

ISSN: 1303 - 4650

YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

**JOURNAL OF YEDİTEPE UNIVERSITY
FACULTY OF LAW**

Yılda iki sayı yayımlanan hakemli dergi
This Journal is a peer reviewed journal published twice a year.

**Cilt: XVI, Sayı: 2
Vol. XVI, No. 2
Yıl / Year: 2019**



YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ

YUHFD Vol. XVI No.2 (2019)

YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

JOURNAL OF YEDİTEPE UNIVERSITY FACULTY OF LAW

Yayın Sahibi / Publisher

Prof. Dr. Canan Aykut Bingöl (Rektör / Rector), Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi adına / *On Behalf of Yeditepe University Faculty of Law*

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü / Editör - Responsible Manager / Editor

Prof. Dr. Oktay Uygun, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi / *Yeditepe University Faculty of Law*

Editör Yardımcıları / Associate Editors

Dr. Öğr. Üyesi Semir Töner Şen, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Onur Özcan, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Teknik Hazırlık / Layout and Page Design

Ar. Gör. Alperen Asım Koruk, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Ar. Gör. Eşref Barış Börekçi, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Yönetim Yeri / Place of Management

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İnönü Mah. Kayışdağı Cad.
26 Ağustos Yerleşimi, 34755 Ataşehir / İstanbul
Tel.: (0216) 578 07 67

İnternet Adresi / Web Address

<http://law.yeditepe.edu.tr/yayinlar/sureliyayinlar/you-hukuk-fakultesi-dergisi/>

Yayının Türü / Type of Publication

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi yılda iki sayı olarak yayımlanan, **ULAKBİM** (Ulusal Akademik Ağ ve Bilgi Merkezi) Ulusal Hukuk Veri Tabanı'na kabul edilmiş hakemli bir dergidir.

The Journal of Yeditepe University Faculty of Law is a peer-reviewed journal published twice a year and it was recognized as national peer reviewed journal in the National Law Database of ULAKBİM (Turkish Academic Network and Information Center).

Basımcının Adı / Printed by

Pasifik Ofset

Cihangir Mah. Güvercin Cad. No:3/1 Baha İş Merkezi A-Blok K.2 34310
Haramidere Tel: 0212 412 17 77 **Sertifika No:** 12027

Basım Yeri / Place of Publication

İstanbul / *Istanbul*

Basım Tarihi / Publication Date

Eylül / *September* 2019

ISSN: 1303 - 4650

Tüm yazışmalar ve katkıda bulunmak isteyenler için iletişim bilgileri
All correspondence concerning articles and other submissions should be addressed to

E-posta / E-mail: yuhfd@yeditepe.edu.tr

Telefon / Phone: (0216) 578 07 67

Faks / Fax: (0216) 578 07 56

Editör / Editor : (Oktay Uygun) oktayuygun@yahoo.com

Editör Yardımcıları / Associate Editors :

(Semin Töner Şen) stonersen@gmail.com

(Onur Özcan) onurozcan@yahoo.com

Posta Adresi / Postal Address:

Yeditepe Üniversitesi, Hukuk Fakültesi

İnönü Mah. Kayışdağı Cad. 26 Ağustos

Yerleşimi 34755 Ataşehir - İstanbul

Bu dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşler yazarlara aittir.

Articles published in this journal represent only the views of the contributors.

Copyright © 2017

Tüm hakları saklıdır. Bu yayının hiçbir bölümü, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin yazılı izni olmadan, fotokopi yoluyla veya elektronik, mekanik ve sair suretlerle kısmen veya tamamen çoğaltılamaz, dağıtılamaz, kayda alınamaz.

All rights reserved. No part of this publication may be copied, reproduced, stored in a retrieval system, or transmitted, in any form or by means, without the prior expressed permission in writing of the Yeditepe University Faculty of Law.

Dergiye yapılan atıflarda “YÜHFD” kısaltması kullanılmalıdır.

For citations please use the abbreviation: “YUHFD”

Dergimiz Hakkında

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (YÜHFD), yılda iki sayı olarak yayımlanan, hakemin yazarı bilmemesi esasına dayalı hakemli bir hukuk dergisidir. 2004 yılından beri yayın hayatını sürdürmekte olan Dergi'de hakem denetiminden geçmiş makaleler, karar tahlilleri, içtihat ve mevzuat kronikleri ile eser incelemelerine yer verilmektedir. Her sayıda Türk ve yabancı akademisyenler ve hukuk uygulamacıları tarafından kaleme alınan, hukukun her alanı ile ilgili değerli eserler yayımlanmaktadır.

Dergi'mize göstermiş olduğunuz ilgiden dolayı memnuniyetimizi ifade eder, sizlerin de hukukun her alanına ilişkin olabilecek özgün makale ve diğer türdeki eserler olsun (karar tahlilleri, eser incelemeleri vb.), katkılarınızla Dergi'mizin daha da zenginleşeceği kanaatinde olduğumuzu belirtmek isteriz.

About Our Journal

Journal of Yeditepe University Faculty of Law (YUHFDF) is a peer reviewed academic journal published regularly twice a year, concentrating on issue of law and considers for publication articles, case notes and comments, discussions of legislative developments and book reviews. It has been in publication since 2004. Each issue contains scholarly works concerning all branches of law, authored by scholars and practitioners around the globe.

We appreciate your interest in our journal and welcome your contributions in the form of articles, notes, comments or reviews on topics reflecting a broad range of perspectives on law; with your contributions and support can and will our journal progress.

Danışma Kurulu / *Advisory Board*

Prof. Dr. Sultan Tahmazoğlu Üzeltürk, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Bilge Umar, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Sait Güran, Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Belgin Erdoğmuş, Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
(2004-2013 tarihleri arasında dergimize danışmanlık yapmıştır.)

Prof. Dr. Selçuk Öztekin, Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Abdülkadir Arpacı, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mehmet Bahtiyar, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ayşe Nuhoglu, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Erdoğan Bülbül, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Haluk Nomer, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Yayın Komisyonu / *Editorial Board*

Prof. Dr. Rayegan Kender, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Yaşar Gürbüz, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Duygun Yarsuvat, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Köksal Bayraktar, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Nami Barlas, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Emekli Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Ali Rıza Okur, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ali Cem Budak, Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Augusto Sinagra, La Sapienza, Roma Üniversitesi

Prof. Dr. Bart de Schutter, Vrije Universiteit Brussel

Prof. Dr. Claudio Grossman, American University, Washington College of Law

Prof. Dr. Helge Loytved, Universität Bielefeld, Fakultät für Rechtswissenschaft; Bundessocialgericht, Kassel

Prof. Dr. Michel Waelbroek, Brüssel Üniversitesi, ULB

Prof. Dr. Nanette Neuwahl, Montreal Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Patrick Hugg, Loyola University School of Law

Prof. Dr. Ruşen Ergeç, ULB Universite Libre de Bruxelles
Prof. Dr. Stefan Talmon, Universität Bonn, Fakultät für Rechtswissenschaft,
Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Völkerrecht und Europarecht;
Co-Direktor des Instituts für Völkerrecht
Prof. Dr. Don Wallace, Jr., Georgetown Üniversitesi, International Law
Institute-Chairman
Prof. Dr. Mesut Hakkı Çaşın, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Hakan Üzeltürk, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Haluk Nami Nomer, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Sibel İnceoğlu, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Diler Tamer, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Faruk Acar, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ekrem Ali Akartürk, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Emrehan İnal, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Gül Doğan, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Cem Dinar, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Ragıp Barış Erman, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Semin Töner Şen, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Onur Özcan, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Tefvik Sönmez Küçük, Yeditepe Üniversitesi Hukuk
Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Ahmet Cemil Yıldırım, Kemerburgaz Üniversitesi Hukuk
Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Zuhul Arıç, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Mehmet Fethi Şua, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Cihan Avcı Braun, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Tuğçe Tekben, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Öğr. Gör. Cihan Mengü Acun, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Öğr. Gör. Nazan Moroğlu, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Öğr. Gör. Jennifer Morrison, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Öğr. Gör. Sinan Naipoğlu, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Öğr. Gör. İsmail Esin, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ YAYIN İLKELERİ

PUBLICATION AND SUBMISSION REQUIREMENTS OF JOURNAL OF YEDİTEPE UNIVERSITY FACULTY OF LAW

1) Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (YÜHFD), altı ayda bir yayımlanan hakemli bir dergidir.

The Journal of Yeditepe University Faculty of Law (YUHFD) is a peer-reviewed journal published twice a year.

2) Dergi’de yayımlanabilecek yazılar, hukuk içerikli her türlü makale, karar incelemesi ve kitap incelemesi ve çevirilerdir. Yazıların dili, Türkçe veya diğer Avrupa dilleridir.

This is a general journal of law and legal issues. Articles, case notes and comments, discussions of legislative developments, book reviews and other similar type of papers which are written in Turkish and in other European languages are welcome.

3) Dergi’de yayımlanmak üzere gönderilen yazılar başka bir yerde yayımlanmamış ya da yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır.

Articles that will be sent to the editor should not be published elsewhere, nor be submitted to other journals simultaneously.

4) Yazılar Microsoft Word (Microsoft Office 98 ve üzeri versiyonlar) formatında (.doc veya .docx dosya uzantılı olarak) yazılmış olmalıdır. Ayrıca yazılar, aşağıdaki şekil şartlarına uygun olarak kaleme alınmış olmalıdır:

Kağıt boyutu: A4

Üst: 2,5 cm; Alt: 2,5 cm; Sol: 2 cm; Sağ: 2 cm

Metin: Times New Roman, 12 punto, 1.5 satır aralığı, iki yana yaslı

Dipnotlar: Sayfa altında, Times New Roman, 10 punto, 1 satır aralığı, iki yana yaslı

Articles should be submitted as Microsoft Word (either with .doc or .docx file extensions) documents (Microsoft Office 1998 or higher versions). Articles should be written according to the following style guidelines:

Paper size: A4

Top: 2.5 cm; Bottom: 2.5 cm; Left: 2 cm; Right: 2 cm

Text body: Times New Roman, 12 points, at 1.5 line spacing, justified

Footnotes: Times New Roman, 10 points, at 1 line spacing, justified

5) Her yazı, kaydedildiği bir CD ile ya da elektronik posta yolu (yuhfd@yeditepe.edu.tr) ile Microsoft Word formatında editöre teslim edilmelidir. Yazının basılı olarak teslimi gerekmemektedir.

Softcopy of the article either on a CD or as an attached Microsoft Word Document via e-mail should be submitted to the editor (yuhfd@yeditepe.edu.tr). There is no need to submit any hardcopy of the article.

6) Yazıyla birlikte yazarın (veya yazarların) adına, unvanına, çalıştığı kuruma, açık adresine, kolay ulaşım sağlanabilecek telefon numaralarına ve elektronik posta adreslerine ilişkin bilgiler de editöre ulaştırılmalıdır.

The name(s), formal position(s), institutional affiliation(s) and contact details (especially e-mail(s)) of the author(s) must be clearly included with the submission to the editor.

7) Dergi'ye gönderilen makaleler Türkçe ve İngilizce **başlık** ile hem İngilizce hem de Türkçe **özet** kısmı içermelidir.

*Each submission should contain a Turkish (only for Turkish authors) and an English **Title**, as well as a structured **Abstract** in Turkish (only for Turkish authors) and English.*

8) Dergi'ye gönderilen makalelerde, ilgili makaledeki konuyu tanımlayan Türkçe ve İngilizce uygun **anahtar kelimeler** bulunmalıdır.

*All articles should be accompanied by a sufficient number of **keywords** in Turkish (only for Turkish authors) and English that reflect the content of the article.*

9) Dergi'ye gönderilen makalelerde kullanılan kaynaklar, makale sonunda **kaynakça** olarak alfabetik sırada verilmiş olmalı ve kullanılan kaynaklar dipnotunda veya metin içerisinde kısa olarak yer almalıdır.

*All references cited in the text should be numbered in the order of mention in the text and should be given in abbreviated form in footnotes. They should be listed in full form at the end of the article in an alphabetically arranged **bibliography** as well.*

10) Dergi'ye gönderilen makalelerin yazım bakımından son denetimlerinin yapılmış olduğu ve **basılmaya hazır olarak** verildiği kabul edilir.

*All submissions are regarded as **ready to publish** and already proofread by the author himself or herself.*

11) Dergi'de yayımlanmak üzere gönderilen çalışmaların yazarları, çalışmalarının elektronik ortamda da yayımlanmasına rıza göstermiş sayılır.

The authors of the texts submitted for publication in the journal are deemed to have consented to the publication of their work electronically.

12) Yayım Kurulu'nda ilk değerlendirilmesi yapılan makaleler, anonim olarak hakeme gönderilecek, hakemden gelen rapor doğrultusunda makalenin yayımlanmasına, hakemden gelen rapor çerçevesinde düzeltme istenmesine ya da yayımlanmamasına karar verilecek ve yazar durumdan en kısa zamanda ve genellikle e-posta yolu ile haberdar edilecektir. Tamamlanmış veya dzeltilmış yazı, Yayım Kurulu'nca, tekrar hakeme gönderilebilir.

Articles will initially be examined by the editorial board. After initial evaluation by the editorial board, the submissions will be sent to an anonymous peer reviewer, who is determined by the editorial board. In case of rejection or proposed amendments, the contributor(s) will be informed (generally via e-mail) in adequate detail and provided with a copy of the reviewer's report. Whenever needed or necessary, a reviewed and amended submission may be sent to a second reviewer.

13) Dergi, hakemin yazarı bilmemesi esasına (**kr hakemlik**) dayanır. Hakeme gnderilecek makalelerde de yazarın kimliğine ilişkin bilgilerin gizliliği sağlanır.

*All articles submitted are subject to a **blind peer review**. The identity of the author(s) and reviewer(s) will not be revealed to the other party.*

14) Tm Hakem Raporları, **ULAKBİM** (Ulusal Akademik Ağ ve Bilgi Merkezi) **Hukuk Veri Tabanı Komitesi** tarafından denetlenmesine olanak verecek şekilde 5 yıl saklanır.

*All reviewers' evaluation reports will be kept for at least five years after publication and copies of these reports will be sent to the **ULAKBİM** (Turkish Academic Network and Information Center) **Law Database Committee** whenever required.*

15) Dergi'ye ait yeni sayı yayımlandıka, bu sayı tek bir **PDF** dosyası şeklinde **ULAKBİM Online Dergi Takip Sistemine (ODİS)** yklenir. Ayrıca Dergi'nin 2 adet basılı kopyası da ULAKBİM'e kargo ile ulaştırılır.

*Each published issue of the Journal will be uploaded as a PDF file to the **Online Journal Watch System of ULAKBİM (ODIS)**. Also two copies of the published issue will be delivered to ULAKBİM by cargo.*

16) Dergi basıldıktan sonra ilgili sayının yazarlarına ve bu sayıda hakemlik yapmış olanlara ücretsiz olarak gönderilir.

Free copies of the published issue will be sent both to the author(s) and to the reviewer(s).

YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ
Cilt: XVI, Sayı: 2, Yıl: 2019

İÇİNDEKİLER

BORSAYA KOTE EDİLMİŞ NAMA YAZILI PAYLARIN DEVRİ

Dr. Özlem Ata1

Yeditepe Üniversitesi Üniversitesi Hukuk Fakültesi

e-posta: ataozlemata@gmail.com

DİJİTAL EKONOMİYİ VERGİLENDİRME YOLUNDA SOMUT BİR ADIM : DİJİTAL HİZMET VERGİSİNDE FRANSA ÖRNEĞİ

Dr. Balca Çelener31

Galatasaray Üniversitesi Üniversitesi Hukuk Fakültesi

e-posta: bcelener@gsu.edu.tr

YÜKSEKÖĞRETİM PERSONELİ DİSİPLİN HUKUKUNA UYGULANACAK USULE İLİŞKİN DEĞERLENDİRME

Mehmet Sercan Ercan55

Hitit Üniversitesi Sosyal Bilimler Meslek Yüksekokulu Hukuk Bölümü,
Öğretim Görevlisi

e-posta: mehmetsercanercan@gmail.com

KLASİK ANARŞİZM'DEN QUEER'E: EMMA GOLDMAN'IN FEMİNİZM ANLAYIŞINA DAİR BİR İNCELEME

Arş. Gör. Serhat Özkan73

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Araştırma Görevlisi

e-posta: sserhatozkann@gmail.com

ROMA CUMHURİYET DÖNEMİNDE AEDİLİS MAKAMI: KURULUŞ, HUKUKİ STATÜ VE YETKİLER

Dr. Duygu Özer Sarıtış107

Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Roma Hukuku Anabilim Dalı

e-posta: duozer@anadolu.edu.tr

BİRLEŞİK KRALLIK VE AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKLARI KAPSAMINDA PAY SAHİBİ AKTİVİZMİ DÜZENLEMELERİ

Dr. Ekrem Solak127

İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı

e-posta: ekrem.solak@medeniyet.edu.tr

EVİLİLİĞİN MUTLAK BUTLANINA İLİŞKİN BİR YARGITAY KARARININ DEĞERLENDİRİLMESİ

Dr. Öğr. Üyesi Tuğçe Tekben163
İstanbul Yeni Yüzyıl Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk
Anabilim Dalı Öğretim Üyesi
e-posta: tugce.tekben@yeniuyuzyl.edu.tr

NE BİS İN İDEM: BİR ANAYASA MAHKEMESİ KARARI

Prof. Dr. Hakan Üzeltürk215
Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Öğretim Üyesi
e-posta: huzelturk@superonline.com

EK: BEDRETTİN DALAN MAKALE YARIŞMASI: DERECEYE GİREN MAKALELER233

TÜRK HUKUKUNDA VE FRANSIZ HUKUKUNDA DÜŞMAN CEZA MUHAEMESİ UYGULAMALARI

Arş. Gör. Göksu Işık235
Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı,
Araştırma Görevlisi
e-posta: goksuisik@beykent.edu.tr

DÜŞMAN CEZA HUKUKU VE UYGULAMALARI

Nuran Haydar281
İstanbul Gedik Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi
Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi
e-posta: nuran.haydar@gmail.com

DÜŞMAN CEZA HUKUKU ALTERNATİFSİZ MİDİR? TEORİK DÜŞMAN CEZA HUKUKUNUN UYGULAMADAKİ DÖNÜŐMÜ:

Düşman Ceza Hukukunun İşlevselliği Üzerine Bir İnceleme
Dicle Yağmur Kılıç321
ÖĞrenci, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
e-posta: dicleyagmurklc@gmail.com

**JOURNAL OF YEDİTEPE UNIVERSITY
FACULTY OF LAW**

Volume: XVI, No: 2, Year: 2019

CONTENTS

THE TRANSFER OF LISTED REGISTERED SHARES

Dr. Ozlem Ata1

Yeditepe University Faculty of Law

e-mail: ataozlemata@gmail.com

**CONCRETE STEP TOWARDS TAXATION OF DIGITAL
ECONOMY: FRENCH MODEL IN DIGITAL SERVICES TAX**

Dr. Balca Çelener31

Galatasaray University Faculty of Law

e-mail: bcelener@gsu.edu.tr

DISCIPLINE LAW FOR HIGHER EDUCATION PERSONNEL

Mehmet Sercan Ercan55

Hitit University Social Sciences School of Advanced Vocational Studies

Department of Law, Lecturer

e-mail: mehmetsercanercan@gmail.com

**FROM CLASSICAL ANARCHİSM TO QUEER: ANARCO-
FEMINISM UNDERSTANDING OF EMMA GOLDMAN**

Res. Asst. Serhat Özkan.....73

Yeditepe University Faculty of Law, Research Assistant

e-mail: sserhatozkann@gmail.com

**THE AEDILIS IN THE ROMAN REPUBLIC :ITS ORGANIZATION,
LEGAL STATUS AND POWERS**

Dr. Duygu Özer Sarıtaş107

Anadolu University Faculty of Law Department of Roman Law

e-mail: duozer@anadolu.edu.tr

**THE STEWARDSHIP RESPONSIBILITIES OF SHAREHOLDERS
IN UK AND EU COMPANY LAW**

Dr. Ekrem Solak127

Istanbul Medeniyet University Faculty of Law Department of Commercial
Law

e-mail: ekrem.solak@medeniyet.edu.tr

**EVALUATION OF A DECISION OF THE COURT OF CASSATION
IN REGARD TO THE ABSOLUTE NULLITY OF MARRIAGE**

Asst. Prof. Dr. Tuğçe Tekben163

Istanbul Yeni Yüzyıl University Faculty of Law, Department of Civil Law

e-mail: tugce.tekben@yeniuyuzuil.edu.tr

NE BIS IN IDEM: A CONSTITUTIONAL COURT DECISION

Prof. Dr. Hakan Üzeltürk215

Yeditepe University Faculty of Law, Faculty Member

e-mail: huzelturk@superonline.com

**ANNEX: BEDRETTİN DALAN ARTICLE COMPETITION: Articles
Rankings The Highest233**

**THE IMPLEMENTATION OF ENEMY CRIMINAL PROCEDURE
LAW IN TURKISH AND FRENCH LEGAL SYSTEMS**

Res. Asst. Göksu İşık235

Beykent University Faculty of Law Department of Constitutional Law,
Research Assistant

e-mail: goksuisik@beykent.edu.tr

ENEMY CRIMINAL LAW AND ITS PRACTICES

Nuran Haydar281

Istanbul Gedik University Faculty of Law Department of Criminal ve
Criminal Procedure Law Research Assistant

e-mail: nuran.haydar@gmail.com

**IS ENEMY CRIMINAL LAW IRREPLACIBLE? THE THEORY OF
ENEMY CRIMINAL LAW AND ITS TRANSFIGURATION IN
PRACTICE: A Thesis on Enemy Criminal Law's Functionality**

Dicle Yağmur Kılıç321

Undergraduate, Yeditepe University Faculty of Law

e-mail: dicleyagmurklc@gmail.com

BORSAYA KOTE EDİLMİŞ NAMA YAZILI PAYLARIN DEVRİ (THE TRANSFER OF LISTED REGISTERED SHARES)

Dr. Özlem Ata* **

ÖZ

Çalışmamızda, borsaya kote edilmiş nama yazılı paylarını devri incelenmiştir. Bu kapsamda, öncelikle nama yazılı paylar ile bunların devir usulü, borsaya kote pay kavramı ve borsaya kote payların devir usulü açıklanmaya çalışılmıştır. Daha sonra, borsaya kote edilmiş nama yazılı paylar için TTK m. 495 hükmü uyarınca getirilebilecek sınırlandırmalar ve paya bağlı hakların geçişi üzerinde durulmuştur. Nihayetinde ise SerPK m. 137/3 hükmünün TTK m. 495 hükmüyle çelişen ifadesi değerlendirilmiştir.

***Anahtar Kelimeler:** Paylar, Nama Yazılı Paylar, Borsaya Kote Edilmiş Nama Yazılı Paylar, Pay Devri, Sermaye Piyasası.*

ABSTRACT

In this article, we will examine the transfer of listed registered shares. In this context, first we will try to explain the registered shares and the transfer of them, the term of listed shares and the transfer of listed registered shares. Then, we will review the limitations on the transfer of the listed registered shares as stated by Art. 495 of Turkish Commercial Code. Finally, we will review the contradiction between the Art. 137/3 of Capital Markets Law and Art. 495 of Turkish Commercial Code.

***Keywords:** Shares, Registered Shares, Listed Registered Shares, Transfer Of Shares, Capital Markets.*

Giriş

Anonim ortaklık hukukuna, payın devredilebilirliği ilkesi hakimdir¹. Bu ilkenin gerekçesi, anonim ortaklıkların sermaye ortaklığı olmaları nedeniyle

[#] Eserin Dergimize geliş tarihi: 25.07.2019. İlk hakem raporu tarihi: 08.08.2019. İkinci hakem raporu tarihi: 08.08.2019. Onaylanma Tarihi: 09.08.2019.

* Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi.

** Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0002-7026-6141

Esere Atıf Şekli: Özlem Ata, “Borsaya Kote Edilmiş Nama Yazılı Payların Devri”, YUHFD, C.XVI, 2019/2, s.1-29

¹ **Tekinalp** (Poroy/Çamoğlu), Ortaklıklar, p. 1145; Hasan **Pulaşlı**, Şirketler Hukuku Şerhi, C. II, Ankara 2018, § 49, N. 10, s. 2035; Mehmet **Bahtiyar**, Ortaklıklar Hukuku, İstanbul, Ocak 2019, s. 330.

pay sahiplerinin kişiliklerine önem verilmemesidir². Anonim ortaklıklara hakim olan bu ilkenin, hamiline yazılı paylar için istisnası söz konusu değildir. Hamiline yazılı paylar serbestçe devredilebilir. Belirli bir kişinin ismine yazılı olan nama yazılı paylar için ise payın serbestçe devredilebilirliğini engelleyebilecek düzenlemeler kanunda yer aldığı gibi anasözleşmeye de konulabilir.

Nama yazılı paylarda mülkiyetin karşı tarafa geçebilmesi için ciro ve zilyetliğin devri ya da taraflar arasında alacağın temliki sözleşmesi yapılması gerekir. Borsaya kote nama yazılı paylar, kaydi paylar olduklarından bunların devri kural olarak kaydi payların devir usulü uyarınca yapılır.

Nama yazılı payların devrinin kanunen sınırlandırılması, bedeli tamamen ödenmemiş nama yazılı paylar açısından öngörülmüştür. Nama yazılı payların devrinin anasözleşmeyle sınırlandırılması ise borsaya kote edilmemiş nama yazılı paylar ile borsaya kote edilmiş nama yazılı paylar açısından ikili bir ayrıma tabi tutulmuştur. TTK m. 493, borsaya kote edilmemiş nama yazılı paylar açısından red sebeplerini, TTK m. 495 ise borsaya kote edilmiş nama yazılı paylar açısından red sebeplerini içermektedir.

Çalışmamızda, öncelikle nama yazılı payların devir usulünü, borsaya kote pay kavramını ve borsaya kote payların devir usulünü açıklayacağız. Daha sonra, borsaya kote bağlı nama yazılı payların devri için TTK m. 495 hükmü uyarınca getirilebilecek sınırlandırmaları ve paya bağlı hakların geçişini açıklamaya çalışacağız. Nihayetinde ise SerPK m. 137/3 hükmünün TTK m. 495 hükmüyle çelişkili ifadesi hususunda kanaatimizi ortaya koymaya çalışacağız.

I. Nama Yazılı Paylar ve Bunların Devri

Nama yazılı pay, belirli bir pay sahibinin namına, ismine düzenlenen paylardır. Hamiline yazılı pay ise belirli bir pay sahibinin ismine düzenlenmemiş, o payın bağlandığı pay senedini kim taşıyorsa o kişinin pay sahibi olarak kabul edildiği paylardır. TTK m. 486/2 uyarınca hamiline yazılı paylara ilişkin pay senetleri, pay bedelleri tamamen ödendikten sonraki üç ay içerisinde bastırılarak pay sahiplerine dağıtılmalıdır. Nama yazılı pay senetleri ise -eğer ortaklık tarafından daha önceden bastırılıp dağıtılmamışsa- azınlığın talebi durumunda bastırılıp pay sahiplerine dağıtılmalıdır (TTK m. 486/3).

² Mehmet **Bahtiyar**, Anonim Ortaklık Anasözleşmesi, İstanbul 2001, s. 253.
YUHFD Cilt. XVI No.2 (2019)

Nama yazılı payların devir usulü, bu payın senede (kıymetli evraka) bağlanıp bağlanmamasına göre değişir. Nama yazılı pay, senede bağlanmış ise TTK m. 490/2 hükmüne tabi olur. Anılan hükme göre nama yazılı pay senedi, senedin ciro edilmesi ve zilyetliğin devri ile devredilebilir. Bunun yanında, yazılı bir devir beyanı ve zilyetliğin devri yoluyla da devredilebilir³. Kanunda nama yazılı payların emre yazılı kıymetli evraka özgü devir şekli olan ciro⁴ ve zilyetliğin devri yoluyla devredilebileceğinin öngörülmesi sebebiyle doktrindeki hakim görüş uyarınca nama yazılı pay senetlerinin hukuki niteliği kanunen emre yazılı senettir⁵.

Hem hamiline yazılı paylar hem de nama yazılı paylar için henüz pay senedi bastırılmadığı süreçte bu paylar senede bağlanmamış olsa da varlıklarını sürdürür; devir ve devir sınırlamaları dahil her türlü hukuki işleme konu olabilir⁶. Senede bağlanmayan paylar “çıplak pay” olarak adlandırılır. Çıplak payların sahipleri de nama yazılı pay sahipleri gibi pay defterine kaydedilirler (TTK m. 499/1). Senede bağlanmamış çıplak paylar, alacağın temlik hükümleri uyarınca yazılı devir beyanı ile devredilir⁷.

³ Hasan **Pulaşlı**, Şirketler Hukuku Şerhi, C. III, Ankara 2018, § 50, N. 17, s. 2039; Şafak **Narbay**, Anonim Ortaklık Pay Defteri, Ankara, 2003, s. 204.

⁴ *Ciro*, tam ciro yanında beyaz ciroyu da kapsar. Mülga İMKB Kotasyon Yönetmeliği'nde “*nama yazılı hisse senetlerinin devir ve temlikinde beyaz cironun kabul edildiğine dair yönetim kurulu kararı*”nın alınması gerektiği öngörülmüyordu. Nama yazılı payların borsada devrinin kolaylaştırılması için öngörülmüş bu hüküm, yürürlükte olduğu dönemde kaydi sisteme geçilmesiyle birlikte anlamını kaybetmiş, pay ister nama yazılı olsun ister hamiline yazılı olsun alacağın temlik hükümlerine göre devredilmeye başlanmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Hatice Ebru **Töremiş**, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Sermaye Piyasası Mevzuatı Çerçevesinde Nama Yazılı Payların Borsada Devri, SPK Yeterlik Etüdü, Ankara, 2008, s. 31; Necdet **Uzel**, Anonim Ortaklıkta Esas Sözleşmesel Bağlam, İstanbul, Nisan 2013, s. 37, dn. 27.

⁵ **Tekinalp** (Poroy/Çamoğlu), Ortaklıklar, p. 1128; Erdoğan **Moroğlu**, “Nama Yazılı Pay Senetlerinin Devri ve Yargıtay Kararları”, Makaleler I, İstanbul, 2006, s. 245 vd.; **Pulaşlı**, C. II, § 43, N. 28, s. 1812; Mehmet **Bahtiyar**, Kıymetli Evrak Hukuku, İstanbul 2018, s. 24; **Töremiş**, s. 3. Diğer görüş ise nama yazılı pay senetlerinin nama yazılı kıymetli evrak olduğu yönündedir. Bu sebeple kanun hükmünde öngörülen cironun, senet metnine ya da alonj üzerine yazılacak bir devir beyanı olarak anlaşılması gerekir. Bkz. Hayri **Domanic/Ersin Çamoğlu**, İçtihatlı Notlu Türk Ticaret Kanunu, İstanbul, 1977, s. 308; Zühtü **Aytaç**, Sermaye Piyasası Hukuku ve Hisse Senetleri, Ankara, 1988, s. 94-96; Hüseyin **Ülgen/Mehmet Helvacı/Arslan Kaya/Fusun Nomer Ertan**, Kıymetli Evrak Hukuku, İstanbul 2019, s. 63.

⁶ **Uzel**, s. 25.

⁷ Ali Murat **Sevi**, Anonim Ortaklıkta Payın Devri, Ankara 2018, s. 344; **Uzel**, s. 36.

Nama yazılı paylar, anılan usullere göre devredildikten sonra, devralanın TTK m. 487/2 uyarınca pay defterine de kaydedilmesi gerekir⁸. Böylece, anonim ortaklık genel kurul toplantısından önce genel kurula katılacaklar listesi pay defterinde gösterilen meşru hamilleri içererek hazırlanmış olur. Eğer nama yazılı payların bedelleri tamamen ödenmişse ve ortaklık anasözleşmesinde devre konu nama yazılı paylara ilişkin devir kısıtlaması hükmü (bağlam hükmü) bulunmuyorsa, ortaklık yönetim kurulu, devralanı, pay senedi mevcut ise bunun zilyedi olduğunu ve ciro zincirinin tam olduğunu ispatlaması hâlinde; pay, alacağın temliki hükümlerine göre devredilmişse de geçerli devir beyanını ispatlaması hâlinde yeni ortak olarak pay defterine kaydetmelidir⁹. Nama yazılı payların bedelleri tamamen ödenmemişse, ortaklık, ancak devralanın ödeme yeterliliği şüpheli ise ve ortaklık tarafından talep edilen teminat verilmemişse devre onay vermeyebilir (TTK m. 491). Ancak devrin, miras, mirasın paylaşımı, eşler arasındaki mal rejimi hükümleri veya cebrî icra yoluyla gerçekleştiği durumda nama yazılı payların bedelleri tamamen ödenmemiş olsa da ortaklık devre onay vermek ve yeni maliki pay defterine kaydetmek zorundadır (TTK m. 491/1). Ortaklık anasözleşmesinde bağlam hükmü olduğu durumda ise bunlara ek olarak devralanın bağlam hükmünde öngörülen şartlara uyması da aranır (TTK m. 492).

II. Borsaya Kote Edilmiş Nama Yazılı Payların Devri

A. Borsaya Kote Pay Kavramı

Borsa kotu (*stock market listing/quotation*), borsada işlem görmesine izin verilen sermaye piyasası araçlarının listesidir. Kotasyon, sermaye piyasası araçlarının borsada işlem görmeleri için kural olarak borsa kotuna alınmalarıdır¹⁰ (Borsa Yönetmeliği¹¹ m. 4/1-1). Borsada işlem görme ise

⁸ Doktrindeki hakim görüşe göre pay defterine kayıt açıklayıcıdır. Bu konudaki tartışmalar için bkz. **Narbay**, s. 133 vd.

⁹ **Moroğlu**, Nama Yazılı, s. 253.

¹⁰ Payların borsada işlem görmesi amacıyla başvuruda bulunmak, payların mutlaka kotasyonu amacıyla başvuruda bulunma zorunluluğu doğurmaz. Kota alınan paylar kot içi pazarlarda işlem görürken, kota alınmamış paylar kot dışı pazarlarda işlem görürler. Bkz. Veliye **Yanlı**, Sermaye Piyasası Hukuku Çerçevesinde Halka Açık Anonim Şirketler ve Kamunun Aydınlatılması, İstanbul 2005, s. 64; **Semerci Vuraloğlu**, s. 176. Zira, halka açık ortaklıkların, SerPK m. 16/2 uyarınca en geç iki yıl içinde paylarının borsada işlem görmesi için başvuruda bulunma zorunluluğunu, Piyasa Öncesi İşlem Platformu'na başvurarak kota alınmadan işlem görerek yerine getirmeleri de mümkündür (II-16.1 sayılı Ortaklıkların Kanun Kapsamından Çıkarılması ve Paylarının Borsada İşlem Görmesi Zorunluluğuna İlişkin Esaslar Tebliği m. 13). Ayrıca, Kotasyon Yönergesi geçici m. 2 uyarınca "*Serbest YUHFD Cilt. XVI No.2 (2019)*

sermaye piyasası araçlarının borsada alım satıma konu olmasıdır (Borsa Yönetmeliği m. 4/1-h).

SerPK m. 68 uyarınca, payların borsa kotuna alınabilmeleri için SerPK ve ilgili mevzuat uyarınca öngörülen kotasyon şartlarını taşımaları gerekir. Borsadaki pazarlara ilişkin ayrı listeler yer almaktadır. Borsada işlem görecekt sermaye piyasası araçlarının ilgili pazara ilişkin bu listeye dahil edilebilmesi için bu pazarlara yönelik SerPK ve ilgili mevzuatta öngörülen kotasyon şartlarını taşımaları gerekir (SerPK m. 68/1; Borsa Yönetmeliği¹² m. 4/1-l; Borsalar ve Piyasa İşleticileri Yönetmeliği¹³ m. 28/1).

Bir sermaye piyasası aracının borsa kotuna alınıp alınmayacağına ya da borsada işlem görüp görmeyeceğine ilişkin yetkili mercii, o borsanın yönetim kurulusudur (Borsa Yönetmeliği m. 14/1). Borsa yönetim kurulu, kotasyon şartlarına karar verirken sermaye piyasası araçlarını ihraç eden ihraççının özsermayesi, faaliyet süresi, mali ve hukuki durumu, halka arz edilmiş sermaye piyasası araçlarının piyasa değeri, halka açıklık oranı, ihraç tutarı, ihraççının yönetim kurulu üyeleri, bunların deneyim süreleri, hukuki durumu gibi etkenleri göz önünde bulundurarak karar verir. Belirli piyasa, pazar, sistem ya da platformlardaki kotasyona ilişkin bir piyasa danışmanının olumlu görüş içeren raporunun alınmasını zorunlu tutabilir (Borsa Yönetmeliği m. 14/3). Payların kotasyon şartları, payların işlem göreceği her bir pazara ilişkin olmak üzere, pazarlar bazında Borsa İstanbul A.Ş. Kotasyon Yönergesi m. 8 vd.'nda gösterilmektedir. Söz konusu bu kotasyon şartlarını yerine getiren ortaklıkların payları borsaya kote edilir.

Kotasyon Yönergesi¹⁴'nin belirli pazarlara¹⁵ yönelik öngördüğü kotasyon şartlarından biri de ortaklık anasözleşmesinde bağlam hükmünün

İşlem Platformunda işlem gören paylar ile TCMB, Müsteşarlık, Müsteşarlık tarafından kurulan Varlık Kiralama Şirketleri ve Müsteşarlık tarafından görevlendirilen kamu sermayeli kurumlarca kurulan Varlık Kiralama Şirketleri tarafından ihraç edilmiş sermaye piyasası araçları kota alınmaksızın işlem görecektir". Bu duruma, kota alınmaksızın işlem görme denir. Kota alınmaksızın işlem görme, sermaye piyasası araçlarının, kotasyon şartlarına yönelik Borsa tarafından herhangi bir değerlendirme yapılmaksızın borsada işlem görmesidir (Borsa Yönetmeliği m. 4/1-m, m. 18; Kotasyon Yönergesi m. 1/b).

¹¹ 19.10.2014 tarihli ve 29150 sayılı RG.

¹² 19.10.2014 tarihli ve 29150 sayılı RG.

¹³ 19.07.2013 tarihli ve 28712 sayılı RG.

¹⁴ 14/07/2015-13/11/2015 tarihinde Borsa İstanbul A.Ş. Yönetim Kurulu Tarafından onaylanmıştır. Bkz. <https://www.borsaistanbul.com/docs/default-source/yonergeler/borsa-istanbul-kotasyon-yonergesi.pdf?sfvrsn=30> (Erişim Tarihi: 01.08.2019).

yer almamasıdır (Kotasyon Yönergesi'nin m. 8/1,ç; m. 10/2,b; m. 12/1,a; m. 13/1,c)¹⁶. Bu düzenlemenin, borsaya kote bağlı nama yazılı payların devri için yer alan anasözleşmedeki bağlam hükmünü nasıl etkilediği aşağıda incelenecektir.

B. Borsaya Kote Edilmiş Nama Yazılı Payların Devir Usulü

1. Genel Olarak

Borsaya kote edilmiş nama yazılı paylar da kaydileştirilmiş paylardır¹⁷. Bu sebeple bu payların devrinde kaydi payların devir usulü geçerli olur. Borsada işlem gören payların mutlaka borsa içinde devredilme zorunluluğu yoktur. Bu paylar, doğrudan doğruya alıcı taraf ve satıcı taraf arasında akdedilen devir sözleşmesiyle borsa dışında da devredilebilirler¹⁸. Aşağıda öncelikle kaydi payların devri, ardından da borsaya kote nama yazılı payların devri incelenmektedir.

2. Kaydi Payların Devri

Kaydileştirilmiş paylar, senede bağlanmayan ve MKK nezdinde elektronik ortamda izlenen paylardır (SerPK m. 13/1). Bu sebeple, kaydileştirilmiş paylar için senet bastırılıp bunların pay sahiplerine dağıtılması söz konusu olmaz (SerPK m. 13/1; Kaydileştirme Tebliği¹⁹ m. 5/3). Kaydileştirilmiş paylar için daha evvelden senet bastırılmış ise bu senetlerin de Kurul'un belirlediği esaslar uyarınca teslim edilmesi gerekir. Aksi takdirde, bu paylar hükümsüz hâle gelir ve kaydileştirilme kararından sonra borsada işlem göremez ve aracı kurumlar tarafından bu sermaye

¹⁵ Bunlar Yıldız Pazar ve Ana Pazar kotasyon şartları, Nitelikli Yatırımcı İşlem Pazarı kotasyon şartları, Yatırım Ortaklıklarına ait payların kotasyon şartları, Gelişen İşletmeler Pazarı kotasyon şartlarıdır.

¹⁶ Benzer düzenleme, II-16.1 sayılı Tebliğ m. 13/4 hükmünde de mevcuttur. Hüküm uyarınca, halka açık ortaklıkların SerPK m. 16/2 uyarınca düzenlenen borsada işlem görme yükümlülüğünü yerine getirebilmeleri için Piyasa Öncesi İşlem Platformu'na başvurarak, kota almaksızın işlem gördükleri durumda da ortaklıkların "esas sözleşmelerinde, borsada işlem görecektir paylarının devir veya tedavülünü kısıtlayıcı veya pay sahibinin haklarını kullanmasına engel teşkil edici herhangi bir hüküm bulunmaması" şartı vardır. Aynı şekilde, VII-128.1 sayılı Pay Tebliği m. 6/1 hükmünde de benzer düzenleme yer almaktadır.

¹⁷ MKK ile yapılan 07.08.2019 tarihli yazışmadan edinilen bilgiye göre, borsaya kote tüm payların kaydileştirilmesi zorunludur.

¹⁸ Yanlı/Okutan Nilsson, s. 1334.

¹⁹ 07.08.2014 tarihli ve 29081 sayılı RG.

piyasası araçlarının alım satımına aracılık edilemez (SerPK m. 13/4)²⁰. Bu paylar, MKK'daki elektronik hesaplarda kayıtlıdır ve paylara ilişkin değişiklikler de bu hesaplar üzerinde yapılır. Bu sebeple, eğer anonim ortaklık payları kaydileştirilmiş ise bu paylar için TTK m. 486 hükmünün uygulanması söz konusu olmayacaktır.

Payları borsada işlem gören halka açık anonim ortaklıkların paylarının kaydileştirilmeleri zorunluluğu mevcuttur (VII-128.1 sayılı Pay Tebliği²¹ m. 48). Bu ortaklıkların paylarının tamamı (ya da bir kısmı) borsada işlem görsün ya da görmesin tüm paylarının kaydileştirilmesi zorunlu olduğundan bu ortaklıkların payları için pay senedi bastırılması söz konusu olmaz, dahası payların bir kıymetli evraka bağlanması kaydi sistem ile yasaklanmıştır²². Bu paylara ilişkin devir dâhil her türlü hukuki işlem, MKK nezdinde elektronik ortamda bilgilerin değiştirilmesiyle gerçekleştirilir. Dolayısıyla, çalışmamızın konusu olan borsaya kote nama yazılı paylar borsada işlem gördüğü durumda²³, bunlar için de pay senedi bastırılması söz konusu olmayacaktır²⁴. Bu paylar borsada işlem gördüğünden payları borsada işlem görmeyen halka açık anonim ortaklıkların payları için pay senedi bastırma zorunluluğunu öngören Pay Tebliği m. 31 hükmü, borsada işlem gören borsaya kote nama yazılı paylar için uygulanmayacaktır. Oysa, payları borsada işlem görmeyen halka açık anonim ortaklıkların payları kaydileştirilmediğinden bu ortaklıkların payları için pay senedi bastırılır (VII-128.1 sayılı Pay Tebliği m. 31). Zira, bu ortaklıkların payları MKK tarafından izlenmediği için bu ortaklıklar için tek kayıt pay defterinde tutulur²⁵.

²⁰ SerPK m. 13/4'ün devamı olan “... ve katılma belgesinin geri alımı yapılamaz. Kayden izlenmeye başladığı tarihi izleyen yedinci yılın sonuna kadar teslim edilmeyen sermaye piyasası araçları YTM'ye intikal eder. Bunların üzerindeki sınırlı aynı haklar kendiliğinden sona ermiş sayılır. Bunlar YTM'nin hesabına geçmesinden itibaren üç ay içinde satılır” kısmı Anayasa Mahkemesi'nin 22/10/2015 tarihli ve E.: 2015/29, K.: 2015/95 sayılı Kararı ile Anayasa'nın 35. maddesinde düzenlenen mülkiyet hakkını ihlâl ettiği gerekçesiyle iptal edilmiştir.

²¹ 22.06.2013 tarihli ve 28685 sayılı RG.

²² Uzel, s. 40.

²³ Halka açık olup payları borsada işlem görmeyen ortaklıklar da belirli pazarlarda kotasyon başvurusunda bulunabilir. Bkz. Kotasyon Yönergesi m. 9, m. 10.

²⁴ Zaten borsaya kote paylar da kaydileştirilmiş paylardır. MKK'dan edinilen bilgiye göre, borsaya kote tüm payların kaydileştirilmesi zorunludur.

²⁵ Yanlı/Nilsson, s. 1328, dn. 6.

Doktrinadaki bir görüş uyarınca, kaydi paylar, çıplak payın devri²⁶ yöntemiyle devredilirler. Bu görüş, kaydi payların kıymetli evrak niteliğinde olduğunu, fiziken bir senede basılmamış olsalar da maddi varlıkları olduğunu ve eşya olarak kabul edilmesi gerektiğini savunur. Bu sebeple, borsadaki alım satım işlemlerinde sermaye piyasası araçlarının devri, Türk Medeni Kanunu'ndaki taşınır mülkiyetinin nakli için zilyetliğin devir yöntemlerinden biri olarak kabul edilen zilyetliğin havalesi yoluyla gerçekleştirilmektedir²⁷.

Kaydi sistemdeki payların devir usulüyle ilgili doktrinadaki diğer görüş, kaydi payların taşınır mal ya da eşya olarak nitelendirilemeyeceğini, çünkü TMK m. 762 hükmünde taşınır mülkiyetinin konusunu taşınır eşyanın ve doğal güçlerin oluşturacağını, bunlar haricindeki taşınır mülkiyetinin kıyasen uygulanacağı hâllerin ise özel olarak düzenlendiğini savunur. Bu görüş, kaydi payların taşınır eşya niteliğinde olup taşınır mülkiyetinin devrine ilişkin hükümlerin bunlara uygulanabilmesi için özel düzenleme gerektirdiğine, ancak böyle bir düzenlemenin mevcut olmadığına işaret eder. Bu sebeplerle, kaydi payların devrine ilişkin taşınır mülkiyetinin devri hükümlerinin uygulanamayacağını ve bu payların alacağın temlikî hükümleri uyarınca devredileceğini savunur²⁸.

²⁶ Çıplak paylar, alacağın temlikî kapsamında devir beyanı ve zilyetliğin devri yoluyla devredilir. Bkz. Ünal **Tekinalp**, “Nama Yazılı Kaydi Payların Devrinde Merkezi Kayıt Kuruluşunun Kayıtlarının Etkisi ve Hukukî Niteliği”, Prof. Dr. Tahir Çağa'nın Anısına Armağan, İstanbul, 2000, s. 542; Çağlar **Manavgat**, “Sermaye Piyasası Kanunu'nun 10/A Maddesi Hükmüne Göre Kaydi Sistemin Esasları”, AÜHFĐ, C. 50, S. 2, Ankara, 2001, s. 186; Reha **Poroy**/ Ünal **Tekinalp**/Ersin **Çamoğlu**, Ortaklıklar Hukuku I, Şubat 2019, p. 767a, s. 618; **Pulaşlı**, C. II, § 43, N. 26, s. 1811; Mustafa **Topaloğlu**, “Sermaye Piyasası Hukukuna Göre Hisse Devri”, Anonim Şirketler ve Sermaye Piyasası Hukukunda Güncel Gelişmeler Türk-Alman Uluslararası Sempozyumu (25-26 Haziran 2010), İstanbul 2011, s. 189; Arslan **Kaya**, “Anonim Şirket Payının Hisse Değişim Sürecinde Edinilmesi, Bilanço Düzeninde Kayda Alınması ve Kayıttan Çıkarılması Esasları ile Bu Bağlamda Temel Sorun Olarak KVK'nın 5/1-e Hükmü Uyarınca “Kurum Aktifinde Bulunma” Şartını Koşulları – Vakia Üzerinden Bir İnceleme-“, Prof. Dr. Sabih Arkan'a Armağan, İstanbul, Ocak 2019, s. 656; **Sevi**, s. 344; **Uzel**, s. 36. Bedeli tamamen ödenmemiş olan çıplak paylar, alacağın temlikî hükümleri yanında borcun nakli hükümleriyle devredilir. Bkz. **Bahtiyar**, s. 319 vd.

²⁷ **Manavgat**, s. 168; Hatice Ebru **Ayhan**, Borsada Hisse Senedi Alım Satım Sözleşmesi ve Hakkın İntikali, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2008, s. 127, 128; **Ünal**, s. 406 vd.

²⁸ Esra **Civelek Acar**, Yasal Mal Rejiminin Tasfiyesinde Sermaye Ortaklıkları Payı, Mart 2019, İstanbul, s. 106.

Kanaatimizce, kaydi paylar, gerek borsada gerekse de borsa dışında devredilsin, bir tasarruf işlemi niteliğinde olan alacağın temlik hüükümlerine göre devredilir. Borsadaki işlemlerde, müşteri emirleri eşleştğinde, borsa kuralları kapsamında alacağın devri için gerekli olan devir beyanı, kaydi sistemdeki paylar için oluşturulmuş olur ve bu tasarruf işlemiyle birlikte mülkiyet karşı tarafa geçer. Borsa dışındaki işlemlerde ise tarafların kendi aralarında akdettikleri alacağın temlik sözleşmesiyle kaydi payın devri yapılır. Daha sonra, değişiklikler MKK nezdinde gerçekleştirilir²⁹. MKK nezdinde yapılan kayıtların aşağıda değineceğimiz açıklayıcı nitelikte olduğu yönündeki görüşümüz de kanaatimizce bu hususu desteklemektedir.

3. Borsaya Kote Edilmiş Nama Yazılı Payların Borsa İçinde Devri

Borsaya kote edilmiş payların borsa içinde devrinde, devir sözleşmesinin tarafları doğrudan doğruya borsada işlem yapamazlar³⁰. Devirde, tarafların aracılık sözleşmesi akdettikleri, işlem yapmaya yetkili yatırım kuruluşları³¹ rol oynarlar. Daha açık bir anlatımla, borsada yapılan devir işlemlerinde taraflar değil işlem yapmaya yetkili yatırım kuruluşları karşı karşıya gelirler. Taraflar, çalıştıkları yatırım kuruluşuna, borsada işlem gören bir payın alım ya da satım talimatını (müşteri emrini/borsa emrini) verir. Payı devreden ve devralanın yatırım kuruluşlarına verdikleri emirlerin borsada eşleşmesiyle birlikte alım satım sözleşmesi kurulur. Bu alım satım sözleşmesi, alacağın temlik sözleşmesi niteliğindedir. Borsada gerçekleştirilen bu sözleşmeyle birlikte paylardan kaynaklanan haklar devralana geçer (TTK m. 497/1). Pay devrinin gerçekleşmesiyle birlikte emirlerin tasfiyesi ve takası için MKK, Takasbank ve Merkezi Karşı Taraf kurumunun dahil olduğu bir dizi işlemler sonucu³² MKK'daki kaydın değiştirilmesi gerekir. Kanaatimizce eşleşen

²⁹ Borsada gerçekleştirilen işlemlerin takası, işlem gününü izleyen ikinci iş günü (T+2) yapılır (Takas Esasları Yönergesi m. 17/1).

³⁰ Mehmet **Bahtiyar**, Sermaye Piyasası Hukukuna Giriş, İstanbul 2019, s. 5.

³¹ Yatırım kuruluşu, aracı kurumları, bankaları ve yatırım hizmeti ve faaliyetinde bulunmak üzere kuruluş ve faaliyet esasları SPK tarafından belirlenen diğer sermaye piyasası kurumlarını ifade eder. Bkz. SerPK m. 3/1-v.

³² Borsadaki alım satım işlemlerinin takası, MKK nezdindeki takas havuz hesabı ve yatırım kuruluşu havuz hesaplarında gerçekleştirilmektedir (Kaydileştirme Tebliği m. 17). Şöyle ki; rehin, haciz, satış blokajı, yatırımcı blokajı ve MKK tarafından uygun görülecek diğer işlemlerin yapılması hâlinde, bu işlemlere konu haklar MKK tarafından ilgili hesaplarla bağlantılı alt hesaplar açılır ve kayıtlar burada izlenir (Kaydileştirme Tebliği m. 13). Bir pay satımı işlemi yapılmışsa yatırım kuruluşu tarafından bu payın MKK tarafından bu işlem için açılmış olan ilgili yatırımcı hesaplarının alt hesabı şeklinde açılmış olan hesaba aktarılması gerekir. Takas günü de satımı yapılan pay, yatırım kuruluşu tarafından yatırımcı

emirler uyarınca MKK'daki kayıtlarda yapılan bu değişiklikler açıklayıcı niteliktedir³³. MKK üyesi³⁴ yatırım kuruluşları, MKK tarafından belirlenen elektronik işlem yöntemleriyle MKK üyelerince hak sahiplerinin emirlerine uygun şekilde MKK kayıtlarında bu değişiklikleri gerçekleştirirler (Kaydileştirme Tebliği³⁵ m. 5/1).

Devir işleminin tamamlanması sonucu ayrıca, TTK m. 496 uyarınca MKK'nın devreden pay sahibinin kimliği ve satıma konu payların sayısını ortaklığa bildirmesi ve ortaklığın bu bilgilere teknik olarak erişimini sağlaması gerekir. Böylece, MKK kayıtlarıyla pay defterindeki kayıtlar uyumlu hâle getirilmiş olur. Ancak yine de pay sahipliğine ilişkin hakların üçüncü kişilere karşı ileri sürülmesinde pay defterindeki kayıtlar değil, TTK m. 417/1 ve SerPK m. 13/6 uyarınca MKK kayıtları esas alınır³⁶. Zira, TTK m. 496 hükmü, borsaya kote nama yazılı paylara ilişkin pay sahipliği haklarının kullanılmasında pay defterindeki kayıtların esas alınması amacıyla değil, pay defterinin MKK kayıtlarıyla uyumlu olmasının sağlanması amacıyla getirilmiş bir hükümdür.

hesabından yatırım kuruluşu havuz hesabına aktarılır. Bundan sonra bu pay, yatırım kuruluşu havuz hesaplarından takas havuz hesabına aktarılır ve böylece ilgili yatırım kuruluşunun takas borcu kapanmış olur (Kaydileştirme Tebliği m. 17/2).

³³SerPK m. 13/5 hükmü uyarınca MKK nezdinde yapılan bu kaydın kurucu nitelikte mi yoksa açıklayıcı nitelikte mi olduğuna ilişkin doktrinde görüş ayrılığı mevcuttur. Kayıtların kurucu olduğu yönünde bkz. Ünal **Tekinalp**, Nama Yazılı Kaydi Payların Devrinde, Merkezi Kayıt Kuruluşu Kayıtlarının Etkisi, Prof. Dr. Tahir Çağa'nın Anısına Armağan, İstanbul 2000, s. 543; **Manavgat**, Kaydi Sistem, s. 182; **Bahtiyar**, s. 325; Ümit **Yayla**, "Menkul Kıymetlerin Kaydileştirilmesi", Anonim Şirketler ve Sermaye Piyasası Hukukunda Güncel Gelişmeler Türk-Alman Uluslararası Sempozyumu, İstanbul 2011, s. 114; Serap **Boğa**, Anonim Ortaklıklarda Hisse Devri, İstanbul 2010, s. 177; **Uzel**, s. 40; Tuğba **Semerci Vuraloğlu**, Sermaye Piyasası Kanunu'na Göre Anonim Ortaklıkta Ayrılma Hakkı, İstanbul 2018, s. 213, dn. 685. Aksi görüşte bkz. Asuman **Turanboy**, "2499 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'na 4487 Sayılı Kanunla Eklenen 10/A Maddesine Göre Kaydi Değer Düzenlemesi", AÜHFD, C. 48, S. 1-4, 1999, s. 51; **Sevi**, s. 338.

³⁴ MKK üyeleri, Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankası (TCMB), ihraççılar, merkezi takas kuruluşları, yatırım kuruluşları ile SPK tarafından belirlenen diğer kuruluşlardır (Kaydileştirme Tebliği m. 6/1).

³⁵ 07.08.2014 tarihli ve 29081 sayılı RG.

³⁶ **Yanlı/Nilsson**, s. 1329-1330; Kaydileştirilmiş paylar açısından da pay defterinin tutulmasını öngören SerPK m. 13/6, KT m. 35 ya da SerPK m. 137/3 hükümleri mevcut olsa da kaydileştirilmiş paylar için MKK kayıtları söz konusuysen ayrıca pay defterinin de tutulmasının gerekip gerekmediği tartışmasına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **Yanlı/Nilsson**, s. 1331 vd.

YUHF D Cilt. XVI No.2 (2019)

4. Borsaya Kote Edilmiş Nama Yazılı Payların Borsa Dışında Devri

Borsaya kote edilmiş bir nama yazılı payın borsa dışında devri, bu paylar da hâli hazırda kaydi pay olduğundan, kaydi payların devir usulü uyarınca yapılır. Bu paylar için de pay senedi mevcut olmadığından, payların borsa dışında ciro veya senede yazılacak devir beyanıyla devredilmesi mümkün olmaz³⁷. Kaydileştirilmiş bu payların, alacağın temliki hükümlerince, devredenin imzasını taşıyan bir devir beyanıyla devredilmesi mümkündür. Daha önce de ifade edildiği üzere, pay devri gerçekleşikten sonra MKK kayıtlarında yapılacak değişiklikler kurucu değil açıklayıcı niteliktedir.

Borsa dışında yapılan satışlarda; satılan pay tutarları ve alıcıların kayıt yapılmasını istedikleri yatırım hesabı bilgileri, satışın yapıldığı günü izleyen iş günü sonuna kadar ihraççı veya ihraca aracılık eden üye tarafından MKK'ya bildirilir (KT m. 16/4). Burada, kaydi sistemdeki paylara ilişkin bir devir işlemi borsa dışında gerçekleştiği için bu işlemin MKK kayıtlarına yansıtılması için satılan tutarlara ve alıcıların kayıt yapılmasını istedikleri yatırım hesabına ilişkin bilgiler, SPK tarafından farklı bir süre öngörülmemiş olması hâlinde, satışın yapıldığı günü izleyen iş günü sonuna kadar ihraççı tarafından MKK'ya bildirilir (KT m. 16/7). Borsa dışında gerçekleştirilen alım satım işlemleri nedeniyle kayıtlarda gerekli değişiklikler, kaydi sermaye piyasası aracının yer aldığı hesabın MKK'da bağlantılı olduğu üye tarafından yapılır (KT m. 17/4).

Borsaya kote edilmiş nama yazılı payların borsa dışında devralınması durumunda mülkiyetin ve paya bağlı hakların geçişi, devralanın pay sahipliğinin ortaklık tarafından tanınması için ortaklığa başvuruda bulunulmasıyla söz konusu olur³⁸. TTK m.497/1'e göre, borsaya kote edilmiş payların borsa dışında iktisap edilmeleri halinde, devralan tanınma isteminde bulunmalıdır. Hükmün doğrudan devralana işaret etmesi nedeniyle devredenin tanınma isteminde bulunamayacağı düşünülmemelidir. Zira devralan tanınma isteminde bulunmadığı sürece devreden pay defterinde pay sahibi olarak görünecektir. Bu nedenle devreden de tanınma isteminde bulunması hususunda menfaati bulunmaktadır. Dolayısıyla, her ne kadar hükmün lafzından sadece

³⁷ Uzel, s. 46.

³⁸ Borsaya kote edilmiş payların borsa dışında devri bu sebeple devralan açısından sakıncalar yaratır. Devir anında paydan kaynaklanan hakları elde edemeyen devralan, bu payların ortaklık tarafından tanınma isteminde bulunana kadar borsa içinde başkasına devredilmesi tehlikesiyle karşılaşabilir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Uzel, s. 70-71.

devralanın tanınma isteminde bulunabileceği anlaşılıyor olsa da devredenin de tanınma isteminde bulunması mümkündür³⁹.

C. Borsaya Kote Edilmiş Bağlı Nama Yazılı Paylar

1. Genel Olarak

Anonim ortaklıkta bağlı nama yazılı payların öngörülmesinin amacı, pay sahibi olması istenmeyen kişilerin ortaklıktan uzak tutulmasıdır⁴⁰. Bağlam, kanuni bağlam ve anasözleşmesel bağlam olarak ikiye ayrılabilir⁴¹. Bağlı nama yazılı paylar da bağlam hükmü öngörülmemiş nama yazılı paylar gibi devredilir, ancak bağlı nama yazılı paylarda ortaklık bağlam hükmünü öne sürerek devri kabul etmeyebilir⁴².

TTK'da, payın serbestçe devredilebilirliği ilkesi daha güçlü vurgulanmış ve pay devrini sınırlandırabilecek anasözleşmesel bağlam öngörülmesi büyük ölçüde kısıtlanmıştır. Ortaklığın, borsaya kote nama yazılı payların devrinde, ortaklığın pay devrine onay vermeme yetkisi sınırlandırılmış ve böylece bu paylar için işlem güvenliğinin sağlanması amaçlanmıştır⁴³. Bu sebeple TTK'daki anasözleşmesel bağlam sistemi düzenlenirken payların borsaya kote olup olmamasına göre ayırım yapılmış⁴⁴ ve her iki pay türü hakkında bağlam öngörülebilmesi açısından farklı kurallar oluşturulmuştur. TTK'da, payların devrinin anasözleşmeyle sınırlandırılmasında bu şekilde ikili ayırım yapılmasındaki amaç, borsaya kote nama yazılı payların devrinde sınırlandırmayı daha dar kapsamlı tutmak, bu paylar için daha liberal bir

³⁹ Uzel, s. 68.

⁴⁰ Ömer Teoman, "Bağlı Nama Yazılı Pay ve HAAO.", Otuz Yıl Ticaret Hukuku-Tüm Makalelerim Cilt I, 1971-1982, İstanbul 2000, s. 50; Bahtiyar, Anasözleşme, s. 197; Hasan Pulaşlı, Şirketler Hukuku Şerhi, C. III, Ankara 2018, § 50, N. 17, s. 2059; Bahtiyar, s. 330; Narbay, s. 131.

⁴¹ Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), Ortaklıklar, p. 1148; Pulaşlı, Bağlı, s. 120; Bahtiyar, Anasözleşme, s. 257; Nihat Taşdelen, "6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun Anonim Ortaklık Pay Devrine Getirdiği Sınırlamalar", DEÜHFD, C. 16, Özel Sayı 2014, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan, 2015, s. 3356; Teoman, s. 49.

⁴² Bahtiyar, s. 335.

⁴³ Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), Ortaklıklar, s. 1146a.

⁴⁴ ETK'dan farklı olarak TTK'da, borsaya kote edilmemiş nama yazılı paylar ile borsaya kote edilmiş nama yazılı payların devrinin sınırlandırılması bakımından ayrı düzenlemelerin yer aldığı yeni bir sistematik öngörülmüştür. Bu sistematik öğretiyi tarafindan da uygun bulunmuştur. Bkz. Erdoğan Moroğlu, "Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Değerlendirme ve Öneriler", İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2005, s. 151. Bu şekilde ikili ayırım yapılırken, İsv. BK 685a-685g hükümleri örnek alınmıştır. Bkz. Ünal Tekinalp, Anonim Ortaklıkta Yeni Bağlam Sisteminin Esasları Pay Defteri Hukuku İle, İstanbul 2012, s. 16.

sistem öngörmek ve dolayısıyla borsada pay alım satımını daha kolay hâle getirmektir⁴⁵. Zira, borsada işlem gören paylar açısından ihtiyaç duyulan tedavül kabiliyeti ve güvenliği, pay sahipliği sıfatının ve devir konusu paylara ait hakların geçişinin ortaklığın onayına tabi olması ile zarar görebilir. Çünkü, borsa, sermaye piyasası araçlarının kambiyo ve kıymetli madenler ile kıymetli taşların ve SPK tarafından uygun görülen diğer sözleşmelerin, belgelerin ve kıymetlerin serbest rekabet şartları altında hızlı ve güvenli bir şekilde alınıp satıldığı pazarlardır (Borsalar ve Piyasa İşleticileri Yönetmeliği m. 4/1-a). Yatırımcının borsada yatırım yapması için yatırımcıya borsadan aldığı payları hızlı, kolay ve güvenli şekilde tekrar satabilme ve nakde dönüştürebilme imkânı tanınmalıdır.

Öte yandan, borsanın amaç ve fonksiyonları doğrultusunda tedavül kabiliyetinin bulunmasının son derece önemli olduğu borsaya kote edilmiş nama yazılı payların devrinde dahi, şirket tarafından hiçbir kısıtlamaya tabi olmadan büyük oranlarda pay devri, bu payların özellikle yabancı uyruklu kişilerde toplanmasıyla ortaklıkta yabancılaşmaya yol açabilecek, ortaklığın bir şirketler grubuna dâhil olarak bağımsızlığını yitirmesi gibi olumsuz sonuçlara yol açabilecektir⁴⁶. Bu nedenle, bağlı nama yazılı pay senetlerinin dış yabancılaşmayı önlemek ve bir anonim ortaklığın ulusallık niteliğini korumak işlevi de vardır. Bağlı nama yazılı paylar sayesinde payları borsada işlem gören ortaklıkların hakimiyetinin yabancıların eline geçmesi önlenir⁴⁷. Dolayısıyla, borsaya kote edilmiş nama yazılı payların devrinin sınırlandırılması, bir yandan yatırımcıların ihtiyaç duyduğu tedavül kabiliyeti ve güvenliği çerçevesinde paylarını diledikleri gibi elden çıkarabilme özgürlüğü, diğer yandan anonim ortaklığın bağımsız ve özgün

⁴⁵ **Tekinalp**, Bağlam, s. 17.

⁴⁶ Bu husus TTK m.495/1'in gerekçesinde de vurgulanmıştır: “*Hüküm kısaca, yabancılaşmaya engel olmak amacıyla öngörülmüştür. "Yabancılaşma" şirketin konumunun değişmesi anlamına gelir: Kontrolün başkalarına geçmesi, bağımsız olmaktan çıkıp bir şirketler topluluğu (Tasarı m. 195 vd) içinde bağımlı bir şirket haline gelmesi, yabancı uyruklu kişilerin, sıcak para kullanan fonların esiri olması, bazı niteliklerini veya haklarını, avantajlarını yitirmesi gibi. Meselâ bir havayolu şirketinin nama yazılı pay senetlerinin yüzde yirmibeşinden fazlasının yabancıların eline geçmesi halinde, uluslararası havacılık kurallarına göre, ulusal şirketlere tanınan bazı uluslararası kanalları kullanmak hakkı kaybediliyorsa, yüzdesel sınır şartı koruyucu rol oynayabilir. Özellikle avantaj kayıplarında nama yazılı pay senetleri önemli rol oynayabilir. Çünkü, örnekteki "ulusal" olduğu kabul edilen şirketteki yabancılaşmanın (çoğu kez) pay defteri ile kanıtlanması gerekebilir; hamiline pay senetleri yeterli ve güvenilir görülmeyebilir”.*

⁴⁷ **Teoman**, s. 51.

yapısının korunabilmesi ihtiyacı arasında denge kurulmasını gerektiren önemli bir husustur.

Pay devrinin sınırlandırılmasına ilişkin borsaya kote olan ve borsaya kote olmayan paylar arasında öngörülen bu ikili ayırım, yalnızca anasözleşmesel bağlam kuralları açısından geçerli olup kanuni bağlam kuralları açısından her iki pay türü arasında farklılık yoktur⁴⁸. Dolayısıyla, kanuni bağlamın öngörüldüğü TTK m. 491 hükmü, hem borsaya kote olan hem de borsaya kote olmayan nama yazılı payların devrinde geçerlidir.

TTK m. 491 hükmü uyarınca, nama yazılı payların devrinin kanunen sınırlandırılması, bedeli tamamen ödenmemiş nama yazılı paylar açısından, payları devralanın, payların bedelini ödeme güçlüğü içinde olacağı şüphesi var ise bu durumda şirketin talep ettiği teminatın yatırılmaması durumunda söz konusu olabilir. Ancak nama yazılı paylar, miras yoluyla mirasın paylaşımıyla, mal rejimi hükümleriyle ya da cebri icra yoluyla el değiştirmişse bu durumda payların bedelleri ödenmemiş olsa da şirket payların el değiştirmesine onay vermek zorundadır. Ne var ki, sermaye piyasası hukuku mevzuatı uyarınca halka açık anonim ortaklık paylarının bedellerinin tamamen ödenmemesinin mümkün olmaması sebebiyle (II-5.2 sayılı Sermaye Piyasası Araçlarının Satışı Tebliği m. 5/5) anılan hükmün borsaya kote nama yazılı payların devrinde uygulanması söz konusu değildir⁴⁹. Dolayısıyla, TTK m. 491 hükmünde öngörülen kanuni bağlamın borsaya kote nama yazılı payların devrinde uygulanması pratik olarak mümkün olmayacaktır.

2. Borsaya Kote Edilmiş Bağlı Nama Yazılı Payların Devrinde Ortaklığın Devre Onay Vermekten Kaçınabileceği Haller

Kanunu koyucu, TTK m. 495 ile borsaya kote edilmiş nama yazılı payları devralan kişinin ortaklık tarafından reddedilebilmesi olanağını, iki hâlde sınırlı olmak üzere düzenlemiştir. Bu hâllerden biri, anasözleşmede belirtilen ve sermayeye oranla yüzde ile ifade edilen iktisap üst sınırının aşılması, diğeri ise borsaya kote edilmemiş nama yazılı paylarda olduğu gibi, devralanın payları kendi ad ve hesabına devralmış olduğunu beyan etmekten kaçınmasıdır.

⁴⁸ **Tekinalp** (Poroy/Çamoğlu), Ortaklıklar, p. 1149.

⁴⁹ **Tekinalp** (Poroy/Çamoğlu), Ortaklıklar, p. 1149.

a) Anasözleşmede Öngörölmüş Olan Yüzdellik Üst Sınırın Aşılması

TTK m. 495/1'e göre ortaklık, anasözleşmeye, devralınacak nama yazılı paylar ile ilgili olarak sermayenin belirli bir yüzdesi olarak gösterilen bir iktisap üst sınırı getirip bu sınırın aşılması durumunda devralanı pay sahibi olarak tanımayı reddedebileceğini öngörebilir. Anasözleşmede böyle bir sınırlamanın varlığı durumunda, söz konusu iktisap üst sınırını aşan devirlerde ortaklık, devralanı pay sahibi olarak tanımayı reddedebilecek ve dolayısıyla borsaya kote edilmiş nama yazılı payların devri sınırlanmış olacaktır⁵⁰. Örneğin, ana sözleşmeye yazılan, "Bir gerçek ya da tüzel kişinin, ortaklığın tüm paylarının %5 oranına kadar olan payı borsada devraldığı durumda pay defterine kaydı yapılır. Öngörölen oranı aşan miktarda pay iktisap edenler pay defterine yazılmaz" hükmü, TTK'nın bu maddesine uygundur⁵¹. Daha önce de ifade edildiği üzere, bu hükümle, özellikle payların borsadan büyük dilimler halinde devralınarak belirli pay sahiplerinin veya pay sahibi gruplarının ortaklıkta çoğunluğu ele geçirmesinin⁵², ortaklığın mevcut yapısını bozabileceği ve dolaylı yoldan da ortaklığın bağımsızlığını olumsuz etkileyebileceği gerekçeleri etkili olmuştur⁵³.

İktisap üst sınırı, ortaklığı ilk kez pay devralacak olan üçüncü kişilere karşı koruduğu gibi mevcut ortakların pay sahipliği haklarına da etki eder. Şöyle ki; anasözleşmede öngörölen bu iktisap üst sınırı, mevcut ortakların öngörölen üst sınırın üzerinde pay devralmaları hâlinde pay sahipliği haklarını doğrudan doğruya kullanamamalarını sağlar ve böylece pay sahipliği haklarının belirli kişiler elinde yoğunlaşmasını önler⁵⁴.

Hükmün açık ifadesinden de anlaşıldığı üzere, ortaklık anasözleşmesinde belirlenen üst sınırın aşılması durumunda, ortaklığın muhakkak bu devri reddetme zorunluluğu yoktur. Ortaklık menfaatinin gerekli kıldığı durumlarda, iktisap üst sınırının üzerinde bir pay devri gerçekleşse dahi ortaklık devre onay verebilir. Önemli olan husus, bu onayın ya da reddin, ortakların ortaklık tarafından eşit muameleye tabi tutulmasını öngören eşit işlem ilkesine (TTK m. 357) aykırı olmamasıdır⁵⁵.

⁵⁰ Sevi, s. 304.

⁵¹ Benzer örnekler için bkz. TTK m. 495/1 gerekçesi; **Bahtiyar**, s. 333, dn. 574.

⁵² SerPK m. 26 uyarınca, halka açık ortaklıklarda yönetim kontrolü veren payların ve oyların ele geçirilmesi hâlinde pay alım teklifi zorunluluğu söz konusu olur. Bu konuda ayrıca bkz. Ali **Pash**, Anonim Ortaklığın Devralınması, İstanbul 2009, s. 99.

⁵³ Sevi, s. 304.

⁵⁴ Uzel, s. 95.

⁵⁵ **Tekinalp**, (Poroy/Çamoğlu), p. 1169; **Uzel**, s. 278.

İktisap üst sınırının miktarı hususunda kanunda herhangi bir hüküm ya da sınır öngörülmemiştir. Bu nedenle, kural olarak ortaklık tarafından serbestçe bir üst sınırın tespiti mümkündür. Ancak ortaklığın bu üst sınırı belirlerken halka açık anonim ortaklıkların bu niteliğini olumsuz etkileyecek şekilde ve payların borsada tedavül kabiliyetini engelleyecek düzeyde düşük bir seviyede öngörülmemesi gerekir⁵⁶. İktisap üst sınırı ile ilgili olarak anasözleşmede, gerçek ve tüzel kişiler ya da yerli kişilerle yabancı uyruklu kişiler için farklı yüzdeler öngörülebilir⁵⁷.

b) Devralanın, Payları Kendi Adı ve Hesabına Devralmış Olduğunu Beyan Etmemesi

TTK m.495/2 hükmü, ortaklığın ana sözleşmesinde bir iktisap üst sınırı düzenlenmemiş olsa da ortaklığın talep etmesi halinde payları kendi ad ve hesabına devraldığını açıkça beyan etmeyen devralanın, ortaklık tarafından pay defterine kaydının reddedilebileceğini düzenlemektedir. Bu hükmün amacı, TTK m. 495/1 hükmünün dolanılmasını engellemek ve inançlı işlemle payları devralanların ve saman adamların ortaklığa dahil olmalarını önlemektir⁵⁸. Ortaklık anasözleşmesinde bir iktisap üst sınırı düzenlenmemiş olsa da borsaya kote edilmiş nama yazılı payların devrinde devralanın bu payları kendi ad ve hesabına alıp almadığını açık bir şekilde beyan etmesini talep edebilir.

Görüldüğü üzere, TTK m. 495/2 hükmünün uygulanabilmesi için anasözleşmede bağlam hükmü bulunmasına gerek yoktur⁵⁹. Dolayısıyla, aşağıda açıklayacağımız, SerPK m. 137/3 hükmü doğrultusunda, Kotasyon Yönergesi'nin belirli pazarlara⁶⁰ yönelik öngördüğü kotasyon şartlarından olan ortaklık anasözleşmesinde bağlam hükmünün olmaması şartını öngören

⁵⁶ Sevi, s. 304; Uzel, s. 276.

⁵⁷ Tekinalp, (Poroy/Çamoğlu), p. 1171.

⁵⁸ Bkz. TTK m.495/2'in gerekçesi: "İkinci fıkra birinci fıkranın dolanılmasını önlemek amacıyla öngörülmüştür. Gerçekten, borsada başkası adına veya hesabına yapılan alımlarla birinci fıkra tamamen etkisiz hâle getirilebilir".

⁵⁹ Bu husus, TTK m. 495/2'nin gerekçesinde de belirtilmiştir: "İkinci fıkradaki ret sebebinin ileri sürülebilmesi için esas sözleşmede hüküm bulunmasına gerek yoktur. Gerçi ana yan başlık olan 492 nci maddenin üst başlığı "II. Esas sözleşme ile sınırlama"dır. Ancak, birinci fıkradaki ret sebebi esas sözleşmede yer almışsa esas sözleşme şartı yerine getirilmiş demektir".

⁶⁰ Bunlar Yıldız Pazar ve Ana Pazar kotasyon şartları, Nitelikli Yatırımcı İşlem Pazarı kotasyon şartları, Yatırım Ortaklıklarına ait payların kotasyon şartları, Gelişen İşletmeler Pazarı kotasyon şartlarıdır.

düzenlemeler (Kotasyon Yönergesi'nin m. 8/1,ç; m. 10/2,b; m. 12/1,a; m. 13/1,c) burada uygulama alanı bulmaz. Bu sebeple, borsaya kote olan nama yazılı payların devrinin sınırlandırılmasına yönelik TTK m. 495/1 hükmünü kullanamayan ortaklık en azından TTK m. 495/2 mekanizmasını kullanarak devralandan payları kendi ad ve hesabına devraldığını açıklamasını isteyebilir. Ancak, devralanın kendisinin ortaklık paylarını ele geçirmesi istenmiyorsa TTK m. 495/2 hükmü maalesef buna engel olamaz. Başka bir ifadeyle, borsaya kote nama yazılı payların devrini sınırlandırabilmek için paylarının işlem göreceği belirli pazarlara yönelik olarak bağlam hükmü öngöremeyen ortaklık, yalnızca payları devralana TTK m. 495/2 hükmünü ileri sürerek sözü edilen beyanda bulunmasını isteyebilir. Fakat bu beyanın da payların istenmeyen kişilerin eline geçmesini önlemekte yetersiz kaldığı açıktır. Eğer devralan bu talebi yerine getirmezse, ortaklık devralanın paylarını pay defterine kaydını reddedebilir. Eğer devralan, doğru olmayan bir şekilde payları kendi ad ve hesabına aldığı beyanında bulunmuşsa ve bu tespit edilmişse, pay defterine yapılan kaydın silinebileceğine ilişkin TTK m. 500 hükmü uygulama alanı bulur⁶¹.

3. SerPK m. 137/3'ün TTK'nın İktisap Eşiği Sistemi ile Çelişmesi

30.12.2012 tarihli ve 28513 sayılı Resmi Gazete ile yürürlüğe giren SerPK, TTK'nın m.495/1 hükmündeki, borsaya kote edilmiş nama yazılı paylar bakımından, anasözleşmede sermayeye oranla yüzde olarak belirlenen iktisap üst sınırı öngörüldüğü ve bu sınırın aşıldığı devralmalarda ortaklığın pay sahipliği sıfatını tanımayı reddedebileceği hükmüyle çelişen bir düzenleme getirmiştir. SerPK m. 137/3'e göre, "*Halka açık ortaklıkların borsada gerçekleştirilen işlemler neticesinde satın alınan paylarının pay defterine kaydedilmesinden imtina edilemez. Bu ortaklıkların borsada işlem görmeyen payları için ise 6102 sayılı Kanununun 493 üncü ve 494 üncü maddeleri uygulanır*". Görüldüğü üzere, SerPK hükmü, halka açık ortaklıkların borsada satın alınan payları için TTK m. 495 hükmünün

⁶¹ Bkz. TTK m. 500'ün gerekçesi: "*İsv. BK m. 686a'dan alınan bu hüküm, iktisap edenin yanlış beyanına dayanan kayıtları, yönetim kurulunun bir mahkeme kararına gerek olmaksızın silebilmesi konusunda ona yetki vermekte, böylece şirketçe pay sahibi olarak tanınmaması gereken kişinin şirketçe tanınan bir pay sahibi olarak, pay sahipliğine bağlı bütün hakları kullanıp, olanaklardan yararlanmasına engel olabilmektedir. Şirketin silme kararını ilgilileri dinleyerek vermesi, silebilmenin şartıdır. Böylece ilgili pay sahibi durumdan hem haberdar olacak hem de savunma olanağına kavuşacaktır. Silinmenin bildirilmesi de, ikinci bir güvencedir. Kaydı silinen pay sahibinin mahkemeye başvurma hakkının varlığı şüphesizdir*".

uygulanmayacağını, bu payların devrine ilişkin pay defterine kayıttan kaçınılamayacağını öngörmektedir. Hüküm, halka açık ortaklıkların borsada işlem görmeyen payları için ise TTK m. 493 ve TTK m. 494 hükümlerinin uygulanacağını belirtmektedir⁶².

SerPK m. 137/3 hükmü, halka açık ortaklıklar için söz konusudur ve SerPK m. 16 uyarınca anonim ortaklıklar, halka açık ortaklık statüsünü kazanmalarından itibaren iki yıl içinde paylarının borsada işlem görmesi için başvuruda bulunmalıdırlar⁶³. Görüldüğü üzere, kural olarak iki yıllık süre sonunda halka açık anonim ortaklık kavramı ile payları borsada işlem gören ortaklık kavramları örtüşmektedir⁶⁴. Halka açık ortaklık, paylarının borsaya kote olması için başvurduğunda daha önce de ifade edildiği üzere ortaklığın payları hangi pazarda işlem görecektse o pazara ilişkin borsa kotu listesine dahil edilmeleri lazımdır. Bu listeye dahil edilebilmeleri için de SerPK ve ilgili mevzuatta öngörülen kotasyon şartlarını taşımaları gerekir (SerPK m. 68/1; BİST Yönetmeliği m. 4/1-l; Borsalar ve Piyasa İşleticileri Yönetmeliği m. 28/1). Bir ortaklığın borsa kotu listesine alınabilmesi için gerekli şartlara karar veren mercii ise borsa yönetim kuruludur (BİST Yönetmeliği m. 14/1). BİST Yönetim Kurulu, bu yetkiye dayanarak Kotasyon Yönergesi'ni hazırlamıştır.

Kotasyon Yönergesi'nin belirli pazarlara yönelik öngördüğü kotasyon şartlarından⁶⁵ biri de "*Ortaklığın esas sözleşmesinin Borsada işlem görecekt payların devir ve tedavülünü kısıtlayıcı veya pay sahibinin haklarını kullanmasına engel olacak kayıtlar içermemesi*"dir. Bu şart, Kotasyon Yönergesi'nin m. 8/1,ç; m. 10/2,b; m. 12/1,a; m. 13/1,c düzenlemelerinde mevcuttur⁶⁶. Kotasyon Yönergesi'nin anılan bu düzenlemeleri, SerPK m.

⁶² Borsada işlem görmeyen paylar için borsaya kote edilmemiş nama yazılı payların devrinin sınırlandırılmasını düzenleyen TTK m. 493 ve m. 494 hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir. Bu düzenlemeden, halka açık ortaklığın borsada işlem görmeyen paylarının borsaya kote olmayan paylar sınıfında olduğu anlaşılmaktadır. Bkz. **Tekinalp**, (Poroy/Çamoğlu), p. 1150c.

⁶³ Bu şarta uymayan halka açık ortaklıklar, SPK tarafından ya halka açık anonim ortaklık statüsünden çıkarılırlar ya da bu ortaklıkların payları borsaya zorla kote ettirilirlir. Bkz. SerPK m. 16/2.

⁶⁴ Bkz. II-16.1 sayılı Ortaklıkların Kanun Kapsamından Çıkarılması ve Paylarının Borsada İşlem Görmesi Zorunluluğuna İlişkin Esaslar Tebliği m. 5.

⁶⁵ Bunlar Yıldız Pazar ve Ana Pazar kotasyon şartları, Nitelikli Yatırımcı İşlem Pazarı kotasyon şartları, Yatırım Ortaklıklarına ait payların kotasyon şartları, Gelişen İşletmeler Pazarı kotasyon şartlarıdır.

⁶⁶ Tamer **Bozkurt**, Anonim Şirketlerde Pay Devrinin Sınırlandırılması, İstanbul 2016, s. 291, dn. 1037; **Semerci Vuraloğlu**, s. 186, dn. 604.

137/3 hükmüne benzer olup, Yıldız Pazar ve Ana Pazar, Nitelikli Yatırımcı İşlem Pazarı, Yatırım Ortaklıkları ve Gelişen İşletmeler Pazarı'nda işlem görecektir. Dolayısıyla, TTK m. 495 uyarınca, bir anonim ortaklığın anasözleşmesinde bağlı nama yazılı paylar öngörülmüş olsa da bu anonim ortaklık halka açıldıktan sonra anılan pazarlarda işlem görmek ve SerPK m. 16'daki iki yıl içinde paylarının borsada işlem görmesi şartını yerine getirebilmek amacıyla paylarını borsaya kote ettirme talebinde bulunduğu anda, anasözleşmesindeki bağlam hükmünü kaldırmış olması gerekir. Başka bir ifadeyle, ortaklık anasözleşmesinde, TTK m. 495 uyarınca bağlam öngörülmüşse, bu ortaklık Kotasyon Yönergesi'ndeki belirli pazarlara ilişkin öngörülen şartları taşımaması nedeniyle paylarını borsaya kote ettirilemez. Kotasyon şartları, payların borsa içinde ya da dışında devrine yönelik ayırım gözetmediğinden, bu hususun, SerPK m. 137/3 hükmündeki gibi yalnızca borsaya kote payların borsa içinde devrinde⁶⁷ değil, borsa dışında devrinde de geçerli olacağı anlaşılmaktadır. Dolayısıyla, uygulamada paylarının borsada işlem görmesi amacıyla paylarını anılan pazarlarda kote ettiren bir anonim ortaklığın anasözleşmesinde TTK m. 495 uyarınca öngörülmüş bir bağlam hükmünün, payların yalnızca borsa içinde devri açısından değil borsa dışında devri açısından da pratikte bir anlamı kalmamış olur⁶⁸. Zira, borsaya

⁶⁷ **Bozkurt**, s. 297. Hükmün açıklık taşımadığı yönünde bkz. Veliye **Yanlı**, "Türk Ticaret Kanunu ile Sermaye Piyasası Kanunu'nun Bazı Ortak Konulara İlişkin Düzenlemelerinin Karşılaştırılması", 6362 Sayılı Yeni Sermaye Piyasası Kanunu Işığında Sermaye Piyasası Hukuku Sempozyumu (6-7 Haziran 2013 İstanbul), Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, 2017, s. 63. Yazar, SerPK hükmünün açık olmadığını, bu hükmün halka açık ortaklığın borsada işlem görüp yalnızca borsadan satın alınan paylarını kapsadığı, yoksa halka açık ortaklığın borsada işlem gören tüm paylarının borsadan ya da borsa dışından iktisap edilip edilmemelerine bakılmaksızın uygulama alanı bulacağı yönünde açıklık taşımadığını belirtmektedir.

⁶⁸ **Bozkurt**, Kotasyon Yönergesi'ndeki anılan düzenlemelerin, en azından SerPK yönetmelik ve tebliğleriyle getirilmesi gerektiğini, çünkü Borsa İstanbul A.Ş.'nin kamu tüzel kişiliği bulunmaması sebebiyle, idari işlem sayılmayan yönergeyle kanunla çelişir düzenleme getirilmemesi gerektiğini belirtmektedir. Bkz. **Bozkurt**, s. 291, dn. 19037. Yönergelerin de adsız düzenleyici işlem olarak nitelendirildiği yönünde bkz. Mehmet **Bahtiyar**, Sermaye Piyasası Kurulu Tebliğlerine İlişkin Bazı Notlar, Makaleler I, İstanbul 2008, s. 40 ve dn. 4'te anılan yazarlar; **Semerci Vuraloğlu**, s. 186, dn. 604. Sermaye piyasası hukukunda SPK'nın çıkardığı ikincil mevzuat, SerPK haricindeki diğer kanunlardan önce uygulama alanı bulur. Normlar hiyerarşisinden sapılmasını gerektiren bu durumun gerekçesi hem SerPK m. 2/2 hükmünde, SerPK'da ve SerPK'ya dayanılarak çıkarılan ikincil mevzuatta hüküm bulunmayan hâllerde genel hükümlerin uygulanacağını belirtmesi hem de TTK m. 330 hükmünde, özel kanunlara tabi anonim şirketlere özel hükümler dışında TTK hükümlerinin uygulanacağını düzenlenmesidir. Zira, TTK m.

kote bir payın borsa dışında devri için de öncelikle borsaya kote edilmiş olması gerekir.

330'da, özel kanunlardaki hükümlerin değil özel kanunlara dayanılarak çıkarılmış ikincil mevzuattaki hükümleri de kapsar şekilde özel hükümlerin TTK'dan önce uygulanacağı belirtilmiştir, Çağlar **Manavgat**, "TTK Tasarısının Sermaye Piyasasını Etkileyen Yönleri", Yeditepe Ünivesitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl 2005, C. II, S. 1, s. 530-531; Ali **Paslı**, "Türk Ticaret Kanunu'ndaki Sermaye Piyasası Hukukuna İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi", Türk Ticaret Kanunu Ekseninde Sermaye Piyasası Hukuku Toplantı Serisi (Tebliğler ve Tartışmalar), İstanbul 2019, s. 27 vd. Kotasyon Yönergesi ise SPK tarafından değil Borsa İstanbul A.Ş. tarafından kabul edilmiş bir yönergedir. Bu sebeple, SerPK m. 2/2 hükmü uyarınca SerPK'ya dayanılarak SPK tarafından çıkarılan bir ikincil mevzuat gibi genel hükümlerden (ve TTK'dan) önce uygulanacağı söylenemez. Fakat yine de, uygulamada halka açık ortaklıkların paylarını anılan pazarlarda kote ettirebilmeleri için Kotasyon Yönergesi'ndeki şartları sağlamaları aranacağından, TTK m. 495'in hem SerPK m. 137/3 hem de Kotasyon Yönergesi'nin anılan hükümleri nedeniyle pratik olarak uygulama alanının kalmadığı söylenebilir. Aynı yönde bkz. **Bahtiyar**, s. 334-335, dn. 576; **Bozkurt**, s. 296; **Akın**, s. 127; **Semerci Vuraloğlu**, s. 186, dn. 604. Ancak, borsaya kote edilmiş nama yazılı payların bu şekilde hiçbir sınırlamaya tabi olmadan devredilebilecek olması öğretilerde eleştirilmiştir. Tekinalp'e göre, borsaya kote edilmiş nama yazılı payların dahi devrinin bir ölçüde sınırlandırılması gerekliliği görmezden gelinerek SerPK ile bu hükmün getirilmesi, halka açık anonim ortaklıkları, borsaya kote edilmiş nama yazılı payların özellikle "düşmanca *take over*" olarak belirtilen pay alımlarıyla yabancı yatırımcıların eline geçmesi bakımından korunmasız bırakır ve yabancılaşma tehlikesiyle karşı karşıya getirir. Bkz. Ünal **Tekinalp**, "Sermaye Piyasası Kanununun Hukukumuz İçindeki Yeri", 6362 Sayılı Yeni Sermaye Piyasası Kanunu Işığında Sermaye Piyasası Hukuku Sempozyumu (6-7 Haziran 2013 İstanbul), Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, 2017, s. 10. **Teoman**, konuyu SerPK m. 137 hükmü açısından değerlendirmemiş olsa da halka açık ortaklıklarda bağlı nama yazılı payların öngörülmesinin gerekli olduğunu belirtmiş ve dönemin Sermaye Piyasasının Tanzim ve Teşviki Hakkındaki Kanun Tasarısı'nın 3. maddesinde düzenlenen "*Halka açık anonim ortaklıklarda hisse senetlerinin en az %51'nin hamiline yazılı olması şarttır*" hükmünü eleştirerek halka açık anonim ortaklıklardaki bağlı nama yazılı payların, halk kavramına girmeyen büyük birikim sahibi şahısların ortaklığa sızmalarını önlediği görüşünü savunmuştur. Bkz. **Teoman**, s. 58. Hükümle ilgili görüşler için ayrıca bkz. Veliye **Yanlı**, "Türk Ticaret Kanunu ile Sermaye Piyasası Kanunu'nun Bazı Ortak Konulara İlişkin Düzenlemelerinin Karşılaştırılması", 6362 Sayılı Yeni Sermaye Piyasası Kanunu Işığında Sermaye Piyasası Hukuku Sempozyumu (6-7 Haziran 2013 İstanbul), Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, 2017, s. 63. Murat Yusuf **Akın**, Anonim Ortaklıkta Bağlı Nama Yazılı Hisseler, İstanbul 2014, s. 133 vd.; **Semerci Vuraloğlu**, s. 11, dn. 17.

4. Payların, Miras, Mirasın Paylaşımı, Mal Rejimi Ya Da Cebri İcra Yollarından Biriyle Devralınması

TTK m. 495/3 hükmü uyarınca, payların bir hukuki işlemle değil de miras, mirasın paylaşımı, mal rejimi ve cebri icra nedeniyle iktisap edilmesi durumunda hiçbir sınırlama geçerli olmaz ve devralanın pay defterine kaydedilmesinden kaçınılamaz. Esasen yukarıda da belirttiğimiz bazı pazarlara ilişkin kotasyon şartı nedeniyle anasözleşmede bağlam hükmü bulundurulamayacağından ya da anasözleşmede olan bağlam hükmü kaldırılacağından zaten payları hukuki işlemle devralanların da pay defterine kaydedilmesinden kaçınılamaz. Yalnızca, payları bir hukuki işlemle değil de anılan yollarla devralan bir pay sahibine TTK m. 495/2 hükmünde öngörülen payları kendi ad ve hesabına devraldığını açıkça beyan etmesi talebinde bulunulamaz.

5. Borsaya Kote Edilmiş Bağlı Nama Yazılı Payların Devrinde Ortaklığın Devre Onay Vermemesinin Hukuki Sonuçları ve Hakların Geçişi

Bu başlıkta, borsaya kote edilmiş nama yazılı payların devrinin ortaklık tarafından onaylanmadığı bir durumda, devralanın durumunun ne olacağı incelenecektir. Doktrinde, ortaklık tarafından bağlı nama yazılı payların devrine onay verilmemesi durumunda, paya bağlı hakların akıbetinin ne olacağı, bu hakların devredende ya da devralanda hangi koşullarda kalacağı sorunu konusunda iki teori söz konusudur.

Bölünme teorisi uyarınca tarafların kendi aralarında yaptıkları devir işlemi ile birlikte devralan, payın mülkiyetini ve kâr payı ile tasfiye payı üzerindeki hakları elde eder⁶⁹. Eğer devir bağlam sebebiyle ortaklık tarafından onaylanmazsa, pay sahipliği hakları devredende kalacaktır. Yani paya bağlı haklardan oy kullanma, genel kurula katılma, iptal davası açma, organlara seçilebilme gibi yönetsel haklar devredende kalır ancak kâr payı, tasfiye payı alma gibi malvarlıksal haklar devralana geçer, başka bir ifadeyle, paydan doğan haklar bölünmüş olur⁷⁰.

Birlik teorisine göre ise bağlamın etkisi, malvarlıksal haklar, yönetsel haklar, koruyucu haklar ve payın mülkiyeti olmak üzere bütün hakları kapsar⁷¹. Birlik teorisinde, bağlı nama yazılı paylar açısından anonim ortaklığın vereceği onay, hem pay mülkiyetinin geçmesi hem de pay sahibi

⁶⁹ **Pulaşlı**, Bağlı, s. 179.

⁷⁰ **Pulaşlı**, Bağlı, s. 179; **Narbay**, s. 304-305; **Sevi**, s. 306.

⁷¹ **Pulaşlı**, Bağlı, s. 174; **Narbay**, s. 303; **Sevi**, s. 307.

sıfatının kazanılması açısından etkilidir. Ortaklığın onayına kadar olan sürede devir askıda hükümsüzdür. Burada, nama yazılı paya yönelik taraflar arasında gerçekleşen devir işlemi, ortaklık tarafından devralanın pay defterine kaydının reddedilmesi halinde tamamen geçersiz olur⁷².

TTK ile kanun koyucu, borsaya kote edilmiş ve borsaya kote edilmemiş paylarla ilgili devrin sınırlandırılması konusunda yapmış olduğu ayrıma ilaveten, hakların geçişi açısından da bir ayrıma gitmiştir. TTK düzenlemesi uyarınca, ortaklığın borsaya kote bağlı nama yazılı payların devrine onay vermemesi, devri geçersiz kılmaz. Paylar borsadan edinildiği durumda, paya bağlı tüm haklar devirle birlikte devralana geçer (TTK m. 497/1). Borsa dışı edinimlerde ise ortaklık devre onay vermediğinde paydan kaynaklanan birtakım hakların kullanılması engellenmiş olur⁷³.

a) Payların Borsadan İktisap Edilmesi

Payların borsadan iktisap edilmesi, payların borsa kanalıyla, Kotasyon Yönetmeliği ve borsa kuralları uyarınca iktisap edilmesidir. TTK m.497/1 hükmüne göre, borsaya kote nama yazılı paylar borsada iktisap edildikleri takdirde, paylardan kaynaklanan hem malvarlıksal hem de yönetsel haklar payların devri ile birlikte devralana geçer. Payların geçerli şekilde devredildiği anda, ortaklığa başvurmaya gerek kalmaksızın, devralan pay sahipliğinden doğan bütün haklara sahip olur, ancak TTK m. 497/2 hükmü doğrultusunda yönetsel haklarını, başka bir deyişle genel kurula katılma, oy kullanma ve oya bağlı haklarını ortaklık tarafından tanınmıyaya kadar kullanamaz. Malvarlıksal hakların ve özellikle rüçhan hakkının kullanılması ise ortaklık tarafından tanınmaya bağlı değildir. Ortaklık tarafından henüz tanınmayan devralan pay defterine oy hakkından yoksun pay sahibi olarak kaydedilir ve söz konusu paylar genel kurulda temsil edilemez (TTK m. 497/3). Ortaklığın devri reddetmesi hukuka aykırı ise kesinleşen mahkeme kararından itibaren pay sahibi yönetsel haklarını da kullanabilir (TTK m 497/4).

b) Payların Borsa Dışında İktisap Edilmesi

Payların borsa dışında iktisabı, payların birbirini tanıyan devreden ve devralan arasında kurulan sözleşme uyarınca borsa tesisleri dışında iktisap edilmesidir⁷⁴. TTK m. 497/1'e göre, borsaya kote nama yazılı payların borsa

⁷² **Pulaşlı**, Bağlı, s. 173.

⁷³ **Sevi**, s. 311.

⁷⁴ **Tekinalp**, (Poroy/Çamoğlu), p. 1162; **Sevi**, s. 313.

dışında devrinde devralan ortaklığa tanınma isteminde bulunanana kadar paya bağlı tüm haklar pay defterine kayıtlı önceki pay sahibinde yani devredende kalır. Devralanın ortaklık tarafından tanınmasına kadar geçen sürede devralan, paylardan doğan yönetsel haklarını kullanamazken, rüçhan hakkı dâhil malvarlıksal haklarını kullanabilir.

Görüldüğü üzere, esasen hakların geçişinin içeriği bakımından borsa yoluyla iktisap ile borsa dışı iktisap için aynı durum söz konusudur. Yalnızca, hakların geçişinin zamanı bakımından bu iki iktisap türü arasında ayrıma gidilmiştir. Borsa içi iktisaplarda haklar devir anında devralana geçmekteyken, borsa dışı iktisaplarda haklar ortağın tanınma amacıyla ortaklığa başvurduğu anda devralana geçmektedir.

Kanun koyucunun, borsaya kote edilmiş payların devri konusunda hakların geçişi bakımından bölünme teorisini kesin çizgilerle uygulamaktan vazgeçtiği söylenebilir⁷⁵. Daha önce de ifade edildiği üzere bölünme teorisi, ortaklığın devre onay vermemesi durumunda, yönetsel hakların devredende, malvarlıksal hakların ise devralanda kalacağını belirterek pay sahipliği hakları arasında bir bölünme öngörür. Oysa TTK m.497 hükmü, devre onay verilmemesi durumunda dâhi haklar arasında bir bölünme öngörmeyip geçerli bir şekilde gerçekleşen devir ile yönetsel ve malvarlıksal tüm hakların –elbetteki mülkiyetle birlikte- devralana geçeceğini, ancak devralanın pay sahipliğine bağlı yönetsel haklarını kullanamayacağını belirtmektedir. TTK m.497/2 hükmüne göre, devralan, ortaklık tarafından tanınmaz ise paylardan doğan, genel kurula katılma ve oy hakkı⁷⁶ ile oy hakkına bağlı diğer hakları kullanamaz⁷⁷. Başka bir

⁷⁵ Aynı görüşte bkz. **Sevi**, s. 310. Zira, borsaya kote olmayan payların kanuni devir yöntemiyle devrinde hakların geçişini düzenleyen TTK m. 494/2 hükmünün lafzıyla, TTK m. 497/2 hükmünün lafzının farklı olması da bu görüşü desteklemektedir. Borsaya kote olmayan nama yazılı payların miras yoluyla, mirasın paylaşımıyla, eşler arasındaki mal rejimi hükümleriyle ya da cebri icra yoluyla geçtiği kanuni devir hâlinde payların mülkiyetiyle paylardan kaynaklanan malvarlıksal hakların hemen, yönetsel hakların ise ortaklık onayıyla devralana geçeceği belirtilmektedir. Oysa, TTK m. 497/2 hükmünde, hakların geçişi, devralana geçen hakların kullanılmaması durumu açıklanmaktadır. Burada da bölünme teorisinin uygulandığı yönünde bkz. **Kendigelen**, s. 407. TTK m. 494/2 hükmünün, ortaklık tarafından onay verilinceye kadar bölünmenin kısa bir süre askıda kalması sebebiyle askıda bölünme kuralının uygulandığı yönünde bkz. **Tekinalp**, (Poroy/Çamoğlu), p. 1156.

⁷⁶ TTK m.497/2'de ifade edilen oy hakkının kullanılmaması, TTK m.389 ve m. 201/1 uyarınca oy hakkının donması ve bu payların genel kurul toplantı yetersayısının hesabında sermayeden düşülmesi demektir. Bkz. **Tekinalp**, Bağlam, s. 73.

⁷⁷ TTK'nın, ortaklık devre onay verip devralanı tanyınca kadar yönetime ilişkin hakların kullanılmasına izin vermemesi, ortaklıktaki istikrarı korumak nedeniyledir. Çünkü, *YUHFD Vol. XVI No.2 (2019)*

deyişle, reddedilen devralan yalnızca yönetsel haklarını kullanamaz, fakat bu haklar dışındaki kâr payı ve rüçhan hakkı gibi malvarlıksal haklarını kullanabilir. Bu nedenle devralanlar, henüz ortaklık tarafından tanınmamış ve hatta reddedilmiş olsalar da, devirden sonra, oy hakkından yoksun pay sahibi olarak pay defterinde yer alırlar⁷⁸.

Ortaklık, borsaya kote edilmiş nama yazılı payların devri bakımından kendisine yapılan tanınma başvurusunu, başvuru tarihinden itibaren en geç yirmi gün içinde kabul etmezse, devralan pay sahibi olarak tanınmış sayılır (TTK m.498). Kanun koyucu, ortaklığa başvuruyu incelemek için yirmi gün gibi kısa bir süre tanıyarak da yönetsel hakların kullanılma süresini de oldukça kısaltmıştır⁷⁹.

Sonuç

Borsaya kote edilmiş nama yazılı paylar kaydıleştirilmiş paylar olacağından, alacağın temlik hükümlerince, devreden imzasını taşıyan bir devir beyanı ile devredilmesi mümkündür. Borsaya kote edilmiş payların borsa içinde devrinde payı devreden ve devralanın verdikleri emirlerin borsada eşleşmesiyle birlikte, borsa dışında ise tarafların kendi aralarında yapacakları sözleşmeyle birlikte devredilir. Pay devrinin gerçekleşmesiyle birlikte emirlerin tasfiyesinin ve takasının yapılması ve MKK'daki kaydın değiştirilmesi gerekir. Kanaatimizce eşleşen emirler uyarınca MKK'daki kayıtlarda yapılan bu değişiklikler açıklayıcı niteliktedir.

Kanunu koyucu, nama yazılı paylara ilişkin bağlam hükmü öngörülmesini payların borsaya kote olup olmamasına göre ikiye ayırarak düzenlemiştir. TTK m. 495 ile borsaya kote edilmiş nama yazılı payları devralanın ortaklık tarafından reddedilebilmesi olanağını, iki hâlde sınırlı olmak üzere düzenlemiştir. Bu hâllerden biri, anasözleşmede belirtilen ve sermayeye oranla yüzde ile ifade edilen iktisap üst sınırının aşılması, diğeri ise borsaya kote edilmemiş nama yazılı paylarda olduğu gibi, devralanın payları kendi ad ve hesabına devralmış olduğunu beyan etmekten kaçınmasıdır. Böylece, TTK uyarınca anonim ortaklık borsaya kote payların

ortaklığın belki de reddedebileceği bir devralana, inceleme aşamasında oy haklarını kullanmak, genel kurul kararlarına karşı iptal davası açmak hakkının tanınması sakıncalı görülmüş ve bu haklar payları devredende bırakılmamıştır. Bkz. **Tekinalp**, Bağlam, s. 74.

⁷⁸ Oydan yoksun pay kavramının SerPK ve ilgili mevzuat ile düzenlenmemiş olması sebebiyle bu kavramın TTK m. 497/3 uyarınca uygulanmasının mümkün olmadığı yönünde bkz. **Sevi**, s. 310, dn. 484.

⁷⁹ **Tekinalp**, Bağlam, s. 74.

YUHFD Cilt. XVI No.2 (2019)

devrine ilişkin anasözleşmesinde iktisap üst sınırı öngörerek devre onay vermekten kaçınabilir.

Ancak, SerPK m. 137/3 ile halka açık ortaklıkların borsada satın alınan payları için TTK m. 495 hükmünün uygulanmayacağı, bu payların devrine ilişkin pay defterine kayıttan kaçınılamayacağı öngörülmüştür. Benzer şekilde, Kotasyon Yönergesi'nin belirli pazarlara yönelik öngördüğü kotasyon şartlarından biri de ortaklık anasözleşmesinde payların devrini engelleyecek hüküm bulunmamasıdır. Bu şart, Yıldız Pazar ve Ana Pazar, Nitelikli Yatırımcı İşlem Pazarı, Yatırım Ortaklıkları ve Gelişen İşletmeler Pazarı'nda işlem görecektir. Bu bağlamda payların bağlam hükmüne konu olmamasını aramaktadır. Dolayısıyla, TTK m. 495 uyarınca bir anonim ortaklığın anasözleşmesinde bağlı nama yazılı paylar öngörülmüş olsa da bu anonim ortaklık halka açıldıktan sonra anılan pazarlarda işlem görmek amacıyla paylarını borsaya kote ettirme talebinde bulunduğu anda, anasözleşmesindeki bağlam hükmünü kaldırmış olması gerekir. Dolayısıyla, uygulamada, paylarının borsada işlem görmesi amacıyla paylarını anılan pazarlarda kote ettiren bir anonim ortaklığın anasözleşmesinde TTK m. 495 uyarınca öngörülmüş bir bağlam hükmünün pratikte bir anlamı kalmadığı söylenebilir.

TTK, borsaya kote edilmiş ve edilmemiş paylarla ilgili devrin sınırlandırılması konusunda yapmış olduğu ayrıma ilaveten, hakların geçişi açısından da bir ayrıma gitmiştir. TTK m.497/1 hükmüne göre, borsaya kote nama yazılı paylar borsada iktisap edildikleri takdirde, paylardan kaynaklanan hem malvarlıksal hem de yönetsel haklar payların devriyle birlikte devralana geçer. Borsa dışında iktisap durumunda ise, TTK m.497 uyarınca, paya bağlı tüm haklar, devralan ortaklığa tanınma amacıyla başvurana kadar pay defterine kayıtlı önceki pay sahibinde yani devredende kalır. Ancak devralan, TTK m. 497/2 hükmü doğrultusunda yönetsel haklarını, başka bir deyişle genel kurula katılma, oy kullanma ve oya bağlı haklarını ortaklık tarafından tanınmaya kadar kullanamaz.

Kısaltmalar

BİST : Borsa İstanbul Anonim Şirketi

Bkz. : Bakınız

Borsa Yönetmeliği :Borsa İstanbul A.Ş. Borsacılık Faaliyetlerine İlişkin Esaslar Yönetmeliği

Borsalar ve Piyasa İşleticileri Yönetmeliği: Borsalar Ve Piyasa İşleticilerinin Kuruluş, Faaliyet, Çalışma Ve Denetim Esasları Hakkında Yönetmelik

C.	: Cilt
eTK	: 6762 sayılı mülga Türk Ticaret Kanunu
İMKB	: İstanbul Menkul Kıymetler Borsası
İsv. BK	: İsviçre Borçlar Kanunu
Kaydileştirme Tebliği:	II-13.1 Sayılı Kaydileştirilen Sermaye Piyasası Araçlarına İlişkin Kayıtların Tutulmasının Usul ve Esasları Hakkında Tebliğ
Kotasyon Yönergesi :	Borsa İstanbul A.Ş. Kotasyon Yönergesi
m.	: madde
MKK	: Merkezi Kayıt Kuruluşu
RG	: Resmi Gazete
s.	: Sayfa
SPK	: Sermaye Piyasası Kurulu
SerPK	: 6362 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu
TTK	: 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu
vb.	: Ve Benzeri
vd.	: Ve Devamı

KAYNAKÇA

- AKIN, Murat Yusuf, Anonim Ortaklıkta Bağlı Nama Yazılı Hisseler, İstanbul 2014.
- AYHAN, Hatice Ebru, Borsada Hisse Senedi Alım Satım Sözleşmesi ve Hakkın İntikali, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2008.
- AYTAÇ, Zühtü, Sermaye Piyasası Hukuku ve Hisse Senetleri, Ankara, 1988.
- BAHTİYAR, Mehmet, Kıymetli Evrak Hukuku, İstanbul 2018. (*Kıymetli Evrak*)
- BAHTİYAR, Mehmet, Ortaklıklar Hukuku, İstanbul, 2019.
- BAHTİYAR, Mehmet, Anonim Ortaklık Anasözleşmesi, İstanbul 2001. (*Anasözleşme*)
- BAHTİYAR, Mehmet, Sermaye Piyasası Hukukuna Giriş, İstanbul 2019. (*Sermaye Piyasası*)
- BAHTİYAR, Mehmet, Sermaye Piyasası Kurulu Tebliğlerine İlişkin Bazı Notlar, Makaleler I, İstanbul 2008. (*Tebliğler*)
- BOĞA, Serap, Anonim Ortaklıklarda Hisse Devri, İstanbul 2010.
- CİVELEK ACAR, Esra, Yasal Mal Rejiminin Tasfiyesinde Sermaye Ortaklıkları Payı, Mart 2019.

