayasa'nın verdiği kanuni takdir hakkının kullanılması, farklı statüler karşısında farklı işlem yapmak olarak görmekte, çoğunluk kararını ise bir çeşit güvensizlik işareti olarak algılamakta ve eleştirmektedir.

Üyelerden Serdar Özgüldür ise, Anayasa'dan, YÖK'ün rektör seçiminde mutlak yetkili olduğu sonucunu çıkarmaya imkân olmadığını, kamu yararı amacı gütmek kaydıyla buradaki usulü benimseme de yasa koyucunun bir takdir hakkı bulunduğunu ifade etmiştir. Ancak, rektör seçimi yetkisinin Başbakan ve Milli Eğitim Bakanına verilmesi hususuna da itiraz etmiştir. Anayasa'nın 112. maddesine göre, başbakan ve bakanlar kurulu hükümetin genel siyasetinin yürütülmesinden birlikte sorumludur. Yargıç Özgüldür, Başbakan'ın Bakanlar Kurulu'nun dışında, kendi başına girişim ve işlem yapamayacağını, hiyerarşik bir idare makamı olmadığını anımsatmış ve yetkinin Bakanlar Kurulu yerine bir bakan ve Başbakan'a verilmesinin Anayasa aykırı olduğunu ifade etmiştir.

Öte yandan üye Şevket Apalak, seçme ve atama yetkisinin Cumhurbaşkanı'na ait olduğunu, kanunun yalnızca Cumhurbaşkanı'nın bu yetkisinin hangi usul ve esasa göre kullanacağını belirtebileceğini ifade etmektedir. Seçme ve atama işlemine konu olacak önerilerin, yetkiyi, nicelik yönünden yapılacak zorunlu sınırlar dışında, daraltıcı nitelikte olmaması gerektiğini vurgulayarak, karara katıldığını ifade etmektedir.

Yargıç Serruh Kaleli ise çoğunluk görüşüne katılmakta ve ilave olarak, söz konusu düzenlemenin, hukuk devletinde korunan temel ilkelerden, hukuk güvenliği ile bağdaşmadığını belirtmektedir.

Bu iptal kararı üzerine, 11.01.2007 tarihinde, 5573 sayılı Kanun ile onbeş yeni üniversite kurulmasını öngören 5467 sayılı Kanun'un Geçici 1. maddesi şöyle değiştirilmiştir:

*Geçici 1. Madde: Bu Kanunla kurulan üniversitelerin kurucu rektörleri, iki yılına Yükseköğretim Genel Kurulu tarafından, bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir ay içinde üye tam sayısının \_ çoğunluğuyla belirlenecek altı profesör adaydan; milli Eğitim Bakanınca onbeş gün içinde seçilerek Cumhurbaşkanına sunulan üç aday arasından Cumhurbaşkanınca seçilir ve atanır. Yükseköğretim Genel Kurulu'nca aday belirleme işlemi bir ay içinde sonuçlandırılmadığı takdirde Milli Eğitim Bakanı tarafından belirlenecek üç kurucu rektör adayı Cumhurbaşkanına sunulur.*

Bu düzenlemeye karşı da TBMM üyesi 122 Milletvekili Anayasa Mahkemesi'ne iptal davası açmıştır.

Açılan bu davada, davacı Milletvekilleri yasa yapılırken, Anayasa Mahkemesi'nin 2006/57 sayılı kararındaki gerekçelere uygun hareket edilmediğini, YÖK'ün gene kurucu rektör seçimi sürecinden dışlandığını ve siyasi iktidarın bu süreçte etkin kılınmaya çalışıldığı belirtilmiştir. Davacılar, gerekçe olarak da, amaç yönünden hukuk devleti ilkesine (AY 2. md), Anayasa'nın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkesine (AY 153. md), bilimsel ve yönetsel özerklik ilkelerine (AY. 130. md), yükseköğretim kurumlarının yönetim organlarının belirlenmesinde yetkinin YÖK'de olmasını öngören (AY 131. md) Anayasal düzenlemelere aykırılık belirtmiştir.

Anayasa Mahkemesi, ilk olarak Mahkeme'nin 2006/57 sayılı kararına aykırı bir düzenleme yapılarak, Anayasa'nın 153. maddesinin ihlal edildiği iddiasını incelemiş ve reddetmiştir. Yasama organının, Anayasa Mahkemesi kararlarının gerekçe ve sonuçlarıyla bir bütün olarak bağlı olduğu hatırlatılarak, iptal edilmiş bir yasa kuralı ile aynı doğrultu, içerik ya da nitelikte yasa yapılamayacağını belirtilmiştir. Ardından getirilen yeni yasa ile iptal edilen düzenleme arasında bu türden bir özdeşlik, anlam ve nitelik ya da teknik, içerik ve kapsam yönlerinden benzerlik olup olmadığı incelenmiştir.