- DOMANIÇ, Hayri/ÇAMOĞLU, Ersin, İçtihatlı Notlu Türk Ticaret Kanunu, İstanbul, 1977.
- KAYA, Arslan, “Anonim Şirket Payının Hisse Değişim Sürecinde Edinilmesi, Bilanço Düzeninde Kayda Alınması ve Kayıttan Çıkarılması Esasları ile Bu Bağlamda Temel Sorun Olarak KVK’nın 5/1-e Hükmü Uyarınca “Kurum Aktifinde Bulunma” Şartını Koşulları –Vakıa Üzerinden Bir İnceleme-”, Prof. Dr. Sabih Arkan’a Armağan, İstanbul, Ocak 2019, s. 651-675.
- KENDİGELEN, Abuzer, Yeni Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, İstanbul 2016.
- MANAVGAT, Çağlar, “Sermaye Piyasası Kanunu’nun 10/A Maddesi Hükmüne Göre Kaydi Sistemin Esasları”, AÜHFD, C. 50, S. 2, Ankara, 2001, s. 159-191.
- MANAVGAT, Çağlar, “TTK Tasarısının Sermaye Piyasasını Etkileyen Yönleri”, Yeditepe Ünivesitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl 2005, C. II, S. 1, s. s. 523-551. (*TTK Tasarısı*)
- MOROĞLU, Erdoğan, “Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Değerlendirme ve Öneriler”, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2005, s. 279-289. (*Değerlendirme ve Öneriler*)
- MOROĞLU, Erdoğan, “Nama Yazılı Pay Senetlerinin Devri ve Yargıtay Kararları”, Makaleler I, İstanbul, 2006. (*Nama Yazılı*)
- NARBAY, Şafak, Anonim Ortaklık Pay Defteri, Ankara, 2003.
- PASLI, Ali, “Türk Ticaret Kanunu’ndaki Sermaye Piyasası Hukukuna İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi”, Türk Ticaret Kanunu Ekseninde Sermaye Piyasası Hukuku Toplantı Serisi (Tebliğler ve Tartışmalar), İstanbul 2019, s. 27-43.
- PASLI, Ali, Anonim Ortaklığın Devralınması, İstanbul 2009. (*Devralınması*)
- POROY, Reha/ TEKİNALP, Ünal/ ÇAMOĞLU, Ersin, Ortaklıklar Hukuku I, Şubat 2019.
- POROY, Reha/ TEKİNALP, Ünal/ ÇAMOĞLU, Ersin, Ortaklıklar Hukuku II, İstanbul 2017.
- PULAŞLI, Hasan, Bağlı Nama Yazılı Pay Senetleri, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, Ankara 1992. (*Bağlı*)
- PULAŞLI, Hasan, Şirketler Hukuku Şerhi, C. II, Ankara 2018. (*C. II*)
- PULAŞLI, Hasan, Şirketler Hukuku Şerhi, C. III, Ankara 2018.
- SEMERCİ VURALOĞLU, Tuğba, Sermaye Piyasası Kanunu’na Göre Anonim Ortaklıkta Ayrılma Hakkı, İstanbul 2018.

- SEVİ, Ali Murat, Anonim Ortalıkta Payın Devri, Ankara 2018.
- TAŞDELEN, Nihat, “6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun Anonim Ortaklık Pay Devrine Getirdiği Sınırlamalar”, DEÜHFD, C. 16, Özel Sayı 2014, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan, 2015.
- TEKİNALP, Ünal, Anonim Ortaklıkta Yeni Bağlam Sisteminin Esasları Pay Defteri Hukuku İle, İstanbul 2012. (*Bağlam*)
- TEKİNALP, Ünal, “Nama Yazılı Kaydi Payların Devrinde Merkezi Kayıt Kuruluşunun Kayıtlarının Etkisi ve Hukuki Niteliği”, Prof. Dr. Tahir Çağa’nın Anısına Armağan, İstanbul, 2000, s. 537-543. (*Nama Yazılı*)
- TEKİNALP, Ünal, “Sermaye Piyasası Kanununun Hukukumuz İçindeki Yeri”, 6362 Sayılı Yeni Sermaye Piyasası Kanunu Işığında Sermaye Piyasası Hukuku Sempozyumu (6-7 Haziran 2013 İstanbul), Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, 2017, s. 5-11.
- TEOMAN, Ömer, “Bağlı Nama Yazılı Pay ve HAAO.”, Otuz Yıl Ticaret Hukuku-Tüm Makalelerim Cilt I, 1971-1982, İstanbul 2000, s. 46-59.
- TOPALOĞLU, Mustafa, “Sermaye Piyasası Hukukuna Göre Hisse Devri”, Anonim Şirketler ve Sermaye Piyasası Hukukunda Güncel Gelişmeler Türk-Alman Uluslararası Sempozyumu (25-26 Haziran 2010), İstanbul 2011, s. 185-190.
- TÖREMİŞ, Hatice Ebru, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Sermaye Piyasası Mevzuatı Çerçevesinde Nama Yazılı Payların Borsada Devri, SPK Yeterlik Etüdü, Ankara, 2008.
- TURANBOY, ASUMAN, “2499 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu’na 4487 Sayılı Kanunla Eklenen 10/A Maddesine Göre Kaydi Değer Düzenlemesi”, AÜHFD, C. 48, S. 1-4, 1999, s. 39-55.
- UZEL, Necdet, Anonim Ortaklıkta Esas Sözleşmesel Bağlam, İstanbul 2013.
- ÜLGEN, Hüseyin/HELVACI, Mehmet/KAYA, Arslan /NOMER ERTAN, Füsun, Kıymetli Evrak Hukuku, İstanbul 2019.
- ÜNAL, Mücahit, Sermaye Piyasası Araçlarının Kaydileştirilmesi, Ankara 2011.
- YANLI, Veliye, Sermaye Piyasası Hukuku Çerçevesinde Halka Açık Anonim Şirketler ve Kamunun Aydınlatılması, İstanbul 2005. (*HAAŞ*)
- YANLI, Veliye, “Türk Ticaret Kanunu ile Sermaye Piyasası Kanunu’nun Bazı Ortak Konulara İlişkin Düzenlemelerinin Karşılaştırılması”, 6362 Sayılı Yeni Sermaye Piyasası Kanunu Işığında Sermaye Piyasası Hukuku Sempozyumu (6-7 Haziran 2013 İstanbul), Ankara 2017, s. 53-63.

- YANLI, Veliye/OKUTAN NİLSSON, Gül, “Kaydileştirilmiş Paylar Bakımından Pay Defteri Gerekli Midir?”, Prof. Dr. Sabih Arkan’a Armağan, İstanbul 2019.
- YAYLA, Ümit, “Menkul Kıymetlerin Kaydileştirilmesi”, Anonim Şirketler ve Sermaye Piyasası Hukukunda Güncel Gelişmeler Türk-Alman Uluslararası Sempozyumu, İstanbul 2011, s. 102-128.

DİJİTAL EKONOMİYİ VERGİLENDİRME YOLUNDA
SOMUT BİR ADIM :
DİJİTAL HİZMET VERGİSİNDE FRANSA ÖRNEĞİ
(A CONCRETE STEP TOWARDS TAXATION OF DIGITAL ECONOMY: FRENCH
MODEL IN DIGITAL SERVICES TAX)

Dr. Balca Çelener * **

ÖZ

Uluslararası vergi hukukuna ilişkin kurallar günümüz ekonomisinin en hızlı büyüyen parçası olan dijital ekonomiyi ve bu alanda faaliyet gösteren teşebbüs modellerini karşılamakta yetersiz kalmaktadır. Bir ülkede fiziksel olarak hiç bir varlık göstermeden orada ve sınır ötesi hizmet sunarak gelirden elde eden kurumların geliri bu nedenle önemli miktarlarda vergi dışı kalmaktadır. Bununla birlikte, bu yeni ekonomide kullanıcının bizzat kendi katılımı ile yarattığı değer vergi yasalarında karşılığını bulamamaktadır. Bu sorunları aşabilmek amacıyla dünya çapında ortak çözüm arayışları sürdürülmektedir. OECD bünyesinde atılan adımlar henüz somut bir sonuca ulaşılmasını sağlamamıştır. Avrupa Birliği tarafından geliştirilen ortak çözüm arayışı da henüz bir sonuç verebilmiş değildir. Ortak hareket edebilme ihtimalinin yakın görünmemesi vergi kaybından mustarip bazı ülkelerin tekil olarak hareket etmeleri ve kendi hukuk sistemleri içinde dijital ekonomiyi vergilendirecek önlemler almaları sonucunu doğurmuştur. Bu çalışmada OECD ve Avrupa Birliği nezdinde gerçekleştirilen çalışmalar ele alındıktan sonra, ülkelerin tekil önlemleri, özellikle de yeni yürürlüğe giren Fransız dijital hizmet vergisi incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: *Dijital Vergileme, Önemli Dijital Varlık, Dijital Hizmet Vergisi, Uluslararası Vergileme, Avrupa Birliği, BEPS Eylem Planı 1.*

[#] Eserin Dergimize geliş tarihi: 17.07.2019. İlk hakem raporu tarihi: 21.07.2019. İkinci hakem raporu tarihi: 23.07.2019. Onaylanma Tarihi: 26.07.2019.

* Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi.

** Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0001-8358-3755

Esere Atf Şekli: Balca Çelener, “Dijital Ekonomiyi Vergilendirme Yolunda Somut Bir Adım : Dijital Hizmet Vergisinde Fransa Örneği”, YUHFD, C.XVI, 2019/2, s.31-54.

ABSTRACT

The international taxation rules cannot fit the modern concept of digital economy that is ever growing and the new models of businesses that can trade across borders without having a physical presence in one country. This new business relies on user generated content as value creation and its income cannot be effectively addressed by tax rules. The OECD continues to work on overcoming this challenge on a global level but has not yet reached a common and solid solution. European Union has proposed measures towards a common solution also without being able to unanimously agreeing upon them. Having realized that a meaningful comprehensive common solution will take time, countries have decided to take unilateral actions in their own jurisdictions. In this paper, we will discuss the propositions of the OECD and the EU respectively and will look closely to the new French law on digital services tax.

Keywords: *Digital Taxation, Significant Digital Presence, Digital Services Tax, International Taxation, European Union, BEPS Action Plan 1.*

GİRİŞ

Günümüz teknolojik devrimin ateşlediği hızlı bir çağdır. Teknoloji ile beraber internetin gelişmesi insan hayatını sosyal ve ekonomik anlamda değiştirmiş ve çok kısa bir sürede dönüştürmüştür. Bilişim ve iletişim teknolojilerinin sosyal hayat ve ekonomide yarattığı gelişmenin hızı doğal olarak hukuk sistemlerinin de kendilerini hızla adapte etmelerini gerektirmektedir. Hızla büyüyen dijital ekonomi karşısında vergi hukukunun durumu da bu genel yapının bir yansımasıdır. Dijital ekonominin sınırları aşan ve fizikselin ötesine geçebilen yapısı, vergi kurallarında da hızlı bir uyum sürecini gerektirmektedir. Mamafih, vergilendirmeye ilişkin kavramlar her ne kadar gelişme göstermekteyse de, teknolojinin insan hayatının her alanına nüfuz edecek şekilde yayılması ile birlikte tekrar şekillenen ve geleneksel endüstri toplumunun ticaret anlayışının ötesine geçen dijital ekonomiye ait yöntemlerin hızına erişmesi mümkün olmamaktadır. Geleneksel ticaret anlayışına göre şekillenmiş kavramlar dijital ekonomiyi kavramakta yetersiz kalmaktadır. Fiziksel mekana ihtiyaç duymayan bu yapı, fiziki mekan ve sınırlara göre hareket eden hukuk sistemlerine meydan okumaktadır. Bilindiği üzere, bu geleneksel sistemlerde vergileme, mükellefin ve vergilendirilebilir gelirin bağlarının en kuvvetli olduğu ülkeler arasında iç hukuk ve uluslararası anlaşmalara uygun olarak belirlenen yetkiye göre yapılmaktadır. Vergilendirme yetkisinin dayandığı temel kriter olarak *daimi işyeri* kavramı

belirlenmiş ve esas teşkil eder hale gelmiştir. Ancak, bugün fiziksel varoluşa dayalı bu kavram, neredeyse tamamen sanal oluşumlara dayalı ekonominin yapısına cevap vermekte yetersiz kalmaktadır. Dijital ekonomi, hiç bir fiziksel mekana ihtiyaç duymadan bütün dünyaya mal ya da hizmet satan şirketlerin faaliyetleri ile büyümekte, ayrıca hizmetlerin kullanıcılarının yarattığı içeriğin kendisi bu ekonominin gittikçe daha büyük bir parçasını oluşturmaktadır. Bu faaliyetleri gerçekleştiren dijital şirketler ise çok sayıda kullanıcıya hizmetleri sundukları, bu kullanıcılarla sözleşmeler akdettikleri hukuki ve sair altyapılarından faydalandıkları ülkelerde hiç var olmadan, kendilerine vergi avantajı sağlayan ülkelere yerleşebilmektedirler¹. Kazanç elde ettikleri ülkelerin kurumlar vergisi sistemi ile hiç bir bağı kurulumadığı için vergi matrahını önemli miktarlarda aşınma meydana gelmekte, bu durum hem geleneksel ticaret yapan kurumlarla aralarında eşitsizlik yaratmakta hem de ülkelerin refahına yönelik olumsuz etkileri sebebiyle kamu vicdanını rahatsız etmektedir.

Google, Apple, Facebook ve Amazon endüstri çağının bütün kurallarının değiştiği bu yeni ekonominin liderleridir.² Bu şirketlerin her biri elde ettikleri milyarlarca Avro kazanca kıyasen çok düşük bir miktarda vergi ödemektedirler. Bu şirketlerin bşş harflerinden oluşan kısaltma “GAFA” uluslararası vergi hukukunun dijital ekonomiyle uyum sağlayamamasının yarattığı sorunların sembolü haline gelmiştir. Bu kısaltma aslında rakiplerden oluşan bir grubu tanımlamak için kullanılmaktadır³ ve bu dört dev şirketle beraber Microsoft, Netflix ve Yahoo başta olmak üzere dijital alanda faaliyet gösteren diğer şirketler de bu gruba dahil kabul edilmektedir.

Dijital devler grubu, başka alanlarda faaliyet gösteren diğer çokuluslu dev şirketler gibi, karlılıklarını arttırabilmek amacıyla vergi avantajları sunan bölgelere yerleşmeyi tercih etmektedirler, bu tercihler sadece Avrupa’da İrlanda ile sınırlı değildir ABD’de vergi rejiminin avantajları ile bilinen Delaware eyaleti de vergi optimizasyonu arayışındaki şirketler tarafından tercih edilmektedir.⁴ Bu anlamda GAFA olarak adlandırılan ve

¹Commission Staff Working Document Impact Assessment, European Commission, Brussels, 21.3.2018, s.4, https://ec.europa.eu/taxation_customs/sites/taxation/files/fair_taxation_digital_economy_ia_21032018.pdf, s.e.t 21.06.2019

²RENOUX Vincent, BERNARD Simon (2017, Eylül 28). “Quelle imposition des revenus de l’économie numérique” *Revue de droit fiscal* n° 39, s.477

³ALOMAR Bruno (2018). “Que peuvent les États et les organisations internationales face aux GAFA” *Revue International et Stratégique*, 2018/2 N° 110, ss. 133-139, <https://doi.org/10.3917/ris.110.0133>, s.e.t. 10.5.2019, p.135

⁴ibid. s.138

dijital hizmet sunan şirketler diğer çokuluslu şirketlerden çok farklı bir tavır sergilememektedirler.⁵ Dijital şirketlerle ilişkili sorun uluslararası vergi hukukunun kurallarının uyumsuzluğudur. Dijital vergilemede karşılaşılan sorunlar iki cephede ortaya çıkabilir. Öncelikle, dijital şirket kullanıcılarının katılımı ile yaratılan değer meydana geldiği ülkede şirketin geleneksel anlamda tanımlanan daimi bir işyeri mevcut olmayabilir ya da bir daimi işyeri bulunsa bile, bu değer ülkelerin vergilendireceği gelirin hesaplanmasına katılmayabilir.⁶

Dijital devlerin vergi planlamaları ülkelerin büyük miktarlarda vergi geliri kaybına neden olmaktadır. Fransa bir vergi incelemesi sonucunda Google'ın 1,15 milyar Avro eksik vergi ödediğine tespit etmiştir⁷; Avrupa Birliği'nin 2013-2015 yılları arasında Google ve Facebook kazançları üzerinden vergi kaybı 5.4 milyar Avrodur.⁸ Avrupa Komisyonuna göre, dijital devler geleneksel şekilde faaliyet gösteren orta büyüklükteki şirketlerden daha az vergi ödemektedir.⁹

Bu durum bazı ülkelerin lehine bir sonuç doğurmaktadır. Avantajlı vergi sistemi sunan ülkeler bu şirketler için bir cazibe merkezi teşkil etmektedir. Bunun yanı sıra, uluslararası vergi rekabeti çoğu durumda dijital ekonomiyi kontrol altına almak isteyen ülkelerin elini kolunu bağlamakta; çok taraflı bir anlaşmaya varılması mümkün olmamaktadır. Ülkelerin tek başlarına çözüm arayışına girmesinden çok taraflı çözüm arayışları daha kapsayıcı ve dengeli gözükmemektedir ancak vergilendirme gibi ülkelerin hakimiyet alanlarına sıkı sıkıya bağlı bir konuda ortak bir fikir birliğine varılması, her ülkenin korumakla yükümlü olduğu menfaatle çelişebildiği ölçüde zor görünmektedir. Ortak bir çözüm arayışında geleneksel vergi hukuku kurallarının dijitalle uyumlu olarak güncellenmesi; dijital ekonomide oluşan değerleri dahil edebilen vergileme arayışları, stopaj ya da dolaylı vergiler gibi, üzerine çalışılmaktadır. Bu çalışmalar, öncelikle çok taraflı, ortak bir çözüm arayışının bulunmasına yöneliktir (I); bununla beraber ortak çözüme

⁵ibid. s. 139

⁶PANDO, Annabelle (2019, Nisan 9). "Le defi de taxation des GAFA" Petites affiches, n°071, s.7.

⁷www.lefigaro.fr/secteur/high-tech/2017/07/12QRTFIG00246-la-justice-annule-le-redressment-fiscal-de-google-en-france.php, s.e.t 10.5.2019

⁸Google toplam gelirin % 9'unu vergi olarak ödemiştir ve Avrupa Birliğinin payı % 0.82'ye kadar düşmektedir.

<https://fr.reuters.com/article/technologyNews/dFRKCN1BO296-OFRIN>, s.e.t. 10.5.2019.

⁹https://www.challenges.fr/high-tech/internet/les-gafa-paient-moitie-moins-d-impots-que-les-autres-selon-la-commission-europeenne_500844, s.e.t. 10.5.2019.

ulaşmanın gecikmesi ülkeleri tek taraflı çözümler aramaya da yöneltebilmektedir (II).

I. Dijital Vergilendirmede Çok Taraflı Çözüm Arayışları

Dijital ekonominin vergilendirilemeyen geliri; GAFA olarak kısaltılan dev şirketlerin iş modelleri ve vergi planlamaları sayesinde ülkelerin vergi gelirlerindeki kayıp global bir sorun haline gelmiştir ve kamuoyunun da gittikçe artan tepkisiyle uluslararası gündemdedir. bu konuda ülkeler ve uluslararası kuruluşların işbirliği ile dünya genelinde çözüm arayışları üzerinde çalışmalar yapılmaktadır. Bununla beraber, dijital ekonomi global olarak en hızlı büyüyen alandır ve alınacak önlemlerin bu büyümeyi engelleyecek nitelikte olmaması gerekmektedir. Bu soruna çok taraflı biçimde ele alınması daha dengeli ve uzun vadeli bir çözüm bulmak açısından gerekli gözükmektedir. G20 ülkeleri tarafından alınan karar üzerine İktisadi İşbirliği ve Geliştirme Teşkilatı (OECD) tarafından yapılan çalışmaların (A) yanı sıra Avrupa Birliği de bünyesinde çalışmalar (B) yürütmektedir, biri global ölçekte bir çözüm bulmaya yönelik diğeri sadece Avrupa Birliği kapsamında olan bu çalışmalar farklı açıklardan eleştirilmektedir (C).

A. OECD Nezdinde Yürütülen Çalışmalar

OECD hem dijital vergilendirme hem de transfer fiyatlandırması konularında genel ilkelerini 2012 yılından beri geliştirme çalışmaları içindedir.

2013 yılında yapılan G20 toplantısından beri matrah aşındırma ve kar aktarımına (BEPS) karşı eylem planları geliştirmektedir. On beş Eylemden oluşan BEPS, vergilendirilecek gelirin azaltılması ve gelirin daha düşük vergi oranı sunan bölgelere aktarılması şeklinde vergiden kaçınmayı hedef almaktadır. Bu amaç doğrultusunda, BEPS Eylem Planı 1 dijital ekonominin vergilendirilmesine yönelik önlemlere ilişkindir. Esasen, Eylem Planı 1 raporu dijital ekonomiyi ayrı bir çerçevede ele almak yerine, ekonominin dijitalleşmesi kapsamında yapılacak değerlendirmenin daha uygun olduğunu ifade etmektedir.¹⁰ 2015 yılında yayınlanan Eylem Planı 1 hem G20 ülkeleri liderleri hem de yüzü aşkın ülke tarafından desteklenmektedir. Bununla beraber, dijital vergileme alanında yapılacak çalışmalar sadece Eylem Planı 1 ile ilgili değildir; diğer Eylem Planları da dijital vergilendirmenin düzenlenmesi çalışmaları ile ilişkilidir.

¹⁰ <https://www.oecd.org/going-digital/tax.and.digitalisation.pdf>, s.e.t. 4.7.2019.

OECD dijital ekonomiye yönelik düzenlemeler kapsamında daimi işyeri tanımını “önemli ölçüde ekonomik varlık” kavramı ve “önemli ölçüde dijital varlık” kavramı ile belirlemeye çalışmak; dijital ortamda gerçekleştirilen bazı faaliyetlere stopaj uygulanması; dengeleme vergisi uygulanmaları üzerine çalışmalarla öneriler getirmiştir.

a. Dijital işyeri kavramı

BEPS Eylem Planı 7 daimi işyeri kavramı tanımlamaktadır ancak dijital ekonominin gelişmesi ile birlikte bu kavramın tekrar ele alınması gerekmeğe başlamıştır. Daimi işyeri kavramının yeniden tanımlanırken dijital ekonominin yalnızca e-ticaret boyutunu gözetmenin ötesinde fiziksel bir mal satmayan işletmeleri de kapsaması gerekliliği kabul edilmektedir¹¹. Sabit bir işyeri kapsamında “daimi işyeri” tanımı OECD model anlaşmanın 5(1) maddesinde tanımlanmış olup; 2014 model anlaşmasına metnine göre, bir teşebbüsün işinin tamamen veya kısmen yürütüldüğü işe ilişkin sabit bir yer anlamına gelmektedir.¹² Maddenin yorumunda yer alan açıklama ise dijital ekonomiyi fiziksel bir sabit yere bağlamayı araştırmaktadır. Bu açıklamaya göre dijital ekonomi içinde yer alabilecek çoğu işlemin bu madde kapsamında daimi işyeri teşkil etmesi mümkün gözükmemektedir.

BEPS Eylem Planı 1 Dijital işyeri ya da *sanal işyeri* kavramına temel oluşturacak kriterleri tespit etmek için “önemli ölçüde dijital varlık” ve “önemli ölçüde ekonomik varlık” kavramlarını önermektedir. Uzun vadeli ve kalıcı bir önlem arayışında bağlayıcı ve kesin bir öneriden kaçınılması söz konusu olmaktadır.¹³

¹¹HONGLER Peter, PISTONE Pascale (2015, Ocak 20). “Blueprints for a New PE Nexus to Tax Business Income in the Era of Digital Economy” IBFD Working paper

¹²“Bir teşebbüs tarafından otomatik ekipmanın işletildiği bir lokasyon, bulunduğu ülkede bir işyeri teşkil edebilse de (...), bir lokasyonda belirli koşullar altında bir işyeri teşkil edebilecek şekilde kurulabilen bilgisayar ekipmanı ve bu ekipman tarafından kullanılan veya depolanan veri ve yazılımlar arasında bir ayırım yapılmalıdır. Örneğin yazılımın ve elektronik verinin bir birleşimi olan bir internet web sitesi tek başına bir maddi varlık teşkil etmez. Bu nedenle, “işe ilişkin bir yer” teşkil edebilecek bir lokasyona sahip değildir, çünkü bu web sitesini teşkil eden yazılım ve veri bağlamında “binalar gibi bir tesis veya belirli durumlarda, makineler ya da teçhizat” bulunmamaktadır (...). Diğer taraftan, web sitesinin depolandığı ve erişiminin sağlandığı sunucu ise fiziksel bir lokasyona sahip bir ekipmandır ve dolayısıyla bu tür bir lokasyon söz konusu sunucuyu işleten teşebbüsün “işe ilişkin sabit bir yeri”ni teşkil edebilir”

¹³USLU Yasin (2017). “Dijital Ekonomide Vergisel Problemler”, Vergi Dünyası Dergisi, Yıl 37, Sayı 436, Aralık, s.152.
YUHFD Cilt. XVI No.2 (2019)

b. Stopaj Uygulaması

BEPS Eylem Planı 1 önerileri arasında yer alan stopaj uygulaması, alışverişlerde tüketicinin bulunduğu ülkede ya da ödeme yapılan ülkede satıcıya yapılan ödemenin brüt miktarı üzerinden stopaj yapılmasına ilişkindir. Bu durumda bir ülke mukimi o ülkede yerleşik olmayan bir satıcıdan mal ya da hizmet aldığı takdirde, yapılan ödeme üzerinden kaynak ülkede stopaj yapılması önerilmektedir.

Stopaj usulü ile vergileme ele alınacak olursa, öncelikle stopaj uygulamasının zorluklarının altı çizilmektedir. İşlemin tarafı olan gerçek kişi nihai tüketicinin stopajı gerçekleştirilmesi ve buna ilişkin beyanname ve benzeri yükümlülükleri yerine getirmesini beklemek gerçekçi gözükmemektedir¹⁴. Bununla birlikte, ödemeye aracılık edenlere vergi kesintisini uygulama yükümlülüğü getirilmesi bu yöntemin uygulanmasını kolaylaştırabilir. Ayrıca satıcıya ödeme yapılırken brüt kazanç üzerinden vergi kesilmesi hem gelir vergilerindeki net kazanç üzerinden vergilendirme ilkesine aykırılık teşkil edecek hem de yerleşik ve yerleşik olmayan mükellefler arasında ayrımcılık yapılması ile sonucunu doğurabilecektir.¹⁵ Bu olumsuz etkiyi bertaraf edebilmek için stopaj oranlarının düşük ve sektör karlılığı baz alınarak hesaplanması gerektiği önerilmektedir.

c. Dijital Dengeleme Vergisi

Dengeleme vergisi yerleşik olmayan kişilerin kaynak ülkede dijital ekonomik faaliyetlerini vergilemeyi amaçlamaktadır. Tüketicilere satılan mal ve hizmetlerin satış fiyatı; dijital hizmetin kullanıcı tarafından yaratılan değer ya da kullanıcılardan toplanan verilerin değeri dengeleme vergisinin matrahını teşkil edebilir.

Kaynak ülkede dengeleme vergisi ödenmesi, ikamet ülkesinde aynı gelir üzerinden mükerrer vergi ödenmesi sonucunu doğurabilecektir. Bu durumda, dengeleme vergisinin uygulanabilmesi için çifte vergilendirmenin önlenmesi yöntemlerinin belirlenmesi gerekmektedir. Bu verginin uygulanması belli miktarda hasılat elde edilmesi ya da faaliyet yoğunluğuna ulaşılmasını gerektirebilir.

2019 yılında OECD tarafından yayınlanan çalışma çerçevesinde iki aylık bir sistem ortaya konulmuştur. Buna göre, kullanıcı katılımı,

¹⁴:ibid.

¹⁵:ibid.

pazarlama gayri maddi varlıkları ve önemli ekonomik varlık kavramları ilk ayağı; genel matrah aşınması karşısı öneri de ikinci ayağı oluşturmaktadır.¹⁶

OECD önerileri ve çalışmaları devam etmektedir. 2020 yılında ortak bir çözüme ulaşılması umulmaktadır.

B. Avrupa Birliği Nezdinde Yürütülen Çalışmalar

Dijital ekonomik faaliyetlerin geleneksel ticari faaliyetlere göre daha az vergilendirilebilmesi; dijital ekonominin dev şirketleri tarafından elde edilen kazancın çok az bölümünün vergiye tabi olması sorunu Avrupa Birliğinin de gündeminde yer etmektedir. OECD bünyesinde bu soruna ortak bir çözüm üzerinde hızlı bir sonuç alınmaması üzerine Avrupa Birliği dijital hizmet vergisi düzenlemesi ile bu konuda bir adım atmaya karar vermiştir.

Ülkelerin egemenlik hakkı vergilendirme yetkisini her bir üye ülkenin kendi mali politikası uyarınca kullanabilmesi anlamına gelmektedir ancak bu yetkinin ortak pazarı düzenleyen kuralları ihlal etmeyecek şekilde kullanılması gerekmektedir. Bununla birlikte ülkelerin farklı vergi uygulamalarının özellikle çok uluslu faaliyet gösteren büyük şirketlerin kendi lehlerine kullanabildikleri bir vergi rekabeti yarattığı da bilinmektedir. İrlanda, Lüksemburg ve Hollanda avantajlı vergi rejimleri sunmaları itibari ile cazibe merkezi olarak tanınmaktadırlar.

Geleneksel anlamda fiziksel bir mekana ihtiyaç duymadan fiziksel olmayan ürün ve hizmetleri sunan dijital büyük dijital şirketler de bu vergi avantajlarından faydalanmaktadırlar. Avrupa'da avantajlı bir vergi rejimi sunan bir ülkede kurulu yavru şirket, bütün dünyaya sunulan hizmetlerin karşılığında elde edilen geliri nezdinde toplayarak düşük oranda vergi ödeme yöntemi ile hem faaliyetlerin gerçekleştirildiği ülkelerin vergi gelirlerinde kayba neden olmakta hem de geleneksel ticaret yöntemleri kullanan şirketlere göre çok daha az miktarda vergi ödemektedirler.

Yukarıda da açıklandığı üzere, bir teşebbüsün gelirinin vergilendirilebilmesi o ülkede bir daimi işyerinin bulunmasına bağlıdır ve söz konusu daimi işyeri hala fiziksel bir varlık kriterine dayanmaktadır. Bu durumda, fabrika, atölye, depo, makina ve benzerlerine hiç ihtiyaç duymadan faaliyetlerini ifa edebilen ve kullanıcı katılımı ile yaratılan değerle kazanç elde edebilen dijital şirketleri vergilendirmek bu yöntemlerle

¹⁶“Programme of work to develop a consensus solution to the tax challenges arising from the digitalisation” OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS, (2019, Mayıs), s.18-25. <https://www.oecd.org/tax/beps/programme-of-work-to-develop-a-consensus-solution-to-the-tax-challenges-arising-from-the-digitalisation-of-the-economy.pdf>, s.e.t 27.6.2019.

mümkün olmamaktadır. Vergilendirme yetkisini belirlemeye yönelik kurallar dijital ekonominin gittikçe artan değerini kavramaya yetmemektedir.¹⁷ Dijital dünya neredeyse bütünüyle sanalken, vergilendirmeye ilişkin kurallar fiziksel bağlıdır; geleneksel ekonominin kuralları dijitale cevap verememektedir.¹⁸

Bu koşullar nedeniyle başta Fransa olmak üzere bazı Avrupa ülkelerinin öncülüğünde Avrupa Birliği ölçeğinde önlemler alınması gündeme geldi.¹⁹ Avrupa Birliği kısa vadede sonuç beklenen ve uzun vadede sonuç beklenen iki tür önlem üzerine çalışmaya başladı.

Uzun vadede gelir üzerinden alınan vergiler alanında daimi işyeri kavramını bir “dijital varlık” kapsamında genişletilmesi çalışmalarını sürdürülürken, ortak bir dijital hizmet vergisi (DHV) uygulanması önerileri kısa vadede çözüm bulma arayışına cevap olarak ortaya çıkmıştır.²⁰ DHV belli dijital faaliyetleri hedef almaktadır: kişisel bilgilerin satılması, kullanıcılardan sağlanan verilere dayanarak hedefe yönelik reklam hizmetleri, kullanıcılar arasında iletişim kurulmasını sağlayan hizmetler, kullanıcılar arasında mal ve hizmet satışını sağlayan hizmetler bu verginin konusu olacaktır ve vergi kullanıcıların bulunduğu ülke tarafından alınacaktır.

Dijital hizmet vergisinin uygulanması, dünya çapında yıllık hasılatı 750 milyon Euro ve Avrupa çapında yıllık hasılatı 50 milyon Euro üzerinde olması şartına bağlı olacak şekilde düzenlenmiştir. Bu şartların gerçekleştirilmesi halinde kullanıcının yarattığı değer üzerinden hesaplanacak kazançta tek oranlı bir vergi uygulanacak ve Yönergeye göre bu oran % 3 olarak belirlenecektir. Söz konusu eşiklerin üzerinde kazanç elde eden şirketler, belli faaliyetleri gerçekleştirmeleri halinde vergiye tabi olacaklardır. Söz konusu faaliyetler, bir arayüzün kullanıcılarına yönelik hedef reklamların o arayüze yerleştirilmesi; mal teslimi ya da hizmet ifasında bulunmak amacıyla kullanıcıların birbirleri ile irtibata geçmesini sağlamak; kullanıcıların faaliyetlerinden elde edilen verilerin iletilmesi şeklinde sayılmıştır.

¹⁷<http://www.senat.fr/rap/118-496/118-4962.html>

¹⁸RENOUX Vincent, BERNARD Simon, s.477.

¹⁹PANDO, s.7

²⁰Proposal for a council directive on the common system of a digital services tax on revenues resulting from the provision of certain digital services, COM (2018) 148 final (Mar. 3, 2018)(EU DST proposal),

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=COM:2018:148:FIN>, s.e.t. 19.6.2018.

Bu düzenlemenin çok büyük şirketleri vergilemeyi hedeflediği açıktır. Avrupa Birliği bünyesinde bu vergiye konu olabilecek en fazla 150 şirket bulunmaktadır ve bunlarının yaklaşık yarısını Amerikan şirketi, üçte biri Asya ve üçte biri de Avrupa şirkettir.²¹

Dijital hizmet vergisine ilişkin Yönergenin reddedileceği anlaşıldığı sırada Almanya ve Fransa sadece reklam gelirleri ile sınırlandırılmış bir vergi önerisine yönelmişler ama bu öneri de bu vergiye karşı çıkan üye ülkeleri ikna etmeye yeterli olmamıştır.

Yönerge, yirmi yediye karşı dört oyla reddedilmiştir. Yönergeye karşı çıkan ülkeler İrlanda, İsveç, Danimarka ve Finlandiya oldu. Finlandiya, İsveç ve Danimarka maliye bakanlıkları ortak yayınlanan bir basıl bildirgesi ile “gerçekten kazanç elde edilip edilmediğine bakılmaksızın sadece hasılat üzerinden yapılacak bir vergilendirmenin, vergilemeye ilişkin temel ilkelere aykırılık teşkil edeceği konusunda görüş bildirerek gerekçelerini açıklamışlardır.”²²

C. Çok Taraflı Çözüm Arayışlarına Yönelik Eleştiriler

OECD çalışmaları kalıcı çözümler amaçlamaktadırlar ve çalışmalar hala sürmektedir. OECD çalışmaları çok kapsamlıdır ve 127 ülkenin ortak kararına yönelik olmaları, yakın bir tarihte çalışmalardan somut sonuçlar çıkmasını ummanın önünde engel teşkil etmektedir. OECD tarafından bulunulacak çözümlerin üzerinde anlaşacak ülkelerin karşıt menfaat gruplarından meydana gelmekte olduğu da unutulmamalıdır.

Ortak bir çözüm arayışının yine de en kalıcı ve dengeli çözüm olduğu ortadadır. Avrupa Birliği tarafından ortak bir vergilendirme politikası ise OECD nezdinde çıkacak kararlardan farklıdır. Dijital ekonominin vergilendirme alanında Avrupa ülkelerine en fazla sorun çıkararak şirketlerinin Amerikan kökenli olması, Avrupa ve Amerika’yı ayrımcılık iddiası ile karşı karşıya getirebilir²³.

²¹PANDO, s.7.

²²“Nordic countries oppose EU plans for digital tax on firm’s turnover”, 1 Haziran 2018, <https://www.reuters.com/article/us-eu-digital-tax/nordic-countries-oppose-eu-plans-for-digital-tax-on-firms-turnover-idUSKCN1IW337>, s.e.t. 21.05.2019

²³ Yönergeye başından beri Fransa ile birlikte en fazla destek veren iki ülkeden biri olan Almanya’nın son dakikalarda geri adım atması, sadece Yönergenin kabul edilmeyeceğinin ortaya çıkması değil, Amerikan kökenli dijital şirketlere yönelik bu vergileme teşebbüsünün karşı hamlesi olarak Alman otomatik sektörünü hedefleyeceği endişesidir, PANDO, s.7.

Bunun yanı sıra, önerilen dijital hizmet vergisinin niteliğine ilişkin eleştiriler de söz konusu olmuştur. Bu verginin hasılat üzerinden alınan dolaylı bir vergi olması, mükellef kurumları mali gücünü ölçemeyeceği bu sebeple adil bir vergiden söz edilemeyeceği ileri sürülmüştür²⁴; ayrıca büyümekte olan bir ekonomiye fazladan vergi yükü getirilmesi eleştirilmiş ve bunun sonucunda bu şirketlerin başka coğrafyalara kaçarak ülkelerin ekonomilerin küçülmesine sebep olabileceği endişeleri dile getirilmiştir²⁵.

II. Tek Taraflı Çözüm Arayışları: Fransa Örneği

Çok taraflı çözümler üzerinde ortak bir fikir birliği için epey bir zamana ihtiyaç olduğu anlaşılması vergi gelirlerindeki kayıpla mücadelede daha kısa sürede verimli sonuçlara ulaşabilme amacı ülkeleri tek taraflı çözüm arayışlarına yönlendirmektedir. Özellikle, 31 Ocak 2014 yılındaki BEPS Eylem 7 raporunda fikir birliğinin ve ortak hareket etmenin zorluğunu fark eden çeşitli ülkeler dijital hizmetlerin vergilendirilmesi için farklı modeller çerçevesinde tekil çalışmalara başlamışlardır. Avrupa Birliği bünyesinde bu çalışmaların öncülüğü Birleşik Krallık, İspanya ve Fransa tarafından yapılmaktadır.

Birleşik Krallık'ta sadece vergi idaresi değil siyasetçiler ve toplum da dijital dev şirketlerin ödemeleri gereken adil miktarda vergiyi ödemediğini düşünmektedir. Google vergisi olarak popüler olan *Diverted profit tax* – Saptırılan Kar Vergisi (DPT) 3 Aralık 2014 tarihinde Maliye Bakanı tarafından açıklanmış ve 10 Aralık 2014 tarihinde bir sonraki yılın Bütçe Kanununda yer alması beklenene tasarı yayınlanmıştır. Dijital dev şirketler tarafından Birleşik Krallık'ta elde edilen gelirin % 25'ini vergileyerek takip eden beş yıl içinde hazineye 1.3 milyar Sterlin ek gelir getirmesi beklentisi ile gündeme oturmuştur²⁶; Birleşik Krallık'taki faaliyetler sonucu elde edilen gelirin belirli bir miktarın üzerinde olması halinde Birleşik Krallık dışındaki grup şirketlerinin yapılanmalarını hedef almaktadır ve vergi oranı

²⁴ MARQUES Nicolas (2019 Mart). “La Taxation Française Des Services Numeriques: Un Constat Errone, des Effets Pervers”, Institut Economique Molinari, https://www.institutmolinari.org/IMG/pdf/etude-gafa-2019_fr.pdf, s. 22.

²⁵ Ibid. s. 18.

²⁶ CUSSONS Peter (2015, Ocak 15). “The new diverted profits and EU/international law, including BEPS”, <https://www.taxjournal.com/articles/new-diverted-profits-and-euinternational-law-including-beps-15012015>

normal oran olan % 20'den daha fazladır ve bu orandan kaçınılması halinde daha yüksek bir vergiye tabi tutulacaktır.²⁷

AB müktesebatı ile uyumu tartışmaları sırasında bu verginin, vergi ziyasını engellemeye yönelik bir önlem olduğu ve kurumlar vergisinden farklı bir vergi olduğu ileri sürülmüştür.

Kurumlar vergisinden farklılık vurgusu verginin Birleşik Krallık tarafından imzalanan çifte vergilendireme anlaşmaları engeline takılmaması açısından da önemlidir.

Maliye ve Gümrük Bakanlığı tarafından 2017 yılında açıklanan istatistikler bu verginin çokuluslu dijital şirketlerin davranışları üzerinde etkili olduğunu göstermiş bulunmaktadır. 2017 yılında DPT 388 milyon Sterlin ek gelir getirmiştir.²⁸

İspanya ise dijital hizmetlerin vergilendirilmesine ilişkin benzer bir tasarı hazırlamıştır. Avrupa Komisyonu tarafından sunulan tasarıya benzeyen metine göre vergi, dijital hizmet sunumundan elde edilen kazançta, katma değer vergisi hariç olmak üzere, uygulanacaktır²⁹. Dijital ortamda sunulan pazarlama hizmetleri, aracılık hizmetleri veya veri transferi hizmetleri bu kapsama dahildir ve yıllık hasılatın 750 milyon Avro üzerinde olması ve dijital hizmetlerden elde edilen toplam kazancın bir önceki vergilendirme döneminde 3 milyon Avro'yu geçmesi durumunda % 3 oranında vergiye alınması söz konusudur. Hizmet sağlayıcılar kullanıcının kullandığı cihazın IP adresine göre kullanıcının İspanya'da bulunup bulunmadığını tespit etmekle yükümlü olacaktır. İspanya bu verginin alınmaya başlamasıyla 2020 yılı için 5,6 milyon Avro ek gelir beklemektedir.³⁰

²⁷ RUSSEL Roger (2015, Mayıs 1). "Countries versus companies; An OECD initiative on tax evasion is causing ripples around the world" Accounting Today, Vol. 29 No.5, <http://www.webcpa.com/>

²⁸ Bir önceki yıla oranla yaklaşık % 40 civarında bir artışa tekabül eden bu miktarın tamamı yeni vergiden kaynaklı değildir. Elde edilen vergi gelirinin 169 milyon Sterlin kadarı DPT uygulamasına dahil olmamak için şirketlerin transfer fiyatlandırması uyarlamaları sonucu ortaya çıkan kurumlar vergisi farkıdır, HUGHES Liz (2018, Ağustos 1). "What the UK's new transfer pricing and diverted profits tax statistics tell us", <https://mnetax.com/what-the-uks-new-transfer-pricing-and-diverted-profits-statistics-tell-us-28888>. s.e.t.12.5.2019

²⁹ Spain sends bill on Digital Services Tax to Parliament for Approval, 29 Ocak 2019, <https://www.ey.com/gl/en/services/tax/international-tax/alert--spain-sends-bill-on-digital-services-tax-to-parliament-for-approval>, s.e.t. 27.6.2019.

³⁰ 2019 Budgetary Plan and Quarterly Reporting, Kingdom of Spain, 5 Ekim 2018, <http://www.hacienda.gob.es/CDI/EstrategiaPoliticaFiscal/2019/BudgetaryPlan2019.pdf>, s.e.t.27.6.2029.

Fransa’da dijital hizmetler sunan büyük şirketlerin yarattığı ileri sürülen vergi adaletsizliğini telafi etmek amacıyla uzun süredir çalışmalar gerçekleştirilmektedir.

Fransa, 2017 yılında kamuoyu tarafından Google Vergisi olarak adlandırılan bir vergiyi yürürlüğe koymayı denedi (A); 2019 yılında ise daha geniş kapsamlı ve bu sefer adını dijital ekonominin büyük isimlerinin baş harfleri ile anılan GAFA vergisi olarak adlandırılan bir dijital hizmet vergisi (B) için harekete geçmiştir. Bu verginin uygulanmasının nasıl şekilleneceği, diğer ülkelerin benzer önlemler almalarını ve çok taraflı bir çözüm için anlaşmaya varılmasını hızlandırıp hızlandırmayacağı gelecek günlerde görülecektir; bununla birlikte dijital hizmet vergisi uygulamasının olası sorunları şimdiden tartışılmaya başlanmıştır (C).

A. 2017 Bütçe Kanunu İle Getirilen Vergi “Google Vergisi”

12 Temmuz 2017 tarihinde Paris İdare mahkemesi Fransa ve Google arasındaki davada, 1,115 milyon Avro tarhiyatı haksız bularak Google şirketi lehine karar verdi. Karar hukuken doğru olsa da, vergilendirme ilkelerinin tarihi gelişimi ve kamu vicdanı açısından tereddütler yarattı.³¹

Google Fransa, Fransa’da kurulu bir şirket olup İrlanda’da kurulu olan Google İrlanda limited şirketine ticari ve pazarlama alanında destek hizmetleri vermektedir. Google İrlanda ise Fransa’da dijital reklam hizmeti satmaktadır, başka bir deyişle, bu yapıda Google kendi hizmetlerini Fransa’da doğrudan satmamaktadır. Aynı şirketler grubuna dahil olan ama biri Fransa’da biri İrlanda’da kurulu olan iki farklı şirketten Fransa’daki aralarındaki sözleşmesel ilişkiye dayanarak İrlanda’daki şirkete hizmet sağlamaktadır. Bu kapsamda Google İrlanda tarafından Google Fransa’ya yapılan ödemeler ise Fransa’da gerçekleştirilen Google hizmetlerin büyüklüğü ile karşılaştırıldığında son derece düşük bir vergilendirilebilir gelir miktarına karşılık gelmektedir. Fransız Vergi İdaresi 2005-2010 mali yıllarına ilişkin döneme ilişkin tarh edilen 1.115 milyar Euro tutarındaki vergiyi Google İrlanda’dan talep etmiş ancak yargı, değerlendirmesinde İrlanda ve Fransa arasında 1968 yılında imzalanmış olan Çifte Vergilendirmeyi Önleme Anlaşması kapsamında söz konusu Anlaşmanın 2. Maddesinin 9-c fıkrası uyarınca Google İrlanda’nın Fransa’da daimi bir

³¹ RENOUX Vincent, BERNARD Simon (2017, Eylül 28). s.477

işyeri vasıtası ile gelir elde etmediğini tespit etmiş ve bu gerekçeyle davayı reddetmiştir.³²

Bunun üzerine, 2017 Bütçe Kanunu'nun 78. maddesi GAFA olarak adlandırılan dev dijital şirketlerin vergilendirilmesine yönelik olarak düzenlenmiştir. Bu düzenleme, ilk olarak kurumlar vergisinin genel oranı olan %33.33 oranında vergi öngörmekteydi ancak oran arttırılarak % 38.33'e yükseltildi. Yeni düzenleme ile getirilen verginin de genel rejimde olduğu gibi diğer ülkede ödenen kurumlar vergisinin mahsup edilmesine de olanak tanınmaktaydı. Genel bir kural olarak Fransa'da kurulu daimi bir işyerinde elde edilen kurum kazançları Fransa'da elde edilmiş sayılmaktadır. Yapılan bu düzenleme ile Genel Vergi Kodu madde 164-B-II'de yapılacak değişiklik ile Fransa'daki önemli dijital varlıktan elde edilen gelirlerin Fransa'da elde edilmiş sayılacağı hükme bağlanacaktı. Bu bağlamda, önemli dijital varlık tanımı da getirilmekteydi. Buna göre;

- a. Fransa'da yerleşik kişiler ile imzalanmış, doğrudan ya da dolaylı hizmet sözleşmeleri;
- b. ücret mukabili ya da ivazsız olarak sunulan hizmetleri kullanan müşterilerin önemli miktarının Fransız olması;
- c. sunulan hizmetlerin Fransa'da kullanılmak üzere uyarlanmış hizmetler olması;
- d. Fransız müşteriler tarafından yaratılan önemli ölçüde internet trafiği;
- e. Fransa'da kullanım miktarı ve tabanın sahibi olan yabancı şirketin başka bir şirkete yaptığı ödemeler arasında ilişki;

şartlarının sağlanması halinde internet sitesi, uygulama ya da benzeri dijital tabanlar aşağıdaki şartları sağlamak koşulu ile önemli dijital varlık sayılacağı belirtilmekteydi.

22 Aralık 2016'da 250 milletvekilinin imzası ile 2017 yılının Bütçe Kanununun 78. maddesinin Anayasaya aykırılığı iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvuruldu. Anayasa'ya aykırılık iddiası söz konusu maddenin Genel Vergi Kodu'na 209 C maddesinde yapılmasını öngördüğü değişiklik ile ilgiliydi. Buna göre, idarenin bir vergi incelemesi sırasında hangi mükelleflerin bu vergiye tabi olacağına karar verebilecekti. Bu hükmün uygulanması halinde vergi idaresinin yasal ya da iş merkezi Fransa

³² <http://paris.tribunal-administratif.fr/content/download/105623/1058618/version/1/file/1505113%20RS.pdf> ; <http://paris.tribunal-administratif.fr/content/download/105626/1058627/version/1/file/1505178%20IS.pdf> ; <http://paris.tribunal-administratif.fr/Actualites-du-Tribunal/Communiqués-de-presse/La-société-irlandaise-Google-Ireland-Limited-GIL-n-est-pas-imposable-en-France-sur-la-période-de-2005-a-2010>; s.e.t.12.5.2019
YUHFD Cilt. XVI No.2 (2019)

dışında bir ülkede bulunan kurumlardan hangisinin vergiye tabi olacağını belirlenmesinde takdir hakkı söz konusu olacaktır. Oysa, Fransız Anayasasının 34. maddesi hükmüne göre her türlü verginin matrah, oran ve tahsil usulü kanunla belirlenebilir. Bu maddeye karşın, mükellefiyet tesisini idarenin kararına bağlanmasını Anayasaya aykırılık teşkil ettiğine karar veren Anayasa mahkemesi yasamanın vergi mükellefiyeti ve matraha dair temel unsurlara ilişkin kendi yetkisini yanlış değerlendirdiğine hükmederek³³, negatif yetkisizlik gerekçesiyle maddenin ilgili fıkrasını anayasaya aykırı buldu.³⁴

Bunun sonucunda, vergiye tabi mükelleflerin tespitini idareye bırakan fıkra, hükmün bütününe etkilediği için bütün madde iptal edilmiş oldu.³⁵ Böylece, dijital ekonominin devlerini vergilendirmeye yönelik ilk teşebbüs 29 Aralık 2016 tarihinde sonuçsuz kalmış oldu.

B. 2019 Yılında Getirilen Dijital Hizmet Vergisi “GAFA Vergisi”

Dijital hizmetlerin Avrupa Birliği bünyesinde ortak bir vergiye tabi tutulamayacağı anlaşılınca, bu konuda önemli çaba sarf etmiş olan Fransa tek taraflı olarak bir dijital hizmet vergisi getireceğini, bunun diğer ülkelere de örnek olması ümidiyle, açıkladı³⁶. Avrupa Birliğinin ortak yönergesinin yirmi yediye karşı dört ülke tarafından reddedilmesinin ardından DHV Kanun tasarısı 6 Mart 2019 tarihinde Meclise sunuldu.

Avrupa Birliği yönergesi ile dijital hizmet vergisi tesis edilebilseydi yıllık olarak toplamda 5 milyar; sadece Fransa için ise 500 milyon Avro gelir elde edilmesi beklenmekteydi.³⁷

Dijital devleri vergilemeyi amaçlayan bu yasa reklam gelirlerini ve reklam amaçlı olarak kişisel verilerin satılmasını hedefe koymaktadır. Vergilendirilmesi beklenen şirketler, aralarında Airbnb, Microsoft, Netflix, Uber, Booking ve Ebay’in de bulunduğu otuz civarı dijital dünyanın tanınmış isimlerinden oluşmaktadır³⁸.

³³ Fransız Anayasa Mahkemesinin 2016-744 DC sayılı 29 Aralık 2016 tarihli kararı; JORF n° 0303, 30 Aralık 2016 , https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriConst.do;jsessionid=28E6BA226CE824A02CFE7566CC8D2B76.tpdila17v_3?oldAction=rechJuriConst&idTexte=CONSTEXT000033738662&fastReqId=54761770&fastPos=10

³⁴ OLIVA Eric *in* GAIA P., OLIVA E. FAURE C., BERNARD C., “Jurisprudence du Conseil constitutionnel, *Revue française de droit constitutionnel* 2017/2 (N° 110), ss. 465-518, s. 479

³⁵ *ibid*

³⁶ COUSTET, a.g.e.

³⁷ PANDO

³⁸ COUSTET, a.g.e.

Yasa ile belirlenen şirketlerin 1 Ocak 2019'dan itibaren “Fransa’da elde ettikleri” kazançlarından yüzde 3’ü oranında vergi alınması öngörülmektedir. Şirket merkezleri her nerede olursa olsun, yıllık olarak dünya çapında 750 milyon Avro ve Fransa’da 25 milyon Avro kazanç sınırını geçtikleri takdirde bu vergiye tabi olacaklardır. Vergi kapsamında verilen hizmetler ise elektronik iletişim yolu ile kullanıcıların özellikle mal teslimi ya da hizmet ifasında bulunmak amacıyla birbirleri ile irtibata geçmesini sağlamak; bir dijital arayüzün kullanıcılarına, kullanıcının kendi faaliyeti ile sağladığı verilerden oluşan hedef reklamlar sunmak; dijital arayüzlerin kullanıcılarına ait verilerin iletilmesi hizmetleridir.

Dijital hizmet vergisi kullanıcıların katılımını, başka bir deyişle “karşılıksız katkısı” ile yaratılan değeri de kavramayı amaçlamaktadır. Bu sebeple matrah Fransa’da bulunan kullanıcıların belli bir oranına dayanılarak tespit edilecektir. Mamafih, bu kullanıcıların Fransa’da bulduklarının tespit edilmesi verginin uygulamasının en karmaşık yönlerinden birini oluşturmaktadır. Meclis, tarafından tasarı önüne gönderdikten sonra Senato, 26 Haziran 2019 tarihli Raporunda bu karmaşık soruna dikkat çekmiştir.³⁹

Senato metine sınırlı değişiklikler getirerek, açıklamalarla birlikte tekrar Meclis’in onayına göndermiştir. Senato’nun metne ilişkin açıklamaları daha adil bir kurumlar vergisi sistemi sağlamak ve aynı zamanda dijital ekonomiyi destekleme amacının altını çizmektedir.

Kanun tasarısında dijital ekonominin devlerini vergilemeye yönelik dijital hizmet vergisi 2021 yılına kadar öngörülmüştür. Kanun tasarısının gerekçesi 2021 yılına kadar çok taraflı bir çözüm bulunacağına duyulan inanç olmakla beraber, Senato bu kısıtlamanın sürdürülecek olan uluslararası pazarlıklara zarar verme tehlikesine dikkat çekerek, bunun aksine bir dinamizm katması beklentisi ile vergiye ilişkin süre sınırını kaldırmıştır.⁴⁰

³⁹ GIRAUD Joel, de MONTGOLFIER Alberic (2019, Haziran 26) “Rapport fait au nom de la commission mixte paritaire”, [www2.assemblee-nationale.fr/documents/notice/15/rapports/r2080/\(index\)/rapports](http://www2.assemblee-nationale.fr/documents/notice/15/rapports/r2080/(index)/rapports)

⁴⁰ Fransa tarafından getirilen DHV başka ülkeler için de örnek teşkil edebilir ve tekil çözüm arayışları artabilir. Bu ihtimal ortak bir çözüme yönelik süreci hızlandırıcı etki yaratabilir, zira bu tür tekil çözümlerin tek pazara zarar vermesi hatta sorunu daha karmaşık hale getirmesi mümkün görünmektedir; European Commission, Commission Staff Working Document Impact Assessment, Brussels, 21.3.2018, s.7, https://ec.europa.eu/taxation_customs/sites/taxation/files/fair_taxation_digital_economy_ia_21032018.pdf

Senato raporunda altı özellikle çizilen husus, bu verginin amacının ne kurumların gerçek gelirini kavramayan bir vergilemeye yol açmak ne de kar etmeyen kurumlara fazladan vergi yükü getiremek ne de Fransa’da elde ettiği gelir üzerinden vergisini ödeyen kurumları ekonomik anlamda bir çifte vergilendirmeye maruz bırakmak olduğudur. Bu vergi kurumlar vergisi matrahında aşınma yaratılmasına karşı getirilmiştir. Bu nedenle henüz kar elde etmeyen kurumları korumak adına bir indirim sistemi de öngörülmüştür. Esasen, uygulanacak olan dijital hizmet vergisinin net geliri değil de hasılatı vergilemesi sebebiyle “ekonomik anlamda ideal bir vergi” olmadığı kabul edilmektedir.⁴¹ Senato raporu, bu konuda diğer ülkelerle ortak bir karara varılana kadar, geçici bir çözüm olarak bu verginin getirildiğini hatırlatmaktadır.

Dijital hizmet vergisi 11 Temmuz 2019 tarihinde kabul edilmiştir⁴² ve Fransa dijital ekonomiden elde edilen gelirleri vergileyen ilk ülkeler arasına girmiştir.

C. Dijital Hizmet Vergisine Yönelik Eleştiriler

Dijital hizmet vergisi uygulaması özellikle temel özgürlüklerin ihlali açısından Avrupa Birliği müktesebatı karşısında bazı tartışmalara sebep olabilir. Nitekim, Birleşik Krallık tarafından getirilen DPT için de bahse konu olduğu gibi, uygulama ve oranı çok farklı olsa da, dijital hizmetlere yönelik bu verginin de temel özgürlüklere ilişkin ilkelere ve ABAD içtihatlarına uygun olması aranacaktır.

Birleşik Krallık tarafından getirilen verginin AB normlarına uyum meselesi hem verginin temel niteliklerindeki farklılık hem de Brexit süreci nedeniyle diğer Avrupa Birliği üye ülkelerinin tek taraflı çözümlerine göre farklı bir çizgide gerçekleşecektir. Bununla birlikte, söz konusu verginin AB müktesebatı ile çelişebileceği durumların var olduğu ileri sürülebilecektir.⁴³

Fransa’nın dijital hizmet vergisi de, ilk bakışta, vergi kaybının önlenmesi, vergi matrahının aşındırılması, agresif vergi planlamasının engellenmesi gibi Avrupa Birliği tarafından korunmak istenen menfaatlere yöneliktir. Ancak, üye Ülkeler tarafından olumlu bir amaçla getirilmiş de olsalar, bu tür düzenlemeler Avrupa Birliğinin temel kriterlerine ve ayrımcılık yasağına aykırı olamazlar.

⁴¹ GIRAUD Joel, de MONTGOLFIER Alberic, a.g.e.

⁴² http://www.senat.fr/espace_presse/actualites/201904/creation_dune_taxe_sur_les_service_s_numeriques.html; s.e.t. 11.07.2019.

⁴³ CUSSONS, a.g.e.

Bu kriterleri niteleyen temel içtihatlardan biri olan *Cadbury Schweppes* kararı⁴⁴ serbest dolaşma ve yerleşme özgürlüğü kapsamında değerlendirilerek, söz konusu özgürlükleri kısıtlamaya yönelik tedbirlerin ancak o ülkenin mevzuatını dolanmaya yönelik yapay düzenlemeler karşısında kabul edilebileceği ortaya konmuştur. Yapay ve vergi yükünü hafifletmeyi amaçlayan düzenlemeler vergiden kaçınma anlamına geleceği için *Cadbury Schweppes* kararı ile bir ölçüt getirilmiştir. Yerleşik ve yerleşik olmayan kişiler arasında ayrımcılık yapan düzenlemeler ancak tamamen yapay düzenlemelerin varlığı karşısında geçerli kabul edilecektir. Mamafih dijital hizmetler açısından bu ölçütün yerine getirilme ihtimali düşüktür.⁴⁵ *Cadbury Schweppes* kararında Adalet Divanı, yavru şirketin sadece ana şirkete göre daha avantajlı vergi rejimi sunan bir üye ülkede kurulmuş olması sebebiyle doğan vergi avantajlarının, ana şirketin bulunduğu ülkede daha ağır bir vergilemeye tabi tutulması yolu ile ortadan kaldırılamayacağı hususunun oturmuş bir içtihat olduğunu ifade etmektedir.⁴⁶ Bu ifadeden çıkarılacak sonuç, tamamen yapay düzenlemeler söz konusu olmadığı sürece, vergi kaybını önlemeye yönelik önlemlerin AB müktesebatı ile uyumu tartışmalı olacaktır.

Dijital hizmet vergisine bakıldığında verginin çok yüksek hasıllata sahip şirketleri hedef aldığı görülmektedir. Düzenleme lafzı itibari ile objektif kriterler getirmiş olsa da, bu kadar büyük ciroya sahip teşebbüslerin sayısı ve kim oldukları bellidir. Esasen, bu vergi ile Fransa başka ülkelerde yavru şirketler vasıtası ile faaliyet gösteren Fransız şirketlerini değil, Amerikan kökenli şirketleri vergilendirecektir. Bu düzenlemenin Avrupa Birliği kapsamında ayrımcılık yasağını ihlal ettiğini söylemek mümkün değil gibi gözükse de, bu Amerikan şirketlerinin faaliyetleri Avrupa ülkelerinde kurulu yavru şirketler vasıtası ile gerçekleştirilmektedir.⁴⁷

Verginin hedeflediği kesimin büyük hasılat elde eden şirketler olması Avrupa Birliği kapsamında *devlet yardımı* sorununu da gündeme getirebilir. Bir üye ülke tarafından veya ülke kaynakları kullanılması suretiyle belli

⁴⁴C-196/04, *Cadbury Schweppes Overseas Ltd vs Commissioners of Inland Revenue*, curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=63874&doclang=EN

⁴⁵ MASON Ruth, PARADA Leopoldo, s. 1195

⁴⁶ C-196/04, *Cadbury Schweppes Overseas Ltd vs Comissioners of Inland Revenue*, Paragraf 49, <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=63874&doclang=EN>, s.e.t. 17.5.2019.

⁴⁷ MASON Ruth, PARADA Leopoldo, s. 1186; MASON Ruth (2018, Kasım 5). “A Political-Process Defense of Deference to EU Directives”, Virginia Law and Economics Research Paper No. 2018-17, <https://ssrn.com/abstract=3279008>, s.e.t. 17.05.2019.

teşebbüslerin kayırılması ve rekabeti bozucu etki yaratılması ve üye ülkeler arasındaki ticaretin etkilenmesi devlet yardımı olarak adlandırılabilir ve engellenecektir.

Dijital hizmet vergisi mükellefleri büyüklüklerine, sektöre ve örtülü de olsa milliyetine göre belirlemeleri nedeniyle devlet yardımı olarak adlandırılabilir ve kısıtlanabilir. Gerçekten de dijital hizmet vergisine bakıldığında mükellefiyeti belirleyen unsurlar hasılat ve işlem hacmine yönelik olup, yabancılık unsuru belirleyiciler arasında yer almamaktadır ancak mükellefiyet kriterlerini yerine getiren bütün teşebbüsler Amerikan menşelidir. Bu örtülü ayrımcılığın dikkatlerden kaçtığını söylemek doğru olmaz; zira Avrupa Komisyonu tarafından yakın zamanda Polonya'nın uyguladığı bir işlem vergisi devlet yardımı teşkil ettiği ileri sürülerek incelenmiş⁴⁸ ancak Avrupa Birliği Genel mahkemesi Komisyonun durumun devlet yardımı teşkil ettiğine dair kararını 16 Mayıs 2019 tarihinde iptal etmiştir.⁴⁹ Genel Mahkeme'ye göre, yüksek hasılat eşiğine yönelik vergilemenin , sadece o faaliyet belli bir eşığa ulaştığında vergiye konu ediyor olmakla seçici bir avantaj yarattığı ileri sürülemez.

13 Haziran 2019 tarihinde İngiliz telekomünikasyon devi Vodafone'un Macaristan'da katma değer vergisi benzeri başka bir işlem vergisine tabi tutulmasına ilişkin Vodafone Magyarország C-75/18 sayılı davada hukuk sözcüsü Juliane Kokott görüşünü açıklamıştır. Hukuk sözcüsü Kokott, yabancı sermayeli bir teşebbüs olan mükellefleri üzerine yüklenen telekomünikasyon vergisinin temel özgürlüklerden olan yerleşme özgürlüğünü ihlal etmediğine; devlet yardımlarının yasak olmasının bir üye devletin esas olarak yabancı sermaye ile kurulu teşebbüsleri etkileyen artan hasılat temelli vergileme yapmasını engellemeyeceğine ve yeni bir işlem vergisi ihdas eden Macar yasasının KDV direktifine aykırı olmadığı yolunda görüşünü bildirdi.⁵⁰

Görüldüğü üzere yakın tarihteki gelişmeler dijital hizmet vergilerinin Avrupa Birliği müktesabatına uygunluğu konusunda olumlu bir başlangıç

⁴⁸ MASON Ruth, PARADA Leopoldo, s. 1191

⁴⁹ T-836/16 ve T-624/17 Joined Cases *Polond vs Commission.*, <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=T-836/16>, 18.5.2019.; PARADA Leopoldo (2019, Mayıs 17). "EU loss in Polish State aid case may be a win for digital services tax", <https://mnetax.com/eu-loss-in-polish-state-aid-case-may-be-a-win-for-digital-services-tax-33847>, s.e.t. 18.5.2019

⁵⁰ C-75/18, *Opinion of Advocate General Kokott delivered on 13 June 2109*, <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=214959&pageIndex=0&dclang=EN&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=9745343> s.e.t. 19.06.2029;

yapılacağı izlenimi yaratmaktadır. Bununla beraber, sürecin iyi gözlenmesi gerekmektedir. Kanun tasarısı Senatonun önünde değerlendirilirken, Genel Vergi Kodu madde 299’da düzenlenen dijital hizmet vergisinin ABIT madde 108 üçüncü paragrafa uygunluğunun Avrupa Komisyonuna bildirilmemesi halinde Hükümetin bu bildirim eksikliğinin gerekçesini Parlamenteoya bir rapor olarak sunması gerekeceği hükmü eklenmiştir. Bu hüküm dahi, dijital hizmet vergisinin AB uyumu konusuna ne kadar önem verildiğini göstermektedir.

Dijital hizmet vergisine ilişkin daha genel anlamda eleştiriler getirebilmek de mümkündür. Gelirin elde edildiği yerin tespitinin kullanıcıların IP adreslerinden tespit edilmesi hususu dijital hizmet vergisine ilişkin Kanunun görüşülmesi sırasında Fransız Senatosunda da tartışılmış, uyuşmazlıklara açık olduğu tespit edilmiş ve ve Fransız Danıştay’ının bu konu ile ilgili tüzüğüne bırakılmıştır. IP adreslerinin VPN kullanılarak olduğundan farklı yerlerde gösterilmesinin ne kadar basit olduğu düşünüldüğünde Fransa’da elde edilen kazancın gerçek miktarını tespit etmeye yönelik uygun bir tercih olduğu hususu tartışmalı görünmektedir. Bununla birlikte, “IP adresi ya da herhangi başka bir yöntemle” tespit edilmesi öngörülse de başka yöntem konusunda hiç bir açıklık yoktur⁵¹. Oysa, Dijital ekonominin işleyişinde internet üzerinden yapılan faaliyetlerin belli ödeme araçları ile gerçekleştirilebildiği düşünüldüğünde, yanıltıcı olabilme ihtimali yüksek olan IP adresine göre kullanıcı yerinin tespiti yerine, ödeme aracına bağlı, ödemeye aracılık edenlerden bilgi alınmasına ilişkin düzenlemelere dayalı bir tespit daha sağlıklı olabilir. Bu düzenlemenin de Kanunun uygulamaya başlaması itibari ile hazır olması uygulama sorunlarının en aza indirilmesi açısından yerinde olacağı tabiidir.

Son olarak, Dijital hizmet vergisi işlem hacmi üzerinden alınacaktır. İşlemler üzerinden alınan vergiler dolaylı vergilerdir ve gerçek geliri kavrama şansı yoktur. Çifte vergilendirmenin önlenmesi çok zor olduğu gibi, verginin yükünün tüketicilere yansıtılması da ihtimal dahilindedir. Bugünkü hali ile, dijital ekonomiyi vergilendirme konusunda öncülük yapacak bu verginin adil bir vergilendirmeyi sağlayacağı konusu tartışmalıdır ve geçici bir önlem olarak getirildiği söylenen bu verginin, ortak bir adım atılmasını hızlandırıp hızlandıramayacağı ve uygulamasına bağlı olarak ne kadar verim alınacağı zaman içinde anlaşılacaktır.

Nihayet, Fransız Parlamentosu tarafından kabul edilmeden hemen önce Amerika Birleşik Devletleri Ticaret temsilciliği Fransız DHV hakkında

inceleme başlattığını açıkladı.⁵² ABD Ticaret Temsilciliği bu verginin adil olmayan bir şekilde Amerikan menşeli dijital şirketlerine yöneldiğini ve bu hususun ayrımcılık yaratma ve ABD ekonomisi üzerine ek yük getirme olasılıklarının inceleneceğini bildirdi. OECD nezdinde ortak bir çözüm arayışına destek vermeye devam edecekleri ifadesinin de yer aldığı bu açıklamanın, DHV uygulaması üzerinde etkisi ilerleyen günlerde görülecektir.

SONUÇ

Dijital ekonomi gittikçe büyürken ülkelerin vergi gelirlerine olması gerektiği kadar adil bir katkı yapmadığı endişesi de büyümektedir. Dijital ekonomi ve vergi kurallarını iki taraf içinde adil bir temele oturtmak için henüz zaman var gibi durmaktadır. Çok taraflı, ortak bir sistemin kabul edilmesi ne kadar zorluklar ihtiva ediyorsa, tek taraflı çözümlerin uygulaması da bir o kadar zordur.

Fransa'nın getirdiği dijital hizmet vergisi, kusurları baştan kabul edilerek hayata başlamıştır. Mamafih, ancak uygulanması sırasında bu kusurların nelere yol açacağı görülecektir. Vergiye yönelik; mali güce göre adil vergi olmadığı endişesi bir yana, kullanıcıların yerlerinin tespiti gibi teknik olarak karmaşık yönleri de bulunmaktadır. Bunların yanı sıra, matrah aşınmasına karşı getirilen verginin, beklenen geliri sağlayıp sağlamayacağı görülecektir; yine de vergi gelirinün ülke ekonomisine faydadan çok zararı dokunmaması gerekir. Dijital ekonominin gelişiminin desteklendiği ve cazibesini kaybettirmeyen bir vergileme rejimi ideal olacaktır.⁵³ Global olarak kabul edilerek uygulanacak çok taraflı çözümler bulunana değin, tek taraflı vergileme modellerinin de gelişim göstermesi gerektiği açıktır.

KAYNAKÇA

ALOMAR Bruno (2018). “Que peuvent les États et les organisations internationales face aux GAFAs” *Revue International et Stratégique*, 2018/2 N° 110, ss. 133-139, <https://doi.org/10.3917/ris.110.0133> , s.e.t. 10.5.2019

COUSTET Thomas (2019, Mart 12). “Taxe GAFAs”: La France veut donner l'exemple, *Dalloz Actualité*, <http://bit.ly/2V65Sgx> , s.e.t. 1.5.2019

⁵²<https://ustr.gov/about-us/policy-offices/press-office/press-releases/2019/july/ustr-announces-initiation-section-301>, s.e.t. 10.7.2019.

⁵³ COUSTET, a.g.e.

- CUSSONS Peter (2015, Ocak 15). “The new diverted profits and EU/international law, including BEPS”, <https://www.taxjournal.com/articles/new-diverted-profits-and-eu-international-law-including-beps-15012015>; s.e.t.
- GAIA P., OLIVA E., FAURE C., BERNARD C., (2017 Şubat) “Jurisprudence du Conseil constitutionnel, Revue française de droit constitutionnel 2017/2 (N° 110), ss. 465-518
- GIRAUD Joel; de MONTGOLFIER Alberic (2019, Haziran 26). “Rapport fait au nom de la commission mixte paritaire”, [www2.assembleenationale.fr/documents/notice/15/rapports/r2080/\(index\)/rapports](http://www2.assembleenationale.fr/documents/notice/15/rapports/r2080/(index)/rapports)
- HONGLER Peter, PISTONE Pascale (2015, Ocak 20). “Blueprints for a New PE Nexus to Tax Business Income in the Era of Digital Economy” IBFD Working paper
- HUGHES Liz (2018, Ağustos 1). “What the UK’s new transfer pricing and diverted profits tax statistics tell us”, <https://mnetax.com/what-the-uks-new-transfer-pricing-and-diverted-profits-statistics-tell-us-28888>. s.e.t.17.5.2019
- İŞİK Hüseyin (2018). “Dijital Ekonominin Vergi Hukukundaki İşyeri Kavramına Etkileri”, Vergi Sorunları Dergisi, Mayıs 2018, Sayı 356, <http://www.vergisorunlari.com.tr/makale/dijital-ekonominin-vergi-hukukundaki-isyeri-kavramina-etkileri/8638>, s.e.t. 14.5.2019
- MARQUES Nicolas (2019 Mart). “La Taxation Française Des Services Numériques: Un Constat Errone, des Effets Pervers”, Institut Economique Molinari, https://www.institutmolinari.org/IMG/pdf/etude-gafa-2019_fr.pdf,
- MASON Ruth (2018, Kasım 5). “A Political-Process Defense of Deference to EU Directives”, Virginia Law and Economics Research Paper No. 2018-17, <https://ssrn.com/abstract=3279008>, s.e.t. 17.05.2019.
- MASON Ruth, PARADA Leopoldo (2018, Aralık 17). “Digital Battlefield in the Tax Wars” Tax Notes International, vol.92, ss.1183 -1197.
- PANDO Annabelle (2019, Nisan 9). “Le défi de taxation des GAFA” Petites affiches, n°071,
- PARADA Leopoldo (2019, Mayıs 17). “EU loss in Polish State aid case may be a win for digital services tax”, <https://mnetax.com/eu-loss-in-polish-state-aid-case-may-be-a-win-for-digital-services-tax-33847>
- RENOUX Vincent, BERNARD Simon (2017, Eylül 28). “Quelle imposition des revenus de l'économie numérique” Revue de droit fiscal n° 39, ss.477.

RUSSEL Roger (2015, Mayıs 1). “Countries versus companies; An OECD initiative on tax evasion is causing ripples around the world” Accounting Today, Vol. 29 No.5, <http://www.webcpa.com/>

USLU Yasin (2017). “Dijital Ekonomide Vergisel Problemler”, Vergi Dünyası Dergisi, Yıl 37, Sayı 436, Aralık, ss. 148-154.

Raporlar

“Commission Staff Working Document Impact Assessment, European Commission” (2018, Mart 21). Brussels, 21.3.2018, https://ec.europa.eu/taxation_customs/sites/taxation/files/fair_taxation_digital_economy_ia_21032018.pdf

“Création d’une taxe sur les services numériques” (2019, Temmuz 11), http://www.senat.fr/espace_presse/actualites/201904/creation_dune_taxe_sur_les_services_numeriques.html, s.e.t. 11.7.2019.

“Programme of work to develop a consensus solution to the tax challenges arising from the digitalisation” OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS, (2019, Mayıs), s.18-25. <https://www.oecd.org/tax/beps/programme-of-work-to-develop-a-consensus-solution-to-the-tax-challenges-arising-from-the-digitalisation-of-the-economy.pdf>, s.e.t 27.6.2019.

“Proposal for a council directive on the common system of a digital services tax on revenues resulting from the provision of certain digital services” (2018, Mart 3) COM (2018) 148 final (EU DST proposal), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=COM:2018:148:FIN>, s.e.t. 19.6.2018.

“Tax and digitalisation” (2019, Mart). <https://www.oecd.org/going-digital/tax-and-digitalisation.pdf>, s.e.t. 4.7.2019.

İnternet siteleri

“EU lost up to 5.4 billion euros in tax revenues from Google, Facebook” (2013, Eylül 7). <https://www.reuters.com/article/us-eu-tax-digital/eu-lost-up-to-5-4-billion-euros-in-tax-revenues-from-google-facebook-report-idUSKCN1BO226>, s.e.t. 10.5.29.

“La justice annule le redressement fiscale de Google en France”, (2017, Temmuz 12). <http://www.lefigaro.fr/secteur/high-tech/2017/07/12/32001-20170712ARTFIG00246-la-justice-annule-le-redressement-fiscal-de-google-en-france.php>, s.e.t 10.5.2019

“Les Gafa paient moitié moins d’impôt que les autres selon la commission” (2017, Eylül 29). https://www.challenges.fr/high-tech/internet/les-gafa-paient-moitie-moins-d-impots-que-les-autres-selon-la-commission-europeenne_500844

- “Nordic countries oppose EU plans for digital tax on firms’ turnover” (2018, Haziran 1). (<https://www.reuters.com/article/us-eu-digital-tax/nordic-countries-oppose-eu-plans-for-digital-tax-on-firms-turnover-idUSKCN1IW337>, s.e.t. 21.05.2019)
- “Spain sends bill on Digital Services Tax to Parliament for Approval” (2019, Ocak 29). <https://www.ey.com/gl/en/services/tax/international-tax/alert--spain-sends-bill-on-digital-services-tax-to-parliament-for-approval> , s.e.t. 27.6.2019.
- “USTR announces initiation of Section 301 investigation into France’s Digital Services Tax” (2019, Temmuz 10). <https://ustr.gov/about-us/policy-offices/press-office/press-releases/2019/july/ustr-announces-initiation-section-301>, s.e.t. 10.7.2019.
- “2019 Budgetary Plan and Quarterly Reporting, Kingdom of Spain” (2018, Ekim 5). <http://www.hacienda.gob.es/CDI/EstrategiaPoliticaFiscal/2019/BudgetaryPlan2019.pdf> , s.e.t.27.6.2029.

Kararlar

- CC N°2016-744 29 Aralık 2016 JORF n°0303 30 Aralık 2016, legifrance.gouv.fr
- C-75/18, *Opinion of Advocate General Kokott* 13 June 2109, curia.europa.eu
- C-196/04, *Cadbury Schweppes Overseas Ltd vs Comissioners of Inland Revenue*, curia.europa.eu
- TA de Paris N°1505178/1-1 *Société Google Ireland Limited*, paris-tribunal-administratif.fr
- T-836/16 ve T-624/17 *Joined Cases Polond vs Commission*, curia.europa.eu

**# YÜKSEKÖĞRETİM PERSONELİ DİSİPLİN HUKUKUNA
UYGULANACAK USULE İLİŞKİN DEĞERLENDİRME**
(DISCIPLINE LAW FOR HIGHER EDUCATION PERSONNEL)

Mehmet Sercan Ercan * **

ÖZ

Yükseköğretim personelinin tabi olduğu hukuki rejim ve bunların disiplin işlemlerinin hangi usule tabi olduğu tartışma konusudur. Anayasamızda kamu görevlilerini düzenleyen bir hüküm olmasına rağmen yükseköğretim kurumu ve bu kurumda çalışan personel başka bir madde ile düzenlenmiştir. Anayasamıza göre yükseköğretim personelinin disiplin işleri ancak kanunla düzenlenebilir. Anayasa hükmü bu kadar açıkken 2016 yılında YÖK personelinin disiplin işlerine ilişkin kanun maddesi değiştirilmiş, disiplin kurallarının YÖK tarafından belirlenecek denmiştir. Bu durum birtakım belirsizliklere yol açmıştır. Bu çalışmada bu değişiklik ve sonrasında yapılan düzenlemeler açıklanacaktır.

Anahtar Kelimeler: *YÖK Disiplin Hukuku, İdari Usuller, YÖK Personeli Hukuku*

ABSTRACT

The legal regime subject to higher education personnel is the subject of debate. In our constitution, although there is a provision regulating public officials, the staff of higher education council are regulated by another article. According to our constitution, the discipline rules of higher education personnel are regulated only by law. In 2016, the law on the disciplinary affairs of YOK staff was changed, and the discipline rules were determined by YOK. This situation pave way to some uncertainties. In this study, this amendment and the subsequent arrangements will be explained.

Key Words: *YOK Disciplinary Law, Administrative Procedures, YOK Personnel Law*

Eserin Dergimize geliş tarihi: 19.04.2019. İlk hakem raporu tarihi: : 16.05.2019. İkinci hakem raporu tarihi: 22.05.2019. Onaylanma Tarihi: 17.06.2019.

* Hitit Üniversitesi Sosyal Bilimler Meslek Yüksekokulu Hukuk Bölümü, Öğretim Görevlisi.

** ORCID: 0000-0002-5098-2271.

Esere Atıf Şekli: Mehmet Sercan Ercan, “Yükseköğretim Personeli Disiplin Hukukuna Uygulanacak Usule İlişkin Değerlendirme”, YÜHFD, C.XVI, 2019/2, s.55-71.

GİRİŞ

Yükseköğretim kurumları personellerinin disiplin işlerinin nasıl yürütüleceğine ilişkin ciddi tartışmalar ve belirsizlikler vardır. Anayasa Mahkemesi'nin 14.01.2015 tarihinde vermiş olduğu 2547 sayılı kanunun 53. maddenin b fıkrasının ikinci cümlesinin iptali kararından sonra yaklaşık iki yıl boyunca yasama organı tarafından yükseköğretim personelinin disiplin işlerine ilişkin bir düzenleme yapılmamış ve bu durum beraberinde bir takım hukuki problemleri getirmiştir. Nihayet 02.12.2016 tarihinde 2547 sayılı kanunda değişiklikler ve eklemeler yapılarak disiplin ve ceza işleri düzenlenmiştir. Bu çalışma evvela yükseköğretim personelinin disiplin işlerine ilişkin hukuki durumu Anayasa Mahkemesi'nin vermiş olduğu iptal kararından başlayarak incelemekte, ardından da mevcut durumu söz konusu olan ya da olabilecek olan aksaklık ve eksikliklerle birlikte izah edip değerlendirmektedir.

YÖK Disiplin Hukuku: Mevcut Duruma Kadar Olan Süreç

Yükseköğretim kurumlarının özerkliği ve bilim özgürlüğü ehemmiyeti sebebiyle Anayasamızda özel olarak düzenlenmiştir. Anayasamızın 128. maddesi kamu görevlileriyle ilgili genel hükümleri düzenlerken 130. madde ile yükseköğretim kurumlarına ve bu kurumlarda çalışan personele ilişkin ayrıca bir düzenleme yapılmıştır. Esasında kamu görevlisi olan yükseköğretim personelinin anayasada ayrı bir maddede düzenlenmesi de hukuk düzenimizin yükseköğretim kurumlarına ve personeline verdiği önemi göstermektedir. Anayasa'ya göre “öğretim elemanlarının..., disiplin ve ceza işleri,..., öğretim elemanlarının uyacakları koşullar,... kanunla düzenlenir.”¹.

2547 sayılı Yükseköğretim Kanununun 53.maddesi öğretim elemanlarının disiplin işlerini düzenlemektedir. Bu maddenin b bendi ise

¹ Anayasa m.130 “...Yükseköğretim kurumlarının kuruluşu ve organları ile işleyişleri ve bunların seçimleri, görev, yetki ve sorumlulukları üniversiteler üzerinde Devletin gözetim ve denetim hakkını kullanma usulleri, öğretim elemanlarının görevleri, unvanları, atama, yükselme ve emeklilikleri, öğretim elemanı yetiştirme, üniversitelerin ve öğretim elemanlarının kamu kuruluşları ve diğer kurumlar ile ilişkileri, öğretim düzeyleri ve süreleri, yükseköğretime giriş, devam ve alınacak harçlar, Devletin yapacağı yardımlar ile ilgili ilkeler, disiplin ve ceza işleri, mali işler, özlük hakları, öğretim elemanlarının uyacakları koşullar, üniversitelerarası ihtiyaçlara göre öğretim elemanlarının görevlendirilmesi, öğrenimin ve öğretimin hürriyet ve teminat içinde ve çağdaş bilim ve teknoloji gereklerine göre yürütülmesi, Yükseköğretim kuruluna ve üniversitelere Devletin sağladığı mali kaynakların kullanılması kanunla düzenlenir...”.

öğretim elemanlarına uygulanacak disiplin suç ve cezalarına ilişkindir. 01.03.2014 tarihli ve 6528 sayılı kanunla bu bent değişmiştir:

53/b. **(Değişik: 1/3/2014 - 6528/7 md.)** Öğretim elemanları, memur ve diğer personele uygulanabilecek disiplin cezaları uyarma, kınama, yönetim görevinden ayırma, aylıktan kesme, kademe ilerlemesinin durdurulması, üniversite öğretim mesleğinden çıkarma ve kamu görevinden çıkarma cezalarıdır. Hangi fiillere hangi disiplin cezasının uygulanacağı, bu bentte sayılan kişilerin disiplin işlemleri ve disiplin amirlerinin yetkileri, Devlet memurlarına uygulanan usul ve esaslar da göz önüne alınmak suretiyle Yükseköğretim Kurulunca düzenlenir.

Anayasa Mahkemesinin İptal Kararı

Maddenin bu halinde suç ve cezalar tanımlanmamış ve Yükseköğretim Kurulu'na suç ve cezaları belirleme yetkisi verilmişti. Bu durum suç ve cezanın kanuniliği ilkesine açıkça aykırılık teşkil etmekteydi². Nitekim Anayasa Mahkemesi de 14.01.2015 tarih esas 2014/100, karar 2015/6 sayılı kararı ile 53. maddenin b fıkrasının ikinci cümlesini Anayasa'ya aykırı bularak iptal etmiştir. Anayasa'da ve hukuk sistemimizde idari cezalar ile adli cezalar arasında bir ayırım yapılmadığından disiplin cezaları da Anayasa'nın 38. maddesinde öngörülen ilkelere tabidir. Dolayısıyla bir fiile karşı ceza yaptırımını uygulanacaksa bu mutlaka kanunda yer almalı ve açıkça suç sayılmalıdır.³ Mahkeme'ye göre sadece şekil bakımından kanun olması yeterli değil, aynı zamanda içerik bakımından da kanunilik ve belirlilik ilkeleriyle öngörülen amaçları gerçekleştirmeye elverişli olmalıdır. Anayasa Mahkemesi kararında sadece suç ve cezaların tanımlanmasındaki eksikliği belirtmekle yetinmemiş "Ayrıca kuralda, disiplin cezası vermeye yetkili amir ve kurullar, disiplin cezalarının verilmesinde zamanaşımı ve karar verme süreleri, yüksek disiplin kurulunun çalışma usul ve yöntemleri, kurul kararlarına itiraz ve savunma hakkı başta olmak üzere kamu görevlilerinin hakları, cezaların tatbik edilme şekli ve disiplin cezalarının hangi hâllerde

² Çınarlı, Serkan, Yükseköğretim Kurumlarında Disiplin Soruşturması Sorunu ve Alman Disiplin Mahkemeleri Modeli Örneği, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2011, s.42.

³ Akyılmaz, Bahtiyar, Anayasal Esaslar Çerçevesinde Kamu Personeli Disiplin Hukuku Ve Uygulamadaki Sorunlar, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2002, s.6; Ekinci, Murat, Ceza Hukuku İlkeleri Açısından İdari Yaptırımlar, Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, 2017, s.25; Livanelioğlu, Ömer Asım, Memur Disiplin Hukuku, Ankara, Türk Hukuk Enstitüsü Yayınları, 2. Baskı, 2013, s.25

özlük dosyasından silinebileceği gibi konuların hiçbiri ile ilgili kanuni düzenleme bulunmamaktadır.”⁴ diyerek usul eksikliğini de vurgulamıştır.

Anayasa Mahkemesi bu iptal hükmüyle birlikte dolaylı olarak Yükseköğretim Kurumu tarafından hazırlanan “Yüksek Öğretim Kurumları Yönetici, Öğretim Elemanı ve Memurları Disiplin Yönetmeliği” de hükümsüz hale gelmiştir. Anayasa Mahkemesi bu sebeple hukuksal boşluk doğmasını engellemek amacıyla iptal hükmünün kararın Resmi Gazetede yayınlanmasından başlayarak 9 ay sonra yürürlüğe girmesine karar vermiştir.

Esasen Anayasa Mahkemesinin belirlemiş olduğu 9 aylık yürürlük süresi bu süre zarfında yasa koyucunun yeni bir düzenleme yapmasına imkân tanımak amacıyla. Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu da bu 9 aylık süre içinde vermiş olduğu bir kararda bu durumu vurgulamakta ve Anayasa Mahkemesince iptal edilmiş olan bu hükmün yargı mercileri tarafından uygulanmaması gerektiğini ifade etmektedir⁵.

Yükseköğretim Genel Kurulu’nun Kararı

Anayasa Mahkemesi’nin iptal ve Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu’nun yukarıda bahsedilen kararından sonra Yükseköğretim Genel Kurulu’nun “2547 sayılı yasanın 53.madesinin (a) bendi ile diğer maddelerinde özel olarak düzenlenen disipline dair hususlar dışında 657 sayılı kanunun disipline ilişkin hükümlerinin; her iki kanunda bulunmayan usul kuralları açısından Yüksek Öğretim Kurumları Yönetici, Öğretim Elemanı ve Memurları Disiplin Yönetmeliğinde yer alan usule ilişkin hükümlerin uygulanmasına” şeklindeki kararı üniversite rektörlerine tebliğ edilmiştir⁶.

YÖK Genel Kurulu’nun bu kararı Anayasa Mahkemesi’nin iptal kararına aykırı olduğu gerekçesi ile Danıştay’da yürütmenin durdurulması ve iptal talebiyle dava açılmış; Danıştay, Genel Kurul kararını söz konusu yönetmeliğe yapılan atıf bakımından ve 657 sayılı kanuna ilişkin kısım bakımından olmak üzere ikiye ayırarak incelemiştir⁷.

⁴Anayasa Mahkemesinin 14/1/2015 tarihli ve E:2014/100, K:2015/6 sayılı kararı <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/48959878-088a-45bc-8ad1-878dd71ec299?excludeGerekce=False&wordsOnly=False> (çevrimiçi 30.11.18).

⁵ Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, 29.04.2015 tarih, E:2013/826, K:2015/1654 sayılı kararı.

⁶ Yükseköğretim Genel Kurulunun 12.11.2015 tarih ve 2015.14.486 sayılı kararı ve Yükseköğretim Kurulu Başkanlığı’nın 30.11.2015 tarihli ve 65649 sayılı yazısı.

⁷ Danıştay Sekizinci Dairesi, 09.03.2016 tarih ve E:2016/1221 sayılı kararı.

Danıştay 8. Dairesinin YÖK Genel Kurul Kararına İlişkin Kararı

YÖK Genel Kurulu'nun usul kuralları açısından Yüksek Öğretim Kurumları Yönetici, Öğretim Elemanı ve Memurları Disiplin Yönetmeliğinin hükümlerinin uygulanması yönündeki kararına ilişkin olarak Danıştay 8. Dairesi, Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararının da vurguladığı “disipline dair usul ve esasların tümünün kanunla düzenlenmesi gerektiği” yönündeki görüşüne atıf yaparak yasal dayanaktan yoksun hale gelen yönetmeliğin uygulanmasının hukuken mümkün olmadığını belirtmiş ve bu kısım bakımından yürütmenin durdurulmasına hükmetmiştir⁸.

Danıştay 8. Dairesi 657 sayılı kanun bakımından ise 2547 sayılı kanun ile 657 sayılı kanun arasında özel kanun-genel kanun ilişkisi olduğunu, dolayısıyla 2547 sayılı kanunda hüküm bulunmayan hallerde 657 sayılı kanun hükümlerinin uygulanması gerektiğini söylemiş; disipline ilişkin konularda da özel kanunda hüküm bulunmaması halinde genel kanun olan 657 sayılı kanunun hükümlerinin uygulanacağını belirtmiştir. “Aksi düşünce mevzuata aykırı davranan yükseköğretim personeline halen yürürlükte bulunan disiplin cezalarının uygulanmaması sonucunu doğuracak, bu durum da kurumların çalışma düzeninin bozulmasına ve kuruluş amacı olan eğitim-öğretim hizmetlerinin sekteye uğramasına neden olacaktır.” diyerek Genel Kurul kararının bu kısmı bakımından yürütmenin durdurulması istemini reddetmiştir⁹.

Danıştay 8. Dairesinin Kararının Değerlendirilmesi

Benim de tamamıyla katıldığım söz konusu kararın karşı oy yazısında da belirtildiği gibi ortada hukuki boşluk olduğu tartışmasız bir gerçektir. Fakat “yasa koyucu tarafından konuya ilişkin yeni bir düzenleme yapıncaya kadar, yürütme organı veya idare makamlarının yasama organı yerine geçecek şekilde aynı konuyla ilgili ilk elden düzenleme yapabilmesi mümkün değildir.”¹⁰ Öğretim elemanlarını disiplin işlerinin YÖK tarafından düzenlenmesi açık bir yetki gaspıdır. 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun ilk maddesi kanunun kapsamını gayet açık bir şekilde belirtmiştir. Bu maddeye göre üniversiteler özel kanun hükümlerine tabidir. Devlet memurları bakımından genel bir kanun olan 657 sayılı kanunun öğretim elemanlarına uygulanabilmesi bir istisnadır. Dolayısıyla

⁸ age

⁹ age

¹⁰ Danıştay Sekizinci Dairesi 09.03.2016 tarih ve E:2016/1221 sayılı kararının karşı oy yazısı; Akyılmaz, s.7; İkinci, s.31.

üniversitelere ve personeline ilişkin özel kanunlarda 657 sayılı kanuna bir atıf bulunması halinde genel kanun olan 657 sayılı kanunun uygulanması mümkün olabilecektir. “İstisna hükümlerinin dar yorumlanacağı bilinen bir yorum ilkesidir.”¹¹ Nitekim 2547 sayılı kanunda ve 2914 sayılı Yükseköğretim Personel Kanunu’nda 657 sayılı kanuna açıkça atıfta bulunan hükümler mevcuttur. Her iki kanunda da sadece “özel” birtakım bölümlerde 657 sayılı kanuna atıflar vardır. Kanun koyucu 657 sayılı kanunu akademik personel için bir genel kanun olarak kabul etseydi kanunların bazı maddelerinde münhasıran açıkça 657 sayılı kanuna atıf yapmaz, 2547 sayılı kanunda hüküm bulunmayan tüm hallerde genel kanun olan 657 sayılı kanunun uygulanacağı yönünde bir hüküm getirirdi.

2547 sayılı kanunun 657 sayılı kanuna olan atfı özlük haklarına ilişkindir. Özlük haklarına ilişkin olan kuralın geniş yorumlanarak disiplin ve ceza işlerini de kapsayacağını düşünmek Anayasa’ya da aykırıdır. Zira Anayasa’nın 130. maddesinde yükseköğretime ilişkin kanunla düzenlenmesi gereken alanlar sayılırken özlük hakları ile disiplin ve ceza işlerinin ayrı ayrı belirtilmesinden özlük haklarının disiplin işlerini kapsamadığını anlaşılır¹².

Danıştay 8. Dairesinin ilgili kararındaki karşı oy yazısında da isabetle belirtildiği gibi öğretim elemanları ile devlet memurları farklı hukuki statülere sahip kamu personelleridir. Zira Anayasa 128. maddesinde kamu hizmetlerinin “memurlar ve diğer kamu görevlileri” eliyle görüleceği belirtilmiştir. Bu bağlamda kamu personeli devlet memurları ve diğer kamu görevlileri şeklinde iki kategoride ele alınmıştır. Öğretim elemanları da diğer kamu görevlilerindedir¹³. Dolayısıyla öğretim elemanlarını devlet memurları gibi düşünüp 657 sayılı kanuna tabi tutmak mümkün olmamalıdır.

Anayasa Mahkemesi de vermiş olduğu iptal kararında oluşabilecek hukuki boşluğu önlemek amacıyla yürürlük için dokuz aylık süreye hükmetmişti. Mahkeme şayet 657 sayılı kanunun uygulanması gerektiğini düşünseydi boşluktan söz edilemeyeceği için ayrıca yeni bir düzenleme yapılmasına imkân tanımak için süre vermezdi¹⁴.

Hülasa Danıştay 8. Dairesinin vermiş olduğu bu karar, bence, yerinde değildir. Anayasa Mahkemesinin iptal kararı yürürlüğe girdikten sonra yeni bir yasal düzenleme yapılınca kadar Yükseköğretim Personeline disiplin soruşturması yapmak ve disiplin cezası vermek mümkün olmamalıydı.

¹¹ age

¹² age

¹³ age

¹⁴ age

Kanunsuz suç ve ceza olmaz temel hukuk prensibi gereğince bu türden fiillerin müeyyidesiz kalması gerekmektedir. İlgili kararın karşı oy yazısında da isabetle belirtildiği gibi hukuk devleti için birtakım suçların cezasız kalmasından çok daha vahimi kanunsuz olarak ceza verilmesidir¹⁵.

Ayrıca, Danıştay 8. Dairesinin kararından sonra yeni bir yasal düzenlemeye yapılıncaya kadar öğretim elemanlarının disiplin işlerine ilişkin uygulanabilecek bir usul kuralı da kalmamıştır. Bu anlamda da ortada bir hukuki boşluk vardır ve bir an için 657 sayılı kanunun usul kuralları açısından uygulanabileceğini kabul etsek dahi bu durum uluslararası hukuk ve Anayasa tarafından korunan üniversite özerkliği ile bağdaşmayacaktır. Zira 657 sayılı kanunda bazı disiplin cezalarının ancak vali ya da başkaca idari makamlar tarafından verilebileceği belirtilmektedir. Özerk bir kurum olan üniversitenin öğretim elemanlarına valinin disiplin cezası verebileceğini kabul etmek açıkça Anayasal kurallara aykırıdır. Dolayısıyla disiplin cezalarına ilişkin 657 sayılı kanunun uygulanmasının hukuka uygun olduğu yönündeki Danıştay 8. Daire kararına rağmen o dönemde bir usul kuralı olmadığı için disiplin soruşturması yapmak hukuken mümkün olmamalıydı.

Meri Durum

Yasa koyucu 02.12.2016 tarihinde 2547 sayılı kanunda birtakım değişiklikler yaparak disiplin ve ceza işlerini yeniden düzenlemiş ve böylece hukuki boşluk ve muğlaklık büyük oranda giderilmiştir. Kanunun 53, 53/A, 53/B, 53/C, 53/Ç, 53/D, 53/E, 53/F, 53/G maddeleri disiplin ceza işlerini düzenlemiştir. Mevcut durumda kanun önce disiplin ve ceza işlerine ilişkin genel esasları belirlemiştir. Bu kapsamda disiplin amirleri, hangi fiillerin hangi cezayı gerektiren suçları teşkil ettiği ve ceza soruşturmasında izlenecek olan usul düzenlenmiştir. Disiplin soruşturmasında uyulacak esaslar, savunma hakkı, görevden uzaklaştırma gereken hallerde izlenecek olan usul, zamanaşımı, disiplin cezası vermeye yetkili amir ve kurullar, uygulanacak genel ilkeler, disiplin kurullarının teşekkülü, itiraz ve nihayet özlük dosyasında saklanmasına ilişkin hükümler de kanun kapsamında düzenlenmiştir. Bu çalışmada bu hususlar teker teker ele alınmayacak, sadece muğlak olan ve birtakım sorunları beraberinde getirebilecek olan usul kuralları incelenmekle yetinilecektir.

¹⁵ age

Disiplin Cezası Verme Yetkisi

Kanunun 53/Ç maddesi disiplin cezası verme yetkisini düzenlemiştir:

Disiplin cezası verme yetkisi:

Madde 53/Ç- (Ek: 2/12/2016 - 6764/30 md.)

Disiplin cezası vermeye yetkili amir ve kurullar şunlardır:

a) Uyarma ve kınama cezaları sıralı disiplin amirleri tarafından, rektörler ve bağımsız vakıf meslek yüksekokulu müdürleri hakkında Yükseköğretim Kurulu Başkanı tarafından verilir.

b) Aylıktan veya ücretten kesme ve kademe ilerlemesinin durdurulması veya birden fazla ücretten kesme cezaları kisinin görevli olduğu birimdeki disiplin kurulu kararı ile verilir.

c) Üniversite öğretim mesleğinden çıkarma ve kamu görevinden çıkarma cezaları atamaya yetkili amirin teklifi üzerine Yüksek Disiplin Kurulu kararıyla verilir.

d) Rektörler, bağımsız vakıf meslek yüksekokulu müdürleri ve dekanlar hakkında aylıktan veya ücretten kesme, kademe ilerlemesinin durdurulması veya birden fazla ücretten kesme, üniversite öğretim mesleğinden çıkarma ve kamu görevinden çıkarma cezaları Yüksek Disiplin Kurulu kararıyla verilir.

e) Aylıktan veya ücretten kesme, kademe ilerlemesinin durdurulması veya birden fazla ücretten kesme, üniversite öğretim mesleğinden ve kamu görevinden çıkarma cezaları gerektiren fiillerle ilgili olarak öğretim elemanları hakkında Yükseköğretim Kurulu Başkanı disiplin amiri sıfatıyla doğrudan soruşturma açabilir. Bu kapsamda yapılan soruşturmalar sonucunda verilecek cezalar Yüksek Disiplin Kurulunca verilir.

Disiplin cezası vermeye yetkili makamlar, soruşturmada eksiklik olduğunun tespiti halinde de eksikliklerin giderilmesi amacıyla dosyayı iade edebilir, soruşturmacı tarafından önerilen disiplin cezasını aynen verebilir, hafifletebilir veya reddedebilir. Teklif edilen cezanın reddedilmesi halinde ilgili disiplin amiri ya da kurulu tarafından ret gerekçesine uygun olarak en geç üç ay içerisinde yeni işlem tesis edilebilir.

Disiplin cezası verme yetkisi devredilemez.

Disiplin kurulları gerekli gördüğü takdirde ilgilinin özlük dosyasını ve her türlü evrakı incelemeye, ilgili yerlerden bilgi almaya, her türlü incelemeyi yaptırmaya, yeminli tanık ve bilirkişi dinlemeye veya niyabeten dinletmeye, kesif yapmaya veya yaptırmaya yetkilidir.

Bu madde hükmüne göre bazı cezaları gerektiren hallerde disiplin cezası vermeye Disiplin Kurulu ya da Yüksek Disiplin Kurulu yetkilidir. Disiplin kurullarının nasıl teşekkül edeceği ise aynı kanunun 53/E maddesinde düzenlenmiştir:

Disiplin kurullarının teşekkülü:

Madde 53/E- (Ek: 2/12/2016 - 6764/32 md.)

Yüksek Disiplin Kurulu Yükseköğretim Genel Kuruludur.

Üniversite disiplin kurulu rektör dışındaki üniversite yönetim kurulu üyelerinden oluşur; kurula akademik olarak en kıdemli profesör üye başkanlık eder. Üniversite bağlı birimlerinin yönetim kurulları aynı zamanda disiplin kurulu olarak görev yapar. Bu birimlerin disiplin kurullarında dekan veya müdür yer alamaz. Bu durumda ilgili disiplin kuruluna kurul üyelerinden en yüksek unvanlı öğretim üyesi, en yüksek unvanlı öğretim üyesinin birden fazla olması halinde en kıdemli üye, öğretim üyesi bulunmaması halinde en kıdemli öğretim görevlisi başkanlık eder.

Yükseköğretim Kurulu personeli için disiplin kurulu, Genel Sekreterin başkanlığında, I. Hukuk Müsaviri ile Personel, Strateji Geliştirme, İdari ve Mali İşler Daire başkanlarından teşekkül eder.

Üniversitelerarası Kurul personeli için disiplin kurulu, Genel Sekreterin başkanlığında Genel Sekreter Yardımcısı ve Hukuk Müsavirinden teşekkül eder.

Yüksek Disiplin Kurulu hariç, disiplin kurullarında profesörlerle ilgili hususların görüşülmesinde doçent ve doktor öğretim üyeleri, doçentlerle ilgili hususların görüşülmesinde doktor öğretim üyeleri ve kendileri ile ilgili hususların görüşülmesinde ilgili üyeler görüşmelere katılamazlar.

Sorusturmada görev alanlar disiplin kurullarındaki oylamalara, disiplin kurulunda görev alanlar ile disiplin cezası verenler bu cezalara itirazların görüldüğü kurullardaki oylamalara katılamazlar.

Herhangi bir sebeple disiplin kurullarının teşekkül edememesi halinde eksik üyelikler esdeğer unvana sahip öğretim üyeleri arasından senato tarafından belirlenen üyelerce tamamlanır.

Disiplin kurullarının teşekkülünde birtakım sorunlar söz konusu olabilmektedir. Madde metninde üniversite bağlı birimlerin yönetim kurulları aynı zamanda disiplin kurulu olarak görev yapar denmektedir. O halde öncelikle fakülte, enstitü ve yüksekokulu yönetim kurullarının nasıl teşekkül ettiğine bakmak gerekmektedir. “Fakülte yönetim kurulu, dekanın

başkanlığında fakülte kurulunun üç yıl için seçeceği üç profesör, iki doçent ve bir doktor öğretim üyesinden oluşur.”¹⁶ Enstitü ve yüksekokul yönetim kurulu ise enstitü ya da yüksekokul müdürünün başkanlığında müdür yardımcıları ve ilgili müdürce gösterilecek altı aday arasından enstitü ya da yüksekokul kurulu tarafından seçilecek olan üç öğretim üyesinden oluşur¹⁷.

Yönetim Kurullarının teşekkülüne ilişkin düzenlemelerden açıkça anlaşılacağı üzere bu kurullarda sadece öğretim üyeleri görev yapabilirler. Ancak 53/E maddesinin ikinci fıkrasında disiplin kurullarında öğretim üyesi bulunmaması halinde öğretim görevlisi başkanlık eder denmektedir. İlgili yönetim kurullarının disiplin kurulu olarak görev yapacağı şeklindeki kanun hükmü ile bu hükümden hemen sonra bu kurullara kimi durumlarda öğretim görevlisinin başkanlık edebileceği şeklindeki hükmün birbiriyle çeliştiği tartışmasızdır. Zira üniversite ve bağlı birimlerin hiçbirinin yönetim kurulunda öğretim görevlisi yer alamaz.

Muğlak olan bir diğer husus ise kanunun 61. maddesine göre yükseköğretim kurulu dışındaki kurulların toplantı nisabı kurul üye tam sayısının yarıdan fazlası; karar yeter sayısı ise toplantıya katılanların salt çoğunluğudur. Dolayısıyla disiplin kurullarında toplantıya katılanların salt çoğunluğu karar verebilecektir. Yüksekokul yönetim kurulu müdür, müdür yardımcıları ve üç öğretim üyesinden oluşmaktadır. Disiplin kurullarında müdür yer alamayacağından yüksekokul disiplin kurulu üç öğretim üyesi ve müdür yardımcıları ile teşekkül edecektir. Yüksekokullarda en çok iki müdür yardımcısı atabilmektedir. Kanun en çok dediğine göre eğer bir müdür yardımcısı varsa disiplin kurulu dört kişiden oluşacaktır. Bu durumda iki üye disiplin cezası verilmesi yönünde diğer iki üye ise aksi yönde karar verirse karar ne olacaktır? Aynı soru(n) enstitüler için de geçerlidir.

Disiplin kurullarının teşekkül edememesi halinde eksik üyeliklerin eşdeğer unvana sahip öğretim üyeleri arasından senato tarafından belirlenen üyelerce tamamlanacağı 53/E maddesinin son fıkrasından düzenlenmiştir. Senato daha önceden yedek üyeler mi belirlemiş olmalıdır, yoksa disiplin kurulunun teşekkül edememesi üzerine toplanıp yeni geçici üyeler mi belirlemelidir? Madde lafzından anlaşılan senatonun daha önceden her unvandaki öğretim üyelerinden bir takım yedek üyeler belirlemesi ve disiplin kurulu toplanamaması halinde bu üyelerin katılımıyla disiplin kurulunu teşekkül ettirmek gerektiğidir. Ancak yönetim kurullarının disiplin kurulu olarak görev yapacağı hükmü, yönetim kurulları için yedek üyelerin

¹⁶ 2547 sayılı kanunun 18. Maddesi.

¹⁷ 2547 sayılı kanunun 19. Ve 20. Maddeleri.

belirlenmesine ilişkin bir düzenlemenin olmaması ve toplantı nisabının kurul üye tam sayısının yarısından bir fazla olması şeklindeki düzenlemeler bir arada düşünüldüğünde burada da bir muğlaklık olduğu anlaşılmaktadır. O halde disiplin kurullarının eksik toplanabilmesi mümkün müdür? Örneğin bir enstitü ya da yüksekokulda görev yapan profesör hakkında disiplin işlemi yapılacaksa ve o birimde sadece iki profesör varsa disiplin kurulu nasıl teşekkül edecektir? Profesörler hakkındaki disiplin görüşmelerine profesör dışındaki öğretim üyelerinin katılamayacağından kurul tek kişi ile mi toplanacaktır? Ya da bir yüksekokulda yeterli sayıda öğretim üyesi olmaması durumunda yüksekokul yönetim kuruluna bir öğretim görevlisinin seçilmesi halinde disiplin kurulunun vermiş olduğu kararın hukuki geçerliliği ne olacaktır?

Rektör, dekan ve müdürlerin disiplin kurullarında katılamayacağı kanunda açıkça düzenlenmiştir. Uygulamada da sıkça olduğu gibi bunların katıldığı fakat oy kullanmadığı bir disiplin kurulunda alınmış olan kararların durumu nedir?

Rektör üst disiplin amiri olarak soruşturma açabilir. Bu durumda disiplin soruşturmasının üniversite disiplin kurulu tarafından mı ilgilinin bağlı bulunduğu birim disiplin kurulu tarafından mı yapılacağı hususu da tartışılabilir. Ancak 53/Ç maddesinde disiplin cezası vermeye yetkili olanlar sayılmıştır. Buna göre uyarı ve kınama cezaları sıralı disiplin amirlerince, aylıktan veya ücretten kesme ve kademe ilerlemesinin durdurulması veya birden fazla ücretten kesme cezaları kişinin görevli olduğu birimdeki disiplin kurulu kararı ile verilir. Dolayısıyla bağlı birimlerden birinde görev yapan bir öğretim elemanı hakkında üniversite disiplin kurulu değil, ilgili birim disiplin kurulu karar verebilir.

İtiraz

Yükseköğretim Kurulu Başkanı disiplin amiri sıfatıyla aylıktan veya ücretten kesme ve kademe ilerlemesinin durdurulması veya birden fazla ücretten kesme, üniversite öğretim mesleğinden ve kamu görevinden çıkarma cezaları gerektiren fiillerle ilgili olarak öğretim elemanları hakkında doğrudan soruşturma açabilmektedir. Bu durumlarda disiplin cezası vermeye Yüksek Disiplin Kurulu yetkilidir¹⁸. Peki Yüksek Disiplin Kurulu'nun bir öğretim elemanı hakkında vermiş olduğu disiplin cezasına karşı nereye itiraz edilecektir? İtiraz başlıklı 53/F maddesine göre aylıktan veya ücretten kesme ve kademe ilerlemesinin durdurulması veya birden

¹⁸ 2547 sayılı kanunun 53/Ç maddesini (e) fıkrası.

fazla ücretten kesme cezasına karşı itiraz mercii ilgilinin görevli olduğu üniversite disiplin kuruludur. Bu durumda daha üst kurul olan Yüksek Disiplin Kurulu'nun vermiş olduğu karara karşı daha alt bir kurula itiraz edilmesi sonucu doğacaktır ki bu durum itiraz kurumunun özüne aykırıdır.

Disiplin cezalarına “itiraz süresi cezanın tebliğ tarihinden itibaren yedi gündür. İtiraz mercileri itiraz tarihinden itibaren altmış gün içinde karar verir.”¹⁹. İtiraz mercii altmış gün içinde karar vermezse ne olacak? Disiplin ve adli cezalar aynı hukuki zemindedir, aynı esaslara tabidir. Yargısal benzer işlemler olan disiplin işlemleri sonucunda verilmiş olan disiplin cezaları kesindir. Ancak yargı bozabilir. Hukukumuzda kabul edilmiş olan zımnî red müessesesi uyarınca 60 günlük sürede idare herhangi bir cevap vermezse dava zamanaşımı süresinin bu 60 günlük sürenin dolmasıyla başladığı kabul edilir. Her ne kadar hukukumuzda zımnî red müessesesi kabul edilmiş olsa da Anayasa 125/3 hükmü “İdari işlemlere karşı açılacak davalarda süre, yazılı bildirim tarihinden baslar.” demekle zımnî reddin genel bir kural olarak kabulünün yersiz olduğunu ifade ettiğini düşünüyorum. Anayasa'nın bu açık hükmü gereğince idarenin cevap vermediği durumlarda ilgililer her daim dava yoluna gitme hakkına sahip olmalıdır.

Kademe İlerlemesinin Durdurulması Cezasının Uygulanmasındaki Bir Problem

Kanunun 53/D maddesinin 6. fıkrasına göre “birinci derecenin son kademesinden bulunması nedeniyle kademe ilerlemesinin durdurulması cezasının uygulanamaması halinde brüt aylıklarının 1/4 ‘ü ile 1/2’si oranında aylıktan kesme cezası uygulanır.” Uygulamada disiplin kurullarınca sıklıkla kademe ilerlemesinin durdurulması cezasının uygulanamayacağı bu kişilere doğrudan 1/4 ‘ü ile 1/2’si oranında aylıktan kesme cezası verilmektedir. Bu yeni bir ceza ihdas etmek anlamına gelmektedir ve hukuka aykırıdır. Zira kanunda aylıktan veya ücretten kesme cezası gerektiren fiiller ve hangi oranlarda kesinti yapılabileceği açıkça düzenlenmiştir. Aylıktan veya ücretten kesme cezası brüt aylıktan ya da ücretten 1/30 ile 1/8 oranları arasında kesinti yapmak şeklindedir. Kanuna göre disiplin kurullarınca birinci derecenin son kademesindekiler için kademe ilerlemesinin durdurulması cezası verileceğinde olması gereken aylıktan ya da ücretten kesme cezası değil, kademe ilerlemesinin durdurulması cezasının

¹⁹ 2547 sayılı kanunun 53/F maddesi.
YÜHFD Cilt: XVI Sayı:2 (2019)

verildikten sonra bu cezanın ilgilinin brüt aylığının 1/4 'ü ile 1/2'si oranları arasında hangi oranda uygulanacağını belirtmesidir.

Geri Alınması

Geri alma, bir idari işlemin yine idarenin yapacağı bir işlemle yürürlüğe girdiği tarihten itibaren hükümsüz sayılması iradesidir²⁰. Yürürlüğe girdiği tarihten itibaren geçersiz sayılmasının doğal sonucu olarak idari işlemin geri alınması müessesesi ile bu işlem hiç yapılmamış gibi bir sonuç doğurmaktadır²¹. İdarenin işlem ve eylemlerinin yargısal denetime tabi olması malumdur. Ancak idare hukuka aykırı bir işlem yaptığını kendiliğinden fark ederse bu işlemin iptali için bir yargı kararına ihtiyaç duymaksızın yeni bir idari işlem ile bu hukuka aykırı işlemi sonuçlarıyla birlikte ortadan kaldırabilir. Geri alma kararının geçmişe dönük olması bu kararın idari yargı mercilerinde verilebilecek olan iptal kararına benzediğinin göstergesidir. Hatta uygulamada da geri alma kararı yerine “iptal” edildi şeklindeki kullanım da bu benzerliğin bir sonucudur²².

İdarenin işlemini geri almasının makul bir süre ile sınırlandırılması gerektiği kabul edilmektedir. Bu makul süre de idari işleme karşı dava açma süresi olarak kabul edilir. İdari işlemin geri alınması ile yargı mercii tarafından iptal edilmesi sonuçları itibariyle birbirine benzemektedir ve idari işleme karşı dava açma süresi geçtikten sonra işlemin kesinleşeceği kabul edildiği için dava açma süresi geri alma süresi olarak da kabul edilmektedir²³. Zira dava açma süresini geçiren ilgili, hukuki olmadığını düşündüğü idari işleme nasıl katlanmak zorunda kalıyorsa, idare de bu süre geçtikten sonra yapmış olduğu idari işlemin sonuçlarına katlanmak durumundadır.

İdari işlemlerin geri alınması konusunda birey lehine olan idari işlemler ve birey aleyhine olan idari işlemler şeklinde iki farklı görüş benimsenmektedir. Birey lehine hukuki sonuç doğuran, hak yaratıcı idari işlemler hukuka aykırı da olsa üstünden çokça zaman geçmişse geri alınması bireyin kazanılmış hakkını etkileyebileceğinden bu halde idari işlemler geri alınamamalıdır. Bunun aksine, bireye birtakım yükümlülükler yükleyen, onun aleyhine olan idari işlemler ise üstünden uzun bir süre geçmiş olsa dahi hukuka aykırı oldukları anlaşıldıklarında geri

²⁰ GÜNDAY Metin, İdare Hukuku, İmaj Yayıncılık, Ankara, 2002, s.170.

²¹ ÖZAY İl Han, Gün Işığında Yönetim, İstanbul, 1996, s.464.

²² age

²³ AKYILMAZ Bahtiyar; SEZGİNER Murat; KAYA Cemil, Türk İdare Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara, 2015, s.473

alınabilmelilerdir²⁴. “Ferde külfetler yükleyen durumlar daima kaldırılmalıdır.”²⁵. Çünkü hukuk devletinde kişilerin bir haksızlığa uğrağının bilinmesine rağmen o haksızlığın sürmesine müsaade edilemez.

Disiplin cezaları da birer idari işlem olduğuna göre disiplin cezasını veren idare tarafından geri alınmaları mümkün müdür?

Danıştay’ın bu konuda içtihadı disiplin cezalarının geri alınmasını mümkün olmadığı yönündedir:

“Kamu hizmetinin belli bir düzen içerisinde yürütülmesi için gerekli onlemlerden olan disiplin cezası, niteliği gereği öteki idari işlemlerden farklıdır.

Disiplin cezası vermeye yetkili organlar, bu organların oluşumu, çalışma usulu, karar oluşturulması, bu kararlara itiraz ve bütün bu sürecin her aşaması için ongorülen süre koşulları ile disiplin cezası işlemi sıkı şekil şartına bağlı olarak uygulanabilmektedir.

Bu özellik, disiplin cezasının yeni bir idari işlemle ortadan kaldırılmasına engeldir. Ceza ancak bir yargı kararı yahut yasama tasarrufu ile iptal edilebilir veya disiplin cezasının ağırlığına göre, belli süreler geçtikten sonra sicil dosyasından silinmesi atamaya yetkili amirden istenebilir.”²⁶

Danıştay’ın kararı çoğunlukla bu yönde olsa da disiplin cezaları da bireye birtakım külfetler yüklemektedir. Yukarıda da izah edildiği gibi kişilere hukuka aykırı olarak verilmiş olan disiplin cezalarının geri alınamayacağını kabul etmek kişileri bu hukuksuzluğa katlanmak zorunda bırakacaktır. Kişileri hukuksuzluğa katlanmak zorunda bırakmak hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmaz. Dolayısıyla hukuka aykırı olarak verilmiş olan disiplin cezalarının idare tarafından her zaman geri alınabilmeli ve geri alındıktan sonra daha ağır bir ceza verilememelidir.

Sonuç

Hukukumuzda mahkemelerin yargılamalarda uyacağı usule ilişkin usul kanunları vardır; Hukuk Muhakemeleri Kanunu, İdari Usul Kanunu, Ceza Muhakemesi Kanunu gibi. Ancak idarenin iş ve işlemlerinde hangi usullere

²⁴ DURSUN Selman, Prof. Dr. A. Şeref Gözübüyük’e Armağan içinde “İdari İşlemlerin Geri Alınması, Kaldırılması, Değiştirilmesi ve Düzeltilmesi”, Turhan Kitapevi, Ankara, 2005, s.104.

²⁵ ONAR

İstanbul, 1966, C.1, s.551.

²⁶ Danıştay 8.Dairesi, 12.10.1998 tarih, E:1998/4988, K:1998/3015 sayılı kararı.

tabi olacağına dair toplu bir usul kanunu yoktur. Bu durum çeşitli sorunlara yol açmaktadır. Temel usul meselelerine ilişkin idarenin keyfi tutumlarına karşı idareyi yönlendirebilecek, zorlayabilecek genel bir düzenleme yoktur. İdare hukukuna ilişkin kimi kanunlarda bir takım usul düzenlemeleri olsa da genel ve çok temel meselelerde idareye yol gösterici nitelikte bir usul kanunun varlığına duyulan ihtiyaç şüphesizdir. Zira idare hukukunun temeli devletin yürütme faaliyetinin hukuk devleti ilkelerine uygun bir şekilde olmasını temin etmektir. Bu da ancak idarenin kanuniliği ile sağlanabilir. Dolayısıyla yargılama usullerine ilişkin olan kanunlar gibi idarenin faaliyetlerine ilişkin olarak da mutlaka usul kanunu olmalıdır.

İdari usul kanununun önemi yukarıda izah edilen yükseköğretim personeline uygulanacak olan disiplin işlerindeki belirsizliklerden de anlaşılmaktadır. Nitekim bir idari usul kanununun olmayışının yol açtığı sorunlar kimi zaman yargı kararlarıyla giderilse de uygulamada hukuk birliğinin sağlanamadığı aşıkardır. Bir usul kanununun yokluğu hem personel hem de idare açısından ciddi sorunlara yol açmaktadır. Gerçekten disiplin yaptırımını uygulanması gereken yükseköğretim personeline ilişkin verilmiş birçok disiplin cezası usul hataları sebebiyle yargı tarafından iptal edilmekte, bu durum üniversitelerde personeller bakımından disiplin cezalarına ilişkin bir rahatlık doğurmaktadır. Yine aynı şekilde belirsizliğin oluşu yükseköğretim personelinin de kendisine uygulanacak olan disiplin kurallarını tam anlamıyla bilememesi sonucunu doğurmakta ve bu belirsizlik hukuk güvenliğini zedelemektedir.

Yukarıda detaylıca izah edilen Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararının yürürlüğünden, 02.12.2016 tarihinde 2547 sayılı kanunda yapılan düzenlemeye kadar olan süreçte verilmiş olan disiplin cezalarının durumu hukuk ilkeleri bakımından tartışılmaya muhtaçtır. Bahsi geçen dönemdeki disiplin uygulamaları kadar mevcut durumda kimi kurumlardaki disiplin uygulamaları da tartışmaya açıktır. Birim yönetim kurullarının disiplin kurulları olarak görev yapacağını kanunda düzenlenmiştir. Ancak yönetim kurullarında sadece öğretim üyeleri görev yapabilirken Kanun'un 53/E maddesi disiplin kurullarında öğretim üyesi bulunmaması halinde öğretim görevlisinin başkanlık edebileceğini söylemektedir. Bu durumda öğretim görevlisinin başkanlık ettiği ya da bulunduğu disiplin kurulunca verilmiş olan disiplin cezasının hukuk alemindeki durumu da tartışılmaya muhtaçtır.

Disiplin kurullarındaki toplantı nisabı YÖK Kanunu'nun kurulların çalışmalarına ilişkin hükmü gereğince üye tam sayısının yarından bir fazlası, karar yeter sayısı ise toplantıya katılanların salt çoğunluğudur. 4 kişiden oluşan bir disiplin kurulunda iki üye diğer iki üyeden farklı kanaate

sahip olursa disiplin cezası verilemeyecek midir? Nitekim bir yüksekokulda disiplin kurulunun pekâlâ dört kişiden oluşması mümkündür. Zira yüksekokul yönetim kurulu, müdür, müdür yardımcıları ve üç öğretim üyesinden oluşur. Tek müdür yardımcısının olduğu bir yüksekokulda müdür de toplantıya katılamayacağından kurul dört üyeden oluşmak durumunda kalacak ve sözünü ettiğimiz sorunla karşılaşılacaktır.

Tartışılması gereken bir başka husus ise Kanun'un 53/E maddesine göre disiplin kurullarının teşekkül edememesi durumunda eksik üyelikler eşdeğer unvana sahip öğretim üyeleri arasından senato tarafından tamamlanır. Disiplin kurulu toplantısı için toplantı yeter sayısı sağlanamazsa üniversite senatosu toplanıp geçici üye mi seçecektir yoksa senato önceden disiplin kurulları için yedek üyeler mi belirlemiş olmalıdır? Buradaki muğlaklık da uygulamada birtakım sorunlara yol açabilecektir.

Özetle, yüksek öğretim personeline uygulanacak olan disiplin hukukuna ilişkin çeşitli sorunlar gündemdedir ya da gündeme gelmelidir. Yasal düzenlemelerdeki belirsizlikler ve çelişkiler giderilmelidir. İdare hukuku alanında usul kuralları bakımından hukuk birliği sağlanabilmesi için bir idari usul kanununa duyulan ihtiyaç bu konuda da kendini göstermektedir.

KAYNAKÇA

2547 Sayılı Kanun

AKYILMAZ Bahtiyar, “Anayasal Esaslar Çerçevesinde Kamu Personeli Disiplin Hukuku Ve Uygulamadaki Sorunlar”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2002.

AKYILMAZ Bahtiyar; SEZGINER Murat; KAYA Cemil, Turk Idare Hukuku, Seckin Yayınları, Ankara, 2015.

ÇINARLI Serkan, “Yükseköğretim Kurumlarında Disiplin Soruşturması Sorunu ve Alman Disiplin Mahkemeleri Modeli Örneği”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2011.

DURŞUN Selman, Prof. Dr. A. Şeref Gözübüyük’e Armağan içinde “İdari İşlemlerin Geri Alınması, Kaldırılması, Değiştirilmesi ve Düzeltilmesi”, Turhan Kitapevi, Ankara, 2005.

EKİNCİ Murat, “Ceza Hukuku İlkeleri Açısından İdari Yaptırımlar”, Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, 2017

GÜNDAY Metin, İdare Hukuku, İmaj Yayıncılık, Ankara, 2002.

<http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr>

<http://www.resmigazete.gov.tr>

<https://www.danistay.gov.tr/>

- LİVANELİOĞLU Ömer Asım, Memur Disiplin Hukuku, Türk Hukuk Enstitüsü Yayınları, Ankara, 2. Baskı, 2013.
- ONAR Sıddık Sami, Idare Hukukunun Umumi Esasları, İsmail Akgun Matbaası, İstanbul, 1966, C.1.
- ÖZAY İl Han, Gün Işığında Yönetim, İstanbul, 1996.

**# KLASİK ANARŞİZM'DEN QUEER'E: EMMA GOLDMAN'IN
FEMİNİZM ANLAYIŞINA DAİR BİR İNCELEME**
(FROM CLASSICAL ANARCHISM TO QUEER: ANARCO-FEMINISM
UNDERSTANDING OF EMMA GOLDMAN)

Arş. Gör. Serhat Özkan * **

ÖZ

Emma Goldman'ın görüşleri ışığında kadının kurtuluşunu inceleyen bu çalışma ataerkilliğin özgüllüğüne dikkat çekmeyi amaçlamaktadır. Öncelikle evlilik ve aile kurumunun feminist eleştirisi yapılmış, anarşizm ile feminizm arasındaki bağlantılar ele alınmış ve bir cinsiyetimizin var olduğu fikrinin anarşist ütopyanın önünde engel olup olmadığı tartışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Emma Goldman, toplumsal cinsiyet, anarşist feminizm, anarşizm, feminizm, evlilik, aile.

ABSTRACT

In this study by analyzing the emancipation of women in the light of Emma Goldman's Works, it is aimed to draw attention to specificity of patriarchy. Firstly, marriage and family institutions are criticised from feminist perspective and then the relationship between anarchism and feminism is examined. Lastly, it is discussed whether the idea that biological sex exists could hinder the anarchist utopia.

Keywords: Emma Goldman, gender, anarchist feminism, anarcha-feminism, anarchism, feminism, marriage, family.

• **Giriş**

Anarşizm devleti, hiyerarşiyi ve merkeziyetçiliği reddeden tek ideolojidir. Anarşizmi bir fikir, dünya görüşü veya yaşam tarzı olarak benimseyen kişiye ise anarşist denir. Anarşistler yöneten-yönetilen ayrımının olmadığı otoritesiz bir dünya ideali için mevcut toplumsal kurumları devrim yoluyla yıkmayı ve bugün var olmayan toplumsal uyumu

Eserin Dergimize geliş tarihi: 16.07.2019. İlk hakem raporu tarihi: 21.07.2019; İkinci hakem raporu tarihi: 22.07.2019; Onaylanma tarihi: 23.07.2019.

* Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Araştırma Görevlisi.

** Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0002-2229-1289.

Esere Atıf Şekli: Serhat Özkan, "Klasik Anarşizm'den Queer'e: Emma Goldman'ın Feminizm Anlayışına Dair Bir İnceleme", YÜHFD, C.XVI, 2019/2, s.73-106.

iktidara yer vermeden oluşturmayı amaçlarlar. Bunun için anarşizmin hedefi iktidarlı ilişkileri tüm boyutlarıyla ortadan kaldırmaktır. Ancak iktidar; yalnızca sınıfsal anlamda kapitalist ekonomik alt yapıdan türeyen iktidar ya da daha genel anlamda polis, ordu veya mahkemeleri çağrıştıracak şekilde devlet iktidarı olarak görülemez. Siyasi iktidarın cinsel temelde işleyen boyutunu görmezden gelmek anarşizmin eksiksiz özgürlük talebini sekteye uğratar. Buna rağmen devlet iktidarına ve kapitalist üretim ilişkilerine karşı oldukça sert eleştiriler getiren anarşistler bazı istisnalar dışında aynı özgürlükçülüğü cinsel alana taşıyamamış, toplumsal cinsiyet rollerini sözde doğallığından kurtaramamıştır. 19. yüzyıl anarşistleri içerisinde erkek sorununu işlemeyle öne çıkan Emma Goldman¹ anarşizmi feminizmle buluşturmuş ve yoldaşlarını erkek egemen fikirleriyle yüzleştirmiştir. Goldman'ın bir anarşist olarak devlet, ordu ve militarizm karşıtı yazıları da vardır ancak onun hareket içerisinde esas özgünlüğü cinsel siyaset açısındandır. Goldman, evliliği ve aileyi bir kurum olarak kadınların cinsel özgürlüklerine müdahale olarak gördüğü için kökten reddetmiş, doğum kontrolüyle ilgili okuduğu yazıları çoğaltıp dağıtmış ve eşcinsel ilişkileri desteklemiştir. Kendi döneminde henüz emekleme aşamasında olan feminizm; oy hakkı, eğitim hakkı gibi düzen içi taleplerle ortaya çıkmış oldukça ürkek bir feminizmdi. Goldman I. dalgaya tekabül eden yıllarda feminizmi “yatak odasının siyaseti”² haline getirerek devrimci bir içeriğe kavuşturmuştur. Klasik anarşistler arasında yer alan Goldman'ın

¹ Emma Goldman 1869'da Rusya'da bir Yahudi mahallesinde babasının ikinci evliliğinden olma istenmeyen bir kız çocuğuydu. Çocukluğunu anne ve babasının küçük bir han işlettiği Popelan köyünde geçirdi. Onu anarşizme yönelten çeşitli nedenler vardı. İçinde sürekli bir isyan duygusu taşırdı. Küçükken kamçılanan bir hizmetkarı görünce içgüdüsel bir tepki duydu. Daha sonra bir Yahudi'nin Yahudi olmayan biriyle birlikte olamayacağını öğrenince sarsıldı. Ailesinin yoksulluğu nedeniyle okulundan ayrıldı, bir fabrikada çalışmaya başladı. Turgenyev'in *Babalar ve Oğullar*'ını okudu, eserin nihilist yapısından etkilendi. 15'indeyken babası onu evlendirmek istedi. Emma evlenmeyi reddetti ve babasından “Kızların çok şey bilmesi gerekmez! Bir Yahudi kızının bilmesi gereken, gefülte usulü balık pişirmek, erişte kesmek ve erkeğine bir sürü çocuk doğurmaktan ibarettir.” cevabını aldı. Sonunda Emma'nın Amerika'ya gitmesine izin verildi. Onu orada anarşizme yönelten şey işçi eylemi esnasında polislerin arasına bomba atmakla suçlanan dört anarşistin idamı oldu. Yaşadığı olaylar üzerinde büyük bir etki bıraktı. İdam günü anarşist olmaya ve anarşizm ile ilgili her şeyi öğrenmeye karar verdi. Türkçeye çevrilen bazı makaleleri “*Dans Edemeyeceksem Bu Benim Devrimim Değildir*” isimli kitapta toplandı. Peter Marshall, *Anarşizmin Tarihi*, (Çev. Yavuz Alogan), İmge Kitabevi, 2003, İstanbul, 553-555

²<http://www.birikimdergisi.com/guncel-yazilar/692/cirkin-bir-nefret-ideolojisi-olarak-feminizm#.XHJqUOgZY2w> (Erişim Tarihi: 07.03.2019)

anarşistliği, feminizmini de radikalleştirmiştir. O oy hakkı için mücadele eden döneminin süfretlerinden ayrı düşmüştür. Zaten devletsiz bir toplum öngören anarşizm, oy hakkını işçi sınıfı erkeklerini veya kadınları özgürleştiren bir hak değil, karşı devrimci bir faaliyet olarak değerlendirmiştir. Goldman anarşizmin propagandasını yapmak için sık sık konferanslar vermiş, görüşlerinden dolayı sınır dışı edilmiş, tutuklanmış ve konuşmaları yasaklanmıştır. Bir yargıç tarafından Amerikan'ın en tehlikeli kadını ilan edilmiştir.

Goldman'ın iki cilt olarak yazdığı otobiyografisi ortaya koymaktadır ki, o anarşist feminist fikirleri kişisel kazanç elde etmek için savunmamış; mücadelesini herkesin, özellikle de kadınların bütün ihtiyaçlarının karşılandığı ve aynı zamanda bütün kısıtlamalardan kurtulduğu bir dünya için vermiştir. 20. yüzyılın başından beri kadın hareketi önemli kazanımlar elde etmiş olsa da, Goldman radikalliğinden çok az şey yitirmiştir. Kavram setine gelirsek, anarşist feminizm, bazı kaynaklarda anarko-feminizm ya da anarka-feminizm şeklinde ifade edilmektedir. Biz, çalışma boyunca söz konusu akımı anarşist feminizm olarak kullanmayı tercih ettik.

• Emma Goldman'da Aşk, Aile ve Evlilik Eleştirisi

Klasik dönem anarşistleri, neredeyse istisnasız biçimde, anarşist ilkelerin doğal sonucu olarak evliliği ve çekirdek aileyi reddetmiş; devlet veya dinsel otorite tarafından düzenlenmeyen, bireylerin gönüllük temelinde oluşturduğu, birlikteliklerinin şekline ve süresine serbestçe karar verdiği *özgür aşk*³ ı önermiştir.³ Anarşistler, mevcut düzene alternatif olarak devletin veya dinsel bir otoritenin onayı olmadan bir kimsenin bir veya daha çok partnerle bir araya gelip ayrılabilmesi ve birliktelikte mutlak bir serbestiye sahip olduğu bir toplumu hedefler. Çünkü topluma temel olarak alınan aile, devletin en küçük otorite birimini, kapitalizmin de yeniden üretim ve temel tüketim birimini oluşturmaktadır. Aile yerleşik değerlerin gelecek nesillere aktarıldığı bir kurum olarak devletin ideolojik aygıtları

³ Martha A. Ackelsberg, *Free Woman of Spain: Anarchism and the Struggle for the Emancipation of Woman*, AK Press, Oakland, 2005, s.51-52. Bazı yazarlara göre, anarşistler özgür aşk çağrısı yaparken bunun kadınlar üzerindeki sonuçlarını göz ardı etmiştir. Resmi veya dini nikah olmaksızın birliktelik yaşayan kadınlar erkek egemen kültürün kadın aleyhine işleyen ahlak anlayışından zarar görür. Anarşistlerin bu çifte standartlı sonucu dikkate alması gerekirdi. Bu eleştiride haklılık payı olmakla birlikte, ataerkil değer yargılarıyla, o değer yargılarını veri olarak mücadele edilemeyeceği de bir gerçektir.

arasında yer alır.⁴ Kadının cinsel özerkliğinden feragati üzerine kurulu olan aile kurumu, bir yandan da kadının ev içerisinde karşılıksız çalışmasına, bir başka deyişle görünmeyen emeğine yaslanarak var olur. Aile, kapitalizmin ve erkek egemenliğinin yeniden üretildiği bir alandır. Toplumsal cinsiyet eşitliği ile ilgili çalışmaların aile kurumunu yıkmakla suçlanmasının nedeni budur. Bu aslında bir itiraftır, cinsel eşitsizlikten doğan ailenin, kadınların görünmeyen emeğinin ve maruz kaldığı şiddetin özel alan kisvesiyle daha da görünmez bırakıldığının itirafıdır.

Medyadan eğitim ve hukuk sistemine kadar her şey tek eşli çekirdek aile veri alınarak dizayn edilmiştir. Miras hukukundaki düzenlemeler, sigorta primlerinde çeşitli indirimler ve vergi kolaylıkları buna birer örnektir. Söz gelimi, bankalar komünler için kredi vermemekte ama evlenenler için vermektedir, kamunun inşa ettirdiği evler de aile standardizasyonuna uygun tasarlanmaktadır.⁵ Goldman bir baskı unsuru olarak gördüğü aileyi aşktan yola çıkarak eleştirmektedir. Aşkın bizatihi kendisinin meşru olduğunu, devletin veya dinsel kurumların bir ilişkiyi daha değerli kılamayacağını ileri sürmekte, aşkın önüne çıkan tüm insan yapımı yasa ve kurumları ‘kirliliğin’ esas sorumlusu olarak görmektedir.

Goldman’a göre aşk, insan doğasının en derin ve güçlü tezahürüdür. Bütün kanunlara ve geleneklere meydan okuyan, tüm yasakları aşıp geçen ve satılan alınamayan bir tutkudur. Neşeye ve sarhoşluğa varan böyle büyülü bir duygu devletin veya kilisenin bozgunculuğuna terk edilmemelidir. Aşk, otorite tarafından kısıtlanmak istemez, özgürlükte gelişir ve serpilir.⁶ Goldman, devlet veya kilise tarafından düzenlenmemiş serbest birliktelikleri ifade eden *özgür aşk* kavramına alaycı bir şekilde takılır: “Özgür aşk mı? Sanki aşk özgür değilmiş gibi?”⁷ Bedenleri zincire vuran, ulusları boyunduruğu altına alan iktidarlar bir tek “aşkı dize getiremiyor.”⁸

Goldman’a göre, aşkın evlilikle hiçbir ortak noktası yoktur, aşk ve evlilik birbirine zıt iki olgudur. Aşk ilişkisi mutlak suretle kişisel olması gereken, devletin veya dinsel bir kurumun ortak olamayacağı bir ilişkidir. Evlilikse,

⁴ Louis Althusser, *İdeoloji ve Devletin İdeolojik Aygıtları*, İthaki Yayınları, (Çev. Alp Tümertekin), İstanbul, 2016, s.50

⁵ Colin Ward, *Eylemde Anarşi*, (Çev. Deniz Güneri), Kaos Yayınları, İstanbul, 2000, s.92

⁶ Emma Goldman, *Dans Edemeyeceksem Bu Benim Devrimim Değildir*, (Çev. Necmi Bayram), Agora Kitaplığı, İstanbul, 2006, s.30-31

⁷ <https://www.marxists.org/reference/archive/goldman/works/1914/marriage-love.htm> (Erişim Tarihi: 06.06.2019)

⁸ Goldman, 2006, s.30

çerçevesini iktidarın çizdiği ve sonuç bağladığı yapay bir oluşumdur. Evlilikler aşkın sonucu olabilir ancak bu aşkın evlilik birliği içerisinde vücut bulmasından değil, çok az aşkın kendisini geleneklerin zincirinden kurtarabilmesinden kaynaklanır.⁹

Anti-otoriteryan duruşuyla birlikte Goldman'ın evlilik karşıtlığı asıl rengini ekonomik eşitsizliklere ve toplumun çifte standartlı ahlak anlayışına yaptığı vurgudan alır. Goldman'a göre, küçük yaşlardan beri otoriteler evliliği ulaşılabilecek bir hedef gibi sunmaktadır. Özellikle kız çocuklarının bütün hayatı, bu amaca dönük hazırlık işlevi görmektedir. Buna rağmen, geleceğin müstakbel eşi veya annesi gözüyle bakılan kız çocuklarından en doğal cinsel güdülerine sırt çevirmesi istenir. Erkek egemen ideoloji kadını, cinselliğin yaşanacağı tek 'meşru' yolun evlilik olduğuna inandırır ama o güne kadar evliliğin en önemli unsuru olan cinselliği bilmemesini ister. İktidarın verdiği ahlak dersi yüzünden kadın, erkeğin onu nasıl heyecanlandırdığıyla değil, ne kadar çok kazancı olduğuyula ilgilenir. Hayaline süslü kıyafetler, alışveriş merkezleri, lüks eşyalar girerken, aşk tüketim malzemesi haline gelir. Evliliğe giden yolda erkeğe yüklenen görev de ekonomik sorunların üstesinden gelmek ve evi geçindirmektir. Böylece, evlenen kadın, ev işlerini 'aile hayatının gereği' olarak görüp çalışma yaşamından uzaklaşır ve giderek ekonomik açıdan kocasına bağımlı hale gelir.¹⁰ Tam bu noktada, anarşist feminist Voltairine De Cleyre, kocasının ekmeğini yiyen, soyadını taşıyan ve hizmetini gören evli kadının konumunu köleyle kıyaslar.¹¹

Evliliği ekonomik temelli bir anlaşma, bir sigorta poliçesi olarak gören Goldman da, Kropotkin'i andırırçasına, evlilik ilişkisini fahişelik¹² ilişkisine benzetir. Çoğunlukla para karşılığında yaşanan evlilik dışı ilişkiler fahişelik

⁹ Goldman, 2006, s.21

¹⁰ Goldman, 2006, s.25-26

¹¹ Terence Kissack, *Free Comrades: Anarchism and Homosexuality in the United States, 1895-1917*, AK Press, Oakland-Edinburgh, 2008, s.21

¹² 'Seks işçisi' kavramını kullanmamamızın iki nedeni var. Birincisi yapılan alıntılara ve Goldman'ın tarzına bağlı kalmak istedik. İkincisi toplumun zihninde söz konusu kadın fahişe olarak yer ettiği için fahişe sözcüğü daha çarpıcıdır. Sözcükleri 'akademik' olma kaygısıyla kibarlaştırmanın maddi yaşamın kaba gerçeklerini örseleyeceğini düşündük. Bir yazarın vurguladığı gibi "...Toplum üzerine araştırmalar yaptıkça karşıtlığımız eriyip gider...Akademik söylemde feryadın yeri yoktur. Daha da kötüsü; akademik çalışma bize kendi çılgınlığımızı dışa vurmaya güçleştiren bir lisanı ve düşünme biçimini dayatır. Çılgılık sistematik olarak içeriği boşaltılmak suretiyle diskalifiye edilir...Süngümüzü düşüren bu düşünce sisteminin tamamıdır..." John Holloway, *İktidar Olmadan Dünyayı Değiştirmek*, (Çev. Pelin Sıral), İletişim Yayıncılık, İstanbul, 2003, s.14

olarak nitelenir ancak Goldman'a göre ekonomik gerekçelerle yapılan evliliğin fahişelikten bir farkı yoktur. Bir fahişe, aldığı ücreti geri verip istemediği erkeği sonsuza kadar hayatından çıkarabilir ama evli kadın sosyal, siyasal ve ekonomik kuşatılmışlık içerisinde kocasına boyun eğer. Kız çocukları bebekliğinden beri evliliğe hazırlandığı için kadınların üzerinde bir evlenme baskısı oluşmakta, kadınlar evliliği sosyal statü olarak görmektedir. Bir sigorta poliçesini andıran evlilikte, kadın primlerini "ölüm onları ayırana dek" öderken karşılığında koca gibi "cüzi" bir karşılık alır.¹³ Goldman'ın deyişiyle, "aşkın ölçütleri para, sosyal konum ve mevki olarak görülüşü sürece, fahişelik kaçınılmazdır; ilişkilerin meşruiyet ve ahlak peleriniyle örtülmüş olması bu tabloyu ortadan kaldırmaz."¹⁴

Sonuç olarak, evlenen kadın katı bir cinsel yasak altına girer, farklı bir sosyal kimliğe kavuşur ve kadınlık hiyerarşisinde yükselir.¹⁵ Öte yandan, cinsel içerikli bu sözleşmeyi kısa süreli vadelerle çok kez kuran kadın fahişe olarak görülür. Aile cüzdanına sahip olan kadın ile vesikalı kadın arasındaki hiyerarşi erkek egemen sistem tarafından kurulur.¹⁶ Cinselliğini kazanca dönüştüren kadın cezalandırılırken, erkek toplumunun kadın için hazırladığı eş-anne rolüne teslim olan kadına birinci sınıf bir kadınlık hediye edilir.

Ekonomik gerekçelerden bağımsız olarak aşka dayandığı iddia edilen evliliklerin nasıl fahişelikle eş tutulabileceği sorulabilir. Şöyle ki, iktidar, rıza katılmış güçtür. İktidar ilişkilerinde *rıza baskıdan sonra* gelir. Aile kurumu da kadının tamamen erkeğe tabi olduğu bir tahakküm mekanizması olarak görülemez. Çünkü öznenin (kadının) belli ölçüde özgür olmadığı bir durumda, ilişki iktidar ilişkisi olmaktan çıkar. İktidar söylem kurarak, bilgi üreterek, sahte bir konfor vadederek itaati sağlar. İtaati üretemeyen bir iktidarın ayakta kalabilmesi mümkün değildir. Başlangıçta olmayan rıza, aşk miti ve erkek egemen toplumca verilen bedensel-zihinsel eğitim aracılığıyla üretilir.¹⁷ Örneğin, çok yakın zamana kadar, pek çok hukuk

¹³ Goldman, 2006, s.22

¹⁴ Goldman, 2006, s.36

¹⁵ Cemal Bali Akal, *İktidarın Üç Yüzü*, Dost Kitabevi, Ankara, 2009, s.221

¹⁶ 2005 öncesi yürürlükte olan 765 sayılı TCK'nın 438. maddesi, cinsel saldırı suçunun fuhşu meslek edinen kadına karşı işlenmesi halinde verilecek cezada üçte iki oranında indirim öngörüyordu. Söz konusu hüküm, fahişelere 'erkek devlet' in düşmanca tutumunu yansıtmakla birlikte kadınlar arasında ayrımcılık yaratmaktaydı. O dönem düzenlemeyi somut norm denetimi yoluyla inceleyen AYM, "...*iffete karşı işlenen bir suç olması ve bu eylemlerle karşılaşılan fuhşu meslek edinen bir kadının uğrayacağı zararın, iffetli bir kadının uğrayacağı zarara göre daha az olacağı...*" gerekçesiyle 438. maddenin eşitlik ilkesine aykırı olmadığına karar vermiştir. AYM 12.1.1989/4 K. 1989/3; R.G. 10.01. 1990-20398

¹⁷ Akal, 2009, s.223-224

sisteminde, evlilik birliği içerisinde rızaya aykırı cinsel ilişki suç olarak kabul edilmiyordu. Türk hukukunda, kanun koyucu cinsel saldırı suçu için evlilik içi-dışı şeklinde bir ayrıma gitmemiştir. Ancak uygulamayla evlilik akdi cinsel suçlar bakımından hukuka uygunluk nedeni haline getirilmiştir. Evlenen kadının, rızayı süresiz bir şekilde baştan verdiği kabul edilmekteydi. Cinsel ilişkiyi kadının talep edip erkeğin reddettiği durum ise düşünülmemişti. Goldman, “Kilise ya da toplum öyle kabul etsin etmesin, aşkla kutsanmamış, doğal olmayan bütün birliktelikler fuhuştur”¹⁸ diyerek evlilik içerisinde yaşananları fahişeliğe benzetiyordu.

Sıklıkla ‘kadını koruma’ gerekçesiyle meşrulaştırılmaya çalışılan evlilik¹⁹, kadının mutlaka bir erkeğin egemenlik sahasında olması gerektiğini varsayar ve kadının korunmaya muhtaç bir varlık olduğu tezinden hareket eder. Kadınlara atfedilen korunma ihtiyacı kadının narin, bağımlı ve zayıf olduğu fikrine dayanır. Söz konusu sıfatlar kadınların doğal özellikleri olmayıp heteroseksizmin cinsel farkı inşa etmek için yarattığı kadın kimliğine dayattığı özelliklerdir. Goldman’a göre, tam tersi bir şekilde kadını korumayan, onların özsayıgılarını ve kişiliklerini hiçe sayan evlilik, erkek toplumunun kadınlar üzerinde kurduğu siyasi iktidarı koruma altına alır.²⁰

Evliliğin kadını koruduğuna ilişkin bir diğer sav, kadının bir erkeğe ‘ait’ olması gerektiği kabulüne dayanır. Modern dünyada tek eşli bir kuruluşa ev sahipliği yapan bu kurum, evlenen eşler için sadakat yükümlülüğü adı altında cinsel ilişki tekeli yaratır. Zor ve baskı unsuruna dayanan tekel, kıskançlık duygusuna sebep olur. Baskın görüş, kıskançlığın değişmez bir dürtü olarak insan doğasının bir parçası olduğu yönündedir. Ancak Goldman’a göre, kıskançlık tarihsel ve toplumsal bir olgudur.²¹ İnsanların cinselliklerini serbestçe yaşadığı bir dönemde kıskançlık söz konusu değildir. İlkel toplumların üyeleri arasındaki cinsellik incelendiğinde, kıskançlığın monogaminin (tek eşliliğin) başlangıcıyla beraber kadınların eve kapatılması ve tek bir erkeğin mülkü olarak görülmesiyle ortaya çıktığı görülmüştür.²² Doğal, koşulsuz ve serbest birliktelikler, yerini çıkar ilişkisine ve erkek hakimiyetine dayalı yapay evliliğe bırakır. Hayatı doğurganlık özelliği sayesinde kadınlar yarattığı için, sosyal konumu belirsiz kalan erkek korkuya kapılıp, kadının bu yaratıcı özelliğini hedef

¹⁸ Goldman, 2006, s.73

¹⁹ Goldman, 2006, s.28-29

²⁰ Goldman, 2006, s.28-29

²¹ Goldman, 2006, s.36

²² Goldman, 2006, s.38

alır.²³ “Tehlikeli ve ölçsüz” addedilen kadının doğurma potansiyeli ve cinsel gücü denetim altına alınır.²⁴ Tabiat halinden kültüre geçişle birlikte bir mübadele aracı haline gelen kadın, erkeğin boyunduruğu altında girmiş, başka bir deyişle toplum kadına karşı kurulmuştur. Bir yalanla başlayan tarih, yalanla devam etmiş, bu yalan tüm bir uygarlığı ataerkil temeller üzerine inşa etmiştir.²⁵

Ataerkillik ya da erkek toplumu soyun erkekten devam ettiği inancıyla, babanın soyunun ve mülkünün oğul tarafından devamına dayanır. Erkek, doğan çocuğun babasının kendisi olduğuna emin olmak istediğinden, kadının cinselliği, ataerkil sistemin uzantıları olan din, aile ve hukuk aracılığıyla sıkı şekilde kontrol edilir.²⁶ Erkek toplumunda üretim araçları da genellikle erkeklerin elinde toplanmıştır ve kadının tek eşli olduğu evlilikler aracılığıyla miras, erkekler arasında el değiştirir. Kadın ve çocuğun erkeğe tabi kılındığı aile modelinde, ‘soyun sürdürücüsü’ baba, kendi küçük devletini yaratır. Devletin kadınları baskı altına alan bir erkekler kulübü olması ile ailedeki egemenliğin babaya-erkeğe dayanması arasında paralellik vardır. Erkeğin soyuyla birlikte iktidarının da devamına hizmet eden aile kurumu kadını bir cinsel nesne olarak erkeğin mülkü haline getirir. Kıskaçlık da, ‘meşru mülkiyet’ hakkına yönelik saldırıyı def etmenin bahanesi olur.²⁷

Sahiplenme güdüsüyle duyulan mülkiyetçi ‘sevgi’, erkeğe ait olan ama kadın bedeni üzerinden tanımlanan *namus* kavramının doğuşuna sebep olmuştur. Modern Çağ’da devlet, namus cinayetlerini suç olarak tanımlayıp kovuşturursa da, içinde yaşadığımız gerçeklikte, düzeni sağlayan tarafsız bir hakem değil, eğitim, aile ve medya gibi tüm ideolojik aygıtlarıyla erkek

²³ Akal, 2004, s.213-214

²⁴ ‘Biyolojik’ erkek için duhul ancak ereksiyon esnasında mümkündür, orgazm olduktan sonra yeni bir nöbete kadar nötrdür. Oysa kadının erekte olması gerekmez, çok sayıda partnerle uzun süre cinsel ilişkiye girebilir. Bu bakımdan kadının cinsel gücü daha yüksektir.

²⁵ Türkan Yalçın Sancar, *Türk Ceza Hukukunda Kadın*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013, s.31

²⁶ Örneğin, Medeni Kanun’un 132. maddesine göre boşanan kadının yeniden evlenebilmesi için 300 gün beklemesi gerekir. Nesep karışıklıklarını önleme gerekçesiyle getirilen bu hüküm, aslında erkeğin kafa karışıklığını önlemeye hizmet eder. Anılan düzenleme;

“Evlilik sona ermişse, kadın, evliliğin sona ermesinden başlayarak üçyüz gün geçmedikçe evlenemez. Doğurmakla süre biter.

Kadının önceki evliliğinden gebe olmadığının anlaşılması veya evliliği sona eren eşlerin yeniden birbirleriyle evlenmek istemeleri hâllerinde mahkeme bu süreyi kaldırır.” şeklindedir.

²⁷ Goldman, 2006, s.38-39

egemenliğini her fırsatta yeniden üreten bir örgüt olarak çalışır. Dolayısıyla, devlet namus cinayetlerinin şeriklerinden biri olarak sorumluluğa sahiptir. Özel mülkiyette ve kadının boyunduruk altına alınmasında kökleşen tek eşlilik, anarşist toplumda özgür aşkın yeşermesiyle çok eşliliğe dönüşecek²⁸ ve insanı kötürümleştiren kıskançlık duygusu yok olacaktır.

• Anarşizm ve Feminizm: Benzerlikler, Farklılıklar

Feminizm, kadınlarla erkekler arasındaki iktidar ilişkilerini değiştirmeyi, kadınların cinsiyetleri nedeniyle yaşadığı baskı ve kısıtlamayı sona erdirmeyi amaçlayan bir ideolojidir. Aslında liberalizm ve sosyalizm gibi geleneksel ideolojilerin cinsiyet konularına uygulanmasıyla, feminizmin bunların bir alt dalı haline gelmesi mümkündür. Ancak feministler, toplumsal cinsiyetin hayattaki pek çok fırsatı belirleyen bir öge olduğunu belirterek cinsiyetin siyasal önemini vurgulamıştır. Politikanın yalnızca hükümet kurumlarının, siyasi partilerin ve baskı gruplarının kamusal alanıyla sınırlı olmadığını, özel hayatın ve cinsel davranışların da politik olduğunu ileri sürmüştür. Geleneksel ideolojiler, erkek egemen yaklaşımları benimsediği için eleştirilmiş, kadınların rolünü değiştirmek için uygun görülmemiştir.²⁹

Feminizm, Modern Çağ'ın ideolojisi olarak anarşizmle aynı tarihsel dönemde hareketlenmiştir. Anarşizmle feminizm arasında bazı teorik bağlantılar olduğunu söylemek mümkündür. Tüm hiyerarşik ilişkilere ve iktidarın tüm formlarına karşı çıkan anarşizm, ilkeleri gereği feministtir. Anarşizm bireyin tüm kısıtlamalardan kurtulması için iktidarın doğasını sorgulamış, herkesin özgürlükten eşit pay alması için kimsenin egemenlik altında olmaması gerektiğini, 'iyi' amaçlar için bile olsa iktidarın işleyişinin baskı ve ayrıcalık üreteceğini öngörmüştür. Bu nedenle, anarşist düşünce tanımı itibariyle yalnızca ekonomik ve siyasal iktidarı değil cinslerden birinin diğeri üzerinde kurduğu iktidarı da *siyasal olanın* bir parçası olarak görüp reddeder. Ataerkil değer yargılarına sahip olan, kadının 'kadınsı' çerçevede kalmasını isteyen anarşistler vardır ancak bu bir yazarın işaret ettiği gibi "kendi anarşizmleriyle çelişmeleri suretiyle olur."³⁰

Anarşizmde söz konusu olan ataerkiyle beraber erkin bizatihi kendisinin reddi, feminizm için her zaman geçerli değildir. Bazı feministler ataerkil

²⁸ Ackelsberg, 2005, s.51

²⁹ Andrew Heywood, *Siyasi İdeolojiler*, (Çev. A. Bayram, Ö.Tüfekçi, H.İnanç vd.), Liberte Yayınları, İstanbul, 2014, s.237-238

³⁰ L. Susan Brown 'Beyond Feminism: Anarchism and Human Freedom', "*Reinventing Anarchy, Again*", (Ed. Howard J. Ehrlich), AK Press, Edinburg-San Francisco, 1996, s.153
YUHFD Vol. XVI No.2 (2019)

iktidarın eleştirisini yaparken devletten, kapitalizmden veya örgütlü dinden rahatsızlık duymayabilir. Aslında, feminist anlamda devletin ve piyasanın cinsiyeti erkektir ancak liberal feminizme göre yasalarla kadınlara eşit haklar verilirse sorun çözülecektir. Daha fazla kadın milletvekili, daha fazla kadın patron görmek isteyen liberal feministler, erkeklerin oyun kurucu olduğu bir düzende kadınların statüsünü iyileştirmeye çalıştığı için oldukça reformisttir.³¹ Liberal feminizm, iktidarın kendisini sorgulamadan, iktidar kaynaklarına erişimde kadın ve erkeğin eşit olmasını amaçlar.³² Eleştirilmesi gereken nokta, kamusal alanda yer alan kadının kendisinden beklenen ev işleri ve çocuğun bakımı gibi ‘kadınsı’ işleri bir başka kadına yaptırmak zorunda kalmasıdır. Kapitalist ve devletli bir düzende bir kadının özgürlüğü “diğer kadının özgürlüğü pahasına”³³ gerçekleştiği için, eşitliğin sağlanması cinsel iş bölümünün terkedilmesiyle beraber ekonomik altyapının değişmesine bağlıdır.

Liberal feministlerin ihmal ettiği özel alanın siyasetine, 60’lı yıllarla yükselen ikinci dalga ile birlikte radikal feministler dikkat çekmiştir. Kadınların oy kullanmasının ve istihdamının erkek egemenliğini çok sarsmadığını gören radikal feministler, beden politikasına ve cinselliğin yaşanma biçimine de ataerkil iktidarın yön verdiğini düşünmüştür.³⁴ Erkek egemenliği kapsayıcılığı ve kuşatıcılığı nedeniyle toplumsal cinsiyeti etnisite, ırk ve sınıftan daha önemli bir siyasi ayırım olarak benimsemiştir. Erkek egemenliğinin boyutlarını göstermek için cinsiyet sorununa harcadığı mesai dikkate alındığında, Emma Goldman da beden ve cinselliğe dair konuları erkenden tartışması itibariyle radikaller arasında yer alır.

Kornegger ise feminizmi kadın iktidarı ya da kadın devlet başkanı olarak değil, iktidarın olmayışı olarak görmek ister.³⁵ Farrow “feminizm anarşizmin vaaz ettiğini pratiğe aktarır” diyecek kadar ileri gider.³⁶ Ancak feminizm için iktidarın veya hiyerarşinin kendisi her zaman sorun teşkil etmez. Örneğin, Jo Freeman görece küçük lidersiz gruplar yerine güçlü ve merkezi feminist organizasyonları savunur. Her demokratik organizasyonda

³¹ Heywood, 2014, s.245-246

³² <https://theanarchistlibrary.org/library/howard-j-ehrllich-toward-a-general-theory-of-anarchafeminism#toc1> Erişim Tarihi (02.03.2019)

³³ Bell Hooks, *Feminizm Herkes İçindir*, (Çev. E. Aydın, B. Kurt, Ş. Özgün, A. Yıldırım), Bgst Yayınları, İstanbul, 2016, s.70

³⁴ Heywood 2014, s.249-250

³⁵ Kornegger, 2012, s.31

³⁶ Lynne Farrow, ‘Feminism as Anarchism’, “*Quiet Rumours: An Anarcha-Feminist Reader*” içinde, AK Press, 2012, s.19

YÜHFD Cilt: XVI Sayı:2 (2019)

olduğu gibi, merkezi bir oluşumda çoğunluğun azınlık üzerinde kuracağı iktidarı umursamaz. Betty Friedan kadınların eşitliğinin kapitalizmin ve devletin yarattığı hiyerarşilere dokunmadan sağlanabileceğini ileri sürer. Sadece Marilyn French, Angela Miles ve Starhawk gibi az sayıda feminist yazar anarşistlerle ortak kaygıyı paylaşmış, tüm iktidarlı ilişkilere ve her türlü baskıya karşı olduğunu vurgulamıştır. Görüldüğü üzere, tüm feministler ataerkillikten rahatsızdır ancak bazı radikaller ve anarşist feministler dışındakiler bedeni ve cinselliği özgül bir mesele olarak ele almaz, erkek egemenliğiyle iç içe geçerek kurumsallaşmış kapitalist ve devletli düzenin cinsiyetçiliğini teşhir edemez. Bir feminist, feminist olmaya devam ederek devleti, kapitalizmi ve hiyerarşiyi meşru görebilir ancak bu anarşizm için mümkün değildir.³⁷ Anarşizm ister cinsel, ister ekonomik temelde olsun insanın, insan ve doğa üzerinde kurduğu tahakküme bir bütün olarak karşı çıkar.

Farklılıklarıyla birlikte radikal feminizm ile anarşizm, dönüşümü sağlamak için kullandıkları araçlar bakımından ortak paydada buluşur.³⁸ Her ikisi de otorite ve hiyerarşiye karşı çıkar, büyük siyasi partiler yerine küçük grupların aşağıdan yukarıya doğru gönüllü ve gevşek bağlarla örgütlenerek gerçekleştirdiği kolektif eylemlere güvenir.³⁹ Radikal feminizmi neredeyse saf anarşizm olarak gören Kornegger için, tüm otoriter sistemlerin temeli olan çekirdek aile, çocuğun babadan öğretmene, patrona ve tanrıya kadar itaati öğreten otoritenin sesidir. Radikal feminizm için insanları bir bütün olarak zihin-beden deneyiminden uzaklaştıran aktif-pasif, çocuk-yetişkin, akıllı-deli, kendiliğindenlik-örgütlenme gibi hiyerarşik düşünce kalıpları erildir. Bu bakımdan ataerkillikle mücadele etmek tüm hiyerarşilerin, liderliklerin ve otorite fikrinin karşısında konumlanmayı gerektirir. Feminizmin yarım kalmaması anarşizmin bilinmesi ve anarşist ilkeleri kendimizi ve günlük yaşamımızı dönüştürmek için kullanılmasıyla olur.⁴⁰ Ancak radikal feminizm de içerdiği farklılıklar nedeniyle anarşizmle her zaman örtüşmez. Örneğin, radikal feminist MacKinnon için erkek egemenliğine karşı koymanın yolu, feminist bir devlet formunda devletin

³⁷ Brown, 1996, s.151-152

³⁸ <https://theanarchistlibrary.org/library/howard-j-ehrllich-toward-a-general-theory-of-anarchafeminism#toc1> Erişim Tarihi (02.03.2019)

³⁹ "Emma Goldman's Feminism: A Reappraisal", *Red Emma Speaks: An Emma Goldman Reader*, (Ed. Alix Kates Shulman), Prometheus Books, 1998, s.17

⁴⁰ Peggy Kornegger, 'Anarchism: The Feminist Connection', "*Quiet Rumours: An Anarcha-Feminist Reader*", (Ed. Dark Star), AK Press, 2012, Oakland-Edinburgh, s.31

yetkilerini genişletmektir.⁴¹ Mackinon'un sorunu iktidarın kendisi değil, onu kimin kullandığıdır. Oysa iktidarı ele geçiren kadınların, iktidarlarını kadınlar aleyhine kullanmayacağı garanti edilemez. Nitekim, siyasete giren kadınların 'erkekleştiği' uyarısı sıkça yapılmaktadır. Bazı feministler ise kadınlar tarafından yönetilen bir topluluğun erkek toplumu kadar baskıcı olmayacağını,⁴² kadınların erkeklerden daha üstün niteliklere, barışçı özelliklere sahip olduğunu ve bu farklılığın değerli olduğunu iddia eder.⁴³

Radikal feminizmde, en derin sosyal bölünmenin cinsel olduğu ve erkeğin kadın üzerindeki iktidarının sınıfsal ve ırksal tüm iktidar odaklarını kestiği iddiası,⁴⁴ Marksist feminizmin sınıf mücadelesine öncelik verip erkek sorununu arka plana atışına bir tepkidir.⁴⁵ Aslında Marksist feminizm

⁴¹ Brown, 1996, s.152

⁴²<https://theanarchistlibrary.org/library/howard-j-ehrich-toward-a-general-theory-of-anarchafeminism#toc1> (Erişim Tarihi: 05.03.2019); Ackelsberg, 2005, s.119

⁴³ Birbirinden oldukça farklı hatta birbirine zıt görüşler feminizm çatısı altında bir araya gelebilmiştir. Bu yüzden feminizm değil, feminizmler vardır. Anarşizm de farklı akımları, ekolleri bünyesinde barındıran oldukça çeşitli ve geniş bir kategoridir. Bu durumu Daniel Guerin "anarşizmin geniş bir sırtı vardır, her şeyi kaldırır" diyerek ifade eder.

⁴⁴Tüm kadınların kadın olduğu için aynı ezilmişliği paylaştığını ileri süren radikal feminizm, Margaret Thatcher gibi kadınların "erkek değer sistemi" içinde olduklarından 'kız kardeşliği' unuttuğunu düşünür. Radikallere göre, Thatcher gibi kadınların, ezilen kadınlarla olan ortak noktası, içinde yer aldığı erkek yöneticilerle olan ortaklığından daha fazladır, ancak onlar bunu fark edememektedir. Değindiğimiz gibi, radikal feminizm Marksist feminizmin sınıf mücadelesine öncelik verip kadının kurtuluşunu tali bir sorun olarak ele almasına tepkidir. Ancak Marksizm felsefi temelini diyalektik materyalizmden alırken radikal feminist kuramda toplumsal değişimi açıklayacak bir dinamik yoktur. Bu nedenle cinsel baskının ekonomik alt yapıdan, ırktan veya milletten daha kuşatıcı bir sorun olduğunu iddia eden radikallerin, bunun neden böyle olduğunu açıklamak için geleceği yer yine biyolojidir. Eğer kadınlar biyolojilerinden ötürü baskı altına alınmış veya pasifleştirilmiş ise biyolojinin kader olmadığını öğütleyen feminist mücadele sonuçsuz kalacaktır.<http://www.feministezine.com/feminist/anarchist/Feminism-and-Anarchism.html> (Erişim Tarihi: 02.03.2019)

Örneğin, Radikal feministlerden Kate Millet'in *Cinsel Politika*'da harcadığı onca sayfaya rağmen cinsiyetçiliğin neden var olduğu sorusunu cevapsız bırakması eleştirmenlerin tepkisini çekmiştir. Farrow, 2012, s.23

Sonuç olarak nasıl Ortadoks Marksizm ekonomik indirgemeciliği yüzünden cinsel siyasete ve özel alandaki iktidar ilişkilerine karşı kör ise, radikal feminizm de biyolojik indirgemeciliğe sıkışmıştır.

⁴⁵Marksizm'in ileri sürdüğü kadınların 'kadın' olmaktan kaynaklı sorunlarının sınıfsal olduğu tezi üretim ilişkileri ile toplumsal cinsiyet eşitsizliği arasındaki bağlantıyı göz ardı eden feminizm türlerini, kadınlar arasındaki sınıfsal farkları düşünmeye sevk eder. Caroline Ramazanoğlu, *Feminizm ve Ezilmenin Çelişkileri*, (Çev. Mefkure Bayatlı), Pencere Yayınları, İstanbul, 1998, s.49

YÜHFD Cilt: XVI Sayı:2 (2019)

Marksizm'den ibarettir. Ve kadınların erkeklerle olan ilişkisi değil, ekonomi ile olan ilişkisi tartışılır.⁴⁶ Morgan'a dayanarak erkek egemen toplumdaki önce kadın hakimiyeti olduğunu iddia eden Engels, özel mülkiyetin ve sınıflı toplumun doğuşuyla kadının statüsünün değiştiğini söyler.⁴⁷ Erkeğin mülk sahipliği “kadın cinsinin tarihi yenilgisini” ortaya çıkarmıştır.⁴⁸ Kadınlar erkekler tarafından değil, burjuvazi tarafından ezildiği için sınıf mücadelesine omuz vermelidir. Vakitlerini ve enerjilerini kimlik siyasetine ayırırlarsa çıkarları bir bütün olan işçi sınıfı bölünür. Marksizm, kadının kurtuluşunu sosyalist devrime ertelemesi⁴⁹ ve yeniden üretim alanındaki kadın emeğini görmezden gelmesi nedeniyle “cinsiyet körü” olarak nitelendirilmiştir.⁵⁰ Sosyalist feminizm ise kadınların ezilmesinin nedeni olarak kapitalizmi ve ataerkilliği görür; bu yönüyle Marksist feminizm ile radikal feminizmin uzlaşısına dayanır.⁵¹

Anarşist feminizm, kapitalizme karşıdır. Mülkiyetin dağılımının ve bu sayede oluşan sınıfsal farkların apolitize edilmesini eleştirir ve kadınlar arasındaki sınıfsal farkları vurgular. Anarşist feministler, ideolojilerinin doğal sonucu olarak ekonomik sistemden çıkar sağlayan burjuva kadınların, kadınlar için özgürlük getiremeyeceğini düşünür. Çünkü sınıflı bir toplumda emeğiyle geçinenler ile sermaye sahiplerinin çıkarları uzlaşmaz. Çoğunlukla sınıf içi evlilik yapıp kocasının statüsünü ve mülkünü yeniden üretmekle yükümlü olan burjuva kadın⁵² ‘feminist bir bilince’ sahip olsa da kapitalizmin doğası gereği mensup olduğu sermaye sınıfının çıkarlarını korur. Örneğin; kadın işçiyi esnek işlerde ucuza çalıştırır, hamile kaldığında

⁴⁶ Heidi Hartmann, ‘Marksizmle Feminizmin Mutsuz Evliliği’, (Çev. Gülşad Aygen), “Kadının Görünmeyen Emeği” içinde, (Haz. G. A. Savran, N. T. Demiryontan), Yordam Yayınları, İstanbul, 2012, s.157-158

⁴⁷ Sema Karadal, *Kadınlara Yönelik Baskının Kökeni ve Şiddet*, Gelenek Dergisi, Mart 2019, s.58, (s.56-69)

⁴⁸ Heywood 2014, s.246-247; Akal, 2009, s.231-232

⁴⁹ <http://haber.sol.org.tr/yazarlar/aydemir-guler/erteleme-yok-237882> “...ertelemiyoruz, biz kadın sorununun da...işçi direnişinde çözüleceğini iddia ediyoruz. Birlikte direnen kadın işçiler birbirlerinin inancına, yaşam biçimine saygı duyuyor...Kadınlar birlikte örgütlenip mücadele ederlerken, yanı başındaki erkek işçilerle eşit yurttaş olmakta da hiç zorluk çekmiyorlar. Ertelemiyoruz. Mücadele çözüyor...” Yazara göre “kadın sorunu” sosyalizme giden yolda geçerken çözülüyor. Erkek egemenliği, sınıf egemenliğinin bir parçası olarak görülünce, cinsel eşitlik daha büyük görülen bir başka mücadelenin içerisinde eritiliyor.

⁵⁰ <https://www.gazeteduvar.com.tr/yazarlar/2019/02/09/gulnur-acar-savran-erkeklik-krizi-yok-patriarka-hala-cok-guclu/> (Erişim Tarihi: 02.03.2019)

⁵¹ Yıldız Ecevit, ‘Toplumsal Cinsiyet Sosyolojisine Başlangıç’, “*Toplumsal Cinsiyet Sosyolojisi*” içinde, Anadolu Üniversitesi Yayınları, Eskişehir, 2011, s.16-17

⁵² https://www.anarkismo.net/newswire.php?story_id=4068 (Erişim Tarihi: 05.03.2018)

işten çıkarmaya çalışır, hamilelik izni, süt izni gibi ‘biyolojik’ kadının haklarını kullanmasından rahatsız olur. Sınıfsal farklar feminizmin evrensel kız kardeşlik iddiasının içini boşaltır.

Radikallerden daha ileri giden anarşist feministler için devlet ve ataerkillik “ikiz kötülüklerdir.” Devleti ortadan kaldırmak, kurumsallaşmış ataerkinin bir aracını ortadan kaldırmak demektir.⁵³ Anarşist feminizm dışında, feminizmin hiçbir türü devletin kendisine karşı açıktan cephe almaz; kimi feministlerce devlet erkeklerin yanında yer aldığı gerekçesiyle eleştirilir. Oysa devletin erkeklerin yanında yer aldığı tezi, gerçekte taraf olan devleti tarafsızlaştırarak örtük bir şekilde meşrulaştırır. Anarşizmde, devlet tanımsal olarak hiçbir şekilde meşru değildir, çünkü bizzat varlığı eşitsizliklere sebep olmaktadır. Devletin varlığı global toplum ölçeğinde kurulan siyasi iktidarın yöneten-yönetilen farklılaşmasına yol açmasına bağlıdır.⁵⁴ Yöneten-yönetilen ayrımı içerisinde yönetenler ekseriyetle erkek, yönetilenler de kadınlar olduğu için devletin cinsiyeti erkektir.

Kendisi bir ‘erk’ olan devlet, şiddet tekeli olarak gıdasını savaştan, korkutmadan ve sürekli zarar verecek bir düşmanın var olduğu inancından alır. Ulus devletin dayandığı milliyetçi-militarist ideolojide ulus ve vatan kavramları cinsiyetlendirilmiştir.⁵⁵ Milliyetçi söylemde ulus bir aileye benzetilir; ulusun erkekleri ve kadınları birbirine karşıt rollerle konumlandırılır.⁵⁶ Ön planda olup savaşan, çarpışan ulusun erkekleriyle; geri planda kalıp, anne veya eş rolünde erkeklere destek olan ulusun kadınları farklı görevler yüklenirler. Kadınların görevi, ulusun biyolojik üreticileri ve kültür aktarıcıları olarak anneliktir.

Anavatan söylemiyle kara parçalarının, şehirlerin kadın vücuduyla özdeşleştirilmesi çok yaygındır.⁵⁷ Hem vatan hem de kadın vücudu her an bir düşmanın yani ‘yabancı’ bir erkeğin saldırısına açık olarak resmedilir. Erkeğe yüklenen kutsiyet atfedilmiş görev de sınırları ve kadını korumaktır. Fetheden asker, fethedilen toprak düalizmi milliyetçilik ile cinsiyetçilik

⁵³ <https://theanarchistlibrary.org/library/howard-j-ehrlich-toward-a-general-theory-of-anarchafeminism#toc1> Erişim Tarihi (02.03.2019)

⁵⁴ Oktay Uygun, *Devlet Teorisi*, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2015, s.9

⁵⁵ Çiğdem Akgül, *Militarizmin Cinsiyetçi Suretleri*, Dipnot Yayınları, Ankara, 2011, s.44-45

⁵⁶ Akgül, 2011, s.30

⁵⁷ Tevfik Fikret’in *Sis* şiirinde İstanbul’a “ey bin kocadan artakalan dul kız” diye hitap etmesi, Nazım Hikmet’in *Kuvayi Milliye Destanı*’nda geçen “senin ırzını kurtardım İstanbul’um” cümlesi mekanların dişil cinsiyetlendirilişine tipik birer örnektir.

YÜHFD Cilt: XVI Sayı:2 (2019)

arasındaki bağı ortaya koymaktadır.⁵⁸ Kadının doğurma potansiyeline sahip olması ulusun 'saflığı' için tehdit taşır, bu nedenle kadınlar her zaman ulusun erkeklerine ait olmalıdır. Devletler ulusun saflığı veya devletin bekası adı altında kadının cinselliğini sınırlar ve denetler. Çeşitli bahanelerle kürtajın yasaklanması, Çavuşesku'nun 10 çocuk doğuran kadınlara rütbe vermesi siyasi iktidarın annelik kurgusu üzerinden kadın bedeni üzerinde hak iddia edişine birer örnektir.⁵⁹ Anarşist feminizm, devlet-erkek-ordu arasındaki ittifakı eleştirir ve yurtseverlik fikrini özgürlüğün önünde bir engel olarak görür.

- **Anarşist Feminizmde Sosyal Dönüşümün Yöntemi**

Anarşistler sosyal dönüşümü sağlamak için kullanılan araçların amaçlarla uyumlu olması gerektiğini, otoriter araçlarla özgürlükçü amaçlara ulaşılamayacağını düşünürler.⁶⁰ Bu nedenle oy kullanmak gibi eril devleti güçlendirecek yöntemlere başvurmazlar. Örneğin, Goldman oy hakkı için mücadele eden döneminin feministlerine katılmamıştır. Ancak süfrajetlerden ayrı düşerken elbette kadınların oy kullanacak fiziksel ve zihinsel olgunluğa sahip olmadığını düşünmez. O erkeklerin başarısız olduğu bir hususu kadınların başaracağına inanmamıştır. Goldman'a göre, kadınların oy kullanması mevcut durumu ne kötüleştirir ne de iyileştirir. Geleneksel siyaset iktidardan pay kapma esasına dayandığı için kadınlar siyasete girerek siyaseti saflaştıramazlar. Nitekim Yeni Zelanda, Avusturalya gibi kadınların oy kullanma hakkını elde ettiği ülkelerde de kadınların emeği sömürülmeye devam etmiş ve çalışma koşulları değişmemiştir. Halen cinsel meta olarak görülen ama oy kullanan 'özgür' kadınlar çifte standartlı ahlak anlayışını yıkamamıştır. Süfrajetler oy kullanmanın kadınları özgürleştireceğini düşünüyorlardı ancak onların çok azı geleneksel kadınlık rollerine itiraz ediyordu. Onlar kadını iyi bir Hristiyan, ev kadını ve yurttaş yapmaya çalışarak yıllarca hizmet ettiği ve artık kurtulması gereken efendilerine (din, devlet ve koca) daha çok bağlıyordu.⁶¹

⁵⁸ Bu konuda röportajlara dayanılarak yapılmış kapsamlı bir çalışma için bkz. Pınar Selek, *Sürüne Sürüne Erkek Olmak*, İletişim Yayınları, İstanbul, 2008

⁵⁹ <https://dunyalilar.org/beyaz-orta-sinif-bir-annelik-fantezisi-new-momism.html/> (Erişim Tarihi: 04.04.2019);

⁶⁰ Marshall, 2003, s.858

⁶¹ <https://www.marxists.org/reference/archive/goldman/works/1911/woman-suffrage.htm> (Erişim Tarihi: 07.03.2019)

Goldman hayatı boyunca işçi mücadelesi içinde yer aldığı için genellikle orta sınıf ve muhafazakar bir tabandan gelen süfrajetlere karşı temkinliydi.⁶² Oy hareketini halkın ekonomik ihtiyaçlarıyla alakası olmayan bir “salon tartışması” olarak niteledi.⁶³ Hükümetin tüm biçimlerine karşı çıktığı ve devleti özel mülkiyeti koruyan başlıca baskı aygıtı olarak gördüğü için⁶⁴ oy hakkını kadınların asıl mücadelesinden bir sapma olarak değerlendirdi.⁶⁵ Oy ya da bir başka dışsal otorite kadının kurtuluşunu gerçekleştiremezdi. Kendi ifadesiyle söylersek, “Gerçek kurtuluş oy sadıklarında veya mahkemelerde değil, kadının ruhunda başlar.” Ezilenler haklarını ancak kendi çabalarıyla kendileri alabilir.⁶⁶

Goldman da diğer feministler gibi toplumsal bir varlık olan insanın bilincinin ve değer yargılarının mevcut toplumsal kurumlar tarafından şekillendirildiğini kabul eder.⁶⁷ Ancak insanın tamamen koşullarının ürünü olduğu fikrini edilgenliğe ve çaresizliğe sebep olduğu için reddeder. Ona göre insan, iradeye ve düşünebilme kapasitesine sahiptir ve kendi gücüne başvurabilir, koşullarını değiştirebilir.⁶⁸ Goldman’a göre:

“...Kadının gelişmesi, özgürlüğü ve bağımsızlığı bizzat kendi eseri olmalıdır. İlk önce kendini cinsel bir meta olarak değil, kişi olarak görerek. İkincisi bedeni üzerinde başka birisinin hak sahipliğini reddederek; kendisi istemedikçe çocuk doğurmayı reddederek, **Tanrı’ya, Devlet’e, topluma, kocaya, aileye vb. hizmet etmeyi reddederek, yaşamını daha basit ama daha zengin ve derin kılarak.** Hayatın anlamını ve özünü tüm karmaşıklığı içinde öğrenmeye çalışarak, **kendini toplumun kanaatlerinden ve baskısından kurtararak.** Yalnızca bu kadınları özgürleştirebilir, oy sandığı değil.”⁶⁹

⁶² <http://www.geocities.ws/anarsistbakis/makaleler/farmer-emmagoldman.html#fn23> (Erişim Tarihi: 07.03.2019)

⁶³ <https://www.marxists.org/reference/archive/goldman/works/1911/woman-suffrage.htm> (Erişim Tarihi: 07.03.2019)

⁶⁴ “Socialism: Caught in the Political Trap”, *Red Emma Speaks: An Emma Goldman Reader*, (Ed. Alix Kates Shulman), Prometheus Books, 1998, s.102

⁶⁵ http://dwardmac.pitzer.edu/Anarchist_Archives/Goldman/aando/emancipation.html (Erişim Tarihi: 07.03.2019)

⁶⁶ <http://www.geocities.ws/anarsistbakis/makaleler/farmer-emmagoldman.html#fn23> (Erişim Tarihi: 07.03.2019)

⁶⁷ *Feminist Interpretations of Emma Goldman*, (Ed. Penny A. Weiss and Loreta Kensingler), The Pennsylvania University Press, Pennsylvania, 2007, s.85

⁶⁸ Goldman, 2006, s.42

⁶⁹ <https://www.marxists.org/reference/archive/goldman/works/1911/woman-suffrage.htm> (Erişim Tarihi: 07.03.2019) Vurgular bana ait.

Goldman'ın içsel kurtuluşun nasıl olacağına dair bir somutlamada bulunmayı hayal kırıklığı yaratır.⁷⁰ Bir yazara göre de, eğer kadın cinsel çeşitlilikten yana tavır alıp evliliğe karşı koyarsa ve annelikle ilgili 'sorumlulukları' ihmal ederek kişisel ve cinsel özerkliğinde ısrar ederse eşitliğe giden yol açılacaktır.⁷¹ Anarşist feminizmde not edilmesi gereken bir nokta, değişimin yarın veya devrimden sonra değil, şimdiden başlaması için doğrudan eyleme ve hazırlığa girişmek gerektiğidir.⁷² Bu anarşizmin bireyci bir ideoloji olmasının sonucudur. Anarşizm siyasi partilerin öncülüğünde gerçekleşecek özgürlüğe şüpheyle bakar. Bir grup insanın diğerleri üzerindeki egemenliğine dayanan parti, hiyerarşik bir örgütlenme tarzıdır. Otoriter bir kurumun veya bir siyasi partinin çabalarıyla elde edilen özgürlük, azınlığın ayrıcalığı ile sonuçlanır. İnsanı kendisinden başka hiç kimsenin temsil edemeyeceğine inanan anarşistler herkesi özgürlüğü için doğrudan sorumluluk almaya teşvik eder.

Ekonomik altyapının belirleyici olduğunu savunan Marksizm'de asli sorun-tali sorun ayırımına gidilebilir. Söz gelimi; feminizm, LGBTİ, ekolojik mücadele, hayvan özgürlüğü gibi ikincil görülen meseleler sosyalist devrimden sonraya bırakılabilir, ancak anarşizmde bu sorunları devletin veya kapitalizmin yıkılışına ertelemek mümkün değildir. Devlet iktidarını ele geçirmeyi hedeflemeyen anarşizm için 'politik olan' bir sosyal sınıfın iktidar mücadelesinden daha fazlasıdır.⁷³ Liberal düşünür Dahl'ın belirttiği gibi, politika "insanlar arasındaki otorite, iktidar ve egemenlik olgularını içeren ilişkilerin sürekli ve kalıcı bütünüdür."⁷⁴ Ehrlich için de politika, resmi hükümetle ilgili olaylar setini aşan bir olgu olarak tanımlanır, günlük hayatımızda yaptığımız ve bize yapılan her şeyi içerir.⁷⁵ İktidar, her an her toplumsal alanda mevcuttur.⁷⁶ Anarşist örgütlerde bazı eylemciler doğrudan

⁷⁰ Ackelsberg, 2005, s.52

⁷¹ <https://theanarchistlibrary.org/library/colin-wright-anarchism-feminism-and-the-individual> (Erişim Tarihi 07.03.2019); Ackersberg 54-63

⁷² <https://theanarchistlibrary.org/library/anonymous-anarchafeminist-manifesto> (Erişim Tarihi 07.03.2019)

⁷³ Sharif Gemie, *Anarchism and Feminism: a historical survey*, *Woman's History Review*, 1996, 5:3, s.422 (s.417-444),

⁷⁴ Nur Vergin, *Siyasetin Sosyolojisi: Kavramlar, Tanımlar, Yaklaşımlar, Bağlam Yayınları*, İstanbul, 2017, s.143

⁷⁵ <http://library.nothingness.org/articles/SA/en/display/358> (Erişim Tarihi 07.03.2019)

⁷⁶ Foucault için iktidar bir liderin ya da hükümdarın sahip olduğu veya kaybedebileceği bir şey değildir. İktidar, 'başkalarının davranışlarını etkileme ve kontrol edebilme yeteneği' olarak var olan toplumsal pratikler içerisinde özel bir pratiktir. Foucault'nun 'iktidar ilişkileri' kavramını kısaltmak için kullandığı iktidar; yalnızca aile, işyeri veya arkadaş

devlet iktidarına veya erkek egemenliğine karşı mücadele ederken bazıları örgütlü dine veya kapitalist sömürüye karşı mücadeleye öncelik tanır. Her bir hareket özgür bir toplumun yaratılması için asli bir nitelik taşır, hiçbir başlık diğerinden üstün veya öncelikli değildir. Anarşizmin anti-otoriteryen duruşu içerdiği çeşitlilik itibariyle diğer liberal hareketlerin ötesine geçer.⁷⁷

Nasıl ataerki sistem, vesikalı kadınla aile cüzdanı olan kadın arasında bir ayrımcılık yaratıyorsa, kapitalizm de işçi kadın ile burjuva kadının kadınlık deneyimleri arasındaki uçurumu derinleştirir. Tam bu noktada anarşist feminizm, iktidarın bir formunun diğerini beslediğini, ekonomik ve sosyal eşitsizliklerin ayrılmaz bir bütün oluşturan kurumsallaşmış iktidar düzenlemelerinin parçaları olduğunu ileri sürer. Bu nedenle bir kişinin toplumsal konumu ve özgürlüğü diğerinin özgürlüğüne sıkı sıkıya bağlıdır. Bakunin'in saptamasını haklı çıkaracak şekilde, insan ancak kendisi kadar özgür olan insanların arasında özgür olabilir. Liberal düşünceden farklı olarak, anarşizmde bireyin özgürlüğü başkalarının özgürlüğünün başladığı yerde bitmez, başkalarının özgürlüğü ile birleşerek sonsuzluğa uzanır.⁷⁸

Feminist düşünce, çıkışı itibariyle anarşizmin bir bütün olarak yaptığı iktidar eleştirisini paylaşmamış olsa da, feminizmin bugünkü anlamı ve kapsamı daha geniştir. Klasik anarşizmin doğduğu 19.yüzyıla tekabül eden birinci dalga feminizm kadınlar için birtakım haklar talebiyle ortaya çıkmıştır. İkinci dalga ile beraber feministler tüm erkeklerin bir şekilde yararlandıkları ayrıcalıkları ifade etmek üzere ataerki kavramını geliştirmiş ve bir bütün olarak ataerki sistem eleştirisine geçmiştir. Daha sonra ataerki kavramının yetersiz olduğu gerekçesiyle toplumsal cinsiyet kavramı gündeme gelmiş, üçüncü dalga döneminde kadınlar ve erkekler arasındaki ırk, renk, sınıf ve cinsel yönelim gibi farklılıkların erkek egemenliği karşısındaki konumu tartışılmaya başlanmıştır. Nasıl bütün erkekler aynı egemen konumda değilse, tüm kadınların da aynı ezilen konumda olmadığı, cinsiyetin yanında etnisite, renk ve sınıf gibi işaretlenmemiş başka alanların olduğu görülmüştür.

grubunda değil, aşkta ve cinsellikte de vardır. İktidar ilişkileri **belirli bir merkezden doğmayan** bir takım "strateji oyunlarını" içerir. Foucault'ya göre etik açıdan kınanamayacak bu oyunlar **aşk ilişkilerinin** yadsınamaz bir parçasıdır. Ancak taraflardan biri tamamen diğerine tabi olursa ilişki iktidar ilişkisi olmaktan çıkar. Özne belli ölçüde özgür olduğu sürece ilişki iktidar ilişkisidir. Bu iktidarın içinde her zaman direniş potansiyelini taşıdığını gösterir. İktidar varsa direniş de vardır. Özgürlük payının sınırlı olduğu tahakküm durumlarında ise, direniş, kendi özel koşulları içerisinde tahakkümün işlevine göre örgütlenecektir. Vergin, 2017, 146-149

⁷⁷ Brown, 1996, s.154

⁷⁸ Bakunin, *Tanrı ve Devlet*, (Çev. Remzi Çaybaşı), Belge Yayınları, İstanbul, 1998, s.145
YÜHFD Cilt: XVI Sayı:2 (2019)

Toplumsal cinsiyet hayattaki pek çok avantajın ya da dezavantajın belirleyicisi olsa da, tek başına cinsel eşitlik odaklı mücadele yetersizdir. Kadınların özgürlüklerini yaşayabilmeleri çok katmanlı bir görünüm arz eden iktidarlı ilişkilerin tüm boyutlarıyla ortadan kaldırılmasına bağlıdır.⁷⁹ Sınıfsız ve devletsiz bir topluma giden yolda ekonomik ve siyasi iktidarın çözülüşü feminist bir renge boyanmak zorundadır.⁸⁰ Bu nedenle feminizmin yaşama geçmesi, anarşizmle tamamlanmasına bağlıdır. “Ciddi bir anarşizm de feminist olmak zorundadır, aksi takdirde, söz konusu olan ataerkil bir yarı anarşizmdir.”⁸¹

1984’de Venedik’te düzenlenen Uluslararası Anarşist Kongre’de, kadın konuşmacıların çoğunluğu anarşist kimliğini feministliklerinin önüne koymuş ve erkeklerle birlikte anarşi için mücadele ettiklerini, anarşist örgütlerinin hedeflerinin cinsel eşitliği içerdiğini belirtmiştir. Bu yaklaşım, erkeklerin, cinsiyetin toplumsal gücünden sağladığı avantajlardan kendiliğinden bir rahatsızlık duymalarını beklemek anlamına geldiği için gerçekçi değildir.⁸² Tüm bir toplumsal düzen erkeğin kadın üzerindeki iktidarını yeniden üretecek kanallarla örülüyken, kadının kurtuluşu erkeklerin bireysel iradeleriyle sağlanamaz.

Bir diğer husus, anarşist feministler saldırganlık, rekabet, tahakküm gibi otoriteyi çağrıştıran niteliklerin hiyerarşik toplumlarda kök saldıgına ve ‘eril’ olarak kodlandığına işaret ederler. Tam tersi bir şekilde duyarlılık, yardımlaşma ve iş birliği gibi otoriter olmayan nitelikler de ‘dişil’ olarak görülür. Böylece anarşist feminizm ataerkil değer ve geleneklerin merkezîyetçiliği ve hiyerarşiyi ürettiğine işaret eder. Toplum desantralizasyon ve kendi kendine yönetim esaslarına dayanarak erk’ten sıyrılınca yardımlaşma, duyarlılık ve iş birliğine açık hale gelerek dişilleşecektir.⁸³ Bu görüşte eleştirilmesi gereken bir nokta vardır: Anarşizmin yaşama geçmesi için rekabetin yerine dayanışmanın koyulması ve toplumun desantralize edilmesi gereklidir. Ancak zora ve baskıya dayanan toplumu erillikle, zordan arındırılmış anarşist toplumu da dişillikle

⁷⁹ Feminist Interpretations of Emma Goldman, (Ed. Penny A. Weiss and Loreta Kensinger), The Pennsylvania University Press, Pennsylvania, 2007, s.316

⁸⁰ Chiara Bottici, *Imaginal Politics: Images Beyond Imagination and the Imaginary*, Columbia University Press, 2014, s.195

⁸¹ <https://theanarchistlibrary.org/library/colin-wright-anarchism-feminism-and-the-individual> (Erişim Tarihi: 07.03.2019)

⁸² Hans Jürgen Degen, *Anarşizmin Bugünü*, (Çev. Neşe Ozan), Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 1999, s.102; Hooks, 2016, s.85

⁸³ Orhan Düz, *Yarın Çok Güzel Olacak Mı?: “Temel Metinlerle Anarşizm’in Dünü”*, Dedalus Yayınları, İstanbul, 2012, s.130-131

özdeşleştirmek toplumsal cinsiyet rollerini biyolojik özcü bir şekilde açıklamaktır. Saldırganlık eril, yardımlaşma da dişil olarak karakterize edildiğinde toplumsal cinsiyet hiyerarşisi veri olarak kabul edilmiş olur. Başka bir deyişle, feminist teorinin cinsiyet rollerinin kültürel olarak iktidar ilişkileri içerisinde kurulduğu iddiası reddedilmiş, belirli bir yer ve zamanda cinsiyetlere atfedilen anlamlar doğallaştırılmış olur. Doğal olan; olması gereken ve başka şekilde olması imkânsız olan anlamına geldiği için cinsiyet rollerinin doğallaştırılmasına karşı mesafeli olmak gerekir. Örneğin, uzun yıllar, kadının kamusal yaşamdan kopartılmasının gerekçesi, anneliğe ve ev işlerine ‘doğal’ yatkınlığı olarak gösterilmiştir. Oysa doğa/kültür ayrımının içerisinde biyolojik olduğu düşünülen özellikler toplumsal olarak inşa edilmiş yargılar tarafından doğallaştırılır. Neyin doğal, neyin kültürel olduğuna ilişkin kavrayışımızın kendisi de kültürel bir oluşumdur.⁸⁴

- **Anarşizm ve Eşcinsellik**

Goldman bir anarşist komünist olarak mülkiyete ve devlete karşı eleştiriler getirmekle birlikte, cinselliği zamanımızın en yakıcı sorunu olarak görür.⁸⁵ 1895 yılında, Viyana’da hemşirelik eğitimi sırasında, Prof. Bruhl’un eşcinsellik üzerine verdiği konferanstan etkilenerek bu konu üzerinde çalışmaya başlar.⁸⁶ Cinselliğe ilişkin siyasetini Havelock Ellis gibi dönemin önde gelen seksologlarının kitaplarını okuyarak oluşturur.⁸⁷ Aynı yıl Oscar Wilde’nin cinsel yönelimi nedeniyle yargılanıp ceza almasıyla anarşistlerin eşcinselliğe olan ilgisi birdenbire artar.⁸⁸ Eşcinselliğin devlet tarafından cezalandırılması, din adamları ve doktorlar tarafından denetlenmeye çalışılması anarşistlerin tepkisini çekmiştir.⁸⁹ 1897’de Alman seksolog Magnus Hirschfeld tarafından dünyada eşcinsel haklarını savunan ilk örgüt (Scientific-Humanitarian Committee) kurulmuş, komite düzenli dergi çıkarmış ve hukuki reformlar yapılması için çalışmıştır.⁹⁰ Wilde’in ceza almasını kastederek ona karşı işlenen suçu anlayabildiğini belirten Goldman, Hirschfeld’e yazdığı bir mektubunda “bir anarşist olarak benim

⁸⁴ R. W. Connell, *Toplumsal Cinsiyet ve İktidar*, (Çev. Cem Soydemir), Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 2017, s.124

⁸⁵ Kissack, 2008, s.24

⁸⁶ Kissack, 2008, s.135

⁸⁷ Kissack, 2008, s.136

⁸⁸ Kissack, 2008, s.10

⁸⁹ Kissack, 2008, s.6

⁹⁰ Kissack, 2008, s.1

yanım, daima ezilenlerin yanındır” diyerek Wilde’a açık desteğini belirtir.⁹¹ Yazılarında ve konferanslarında sık sık doğum kontrolü, özgür aşkı işleyen Goldman, Hirschfeld’e göre eşcinsel aşkı kitleler önünde savunan ilk kadındır.

Kişilerin her türlü birlikteliklerinin şekline ve süresine özgürce karar vermesi gerektiğine inanan anarşistlerin evlilik eleştirisi hemcins birlikteliğin savunusuna zemin hazırlamıştır.⁹² Ancak onlar hemcins birliktelikleri eşcinsel hakları savunusu olarak değil, anarşizmin bireysel iradenin özerkliği ve dışsal otoritenin reddini esas alan ilkeleri ışığında desteklemişlerdir.⁹³ Anarşizm insanlığın tüm kısıtlamalardan kurtulması için cinsel özgürlüğü özerk bir mesele olarak ele alan döneminin tek ideolojisi olmuştur.⁹⁴

Ancak Goldman kadar açık fikirli olmayan anarşist yoldaşları, onu eşcinselliği savunmaması konusunda uyarır. Onlara göre çok daha önemli olan ekonomik sorunlar dururken Goldman ‘sapıkça’ işlerle uğraşarak boş yere vakit harcamakta, zaten kötü bir şöhrete sahip olan anarşizmin itibarına zarar vermekte ve insanların anarşizmi yanlış anlamasına sebep olmaktadır. Yoldaşlarından gelen uyarıları polis baskısıyla eş değer gören Goldman, bu uyarıların kararlılığını daha çok arttırdığını, önyargılarından zarar görenleri daha çok sahiplenmesine vesile olduğunu belirtir.⁹⁵ Örneğin, Kropotkin de seksolog Halvelock Ellis’i ziyaret etmek isteyen Emma Goldman’a başarısızlıkla sonuçlanacak olsa da gitmemesi uyarısında bulunmuş, cinsellik konusunda detaylı çalışmaların sapıklığa ve ahlak yoksunluğuna yol açacağını iddia etmiştir. Goldman’ın yazılarını yayımladığı dergiyi cinsellikle ilgili konulara fazla yerdiği için eleştirmiştir. Kropotkin’e göre, şimdilik bunun üzerinde fazla durmaya gerek yoktur. Serbest çalışmanın getirdiği özgür bir ortamda cinsler birbiriyle olan ilişkilerini şu an tahmin edebildiğimizden daha iyi düzenleyebilir.⁹⁶ Cinsel özgürlük konusunu üretim ilişkileriyle birlikte açıkladığı için Kropotkin’in tavrı Marksistlerin ertelemeye yol açan indirgemeci yaklaşımını hatırlatır.

⁹¹ Kissack, 2008, s.119

⁹² Kissack, 2008, s.35

⁹³ Kissack, 2008, s.4-5

⁹⁴ Kissack, 2008, s.24-25

⁹⁵ Emma Goldman, *Hayatımı Yaşarken*, C.II, (Çev. Emine Özkaya), Metis Yayınları, İstanbul, 1997, s.565

⁹⁶ Paul Avrich, *Anarşist Portreler*, (Çev. Osman Akınhay), Agora Kitaplığı, İstanbul, 2012, s.120

Bu konu Goldman ile Kropotkin arasında tartışma konusu olmuştur. Goldman otobiyografisinde Kropotkin'e şu cevabı verdiğini yazar: "Cinsellik sizin yaşınızdaki biri için önemli olmayabilir ama şu anda binlerce hatta milyonlarca genç için çok önemli bir mesele."⁹⁷ Konuşmanın geçtiği zaman Goldman 30 Kropotkin ise 57 yaşındadır. Kropotkin daha fazla itiraz etmez ve yüzünde bir gülümsemeyle Goldman'a hak verir.⁹⁸ Yine de "*Rus ve Fransız Hapishanelerinde*" isimli çalışmasında hemcins ilişkileri ima ederek hapishanelerin ahlaksızlığın en çok beslendiği yerler olduğunu ileri sürer.⁹⁹

Ancak Goldman da bugünün perspektifinden bakıldığında bazı noktalarda muhafazakâr kalmaktadır. O erkek ve kadının farklı fikirleri, tercihleri ve hisleri olan iki ayrı dünya olduğunu¹⁰⁰ ve eşcinselliğin ise azınlığa özgü bir eğilim olduğunu düşünmektedir.¹⁰¹ Goldman'ın eşcinselliği sabit bir azınlık olarak görmesi aslında erkek ve kadın arasında doğal bir farklılık olduğunu düşünmesinin uzantısıdır. Çünkü heteroseksizmi veri olarak almadan eşcinselliği sabit bir azınlık olarak kabul etmek mümkün değildir. Goldman 19. yüzyılın sonu ile beraber 20. yüzyılın başında "modern cinsiyet rejiminin oluştuğu"¹⁰² bir zamanda yaşamıştır. Bu dönem Fransız devriminden sonra gelen 'özgür' tartışma ortamının toplumun Tanrı'dan başlayan sabit bir hiyerarşik düzeni olduğu inancını sarsmasından sonraya tekabül eder. Artık kadınların ikincil konumunu sürdürmek için kadınlarla erkekler arasında doğal bir fark yaratmak gerekliliği doğar.¹⁰³ 'Biyolojik' cinsel fark, modernliğin kurduğu hiyerarşileri, tahakküm düzenini meşrulaştırmak için önemli bir dayanak olmuştur.¹⁰⁴ Endüstriyel kapitalizmin gelişmesi ve buna paralel olarak

⁹⁷ Feminist Interpretations of Emma Goldman, (Ed. Penny A. Weiss and Loreta Kensinger), The Pennsylvania University Press, Pennsylvania, 2007, s.30

⁹⁸ Avrich, 2012, s.121

⁹⁹ Kissack, 2008, s.100-101 Emma Goldman'ın sevgilisi anarşist komünist Alexander Berkman ise tam tersi bir yaklaşımla eşcinselliğe merkezi bir önem atfeden '*Bir Anarşistin Hapishane Anıları*' isimli kitabında basit bir eşcinsellik savunusunun ötesine geçer ve aynı cins aşkın sosyal ve ahlaki yönden anlaşılması için önemli katkılar sunar. Mahkumlar arasında yaşanan aşkları hapishanenin çetin koşullarına karşı bir direniş olarak görür. Kitap Amerika'da eşcinsellekle ilgili 1950'den önce yazılmış en ilgi çekici metinlerden biridir. Kissack, 2008, s.102

¹⁰⁰ Goldman, 2006, s.43

¹⁰¹ Kissack, 2008, s.6

¹⁰² Sancar, 2009, s.48

¹⁰³ Alison Stone, *Feminist Felsefeye Giriş*, (Çev. Yonca Cingöz, Bilge Tanrısever), Otonom Yayıncılık, 2016, s.58-65

¹⁰⁴ Sancar, 2014, s.26

kurulan modern-ulus devletlerin pratiği cinsel farkı keskinleştiren iki önemli uğrak olarak ortaya çıkmıştır.¹⁰⁵

Şöyle ki Batı'da *Aydınlanma* olarak isimlendirilen dönemde, burjuvazi ticaret ve endüstri ile elde ettiği zenginlikleri korumak için doğuştan ayrıcalıklı aristokratlara karşı tüm insanların akıl sahibi bir birey olarak doğuştan eşitliğini savunmuştu.¹⁰⁶ Söz konusu eşitlik anlayışı sosyal ve ekonomik eşitlik değil, biçimsel-hukuki bir eşitlikti.¹⁰⁷ Birey, cinsiyet açısından nötr değil, eril bir karakter taşımaktaydı.¹⁰⁸ Sermaye başlarda cinsiyet tanımaz bir şekilde kadın ve çocuk emeğinden beslense de, ihtiyaç duyduğu ucuz işçi gücünü verimli bir şekilde sağlamak için erkekleri işçileştirip kadınları da ev kadını haline getirir. Kırsal yaşamın gereksinimlerini karşılayan geniş aile kapitalizmin ihtiyaçları doğrultusunda dönüşür ve yerini çekirdek aileye bırakır. Piyasadan kopan ailenin özel alan olarak kamusal yaşamdan ayrışmasına mekânsal cinsiyetlendirme eşlik eder.¹⁰⁹ Aile, kapitalist sömürü altındaki 'özgür' erkek bireylerin devletin müdahalesi olmaksızın özgürlüğünü yaşadığı bir "sığınak" olur.¹¹⁰ Sonuç olarak, burjuva devrimiyle gelen eşitlik, erkeklerin aralarındaki sınıfsal farklara karşın, ailenin reisi olarak devletin koruyuculuğu altında kadınlara ve çocuklara hükmetmede sahip olduğu bir eşitlik olarak ortaya çıkar.¹¹¹ Kadının karşılıksız emeğine yaslanan aile aynı zamanda miras yoluyla mülkiyet ilişkilerinin korunduğu ve egemen ideolojinin sürekli kılındığı bir kurum olarak ataerkilliğin ve kapitalizmin merkezinde yer alır. Ailenin yeni işçi kuşaklarını üretmesi için heteroseksüel olarak kurulması gereklidir. Bunun sonucunda da homofobi belirir. İnsanlık tarihinin her döneminde var olan, devletler tarafından örtülü ya da açıkça onaylanan eşcinsellik kapitalizmin gelişmesiyle yasaklanır.¹¹² Bu, öte yandan, eşcinselliğin bir kimlik haline gelmesine de sebep olur. 1869'a kadar eşcinsel sözcüğü kullanılması söz konusu değildir. Foucault'ya göre eşcinsellik modernitenin

¹⁰⁵ Akgül, 2011, s.16-17

¹⁰⁶ M. A. Ağaoğulları-F. Zabcı-R. Ergün, "Kral-Devletten Ulus-Devlete", İmge Kitabevi, Ankara, 2017, s.233; Sancar, 2014, s.33

¹⁰⁷ Ağaoğulları vd, 2017, s.290

¹⁰⁸ Fatmagül Bertkay, *Tarihin Cinsiyeti*, Metis Yayınları, İstanbul, 2015, s.38

¹⁰⁹ Sancar, 2009, s.51

¹¹⁰ Bertkay, 2015, s.38

¹¹¹ Sancar, 2014, s.55

¹¹² Hatice Yıldız Levent, *Toplumsal Cinsiyet Bağlamında Erkeklik Gaziantep Örneği*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gaziantep, 2015, s.111

icadıdır.¹¹³ Modern öncesi dönemde, örneğin Eski Yunan'da ve Roma'da yaygın olan eşcinsellik artık sabit bir azınlık olarak kodlanmış, nüfusun tamamına yaygın bir olgu olabileceği reddedilmiştir.¹¹⁴

Bu nedenle ataerki ile heteroseksizm arasında çok güçlü bir bağ vardır. İkili sınıflandırmaya dayanan cinsiyet düzeninin tüm bir varoluşu tarif etmeye yetmediğini göstermek yalnızca cinsel çeşitliliğin meşruiyet kazanmasını sağlamaz, ataerki iktidarın da temelini sarsar. Kamusal-özel, zihin-beden, kültür-doğa şeklinde yapılan hiyerarşik ayrımlarla eril-dişil ikiliği iç içe geçer; birincil eril, ikinciler dişil olarak kodlanır. Ataerki, erkeği ayrıcalıklı ve cinsiyetsiz bir konuma yerleştirirken kadını 'öteki' olarak sunar. Erkek evrensel kişiye, kadın ise cinsiyetli bir kişiye işaret eder.¹¹⁵ Yani erkek, erkekliğini kadına karşı kurar.¹¹⁶ Öyle ki, erkeklik hiyerarşisinde yükselebilmek kadınlıkla veya kadınsılıkla ilişkilendirilen rollerden ve özelliklerden uzak kalmaya bağlıdır.¹¹⁷ Erkeğin erkekliğini belirleyen, bir anlamda, kadının 'kadınsılığı' olmaktadır.¹¹⁸ Dolayısıyla, cinsiyete dayalı iktidar ilişkilerinin kurulması ve sürdürülmesinde, ataerkillikle heteroseksizm "ikiz süreçler"¹¹⁹ olarak işlemektedir.¹²⁰ Emma Goldman gibi anarşistler, erkek egemenliğini doğallığından kurtarmış ancak cinsiyetin kendisini bir iktidar formu olarak incelememiştir. Halbuki erkeği egemen kılan husus tam da erkekliğe atfedilen anlamlar ve bu anlamlar

¹¹³ Diana Gittins, *Aile Sorgulanıyor*, Pencere Yayınları, (Çev. Tuna Erdem), İstanbul, 2011, s.180; Alev Özkazanç, *Feminizm ve Queer Kuram*, Dipnot Yayınları, Ankara, 2015, s.92

¹¹⁴ Nevin Öztop (Haz.), *Kadın Olma Halleri*, Ayrıntı Basımevi, Ankara, 2009, s.44

¹¹⁵ Cinsel kimliklerin birbirlerine karşı kuruluşu konusunda farklı görüşler vardır. Luce Irigaray'a göre *eril cinsiyet* olmak üzere tek bir cinsiyet vardır; dişi, kendini eril olmayana göre tanımlar. Bir 'öteki' olarak kendine ait bir kimliği olmayan dişidir. Monica Wittig de *kadın cinsiyeti* olmak üzere tek bir cinsiyetin olduğunu düşünür. Ona göre erkek, evrensel olarak cinsiyetsiz bir kişidir. Cinsiyeti olan kadındır. Butler, s.57-67

¹¹⁶ Akal, 2009, s.268

¹¹⁷ Aksu Bora, *Kadınların Sınıfı: Ücretli Ev Emegi ve Kadın Öznelliğinin İnşası*, İletişim Yayınları, İstanbul, 2010, s.47; Zeynep Direk, *Cinsel Farkın İnşası: Felsefi Bir Problem Olarak Cinsiyet*, Metis Yayınları, İstanbul, 2018, s.187

¹¹⁸ Öztop, 2015, s.80

¹¹⁹ Spike Peterson, *Sexing Political Identities/Nationalism as Heterosexism*, International Feminist Journal of Politics, Cilt 1 No. 1, 1999, 34-65, s.57, dipnot 7.

¹²⁰ Radikal feministleri haklı çıkaracak şekilde, ataerki-heteroseksizm ilişkisine dair eklemek gerekir ki ataerki iktidar en sinsi tezahürlerinden birini yatak odasında gösterir. Cinselliği erkeğin kadını alt ettiği bir savaş alanına çevirir. Firestone *Cinselliğin Diyalektiği* isimli kitabında erkek için cinsel arzunun aşağılamakla eş anlamı olduğunu, erkeğin cinsel istek duyduğu bir şeyi sevmeyeceğini ileri sürer. 'Kadınsı' delikanlıların kadınlara istek duymalarını sağlamanın yolu onlara kadınlardan nefret etmeyi öğretmektir. Kadınlardan nefret etmeden kadınları 'sevemezler.' Akal, 2009, s.274

aracılığıyla türetilen rollerdir. Cinsiyetin bir olgu olarak kabul edilmesi, cinsel eşitliği sağlamanın önünde bir engel teşkil etmektedir. Queer teorisinin açtığı tartışmalara göre, cinsiyet imha edilmeden cinsel eşitliğin sağlanması mümkün değildir, çünkü cinsiyetin biyolojik bir olgu olarak kabul edilmesine toplumsal-siyasal bir sonuç eşlik edecektir. Bu sonuçların egemen kültürden bağımsız olması imkansızdır. Aksi takdirde, cinsel eşitliği sağlamak adına eleştirdiğimiz ataerki ve heteroseksizmi bir yandan veri olarak almak zorunda kalırız ki, bu çelişkili bir durum yaratır. Queer için eşitliğe giden yol ancak cinsiyet imha edilerek açılır.

Üçüncü dalga feminizmle başlayan tartışmalara göre, eşcinsellik tanımının içeriği egemen toplumsal cinsiyet rejimi tarafından doldurulduğu sürece, insanların bu tanıma özgürce sahiplenmesi veya reddetmesi mümkün değildir.¹²¹ Özgürleştirici olan, cinsiyetlere atfedilen anlamları bozmak, yeniden yapmak, yaratıcı tekrarlarla erkeksi ve kadınsı diye tabir edilen özellikleri birbirlerine karıştırmaktır. Bu durum, Connell'in belirttiği gibi, cinsiyet kategorisini eşcinsellik ile beraber ortadan kaldıracaktır.¹²²

Goldman, yaşadığı dönemin iklimine uygun şekilde, eşcinsellerden “baskıya uğrayan azınlıklar” olarak söz etmiştir. Bu bakış açısı heteroseksizmi bir norm olarak sorgulamayı güçleştirdiği gibi, cinsiyet ile toplumsal cinsiyet arasındaki sıkı bağların da çözülmesine yol açmaktadır. LGBTİ varoluş cinsgender¹²³ ve heteroseksüel kimliği ile aynı düzleme eşit bir kimlik olarak çıkarıldığında, burada belirleyici ve tanımlayıcı olanın heteroseksüellik olduğu perdelenir. Bu yüzden 90’lı yıllarla beraber 3. dalgadan etkilenen queer, erkek ve kadınlığın bir iktidar söylemi içerisinde tarihsel olarak kurulduğunu, toplumsalı belirleyecek bir biyolojik öze sahip olmadığını savunur.

¹²¹ Connell, 2017, s.336

¹²² Connell, 2017, s.335

¹²³ Cisgender, transgender’in tersidir. Biyolojik cinsiyet ve toplumsal cinsiyet arasında bir ayrım yapılabileceği varsayımı altında, biyolojik cinsiyet ile toplumsal cinsiyetin uyuşması halidir. Na-trans olarak da isimlendirilir. Heteroseksüellik bir yönelimi veya zorunluluktan yaşanan bir cinsellik biçimini ifade ederken, cisgender veya transgender bir cinsel kimliği ifade eder. Latince “-cis” “bu tarafta” anlamına gelen bir ön ektir.

• Anarşizm ve Queer: Bir İktidar Formu Olarak Cinsiyet

Klasik feminizmin kadının özgürlüğünü savunurken cinsiyetin kendisini sorgulamayı, post-modern düşünürler tarafından queer teorisinin¹²⁴ geliştirilmesine zemin hazırlamıştır. İçinde anarşist öğeler taşıyan queer, cinsiyeti iktidar kaynağı olarak ele alır ve biyolojik cinsiyetin varlığını çürütmeye yönelir. Bu nedenle, kısaca bu görüşün nasıl temellendirildiğini açıklamak, queerin klasik anarşizmle kesişim noktalarını ve feminizmden farklarını ortaya koymak için gereklidir.

Queer'in öne çıkan temsilcilerinden Judith Butler'a göre, kültürel öğelerle yorumlanmamış bir doğal beden kavramsallaştırılması, yerleşik olana atıfla gerçekleştiği için cinsiyetin *söylemsellik öncesi* bir yerde var olması mümkün değildir.¹²⁵ Kadın, erkek ve LGBTİ kimlikleri, bu kimliklere bağlanan sonuçlarla birlikte *söylem* aracılığıyla kurulur ve dolaşıma sokulur. Feministlerin cinsiyet (sex) ile toplumsal cinsiyet (gender) arasında yaptığı ayırım biyolojiyi kader olmaktan çıkarıp kültürü kader haline getirir. İkinci dalga feminizm, toplumsal cinsiyetin biyolojik cinsiyetten ayrı sosyo-kültürel olarak inşa edilen bir kurgu olduğunu fikrini yaygınlaştırırsa da, eril-dişil ikiliğine dayanan biyolojik cinsiyetin neden ve nasıl var olduğuna dair sorgulanmamış bir alan bırakır.¹²⁶ Üçüncü dalga feminizmden, post-yapısalcılıktan ve post-modernizmden etkilenerek ortaya çıkan queer teori bu boşluğu doldurur. Cinsiyet-toplumsal cinsiyet, eşcinsel-karşıcinsel ikiliklerinin zorunlu heteroseksüelliği içerdiğini ve iktidar ilişkilerinden bağımsız olmadığını savunur. Üreme ile cinsellik arasında zorunlu bir bağ olmamasına karşın, insan bedeni heteroseksizmin ekonomik gereksinimlerini karşılamak için erkek ve kadın olarak ikiye ayrılır.¹²⁷ Erkek ve kadın cinsiyetleri, cinsiyetlerle ilişkilendirilen davranış biçimleri, meslekler, kıyafetler, koku rejimi gibi tüm pratiklerle birlikte var olur. Cinsiyet rejiminin ayakta kalabilmesi, kimliklerin birbirinden ayrıştırılmasına ve bu kimliklerin kendi iç istikrarının korunmasına bağlıdır. Dolayısıyla, 'farklı' cinse mensup kişiler arasındaki benzerliklerin üstü örtülürken, farklılıkların abartılması biyolojik cinsiyetin kendini

¹²⁴ Butler, Queer teorisinin öncü metinlerden biri olarak kabul edilen *Cinsiyet Belası*'nın önsözünde Foucault/Nietzsche çizgisini izleyerek Fransız post-yapısalcılığın kültürel bir çeviri yaptığını belirtir.

¹²⁵ Judith Butler, *Cinsiyet Belası: Feminizm ve Kimliğin Altüst Edilmesi*, (Çev. Başak Ertür), Metis Yayınları, İstanbul, 2016, s.54

¹²⁶ Emi Koyama, 'Transfeminist Manifesto', (Çev. Aligül Arıkan) "*Queer Tahayyül*", Der. Sibel Yardımcı, Özlem Güçlü, Sel Yayıncılık, 2013, s.368

¹²⁷ Butler, 2016, s.192

doğallaştırmak için kültürün bozucu etkisine ihtiyaç duyduğunu gösterir.¹²⁸ Queer için toplumsal cinsiyet; cinsiyetin kültürel üretimi değil, bizatihi kendisidir. Söz konusu olan biyolojik beden toplumsal cinsiyet düzenine özgü pratiklerle cinsiyetlendirilmesidir.¹²⁹ Dolayısıyla, cinsiyetten her bahsedildiğinde *performatif*¹³⁰ olarak kurulan ve ancak karşıtlıklar üzerinden kavranabilen siyasi bir kategoriden söz edilmektedir.