Bu aşamada, daha önce iptal edilen düzenlemede YÖK'e hiç yer verilmez iken, yeni düzenlemede belli bir görev ve yetki verildiği, bu sebeple de, iki düzenleme arasında biçim ve içerik yönünden bir özdeşlik olmadığı belirtilmiştir.

Ardından, AY 130 ve 131. maddeler bakımından yeni düzenlemenin Anayasaya uygun olup olmadığı incelenmiştir. Burada, bir önceki kararda vurgulanan bilimsel ve idari özerklik kavramları tekrar belirtilmiş, rektör adaylarının belirlenmesinde uygulanacak esasların, Cumhurbaşkanı'nın seçme yetkisinin amacına uygun kullanımını engellemeyecek ve üniversitelerin bilimsel özerkliklerini zedelemeyecek biçimde düzenlenmesi gerektiği söylenmiştir.

Ardından, üniversitelerin genel yönetim ve denetiminde birinci derecede yetki ve sorumluluk sahibi olan rektörlerin seçiminde YÖK'ün yetki sahibi olmasının, bilimsel özerklik ilkesinin ve bu Kurul'un anayasal varlık sebeplerinin bir gere-



ği olduğu ifade edilmiştir. Anayasa Mahkemesi, yeni üniversitelere rektör seçilirken farklı usuller uygulanabileceğini, ancak bu usullerin YÖK'ü seçim sürecinden dışlamaması gerektiğini kabul etmiştir.

Yeni kanunla getirilen, yirmibir üyeden oluşan Yükseköğretim Genel Kurulu'nda üye tam sayısının, 3/4 çoğunluğu ile aday tespiti yapılacağı, bu yeter sayıya ulaşamadığında ise tek başına Milli Eğitim Bakanı tarafından adayların belirleneceği kuralının, normalde ondört üye ile toplanabilen ve sekiz oyla karar alabilen YÖK'ün adayları belirlemesini neredeyse imkânsızlaştırdığı belirtilmiştir. Anayasa Mahkemesi, YÖK'ün etkin ve işleyebilir bir seçim sistemiyle sürece dâhil edilmemiş olduğunu, yetkinin kullanılmasının böyle zorlaştırılmasının ise bilimsel özerklik ilkesiyle ve YÖK'ün Anayasal görev ve yetkileriyle bağdaşmadığını ifade etmiştir.

Anayasanın 2 ve 11. maddeleri yönünden inceleme yapılmasına ise gerek görülmemiştir.

Mahkeme, yukarıda özetlemeye çalıştığımız gerekçelerle ve oybirliği ile 7.2.2007 tarihinde, E:2007/5 ve K:2007/18 sayılı kararı ile Geçici 1. maddenin bir kez daha iptaline karar vermiş, iptal kararının sonuçsuz kalmaması için de yine oybirliği ile yürürlüğün durdurulmasına karar vermiştir. İptal kararı, 27.03.2007 tarihli, 26575 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

### **Sonuç**

Tüm bu kanuni düzenlemeler bazı ortak noktalara sahiptir. Değişik hukuki alanlarda olmakla beraber amaçları bakımından benzerlik gösterirler:

1. Düzenlemelerle özerk kimi kurumların bu yapıları bozularak ve yetki aşımı yapılarak siyasi iktidarın nüfuz alanına buraların açılması amaçlanmış,
2. Kurumların özerk yapıları gereği görevlerine son verilemeyen yetkililer, uygulanmakla tükenen, sürekli olmayan şahsi, genel nitelikler göstermeyen kanun maddeleri ile görevden alınmış,
3. Siyasi kadrolaşma arzularıyla, özerk kurumların yapısını bozmaya çalışan düzenlemeleri engelleyen yargı kararları etkisiz kılınmaya çalışılmıştır.

Buna karşılık, Anayasa Mahkemesi amaçsal bir yorum anlayışını benimseyerek, kurumların hukuki statüleriyle paralel olarak, özerkliklerini koruyucu sonuçlara varmaktadır. Mahkeme, işlevleri gereği siyasi iktidardan bağımsız olması gereken bu kurumları, kimi zaman dernek kurma özgürlüğü, kimi zaman bilimsel özerklik çerçevesinde, siyasi iktidarın keyfi müdahale alanı dışında tutmaktadır.

Anayasa Mahkemesi, kararlarında aynı zamanda hukuk devletini ve yargının etkinliğini de korumayı hedefler gözükmektedir.