İktidardan azade bir siyasi alan mevcut olmadığı için, cinsel kimliklerin özneleşmesi iktidara teslimiyeti ile mümkün olur. Bu teslimiyet ilişkisi içerisinde, heteroseksist ideolojinin işleyişi cinselliğin abartılmış farklar üzerinden bölünmesini ve sınırlanmasını gerektirir. Toplumsal cinsiyet düzeni içinde çemberin dışında kalan hemcins birliktelik yaşayan çiftler bile erkeksi olan-kadını olan şeklinde heteroseksüelleştirilir.¹³¹ Çünkü cinsiyet, ancak heteroseksist düşünce ve ekonomi modeli içinde var olabilir ve cinsiyete atfedilen anlamlar da kaçınılmaz olarak kurgusal zıtlıkları içerir. Tam bu noktada Monica Witting, heteroseksizmin kısıtlayıcı sınırlarını aşmanın “cinsiyet zincirlerinden” kurtuluşu beraberinde getireceğini düşünür.¹³² Bir yazarın da vurguladığı gibi, cinsiyetimizle ilgili toplumsal beklentileri bazen karşılayamıyor oluşumuz bu normların kurmaca olduğunu gösterir.¹³³

Cinselliğe ilişkin kavrayışımızı heteroseksizmin temelindeki hiyerarşik karşıtlıkların oluşturduğunu savunan queer siyaset, anarşizmin doğal bir uzantısı olarak ortaya çıkar ve “zevkin devrimci doğasında ısrar eder.”¹³⁴ Anarşi ile queer’in ortak paydası, post-anarşizmin post yapısalcılıktan aldığı fikirlerdir.¹³⁵ Konumuz klasik anarşizme dahil olduğu için anarşizmin post kısmı detaylı olarak incelenemeyecektir. Ancak özetle ifade etmek gerekir ki, post anarşizm¹³⁶ iktidarın tek bir merkezi bir kaynağının olmadığını,

¹²⁸ Connell, 2017, s.127

¹²⁹ Sancar, 2014, s.23-24

¹³⁰ Performatif kavramıyla kastedilen “öznenin içinde inşa edildiği süreç”tir. Toplumsal cinsiyetimizle ilişkili “dışavurumların” ve “ifadelerin” toplumsal cinsiyetimizin sonucu değil, kurucu öğeleri olduğudur. Butler, 2016, s.77

¹³¹ Butler, 2016, s.66

¹³² Butler, 2016, s.69

¹³³ Bora, 2010, s.43

¹³⁴ Süreyyya Evren, *Anarşizmler*, (Çev. Barış Yıldırım, Elmas Deniz), İletişim Yayınları, İstanbul, 2013, s.167

¹³⁵ Uluhan Berk Öndül, *Queer Siyasette Post-Anarşizm ve Parrhesia Pratikleri*, Kaos GL, Sayı: 138, Eylül-Ekim 2014, s.38-41

¹³⁶ “Postanarşizm, klasik anarşizmin eşitlikçi ve özgürleşmeci yönlerini günümüzde radikal siyasi mücadelelerin olumsal, çoğulcu, farklı kimlik ve perspektiflere açık olduğunun ve
YUHFD Vol. XVI No.2 (2019)

yalnızca kapitalizm ve devleti kaldırmanın insanlığı özgür bir topluma ulaştırmayacağını savunur. İktidar ve baskı somut yaşamın tüm alanlarına sindiği için direniş de her yere yayılmalı, çeşitlendirilmelidir. İktidar odakları birbirine indirgenerek açıklanamayacağı için mücadele başlıkları da birbirine indirgenmemelidir. Örneğin, kadınların ikincil statüsü yalnızca özel mülkiyet düzenine bağlanamaz. Çevresinde siyasi değişimlerin döndüğü merkezi bir odak yoktur. İktidarın işleyişi devlet veya kapitalizm gibi makro düzeyde değil, hayatımızı sürdürdüğümüz tüm mikro pratikler düzeyinde ele alınmalıdır.¹³⁷

Anarko-queer, anarko-feministlerin devletin veya dini kurumların ortaklığıyla kurulan birlikteliklere karşı rahatsızlığını paylaşmakla birlikte, cinsel eylemlerin ardındaki varsayılan öznelerden çok pratiklere yoğunlaşması ve evrensel kadın kategorisinin karşısına ‘farklı’ kadınlıkları çıkarmasıyla klasik feminizmden ayrılır.¹³⁸ Klasik feminizmde yapılan cinsel eylemlerin ardında bir özne vardır, queer özneyi yok eder.

Anarko-queer; cinselliğe dair bütün normatif ön kabulleri eleştirir,¹³⁹ çoklu-tutarsız-değişken bir ‘kimlik’ anlayışıyla, bilgiyle iktidar arasında kurulan bağlantıda¹⁴⁰ “yaratıcı tekrarlar”la¹⁴¹ yeni kopuşlar yaratmak ister.¹⁴² Homo-hetero, erkek-kadın ikiliklerine dayanan iki kutuplu ayrımı ortadan kaldırmak istemesi ve ‘aykırı’ cinsellikleri genel bir kimlik kategorisi olarak sabitleyip düzene entegre etmek yerine arzusunun değişkenliğinde yani kimliğin imkansızlığında direktmesi anarşist öğeler taşır. Queer anarşizmi “sadece cinsiyet ve cinselliğe değil, kapitalizm içinde

farklı konulara odaklandığının -yani sadece ekonomik konulara odaklanmadığının- farkında oluşun kombine edilmesini hedeflemeyen bir siyasi mantıktır.” Evren, 2010, s.28

¹³⁷ Foti Benlisoy, ‘Anarşizm’, “*Modern Siyasal İdeolojiler*”, (Der. Birsen Örs), İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2007, s.391; <http://anarsizm.org/postyapiscalci-anarsizm-todd-may-ile-soylesi-2000/> (Erişim Tarihi: 25.03.2019)

¹³⁸ Evren, 2013, s.167

¹³⁹ Evren, 2013, s.167

¹⁴⁰ Bilgi-iktidar ilişkisi postmodernizmin bilimin nesnellğine yönelttiği eleştiriye ifade eder. Postmodernizm için bilimsel olarak sunulan bilgi de çıkar ilişkilerinin, sınıfsal ayrımların, kültürün karışmasıyla oluşan ideolojik bir üründür. A. Kadir Çüçen, *Bilim Felsefesine Giriş*, Sentez Yayıncılık, Ankara, 2013, s.203-204 Nitekim yukarıda Emma Goldman’ın evlilik ile ilgili görüşlerini aktarırken ataerkil iktidarın bilgi üretmek, sahte bir konfor vaat ederek, kurduğu söyleme yaslanarak işlediğini belirtmiştik.

¹⁴¹ “Yaratıcı tekrarlar” Butler’a ait bir ifadedir. Bir örnekle açıklamak gerekirse, queer sözcüğü ilk zamanlar hakaret amacıyla kullanılan, olumsuz çağrışımlara sahip bir sözcükken LGBTİ hareketinin sahiplenmesiyle bu pejoratif anlamdan sıyrılıp başka bir içerikle yüklenmiştir. Bu yaratıcı bir faaliyettir.

¹⁴² Özkazanç, 2015, s.97

YÜHFD Cilt: XVI Sayı:2 (2019)

var olan her türlü tahakküm formlarıyla ilişki halinde olan hegemonik söylemleri eleştirel olarak değerlendirir.”¹⁴³

Genel geçer kadın ve erkek kimlikleri, makbul kadınlık ve erkeklik temsiliyeti ürettiği gerekçesiyle eleştirilir. Çünkü temsiliyet ancak iktidar tarafından özneliği tanınanlara bahşedilen bir ‘hak’tır. Dolayısıyla temsil edilmek; sınırlarını iktidarın çizdiği, normalleştirdiği ve sabitlediği kategorilere teslim olmaktır. Anarşizm de bireyci bir ideoloji olarak temsiliyeti, bireyin iradesinin bir ‘üst’ kuruma veya şahsa ipotek edilmesi olarak görür; kimse kimseyi temsil edemeyeceğinden herkes ancak kendi kendisini temsil edebilir. Bu, queerin tekil olanı, çeşitliliği ve farklılıkları ön plana çıkarıp, evrensel kategorileri aşındıran siyasetiyle örtüşmektedir.

Queer, kişinin kimliğine dair içsel algısının ve cinsel arzularının sürekli bir akış içerisinde olduğunu, bunların mutlaklaştırılmayacağını savunur. Bu fikrin arkasında değişimin değişmeyen bir olgu olduğu, insanlara haz veren şeylerin değiştiği ve hiç kimsenin hiçbir kimliğe tamamen denk düşemeyeceği yatar. Tüm kimlikler baskıcı, otoriter ve dışlayıcı bir zeminde kurulur. İktidarın doğasında tanımlamak, verili tanım aracılığıyla sınırlamak ve yönetebilir hale getirmek vardır. Biyo-iktidar, tür olarak insanı ve tekil cinsellikleri denetim altına almak için insanları kimlik temelinde kadın ve erkek olarak ikiye, yönelim çerçevesinde ise hetero-homo-biseksüel şeklinde üçe ayırır.¹⁴⁴ Queer için merkeze alınan doğru, normal ve sağlıklı bir cinsellik/cinsiyet yoktur, olması gereken o merkezin yıkılmasıdır. Böylece, farklılıkları olumlamanın ötesinde cinsiyeti yapısöküme uğratar, kişinin kendisini farklı olarak tanımlayabilmesini esnekleştirir. Queer’in hizaya gelmeyen, kesinliğe, norma ve normal fikrine karşı duruşu, anarşizmin yetkin özgürlük talebiyle buluşur. Ancak bu, klasik anarşizmin de queerlik içerdiği şeklinde yorumlanmamalıdır.¹⁴⁵

Kropotkin ve Bakunin gibi geleneksel anarşistler devlet ve ekonomik temelde işleyen iktidar üzerine eğilmiş, cinsiyet, etnisite ve diğer sosyal alandaki diğer iktidar ilişkilerini pek göz önüne almamıştır.¹⁴⁶ Klasik anarşizm özel mülkiyet ve devleti diğer iktidar ilişkilerinin bağlı olduğu merkezi odaklar olarak almıştır. İktidara dışsal, iktidar tarafından lekelenmemiş bir alanın var olduğu farz edilmiştir. Mevcut kurumlar, kurallar bu noktadan hareketle eleştirilir. Anarşizm, aydınlanma devrinin

¹⁴³ Evren, 2013, s.166

¹⁴⁴ Özkazanç, 2015, s.97-98

¹⁴⁵ Öndül, 2014, s.38-41

¹⁴⁶ Emi Koyama, ‘Transfeminist Manifesto’, “*Queer Tahayyül*” içinde, Der. Sibel Yardımcı, Özlem Güçlü, Sel Yayıncılık, İstanbul, 2013, s.368

çocuğu olarak “özsel insan öznesi ve ona eşlik eden ahlak ve akıl”ı “kirlenmemiş bir kalkış noktası” olarak ele almıştır.¹⁴⁷ Örneğin, insan özünde iyidir ama otoriter ilişkiler tarafından bozulmuştur iddiasında, iktidarın dışındaki bölge iyi insan doğası olarak düşünülebilir. Bu fikre göre, insan devletten ve kapitalizmden kurtulunca iyi olan doğası açığa çıkacak, sınıfsız ve devletsiz bir toplumda eşitlikçi-özgürlükçü ilişkiler kurulabilecektir. Tüm üst anlatıları reddeden postmodernizm için, o “insan öznesi ve ona eşlik eden akıl” da iktidar tarafından yaratılmıştır. İktidar tarafından kirlenmemiş bir alan yoktur. Bu yüzden özgürlük iktidarla sürekli sınınan, deneneyen, yanılan bir mücadeleyi gerektirir. İktidarın olmadığı bir toplum arayamayız, ararsak iktidarın yarattığı yanılısamaya kapılmışızdır.¹⁴⁸ Foucault iktidarın olduğu yerde direnişin de olduğunu söylerken direnişin iktidara içkin olduğu, iktidarla direniş arasında bir bölünmenin olmadığını, başka bir deyişle iktidarın yersiz olduğunu anlatır.¹⁴⁹ Konumuz açısından cinsel kimliklere gelirsek, Queer, özneliği tanınanların sistemin dışına çıkamadığını, çünkü bu kimliklerin de hetero-patriarkal ilişkiler tarafından yaratıldığını düşünür. Muhafiz kimliklerin iktidar tarafından kurulması ve tanınması, muhalefetin iktidarın tamamlayıcısı haline gelmesine neden olmaktadır. Özetle, Queer ile anarşizm arasında kurulacak bağlantılar sınırlıdır. Anarşizm daha çok makro düzeyde işleyen iktidarla kavga eder. İktidarla toplum arasında bir bölünmenin olduğunu varsayar.¹⁵⁰ Klasik anarşizmle postyapısalcılık arasında ancak Max Stirner aracılığıyla bir bağ kurulabilir.¹⁵¹ Bireyciliği ileri boyutlara götüren Stirner, “insan”, “insanlık”, “toplum” gibi soyut fikirleri bireyin iradesini bir üst bütüne bağladığı için” eleştirir.¹⁵² Klasik anarşizm de, bireyci uçta yer alan Max Stirner’den toplumsuluğu komünizm aşamasına kadar geliştiren Kropotkin’e kadar farklı akımlara, kollara ayrılmış durumdadır. İlkelci fikirleriyle tanınan John Zerzan, feminizmde Goldman ve ekolojik hassasiyetiyle ön plana çıkan Murray Bookchin farklı biçimlerde de olsa aynı anarşizm yelpazesi içinde yer almaktadır. Anarşizmin katı kalıplara girmeyen, çeşitli ve dağınık yapısı, bütünü

¹⁴⁷ Saul Newman, *Bakunin'den Lacan'a Anti-Otoriteryanizm ve İktidarın Altüst Oluşu*, (Çev. Kürşat Kızıltuğ), Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 2001, s.29

¹⁴⁸ Newman, 2001, s.27

¹⁴⁹ Newman, 2001, s.150-151

¹⁵⁰ Newman, 2001, s.40

¹⁵¹ Newman, 2001, s.129

¹⁵² Benlisoy, 2007, s.370

kavramamaya meyilli post modernlikle uyuşmakta, eşitliği ve özgürlüğü bir arada gerçekleştirmenin en heyecan verici hali olmaya devam etmektedir.

KAYNAKÇA

- ACKELSBURG Martha A, *Free Woman of Spain: Anarchism and the Struggle for the Emancipation of Woman*, AK Press, 2005
- AĞAOĞULLARI M. A- Zabcı F- Ergün R., “Kral-Devletten Ulus-Devlete”, İmge Kitabevi, Ankara, 2017
- AKAL Cemal Bali, *İktidarın Üç Yüzü*, Dost Kitabevi, Ankara, 2004
- AKGÜL Çiğdem, *Militarizmin Cinsiyetçi Suretleri*, Dipnot Yayınları, Ankara, 2011
- ALTHUSSER Louis, *İdeoloji ve Devletin İdeolojik Aygıtları*, (Çev. Alp Tümertekin), İthaki Yayınları, İstanbul, 2016
- AVRİCH, Paul, *Anarşist Portreler*, (Çev. Osman Akınhay), Agora Kitaplığı, İstanbul, 2012
- BAKUNİN Mikhail, *Tanrı ve Devlet*, (Çev. Remzi Çaybaşı), Belge Yayınları, İstanbul, 1998
- BENLİSOY Foti, ‘Anarşizm’, “*Modern Siyasal İdeolojiler*” (Der. Birsen Örs), İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2007
- BERKTAY Fatmagül, *Tarihin Cinsiyeti*, Metis Yayınları, İstanbul, 2015
- BOTTICI Chiara, *Imaginal Politics: Images Beyond Imagination and the Imaginary*, Colombia University Press, 2014
- BORA Aksu, *Kadınların Sınıfı: Ücretli Ev Emeği ve Kadın Öznelliğinin İnşası*, İletişim Yayınları, İstanbul, 2010
- BROWN L. Susan, ‘Beyond Feminism: Anarchism and Human Freedom’, “*Reinventing Anarchy, Again*”, (Ed. Howard J. Ehrlich), AK Press, Edinburg-San Francisco, 1996
- BUTLER Judith, *Cinsiyet Belası: Feminizm ve Kimliğin Altüst Edilmesi*, (Çev. Başak Ertür), Metis Yayınları, İstanbul, 2016
- CONNEL R. W., *Toplumsal Cinsiyet ve İktidar*, (Çev. Cem Soydemir) Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 2017
- DEGEN, Hans Jürgen, *Anarşizmin Bugünü*, (Çev. Neşe Ozan), Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 1999
- DİREK Zeynep, *Cinsel Farkın İnşası: Felsefi Bir Problem Olarak Cinsiyet*, Metis Yayınları, İstanbul, 2018
- DÜZ Orhan, *Yarın Çok Güzel Olacak Mı?: “Temel Metinlerle Anarşizm’in Dünü*, Dedalus Yayınları, İstanbul, 2012, s.130-131
- ECEVİT Yıldız, “Toplumsal Cinsiyet Sosyolojisine Başlangıç”, *Toplumsal Cinsiyet Sosyolojisi*, Anadolu Üniversitesi Yayınları, Eskişehir, 2011

- EVREN, Süreyya, *Anarşizmler*, (Çev. Barış Yıldırım, Elmas Deniz), İletişim Yayınları, İstanbul, 2013
- FARROW, Lynne, 'Feminism as Anarchism', "*Quiet Rumours: An Anarcha-Feminist Reader*", Ak Press, 2012
- GEMIE, Sharif, *Anarchism and Feminism: a historical survey*, Woman's History Review, 1996, 5:3
- GITTINS, Diana, *Aile Sorgulanıyor*, Pencere Yayınları, (Çev. Tuna Erdem), İstanbul, 2011
- GOLDMAN, Emma, *Dans Edemeyeceksem Bu Benim Devrimim Değildir*, (Çev. Necmi Bayram), Agora Kitaplığı, İstanbul, 2006
- GOLDMAN, Emma, *Hayatımı Yaşarken*, C.II, (Çev. Emine Özkaya), Metis Yayınları, İstanbul, 1997
- HALLOWAY, John, *İktidar Olmadan Dünyayı Değiştirmek*, (Çev. Pelin Sıral), İletişim Yayıncılık, 2003
- HARTMANN, Heidi, 'Marksizmle Feminizmin Mutsuz Evliliği', (Çev. Gülşad Aygen), "*Kadının Görünmeyen Emeği*" (Haz. G. A. Savran, N. T. Demiryontan), Yordam Yayınları, İstanbul, 2012
- HEYWOOD, Andrew, *Siyasi İdeolojiler*, (Çev. A. Bayram, Ö.Tüfekçi, H.İnanç vd.), Liberte Yayınları, İstanbul, 2014
- HOOKS, Bell, *Feminizm Herkes İçindir*, (Çev. E. Aydın, B. Kurt, Ş. Özgün, A. Yıldırım), Bgst Yayınları, İstanbul, 2016
- KARADAL, Sema, *Kadınlara Yönelik Baskının Kökeni ve Şiddet*, Gelenek Dergisi, Mart 2019
- KISSACK, Terence, *Free Comrades: Anarchism and Homosexuality in the United States, 1895-1917*, AK Press, Oakland-Edinburgh, 2008
- KORNEGGER, Peggy, 'Anarchism: The Feminist Connection', "*Quiet Rumours: An Anarcha-Feminist Reader*", (Ed. Dark Star), AK Press, Oakland, 2012
- KOYAMA, Emi, 'Transfeminist Manifesto', (Çev. Aligül Arıkan) "*Queer Tahayyül*", Der. Sibel Yardımcı, Özlem Güçlü, Sel Yayıncılık, 2013
- LEVENT, Hatice Yıldız, *Toplumsal Cinsiyet Bağlamında Erkeklik Gaziantep Örneği*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gaziantep, 2015
- MARSHALL, Peter, *Anarşizmin Tarihi*, (Çev. Yavuz Alogan), İmge Kitabevi, İstanbul, 2003
- NEWMAN, Saul, *Bakunin'den Lacan'a Anti-Otoriteryanizm ve İktidarın Altüst Oluşu*, (Çev. Kürşat Kızıltuğ), Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 2001
- ÖNDÜL, Uluhan Berk, *Queer Siyasette Post-Anarşizm ve Parrhesia Pratikleri*, Sayı: 138, Eylül-Ekim 2014
- YÜHFD Cilt: XVI Sayı:2 (2019)

- ÖZTOP, Nevin (Haz.), Kadın Olma Halleri, Ayrıntı Basımevi, Ankara, 2009
- PETERSON, Spike, *Sexing Political Identities/Nationalism as Heterosexism*, International Feminist Journal of Politics, Cilt 1 No. 1, 1999
- RAMAZANOĞLU, Caroline Ramazanoğlu, *Feminizm ve Ezilmenin Çelişkileri*, (Çev. Mefkure Bayatlı), Pencere Yayınları, İstanbul, 1998
- SANCAR, Serpil, *Erkeklik İmkansız İktidar*, Metis Yayınları, İstanbul, 2009
- SANCAR, Serpil, *Türk Modernleşmesinin Cinsiyeti: Erkekler Devlet, Kadınlar Aile Kurar*, İletişim Yayınları, İstanbul, 2014
- SANCAR, Türkan Yalçın, *Türk Ceza Hukukunda Kadın*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013
- SELEK, Pınar, *Sürüne Sürüne Erkek Olmak*, İletişim Yayınları, İstanbul, 2008
- SHULMAN, Alix Kates (Ed.), "Socialism: Caught in the Political Trap", *Red Emma Speaks: An Emma Goldman Reader*, Prometheus Books, 1998
- STONE, Alison, *Feminist Felsefeye Giriş*, (Çev. Yonca Cingöz, Bilge Tanrısever), Otonom Yayıncılık, 2016
- UYGUN Oktay, *Devlet Teorisi*, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2015
- VERGİN Nur, *Siyasetin Sosyolojisi: Kavramlar, Tanımlar, Yaklaşımlar, Bağlam Yayınları*, İstanbul, 2017
- WARD, Colin, *Eylemde Anarşi*, (Çev. Deniz Güneri), Kaos Yayınları, İstanbul, 2000, s.92
- WEISS, Penny A. and KENSINGER, Loreta (Ed.), *Feminist Interpretations of Emma Goldman*, The Pennsylvania University Press, Pennsylvania, 2007

Yararlanılan İnternet Siteleri

- <https://www.marxists.org/reference/archive/goldman/works/1914/marriage-love.htm> (Erişim Tarihi: 06.06.2019)
- <http://haber.sol.org.tr/yazarlar/aydemir-guler/erteleme-yok-237882>(Erişim Tarihi: 07.03.2019)
- <http://www.birikimdergisi.com/guncel-yazilar/692/cirkin-bir-nefret-ideolojisi-olarak-feminizm#.XHJqUOgzY2w> (Erişim Tarihi: 07.03.2019)
- <https://dunyalilar.org/beyaz-orta-sinif-bir-annelik-fantezisi-new-momism.html/> (Erişim Tarihi: 04.04.2019)
- https://www.anarkismo.net/newswire.php?story_id=4068 (Erişim Tarihi: 05.03.2018)

- <https://www.gazeteduvar.com.tr/yazarlar/2019/02/09/gulnur-acar-savran-erkeklik-krizi-yok-patriarka-hala-cok-guclu/> (Erişim Tarihi: 07.03.2019)
- <http://anarsizm.org/postyapisalci-anarsizm-todd-may-ile-soylesi-2000/> (Erişim Tarihi: 25.03.2019)
- <https://theanarchistlibrary.org/library/colin-wright-anarchism-feminism-and-the-individual> (Erişim Tarihi 07.03.2019)
- http://dwardmac.pitzer.edu/Anarchist_Archives/Goldman/aando/emancipation.html (Erişim Tarihi: 07.03.2019)
- <http://library.nothingness.org/articles/SA/en/display/358> (Erişim Tarihi: 07.03.2019)
- <http://www.geocities.ws/anarsistbakis/makaleler/farmer-emmagoldman.html#fn23> (Erişim Tarihi: 07.03.2019)
- <http://www.geocities.ws/anarsistbakis/makaleler/farmer-emmagoldman.html#fn23> (Erişim Tarihi: 07.03.2019)
- <https://theanarchistlibrary.org/library/anonymous-anarchafeminist-manifesto> (Erişim Tarihi 07.03.2019)
- <https://theanarchistlibrary.org/library/colin-wright-anarchism-feminism-and-the-individual> (Erişim Tarihi: 07.03.2019)
- <https://theanarchistlibrary.org/library/emma-goldman-marriage-and-love.pdf> (Erişim Tarihi: 01.04.2019)
- <https://theanarchistlibrary.org/library/howard-j-ehrlich-toward-a-general-theory-of-anarchafeminism#toc1> Erişim Tarihi (02.03.2019)
- <https://www.marxists.org/reference/archive/goldman/works/1911/woman-suffrage.htm> (Erişim Tarihi: 07.03.2019)

**# ROMA CUMHURİYET DÖNEMİNDE AEDİLİS MAKAMI:
KURULUŞ, HUKUKİ STATÜ VE YETKİLER**
(THE AEDILIS IN THE ROMAN REPUBLIC :ITS ORGANIZATION, LEGAL STATUS
AND POWERS)

Dr. Duygu Özer Sarıtaş * **

ÖZ

Bu çalışmanın temel amacı, Roma Cumhuriyet Dönemi'nde tarih sahnesinde aktif bir şekilde ortaya çıkan aedilis makamının kamu hukuku çerçevesinde bir incelemesinin yapılmasıdır. İlk olarak M.Ö. 494 yılında çalışmaya başladığı anlaşılan plebs aedilis'lerinden sonra M.Ö. 367 yılında aedilis curulis makamı oluşturulmuştur. Bu çalışmada gerek aedilis plebs'lerin gerekse aedilis curulis'lerin görevleri; oyunları düzenlemek, asayişi, kamu binalarının ve caddelerin bakımını sağlamak, pazar yerlerinin denetlenmesi, su ve erzak temin etmek ve cenaze törenlerinden sorumluluk gibi alt başlıklar altında incelenecektir. Aynı çerçevede aedilis'lerin düzenlemekle yetkili olduğu oyunlar ludi plebeii, ludi cereales,ve ludi florales şeklinde üç alt başlık altında ele alınmaktadır. Çalışmanın ilerleyen kısımlarında “aedilis olma koşulları”, “aedilis'lerin”belirlenmesi ve göreve başlanması”, “aedilis'lerin yetkileri” “aedilis'lerin makam işaretleri” ve “aedilis'lerin dokunulmazlığı”, konuları ele alınmaktadır.

***Anahtar Kelimeler:** , Aedilis Plebis, Aedilis curulis, Ludi plebii, ludi cereales, Ludi florales.*

ABSTRACT

This study aims to study the office of the aedilship from a perspective of public law. The aedilship in Roman history appeared during the Republican era, the first pleb aedilship having been recorded in 494 BC. Later on, the office of curules aediles was established in 367 B.C. This study examines the duties of both aedilships entailing: curatorship of the games, public security and protection of the public buildings, supervision and maintenance of

Eserin Dergimize geliş tarihi: 13.05.2019. İlk hakem raporu tarihi: 10.06.2019. İkinci hakem raporu tarihi: 01.07.2019. Onaylanma tarihi: 23.07.2019.

* Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Roma Hukuku Anabilim Dalı.

** Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0002-8983-1075

Esere Atıf Şekli: Duygu Özer Sarıtaş, “Roma Cumhuriyet Döneminde Aedilis Makami: Kuruluş, Hukuki Statü Ve Yetkiler”, YÜHFD, C.XVI, 2019/2, s.107-125.

streets and market places, water and food supply, and organisation of funeral ceremonies. In the same framework, this study examines the games to be organised under the supervision of the aediles, namely, *ludi plebeii*, *ludi cereales*, and *ludi florales*. Further sections of the study will focus on the following subjects: “conditions to be appointed as an aedilis” selection and inauguration of the Aedilis” “the powers”, “the indicia of the Aedilis”

Key Words: Aedilis, Aedilis Plebis, Aedilis curulis, Ludi plebii, ludi cereales, Ludi florales.

GİRİŞ

Roma Tarihine baktığımızda Krallık Dönemi ve Cumhuriyet'in ilk iki yüzyılı boyunca *patricius*'lar ile *plebs*'ler arasındaki sosyal, siyasal, ekonomik ve hukuki mücadelelerle geçmiştir. *Plebs*'ler *patricius*'lar karşısındaki eşitsizliklerini ortadan kaldırmak ve isteklerini *patricius*'lara kabul ettirebilmek için çeşitli girişimlerde bulunmuşlardır. Bu girişimlerden sıkça söz edileni M.Ö. 494-342 yılları arasında birkaç kez tekrarlanan ayaklanmalarıdır. Ayaklanan *plebs*'ler Aventinus Tepesi'nde toplanıp birbirlerine olan bağlılıklarını ant içerek pekiştirdikten sonra, Roma Şehri'nin içinden geçerek şehrin doğu kapısı olan Collina Kapısı'ndan çıkıp şehir surlarının üç bin adım ötesindeki Kutsal Dağ'a (*Mons Sacer*) çekiliyorlardı. Bu geri çekilme dönemindeki toplumsal ve ekonomik durgunluk özellikle de önemli bir savaş öncesindeyse *patricius* oligarşisinin *plebs*'ler lehine ödün vermesine yol açıyordu. *Patricius*'lar *plebs*'lerle uzlaşmaya varabilmek için *plebs*'lerin isteklerini kabul edip onlara çeşitli haklar tanımak zorunda kalıyorlardı.¹ Bu geri çekilmelerin sonucunda elde edilen bir dizi hakların belki de dolaylı sonuçlarından bir tanesi de bu makalenin konusu olan *aedilis*'lik makamıdır.

Plebs aedilis'in ilk başlarda ne amaçla kurulmuş olduğu konusu belirsizdir. Terime bakıldığında “*aedes*” (tapınak) anlamı ortaya çıktığından bu makamın tapınak bekçisi olarak kurulmuş olabileceği düşünülebilir. Öte yandan bu makamın Yunanca çevirisi olan “*agoranomos*”, ise *aedilis*'in pazar yerlerinden sorumlu bir görevli olduğunu düşündürmektedir.

Roma geleneksel yazını ilk *aedilis*'lerin *plebs tribunus*'larının yardımcıları olduğuna işaret etmektedir. *Plebs* arşivlerinde de “*Forum Boarium*” yani “sığır pazarı”na göndermeler bulunmaktadır. Bu

¹ V. Diakov ve S. Kovalev, *İlkçağ Tarihi*, Cilt 2: Roma, İstanbul: Yordam Kitap, 2015, s. 64.

kaynaklardan ilk *aedilis*'lerin pazaryerinden sorumlu bir tür idareci olduğu sonucuna varılabilmektedir. Ancak daha muhtemel olarak kabul edilen ise *aedilis*'lerin *plebs* oyunlarının organizasyonundan sorumlu olmalarıdır. (*Ludi plebei*)

Üçüncü ve ikinci yüzyıllarda, *aedilis*'lerin görevleri daha önemli hale gelmiştir. Bu kişiler bu dönemde tapınakların bakımından, oyunların düzenlenmesinden ve Roma'daki kamu binalarının bakımından sorumluydular. Dahası, Roma'nın su ve yiyecek kaynaklarından sorumluydular; ve pazar idarecisi sorumluluğuyla, bazen ticari işlerde hakim olarak görev yaptıkları da olmuştur. Oyunları kontrol ettikleri için konuşma özgürlüğü üzerinde bir miktar etkiliydiler. Örneğin, bir aktör ya da bir komedyenin ne söyleyip, ne söylemeyeceği hususu *aedilis*'lerin kontrolünde olmuştur.

Aedilis olabilmek için *Lex Villia Annalis*'e (M.Ö 180) göre en az 37 yaşında olunması gerekiyordu. İlk yüzyılda, önce bir *quaestor* olarak görev yapmak zorunlu hale gelmiştir. *Aedilis* olarak görev yapan biri, “*praetor*” makamına getirilebilmekteydi. İmparatorluk döneminde, *aedilis*'lik önemini yitirmiş pek çok görevi diğer *magistra*'lara verilmiştir.²

Aedilis'lik Makamının Kuruluşu ve Genel Özellikleri

Aedilis makamının adlandırılması Ceres Tapınağı'yla sıkı ilişki içindedir. Ceres, bolluk tanrıçasıydı ve *plebs* sınıfının en önemli tanrıçasıdır. Bu tanrıçanın tapınağı Roma surlarının dışında Aventinus Tepesi üzerindedir.³ *Plebs*'ler için önemli olan Ceres Tapınağı'ndaki bu kültü denetleyen *plebs* görevlilere, Latince tapınak anlamına gelen *aedes* sözcüğünden gelen *aedilis*⁴ denir.⁵

Plebs aedilis liğinin bir makam olarak ortaya çıkması, *plebs*'lerin göç veya geri çekilme olarak adlandırılan Roma'dan ilk ayrıldıkları M.Ö. 494 yılına işaret etmektedir. Bu ilk ayrılma zamanında *plebs* sınıfı kendi

² Jona Lendering, “Aedile”, <https://www.livius.org/articles/concept/aedile/> ([2002], 2018) Erişim Tarihi 14.Nisan 2019

³ Sabahat Atlan, *Roma Tarihi'nin Ana Hatları*, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Edebiyat Fakültesi, 1970, s. 29; Charles Anthon, *A Manual of Roman Antiquities*, New York: Harpes Brothers, 1851, s. 99; V. Diakov ve S. Kovalev, 2015, s. 45.

⁴ *Aedilis*'in çoğulu *aediles*'tir.

⁵ M.C. Howatson, *Oxford Antik Çağ Sözlüğü*, Çeviren: Faruk Ersöz, İstanbul: Kitap Yayınevi, 2015, “*Aedilis*”, maddesi, s.4.

yöneticisi olan *tribunus plebs*'i seçme hakkı kazanmıştır.⁶ *Plebs aedilis*'leri ise *tribunus plebs*'in yardımcıları olarak görevlendirilmişlerdir.⁷ *Tribunus plebs*'ler *plebs*'lerin savunucuları pozisyonuna geçmişler ve günlük siyasi hayatta etkin faaliyet yürütmeleri yanında yasaklayıcı ve engelleyici bir kamu görevlisi türüne bürünmüşlerdir. *Tribunus plebs*'lerin sorumluluk alanlarındaki bu artış idari görevlerin yürütülmesi noktasında zamanla yeni bir kamu görevlisi türüne ihtiyacı ortaya çıkarmıştır. *Tribunus plebs*'lerin yardımcısı olan *aedilis*'ler çeşitli idari görevleri devralmıştır.⁸ *Plebs aedilis*'lerinin bu anlamdaki ilk görevleri M.Ö. 456 yılında açılan Ceres Tapınağı'nda tutulan *plebs* kayıtlarını ve arşivini koruma göreviyken ilerleyen zamanlarda ise *tribunus plebs* makamı'ndan bağımsız bir makam olarak bu görevlerine ek olarak oldukça farklı görevler üstlenmişlerdir.⁹

M.Ö. 367 yılında ise *aedilis curulis* adlı makam oluşturulmuştur. *Annalist*'lere göre bu makamın oluşturulmasına yol açan Licinius ve Sextius'un *plebs*'ler lehine önerdikleri yasanın kanunlaşması sonucu, *plebs* sınıfının elde ettiği kazanımları, kendi çıkarları doğrultusunda dengelemek isteyen *patricius*'ların, *aedilis* makamının kendilerine de açılması talebidir. Böylece *patricius* sınıfından iki adet *aedilis* seçilmiş ve bu görevi yerine getirenlerin sayısı dörde çıkmıştır.¹⁰

Aedilis makamı genellikle *cursus honorum* sıralamasında daha üst basamaklara çıkmayı hedefleyenlerin işgal ettiği bir makamdır. Çünkü *aedilis* makamı *magistra*'ların kendilerini ne derece kamu hizmetlerine adadıklarını gösterebilme, halkın sevgi ve desteğini arkasına alabilme olanakları sağlaması açısından, daha yüksek makamlara ilerlemek için vazgeçilmez bir basamaktır.¹¹ Ayrıca belirtmek de gerekir ki *aedilis* makamı, seçilenlere *senatus* üyeliğinin yolunu açan en alt düzeydeki bir makamdır.¹²

⁶ *Tribunus plebs*'e ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Eşref Küçük, *Roma Halkının İki Özgürlük Kalesi: "Provocatio ad populum" ve "Tribunus Plebis"*, Hacettepe HFD, 5(1) 2015, 127-144.

⁷ Andrew Lintott, *The Constitution of the Roman Republic*, Newyork: Oxford, 1999, s. 129.

⁸ Lintott, 1999, s. 131.

⁹ Lintott, 1999, s. 129; Atlan, 1970, s. 29.

¹⁰ Howatson, 2015, "Aedilis" maddesi, s. 4; Lintott, 1999, s. 129.

¹¹ Gökçe Halide Türkoğlu, *Roma Cumhuriyet ve İlk İmparatorluk Dönemlerinin İdari Yapısı*, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 11, Sayı 2, 2009, Sayfalar: 251-289, s. 255.

¹² Howatson, 2015, "Aedilis" maddesi, s. 4.

Aedilis'lerin Görevleri

Aedilis 'lerin (*plebs* ve *curulis*) kökenleri ve statüleri arasındaki farklılıklara rağmen, Cumhuriyet Dönemi'nin ortalarında, görev ve yetkileri büyük ölçüde benzeşmiştir.¹³ *Aedilis* 'lerin yetki alanları yani *provincia* 'ları tüm Roma Şehri'ni ve şehir halkını kapsamına alır. Gerek *aedilis plebs* 'lerin gerekse *aedilis curulis* 'lerin görevlerini, oyunları düzenlemek, asayişi, kamu binalarının ve caddelerin bakımını sağlamak, pazar yerlerinin denetlenmesi, su ve erzak temin etmek ve cenaze törenlerinden sorumluluk olmak üzere başlıklandırabiliriz.¹⁴

Oyunlar Düzenlemek

Roma'da kamusal oyunlara *ludi* denirdi. Bu kamusal oyunlar, tanrıların desteğini kazanmak, öfkesini teskin etmek (*pax deorum*) veya herhangi bir kehanetin buyruğunu yerine getirmek için tanrılar onuruna kutlanan şenliklerde oynanan oyunlardı. Roma Devlet Dini'nin önemli bir parçası olan oyunların belli ritüeller çerçevesi içinde gerçekleştirilmesi gerekirdi. Herhangi bir eksilik tüm ritüelin yinelenmesini (*instauratio*) gerektirirdi.¹⁵

Adında ilk defa Roma geçen en eski oyunlar her zaman *Ludi Romani* olarak adlandırılmıştı ve bu Eylül ayında *aedilis curulis* tarafından yürütülürdü. Öte yandan Cicero, *aedilis* 'lik görevi yaptığı döneme ilişkin notlarında idare ettiği oyunların Roma oyunları olup olmadığını belirtmemiştir. Cicero, *aedilis plebs* 'lerin gerçekleştirdiği (yürüttüğü) oyunların ilk defa Roma adını alan en eski oyunlar olduğunu iddia etmektedir.¹⁶ *Ludi Plebeii* ve *Ludi Romani* kendine özgü yapıları ile büyük

¹³ Lintott, 1999, s. 130. *Aedilis plebs* 'den daha önemli bir makam olarak tanımlanan *aedilis curulis*, yazıtlarda tam unvan olarak *aedilis curulis* olarak yer almaktadır. Başkalarından bahsederken zaman zaman *aedilis curulis* sıfatını kullanan Cicero, kendisi benzer bir görevi yaptığı dönemde kendisinden bahsederken sadece *aedilis* demekteydi. Herhalde kendi makamının saygınlığına layık olan tam unvanını söylememe gibi bir hataya düşmemiştir. Eğer *aedilis curulis* unvanına sahip olmuş olsaydı, M.Ö. 54 yılında bu makama yeni bir kişi olan Cn. Plancius'un atanmasını savunurken kendi tecrübelerinden de aktarımlar yapardı. Pro Plancio'da *aedilis* 'lik makamı adaylığıyla ilgili olarak bir takım başarı ve başarısızlıkları zikretmesine rağmen, kendi durumuna dair herhangi bir ayrıntı vermemiştir. Lily Ross Taylor, *Cicero's Aedileship*, The American Journal of Philology, Vol. 60, No. 2 (1939), pp. 194-202.

¹⁴ Lintott, 1999, s. 131.

¹⁵ Howatson, 2015, "ludi" maddesi, s. 558; Cicero, *aedilis* 'lik görevi yaptığı dönemde bu makamın yürütmekle sorumlu olduğu üç tür festivalin varlığından bahsetmektedir (*trinos ludos aedilis*). Lily Ross Taylor, *Cicero's Aedileship*, The American Journal of Philology, Vol. 60, No. 2 (1939), ss. 194-202.

¹⁶ Taylor, (1939), ss.194-202.

benzerlikler taşımaktaydı. Bu oyunlar, Tarquinius Dönemi'nden beri zaman zaman *Capitoline Triad*'ı onuruna gerçekleştirilen antik oyunlardan türemiştir. Takvimde her hangi bir sabit tarihe sahip olmayan bu oyunlar *Ludi Romani* veya *Ludi Magni* (bazen de *Maximi*) olarak bilinirdi. M.Ö 494 yılında makamın tesis edilmesinden itibaren *plebs aedilis*'leri geleneksel yazın tarafından büyük Roma oyunlarının küratörü sıfatıyla bağdaştırılmıştır. Bu noktada *Ludi Romani* ve Latin festivalini birbiriyle karıştırmış olan Dionysius, *aedilis plebs*'lerin, makamın kuruluşunun hemen akabinde, *Feriae Latinae* yarışmaları ve kurban törenleri için görevlendirildiklerini, onlara mor toga giyme hakkının verildiğini, *sella curulis*'te oturma haklarının bulunduğunu ve kraliyet alamet-i farikalarını kullanabildiklerini anlatmaktadır. *Aedilis plebs*'lerin, bu erken dönemde, Jüpiter *ludi*'sinin küratörleri olduğuna dair geleneksel yazında hakim olan kanı, *Ludi Plebeii*'nin köklerini Cumhuriyet Dönemi'nin başlangıcına kadar götüren Verres aleyhine adlı söylevin ilgili paragrafını (In Verrem, 2.5.36) yorumlayan yazılarda da (scholiast) görülmektedir: “*Plebeii ludi quos exactis libertate plebis fecerunt aut pro reconciliatione plebis post sionem in Aventinum*” Valerius Maximus(I, 7,4).¹⁷

Roma'nın en eski tanrısal üçlüsünü (*tria'sını*) -Iuppiter, Mars ve Quirinus- oluştururdu.¹⁸ Bu üçlüye ait tapınak yoktu. Romalıların tanrılarını insan biçiminde (*anthropomorf*) düşünmeleri ve onlar için aileler kurup, heykel ve tapınaklar yaparak mitoloji kurgulamalarıyla birlikte ilk defa, Iuppiter-Iuno-Minerva'dan oluşan *anthropomorf* tanrısal üçlüsü, Etrüsk mimari biçimlerini kapsayan *Capitolium*'daki tapınağa yerleştirilmiştir.¹⁹ Roma'nın Etrüsk krallarından Tarquinius Superbus zamanında kehanet kitapları olarak bilinen “Sibylla kitaplarının” Roma'ya getirilişi bazı yabancı tanrıların da Roma'ya getirilmesini kolaylaştırmıştır. Örneğin, Sicilya'da Eryx dağında tapınılan ve Aphrodit'in niteliğinde olan Venüs Erycina'nın Roma'ya getirilişinde olduğu gibi, Kybele'nin naklinde de bu kitaplara danışılmıştır.²⁰ Sibylla kitaplarının getirilmesini önerdiği yabancı tanrıların başta geleni Apollo olmuştur. Kitapların gelişi ile birlikte tanınmış olan bu

¹⁷ Ibid

¹⁸ Roma Dini'nde Yunan panteon'unun önde gelen tanrıları Zeus, Iuppiter'e; Hera, Iuno'ya; Aphrodite, Venus'e; Artemis, Diana'ya, Demeter, Ceres'e; Athena, Minerva'ya, Hermes, Mercurius'a; Ares, Mars'a, Hestia, Vesta'ya dönüşmüştür.

¹⁹ Ömer Çapar, *Roma Tarihinde Magna Mater (Kybele) Tapınımı*, Ankara Üniversitesi Dil ve Tarih-Coğrafya Fakültesi Dergisi, Cilt 29, Sayı 1-4 (1978), sayfalar: 167-210, s. 169-171.

²⁰ Çapar, 1978, s.171.

tanrının uzun süre bir tapınağı olmamış, ancak M.Ö. 431'de Roma'da kendisine bir tapınak kurulmuştur. Hatta M.Ö. 212'de şerefine *Ludi Apollinares* (Apollo oyunları)²¹ adanmıştır. M.Ö. 495'de kendisine bir tapınak ayrılan Mercurius ise bunu takip etmiştir. M.Ö. 493'de de başka bir tanrısal üçlü olan Ceres-Liber-Libera adına da bir tapınak inşa edilmiştir. Bu tanrısal üçlü aslında Güney İtalya ve Sicilya'da çok sevilen Demeter-Dionysos-Persephone üçlüsünün benzeridir.²²

II. Pön Savaşı'nın yarattığı sosyo-psikolojik bunalımlar Roma halkını yeni bir kurtarıcı tanrı aramaya sevk etmiş ve yine Sibylla kitaplarına başvurmaya zorlamıştır. Bu kitapların işe karışması yeni bir tanrının ve onun tapınımının Roma'ya çağrılması ile sonuçlanmıştır. Bu tanrı Merhametli Büyük Ana Kybele (*Magna MaMater*) olmuştur.²³

Aedilis'ler, *praetor*'ların sorumluluğunda olan *Ludi Apollinares* haricindeki Roma'da düzenlenen diğer büyük oyunların düzenlemesinden iş bölümü çerçevesinde sorumluydular.²⁴ Bütün oyunlar için gereken parayı devlet sağlardı. Ama ilgili *magistra*'nın sorumluluğunda bulunan oyun için katkı sağlaması adettendi. *Magistra*'lar kendilerini halka sevdirmek ve daha yüksek makamlara seçilebilmek için bu oyunlara çok para harcamışlardır.²⁵ Çoğu *aedilis* oyunları halkın sevgisini kazanmak oy toplamak için bir araç olarak düzenlemiştir.²⁶

Büyük Roma oyunları küratörlüğünde *aedilis plebis*'lerin öncelikli yetkileri olduğuna dair kesin bir işaret, Livius'un (VI, 42) M.Ö. 367 yılında iki consul Licinius ve Sextius'un teklif ettikleri Lex Licinia Sextia ile kurulan *aedilis curulis* ile ilgili açıklamalarında yer almaktadır. *Senatus* tanrılara bir şükran gösterisi niteliğinde *concord*'un yeniden kurulması için *ut ludi maximi fierent et dies unus ad* oylaması yapmıştır. Alıntının dilinden anlaşıldığı kadarıyla, ludi henüz düzenli bir festival aşamasına gelmemiştir

²¹ *Ludi Apollinares*, Apollon onuruna Temmuz ayının 5-13 arasında düzenlenen şenliklerdir. Bu şenliklere İkinci Pön savaşı sırasında M.Ö. 212 de başlanmış; hemen ardından baş gösteren bir salgın sırasında ise *praetor urbanus*'un önerisiyle her yıl düzenlenmiştir. Önceleri bir günlük şenliklerken sonraları sekiz, daha sonra ise 9 güne çıkarılmıştır. M.Ö. 169 öncesinde oyunların sahnelendiğine ilişkin kanıt yoktur. Circus Maximus'taki oyunlar için ise bir gün ayrılmıştır. *Ludi Apollinares praetor urbanus*'un sorumluluğunda olan bir şenliktir. Bu nedenle *aedilis*'lerin bu şenliklere katkı payları şunmaları gerekmez. Howatson, "ludi" 2015, s. 559.

²² Çapar, 1978, s.171.

²³ Çapar, 1978, s.173.

²⁴ Lintott, 1999, s. 131; Türkoğlu, 2009, s. 254.

²⁵ Howatson, 2015, "ludi" maddesi, s. 559.

²⁶ Howatson, 2015, "Aedilis" maddesi, s. 4.

ve her bir etkinlik için ayrı oylama yapılması gerekmiştir. Livius'un açıklamaları bu oyunların kutlu bir hava içinde gerçekleştirilmesi yetkisinin *aedilis plebs*'lere verildiğini göstermektedir.²⁷ Livius'a göre *aedilis curulis* makamı, *aedilis plebs*'lerin kutlamayı reddettikleri büyük Roma oyunları için küratör olmaları amacıyla kurulmuştur. Aslında çağdaş araştırmacıların neredeyse tamamı *aedilis plebs*'lerin kuruluşlarından itibaren Jüpiter'e (yönelik/adanan/) oyunları kutlamayla görevlendirilmiş olduğu düşüncesini reddetmektedirler. Çağdaş araştırmacılara göre, *Curo ludorum*, ilk başlarda *aedilis curulis*'lerin bir göreviydi ve bu makamın festivali olan *Ludi Romani* muhtemelen M.Ö. 367 yılında veya kısa bir süre sonra takvime dahil olmuştu. *Circus Flaminius*'un kurulduğu M.Ö. 220 yılında *Ludi Plebeii*'nin oluşturulması *aedilis plebs*'lere yönelik bir rakip oyun niteliğini almıştı. Jupiter oyunları ile *aedilis plebs*'ler arasında eski tarihlerdeki ilişkilere dair antik delillerin güvenilir olup olmadığı bizim için pek de önemli değildir. Cicero'nun *aedilis*'liğine ilişkin tartışmayla ilgil olarak önemli olan, *ludi antiquissimi qui primi Romani appellati sunt* ifadesinin *Ludi Plebeii*'ye ilişkin geleneksel yazında yerleşik olan bilgiyle uyum halinde olmasıdır. Cicero, takvim yoluyla gerçekleştirmeyi umduğu oyunların zaman çizelgesini bizlere sunmaktadır. Bu oyunların hepsi *aedilis plebs*'lerin faaliyeti alanında yer almaktadır.²⁸

3.1.1. Aedilis Curulis'lerin Düzenledikleri Oyunlar

Aedilis curulis'ler, *Ludi Megalenses* ve *Ludi Romani* (veya *magni*) olmak üzere iki tür oyun düzenlemekle yükümlüydüler.²⁹ Dionysius'un aktarımına göre Caesar, *aedilis curulis*'lik görevi esnasında (M.Ö. 66) bu iki oyunu düzenlerken bütçesi epey sarsılmıştır (38, 8).³⁰

3.1.1.1. Ludi Megalenses

Ludi Megalenses Magna Mater (Kybele) onuruna yapılan bir şenliktir. Tanrıçayı imgeleyen kutsal taşın Pyrgia'dan Roma'ya gelişini kutlamak amacıyla 4-10 Nisan tarihleri arasında kutlanırdı. Bu şenlik türü İkinci Pön savaşı sırasında, M.Ö. 204 te başlatılmıştır. Tiyatro gösterilerinin yapıldığı

²⁷ *Recusantibus id munus bus plebis conclamatum a patriciis est iuvenibus se deum immortalium causa libenter facturos.*

²⁸ Lily Ross Taylor, *Cicero's Aedileship*, The American Journal of Philology, Vol. 60, No. 2 (1939), pp. 194-202.

²⁹; Lintott, 1999, s. 131.

³⁰ Taylor, 1939, s. 195, dn. 15.

şenliklerde Circus Maximus'ta düzenlenen oyunlar sadece bir gün alırdı (Livius 34.54.3).³¹

3.1.1.2. *Ludi Romani*

Ludi Romani, adında ilk defa Roma geçen en eski oyunlara verilen addır. *Ludi Romani*, başlangıçta sefere çıkarken başarılı olmak için Jüpiter'e şenlik adayan bir komutanın ordusuyla birlikte zaferle dönüşü sonrasında adağını yerine getirdiği şenliklerdi. Yani başlangıçta adağa bağlı olarak düzensiz ve herhangi bir takvime bağlı olmaksızın yapıldı. M.Ö. 366'dan itibaren her yıl eylül ayının 5'inden 19'una kadar 15 gün boyunca düzenlenmeye başlamışlardır (Livius 24.43.7). Oyunlar kapsamında Caitolium Tepesi'ndeki Jupiter (Optimus Maximus) Tapınağı'na büyük tanrıların heykellerinin taşındığı geniş katılımlı bir tören alayı düzenlenir, burada araba yarışları ve askeri gösteriler yapıldı.³²

3.1.2. Aedilis Plebs'lerin Düzenledikleri Oyunlar

Modern araştırmacılar *aedilis plebs* makamının kuruluşundan itibaren Jupiter oyunlarının kutlamasında herhangi bir sorumluluk sahibi olmadığı konusunda hem fikirdirler.³³ Augustus Dönemi'ne kadar oyunları düzenlemekten sorumlu olmuşlardır.³⁴ Bunların daha sonra başlangıçta *aedilis curulis*'lerce düzenlenen *Ludi Megalensia*'yı düzenlemekle görevlendirilmiş olabilirler.³⁵

3.1.2.1. *Ludi Plebeii*

Aedilis plebis'ler *Ludi Plebeii* denen oyunları düzenlemişlerdir (Livius 23. 30. 17; 27.6. 19; 36. 9; 28. 10. 7; 29. 38. 8; 3. 55. 7; D.1.2.2.21).³⁶ Bu oyunlar en geç M.Ö. 214'te başlatılmış olmalıdır. İkinci Pön savaşının karanlık günlerinde halkı neşelendirme amacı güden birçok şenlik arasında ilk olanıdır. Kasım aylarında düzenlenen bu şenliklerin bir günü tiyatroya ayrılırdı. Bilinen ilk temsil M.Ö. 200 tarihli Plautus'un *Stichus* güldürüsüdür.³⁷

³¹ Howatson, 2015, "ludi" maddesi, s. 559.

³² Howatson, 2015, "ludi" maddesi, s. 558.

³³ Taylor, 1939, s.197.

³⁴ Howatson, 2015, s. "Aedilis" maddesi, 4.

³⁵ Lintott, 1999, s. 131.

³⁶ Lintott, 1999, s. 131.

³⁷ Howatson, 2015, "ludi" maddesi, s. 559.

3.1.2.2. *Ludi Cereales*

Aedilis plebs'ler , *Ludi Ceriales* adlı oyunları düzenlerlerdi (Livius 30.39.8).

Bu oyunlar en geç M.Ö. 202'de kurumsallaştı. *Plebs*'lerin koruyucu tanrıçası Ceres onuruna yapılırdı. Şenliğin son ama en önemli gününde Circus Maximus'ta oyunlar düzenlenirdi. (livius 34.54.3)³⁸

3.1.2.3. *Ludi Florales*

Ludi Florales (çiçek oyunları) ya da “Floralia festivali” Roma'da ilk olarak M.Ö. 240 yılı civarında gerçekleştirilmiştir. Bu festivalin temel amacı Flora Tapınağı'nın çiçeklendirilmesini sağlamaya yönelik olarak ekilen çiçeklerin açması amacıyla Tanrıça Flora'yı memnun etmek idi. Ancak ilerleyen zamanda bu festival gözden düşmüş ve M.Ö. 173 yılına kadar durdurulmuştur. Ancak daha sonrasında da *Senatus*, bu kutlamaları durdurdukları için Tanrıça Flora'nın kızdırdıklarını ve Tanrıçanın da rüzgar ve dolu gibi doğa olaylarını kullanarak çiçeklere verdiğini düşünmüştür. Bundan dolayı da *Senatus*, Florales oyunlarının yeniden başlatılmasını emretmiştir.³⁹

Tarihçiler tam olarak emin olmamakla beraber, Florales oyunların küratörlüğünün *aediles publicii*'ye ait olduğunu düşünmektedirler. Tanrıça Flora adına Flora tapınağı M.Ö 240 yılında kurulduğu zaman, *aediles publicii*, Festus (Festus, p. 276 L) tarafından “*aedilis curulis*” olarak; Varro (Varro, L. L., v, 158) ve Ovid (Fasti) tarafından ise *aedilis plebs* olarak tanımlanmıştır.⁴⁰ Ancak takvimlere düzenli festival olarak girdiği M.Ö. 173 yılında oyunları gerçekleştiren makamın *aedilis plebs* olduğu anlaşılmaktadır (Livius 34.54.3).⁴¹ Cicero'nun bu alıntıda bahsettiği Flora festivali, her zaman *plebs*'lerle ilişkilendirilmiştir. Dolayısıyla da bunun idaresinin bir *plebs* görevlisi tarafından gerçekleşmiş olması gerekir.⁴²

Asayiş Sağlamak

Aedilis'lerin asayişle ilgili görevleri her şeyden önce Roma'da asayişin sağlanmasına ilişkili genel yetkiyi kapsamaktadır.⁴³ Bundan başka daha ayrıntıya inmek gerekirse; evli bir kadını baştan çıkarmak gibi ahlaka aykırı

³⁸ Taylor, 1939, s. 195; Howatson, 2015, “*ludi*” maddesi, s. 559.

³⁹ <https://www.thoughtco.com/floralia-112636> Erişim tarihi 7.Mayıs . 2019

⁴⁰ Taylor, 1939 s. 195.

⁴¹ Taylor, 1939 s. 195.

⁴² Taylor, 1939 s. 195.

⁴³ Türkoğlu, 2009, s.254.

suçları işleyenleri cezalandırmak, halka açık oyunlardaki asayişi sağlamak, genelevleri, hamamları, mezarları ve cenaze alaylarındaki düzeni sağlamak ve denetim yapmak gibi görevler de *aedilis*'lerin yetki alanında yer almaktaydı. ⁴⁴ *Aedilis*'lerin *plebs* tribunus'larına ayrıca yargısal faaliyetlerinde de yardım etme yetkileri de bulunmaktaydı. ⁴⁵ Son olarak *ager publicus* olarak adlandırılan kamu topraklarının izinsiz otlak olarak kullanılmasını önlemek, buna aykırı davrananlara ceza vermek de *aedilis*'lerin yerine getirdiği bir görevdi. ⁴⁶

Oyunlar ve pazar yerlerinin idaresinden doğrudan sorumlu *magistra*'lar olmaları itibarıyla buralarda düzen ve asayişin sağlanması da *aedilis*'lerin sorumluluğundaydı. Öte yandan aslında genel kolluk görevi *aedilis* makamına ait değildi. Tarihsel kayıtlarda da suç şüphelilerinin yakalanması ve tutulması aşamalarında *aedilis*'lerin görev alması M.Ö.186 yılında Bacchanalia festivallerinin bastırılması esnasında gözlenmiştir. Bu olaylar esnasında *aedilis curulis*'ler bu festivalleri düzenleyenlerin kültüne ait olan rahipleri saptayarak yakalama görevini almıştı. *Aedilis plebs*'ler ise ayinlerin gizli bir şekilde gerçekleştirilmesini engelleme ile görevliydi. ⁴⁷

Her iki tür *aedilis*'lerin ceza ve idare hukuku alanındaki suç ve kabahatleri kovuşturma işlevi gören *magistra*'lar olduğu anlaşılmaktadır. Hafif suçların yargılandığı bu kovuşturmalar sonucundaki davalar halk önünde gerçekleştirilir ve hükme ilişkin oylama da meclis tarafından gerçekleştirilirdi. Mommsen'e göre *aedilis*'lerin bu tür yetkileri faaliyetlerinin kanuna dayalı olmasıyla kanunun öngördüğü cezaları uygulama yetkilerinden kaynaklanmaktaydı. Öte yandan bu tür genel bir açıklama *aedilis*'ler tarafından gerçekleştirilen çok sayı ve çeşitteki kovuşturma işlemlerini açıklamakta yetersiz kalmaktadır. Bu çerçevedeki *aedilis*'lerin faaliyetlerinin çeşitliliği *aedilis plebs*'lerin tribunus'ların bir yardımcısı ve *plebs*'lerin koruyucu sıfatlarından kaynaklanmış olabilir. Öte yandan Cumhuriyet Dönemi'nin ortaları ve sonlarında bu tür kovuşturmaların *aedilis*'lerin münhasır yetki alanlarında bulunmadığını belirtmek gerekir. Burada Cicero'nun siyasi yolsuzluğun giderilmesinin *aedilis*'lerin mesleki tanımının temelini teşkil ettiğine dair açıklamalarını da pek ciddiye almamak gerekmektedir. ⁴⁸

⁴⁴ Özlem Söğütlü Erişgin, Roma Kamu Hukukuna Giriş, Ankara: Seçkin, 2017, s.106.

⁴⁵ Atlan, 1970, s. 29.

⁴⁶ Söğütlü Erişgin, 2017, s.106.

⁴⁷ Lintott, s.131.

⁴⁸ Lintott, s.131.

Kimi kovuşturmalar özel kanunların ihlalden kaynaklanmıştır. Örneğin *lex Licinia Agrari*'ya aykırı bir şekilde izin verilen sınırı aşacak bir şekilde *ager publicus*'u işgal etmek, kamuya ait arazilerde izin verilen sınırdan fazla hayvan beslemek, ya da vergi ödememek (*scriptura*), bu tür ihlallere örnek gösterilebilir. Kayıtlara geçen bir dava örneği de, Oniki Levha tarafından suç olarak nitelendirilen ekinlerin kaldırılması için sihir kullanılmasına (*veneficia*) karşı *comitia tributa* önünde açılan bir davadır. Bundan başka tefecilik ve karaborsacılıkla ilgili davalar da *aedilis*'lerin kovuşturma makamı olarak görev yaptığı davalardandır. Ayrıca nadiren de olsa *aedilis plebs*'lerin, *plebs*'lerin koruma yetkisini hatırlatan siyasi davalarda kovuşturmacı olarak görev aldığı da olmuştur. M.Ö. 249 yılında konsül olan P. Claudius Pulcher'in kız kardeşinin, *plebs*'lerin ölmesini istediğini açıklayarak alenen *plebs*'leri aşağılama suçu işlediği gerekçesi ile kovuşturulması bu tür davalara örnek olarak gösterilebilir.⁴⁹

Cumhuriyet Dönemi'nin sonlarında Publius Clodius, Titus Annius Milo'ya karşı *tribunus*'luk görevi sırasında (M.Ö. 57) gladyatörleri şiddet amacıyla kullandığı için ceza kovuşturması başlatmıştır. Clodius bu işlemi gerçekleştirirken halkın çıkarlarını savunduğunu ileri sürmüştür. Benzer bir yaklaşıma, *aedilis*'lik görevi sırasında Verres'e karşı açtığı *repetundae* davasında Cicero'nun da sahip olduğu anlaşılmaktadır. Cicero yargı mensuplarının rüşvet almalarına karşı dava açacağı şeklindeki girişimlerini de aynı amaçla gerçekleştirdiğini ileri sürmüştür. Gerçi gerek Cicero gerekse Clodius, Milo'yı suçlarken, suçlamalarını böyle bir durumun geçmişteki örnekleriyle destekleyememiştir. Ancak yine de anılan kişilerin davranış tarzlarından o zamana kadar *aedilis*'lerin bir tür savcı gibi hareket edebildiğine dair uzun yıllardan beri süregelen bir geleneğin gelişmiş olduğu anlaşılmaktadır. Ayrıca Cumhuriyet Dönemi'nin ortalarında gerçekleştirilen ceza kovuşturmalarının sadece Roma Şehri'yle sınırla olmadığını da göstermektedir.⁵⁰

İki tür *aedilis*'in ne şekilde birbiriyle benzer görevleri gerçekleştirdiği ya da görevlerinin ayrıntılarının belirlenişine dair tarihi belgeler bulunmamaktadır. Ancak burada belirli olan temel faktör, Roma'nın Akdeniz Havzası'ndaki yükselişi ve hakimiyetini sağlama sürecinde *consul*'lerin ve bir noktaya kadar da praetor'ların savaş ve uluslararası ilişkiler gibi konulara dikkatlerini vermiş olmalarıdır. Bunun sonucunda da

⁴⁹ Lintott, 1999, s.132.

⁵⁰ Lintott, 1999, s.132.

Roma'nın günlük hayatını ve işlerin yönetecek bir *magistra*'lık türüne ihtiyaç duyulmuştur.⁵¹

Yangın gözleme görevi aslında *triumviri capitales* ya da *nocturni*'lerin yetki alanında olmakla beraber, görevlerini ihmal eden *triumviri*'ler hakkında kovuşturma yetkilerine sahip olduğu dikkate alındığında, *aedilis*'lerin de bu hususta denetleme yetkilerinin olduğu anlaşılmaktadır.⁵²

Kamu Binalarının ve Yolların Bakımı

Aedilis'lerin kamu binaları ve yollarının bakımıyla ilgili yetkileri de mevcuttu. Bu doğrultuda Roma yollarının bakımı⁵³ ile şehrin resmi binalarının bakımını yapmak, kamuya açık yolların onarımını yapmak gibi yetkileri vardı. Bundan başka *Tribunus plebs*'lerin yardımcıları olan *plebs aedilis*'lerin başlıca görevi ise *Ceres Tapınağı*'ndaki *plebs* sınıfının hazinesini ve arşivini korumaktır. Bu arşivde *Senatus*'un çıkardığı kararnamele ile *plebs* oylarıyla alınan kararların saklanması arşivin denetiminin önemini arttırmıştır.⁵⁴

Pazarları Denetlemek

Pazar yerlerindeki satışların denetlenmesi *aedilis*'lerin yetkisi dahilindeydi.⁵⁵ İdari görevleri bulunan ve şehrin düzenini sağlama görevini üstlenen *aedilis*'ler bir tür belediye ve zabıta hizmeti görmekte idiler. Bu yetki kapsamında *aedilis*'ler, buğday ve para ödünçlerindeki faiz tefeciliğini önlemek ve bunlar için gerekli cezaları belirlemek, pazar yerlerindeki alım satımları, köle ve hayvan satışlarını düzenlemek, satışlarda kullanılan uzunluk ve ağırlık ölçülerini denetlemek gibi yetkilere sahipti.⁵⁶ Bundan başka pazar yerlerinde ortaya çıkan küçük ceza ve hukuk davalarıyla çarşı – pazar alışverişlerinden doğan ihtilafların çözümü de *aedilis*'ler tarafından gerçekleştirilmekteydi.⁵⁷

Aedilis Olma Koşulları

Aedilis curulis makamında görev yapabilmek için öncelikli koşul *patricius* sınıftan olmak *aedilis plebis* makamında görev yapabilmek

⁵¹ Lintott, 1999, s.132.

⁵² Lintott, 1999, s.131.

⁵³ Türkoğlu, 2009, s. 254.

⁵⁴ Söğütü Erişgin, 2017, s.105.

⁵⁵ Türkoğlu, 2009, s. s.25.

⁵⁶ Söğütü Erişgin, 2017, s.106.

⁵⁷ Howatson, 2015, "Aedilis" maddesi, s. 4.

içinse *plebs* sınıfından olmak gereklidir. *Aedilis curilis* makamına başlangıçta sadece *patricius* sınıfından kişiler seçilirken, M.Ö. 365 yılında ise *aedilis curilis*'lik *plebs*'lere *de açılmıştır*. Daha sonraları *plebs*'ler ve *patricius*'lar bu makama dönüşümlü olarak getirilmişlerdir. Zamanla ise böyle bir sıra gözetilmemiştir (Livius 7.1). *Aedilis* olmak içinse Lex Villia Annalis'e göre 37 yaşında olmak gereklidir.⁵⁸

Liyakat ilkesi gereğince *aedilis* makamına gelmeden önce *quaestor* makamında görev almak gerekliydi. Öte yandan *aedilis* makamına getirilmiş olmak *praetor* olmanın ön koşulu değildi.^{59 0}

Aedilis'lerin Belirlenmesi ve Göreve Başlaması

Aedilis'lik seçimle gelinen bir makamdı. Bu makama her yıl yeni *aedilis*'ler iki çift olarak seçilirdi (Livius 7.42).⁶⁰ *Aedilis plebs*'ler, *tribunus plebis* başkanlığında toplanan *concilium plebis* tarafından seçilirlerdi.⁶¹ *Aedilis curulis*'ler ise *Comitia Curiata* tarafından seçilirlerdi.⁶² *Aedilis*'ler göreve, *consul*'ler ve *praetor*'lar ile aynı zamanda başladılar (Livius 25. 2. 7).⁶³ Göreve başlamalarını takip eden 5 gün içinde şehrin hangi bölgesin sorumlu olduklarını ya kura ile ya da kendi aralarında anlaşarak belirlemeleri gerekirdi.⁶⁴

Aedilislerin Yetkileri

Potestas Yetkisi

Aedilis'lerin *imperium* yetkisi yoktur. Onlar *cum potestas* sahibi *magistra*'lardandır. *Imperium* yetkileri olmadığı için de *lictor*⁶⁵ taşıma yetkisi bulunan *magistra*'lar gibi zorlama yani *coercito* hakları da yoktur. Sadece görevlerini ifa ederken idari para cezası verme yetkisi tanınmıştır.⁶⁶

Edictum Yayınlama Yetkisi

Aedilis curulis'lerin en önemli ayrıcalığı *edictum* yayınlama haklarıdır (Gaius 1.6). Ancak yayınladıkları *edictum*'lar tüm *aedilis*'ler için yol göstericidir. *Edictum*'ların genel olarak konusu pazar yerlerinin

⁵⁸ Anton, 1851, s. 100.

⁵⁹ Türkoğlu, 2009, s. 255.

⁶⁰ Howatson, 2015, "Aedilis" maddesi, s. 4; Anton, 1851, s. 100.

⁶¹ Atlan, 1970, s. 29; Lintott, 1999, s. 130.

⁶² Lintott, 1999, s. 129.

⁶³ Lintott, 1999, s. 130.

⁶⁴ Anton, 1851, s. 100.

⁶⁵ Licitor'a ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Duygu Özer Sarıtaş, *Bir Roma Kamu Görevlisi Olarak Licitor*, Arkeoloji ve Sanat Dergisi, 2014, Sayı 147, Sayfalar: 93 – 97.

⁶⁶ Söğütü Erişgin, 2017, s.106.

denetlenmesidir. Bu edictum'larda alım satımlardaki pazarlık ve satış usulüne ilişkin kurallar ağırlıktadır.⁶⁷

Özellikle alım satım sözleşmelerinde (*emptio venditio*) satılan maldaki ayıplar ve bu ayıplardan dolayı satıcının sorumluluğu meselesine ilişkin günümüzde dahi kullanılan temel prensiplerin kaynağı *aedilis curulis* denilen *magistra*'ların *edictum*'larıdır. Türk Borçlar Kanunu'nun ilgili maddesinde müşterinin seçimine bırakılan iki dâvaya da, genellikle hukuk dilinde, *aedilis* dâvaları denilmektedir.⁶⁸ *Aedilis curulis*'lerin bir *magistra* olarak sahip oldukları *edictum* yayınlama yetkisine dayanarak yaptıkları bu düzenlemeler sonucunda *Ius Honorarium* Hukuku'nda maddi ayıplara karşı alıcının korunmasına ilişkin yeni düzenlemeler ortaya çıkartmıştır. Köle satıcılarının alım satım sözleşmelerindeki hilelerine engel olmak üzere ve taşıt ve binek hayvanlarının satımında çıkabilecek problemlere ilişkin aldıkları tedbirleri *edictum*'larında açıklamışlardır.⁶⁹

5.3. Yargılama Yetkisi

Aedilis edictum'larında alım satıma ilişkin kurallara karşı gelenlere para cezaları verilir, garanti paralarına el konulurdu. Edictum'a karşı gelen aktörlere ise kırbaç cezası uygulanırdı. Köle alışverişleriyle ilgili ihlallerde ise dava yoluna gidilirdi.⁷⁰ *Aedilis curulis* ve *aedilis plebs*,⁷¹lerin, verdikleri kararla kırbaçlanma ve para cezasına mahkûm edilmiş bir Roma vatandaşı, *Comitia Centuriata*'ya müracaat edebilmekte ve bu *magistra*'lar tarafından verilen cezanın ortadan kaldırılabilmesini *provocatio ad populum* yoluyla sağlayabilirlerdi. *Aedilis*'lerin bu kararlarının *provocatio ad populum* yoluyla *Comitia Centuriata*'da denetlenmesini sağlayan gelişme M.Ö. 449 yılında çıkartılan lex Valeria Horatia kanunu olmuştur.⁷¹

6. Aedilis'lerin Makam İşaretleri

Magistra 'ların, makamlarının ve iktidarlarının sembolü olarak ve resmi işler sırasında kullandıkları özel katlanabilir fildişi bir sandalye olan *sella curulis*'te oturma hakları vardır. *Aedilis curulis*'ler, *aedilis plebs*'lerden farklı ayrıcalıklara sahiptirler. *Aedilis curulis*'ler *magistratus curules*'ler

⁶⁷ Anthon, 1851, s. 100.

⁶⁸ Türkan Rado, *Roma Hukukunda Maldaki Ayıplardan Dolayı Satıcının Mesuliyeti*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası (İÜHF), Cilt 10, Sayı 3-4, İstanbul 1945, s. 604.

⁶⁹ Türkan Rado, *Roma Hukukunda Maldaki Ayıplardan Dolayı Satıcının Mesuliyeti*, 1945, s. 611.

⁷⁰ Lintott, 1999, s. 130

⁷¹ Küçük, 2015, s. 137.

(koltuk sahibi magistralar) arasındadırlar.⁷² *Aedilis plebs*'ler ise *subsellium* denen bir sandalyeye oturlardı.⁷³ Ayrıca *aedilis*'lerin *toga protexta* giyme hakları vardır.⁷⁴ Belirtmek gerekir ki *toga praetexta*, *sella curulis* ve *ius imaginum*, curule magistra'larının sahip olduğu imtiyazlardandı. Adından anlaşıldığı kadarıyla *aedilis curulis*, bir tür *curule* sahibi *magistra* olması itibarıyla *plebs aedilis*'liğinden ayrılmaktaydı. *Aedilis curulis*'in *sella curulis* hakkı doktrinde yerleşik bir kanıdır aynı zamanda demir paralar üzerindeki koltuğun bulunduğu temsiller de aynı yöne işaret etmektedir. Koltukla birlikte koltuğu işgal eden magistranın giysisi olan *praetexta* da bir arada düşünülürdü. *Aedilis plebs*'ler oyunları idare ederlerken bu alametlerden faydalanabilmekle birlikte, genel inanç oyun dönemi dışındaki zamanlarda *subsellium*'u kullandıkları yönündedir. Bu inanca göre *subsellium*, geleneksel yazının *plebs tribunus*'larına attettikleri oturma sırasındır ve tüm *tribunus*'larda olduğu gibi *praetexta* kullanma hakları yoktur. Bu inancı destekleyen tek sağlam kanıt, M.S. 86 yıllarına ait olan ve *aedilis plebs* olan Fannius ve Critonius'a adına özel olarak çıkarılmış bir demir paranın arkasında yer alan resimdir. Bu demir paranın arkasında *subsellium* olduğu anlaşılan bir sıra vardır ve bu sıranın üstünde iki adet *toga* giymiş adam resmi vardır. Bu kişiler, muhtemelen, halka dağıtım yapmak üzere olan *magistra*'ları temsil etmektedir. Öte yandan doğru bir şekilde yorumlamak gerekirse, bu demir para Sulla Dönemi'nden önceki zamana ait kanıtlar sunmaktadır.⁷⁵

Aedilis plebs'lerin *sella curulis* ve *pratexta* kullanmalarından tamamen edilmiş olmadıklarına dair işaretler de bulunmaktadır. Bu görevliler kimi araştırmacılar tarafından *subsellium*'u kullanabilen düşük seviyedeki memurlar arasında sayılmamaktadırlar. Ayrıca Plutarch da, diğer *magistra*'ların *praetexta* kıyafetini giyebilmesine rağmen *tribunus*'un neden giyemediğini sorarken, bu görevlilerden bahsetmemektedir. Cicero da sürgünle tehdit edildiğinde, bir tür yas tutma gösterisi olarak tüm *praetor* ve *aedilis*'lerin *pratexta*'larını bir kenara bıraktığını söylerken *aedilis plebs*'leri de bu gruba dahil etmiştir. Cicero'nun *aedilis plebs* olması durumunda, çoğunlukla curule aedile'in imtiyazlarına dair en iyi işareti sunan Verres aleyhine söylevdeki ifadeleri (In verrem. 2.5.36), M.S. 70 yılında *aedilis*

⁷² Lintott, 1999, s. 130.; Anthon, 1851, s. 100. Ziya Umur, Roma Hukuku Lügatı, İstanbul : İstanbul Üniversitesi, 1983, s. 188

⁷³ Umur,1983, s. 201.

⁷⁴ Anthon, 1851, s. 100.

⁷⁵ Taylor, 1939, s.199.

plebs'lerin de *aedilis curulis*'lerin nişanesine sahip olduğunu göstermektedir.⁷⁶

Aedilis'lerin Dokunulmazlığı Meselesi

Gerek *aedilis plebs*'ler gerekse *aedilis curulis*'ler dokunulmazdırlar (*sacrosancti*; Livius 3, 55).⁷⁷ *Aedilis plebs*'ler Cumhuriyet Dönemi'nin ortalarında kutsal ve dokunulmaz olarak kabul edilmiştir. Bu dokunulmazlıkları onlara gerektiğinde bir *magistra*'yı bile tutuklama yetkisi vermiştir.⁷⁸

Livius'a göre (3. 55. 7-9 ve 29.20.11) jüri üyeleri M.Ö. 449'da Valerius ve Horatio'ya atfedilen yasayı yorumlamışlardı ki bu yasa, *aedilis*'ler ile *plebs tribunus*'larına (ve *decemviri stlitibus iudicandis*'e) zarar verenlere karşı yasal cezaları düzenlemiştir. Fakat yasada kutsallıklarına dair hiçbir ima yoktur. Gerçek şudur ki *aedilis*'ler, daha yüksek *magistra*'ların baskısına maruz kalabilirlerdi dolayısıyla *tribunus*'lar kadar kutsal sayılmazlardı. Tesir itibariyle, kutsallık tükenmiş bir kıymet haline gelmişti.⁷⁹

SONUÇ

Bu çalışmada aktarılan tarihsel bilgilerden çıkarılabilecek en genel sonuç, *aedilis* makamının Cumhuriyet Dönemi'nde kamu hayatının birçok alanında etkin bir görünüm sergilemiş olduğudur. Bu doğrultuda *aedilis* makamının Roma oyunlarındaki etkin rolü önemli bir tarihsel veri olarak çeşitli kaynaklarda kendisini göstermektedir. Gerçekten de gerek *aedilis curulis*'ler gerekse *aedilis plebs*'ler farklı tür oyunların düzenlenmesinden sorumluydular. *Aedilis curulis*'ler, *Ludi Megalenses* ve *Ludi Romani* (veya *magni*) olmak üzere iki tür oyundan sorumluyken, *Aedilis plebs*'ler de *Ludi Plebeii* ve *Ludi Ceriales* adlı oyunları düzenlemekteydiler. *Aedilis*'lerin düzenlemekle yetkili oldukları bu oyunlar Roma sosyal ve kültürel hayatının renkliliğine dair de ipuçları sunmaktadır. Örneğin bunlardan ilk olarak M.Ö. 240 yılı civarında gerçekleştirilen *Ludi Florales* hatırlatılabilir. Bu festivalin temel amacı Flora Tapınağı'nın çiçeklendirilmesini sağlamaya yönelik olarak ekilen çiçeklerin açmasını sağlaması için amacıyla Tanrıça Flora'nın memnun edilmesi idi.

⁷⁶ Ibid

⁷⁷ Anthon, 1851, s. 100.

⁷⁸ Lintott, 1999, s. 129.

⁷⁹ Lintott, 1999, s. 129.

Aedilis'lik makamının bütününe bakıldığında aslında Roma'da asayişin sağlanmasına ilişkili genel yetkiye sahip oldukları görülmektedir. Aslında bu yetki sıradan bir Roma vatandaşının günlük hayatında sürekli bir şekilde *aedilis*'le karşılaştığına delalet etmektedir. Örneğin evli bir kadını baştan çıkarmak gibi ahlaka aykırı suçları işleyenleri cezalandırmak, halka açık oyunlardaki asayişi sağlamak, genelevleri, hamamları, mezarları ve cenaze alaylarındaki düzeni sağlamak ve denetim yapmak gibi görevler de *aedilis*'lerin yerine getirdiği görevlerdendir. Aynı doğrultuda, iş ve ekonomik yaşantının düzenlenmesinde de *aedilis*'lerin önemli sorumlulukları bulunmaktadır. Bu doğrultuda Roma yollarının bakımı ile şehrin resmi binalarının bakımını yapmak, kamuya açık yolların onarımını yapmak *aedilis*'lerin görevleri arasında yer almaktadır. Yine aynı yetki kapsamında *aedilis*'ler, buğday ve para ödünçlerindeki faiz tefeciliğini önlemek ve bunlar için gerekli cezaları belirlemek, pazar yerlerindeki alım satımları, köle ve hayvan satışlarını düzenlemek, satışlarda kullanılan uzunluk ve ağırlık ölçülerini denetlemek gibi yetkilere sahipti. *Aedilis*'ler tüm bu yetkilerini çıkardıkları *edictum*'lar yoluyla kullanmışlardır. Bu tür *edictum*'larda belirtilen kuralları ihlal edenler ya para cezasına çarptırılır ya da garanti paralarına el konulması yaptırımına maruz bırakılmıştır.

Sonuç olarak bu çalışmadaki *aedilis* makamı'na ilişkin aktarımların, kamu güvenliği ve kamu sağlığına ilişkin kolluk görevlerini yerine getiren etkin bir kamu görevlisi türü olan *aedilis*'lerle ilgili daha kapsamlı bir çalışmanın başlatıcısı olabilir.

KAYNAKÇA

- Anthon, Charles A **manual of Roman Antiquities**, New York: Harpes Brothers, 1851.
- Atlan, Sabahat **Roma Tarihi'nin Ana Hatları**, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Edebiyat Fakültesi, 1970.
- Çapar, Ömer Roma Tarihinde Magna Mater (Kybele) Tapınımı, **Ankara Üniversitesi Dil ve Tarih-Coğrafya Fakültesi Dergisi**, Cilt 29, Sayı 1-4 (1978), sayfalar: 167-210.
- Diakov V. ve S. Kovalev, **İlkçağ Tarihi Cilt 2 Roma**, İstanbul: Yordam Kitap, 2015.
- Erişgin, Özlem Söğütlü **Roma Kamu Hukukuna Giriş**, Ankara: Seçkin, 2017.
- Howatson, M.C. **Oxford Antik Çağ Sözlüğü**, Çeviren: Faruk Ersöz, İstanbul: Kitap Yayınevi, 2015.

- Küçük, Eşref Roma Halkının İki Özgürlük Kalesi: “Provocatio ad populum” ve “Tribunus plebis”, **Hacettepe HFD**, 5(1) 2015.
- Lendering Jona, “Aedile”, <https://www.livius.org/articles/concept/aedile/> ([2002], 2018) Erişim Tarihi 14.Nisan 2019
- Lintott, Andrew **The Constitution of the Roman Republic**, Newyork: Oxford, 1999.
- Rado, Türkan “Roma Hukukunda Maldaki Ayıplardan Dolayı Satıcının Mesuliyeti”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası (İÜHFİM)**, Cilt 10, Sayı 3-4, İstanbul 1945.
- Taylor, Lily Ross Cicero's Aedileship, *The American Journal of Philology*, Vol. 60, No. 2 (1939), pp. 194-202.
- Türkoğlu, Gökçe Halide,” Roma Cumhuriyet ve İlk İmparatorluk Dönemlerinin İdari Yapısı”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 11, Sayı 2, 2009, Sayfalar: 251-289.
- Umur, Ziya. **Roma Hukuku Lügatı** İstanbul : İstanbul Üniversitesi, 1983.

*** BİRLEŞİK KRALLIK VE AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKLARI
KAPSAMINDA PAY SAHİBİ AKTİVİZMİ DÜZENLEMELERİ**
(THE STEWARDSHIP RESPONSIBILITIES OF SHAREHOLDERS IN UK AND EU
COMPANY LAW)

Dr. Ekrem Solak * **

ÖZ

2008 küresel ekonomik krizi sonrasında, kurumsal yönetim tartışmaları pay sahiplerinin yükümlülükleri üzerinde yoğunlaşmıştır. Bu tartışmalar başta Birleşik Krallık olmak üzere Avrupa Birliğini de etkilemiştir. Birleşik Krallık'ta Gözetim İlkeleri (the "Stewardship Code") 2010 yılında, Avrupa Birliği'nde ise Pay Sahibi Hakları Direktifi-II (the "Shareholder Rights Directive") 2017 yılında yürürlüğe girmiştir. Bu iki düzenleme arasında farklılıklar bulunsa da ulaşmaya çalıştıkları amaçlar benzerdir. Bu düzenlemeler kurumsal pay sahiplerini şirket yönetiminde daha aktif söz sahibi olmasını teşvik ederek çok ortaklı şirketlerdeki güç boşluğunu doldurmayı, bu şirketlerin uzun vadeli menfaatlerini korumayı ve kısa vadecilik sorununu çözmeyi hedeflemektedir. Bu makalede, Birleşik Krallık ve Avrupa Birliği'ndeki pay sahibi aktivizmi düzenlemeleri ve bu düzenlemelere ilişkin tartışmalar inceleme konusu yapılmıştır.

Anahtar Kelimeler : Gözetim İlkeleri, Pay Sahibi Hakları Direktifi, Pay Sahibi Aktivizmi, kurumsal pay sahipleri, pay sahibi sorumlulukları, Avrupa şirketler hukuku.

ABSTRACT

In the wake of the 2008 financial crisis, corporate governance discussions have focussed on shareholders' duties regarding shareholder activism. These discussions have also affected the UK, 46 other countries, and the EU. The UK adopted the Stewardship Code in 2010 and the EU adopted the Shareholder Rights Directive in 2017. While there are differences between these regulations, they share similar overarching goals.

[#] Eserin Dergimize geliş tarihi: 23.06.2019. İlk hakem raporu tarihi: 05.07.2019. İkinci hakem raporu tarihi: 21.07.2019. Onaylanma Tarihi: 23.07.2019.

* İstanbul Medeniyet Üniversitesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, Öğretim Görevlisi, Dr.

** Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0002-2694-892X.

Esere Atıf Şekli: Ekrem Solak, "Birleşik Krallık Ve Avrupa Birliği Hukukları Kapsamında Pay Sahibi Aktivizmi Düzenlemeleri", YÜHFD, C.XVI, 2019/2, s.127-162.

Both seek to improve the quality of institutional shareholder activism in order to ensure the accountability of management in public companies, to protect the long-term interests of companies, and to address the short-termism problem in corporate governance. This article examines the shareholder duties imposed by the Stewardship Code and the Shareholder Rights Directive, and argues that while these regulations are worthwhile initiatives, their impact on shareholder activism is likely to be modest due to their structural limitations.

Keywords : *The Stewardship Code, the Shareholder Rights Directive, shareholder activism, institutional shareholders, shareholder duties, EU company law.*

I. Giriş

Kurumsal pay sahipleri (institutional shareholders) sadece Amerika Birleşik Devletleri¹ ve İngiltere’de² değil, Avrupa ülkelerinde³ de artan ekonomik güçleri neticesinde etkin bir kurumsal yönetim aktörü haline gelmişler, sermaye piyasalarının talep edilebilirliğini ve istikrarını etkileyebilecek bir kapasiteye ulaşmışlardır. Kurumsal pay sahiplerinin artan ekonomik gücü neticesinde çok ortaklı şirketlerdeki güç ve denetim boşluğunun bu pay sahipleri tarafından doldurulabileceği görüşü öğretilmeye savunulmaya başlanmıştır⁴. Bu görüşün aksine, bazı yazarlar ise, kurumsal pay sahiplerinin şirket yönetimlerine müdahil olmasının olumsuz sonuçlarının olabileceğini ifade etmişlerdir⁵. Bu görüşe göre, özellikle

¹ Bernard Black, “Shareholder Passivity Reexamined” (1990) 89(3) *Michigan Law Review* ss. 520-608; James Hawley and Andrew Williams, *The Rise of Fiduciary Capitalism* (University of Pennsylvania Press 2000), ch. 3; Ronald Gilson and Jeffrey Gordon, “The Agency Costs of Agency Capitalism: Activist Investors and The Revaluation of Governance Rights” (2013) 113 *Columbia Law Review* 863, s. 874.

² Brian Cheffins, *Corporate Ownership and Control: British Business Transformed* (Oxford University Press 2008) s. 344-346.

³ George Ringe, “Changing Law and Ownership Patterns in Germany: Corporate Governance and the Erosion of Deutschland AG” (2015) 63 *American Journal of Comparative Law* 493.

⁴ Örnek olarak bkz, Bernard Black, “Agents Watching Agents: The Promise of Institutional Investor Voice” (1992) 39 *UCLA Law Review* 811.

⁵ Örnek olarak bkz, Iman Anabtawi and Lynn Stout, “Fiduciary Duties for Activist Shareholders” (2008) 60 *Stanford Law Review* 1255.

serbest yatırım fonları (“hedge funds”) şirketlerde kısa vadecilik sorununa neden olmaktadır⁶.

Öğretideki bu çekincelere rağmen, 2008 ekonomik krizinden sonra Birleşik Krallık ve Avrupa Birliği kurumsal pay sahiplerinin kurumsal yönetimdeki rollerini sınırlamak yerine onların şirket yönetiminde daha aktif olmaları için düzenleme yapmayı tercih etmişlerdir⁷. 2010 yılında Avrupa Birliği İç Piyasa ve Hizmetlerinden Sorumlu Komisyon Üyesi (the European Commission responsible for the Internal Market and Services) Michel Barnier, yıllarca pay sahiplerinin haklarının tartışıldığı ve artık pay sahiplerinin yükümlülüklerinin tartışılması gerektiğini ifade etmiştir⁸.

Birleşik Krallık kurumsal pay sahipleriyle portföy yönetim şirketlerinin yatırım yaptıkları şirketlerle aralarındaki ilişkiyi düzenleyen Gözetim İlkeleri’ni (the “Stewardship Code”) 2010 yılında kabul etmiştir. Avrupa Birliği ise 2017 yılında “Pay Sahiplerinin Belirli Haklarının Borsada İşlem Gören Şirketlerde Kullanılması” hakkındaki 2007/36/AT sayılı Direktifi⁹ (Pay Sahipleri Hakları Direktifi-I) “Pay Sahiplerinin Uzun Vadeli Bir Şekilde Yönetime Katılmasının Teşvik Edilmesi” (the encouragement of long-term shareholder engagement) hakkındaki 2017/828/AT¹⁰ sayılı direktif (Pay Sahipleri Hakları Direktifi-II) ile tadil etmiştir. Pay Sahipleri Hakları Direktifi-II, kurumsal pay sahipleri ile portföy yönetim şirketleri/yöneticilerine (asset managers) aktivizm (shareholder activism) politikaları hazırlama, bu politikaların uygulandığından emin olma ve bunları kamuyla paylaşma yükümlülüklerini getirmektedir.

Bu düzenlemeler pay sahibi aktivizmi aracılığıyla şirketlerin uzun vadeli sürdürülebilirliğini sağlamayı, çok ortaklı şirketlerdeki güç boşluğu ve kısa

⁶ Martin Lipton, “Takeover Bids in the Target’s Boardroom” (1979) 35 *Business Lawyer* 101, s. 104; Leo Strine, “One Fundamental Corporate Governance Question We Face: Can Corporations Be Managed for the Long Term Unless Their Powerful Electorates Also Act and Think Long Term?” 66 *The Business Lawyer* 1; Iman Anabtawi, “Some Skepticism about Increasing Shareholder Power” (2006) 53 *UCLA Law Review* 561, s. 579-83; Lynne Dallas, “Short-Termism, the Financial Crisis, and Corporate Governance” (2013) 37 *The Journal of Corporation Law* 265, p. 268.

⁷ Christoph Van der Elst, “Shareholder engagement duties: the European move beyond stewardship” in Hanne Birkmose and Konstantinos Sergakis (eds) *Enforcing Shareholders’ Duties* (Elgar 2019) p. 61.

⁸ Michel Barnier quoted in Hanne Birkmose, “Shareholders’ Duties in European Company Law” (2016) 13 *European Company Law* 1, p. 5.

⁹ Council Directive 2007/36/EC on the exercise of certain rights of shareholders in listed companies [2007] OJ L 184/17

¹⁰ Council Directive, 2017/828 Amending Directive 2007/36/EC as regards The Encouragement of Long-Term Shareholder Engagement [2017] OJ L. 132/1.

vadecilik sorunlarını azaltmayı hedeflemektedir. Başka bir açıdan, Birleşik Krallık ve Avrupa Birliği küresel kriz sonrası ortaya çıkan kurumsal yönetim sorunlarına yine piyasa aktörleri ile çözüm bulmayı hedeflemektedir. Bu çalışmada, pay sahibi aktivizmi kavramı (“shareholder activism/engagement”), kurumsal pay sahipleri (“institutional shareholders”), Birleşik Krallık ve Avrupa Birliği hukuklarında pay sahibi aktivizmi düzenlemeleri incelenecek ve bu düzenlemeler hakkında genel bir değerlendirme yapılacaktır.

II. Pay Sahibi Aktivizmi Kavramı ve Kurumsal Pay Sahiplerinin Karakteristik Özellikleri

1. Pay Sahibi Aktivizmi Kavramı

Kurumsal yönetimde, pay sahibi aktivizmi yeni bir kavram olmayıp ilk pay sahibi aktivizm örnekleri 20. yy. başlarına kadar takip edilebilmektedir¹¹. Ancak, modern anlamda pay sahibi aktivizmi son 20 yıl içerisinde ortaya çıkmıştır¹². Öğretide pay sahibi aktivizminin çok sayıda tanımı bulunmaktadır. Black, pay sahibi aktivizmini, şirket yöneticilerini denetlemek ve kontrol etmek veya şirket politikasında değişiklik sağlamak amacıyla herhangi bir şekilde şirket yönetimiyle iletişime¹³ geçmek olarak tanımlamaktadır¹⁴. Black daha sonra tanımını değiştirmiş ve aktivizmi bir şirketin davranışlarını ve kurumsal yönetim kurallarını değiştirmek için proaktif bir çaba olarak tanımlamıştır¹⁵. Black, genel kuruldaki oylama gibi herhangi bir reaktif hareketi pay sahibi aktivizmi kavramına dâhil etmemiştir. Gillan and Starks ise pay sahibi aktivizmini bir yatırımcının şirketin yönetim kurulunda bir değişiklik meydana getirmeden yönetimi etkileyerek şirketin idare şeklini değiştirmek olarak tanımlamıştır¹⁶. Bu

¹¹ Stuart Gillan and Laura Starks, “The Evolution of Shareholder Activism in the United States” in Donald Chew Stuart Gillan (eds) *US Corporate Governance* (Columbia University Press 2009) p. 227.

¹² Iris H-Y Chiu *The Foundations and Anatomy of Shareholder Activism* (Hart Publishing 2010) p. 3.

¹³ Bu genel kurula katılmak yoluyla olabileceği gibi telefon görüşmesi, mailleşme yoluyla da gerçekleştirilebilir.

¹⁴ Black (n. 1) s. 522, dn. 3; aynı yönde bakınız, Albert Hirschmann, *Exit, Voice and Loyalty: Responses to Decline in Firms, Organizations, and States* (Harvard University Press 1970).

¹⁵ Bernard Black, “Shareholder activism and corporate governance in the United States” in P. Newman (Ed.) *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, p. 459.

¹⁶ Stuart Gillan and Laura Starks, A survey of shareholder activism: Motivation and empirical evidence (1998) 2(3) *Contemporary Finance Digest* p. 10-11.

itibarla, pay sahibi aktivizmi şirketin performansına verilebilecek iki uç tepki (hisseleri satmak veya şirket yönetimini devralmak) arasında değerlendirilmektedir.

Hirschmann'a göre büyük organizasyonlarda (şirket, dernek, ticari işletmeler, vakıf gibi) yönetime karşı memnuniyetsizlik iki şekilde gösterilmektedir: terk etme (exit) ve itiraz etmek/ses çıkarmak (voice)¹⁷. Terk etme seçeneği, şirketler hukuku kapsamında hisselerin satılması olarak anlaşılmalıdır. Bu seçeneğe göre, şirket performansından veya yönetiminden memnun olmayan pay sahipleri hisselerini satmaları sonucu meydana gelen hisse değerlerindeki düşüş şirket yönetimini bazı pay sahiplerinin memnuniyetsizliği konusunda uyaracaktır¹⁸. Ses çıkarma/itiraz etme seçeneğinde ise, şirketler hukuku kapsamında, pay sahipleri doğrudan yönetim kuruluna veya alt yönetime yaptıkları bir başvuru neticesinde veya diğer hareketler neticesinde şirketin idare şeklinde veya politikalarında bir değişiklik meydana getirmektedir. Bu iki seçenek arasındaki temel fark ise, hisseleri satma (exit) seçeneğinde muhalif pay sahipleri ile şirket arasındaki ilişki tamamen son bulurken, itiraz etme (voice) seçeneğinde pay sahiplerinin mevcut statüsü korunmaktadır.

Her ne kadar Hirschmann hisseleri satmanın yönetime karşı bir tepki olduğunu ifade etse de, bu yöntemin etkin bir denetleme mekanizması olmadığı kanaatindeyiz. Zira terk etme seçeneğinin şirket yönetim politikalarında bir değişiklik meydana getirebilmesi için etkin market hipotezinin (EMH)¹⁹ piyasalarda başarılı bir şekilde çalışıyor olması gerekmektedir. Ancak, EMH bilgi maliyetine yeterli kadar önem vermemekte ve bilgi maliyetini göz ardı etmektedir²⁰. Ayrıca, insanlar

¹⁷ Albert Hirschmann, *Exit, Voice and Loyalty: Responses to Decline in Firms, Organizations, and States* (Harvard University Press 1970) p. 17.

¹⁸ Hisse fiyatlarının bir disiplin mekanizması olarak çalıştığına dair bkz, Michael Jensen, 'Takeovers: Their Causes and Consequences' (1988) 2(1) *Journal of Economic Perspectives* 21; Daniel Fischel, 'Efficient Capital Market Theory, the Market for Corporate Control, and the Regulation of Cash Tender Offers' (1978) 57(1) *Texas Law Review* 4; Daniel Fischel and Frank Easterbrook, "The Proper Role of a Target's Management in Responding to a Tender Offer" (1981) 94(6) *Harvard Law Review* 1161, p. 1169.

¹⁹ EMH, hisse fiyatlarının hâlihazırdaki erişimi mümkün tüm bilgileri yansıttığı ve yeni bilgilere göre hemen yeniden belirlendiği varsayımdır. Bkz, Eugene Fama, "Efficient Capital Markets: A Review of Theory and Empirical Work" (1970) 25 *The Journal of Finance* 383; Andrei Shleifer, *Inefficient Markets: An Introduction to Behavioural Finance* (OUP 2000) 1.

²⁰ Ray Ball, "The Development, Accomplishments and Limitations of the Theory of Stock Market Efficiency" (1994) 20 *Managerial Finance* 3.

genellikle ekonomik rasyonellikten bazı alanlarda uzaklaşmaktadırlar. Yatırımcıların ekonomik kaybını telafi etme ve elindeki hisselerin şimdiki değerlerini geçeceği umuduyla değer kaybeden hisseleri satmaktan imtina ettiği gözlemlenmiştir²¹. 2008 küresel ekonomik krizinden sonra yapılan çalışmalar da EMH'nin piyasalarda teoride varsayıldığı gibi çalışmadığını göstermektedir²². Ayrıca, hisse satımı yoluyla pay sahiplerinin memnuniyetsizliklerini iletmeleri durumunda pay sahiplerinin şirket ile olan ilişkileri sona erdiğinden bu yöntemin elde edilecek menfaatlere kıyasen aşırı bir tepki olduğu görüşüdeyiz. Dolayısıyla, Gillan ve Starks'ın da önerdiği gibi pay sahibi aktivizmini diğer geri bildirim mekanizmalarından ayıran özelliğin pay sahibi aktivizminin pay sahipleri ile şirket arasındaki ilişkide köklü bir değişiklik ortaya çıkarmaması gerektiği kanaatindeyiz.

Tüm bu tanımlar ışığında, pay sahibi aktivizmi kavramı pay sahiplerinin, şirketin yönetim kurulunda esaslı bir değişiklik yapmadan, şirketin finansal, sosyal ve çevresel performansına ilişkin politikalarına dair memnuniyetsizliklerini gerek pay sahibi haklarını kullanarak gerek medya, sosyal medya, yönetimle özel toplantılar gibi diğer yollarla şirket yönetimine aktardığı bir uyarı sistemi olarak tanımlanabilir. Bu itibarla, pay sahipleri kendi amaçları doğrultusunda şirketin idaresinde birtakım değişiklikler talep etmektedir. Pay sahiplerinin değişmesini talep ettikleri hususlar yöneticilerin ücret düzenlemelerinden kurumsal yönetim ilkelerine, sosyal ve çevresel meselelere kadar geniş bir konu yelpazesini kapsamaktadır²³.

Pay sahiplerinin amaçları doğrultusunda pay sahibi aktivizmi saldırgan (offensive shareholder activism), koruyucu (defensive shareholder activism) ve sorumlu (responsible shareholder activism) olmak üzere üç temel ayrıma tâbi tutulabilir.

Saldırgan ve koruyucu pay sahibi aktivizm kavramları Cheffins ve Armour tarafından farklı aktivizm hedeflerini ayırt etmek amacıyla

²¹ Terrance Odean, "Are Investors Reluctant to Realize Their Losses?" (1998) 53 *The Journal of Finance* 1775.

²² Andrew Smithers, *Wall Street Revalued: Imperfect Markets and Inept Central Bankers* (Wiley, 2009).

²³ Han-Kyun Rho, *Shareholder Activism Corporate Governance Reforms in Korea* (Macmillan, 2007) p. 7.

geliştirilmiştir²⁴. Bu ayırım pay sahiplerinin bir şirkette mevcut hisse miktarına dayanmaktadır²⁵.

Koruyucu pay sahibi aktivizmi genellikle mevcut pay sahipleri tarafından bir şirketteki yatırımlarını korumak amacıyla gerçekleştirilmektedir. Koruyucu pay sahibi aktivizminde, şirkette hâkimiyeti sağlamaya yetmeyecek kadar hissesi bulunan pay sahipleri şirketin performansından veya kurumsal yönetiminden memnun kalmadıklarında harekete geçmektedir. Bu haliyle, koruyucu pay sahibi aktivizmi şirkette mevcut güç boşluğu sorununu gidermeyi hedeflemektedir.

Saldırgan pay sahibi aktivizminde ise pay sahipleri genellikle şirkette ilk başta göz ardı edilebilecek miktarda bir hissesi bulunmasına karşın hedef şirketin beklenenden daha düşük performans gösterdiği ve pay sahibi aktivizmi neticesinde hisse değerlerinin artacağı düşüncesiyle önemli miktarda hisse toplamaktadır. Burada pay sahiplerinin, aktivizmi yatırımlarını koruyan bir mekanizmadan ziyade aktivizmi bir yatırım stratejisi olarak değerlendirdiklerinin ve aktivizm sonucunda yüksek gelir elde edip şirketten çıkmayı hedeflediklerinin altının çizilmesi gerekmektedir²⁶. Hisse toplama aşamasından sonra pay sahipleri yatırım yaptıkları şirketteki güç boşluğundan kaynaklanan sorunları gidermek için şirkete özgü stratejiler geliştirmektedir²⁷. Saldırgan aktivizmi benimseyen pay sahipleri genellikle şirketin satılması, şirketin bölünmesi, devralmanın engellenmesi, şirketlerin birleşmesi, şirkete ait başarılı bir ticari işletmenin satılması, CEO'nun görevden alınması, şirketin sermaye yapısının değiştirilmesi, kâr payı dağıtımının artırılması, şirketin kurumsal yönetim ilkeleri, yöneticilerin ücretleri gibi birçok hususta değişiklik önerisinde bulunmaktadır²⁸. Öğretide, saldırgan pay sahibi aktivizminin değer yaratmaktan (güç boşluğunu gidermekten) ziyade teklif edilen değişikliklerin şirketleri kısa vadeli yatırımlara sevk ettiği, uzun vadeli

²⁴ Brian Cheffins and John Armour, 'The Past, Present, and Future of Shareholder Activism by Hedge Funds' (2011) 37 *Journal of Corporation Law* 51, p. 56.

²⁵ Dionysia Katelouzou, 'Myths and Realities of Hedge Fund Activism: Some Empirical Evidence' (2013) 7(3) *Virginia Law & Business Review* 459.

²⁶ Genellikle bkz, Dionysia Katelouzou, 'Worldwide Hedge Fund Activism: Dimensions and Legal Determinants' (2015) 17 *University of Pennsylvania Journal of Business Law* 789.

²⁷ Ronald Gilson and Jeffrey Gordon, 'The Agency Costs of Agency Capitalism: Activist Investors and The Revaluation of Governance Rights' (2013) 113 *Columbia Law Review* 863, s. 896.

²⁸ Chiu (n. 12) Ch. 3.

yatırımlarda azalmaya neden olduğu dolayısıyla sürecin sonunda şirkete ait değerleri saldırgan pay sahiplerine aktardığı yönünde eleştiriler mevcuttur²⁹.

Saldırgan ve koruyucu pay sahibi aktivizmi türlerine ek olarak, çevresel, sosyal ve yönetim konularını dikkate alan ve bu konuların da şirket politikalarının oluşturulmasında göz önünde bulundurulmasını savunan sorumlu pay sahibi aktivizmi de bulunmaktadır³⁰. Pay sahipleri şirketin sadece finansal performansından değil sosyal performansından da memnun olmayabilir³¹. Bazı kurumsal pay sahipleri çevresel, sosyal ve yönetsel konularda bir farkındalık göstermekte ve bu hususların yatırım yaptıkları şirketlerin yönetim politikalarına dâhil olmaları için aktif rol oynamaktadırlar³². Bu pay sahiplerinin sunduğu genel kurul gündemine madde ekleme teklifleri (shareholder proposals) sosyal ve çevresel konuları da içermektedir. Örnek vermek gerekirse, 1952 yılında ABD'deki Greyhound otobüs firmasının pay sahipleri, otobüslerdeki siyah ve beyaz tenli insanların ayrımına dayalı oturma sisteminin değişmesi için genel kurul gündemine madde ekleme teklifinde bulunmuşlardır³³. Diğer bir örnek ise, kurumsal pay sahiplerinin artık insan sağlığına zarar kimyasalların

²⁹ Martin Lipton, "Takeover Bids in the Target's Boardroom" (1979) 35 *Business Lawyer* 101, 104; Aspen Institute, *Overcoming Short-termism: A Call for a More Responsible Approach to Investment and Business Management* (2009); Leo Strine, "One Fundamental Corporate Governance Question We Face: Can Corporations Be Managed for the Long Term Unless Their Powerful Electorates Also Act and Think Long Term?" 66 *The Business Lawyer* 1; Iman Anabtawi, "Some Skepticism about Increasing Shareholder Power" (2006) 53 *UCLA Law Review* 561, p. 579-83; Martin Lipton and Paul Rowe, "The Inconvenient Truth About Corporate Governance: Some Thoughts on Vice-Chancellor Strine's Essay" (2007) 33 *The Journal of Corporation Law* 63, 66-7; John Coffee "Hedge Fund Activism: What Do We Know and Not Know" in William Bratton and Joseph McCahery (eds) *Institutional Investor Activism* (OUP 2015) 693; Chiu (n. 28) p. 140.

³⁰ David Hess, "Public Pensions and the Promise of Shareholder Activism for the Sustainable Economic Development" (2007) 2 *Virginia Law & Business Review* 222, p. 223.

³¹ Miguel Rojas et al., "Bringing about Changes to Corporate Social Policy through Shareholder Activism: Filers, Issues, Targets, and Success" (2009) 114(2) *Business and Society Review* 217.

³² Anastasia O'Rourke, "A New Politics of Engagement: Shareholder Activism for Corporate Social Responsibility", (2003) 12 *Business Strategy and the Environment* 227, 236; see also, Cynthia Williamst and John Conley, "An Emerging Third Way? The Erosion of the Anglo-American Shareholder Value Construct", (2005) 38 *Cornell International Law Journal* 493; John Armour, Simon Deakin, and Suzanne Konzelmann, "Shareholder Primacy and the Trajectory of UK Corporate Governance" (2003) 41(3) *British Journal of Industrial Relations* 531, p. 532.

³³ Peck v. Greyhound Corp. 97 F. Supp 679 (S.D.N.Y. 1951).

kullanılmasının önüne geçmek amacıyla genel kurul karar teklifinde bulunmalarıdır³⁴. Her ne kadar ilk başlarda sosyal ve çevresel konuları içeren tekliflere diğer pay sahipleri destek vermese de son yıllarda bu tekliflere verilen destek düzenli bir şekilde artmaktadır³⁵.

Pay sahibi aktivizmi, kısaca, gerek şirket hukukunun kendisine tanıdığı hakları kullanarak gerek diğer iletişim yollarını kullanarak şirketlerin finansal ve finans dışı politikalarını değiştirmeyi hedeflemektedir. Ancak, öğreti uzun yıllar pay sahibi aktivizmini uygulanabilir bir seçenek olarak değerlendirmemiştir. Zira pay sahiplerinin aktivizm faaliyetleri için ciddi anlamda zaman, emek ve para harcaması ve ayrıca diğer pay sahipleriyle iletişime geçmesi gerekmektedir³⁶. Bir pay sahibi, aktivizmin tüm maliyetini üstlenirken aktivizm sonucu şirkette meydana gelebilecek muhtemel değer artışını payları oranında diğer pay sahipleri ile paylaşmak durumundadır. Dolayısıyla, pay sahibi aktivizmi pay sahipleri için her zaman mantıklı gelmemekte ve şirketin yönetimi hakkında bilgi edinmek ve yönetim üzerinde bir denetleme yapması için çok fazla istekleri bulunmamaktadır³⁷. Bu duruma doktrinde rasyonel pay sahibi isteksizliği (rational shareholder apathy) denilmektedir³⁸. Buna göre, çok ortaklı bir şirketteki pay sahibi için pay sahibi aktivizmine başlamak yerine hisselerini satarak şirketi terk etmeleri daha mantıklı bir strateji olacaktır³⁹. Ancak, borsada işlem gören şirket hisselerinin çoğunluğunun artık bireysel pay sahiplerinden ziyade kurumsal pay sahiplerinin elinde bulunmasından dolayı öğretilerde pay sahibi aktivizminin artık mümkün olduğu, kurumsal pay sahiplerinin kurumsal yönetimde kontrol ve denetim görevini yerine getirebileceği ve bundan diğer pay sahiplerinin de faydalanacağı ileri sürülmektedir⁴⁰. Bu durum,

³⁴ Margaret Sachs, “Social Proposals Under Rule 14a-8: A Fall Back Remedy in an Era of Congressional Inaction” (2012) 2 *UC Irvine Law Review* 931, p. 938.

³⁵ Randall Thomas and James Cotter, “Shareholder Proposals in the New Millennium: Shareholder Support, Board Response, and Market Reaction” (2007) 13 *Journal of Corporate Finance* 368, 374; Michael Siebecker, “A New Discourse Theory of the Firm after *Citizens United*” (2010) 79 *The George Washington Law Review* 161, p. 188.

³⁶ Daniel Fischel, “The Corporate Governance Movement” (1982) 35(6) *Vanderbilt Law Review* 1259, p. 1275.

³⁷ Fischel (n. 36) p. 1277.

³⁸ Black p. 527.

³⁹ Fischel, (n 36) p. 1277; Stephen Bainbridge, *The New Corporate Governance: In Theory and Practice* (OUP 2008) 202; Frank Easterbrook and Daniel Fischel, “Voting in Corporate Law” (1983) 26(2) *The Journal of Law and Economics* 353, p. 420.

⁴⁰ Alfred Conard, “Beyond Managerialism: Investor Capitalism?”, (1988) 22 *Journal of Law Reform* 117; Bernard Black “Agents Watching Agents: The Promise of Institutional Investor Voice” (1992) 39 *UCLA Law Review* 811; Ronald Gilson and Jeffrey Gordon, *YUFD Vol. XVI No.2 (2019)*

kurumsal pay sahiplerinin kurumsal yönetimdeki rolünü daha önemli ve tartışmalı bir hale getirmiştir.

2. Kurumsal Pay Sahipleri

Son yıllarda kurumsal pay sahipleri sadece Birleşik Krallık'ta değil Avrupa'nın birçok ülkesinde borsada işlem gören şirket hisselerinin çoğunluğunu elinde bulundurmaya başlamıştır. Avrupa Birliğinde profesyoneller tarafından yönetilen tüm varlıkların (hisse senedi, bono, tahvil ve diğer yatırım araçları) toplam değeri 2017 yılında 25,2 trilyon EURO'ya ulaşmıştır⁴¹. Birleşik Krallık'ta ise bu rakam 7.7 trilyon GBP'dir⁴².

Öğretide kurumsal pay sahiplerinin tam bir tanımının yapılmasının güç olduğu kabul edilse de⁴³ kurumsal pay sahipleri şu şekilde tanımlanabilir: *Bireysel yatırımcıların birikimlerini bir havuzda toplayarak bu birikimleri finansal ve finansal olmayan araçlarla değerlendirme, varlık yönetimi ve bu yatırımlardan maksimum kâr elde etme konularında ihtisaslaşmış finansal kuruluşlardır*⁴⁴. Bu kuruluşlar tüm riskleri bir havuzda toplayarak toplam sistem maliyetlerini düşürdüğünden bireysel yatırımcılara kendi başlarına yapacakları yatırımdan daha iyi bir kârlılık sunmaktadır. Ek olarak, kurumsal pay sahipleri bireysel yatırımcının kendi başına yapmasının çok zor olduğu ulusal ve uluslararası yatırım çeşitlendirmesi hizmeti de vermektedir. Bu nedenlerden dolayı bireysel yatırımcılar için bu uzman kuruluşlar aracılığıyla yatırım yapmak daha mantıklı olabilmektedir.

“The Agency Costs of Agency Capitalism: Activist Investors and The Revaluation of Governance Rights” (2013) 113 *Columbia Law Review* 863; Brian Cheffins and John Armour, “The Past, Present and Future of Shareholder Activism by Hedge Funds” (2011) 37 *The Journal of Corporation Law* 52, p. 72; Brian Cheffins and Steven Bank, “Is Berle and Means Really a Myth?” (2009) 83 *Business History Review* 443.

⁴¹ European Fund and Asset Management Association, *Asset Management in Europe: An Overview of Asset Management Industry* (2018). http://www.efama.org/Publications/Statistics/Asset%20Management%20Report/EFAMA_Asset%20Management%20Report%202018%20voor%20web.pdf p. 3.

⁴² The Investment Association, *Asset Management in the UK 2017-2018* (2018) <https://www.theinvestmentassociation.org/assets/files/research/2018/20180913-fullsummary.pdf> p.12.

⁴³ Serdar Çelik and Mats Isaksson, “Institutional Investors as Owners” (2013) 2 *OECD Journal Financial Trends* 93 p. 95.

⁴⁴ Lynden Griggs, “Institutional Investors and Corporate Governance” (1996) 3 *James Cook University Law Review* 44-63, s. 45; Philip Davis and Benn Steil, *Institutional Investors* (MIT Press, 2001) p. 12.

YÜHFD Cilt: XVI Sayı:2 (2019)

Kurumsal pay sahipleri tanımına genellikle emeklilik fonları, yatırım fonları, serbest yatırım fonları, sigorta şirketleri, ulusal varlık fonları, banka tarafından yönetilen fonlar ve vakıflar girmektedir⁴⁵. Bu kurumların genellikle ayrı bir tüzel kişiliği bulunmaktadır. Kurumsal pay sahipleri anonim ortaklık (joint stock companies) olabileceği gibi sınırlı sorumlu ortaklık (limited liability partnership) veyahut özel bir kanun ile kurulmuş bir şirket (yabancı devlet/hükümet fonları gibi) de olabilir.

Yatırım zincirini daha iyi anlayabilmek için kurumsal pay sahipleriyle ilgili bir hususu daha vurgulamakta fayda vardır. Kurumsal pay sahipleri ile yatırım yaptıkları şirketler arasında doğrudan bir ilişki olabileceği gibi dolaylı bir ilişki de olabilir. Kurumsal pay sahibi, bünyesindeki bir yatırım portföyünün yönetimini kendisi yapabileceği gibi başka bir uzmanlaşmış portföy yönetim şirketine (asset managers) bırakabilir⁴⁶. Portföy yönetim hizmeti bağımsız bir yönetim şirketi tarafından yerine getirilebileceği gibi başka bir kurumsal pay sahibinin portföy yönetim kısmı tarafından da yerine getirilebilir. Başka bir anlatımla, kurumsal pay sahipleri portföylerinin tamamının veya bir kısmının yönetimini harici portföy yönetim şirketlerine bırakabilir. Dolayısıyla, kuruluşlar aracılığıyla yatırımın iki aşaması bulunmaktadır: i- birikimlerin bir havuzda toplanması ve ii- yatırımların yönetilmesi. Uygulamada, büyük kurumsal pay sahipleri dışındakiler genellikle yatırımlarını harici bir portföy yönetim şirketi aracılığıyla yönetmekte ve dolayısıyla yatırım yaptıkları şirketlerle doğrudan bir ilişkileri bulunmamaktadır⁴⁷.

Kurumsal pay sahipleri Avrupa kurumsal yönetiminde farklı tarihlerde etkin olmaya başlamışlardır. Her ne kadar, kurumsal pay sahipleri İngiltere’de 1950’lerden sonra güçlenmeye başlamış ve yatırım yaptıkları şirketler ile sürekli diyalog hâlinde olsalar da⁴⁸ Kıt’a Avrupası ülkelerinde 1990’lar öncesine kadar benzer bir gelişme bulunmamaktadır⁴⁹. Londra Menkul Kıymetler Borsasında (the London Stock Exchange) işlem gören

⁴⁵ Çelik and Isaksson (n. 43) p. 95.

⁴⁶ Davis and Steil (n 44) p. 13.

⁴⁷ See Robert Clark, ‘The Four Stages of Capitalism: Reflections on Investment Management Treaties’ (1981) 94 *Harvard Law Review* 561, p. 567.

⁴⁸ Genellikle bkz, Geof Stapledon *Institutional Shareholders and Corporate Governance* (Oxford 1996); John Armour and David Skeel, “Who Writes the Rules for Hostile Takeovers, and Why? The Peculiar Divergence of US and UK Takeover Regulation” (2007) 95 *The Georgetown Law Journal* 1728-1794, p. 1770.

⁴⁹ Elst s. 63; Ayrıca şu hususu belirtmekte fayda görüyoruz: Pay Sahipleri Hakları Direktifi m. 3a, şirketlerin kendi pay sahiplerinin kimliğini tespit etme haklarının olduğunu düzenlemektedir.

şirketlerin pay sahipliği yapısı zaman içerisinde önemli bir şekilde değişmiştir (Tablo-1). 1960'larda kurumsal pay sahipleri borsada işlem gören şirketlerin yaklaşık %45 hissesini ve bireysel yatırımcılar ise bu şirketlerin %55 hissesini elinde bulundurmaktaydı⁵⁰. Ancak, bu oran bireysel yatırımcıların aleyhine radikal bir şekilde değişmiştir. 2016 yılında, Londra Menkul Kıymetler Borsasında bireysel yatırımcıların oranı %9.5 iken kurumsal pay sahiplerin oranı 91.5 olmuştur⁵¹. Diğer Kıt'Avrupa ülkelerinde (Tablo-2) ise kurumsal pay sahipleri 1990'lardan sonra ekonomik anlamda güçlenmiş ve kurumsal yönetimde etkin bir oyuncu haline gelmişlerdir. Ayrıca ülkelerin ekonomik yapılarındaki farklılıklar şirketlerin pay sahipliği yapısına da yansımaktadır. Bu nedenle, bazı pay sahipleri türleri bazı ülkelerde daha yaygın iken diğerlerinde yaygın olmayabilmektedir. Örneğin, emeklilik fonları İngiltere'deki çoğu şirkette oy bloğunu elinde bulundurmakta iken pek çok Avrupa ülkesinde oldukça zayıf bir konumdadır.

Tablo 1 – İngiltere'deki önemli pay sahiplerinin özeti⁵²

Pay Sahibi Türleri	1963	1975	1981	1994	2001	2008	2010	2012	2014	2016
Bireysel (Individual)	54	47.4	28.2	20.3	14.8	10.2	10.2	10.7	12.4	9.5
Yabancı Yatırımcı (Rest of World)	7	5.6	3.6	16.3	35.7	41.5	43.4	53.2	53.7	56.0
Sigorta Şirketleri (Insurance Companies)	10	15.9	20.5	21.9	20	13.4	8.8	6.2	5.9	5.0
Yatırım fonu (Unit Trust)	1.3	4.1	3.6	6.8	2.9	1.8	8.8	9.6	9.1	9.1
Emeklilik fonu (Pension Funds)	6.4	16.8	26.7	27.8	16.1	12.8	5.6	4.7	3.0	2.8
Diğer Finans Kurumları	21.3	10.2	17.4	6.9	10.5	20.3	23.2	15.6	15.9	17.6

⁵⁰ Office of National Statistics, 'Share Ownership Survey 2012' (25 September 2013) http://www.ons.gov.uk/ons/dcp171778_327674.pdf.

⁵¹ Office of National Statistics, 'Share Ownership Survey 2016' (29 November 2017) <https://www.ons.gov.uk/economy/investmentpensionsandtrusts/bulletins/ownershipofukquotedshares/2016#main-points>.

⁵² Office of National Statistics, 'Share Ownership Survey 2016' (29 November 2017) <https://www.ons.gov.uk/economy/investmentpensionsandtrusts/bulletins/ownershipofukquotedshares/2016#main-points>.

Tablo 2 – 1990 ve 2012 yıllarında Avrupa'nın önemli ülkelerindeki borsalarda işlem gören şirketlerin pay sahipliği yapısı⁵³

Pay Sahibi Türleri	AB 2012 (1990)	Fransa 2012 (1990)	Almanya 2012 (1990)	İtalya 2012 (1990)	Birleşik Krallık 2012 (1990)
Bireysel/Aile (Individual/family)	11% (22%)	11% (19%)	9% (20%)	37% (56%)	11% (26%)
Finans dışı şirket (Non- financial comp.)	17% (22%)	21% (33%)	38% (38%)	25% (22%)	2% (3%)
Hükümet (Government)	4% (4%)	6% (7%)	2% (4%)	6% (8%)	3% (2%)
Bankalar (Banks)	3% (6%)	4% (9%)	5% (14%)	11% (2%)	1% (0%)
Sigorta Şirketleri ve Emeklilik fonları (Insurance Companies and Pension Funds)	8% (25%)	4% (7%)	10% (8%)	4%(-)	10%(49)
Yatırım Fonları	21% (8%)	12% (9%)	8% (2%)	4% (-)	24% (9%)
Yabancı Yatırım	38% (14%)	42% (17%)	28% (17%)	28% (17%)	48% (12%)

Kurumsal pay sahiplerinin şirket yapılarını ve uygulamalarını etkileyecek güce kavuşması birçok soruyu da beraberinde getirmiştir. Bu sorulardan en önemlisi, kurumsal pay sahiplerinin kurumsal yönetimdeki rolünün ne olacağıdır. 1990'lardan önce kurumsal pay sahipleri genellikle kurumsal yönetimde pasif kalmayı tercih ettiklerinden kurumsal yönetimdeki rollerinin göz ardı edilebileceği kabul edilmiştir⁵⁴. 1990'lardan sonra pay

⁵³ Elst, s. 64.

⁵⁴ Bernard Black, "Shareholder Passivity Reexamined"; Bernard Black, "Agents Watching Agents: The Promise of Institutional Investor Voice" (1992) 39 *UCLA Law Review* 811; Bernard Black and John Coffee, "Hail Britannia?: Institutional Investor Behavior Under Limited Regulation", (1994) 92 *Michigan Law Review* 1997-2087; John Coffee, "Liquidity
YUHFD Vol. XVI No.2 (2019)

sahipleri koruyucu aktivizm sergilemeye başlamışlardır⁵⁵. 2000'lerden sonra ise bazı kurumsal pay sahipleri saldırgan aktivizm modelini benimsemiştir⁵⁶. Genel olarak, kurumsal pay sahiplerinin şirketlerin yönetim konularına olan etkileri artmıştır.

Kurumsal pay sahiplerinin artan etkisi ve ekonomik gücü pay sahibi aktivizminin artık yasal bir düzenlemeye tabi olmasının gerekip gerekmediği sorusunu ortaya çıkarmaktadır. Özellikle 2008 finansal krizinden sonra kurumsal pay sahiplerinin şirket yönetimlerine katılımlarının düzenlenmesi için reform önerileri ortaya çıkmış ve gerekli düzenlemeler kabul edilmiştir. Bunlardan ilki Birleşik Krallık Gözetim İlkeleri (the UK Stewardship Code) ve diğeri ise Avrupa Birliği Pay Sahibi Direktifi-II'dir.

III. Birleşik Krallık ve Avrupa Birliği Hukuklarında Pay Sahibi Aktivizmi Düzenlemeleri

1. Birleşik Krallık Hukukunda Pay Sahibi Aktivizmi Düzenlemeleri *Tarihsel Gelişim*

Birleşik Krallık'ta pay sahibi aktivizmi uzun yıllardan beri kamu politikası olarak teşvik edilmektedir. Bu görüş ilk olarak Cadbury Raporuyla açıklanmıştır. Ayrıca Gözetim İlkelerinin kabul edilmesinde de görüşün etkili rol oynadığı söylenebilir.

BCCI ve Polly Beck gibi şirketlerin yönetsel hatalar veya sahtekârlıklar nedeniyle bir anda çöküşü üzerine yatırımcılarda oluşan güvensizliği gidermek için Sir Adrian Cadbury liderliğinde "Kurumsal Yönetimin Finansal Yönleri Üzerine Komite" (Cadbury Komitesi) Mayıs 1991'de kurulmuştur⁵⁷. Cadbury Raporunun asıl amacı borsada işlem gören şirketlerin kurumsal yönetimini sağlamlaştırmak ve yatırımcıların güvenini artırmak için yöneticilerin, hissedarların ve denetçilerin görevlerini netleştirmektir. Bu sebeple, raporun önemli bir kısmında yönetim kurulunun

Versus Control: The Institutional Investor as Corporate Monitor" (1991) 91 *Columbia Law Review* 1277; Jill Fisch, "Relationship Investing: Will It Happen? Will It Work?", (1994) 55 *Ohio State Law Journal* 1009; Ronald Gilson and Reiner Kraakman, "Reinventing the Outside Director: An Agenda for Institutional Investors", (1991) 43 *Stanford Law Review* 863; Edward Rock, "The Logic and (Uncertain) Significance of Institutional Shareholder Activism" (1991) 79 *The Georgetown Law Journal* 445.

⁵⁵ Chiu (n. 12) Ch 1-2.

⁵⁶ Chiu (n. 12) Ch 1-2.

⁵⁷ Adrian Cadbury *Report of the Committee on the Financial Aspects of Corporate Governance* (December 1992) (bundan sonra "Cadbury Raporu" olarak anılacaktır).
YÜHFD Cilt: XVI Sayı:2 (2019)

yapısı, etkinliği, denetçilerin atanması, bağımsızlığı ve pay sahiplerinin rolü ele alınmıştır.

Cadbury Raporu iyi bir kurumsal yönetimde yönetim kurulunun şirketi özgürce yönetme yetkisinin olması gerektiği fikrini kabul etmekle beraber, pay sahiplerine de şirketlerde sağlam bir kurumsal yönetim standartlarına uyulduğunun kontrolü için sorumluluk yüklemekte ve bunu etkin hesap verebilirlik çerçevesine yerleştirmektedir. Rapora göre “pay sahipleri malik olarak birçok sorumluluklarını kendilerinin koruyucusu (steward) olan yönetim kurulu üyelerine devretmişlerdir. Yönetim kurulunun başarısız olduğunun görülmesi halinde yönetim kurulundan hesap sormak pay sahiplerinin görevidir ve pay sahipleri bu sorumluluğu yerine getirmelidir”⁵⁸. Bu görev özellikle kurumsal pay sahiplerine yüklenmiştir:

“Oylarının ağırlığı göz önüne alındığında, kurumsal pay sahiplerinin kurumsal yönetim standartlarını etkilemek için oy haklarını nasıl kullandıkları büyük bir öneme sahiptir. Bunu yapmaya hazır olmaları ise kurumsal pay sahiplerinin şirketlerin hissesini satmak yerine gerektiğinde bu şirketlerde değişiklik yapmayı bir sorumluluk olarak değerlendirip değerlendirmedigine bağlıdır”⁵⁹.

Rapor pay sahiplerinin sadece oy kullanmalarını değil yönetimle şirketin performansı ve stratejisi gibi konularda da aktif bir şekilde şirket yönetimine katılmalarını teşvik etmektedir. Finch de Raporda iyi yönetimin uygulanmasında kurumsal pay sahiplerine büyük güven duyulduğunu ifade etmiştir⁶⁰. Aynı şekilde Chiu da Raporda pay sahibi aktivizminin açıkça teşvik edildiğini, ancak bunun bir sorumluluk ve hesap verebilirlik kavramları kapsamında incelendiğini ifade etmiştir⁶¹. Rapor esas olarak pay sahiplerinin kurumsal yönetim ilkelerinin şirketlerde uygulanması halinde yönetim kurulu üyelerini daha rahat bir şekilde sorumlu tutabileceklerini, bu şekilde yatırımlarını koruyacaklarını ve bu durumun ise şirketlerin sürdürülebilirliğini artıracığından kamunun yararına olduğunu kabul etmektedir⁶². Bu anlamda, Cadbury Raporu pay sahibi aktivizmi hissedar etkinliğini çoğunlukla anormal getiri sağlayabilecek bir yatırım stratejisinden ziyade bir hesap verebilirlik mekanizması ve aynı zamanda

⁵⁸ Cadbury Raporu'nun 6.6. paragrafi.

⁵⁹ Cadbury Raporu'nun 6.10. paragrafi.

⁶⁰ Vanessa Finch, “Corporate Governance and Cadbury: Self Regulation and Alternatives” (1994) *Journal of Business Law* 51, p. 58.

⁶¹ Chiu (n 12) p. 35.

⁶² Chiu at (n 12) p. 35.

şirketlerin sürdürülebilirliğini sağlayarak ülke ekonomisine de katkı sağlayacak bir araç olarak değerlendirmiştir.

Cadbury Raporundaki pay sahibi aktivizmi anlayışı Birleşik Krallık'taki genel kurumsal yönetim yapısını biçimlendirmiştir. Pay sahipleri bilinçli olarak sadece pay sahipleri olarak değil aynı zamanda malikler (owners) olarak anılmış ve sanki pay sahiplerinin şirket yöneticilerini denetleme sorumluluğunun bulunduğu fikrinin altyapısı oluşturulmuştur. Kurumsal pay sahiplerinin üzerindeki aktif olma baskısı pay sahibi aktivizmde yavaş bir artış sağlamış buna paralel olarak da genel kurullara katılımlarda bir artış gözlemlenmiştir⁶³.

Cadbury Raporundan sonra, Birleşik Krallık'ta özelleştirilen şirketlerdeki yönetici maaşlarının aşırı bir hızla artmasına karşın toplu işten çıkarmaların toplumda ve pay sahiplerinde yarattığı kaygıları gidermek için 1994 yılında Marks&Spencer'in başkanı Sir Richard Greenbury önderliğinde Greenbury Komitesi oluşturulmuştur⁶⁴. Greenbury Komitesi, şirketlerde ücretlendirme komitelerinin kurulmasını ve pay sahiplerinin yönetici maaşlarının belirlenmesi sürecine daha fazla dâhil olmalarını tavsiye etmiştir. Cadbury Raporunda olduğu gibi, Greenbury Raporunda da pay sahibi aktivizmi şirketlerdeki güç boşluğunun bir sonucu olan yöneticilerin aşırı ücret alması sorununa bir çözüm olarak değerlendirilmiş ve pay sahiplerinin daha yoğun bir şekilde yönetime katılması savunulmuştur.

Cadbury ve Greenbury Raporlarına yönelik eleştirileri, şirketlerde oluşan kurumsal yönetim uygulamalarını ve şirketlerin regülasyon yükünü azaltmak amacıyla 1996 yılında Hampel Komitesi kurulmuştur⁶⁵. Hampel Raporu genel olarak pay sahibi aktivizmini teşvik etse de pay sahiplerinin aktivizme katılmama haklarının bulunduğunu vurgulamıştır⁶⁶. Hampel Raporunun yayımlanmasından yaklaşık üç yıl sonra Amerika Birleşik Devletlerindeki Enron, Worldcom, Tyco isimli firmalarda meydana gelen krizler dikkatleri tekrardan kurumsal yönetime çekmiştir. Birleşik Krallık'ta da benzer krizlerin ortaya çıkmasını engellemek için Derek Higgs liderliğinde Higgs Komitesi oluşturulmuş ve 2003 yılında da Higgs Raporu

⁶³ Chris Mallin, "Institutional Investors and Voting Practices: An International Comparison" (2001) 9 *Corporate Governance* 118 p. 124.

⁶⁴ Richard Greenbury, *Directors' Remuneration: Report of a Study Group chaired by Sir Richard Greenbury* (17 July 1995) (bundan sonra 'Greenbury Raporu' olarak anılacaktır).

⁶⁵ Ronnie Hampel, *Committee on Corporate Governance: Report* (1998).

⁶⁶ Hampel Raporu, paragraf 5.11-2.

YÜHFD Cilt: XVI Sayı:2 (2019)

yayımlanmıştır⁶⁷. Her ne kadar bu rapor ağırlıklı olarak icracı olmayan bağımsız yönetim kurulu üyelerini incelese de kurumsal pay sahiplerine ilişkin değerlendirme ve önerilerde de bulunmuştur. Örneğin, Birleşik Krallık Kurumsal Yönetim İlkeleri'nin D ve E Prensipleri (2003) borsada işlem gören bir şirketin yönetim kurulu başkanının büyük pay sahiplerinin kaygılarını anlamak için onlarla iletişim halinde olmasını tavsiye etmektedir. Ayrıca, Kurumsal Pay Sahipleri Komitesi'nin 2002 yılında yayımladığı Kurumsal Pay Sahipleri İlkelerinde, kurumsal pay sahiplerinin yatırım yaptıkları şirketleri denetlemeleri, gerektiğinde yönetim ile diyalog kurmaları ve ihtiyaç halinde yönetime müdahale etmeleri tavsiye edilmiştir⁶⁸.

Aynı dönemde pay sahibi aktivizminin neden yeterli seviyede olmadığını ve kurumsal pay sahiplerinin yatırım yaptıkları şirketlerin yönetimine katılmadaki isteksizliklerini araştırmak için 2001 yılında Paul Myners önderliğinde bir komite kurulmuştur⁶⁹. Bu raporun, en dikkat çekici çözüm önerisi Birleşik Krallık merkezli emeklilik fonlarına, ABD'de olduğu gibi, oy kullanma yükümlülüğünün getirilmesiydi⁷⁰. Birleşik Krallık Hükümeti bu raporu genel itibariyle desteklese de oy kullanma yükümlülüğüne sıcak bakmamış ve bu öneriyi kabul etmemiştir. Ancak, kurumsal pay sahiplerinin sahip oldukları oyları nasıl kullandıklarını açıklamalarını sağlayacak yasal bir düzenleme Birleşik Krallık Şirketler Kanunu m. 1276'de kabul edilmiştir.

Kısaca, pay sahibi aktivizmi Birleşik Krallık kurumsal yönetiminde uzun yıllardır yer almakta ve kamu politikası olarak sürekli bir şekilde teşvik edilmektedir. Bu politikanın altında pay sahibi aktivizminin şirketlerdeki güç boşluğunu doldurarak şirketlerin sürdürülebilirliğini artırma ve dolayısıyla ülke ekonomisinin şirket iflaslarıyla zarar görmesini engelleme amaçları yatmaktadır. Böylelikle pay sahiplerinin özel menfaati ile kamu menfaatinin birbiriyle uyduğu kabul edilmektedir⁷¹. Bu varsayıma rağmen,

⁶⁷ Derek Higgs, *Review of the Role and Effectiveness of Non-Executive Directors* (London: Stationery Office, 2003)

⁶⁸ Institutional Shareholder Committee, *Responsibilities of Institutional Shareholders and Agents - Statement of Principles* (2002), <http://www.ecgi.org/codes/code.php?codeid=122>.

⁶⁹ Paul Myners, *Institutional Investment in the UK: A Review* (London: HM Treasury).

⁷⁰ Myners Raporu, s. 92-3.

⁷¹ Doktrinde pay sahibi aktivizmine şüpheli yaklaşan ve şirketler ile diğer paydaşlara zarar verdiğini savunun görüşler de mevcuttur. Bkz, dipnot 29.

pay sahibi aktivizmi kurumsal pay sahiplerine bir yükümlülük olarak yüklenmemiştir.

Gözetim İlkeleri (The Stewardship Code)

2008 finansal krizinden sonra kurumsal pay sahipleri banka yöneticilerini durdurmak için hiçbir şey yapmamalarından dolayı finansal krizin sorumlularından biri olarak gösterilmişlerdir. Hatta pay sahiplerinin bu ilgisizliği nedeniyle Myners çok ortaklı şirketleri “sahipsiz şirketler” olarak tanımlamıştır⁷². Diğer krizlerden sonra olduğu gibi, 2008 finansal krizinden sonra da finansal kuruluşlardaki kurumsal yönetim sorunları ve kurumsal pay sahiplerinin yatırım yaptıkları şirketleri denetlemedeki rolünü incelemek üzere David Walker önderliğinde Walker Komitesi oluşturulmuştur⁷³. Walker Raporu ağırlıklı olarak finansal kuruluşları incelese de kurumsal pay sahipleri ve genel olarak kurumsal yönetim üzerine görüşleri de değerlendirmiştir.

Walker Raporu, pay sahiplerinin istedikleri zaman hisselerini satarak şirketi terk etmelerinin her zaman daha kolay ve mümkün olduğunu kabul etmektedir. Ancak yine de pay sahibi aktivizminin şirketteki güç boşluğuna çözüm sağlayarak şirketin performansını artıracak ve böylelikle pay sahiplerine getiri sağlayacağından rasyonel olabileceği sonucuna varmaktadır. Walker Raporu, pay sahiplerinin kurumsal yönetime olumlu katkıda bulunacağını kabul etse de yönetim kurulunun işleyişine müdahale ederek şirketin kısa vadeli planları benimsemesine ve yüksek riskli yatırımlara yönelmesine neden olabileceğini de göz ardı etmemektedir⁷⁴. Walker Raporu, pay sahiplerinin rasyonel ilgisizliği ve pay sahibi aktivizminin muhtemel olumsuz etkilerinin “gözetim ilkelerinin” kabulüyle çözülebileceğini ileri sürmektedir.

Walker raporuna göre, pay sahiplerinin şirketleri gözetme sorumluluğu onların mülkiyet hakkından ve faydalandıkları sınırlı sorumluluk ilkesinden kaynaklanmaktadır⁷⁵. Bu argümanın gerekçesi raporda şu şekilde açıklanmaktadır:

‘Kamunun menfaati bakımından, büyük pay sahiplerinin şirketlerdeki denetiminin sadece sermaye piyasaları aracılığıyla sağlandığı bir durumun,

⁷² Treasury Committee, Banking Crisis: Reforming Corporate Governance and Pay in the City, Ninth Report of session 2008-9, p. 56.

⁷³ David Walker, *Review of Corporate Governance in Banks and Financial Institutions* (2009) (bundan sonra ‘Walker Raporu’ olarak anılacaktır).

⁷⁴ Walker Report p. 69-73.

⁷⁵ Walker Raporu p. 70.

özellikle pay sahiplerinin faydalandığı sınırlı sorumluluk göz önüne alındığında, yeterli bir pay sahipliği olarak kabul edilemez. Büyük pay sahiplerinin yönetimleri etkileyebilme kabiliyeti, en azından dolaylı bir sosyal meşruiyet kazanması gereken piyasa odaklı kapitalist sistemin önemli bir parçasıdır. Yönetim kurulunun hissedarlara olan yükümlülüğünün karşılığı olarak bu zımnî meşruiyet en azından kurumsal pay sahiplerine şirketlerin hem kısa hem de uzun vadeli performanslarını gözetme sorumluluğunun yüklenmesiyle elde edilebilecektir. Bu görüşe göre, mülkiyet haklarına sahip ve sınırlı sorumluluğun avantajından faydalananlar [pay sahipleri], bu önemli hakların bir gözetim yükümlülüğü ile tamamlanmış olduğunu kabul etmelidir⁷⁶.

Walker Raporu, pay sahiplerinin mülkiyet haklarının bir sonucu olarak hisselerini özgürce satabilecekleri bir anlayışı terk ederek sınırlı sorumluluğun bir neticesi olarak pay sahiplerinin aktivizm faaliyetlerinde bulunarak şirketlerin sürdürülebilirliğine katkıda bulunması gerektiğini kabul eden bir anlayışı kabul etmektedir⁷⁷. Bu iki anlayış arasındaki temel fark ise, ilkinde pay sahiplerine şirketlere yatırım yaparken bir sorumluluk yüklenmezken, ikincisinde pay sahiplerine bir gözetim sorumluluğu yüklenmektedir⁷⁸. Finansal kriz sonrası kurumsal pay sahiplerinin kurumsal yönetimdeki rolü artık sadece kendi yatırımlarını korumayla sınırlı kabul edilmemekte, şirketlerin sürdürülebilirliğini ve genel olarak ekonomik, sosyal ve kamu menfaatlerini de gözetmeyi içerecek bir şekilde genişletilmektedir⁷⁹.

Walker Raporundaki tavsiyelere uygun olarak Finansal Raporlama Kurulu ("Financial Reporting Council"), uzun dönemli ve koruyucu pay sahibi aktivizmini geliştirmek amacıyla Gözetim İlkelerini 2010 yılında kabul etmiştir⁸⁰. Gözetim İlkeleri genel olarak yatırımcı kültürünü değiştirmeyi hedeflemektedir. Gözetim İlkelerinde 2012 yılında değişiklikler yapılmış ve 2019 yılının Ocak ayında ise Gözetim İlkelerinin tekrar değerlendirilmesi için bir inceleme ve danışma süreci başlatılmıştır.

⁷⁶ Walker Raporu parag. 5.

⁷⁷ Walker Raporu p. 12.

⁷⁸ See, Iris H-Y Chiu, 'International Shareholders as Stewards: toward a New Conception of Corporate Governance' (2012) 6 *Brooklyn Journal of Corporate Finance and Commercial Law* 387, p. 395.

⁷⁹ Bkz Chiu (n 78) p. 404.

⁸⁰ Bkz, FRC, Stewardship Code (2012) < <https://www.frc.org.uk/Our-Work/Publications/Corporate-Governance/UK-Stewardship-Code-September-2012.pdf>>.

Gözetim İlkeleri toplam 7 ilkeden oluşmakta ve şirketlerin kendi pay sahipleri tarafından daha etkili denetlenebilmesini amaçlamaktadır.

Gözetim İlkeleri kendi hesabına hisse alıp satan bireysel yatırımcıları kapsamamaktadır. Her ne kadar İlkelerin kendisi kurumsal pay sahiplerini tanımlamasa da şirketler ile kurumsal pay sahipleri arasındaki ilişkiyi düzenlemeyi hedeflemektedir. Gözetim İlkeleri temel olarak emeklilik fonları, sigorta şirketleri ve diğer fonlarının yatırımlarını idare eden Finansal Servisler Kurumu (the Financial Services Authority) tarafından yetkilendirilmiş portföy yönetim şirketlerini (fund managers) düzenlemektedir⁸¹. Gözetim İlkelerinin portföy yönetim şirketlerine zorunlu “uygula, uygulamıyorsan açıkla”, diğer kurumsal pay sahiplerine gönüllü “uygula, uygulamıyorsan açıkla” ilkesiyle uygulanacağı düzenlenmiştir⁸².

Gözetim İlkeleri, kurumsal pay sahiplerine aktivizm konusunda önemli sorumluluklar yüklemektedir. Bu sorumluluklar şunlardır: gözetim sorumluluklarını nasıl ifa edeceklerine dair planlarını kamuya paylaşmak; gözetim yükümlülüğüyle ilgili bir menfaat çatışmasının yönetilmesi konusunda kamuya paylaşılacak katı bir plan oluşturmak; yatırım yapılan şirketlerini denetlemek; pay sahibi aktivizmini yatırımlarını korumak için ne zaman ve nasıl artıracakları hakkında net bir kılavuz oluşturmak; gerekli olduğunda diğer pay sahipleri ile beraber hareket etmek; oy kullanma ve oy kullanma aktivitesinin kamuya paylaşılması hakkında açık bir plana sahip olmak; gözetim ve oy kullanma faaliyetlerini düzenli bir şekilde raporlamak.

İlke 1, kurumsal pay sahiplerinin gözetim sorumlulukları hakkındaki politikalarını içeren raporu kamuya paylaşma yükümlüğünü düzenlemektedir. Bu ilkenin açıklama notlarına göre, pay sahiplerinin denetleme faaliyetlerinin etkili olduğundan emin olmak için gerektiğinde yönetim kuruluyla iletişime geçmesi beklenmektedir. Gözetim faaliyetleri şirketlerin strateji, performans, risk, sermaye yapısı, yönetici maaşları ve yönetim kültürü olmak üzere tüm kurumsal yönetim konularını kapsamaktadır. Aktivizm politikası kurumsal pay sahibinin bireysel yatırımcılarının menfaatini korumak için gözetim ilkelerini nasıl uyguladığını da açıklamalıdır. Bu politika ayrıca kurumsal pay sahibinin yatırım zincirindeki konumunu ve konumundan kaynaklanan sorumluluklarını da yansıtmalıdır. Özellikle, yatırım yönetiminin veya diğer

⁸¹ Lee Roach, “The UK Stewardship Code” (2011) 11(2) *Journal of Corporate Law* 463, p. 469.

⁸² Roach (n 81) s. 474; Section 91 of the Financial Services and Markets Act 2000. *YÜHFD Cilt: XVI Sayı:2 (2019)*

hizmetlerin başka bir yönetim/danışmanlık şirketine devredildiği durumların açıklanması gerekmektedir. Tüm bunlara ek olarak, gözetim sorumluluğunun kurumsal pay sahibinin geniş anlamda yatırım stratejisine dâhil edilmesi için yapılan düzenlemelere de raporda yer verilmelidir.

İlke 2 uyarınca kurumsal pay sahiplerinin gözetim yükümlülüklerine ilişkin ortaya çıkabilecek menfaat çatışmalarını nasıl yöneteceklerine dair stratejileri geliştirmeleri gerekmektedir. İlke 2'nin açıklama notlarında kurumsal pay sahiplerinin oy kullanırken ve aktivizm hakkında karar verirken bireysel yatırımcılarının menfaatine hareket etme yükümlülüğü altında olduklarına vurgu yapılmaktadır. Bu nedenle, yatırım yapan bireysel yatırımcının menfaatleri ile aktivizm yükümlülükleri arasında çıkabilecek çıkar çatışmalarının nasıl yönetileceğine dair bir politikanın oluşturulması ve bunun kamuyla paylaşılması gerekmektedir.

İlke 3 uyarınca, kurumsal pay sahipleri yatırım yaptıkları şirketleri denetlemekle yükümlüdür. Bu ilkenin açıklama notlarına göre, denetleme faaliyetleri düzenli bir şekilde yerine getirilmeli ve bu faaliyetlerin başarısı da kontrol edilmelidir. Denetleme faaliyetleri, şirket performansı hakkında bilgi edinmeyi, Birleşik Krallık Kurumsal Yönetim İlkelerinin ruhuna uymayı, şirketin finansal raporlarının kalitesini incelemeyi, genel kurula katılmayı ve yönetim kurulu başkanı ve üyeleri ile toplantı yapmayı kapsamaktadır. Ayrıca, kurumsal pay sahipleri şirket yönetim kurulunun ve alt komitelerinin etkin bir şekilde çalıştığından ve bağımsız yönetim kurulu üyelerinin görevlerini gereğince ifa ettiklerinden emin olmalıdır. Pay sahipleri, yatırım değerini korumak için kurumsal yönetim problemlerini mümkün mertebe en erken safhada tespit etmeye çaba göstermeli ve çekincelerini ilgili yönetim kurulu üyeleri ile paylaşmalıdır.

İlke 4, İlke 3 gibi kurumsal pay sahiplerine ağır sorumluluklar yüklemektedir. Bu ilkeye göre, kurumsal pay sahipleri şirket stratejisi, performansı, yönetimi, yönetici maaşlarına, sosyal ve çevresel meselelere ilişkin aktivizmi hangi şartlar altında başlatacaklarına dair genel bir politika oluşturmalıdır. Ayrıca, pay sahipleri başlattıkları aktivizmin sonuçlarını da düzenli bir şekilde değerlendirmelidir. Örnek olarak, pay sahiplerinin şirketin stratejisi ve performansı veya yönetimi hakkında çekinceleri olduğunda pay sahibi aktivizmine başlayacaklarını belirtebilirler. Açıklama notlarına göre, ilk başta şirket yönetimi ile müzakereler gizlilik esasına göre yürütülmeli; fakat yönetim kurulundan cevap gelmez ise, kurumsal pay sahipleri genel kurul öncesi bir basın açıklaması veya genel kurul gündemine madde ekleme gibi tüm diğer aktivizm metotlarına başvurmalıdır.

İlke 5'e göre pay sahipleri gerekli durumlarda pay sahibi aktivizmi kapsamında diğer pay sahipleri ile işbirliği yapmaya hazır olmalıdır. İlke 5'in açıklama notlarına göre, ekonomik zorlukların olduğu dönemler veya şirketin ekonomik geleceğinin tehlikede olduğu durumlar bu tarz iş birlikleri için en uygun durumlardır.

İlke 6 genel kurulda oy kullanılmasına ilişkin açık bir politikanın geliştirilmesini ve oy kullanma faaliyetlerinin kamuya paylaşılmasını düzenlemektedir. Açıklama notlarına göre ise, kurumsal pay sahipleri sahip oldukları tüm oy haklarını kullanmak için çaba göstermeli ve genel kurulda yönetim kurulu lehine sürekli bir şekilde oy kullanmamalıdır. Ayrıca, kurumsal pay sahipleri oy kullanma kayıtlarını kamuya paylaşmalı, paylaşmaz ise neden paylaşmadığını açıklamalıdır.

Son olarak, İlke 7 uyarınca, kurumsal pay sahipleri kendi bireysel yatırımcılarına gözetim ve oy kullanma faaliyetlerine ilişkin düzenli bir şekilde rapor vermelidir.

Gözetim İlkelerinde belirtilen denetim faaliyetlerinin artık yatırım zincirinin bir parçası olması amaçlanmaktadır. Bu şekilde pay sahibi aktivizmi çok ortaklı şirketlerdeki güç boşluğu probleminin çözümünde sadece bir araç olarak değil aynı zamanda ülke ekonomisi ile toplumun menfaatini de dikkate alan bir süreç olarak değerlendirilmektedir⁸³. Gözetim İlkelerindeki pek çok unsur bu yorumu desteklemektedir. Örneğin, İlke 4 pay sahibi aktivizmini sadece şirket stratejisi, yönetimi veya yönetici maaşlarıyla ilgili sorunlara hasretmemiş, sosyal ve çevresel sorunlardan kaynaklanan riskleri de pay sahibi aktivizmine dâhil etmiştir. Dolayısıyla, Gözetim İlkeleri kurumsal pay sahiplerinin finansal olmayan konuları da dikkate almasına ve daha kapsayıcı bir kurumsal yönetim modelini benimsemesine olanak tanımıştır.

Öğretide bazı yazarlar, Gözetim İlkelerinin ulusal nitelikte olduğundan ve Londra Borsasında işlem gören şirketlerin hisselerinin çoğunu elinde bulunduran yabancı yatırımcıların bu ilkelerin kapsamı dışında kaldığından dolayı gözetim ilkelerinin başarı ihtimalinin çok düşük olduğunu ileri sürmüştür⁸⁴. Ancak, kurumsal pay sahiplerinin pek çok ülkede yatırımlarını artırmasından dolayı, Birleşik Krallıktaki kurumsal pay sahiplerine ilişkin

⁸³ Bkz, Iris H-Y Chiu, "Stewardship as Investment Management for Institutional Shareholders" (2011) 32 *Company Lawyer* 65 p. 65-7.

⁸⁴ Bkz, Brian Cheffins, "The Stewardship Code's Achilles Heel" (2010) *Modern Law Review* 1004, p. 1017; Demetra Arsalidou, "Shareholders and Corporate Scrutiny: the Role of the UK Stewardship Code" (2012) 3 *European Company Financial Law Review* 342, p. 359

ortak kaygılar ve onların kurumsal yönetimdeki muhtemel rolleri diğer ülkeleri de etkilemiş ve Gözetim İlkeleri uluslararası kurumsal yönetim alanında kendine yer edinmiştir⁸⁵. Nitekim 2016 yılı itibariyle Hollanda, Danimarka, Tayland Japonya, Malezya, ABD, İsviçre, Avustralya, Brezilya, Kanada, İtalya gibi toplam 46 ülkede Gözetim İlkeleri benzeri uygulamalar bulunmaktadır⁸⁶. Benzer şekilde, Avrupa Birliği de pay sahibi aktivizmi normlarını bağlayıcı hukukun (hard law) bir parçası haline getirmek için Pay Sahibi Hakları Direktifi II'yi kabul etmiştir.

2. Avrupa Birliği Pay Sahibi Hakları Direktifi-II Kapsamında Pay Sahibi Aktivizm Yükümlülüğü

Avrupa Birliği 2008 finansal krizinden hemen sonra şirketlerin kurumsal yönetimlerinin sürdürülebilirliğini artırmak için reform sürecini başlatmıştır⁸⁷. 2014 yılının Nisan ayında Avrupa Komisyonu Pay Sahipleri Hakları Direktifinde değişiklik yapılması için öneride bulunmuş⁸⁸ ve 2017 yılında Pay Sahibi Hakları Direktifi-II kabul edilmiştir. 2010 ve 2011 yılında yayımlanan değerlendirme raporlarında olduğu gibi, Direktif-II'nin gerekçesinde de pay sahiplerinin yatırım yaptıkları şirketlerin yönetimine yeterli düzeyde katılmamalarının ekonomik krizin sonuçlarını artırmış olabileceği hususunun altı çizilmektedir. Ayrıca, serbest yatırım fonları gibi bazı pay sahiplerinin genellikle şirket yönetimlerini aşırı riskli kararları almaları için desteklediği ve sadece kısa vadeli kârlara odaklandıkları ileri sürülmüş ve bu durum gerekçede eleştirilmiştir. Bu eleştiriye rağmen, Avrupa Komisyonu pay sahiplerinin kurumsal yönetimdeki rolünün sınırlandırılması yerine pay sahiplerinin kurumsal yönetimin ana unsurlarından

⁸⁵ Iris Chiu and Dionysia Katelouzou, "From Shareholder Stewardship to Shareholder Duties: Is the Time Ripe" (2016) *Nordic&European Company Law LSN Research Paper Series* No. 18-10 131, p. 135.

⁸⁶ Bkz, Jennifer Hill, "Good Activist/Bad Activist: The Rise of International Stewardship Codes" (2018) 41(2) *Seattle University Law Review* 497, p. 507.

⁸⁷ European Commission, *Europe 2020: A Strategy for smart, sustainable and inclusive growth* COM(2010); European Commission, *Green Paper: The EU Corporate Governance Framework*, COM (2011); European Commission, *Green Paper: Long-Term Financing of the European Economy* COM(2013).

⁸⁸ European Commission, *Proposal for a Directive of The European Parliament and of The Council amending Directive 2007/36/EC as regards the encouragement of long-term shareholder engagement and Directive 2013/34/EU as regards certain elements of the corporate governance statement*, COM(2014).

biri olduğu görüşünü muhafaza etmiştir⁸⁹. Hem pay sahiplerine olan güveni tekrar sağlamak hem de pay sahibi aktivizmi aracılığıyla şirketlerdeki güç boşluğu ve kısa vadeli yatırım problemine çözüm bulmak için Direktif-II 2017 yılında kabul edilmiştir.

Direktif-II’de pay sahiplerinin kimliklerinin saptanması, sınır-ötesi bilgi aktarımının sağlanması (oy kullanımları dâhil olmak üzere), pay sahibi haklarının kullanılmasının kolaylaştırılması, pay sahibi aktivizminin sıklığının ve kalitesinin artırılması, pay sahiplerinin yönetici ücretleri üzerindeki etkisinin artırılması ve oy danışmanlarının güvenilirliği ve kalitesinin sağlanması düzenlenmiş bulunmaktadır. Bu çalışmamız sadece Direktif-II’deki kurumsal pay sahipleri ile portföy yönetim şirketlerinin aktivizm politikası oluşturma ve bunu kamuya paylaşma yükümlülüğü getiren pay sahibi aktivizm düzenlemesi ile sınırlıdır.

Pay sahibi aktivizmi, Direktif-II m. 3g’de düzenlenmektedir. Bu maddeye göre üye devletler, kurumsal pay sahipleri (sigorta şirketleri ve emeklilik fonları) ile portföy yönetim şirketlerinin⁹⁰ ya aktivizm yükümlülüklerine uymalarını ya da bu yükümlülükler neden uymadıklarını açık ve gerekçeli bir şekilde kamuya paylaşmalarını sağlar. Başka bir anlatımla, aktivizm yükümlülükleri zorunlu “uygula, uygulamıyorsan açıkla” prensibine dayanmaktadır. Bağlayıcılık gücü bakımından, Birleşik Krallık Gözetim İlkelerinden ayrılmaktadır. Zira Birleşik Krallıkta sadece yetkilendirilmiş varlık yöneticileri zorunlu “uygula, uygulamıyorsan açıkla” prensibine tâbi iken Avrupa Birliğindeki tüm kurumsal pay sahipleri ile portföy yönetim şirketleri zorunlu “uygula, uygulamıyorsan açıkla” prensibine tabidir.

Direktif-II m. 3g/1/a uyarınca, kurumsal pay sahipleri ile portföy yönetim şirketleri aktivizmi nasıl yatırım stratejileriyle birleştirdiklerini açıklayan bir aktivizm politikası geliştirmekle ve bunu kamuya paylaşmakla yükümlüdür. Bu aktivizm politikasının, şirketlerin finansal ve finansal

⁸⁹ European Commission *European Company Law and Corporate Governance – A modern legal framework for more engaged shareholders and sustainable companies*, (COM(2012) 740 final) Bölüm 3.

⁹⁰ Pay Sahibi Hakları Direktifi-II m. 2(f) portföy yönetim şirketini şu şekilde tanımlamaktadır: portföy yönetim şirketi, 2014/65/AB sayılı Direktif m. 4/1/1’de tanımlandığı gibi yatırımcılara portföy yönetim hizmeti sunan bir yatırım şirketi, 2011/61/AB sayılı Direktif m. 4/1/b’de tanımlandığı gibi yine aynı direktifin 3 maddesine göre muafiyet koşullarını sağlamayan bir Alternatif Yatırım Fon Yöneticisi, veya 2009/65/AT sayılı Direktif m. 2/1/b’de tanımlandığı üzere bir yönetim şirketi, veyahut kendi yönetimi için 2009/65/AT sayılı Direktif kapsamında yetkilendirilmiş bir yönetim şirketi atamayan ve bu direktife uygun olarak yetkilendirilmiş bir yatırım şirkettir.

olmayan performans, risk, sermaye yapısı, sosyal ve çevresel faktörler ve kurumsal yönetim gibi ilgili konularda nasıl denetlendiğini, şirketlerle bir diyalogun kurulup kurulmadığını, oy ve paylara bağlı diğer hakların nasıl kullanıldığını, diğer pay sahipleriyle işbirliğinin yapılıp yapılmadığını, şirketin diğer paydaşlarıyla iletişime geçilip geçilmediğini ve çıkabilecek muhtemel çıkar çatışmalarını kapsamaması gerekmektedir.

Direktif-II m. 3g/1/b uyarınca, kurumsal pay sahipleri ile portföy yönetim şirketleri her yıl aktivizm politikasının nasıl uygulandığıyla ulaşılan sonuçları kamuya paylaşmakla yükümlüdür. Eğer kurumsal pay sahipleri ile varlık yöneticileri bir aktivizm politikası uygulamamayı veya yukarıda bahsedilen hususları kamuya paylaşmayı tercih etmezlerse, neden tercih etmediklerini gerekçeli bir şekilde açıklamak zorundadır.

Direktif-II yatırım zincirindeki şeffaflığı artırmayı da hedeflemektedir. Direktif-II m. 3h uyarınca, üye devletler kurumsal pay sahiplerinin hisse yatırım stratejilerinin önemli unsurları ile yatırım profilleriyle nasıl uyumlu olduğunu ve yatırımlarının orta ve uzun dönemli performanslarına nasıl katkıda bulduklarını kamuya paylaşmalarını sağlamakla yükümlüdür. Ayrıca, kurumsal pay sahipleri eğer varsa bağımsız portföy yönetim şirketleriyle aralarındaki ücret, yatırım süresi, yönetim şirketinin performansının değerlendirme metotları gibi detaylar da dâhil olmak üzere tüm ilişkiyi kamuya açıklamakla yükümlüdür. Eğer bu yükümlülüğe uymak istemezlerse, neden uymadıklarını gerekçeli ve açık bir şekilde açıklamakla yükümlüdürler. Yine aynı şekilde m. 3i portföy yönetim şirketleri de kurumsal pay sahipleri arasındaki ilişkiyi ve yatırım stratejisinin ve uygulamasının aralarındaki düzenlemeye uygun olup olmadığı ile kurumsal pay sahiplerinin varlıklarının uzun ve orta dönemli performanslarına katkıda bulunup bulunmadığını kamuya açıklamakla yükümlüdür.

Direktif-II m. 3g'deki yükümlülük Birleşik Krallık Gözetim İlkeleri, İlke 1'e benzer bir şekilde kaleme alınmıştır. Ancak, Direktif-II, Gözetim İlkelerine göre daha geniş kapsamlıdır. Direktif-II m. 3g/1/a, temsilci oy danışmanları tarafından sunulan hizmetlerin kullanımını, diğer paydaşlar ile kurulan diyalog ve iş birliğini, finansal olmayan performansı pay sahibi aktivizmi kavramına dâhil etmektedir. M. 3g'deki finansal olmayan performans, sosyal ve çevresel riskler, pay sahiplerinin diğer paydaşlarla iletişim kurması gibi ifadeler Avrupa Birliği'nin daha dengeli ve sürdürülebilir bir kurumsal yönetim modeli kurmak için pay sahibi aktivizminden faydalanmak istediğini göstermektedir. Bu durum ise Birleşik Krallık'taki düzenlemeden ayrılmaktadır. Zira, Birleşik Krallık Şirketler Kanunu (the Companies Act) m. 414A-C uyarınca yönetim kurulu,

paydaşlarla olan ilişkiyi raporlamakla yükümlüdür. Ayrıca, Birleşik Krallık hukukunda kurumsal pay sahipleri yöneticileriyle portföy yöneticilerinin güven sorumluluğu (fiduciary duty) kapsamında finansal olmayan hususları yatırım yaparken dikkate alıp alamayacakları tartışmalıdır⁹¹. Dolayısıyla, Direktif-II daha kapsayıcı bir anlayışla kurumsal pay sahiplerini yatırım stratejisine dâhil etmeyi amaçlamaktadır.

Direktif-II'nin gerekçesi yukarıda açıklanan görüşümüzü desteklemekte ve pay sahibi aktivizmi kavramını sadece pay sahipleri ile şirketler arasındaki özel yatırım ilişkisi bağlamından çıkarıp şirketlerin ve ilgili tüm paydaşların menfaatlerinin dikkate alındığı bir kamu menfaati çerçevesine yerleştirmektedir. Kanaatimizce, bu geçiş şu şekilde sağlanmaktadır: kurumsal pay sahipleri, toplumdaki bireylerin emeklilik yatırımları da dâhil olmak üzere çoğu yatırımlarını idare etmektedir. Başka bir anlatımla, bu kuruluşlar aslında toplumun uzun vadeli kolektif malvarlığını yönetmekte olduğundan bu yatırımların sadece ilgili kurumsal pay sahibinin özel malvarlığı ve menfaati kapsamında değerlendirilmesi doğru bulunmamaktadır. Nitekim gerekçede de etkin ve sürdürülebilir pay sahibi aktivizmi ile aktivizme ilişkin bilgilerin kamuya paylaşılmasının halka açık şirketlerin kuvvetler ayrılığı ilkesine dayanan kurumsal yönetimlerinin önemli bir parçası olduğu ve pay sahiplerinin yönetime katılmasının şirketlerin uzun dönemli stratejileri ile finansal ve finansal olmayan performanslarına pozitif katkıda bulunacağı ifade edilmiştir. Dolayısıyla, pay sahibi aktivizmiyle sadece pay sahiplerinin menfaati değil şirketlerin uzun vadeli menfaatleri korunmak istenmektedir. Bu şekilde, pay sahibi aktivizminin şirketlerin sürdürülebilirliğini sağlayarak ekonomiye ve topluma katkıda bulunacağı kabul edilmektedir⁹².

Sonuç olarak, Avrupa Birliği de aynı Birleşik Krallık gibi pay sahiplerinin kurumsal yönetimde daha aktif rol almasını teşvik etmektedir. Direktif-II, Gözetim İlkelerine nazaran daha kapsayıcı bir anlayışı kabul etmekte ve şirketlerin finansal olmayan performansıyla paydaş menfaati kavramlarını ön plana çıkarmaktadır. Pay sahiplerine yüklenen aktivizm ve şeffaflık yükümlülükleri bir anlamda finansal kriz sonrası ortaya çıkan kurumsal yönetim uygulamalarını güçlendirme ve şirketlerin sürdürülebilirliğiyle uzun dönemli yatırımlarını artırma çabalarının bir sonucu

⁹¹ Paul Watchman, Jane Anstee-Wedderburn & Lucas Shipway, "Fiduciary Duties in the 21st Century: a UK Perspective" (2005) 19 *Trust Law Review* 127; The UK Law Commission, *Fiduciary Duties of Investment Intermediaries* (Law Com No 350) (2014).

⁹² Aynı yönde bkz, Duncan McLaren, "Global Stakeholders: Corporate Accountability and Investor Engagement" (2004) 12 *Corporate Governance* 191.

olduğu kolayca kabul edilebilir. Bununla beraber, aşağıdaki tartışmanın göstereceği üzere, uluslararası kurumsal yönetim düzenlemelerinde yer bulmaya başlayan bu yükümlülüğün niteliği ve başarılı olup olmayacağı hakkında kesin bir yargıya varmak mümkün gözükmemektedir.

3. Pay Sahibi Aktivizmi Düzenlemelerinin Değerlendirilmesi

Pay sahibi aktivizmi düzenlemeleri pay sahiplerinin şirketlerin kurumsal yönetimi içerisindeki davranışlarını kısıtlamaktan ziyade onların genel davranışlarını değiştirmeyi hedeflemektedir⁹³. Başka bir anlatımla, pay sahibi aktivizmi düzenlemeleri pay sahiplerinin ekonomik gücünden faydalanarak şirketlerin uzun dönemli menfaatlerinin geliştirilmesini amaçlamaktadır⁹⁴. Ancak, bu düzenlemelerin hedeflenen değişiklikler için yeterli olup olmadığı öğretide yoğun bir şekilde tartışılmaktadır.

Direktif-II ve Birleşik Krallık Gözetim İlkeleri doğrudan bir pay sahibi aktivizm yükümlülüğü getirmemektedir; zira Direktif-II zorunlu “uygula, uygulamıyorsan açıkla” ve Gözetim İlkeleri ise gönüllü “uygula, uygulamıyorsan açıkla” prensibiyle uygulanmaktadır. Bu bakımdan, aktivizm yükümlülüklerinin esnek hukuk (soft law) olarak kaldığı ve bağlayıcılığının zayıf olduğu ileri sürülebilir. Öğretide “uygula, uygulamıyorsan açıkla” prensibinin başarısının sınırları olduğu ifade edilmektedir⁹⁵. Aktivizm düzenlemelerinin başarıya ulaşması, kurumsal pay sahiplerinin “uygula, uygulamıyorsan açıkla” prensibinin kapsamında yapacakları açıklamaların niteliğine bağlıdır⁹⁶. Kurumsal pay sahiplerinin sadece basit açıklamalarla yükümlülüklerini getirmesi halinde bu düzenlemelerin amacına ulaşması çok mümkün gözükmemektedir.

Birleşik Krallık'ta Gözetim İlkeleri kabul edildikten sonra 2013 yılında yayımlanan değerlendirme raporunda, açık ve nitelikli raporlama uygulamalarının var olduğu kabul edilse de amaçlanan nitelikteki

⁹³ Hanne Birkmose, “From Shareholder Rights to Shareholder Duties – A Transformation of EU Corporate Governance in A Sustainable Directi on?” (2018) 2 *Intereulaweast* 69, p. 83.

⁹⁴ Jennifer Hill, “Images of the shareholder – shareholder power and shareholder powerlessness” in Jennifer Hill and Ronald Thomas (eds.), *Research Handbook on Shareholder Power* (Elgar, 2015), p. 65.

⁹⁵ Marc Moore, “Whispering Sweet Nothings: The Limitations of Informal Conformance in UK Corporate Governance” (2009) 9 *Journal of Corporate Law Studies* 77.

⁹⁶ Arad Reisberg, “The UK Stewardship Code: Road to Nowhere” (2015) 15(2) *Journal of Corporate Law* 217, p 223.

açıklamaların sayısının yeterli olmadığı vurgulanmıştır⁹⁷. Aktivizm raporlarının niteliğini artırmak için Finansal Raporlama Kurulu kurumsal pay sahiplerini raporlama kalitesine göre sınıflandırmaya ve bunu ilan etmeye başlamıştır⁹⁸. Bunlara ek olarak, Kurumsal Pay Sahipleri ve Varlık Yöneticileri Birliği (the “Investment Association”) pay sahiplerinin sorumluluğu hakkında rapor yayımlayarak üyelerini Gözetim İlkelerine uymaları konusunda teşvik etmeye başlamıştır⁹⁹. 2013 yılında 1. kategoride (Gözetim İlkelerine uygun raporlama yapanların bulunduğu sınıf) 20’den az kurumsal pay sahibi varken bu rakam 2016 yılında 88’e çıkmıştır¹⁰⁰. Dolayısıyla, kanaatimizce, düzenleyici kuruluşların, meslek birliklerinin ve gerekiyorsa ilgili sivil toplum örgütlerinin denetimi ve teşviki ile aktivizm yükümlülükleri kapsamında yapılacak açıklamaların niteliğinin artırılabilceği mümkün gözükmektedir. Böylelikle en azından “uygula, uygulamıyorsan açıkla” sisteminin yarattığı bağlayıcılık ve yaptırım problemlerinin bir kısmının ortadan kaldırılabilceği kanaatindeyiz.

Öğretide pay sahibi aktivizmi yükümlülüklerine getirilen ikinci eleştiri ise pay sahiplerinden beklentilerin muğlak olması ve pay sahiplerinin bunları yerine getirecek kapasitesinin olup olmadığının araştırılmamasıdır¹⁰¹. Aktivizm yükümlülükleri bir bütün halinde incelendiğinde, pay sahiplerinden beklentiler net bir şekilde ifade edilmemiş, geniş ifadeler ile tanımlanmıştır. Dolayısıyla, aktivizm düzenlemelerinin bu haliyle retorik tanımlamaların ötesine geçmesi zor gözükmektedir. Pay sahiplerinin şirketlerin sürdürülebilirliği, şirketlerin finansal ve finansal olmayan performansını denetlemesi ve gerektiğinde müdahale etmesi gibi beklentiler haklı beklentiler olarak gözükse de bir kurumsal pay sahibinin her yatırım yaptığı şirkette bu nitelikte aktivizm faaliyetlerini ne derece yerine getirebileceği incelenmemiştir.

Kurumsal pay sahipleri kâr amacı güden kuruluşlar olduklarından ellerinde bulundurdukları hisseler onlar için en nihayetinde birer yatırımdır ve bu yatırımlardan kâr elde etmeleri gerekmektedir. Aksi takdirde, kendi müşteri portföylerini kaybetme riski ile karşı karşıya kalmaları muhtemeldir.

⁹⁷ FRC, *Developments in Corporate Governance 2013: The impact and implementation of the UK Corporate Governance and Stewardship Codes* (2013) p. 26.

⁹⁸ FRC, *Developments in Corporate Governance and Stewardship 2016* (2017) p. 25-6.

⁹⁹ The Investment Association *Supporting UK Productivity with Long-Term Investment* (March 2016) [http://www.wlrk.com/docs/SupportingUKProductivitywithLong-TermInvestment\(March2016\).pdf](http://www.wlrk.com/docs/SupportingUKProductivitywithLong-TermInvestment(March2016).pdf).

¹⁰⁰ FRC, *Developments in Corporate Governance and Stewardship 2016* (2017) p. 25-6.

¹⁰¹ Lee 477; Reisberg p. 231

Dolayısıyla, pay sahiplerinin sadece kendi finansal menfaatlerini korumak için aktivizm seçeneğine başvurmaları mümkündür. Ancak, kurumsal pay sahiplerinin hem kendi menfaatlerini hem şirketlerin uzun dönemli menfaatlerini hem de diğer paydaşların menfaatlerini gözetmesi beklenmektedir. Fakat bu menfaatlerin her zaman uyuşması ve bir potada eritilerek bunlar ile ortak bir sonuca ulaşılması mümkün olmayabilir¹⁰².

Kurumsal pay sahipleri aynı anda çok sayıda şirkete veya başka finansal enstrümanlara yatırım yaptığından¹⁰³ risk toleransı, yatırım yaptıkları şirketten ve şirketin diğer paydaşlarından daha fazladır. Bu bakımdan bir şirketin başarısı veya zararı kurumsal pay sahibinin genel finansal durumunu etkilemediğinden şirketin yönetimine ilgisinin sınırlı kalması mümkündür. Ayrıca gerek Gözetim İlkelerinde gerekse Direktif-II'de pay sahiplerinin finansal ve finansal olmayan konularda şirketi denetlemek ve aktivizm başlatmak için kaynak ve vakit ayırıp ayıramayacakları hususu göz ardı edilmiştir. Örneğin, bir portföy yönetim şirketinin yetkilisi, yönettiği fonlar için yılda 15.000'den fazla genel kurula katıldığını ifade etmiştir¹⁰⁴. Bu durumda, kurumsal pay sahipleri ile varlık yöneticileri finansal ve finansal olmayan konularda denetim yapmak için ciddi anlamda bilgi edinmeleri, kaynak ve vakit ayırmaları gerekmektedir. Dolayısıyla kurumsal pay sahiplerinin veya varlık yöneticilerinin pratikte Direktif-II'de veya Gözetim İlkelerinde öngörüldüğü şekilde aktivizm yükümlülüklerini yerine getirmesi zor olabilir.

Yukarıdaki eleştiriler göz önünde bulundurularak, kurumsal pay sahiplerinin aktivizm yükümlülüklerinin düzenlenmesi ve bu kuruluşların en azından aktivizme ilişkin yaklaşımlarını kamuya paylaşması yatırım sektöründe aktivizm kültürünün yerleşmesi ve şirketlerdeki güç boşluğunu kısmen de olsa doldurulması adına olumlu bir başlangıçtır. Ancak, düzenlemelerin bu haliyle yatırım sektöründeki etkisinin sınırlı kalması muhtemeldir. Kanaatimizce, hedeflenen seviyede şirketlerin denetlenmesinin sağlanabilmesi için yatırım sektörünün özelliklerini de dikkate alan kapsamlı bir yaklaşımın benimsenmesi gerekmektedir. Kurumsal yönetimdeki tüm aktörlerin rollerini ve ihtiyaçlarını dikkate alan çok katmanlı bir görüş ile hazırlanacak kapsamlı bir inceleme, pay sahibi aktivizminin neden kurumsal pay sahipleri için zorlayıcı olabileceği ve

¹⁰² Reisberg, p. 235.

¹⁰³ Eugene Fama, 'Agency Problems and the Theory of the Firm' (1990) 88(2) *Journal of Political Economy* 288, s. 291.

¹⁰⁴ Simon Wong, 'Is Institutional Investor Stewardship Still Elusive?' (September 2015) *Butterworths Journal of International Banking and Financial Law* 508, 510.

aktivizm yükümlülüklerinin zayıf noktalarını ortaya çıkaracaktır. Böyle bir incelemenin hazırlanması ciddi anlamda zaman ve emek gerektirse de pay sahibi aktivizm yükümlülüklerinin buna dayanmaksızın başarıya ulaşmasının son derece güç olacağı görünmektedir.

IV. Sonuç

Gözetim İlkeleri ve Pay Sahibi Hakları Direktifi-II, küresel krizin ortaya çıkardığı kurumsal yönetimdeki sorunları gidermek amacıyla kabul etmiştir. Bu düzenlemeler genel olarak kurumsal pay sahiplerine aktivizm sorumluluğu yükleyerek çok ortaklı şirketlerdeki güç boşluğu, kısa vadecilik ve aşırı risk alma problemlerini çözmeyi hedeflemektedir. Bu bakımdan, aktivizm artık sadece kurumsal pay sahiplerinin yatırımlarını korumak amacıyla kullandıkları bir araç olarak değil, şirketlerin sürdürülebilirliğinin sağlanması amacıyla da kullanılan bir araç olarak değerlendirilmektedir. Dolayısıyla, ülkeler güç boşluğu, kısa vadecilik ve aşırı riskli yatırım gibi genel olarak ekonomiyi ve toplumu ilgilendiren sorunları piyasa aktörleri aracılığıyla çözmeye çalışmaktadır.

Avrupa Birliği, Birleşik Krallık'tan bir adım daha ileri giderek daha kapsayıcı bir düzenleme getirmiş ve şirketlerin finansal olmayan performansını ve diğer paydaşların menfaatini aktivizm düzenlemelerine dâhil etmiştir. Ayrıca, Avrupa Birliği Birleşik Krallık' tan farklı olarak zorunlu 'uygula, uygulamıyorsan açıkla' prensibini kabul etmiştir. Bu bakımdan, Avrupa Birliği içinde faaliyet gösteren kurumsal pay sahipleriyle varlık yöneticileri en azından aktivizme ilişkin politikalarını açıklama (uygulamama durumu da dâhil) yükümlülüğü altındadır.

Kanaatimizce, pay sahibi aktivizmi yükümlülükleri kurumsal pay sahiplerinin davranışlarını değiştirmek, haklarını daha etkin kullanmalarını sağlamak, şirketlerdeki güç boşluğunu doldurmak için önemli bir başlangıç noktasıdır. Ancak, böyle bir dönüşümün bir anda olması mümkün gözükmemektedir. Zira aktivizm yükümlülükleri muğlak ve geniş ifadelerle düzenlenmiştir. Kurumsal pay sahiplerinin bu kadar farklı yükümlülükleri bir araya getirip bir aktivizm stratejisi oluşturmasının mümkün olup olmadığı göz ardı edilmiştir. Daha da önemlisi, yatırım zincirinin özellikleri dikkate alınmadan kurumsal pay sahiplerine bu yükümlülükler getirilmiştir. Bu nedenle uygulamada pay sahibi aktivizmi yükümlülüklerinin şirketlerin kurumsal yönetiminde bir değişiklik meydana getirme kapasitesi sınırlı kalabilir. Dolayısıyla, bundan sonraki adımda yatırım sektöründeki gerçek

sorunları dikkate alarak hazırlanacak düzenlemeler hedeflenen amaçlara ulaşma ihtimalini artıracaktır.

KAYNAKÇA

- Adrian Cadbury *Report of the Committee on the Financial Aspects of Corporate Governance* (December 1992)
- Anabtawi I., “Some Skepticism about Increasing Shareholder Power” (2006) 53 *UCLA Law Review* 561
- Anabtawi I. and Stout L., “Fiduciary Duties for Activist Shareholders” (2008) 60 *Stanford Law Review* 1255
- Armour J, Deakin S, and Konzelmann S, “Shareholder Primacy and the Trajectory of UK Corporate Governance” (2003) 41(3) *British Journal of Industrial Relations* 531
- Arsalidou D, “Shareholders and Corporate Scrutiny: the Role of the UK Stewardship Code” (2012) 3 *European Company Financial Law Review* 342
- Aspen Institute, *Overcoming Short-termism: A Call for a More Responsible Approach to Investment and Business Management* (2009)
- Ball R, “The Development, Accomplishments and Limitations of the Theory of Stock Market Efficiency” (1994) 20 *Managerial Finance* 3
- Bainbridge S., *The New Corporate Governance: In Theory and Practice* (OUP 2008)
- Birmose H, “Shareholders’ Duties in European Company Law” (2016) 13 *European Company Law* 1
- Birkmose H, “From Shareholder Rights to Shareholder Duties – A Transformation of EU Corporate Governance in A Sustainable Direction?” (2018) 2 *Intereulaweast* 69
- Black B., “Shareholder Passivity Reexamined” (1990) 89(3) *Michigan Law Review* 520
- Black B, “Agents Watching Agents: The Promise of Institutional Investor Voice” (1992) 39 *UCLA Law Review* 811.
- Black B and Coffee J, “Hail Britannia?: Institutional Investor Behavior Under Limited Regulation”, (1994) 92 *Michigan Law Review* 1997
- Çelik S and Isaksson M, “Institutional Investors as Owners” (2013) 2 *OECD Journal Financial Trends* 93

- Cheffins B., *Corporate Ownership and Control: British Business Transformed* (Oxford University Press 2008)
- Cheffins B and Bank S, “Is Berle and Means Really a Myth?” (2009) 83 *Business History Review* 443
- Cheffins B, “The Stewardship Code’s Achilles Heel” (2010) *Modern Law Review* 1004
- Cheffins B and Armour J., ‘The Past, Present, and Future of Shareholder Activism by Hedge Funds’ (2011) 37 *Journal of Corporation Law* 51
- Chiu I., *The Foundations and Anatomy of Shareholder Activism* (Hart Publishing 2010)
- Chiu I, “Stewardship as Investment Management for Institutional Shareholders” (2011) 32 *Company Lawyer* 65
- Chiu I, ‘International Shareholders as Stewards: toward a New Conception of Corporate Governance’ (2012) 6 *Brooklyn Journal of Corporate Finance and Commercial Law* 387
- Chiu I and Katelouzou D, “From Shareholder Stewardship to Shareholder Duties: Is the Time Ripe” (2016) *Nordic&European Company Law LSN Research Paper Series* No. 18-10 131
- Clark R, ‘The Four Stages of Capitalism: Reflections on Investment Management Treaties’ (1981) 94 *Harvard Law Review* 561
- Coffee J, “Liquidity Versus Control: The Institutional Investor as Corporate Monitor” (1991) 91 *Columbia Law Review* 1277
- Coffee J., “Hedge Fund Activism: What Do We Know and Not Know” in William Bratton and Joseph McCahery (eds) *Institutional Investor Activism* (OUP 2015)
- Conard A, “Beyond Managerialism: Investor Capitalism?”, (1988) 22 *Journal of Law Reform* 117
- Council Directive 2007/36/EC on the exercise of certain rights of shareholders in listed companies [2007] OJ L 184/17
- Council Directive, 2017/828 Amending Directive 2007/36/EC as regards The Encouragement of Long-Term Shareholder Engagement [2017] OJ L. 132/1
- Dallas L, “Short-Termism, the Financial Crisis, and Corporate Governance” (2013) 37 *The Journal of Corporation Law* 265
- Davis P and Steil B, *Institutional Investors* (MIT Press, 2001)
- Easterbrook F and Fischel D, “Voting in Corporate Law” (1983) 26(2) *The Journal of Law and Economics* 353
- European Commission, *Europe 2020: A Strategy for smart, sustainable and inclusive growth* COM(2010)
- YÜHFD Cilt: XVI Sayı:2 (2019)*

- European Commission, Green Paper: The EU Corporate Governance Framework, COM (2011)
- European Commission, Green Paper: Long-Term Financing of the European Economy COM(2013)
- European Commission, *Corporate Governance in Financial Institutions and Remuneration Policies*, (COM(2010) 284 final)
- European Commission *European Company Law and Corporate Governance – A modern legal framework for more engaged shareholders and sustainable companies*, (COM(2012) 740 final)
- European Fund and Asset Management Association, *Asset Management in Europe: An Overview of Asset Management Industry* (2018) http://www.efama.org/Publications/Statistics/Asset%20Management%20Report/EFAMA_Asset%20Management%20Report%202018%20voor%20web.pdf
- Elst C., “Shareholder engagement duties: the European move beyond stewardship” in Hanne Birkmose and Konstantinos Sergakis (eds) *Enforcing Shareholders’ Duties* (Elgar 2019)
- Fama E, ‘Agency Problems and the Theory of the Firm’ (1990) 88(2) *Journal of Political Economy* 288
- Fama E., “Efficient Capital Markets: A Review of Theory and Empirical Work” (1970) 25 *The Journal of Finance* 383
- Finch V, “Corporate Governance and Cadbury: Self Regulation and Alternatives” (1994) *Journal of Business Law* 51
- Fisch J, “Relationship Investing: Will It Happen? Will It Work?”, (1994) 55 *Ohio State Law Journal* 1009
- Fischel D., ‘Efficient Capital Market Theory, the Market for Corporate Control, and the Regulation of Cash Tender Offers’ (1978) 57(1) *Texas Law Review* 4
- Fischel D. and Easterbrook F, “The Proper Role of a Target's Management in Responding to a Tender Offer” (1981) 94(6) *Harvard Law Review* 1161
- Fischel D, “The Corporate Governance Movement” (1982) 35(6) *Vanderbilt Law Review* 1259
- FRC, *Developments in Corporate Governance 2013: The impact and implementation of the UK Corporate Governance and Stewardship Codes* (2013)
- FRC, *Developments in Corporate Governance and Stewardship 2016* (2017)

- Gillan S and Starks L., “The Evolution of Shareholder Activism in the United States” in Donald Chew Stuart Gillan (eds) *US Corporate Governance* (Columbia University Press 2009)
- Gillan S., and Starks L., A survey of shareholder activism: Motivation and empirical evidence (1998) 2(3) *Contemporary Finance Digest* 10
- Gilson R. and Gordon J., “The Agency Costs of Agency Capitalism: Activist Investors and The Revaluation of Governance Rights” (2013) 113 *Columbia Law Review* 863
- Gilson R and Kraakman R, “Reinventing the Outside Director: An Agenda for Institutional Investors”, (1991) 43 *Stanford Law Review* 863
- Griggs L, “Institutional Investors and Corporate Governance” (1996) 3 *James Cook University Law Review* 44
- Hawley J. and Williams A., *The Rise of Fiduciary Capitalism* (University of Pennsylvania Press 2000)
- Hess D., “Public Pensions and the Promise of Shareholder Activism for the Sustainable Economic Development” (2007) 2 *Virginia Law & Business Review* 222
- Higgs D, *Review of the Role and Effectiveness of Non-Executive Directors* (London: Stationery Office, 2003)
- Hirschmann A, *Exit, Voice and Loyalty: Responses to Decline in Firms, Organizations, and States* (Harvard University Press 1970)
- Hill J, “Images of the shareholder – shareholder power and shareholder powerlessness” in Jennifer Hill and Ronald Thomas (eds.), *Research Handbook on Shareholder Power* (Elgar, 2015)
- Hill J, “Good Activist/Bad Activist: The Rise of International Stewardship Codes” (2018) 41(2) *Seattle University Law Review* 497-
- Jensen M., ‘Takeovers: Their Causes and Consequences’ (1988) 2(1) *Journal of Economic Perspectives* 21
- Katelouzou D., ‘Myths and Realities of Hedge Fund Activism: Some Empirical Evidence’ (2013) 7(3) *Virginia Law & Business Review* 459.
- Katelouzou D., ‘Worldwide Hedge Fund Activism: Dimensions and Legal Determinants’ (2015) 17 *University of Pennsylvania Journal of Business Law* 789.
- Lipton M., “Takeover Bids in the Target’s Boardroom” (1979) 35 *Business Lawyer* 101
- Lipton M and Rowe P, “The Inconvenient Truth About Corporate Governance: Some Thoughts on Vice-Chancellor Strine’s Essay” (2007) 33 *The Journal of Corporation Law* 63

- Mallin M, “Institutional Investors and Voting Practices: An International Comparison” (2001) 9 *Corporate Governance* 118
- McLaren D, “Global Stakeholders: Corporate Accountability and Investor Engagement” (2004) 12 *Corporate Governance* 191
- Moore M, “Whispering Sweet Nothings: The Limitations of Informal Conformance in UK Corporate Governance” (2009) 9 *Journal of Corporate Law Studies* 77.
- Odean T., “Are Investors Reluctant to Realize Their Losses?” (1998) 53 *The Journal of Finance* 1775.
- O’Rourke A., “A New Politics of Engagement: Shareholder Activism for Corporate Social Responsibility”, (2003) 12 *Business Strategy and the Environment* 227
- Reisberg A, “The UK Stewardship Code: Road to Nowhere” (2015) 15(2) *Journal of Corporate Law* 217
- Rho H., *Shareholder Activism Corporate Governance Reforms in Korea* (Macmillan, 2007)
- Richard Greenbury, *Directors’ Remuneration: Report of a Study Group chaired by Sir Richard Greenbury* (17 July 1995)
- Ringe G, “Changing Law and Ownership Patterns in Germany: Corporate Governance and the Erosion of Deutschland AG” (2015) 63 *American Journal of Comparative Law* 493
- Roach L, “The UK Stewardship Code” (2011) 11(2) *Journal of Corporate Law* 463
- Rock E, “The Logic and (Uncertain) Significance of Institutional Shareholder Activism” (1991) 79 *The Georgetown Law Journal* 445
- Rojas M., et al., “Bringing about Changes to Corporate Social Policy through Shareholder Activism: Filers, Issues, Targets, and Success” (2009) 114(2) *Business and Society Review* 217
- Ronnie Hampel, *Committee on Corporate Governance: Report* (1998).
- Shleifer A, *Inefficient Markets: An Introduction to Behavioural Finance* (OUP 2000)
- Sachs M, “Social Proposals Under Rule 14a-8: A Fall Back Remedy in an Era of Congressional Inaction” (2012) 2 *UC Irvine Law Review* 931
- Siebecker M, “A New Discourse Theory of the Firm after *Citizens United*” (2010) 79 *The George Washington Law Review* 161
- Smithers A., *Wall Street Revalued: Imperfect Markets and Inept Central Bankers* (Wiley, 2009)
- Stapledon G., *Institutional Shareholders and Corporate Governance* (Oxford 1996)

- Strine L., “One Fundamental Corporate Governance Question We Face: Can Corporations Be Managed for the Long Term Unless Their Powerful Electorates Also Act and Think Long Term?” 66 *The Business Lawyer* 1
- The UK Law Commission, *Fiduciary Duties of Investment Intermediaries* (Law Com No 350) (2014).
- The Investment Association, *Asset Management in the UK 2017-2018* (2018)
<https://www.theinvestmentassociation.org/assets/files/research/2018/20180913-fullsummary.pdf.pdf>
- Thomas R, and Cotter J, “Shareholder Proposals in the New Millennium: Shareholder Support, Board Response, and Market Reaction” (2007) 13 *Journal of Corporate Finance* 368
- Treasury Committee, *Banking Crisis: Reforming Corporate Governance and Pay in the City*, Ninth Report of session 2008-9
- Walker D, *Review of Corporate Governance in Banks and Financial Institutions* (2009)
- Watchman P, Anstee-Wedderburn J, and Shipway L, “Fiduciary Duties in the 21st Century: a UK Perspective” (2005) 19 *Trust Law Review* 127
- Williamst C and Conley J., “An Emerging Third Way? The Erosion of the Anglo-American Shareholder Value Construct”, (2005) 38 *Cornell International Law Journal* 493
- Wong S, ‘Is Institutional Investor Stewardship Still Elusive?’ (September 2015) *Butterworths Journal of International Banking and Financial Law* 508

EVLİLİĞİN MUTLAK BUTLANINA İLİŞKİN BİR YARGITAY KARARININ DEĞERLENDİRİLMESİ

(EVALUATION OF A DECISION OF THE COURT OF CASSATION IN REGARD TO THE ABSOLUTE NULLITY OF MARRIAGE)

Dr. Öğr. Üyesi Tuğçe Tekben * **

ÖZ

Bu çalışmada, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun evliliğin mutlak butlanına ilişkin vermiş olduğu bir kararın incelemesi yapılmıştır. Çalışmada, evliliğin mutlak butlanı, mutlak butlan sebepleri, butlan iddiasının ileri sürülmesi, mutlak butlan davasının süresiz oluşu, butlanın ileri sürülmesinin hakkın kötüye kullanılması sayılıp sayılmayacağı gibi konular üzerinde durulmuştur. Eşlerin, evlenme esnasında sürekli olarak ayırt etme gücünün bulunmaması ve eşlerden birinde evlenmeye engel olacak derecede akıl hastalığı bulunması, çalışmada ele alınan mutlak butlan sebeplerindendir. Eşlere, evlilik tarihinden çok sonra hafif mental retardasyon teşhisi konulmuş ve akıl zayıflığı nedeniyle kısıtlanmışlardır. Çalışmada, bu durumun evliliğin geçerliliğine etkisine ilişkin değerlendirmeler yapılmıştır.

Anahtar kelimeler: *evliliğin mutlak butlanı, mutlak butlan sebepleri, mutlak butlan davası, ayırt etme gücü, akıl hastalığı, akıl zayıflığı, mental retardasyon, kısıtlılık, dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması.*

ABSTRACT

A review was made about the Court of Cassation General Assembly of Civil Chamber's decision concerning the absolute nullity of marriage in this study. This study focuses on the following topics; the absolute nullity of marriage, cause and effect of absolute nullity, right to sue nullity of marriage, the perpetual attribute of right to sue absolute nullity of marriage, whether the right to sue absolute nullity of marriage will be considered to be abuse of the right or vice versa. The permanent absence of

Eserin Dergimize geliş tarihi: 25.03.2019. İlk hakem raporu tarihi: 20.05.2019. İkinci hakem raporu tarihi: 01.07.2019. Onaylanma Tarihi: 23.07.2019.

* T.C. İstanbul Yeni Yüzyıl Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

** Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0001-7272-7717.

Esere Atıf Şekli: Tuğçe Tekben, “Evliliğin Mutlak Butlanına İlişkin Bir Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi”, YÜHFD, C.XVI, 2019/2, s.163-213.

the mental capacity (ability to discriminate between right or wrong), during the marriage contract and the condition of (hereditary) mental illness in one of the spouses to prevent marriage is one of the grounds for absolute nullity discussed in the study. Spouses have been diagnosed with mild mental retardation after a long time from marriage and they were interdicted due to mental weakness. Evaluations were made on this situation (mental weakness) on the validity of the marriage in this study.

Keywords: *the absolute nullity of marriage, grounds for absolute nullity, right to sue nullity of marriage, mental incapacity (lack of ability to discriminate between right and wrong), incapacitated person, mental illness, mental weakness, mild mental retardation, interdicted person, good faith and abuse of the right.*

1. GİRİŞ

Bu çalışmada, evlilik tarihinden uzun süre geçtikten sonra akıl zayıflığı teşhisi konularak kısıtlanan ve vasi atanan eşlerin evliliğinin, mutlak butlan ile sakat olup olmadığına ilişkin Yargıtay Hukuk Genel Kurulu (HGK) tarafından verilen kararın incelemesi yapılmıştır. Tarafların, butlana karar verilmediği takdirde, boşanma yönünde talepleri bulunmaktadır. Söz konusu mesele, sadece Türk Medeni Kanunu hükümleri çerçevesinde değil, kararda sözü edilen, usulüne göre yürürlüğe giren ilgili andlaşma metinleri çerçevesinde de ele alınmıştır. Çalışmada ele alınan başlıca konular; evlenme engelleri, evlenme ehliyeti, akıl hastalığı, akıl zayıflığı, kısıtlılık, evliliğin mutlak butlanı sebepleri ve sonuçları, mutlak butlan davası, mutlak butlana ilişkin dava açma hakkı ve süresi, iyiniyet, dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağıdır. Söz konusu karara konu olan ve bu çalışmada incelenen mutlak butlan sebepleri, eşlerin evlenme (töreni) sırasında sürekli olarak ayırt etme gücünün yokluğu ve eşlerden birinde evlenmeye engel olacak derecede akıl hastalığının bulunmasıdır. Çalışmada, bu bağlamda, hafif düzeyde zekâ geriliği tanısı konulan eşlerin evlenme ehliyetinin bulunup bulunmadığı ve bu durumun evliliğin geçerliliğine etkisi ile mutlak butlan davasının özellikleri ve bu davanın uzun süre sonra açılmasının, dürüstlük kuralına aykırı olup olmadığı hususu irdelenmiştir. Tüm bu hususlara ilişkin ilk derece mahkemesi, Yargıtay 2. Hukuk Dairesi (HD) ile HGK kararları ve karşı oylarda öne sürülen gerekçeler birlikte ele alınmış ve konuya ilişkin diğer Yargıtay kararlarından ve doktrindeki görüşlerden faydalanılarak, sonuca ilişkin bir değerlendirme yapılmıştır.

2. KARAR METNİ¹

Taraflar arasındaki “evlenmenin butlanı bunun mümkün olmaması halinde boşanma” davasından dolayı yapılan yargılama sonunda Ankara 1. Aile Mahkemesince davanın reddine dair verilen 12.02.2013 tarihli ve 2011/654 E., 2013/163 K. sayılı karar davacı vekilinin temyizi üzerine Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 12.11.2013 tarihli ve 2013/12635 E., 2013/26132 K. sayılı kararı ile;

“... Eşlerin birinin evlenme sırasında sürekli bir sebeple ayırt etme gücünden yoksun bulunması (TMK.md.145/2) veya eşlerden birinde evlenmeye engel olacak derecede akıl hastalığının olması (TMK.md.145/3) evlenmeyi mutlak butlanla sakatlar. Mutlak butlan davası için, kanunda herhangi bir "hak düşürücü süre" öngörülmemiştir. Bu nedenle evlenme tarihi üzerinden ne kadar zaman geçerse geçsin, dava her zaman ikame edilebilir. Davalının evlenme tarihinde sürekli bir sebeple ayırt etme gücünden yoksun bulunup bulunmadığı veya evlenmeye engel derece akıl hastası olup olmadığı hususunun, Adli Tıp Kurumu ilgili ihtisas kurulundan rapor alınmak suretiyle tespit edilmesi; buna göre mutlak butlan sebebi mevcutsa butlana karar verilmesi; değilse ikinci kademedede boşanma isteğinin de bulunduğu dikkate alınarak bu çerçevede delillerin toplanıp gerçekleştirilecek sonucu uyarınca karar verilmesi gerekir. Diğer yandan, mutlak butlanla sakat olan bir evliliğin dahi, "hakimin bu husustaki kararına kadar geçerli bir evliliğin bütün sonuçlarını doğuracağı" hususunun açık kanun hükmü olması (TMK.md.156) karşısında; dava hakkının kötüye kullanılması (TMK.md.2) da söz konusu değildir. Öyleyse açıklanan yönde araştırma yapılarak sonucuna göre karar vermek gerekirken, eksik inceleme ile hüküm kurulması doğru olmayıp, bozmayı gerektirmiştir...”

gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle yeniden yapılan yargılama sonunda mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

Temyiz eden: Davacı vekili

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki belgeler okunduktan sonra gereği görüldü:

Dava; evlenmenin mutlak butlan nedeniyle iptali, bunun mümkün olmaması hâlinde boşanma istemine ilişkindir.

Davacı (kadın) vekili hem müvekkilinin hem de davalının kısıtlı olduğunu, her ikisinin de aklen kendi işlerini görebilecek durumda

¹ Karar için bkz. http://karamercanhukuk.com/blog_yargitay.php.

olmadıklarını, tarafların 2009 yılından beri ayrı yaşadıklarını ileri sürerek evliliğin mutlak butlan nedeniyle iptaline olmadığı takdirde ise tarafların boşanmalarına karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı erkek vasisi, tarafların 35 yıldır evli olduklarını, birbirlerine destek olarak bu evliliği sürdürdüklerini, ancak davacı vasisinin davacının mallarına el koymak istediğini, davacının üç aylık maaşını alarak kendi çıkarına harcadığını, bu nedenle davacı vekilinin iddialarının yok sayılması gerektiğini belirterek 21.12.2012 tarihli dilekçe ile abisinin de boşanmak istediğini bildirmiştir.

Mahkemece, tarafların 1979 tarihinden 2009 yılına kadar birlikte yaşadıkları, 2009 yılında anlaşılmayan bir sebeple davacının ailesinin davacıyı yanlarına alarak bu davayı açtığı, 30 yıl sonra açılan davanın iyi niyet kuralları ile bağdaşmadığı, her iki tarafın engelli olmasına karşın Anayasanın 90. maddesine göre iç hukuk gibi uygulanması gereken uluslararası sözleşmeler dikkate alındığında Türkiye tarafından kabul edilen ve 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu'nun (TMK) 145. maddesine göre özel hüküm niteliğinde olan Birleşmiş Milletler Engellilerin Haklarına İlişkin Sözleşme uyarınca evliliğin engellilerin insan hakkı olduğu ve engellenemeyeceği gerekçesiyle butlan davasının, diğer yandan boşanmayı gerektirecek ve davalıdan kaynaklanan bir kusurun varlığı da kanıtlanmadığından boşanma talebinin reddine karar verilmiştir.

Davacı vekilinin temyizi üzerine karar, Özel Dairece yukarıda başlık kısmında açıklanan gerekçelerle bozulmuştur.

Mahkemece önceki gerekçelerle verilen direnme kararını davacı vekili temyiz etmiştir.

Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; 1979 yılında evlenen ve TMK'nın 405. maddesi uyarınca kısıtlanarak vasi atandığı anlaşılan taraflar hakkında davacı kadının açtığı "butlan olmadığı takdirde boşanma" davasına konu olayda Birleşmiş Milletler Engellilerin Haklarına İlişkin Sözleşmesinde evliliğin insan hakkı olduğu ve engellenemeyeceğinin kabul edilmiş olması karşısında davalının evlenme tarihinde sürekli bir sebeple ayırt etme gücünden yoksun bulunup bulunmadığı veya evlenmeye engel derece akıl hastası olup olmadığı hususunun, Adli Tıp Kurumu ilgili ihtisas kurulundan rapor alınmak suretiyle tespit edilmesinin gerekip gerekmediği noktasındadır.

Öncelikle belirtilmelidir ki, "evlenme" Türk Medeni Kanunu açısından karşı cinsten iki insanın evlendirmeye yetkili memur önünde karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarını açıklaması ile oluşur (TMK m.142). Hukuken geçerli bir evliliğin kurulması için kanunda düzenlenen koşullara

uygun davranılması gerekir. Bu koşullardan birinin veya birkaçının eksik olması hâlinde evlilik hukuken geçersiz sayılacaktır.

Evliliğin kurucu unsurları olarak sayılan "evlenmenin ayrı cinsten kişiler arasında yapılmış olması", "evlendirme memuru önünde yapılması", " tarafların karşılıklı ve sözlü iradelerini açıklamaları" hususlarından birinin gerçekleşmemesi hâlinde evlilik hiç gerçekleşmemiş gibi sonuç doğuracaktır. Başka bir anlatımla evlenmenin yokluğu söz konusu olacaktır. Yoklukla sakat olan bir evlenme aradan ne kadar süre geçerse geçsin düzelmeyeceği gibi, evlenmenin nüfus kayıtlarına işlenmesi de sonucu değiştirmeyecektir (Dural, M/ Ögüz, T/ Gümüş, A: Türk Özel Hukuku, Cilt III, Aile Hukuku, İstanbul 2005, s. 72-79).

Oysa şeklen meydana gelmiş bir evliliğin, kanunun taraflarda ya da iradelerinde aradığı niteliklerin eksikliği nedeniyle ortadan kaldırılması gerekiyorsa "yokluk" kavramından değil, "butlan" kavramından söz edilecektir. TMK'da evlenmenin butlanı "mutlak" ve "nispi" butlan hâlleri olmak üzere ayrı ayrı düzenlenmiş olup, geçerlilik şartlarındaki sakatlık kamu düzenini ilgilendiriyorsa "mutlak butlan", kamu yararı değil de ilgililerin özel menfaatleri söz konusuysa nispi butlan hâllerinden söz edilir.

Nitekim, TMK'nın 145. maddesi:

"Aşağıdaki hâllerde evlenme mutlak butlanla batıldır:

1. Eşlerden birinin evlenme sırasında evli bulunması,
2. Eşlerden birinin evlenme sırasında sürekli bir sebeple ayırt etme gücünden yoksun bulunması
3. Eşlerden birinde evlenmeye engel olacak derecede akıl hastalığı bulunması,
4. Eşler arasında evlenmeye engel olacak derecede hısımlığın bulunması.”;

146. maddesi ise "mutlak butlan davasını Cumhuriyet Savcısının re'sen ve ilgilisi olan herkesin açabileceği" hükümlerini içermektedir.

Madde metninden de anlaşıldığı üzere mutlak butlan hâlleri Kanunda sınırlı olarak sayılmış ve bu hâllerden birinin varlığı durumunda evlenmenin kesin hükümsüz olacağı yani mutlak butlanla batıl olduğu düzenlenmiştir.

TMK'nın 156. maddesinde de "Batıl bir evlilik ancak hakimin kararıyla sona erer. Mutlak butlan halinde bile evlenme, hakimin kararına kadar geçerli bir evliliğin bütün sonuçlarını doğurur." hükmü yer almaktadır. Dolayısıyla batıl bir evliliğin butlanına karar verilinceye kadar eşler, bu birliğin mutluluğunu elbirliğiyle sağlamak, çocukların bakım ve eğitim ve gözetimine beraberce özen göstermek, birbirine sadık kalmak ve yardımcı olmakla yükümlüdürler. İptal kararı geçmişe etkili olmadığından, evliliğin

önceden meydana getirdiği hüküm ve sonuçlar butlan kararının kesinleşmesiyle ortadan kalkmayacaktır (Akıntürk, T./ Ateş Karaman, D.: Türk Medeni Hukuku, İkinci Cilt, Aile Hukuku, 2012, s. 230). Öte yandan, TMK'nın 148.- 151. maddeleri arasında düzenlenen ve ilgilisi olan herkes tarafından değil de sadece eşler tarafından açılan nispi butlan hâlleri için altı aylık ve beş yıllık hak düşürücü süreler öngörülmüş iken; mutlak butlan davası için kanunda bir süre öngörülmemiş olup, bu dava her zaman açılabilir.

Bu genel açıklamalardan sonra uyuşmazlığın çözünü için davacının dava dilekçesinde ileri sürdüğü ve TMK'nın 145. maddesinin 2. ve 3. fıkralarında düzenlenen "ayırt etme gücünden sürekli yoksunluk" ve "akıl hastalığı" kavramlarının incelenmesinde de yarar vardır.

TMK'nın 13. maddesinde "Yaşının küçüklüğü yüzünden veya akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk ya da bunlara benzer sebeplerden biriyle akla uygun biçimde davranma yeteneğinden yoksun olmayan herkes, bu Kanuna göre ayırt etme gücüne sahiptir." düzenlemesi mevcuttur.

TMK'nın 15. maddesine göre ayırık durumlar saklı kalmak kaydıyla ayırt etme gücü bulunmayan kimselerin fiilleri hukuki sonuç doğurmaz. Ayırt etme gücü bulunmayan kimseler fiil ehliyeti açısından tam ehliyetsizler grubunu oluşturur ve TMK'nın 125. maddesine göre ayırt etme gücüne sahip olmayanlar evlenemez.

Ancak ayırt etme gücünden yoksunluğun mutlak butlan sebebi sayılması için "sürekli" olması gerekmektedir. Evlenme töreninin yapıldığı sırada "geçici" olarak ayırt etme gücünden yoksunluk mutlak butlan değil nispi butlan sebebi teşkil edecektir (TMK m.148).

Daha çok tıp biliminin uğraş alanına giren akıl hastalığının tanımı ise Türk Medeni Kanunu'nda yapılmamıştır. Ancak TMK'nın 133. maddesi "akıl hastaları, evlenmelerinde tıbbi sakınca bulunmadığı resmi sağlık kurulu raporuyla anlaşılmadıkça evlenemezler" hükmünü içermektedir. Bu hükümden anlaşılacağı üzere, akıl hastalığı kural olarak kesin evlenme engellerinden biridir. Ancak bu engel her türlü akıl hastalığını kapsamamaktadır. Gerçekten, mevcut akıl hastalığının evlenme bağlamında herhangi bir sakınca doğurmayacağı resmî sağlık kurulu raporuyla belgelendiği taktirde, bu hastalığa yakalanmış olan bir kişinin evlenmesine engel olunamayacaktır.

Görüleceği üzere; burada sözü edilen akıl hastalığı ayırt etme gücünü sürekli ortadan kaldırmayan akıl hastalığıdır. Çünkü akıl hastalığı ayırt etme gücünü sürekli ortadan kaldırıyorsa, TMK'nın 125. maddesinde belirtildiği

üzere bu kişi zaten evlenme ehliyetine sahip değildir (Dural, M/ Ögüz, T/ Gümüş, A; s.60).

TMK'nın 405. maddesinde düzenlenen "akıl hastalığı veya akıl zayıflığı sebebiyle işlerini göremeyen veya korunması ve bakımı için kendisine sürekli yardım gereken ya da başkalarının güvenliğini tehlikeye sokan her ergin kısıtlanı" hükmü gereğince akıl hastalığı ve nitelik olarak değil de nicelik olarak farklılık arz eden, başka bir anlatımla daha hafif bir psikişik bozukluğu ifade eden "akıl zayıflığı" hâlleri aynı zamanda kanunda sayılan kısıtlama sebeplerinden birini teşkil etmektedir (Dural, M/ Ögüz, T/ Gümüş, A, s.578).

Bu noktada iç hukukumuz açısından yukarıda belirtilen düzenlemelerin yanında Anayasa'nın 90/5. maddesinde yer alan, "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır" düzenlemesi gereğince, Avrupa İnsan Hakları (ve Temel Özgürlüklerin Korunması Hakkında) Sözleşme (AİHS) ile mahkeme gerekçesine konu edilen Birleşmiş Milletler Engellilerin Haklarına İlişkin Sözleşmenin konuyla ilgili hükümlerinin irdelenmesi gerekmektedir.

Şöyle ki, "evlenme hakkı" başlıklı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 12. maddesine göre "Evlenme çağına gelen her erkek ve kadın, bu hakkın kullanımını düzenleyen ulusal yasalara uygun olarak evlenme ve aile kurma hakkına sahiptir". Madde metninde "ulusal yasalara uygun olarak" demek suretiyle evliliğin şekli ile ilgili hususların devletin taktir yetkisine bırakıldığı, hakkın özünü ortadan kaldıracak ya da kullanılmasını engelleyecek boyutta olmadıkça evlenmenin ulusal yasalara uygun olarak yapılacağı kastedilmektedir (Çakmak, U.R: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde Evlenme Hakkı, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.25, S.2, 2017, s.165-167). Görülmektedir ki, uluslararası sözleşme iç hukuk hükümleri ile çelişen bir düzenleme getirmemiştir.

Yerel mahkeme gerekçesine konu edilen ve Türkiye tarafından kabul edilerek 28.10.2009 tarihinde yürürlüğe giren Birleşmiş Milletler Engellilerin Haklarına İlişkin Sözleşmenin "Hane ve aile hayatına saygı" başlıklı 23. maddesinde;

"1. Taraf Devletler evlilik, aile, ebeveynlik ve özel ilişkilere dair meselelerde engellilere karşı ayrımcılığı ortadan kaldırmak için uygun tedbirleri etkin bir şekilde ve engellilerin diğer bireylerle eşit olduğunu gözetererek alır. Bu çerçevede aşağıda belirtilenler sağlanmalıdır:

(a) Evlilik çağına gelmiş engellilerin evlenme ve aile kurma hakkının tanınması ve bu hakkın evlenmek isteyen eşlerin serbest iradeleri ve rızaları doğrultusunda kullanılması;

(b) Engellilerin çocuklarının sayısına ve yaş aralığına, serbestçe ve sorumluluğunu taşıyarak karar verme hakkının tanınması ve yaşlarına uygun bilgiye, üreme ve aile planlaması eğitimine erişim hakkının tanınması ile bu haklarını kullanmaları için gereken araçların oluşturulması;

(c) Çocuklar dahil olmak üzere engellilerin diğer bireylerle eşit koşullar altında doğurganlıklarından mahrum bırakılmaması..." düzenlemesi mevcuttur.

Sözleşme hükmü incelendiğinde evlenme ve aile kurma hakkının, hiçbir ayrıcalık gözetmeksizin engellilere de tanınması gerektiği belirtilmiş ancak 23. maddenin a) fıkrasında bu hakkın evlenmek isteyen eşlerin serbest iradeleri ve rızaları doğrultusunda kullanılacağı öngörülmüştür. Belirtilen fıkrada "serbest irade ve rıza" sözcüklerine yer verilmesi karşısında sözleşmede evlenme hakkının, iç hukukumuzun aksine, "ayırt etme gücüne sahip olmayan kişilere de" tanındığını kabul etmek için yeterli olmayacaktır. Çünkü ayırt etme gücüne sahip olmayan kişilerin serbest irade ve rıza açıklamaları hukuki sonuç doğurmamaktadır. Bu noktada engellilerin tüm insan hak ve özgürlüklerinden tam ve eşit bir şekilde yararlandırılmasını teşvik ve temin amaçlı getirilen bu sözleşmenin TMK'nın evlenmenin butlanı ile ilgili hükümlerini bertaraf edici nitelikte olmadığı anlaşılmaktadır.

Tüm bu açıklamalar karşısında somut olay değerlendirildiğinde; tarafların 14.03.1979 tarihinde evlendiği, bu evlilikten müşterek çocuklarının bulunmadığı, dosya içerisinde yer alan 27.05.2003 tarihli raporlar ile taraflara "hafif mental reterdasyon" teşhisi konulduğu anlaşılmıştır. Ankara 3. Sulh Hukuk Mahkemesine ait 06.06.2011 tarih, 2011/274 E., 2011/864 K. sayılı "vasi tayini talepli" dosyada 2011 yılında heyet raporlarına göre de taraflarda "vesayet altına alınması gerektirir akıl zayıflığı olduğu, kendi işlerini bizzat göremeyeceği, başkalarının yardımına ve bakımına muhtaç olduğu, akıl sağlığının bağımsız ve sağlıklı karar vermeye yeterli olmadığı ve vasi tayini gerektiği" belirtilmiş olup, mahkemece TMK'nın 405. maddesi uyarınca kısıtlanma kararı verilerek taraflara vasi tayin edilmiş ve bu karar kesinleşmiştir. Davanın mutlak butlan olmadığı taktirde boşanma istemine ilişkin olduğu göz önüne alındığında; her ne kadar davalının evlilik tarihinden sonra "akıl hastalığı" sebebiyle kısıtlandığı sabit ise de "evlenme töreni" sırasında sürekli bir sebeple ayırt etme gücünden yoksun bulunup bulunmadığı (TMK m.145/2)

veya evlenmeye engel derece akıl hastası (TMK m.145/3) olup olmadığı hususunda bir inceleme yapılmadığı anlaşılmıştır.

Ne var ki, dosya içerisindeki belgelerin de bu hususu tam olarak açıklığa kavuşturmayacağı açıktır. Mahkemece yapılacak iş, tarafların iddia ve savunmaları doğrultusunda ehliyetsiz olduğu iddia edilen kişiye ait askerlik belgeleri, tüm doktor raporları, hasta gözlem (müşahede) kâğıtları, film grafileri ve reçeteler eksiksiz getirilerek davalının "evlenme tarihinde" sürekli bir sebeple ayırt etme gücünden yoksun bulunup bulunmadığı veya evlenmeye engel derece akıl hastası olup olmadığı hususunun Adli Tıp Kurumu ilgili ihtisas kurulundan rapor alınmak suretiyle tespiti; bu doğrultuda mutlak butlan sebebi mevcutsa kamu düzeni düşüncesi ile herhangi bir süreye tabi olmayan bu davanın kabulü, aksi hâlde davacının ikinci kademe isteği olan boşanma davası yönünden delillerin değerlendirilmesi olmalıdır.

Hukuk Genel Kurulunda yapılan görüşmeler sırasında otuz yıl süren bu evlilikte butlan davası açılmasının iyi niyet kuralları ile bağdaşmadığı, Anayasanın 90. maddesi hükmü dikkate alındığında Birleşmiş Milletler Engellilerin Haklarına İlişkin Uluslararası Sözleşmenin yok sayılamayacağı, bu sebeplerle direnme kararının onanması gerektiği görüşü ileri sürülmüş ise de bu görüşler Kurul çoğunluğunca benimsenmemiştir.

Bu durumda yerel mahkemenin direnme gerekçesi Özel Daire bozma kararında ve yukarıda belirtilen bu ilave gerekçeler dikkate alındığında usul ve yasaya aykırıdır.

Hâl böyle olunca direnme kararının Özel Dairenin bozma kararında ve yukarıda belirtilen ilave gerekçe ve nedenlerle bozulmasına karar vermek gerekmiştir.

S O N U Ç : Davacı (kadın) vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile direnme kararının Özel Daire bozma kararında ve yukarıda gösterilen ilave nedenlerle 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Geçici 3. maddesine göre uygulanmakta olan 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 429. maddesi gereğince **BOZULMASINA**, istek hâlinde temyiz peşin harcın yatırana geri verilmesine, aynı Kanun'un 440. maddesi uyarınca tebliğ tarihinden itibaren on beş gün içerisinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere 15.11.2018 tarihinde oy çokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY

Uyuşmazlık, "TMK'nın 405. maddesi uyarınca kısıtlanarak vasi atandığı anlaşılan ve 1979 yılında evlenen taraflar hakkında davacı kadının açtığı "butlan olmadığı takdirde boşanma" davasına konu olayda Birleşmiş Milletler Engellilerin Haklarına İlişkin Sözleşmesinde evliliğin insan hakkı

olduğu ve engellenemeyeceğinin kabul edilmiş olması karşısında davalının evlenme tarihinde sürekli bir sebeple ayırt etme gücünden yoksun bulunup bulunmadığı veya evlenmeye engel derece akıl hastası olup olmadığı hususunun, Adli Tıp Kurumu ilgili ihtisas kurulundan rapor alınmak suretiyle tespit edilmesinin gerekip gerekmediği” noktasındadır.

İlk derece mahkemesinin “Mahkemece, tarafların 1979 tarihinden 2009 yılına kadar birlikte yaşadıkları, 2009 yılında anlaşılamayan bir sebeple davacının ailesinin davacıyı yanlarına aldığı ve bu davayı açtığı, 30 yıl sonra açılan bu davanın iyi niyet kuralları ile bağdaşmadığı, her iki tarafın engelli olmasına karşın Anayasanın 90. maddesine göre iç hukuk gibi uygulanması gereken uluslararası sözleşmeler dikkate alındığında Türkiye tarafından kabul edilen ve TMK'nın 145. maddesine göre özel hüküm niteliğinde olan Birleşmiş Milletler Engellilerin Haklarına İlişkin Sözleşme uyarınca evliliğin engellilerin insan hakkı olduğu ve engellenemeyeceği gerekçesiyle butlan davasının, diğer yandan boşanmayı gerektirecek ve davalıdan kaynaklanan bir kusurun varlığı da kanıtlanmadığından boşanma talebinin reddine” dair gerekçeler ile verdiği direnme kararı çoğunluk görüşü ile Yüksek Özel Dairenin görüşü olan “Eşlerin birinin evlenme sırasında sürekli bir sebeple ayırt etme gücünden yoksun bulunmasının (TMK.md.145/2) veya eşlerden birinde evlenmeye engel olacak derecede akıl hastalığının olmasının (TMK.md.145/3) evlenmeyi mutlak butlanla sakatladığı, mutlak butlan davası için, kanunda herhangi bir "hak düşürücü süre" öngörülmediği, bu nedenle evlenme tarihi üzerinden ne kadar zaman geçerse geçsin, davanın her zaman ikame edilebileceği, davalının evlenme tarihinde sürekli bir sebeple ayırt etme gücünden yoksun bulunup bulunmadığı veya evlenmeye engel derece akıl hastası olup olmadığı hususunun, Adli Tıp Kurumu ilgili ihtisas kurulundan rapor alınmak suretiyle tespit edilmesi; buna göre mutlak butlan sebebi mevcutsa butlana karar verilmesi; değilse ikinci kademedede boşanma isteğinin de bulunduğu dikkate alınarak bu çerçevede delillerin toplanıp gerçekleştirilecek sonucu uyarınca karar verilmesi gerektiği, diğer yandan, mutlak butlanla sakat olan bir evliliğin dahi, "hakimin bu husustaki kararına kadar geçerli bir evliliğin bütün sonuçlarını doğuracağı" hususunun açık kanun hükmü olması (TMK.md.156) karşısında; dava hakkının kötüye kullanılmasının (TMK.md.2) da söz konusu olmadığı, araştırma yapılarak sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ile hüküm kurulmasının doğru olmadığı” gerekçesi ile direnme kararının bozulmasına karar verilmiştir.

Dosya içeriğine göre, taraflardan erkeğin 1950 doğumlu olup askerlik ödevini yerine getirdiği, davacı kadının ise 1954 doğumlu olduğu, tarafların

1979 yılında evlendikleri, 2003 yılında akıl zayıflığı, hafif düzeyde Mental Rateradasyon nedeni ile rapor aldıkları ve her ikisine de 2011 yılı başlarında akıl zayıflığı tanısı da konularak TMK.'un 405 maddesi uyarınca vasi tayin edildiği anlaşılmaktadır.

Normatif düzenlemelere incelendiğinde ise;

TMK.'un 145/1.3 maddesi uyarınca “Eşlerden birinde evlenmeye engel olacak derecede akıl hastalığı bulunması” evlenmenin mutlak butlanla batıl olmasını gerektirir. Aynı kanunun 146. maddesi uyarınca da “Mutlak butlan davası, Cumhuriyet savcısı tarafından re'sen açılır. Bu dava, ilgisi olan herkes tarafından da açılabilir. Keza 256. maddesine göre ise “Batıl bir evlilik ancak hakimin kararıyla sona erer. Mutlak butlan halinde bile evlenme, hakimin kararına kadar geçerli bir evliliğin bütün sonuçlarını doğurur”.

O halde bu düzenleme gereği, tarafların evlenme anında evlenmeye engel olacak derecede akıl hastalıklarının olması gerekir.

Diğer taraftan TMK.'dan sonra taraflar evli iken Birleşmiş Milletler tarafından 13.12.2006 tarihinde imzalanan, ancak Türkiye tarafından 03.12.2008 tarihinde 5825 sayılı kanun ile onaylanan ve 18.12.2008 tarihinde yürürlüğe giren ve bu nedenle Anayasa'nın 90. Maddesi uyarınca iç hukuk normu haline gelen Birleşmiş Milletler Engellilerin Haklarına İlişkin Sözleşme hükümlerinin de gözardı edilmemesi gerekir.

Anılan Sözleşmenin 1. maddesine göre “Bu Sözleşme'nin amacı, engellilerin tüm insan hak ve temel özgürlüklerinden tam ve eşit şekilde yararlanmasını teşvik ve temin etmek ve insanlık onurlarına saygıyı güçlendirmektir. Engelli kavramı diğer bireylerle eşit koşullar altında topluma tam ve etkin bir şekilde katılımlarının önünde engel teşkil eden uzun süreli fiziksel, zihinsel, düşünsel ya da algısal bozukluğu bulunan kişileri içermektedir”. Sözleşmenin 5/1 maddesinde ise açıkça “Tarafların Devletlerin herkesin hukuk önünde ve karşısında eşit olduğunu ve ayrımcılığa uğramaksızın hukuk tarafından eşit korunma ve hukuktan eşit yararlanma hakkına sahip olduğunu kabul ettiği”, bu hükme paralel olarak Hane ve Aile Hayatına Saygı başlığı ile düzenlenen 23/1 maddesi ile “Tarafların Devletlerin evlilik, aile, ebeveynlik ve özel ilişkilere dair meselelerde engellilere karşı ayrımcılığı ortadan kaldırmak için uygun tedbirleri etkin bir şekilde ve engellilerin diğer bireylerle eşit olduğunu gözeterek alacağı” belirtilmiştir. Aynı maddenin 1.a bendinde “Evlilik çağına gelmiş engellilerin evlenme ve aile kurma hakkının tanınması ve bu hakkın evlenmek isteyen eşlerin serbest iradeleri ve rızaları doğrultusunda kullanılması” gerekeceği de belirtilmiştir.

Anayasa'nın 90/son maddesi uyarınca "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş Milletlerarası antlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınır.

Birleşmiş Milletler Engellilerin Haklarına İlişkin Sözleşme Türk Medeni Kanunu'ndan sonra yürürlüğe girmiştir. Özellikle zihinsel engellilerin de aile ve hane hayatına saygı kapsamında evlenmelerinin sağlanması için özellikle Medeni Kanunu hükümlerinin sözleşmeye uyumlu hale getirilmesi gerekir. Ancak kanun sözleşme hükümleri ile çatılmakta ise Anayasa'nın 90/son maddesi uyarınca sözleşme hükmü esas alınacaktır.

Somut uyuşmazlıkta yaklaşık 30 yıl önce evlenen tarafların, sağlık raporu almadan evlenmeleri olanaklı değildir. Davalı erkek askerlik ödevini yaptığına göre o tarihte akıl hastalığından söz etmek olanaklı değildir. Kaldı ki taraflarda evlilik devam ederken akıl hastalığı değil, akıl zayıflığı meydana gelmiştir. Tarafların rızaları ile kurulmuş evliliğin sonradan yürürlüğe giren Uluslararası Sözleşme hükümlerinden "aile ve hane hayatına saygı" ilkesi uyarınca geçerli kabul edilmesi gerekir. Yerel mahkemenin direnme kararının onanması gerektiği düşüncesinde olduğumdan Sayın çoğunluğun bozma gerekçesine katılmamıştır.

KARŞI OY

Butlan davası için hak düşürücü süre öngörülmediği doğrudur. Hakların kullanılmasında dürüstlük kuralı asıldır. Süre kayıtlaması yok ise de hakkın kötüye kullanılması yasağına bağlı (MK 2) süre kaydı vardır. Toplum düzeninin belirli bir hukuki disiplin için de cereyanı hedeflenmiştir. Hâkim her somut olayın özelliklerini inceleyerek MK 2'ye bağlı süreyi kendiliğinden araştırır. 30 yıl sonra açılan butlan davasında davacının güncel hukuki yararını öncelikle açıklaması ve ispat etmesi beklenir. Bu yapılmadığı takdirde hakkın kötüye kullanılması sınırlaması iş görmez hale gelir.

Butlan yaptırımının ileri sürülmesi bakımından bir zaman sınırlamasının bulunmaması hukuk güvenliğine uygun düşmemektedir. Hukuk güvenliği ve dürüstlük kuralı gereği somut olayın özelliğine göre sürenin geçmesi ile düzelme sonucu ortaya çıkabilir. Batıl olmasına rağmen icra edilen bir kararın icrasının geri döndürülmesi pratik zorluklardan dolayı mümkün olmayabilir. Üçüncü kişilerin korunması gereği butlanın tespitine engel olabilir.

Butlanın tespiti kararı şirketler hukukundaki iptal kararı gibi makable şamil kurucu yenilik doğurucu bir karar olmayıp açıklayıcı ve beyan edici bir karardır. MK 156 düzenlemesi de aynı yöne işaret etmektedir.

Yargılama aşamaları içinde dürüstlük kuralı tartışması var ise de buna açıkca vurgu yapılmamıştır.

30 yıl sonra açılan butlan davasında davacının güncel hukuki yararını ortaya koyması ve ispat etmesi hukuk güvenliği ve istikrarı adına şarttır. Somut uyuşmazlıkta bu keyfiyetin yerine getirildiğini söylemeye imkan yoktur.

Nitekim tüzel kişiliği olan kooperatiflerde mal devri için genel kurul kararı aranır. Bir olayda mal devri ile ilgili 2007'de yapılan genel kurulun çağrı merasimine uymadan karar aldığı 5 yıl sonra butlan hali ileri sürülmüş mahkeme ret kararı vermiş MK 2'ye bağlı gerekçe değişikliği ile karar özel dairece onanmış (23. HD 01.07.2015 tarih 4429-5084 sayılı ilamı), yine bir başka olayda 1991 yılında mal tahsisi suretiyle vakıf kurma işleminde genel kurul kararının iptal edildiği bu sebeple tapu iptal ve tescil istenmiş, mahkemesince ret kararı verilmiş, genel kurul iptali kararının vakfa karşı kesin hüküm gücü bulunmadığı belirtilerek gerekçe değişikliği ile ret kararı özel dairesince onanmıştır (23. HD 12.06.2017 tarih 60-1775 sayılı ilamı).

Hâl böyle olunca, yukarıda yaptığım açıklama ilavesiyle, yerel mahkeme kararının onanması görüşünde olduğumdan, aksi yöndeki çoğunluk görüşüne katılamıyorum.

3. KARARIN İNCELENMESİ

3.1. Olayın Özeti

Uyuşmazlığa konu olan olayda, 1979 yılında evlenen eşler, 2009 yılına kadar beraber yaşamıştır. 2009 yılında davacının ailesi davacıyı yanlarına almış, davacı vekili tarafından eşlerin aklen kendi işlerini görebilecek durumda olmadıkları, ayrı yaşadıkları, sağlık durumları nedeniyle evliliği hukuken ve fiilen sürdürmelerinin mümkün olmadığı iddia edilmiş ve her ikisi de kısıtlı olan eşlerin evliliğinin butlanına karar verilmesi, bu mümkün olmazsa boşanma kararı verilmesi istenmiştir. Davalı vasisi ise, eşlerin 35 yıldır evli olduklarını ve birbirlerine destek olarak evlilik hayatını sürdürdüklerini, birbirlerine sevgi ile bağlı olduklarını, davacıya babasından kalan taşınmazlar değerlendirildiği için, davacı vasisinin davacının mallarına el koymak istediğini ve davacıya ait bankadaki bir miktar para ile üç aylık maaşı alıp kendi çıkarlarına harcadığını ve bu nedenle davalının da boşanma isteği olduğunu ileri sürmüştür. Evliliğin butlanı ve bu mümkün değilse

boşanma istemine yönelik olan bu davada, ilk derece mahkemesi², eşlerin 1979 yılından 2009 yılına kadar birlikte yaşadığını, 30 yıl buna itiraz edilmediğini, 2009 yılında bilinmeyen bir sebeple dava açıldığını belirtmiş ve açılan bu davanın iyiniyet kuralları ile bağdaşmadığına karar vermiştir. Türk Medeni Kanunu'na³ (TMK m. 145) göre özel düzenleme niteliğinde olan ve Türkiye tarafından kabul edilen Birleşmiş Milletler Engellilerin Haklarına İlişkin Sözleşme'nin⁴ "Hane ve Aile Hayatına Saygı" başlıklı 23. maddesi uyarınca, evlenme ve aile kurma hakkının hiçbir ayrıcalık gözetmeksizin engellilere de tanınması gerektiği ve engellenemeyeceği yönündeki düzenleme, söz konusu karara dayanak olarak gösterilmiştir. Bu Sözleşmenin, Anayasanın 90. maddesi gereğince, kanun hükmünde olduğu belirtilmiş olup, butlan davası reddedilmiş; boşanmayı gerektirecek ve davalıdan kaynaklanan bir kusurun varlığı kanıtlanmadığı için, boşanma talebinin de reddine karar verilmiştir.

Bu kararın, davacı vekili tarafından temyiz edilmesi üzerine, Yargıtay 2. HD (T. 12.11.2013, E. 2013/12635, K. 2013/26132), evlenecek kişilerin evlenme sırasında ayırt etme gücü bulunmuyorsa (TMK m. 145/b.2) ya da eşlerde akıl hastalığı varsa (TMK m. 145/b.3), bu durumun mutlak butlan sebebi oluşturduğunu ve mutlak butlan davasının açılmasının, Kanun gereği bir süreye tabi tutulmadığını belirterek, evlenme tarihinden itibaren ne kadar süre geçerse geçsin, davanın her zaman açılabilmesine karar vermiştir.

² Ankara 1. Aile Mahkemesi. (T. 12.2.2013, E. 2011/654, K. 2013/116).

³ 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu, T. 8. 12. 2001, S. 24607, RG. Yürürlük: 1.1. 2002, (çevrimiçi: <http://www.resmigazete.gov.tr>). Çalışmada "TMK" şeklinde kısaltılmıştır.

⁴ "Sözleşme, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 13 Aralık 2006 tarihli ve A/RES/61/106 tarihli kararıyla kabul edilmiş ve 3 Mayıs 2008 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye, Sözleşme'yi 30 Mart 2007 tarihinde imzalamıştır. Sözleşme'nin onaylanması 3 Aralık 2008 tarih ve 5825 sayılı Kanunla uygun bulunmuştur. Sözleşme'nin onayına ilişkin 27 Mayıs 2009 tarih ve 2009/15137 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ve resmi Türkçe çeviri, 14 Temmuz 2009 tarih ve 27288 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır. Onay belgeleri 28 Eylül 2009 tarihinde Birleşmiş Milletler Genel Sekreterliği'ne tevdi edilmiş ve Sözleşme Türkiye bakımından, 28 Ekim 2009 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye'nin Sözleşme'ye ilişkin bir çekince veya beyanı söz konusu değildir." (Çevrimiçi: <https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/tr/content/132-engellilerin-haklarna-iliskin-sozlesme/>). Ayrıca bkz. "3/12/2008 tarihli ve 5825 sayılı Kanunla onaylanması uygun bulunan ekli "Engellilerin Haklarına İlişkin Sözleşme"nin onaylanması; Dışişleri Bakanlığının 13/5/2009 tarihli ve HUMŞ/619 sayılı yazısı üzerine, 31/5/1963 tarihli ve 244 sayılı Kanunun 3 üncü maddesine göre, Bakanlar Kurulu'nca 27/5/2009 tarihinde kararlaştırılmıştır." (Karar sayısı: 2009/15137; RG. T. 14. 7. 2009, S. 27288, çevrimiçi: <http://www.resmigazete.gov.tr>).

Kararda, bu durumda öncelikle eşlerin evlenme sırasında ayırt etme gücü olup olmadığının, eşlerde akıl hastalığının bulunup bulunmadığının tespit edilmesi ve bunun için Adli Tıp kurumundan rapor alınması gerektiği belirtilmiş olup, tespit sonucunda mutlak butlan sebeplerinden biri varsa, butlana karar verilmesi, yoksa boşanma yönünden delillerin toplanıp sonucuna göre karar verilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Yargıtay, ayrıca, TMK m. 156 hükmü gereği, butlan kararına kadar evliliğin zaten geçerli olduğuna ve söz konusu olayda hakkın kötüye kullanılması olgusundan da söz etmeye gerek olmadığına karar vermiştir. Eksik inceleme olduğu için ret kararını bozmak gerektiği gerekçesiyle, Yargıtay, ilk derece mahkemesi kararını bozma yönünde karar verilmiştir.

İlk derece mahkemesi ise, bunun üzerine direnme kararı vermiştir. Bu karara göre, her iki taraf da engellidir ve bu durum baştan beri aileler tarafından bilinmektedir. 1979 yılında evlenen eşler, 2009 yılına kadar beraber yaşamış, 2009 yılında davacının ailesi davacıyı yanlarına almış, vesayet altına alınmasını isteyerek, evliliğin butlanına karar verilmesini istemiştir. Daha sonra mental retardasyon tanısı nedeniyle, her iki taraf da kısıtlanmış ve vesayet altına konulmuştur. Vesayet kararından sonra ise, davacının vasisi tarafından, davacının biriken parası çekilerek, harcanmıştır. Birleşmiş Milletler Engellilerin Haklarına İlişkin Sözleşme'nin, engelli bireylerin evlilik ve aile kurma hakkını düzenleyen 23. maddesi gereğince, evlilik insan hakkıdır ve evlenme konusunda bu kişiler ayrımcılığa tabi tutulamazlar. Milletlerarası Sözleşme hükmü, Anayasamızın 90. maddesi gereğince iç hukuk gibi uygulanmalıdır. Ayrıca bu konuda TMK m. 145 hükmü bulunsa da, hüküm, özel düzenleme niteliği taşıdığı için, butlan kararı verilmemelidir. Davacı, boşanma için ise delil sunmamış ve davalının kusuru ispat edilmemiş olduğu için, 12.2.2013 tarihli karara direnilmesine karar verilmiştir.

Bunun üzerine Yargıtay HGK, söz konusu kararı (direnme kararını) bozmuştur. HGK kararına göre, eşler 1979 tarihinde evlenmiş olup, ortak çocukları da bulunmamaktadır. 2003 tarihli sağlık raporunda eşlere hafif mental retardasyon tanısı konulmuş, 2011'de vesayet altına alınmalarını gerektiren akıl zayıflığının söz konusu olduğu belirtilmiştir. TMK m. 405 uyarınca kısıtlama kararı verilerek, vasi tayini işlemi de gerçekleştirilmiştir. Evlendikten sonraki söz konusu durumlar belgelerle sabit olsa da, evlenme sırasında TMK m.145/b.2 ve 145/b.3 hükümleri kapsamına giren durumların mevcut olup olmadığı incelenmemiştir. Mahkemenin öncelikle, tarafların iddia ve savunmaları doğrultusunda ehliyetsiz olduğu iddia edilen kişilere ait askerlik belgeleri, tüm doktor raporları, hasta gözlem (müşahede)

kâğıtları, film grafileri ve reçeteleri eksiksiz getirilmek suretiyle, evlenme sırasında eşlerin ayırt etme gücü olup olmadığının ve/veya evliliğe engel olacak derecede akıl hastası olup olmadığının, Adli Tıp Kurumu ilgili ihtisas kurulundan rapor alınarak tespit etmesi gerekmektedir. Söz konusu karara göre, uyuşmazlık, evlenme sırasında eşlerin ayırt etme gücü olup olmadığının ve/veya evliliğe engel olacak derecede akıl hastası olup olmadığının incelenerek, bu durumun tespit edilmesi noktasındadır. Kararda, belirtilen bu hususların incelenmesi ve inceleme sonucunda mutlak butlan sebeplerinden biri varsa, kamu düzeni düşüncesi ile herhangi bir süreye tabi olmayan bu davanın kabulü ile butlana karar verilmesi, bu sebeplerden biri yoksa boşanma isteğinin incelenerek, bu konudaki delillerin toplanması ve bu talebe göre bir karar verilmesi gerektiği ifade edilmiştir.

Kararda, ayrıca, iç hukuktaki: TMK m.142, TMK m.145/b.2 ve 145/b.3, TMK m. 146, TMK m. 156, TMK m.13, TMK m. 15, TMK m. 125, TMK m. 133, TMK m. 148 düzenlemelerinin yanı sıra, Anayasa m. 90/5, AİHS. m. 12 ve ayrıca Birleşmiş Milletler Engellilerin Haklarına İlişkin Sözleşme'nin, engellilerin evlilik ve aile kurma hakkını düzenleyen 23. maddesi üzerinde durulmuştur. Söz konusu düzenlemede, engellilere hiçbir ayrımcılık gözetmeden evlenme hakkı tanınması gerektiği, engellilerin evlenme ve aile kurma haklarının “serbest iradeleri ve rızaları” doğrultusunda gerçekleştirilebileceği ifade edilmiştir. Kararda, engellilerin tüm insan hak ve özgürlüklerinden tam ve eşit bir şekilde yararlandırılmasını teşvik ve temin amaçlı getirilen sözleşmenin bu hükmünün, burada iç hukukun aksine ayırt etme gücü olmayan kişilere de evlenme hakkının tanındığını kabul etmek için yeterli olmadığı, ayırt etme gücü olmayan kişilerin serbest irade ve rıza açıklamalarının hukuki sonuç doğurmadığı da belirtilmiştir. Karara göre, bu düzenleme, TMK'nın butlan hükümlerini ortadan kaldırıcı nitelikte değildir. Bu hususlara ek olarak, kararda, TMK m. 156 karşısında, hakkın kötüye kullanımının söz konusu olmadığı, evliliğin butlanına yönelik karar verilene kadar tüm sonuçlarını doğuracağı da ifade edilmiştir. Bu durumda, HGK kararında özetle, butlana hükmedilmesi gerektiği yönündeki yerel mahkemenin direnme gerekçesi usule ve yasaya aykırı bulunmuş, direnme kararının bozulması gerektiği ifade edilmiştir.

HGK kararına iki karşı oy bulunmaktadır. Birinci karşı oyun gerekçesinde, taraflar evli iken Birleşmiş Milletler tarafından 13.12.2006 tarihinde imzalanan, Türkiye tarafından 03.12.2008 tarihinde 5825 sayılı Kanun ile onaylandıktan sonra yürürlüğe giren ve bu nedenle Anayasa'nın 90. maddesi uyarınca iç hukuk normu haline gelen Birleşmiş Milletler Engellilerin Haklarına İlişkin Sözleşme hükümlerinin gözardı edilmemesi

gerektiği ileri sürülmüştür. Karşı oy gerekçesinde, evliliğin butlanı davasının açılmayacağı yönündeki ilk derece mahkemesi kararı haklı bulunmuş, direnme kararının onanması gerektiği belirtilmiştir. Gerekçede, tarafların 30 yıl önce de sağlık raporu almadan evlenme imkanının bulunmadığı, davalı erkeğin o tarihlerde askerlik yaptığı ve eşlerde akıl hastalığının değil, akıl zayıflığının oluştuğu ve rıza ile kurulan evliliğin geçerli kabul edilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Keza, Birleşmiş Milletler Engellilerin Haklarına İlişkin Sözleşmenin, Türk Medeni Kanunu'ndan sonra yürürlüğe girdiği, özellikle zihinsel engellilerin de aile ve hane hayatına saygı kapsamında evlenmelerinin sağlanması için, Medeni Kanun hükümlerinin sözleşmeye uyumlu hale getirilmesi gerektiği, Kanun, sözleşme hükümleri ile çatışmakta ise, Anayasa'nın 90/son maddesi uyarınca, sözleşme hükmünün esas alınması gerektiği de belirtilmiştir.

İkinci karşı oyun gerekçesinde ise, mutlak butlan davası için hak düşürücü sürenin söz konusu olmadığı, hakların kullanılmasında dürüstlük kuralının asıl olduğu ve hâkimin her somut olayda TMK 2'ye bağlı süreyi kendiliğinden araştıracağı belirtilmiştir. Gerekçeye göre, davacı 30 yıl sonra dava açmışsa, güncel hukuki yararını açıklaması ve bunu ispat etmesi, hukuk güvenliği ve istikrarı açısından zorunludur. Uyuşmazlık konusu olayda ise, bu şart yerine getirilmemiş olduğu için, ilk derece mahkemesinin ret kararının hukuka uygun ve isabetli olduğu ifade edilmiştir.

3.2. Evliliğin Mutlak Butlanı

Evlilik, kural olarak kadın ve erkeğin (TMK m. 124) yetkili evlendirme memuru önünde karşılıklı ve sözlü olarak evlenme iradelerini açıklamaları ile kurulan bir aile hukuku sözleşmesidir. TMK m. 142 hükmü uyarınca, evlenme, tarafların sözlü cevap verdikleri anda oluşur ve memur da evlenmenin tarafların karşılıklı rızası ile Kanuna uygun olarak yapılmış olduğunu açıklar. Yetkili evlendirme memuru önünde ve iki ayrı cinsin olumlu sözlü irade açıklamasının bulunması, evliliğin kurucu unsurlarındandır. Kural olarak, 18 yaşını dolduran, ayırt etme gücüne sahip olan ve kısıtlanmamış olanlar, evlenme konusunda tam ehliyetli sayılır ve kimsenin rızasına gerek duymaksızın evlenebilir (TMK m. 124, 125, 126, 127). Evliliğin butlanı ise, TMK m. 145 hükmünde düzenlenen mutlak butlan sebepleri ve TMK m. 148 vd. hükümlerinde düzenlenen nisbi butlan sebeplerinden birinin gerçekleştiği hallerde söz konusu olur. Bu geçersizlik halleri, TMK'da Dördüncü Ayırımında "Batıl Olan Evlenmeler" başlığı altında düzenlenmiş olup, mutlak ve nisbi butlan halleri, Kanunda sınırlı

(tahdidi) olarak sayılmıştır⁵. TMK m. 145, dört adet mutlak butlan sebebi⁶ öngörmektedir. Bunlardan ilki, eşlerden birinin evlenme sırasında evli olması (TMK m. 145/b.1); ikincisi, eşlerden birinin evlenme sırasında sürekli bir sebeple ayırt etme gücünden yoksun bulunması (TMK m. 145/b.2); üçüncüsü, eşlerden birinin evlenmeye engel olacak derecede akıl hastalığının bulunması (TMK m. 145/b.3) ve dördüncüsü ise, eşler arasında evlenmeye engel olacak derecede hısımlığın bulunmasıdır (TMK m. 145/b.4). Nisbi butlan halleri ise, ayırt etme gücünden geçici yoksunluk (TMK m. 148), yanılma (TMK m. 149), aldatma (TMK m. 150), korkutma (TMK m. 151) ve yasal temsilcinin rıza vermemesi (TMK m. 153) olarak belirtilebilir.

Karara konu olan olayda, TMK m. 145/b.2 ve TMK m. 145/b.3’de düzenlenen mutlak butlan sebeplerinden söz edilmektedir. TMK m. 145/b.2 hükmünde yer alan mutlak butlan sebebi ise aslında, “Evlenme Ehliyeti ve Engelleri” başlığını taşıyan ve TMK’da İkinci Ayırmada yer alan, “ayırt etme gücüne sahip olmayanlar evlenemez” şeklindeki TMK m. 125 hükmünün yaptırımıdır⁷. Bu yasağa rağmen evlilik gerçekleşmiş ise, evlenmenin butlanından söz edilmelidir. TMK m. 145/b.2 uyarınca evliliğin mutlak butlanına karar verebilmek için, ayırt etme gücünden yoksunluğun sürekli olması⁸ ve evlenme sırasında (evlenme akdedilirken) mevcut olması

⁵ Hıfzı Veldet **Velidedeoğlu**, Türk Medeni Hukuku, C: II, Cüz 1- Aile Hukuku, 4. Bası, İstanbul 1960, s. 252; Mustafa **Dural/Tufan Ögüz/M. Alper Gümüş**, Türk Özel Hukuku, C: III, İstanbul 2019, s. 81; Bilge **Öztan**, Aile Hukuku, 6. Bası, Ankara 2015, s. 578, 579, 582, 585; Feyzi Necmeddin **Feyzioğlu**, Aile Hukuku, 3. Baskı, İstanbul 1986, (baskıya hazırlayanlar: Cumhuriyet Özakman/Enis Sarıal), s. 103; Selahattin Sulhi **Tekinay**, Türk Aile Hukuku, 7. Baskı, İstanbul 1990, s. 114; Turgut **Akıntürk/Derya Ateş**, Türk Medeni Hukuku, Aile Hukuku 2. Cilt, 21. Bası, İstanbul 2019, s. 210; Hüseyin **Hatemi**, Aile Hukuku, 7. Bası, İstanbul 2019, s. 66; Metin **İkizler**, Evlenmenin Hükümsüzlüğü, Ankara 2018, s. 39; Mustafa Başar **Taşbaş**, “Evlenmenin Şartları”, Konya 2010, Yüksek Lisans Tezi, s. 110, (çevrimiçi: <http://acikerisim.selcuk.edu.tr>); Ülkü **Göktürk**, “Evlenmenin İptali”, Konya 2008, Yüksek Lisans Tezi, s. 32, 38, (çevrimiçi: <http://acikerisim.selcuk.edu.tr>).

⁶ İsviçre Medeni Kanunu’nda (ZGB Art. 105), mutlak butlan yerine, süresiz geçersizlik (*Unbefristete Ungültigkeit*) ifadesi tercih edilmiş, eşlerden birinin evlenme sırasında ayırt etme gücünden yoksun olması ve o zamandan beri ayırt etme gücünü kazanamamış olması, süresiz hükümsüzlük nedeni sayılmıştır.

⁷ Aynı yönde bkz. **Dural/Ögüz/Gümüş**, s. 85, 86.

⁸ A. **Egger**, İsviçre Medeni Kanunu Şerhi, II. Cilt, Aile Hukuku, Birinci Kısım: Evlenme Hukuku, İkinci ve Tamamen Değişik Tabı, Çeviren: Tahir Çağa, İstanbul 1943, s. 107; **Feyzioğlu**, s. 116; **Tekinay**, s. 124; **Öztan**, s. 127, 590, 591; **Dural/Ögüz/Gümüş**, s. 86; **Akıntürk/Ateş**, s. 211; Mehmet **Erdem**, Aile Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2019, s. 80; **İkizler**, s. 164, 169; Ömer Uğur **Gençcan**, Aile Hukuku, Ankara 2011, s. 279, 386; Ahmet **YÜHFD Cilt: XVI Sayı:2 (2019)**

şarttır⁹. Ancak, ayırt etme gücünün kaybına neden olan olayın ne olduğu önemsizdir¹⁰. Evlenme ehliyeti ve geçerliliği için önemli olan, kişinin evlenmenin hüküm ve sonuçlarını, evlenmeden doğan ödev ve sorumlulukları anlayacak düşünsel yeteneğinin mevcut olması, tüm bunları idrak edebilmesi ve bu ödev ve sorumluluklara uygun kararlar verip, bu yönde hareket edebilmesidir¹¹.

Kılıçoğlu, Aile Hukuku, 4. Bası, Ankara 2019, s. 64; Abdülkerim **Yıldırım**, Türk Aile Hukuku, Ankara 2014, s. 42; Doktrinde, (**Tekinay**, s. 124), bu durum, “temyiz kudretinin bulunmaması, evlenme işlemini içine alan zaman devresinde ilgilinin süregelmekte olan haline uyuyor ve sadece evlenme merasimini kuşatan bir veya iki günlük dar süreye inhisar etmiyorsa, devamlı bir sebep var demektir.” şeklinde ifade edilmiştir. Ayrıca bkz. Yargıtay HGK., T. 5.11.2014, E. 2013/2-1182, K. 2014/8422: “...Kadın, eşinin evlenme sırasında ayırt etme gücünden yoksun bulunduğunu ileri sürmüş, delil olarak vesayet dosyasına dayanmıştır...” şeklindedir (çevrimiçi: <http://www.kazanci.com/>), ayrıca bkz. Yargıtay HGK., T. 26.10.1994, E. 1993/2-756, K. 1994/638 (çevrimiçi: <https://legalbank.net/>); Yargıtay 2. HD., T. 20.02.2015, E. 2014/27589, K. 2015/2519, (Legalbank).

⁹ **Egger**, s. 109; **Öztaş**, s. 127; **Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 86; **Akıntürk/Ateş**, s. 211; **Kılıçoğlu**, s. 64; **İkizler**, s. 164, 169; **Gençcan**, s. 279, 386; **Şakir Berki**, “Türk Medeni Kanununda Evlenmede Mutlak Butlan”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 19, S: 1, 1962, s. 206 (çevrimiçi: <http://dergiler.ankara.edu.tr/>); **Erdem**, s. 81; **Taşbaş**, s. 25; **Göktürk**, s. 11, 52. Yargıtay 2. HD., T. 24. 3. 2914, E. 23957, K. 6762: “...Evlilik tarihinden üç gün sonra öldüğü anlaşılmaktadır. Müteveffa K’in evlenme sırasında sürekli bir sebeple ayırt etme gücünden yoksun bulunduğu iddia edilerek evlenmenin butlanı istendiğine göre, mahkemece müteveffa K’in evlenme sırasında sürekli bir sebeple ayırt etme gücünden yoksun bulunup bulunmadığı yönünde rapor almak ve bundan sonra tüm delilleri birlikte değerlendirilerek sonucu uyarınca bir karar vermektense ibarettir...” şeklinde karar vermiş olup, karar için bkz. Hasan **Özkan**, Açıklamalı – İçtihatlı - Örnekli Türk Medeni Yasası ve Uygulaması, Aile Hukuku - I, 2. Cilt, İstanbul 2017, s. 795. Ayrıca bkz. Yargıtay 2. HD., T. 22.3. 1942, E. 5180, K. 1348: “...Nikah akdi zamanında ehliyeti kanuniyeyi haiz olmadığı anlaşılmış ve Kanunu Medeninin 112 nci maddesinin ikinci fıkrası mucibince bu gibi evlenmeler batıl bulunmuş olmasına ve hadisede akıl hastalığı ve zayıflığı sebebiyle yapılan hacir keyfiyetinin ilan edilip edilmemesi haizi tesir olmamasına binaen (butlan sebebiyle akdin feshine mütedair) hükmün tasdikine...” şeklindedir (**Velidedeoğlu**, s. 272); Yargıtay 2. HD., T. 22.9.2003, E. 10725, K. 11831: “...Davacının evlenme sırasında ayırt etme gücüne sahip olup olmadığına dair adli tıptan ek rapor alınıp sonucu uyarınca karar verilmesi gerekir...” şeklindedir (Ali İhsan **Özğür**, Evlilik Birliğini Sona Erdiren Nedenler, Boşanma, Ayrılık ve Evlenmenin İptali Davaları, Son Yargıtay Kararlarıyla Güncelleştirilmiş 3. Baskı, Ankara 2008, s. 41).

¹⁰ **Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 86; **Gençcan**, s. 386.

¹¹ Bülent **Köprülü/Selim Kaneti**, Aile Hukuku, İstanbul 1985-1986, İstanbul Üniversitesi Yayınları No: 3388, Hukuk Fakültesi Yayınları No: 696, s. 71; **Öztaş**, s. 127, 128; **Feyzioğlu**, s. 144; **Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 52; **Erdem**, s. 54; **İkizler**, s. 166; **Gençcan**, s. 278; **Göktürk**, s. 11, 46.

TMK m. 145/b.3 hükmünde ise, eşlerden birinin evlenmeye engel olacak derecede akıl hastalığının bulunması, mutlak butlan sebebi olarak düzenlenmiştir. “Akıl hastaları, evlenmelerinde tıbbi sakınca bulunmadığı resmi sağlık kurulu raporuyla anlaşılmadıkça evlenemezler”¹² şeklindeki TMK m. 133 hükmünün ifadesinden anlaşıldığı üzere, akıl hastalarının evlenmeleri, ancak evliliğin tıbben sakıncalı olmadığına ilişkin resmi sağlık kurulu raporu almaları halinde mümkün ve geçerli olacaktır¹³.

TMK m. 13’de yer alan düzenleme: “yaşının küçüklüğü yüzünden veya akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk ya da bunlara benzer sebeplerden biriyle akla uygun biçimde davranma yeteneğinden yoksun olmayan herkes, bu Kanuna göre ayırt etme gücüne sahiptir” şeklindedir. Söz konusu hüküm uyarınca, akıl hastalığı, kişinin sürekli olarak akla uygun davranma yeteneğini ortadan kaldırıyorsa (TMK m. 125) ve bu durum evlenme sırasında mevcut ise, evlilik, bu sebeple, TMK m. 145/b.2 uyarınca mutlak butlan ile sakat olacaktır¹⁴. Ancak, her akıl hastalığı, ayırt etme gücünü

¹² Maddenin hükümet gerekçesi: “Akıl hastalığı, temyiz kudretini devamlı olarak kaldırmaya ve evlenme merasimi sırasında akıl hastası ayırt etme gücüne sahip bulursa bile, neslin sağlığı açısından akıl hastalığının bir evlenme engeli oluşturması gerekebilir. Bu sebeple akıl hastalığının bir evlenme engeli oluşturması, evlenmenin ayırt etme gücü (temyiz kudreti) koşulundan bağımsız olarak ayrı bir maddede düzenlenmiştir. Ancak resmi sağlık kurulu raporu ile evlenmelerinde tıbbi sakınca bulunmadığı tespit edildiği takdirde, akıl hastalarının evlenmelerine izin verilecektir” şeklindedir (*Kazancı*).

¹³ Bu konuda mevzuatımızda başka düzenlemeler de mevcuttur. Bkz. Evlendirme Yönetmeliği m.15/son: “Akıl hastaları, evlenmelerinde tıbbi sakınca bulunmadığı resmi sağlık kurulu raporuyla anlaşılmadıkça evlenemezler”. RG. T. 7. 11. 1985, No: 18921; 1593 Sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu (Genel Sağlığı Koruma Kanunu) m. 123: “Frengi, belsoğukluğu ve yumuşak şankr ve cüzzama ve bir marazı akliye müptela olanların evlenmesi memnudur. Bu hastalıklar usulü dairesinde tedavi edilip sirayet tehlikesi geçtiğine veya şifa bulduğuna dair tabip raporu ibraz olunmadıkça musapların nikahları aktolunmaz” (RG. 6. 5. 1930, S: 1489, çevrimiçi: www.mevzuat.gov.tr).

¹⁴ **Egger**, s. 107, 109; **Erdem**, s. 59; **Gençcan**, s. 278, 388; **Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 86; **Feyzioğlu**, s. 116; **Berki**, s. 207; **İkizler**, s. 172, 173; Argun **Köteli**, “Evliliğin Hukuki Niteliği ve Evlilik Dışı Beraberlikler”, İstanbul 1991, s. 81. Doktrinde de (Jale **Akipek/Turgut Akıntürk/Derya Ateş**, Türk Medeni Hukuku, Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, Birinci Cilt, 14. Baskı, İstanbul 2018, s. 291), “...belli bir fiili yapan kişinin akıl hastası olduğunun saptanmasıyla sorun çözülmüş olmaz. Hâkimin önemle üzerinde durması gereken husus, akıl hastası olduğu saptanmış olan bu kişinin o hukuki fiili yaptığı anda ayırt etme gücüne sahip bulunup bulunmadığıdır...” şeklinde bu husus açıklanmıştır. Ayrıca bkz. Yargıtay 2. HD., T. 8.2. 2016, E. 24104, K. 1999; Yargıtay 2. HD., T. 23.3.2015, E. 22851, K. 5167, (**Özkan**, s. 742, 743, 444); Yargıtay 2. HD., T. 24. 3. 2015, E. 5037, K. 5513 (**Özkan**, s. 790, 791).

ortadan kaldırmamaktadır¹⁵. Bu nedenle, bu konuda kesin ve net bir ölçüt vermek mümkün olmayıp, her somut olayda, bütün koşullar değerlendirilerek bir kaniya varılmalıdır¹⁶. Bu değerlendirme neticesinde, eşlerden birinde ayırt etme gücünü ortadan kaldırmayan akıl hastalıklarından biri mevcut ise, eşlerin evlenmelerinde tıbbi sakınca bulunmadığına ilişkin resmi sağlık kurulu raporunun bulunması şartıyla (TMK m. 133) akdedilen evlilik geçerli olacaktır¹⁷.

Eski Medeni Kanunda da¹⁸ akıl hastalığı, herhangi bir ayırım gözetilmeksizin kesin evlenme engeli olarak düzenlenmiş olup, ilgili hüküm, m. 89/II: “Akıl hastalıklarından birine müptela olan kimse asla evlenemez” şeklinde idi. Bu kapsamda bir kişinin evlenmesi halinde ise, bu evlilik mutlak butlanla sakat olacaktır. Söz konusu hüküm, (eski MK) m.112/b.2; “karı kocadan biri evlenme merasiminin icrası zamanında bir akıl hastalığı veya daimî bir sebep neticesi ile mümeyyiz değilse” şeklinde

¹⁵ Abdülkadir **Arpacı**, Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler), Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 2. Bası, İstanbul 2000, s. 23; Hıfzı Veldet **Velidedeoğlu**, Türk Medeni Hukuku, C: I, Cüz 2- Şahsın Hukuku, 6. Bası, İstanbul 1963, s. 52, 54; **Feyzioğlu**, s. 116; Kemal **Oğuzman/Özer Seliçi/Saibe Oktay - Özdemir**, Kişiler Hukuku (Gerçek- Tüzel Kişiler), 17. Bası, İstanbul 2018, s. 57; **Akipek/Akıntürk/Ateş**, s. 291; Serap **Helvacı**, Gerçek Kişiler, 8. Bası, İstanbul 2017, s. 59; **Köprülü/Kaneti**, s. 72, 73; **İkizler**, s. 172; **Gençcan**, s. 278; **Yıldırım**, s. 43; **Taşbaş**, s. 22; **Göktürk**, s. 16, 42; Mehmet Akif **Tutumlu**, Evliliğin Butlanı, Boşanma, Ayrılık Sebepleri ve Boşanmanın Hukuki Sonuçları, Ankara 2002, s. 81, 82. Yargıtay HGK., T. 26. 10. 1960, E. 4/250, K. 256: “...Her akıl hastalığının ve her akıl zayıflığının kesin surette ayırt etme gücünden yoksunluk durumunu ortaya çıkarması söz konusu değildir. Bu durumun her somut olayda uzmanlar ve hâkim tarafından araştırılarak değerlendirilmesi araştırılması gereklidir...” şeklindedir (aynı yönde bkz. Yargıtay 1. HD., T. 03. 07. 1981, E.8282, K. 8950, (*Kazanıcı*); Yargıtay 2. HD., T. 7.7. 2014, E. 1350, K.15568: “...Başka bir engelin bulunmaması koşuluyla kişi isterse 100 yaşına dahi gelmiş olsa evlenebilir. Somut olayda S. Ö. evlenme tarihinde 84 yaşında olup, evlenmeye engel derecede akıl hastalığının bulunduğu veya evlenme sırasında sürekli ayırt etme gücünden yoksun olduğu kanıtlanamamıştır...” şeklindedir (**Özkan**, s. 793).

¹⁶ Hıfzı Veldet **Velidedeoğlu**, (Şahsın Hukuku), s. 50; **Oğuzman/Seliçi/Özdemir**, s. 58.

¹⁷ **Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 86, 87; **Gençcan**, s. 278, 293, 389; **Yıldırım**, s. 43; **Hatemi**, (Aile), s. 57; **Akıntürk/Ateş**, s. 212; **Erdem**, s. 59; **Kötelî**, s. 81; **Taşbaş**, s. 57; **Kılıçoğlu**, s. 47, 65; **Öztan**, s. 128, 129, 591; **İkizler**, s. 172, 173; **Özkan**, s. 739; **Özüğür**, s. 8. Bkz. Yargıtay 2. HD., T. 23.1. 2003, E. 15064, K. 917: “...Evlenenlerden kadında tesbit edilen kronik psikoz hastalığının, evlenmeye engel olacak nitelik ve derecede olup olmadığı belirtilmediği gibi, hastalığın evlenme tarihinde var olup olmadığına ilişki[n] de bir açıklama bulunmamaktadır...” şeklindedir (**Özüğür**, s. 44, 45); aynı yönde bkz. Yargıtay HGK., T. 13.5.2015, E.167, K.1328 (**Özkan**, s. 739- 742); Yargıtay 2. HD., T. 27.10.2003, E. 13121, K. 14329 (**Özüğür**, s. 40).

¹⁸ 743 Sayılı Türk Kanunu Medenisi, RG. 4. 4. 1926, S. 339. Çalışmada, “eski MK” şeklinde kısaltılmıştır.

düzenlenmiş idi. Nitekim, doktrinde, çoğunlukla ifade edildiği üzere, kanun koyucunun buradaki amacı da gelecek nesillere kalıtsal hastalıkların aktarılmasının önüne geçmek olup, akıl hastalığının Kanun kapsamında bir evlenme engeli sayılması için, çocuklara kalıtım yoluyla geçebilecek ve evlilik birliğine zarar verebilecek nitelikte olması gerekmektedir¹⁹.

Karara konu olan olayda, eşler 1979 tarihinde evlenmiş olup, davacı vekili, eşlerin kendi işlerini görebilecek durumda olmadıklarını, sağlık durumları nedeniyle evliliği hukuken ve fiilen sürdürmelerinin mümkün olmadığını ve eşlerin her ikisi de *kısıtlı* olduğu için evliliğin mutlak butlanla sakat olduğunu ileri sürmüştür. Ancak kısıtlılık, Kanunda sınırlı sayıda düzenlenen mutlak ya da nisbi butlan sebepleri arasında yer almamaktadır. TMK m. 127'nin kenar başlığı "Kısıtlılar Hakkında" şeklinde olup, hüküm: "Kısıtlı, yasal temsilcisinin izni olmadıkça evlenemez" şeklindedir. O halde, kısıtlılar evlenme yönünden sınırlı ehliyetsiz kategorisinde sayılmış olup, ancak yasal temsilcinin izniyle evlenebilirler²⁰. Kısıtlı, yasal temsilcinin izni olmadan evlenirse, izni alınmayan yasal temsilcinin evlenmenin iptalini istemesi, TMK m. 153 uyarınca mümkündür ve bu durum nisbi butlan sebepleri ile ilgilidir. Kanunda sayılan bazı kısıtlama sebepleri (akıl hastalığı, akıl zayıflığı-TMK m. 405), ayırt etme gücünü ortadan kaldıran sebeplerden olmasına rağmen, bazıları (kötü yaşama tarzı, yönetim, savurganlık-TMK m. 406, 407) ayırt etme gücüne etki etmez. Mevcut kısıtlılık sebepleri, aynı zamanda sürekli biçimde ayırt etme gücünü ortadan kaldırıyorsa, kişi evlenme yönünden artık tam ehliyetsiz sayılır ve bu durum, bir evlenme engeli (TMK m. 125) ve mutlak butlan sebebi (TMK m. 145/b.2) oluşturur. Kişi, evlenmeye engel olacak derecede akıl hastası olduğu için kısıtlandıysa, yasal temsilcinin rızası olsa bile, geçerli bir evlilikten söz edilemez ve evlilik mutlak butlanla sakatlanmış olur²¹. O halde, kısıtlı eşlerin evliliğinin mutlak butlanla sakat olduğundan söz edebilmek için, ya kısıtlılık halinin, evlenme sırasında ayırt etme gücünü sürekli biçimde ortadan kaldıran (TMK m. 145/b.2) bir sebebe ilişkin olması

¹⁹ **Velidedeoğlu**, s. 54; **Fezyioğlu**, s. 116; **Köprülü/Kaneti**, s. 73; **Öztan**, s. 129; **İkizler**, s. 171; **Taşbaş**, s. 58; **Köteli**, s. 81. Ayrıca bkz. **Tutumlu**, s. 73, 83. Ancak akıl hastalığı, kontrol edilemez saldırganlık ve şiddet olarak ortaya çıkıyorsa ya da sonuçları vahim olacaksa, bu durumun da evlilik açısından tehlikeli olduğu kabul edilmeli ve hükümün kapsamına dâhil edilerek evlilik engellenmelidir (bkz. **Erdem**, s. 59, **İkizler**, s. 171).

²⁰ **Velidedeoğlu**, s. 51; **Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 54 vd.; **Köprülü/Kaneti**, s. 71; **Fezyioğlu**, s. 144, 145; **Öztan**, s. 583, 584; **Hatemi**, (Aile), s. 46; **Gençcan**, s. 281; **Taşbaş**, s. 44; **Göktürk**, s.13.

²¹ **Fezyioğlu**, s. 144.

(akıl hastalığı ya da akıl zayıflığı) ya da evlenmenin tıbben sakıncalı olabileceği tür ve derecede akıl hastalığının bulunması (TMK m. 133) gerekir (TMK m. 145/b.3).

İncelemekte olduğumuz kararda, eşlerin 1979 tarihinde evlendiği, 2003 tarihli sağlık raporunda ise, eşlere hafif mental retardasyon tanısı konularak 2011’de vesayet altına alınmalarını gerektiren *akıl zayıflığının* söz konusu olduğu ifade edilmiştir. Bunun üzerine, TMK m. 405 uyarınca her iki eş için de kısıtlama kararı verilerek, vasi tayini işlemi gerçekleştirilmiştir. Yargıtay, evlendikten sonra akıl zayıflığı ve kısıtlama kararı gibi olguların gerçekleşmesinin belgelerle sabit olduğunu ancak, olayda evlenme sırasında eşlerin ayırt etme gücü olup olmadığını (TMK m. 145/b.2) ve/veya evliliğe engel olacak derecede akıl hastası olup olmadığını (TMK m. 145/b.3) incelenmesi gerektiğini, bu durumun sonucuna göre, şartlar oluştuysa, butlana hükmedilmesi gerektiğini ifade etmiştir.

Akıl zayıflığı, akıl hastalığı gibi kavramlar, hukukun değil, psikoloji ve psikiyatri (tıp) biliminin konusunu oluşturmaktadır. Ancak, bu kavramların hukuki işlem ve ilişki taraflarının ehliyet durumuna doğrudan etki etmeleri, hukuki açıdan da bu kavramların incelenmesini gerekli kılmıştır. Esasen akıl zayıflığı, akıl hastalığının bir türü ya da derecesi olmayıp, ondan daha farklı bir kavramdır. *Velidedeoğlu’na* göre, akıl zayıflığında, “zekanın ve akli durumun gelişmemesi, inkişaf etmemesi, kifayetsiz ve zayıf kalması bahis konusudur.”²² *Akıntürk*, akıl zayıflığını, “akli melekelerde, akli ve ruhi faaliyetlerde ya doğumdan gelen ya da sonradan oluşan bir yeteneksizlik, bir duraklamadır”²³ şeklinde tanımlamıştır. Bir başka tanıma göre ise, akıl zayıflığı, “kişide doğuştan var olan ya da sonradan ortaya çıkan akılsal işlevdeki bir yetersizlik, bir az gelişmişlik, bir duraklama ya da gerileme durumudur.”²⁴ Akıl zayıflığı, akıl hastalığı gibi 145. maddede sayılan butlan sebeplerinden biri olmayıp, akıl zayıflığının, mutlak butlan sebebi sayılması için, ayırt etme gücünü sürekli biçimde ortadan kaldırması ve bu durumun evlenme sırasında mevcut olması gerekir. Ancak, önemle belirtmek gerekir ki, akıl zayıflığının, her zaman ayırt etme gücünü ortadan

²² *Velidedeoğlu*, (Şahsın Hukuku), s. 53.

²³ *Akıpek/Akıntürk/Ateş*, s. 291. Akıl zayıflığı için, “aptallık”, “budalalık”, “geri zekalılık” gibi haller örnek gösterilmiştir.

²⁴ *Ömer Menekşe*, “İslam Hukukunda Alzheimer Hastalığının Eda Ehliyeti Üzerindeki Etkileri”, *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, S: 27, Nisan 2016, s. 156, (çevrimiçi: <http://www.omermenekse.com.tr/wp-content/uploads/2017/01/islam-hukuku-alzheimer.pdf>).

kaldırdığı kesin olarak söylenemez²⁵. Akıl zayıflığı bulunan kişi, akla uygun biçimde davranamıyorsa, hareketlerinin saik ve sonuçlarını idrak edemiyorsa, ayırt etme gücünü kaybetmiş sayılır²⁶. Bu nedenle, akıl zayıflığının akıl hastalığında olduğu gibi, ayırt etme gücünü sürekli olarak ortadan kaldırıp kaldırmadığının, her somut olayda ayrıca değerlendirilmesi gerekir.

Karara konu olayda, akıl zayıflığı olarak nitelendirilen durum, kararda hafif mental retardasyon olarak belirtilmiş olup, “zihinsel gelişme geriliği, zekâ yetersizliği, zekâ özü, normal altı zekâ, oligofreni, gelişimsel engellilik, gelişimsel gecikme” gibi kavramlarla açıklanan hafif düzeyde mental retardasyonda²⁷, bireylerin IQ düzeyi 52 ile 67 arasında

²⁵ **Akipek/Akıntürk/Ateş**, s. 291; **Taşbaş**, s. 23.

²⁶ **Arpacı**, s. 23; Mustafa **Dural/Tufan Ögüz**, Türk Özel Hukuku, C: II, Kişiler Hukuku, İstanbul 2018, s. 59; Hüseyin **Hatemi**, Kişiler Hukuku, Güncellenmiş 7. Bası, İstanbul 2018, s. 22; **Oğuzman/Seliçi/Özdemir**, s. 58.

²⁷ İlgili kaynaklarda hafif mental retardasyonu olan kişilerin özellikleri şu şekilde sayılmaktadır: “**Zihinsel işlevler-** Kendi bakımını yapar, ancak zaman zaman bazı sağlık kurallarının hatırlatılmasına ihtiyaç duyabilir; giysi seçiminde ya da alışverişinde yardıma gereksinim duyabilir. **Bedensel-** Yaşadığı kent içerisinde kolaylıkla bir yerden diğer bir yere gidebilir fakat yalnız başına, yardımsız olarak bir kentten diğerine gidemez; bisiklet, paten gibi iyi bir eşgüdüm gerektiren araçları kullanabilir. **İletişim-** Birleşik sözel kavramlarla iletişimde bulunur; günlük konuşmaların üstesinden gelebilir ancak soyut ve felsefi kavramları tartışamaz; telefonu ve yazılı iletişim araçlarını kullanır (mektup, telgraf gibi), ancak anlatımları basittir, soyut ya da önemli günlük olayları yazamaz. **Sosyal-** Başkalarıyla yarışma ve işbirliği ilişkilerinde bulunur; bazı grup etkinliklerine özellikle sosyal ve yaratıcı amaçlı etkinliklere katılır, fakat fotoğrafçılık, koleksiyonculuk gibi yüksek beceri gerektiren uğraşı gruplarına katılamaz; boş zamanları değerlendirme etkinliklerinden hoşlanır (dans etme, TV seyretme, satranç oynama gibi ancak briç oynamak, piyano çalmak gibi hız ve dikkat, karmaşık bir planlama ve düzenlemeyi gerektiren etkinliklerden hoşlanmazlar). **Ekonomik etkinlikler-** Alışveriş için gönderilebilir ya da kendi başına alışveriş yapabilir (satıcıya notsuz); para değişimini doğru olarak yapabilir, fakat banka olanaklarından yararlanamaz; hayatını kazanabilir, fakat parayı ekonomik olarak kullanmada yardıma gereksinimi vardır. **İş-** Basit yemekleri yapabilir; günlük ev işlerini (temizlik, toz alma, bulaşık ve çamaşır yıkama) yapabilir; yetişkin olarak yarı beceri ya da çok az beceri isteyen işlerde çalışabilir. **Kendi yönetme-** Bulunduğu çoğu etkinliği kendisi başlatır; görev üzerinde en az 15-20 dakika dikkatini sürdürür; işinde dürüsttür ve sorumluluk alır, fakat sorumluluk aldığı önemli görevlerde (sağlık bakımı, başkalarının bakımı, karmaşık iş etkinlikleri) bir başkasının yardımına gereksinim gösterir” (bkz. Süleyman **Eripek**, Zihinsel Engelli Çocuklar, Genişletilmiş 2. Baskı, Anadolu Üniversitesi Yayınları No: 900, Eğitim Fakültesi Yayınları No: 41, Eskişehir 1996, s. 18, 19).

Başka bir kaynakta ise, bu kişilerin özellikleri şöyle belirtilmektedir: “bir miktar konuşma geriliği olabilir. Günlük konuşmaları yürütecek ve çok karmaşık olmayan günlük işleri *YÜHFD Cilt: XVI Sayı:2 (2019)*

değerlendirilmiştir²⁸. Kişinin zekâ seviyesinin düşük ya da geri olması, zihinsel engellilik durumunun temel ölçütü sayılmakta olup²⁹, hafif düzeyde zihinsel engelli birey, Özel Eğitim Hizmetleri Yönetmeliği'nin 4/n hükmünde: “zihinsel işlevler ile kavramsal, sosyal ve pratik uyum becerilerinde hafif düzeydeki yetersizliği nedeniyle özel eğitim ile destek eğitim hizmetlerine sınırlı düzeyde ihtiyacı olan birey” şeklinde tanımlanmaktadır³⁰. Belirtmek gerekir ki, tıbbi bakımdan çeşitli zekâ gerilikleri, yukarıda açıkladığımız akıl zayıflığı kavramına dahil olup³¹, ilgili kaynaklarda, IQ düzeyi değeri 50-70 aralığında olanlar³² (hafif mental retardasyon), ‘eğitilebilir’ kategorisinde değerlendirilmiş; bu terimin, çocukların okuma, yazma, matematik işlemleri gibi temel akademik

yapabilecek düzeydedir. Motor gelişme genellikle normaldir. Kendi günlük ihtiyaçlarını anlatabilirler ve günlük yaşama ilişkin birçok işleri yardımsız görebilirler. Zekâ sorunu, okul öğrenim sırasında belirgin olur. Onlu yaşların sonuna doğru, 6. sınıf düzeyinde okul becerileri gösterebilirler. Ancak özel eğitimle ilkokulu bitirecek zekâ düzeyi gösterirler. Çocuk büyüdükçe soyut düşünce yetisinde yetersizlik ile yaşlılarından ayrılır. Fazla eğitim gerektirmeyen bir ortamda yaşayan ve işler görebilen hafif geri zekalı kişilerde büyük bir uyum sorunu yaşanmayabilir. Erişkin yaşlarında ancak kendi başına yaşayabilmeye yeten toplumsal ve mesleki yetenekler kazanırlar. Özellikle alışılmışın dışında toplumsal ve ekonomik streslerle karşı karşıya kaldıklarında denetim ve yol gösterilmesine ihtiyaç duyarlar. Hafif zekâ geriliği olan kişiler, uygun destekle çoğunlukla kendi başlarına ya da denetimle toplumda başarıyla yaşayabilirler.” [Alaattin Duran, Zekâ Gerilikleri (Mental Retardasyon), Ders Notları, s. 25, 26, çevrimiçi: http://194.27.141.99/dosya-depo/ders-notlari/alaattin-duran/Zeka_Gerilikleri.pdf].

²⁸ Helen Bee/Denise Boyd, Çocuk Gelişim Psikolojisi, İstanbul 2009, s. 842. Eserde, zekâ geriliği kategorileri şu şekilde belirtilmiştir: “68-83: sınırdaki zekâ geriliği; **52-67: hafif zekâ geriliği**; 36-51: orta düzeyde zekâ geriliği; 19-35: şiddetli zekâ geriliği; 19 altı: ağır zekâ geriliği”. Amerikan Mental Retardasyon (Zekâ Yetersizliği) Birliği (=the American Association on Mental Retardation) (AAMR) ölçütlerine göre ise, “zekâ puanı 20-25'in aşağısında olan bireyler çok ağır (ileri derecede) zihinsel engelli; zekâ puanı 20-25 ile 35-40 arası olan bireyler ise ağır zihinsel engelli; zekâ puanı 35-40 ile 50-55 arasında olan bireyler orta derecede zihinsel engelli; zekâ puanı 50-55 ile yaklaşık 70 arasında olan bireyler ise, hafif düzeyde zihinsel engelli bireyler” olarak kategorize edilmiştir [bkz. Amerikan Psikiyatri Birliği, Ruhsal Bozuklukların Tanısal ve Sayımsal El Kitabı, Dördüncü Baskı, Yeniden Gözden Geçirilmiş Tam Metin (DSM-IV-TR), Washington DC, 2000, Köroğlu Ertuğrul (çeviri), Hekimler Yayın Birliği, C: I, Ankara 2007, s. 58, 66].

²⁹ Bkz. Eripek, s.1.

³⁰ RG. T. 7.7.2018, S. 30471 (çevrimiçi: www.resmigazete.gov.tr).

³¹ Aynı yönde, bkz. Menekşe, s. 156. Akıl zayıflığı için yapılan tanımlarla ilgili olarak bkz. yukarıda dn. 22, 23, 24.

³² (AAMR) ölçütlerine göre yapılan değerlendirmede, zekâ puanı 50-55 ile yaklaşık 70 arasında olan bireyler, “hafif düzeyde zihinsel engelli bireyler” olarak kategorize edilmiştir (bkz. yukarıda dn. 28).

becerileri ve özbakım becerilerini öğrenebileceklerini açıklamakta olduğu; ancak, bu düzeye normallere göre daha ileri yaşlarda ulaşabilecek oldukları belirtilmiştir³³.

Olayda, taraflardan erkek olanın 1950 doğumlu olduğu, askerlik ödevini yerine getirdiği, tarafların 1979 yılında evlendikleri, 2003 yılında ise eşlere akıl zayıflığı teşhisi konulduğu belirtilmiştir. O halde, bu durumun, kişinin evlenmesine, askerliğini yapmasına engel bir durum olup olmadığının değerlendirilmesi önem taşır. Daha önce değinildiği üzere³⁴, akıl zayıflığı, doğuştan olabileceği gibi, sonradan da oluşabilen bir durumdur. Ancak, akıl zayıflığı kapsamında sayılan tüm durumların, bu yönüyle ayrıca değerlendirilmesi gerekir. Kararda, mental retardasyonun evliliğin gerçekleştiği dönemde mevcut olup olmadığı ve bu durumun teşhis edilip edilmediği hususu açıklığa kavuşturulmamıştır. Amerikan Mental Retardasyon Birliği (AAMR) tarafından hazırlanan en son psikiyatrik bozukluk tanı sınıflandırmasında (DSM-IV) belirlenen zekâ geriliği (mental retardasyon) ölçütlerinden biri, başlangıcının 18 yaşından önce olmasıdır³⁵. Keza, AAMR tarafından ilk kez bebeklik, çocukluk ya da ergenlik döneminde tanısı konulan bozukluklar arasında sayılan³⁶ mental retardasyon, “18 yaşın altında başlayan, belirgin olarak ortalamanın altında zihinsel işlevler ve eşlik eden uyum bozukluğu” şeklinde tanımlanmıştır³⁷. Doktrinde de, mental retardasyonun bu tanıma benzer şekilde, “18 yaşından önce başlayan ortalamanın altında entelektüel işlevsellik ve bunun sonucu ortaya çıkan ya da eşlik eden uyum becerilerinde yetersizlikle belirli ve gelişimsel dönemde ortaya çıkan bir bozukluk” olarak tanımlandığını görmekteyiz³⁸. O halde, akıl zayıflığı kapsamında sayılan hafif düzeyde

³³ **Eripek**, s. 23; Sezgin **Vuran**, “Zekâ Geriliği”, Ünite 4, Açıköğretim Fakültesi Okul Öncesi Öğretmenliği Lisans Programı- Özel Eğitim Anadolu Üniversitesi Yayını No:1411, Açıköğretim Fakültesi Yayını, No: 756, 4. Baskı, Haziran 2005, s. 46 (çevrimiçi: <http://books.google.com.tr/>); Pınar **Şinikoğlu**, “Mental Retardasyon Tanısı Almış Çocuklar ile Normal Gelişim Gösteren Akranları Arasında Plastik Sanatlar Üzerinden Bir Karşılaştırma Çalışması”, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2017, s. 4, çevrimiçi: <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi> (naklen: Murray A. **Diamond**, “Employment of the Mentally Retarded and the Mentally Restored”, Public Health Reports, Vol. 80, No. 11, 1965).

³⁴ Bkz., dn. 24’e ait paragraf.

³⁵ DSM-IV-TR, s. 56, 65, 66.

³⁶ DSM-IV-TR, s. 53.

³⁷ DSM-IV-TR, s. 54.

³⁸ **Duran**, s. 2 (çevrimiçi: http://194.27.141.99/dosya-depo/ders-notlari/alaattin-duran/Zeka_Gerilikleri.pdf).

mental retardasyonun, 18 yaşından önce başlayan bir zihinsel bozukluk hali olduğu sonucuna varmak mümkündür.

Karara konu olayda, mental retardasyon tanısı, evlenme tarihinden çok sonra konulmuştur. Eşlerin 18 yaşını doldurduktan sonra evlendikleri (1979) sabit olup, olayda tespit edilmesi gereken en önemli hususlardan biri, mental retardasyonun evlenme sırasında sürekli olarak ayırt etme gücünü ortadan kaldıracak nitelikte olup olmadığıdır. Kararda, bu hususlara ilişkin bir belgeden ya da veriden söz edilmemiştir. Yargıtay'ın, yine buna benzer bir uyuşmazlıkta³⁹; “Davacı-davalı kocanın kısıtlanmasına ilişkin vesayet dosyasında alınan Bakırköy Prof. Dr. Mazhar Osman Ruh Sağlığı Hastalıkları Hastanesi raporu 29.11.2011 tarihlidir. Bu rapor, 29.11.2011 tarihinde yapılan muayeneye dayanmakta olup, hafif derecede mental retardasyon tanısı konulduğu, tespit edilen bu hastalık nedeniyle davalıya vasi tayini gerektiği bildirilmiştir. Alınan bu rapor davalının evlenme tarihindeki durumuyla ilgili bir bilgiyi içermemektedir. Dosyada davacı-davalı kocanın evlenme sırasındaki akli durumu hakkında bir bilgi ve rapor bulunmamaktadır. Mahkemece, davacı-davalı kocanın evlenme akdinin yapıldığı 21.04.2006 tarihinde sürekli bir sebeple ayırt etme gücünden yoksun olup olmadığı ve evlenmeye engel olacak derecede akıl hastalığının

³⁹ Bkz. Yargıtay 2. HD., T. 28.05.2012, E. 2011/18124, K. 2012/14211. Daha sonra verilen bir HGK kararında da (T. 13.05.2015, E. 2015/167, K. 2015/1328) yer alan ifadeler şu şekildedir: “Yerel mahkemece yapılan yargılama sonunda Küçükçekmece Sulh Hukuk Mahkemesinin 2001/2279 Esas sayılı vesayet dosyasında, Bakırköy Prof. Dr. Mazhar Osman Ruh Sağlığı ve Sinir Hastalıkları Eğitim ve Araştırma Hastanesinin 29.11.2001 tarih ve 2001/6546 sayılı Sağlık Kurulu Raporu ile davacının akıl hastası olduğunun tespit edildiği, dolayısıyla davacının, *evlilik* aktinin yapıldığı sırada ve halen ayırt etme gücünden yoksun olduğu ve evlenmeye engel olacak derecede akıl hastalığının bulunduğu gerekçesi ile *evliliğin* iptaline karar verilmiştir.... Bu nedenle evlenme tarihinden önce vesayet dosyasında alınan rapor davacının evlenme tarihi itibariyle evlenmesine engel olacak şekilde akıl hastalığının bulunup bulunmadığına ilişkin bir bilgiyi içermemektedir. Hal böyle olunca; mahkemece, davacı/davalı (koca)nın evlenme akdinin yapıldığı 21.04.2006 tarihinde sürekli bir sebeple ayırt etme gücünden yoksun olup olmadığı ve evlenmeye engel olacak derecede akıl hastalığının bulunup bulunmadığı hususu tıbben belirlenerek sonucuna göre karar verilmesi gerekirken eksik incelemeyle hüküm kurulması doğru bulunmamıştır. Yukarıda açıklanan olgular gözden uzak tutularak, eksik araştırma ve inceleme sonucunda, dosya içeriğine uymayan gerekçelerle, *evliliğin* iptaline karar verilmesi ve Hukuk Genel Kurulunca da benimsenen bozma ilamına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirmiştir. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır” (*Legalbank*).

bulunup bulunmadığı hususu tıbben belirlenip sonucu uyarınca karar verilmesi gerekirken eksik incelemeyle hüküm kurulması doğru bulunmamıştır.” şeklinde karar verdiğini görmekteyiz.

O halde, yapılacak araştırmalar neticesinde, eşlerde evlenme sırasında sürekli olarak ayırt etme gücünü ortadan kaldıracak nitelikte bir akıl zayıflığı halinin (mental retardasyon) mevcut olduğu ispat edilemezse, evliliğin mutlak butlanı söz konusu edilemeyecektir. Buna karşılık, evlenme sırasında sürekli olarak ayırt etme gücünü ortadan kaldıracak nitelikte bir akıl zayıflığı halinin mevcudiyeti ispat edilebilir ise, mutlak butlan sebebinin varlığından söz edilebilecektir.

İlk derece mahkemesinin kararına dayanak gösterdiği diğer bir düzenleme ise, “Engellilerin Haklarına İlişkin Milletlerarası Sözleşme’nin 23. maddesi⁴⁰ olup, söz konusu düzenleme açısından da, bahsettiğimiz bu durumun irdelenmesi gerekir. Anılan düzenleme, “Hane ve Aile Hayatına Saygı” başlığını taşımakta olup, söz konusu hüküm: “1. Taraf Devletler evlilik, aile, ebeveynlik ve özel ilişkilere dair meselelerde engellilere karşı ayrımcılığı ortadan kaldırmak için uygun tedbirleri etkin bir şekilde ve engellilerin diğer bireylerle eşit olduğunu gözeterek alır. Bu çerçevede aşağıda belirtilenler sağlanmalıdır: (a) Evlilik çağına gelmiş engellilerin evlenme ve aile kurma hakkının tanınması ve bu hakkın evlenmek isteyen eşlerin serbest iradeleri ve rızaları doğrultusunda kullanılması” şeklindedir. Sözleşmenin 1.maddesinin 2. fıkrası ise: “Engelli kavramı diğer bireylerle eşit koşullar altında topluma tam ve etkin bir şekilde katılımlarının önünde engel teşkil eden uzun süreli fiziksel, zihinsel, düşünsel ya da algısal bozukluğu bulunan kişileri içermektedir.” şeklindedir. Bu iki maddeden yola çıkarak, kişilerde zihinsel, düşünsel ya da algısal bozukluk hali olsa bile, bu kişilerin serbest iradelerinin ve rızalarının sağlanabilmesi koşuluyla, evlenme haklarının mevcut olduğunu söylemek mümkündür. Hükümde söz edilen serbest irade ve rızanın sağlanabilmesi için ise, bu kişilerin ayırt etme gücüne sahip olmaları gerektiği kuşkusuzdur.

Anayasa’nın 90/5 hükmüne göre, usulüne göre yürürlüğe girmiş Milletlerarası Andlaşmalar, kanun hükmünde olup, kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda Milletlerarası Andlaşma hükümleri esas alınacaktır. Milletlerarası Andlaşma hükümleri, ayrıca, TMK hükümlerine göre özel ve sonraki düzenleme olma özelliği de taşır. Ne var ki, Engellilerin Haklarına İlişkin Sözleşmede yer alan hükümlerin, TMK’nın evlenme ehliyeti ve engelleri ile ilgili

⁴⁰ Bkz., dn. 4.

hükümlerinden ayrılan bir yönü bulunmamakta, eş deyişle, söz konusu Milletlerarası Andlaşma, TMK hükümlerine paralel düzenlemeler içermektedir. Zira, bu hükümler uyarınca, fiziksel, zihinsel, düşünsel ya da algısal bozukluğu olsa bile, ancak bu durumun engelli kişinin ayırt etme gücünü ortadan kaldırmadığı hallerde sağlanabilecek serbest irade ve rıza ile kurulan evlilik geçerli sayılabilecektir.

Olayımızda, eşlerin her ikisinin de Sözleşmenin ilgili maddesinde yapılan tanım kapsamında zihinsel engelli olarak değerlendirilmesi mümkündür. Ancak bu teşhis, yukarıda da belirtmiş olduğumuz üzere⁴¹, evlilik tarihinden çok sonra yapılmış olup, bu durum, tek başına eşlerin evlenme töreni sırasında da zihinsel engelli olduğunu göstermemektedir. Bu zihinsel engelin, gelişimsel bir durum olduğu ve 18 yaşın altında meydana geldiği, daha önce açıkladığımız gerekçelerle⁴² kabul edilebilir ve bu kabul neticesinde, evliliğin yapıldığı sırada da eşlerin zihinsel engelli olduğu düşünülebilir. Ancak, bu zihinsel engelin, eşlerin evlenme sırasında serbest irade ve rızalarını ortadan kaldırıp kaldırmadığının değerlendirilmesi gerektiği kuşkusuzdur. Bu hususun ise, alanında uzman kişilerce incelenmesi gerektiği tartışmasıdır.

3.3. Butlanın İleri Sürülmesinin Hakkın Kötüye Kullanılması Sayılıp Sayılmayacağı

3.3.1. İyiniyet İlkesi ve Dürüstlük Kuralı

TMK m. 2 hükmü: “Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır. - Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz.” şeklinde olup, TMK m. 3’de yer alan düzenleme ise: “Kanunun iyiniyete hukuki bir sonuç bağladığı durumlarda, asıl olan iyiniyetin varlığıdır. - Ancak, durumun gereklerine göre kendisinden beklenen özeni göstermeyen kimse iyiniyet iddiasında bulunamaz.” şeklindedir. Kararda, ilk derece mahkemesi tarafından davanın reddedilme sebebi olarak, butlan sebebinin 30 yıl sonra ileri sürülmesinin iyiniyet kuralları ile bağdaşmaması gösterilmiştir. Öncelikle belirtmemiz gerekir ki, burada iyiniyet kuralları ile ifade edilmek istenen, dürüstlük kuralıdır (TMK m. 2). Düşüncemize göre, bu durumun sebebi, Eski MK’da hem dürüstlük kuralının hem de iyiniyetin, “hüsnüniyet” terimi ile ifade edilmesidir. Doktrinde, bu karışıklığı önlemek için, 2. maddede düzenlenen dürüstlük kuralı yerine “objektif hüsnüniyet” (*Treu und Glauben*), 3.

⁴¹ Bkz., dn. 39’a ait paragrafın başı.

⁴² Bkz., dn. 35, 36, 37, 38.

maddede düzenlenen iyiniyet yerine ise, “sübjektif hüsnüniyet” kavramları kullanılmakta idi⁴³. Olayımızda, ilk derece mahkemesinin karar tarihi, 12. 2. 2013 olup, bu tarihte eski MK yürürlükten kalkmış, 4721 sayılı TMK yürürlüğe girmiş idi. Ancak mahkeme, aradan uzun süre geçtikten sonra dava açmanın bağdaşmadığı (aykırı bulunduğu) kuralın dürüstlük kuralı (TMK m. 2) olduğunu ifade etmek isterken, bunun yerine, iyiniyet kuralları (TMK m. 3) ifadesini kullanmıştır. Çalışmamızda, bu hususa yönelik açıklamalarımızda, mahkemece aykırılık olduğu ileri sürülen kuralı ifade etmek için, “dürüstlük kuralı” kavramını kullanmayı tercih edeceğiz.

3.3.2. Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı

Karara konu olayda, ilk derece mahkemesi, evlilikten 30 yıl sonra açılan mutlak butlan davasını dürüstlük kuralı ile bağdaşmadığı gerekçesiyle reddetmiştir. Yargıtay 2. HD ise, evliliğin mutlak butlan sebeplerinin kamu düzenine ilişkin olması nedeniyle, mutlak butlan hallerinde, dava açma hakkının, Kanunda bir süreyle sınırlandırılmadığı ve her zaman bu davanın açılabilirdiği gerekçesiyle kararı bozmuştur. Keza HGK kararında da aynı gerekçe ileri sürülmüştür. Yargıtay 2. HD, ayrıca, TMK m. 156 hükmü gereği de söz konusu olayda hakkın kötüye kullanılması olgusunun söz konusu olmadığına karar vermiştir. İlgili hüküm: “Batıl bir evlilik, ancak hâkimin kararıyla sona erer. Mutlak butlan halinde bile evlenme, hâkimin kararına kadar geçerli bir evliliğin bütün sonuçlarını doğurur.” şeklindedir. Söz konusu hükmün amacı, geçersizlik sebepleri bulunsa bile, evliliğin hâkim kararı ile ileriye etkili olarak sona ermesi ve batıl da olsa evlilik ilişkisi içerisinde meydana gelen sonuçların iptal kararının verilmesiyle ortadan kalkmamasıdır⁴⁴. Bilindiği üzere, borçlar hukukunda kesin

⁴³ Genel Gerekçede bu husus: “İkinci ve Üçüncü maddelerde geçen “Hüsnüniyet” terimi, karışıklığa yol açtığından farklı konulara ilişkin olmaları dikkate alınarak “Dürüstlük Kurallarına Uymak” ve “İyiniyet” terimlerine dönüştürülmüştür” şeklinde açıklanmıştır (çevrimiçi: <https://www.tbmm.gov.tr>). Ayrıca bkz. Hıfzı Veldet **Velidedeoğlu**, Türk Medeni Hukuku C: I, Cüz 1- İkinci Kitap (Haklar ve Borçlar), s. 325; Kemal **Oğuzman/Nami Barlas**, Medeni Hukuk, 24. Bası, İstanbul 2018, s. 246 vd.; Aytakin **Ataay**, Medeni Hukukun Genel Teorisi, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 2. Bası, İstanbul, 1971, s. 344.

⁴⁴ **Velidedeoğlu**, s. 268; **Arpacı**, s. 44; **Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 81, 98; **Öztan**, s. 630, 631; **Akıntürk/Ateş**, s. 230; **Egger**, s. 131; **Köprülü/Kaneti**, s.113; **Tekinay**, s. 157; **Erdem**, s. 94; **İkizler**, s. 35 vd., s. 246; **Gençcan**, s. 449; Bilge **Öztan**, “Batıl Evlenmelerde Eşlerin Durumu”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S:1, C: 26, 1969, s. 193- 215 (çevrimiçi: <http://dergiler.ankara.edu.tr/>), s. 198; **Hatemi**, (Aile), s. 67; **Taşbaş**, s. 110; **Göktürk**, s. 33, 38, 138; **Özuğur**, s. 20; **Tutumlu**, s.73, 108. Doktrinde, (**Öztan**, Makale, *YÜHFD Cilt: XVI Sayı:2 (2019)*)

hükümsüzlük sebepleri, bu sonucu kendiliğinden -dava açmaya gerek kalmaksızın- meydana getirdiği halde, aile hukukunda mutlak butlan sebepleri söz konusu ise, işlem kendiliğinden hükümsüz sayılmamakta ve işlemin hükümsüzlüğü için hâkimin butlan kararı vermesi aranmaktadır⁴⁵.

TMK m. 2 uyarınca, herkes haklarını kullanırken dürüst davranmalı, hiç kimse, hakkını kötüye kullanmamalıdır. Karara konu olayda, kötüye kullanıldığı iddia edilen hak, mutlak butlan nedeniyle dava açma hakkıdır. Her hak gibi, dava açma hakkının da kötüye kullanılmaması gerektiği tartışmasızdır. Hakkın kötüye kullanılmasının yaptırımı ise, kişinin o şekilde ulaşmak istediği amacın gerçekleşmesinin önüne geçmek, kişiyi o haktan mahrum etmektir. Kanunlarda, hakların hangi durumlarda kötüye kullanıldığına ilişkin açık ve somut düzenlemeler yer almamaktadır. Esasen, bunu önceden belirlemek pek de mümkün değildir. Doktrinde, hakkın kötüye kullanılması kapsamında sayılabilecek durumlar; hakkın kullanılmasında meşru bir menfaat olmaması, hakkın kullanılmasındaki menfaat ile başkasının uğrayacağı zarar arasında aşırı oransızlık mevcut olması, kendi ahlaka aykırı davranışına dayanarak hak kullanılması, uyandırılan güvene aykırı davranış ya da çelişkili davranış yasağı kapsamına giren durumlar ve hakkın tanınmasındaki amaca aykırı kullanılması⁴⁶ şeklinde belli başlıklar halinde sıralanmıştır. Olayımızda, hak düşürücü süreye ve zamanaşımı süresine tabi olmayan bir davanın uzun süre açılmayıp, 30 yıl gibi bir süre geçtikten sonra açılmasının, dürüstlük kuralına aykırı olup olmadığı meselesi ihtilaflıdır. Doktrinde, bir kimsenin, zamanaşımına tabi alacaklarda, zamanaşımı süresi içinde kalsa bile, sadece bir davayı geç açmasının, eş deyişle, dava açma hakkını uzun süre

s. 194) bu konuda: "...evlenme aktinin inikadı, devamı ve ortadan kalkmasındaki hukukî emniyet düşüncesi, borçlar hukuku sahasındaki taraf menfaatlerini düzenleyen aktillerin ortadan kalkmasına kıyasla çok daha fazla önem taşıdığından, evlilik akdi geçersiz bile olsa, ortadan kalkması için farklı hükümlerin konması zorunluğunu yaratmıştır..." şeklinde görüş belirtmiştir. Ayrıca bkz. Yargıtay 2. HD., T. 6. 7. 2004, E. 6128, K. 9045: "...Butlanına karar verilen bir evlilikte, iyiniyetli bulunan eşin, bu evlilikle kazanmış olduğu kişisel durumunu (evlilikle kazandığı vatandaşlığı hariç) koruyacağına, ..." şeklindedir (Özğür, s. 38).

⁴⁵ Borçlar hukukunda sözleşmelerinin kesin hükümsüzlüğü ile evlenmenin butlanını düzenleyen hükümlerin karşılaştırılması için bkz. Öztan, s. 579, 580; Arpacı, s. 43, 44; İkizler, s. 31 vd., 38 vd.; Göktürk, s. 32 vd.; Taşbaş, s. 110, 111.

⁴⁶ Mustafa Dural/Suat Sarı, Türk Özel Hukuku, C: I, Temel Kavramlar ve Medeni Kanununun Başlangıç Hükümleri, 13. Baskı, İstanbul 2018, s. 256 vd.; Oğuzman/Barlas, s. 272 vd.; Rona Serozan, Medeni Hukuk, Genel Bölüm/Kişiler Hukuku, 8. Bası, İstanbul 2018, s. 283; Ferit Hakkı Saymen, Türk Medeni Hukuku, C: I, Umumi Prensipler, 3. Bası, İstanbul 1960, s. 326, 327.

kullanmamasının hakkın kötüye kullanılması sayılmayacağı; ancak bu durumdan istifade ederek karşı tarafın hakkını kullanmasını engellemek, delilleri karartmak gibi davranışların da mevcut bulunduğu somut ilişkilerde, bu davranışın, TMK m. 2'ye aykırılık bulunacağı ifade edilmektedir⁴⁷. Karara konu olayda da, dava açma hakkı uzun süre kullanılmamıştır. Ancak, bu dava için bir zamanaşımı ya da hak düşürücü süre öngörülüş değildir. Mutlak butlan davalarında belirli bir süre geçtikten sonra, ne davacının ne de karşı tarafın dava açma hakkı ortadan kalkmamaktadır. Bu yüzden, somut olayda sadece davanın geç açılması ya da uzun süre açılmamış olması değil, davacının bunu yapmakta meşru bir menfaati bulunup bulunmadığı veya bir menfaati varsa, bu menfaat uğruna başkasına daha ağır bir zarar verip vermediği hususları değerlendirilmek suretiyle, TMK m. 2'nin ihlali olgusunun gerçekleşip gerçekleşmediğine karar verilmelidir⁴⁸.

Bir hakkın kötüye kullanılıp kullanılmadığı hususunda başlangıçta ve genel nitelikli ölçütler vermek mümkün olmayıp, hâkimin her somut olayı kendi şartları içerisinde değerlendirmesi gerekir. Olayda mutlak butlan sebebi teşkil edebilecek durumlar, evlenme sırasındaki ehliyetsizliğe ilişkindir. Mutlak butlan davasının açılması ise, kamu düzeni gerekçesiyle süreye tabi olmayıp⁴⁹, “üzerinden uzun süreler geçmiş olsa bile dava

⁴⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Oğuzman/Barlas**, s. 276, 277.

⁴⁸ “Uyandırılan güvene aykırı davranış” ya da “çelişkili davranış yasağı” olarak adlandırılan durum da, hakkın kötüye kullanılması olarak kabul edilmekte olup (bkz. dn. 46 ve orada zikredilen eserler), konuya ilişkin olarak, bu hususa da temas edilmesi faydalı olacaktır. Her ne kadar hukukumuzda insan davranışlarında istikrar bulunmasını emreden bir kural olmasa da bir kimse, karşı tarafta korunmaya layık ve esaslı bir güven uyandırdıktan sonra, bu davranışa aykırı davranmamalıdır (bkz. **Oğuzman/Barlas**, s. 280 ve aynı çalışmada dn. 470 ve 471'de zikredilen Yargıtay kararları). Bir kimse, bir hakkı uzun süre kullanmayarak, karşı tarafta bundan sonra da hakkın kullanılmayacağına dair güven oluşturmuşsa, daha sonra bu hakkın kullanılması ile karşı taraf daha ağır bir yük altına girecekse, oluşan ve uyandırılan güvene aykırı davranıştan söz edilir. Doktrinde, çoğunlukla “çelişkili davranış yasağı” olarak adlandırılan bu davranış, dürüstlük kuralına aykırı görülmektedir (bu konuda geniş bilgi için bkz. **Oğuzman/Barlas**, s. 280 vd.; **Serozan**, s. 282, 283). Örneğin, evlat edinme sözleşmesindeki sakatlığın ve dolayısıyla hukuki işlemin butlanının eskiden beri bilinmesine rağmen buna menfaat icabı ses çıkarılmaması, ancak hesaplanamayan sonuçlar görüldükten sonra kararın butlanının 27 yıl sonra ileri sürülmesi, Yargıtay tarafından (HGK, T. 29.5. 2002, E. 2002/2-441; K. 2002/433), hakkın kötüye kullanılması olarak kabul edilmiştir (*Kazanıcı*).

⁴⁹ **Egger**, s. 108; **Velidedeoğlu**, s. 252, 267; **Öztan**, s. 585, 628; **Gençcan**, s. 279; **Akıntürk/Ateş**, s. 209, 225; **Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 92; **Hatemi**, (Aile), s. 67, 69; **Erdem**, s. 76; **Berki**, s. 203; **İkizler**, s. 244; **Taşbaş**, s. 112; **Göktürk**, s. 37; **Özüğür**, s. 10, 16; **Tutumlu**, s. 73, 75, 86. Doktrinde, (**Berki**, s. 213) bu husus: “mutlak butlan sebepleri *YÜHFD Cilt: XVI Sayı:2 (2019)*

açılabilir.”⁵⁰ Ayrıca, savcı dışındakiler için bu davayı açmanın bir hak olduğu; ancak, yükümlülük olmadığı belirtilmelidir⁵¹. Esasen, hak sahibi olan eşler dava açmak zorunda olmadığı için, dava açmayarak evliliği bu şekilde yıllarca devam ettirebilirler. Ancak, evliliğin başlangıcından itibaren mevcut ve bilinen butlan sebeplerinin -başlangıçta ileri sürülerek evlilik ilişkisinin sona erdirilmesi mümkün iken- her zaman ileri sürülebilir olduğu gerekçesiyle uzun süre sonra geçtikten sonra ileri sürülmesi için, davacının güncel, ciddi, somut ve meşru bir menfaati olması gerektiği açıktır. İfade etmek gerekir ki, Kanunda mutlak butlan davasının, ilgili olan herkes tarafından açılabileceği düzenlenmiş olup, burada sözü edilen “ilgililer”, bu davayı açmakta, yani evlenmenin iptalinde maddi ve/veya manevi menfaatleri olan kimselerdir⁵². Esasen, hak sahibinin hakkını kullanmakta

devam ettiği müddetçe, âmme intizamı ve umumî vicdan ihlâl edilmekte berdevam olur. Bu itibarla mutlak butlan dâvasında zaman aşımının kabul edilmemiş olması, itiraz kabul etmez bir isabettir.” şeklinde açıklanmaktadır. Ayrıca bkz. Yargıtay 2. HD., T. 07.11.2007, E. 2006/20602, K. 2007/15274: “...Dava; akıl hastalığı nedeniyle *evliliğin mutlak butlan* ile iptaline ilişkindir. Mahkemece; davanın Türk Medeni Kanununun 152. maddesinde düzenlenen 6 aylık süre içer[i]sinde açılmaması nedeniyle reddine karar verilmiştir. Türk Medeni Kanunu[nun] 152. maddesindeki hak düşürücü süre nisbi *butlan* sebeplerine ilişkin olup, akıl hastalığı nedeniyle *mutlak butlanı* düzenleyen Türk Medeni Kanununun 145/3. maddesini kapsamamaktadır. Bu nedenle davanın hak düşürücü süre yönünden reddi usul ve yasaya aykırıdır...” şeklindedir (*Legalbank*).

⁵⁰ Bkz. **Erdem**, s. 76, 77. Bkz. Yargıtay 8. HD., T. 14.1. 2014, E. 2013/17903, K. 2014/157: “...Açılacak olan butlan davası herhangi bir süreye bağlı değildir. Dolayısıyla tarafların beraber geçirdikleri zaman, batıl evlenmeyi geçerli hale getirmez.” şeklinde karar vermiştir; aynı yönde bkz. Yargıtay HGK. T. 2.11. 2011, E. 2011/7-695, K. 2011/673 (*Kazancı*).

⁵¹ Nitekim, TMK m. 146/I: “Mutlak butlan davası, Cumhuriyet Savcısı tarafından re’sen açılır” şeklindeki emredici ifadesine rağmen, TMK m. 146/II: “Bu dava, ilgisi olan herkes tarafından da açılabilir” şeklinde emredici olmayan bir ifade içermektedir. Hükmün kenar başlığı da, “dava açma görevi ve hakkı” şeklindedir.

⁵² **Velidedeoğlu**, s. 263; **Öztan**, s. 622; **Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 93; **Akıntürk/Ateş**, s. 225, 226; **İkizler**, s. 240, 241; **Göktürk**, s. 34. Doktrinde, (**Berki**, s. 216) bu hususta, “...Diğer alâkalılardan maksad [maksat], hatıl (doğrusu batıl) evlenme dolayısıyla [dolayısıyla] mirasdaki [mirastaki] menfaatleri haleldar olan, mirasa gelemeyen veya mirasdaki [mirastaki] payları azalan herkestdir. Mansup mirasçılarının dahi butlan dâvasını açmaya hakkı vardır...Zira, mutlak butlanla malûl bir evlenme, butlan kararına kadar safih evlenmenin bütün hükümlerini tevhit edeceğinden, butlana karar verilmeden evvel vefat halinde bätül evlenmede taraf olan karı veya koca, hayatta kalan eş olarak mirasçı olacaktır...” şeklinde görüş belirtmiştir. Bkz. Yargıtay HGK. T. 2.11. 2011, E. 2011/7-695, K. 2011/673: “Dava açma hakkı olan kimselerin kimler olduğu kanunda açıkça belirtilmemiştir. Doktrinde ve uygulamada, ‘ilgili olan herkes’ kavramından “evlenmenin iptaline madden ya da manen ilgisi olan (menfaati bulunan) kimselerin” anlaşılması gerektiği ifade edilmektedir. O halde,

meşru bir menfaati varsa, bu durumda hakkın kötüye kullanılmış olduğundan da bahsedilemez⁵³. Karara konu olayda ise, davacı, 30 yıl önce mevcut olan bir hususu, neden 30 yıl sonra ileri sürdüğünü açıklamamıştır. Ancak, davacının ailesinin bu davanın açılması ile elde etmek istediği maddi menfaatlerinin bulunduğunu, davalının söylemlerinden anlamak mümkündür. Davalı, davacının vasisinin davacının mallarına el koymak istediğini, davacının sahip olduğu taşınmazların değerlendirildiğini ve bu nedenle evliliğin butlan ile sona erdirilmesinin istenildiğini beyan etmiştir. Uyuşmazlık noktası bakımından önemli olan husus ise, mevcut bu menfaat ve butlanı ileri sürme hakkının kullanılmasıyla, karşı tarafa verilen zarar arasında aşırı bir oransızlık olup olmadığı, bu hakkın kullanılmasının karşı tarafı ağır bir yük altında bırakıp bırakmadığı meselesidir. Belirtmek gerekir ki, söz konusu bu durum, tarafların ekonomik ve sosyal durumları dikkate alınarak, hâkim tarafından değerlendirilmelidir. Karara konu olayda, zaten süreye tabi olmayan ve toplumsal yarar ve kamu düzeni gerekçesi ile her zaman açılabilen davanın uzun süre sonra açılması ile, karşı tarafın daha ağır bir yük altına girmediği düşünülebilir. Çünkü davacının ailesinin evliliğin butlan kararı ile sona erdirilmesi, bu mümkün olmadığı takdirde boşanmaya karar verilmesi yönündeki talebine karşılık, davalı tarafça boşanma isteğine karşı çıkmamış, hatta davalı eşin kendisinin de boşanma isteği olduğu bildirilmiştir⁵⁴. Karardaki ifadelerden, bu durumdan, her iki

eşlerden biri, onların ana ve babaları, mirasçıları ile vasileri ‘ilgili’ sayılırlar.” şeklinde hüküm tesis etmiştir (*Kazancı*).

⁵³ **Ataay**, s. 350; **Velidedeoğlu**, (Haklar ve Borçlar), s. 332, 333; **Saymen**, s. 322, 323; **Oğuzman/Barlas**, s. 272, 273; **Dural/Sarı**, s. 256 vd.

⁵⁴ TMK m. 158/II hükmü uyarınca, evlenmenin butlanına karar verilmesi halinde, eşler arasında mal rejiminin tasfiyesi, tazminat, nafaka ve soyadı hakkında boşanmaya ilişkin hükümler uygulanmaktadır. Bu durumda, evliliğin butlan kararı ya da boşanma ile sona ermesi bakımından taraf menfaatlerini ciddi ölçüde etkileyecek bir farklılık bulunmadığı söylenebilir. Ancak, eşlerden birinin ölmesi ile sağ kalan eşin yasal mirasçı sıfatını kazanmasının, o eşe, evliliğin butlan kararı ile sona ermesine nazaran daha üstün bir menfaat sağlayacağı açıktır. Bu nedenle, evliliğin devamında ve butlan ya da boşanma kararı yerine ölümle sona ermesi durumunda, davalı tarafın daha üstün bir maddi menfaatinin bulunup bulunmayacağı meselesi gündeme gelebilir. Bu durum, öncelikle, sadece butlanı ileri sürmenin değil, boşanma talebinin de aynı çerçevede değerlendirilmesini gerekli kılar. İkinci olarak, evliliğin devamında daha üstün menfaat olarak kabul edilen eşlerin mirasçılık hakları bakımından ise, TMK m. 147 hükmü göz önünde tutulmalıdır. TMK 147/I hükmü uyarınca: “Sona ermiş bir evliliğin mutlak butlanı Cumhuriyet savcısı tarafından re’sen dava edilemez; fakat her ilgili, mutlak butlanın karar altına alınmasını isteyebilir.” Hükme göre, evlilik taraflardan birinin ölümüyle sona ermiş bile olsa, mirasçılar tarafından mutlak butlan davası açılabilir olup, mirasçıların (ilgililerin) dava hakkı bu aşamada korunmuştur (bkz. **Velidedeoğlu**, s. 264, 266, 268; *YÜHFD Cilt: XVI Sayı:2 (2019)*

tarafın da evliliğin bir şekilde sona ermesini istediği sonucunu çıkarmak mümkündür⁵⁵. O halde, davalı tarafın, evliliğin devamında üstün tutulması gereken maddi ya da manevi bir menfaatinin bulunmadığı, evliliğin sona ermesiyle aşırı bir zarar ya da zarar tehlikesi ile karşılaşmayacağı düşünülebilir. Bu durumda butlan kararı verilmesi için, davacının dava açma hakkını kullanmakla elde edeceği menfaat ile, davalının evliliğin sona ermesi ile uğrayacağı zarar arasında aşırı oransızlık mevcut olmayacaktır. Karardan anlaşıldığı kadarıyla, burada davacının “sırf başkasını zarara sokmak, onu güç duruma düşürmek, gayrimeşru kazanç sağlamak” gibi⁵⁶ amaçlarının da bulunmadığı söylenebilir.

İfade etmek gerekir ki, bir sözleşmenin hükümsüzlüğünün ileri sürülmesinin hakkın kötüye kullanılması olarak kabul edildiği hallerde,

Dural/Öğüz/Gümüş, s. 94; **Akıntürk/Ateş**, s. 226; **Hatemi**, (Aile), s. 69, 70; **Tekinay**, s. 125; **Erdem**, s. 77; **İkizler**, s. 241, 293; **Egger**, s. 109, 110; **Köprülü/Kaneti**, s. 109; **Tutumlu**, s. 87, 88, 110) Ayrıca bkz. Yargıtay 2. HD., T. 21.3.2005, E. 2005/3446, K. 2005/4428: “Sona ermiş bir evliliğin mutlak butlanı Cumhuriyet Savcısı tarafından re’sen dava edilemez, fakat her ilgili, mutlak butlanın karar altına alınmasını isteyebilir (MK. mad. 147/1) Davacılar miras bırakanın önceki evliliğinden olma çocuklarıdır. Dava açmada hukuki yararları vardır. Tarafların gösterdikleri takdirde delillerinin toplanıp değerlendirilip, sonucu uyarınca karar verilmesi gerekirken, yazılı olduğu şekilde ret hükmü kurulması usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirmiştir” şeklinde hüküm tesis etmiştir; aynı yönde bkz. Yargıtay 2. HD., T. 20.5. 2002, E. 2002/6073, K. 2002/6775 (*Kazanıcı*). O halde, evlilik devam ederken mevcut butlan sebeplerinden birinin varlığına rağmen, mutlak butlan davası açılmamış olsaydı, bir eşin ölümünden sonra da (ilgililer) mirasçılar, mutlak butlanı ileri sürerek, sağ kalan eşin mirasçılığını engelleyebilecek ve ölen eşin mirasçısı olma hakkını kazanabilecek idi. Doktrinde, böyle bir ihtimalde, verilen butlan kararının, verildiği tarihten itibaren değil, evlenmenin sona erdiği, ölüm tarihinden itibaren hüküm ifade edeceği, bu kararın ölüm anına kadar geriye yürüyeceği ve sona erdikten sonra butlanına karar verilen evlilikte sağ kalan eşin ölen eşin mirasçısı olamayacağı ifade edilmiştir (bkz. **Velidedeoglu**, s. 268). Evlilik ölümle sona erdikten sonra bile, Kanunda, açıkça mirasçılarının (ilgililerin) menfaatlerini temin için kendilerine butlanı ileri sürme hakkının tanınması, evliliğin herhangi bir sebeple sona ermediği bir aşamada da, dava açma hakkının uzun süre sonra kullanılmasının mümkün olduğu ve bu durumda başkaca bir sebep bulunmadığı sürece, bu hakkın, hak sahiplerine tanınmasındaki amaca aykırı kullanılmış sayılmayacağı ve bu nedenle, somut olayda hakkın kötüye kullanılmasından da söz edilemeyeceği şeklinde yorumlanabilir. Ancak her somut olayda, maddi/manevi menfaat ve zarar durumunun, tarafların ekonomik ve sosyal özelliklerinin hâkim tarafından incelenmesi neticesinde açıklığa kavuşturulması gerektiği eklenmelidir.

⁵⁵ Hâkimin boşanma yönündeki iradenin kime ait olduğunu tespit etmesi ve boşanma isteğinin eşlere ait olup olmadığını, eşlerin kendi özgür iradelerinin bu yönde olup olmadığını araştırması gerekir.

⁵⁶ Bkz. **Oğuzman/Barlas**, s. 272 (aynı çalışmada dn. 450’de zikredilen Yargıtay kararları); **Velidedeoglu**, (Haklar ve Borçlar), s. 342; aynı yönde bkz. **Saymen**, s. 326.

hukuken geçersiz olan sözleşmeler geçerli hale gelmemekte, sadece TMK m. 2/II nedeniyle geçerliymiş gibi sonuç doğurmaktadır⁵⁷. Burada ise, borçlar hukuku sözleşmelerindeki kesin hükümsüzlükten farklı olarak, evlilik, mutlak butlan ile sakat olsa bile, dava açılmadan önce, hâkimin kararına kadar (TMK m. 156) geçerliymiş gibi hak ve yükümlülükler doğurmaktadır⁵⁸. Bu nedenle, burada hakkın kötüye kullanılması olgusundan bahsetmeye ihtiyaç olmadığı gibi, hâkimin hakkın kötüye kullanılmasına karar vermesinin yaptırımını, işlemin geçerliymiş gibi sonuç doğurması şeklinde olacağı için, bu kararın pratik bir sonucu da olmayacaktır.

3.4. Yürürlük Hukuku Kuralları Açısından Konuya Bakış

Karara konu olan olaydaki evliliğin tarihi, 1979 olup, bu tarihte henüz 4721 Sayılı Yeni TMK yürürlüğe girmemişti. Yürürlük hukuku kurallarına göre⁵⁹, eski MK zamanında kurulan hukuki ilişkiler, yapıldığı zaman yürürlükte olan kanun hükümlerine uygun ise ve o kanunun aradığı şartları taşıyorsa, geçerli olarak kalmaya devam eder⁶⁰. Ancak, eski Kanuna göre geçerli olmayan evlenmenin iptali, yeni Kanun hükümlerine tabi olur⁶¹.

⁵⁷ Oğuzman/Barlas, s. 286.

⁵⁸ Doktrinde, (Velidedeoğlu, s. 268) bu konuyu, "...yani evlenmenin iptali ancak hâkimin kararıyla hüküm ifade edeceğinden, evlenme mutlak butlan ile malul olsa bile, hakim [hâkimin] iptal kararına kadar sahih ve muteber sayılır ve bu itibarla o ana kadar sahih bir evlenmenin bütün neticelerini doğurur..." şeklinde ifade etmiştir. Doktrinde, (Berki, s. 225) bu hususta, "...kanunun, bu mealdeki hükmü kısaltılarak şöylede ifade edilebilir: 'bâtil evlenme butlan hükmüne kadar sahihtir'..." şeklinde görüş belirtmiştir. Doktrinde, (Öztaş, Makale, s. 197), "...muteber olmayan bir hukukî muamelemin kaldırılmasından bahsedilemez. Halbuki batıl bir evlenmenin, boşanma ile ortadan kaldırılacağı Medenî Kanun'un 114'üncü maddesinden (TMK m.147) anlaşılmalıdır. O halde butlan ile batıl bir evlilik aktinin hukuken muteber bir muamele olduğunu kabul etmek gerekmektedir. Meselâ evlenmenin yokluğu halinde boşanmaya gidilemez..." şeklinde görüş belirtmiştir. Doktrinde, (Göktürk, s. 39), "...Her iki hükümsüzlük türünde de nedenlerin varlığı ile evlilik geçersiz hale gelmez. Evliliğin geçersiz olması için, Borçlar Hukuku'ndaki halin aksine, mutlaka hâkim kararına ihtiyaç vardır..." şeklinde bu hususu ifade etmiştir. Ayrıca bkz. Yargıtay HGK., T. 26.10.1994, E. 1993/2-756, K.1994/638 (Legalbank). Ayrıca, bkz., dn. 44, 45' e metinler.

⁵⁹ Bu konuda bkz. 4722 Sayılı TMK'nın Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun, m.1, 2, 3, 4, 9 (RG. T. 8. 12. 2001, S. 24607- Yürürlük: 1.1. 2001)

⁶⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. Oğuzman/Barlas, s. 79 vd.

⁶¹ Yargıtay 2.HD., T. 23.1.2003, E. 2002/15064, K. 2003/917: "MK. nun 145. maddesiyle "eşlerden birinin evlenmeye engel olacak derecede akıl hastası olması halini" mutlak butlan sebebi olarak kabul edilmiştir. Evlilik yürürlükten kaldırılan MK. zamanında olsa bile 4722 sayılı Yasanın 9/3 maddesi hükmüne göre evlenmenin iptali davaları 1.1.2002 tarihinde YÜHFD Cilt: XVI Sayı:2 (2019)

1979 yılında yürürlükte olan eski MK'ya göre de mutlak butlan sebepleri, genel olarak TMK'da düzenlenen sebeplerden farklı değildi⁶². Evlenme başvurusu, başvurunun incelenmesi gibi hususlarda ise, yeni düzenlemeler ile yürürlükten kalkan Kanun arasında esasa etki eden bir farklılık bulunmamaktadır. Bu hükümlerden yola çıkarak, karara konu olan olayda, eşlerin evlilik tarihinde yürürlükte olan Kanunun şartlarını taşımadan evlenmelerinin zaten yasak olduğunu söylemek mümkündür. Örneğin, evlenme sırasında eşlerden birinin sürekli olarak ayırt etme gücü yoksa, bu durumun ispatlanması halinde yine evliliğin mutlak butlan ile sakat olduğunu; akıl zayıflığının ise, evlenme sırasında ayırt etme gücünü sürekli olarak ortadan kaldırabilecek nitelikte olduğu hallerde, mutlak butlan sebebi oluşturacağını söylemek mümkün olacaktır.

4. KARARIN DEĞERLENDİRİLMESİ

Yargıtay 2. HD, evlenecek kişilerin evlenme sırasında sürekli biçimde ayırt etme gücü yoksa (TMK m. 145/b.2) ya da evlenmeye engel olacak derecede akıl hastalığı varsa (TMK m. 145/b.3), bu durumun mutlak butlan sebebi olduğunu, mutlak butlan davasının açılmasının Kanun gereği bir süreye tabi tutulmadığını belirterek, evlenme tarihinden itibaren ne kadar süre geçerse geçsin davanın her zaman açılabilmesine karar vermiştir. Yargıtay'ın mutlak butlan sebepleri ve dava açmanın süreye tabi olmamasına ilişkin değerlendirmeleri, bizce de isabetlidir. Evliliğin mutlak butlanına yönelik açılan davada ilk olarak, Kanunda sayılan sebeplerden birinin varlığının araştırılması zorunludur. Buna göre, eşlerin evlenme sırasında ayırt etme gücünden sürekli olarak yoksun olduklarını ya da evlenmeye engel oluşturacak nitelikte akıl hastası olduklarının sağlık kurulu

yürürlüğe giren MK. hükümlerine tabidir... Olayda, evlenme 3.4.1996 tarihinde gerçekleşmiştir... Türk Medeni Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkındaki 4722 sayılı Kanunun 9/3. maddesine göre "...Eski hukuka göre geçerli olmayan evlenmenin iptali, Türk Medeni Kanunu hükümlerine tabidir..." Bu hükme göre davada, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu hükümlerinin uygulanacağı açık ve tartışmasızdır..." şeklindedir (Kazancı).

⁶² Daha önce açıkladığımız üzere (dn. 18, 19), sadece akıl hastalarının hiçbir şekilde evlenmelerine izin verilmemekte idi. Eski MK m. 89: "Evlenmeye, yalnız mümeyyiz olanlar ehildir. - Akıl hastalıklarından birine müptela olan kimse asla evlenemez" şeklinde olup, mutlak butlan sebeplerini düzenleyen Eski MK m. 112/2.b: "Karı kocadan biri evlenme merasiminin icrası zamanında bir akıl hastalığı veya daimî bir sebep neticesi mümeyyiz değilse" şeklinde idi. Konuya ilişkin diğer bir hüküm ise, eski MK m. 91 olup: "Mahcur, vasisinin rızası olmadıkça evlenemez. Vasinin imtinayı takdirinde mahcur mahkemeye müracaat edebilir" şeklinde idi.

raporuyla ispatlanması gerekmektedir ki, evliliğin mutlak butlanı talep edilebilsin. O halde, karara konu olan olayda, öncelikle bir butlan sebebinin mevcut olup olmadığı hususunda kesin bir yargıya varılması şarttır. Ancak, daha önce de belirtmiş olduğumuz üzere, olayda bir akıl hastalığından değil, akıl zayıflığı hali yaratan mental retardasyondan söz edilmektedir⁶³. Bu nedenle değerlendirilmesi gereken hususlardan ilki, evlenmenin gerçekleştiği sırada mental retardasyonun mevcut olup olmadığı; ikincisi, mental retardasyonun ayırt etme gücüne etkisi ve bu durumun somut olayda evlenme sırasında sürekli olarak ayırt etme gücünü ortadan kaldıracak nitelikte olup olmadığıdır.

Esasen cevaplandırılması gereken bu sorulardan ilkinde ilişkin düşüncelerimizi, daha önce açıklamış bulunuyoruz⁶⁴. Hafif mental retardasyon, doğuştan mevcut olan bir zekâ geriliği hali ve gelişimsel bir bozukluk olduğu için, aslında eşlerin evlendiği sırada da bu durumun mevcut olduğu kabul edilebilir. Keza ilk derece mahkemesi kararında, ailelerin de eşlerin bu özel durumundan haberdar olduğu belirtilmektedir. Ancak bu durumun teşhisi, evlilik tarihinden çok sonra yapılmış ve sonra da taraflara vasi tayin edilmiştir. Evlenme sırasında eşlerin hafif düzeyde zihinsel engelli olması ya da eşlerde akıl zayıflığı bulunması ise, Kanunda sınırlı sayıda gösterilen mutlak butlan sebeplerinden biri değildir. Kararda, bu zihinsel engellilik durumunun, ayırt etme gücünü sürekli olarak ortadan kaldıracak niteliğinde olup olmadığına ilişkin bir değerlendirme yapılmamıştır.

Ayırt etme gücü, psikolojik ve nisbi bir kavram olup, doktrinde genel olarak, “bir kimsenin fiil ve işlemlerinin güdüsünü, sonuçlarını, kapsamını ve etkilerini seçebilme ve bunlara uygun hareket edebilme yeteneği” olarak tanımlanmaktadır⁶⁵. Keza, ayırt etme gücünün, zihni unsur ve iradi unsur olmak üzere iki unsurdan oluştuğu, zihni unsurun, kişilerin hareketlerinin sebep ve sonuçlarını değerlendirebilme yeteneği olduğu, kişilerin zihni unsura sahip olduğundan söz edebilmek için ise, hareketlerinin tüm

⁶³ “Mental retardasyonun bir hastalık olmadığı, yeteneklerde eksiklik olduğu ve hafiften ağıra doğru bir kategorizasyonun bulunduğu Murray A. Diamond (1965) tarafından ortaya atılmıştır. Eğitilebilme, öğrenebilme gibi becerilerinin olabileceği de [olabileceği] ilk defa Murray tarafından vurgulanmıştır”, bkz. **Şinikoğlu**, s. 4, (naklen: Murray A. **Diamond**, “Employment of the Mentally Retarded and the Mentally Restored”, Public Health Reports, Vol. 80, No. 11, 1965). Ayrıca bkz., dn. 33’e ait paragraf.

⁶⁴ Bkz., dn. 38 ve dn. 42’ye ait paragraflar.

⁶⁵ Bu kavramla ilgili olarak bkz. **Akipek/Akıntürk/Ateş**, s. 286 vd.; **Hatemi**, (Kişiler), s. 22, 23.

sonuçlarını anlamış olmaları gerekmediği, kişilerin hali hazırdaki bilgilerine göre, ulaşmak istedikleri sonuçları bilmeleri ve buna göre hareket etmelerinin yeterli olduğu da bu tanıma eklenmelidir⁶⁶. Bir başka tanıma göre ise, ayırt etme gücü, psikolojik süreçleri olan bir kavram olup, “normal ve akla uygun bir harekette bulunan kişi hakkında, ‘ayırt etme gücüne sahiptir’ denilebilmesi için, onun fiil ve hareketinin şu üç psikolojik aşamadan geçmiş olması gerekir: (1) kişinin yapacağı fiilin nedenini ve saikini (güdüsünü) düşünmüş olması- düşünce ve muhakeme aşaması; (2) bu saike uygun olanını istemiş ve arzulamış bulunması- istek ve irade aşaması; (3) istediği şekle uygun olarak harekete geçmiş olması-icra aşaması.”⁶⁷

Esasen ayırt etme gücünün, kural olarak işlemlerin yapıldığı sırada işlemi yapan kişide aranması gerekliliği şartı, evliliğin geçerliliği için de gereklidir. Bunun yanı sıra, kavramın nisbi mahiyeti gereği, her somut olay açısından kişide o olayın şartlarını anlama yetkinliği olup olmadığının, ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir. Doktrinde, evliliğin mahiyetini anlama açısından kişide bulunması gereken ayırt etme gücü araştırılırken, “evlilik kurumunun ne olduğunu ve yükümlülüklerini en basit biçimiyle anlayabilen kişiler açısından, evliliğin onlar ve toplum için evlenmemeden daha uygun olacağı anlaşılıyorsa, ayırt etme güçlerinin varlığının” kabul edilmesi gerektiği ifade edilmiştir⁶⁸. Keza, doktrinde, hafif mental retardasyonu kapsamına alan “akıl zayıflığındaki durumun, akıl hastalığında olduğu kadar bir genellik arz etmediği, akıl zayıflığına sahip olan kişilerde idrak etme yeteneğinden çok, irade kuvvetinde zafiyet görüldüğü, akıl hastalığında ise hem idrak etme yeteneği hem zekâ hem de irade kuvvetinde zafiyetin söz konusu” olduğu da belirtilmiştir⁶⁹. O halde, evliliğin bir yaşam birliği, bir hayat ortaklığı olarak taşıdığı önemi ve evlilikten doğan ödev ve sorumlulukları anlama ve bu anlayışa uygun hareket etme kabiliyeti bulunmayan kişiler, evlenme bakımından ayırt etme gücünden yoksun sayılacağı için, bu kişilerin evlenme ehliyeti yoktur.

Konuya ilişkin kaynaklarda, hafif derecede zihinsel engellilerin, engelli olarak tanımlanmış olmasının yarardan çok zarar getirdiğinin belirtildiğini

⁶⁶ Dural/Öğüz, s. 57.

⁶⁷ Akıntürk/Ateş, s. 63.

⁶⁸ Erdem, s. 54 (naklen, A Marca, Jean- Christophe, Commentaire Romand, Code Civil, Bale 2010, Art. 94 N 19). Ayrıca bkz., dn.11’e ait metin.

⁶⁹ Vehbi Umut Erkan/İpek Yücer, “Ayırt Etme Gücü”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Türkiye’ye Armağan Projesi, 60 (3), Ankara 2011 (çevrimiçi: <http://dergiler.ankara.edu.tr>).

ve bu durumun sebebinin, bu kişilerin aslında normallere en yakın grup olması ve problemlerinin sadece akademik öğrenme konusuyla sınırlı olması şeklinde açıklandığını görmekteyiz⁷⁰. Bununla birlikte, hafif mental retardasyonun, akıl hastalığından farklı bir kavram olmasının yanı sıra, bu çiftler için sevgi ilişkilerinin ve evliliğin genel popülasyonda olduğu kadar başarılı olabileceği, bu durumdaki gençlerin ve yetişkinlerin genellikle aşkı bulmayı, birlikte [bir eve] taşınmayı⁷¹, evlenmeyi ve çocuk sahibi olmayı hayal ettikleri de ifade edilmektedir⁷². Hayalin sözlük anlamı, “zihinde tasarlanan, canlandırılan ve gerçekleşmesi özlenen şey, düş, imge, hülya; görüntü” şeklinde olup⁷³, ancak istek ve arzuları olan kişiler, hayal kurabilmektedir. Bir şeyleri (evliliği) zihninde tasarlayabilen, bir şeylerin gerçekleşmesini zihninde canlandırıp, o şeylere özlem duyabilen (hayal edebilen) bir kişinin ise, ulaşmak istediği bir sonuç mevcut olup, kişinin bunun farkında olarak, bu doğrultuda hareket edebiliyor olması gerekir. Ekleme gerekir ki, hafif mental retardasyonu olan kişilerin ortak özellikleri arasında, toplumda bağımsız olarak yaşamlarını sürdürüp, kendi günlük ihtiyaçlarının sorumluluğunu alabilecekleri de belirtilmiş olup⁷⁴, bu durum

⁷⁰ **Eripek**, s. 89.

⁷¹ Doktrinde belirtildiği üzere, “bir kimse, evlenmenin birlikte yaşamaya sebebiyet vereceğini kavrayabilecek durumda değilse, ayırt etme gücünden yoksundur” [**İkizler**, s. 167, (naklen: Andreas **Schwarz**, Aile Hukuku, C.1, çeviri: Davran, B, 2. Bası, İstanbul 1946, s. 67)]. Hafif mental retardasyon durumundaki kişi, birlikte bir yere taşınmayı hayal edebildiğine, istediğine göre, içinde bulunduğu bu durumu kavrayabilecek yeterlilikte olduğunu söylemek mümkündür.

⁷² J. Dale **Munro**, MSW, RSW, FAAIDD, “Couple Therapy and Support: A Positive Model for People with Intellectual Disabilities”, NADD Bulletin Volume X Number 5 Article 1, (çevrimiçi: <http://thenadd.org/modal/bulletins/v10n5a1~.htm>).

⁷³ Çevrimiçi: <http://www.tdk.gov.tr>.

⁷⁴ DSM-IV-TR, s. 59. Amerikan Psikiyatri Birliği tarafından hazırlanan en son psikiyatrik bozukluk tanı sınıflandırmasında (DSM-IV) belirlenen zekâ geriliği (mental retardasyon) ölçütleri şunlardır: “Genel entelektüel işlevselliğin [zekâ işlevselliğinin] ortalamanın önemli derecede altında olması ile aşağıda yer alanların en az ikisinde yetersizlik ve bozukluk olması: İletişim, kendine bakım, ev yaşamı, toplumsal/kişiler arası beceriler, toplumun sağladığı olanaklardan yararlanma, kendi kendini yönetip yönlendirme, okulla ilgili işlevsel beceriler, iş, boş zamanları değerlendirme, sağlık ve güvenlik” (ayrıntılar için bkz. DSM-IV-TR, s. 56, 66). Ayrıca bkz., dn. 27’deki açıklamalar. Her somut olay kendi şartları içinde değerlendirilecek olsa da, bu konuyla ilgili benzer bir durumda Yargıtay 2. HD., T. 10.3.2014, E. 2013/20396, K. 2014/5254: “...Davalının “atipik psikoz ve zeka geriliği” tanısıyla tedavi gördüğü, ve hastalığının remisyona (iyileşme) halinde olduğu, hastalığının süreğen (kronik) özellikte olduğu, ilaç tedavisiyle iyilik halinin sağlanabildiği, kişinin kendi başına yaşamını sürdürebileceği, vasi tayinine yer olmadığı sağlık kurulu raporunda bildirilmiştir....” şeklinde hüküm tesis etmiştir (*Kazanıcı*).

da, bu kişilerin evliliğin getireceği hak ve yükümlülüklerin farkına varabileceği anlamına gelmektedir. Keza, daha önce saydığımız özellikleri gereği, hafif mental retardasyonu olan kişilerin idrak etme yeteneğini yok edecek derecede bir zafiyet bulunmadığı, idrak etme yeteneğinde zafiyet bulunmaması nedeniyle de bu kişilerin, çoğunlukla ve özellikle evlenme iradesini açıklama hususunda akla uygun surette hareket edebilme yeteneğine sahip olduğunun varsayılması gerekir. Bu gereklilik ise, evlenme sırasında, evlenmenin mahiyetini, kişiye yüklediği ödev ve sorumlulukları anlama kabiliyetine sahip olan (hafif mental retardasyonu olan) kişilerin, evlilik konusunda ayırt etme gücünün varlığını ortaya koyar⁷⁵. Bu hususa ilişkin olarak eklemek gerekir ki, doktrinde, bir kişinin evliliğin günübürlük bir ilişki ya da bir oyun olmadığını kavrayamadığı durumlarda, ayırt etme gücünden yoksun olduğunun kabul edilmesi gerektiği ifade edilmiştir⁷⁶. Ancak karardan anlaşıldığı kadarıyla, eşler uzun yıllar (yaklaşık 30 yıl) beraberce, sevgi temelli olarak evlilik ilişkisini sürdürebilmişlerdir.

O halde, kararda belirtildiği gibi eşlerde sadece hafif mental retardasyon söz konusu ise, bu durum evlenme sırasında her iki eşte de mevcut olsa, yukarıda açıklanan sebepler ile bu durumun evlilik sırasında ayırt etme gücünü sürekli olarak ortadan kaldıran bir durum olmadığının kabul edilmesi ile, olayda bir mutlak butlan sebebinin söz konusu olmayacağı sonucuna varılır⁷⁷. Olayda evlilik mutlak butlan ile sakatlanmamış ise, bu durumda zaten hakkın kötüye kullanılmasından değil, kişinin butlan davası açma hakkının mevcut olmamasından söz edilmelidir⁷⁸. Butlan kararı verilmezse, tarafların bir boşanma talebinin söz konusu olduğu anlaşılan olayda, bir boşanma sebebinin var olup olmadığının da ayrıca araştırılması ve bu araştırmanın sonucuna göre karar verilmesi gerekir.

⁷⁵ Federal Mahkeme (BGE 109 II 277), zihinsel özürü bir kişinin evlenmesinde, bu ölçütlerin biraz aşağı çekilebileceği yönünde karar vermiştir (naklen, **Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 52, dn. 101).

⁷⁶ **İkizler**, s. 167.

⁷⁷ Bkz. yukarıda, özellikle dn. 76'ya ait paragraf. İfade etmek gerekir ki, burada genel ve bilimsel değerlendirmelerden yola çıkılarak, söz konusu durum, objektif olarak ele alınmış olup, hâkimin önüne gelen her somut uyuşmazlıkta, tarafların durumunu uzman raporuyla tespit ettirmesi, uzman olan kişilerin ise, tüm bu hususları ve bu hususlara ilişkin delilleri titizlikle incelemesi ve hâkimin de değerlendirme raporu sonrasında elde edilecek sonuca göre kararını vermesi gerekir.

⁷⁸ Zira, "... hiçbir hakka dayanmayan bir tasarruf, hakkın kötüye kullanılması olamaz. Mesela ortada kanuni bir fesih sebebi yokken, evlenmenin feshi davası açılması halinde, hakkın suiistimali bahis mevzuu değildir, zira ortada bir hak yoktur ki onun kötüye kullanılması bahis mevzuu olsun" (**Velidedeoğlu**, Haklar ve Borçlar, s. 341).

Evlenme sırasında, evlenmenin mahiyetini, kişiye yüklediği ödev ve sorumlulukları anlama kabiliyetine sahip olduğu varsayılan (hafif mental retardasyonu olan) kişiler bakımından, somut olayda, evlilik sırasında sürekli olarak ayırt etme gücünü ortadan kaldıracak nitelikte bir zekâ geriliğinin (zihinsel engelin) mevcudiyeti uzman raporuyla saptanmışsa, mutlak butlan sebebinin varlığından söz edilebilecektir. Bu durumun, Engellilerin Haklarına İlişkin Milletlerarası Sözleşme'nin 23. maddesinde yer alan, “evlilik çağına gelmiş engellilerin evlenme ve aile kurma hakkının tanınması ve bu hakkın evlenmek isteyen eşlerin serbest iradeleri ve rızaları doğrultusunda kullanılması” düzenlemesine de aykırılık yaratmadığı açıktır. Evlilik mutlak butlanla sakatlanmış ise, bu nedenle sonradan dava açmak da mümkündür. Evliliğin butlanına karar verilirse, karar, sonuçlarını ileriye etkili olarak doğurur. Kamu düzeni gerekçesiyle davanın her zaman açılması mümkün olduğu için (ve yukarıda açıkladığımız sebeplerle⁷⁹), bu ihtimalde, davacının menfaati ile davalının zararı arasında aşırı bir oransızlık bulunmadığının kabulüyle, sadece sonradan dava açılmasının hakkın kötüye kullanılması olgusu bakımından yeterli bir sebep olmadığı düşüncesindeyiz⁸⁰. Keza, doktrinde, kamu düzeninin ve genel ahlakın

⁷⁹ Bkz., dn. 51, 52, 53, 54.

⁸⁰ Somut olaydaki eşler için, hafif mental retardasyonun evlenme sırasında sürekli olarak ayırt etme gücünü ortadan kaldırdığının hekim raporuyla kanıtlandığı varsayımında, evlilik mutlak butlan ile sakat olur. Bu ihtimalde butlanı ileri sürmek, hakkın kötüye kullanılması olarak kabul edilirse, mutlak butlan sebepleri mevcut olsa bile, evlilik geçerli olarak devam edecek, davacının bu talebi dikkate alınmayacaktır. Bu durumda tarafların boşanma talepleri yönünden bir değerlendirme yapılacaktır. Bu aşamada ise, eşlerin ayırt etme gücü bulunmadığı için, kusur aranmayan boşanma sebeplerinden birinin şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediğinin değerlendirilmesi gerekir. Ayırt etme gücü bulunmayanların (tam ehliyetsizlerin) kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları kullanması hususundaki tartışmaların yanı sıra, tam ehliyetsizlerin boşanma davası açma hakkını kullanması meselesi de doktrinde tartışmalıdır (bkz. **Dural/Öğüz**, s. 81 vd.; **Arpacı**, s. 51 vd.; **Oğuzman/Seliçi/Özdemir**, s. 88 vd.; **Helvacı**, s. 70, 71; **Akipek/Akıntürk/Ateş**, s. 316 vd.; **Velidedeoğlu** (Şahsın Hukuku), s. 70, 71. Katıldığımız görüş (bkz. **Arpacı**, s. 53, 54; **Dural/Öğüz**, s. 84; **Akipek/Akıntürk/Ateş**, s. 317; **Oğuzman/Seliçi/Özdemir**, s. 90 ve dn. 299 ile dn. 301'de zikredilen Yargıtay kararları). Katıldığımız görüşler çerçevesinde, zina, terk, hayata kast, pek kötü ve onur kırıcı davranış, suç işleme, haysiyetsiz hayat sürme gibi mutlak boşanma sebeplerinden biri varsa, yasal temsilci aracılığıyla bu dava hakkının kullanılması gerekir. Olayda bu sebeplerden herhangi birinin gerçekleştiğine dair bir veri yoktur. Anlaşmalı boşanma için aranan, eşlerin, hâkim tarafından dinlenilmesi ve boşanmanın sonuçlarına ilişkin anlaşma yapılması gibi şartların gerçekleşmesi, ayırt etme gücü bulunmayan eşler açısından imkansızdır. TMK m. 166/IV uyarınca, dava açılmasına engel bulunmasa da, karardan anlaşıldığı kadarıyla olayda bu fıkraya ilişkin şartlar gerçekleşmemiştir. TMK m. 166/I uyarınca, ortak hayatı sürdürmenin beklenemez olması sebebiyle açılacak davalarda *YÜHFD Cilt: XVI Sayı:2 (2019)*

korunması amacıyla konulmuş hükümlere dayanılmasının (TMK m. 146), hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olmadığı kabul edilmiş olması da⁸¹, bu husustaki düşüncemizi destekler mahiyettedir.

5. SONUÇ

Kurulması, iki ayrı cinsin karşılıklı ve sözlü olarak olumlu iradelerini yetkili evlendirme memuru önünde açıklaması ile gerçekleşen bir aile hukuku sözleşmesi olan evliliğin, geçersizliği ise, TMK m. 145 hükmünde düzenlenen mutlak butlan sebepleri ve TMK m. 148 vd. hükümlerinde düzenlenen nisbi butlan sebeplerinden birinin söz konusu olduğu hallerde gündeme gelmektedir. Mutlak ve nisbi butlan sebepleri, Kanunda tahdidi olarak (sınırlı sayıda) düzenlenmiştir. TMK m. 145/b.2 uyarınca evliliğin mutlak butlanına karar verebilmek için, ayırt etme gücünden yoksunluğun sürekli olması ve evlenme (töreni) sırasında mevcut olması şarttır (TMK m. 125). Ayırt etme gücünün kaybına neden olan durum, akıl hastalığı ise, evlilik yine TMK m. 145/b.2 uyarınca mutlak butlan nedeniyle sakatlanmış olur. Eşlerden birinde ayırt etme gücünü ortadan kaldırmayan akıl hastalıklarından biri mevcut ise, ancak evliliğin tıbben sakıncalı olmadığına ilişkin resmi sağlık kurulu raporu alınması halinde evlilik geçerli olur (TMK m. 133); aksi halde, yine mutlak butlandan söz edilir (TMK m. 145/b.2).

Karara konu olayda, evlilik, eski MK yürürlükte iken akdedilmiş olup, o tarihte de Kanunda evlenme yasakları ve evliliğin mutlak butlanı halleri sınırlı sayıda sayılmış idi. Eşlerin o tarihte de evlenme sırasında sürekli olarak ayırt etme gücü bulunmasaydı, evlilik mutlak butlan ile batıl olurdu. Somut olayda, eşlerin evlenme tarihinde ayırt etme gücünün bulunup bulunmadığına dair açık bir veriye rastlanmamaktadır.

Olaydaki verilerden, 1950 ve 1954 senelerinde doğan eşlerden erkek olanın askerlik hizmetini yerine getirdiği, 1979 senesinde ise evliliğin gerçekleştiği, eşlerin 2003 tarihli hafif mental retardasyon tanısını içeren sağlık raporunu aldıkları, daha sonra 2009 senesine kadar beraber yaşayan eşlerin ayrı yaşamaya başladıkları ve 2011 senesinde ise, akıl zayıflığı tanısı ile vasi atanarak, kısıtlama kararı verildiği anlaşılmaktadır. Davacı tarafın en

ise, yasal temsilcinin dava açmasına izin verilmektedir. Ancak somut olaydaki durumun buna uygun olması gerekir. Çekilmezlik şartının, evlilik birliğinin temelden sarsıldığının iyice irdelenmesi neticesinde ortaya çıkacak sonuca göre karar verilmesi gerekir. Bu durumda, aslında bir butlan nedenine dayanarak boşanma davası açılmasına da butlan nedeninin, evlenme sonrasında eşlerin ilişkilerini olumsuz etkilemesi ve evlilik birliğinin temelden sarsılmasına neden olması ile karşılaşmaktadır (bkz. **İkizler**, s. 49).

⁸¹ Bkz. BGE, 54 II, s. 442, [naklen, **Velidedeoğlu**, (Haklar ve Borçlar), s. 348].

başta ileri sürmüş olduğu olgulardan biri, kısıtlılık halidir. Kısıtlanma sebebi, ayırt etme gücünü sürekli olarak ortadan kaldıran durumlardan birine ilişkinse (akıl hastalığı, akıl zayıflığı gibi) ve bu durum evlenme töreni sırasında mevcut ise, evliliğin mutlak butlan ile sakatlanmasından söz edilir. Ancak, önemle belirtmek gerekir ki, akıl zayıflığı nedeniyle kısıtlama kararı verilmişse de bu durum, o kişinin ayırt etme gücünün bulunmadığı anlamına gelmeyecektir. Akıl zayıflığı halinde kişi, akla uygun biçimde davranamıyorsa, hareketlerinin saik ve sonuçlarını idrak edemiyorsa, ayırt etme gücünü kaybetmiş sayılır. Akıl zayıflığının, her somut olayda ayırt etme gücünü sürekli olarak ortadan kaldırıp kaldırmadığının ve bu durumun evlenme sırasında söz konusu olup olmadığının, uzmanlarca incelenmesi gerekir. Bu inceleme neticesinde, akıl zayıflığının evlenme sırasında evliliğin mahiyetini anlama bakımından ayırt etme gücünü ortadan kaldırdığı tespit edilirse, bu durum mutlak butlan sebebi oluşturur (TMK m. 145/b.2).

Akıl zayıflığı, bazen doğuştan bazen de sonradan meydana gelen olaylardan kaynaklanabilir ise de, kararda akıl zayıflığının sebebi olarak gösterilen hafif mental retardasyonun (hafif düzeyde zekâ geriliğinin) 18 yaşından önce başladığı tıp kaynaklarında belirtilmektedir. Hem bu durumun 18 yaşından önce başlaması, hem de kararda bu durumun varlığının başlangıçtan beri aileler tarafından da bilindiğinin belirtilmesi - her ne kadar olayda hafif mental retardasyon ve akıl zayıflığı teşhisinin konularak kısıtlama işleminin gerçekleştirilmesi evlilikten çok sonraki bir tarihte söz konusu olsa da- evlilik aşamasında da eşlerde bu durumun mevcut olduğunu kabul etmek için yeterlidir. İlgili kaynaklardan edinilen bilgiler ışığında, hafif mental retardasyon düzeyinde kişilerin eğitilebilir olmaları, toplumda bağımsız olarak yaşamlarını sürdürüp, kendi günlük ihtiyaçlarının sorumluluğunu alabilecek olmaları, evlenmeyi ve çocuk sahibi olmayı, birlikte bir yere taşınıp birlikte yaşamayı istiyor ve hayal edebiliyor olmaları, kendi günlük ihtiyaçlarını anlatabilir olup, günlük yaşama ilişkin birçok işleri yardımsız görebilme potansiyeli taşımaları, erişkin yaşlarında ancak kendi başına yaşayabilmeye yeten toplumsal ve mesleki yetenekler kazanabilmeleri gibi çeşitli özelliklerinin bulunması, evlenmenin mahiyetini anlama bakımından da ayırt etme güçlerinin bulunduğu şeklinde yorumlanabilir. Ayrıca, eşler evliliği bir oyun ya da basit günlük bir ilişki gibi görüyor olsalardı, evlilik ilişkisinin mahiyetini ve sorumluluklarını anlamayacak durumda oldukları (bu konuda ayırt etme güçlerinin mevcut olmadığı) şeklinde yorum yapılabilirdi ki, bu durumda eşlerin evliliği 30 yıl gibi uzun bir süre boyunca sürdürmeleri de pek mümkün olmayabilirdi.

Karada sözü edilen Birleşmiş Milletler Engelli Haklarına İlişkin Sözleşme'nin "Hane ve Aile Hayatına Saygı" başlığı altında yer alan hükümleri de, butlan kararı verilmemesi gerektiği yönündeki dayanaklardan biri olarak gösterilmektedir. Usulüne göre yürürlüğe girmiş Milletlerarası Andlaşmalar, Anayasanın 90. maddesi gereği kanun hükmünde olup, evlilik devam ederken yürürlüğe giren ve evliliğin, engelli bireyler açısından bir hak olduğunu ve serbest irade ve rıza ile geçerli bir şekilde kurulacağını düzenleyen söz konusu hükümler ile TMK ve ilgili diğer iç mevzuat hükümleri arasında bir çatışma söz konusu değildir. Karara konu olayda, evliliğin kurulduğu sırada tarafların serbest irade ve rıza açıklaması olmadığına dair bir veri ya da belgeden söz edilmemiş olup, bu bilgiler ışığında söz konusu Andlaşma hükümleri uyarınca, evliliğin mutlak butlanı olarak kabul edilebilecek bir durumdan bahsedilemez. Ancak, hâkimin hem TMK hem de Milletlerarası Andlaşma hükümleri uyarınca, evliliğin geçerli olarak kurulduğuna kanaat getirebilmesi için, evlilik sırasında serbest irade ve rızayı engelleyecek bir durumun bulunup bulunmadığı hususunun, uzman raporu doğrultusunda açıklığa kavuşturulması şarttır.

Kararda belirtildiği gibi, eşlerde sadece hafif mental retardasyon söz konusu ise, bu durumun evlenme sırasında da mevcut olduğunun ve evlilik sırasında ayırt etme gücünü sürekli olarak ortadan kaldıran bir durum olmadığı kabulüyle, olayda bir mutlak butlan sebebinin de söz konusu olmayacağı sonucuna varılır. Ancak, önemle belirtmek gerekir ki, bu çalışmada genel ve bilimsel değerlendirmelerden yola çıkılarak, söz konusu durum, objektif olarak ele alınmış olup, somut olayda bu konularda uzman olan kişilerin tüm bu hususları ve bu hususlara ilişkin delilleri titizlikle incelemesi ve hâkimin de bu değerlendirme raporu sonrasında elde edilecek sonuca göre kararını vermesi gerekir.

Karara konu olayda, ilk derece mahkemesi, evlilikten 30 yıl sonra açılan mutlak butlan davasını, iyiniyet ilkeleriyle bağdaşmadığı gerekçesiyle reddetmiştir. Esasen, burada ifade edilmek istenen ilke, iyiniyet olmayıp, dürüstlük kuralıdır (TMK m. 2). Ancak, olayda evlilik mutlak butlan ile sakatlanmamış ise, bu durumda zaten hakkın kötüye kullanılmasından değil, kişinin butlan davası açma hakkının mevcut olmamasından söz edilmelidir. Butlan kararı verilmezse, tarafların bir boşanma talebinin söz konusu olduğu anlaşılan olayda, bir boşanma sebebinin var olup olmadığına da ayrıca araştırılması ve bu araştırmanın sonucuna göre karar verilmesi gerekir.

Kararda belirtildiği gibi, eşlerde sadece hafif mental retardasyon söz konusu olup, bu durum evlenme sırasında mevcut ise ve bu durumun somut olaydaki kişiler açısından, evlilik sırasında sürekli olarak ayırt etme gücünü

ortadan kaldıracak nitelikte bir zekâ geriliği hali (zihinsel engel) yarattığı uzman raporuyla tespit edilirse, mutlak butlan sebebinin varlığından söz edilebilecektir. Bu durumun, karara dayanak gösterilen Engellilerin Haklarına İlişkin Milletlerarası Sözleşme'nin 23. maddesinde yer alan, “evlilik çağına gelmiş engellilerin evlenme ve aile kurma hakkının tanınması ve bu hakkın evlenmek isteyen eşlerin serbest iradeleri ve rızaları doğrultusunda kullanılması” düzenlemesine de aykırılık yaratmadığı açıktır. Evlilik mutlak butlanla sakatlanmış ise, bu nedenle sonradan dava açmak da mümkündür. Evliliğin butlanına karar verilmesiyle, karar, sonuçlarını ileriye etkili olarak doğurur. Kamu düzeni, toplumsal yarar gibi gerekçeler ile davanın her zaman açılması mümkündür. Yargıtay da, evliliğin mutlak butlanı hallerinde, dava açma hakkının, aynı gerekçeyle Kanunda bir süreyle sınırlandırılmamış olduğunu ve her zaman bu davanın açılabileceğini belirtmiştir.

Yargıtay, ayrıca TMK m. 156 hükmü çerçevesinde de, söz konusu olayda hakkın kötüye kullanılması olgusunun söz konusu olmadığına karar vermiştir. Bize göre de, evlilik, mutlak butlan ile sakat olsa bile, dava açılmadan önce, hâkimin kararına kadar (TMK m. 156) geçerliymiş gibi hak ve yükümlülükler doğurmakta olduğu için, burada hakkın kötüye kullanılması olgusundan bahsetmeye ihtiyaç yoktur. Keza, hâkimin hakkın kötüye kullanılmasına karar vermesinin yaptırımını da işlemin geçerliymiş gibi sonuç doğurması şeklinde olacağı için, bu kararın pratik bir sonucu olmayacaktır. Aile hukukunun özelliği gereği ve evliliğin sürekli ilişki niteliği taşımasından ötürü, geçersizlik sebepleri bulunsa bile kural, evliliğin hâkim kararı ile ileriye etkili olarak sona ermesi ve batıl da olsa evlilik ilişkisi içerisinde meydana gelen sonuçların iptal kararının verilmesiyle ortadan kalkmamasıdır. Doktrinde, kamu düzeninin ve genel ahlakın korunması amacıyla konulmuş hükümlere dayanılmasının, hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olmadığı kabul edilmiş olması da, bu husustaki düşüncemizi desteklemektedir.

Evliliğin mutlak butlanına yönelen davanın sadece geç açılması, tek başına hakkın kötüye kullanıldığını göstermediği gibi, hak sahibinin hakkını kullanmakta meşru bir menfaati varsa da, hakkın kötüye kullanılmış olduğundan bahsedilemez. İfade etmek gerekir ki, Kanunda mutlak butlan davasının, ilgili olan herkes tarafından açılacağı düzenlenmiş olup, burada sözü edilen “ilgililer”, bu davayı açmakta, yani evlenmenin iptalinde maddi ve/veya manevi menfaatleri olan kimselerdir. Davacının ailesinin davayı açarak elde etmek istediği maddi bir menfaatinin olduğu ise, davalının söylemlerinden anlaşılmaktadır. Bu nedenle, burada davacının

bunu yapmakta menfaati bulunup bulunmadığından ziyade, bir menfaati varsa, bu menfaat uğruna başkasına daha ağır bir zarar verip vermediği, menfaat ile zarar arasında aşırı oransızlık bulunup bulunmadığı hususlarının incelenmesi gerekir. Olayda, davacının butlan talebine karşılık, davalı tarafın da boşanmayı talep etmesi, davalı taraf için evliliğin devamında üstün tutulması gereken daha üstün maddi ya da manevi bir menfaatinin bulunmadığı, evliliğin sona ermesiyle aşırı bir zarara uğramayacağı şeklinde yorumlanabilir. Bu durumda, evliliğin diğer bir sona erme şekli olan ölüm olgusundan da söz etmek gerekir. Eşlerden birinin ölmesi ile sağ kalan eşin yasal mirasçı sıfatını kazanmasının, o eşe, evliliğin butlan kararı ile sona ermesine nazaran daha üstün bir menfaat sağlayacağı açıktır. Bu nedenle, mahkemenin evliliğin butlan kararı ile sona ermesini kabul etmesi halinde, bir tarafın menfaati ile diğer tarafın uğrayacağı zarar arasında aşırı oransızlık oluşacağı akla gelebilir. Ancak, evliliğin ölümle sona ermesi halinde bile, butlanı ileri sürmekte doğrudan menfaatleri bulunan mirasçılar, Kanunun açık hükmü gereği (TMK m. 147/I), evliliğin mutlak butlanının karar altına alınmasını talep edebilmektedir. O halde, evlilik devam ederken mevcut butlan sebeplerinden birinin varlığına rağmen, mutlak butlan davası açılmamış olsaydı, bir eşin ölümünden sonra da (ilgililer) mirasçılar, mutlak butlanı ileri sürerek, sağ kalan eşin mirasçılığını engelleyebilecek ve ölen eşin mirasçısı olma hakkını kazanabilecek idi. Evlilik ölümle sona erdikten sonra bile, Kanunda, açıkça mirasçıların (ilgililerin) menfaatlerini temin için kendilerine butlanı ileri sürme hakkının tanınması, evliliğin herhangi bir sebeple sona ermediği bir aşamada da, dava açma hakkının uzun süre sonra kullanılmasının mümkün olduğu ve bu durumda başkaca bir sebep bulunmadığı sürece, bu hakkın, hak sahiplerine tanınmasındaki amaca aykırı kullanılmış sayılmayacağı ve bu nedenle, somut olayda hakkın kötüye kullanılmasından da söz edilemeyeceği şeklinde yorumlanabilir. Ancak her somut olayda, maddi/manevi menfaat ve zarar durumunun, tarafların ekonomik ve sosyal özelliklerinin hâkim tarafından incelenmesi neticesinde açıklığa kavuşturulması gerektiği belirtilmelidir.

KAYNAKÇA

I. Kitaplar ve Süreli Yayınlar

- AKINTÜRK** Turgut/**ATEŞ** Derya, Türk Medeni Hukuku, Aile Hukuku 2. Cilt, 21. Bası, İstanbul 2019.
- AKİPEK** Jale/**AKINTÜRK** Turgut/**ATEŞ** Derya, Türk Medeni Hukuku, Başlangıç Hükümleri- Kişiler Hukuku, Birinci Cilt, Yenilenmiş 14. Baskı, İstanbul 2018.
- AMERİKAN PSİKİYATRİ BİRLİĞİ**, Ruhsal Bozuklukların Tanısal ve Sayımsal El Kitabı, Dördüncü Baskı, Yeniden Gözden Geçirilmiş Tam Metin (DSM-IV-TR), Washington DC, 2000, Köroğlu Ertuğrul (çeviri), Hekimler Yayın Birliği, C: I, Ankara 2007, (atıf şekli: *DSM-IV-TR*).
- ARPACI** Abdülkadir, Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler), Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 2. Bası, İstanbul 2000.
- ATAAY** Aytekin, Medeni Hukukun Genel Teorisi, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 2. Bası, İstanbul 1971.
- BEE** Helen/**BOYD** Denise, Çocuk Gelişim Psikolojisi, İstanbul 2009.
- BERKİ** Şakir, “Türk Medeni Kanunu’nda Evlenmede Mutlak Butlan”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 19, S:1, 1962, s. 201-231, (<http://dergiler.ankara.edu.tr/> adresinden erişildi).
- DURAL** Mustafa/**ÖĞÜZ** Tufan/**GÜMÜŞ** M. Alper, Türk Özel Hukuku, C: III, Aile Hukuku, İstanbul 2019.
- DURAL** Mustafa/**ÖĞÜZ** Tufan, Türk Özel Hukuku, C: II, Kişiler Hukuku, İstanbul 2018.
- DURAL** Mustafa/**SARI** Suat, Türk Özel Hukuku, C: I, Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri, 13. Baskı, İstanbul 2018.
- DURAN** Alaattin, “Zekâ Gerilikleri (Mental Retardasyon)”, Ders Notları, (http://194.27.141.99/dosya-depo/ders-notlari/alaattin-duran/Zeka_Gerilikleri.pdf) adresinden erişildi).
- EGGER** A, İsviçre Medeni Kanunu Şerhi, II. Cilt, Aile Hukuku, Birinci Kısım: Evlenme Hukuku, İkinci ve Tamamen Değişik Tabı, Çeviren: Tahir Çağa, İstanbul 1943.
- ERDEM** Mehmet, Aile Hukuku, Güncellenmiş 2. Baskı, Ankara 2019.
- ERİPEK** Süleyman, Zihinsel Engelli Çocuklar, Genişletilmiş 2. Baskı, Anadolu Üniversitesi Yayınları No: 900, Eğitim Fakültesi Yayınları No: 41, Eskişehir 1996.
- ERKAN** Vehbi Umut/**YÜCER** İpek, “Ayırt Etme Gücü”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Türkiye’ye Armağan Projesi, 60 (3), Ankara 2011, s. 485-522.

- FEYZİOĞLU** Feyzi Necmeddin, Aile Hukuku, 3. Baskı, İstanbul 1986, (baskıya hazırlayanlar: Cumhuriyet Özakman/Enis Sarıal).
- GENÇCAN** Uğur Ömer, Aile Hukuku, Ankara 2011.
- GÖKTÜRK** Ülkü, “Evlenmenin İptali”, Konya 2008, Yüksek Lisans Tezi, (<http://acikerisim.selcuk.edu.tr> adresinden erişildi).
- HATEMİ** Hüseyin, Aile Hukuku, 7. Bası, İstanbul 2019, (atıf şekli: *Aile*).
- HATEMİ** Hüseyin, Kişiler Hukuku, Güncellenmiş 7. Bası, İstanbul 2018, (atıf şekli: *Kişiler*).
- HELVACI** Serap, Gerçek Kişiler, 8. Bası, İstanbul 2017.
- İKİZLER** Metin, Evlenmenin Hükümsüzlüğü, Ankara 2018.
- KILIÇOĞLU** Ahmet, Aile Hukuku, 4. Bası, Ankara 2019, (atıf şekli: *Aile*).
- KÖPRÜLÜ** Bülent/**KANETİ**, Selim Aile Hukuku, İstanbul Üniversitesi Yayınları No: 3388, Hukuk Fakültesi Yayınları No:696, İstanbul 1985-1986.
- KÖTELİ** Argun, Evliliğin Hukuki Niteliği ve Evlilik Dışı Beraberlikler, İstanbul 1991.
- MENEKŞE** Ömer, “İslam Hukukunda Alzheimer Hastalığının Eda Ehliyeti Üzerindeki Etkileri”, İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi, S: 27, Nisan 2016, s. 147-181, (<http://www.omermenekse.com.tr/wp-content/uploads/2017/01/islam-hukuku-alzheimer.pdf> adresinden erişildi).
- MUNRO** Dale J, MSW, RSW, FAAIDD, “Couple Therapy and Support: A Positive Model for People with Intellectual Disabilities”, NADD Bulletin Volume X Number 5 Article 1, (<http://thenadd.org/modal/bulletins/v10n5a1~.htm> adresinden erişildi).
- OĞUZMAN** Kemal/**BARLAS** Nami, Medeni Hukuk, 24. Bası, İstanbul 2018.
- OĞUZMAN** Kemal/**SELİÇİ** Özer/**ÖZDEMİR OKTAY**- Saibe, Kişiler Hukuku (Gerçek- Tüzel Kişiler), 17. Bası, İstanbul 2018.
- ÖZKAN** Hasan, Açıklamalı- İçtihatlı- Örnekli Türk Medeni Yasası ve Uygulaması, Aile Hukuku- I, 2. Cilt, İstanbul 2017.
- ÖZTAN** Bilge, Aile Hukuku, 6. Bası, Ankara 2015.
- ÖZTAN** Bilge, “Batıl Evlenmelerde Eşlerin Durumu”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S: 1, C: 26, 1969, s. 193- 215, (<http://dergiler.ankara.edu.tr/> adresinden erişildi), (atıf şekli: *Makale*).
- ÖZUGUR** İhsan Ali, Evlilik Birliğini Sona Erdiren Nedenler, Boşanma, Ayrılık ve Evlenmenin İptali Davaları, Son Yargıtay Kararlarıyla Güncelleştirilmiş 3. Baskı, Ankara 2008.

- SAYMEN** Hakkı Ferit, Türk Medeni Hukuku, C: I, Umumi Prensipler, 3. Bası, İstanbul 1960.
- SEROZAN** Rona, Medeni Hukuk, Genel Bölüm/Kişiler Hukuku, 8. Bası, İstanbul 2018.
- ŞİNİKOĞLU** Pınar, “Mental Retardasyon Tanısı Almış Çocuklar ile Normal Gelişim Gösteren Akranları Arasında Plastik Sanatlar Üzerinden Bir Karşılaştırma Çalışması”, İstanbul 2017, Yüksek Lisans Tezi, (<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi> adresinden erişildi).
- TAŞBAŞ** Başar Mustafa, “Evlernenin Şartları”, Konya 2010, Yüksek Lisans Tezi, (<http://acikerisim.selcuk.edu.tr> adresinden erişildi).
- TEKİNAY** Selahattin Sulhi, Türk Aile Hukuku, 7. Baskı, İstanbul 1990.
- TUTUMLU** Mehmet Akif, Evliliğin Butlanı, Boşanma, Ayrılık Sebepleri ve Boşanmanın Hukuki Sonuçları, Ankara 2002.
- VELİDEDEOĞLU** Veldet Hıfzı, Türk Medeni Hukuku, C: II, Cüz 1- Aile Hukuku, 4. Bası, İstanbul 1960.
- VELİDEDEOĞLU** Veldet Hıfzı, Türk Medeni Hukuku, C: I, Cüz 2- Şahsın Hukuku, 6. Bası, İstanbul 1963, (atıf şekli: *Şahsın Hukuku*).
- VELİDEDEOĞLU** Veldet Hıfzı, Türk Medeni Hukuku C: I, Cüz 1- İkinci Kitap (Haklar ve Borçlar), 6. Bası, İstanbul 1959, (atıf şekli: *Haklar ve Borçlar*).
- VURAN** Sezgin, “Ünite 4: Zekâ Geriliği”, Açıköğretim Fakültesi Okul Öncesi Öğretmenliği Lisans Programı- Özel Eğitim, Anadolu Üniversitesi Yayını No:1411, Açıköğretim Fakültesi Yayını, No: 756, 4. Baskı, Haziran 2005, (<https://books.google.com.tr/> adresinden erişildi).
- YILDIRIM** Abdülkerim, Türk Aile Hukuku, Ankara 2014.

II. Elektronik Kaynaklar:

- <http://karamercanhukuk.com/> (Erişim Tarihi: 5. 2. 2019).
- <http://legalbank.net.> (Atıf şekli: *Legalbank*). (Erişim Tarihi: 6. 3. 2019).
- <http://www.kazanci.com> (Atıf şekli: *Kazancı*). (Erişim Tarihi: 5. 3. 2019).
- <http://mevzuat.gov.tr.> (Erişim Tarihi: 1. 3. 2019).
- <http://www.resmigazete.gov.tr.> (Erişim Tarihi: 1. 3. 2019).
- <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem21/yil01/ss723m.htm> (Erişim Tarihi: 25.3.2019)
- <http://www.tdk.gov.tr.> (Erişim Tarihi: 2. 3. 2019).
- <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi> (Erişim Tarihi: 16. 3. 2019).
- <http://dergiler.ankara.edu.tr/> (Erişim Tarihi: 3. 3. 2019, 11. 3. 2019).
- <http://acikerisim.selcuk.edu.tr.> (Erişim Tarihi: 11. 3. 2019).
- <http://www.omermenekse.com.tr/wp-content/uploads/2017/01/islam-hukuku-alzheimer.pdf>). (Erişim Tarihi: 11. 3. 2019).

- <https://books.google.com.tr/> (Erişim Tarihi: 18. 3. 2019).
-http://194.27.141.99/dosya-depo/ders-notlari/alaattin-duran/Zeka_Gerilikleri.pdf. (Erişim Tarihi: 10. 3. 2019).
-<http://thenadd.org/modal/bulletins/v10n5a1~.htm>. (Erişim Tarihi: 4. 3. 2019).
-<https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/tr/content/132-engellilerin-haklarna-iliskin-sozlesme/> (Erişim Tarihi: 25.03. 2019).

KISALTMALAR

Art.	Artikel
b.	bent
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
bkz.	Bakınız
C.	Cilt
dn	dipnot
E.	Esas
HD.	Hukuk Dairesi
HGK.	Hukuk Genel Kurulu
m./md	madde
MK.	743 sayılı Eski Medeni Kanun
K.	Karar
RG.	Resmî Gazete
T.	Tarih
TMK	4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
s.	sayfa
S.	Sayı
vd.	ve devamı
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch (İsviçre Medeni Kanunu)

¶ NE BİS İN İDEM: BİR ANAYASA MAHKEMESİ KARARI
(*NE BIS IN IDEM: A CONSTITUTIONAL COURT DECISION*)

Prof. Dr. Hakan Üzeltürk * **

ÖZ

Ne bis in idem kuralı kapsamında ülkemiz mahkemelerince verilecek kararlarda İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin yaklaşımları dikkate alınmalı, bu yaklaşımlardaki eksiklik ve belirsizlikler tamamlanarak öncü olunmalıdır. Mevcut vergi sistemimizdeki uyumsuzlukların ne bis in idem kuralı çerçevesinde düzeltilmesi, uluslararası sözleşmelerdeki çekince eksikliği sebebiyle en azından yorumlar yoluyla olması gereken hukuki durum sağlanmalıdır.

Anahtar kelimeler: *Ne bis in idem, vergi hukuku, Anayasa Mahkemesi, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi*

ABSTRACT

The decisions of the European Court of Human Rights should be taken into consideration in the decisions to be made in our countries courts under the ne bis in idem rule, and the deficiencies and uncertainties in these approaches should be completed and pioneered. Correcting the non-compliances of our current tax system within the framework of the rule of ne bis in idem should be ensured, at least through comments, due to the lack of reservations in international conventions.

Keywords: *Ne bis in idem, tax law, Constitutional Court, European Court of Human Rights*

Anayasa Mahkemesi'nin 27.3.2019 tarihli ve 2018/9115 başvuru numaralı Ünal Gökpınar kararı 16.5.2019 tarih ve 30776 sayılı Resmi Gazete'de yayınlandı. Başvuru, bir vergi incelemesi sonucuna bağlı olarak aynı fiil nedeniyle yeniden yargılanmama veya cezalandırılmama ilkesinin ihlal edildiği iddiasına ilişkin olarak 3.4.2018 tarihinde yapılmıştır.

¶ Eserin Dergimize geliş tarihi: 25.07.2019. İlk hakem raporu tarihi: 30.07.2019. İkinci hakem raporu tarihi: 01.08.2019. Onaylanma Tarihi: 02.08.2019.

* Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.

** Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0002-5672-3553.

Esere Atıf Şekli: Hakan Üzeltürk, "Ne Bis İn İdem: Bir Anayasa Mahkemesi Kararı", YÜHFD, C.XVI, 2019/2, s.215-232.

Başvurucu 23.6.1986 tarihinden itibaren loto ve benzeri şans oyunları ile millî piyango bileti satışı işiyle iştigal etmektedir. Vergi idaresince, başvurusunun 2007 ile 2011 arasındaki dönemlere ilişkin işlemleri vergi incelemesine tabi tutulmuş, inceleme sonucunda 6.11.2013 tarihinde vergi tekniği, vergi inceleme ve vergi suçu raporları düzenlemiştir.

Vergi tekniği raporunda; başvurusunun 2007 ile 2011 yıllarında "*pos tefeciliği*" (pos cihazı üzerinden yasa dışı ikrazatçılık faaliyeti yürütme işi) yoluyla gerçeği yansıtmayan kontör satışında bulunduğu ve bu kapsamda düzenlediği kontör faturalarının sahte olduğu belirtilmiştir. Başvurusunun "*pos tefeciliği*" faaliyetini gizlemek amacıyla sahte fatura ticaretiyle iştigal eden mükelleflerden kontör alımı içerikli sahte fatura temin ettiği ve bu nedenle kontör alış faturalarının da sahte olduğu tespitine yer verilmiştir. Başvurusunun "*pos tefeciliği*" yoluyla 2007 yılında 472.876,10 TL, 2008 yılında 1.258.878,00 TL, 2009 yılında 1.766.190,23 TL, 2010 yılında 1.159.086,00 TL ve 2011 yılında 3.476.553,85 TL sahte fatura düzenlediği ifade edilmiştir. Danıştay içtihadına göre sahte faturanın üzerinde yazılan tutarın % 2'sinin komisyon gelirini teşkil ettiği belirtilerek yukarıda belirtilen tutarlarının % 2'si yıllık komisyon geliri olarak hesaplanmıştır. Ayrıca sahte fatura kullanma ve düzenleme fiilleri nedeniyle başvuru hakkında suç duyurusunda bulunulması önerilmiştir.

Vergi Tekniği Raporu'na istinaden düzenlenen aynı tarihli vergi inceleme raporlarında başvurusunun fatura veya benzeri belge düzenlenmemesi suretiyle hizmet satışını belgesiz olarak gerçekleştirdiği gerekçesiyle Vergi Usul Kanunu'nun 353. maddesinin (1) numaralı bendi uyarınca başvuru adına usulsüzlük cezaları kesilmesi; ayrıca aynı Kanun'un 30. maddesinin (4) numaralı bendi uyarınca mükellef adına resen üç kat vergi ziyai cezalı katma vergisi, gelir vergisi ve geçici vergiye bağlı vergi ziyai cezası tarh edilmesi önerilmiştir. Vergi inceleme raporu doğrultusunda başvuru adına 2007 ile 2011 dönemlerine ilişkin olarak vergi ziyai cezalı katma değer vergisi, gelir vergisi ve geçici vergiye bağlı vergi ziyai cezası tarh edilmiş, ayrıca özel usulsüzlük cezası kesilmiştir.

Başvuru sahte fatura düzenlediği gerekçesiyle adına resen salınan vergi ziyai cezalı vergiler ile kesilen özel usulsüzlük cezasına karşı 4.2.2014 tarihinde Hatay 1. Vergi Mahkemesinde davalar açmıştır. Mahkeme 23.9.2014 tarihinde davaların kabulüne karar vermiştir. Kararın gerekçesinde, başvuru hakkında takdir edilen matraha ilişkin tespit ve bilgilerin yer aldığı 6.11.2013 tarihli rapor eklenmeden yapılan tebligatın geçerli olamayacağı vurgulanmıştır. Mahkeme bu sebeple başvuru adına tarh edilen vergiler ile kesilen üç kat vergi ziyai cezası ve özel usulsüzlük

cezasına ilişkin vergi/ceza ihbarnamelerinde hukuka uygunluk olmadığı sonucuna ulaşmıştır.

İdare bu karara karşı temyiz başvurusunda bulunmuştur. İdare diğer yandan da yeniden vergi/ceza ihbarnameleri düzenlemiş ve bu defa tarhiyatın dayanağını teşkil eden vergi inceleme raporu ve vergi tekniği raporu ile birlikte bu ihbarnameleri başvurucaya göndermiş, bu işlemler 4.11.2014 tarihinde başvurucaya tebliğ edilmiştir. İdarenin 16.9.2015 tarihinde bu hususu bildirmesi üzerine Danıştay Üçüncü Dairesi 3.11.2015 tarihinde temyiz isteminin konusuz kaldığı gerekçesiyle istem hakkında karar verilmesine yer olmadığına karar vermiştir.

Başvurucu, vergi idaresinin ikinci kez düzenlediği vergi ve ceza ihbarnamelerine karşı da farklı tarihlerde farklı vergi mahkemelerinde davalar açmıştır. Ancak bu yargılamalar devam ederken yürürlüğe giren 3.8.2016 tarihli ve 6736 sayılı Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılmasına İlişkin Kanun kapsamında başvuruca, söz konusu vergi borçlarının yapılandırılması için 12.10.2016 tarihinde vergi dairesinden talepte bulunmuştur. Başvurucunun talebini değerlendiren vergi dairesince düzenlenen 27.10.2016 tarihli ödeme planı çerçevesinde başvuruca 65.311,81 TL tutarındaki borcunu altı taksit hâlinde ödemiştir. Başvurucu, vergi mahkemelerinde açtığı davalardan da bu yapılandırma çerçevesinde feragat etmiştir.

Başvurucu hakkında ayrıca "*sahte fatura kullanma ve düzenleme*" nedeniyle 213 sayılı Kanun'un 359. maddesinin (b) bendi uyarınca suç duyurusunda bulunulmasının uygun olacağı yönünde vergi suçu raporu tanzim edilmiştir. Bu rapora dayanan Vergi Denetim Kurulu 25.4.2014 tarihinde başvuruca hakkında İskenderun Cumhuriyet Başsavcılığına suç duyurusunda bulunmuştur. Cumhuriyet Başsavcılığı 9.6.2014 tarihinde başvurucunun sahte fatura düzenleme ve kullanma eylemi nedeniyle zincirleme biçimde 213 sayılı Kanun'a muhalefet suçundan cezalandırılması talebiyle iddianame düzenlemiştir. İddianamenin kabulüne karar veren İskenderun 5. Asliye Ceza Mahkemesi (Ceza Mahkemesi) konu hakkında bilirkişi incelemesi yaptırmıştır. Bilirkişi kurulunun 18.5.2016 tarihli raporunda, başvurucunun 2007 yılında 134 adet, 2008 yılında 30 adet, 2009 yılında 82 adet, 2010 yılında 35 adet satış belgesinin, gerçek bir mal ve hizmet satışına yönelik olmaksızın düzenlenen sahte belgeler olduğu belirtilmiştir. Raporda ayrıca başvuruca mükellefin 2009 yılına ait 6 adet ve 2011 yılına ait 29 adet sahte faturayı yasal defterlerine işlemek suretiyle kullandığı belirtilmiştir.

Ceza Mahkemesi 24.10.2017 tarihinde başvuruçunun sahte fatura düzenleme eylemini sabit görerek 213 sayılı Kanun'a muhalefet suçundan beş kez ayrı ayrı cezalandırılmasına karar vermiştir. Ceza Mahkemesince başvuruçunun hakkında 213 sayılı Kanun'un 359. maddesinin (b) bendi gereğince alt sınırdan ceza tayin edilmiştir. Ceza Mahkemesi, aynı suç işlemeye kararı ile Kanun'un aynı hükmünü değişik zamanlarda birden fazla kez ihlal ettiği gerekçesiyle başvuruçuya verilen cezaları 26.9.2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 43. maddesi ilk fıkrası uyarınca artırmıştır. Ceza Mahkemesi sonuç olarak başvuruçunun beş kez ayrı ayrı 3 yıl 1 ay 15 gün hapis cezası ile cezalandırılmasına karar vermiştir. Kararın gerekçesinde, bilirkişi raporundaki tespitler doğrultusunda başvuruçunun 2007-2011 yılları arasında her bir yıl için birden fazla defa değişik zamanlarda sahte fatura düzenlemek suretiyle isnat edilen suç zincirleme şeklinde işlediği belirtilmiştir. Başvuruçunun istinaf başvurusu üzerine Adana Bölge Adliye Mahkemesi 5. Ceza Dairesi 19.2.2018 tarihinde hükmü onamıştır. Nihai karar başvuruçunun vekiline tebliğ edilmemiştir. Başvuruçunun 3.4.2018 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

Anayasa Mahkemesi kararında daha önce verilen ve aşağıda yer alan bazı Anayasa Mahkemesi kararları da zikredilmektedir. Anayasa Mahkemesinin 31.5.2017 tarihli ve E.2017/28, K.2017/107 sayılı kararının ilgili kısımları şöyledir:

"...İtiraz konusu kuralda, izinden dönmeyen veya iki günden fazla bir süre geçtikten sonra dönen hükümlüler hakkında Türk Ceza Kanunu'nun 292. ve izleyen maddelerinde yazılı hükümlerin uygulanacağı öngörülmektedir. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 292.maddesinde hükümlü veya tutuklunun kaçması suçu düzenlenmiş olup, tutukevinden, ceza infaz kurumundan veya gözetimi altında bulunduğu görevlilerin elinden kaçan tutuklu veya hükümlü hakkında altı aydan bir yıla kadar hapis cezasına, bu suçun, cebir veya tehdit kullanılarak işlenmesi halinde, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunacağı düzenlenmiştir.

...Öte yandan, hukuk devleti ilkesi ve ceza hukukunun temel ilkeleri arasında yer alan 'aynı fiilden dolayı iki kez yargılama olmaz (ne bis in idem)' ilkesi gereğince, kişi aynı fiil nedeniyle birden fazla yargılanamaz ve cezalandırılmaz. Ancak, bu ilke mutlak olmayıp, korunan hukuki yararı, unsurları, amacı ve neticesi farklı olması nedeniyle ayrı hukuk disiplinleri kapsamında aynı fiilin farklı şekillerde mütalaa edilmesi mümkündür. Bu ilke sadece ceza davalarına ilişkin olduğu için aynı fiilden dolayı ceza soruşturması yanında ayrıca hukuk davası veya disiplin soruşturması açılmasına engel teşkil etmez. Dolayısıyla bir fiilin söz konusu hukuk

disiplinlerinin öngördüğü farklı yaptırımlarla cezalandırılması hukuk devleti ve 'aynı fiilden dolayı iki kez yargılama olmaz' ilkesine aykırılık oluşturmaz. Bu nedenle izinden dönmeyen veya iki günden fazla bir süre geçtikten sonra dönen hükümlüler hakkında farklı amaç ve hukuki yararları gerçekleştirilmeye yönelik olarak hem disiplin cezası hem de ceza yaptırımı verilebilmesinde Anayasa'ya ve ceza hukukunun belirtilen temel ilkesine aykırı bir yön bulunmamaktadır. Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 2. maddesine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir...".

Anayasa Mahkemesinin 12.7.2017 tarihli ve E.2017/95, K.2017/119 sayılı kararının ilgili kısımları şöyledir:

"...İtiraz konusu kuralda, işleten ile gönderenin aynı olması halinde azami yüklü ağırlığı veya izin verilen azami yüklü ağırlığı aşan işleten ve gönderen için uygulanacak idarî para cezalarının toplamının uygulanacağı öngörülmektedir.

...Öte yandan, hukuk devleti ilkesi ve ceza hukukunun temel ilkeleri arasında yer alan 'aynı fiilden dolayı iki kez yargılama olmaz (ne bis in idem)' ilkesi gereğince kişi, aynı fiil nedeniyle birden fazla yargılanamaz ve cezalandırılmaz.

İtiraz konusu kural, azami yüklü ağırlığın aşılması durumunda göndereni ve işleteni ayrı ayrı ve eşit miktarda idari para cezası ile sorumlu tutarken 'işleten ile gönderenin aynı olması' durumunda aynı ihlal nedeniyle işleten ve gönderenin sorumlu olduğu miktarların toplamı kadar idari para cezası uygulanmasını öngörmektedir. Kuralın lafzı dikkate alındığında 'gönderen' ve 'işleten' için öngörülen ceza miktarlarının 'toplamı', işleten ve gönderenin hukuka aykırı fiillerine bağlanan iki ayrı cezanın birlikte uygulanması ve dolayısıyla aynı kişinin iki kere yaptırımı tabi tutulması sonucunu doğurmaktadır. Bu nedenle, ne bis in idem ilkesine uygunluk yönünden kuralın yol açtığı söz konusu mükerrerliğin 'aynı fiil'den kaynaklanıp kaynaklanmadığı hususunun irdelenmesi gerekmektedir.

Kural'da yer alan 'işleten ile gönderenin aynı olması', kişinin 'kendi yükünü taşıması' halinde meydana gelebilecek bir durumdur. İlgili mevzuatta 'eşyayı bir yerden başka bir yere nakletmek amacıyla taşımacıya teslim eden gerçek veya tüzel kişi' olarak tanımlanan gönderenin, kendi yükünü taşınmak üzere kendisine teslim etmesi gibi bir durumun söz konusu olamayacağı ve dolayısıyla da 'işleten ile gönderenin aynı olması' halinde ortada bir 'gönderen'in varlığından söz edilemeyeceği kuşkusuzdur.

Diğer taraftan, işleten ile gönderenin aynı kişi olması durumunda, bu kişinin (işleten) azami yüklü ağırlığı aşmasına ve bunun sonucunda itiraz konusu kuralda öngörülen cezanın uygulanmasına neden olan hareketleri,

amaç, zaman ve mekân yönlerinden birbirine bağlı şekilde kendi içinde bir bütün oluşturduğundan hukuki anlamda 'tek bir fiil' olarak değerlendirilmelidir.

Bu durumda, iki ayrı fail ve her biri ayrı ceza gerektiren birbirinden bağımsız fiiller söz konusu olmadığından, bir kişinin (işleten) 'aynı fiil' nedeniyle iki kere cezalandırılması sonucunu doğuran itiraz konusu kural, ne bis in idem ilkesine ve hukuk devleti ilkesine aykırılık taşımaktadır.

Açıklanan nedenlerle kural, 2918 sayılı Kanun'un 65. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi yönünden Anayasa'nın 2. maddesine aykırıdır. İptali gerekir...".

Anayasa Mahkemesi konuyu uluslararası hukuk yönünden de incelemiştir. Burada öncelikle uluslararası sözleşmelerden bahseden Anayasa Mahkemesi, 4.6.2003 tarihli ve 4868 sayılı Kanun ile onaylanması uygun bulunan Birleşmiş Milletler Medenî ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin ilişik beyanlar ve çekince ile onaylanmasının Bakanlar Kurulunca 7.7.2003 tarihinde kararlaştırıldığını ifade etmiştir. Sözleşme'nin adil yargılanma hakkının düzenleyen 14. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

"1. Herkes mahkemeler ve yargı organları önünde eşittir. Herkes, bir suçla itham edildiğinde ya da bir hukuk davasında hak ve yükümlülükleri hakkında karar verilirken, yasalar uyarınca kurulmuş, yetkili, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme önünde adil ve kamuya açık bir ya da ulusal güvenlik gerekçeleriyle ya da tarafların özel hayatları bunu gerektirdiğinde, ya da özel durumlarda, mahkeme, açıklığın adalete zarar vereceği düşüncesine vardığı takdirde, mahkemenin gerekli gördüğü ölçüde, basın ve dinleyiciler duruşmaların tümü ya da bir kısmının dışında tutulabilirler. Ancak, küçüklerin çıkarları aksini gerektirmedikçe, ya da duruşmalar çocukların vesayetine ilişkin evlilikle ilgili uyuşmazlıklar hakkında olmadıkça, ceza ya da hukuk davalarında verilecek herhangi bir kararın aleni olması zorunludur.

...

7. Hiç kimse, bir ülkenin yasalarına ve ceza usulüne göre daha önce kesin olarak mahkum olmuş ya da beraat etmişse, aynı fiil için yeniden yargılanamaz ve cezalandırılmaz."

Anayasa Mahkemesi tarafından verilen bir başka örnek Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'nin "Adil Yargılanma Hakkı" kenar başlıklı 8. maddesinin (4) numaralı fıkrasıdır:

"Kesinleşmiş bir kararla beraat eden bir sanık aynı sebepten dolayı yeni bir yargılamanın konusu olamaz."

Anayasa Mahkemesinin bir diğer örneği İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ni " Adil yargılanma hakkı" başlıklı 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasıdır. Bunun ilgili kısmı şöyledir:

"Herkes davasının, medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyuşmazlıklar ya da cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamaların esası konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından, kamuya açık olarak ve makul bir süre içinde görülmesini isteme hakkına sahiptir"

Bir başka ilgili düzenleme Sözleşme'ye ek 7 Numaralı Protokol'ün 4. maddesinin (1) numaralı fıkrasıdır:

"Hiç kimse, bir devletin ceza yargılaması usulüne ve yasaya uygun olarak kesin bir hükümle mahkum edildiği ya da beraat ettiği bir suçtan dolayı, aynı devletin yargı yetkisi altındaki yargılama usulleri çerçevesinde yeniden yargılanamaz veya mahkum edilemez."

Anayasa Mahkemesi sonraki aşamada bazı kararlardan bahsetmektedir. Buna göre, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi *ne bis in idem* ilkesinin genel nitelikli suç isnadı yönünden adil yargılanma hakkıyla bağlantılı özel bir güvence olduğunu belirtmektedir. İHAM ek 7 Numaralı Protokol'ün 4. maddesinin amacının ise nihai kararlar sonuçlanan cezai süreçlerin tekrarlanmasını yasaklamak olduğunu vurgulamaktadır (*Nikitin/Rusya*, B. No: 50178/99, 20.7.2004, 35).

Anayasa Mahkemesi'ne göre, İHAM Sözleşme'ye ek 7 Numaralı Protokol'ün 4. maddesi bağlamında öncelikle yapılan takibatların cezai nitelikte olup olmadığını, hukuka aykırı eylemin ulusal mevzuattaki hukuki tasnifi, eylemin niteliği ve ilgili kişinin maruz kaldığı cezanın ağırlığının derecesini dikkate alarak değerlendirmektedir (*A ve B/Norveç* [BD], B. No: 24130/11 ve 29758/11, 15/11/2016, § 105; *Sergey Zolotukhin/Rusya* [BD], B. No. 14939/03, 10/2/2009, § 53).

Bu kararların yanında İHAM başvurucuya yöneltilen birden fazla suçlamanın bulunduğu durumlarda başvurucunun suçlandığı cezai haksızlığın yaptırıma maruz kaldığı idari haksızlık ile benzer olup olmadığının belirlenmesinin zorunlu olduğunu vurgulamaktadır (*Sergey Zolotukhin/Rusya*, § 58).

Diğer taraftan İHAM aynı fiile ilişkin olarak ayrı süreçler izlenerek aynı konuda farklı yaptırımların uygulandığı durumlarda bu süreçler arasında zaman yönünden ve maddi olarak yeterince yakın bir bağlantı bulunması gerektiğinin altını çizmektedir. İHAM farklı süreçler arasında bu yönlerden

yeterince yakın bağlantının bulunduğu durumlarda başvuruçunun iki kere yargılanmış veya cezalandırılmış sayılmayacağını ifade etmektedir (Österlund/Finlandiya, B. No: 53197/13, 10.2.2015, § 48).

Anayasa Mahkemesi 27.3.2019 tarihinde yapmış olduğu toplantıda yapılan başvuru incelenip değerlendirmiştir. Buna göre, başvuruçunun, yapılan vergi incelemesi sonrası aynı fiil yönünden hem idari süreçte vergi cezası kesildiğini hem de adli süreç sonunda hapis cezasına mahkûm edildiğini belirtmiştir. Başvuruçunun, vergi cezalarını yeniden yapılandırma çerçevesinde ödediği ve yargılamalar bu şekilde sonuçlandığı hâlde aynı fiil dolayısıyla ayrıca hapis cezası verilmesi nedeniyle yeniden yargılanmama veya cezalandırılmama (*ne bis in idem*) ilkesinin ve mülkiyet hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

Bakanlığın görüş yazısında, 213 sayılı Kanun'un 359. maddesinin (b) fıkrası uyarınca suç bakımından cezalandırmanın ve aynı Kanun'un 344. maddesi bağlamında ziyaa uğratılan vergi bakımından vergi ziyai cezası verilmesinin söz konusu olduğu belirtilmiştir. Bakanlık buna göre aynı olaydan söz edilemeyeceğini, 213 sayılı Kanun'un 359. maddesinin (b) fıkrası çerçevesinde cezalandırılan eylemler ile kanundaki yükümlülükler uyulması amaçlanırken vergi ziyai cezası yoluyla aslında vergi kaçırmak suretiyle vergi kaybına yol açılmasının cezalandırılmak istendiğini belirtmektedir. Ayrıca ceza yargılaması sisteminde aynı fiil nedeniyle yeniden yargılanmama veya cezalandırmama yönünden yeterli hukuki güvencenin mevcut olduğu görüşü bildirilmiştir.

Anayasa'nın iddianın değerlendirilmesinde dayanak alınacak 36. maddesinin birinci fıkrası şöyledir: "*Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.*"

Anayasa Mahkemesi, yukarıda detayları verilen iddia, savunma ve bilgiler ışığında aşağıdaki değerlendirmeleri yapmıştır:

- Anayasa Mahkemesi olayların başvuruçunun tarafından yapılan hukuki nitelendirmesi ile bağlı olmayıp olay ve olguların hukuki tavsifini kendisi takdir eder (*Tahir Canan*, B. No: 2012/969, 18.9.2013, § 16).
- Başvuruçunun mülkiyet hakkının da ihlal edildiğini ileri sürmekte ise de mahkûmiyet ile sonuçlanan ceza davası sonrası yaptığı bireysel başvuruda ihlal iddiaları esas itibarıyla ilgili olduğu aynı fiil nedeniyle yeniden yargılanmama veya cezalandırılmama ilkesi yönünden incelenmiştir.
- Anayasa'nın 148. maddesinin üçüncü fıkrası ile 30.3.2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri

Hakkında Kanun'un 45. maddesinin (1) numaralı fıkrası gereği Anayasa Mahkemesine yapılan bir bireysel başvurunun esasının incelenebilmesi için kamu gücü tarafından ihlal edildiği iddia edilen hakkın Anayasa'da güvence altına alınmış olmasının yanı sıra Sözleşme veya Türkiye'nin taraf olduğu ek protokollerin kapsamına da girmesi gerekir. Bir başka ifadeyle Anayasa ve Sözleşme'nin ortak koruma alanı dışında kalan bir hak ihlali iddiasını içeren başvurunun kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi mümkün değildir (*Onurhan Solmaz*, B. No: 2012/1049, 26.3.2013, § 18).

- Sözleşme'ye ek 7 No.lu Protokol'ün 4. maddesinde aynı fiil nedeniyle yeniden yargılanmama veya cezalandırılmama hakkı güvenceye bağlanmıştır. Anayasa Mahkemesi bireysel başvuru incelemesinde verdiği kararlarda, başvuruya konu ihlal iddiası tarihini esas alarak bu tarih itibarıyla ek 7 No'lu Protokol'ün yürürlüğe girip girmediğini araştırmıştır. Bu inceleme sonucunda Protokol'ün yürürlüğe girmediğini saptadığı hâllerde başvuru alanının aynı fiil nedeniyle yeniden yargılanmama veya cezalandırılmama hakkının ihlal edildiği iddiasının Anayasa ve Sözleşme'nin ortak koruma alanı dışında kaldığı sonucuna ulaşmış ve başvuruları konu bakımından yetkisizlik nedeniyle kabul edilemez bulmuştur (*İffet İnci Gültekin*, B. No: 2013/9585, 9/3/2016, § 42; *Bülent Şakar*, B. No: 2014/1517, 30/6/2016, § 47; *Kerem Amal*, B. No: 2014/12582, 21/6/2017, § 24; *Adil Özer* (2), B. No: 2014/13231, 21/6/2017, § 24; *Erman Paksoy*, B. No: 2014/11163, 21/6/2017, § 17; *Hüma Bayoğlu*, B. No: 2014/13229, 26/12/2017, § 17; *Reis Otomotiv Ticaret ve Sanayi A.Ş.* [GK], B. No: 2015/6728, 1/2/2018, § 60; *Tayyar Tercan*, B. No: 2014/15983, 21/3/2018, § 35; *Sedat Şahin*, B. No: 2014/18044, 12/6/2018, § 29; *Reis RS Enerji Elektrik Üretimi Motorlu Araçlar Tütün Ürünleri Dağıtım Pazarlama Sanayi ve Ticaret A.Ş.*, B. No: 2015/17259, 28/6/2018, § 34).
- Anayasa Mahkemesi ayrıca söz konusu hakkın ihlal edildiği iddiasının adil yargılanma hakkı kapsamında da incelenemeyeceğini belirtmiştir. Buna göre aksi bir yaklaşım, belirtilen ilkenin Sözleşme ile teminat altına alınanlardan farklı bir hak olarak ek 7 No.lu Protokol içinde düzenlenmesiyle ve devletlerin anılan Protokol'e taraf olmamak suretiyle ortaya koydukları iradeyle bağdaşmaz (*İffet İnci Gültekin*, §§ 44, 45; *Bülent Şakar*, §§ 49, 50; *Hüma Bayoğlu*, § 18).

- Anılan Protokol'ün onaylanmasının uygun bulunmasına dair 6684 sayılı Kanun Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından 10.3.2016 tarihinde kabul edilmiş ve bu Kanun 25.3.2016 tarihinde Resmî Gazete'de yayınlanmıştır. Protokol 28.3.2016 tarihinde de Bakanlar Kurulunca onaylanmış ve Türkiye açısından 1.8.2016 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Dolayısıyla ek 7 No.lu Protokol 1.8.2016 tarihinden sonra gerçekleşen olaylar bakımından uygulanabilir hâle gelmiştir (*İffet İnci Gültekin*, § 42).
- Ancak Türkiye Cumhuriyeti Devleti bakımından bağlayıcı olduğunda kuşku bulunmayan ek 7 No.lu Protokol ve bu Protokol'de yer alan güvenceler bakımından Anayasa Mahkemesince bireysel başvuru kapsamında denetimin yapılabilmesi için Protokol'de yer alan güvencelerin aynı zamanda Anayasa'da da güvenceye bağlanmış olması gerekir. Anayasa koyucu bireysel başvuru kapsamında Anayasa Mahkemesinin denetim yetkisini, Sözleşme veya Türkiye'nin taraf olduğu ek protokoller ile Anayasa'nın ortak koruma alanına giren hak ve özgürlükler ile sınırlandırmıştır. Bu bağlamda Protokol'ün 4. maddesinde güvenceye bağlanan aynı fiilden iki kez yargılanmama veya cezalandırılmama hakkının Anayasa'da da güvenceye bağlanıp bağlanmadığının tespiti gerekir.
- Anayasa'nın 36. maddesinin birinci fıkrasında herkesin yargı organlarına davacı ve davalı olarak başvurabilme ve bunun doğal sonucu olarak da iddia, savunma ve adil yargılanma hakkı güvence altına alınmıştır. 3.10.2001 tarihli ve 4709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun'un Anayasa'nın 36. maddesinin birinci fıkrasına "*ve adil yargılanma*" ibaresinin eklenmesine ilişkin 14. maddesinin gerekçesine göre "*değişiklikle Türkiye Cumhuriyeti'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerce de güvence altına alınmış olan adil yargılanma hakkı metne dahil*" edilmiştir. Dolayısıyla Anayasa'nın 36. maddesinde herkesin adil yargılanma hakkına sahip olduğu ibaresinin eklenmesinin amacının Sözleşme'de düzenlenen adil yargılanma hakkını anayasal güvence altına almak olduğu anlaşılmaktadır (*Yaşar Çoban*, B. No: 2014/6673, 25.7.2017, § 53).
- Adil yargılanma hakkı, uyuşmazlıkların çözümlenmesinde hukuk devleti ilkesinin gözetilmesini gerektirmektedir. Anayasa'nın 2. maddesinde Cumhuriyetin nitelikleri arasında sayılan hukuk devleti, Anayasa'nın tüm maddelerinin yorumlanması ve uygulanmasında göz önünde bulundurulması zorunlu olan bir ilkedir. Hukuk devleti;

eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına saygılı, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, Anayasa ve hukuk kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir (birçok karar arasından bkz. AYM, E.2017/95, K.2017/119, 12.7.2017).

- Bu noktada hukuk devletinin gereklerinden birini de hukuk güvenliği ilkesi oluşturmaktadır (AYM, E.2008/50, K.2010/84, 24.6.2010; E.2012/65, K.2012/128, 20.9.2012). Hukuki güvenlik ile belirlilik ilkeleri, hukuk devletinin önkoşullarındandır. Kişilerin hukuki güvenliğini sağlamayı amaçlayan hukuki güvenlik ilkesi, hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde Devlete güven duyabilmesini, Devletin de yasal düzenlemelerinde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar. Belirlilik ilkesi ise yalnızca yasal belirliliği değil, daha geniş anlamda hukuki belirliliği ifade etmektedir. Yasal düzenlemeye dayanarak erişilebilir, bilinebilir ve öngörülebilir gibi niteliksel gereklilikleri karşılaması koşuluyla, mahkeme içtihatları ve yürütmenin düzenleyici işlemleri ile de hukuki belirlilik sağlanabilir. Hukuki belirlilik ilkesinde asıl olan, bir hukuk normunun uygulanmasıyla ortaya çıkacak sonuçların o hukuk düzeninde öngörülebilir olmasıdır. (AYM, E.2015/15, K.2015/118, 23.12.2015).
- Hukuk güvenliği ilkesi özel kişiler arasında oluşan ve kesinlik kazanan ilişkilerin yanı sıra özel kişilerin devlet ile olan münasebetleri neticesinde kişiler lehine ortaya çıkan ve kati hale gelen neticelerin de muhafazasını mecburi hâle getirmektedir. Devletin birey ile hukuk âlemindeki etkileşiminden sadır olan neticelerin korunması yükümlülüğü hem özel hukuk alanına hem de kamu hukuku alanına sirayet eden neticeler bakımından geçerlidir. Bu bakımından devletin tek taraflı olarak ve üstün buyurma gücüne dayanarak kişiler hakkında başlattığı hukuki süreçlerin neticesinde kişiler lehine oluşan ve kesin hükümle neticelenen durumların korunması gerekmektedir. Bu bağlamda yürürlükte bulunan hukuk kurallarına uygun olarak kişilerin lehine sonuçlanan ve kesin hüküm güvencesinden yararlanan cezai süreçlerin yok sayılması ve bunların tekrarlanması hukuk güvenliği ilkesini zedeler.
- Bunun yanında aleyhe sonuçlansa bile kişiler hakkında işletilmiş ve tamamlanmış cezai süreçlerin tekrarlanması ve bir haksızlık için

ikinci bir kez ceza uygulanması hukuka olan güvenin kaybolmasına, hukuk devletinin güvencesi altında olduğu duygusunun yitirilmesine yol açabilir. Hukuk devletinde demokratik toplum düzeninin korunması amacıyla toplumca kınanan ve kanun koyucu tarafından haksızlık olarak nitelenen fiillerin cezalandırılabilmesi muhakkaktır. Hukuk düzenini ihlal eden fiillerin toplumun tepkisinin bir tezahürü olarak cezalandırılması devletin en temel yetkilerinden biridir. Ancak demokratik bir hukuk düzeninde devletin, haksızlık teşkil eden fiillere cezalandırma yoluyla göstereceği tepki ölçülü olmalı ve hukuk güvenliğini zedeleyici bir boyuta ulaşmamalıdır. Bir kimsenin daha önce yargılandığı ve cezalandırıldığı hukuka aykırı bir eylem nedeniyle yeniden takibata uğraması veya cezalandırılması, yaptırım uygulanmasıyla elde edilmek istenen kamu yararı ile bireyin menfaatleri arasında kurulması gereken adil dengeyi zedeleyerek cezalandırmanın birey üzerinde aşırı bir külfete dönüşmesine yol açar.

- Aynı fiil nedeniyle yeniden yargılanmama veya cezalandırılmama ilkesi, yukarıda değinildiği üzere bireylerin, haklarında yürütülen bir ceza yargılaması sürecinin varlığı hâlinde tekrar yargılanmamalarını veya cezalandırılmamalarını güvence altına almaktadır. Böylelikle adil yargılanma hakkı kapsamındaki cezai süreçler yönünden hukuk devleti ilkesinin bir gereği olarak hukuk güvenliğinin sağlanması amaçlanmaktadır. Dolayısıyla hukuk devleti ilkesinde mündemiç olan aynı suç nedeniyle yeniden yargılanmama veya cezalandırılmama ilkesinin Anayasa'nın 36. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkının bir unsuru olduğu sonucuna ulaşılmaktadır. Nitekim *ne bis in idem* ilkesi Sözleşme'ye ek 7 No.lu Protokol'de ayrı bir hak olarak düzenlenmiş ise de AİHM kararlarında bu ilkenin adil yargılanma hakkı ile bağlantılı özel bir güvence olduğu vurgulanmıştır (§ 33). Bazı uluslararası sözleşmelerde de *ne bis in idem* ilkesi açık bir biçimde adil yargılanma hakkının bir güvencesi olarak kabul edilmiştir (§§ 29-30).
- Sonuç olarak aynı fiil nedeniyle yeniden yargılanmama ve cezalandırılmama hakkının Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkı çerçevesinde anayasal güvence altında olduğu, dolayısıyla 7 No.lu Protokol ile Anayasa'nın ortak koruma alanında bulunduğu anlaşılmaktadır. Bu nedenle Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru kapsamındaki inceleme yetkisinin

aynı fiil nedeniyle yeniden yargılanmama veya cezalandırılmama hakkını da kapsadığı kanaatine varılmaktadır.

- Açıkça dayanaktan yoksun olmadığı ve kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek başka bir nedeni de bulunmadığı anlaşılan aynı fiil nedeniyle yeniden yargılanmama veya cezalandırılmama hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.
- Aynı fiil nedeniyle yeniden yargılanmama veya cezalandırılmama (*ne bis in idem*) ilkesi gereğince, kişi aynı fiil nedeniyle birden fazla yargılanamaz veya cezalandırılmaz. Ancak, bu ilke mutlak olmayıp, korunan hukuki yararı, unsurları, amacı ve neticesinin farklı olması nedeniyle ayrı hukuk disiplinleri kapsamında aynı fiilin farklı şekillerde mütalaa edilmesi mümkündür. Bu ilke sadece ceza davalarına ilişkin olduğu için aynı fiilden dolayı ceza soruşturmasının yanında ayrıca hukuk davası veya disiplin soruşturması açılmasına engel teşkil etmez. Dolayısıyla bir fiilin söz konusu hukuk disiplinlerinin öngördüğü farklı yaptırımlarla cezalandırılması aynı fiilden dolayı iki kez yargılama olmaz ilkesine aykırılık oluşturmaz (bazı değişikliklerle birlikte bkz. AYM, E.2017/28, K.2017/107, 31.5.2017, § 15).
- Aynı fiilden dolayı yeniden yargılanmama veya cezalandırılmama ilkesinin uygulanabilmesi için hukuka aykırı fiillere bağlanan iki ayrı cezanın birlikte uygulanıp uygulanmadığı ve dolayısıyla aynı kişinin iki kere yaptırıma tabi tutulması sonucuna yol açılıp açılmadığı değerlendirilmelidir. Ayrıca *ne bis in idem* ilkesine uygunluk yönünden müdahalenin yol açtığı söz konusu mükerrerliğin *aynı fiilden* kaynaklanıp kaynaklanmadığı hususunun da irdelenmesi gerekir (bkz. AYM, E.2017/95, K.2017/119, 12.7.2017, § 13).
- Somut olayda başvurucuya vergi mahkemelerinin nitelendirmesine göre "*komisyon karşılığında sahte fatura düzenleyerek gelir elde etme*" fiili nedeniyle vergi ziyayı ve özel usulsüzlük cezaları uygulanmıştır. Bunun yanında başvurucunun *sahte fatura kullanmak ve düzenlemek* suretiyle vergi kaçakçılığı suçundan cezalandırılması talebiyle ceza davası açılmış ve yapılan yargılama sonucunda mahkûmiyetine hükmedilmiştir.
- Kamu hizmetlerinin yerine getirilebilmesi vergi yükümlülüğünün zamanında ve eksiksiz ifası ile gerçekleşir. Buna göre vergi kurallarına aykırılığın idari olarak cezalandırılmasıyla esas itibarıyla

kamunun uğradığı vergi kaybının giderilmesi, bunun ayrıca suç olarak öngörülüp cezalandırılmasıyla da vergi düzenini bozabilecek sahte belge düzenlenmesi ve kullanılmasının önüne geçilmesi amaçlanmaktadır. Kanun koyucu böylelikle vergi ödevine ilişkin kuralların yerine getirilmesi için caydırıcılık sağlamaktadır. Öte yandan idari ve adli süreçler yönünden korunan farklı hukuki değerlerin olması veya kabahat ve suç olarak farklı nitelendirmelerin yapılması ihlal edilen eylemin tek olduğu gerçeğini değiştirmemektedir.

- Somut olayda şikâyete konu her iki takibat aynı kişi hakkında ve aynı vergilendirme dönemleri ile ilgili olarak yürütülmüştür. Vergi idaresince sahte fatura düzenlendiğinin tespiti üzerine yürütülen idari takibatta bu fiil dolayısıyla elde edildiği takdir edilen gelir üzerinden vergi cezaları uygulanmış, yine vergi düzenini bozan bu fiil yüzünden ayrıca ceza yargılaması yürütülmüştür. Buna göre başvuruçunun cezai süreçlere neden olan hareketleri, amaç, zaman ve mekân yönlerinden birbirine bağlı şekilde kendi içinde bir bütünlük oluşturduğundan hukuki anlamda *aynı fiil* olarak değerlendirilmelidir. Diğer bir deyişle sonuç olarak somut olayda her iki takibatta da, özünde aynı olgulara dayanan *tek bir fiilin* söz konusu olduğu anlaşılmaktadır.
- Bununla birlikte somut olay yukarıdaki ilkeler ışığında değerlendirildiğinde, farklı amaç ve hukuki yararları gerçekleştirilmeye yönelik olarak hem idari süreç sonunda vergi cezası hem de adli süreç sonunda mahkûmiyet verilebilmesinde aynı fiil nedeniyle yeniden yargılanmama veya cezalandırılmama ilkesine aykırı bir yön bulunmamaktadır. Dolayısıyla somut olayın koşullarında adil yargılanma hakkı bağlamında aynı fiil nedeniyle yeniden yargılanmama veya cezalandırılmama ilkesinin ihlaline yol açılmamıştır.
- Açıklanan gerekçelerle Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan aynı fiil nedeniyle yeniden yargılanmama veya cezalandırılmama ilkesinin ihlal edilmediğine karar verilmesi gerekir.
- Açıklanan gerekçelerle; Aynı fiil nedeniyle yeniden yargılanmama veya cezalandırılmama ilkesinin ihlal edildiğine ilişkin iddianın kabul edilebilir olduğuna, Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkı kapsamında aynı fiil nedeniyle yeniden yargılanmama veya cezalandırılmama ilkesinin ihlal edilmediğine, oybirliğiyle karar verildi.

Değerlendirmeler

Öncelikle ‘ne bis in idem’ terimine bakmamız gerekmektedir. Biçimsel çeviri yapılmasında problemler bulunan terim, aynıısının tekrarlanmaması temelinde içerik olarak değerlendirildiğinde aynı fiil nedeniyle yeniden yargılanmama veya cezalandırılmama anlamına gelmektedir. Terim İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’nin orijinal metninde yer almamakla birlikte 22.11.1984 senesinde imzaya açılan ve 1.11.1988 tarihinde yürürlüğe giren 7. Ek Protokol’ün 4. maddesinde yer almıştır. Sözleşmeyi 4.7.2019 itibarıyla Birleşik Krallık imzalamamış, Almanya ve Hollanda onaylamamıştır. Türkiye’nin imza tarihi 14.3.1985, onay tarihi 2.5.2016 olup 1.8.2016 itibarıyla yürürlüğe girmiş olup, çekince konulmamıştır¹. Bu konu oldukça önemlidir. Zira, imzacı bir çok devlet bu çekinceleri koyarak konumuz kapsamında mali (idari) ve cezai yaptırımların birlikte değerlendirilmesini önlemişlerdir². Bununla birlikte örneğin Fransız Anayasa Mahkemesi 24.6.2016 tarihli (No: 2016-545 ve 546 QPC) kararında vergi mahkemesi tarafından esas girilerek verilen karar ile mükellefin vergi suçu işlemediği sonucuna vardıysa mükellefe ayrıca ceza verilemeyeceğini belirtmiştir.

Bu terim kapsamında karşımıza çıkan bir sorun da ceza yaptırımının ne olduğu hususudur. Zira İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’ne taraf olan birçok ülke bakımından terimlere verilen anlam farklılaşabilmekte, bu da aynı durumda farklı sonuçların çıkmasına sebep olmaktadır. Bu nedenle İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi verdiği kararlarla uluslar üstü kavram birlikteliğini sağlamaya çalışmaktadır. Bunun konumuzla bağlantılı tipik örneği *Engel v. the Netherlands* kararıdır³. Engel kriterleri denilen üç aşama vardır. Bunlar: müeyyidenin iç hukuktaki tasnifi, suçun niteliği ve cezanın ağırlığıdır. Sonrasında verilen *Öztürk v. Germany* kararı⁴ ile şekillenen bu kavramlarla suçun niteliği detaylandırılarak cezanın az veya çok olmasının

¹https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/117/signatures?p_auth=FhZpgDNC 11 Numaralı Protokol ile Değişik İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Ek 7 Numaralı Protokolün Onaylanmasının Uygun Bulunmasına Dair Kanun (10.3.2016-6684) (RG 25.3.2016-29664) ve 8.3.2016 tarih ve 2016/8717 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı (RG 8.4.2016-29678).

² Bu kapsamda Fransa bu yolu izlemiştir. Bu durumun sonuçları için: Prof. Dr. Ludovic Ayrault, Paris-1, Panthéon Sorbonne Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Mali Hukuk’ta Non bis in idem, İstanbul Vergi Merkezi/Galatasaray Üniversitesi Vergi Hukuku Merkezi, Vergi Hukuku ve Ne Bis In Idem panelinde sunulan tebliğ, Galatasaray Üniversitesi, 10.12.2018.

³ Case of Engel and others v. the Netherlands, Application no. 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72, 8 June 1976.

⁴ Case of Öztürk v. Germany, Application no. 8544/79, 21 February 1984.

ötesinde caydırıcılık kavramını öne çıkarmıştır. Bu yaklaşım vergi cezaları bakımından temel ve ilk karar olan *Bendenoun v. France* kararı⁵ ile açık bir şekilde ortaya konmuştur. Bu kararlarla yaptırımlar arasındaki ülkelerarası suni farklılıklar sona ermiştir.

Burada belirlenmesi gereken temel husus aynı kavramının içeriğidir. Fiil midir yoksa suçlama mıdır? Konuyla ilgili İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin Gradinger⁶, Oliveira⁷ ve Fischer⁸, Manasson⁹ gibi bazı temel kararları incelendiğinde, farklı yaklaşımların varlığı görülür. İHAM, bu farklı kararları Zolotukhin¹⁰ davasında yeniden değerlendirerek, aynı kavramından anlaşılması gerekeni aynı olaylar ya da özünde aynı olaylar olarak belirlemiş, A ve B¹¹ kararında da olay temelinde bu belirlemenin yapılacağını ifade ederek Ruotsalainen¹² gibi bazı kararlarıyla da bu durumu somutlandırmıştır. Daha sonraki Glantz¹³ kararında ise vergi kaçakçılığı yaptığı tespit edilen başvuru hakkında hem hapis hem de para cezası uygulandığı için mahkeme Zolotukhin kararına atıf yaparak iki farklı cezaya tabi tutulan fiilin aynı olduğu sonucuna varmıştır. Aynı olma durumu Lucky Dev¹⁴ kararında da tespit edilmiş, burada Mahkeme yaptığı bir diğer yorumla ise farklı bir tartışmaya neden olmuştur. Mahkeme'ye göre usulsüzlük suçu ile vergi kaçakçılığı suçu arasında unsur farklılığı sebebiyle aynı olma durumu oluşmamıştır zira vergi kaçakçılığı defterlerde usulsüzlük yapmadan da gerçekleşebilmektedir. Oysa aynı fiille bu durum yaratıldığında mahkemenin kararı eksik kalmaktadır.

Bu kapsamda üzerinde durulması gereken husus Glantz kararı çerçevesinde vergi mahkemesi ve ceza mahkemesinde devam eden yargılamalardan bir tanesi nihai kararla sona ererse ikinci yargılamanın durumunun ne olacağıdır. Zira aynı anda yapılan iki farklı yargılama 7. protokol kapsamında mümkünken, bir yargılama sürecinin sona ermesi ve diğerine devam edilmesi iki yargılama teşkil edecektir. Bunun doğru olup olmadığı incelenmelidir. Böyle bir durumda ikinci yargılama sona erdirileceği için bir konuda ya para cezası veya hapis cezası verilebilecektir.

⁵ Case of Bendenoun v. France, *Application no. 12547/86*, 24 February 1994.

⁶ Gradinger v. Austria, 23.10.1995, *Application no. 15963/90*.

⁷ Oliviera v. Sweden, 30.7.1998, 84/1997/868/1080.

⁸ Franz Fischer v. Austria, 29.8.2001, *Application no. 37950/97*.

⁹ Manasson v. Sweden, 20.7.2004, *Application no. 41265/98*.

¹⁰ Sergej Zolotukhin v. Russia, 10.2.2009, *Application no. 14939/03*.

¹¹ A and B v. Norway, 15.11.2016, *Application nos. 24130/11 and 29758/11*.

¹² Ruotsalainen v. Finland, 16.6.2009, *Application no. 13079/03*.

¹³ Glantz v. Finlandiya, 20.8.2014, *Application no. 37394/11*.

¹⁴ Lucky Dev v. Sweden, 27.11.2014, *Application no. 7356/10*.

Bu da ya vergi mahkemesi kararının veya ceza mahkemesi kararının esas alınması demektir. Bu durumda hızlı olan hangi yargı kolu ise ona göre ceza verileceği için hukuken başta adalet ve eşitlik olmak üzere usul hükümlerinin de kapsama girmesiyle yapılan hatalar da dahil olmak üzere çeşitli hukuki problemlere yol açacaktır.

Dolayısıyla burada alternatif ihtimallere bakarak Glantz kararının biraz daha ötesine geçmek gerekmektedir. Karşımıza çıkacak olan soru ise verilecek para cezası ve hapis cezasının birbirine bir alternatif mi teşkil ettiği yoksa bir bütünlük mü oluşturduğudur? Bu soruların cevabı için bir başka karara bakmak gerekmektedir: A ve B kararı¹⁵. Bu karar ile İHAM, birden çok yargılama söz konusu olduğunda yaptırımlar bir bütünlük arz ediyorsa 7. protokole aykırılık söz konusu olmayacaktır. Bu kapsamda örneğin para cezası, hapis cezası, güvenlik önlemi gibi aynı anda yapılan uygulamalar mümkün olabilecekti. A ve B kararı sonrasında ise söz konusu yaptırımlara karşı başvurulacak yollarının sonuçlarının da ölçülü ve öngörülebilir olması, örneğin diğer yargılama sürecindeki delillerin de dikkate alınarak karar verilmesi gerekmektedir. Bununla birlikte A ve B kararının bazı gelişmeler sağlamakla birlikte her soruya cevap verdiğini söylemek de mümkün değildir.

İHAM, daha sonraki Jussila¹⁶ kararında ise ceza hukuku kapsamında hakkın özü kavramını da dikkate almış, temel olarak idari cezaların ağırlıkları bakımından ceza hukukunun özü kapsamına girmediğini ifade etmiştir. Bu tür bir yorum vergi mahkemesinden verilecek cezaları ne bis in idem bakımından tartışılır hale getirmektedir. Hakkın özü gibi kapsamlı bir alanın buraya monte edilme çabası durumu daha da karmaşık bir hale getirmiş, uygulanacak kriterler bakımından belirsizlik yaratmıştır. Bu durum aslında daha önce belirtmiş olduğumuz daha iyiye gidiş anlamına maalesef gelmemektedir.

Ülkemiz bakımından beklenen ise bu tartışmaların detaylarıyla dikkate alınması, eksik kısımlarda yapılacak yorumlarla yeni yaklaşımlar getirilerek hukuki problemlerin çözümlenmesidir. Bu kapsamda oluşturulması gereken çekincelerin eksikliği sebebiyle en azından yapılacak yorumlar önem kazanmaktadır. Burada yapılacak çalışmalar sonraki kararlar bakımından da yol gösterici olacaktır. Bu çerçevede vergi sistemimizde gerekli düzeltmelerin acilen yapılması gerekmektedir.

¹⁵ A and B v. Norway, 15.11.2016, Application nos. 24130/11 and 29758/11.

¹⁶ Jussila v. Finland, 23.11.2006, Application no. 73053/01.

YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ BEDRETTİN DALAN MAKALE YARIŞMASI

Yarışma Konusu:
“Düşman Ceza Hukuku ve Uygulamaları”

Katılım Koşulları

Yeditepe Üniversitesi Kurucu Başkanı Sayın Bedrettin Dalan adına her yıl düzenlenmesi planlanan makale yarışmasının ilki, 2018 yılında gerçekleştirilecektir. Yarışmanın konusu, “Düşman Ceza Hukuku ve Uygulamaları” olarak belirlenmiştir. Yarışmaya katılma koşulları ve makale yazım ilkeleri aşağıda yer almaktadır:

1. Makale yarışmasına, hukuk doktoru unvanına sahip olmayan hukuk fakültesi öğrenci ve mezunları katılabilir.
2. Makaleler, linkte yer alan Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi yayın ilkelerine uygun şekilde hazırlanacaktır.
3. Makalelerin 15.10.2018, saat 23.59’a kadar e-posta ile hukukmakale2018@yeditepe.edu.tr e-posta adresine “.doc” veya “.docx” uzantılı bir dosya olarak gönderilmesi gerekmektedir.
4. Yarışmaya gönderilen makalelerin özgün, daha önce başka bir yerde yayımlanmamış olması ve yayımı için başvurulmamış olması zorunludur; daha önce telif, lisans yayın anlaşması yapılmamış olması şarttır.
5. Her yarışmacı yalnızca bir makale ile katılabilir. Makalelerde birden fazla yazar olamaz.
6. Makalelerde intihal veya bilimsel araştırma kurallarına aykırılık saptanması, diğer hukuki sonuçları saklı kalmak kaydıyla derhal diskalifiye sebebidir. Ödül kazanmış bir makalede sonradan intihal saptanması halinde yazar aldığı ödülü aynen iade etmeyi kabul etmiş sayılır.
7. Yukarıda yer alan kurallara aykırı olarak gönderilen makaleler hiçbir şekilde değerlendirmeye alınmayacaktır.
8. Yarışmaya katılan makaleler, oluşturulacak bilim kurulu tarafından değerlendirilecek ve ödüle layık görülenler Aralık ayının ilk haftası ilan edilecektir. Ödüller:
1’incilik ödülü – 10.000 TL
2’ncilik ödülü – 5.000 TL
3’üncülük ödülü – 2.500 TL olarak belirlenmiştir.

9. Bilim kurulu, herhangi bir ödül kategorisinde hiçbir makaleyi layık görmeyebilir ve/veya belirli bir kategorideki ödülü birden fazla makale arasında bölüştürmeyi uygun bulabilir.
10. Derece alanlar makaleler, Ulakbim'e kayıtlı olan Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi'nde yayımlanmak üzere hakem incelemesinden geçirilecek ve yayımlanması uygun bulunanlar derginin özel bir sayısında yayımlanacaktır. Derece alan makalelerin yazarları, aynen veya hakemler tarafından öngörülen değişikliklerle birlikte Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi'nde ve bu derginin içeriğinin kısmen veya tamamen yayımlanacağı her türlü elektronik mecrada eserlerinin yayımlanmasını kabul etmiş ve bu yayım için her türlü telif ücretinden feragat etmiş sayılırlar.

**† TÜRK HUKUKUNDA VE FRANSIZ HUKUKUNDA DÜŞMAN
CEZA MUHAKEMESİ UYGULAMALARI**
(THE IMPLEMENTATION OF ENEMY CRIMINAL PROCEDURE LAW IN TURKISH
AND FRENCH LEGAL SYSTEMS)

Arş. Gör. Göksu Işık * **

ÖZ

Terörle savaş terminolojisinin güç kazandığı 2000’li yıllardan sonra tekrar gündeme gelen Düşman Ceza Hukuku teorisi, insan hakları ve hukuk devleti üzerinde temellenen günümüz liberal demokrasilerinde eleştirilebilecek çok nokta barındırmaktadır. Yine de bu durum, öngördüğü hukuk sisteminin bugünkü demokrasilerde var olmadığı anlamına gelmemektedir. Terör tehdidinin gittikçe artması, mücadelenin de daha etkin olmasını gerektirmiş, bu nedenle de ceza hukuku sistemlerinin işleyişinde bir değişim dönemine girilmiştir. Bu değişim sonucu ceza hukukumuz düşmanlaşmış mıdır, düşmanlaşmışsa bunun eleştirisini hangi noktadan yapmak gerekir sorularına cevap aradığımız çalışmamızda; Türk hukuku ve Fransız hukukları karşılaştırılacak, Günther Jakobs’un teorisinde yer alan ilkelerle ortak noktalar bulunmaya çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: terör, düşman ceza hukuku, ceza muhakemesi, düşman, tehlikelilik.

Abstract

The theory of Enemy Criminal Law, which came to the fore after the 2000s as the war against terrorism gained power, has many aspects that can be criticized within our liberal democracies based on human rights and rule of law. Still, these critics don’t mean that its legal system doesn’t exist in today’s democracies. That is why we can say that the way in which criminal law systems function starts to change in this period. Thus, within

† Eserin Dergimize geliş tarihi: 05.07.2019. İlk hakem raporu tarihi: 21.08.2019. İkinci hakem raporu tarihi: 21.08.2019. Onaylanma Tarihi: 22.08.2019.

* Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi.

** Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0002-8120-7294. Yazarın bu makalesi Yeditepe Üniversitesi Bedrettin Dalan Makale Yarışması’nda birincilik derecesi almıştır.

Esere Atıf Şekli: Göksu Işık, “Türk Hukukunda Ve Fransız Hukukunda Düşman Ceza Muhakemesi Uygulamaları”, YÜHFD, C.XVI, 2019/2, s.233-278.

this study, we will search the answers of the questions if our criminal law is enemy and if ever the answer is yes, then we will try to find the point of view from which we should criticize it, by comparing Turkish and French legal systems in order to find if there are common points with the theory of Günther Jakobs.

Keywords : *terror, criminal enemy law, crimianl procedure, enemy, dangerousity.*

GİRİŞ

Günümüz liberal demokratik sistemlerinde terörle mücadele söz konusu olduğunda kurulacak ikinci cümle, bu mücadelenin insan hakları ve hukuk devleti ilkelerine uygun olarak yapılması gerektiğidir¹. Sözde oldukça fazla yer alan bu ilkeler uygulamada kimi zaman o kadar dikkate alınamamaktadır. Kamunun güvenliği ve her bir bireyin yaşama hakkı mı yoksa suçlu veya şüphelinin birey olarak adil yargılanma hakkı mı üstündür? Bu tartışma, terörizme ilişkin yazılıp çizilen çoğu kaynakta yer almakla birlikte bir sonuca varması zor görünmektedir. İkinci Dünya Savaşı sonrası inkâr edilemeyecek bir biçimde kendine yer edinen insan hakları doktrini karşısında terörle mücadelede otoriterleşmenin gerekli olduğunu savunmak, eleştirilere göğüs germe cesaretini de beraberinde getirmektedir. Düşman Ceza Hukuku teorisinin kurucusu olan Günther Jakobs da eşitlik temelinde filizlenen insan hakları doktrinine aykırı ilkeler ileri sürmekten çekinmemiştir. Bunu da “tehlikeli bireyler” ile “standart vatandaşlar” arasında yaptığı ayrımla temellendirmekte, farklı kategoriler içerisindeki

¹ Örneğin *cf.* Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi, Résolution 1373 (2001), 28 Eylül 2001, S/RES/1373 (2001), §3 (f) ; Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi, Résolution 2170 (2014), 15 Ağustos 2014, S/RES/2170(2014), préambule ; Birleşmiş Milletler, Assemblée Générale Résolution 56/160 13 Şubat 2002, A/RES/56/160, §6 ; Birleşmiş Milletler, Office of the High Commissioner for Human Rights, Commission on Human Rights resolution A/RES/2002/35, 50th meeting, 22 Nisan 2002, §5,8 ; Birleşmiş Milletler, Assemblée Générale Résolution 57/219, 27 Şubat 2003, A/RES/57/219, §1 ; Birleşmiş Milletler, Assemblée Générale Résolution 46/51, 9 Aralık 1991, A/RES/46/51, Başlangıç ; Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi, Communiqués de Presse, Déclaration à la presse faite par le Conseil de Sécurité sur les attentats terroristes perpétrés dans la ville de Reyhanli, SC/11006, 13 Mayıs 2013 ; Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi, Direction Exécutive du Comité contre le terrorisme, *Enquête mondiale portant sur la mise en œuvre de la résolution 1373 (2001) du Conseil de Sécurité par les États membres*, S/2016/49, 20 Ocak 2016, p. 109 ; Birleşmiş Milletler, Office of the High Commissioner for Human Rights, Commission on Human Rights resolution 2003/68, 62nd meeting, 25 Nisan 2003, §3 ; Avrupa Konseyi Terörizmin Önlenmesi Sözleşmesi, 16 Mayıs 2005, madde 3, 12. *YÜHFD Cilt: XVI Sayı:2 (2019)*

bireylere farklı, aynı kategorilerdekilere ise aynı muamele uygulanmasını öngörmektedir.

İnsan onuru ile ele alındığında tehlikeli bireylerin haklarının kısıtlanabilecek olması ve farklı bir hukuki rejime tabi tutulabilecek olmaları da eleştiri konusu yapılacaktır. İnsanın insan olmaktan dolayı sahip olduğu haklar düşman olarak nitelendirildiğinde mevcut olmayacak, bu hakları kısıtlama yetkisi olan makamlar da devlet içerisinde farklı bir yapılanmaya gidecektir. Bu nedenle egemenlik, insan onuru, eşitlik gibi kavramların içeriğinde değişiklikler olduğu gözlemlenecektir. Bu durum da son yüzyılda insan haklarına dayalı olarak şekillendirilmeye çalışılan ulusal ceza hukuku sistemlerinde kendini gösterecektir. Liberal demokratik bakış açısından olması gereken ile olan aynı olmadığında da Düşman Ceza Hukuku teorisi, olanı dile getirdiği için çok tepki çekecek², fakat varlığı çektigi tepkiler kadar inkâr edilemeyecektir.

Yazar teorisini çok geniş kapsamlı olarak açıklamamış, çok detaylı incelemelerle Düşman Ceza Hukuku sisteminin kurallarının ne olacağını tek tek saymamıştır. Bize verdiği ipuçlarından anlaşılan ise aslında ondan önce de benzer yorumları yapan birçok düşünür olduğudur. Hatta bu nedenle teorisinin temelini oluşturan, bazı suçlardan yargılananların etiketlenmesi farklı ve zalimce nitelendirilebilecek kurallara tabi tutulması ve haklarından mahrum bırakılması yaklaşımı, bugün modern ceza hukukunun inşasında kullanılan bir yaklaşım olarak da nitelendirilmektedir³.

Eşitlik, kardeşlik ve özgürlük üzerine kurulmuş olan Fransa Cumhuriyeti ve insan haklarına saygılı hukuk devleti Türkiye Cumhuriyeti, belirtilen sıfatlar ile ele alındığında Jakobs'un yaklaşımını hayata geçirebilecek ülkeler gibi görünmemektedirler. Fakat terörle en etkin şekilde mücadele etmeye çalışan bu iki ülke, ister istemez terörizmin özel bir yaklaşım gerektiren bir fenomen olduğunu kabul edecektir. Bu durumda da Tony

² Immanuel Kant'ın insanı araçsallaştırma yasağı karşısında Jakobs'un, vatandaşların güvenliğini sağlamak için düşman olarak nitelendirilen bir grup insanın haklarını yok ederek ve onları farklı bir rejime tabi tutarak araçsallaştırılmasını öngördüğü eleştirisine ilişkin cf. Kai Ambos (2017). "Düşman Ceza Hukuku", (Çev. Serkan Oğuz), *Küresel Bakış*, Yıl: 7, Sayı: 22, ss. 77-107, s. 104 ; Ayrıca Alman Anayasa Mahkemesi'nin, terörle mücadele bağlamında güvenlik güçlerine verilen kaçırılan yolcu uçaklarını düşürme yetkisini veren kanunu insan onuru kavramından hareketle iptal etmesine ilişkin cf. Oktay Uygun (2017). *Devlet Teorisi*, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 3. Baskı, s. 480. Yazar burada, Devletin tek bir kişinin dahi hayatını feda ederek onu araçsallaştıramayacağından hareketle kararı yorumlamaktadır.

³ Olivier Cahn (2013). « Droit pénal de l'ennemi – Pour prolonger la discussion... », *Jurisprudence revue critique, Droit pénal et politique de l'ennemi*, ss. 105-129, s. 117.

Blair'in dediği gibi “*terör eylemleri tehdidi altında yaşamamaktan daha büyük bir özgürlük yoktur*”⁴ diyerek özgürlük güvenlik dengesini güvenlik lehine bozmak durumunda kalabileceklerdir.

Günther Jakobs'un teorisinde Düşman Ceza Hukukunun uygulanması, temelde üç şekilde karşımıza çıkmaktadır. Bunlardan ilki cezaların artırılması, ikincisi hazırlık hareketlerinin genişletilmesi, üçüncüsü ise düşmanın savunmaya dair temel haklarının kısıtlanmasıdır⁵. Bu çalışma kapsamında teorinin temel hakların kısıtlanması yönü dikkate alınacak, aynı zamanda da terörle savaş doktrini içerisinde terör suçlarından yargılanan kişiler için öngörülen sistemin, Düşman Ceza Muhakemesi Hukuku olarak adlandırılabilir ve adlandırılmayacağı; adlandırılabilirse Türk ve Fransız sistemlerinde bu rejime ilişkin belirtiler olup olmayacağı hususlarına cevap aranacaktır. Bunun için öncelikle Düşman Ceza Hukuku teorisinin teorik temellerini Jakobs'un aktardıklarının üzerine ekleyerek yorumlamak, terörle savaş içerisinde öngörülen hukuk sisteminin teoriye uyup uymadığını tartışmak, daha sonra da farklı bir yargılama hukuku rejiminin nasıl öngörüldüğüne uygulamadan örnekler vererek göz atmak gerekmektedir.

I. Düşman Ceza Hukuku Yaratmak

Günther Jakobs'un Düşman Ceza Hukuku teorisini dile getirdiği ilk makalesi 1985 yılında yayımlanmıştır⁶. Yazarın Almanya'nın terörle mücadele politikası üzerine örnekler vererek bu teoriyi oluşturduğu ve dünyada terörle savaş doktrini çıkmadan çok önce bu konuya ilişkin yeni bir yaklaşım geliştirdiği görülmektedir. Fakat teoriyi destekleyip desteklemediği konusundaki görüşler tartışmalıdır. Jakobs'un hukuki bir fenomenin gerçekliğini ve varlığını gösterdiğini fakat bunu göstermenin Düşman Ceza Hukukunu desteklemek anlamına gelmeyeceğini savunan yazarlar vardır⁷. Bunun dışında yazarın tarafsızlığını koruyamadığını ve

⁴ The Telegraph (24 Şubat 2005). (Çevrimiçi) <<https://www.telegraph.co.uk/news/uknews/1484284/We-must-put-safety-before-liberty-says-Blair.html>> 12.10.2018.

⁵ Olivier Cahn (2013), *loc. cit.*, s. 107.

⁶ Cf. Günther Jakobs (1985). « Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung », *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Volume 97, n° 4, 1985, ss. 751-785 aktaran Dominique Linhardt & Cédric Moreau de Bellaing (2013). « La doctrine du 'droit pénal de l'ennemi' – Linéaments d'une approche sociologique », *Jurisprudence revue critique, Droit pénal et politique de l'ennemi*, ss. 35-50, s. 39.

⁷ Cf. Jean-François Dreuille (2012). « Le droit pénal de l'ennemi: éléments pour une discussion », *Jurisprudence revue critique*, Université de Savoie, ss. 149-164, s. 153-154 ; Henning Rosenau (2008). “Jakobs'un Düşman Ceza Hukuku Kavramı – Hukukun Düşmanı”, (Çev. Erhan Temel), *AÜHFD*, ss. 391-402, s. 396.

YÜHFD Cilt: XVI Sayı:2 (2019)

özellikle de 1999 yılında Berlin’de verdiği konferans sonrasında yazdıklarında bir Düşman Ceza Hukukunun gerekliliğini tanıdığını savunan yazarlar da bulunmaktadır⁸.

Bizim için önemli olan, bu fenomen hakkında yazarın verdiği bilgiler üzerinden ulaşabileceğimiz noktalardır. Yazar, kendini hukuk felsefesinin temelinde yer alan düşünürler ile savunmaktadır. Bu bağlar kabul edilmekle birlikte teorisinde daha fazlasını bulmak dahi mümkün olmaktadır. Bu nedenle, öncelikle teoriyi anlayabilmek için düşmanın kim olduğunu bulmaya çalışacağız, sonrasında da günümüze gelerek terörle savaşta karşı tarafın, Jakobs’un belirttiği düşman olup olmadığını ve ceza hukukunun bu savaşta yerini araştıracağız.

A. Kuramsal Temelde Düşmanı İnşa Etmek⁹

“Düşman” kelimesi¹⁰, sözlük anlamına bakıldığında çoğu zaman savaş kavramı ile birlikte ele alınmaktadır. Örneğin kelimenin Latince karşılığı olarak geçen “*perduellis*” kavramı, Félix Gaffiot’un sözlüğünde kendisiyle savaşılan kişi olarak açıklanmaktadır¹¹. Carl Schmitt de kelimenin Almanca sözlüklerde nefret eden şeklinde tanımlandığını belirttikten sonra¹², köken itibariyle kendisine karşı mücadele edilen kişiyi betimlediği yorumunu yapmaktadır¹³. Peki, Düşman Ceza Hukuku teorisindeki düşman nasıl belirlenmektedir? Bugünkü anlamıyla savaşın karşı tarafında kim vardır ve

⁸ Cf. Geneviève Giudicelli-Delage, « Droit pénal de la dangerosité – Droit pénal de l’ennemi », *Dalloz*, RSC 2010. 69 ; Dominique Linhardt & Cédric Moreau de Bellaing (2013), *loc. cit.*, s. 39.

⁹ Başlıkta Umberto Eco’nun Düşman Yaratmak kitabının ilk hikayesinin isminden esinlenilmiştir.

¹⁰ Kelimenin etimolojik olarak incelenmesi ve edebi eserlerde kullanıldığı bağlamlara ilişkin olarak cf. Dominique Lagorgette (2013). « Diaboliser autrui: étude linguistique des représentations langagières de l’ennemi, du Moyen Âge au journal de 20 heures », *Jurisprudence revue critique - Droit pénal et politique de l’ennemi*, ss. 17-32.

¹¹ Félix Gaffiot (1934). *Dictionnaire Latin Français*, Paris, Hachette, s. 1144.

¹² Örneğin cf. Jacob Grimm, Wilhelm Grimm (1854). *Deutsches Wörterbuch*, Leipzig Verlag von S. Hibzel, « feind » bis feindeshaufe (Bd. 3, Sp. 1457 bis 1460), (Çevrimiçi) <http://woerterbuchnetz.de/cgi-bin/WBNetz/wbgui_py?sigle=DWB&mode=Vernetzung&lemid=GF02122#XGF02122> 27.09.2018.

Fr. L. K. Weigand Erster Band (1909). *Deutsches Wörterbuch*, A bis K, Verlag von Alfred Töpelmann Gießen, p. 515 (Çevrimiçi) <<https://archive.org/stream/deutscheswrter01weiguoft#page/258/search/feind>> 27.09.2018.

¹³ Carl Schmitt (2014). *Siyasal Kavramı*, (Çev. Ece Göztepe), İstanbul, Metis Yayınları, 3. Baskı, s. 136.

bu tanımlar düşmanın kim olduğunu anlamak için yeterli midir? Bunun için önce düşman olan kimdir, sonra da ona hangi temelde farklı muamele yapılmaktadır soruları ele alınacaktır.

Devletin uyruklarını tehlikeli eylemlerden koruma yükümlülüğünü¹⁴ yerine getirirken hukuk ile ilişkisini artırması söz konusu olmaktadır. Hukuksal pozitivizmi esas alan bakış açısı doğrultusunda Devlet hukuktan yararlanmakta, hukuku kullanmakta, hukuku dışlayabilmekte veya meşruiyetini ispatlamak için kullanabilmektedir¹⁵. Devlet iktidarını elinde bulunduranlar tarafından tehlikeli olarak addedilen¹⁶, suçlu olarak tanımlanmakta, Devletin bu tanımlamaları üzerinden de bireyler arasında bir suçlu-suçsuz, bizden olmayan-bizden olan, yabancı-yerli, düşman-dost ayrımı yapılmaktadır¹⁷. Bu nedenle de hukuk sistemine tabi olacak kişiler ve bu kişilerin tabi olacağı kurallar belirlenirken önce devletin politikası önem kazanmaktadır. Bu bağlamda devlet iktidarının meşruiyetini açıklayan teorilerin çoğunda düşman-vatandaş ayrımına dair birtakım ipuçları bulunmaktadır.

Düşman Ceza Hukuku teorisini ortaya atan Günter Jakobs da düşmanın tespiti konusundaki görüşlerini eskilere dayandırmaktadır. Her ne kadar Jakobs'un tam olarak kimin düşman olarak algılanması gerektiği konusunda detaylı bir inceleme yapmadığı, teorisinin kapsamında yalnızca birtakım

¹⁴ Devletin varlığını açıklamaya çalışan felsefi temeller dışında, pozitif hukukta da devletin vatandaşlarını koruma yükümlülüğünün her ne kadar özellikle Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin yetkisi kapsamında değerlendirilen uluslararası suçları kapsayacak şekilde olsa da uluslararası toplum tarafından tanındığı konusunda cf. Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi, Résolution 1265 (1999), 17 Eylül 1999, S/RES/1265(1999) ; Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi, Résolution 1674 (2006), 28 Nisan 2006, S/RES/1674(2006) ; Birleşmiş Milletler Genel Kurulu, Document final du Sommet mondial de 2005, 15 Eylül 2005, A/60/L.1, § 134 (c), 138-139 ; Birleşmiş Milletler Genel Kurulu, Soixante-troisième session, 105e séance plénière, 14 Eylül 2009, A/63/PV.105, s. 5 ; Birleşmiş Milletler Genel Sekreteri Raporu, *Dans une liberté plus grande: développement, sécurité et respect des droits de l'Homme pour tous*, 24 Mart 2005, A/59/2005, IV, A, 7 (b).

¹⁵ Devlet ve hukuk arasındaki ilişkinin çeşitli teorilere göre incelenişine ilişkin cf. Oktay Uygun (2017). *Hukuk Teorileri*, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, s. 114-116.

¹⁶ Neyin tehlikeli olduğunun tespiti konusunda Devletin söz sahibi olduğuna ilişkin cf. Judith Butler (2004). *Precarious Life; The Powers of Mourning and Violence*, London, New York, Verso, s. 76.

¹⁷ Bu ayrımı Beccaria ve Montesquieu'ye dayandırılmasına ilişkin cf. Ronald D. Crelinsten, İffet Özkut (2001). "Counter-Terrorism Policy in Fortress Europe – Implications for Human Rights" in Fernando Reinares (ed.) (2001). *European Democracies against Terrorism; Governmental policies and intergovernmental cooperation*, Ashgate, Dartmouth, ss. 245-272, s. 246.

konuların Düşman Ceza Hukuku kavramı içerisinde ele alınabileceğini belirtip ilkelerinde net bir sonuca ulaşamadığı konularında eleştiriler bulursa da¹⁸, ilk kez 2003 yılında yayımlanan çalışmasında¹⁹ yazar, Jean Jacques Rousseau, Johann Gottlieb Fichte, Thomas Hobbes ve Immanuel Kant gibi düşünürlerin teorileri üzerinde bir temellendirme yaparak bu eksikliği gidermeye çalışmaktadır.

İkinci Dünya Savaşı sonrası ortaya çıkan temel haklar doktrini üzerinden, toplumun kendini tehlikelere karşı savunabilmesinin mümkün olmadığı²⁰ kabul edildiği ve belki de toplumun tehlikelerle savaşabilecek şekilde yeniden inşa edilmesi gerektiği için sözleşme teorilerinin yeniden gündeme gelmesi sürpriz bir gelişme olarak algılanmamalıdır. Jakobs, düşmanların ayırt edici özelliklerinin kendilerinden beklenen ve kişi olarak muamele görmenin temel şartı olan asgari bilişsel garantiyi, yani hukuka sırt çevirmemiş olmama kararını verme kabiliyetini taşımamaları olduğunu savunmaktadır²¹. Rousseau'nun vatandaşların genel iradede farklı bir iradeye sahip olabileceği fakat bu durumda genel iradeyi oluşturan bütün tarafından dışlanacağı görüşü²², Hobbes'un toplanmış olanların birliğine gönüllü olarak giren uyruğun çoğunluğun vereceği karara uymayı reddetmesi veya karşı gelmesi halinde daha önce içinde bulunduğu savaş durumunda bırakılabileceği görüşü²³, Kant'ın, güvenliği tehlikeye düşüren kişiye karşı diğerlerinin onu kendisiyle toplumsal ve meşru bir ilişkiye girmeye veya komşuluktan çıkmaya zorlayabileceği görüşü²⁴ ve Fichte'in sosyal sözleşmeyi iradi olarak veya ihmali olarak ihlal eden kişinin vatandaş ve insan olarak tüm haklarını kaybedeceği görüşü²⁵, Jakobs'un yaklaşımıyla elbette benzer özellikler taşımaktadır. Bunu, yazarın kendisi de kabul etmekle birlikte Fichte'in yaklaşımına bir çekince koyduğu görülmektedir.

¹⁸ Francisco Muñoz Conde (2009). « Le droit pénal international est-il un 'droit pénal de l'ennemi'? », *Dalloz*, RSC 2009. 19.

¹⁹ Günther Jakobs (2008). "Yurttaş Ceza Hukuku ve Düşman Ceza Hukuku", (Çev. M. Cemil Ozansü) in Yener Ünver (2008). *Terör ve Düşman Ceza Hukuku*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, ss. 489-505.

²⁰ Dominique Linhardt & Cédric Moreau de Bellaing (2013), *loc. cit.*, s. 42.

²¹ Günther Jakobs (2008), *loc. cit.*, s. 497.

²² Jean Jacques Rousseau (1930). *Du Contrat Social*, Paris, Les Éditions Rieder, s. 145-146.

²³ Thomas Hobbes (2013). *Leviathan veya Bir Din ve Dünya Devletinin İçeriği, Biçimi ve Kudreti*, (Çev. Semih Lim), Yapı Kredi Yayınları, 12. Baskı, s. 139.

²⁴ Immanuel Kant (1991). *Vers la paix perpétuelle que signifie s'orienter dans la pensée? Qu'est-ce que les lumières? et autres texts*, (Çev. Jean-François Poirier & Françoise Proust), GF Flammarion, s. 83.

²⁵ Johann Gottlieb Fichte (1984). *Fondement du droit naturel selon les principes de la doctrine de la science*, (Çev. Alain Renaut), Presses Universitaires de France, s. 269.

Jakobs, yurttaşlık statüsünün kayıtsız şartsız terk edilemez bir kavram olmadığını ve hukuk düzeninin suçluyu içinde tutması gerektiğini savunmaktadır²⁶.

Bu bağlamda, zamanla toplum kavramının da yaşadığı değişiklikler göz önünde bulundurulduğunda birtakım görüş farklılıklarının olması mümkün görülmekle birlikte temelde *çoğunluğun veya kuralları koyanın aldığı kararlara aykırı davranan kişilerin, bu kurallara tabi olmamakla cezalandırılmasını öngören bir sistem* ile karşı karşıya bulunmaktayız. Bu tanım nezdinde sosyal sözleşme teorisyenleri ile birlikte ele alındığında Jakobs'un teorisinin yeni olmadığı, kendisi dahil birçok yazar tarafından kabul edilmektedir²⁷. Aradaki fark, toplum kavramının değişmesi gibi hukuk ve devlet algısının da değiştiği noktada ortaya çıkmaktadır. Mutlakiyetçi devlet anlayışı, yukarıda adı geçen aydınlanmacı yazarların da etkisiyle terk edilmişken, devletin hukuka ve hukukun bireye müdahalesinin artması üzerinde temellenen Düşman Ceza Hukukunun aydınlanmacı yazarlara referans yapması ironik görünmektedir. Çünkü örneğin Olivier Cahn'a göre Düşman Ceza Hukuku teorisinde ve içinde bulunduğumuz dönemde söz konusu olan neoliberal otoriter bir sistemdir ve böylece sosyal sözleşme teorilerindeki toplum, kendisini düzenleyen üst ve alt normlardan çok bireyler arasındaki sözleşmesel ilişkilerle var olmaktadır²⁸. Keza Cahn, sözleşmeye aykırı davranan kişinin haklarını etkileyecek şekilde sözleşmenin toplum tarafından tek taraflı feshedilmesi ile sosyal sözleşmenin varlık sebebinin toplum yararını değil, bireyin haklarını korumak için yalnızca kendi ihlali ile varolan bir kavram haline geldiğini, bu nedenle de iki yaklaşımın aslında farklı olarak ele alınabileceğini ileri sürmektedir²⁹. Jakobs'un liberal çevreler tarafından eleştiri konusu yapılabilecek söylemlerde bulunmuş olması ve bunun sonucunda kendisinin o kadar da yeni bir şey söylemediğini savunması da elbette beklenebilir bir durumdur. Jakobs'un savunmasında da bugünkü liberal demokrasilerin yetersizliklerini dile getirmek, somut olarak var olanın ne olduğunu söylemektir³⁰ ve olanın otoriter özellikleri dile getiren yazarların liberal

²⁶ Günther Jakobs (2008), *loc. cit.*, s. 492.

²⁷ Örneğin *cf.* Olivier Cahn (2013), *loc. cit.*, s. 118-119 ; Jean-François Dreuille (2012), *loc. cit.*, s. 155.

²⁸ Olivier Cahn (2013), *loc. cit.*, s. 124-125.

²⁹ *Ibidem.*

³⁰ Bu yorum için *cf.* Dominique Linhardt & Cédric Moreau de Bellaing (2013), *loc. cit.*, s. 42 ; Ayrıca *cf.* Günther Jakobs (2009). « Aux limites de l'orientation par le droit : le droit pénal de l'ennemi », *Dalloz*, RSC 2009. 7.

YÜHFD Cilt: XVI Sayı:2 (2019)

çevreler tarafından çoğu zaman eleştirilere maruz kalması, sık karşılaşılan bir durumdur³¹.

Ceza hukukunun teoride yukarıda anlatıldığı şekilde tespit edilebilecek düşmana yapılacak muamele konusunda araç olarak kullanılması ise yine, yeni bir tespit olarak karşımıza çıkmamaktadır. Jakobs bu şekilde temellendirmese de bir süredir ceza hukukunda birtakım değişiklikler yaşanmaktadır ve belki de onun teorisi bu değişimlerin bugün geldiğimiz noktadaki görünümünü aktarmaktadır. Suçluya yapılan muamelede özellikle Michel Foucault'un analizi temel alındığında, 19. yüzyılda bir değişim yaşanmış ve bedene yönelen cezalardan ruha hitap eden cezalara bir geçiş yaşanmıştır. Çünkü Foucault'ya göre yargılananlar artık yalnızca yasa tarafından tanımlanmış hukuki nesnelere değildir; aynı zamanda tutkular, içgüdüler, anormallikler, sakatlıklar, uyumsuzluklar, ortam ve kalıtımın etkileri de yargılanmaktadır. Ceza hukuku artık yalnızca yaptırım değil, bireyi denetlemeyi, bireyin tehlikeli halini ortadan kaldırmayı, suç eğilimini azaltmayı amaçlamaktadır. Bu da demektir ki, cezalandırma mekanizmaları yalnızca bireylerin ne yaptıklarını değil, bireylerin ne olduklarını, ne olacaklarını ve ne olabileceklerini dikkate alarak bu yönde müdahalede bulunmaktadır³². Tam da bu noktada Jean-François Dreuille'nin Düşman Ceza Hukukunun fiili değil faili cezalandırma niteliğini vurgulamasını hatırlamak yararlı olacaktır³³. Yani Jakobs'un öngördüğü fail merkezli ceza hukuku, aslında Avrupa'da 150-200 yıldır yaşanan evrimin bugünkü değişimini de simgeliyor olabilir. Aradaki farkın da suçluluk kavramı ile tehlikelilik kavramının yer değiştirmesinden kaynaklandığı söylenebilir³⁴.

³¹ Örneğin Carl Schmitt 20. yüzyılda yaptığı tespitlerle liberal çevreler tarafından çok eleştirilmiştir fakat kendisine göre tartıştığı şey yalnızca somut uygulamadır. Cf. Carl Schmitt (2014), *op. cit.*, s. 14 Schmitt aynı zamanda bugün otoriter yönde dönüşüm yaşayan liberal sistemlerin temelinde yeniden anılmaya ve söylediklerinin doğrulanmaya başlanması da çeşitli çevreler tarafından kabul edilmektedir. Cf. Reinhard Mehring (2017). « Carl Schmitt's Friend-Enemy Distinction Today », *Filozofija i društvo*, Volume 28, Issue 2, ss. 304-317, s. 316 ; Carl Schmitt (2014), *op. cit.*, Sunuş (Aykut Çelebi). Ayrıca adı geçen düşünürlerin totaliter Devlete temel oluşturabilecek eserler verdiği konusunda yapılan liberal eleştiriler için cf. Platon'un totaliter yaklaşımını eleştiren ve otoritenin kontrol edilmediği, özgürlüğün kısıtlanmasını gerektiren sistemler öngördükleri için çalışmamızda adı geçen yazarları (Fichte, Kant, Rousseau) da Platon ile ortak olan noktaları dolayısıyla inceleyen Karl R. Popper (1966). *The Open Society and its Enemies (Volume I-II)*, Princeton University Press, Fifth Edition, Chapter 7, Chapter 12/II.

³² Michel Foucault (2017). *Hapishanenin Doğuşu – Gözetim Altında Tutmak ve Cezalandırma*, (Çev. Mehmet Ali Kılıçbay), Ankara, İmge Kitabevi, 7. Baskı, s. 50-53.

³³ Jean-François Dreuille (2012), *loc. cit.*, s. 151.

³⁴ *Ibid.*, s. 157.

Bu nedenle, düşmanın sözleşme teorileriyle açıklanması durumunda da düşmana yapılacak muamele noktasında yapılan ayırmda da uzun zamandır süregelen bir yaklaşımın evrilmiş bir görünümü ile karşı karşıya bulunmaktayız. Fakat teorik temellerle ayrılan nokta, yalnızca sözleşmeyi ihlal eden bireyin veya suçlunun değil, ceza hukukunu üreten ve uygulayan makamlar tarafından belli durumlar için tehlikeli olarak nitelendirilen bireyin farklı bir sisteme maruz bırakılmasıdır. Bu durum hayata geçirildiği sürece temel haklar açısından çok daha tehlikeli olabilecek niteliktedir. Jakobs'un teorisi ile birtakım başka incelemeler arasındaki benzerlikler elbette süregelen bir ceza hukuku doktrininin varlığından ve bu doktrin toplum ve devlet ile etkileşiminden kaynaklanmaktadır. Yine de incelemeye değer nokta farklılıklardır. Bu nedenle de bir sonraki başlıkta düşmanın belirlenmesinin günümüzde nasıl temellendirildiği sorusuna cevap aranacaktır.

B. Terörle Savaşta Ceza Hukukunun Düşmanlaşması

Umberto Eco, New York'ta bir taksiye bindiğinde taksi şoförü kendisine nereli olduğunu sormuştur. İtalyan olduğu cevabını verdikten sonra karşılaştığı soru, İtalya'nın düşmanının kim olduğudur. Yazar buradan hareketle herkesin düşmana gereksinim duyduğundan, düşmansız savaşın olamayacağından ve savaşın ağırlığı olmadan hükümetlerin kendi meşruiyet alanlarını oluşturamayacaklarından bahsetmektedir³⁵. Bu anı aslında bu bölümde ele alacağımız konuyu özetlemektedir. Yukarıda, düşmanın sözlük tanımının savaşılan kişi şeklinde ele alınmasına istinaden terörle savaşta savaşılan teröristin düşman niteliğinin tartışılması, uygulamaya geçmeden önce teoriyi daha iyi anlamamıza yardımcı olacaktır.

Farazi olarak sözleşmecilerin ele aldıkları kavramlara atıf yaparak düşmanı yaratmak dışında, savaş içerisinde düşmanı yaratmak için daha da gerilere gitmek mümkün olacaktır. Bu bağlamda Hobbes ve Rousseau'nun öncüsü olarak nitelendirilen Francisco Suárez³⁶ gibi düşünürlerin kronolojik

³⁵ Umberto Eco (2014). "Düşmanı İnşa Etmek", in *Düşman Yaratmak ve Rastgele Yazılar*, (Çev. Leyla Tonguç Basmacı), Doğan Kitap, 3. Baskı ; Bu yorum aslında, Devletin özelliklerinden "yiğit olma"yı uğruna savaşan insanlardan hareketle açıklayan, Yunanlı olmayı düşman olarak niteleyen Platon'un da devleti savaş ile açıklayan yaklaşımına uygun düşmektedir. Cf. Platon (2015). *Devlet*, (Çev. Sabahattin Eyüboğlu & M. Ali Cimcoz), İstanbul, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 18. Basım, s. 126, 178.

³⁶ Bu yorum için cf. Cemal Bali Akal (2010). *Modern Düşüncenin Doğuşu – İspanyol Altın Çağı*, Ankara, Dost Kitabevi, s. 252 ; Ayrıca Francisco Suárez'in, siyasi iktidar ilişkisinde zorbalığa sapan ya da ortak yararı gözetmekten vazgeçen yöneticinin yasallığını yitireceğini ve böylelikle direnme hakkının doğabileceğini savunması da Düşman Ceza Hukuku *YÜHFD Cilt: XVI Sayı:2 (2019)*

olarak daha önce ürettikleri eserler, Jakobs'un temellendirmesinin dışında, savaşta düşmanın nasıl belirlendiği konusunda ipuçları içermektedir. Keza Güney Amerika'nın fethi döneminde yerliler ile karşılaştığında inşa edilen "biz / Hristiyanlar" ve "ötekiler / yerliler" ayrımı üzerinden yapılan tartışmalar³⁷, biz olmayan kişiler ile savaşılabileceği konusunda daha somut bir örnek teşkil etmektedir. Immanuel Wallerstein da, bizim kim olduğumuz ve ötekilerin kim olduğu konusundaki ayrımın, zamansallık, evrenselcilik ve tikellik kapsamında bir biz yaratılması sonucu belirlendiğini incelediği yazısında bu soruya verilecek cevabın, verilen savaşın yerel, ulusal veya küresel olabilecek niteliğine bağlı olduğunu savunmaktadır³⁸. Wallerstein'in tespiti, Güney Amerika'nın fethi için de geçerli olabilmekle birlikte yazarın kendisinin de günümüzle kurduğu bağ neticesinde terörle savaşta düşman yaratmak³⁹ kavramını, bugünün terörle mücadele algısında (zamansallık), uluslararası olarak yürütülen bir savaş üzerinden (evrenselcilik), teröre karşı olmayanların terörist olduğu bir dünyada (tikellik) tanımlamamıza yardımcı olmaktadır.

1970'li yıllara gelindiğinde, reformist liberalizmin etkisini yitirmesiyle, devlet merkezli ekonomi politikalarının devlet dışı aygıtlar tarafından kontrol edilmeye başlanmasıyla ve devlet otoritesinin yerini anti-seküler hareketlerin ve grupların almaya başlamasıyla, devletin otoritesini yeniden sağlayabilmek için bu gruplarla mücadele etmeye başlaması söz konusu olmuştur⁴⁰. Böylece devlet, varlığını siyasal özgürlükler ve sosyal haklardan ziyade güvenlik ve terörle savaş açısından temellendirilmeye başlamıştır⁴¹.

tartışmalarının Almanya'da ortaya çıkmasında etkili olan RAF (*Rote Armee Fraktion*) terör örgütünün kendini meşrulaştırmasına benzemektedir. RAF'ın o dönemki politikasında da devleti "düşman" olarak nitelendirmek ve kendi savaşlarını haklı görmek yaklaşımı hakimdir. Buna göre ötekileştirilen Devlettir. Cf. Jan-Werner Müller (2003). *A Dangerous Mind; Carl Schmitt in Post-War European Thought*, New Haven and London, Yale University Press, s. 182-183.

³⁷ Cf. Cemal Bali Akal (2010), *op. cit.*

³⁸ Immanuel Wallerstein (2003). "Ötekiler: Biz Kimiz? Ötekiler Kim?", in *Amerikan Gücünün Gerileyişi – Kaotik Bir Dünyada ABD*, (Çev. Tuncay Birkan), İstanbul, Metis Yayınları, ss. 113-134, s. 129.

³⁹ "Düşmansız savaşın anlamı yoktur." Cf. « *L'ennemi : pour quoi faire ? Sans l'ennemi, la guerre est ridicule.* » Pierre Desproges (2008). « Les bonnes manières à la guerre », in *Tout Desproges, Manuel de savoir-vivre à l'usage des rustres et des malpolis*, Seuil, (Çevrimiçi) <<https://phortail.org/blagues/manuel-de-savoir-vivre-11.html>> 18.09.2018.

⁴⁰ Terence K. Hopkins & Immanuel Wallerstein (1999). *Geçiş Çağı - Dünya Sisteminin Yörüngesi (1945-2025)*, İstanbul, Avesta Yayınları, s. 177-181.

⁴¹ Salih Akkanat (2014). "Güvenlik Siyasetini Aşmak : İstisna ve Hukuk İlişkisi Üzerine Bir Tartışma", *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, Cilt 69, n° : 2, ss. 279-307, s. 284.

Bu da, devletin artık meşruiyetini temin etmek için gerekçelerini demokrasi, hukuk devleti, insan hakları gibi söylemlere değil daha popülist ve otoriter eğilimlere dayandırması anlamına gelmektedir⁴². Bu nedenle de terörizmin yükselişi, devletin kendine var olmak için bulduğu bu yeni sebebi destekleyici bir politika güdülmesine yardımcı olmuştur. Günther Jakobs'un da liberal çevreler tarafından eleştirilen teorisi, aslında bu değişimi yansıttığından tepki almaktadır. Devlet, varoluşunu güvenlik ve terörle mücadele üzerinden meşrulaştırdığı sürece hukuku da bu yönde kullanmakta ve ceza hukuku düşman haline gelmektedir. Devleti "biz", devlete karşı olanları "öteki" olarak algılamak, bu ötekilere karşı savaşmak, yani devleti dost konumunda ele alabilmek için düşman yaratmak gerekmektedir. Bu düşmanlarla devletin egemenliğini kullandığı alanlardan biri olan ceza politikalarıyla savaşılması, devletin varoluşunu garanti altına almak için kendisi aleyhine işlenen suçları cezalandırması, karşı konulamaz bir sistem yaratmaktadır. Keza Foucault da cezalandırmanın aleni olduğu dönemi incelerken, cezalandırma hakkının, kralın elinde tuttuğu düşmanlarıyla savaşma hakkının bir cephesi olduğu yorumunu yapmaktadır⁴³. Bu politika ile üretilen hukuk, pratikte güvenliği sağlamak açısından işlevsiz olsa da amaç yalnızca toplum nezdinde bir memnuniyete yol açma, devletin kendini güçlendirme ve kendi kendini onaylaması olduğundan⁴⁴ değişen dünyaya ayak uydurmaktadır. Düşman Ceza Hukuku da bu politikanın eseri olarak karşımıza çıkmaktadır. Teorideki düşman kavramı nezdinde de suçlunun, herkes tarafından ona açılan bir savaş karşısında "toplumsal bir düşman" olarak algılanması⁴⁵, ve ceza hukukunun "halkın düşmanları" ile hukuk içi veya hukuk dışı olarak savaşması⁴⁶ söz konusu olmaktadır.

⁴² Dadaşhan Celalettin Kavas (2017). *Dünya Finans Sistemi ile Türkiye'de Cumhuriyet Dönemi Hukuk Politikaları İlişkisi*, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Danışman: Prof. Dr. Ali Şafak Balı, s. 165.

⁴³ Michel Foucault (2017), *op. cit.*, s. 92.

⁴⁴ Andreas Eicker (2008). "Ceza Hukukunun Prosedürleştirilmesi Işığında Terörle Mücadele Kanunu Yapma", (Çev. Ali Kemal Yıldız), *in Terör ve Düşman Ceza Hukuku*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, ss. 677-691.

⁴⁵ Olivier Cahn (2013), *loc. cit.*, s. 129 ; Düşmanın kamusal niteliği konusunda ayrıca cf. Carl Schmitt (2014), *op. cit.*, s. 59.

⁴⁶ Johann Chapoutot (2013). « Droit pénal et éradication de l'ennemi: le cas du IIIe Reich », *Jurisprudence revue critique, Droit pénal et politique de l'ennemi*, ss. 53-58, s. 55. *YÜHFD Cilt: XVI Sayı:2 (2019)*

Ceza hukukunun devletin müdahalesinin artmasıyla⁴⁷ kılık değiştirmesi ise, maddi hukuk ve usul hukuku açısından öngörülen klasik ilkelerinin göz ardı edilmesi anlamına gelmektedir⁴⁸. Suçlu ile değil tehlikeli ile uğraşmaya başlayan ceza hukuku, bireyin alanına daha çok müdahale edebilmekte ve bu da “totaliter” bir model ortaya koymaktadır. Tehlikeli düşman sahneden tamamen çıkarılmadan cezalandırma bitmemektedir ve savaş mantığı içerisinde klasik ceza hukuku normları erimektedir⁴⁹. Bir yandan güvenliği daha etkili sağlayabilmek ve tehlikeyi daha çabuk bertaraf edebilmek için ceza hukuku içerisine askeri ve idari nitelikler dahil edilmektedir, diğer yandan da temel hakların korunması konusunda bir azalma görölmektedir⁵⁰.

Terörle savaş ve Düşman Ceza Hukuku arasındaki bağa yalnızca devletin kendini var ediş sebepleri ve ceza hukukunun bugünkü görünümü üzerinden değil, Jakobs’un teorisini tanımlayışı üzerinden de ulaşılabilmektedir. Jakobs, teröristlere karşı girişmek mecburiyetinde olduğumuz olgulara Düşman Ceza Hukuku veya düşük yoğunluklu bir savaş diyebileceğimizi belirterek ceza hukukunun bir savaş terminolojisi içerisinde yer alabileceğini kabul etmiřtir⁵¹. Fakat bu söylemin “savaş ceza hukuku” gibi bir söyleme mahal vermemesi gerektiği, Francisco Conde tarafından dile getirilmektedir. Conde, yolun demokratik veya antidemokratik olması fark etmeden kavramsal güvenliği koruma fikrinde bir birleşme olduğunu savunmaktadır⁵². Yazar aynı zamanda savaş hukukundan farklı normlara tabi, uluslararası ve ulusal alanın birbirine karıştığı bir ceza hukukunun söz konusu olduğunu, bunun da devletin kendisine karşı gerçekleştirilen terörizm için özel bir “terör ceza hukuku” uyguladığını belirtmektedir⁵³. Jean-François Dreuille ise kavramsal güvenlik tehlikede olduğunda suçlu düşman, ceza hukuku da bir mücadele, savaş haline gelmektedir yorumunu

⁴⁷ Devlet, siyasi iktidar ile benzer olarak ele alındığı sürece yürütme kuvvetini de simgelemekte, bu nedenle de ceza hukukuna yapılan her müdahale kuvvetler ayrılığı ilkesini zedelemekte ve böylece liberalizmin araçları geri plana itilerek totaliter yaklaşımlar ortaya çıkabilmektedir. Aşağıda yeni bir ceza hukuku rejimi yaratılması şeklinde incelenecek olan temel yaklaşımlar, yürütmenin yetkilerinin artırılmasıdır. Bu da yukarıda açıklanan Devletin kendini var etme çabalarıyla birlikte yorumlanmalıdır.

⁴⁸ Mireille Delmas-Marty (2009). « Violence et massacres: entre droit penal de l’ennemi et droit pénal de l’inhumain », *Dalloz*, RSC 2009. 59.

⁴⁹ *Ibidem*.

⁵⁰ Julie Alix & Olivier Cahn (2017). « Mutation de l’antiterrorisme et émergence d’un droit répressif de la sécurité nationale », *Dalloz*, RSC 2017. 845.

⁵¹ Günther Jakobs (2008), *loc. cit.*, s. 499.

⁵² Francisco Muñoz Conde (2009), *loc. cit.*

⁵³ *Ibidem*.

yapmaktadır⁵⁴. Massimo Donnini'nin yorumuna göre ceza hukuku, terörizm karşısında bir "silah" şeklinde kullanılmaktadır ve istisnai normları içermeye başlamaktadır. Hukuk, silah görevi aldığı da suçlu haliyle, etkisiz hale getirilmesi gereken bir düşman olmaktadır. Böylece hukuk bir savaş aracı haline gelmektedir⁵⁵. Salih Akkanat da güvenlik siyasetinin ceza hukukuna etkisinin kendini hukukun ihlali veya askıya alınması şeklinde kendini gösterdiğini belirtmektedir⁵⁶. Kanımızca tüm bu açıklamalar aynı yöne gitmektedir ve bugüne kadar yerleşik olan hukuk algısında yapılan değişiklikler bir şekilde yeni ve farklı bir ceza hukuku sisteminin yaratıldığını göstermektedir. Terminoloji olarak ise en uygununun Julie Alix ve Olivier Cahn tarafından "tepki ceza hukuku" şeklinde dile getirilen söylem olduğu düşünülmektedir⁵⁷. Bütün bu eleştiriler karşısında Jakobs'un kendini savunması da ceza hukukunu tamamen dışlamayan bir hukuk sistemi öngördüğü ve bu nedenle en azından kurallar tarafından yürütüldüğü üzerine kurulmuştur⁵⁸.

Her ne kadar terörle savaş söylemi 11 Eylül 2001 tarihinde Amerika Birleşik Devletleri'nde (ABD) bulunan İkiz Kuleler'e yapılan saldırı sonrasında güçlenmiş olsa da Düşman Ceza Hukuku teorisinin öngördüğü yaklaşım ile devletin güvenlik siyasetinin terörle ceza hukuku yoluyla savaşmak üzerinden şekillenerek meşruiyetini sağlamasının benzerliği, bazı yazarlara göre çok daha önceye dayandırılabilir. Örneğin Almanya'da 21 Temmuz 1922 tarihinde kabul edilen Cumhuriyetin Korunmasına İlişkin Kanun, 30 Ağustos 1951 tarihinde kabul edilen Devletin Korunmasına İlişkin Kanun, toplumun düşmanlarından korunması için o dönemde ceza hukuku kullanılarak alınan önlemlere bir örnek olarak gösterilmektedir⁵⁹. Fransa'da da 17 Eylül 1793 tarihinde dahi şüphelilere

⁵⁴ Jean-François Dreuille (2012), *loc. cit.*

⁵⁵ Massimo Donnini (2009). « Les droits fondamentaux et la juridiction pénale comme garantie contre ou comme justification pour l'usage du droit comme arme ? », *Dalloz*, RSC 2009. 31.

⁵⁶ Liberal kozmopolit söylemin ihlal edildiği argümanını, istisna hali kuramının katılımcılarının askıya alınması argümanını savunması hakkında *cf.* Salih Akkanat (2014), *loc. cit.*, s. 290-295.

⁵⁷ *Cf.* Julie Alix & Olivier Cahn (2017), *loc. cit.*

⁵⁸ Günther Jakobs (2008), *loc. cit.*, s. 490.

⁵⁹ *Cf.* Nathalie Le Bouëdec (2013). « Défendre la démocratie contre ses ennemis: légitimation et contestation des mesures pénales pour la protection de l'État sous la République de Weimar et dans la jeune République fédérale », *Jurisprudence revue critique, Droit pénal et politique de l'ennemi*, ss. 59-80, s. 59 ; Almanya'da İkinci Dünya Savaşı öncesinde biyolojik düşmanı bastırma yöntemi olarak ceza hukukunun, kontrol *YÜHFD Cilt: XVI Sayı:2 (2019)*

ilişkin bir kararname çıkarılarak tiraninin veya federalizmin destekçisi olduğunu gösterecek davranışlar sergileyen, ilişkilere sahip olan veya yazılı ya da sözlü beyanlarda bulunan kişilerin veya özgürlüğün düşmanlarının şüpheli olarak tutuklanmalarına olanak verilmesi söz konusu olmuştur⁶⁰. Tabi ki bu kararnamenin zaman itibariyle Düşman Ceza Hukuku göstergesi olduğu söylenemez. Fakat bu belgeler, liberalizmin hâkimiyeti öncesindeki totaliter rejimin uygulamasına bir örnek teşkil ettikleri müddetçe, Düşman Ceza Hukukunun da bir geriye dönüş içerdiği ve bastırıcıdan ziyade baskıcı bir ceza hukuku öngördüğü kabul edilebilecektir. Sonrasında özellikle Fransa'nın bugünkü ceza siyasetini de belirleyen değişiklikler 1986 yılında yapılmış ve klasik ceza hukuku normlarına ilk o zaman müdahale edilmiştir. Aşağıda inceleyeceğimiz üzere adli ve idari polisin yetkilerinin artırılması⁶¹ ve yürütmenin yargıya müdahalesi, yani devletin hukukta kendini göstermesi söz konusu olmuştur. Ülkemizde de özel olarak Terörle Mücadele Kanunu 1991 yılında çıkarılmıştır. Fakat terör suçları için yapılan özel düzenlemeler 1971 Anayasa değişiklikleri dönemine kadar uzanmaktadır. Bu değişikliklerin de Jakobs'un ilk makalesini yazdığı yıllara yakın zamanlara denk gelmesi, yazarın Avrupa'nın o dönemki eğilimini yansıttığını görmek açısından önemlidir.

Yine de 11 Eylül saldırıları sonrasında güçlenen terörle savaş kavramı, birçok yazar tarafından Düşman Ceza Hukukunun bir yansıması ve yeniden canlanması olarak nitelendirilmiştir⁶². Buna karşılık, Düşman Ceza Hukukunun Avrupa'da ortaya çıkmış olması ve ABD'nin teröristle savaşmak için ceza hukukunu kullanma ihtiyacı duymaması, suç işlemeyenlerin ceza hukuku anlamında suçlu muamelesi görmesi fakat ceza hukukunun kendilerine sağladığı garantilerden faydalandırılmaması⁶³ ve

mekanizmalarından bağımsız bir şekilde, temel hakları kısıtlayan yaklaşımlar içeren bir hal almasına ilişkin bkz. Johann Chapoutot (2013), *loc. cit.*, s. 55.

⁶⁰ Olivier Cahn (2013), *loc. cit.*, s. 115 ; Kararname metni için *cf.* (Çevrimiçi) < <http://historien.geographe.free.fr/decret17septembre1793.pdf> > 07.10.2018, madde 2.

⁶¹ Olivier Cahn (2016). « Cet ennemi intérieur, nous devons le combattre - Le dispositif antiterroriste français, une manifestation du droit pénal de l'ennemi », *Archives de Politique Criminelle*, n° 38, Terrorismes, Paris, Éditions A. Pedone, ss. 91-121, s. 97-98.

⁶² *Cf.* Michèle Papa (2009). « Droit pénal de l'ennemi et de l'inhumain : un débat international », *Dalloz*, RSC 2009. 3, §1 ; Mireille Delmas-Marty (2009), *loc. cit.* ; Dominique Linhardt & Cédric Moreau de Bellaing (2013), *loc. cit.*, s. 39, 46 ; Vivienne Jabri (2008). « La torture, une politique de guerre », in Didier Bigo, Laurent Bonelli & Thomas Deltombe (eds.) (2008). *Au nom du 11 septembre... Les démocraties à l'épreuve de l'antiterrorisme*, Paris, Éditions La Découverte, ss. 63-75, s. 67.

⁶³ Massimo Donnini (2009), *loc. cit.*

böylece teröristleri hukuk dışına çıkarması da söz konusudur. Bu nedenle ABD asıllı terörle savaş ile Düşman Ceza Hukukunun özdeşleştirilmesi tartışmalı bir konudur. Özellikle “yasadışı düşman savaşı” kavramı ile Düşman Ceza Hukuku teorisi içerisindeki “düşman” kavramlarının terimsel olarak birbirine benzetilmesi, içerik olarak da benzediği anlamına gelmemektedir. Keza Jakobs, teorisinde düşmanlar için de bir hukuk düzeni öngörmektedir fakat ABD’nin yasadışı düşman savaşçıları herhangi bir hukuki statü içine koymaması, yaklaşımlardaki temel farklılığı ortaya çıkarmaktadır⁶⁴. Fakat elbette Avrupa temelli Düşman Ceza Hukuku, Avrupa’nın ABD’den daha uzun süredir ulusal terör tehditlerine maruz kalmasından kaynaklanmaktadır⁶⁵. Sonrasında uluslararası nitelik kazanan 11 Eylül saldırıları da gelişen dünya ile birlikte değişen ceza hukuku yaklaşımlarına bir yenisini eklemiş bir eylem olarak nitelendirilebilecektir.

Yine de Avrupa’da yaşanan gelişmeler açısından da 2000’li yıllarda tehlikelilik temelinde farklı bir rejim yaratma mantığı oturmaya başlamıştır. Bu durum da Düşman Ceza Hukukunu daha somut olarak örneklemektedir. İlk örnek Fransa’da 25 Şubat 2008 tarihli kanun ile getirilen, tehlikeli addedilen bireylere uygulanacak güvenlik tedbirlerine ilişkindir⁶⁶. Böylece terminoloji olarak da tehlikelilik ceza hukuku anlamında sonuç doğuran bir nitelik kazanmıştır⁶⁷. Daha güncel mevzuat üzerinde inceleme yapan Julie Alix ve Olivier Cahn için de Fransa’da 2015 yılında gerçekleşen terör saldırıları sonrasında terörle mücadele bir savaş haline dönüşmüş⁶⁸ ve bu kavram yalnızca dilde kalmayıp uygulamada da devletin bastırıcı tüm araçlarının devreye sokulması ve nitelik değiştirmesi şeklinde kendini göstermiştir. Amaçlanan ise tehlikeli şüphelilerin önleyici bir şekilde tehlikesiz hale getirilmesi olmuştur⁶⁹. Bu nedenlerle Düşman Ceza Hukuku yaklaşımının var olduğunu gösterecek birçok olgu ile karşı karşıya bulunmaktayız. Yargılamaya ilişkin uygulamada somut örnekler verilebilecek mi sorusunun cevabı ise bir sonraki başlıkta aranacaktır.

⁶⁴ Jean-François Dreuille (2012), *loc. cit.*, s. 151.

⁶⁵ Örneğin, Almanya için RAF, İspanya için ETA (Euskadi Ta Askatasuna), İngiltere için IRA (Irish Republican Army) bu kapsamda değerlendirilebilir.

⁶⁶ Cf. Fransa, *Code de procédure pénale*, (2010-242 sayılı 10 Mart 2010 tarihli kanunla değişik) madde 706-53-13.

⁶⁷ Jean-François Dreuille (2012), *loc. cit.*, s. 152-153.

⁶⁸ Dönemin Fransa Cumhurbaşkanı François Hollande’ın teröre karşı savaş ilan eden 16 Kasım 2015 tarihli konuşması için cf. (Çevrimiçi) <<https://il.ambafrance.org/Attentats-a-Paris-Discours-de-M-Francois-Hollande-president-de-la-Republique>> 07.10.2018.

⁶⁹ Julie Alix & Olivier Cahn (2017), *loc. cit.*

II. Düşman Ceza Muhakemesi Hukuku Yaratmak

Günther Jakobs'un öngördüğü üç belirgin Düşman Ceza Hukuku uygulamasından birinin, yargılama esnasında teröristin haklarının kısıtlanması olduğunu söylemiştik. Çalışmanın bu bölümünde de Türk ve Fransız sistemlerinde teorinin bu yönünün uygulama alanı bulup bulmadığını tartışacağız. Bunun için de öncelikle yargılamada hukuk içinde farklı bir hukuk sistemi öngörerek Jakobs'un teorisinin desteklenip desteklenmediğini, sonrasında da savunma haklarına getirilen kısıtlamaların teoriyle benzerliklerini inceleyeceğiz.

A. Klasik Ceza Muhakemesi Sisteminin Değiştirilmesi

Liberal demokrasilerdeki ceza hukuku sistemleri, hukuk devleti ve insan haklarının korunması gibi birtakım sınırlamalara tabi olarak düzenlenmektedir. Bu sınırlamaların içeriğinde de çoğu zaman hukuki güvenlik ilkesi ve adil yargılanmaya ilişkin ilkeler bulunmaktadır. Olivier Cahn'a göre klasik ceza hukuku normları ile Düşman Ceza Hukuku normlarının uygunluğunu test ederken gereklilik, etkililik ve kanunilik bağlamında yapılacak inceleme sonucu Düşman Ceza Hukukunun liberal demokrasilerde direnebilecek olan normları belirlenebilecektir⁷⁰. Ceza hukukunun düzenlenişinde yukarıda anlatıldığı şekilde yaşanan gelişmeler ve suçlunun değil, tehlikelinin yaptırma maruz bırakılması gibi değişiklikler her ne kadar maddi hukuka ilişkin gibi görünse de Jakobs'un bu değişiklikler üzerine yaptığı yorum da düşünüldüğünde yargılama hukukunda da bir paralellik görülmesi kaçınılmaz olmaktadır⁷¹. Bu durumda da çoğu zaman yargılama aşamasında istisnai bir rejimin uygulanması, yetkili makamların nitelik değiştirmesi, yargının işleyişine askeri, idari ve istihbari nitelikli önlemlerin müdahil olması gibi farklılıklar söz konusu olmaktadır.

1. İstisna Hali Oluşturulması

Önceki başlıkta hukukun askıya alınması veya hukukun ihlali şeklinde kendini gösteren güvenlik siyaseti uygulaması, bizi ister istemez Carl Schmitt'in istisna haline götürmektedir. Schmitt, olağanüstü halin hukuk düzeni içinde olmadığını ve fakat egemen tarafından karar verilebilecek bir durum olduğunu savunmaktadır. Ona göre hukuk düzeni ancak egemenin

⁷⁰ Olivier Cahn (2013), *loc. cit.*, s. 122.

⁷¹ Günther Jakobs (2008), *loc. cit.*, s. 505.

kim olduğunu belirleyebilir⁷², egemen de olağanüstü hale karar verebilir. Buradan hareketle ceza hukukunun kılık değiştirmesi sonucu bir istisnai rejimin yaratılabileceği, fakat bu rejimin “istisnai” olarak adlandırıldığı sürece hukuk düzeni içerisinde, hukuk devleti ilkesine uygun olamayacağı kabul edilmektedir. Schmitt ayrıca, istisnanın her şeyi kanıtladığını ve kuralın yalnızca istisna sayesinde yaşayabileceğini savunmaktadır⁷³. Bu temelde, Düşman Ceza Hukukunun klasik ceza hukuku normlarına göre istisnai bir sistem öngörüyor olduğunu kabul ettiğimiz sürece, bu kuralların klasik ceza hukuku normlarının varlığını doğrulama işlevi görmesi de mümkündür. Örneğin bu tür istisnai düzenlemelerin Vatandaş Ceza Hukukunun meşruiyetini destekleyeceğini söylemek mümkün olabilir.

Terörle savaş söyleminin ise istisnai kuralların meşru bir şekilde devlet iktidarları tarafından uygulanmasına yardım ettiği görülmektedir⁷⁴. Schmitt üzerinden de terörizm bahanesiyle haklılaştırılmaya çalışılan istisnai gelişmelerin, artık egemen bir siyasi statüye sahip olduğu ve bugünkü siyasetin paradigmasını oluşturduğu okuması yapılmaktadır⁷⁵. Judith Butler özellikle Jakobs tarafından da insandılaştırmanın⁷⁶ en somut örneği olarak nitelendirilen Guantanamo’daki tutukluları⁷⁷, devlet iktidarının egemenlik yetkisini istisna halini meşrulaştırmak için kullanmasının örneği olarak yorumlamaktadır. Guantanamo örneğinde, özellikle yürütmenin, örneğin kimin tehlikeli olduğuna karar verme konusunda yargı işlevini görmesi söz konusudur⁷⁸. Böylece yürütme devlet haline gelmekte, hukuk askıya alınmakta veya bir araç olarak kullanılmaktadır. Söz konusu olan yargılama

⁷² Carl Schmitt (2016). *Siyasi İlahiyat ; Egemenlik Kuramı Üzerine Dört Bölüm*, (Çev. Emre Zeybekoğlu), Dost Kitabevi, 5. Baskı, s. 14-15.

⁷³ *Ibid.*, s. 22.

⁷⁴ Andrew W. Neal (2008). “Goodbye War on Terror ? Foucault and Butler on Discourses of Law, War and Exceptionalism”, in Michael Dillon & Andrew W. Neal (eds.) (2008). *Foucault on Politics, Security and War*, Palgrave Macmillan, ss. 43-64, s. 49.

⁷⁵ Cf. Salih Akkanat (2017), *loc. cit.*, s. 289.

⁷⁶ “*dépersonnalisation*”.

⁷⁷ Jakobs’un bu nitelemesi için cf. Günther Jakobs (2009), *loc. cit.*

⁷⁸ Guantanamo Küba topraklarında olan fakat 1903 yılında yapılan bir antlaşma ile Amerika Birleşik Devletleri (ABD) tarafından kontrol edilmeye başlanan bir üstür. Özellikle terörle savaşı başlatan 11 Eylül saldırılarından sonra hukuk dışına çıkarılarak muamele edilmek istenen yabancılar için kullanılmaya başlanmıştır. Cf. *inter alia*, William Bourdan (2008). « Le camps de détention illégaux: le cas Guantanamo », in Didier Bigo, Laurent Bonelli & Thomas Deltombe (eds.) (2008), *op. cit.*, ss. 76-89 ; Guantanamo’ya tutuklanmak üzere götürülen kişilerin ABD yetkilileri tarafından suçluluk karnesi olan kişiler olduklarına ilişkin cf. (Çevrimiçi) <http://avalon.law.yale.edu/sept11/rumsfeld_016.asp>, 05.10.2018.

YÜHFD Cilt: XVI Sayı:2 (2019)

hukuku olduğunda ise özellikle adil yargılanma hakkının gerekleri yerine getirilmemektedir⁷⁹.

Uygulamaya geldiğimizde ise olağanüstü halin olağanlaştırılması, temelde inceleyeceğimiz Türkiye ve Fransa yaklaşımlarında açık olarak kendini göstermektedir. Fransa’da 14 Kasım 2015 tarihinde⁸⁰, Türkiye’de ise 21 Temmuz 2016 tarihinde⁸¹ ilan edilen olağanüstü hal rejimleri, o günden bu yana karşılaştırmalı olarak tartışma konusu yapılmaktadır. İki ülkenin istisnai olağanüstü hal rejimi yaklaşımlarını yukarıdaki teorik yaklaşımlarla bağlamak amacıyla iki örnek verilecektir. Bunlardan ilki 2855 sayılı Kanun Tasarısı üzerine hazırlanacak komisyon raporunun görüşmelerinde Fransız Parlamentosu Milletvekili Dominique Perben’in yaptığı yorumdur. Milletvekili, “*hukuk kuralları bir ülkenin kendisini savunmasına izin vermiyorsa ülke, bu kurallar parantez içine alınarak savunulacaktır*” demiştir⁸². Türkiye’den vereceğimiz örnek de daha güncel olarak 7145 sayılı Kanunun teklif metninin genel gerekçesinde yer almaktadır. Buna göre, kanunun çıkarılmasındaki amaç “*ülkemizde yaklaşık iki yıldır uygulanan olağanüstü halin uzatılmayacak olması nedeniyle mevcut terör örgütleriyle olağan dönemde hukuk devleti ilkeleri çerçevesinde etkin mücadele edilebilmesi*”⁸³dir. Burada vurgulanmak istenen nokta, olağan dönemde sahip olunan yetkilerin mücadele için yeterli olmaması, olağanüstü dönem yetkilerinin kullanılmasının gerekli olması olması fakat artık olağanüstü dönem ilanının söz konusu olmaması, bu

⁷⁹ Judith Butler (2004), *op. cit.*, s. 57-58 ; Yazar özellikle Michel Foucault’nun yönetimsellik kavramları üzerinden egemenliği kullanan tarafından yasanın araçsallaşması yönünde bir inceleme yapmaktadır. Yazarın öngördüğü ideal sistem hakkında yorumlar için *cf.* Salih Akkanat (2017), *loc. cit.*, s. 291 ; Hukukun subjektif yaklaşımları da içerebilen tarihsel ve düzensiz boyutunu dikkate almadığına dair eleştiriler için *cf.* Andrew W. Neal (2008), *loc. cit.*, s 52.

⁸⁰ Fransa, Décret n° 2015/1475 du 14 novembre 2015, *JORF*, n° 0264 du 14 novembre, s. 21297.

⁸¹ Olağanüstü Hal İlanı, Karar n° : 2016/9064, Karar tarihi : 20.07.2016, *Resmi Gazete*, n°: 29777 Tarih: 21.07.2016.

⁸² Fransa, Assemblée nationale, *Rapport fait au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l’administration générale de la République sur le projet de loi n° 2855 relatif à la garde à vue par M. Philippe Gosselin*, n° 3040, 15 Aralık 2010 (Çevrimiçi) <<http://www.assemblee-nationale.fr/13/rapports/r3040.asp>> 09.10.2018 (Çeviri yazara aittir).

⁸³ Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi Genel Gerekeçe, Adalet Komisyonu’na Sevk Tarihi: 16.07.2018, Esas n°: 2/1, (Çevrimiçi) <<http://www2.tbmm.gov.tr/d27/2/2-0001.pdf>> 09.10.2018 (25.07.2018 tarihinde 7145 sayılı Kanunla kabul edilmiştir).

nedenle de olağan dönemin mücadele araçlarını daha etkin hale getirme ihtiyacıdır. Elbette bu gerekçe, teklifi yapan milletvekillerinin görüşü, Fransa'daki örnek de bir milletvekilinin yorumudur. Fakat buradan görülmektedir ki, son dönemde kanun koyucunun gündeminde olağanüstü halin olağanlaştırılmasına dair argümanlar bulunmaktadır. Bunun dışında, Türkiye'nin kanunlaşan olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamele (KHK) ve Fransa'da bitmeyen olağanüstü hal dolayısıyla sürekli kullanılmaya devam edilen olağanüstü yetkiler örnek olarak verilebilecektir. İki ülkede de istisnai bir rejim içerisinde terörle mücadele etme literatürü kullanılmaktadır. Bu istisnai rejim, klasik normlara dahil edildiği sürece de hukuk içerisinde istisnai bir alan yaratılmakta, terörle mücadele için farklı bir hukuk rejimi söz konusu olmaktadır.

2. Kuvvetler Arası İlişkilerin Değişmesi

Kuvvetler ayrılığı, demokrasiye olan güvensizlikte otorite ve özgürlük arasındaki gerilimi düşürmeyi ve bunu da iktidarı bölerek yapmayı amaçlamaktadır⁸⁴. Fakat olağanüstü hal, devletin meşru müdafa yetkisine sahip olduğu bir alan yarattığından bu dönemde yapılan otoriterleştirici düzenlemeler de meşru karşılanabilmektedir⁸⁵. Özellikle de ulusal güvenlik söz konusu olduğunda yalnızca bireylere karşı egemenliğin kullanım şekli değil, aynı zamanda kuvvetler arasındaki ilişkiler de tartışma konusu olabilmektedir. Ulusal güvenliğin anlamı da çoğu zaman üç kuvvetin birbirleri arasındaki ilişkiye göre belirlenmektedir. Son sözü söylemeye yetkili kuvvet ulusal güvenliği garanti altına almak için uygulanacak politikayı, yani kavramın kapsamını belirleyebilmektedir⁸⁶. Hızlı karar alma ve uygulama mekanizmalarının işlerliği önem kazandığında da istihbarat servislerinin ve güvenlik güçlerinin, dolayısıyla da yürütmenin etkinliği artmaktadır. Terör tehlikesini halktan, yargıdan veya yasamadan daha etkin bir şekilde bertaraf edebilecek kuvvetin yürütme olması sebebiyle güvenliği sağlama görevi çoğu zaman siyasi iktidar olarak yürütmeye verilmektedir⁸⁷.

⁸⁴ Mehmet Tevfik Gülsoy (2009). *Özgürlüklerin Korunmasında Anayasa Yargısının Yeri ve Meşruluğu*, Ankara, Yetkin Yayınları, s. 27.

⁸⁵ Hasan Tahsin Fendioğlu (1992). "Türk Anayasa Hukukunda Olağanüstü Hal Kavramı ve Bu Konuda İleri Sürülen Teoriler", *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Diyarbakır, Sayı 5, ss. 179-203, s. 194.

⁸⁶ Iain Cameron (2000). *National Security and the European Convention on Human Rights*, London, Kluwer Law International, s. 45-46.

⁸⁷ Victor V. Ramraj (2005). "Terrorism, Risk Perception and Judicial Review", in Victor V. Ramraj, Michael Hor & Kent Roach (eds.) (2005). *Global Anti-Terrorism Law and Policy*, *YÜHFD Cilt: XVI Sayı:2 (2019)*

Bunun sonucunda da yasamanın yaratması gereken ceza hukuku sistemine ilişkin normlar, yürütmenin de etkisi altına girmektedir ve yürütmenin yargısal denetimi mekanizmaları da standart ceza hukuku uygulamalarından farklı işlemektedir. Yürütmenin rolünün artırılması, Düşman Ceza Hukuku sisteminin üzerinde temellendiği ilkelerden biri değildir. Fakat öngördüğü ceza hukuku sistemi bugün olağanüstü hal kapsamında ele alınan terörle mücadele istisnai rejimini kalıcı hale getirme argümanını desteklediği için, olağanüstü halin gereği olan yürütmenin yetkilerinin artırılması ve yargısal denetiminin azaltılması yöntemleri, kanımızca teoriye uygun düşmektedir.

Uygulamada kuvvetlerin iç içe geçmesi konusunda en güzel örneklerden biri, Fransa'daki adli ve idari polisin yetkilerinin birbirine karışması noktasında verilebilecektir. Fransa'da adli polis ve idari polis ayrımı⁸⁸ terörle mücadeleye ilişkin önlemlerde tehlikeli bir şekilde değişmeye başlamıştır. Bu değişime ilişkin olarak, idari polisin terörle mücadele önlemlerini almada artan yetkileri ve bu yetkilerin kullanımının kontrolünü sağlayan mekanizmaların sistematik olmayan ve *a posteriori* şekilde devreye girmesi⁸⁹ göz önünde bulundurulduğunda, adli polisin idarenin silahlı kuvvetinden başka bir işlevi olmadığı yorumu yapılmaktadır⁹⁰.

Siyasi amaç güdüyor olması sebebiyle terör suçları değişken ve öngörülemez bir geleceğe dayanmaktadır⁹¹. Terör eylemlerinin klasik risk değerlendirme tekniklerini etkisiz kılacak şekilde rastgele ve belirsiz bir

Cambridge University Press, ss. 107-128, s. 116. Yazar ayrıca bu geniş yetkilerin keyfi olarak kullanılma riskinden de bahsetmektedir.

⁸⁸ Fransız sisteminde adli polis (*police judiciaire*) suçları bastırma amacıyla harekete geçme, idari polis (*police administrative*) ise yönetimsellik anlamında düzenleme yetkisine sahiptir. Adli polis niahi olarak kamu düzenini sağlamak amacıyla fakat esasen suçları takip etme görevini haizken idari polis, doğrudan ve hızlı bir şekilde kamu düzenini korumak temel amacını taşımaktadır. Yani idari polisin müdahil olabileceği durumlar kamu düzeninin korunması ile sınırlıdır, adli polisin müdahil olduğu durumlar da neticeten kamu düzenini sağlarlar. Sonuç olarak standart düzende idari polisin müdahale alanı daha sınırlıdır. Cf. Maxence Chambon (2017). « Une redéfinition de la police administrative », in Julie Alix & Olivier Cahn (dirs.) (2017). *L'Hypothèse de la guerre contre le terrorisme ; Implications juridiques*, Paris, Dalloz, ss. 133-149, s. 136.

⁸⁹ Fransa, *Loi n° 2006-64 du 23 janvier 2006 relative à la lutte contre le terrorisme et portant dispositions diverses relatives à la sécurité et aux contrôles frontaliers*, özellikle cf. madde 8-19. Bu kanun ile özellikle Ceza Muhakemesi Kanunu'nda yapılan değişiklikler ve terörle mücadele aktörlerinin yeniden yapılması dikkat çekmektedir.

⁹⁰ Laurence Blisson (2017). « Risques et perils de l'association de malfaiteurs terroriste », *Délibérée*, 2017/2, pp. 16-20, s. 18.

⁹¹ Marieke de Goede (2008). "The Politics of Preemption and the War on Terror in Europe", *European Journal of International Relations*, 14(1), ss. 161-185, s. 178.

şekilde gerçekleşmesi, ön alma ve önleme amaçlarını terörle mücadelenin merkezine yerleştirmektedir⁹². Vatandaş Ceza Hukuku normlarını terörle mücadele için yetersiz gören Düşman Ceza Hukuku da suçlunun yerine tehlikeli bireyi koyarak önleme işlevinin önemini vurgulamaktadır. Bu nedenle de önleme amacının önemi vurgulandıkça terörle mücadelede idari polisin yetkilerinin artması meşrulaşmaktadır. Ceza hukuku araçlarının görünümünün değiştirilmesi, terörizmin hukuki rejiminin uygulama alanının genişletilmesi sonucu cezai önleme ile idari önleme kavramlarının sınırları belirsizleşmektedir⁹³.

Bu bağlamda yalnızca idari polisin değil idari nitelikteki kurum ve kişilerin çoğunun yetkisi, kamu düzenini sağlama ve suç işlenmesini önleme amaçları ile artırılmaktadır⁹⁴. Olivier Cahn'a göre ceza hukukunun uygulama alanından idare hukukunun uygulama alanına geçiş yaşanması Düşman Ceza Hukuku teorisinin bir karakteristiğidir⁹⁵. Örnek vermek gerekirse 30 Ekim 2017 tarihli 2017-1510 sayılı Kanun'un 3. maddesi ile İç Güvenlik Kanunu'na getirilen değişiklikler incelemeye değerdir. İçişleri Bakanı'nın izleme ve idari kontrol konusunda bireysel önlemler alma yetkisi, alınacak önlemlerin niteliği bakımından genişletilmektedir. Belirli bir bölgeden çıkmama, belli aralıklarla polis veya jandarmaya o bölgede bulunduğunu ispatlama, yaşadığı yeri ve bu yeri değiştirdiği takdirde yeni taşındığı yeri bildirme gibi önlemler seyahat özgürlüğü kapsamında ele alındığında otoriter eğilimler taşımaktadır. Bu önlemlerin uygulanma ölçütünün de kişinin davranışlarının kamu düzeni ve güvenlik açısından tehdit oluşturduğuna kanaat getirecek ciddi sebeplerin varlığı şeklinde dile getirilmesi⁹⁶, keyfi kullanıma açık, idarenin kimin tehlikeli olduğuna karar verebileceği bir rejim öngörüldüğünü göstermektedir. Bu rejimin de bireysel özgürlükler anlamında çok geniş bir kısıtlama getirme riski taşıdığı kabul edilmelidir⁹⁷. Bunun dışında valiye de belirli bölgelerde belirlenmiş süreler içinde kimlik, eşya, araç kontrolü yapma yetkisi veren 55-385 sayılı Olağanüstü Hal Kanunu'nun 8. maddesi de tartışma konusu olmuştur. Fakat

⁹² *Ibidem*, s. 164.

⁹³ Julie Alix & Olivier Cahn (2017), *loc. cit.*

⁹⁴ Örneğin *cf.* İdarenin birtakım bilgi ve belgelere erişimini kolaylaştırmayı amaçlayan hükümler içeren *Loi n° 2004-1343 du 9 décembre de simplification du droit*, madde 1-3 ; İstihbari bilgiye erişimi kolaylaştırmayı amaçlayan hükümler içeren *Loi n° 2015-912 du 24 juillet 2015 relative au renseignement*, madde 1.

⁹⁵ Olivier Cahn (2016), *loc. cit.*, s. 115.

⁹⁶ *Cf.* Fransa, *Code de la sécurité intérieure*, madde 228-1 – 228-5.

⁹⁷ Bu yorum için *cf.* Frédéric Rolin (2017). « La future loi sur 'la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme' est-elle si menaçante pour nos libertés? », *Le Billet Dalloz*.

YÜHFD Cilt: XVI Sayı:2 (2019)

İlgili hüküm Fransız Anayasa Konseyi tarafından iptal edilmiştir. Gerekçe ise yukarıda İçişleri Bakanına verilen yetkiye getirilen eleştiriler ile paraleldir. Konsey, kamu düzeni ile bireysel haklar arasında denk bir değerlendirme yapılmadığını ve kanun koyucunun belirli bölge ve zaman içerisinde herkese keyfi bir şekilde ve seyahat özgürlüğü ve özel hayatın gizliliğine aykırı olabilecek şekilde kullanılacak bir yetki verdiğini savunmuştur⁹⁸. İçişleri Bakanı'na verilen yetkinin tehlikeli birey hakkında kişisel bir önlem alma niteliği taşıması, valiye verilen yetkinin ise daha genel bir nitelik taşıyarak çok geniş kapsamlı olarak birçok kişinin hak ve özgürlüklerini etkileyebilecek olması dolayısıyla Fransız Anayasa Mahkemesi'nin yalnızca valinin yetkilerini iptal etmesi çok da anormal olarak karşılanmamalıdır. Fakat İçişleri Bakanı'na verilen yetki de kanımızca liberal açıdan eleştirilebilecek niteliktedir.

Karşılaştırma yapmaya müsait bir örnek de Türkiye'den verilebilir. Yukarıda bahsedilen kanun teklifinin ilk maddesi, valiye Fransız İç Güvenlik Kanunu ile İçişleri Bakanı'na ve valiye verilen yetkilerin neredeyse aynılarının verilmesini içermektedir⁹⁹. Henüz Türk Anayasa Mahkemesi'nin konu ile ilgili yorumları bilinmemekle birlikte, ileride başvuru konusu yapılmaya müsait bir hüküm gibi görülmektedir. Yetkili kişi vali olduğundan dolayı, Fransız Anayasa Konseyi'nin yaklaşımı benimsenirse, iptal edilebilecek bir hüküm olarak değerlendirilmeye müsaittir.

Alınan önlemin niteliği konusunda Fransa'da en çok dile getirilen tedbirlerden biri olağanüstü halin ilanı ile koşullarında değişiklikler yapılan¹⁰⁰ "ev hapsi"¹⁰¹ kurumudur. Bu kurumun hukuki niteliğindeki idari

⁹⁸ Fransa, Conseil constitutionnel, Décision n° 2017-677 QPC du 1er décembre 2017.

⁹⁹ İl İdaresi Kanunu, Kanun n°: 5442, Kabul Tarihi: 10.06.1949, *Resmi Gazete* n°: 7236, Tarih: 18.06.1949, madde 11(C): "*Vali, kamu düzeni veya güvenliğinin olağan hayatı durduracak veya kesintiye uğratabilecek şekilde bozulduğu ya da bozulacağına ilişkin ciddi belirtilerin bulunduğu hallerde onbeş günü geçmemek üzere ildeki belirli yerlere girişi ve çıkışı kamu düzeni ya da kamu güvenliğini bozabileceği şüphesi bulunan kişiler için sınırlandırabilir; belli yerlerde veya saatlerde kişilerin dolaşmalarını, toplanmalarını, araçların seyirlerini düzenleyebilir veya kısıtlayabilir ve ruhsatlı da olsa her çeşit silah ve merminin taşınması ve naklini yasaklayabilir.*" (7145 sayılı 25.07.2018 tarihli kanunla eklenmiştir).

¹⁰⁰ Fransa, *Loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence*, (16 Mart 2017 tarihli karar ve 2016-1767 sayılı 19 Aralık 2016 tarihli kanun ile değişik) **madde 6**.

¹⁰¹ "*assignation à résidence*": Bu kurum, gün içinde 12 saati evde geçirme, üç kere komiserlikte yoklama vermek, valinin izni olmadan ikamet alanından ayrılamamak gibi tedbirleri içerir ve olağanüstü hal ilanı söz konusu olduğu sürece ve 12 ay boyunca verilebilir. Cf. Stephanie Hennette Vauchez (2017). « Serge Slama. Harry Potter au Palais YUHFD Vol. XVI No.2 (2019)

özellikler ile tedbirin uygulanmasında İçişleri Bakanı veya Vali'nin görevlendirilmesi, fakat yargının herhangi bir müdahalesinin bulunma imkânının olmaması tartışma konusu yapılan noktalardır¹⁰². Fransız Anayasa Konseyi de henüz tartışmaları bitirecek bir karar vermemiştir. Anayasa Konseyi, tedbirin yalnızca olağanüstü hal ilanı süresince ve olağanüstü hal ilan edilen bölgede uygulanabilmesi ve hakkında tedbir uygulanacak kişinin güvenlik ve kamu düzenine tehdit oluşturan davranışlar sergilediği konusunda ciddi sebepler bulunması sınırlamalarını yeterli görmüştür¹⁰³ ve tedbirin idari niteliği konusunda herhangi bir değişiklik gerektiği sonucuna varmamıştır¹⁰⁴. Mahkeme, idari hakim tedbirin gerekliliği, elverişliliği ve orantılılığı konusunda yapacağı kontrol bazında, çok geniş bir düzenlemenin söz konusu olmadığına karar vermiştir¹⁰⁵. Bu yaklaşımın eleştirildiği nokta ise Fransız Anayasa Konseyi'nin idari ve adli tedbirlerin nitelikleri konusunda karışıklık yaşıyor olmasıdır. Maddede kimlik kontrolü yapılan kişinin bu kontrol dolayısıyla terör eylemleriyle ilişkili olabileceğine dair *ciddi sebepler*¹⁰⁶ bulunduğunun keşfedilmesi şartı yer almaktadır. Olivier Cahn'a göre, kimlik kontrolü doğası itibariyle idari bir tedbir olarak nitelendirilebilse de bunun sonucunda terör eylemleriyle ilişkisi konusunda ciddi sebeplerin varlığının keşfi, adli niteliğe daha uygun düşmektedir. Yazar ayrıca Anayasa Konseyi'nin idari hakim yetkisini tanımamasının tek sebebinin, tedbirin şekli anlamda idari olarak nitelendirilmesi olduğunu savunmuştur¹⁰⁷. Aynı şekilde Maxence Chambon da "ciddi sebepler görülmesi" şartının, idari polisin meşru temelini ispatlamak durumunda olmadan müdahale edebilmesi için sihirli bir formül niteliğinde olduğunu belirtmektedir. Bu durum da yazara göre, terörle mücadele için özel bir idari polis tipi yaratılmasına sebep olmaktadır¹⁰⁸. Ev hapsi kurumuna ilişkin olarak daha sonraki bir tarihte Anayasa Konseyi'ne

Royal ? La lutte contre le terrorisme comme cape d'invisibilité de l'état d'urgence et la transformation de l'office du juge administratif » *Les Cahiers de la justice, Dalloz*, ss.281-295

¹⁰² Rafaëlle Maison (2016). « Le nom de l'ennemi: quand les logiques de guerre transforment le droit commun », *Les Temps Modernes*, 2016/3, n° 689, pp. 20-35, s. 30.

¹⁰³ Burada az önce İçişleri Bakanı'na verilen yetkilerin kullanım kriterlerine getirilen eleştiriler geçerliliğini korumaktadır. *Cf. supra*. 96.

¹⁰⁴ Bu tür önlemlerin niteliğinin idari ve adli arasında karışık bir tür içerdiğine ilişkin *cf.* Julie Alix & Olivier Cahn (2017), *loc. cit.*

¹⁰⁵ Fransa, *Conseil constitutionnel*, Décision n° 2015-527 QPC du 22 décembre 2015.

¹⁰⁶ Vurgu yazara aittir.

¹⁰⁷ Olivier Cahn (2016). *loc. cit.*, s. 113.

¹⁰⁸ Maxence Chambon (2017), *loc. cit.*, s. 137.

tekrar bir başvuru yapılmıştır. Burada tartışılan konu, tedbirin niteliğinin günlük 12 saat olan sınırının üzerine çıkarılabilme imkânları olduğu sürece özgürlüğü kısıtlayıcı olmasıdır. Fakat Konsey, Olağanüstü Hal Kanunu'nun 6. maddesinde getirilen şartlar uygulandığı sürece bu niteliğin söz konusu olamayacağına hükmetmiştir¹⁰⁹. Sonuç olarak Fransız Anayasa Konseyi'nin yaklaşımının da değişen ceza hukuku anlayışına karşı gelme amacı olduğundan bahsedilemeyeceği açıkça görülmektedir. Ayrıca tehlikeliliği bertaraf etmeye yönelik güvenlik tedbirlerinin de hukuk sisteminde var olmaya devam ettiği de bu örnekten anlaşılmaktadır.

Cumhuriyet savcılarında verilen yetkiler konusunda da savcılarının hukuk sistemi içerisindeki yerine göre çeşitli tartışmalar yapılabilecektir. Savcının yürütme içerisinde ve devlet ile kamuyu temsil eden taraf konumunda olduğu kabul edildiğinde¹¹⁰, yargıya ilişkin hakimler tarafından verilmesi gereken kararlarda daha çok söz sahibi olmasının silahların eşitliği gibi adil yargılanma ilkelerini zedeleyecek nitelikte olduğu kabul edilmelidir. Bu bağlamda birtakım gizli soruşturma tedbirlerinin savcı tarafından hızlı ve etkin bir soruşturma sağlamak amacıyla doğrudan verilebilmesi, ceza yargılaması sürecinin nitelik değiştirmesi anlamına gelmektedir¹¹¹. Aynı

¹⁰⁹ Fransa, *Conseil constitutionnel*, Décision n° 2017-624 du 16 mars 2017 ; Kararda iptal edilen hüküm, İçişleri Bakanı'nın ev hapsi süresini 12 aydan fazla uzatabilmek için Danıştay Dava Dairesi Kurulu Başkanı'ndan (*Le juge des référés du Conseil d'État*) izin alması rejimine ilişkindir. Konsey, bu durumun Danıştay Dava Dairesi Kurulu Başkanı'nın yalnızca geçici tedbirler hakkında karar verebilmek ve esasa girememekten ibaret olan yetkisini (*Code de justice administrative*, madde L511-1) aşması anlamına gelmesi dolayısıyla maddenin yalnızca bu kısmını iptal etmiştir.

¹¹⁰ Bu yönde cf. Öztekin Tosun (1981). *Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri*, Cilt 1, Genel Kısım, İstanbul Üniversitesi Yayınları, Üçüncü Bası, s. 248-249 ; Bahri Öztürk et al. (2010). *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku Ders Kitabı*, İstanbul, Seçkin Yayınları, s. 212 ; Hamide Zafer (2015). "Türk Ceza Adalet Sisteminde Savcılığın Hukuki Statüsü", in Nur Centel (ed.) (2015). *Ceza Muhakemesi Hukukunda Güncel Konular*, Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırma Konferansları Serisi – 1, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, ss. 1-26, s. 4 ; Bazı sistemlerde savcının bağımsız olmamasının mümkün olduğuna ilişkin cf. Avrupa Konseyi Venedik Komisyonu, *Opinion on the Draft amendments to the Law on the State Prosecutorial Council of Serbia*, 10-11 Ekim 2014, CDL-AD(2014)029, §7 ; Fakat bu durumda adil yargılanmayı garanti altına alacak önlemlerin alınması gerektiği konusunda cf. Avrupa Konseyi Venedik Komisyonu, *Interim Opinion on the Draft Law on the State Prosecution Office of Montenegro*, 15 Aralık 2014, CDL-AD(2014)042, §16.

¹¹¹ Örneğin cf. Olağanüstü Hal Kapsamında Alınması Gereken Tedbirler (...), Kanun n°: 6755, Kabul Tarihi: 08.11.2016, *Resmî Gazete* n° 29898, Tarih: 24.11.2016, madde 3 ; Ayrıca Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 161(8) maddesinde terör suçları için Cumhuriyet savcılarında verilen soruşturmayı doğrudan yapma yetkisi, savcıya ulaşılmadığında aynı

zamanda etkin pişmanlık konusunda Cumhuriyet savcısının kovuşturmayaya yer olmadığına dair vereceği karara karşı itiraza başvurulmaması da savcının taraf olarak ele alındığında sorun yaratabilecek bir hükümdür¹¹². Keza etkin pişmanlık hükümleri özellikle son zamanlarda terör suçlarının soruşturulmasında ifade alınırken şüphelilere en başta hatırlatılarak oldukça fazla uygulama alanı bulmaktadır. Elbette, savcının tarafsız olması gerektiğini savunan görüşler kabul edildiğinde soruşturma tedbirlerine savcının karar vermesi veya hakimın yetkisinde olan işlemleri yapması sorun teşkil etmeyecektir¹¹³.

Yürütmenin ve idarenin ceza hukukunda suç olarak nitelendirilen eylemlerle mücadele etmeye bu kadar müdahil olması, elbette ki yargısal kontrol bakımından da kendini gösterecektir. Fransa'da 20 Kasım 2015 tarihli değişiklikler¹¹⁴, Olağanüstü Hal Kanunu'na dayanarak alınan önlemlerin kontrolünü idari hakime bırakmaktadır. Bu bağlamda, Türkiye'nin Olağanüstü Hal İşlemleri İnceleme Komisyonu da benzer şekilde idari nitelikli önlemlerin¹¹⁵ adli yargıda denetimi mümkün

Kanununun 163. maddesi ile Sulh Ceza Hakimine verilmektedir. Burada da Cumhuriyet savcısı taraf olarak kabul edilirse eğer hakimın yapması gereken soruşturma işlemlerini de kendisi mi yapabilecektir veya Cumhuriyet savcısı taraf değilse dahi, tarafsız olması gerekliliği kesin olarak kabul edilen hakimın soruşturmayı tarafsız olarak yürütmeye çalışması ne kadar etkili olacaktır soruları akla gelmektedir.

¹¹² Ceza Muhakemesi Kanunu, Kanun n°: 5271, Kabul Tarihi: , Resmi Gazete no: , Tarih: , madde 171/1 ; Savcının suçun işlendiği konusunda yeterli şüpheye ulaşsa dahi kovuşturmayaya yer olmadığı kararı verebileceğine dair *cf. Yargıtay 16. Ceza Dairesi*, E. 2015/3, K. 2017/3, T. 24.04.2017, (Çevrimiçi) <<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>> 10.10.2018.

¹¹³ Bu yönde *cf. Nur Centel* (2004). “Adil Yargılanma Hakkı ve Savcının Tarafsızlığı”, *Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı*, İstanbul, pp. 199-210, s. 208 ; Ayrıca savcılık makamı ile yargısal işlevlerin birbirinden ayrı olması gerektiği konusunda *cf. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, Recommendation 2000 (19)* ; Birleşmiş Milletler, *Guideline on the Role of Prosecutors*, Havana, Cuba, 27 Ağustos – 7 Eylül 1990, §10 ; Avrupa Konseyi, Avrupa Genel Savcıları Konferansı, *Savcılar İçin Etik ve Davranış Biçimlerine İlişkin Avrupa İlkeleri (Budapeşte İlkeleri)*, 31 Mayıs 2005, §1.

¹¹⁴ Fransa, *Loi no 2015-1501 du 20 novembre 2015 prorogeant l'application de la loi no 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence (...)*, JORF n° 0270 du 21 novembre 2015.

¹¹⁵ Malvarlığının dondurulması, seyahat özgürlüğünün kısıtlanması gibi tedbirler Birleşmiş Milletler'in de terörle mücadele bağlamında oluşturduğu listede yer alan kişilere karşı uygulanabilecek tedbirler arasında yer almaktadır. Bu tedbirler, Birleşmiş Milletler Uyuşturucu ve Suç Ofisi tarafından “idari” olarak nitelendirilmişlerdir. Bu benzerlik nedeniyle idari kelimesi kullanılmıştır *cf. Birleşmiş Milletler Uyuşturucu ve Suç Ofisi, Le YÜHFD Cilt: XVI Sayı:2 (2019)*

olmadığından bulunan bir çözüm olarak karşımıza çıkmaktadır¹¹⁶. Ceza hukuku yukarıda anlatıldığı şekilde kılık değiştiriyor olsa da bu tür denetim imkânlarının mevcudiyeti, Jean-François Dreuille tarafından güncel ceza hukuku uygulamamızın “düşman” olmadığı şeklinde yorumlanmasına sebep olmaktadır. Yazar, öngörülen her istisnai rejimin Düşman Ceza Hukuku içerisinde ele alınamayacağını, yargısal kontrol mekanizmaları aktif olduğu takdirde Jakobs’un öngördüğü kadar distopik bir rejim içinde olmayacağımızı savunmaktadır¹¹⁷. Fakat bu yorum, ceza hukuku rejimlerinin bir derece de olsa teoride öngörüldüğü şekilde düşmanlaşmadığı anlamına gelmemektedir. Kanımızca idarenin hakim tarafından hükmedilmesi gereken güvenlik tedbirlerine ilişkin yetkileri artırıldığı sürece hukuk içerisinde yürütmenin daha etkin olduğu bir başka hukuk sistemi yaratılması söz konusu olmaktadır.

3. Uzmanlaşma İhtiyacı

Terörle mücadelenin, terör tehdidinin ağırlığı dolayısıyla özel bir muamele gerektirmesi birçok hukuk sisteminde farklı yargılama makamlarının oluşturulmasıyla kendini göstermektedir. Ceza yargılamasına askeri unsurların dahil edilmesi, ceza hukuku vasıtasıyla savaşmak, ceza hukukunu silah olarak kullanmak gibi yukarıda bahsettiğimiz teorik temellere de uygun düşmektedir. Bu bağlamda Türkiye ve Fransa örnekleri, Devlet Güvenlik Mahkemeleri’nin terörle mücadeleye dahil edilmesi ve çıkarılması anlamında incelemeye değerdir.

Fransa’da, 63-23 sayılı, 15 Ocak 1963 tarihli kanunla Cezayir Bağımsızlık Savaşı’nın hemen ertesinde Devlet Güvenlik Mahkemeleri kurulmuştur. Bu mahkemeler ilk kurulduğunda, üç sivil iki asker hakimden oluşmaktadır¹¹⁸. Sonrasında 1981 yılında sol kanat tarafından kaldırılmış olsa da¹¹⁹ 1985 ve 1986 yıllarında gerçekleşen saldırılar ile yeniden gündeme gelmiştir. Bunun sonucunda Devlet Güvenlik Mahkemeleri

cadre juridique universel contre le terrorisme, Module 2, Programme de formation juridique contre le terrorisme, Service de la prévention du terrorisme, Vienne, 2010, s. 10.

¹¹⁶ Bu komisyonun esas itibarıyla yargı yolunun işletilebilmesi için bir ön şart olarak alılabileceğine ilişkin cf. İzzet Özgenç (2018), *op. cit.*, s. 85.

¹¹⁷ Jean-François Dreuille (2012), *loc. cit.*, s. 163.

¹¹⁸ Laurent Bonelli (2008). « Les caractéristiques de l’antiterrorisme français: ‘Parer les coups plutôt que panser les plaies’ », in Didier Bigo, Laurent Bonelli & Thomas Deltombe (eds.) (2008), *op. cit.*, ss. 168-187, s. 168.

¹¹⁹ Fransa, *Loi n° 81-737 du 4 août 1981 portant suppression de la Cour de Sûreté de l’État, JORF* du 5 août 1981.

kurulmasa da Özel Yetkili Ağır Ceza Mahkemeleri kurulmuştur¹²⁰. Bu mahkemeler de terör suçları için yetkili olup terörle mücadele için gerekli görülen farklı hukuk sistemini temin etmekte rol sahibidirler. Yargıda bu şekilde bir özelleşme, iç düşmanlarla savaşmanın etkili yolu olarak devlet politikası haline geldiğinde¹²¹ Düşman Ceza Muhakemesi Hukuku da en yoğun şekilde kendini gösterebilmektedir.

Türkiye’de de terör suçlarını yargılayan makamlarda özelleşme konusunda benzer bir seyir söz konusudur. 1973 yılında kurulan Devlet Güvenlik Mahkemeleri¹²², 1975 yılında Anayasa Mahkemesi kararı¹²³ ile biçim yönünden Anayasaya aykırılık dolayısıyla bu mahkemeleri kuran kanun maddelerinin iptaline karar verilmesiyle işleyememiş, 1982 yılında ise Anayasanın 143. maddesi ile geri getirilmiştir. 2000’li yılların başında Avrupa ile yaşanan yakınlaşmalar ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin ısrarlı ihlal kararları¹²⁴ üzerine 2004 yılında¹²⁵ kaldırılmıştır. Fakat sonrasında Özel Yetkili Ağır Ceza Mahkemeleri asker hakim dışında yine terör suçları için özelleşmiş bir yargılama makamı işlevi görmeye devam etmiştir. 6352 sayılı Kanunla Özel Yetkili Ağır Ceza Mahkemeleri kaldırıldıktan sonra Terörle Mücadele Kanunu’nun (TMK) 10. maddesine göre öngörülen Bölge Ağır Ceza Mahkemeleri terör suçlarına bakmakta yetkili mahkeme haline gelmişlerdir¹²⁶. 2014 yılında TMK’nın 10. maddesi de 6526 sayılı Kanunla mülga edilince o dönemki adıyla Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu bu tür suçlar için mahkemeler arasında işbölümü adı altında bazı mahkemeleri yetkilendirmeye başlamıştır. Fransa ile Türkiye’nin serüvenleri bu konuda benzer olmakla birlikte, iki sistemde de

¹²⁰ Fransa, *Loi n° 92-1336 du 16 décembre 1992 relative à l’entrée en vigueur du nouveau code pénal (...)*, *JORF* du 23 décembre 1992.

¹²¹ Vanessa Codaccioni (2017). « Dans l’ombre de la Cour de sûreté de l’État », *Délibérée*, 2017/2, ss. 36-40.

¹²² Kanun n° 1699, Kabul Tarihi: 15.03.1973, *Resmi Gazete* n°: 14482, Tarih: 20.03.1973.

¹²³ *Anayasa Mahkemesi (İtiraz)*, E. 1974/35, K. 1975/126 T. 06.05.1975, *Resmi Gazete* n°: 15380, Tarih: 11.10.1975

¹²⁴ Cf. *inter alia* Incal Türkiye’ye Karşı, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM)* [GC], n° 22678/93, 09.06.1998, Karataş Türkiye’ye Karşı, *AİHM* [GC], n° 23168/94, 08.07.1999, Sadak ve Diğerleri Türkiye’ye Karşı (n° 1), *AİHM*, n°s 29900/96 *et al.*, 17.07.2001 ; İhlal sebebi genel olarak sivillerin yürütmenin etkisi altında olabilecek bir askeri hakim içeren yargılama sisteminde yargılanmasının bağımsız yargılama olarak nitelendirilememesidir.

¹²⁵ Kanun n° 5170, Kabul Tarihi: 07.05.2004, *Resmi Gazete* n°: 25469, Tarih: 22.05.2004.

¹²⁶ Yener Ünver (2013). “Türkiye’de Ceza Hukukunda Avrupa Hukukuna Uyum Çalışmaları Bağlamında Üçüncü Yargı Paketinin Genel Değerlendirilmesi”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, Cilt: 19, Sayı: 2, ss. 407-428, s. 410.

YÜHFD Cilt: XVI Sayı:2 (2019)

inkâr edilemeyen tek istisnai ceza hukuku rejimi yansıması, yargılamada özel yetkili makamlara duyulan ihtiyaçla görülmüştür.

Bu mahkemelerin de kaldırılmasıyla artık yargı eliyle değil, yürütme yani çoğu zaman idare ve istihbarat servisleri eliyle daha etkili bir savaş verileceğine inanılmaktadır¹²⁷. Bu nedenle ceza hukukunun dönüşümü yargıdan bağımsız da gerçekleşecektir. Güvenlik ve istihbarat servislerinin yargı yetkisinin işleyişi esnasında müdahil olması özellikle terörle mücadele kapsamında söz konusu olmaktadır. Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu'nun (PVSK) Ek 7. maddesi, adli niteliği de haiz olarak ele alınabilecek tedbirler konusunda yargı içerisinde olmayan makamlara yetki verilmesinin en güzel örneklerinden biridir. Bu maddeye göre, önleme amaçlı dinleme tedbirine gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Emniyet Genel Müdürü veya Emniyet Genel Müdürlüğü İstihbarat Dairesi Başkanı'nın yazılı emriyle başvurulması mümkün olmaktadır. Aynı zamanda 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanunu'nda bu tedbiri alma yetkisi, istihbari araştırmalar amacıyla Milli İstihbarat Teşkilatı (MİT) Müsteşarı veya yardımcısına verilmiştir¹²⁸. Bu maddelerden ilkinine ilişkin eleştirilecek ikinci nokta da “*terör örgütünün faaliyeti çerçevesinde devam eden tehlikelere*¹²⁹ *ilişkin olarak*” tedbir uygulanmasının süresiz uzatılabilmesidir. Buradaki *tehlike* ibaresi, Ceza Muhakemeleri Kanunu'nun (CMK) 135. maddesindeki iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması tedbirinin bir başka görünümünü, tedbire hükmetme kriterlerini azaltarak ve tedbire hükmedecek makamın yargı makamı olmasına gerek duymayarak uygulamaya mahal verebilmektedir. Aleyhinde tedbire hükmedilecek kişi, CMK'da kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı durumunda belirlenebilecekken PVSK'nın Ek 7. maddesine göre, şüpheli kavramının tehlikeli kavramı ile yer değiştirdiği görülmektedir¹³⁰.

Veli Özer Özbek, önalın soruşturmalarının Ceza Muhakemesi Hukukunun mevcut yapılanmasına uygun olmadığını, bu aşamada CMK anlamında koruma tedbirleri ile önalın soruşturması tedbirlerinin

¹²⁷ Vanessa Codaccioni (2017), *loc. cit.*

¹²⁸ Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanunu, Kanun n°: 2937, Kabul Tarihi: 01.11.1983, *Resmî Gazete* n° 18210, Tarih: 03.11.1983, madde 6/2.

¹²⁹ Vurgu yazara aittir.

¹³⁰ Tehlike derecesinin yeterli olmadığı, önleyici tedbirin keyfi olarak kullanılmasına mahal verebileceği ve gecikmede sakınca bulunan hallerin neye göre belirleneceği konusunda belirsizlik olduğuna ilişkin cf. Veli Özer Özbek (2015). « Türk Hukukunda İletişimin Adli/İdari Amaçla Denetlenmesi ve Uygulamadaki Sorunlar », in Nur Centel (ed.) (2015), *op. cit.*, ss. 147-225, s. 171.

niteliklerinin birbirine karıştığını savunmaktadır¹³¹. Yazar, Cumhuriyet savcılarının uzmanlaşmasına izin veren bir sistemimiz olmadığından dolayı¹³² suçların işlenişindeki profesyonellik arttıkça savcıların polisin güdümüne girdiği yorumunu yapmaktadır. Bu nedenle bu tedbirlerin devşirilmesinin gerekli olduğunu da kabul etmektedir. Bunun yanında, CMK'nın 135. maddesinin, belirtilen esas ve usuller dışında iletişimin telekomünikasyon yoluyla dinlenmesi ve kayda alınmasının mümkün olmadığını belirten 9. fıkrasının da böylece bir anlamının kalmadığını savunmaktadır¹³³.

İstihbari servisler yoluyla elde edilen delillerin niteliği de yargılama sisteminin kılık değiştirmesinin bir örneği olabilecek niteliktedir. İstihbari nitelikli bilgilerin başlı başına delil olarak kabul edilmesi mümkün olmasa da uygulamada terörle mücadelenin zorlukları dolayısıyla gerekli olduğu kabul edilmektedir¹³⁴. Yargıtay da MİT'in elde ettiği materyallerin savcılığa ulaştırılmasıyla birlikte artık adli sürecin başlatılması ve soruşturma işlemlerinin CMK hükümlerine göre yapılması gerektiğini kabul etmektedir¹³⁵. Fakat istihbarat hizmetleri ile ceza muhakemesi iç içe girdiği sürece istihbari bilgiler istihbaratın takdiri altında toplanmaya devam

¹³¹ *Ibid.*, s. 153-154 ; İstihbari servislerin terör suçlarının soruşturma veya kovuşturma aşamalarında artan yetkilerine ilişkin cf. Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, Kanun n°: 6532, Kabul Tarihi: 17.04.2014, *Resmi Gazete* n° 28983, Tarih: 26.04.2014.

¹³² Türk ve Fransız sistemlerinde Savcılık kurumuna ilişkin uzmanlaşma gerektiği konusunda öneriler mevcuttur. Bu yaklaşım, terör suçları için adli yargı içerisinde yeni bir rejim gerektiği argümanını desteklemektedir. Pratikte yer alan hukukçular, ülke çapında tek elden soruşturma yürütülmesi için Türkiye Terör ve Örgütlü Suç Başsavcılığı kurulmasını önermektedir. Cf. Hakan Kızıllarslan (2004). "Türkiye'de Terör ve Örgütlü Suçla Mücadele Uygulaması ve 'Türkiye Terör ve Örgütlü Suç Cumhuriyet Başsavcılığı'nın Kurulması Zorunluluğu", *Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı*, ss. 567-584, s. 576 ; Aynı şekilde Fransa'da da yakın zamanda böyle bir öneri tekrar gündeme gelmiştir. Cf. (Çevrimiçi) <https://www.lemonde.fr/police-justice/article/2018/07/13/a-la-veille-d-un-week-end-tendu-le-gouvernement-presente-son-plan-d-action-contre-le-terrorisme_5330716_1653578.html> 13.07.2018 ; Bu durum, terörle mücadeleyi uzman ellerle ve adli yargıya diğer kuvvetlerden müdahale gerektirmeden yürütmeyi sağlayabilecektir. Fakat aynı zamanda terör suçlarından yargılanacak kişiler için hukuk sistemi içerisinde hukuk yaratılması anlamına gelebileceğinden Jakobs'un teorisini tanımlayışına da uygun düşmektedir.

¹³³ Veli Özer Özbek (2015), *loc. cit.*, s. 163.

¹³⁴ *İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 2. Ceza Dairesi*, E. 2017/95, K. 2017/128, T. 1.2.2017 (Çevrimiçi) <<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>> 28.08.2018.

¹³⁵ *Yargıtay 16. Ceza Dairesi*, E. 2015/3, K. 2017/3, T. 24.04.2017, (Çevrimiçi) <<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>> 10.10.2018.

edilecek ve Özbek'e göre kovuşturma mecburiyeti ilkesi de fiilen uygulanamayacaktır¹³⁶. Bu durum, istihbarat faaliyetinin münhasıran suç işlenmesini önleme amacına sahip olmadığı¹³⁷, işlenmiş veya işlenmekte olan suçlarda da tespit aşamasında yer alabildiği ve böylece soruşturma ve kovuşturma aşamalarına da delil temin ederek dolaylı yoldan müdahil olduğu anlamına gelmektedir. Yargıtay'ın yorumuna göre bu yaklaşım, karşılıklı yardımlaşma kapsamında değerlendirilmelidir ve MİT'in elde ettiği materyalleri de yasal olarak elde ettiği kabul edildiğinden mahkemelerin MİT'ten bu bilgileri talep etmesi olağan karşılanmalıdır¹³⁸.

Elbette Fransa'da da çok benzer yaklaşımlar görülmektedir. İstihbarat servislerinin terörü önleme amacıyla *tehlakeli* olarak nitelendirilen kişiler hakkında çok geniş olarak tanımlanan iletişim ağlarına erişmesi mümkündür¹³⁹. Bu durum yine Fransa mevzuatını Düşman Ceza Hukuku açısından detaylı inceleyen Olivier Cahn tarafından özel hayatın gizliliğine ve masumiyet karinesine aykırı uygulamalar içerebilme ihtimali dolayısıyla eleştirilmektedir¹⁴⁰. Yazar bu hükmü 2015 yılında getiren kanunun, istihbaratın “yargısallaşması” açısından bir ilerleme olarak nitelemektedir¹⁴¹.

B. Düşmanın Savunma Haklarının Kısıtlanması

Günther Jakobs'a göre tehlikeliliğe odaklanıldığında, yalnızca teröriste kişi muamelesi yapılmaz. Fakat diğerler bireyler, standart kurallara tabidir. Bu nedenle de hukuk devleti açısından ortaya çıkabilecek sorunlar bertaraf edilmektedir¹⁴². Keza teröristin böyle bir muameleye maruz kalması, yarattığı tehlikenin büyüklüğünden kaynaklanmaktadır. Terör eylemlerinin niceliksel ve niteliksel olarak katliam niteliğinde sonuç doğurabilme ihtimali, teröristin insanlığa olan aidiyetinin reddedilmesini meşrulaştırabilmektedir¹⁴³. Bunun sonucunda, teröristin kendi tabi olduğu

¹³⁶ Veli Özer Özbek (2015), *op. cit.*, s. 164.

¹³⁷ İzzet Özgenç (2018). *Suç Örgütleri*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 11. Bası, s. 336-337 ; Philip B. Heymann (1998). *Terrorism and America, A Commonsense Strategy for a Democratic Society*, Cambridge, Massachusetts, The MIT Press, s. 129.

¹³⁸ Yargıtay 16. Ceza Dairesi, E. 2015/3, K. 2017/3, T. 24.04.2017, (Çevrimiçi) <<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>> 10.10.2018.

¹³⁹ Fransa, *Code de la sécurité intérieure*, article L 851-1, L 851-2 (24 Temmuz 2015 tarihinde getirilen bir düzenlemedir) .

¹⁴⁰ Olivier Cahn (2013), *loc. cit.*, s. 111.

¹⁴¹ Olivier Cahn (2016), *loc. cit.*, s. 103-104.

¹⁴² Günther Jakobs (2008), *loc. cit.*, s. 502.

¹⁴³ Mireille Delmas-Marty (2009), *loc. cit.*

hukuk kuralları içinde haklarının bulunmaması söz konusu olmaktadır¹⁴⁴. Düşmanın tehlikesiz hale getirilmesi esas olduğundan vatandaşın sahip olduğu savunma haklarına sahip olmaması da teorinin temelinde yer almaktadır¹⁴⁵.

Düşmanın yargılama aşamasında haklarının kısıtlanması Jakobs'un dile getirdiği kadarıyla kendisini en net hürriyetin kısıtlanması ve avukata erişimin yasaklanmasında göstermektedir¹⁴⁶. Teoriye göre, tutuklama ve gözaltı konusunda düşmanın özel bir rejime tabi tutulmasının sebebi, onun yargılamaya katılımını sağlamaktır. Çünkü standart hukuk kurallarına tabi vatandaşın delilleri yok etme veya kaçma şüphesi bulunmamaktadır¹⁴⁷. Teröristin yarattığı bu risk, onun özel kurallara tabi tutulmasıyla giderilmeye çalışılmaktadır.

1. Hürriyeti Kısıtlayıcı Tedbirler Bakımından Özel Hükümler

Türk hukuk sisteminde tutuklama açısından öngörülen sistem, birtakım suçları sayarak bu suçlar açısından tutuklama nedeninin varlığını karine haline getirmiştir. Bu yöntemin ilk izlendiğinde dahi eleştiri konusu yapıldığı görülmektedir¹⁴⁸. Sayma yöntemi, bu suçlar için şüpheli olan kimsenin genel olarak kaçacağına veya delilleri karartacağına karine olarak kabul edilmesi anlamına gelmektedir. Bir görüşe göre de şüphelinin can güvenliğini sağlama konusunda endişeler mevcut olduğunda tutuklama kararı verilmesi gerekmektedir¹⁴⁹. Bu görüş, Jakobs'un Düşman Ceza Hukukunun aslında düşmanın da yararına olduğu savunması¹⁵⁰ ile paralellik taşımaktadır.

Tutuklanma süresine ilişkin olarak karşılaştırdığımız Türk ve Fransız sistemlerinde konumuza giren suçlar bakımından Jakobs'un sistemini doğrulayacak bir yaklaşım gözlemlenmektedir. Türkiye'de, Ağır Ceza Mahkemesi'nin görevine giren suçlarda tutuklama süresi iki yıl olmakla birlikte uzatma süresi¹⁵¹ bu kapsamdaki tüm suçlar için üç yılı, terör suçları

¹⁴⁴ Günther Jakobs (2008), *loc. cit.*, s. 500.

¹⁴⁵ Jean-François Dreuille (2012), *loc. cit.*, s. 150.

¹⁴⁶ Günther Jakobs (2009), *loc. cit.*

¹⁴⁷ *Ibidem.*

¹⁴⁸ Erdener Yurtcan (2005). *Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu ve Yorumu*, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s. 66.

¹⁴⁹ Yalçın Şahinkaya (2008). *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında ve Türk Hukukunda Suçsuzluk Karinesi*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, Birinci Baskı, s. 150.

¹⁵⁰ Bu yorum için *cf.* Dominique Linhardt & Cédric Moreau de Bellaing (2013), *loc. cit.*

¹⁵¹ Kanun ilk çıktıktan sonra maddelerde geçen uzatma süresinin toplam süreyi mi yoksa yalnızca ek olarak uzatılabilecek süreyi mi karşıladığına ilişkin tartışmalar için *cf.* Z. Özen *YÜHFD Cilt: XVI Sayı:2 (2019)*

için ise beş yılı geçemeyecek şekilde düzenlenmiştir¹⁵². Burada TMK'nın 2014'te iptal edilen 10. maddesine göre iki yıllık tutuklama ve üç yıllık uzatma sürelerinin terör suçları için iki kat olarak, yani toplamda on yıl olarak uygulanmasını öngören hükmünün Anayasa Mahkemesi tarafından, demokratik bir hukuk devletinde ceza niteliği taşıyacak kadar uzun sayılması gerekçesiyle iptal edildiğini hatırlamakta yarar vardır¹⁵³. Bu durumda, son düzenlemeye göre toplamda yedi yılı bulacak olan tutukluluk süreleri, konuya insan hakları doktrininden yaklaşıldığı sürece ceza hukuku politikasında bir geriye dönüş yaşandığını göstermektedir.

Gözaltı süresinde bu zamana kadar yapılan değişiklikler de ceza hukuku anlayışındaki devinim ile paralellik izlemektedir. Şöyle ki; Devlet Güvenlik Mahkemeleri işlerken kanunun uygulanan son halinde gözaltı süreleri bireysel suçlarda kırksekiz saat olarak düzenlenmekte, toplu işlenen suçlarda ise olağanüstü dönemlerde on güne kadar uzatılabilmekteydi¹⁵⁴. Bugün, Ceza Muhakemesi Kanunu'nda öngörülen süre, bireysel suçlarda yirmidört saat, toplu işlenen suçlarda da en fazla dört gündür. Bu hükümlerin terör suçları için uygulanmasında ise olağanüstü hal döneminde yine bir değişiklik yapılmıştır. İlk olarak 667 sayılı KHK, gözaltı süresinin belirtilen suçlar için otuz güne kadar uzatılabilmesine olanak tanımıştır¹⁵⁵. Sonrasında 24 Temmuz 2017 tarihli 684 sayılı KHK ile azami gözaltı süresi yedi gün olarak düzenlenmiştir, uzatma süresi ile birlikte de toplam en fazla ondört gün gözaltı, olağanüstü hal süresince mümkün hale gelmiştir¹⁵⁶. Şu

İnci (2017). *Bir Koruma Tedbiri Olarak Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 4. Baskı, s. 159-160 ; Köksal Bayraktar (2005). "Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Yer Alan Koruma Tedbirlerine Genel Bir Bakış", *Legal Hukuk Dergisi*, Ağustos 2005, Yıl : 3, Sayı : 32, ss. 2863-2869, s. 2865.

¹⁵² Terör suçlarına ilişkin değişiklik 15.08.2018 tarihli 694 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 141. maddesiyle yapılmıştır.

¹⁵³ Cf. *Anayasa Mahkemesi (İptal)*, E. 2012/100, K. 2013/84, T. 04.07.2013, *Resmi Gazete* n° 28726, Tarih: 02.08.2013

¹⁵⁴ Devlet Güvenlik Mahkemelerinin Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun, Kanun n°: 2845, Kabul Tarihi: 16.06.1983, *Resmi Gazete* n°: 18081, Tarih: 18.06.1983, madde 16.

¹⁵⁵ Bu önlemin ulusal otoriteler tarafından kısa zamanda çok fazla yakalama gerçekleştirildiği için gerekli olduğu görüşü için cf. Avrupa Konseyi, Commission des questions juridiques et des droits de l'Homme, *Garantir l'accès des détenus à un avocat*, Rapport de Mme Mariette Karamanli, §38.

¹⁵⁶ Gözaltı süresi konusunda AİHM iç hukuk sistemlerine ve somut olaya ilişkin yorum yapıyor olsa da burada klasik olarak verilecek örnek Brogan ve Diğerleri İngiltere'ye Karşı kararında altı gün dört saatlik gözaltı süresini özgürlük ve güvenlik hakkını düzenleyen
YUHFD Vol. XVI No.2 (2019)

anda olağanüstü hal ilanı söz konusu değildir, o nedenle bu süreler uygulama alanı bulamayacaktır. Bunun yerine 25 Temmuz 2018 tarihinde üç yıl süreli olarak kabul edilen hüküm, TMK'ya bir geçici 19. madde eklemiştir ve bu sürelerde normal zamanlarda bir değişiklik yapılmasını öngörmektedir. Bu durumda toplu suçlarda en fazla dört gün olabilecek gözaltı süresi terör suçları için karşılaşılabilecek güçlükler göz önünde bulundurulduğunda iki defa uzatılabilme imkânı bulmuştur. Yani toplamda oniki gün gözaltında kalabilmek mümkün olabilecektir.

Fransa'da da 1986 tarihli Kanun ile birlikte gözaltı sürelerinin kırksekiz saatten doksanaltı saate çıkması söz konusu olmuştur. Bu değişiklik, o yılki değişikliklerin ceza hukuku anlamında bir evrim yarattığı eleştirileri kapsamında sıkça dile getirilmektedir. Güncel düzenleme ise normalde yirmidört saat olan ve yirmidört saat daha uzatılabilecek olan süreyi terör suçları için iki kere uzatmayı mümkün kılmıştır¹⁵⁷. Tutukluluk süresi ise normalde bir yıldır ve altı ay uzatılabilmektedir. Yirmi yıldan az hapis cezası öngören suçlar için toplam sürenin iki yılı, diğer durumlarda da toplam üç yılı geçme imkânı bulunmamakla birlikte terör suçları için azami süre dört yıl olarak öngörülmüştür. Güvenlik bakımından risk oluşturabilecek bir durum olduğunda da dört ay daha uzatılması mümkün görülmüştür ve bu uzatma süresinin bir kere daha tekrarlanmasına imkân tanınmıştır¹⁵⁸.

Belirtilen sürelerle ilişkin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin özgürlük ve güvenlik hakkı bağlamında geçmişte yaptığı incelemeler özellikle Türkiye açısından geleceğe ilişkin haber verebilecek niteliktedir¹⁵⁹. Fakat insan hakları doktrininden bir inceleme yapmadığımız için bu çalışma kapsamında detaya girilmeyecektir. Yine de liberal yaklaşımın, hürriyetten yoksun kılan tedbirler açısından düşmanı farklı kurallara tabi tutma konusunda sert eleştiriler yapabileceği aşikârdır.

beşinci maddeye aykırı bulduğu kararı hatırlatmakta yarar vardır. (Brogan ve Diğerleri İngiltere'ye Karşı, *AİHM*, n^{os} 11209/84 et al., 29 Kasım 1988).

¹⁵⁷ Fransa, *Code de procédure pénale*, madde 706-88.

¹⁵⁸ Fransa, *Code de procédure pénale*, madde 145-2.

¹⁵⁹ Örneğin yalnızca istisnai durumlarda hakim önüne çıkmadan dört günü aşacak şekilde hürriyetten yoksun kılınabileceğine ilişkin *cf.* Taş Türkiye'ye Karşı, *AİHM*, n^o 24396/94, 14 Kasım 2000, §86 ; Gerekliliği ispat edilmeden 11 ayı geçecek şekilde hakim önüne çıkarılmamak konusunda terörle mücadelenin getirdiği zorluklar argümanının reddine ilişkin *cf.* Sadak Türkiye'ye Karşı, *AİHM*, n^{os} 25142/94, 27099/95, 8 Nisan 2004, §63 ; Benzer yönde *cf.* Batı ve Diğerleri Türkiye'ye Karşı, *AİHM*, n^{os} 33097/96, 57834/00, 3 Haziran 2004, §155 ; Talat Tepe Türkiye'ye Karşı, *AİHM*, n^o 31247/96, 21 Aralık 2004, §69 ; Demir ve Diğerleri Türkiye'ye Karşı, *AİHM*, n^{os} 21380/93 et al., 23 Eylül 1998, §52. *YÜHFD Cilt: XVI Sayı:2 (2019)*

2. Avukata Erişim Hakkına Getirilen Sınırlamalar

Kamunun barışına, bireylerin yaşam hakkına ve ülke bütünlüğünün bozmaya yönelik olarak nitelendirilen terör suçlarının aydınlatılmasındaki kamu yararının üstünlüğü, avukatla görüşmenin kısıtlanmasını meşrulaştırmaktadır¹⁶⁰. Ayrıca maddi gerçeğe ulaşmadaki kamusal menfaat dolayısıyla sanıkla avukat arasındaki hukuki ilişkiye müdahale edilebileceği görüşü de bu yönde imkân tanımaktadır¹⁶¹. Jakobs da bu tedbirin alınma sebebini şüpheli veya sanığın müdafileri ile aralarında kuracakları görüşmenin, yaşam hakkına, vücut bütünlüğüne veya kişi özgürlüğüne tehlike oluşturma ihtimaline dayandırmıştır¹⁶². Fransa’da, avukatla görüşmeyi düzenleyen hüküm kanuna konulmadan önce komisyonda yapılan görüşmeler esnasında, savunmanın şüpheli kimseyle aynı ideolojiyi paylaşan bir avukat tarafından yapılmasının riskli olabileceği tartışılmıştır. Bu durumda, avukatlara verilen talimatlarla eylemlere devam etmek veya avukatlar aracılığıyla delilleri yok etmek söz konusu olabileceğinden görüşmelerin kısıtlanabilmesi mümkün hale getirilmiştir¹⁶³. Türk hukukunda da 667 sayılı KHK’nın gerekçesinde avukatla görüşme hakkının sınırlandırılmasının amacı, yine olağanüstü hal ilanına sebep olan vahim olayların tekrarının engellenmesi ve soruşturmanın sağlıklı bir biçimde yürütülebilmesi şeklinde dile getirilmiştir. Yani, meşrulaştırıcı sebepler doktrinde ve kanunkoyucu tarafından benzer olarak kabul edilmektedir. İncelediğimiz hukuk sistemleri içinde de Jakobs’un yaklaşımının kendisini gösterdiği örnekler bulunmaktadır.

Fransız Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 63-4-2 maddesine göre, zorlayıcı sebepler varsa, soruşturma özel olarak gerektiriyorsa ve soruşturmanın selameti için uygun bir tedbir olacaksa gözaltında avukatla görüşmenin oniki saate kadar sınırlanması mümkündür. Bu süre, beş yıldan fazla hapis cezası öngören suçların şüphelileri için yirmidört saate kadar uzatılabilmektedir. Bu kapsama da çoğu zaman terör suçları girmektedir. Bu nedenle terör suçlarının şüphelilerinin yaratabileceği tehlikenin avukatla

¹⁶⁰ Yalçın Şahinkaya (2008), *op. cit.*, s. 150.

¹⁶¹ Hamide Zafer (2013). « Savunma Hakkı ve Sınırları », *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, Cilt: 19, Sayı: 2, pp. 507-540, s. 509.

¹⁶² Günther Jakobs (2008), *loc. cit.*, s. 150.

¹⁶³ Fransa, Assemblée nationale, *Rapport fait au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l’administration générale de la République sur le projet de loi n° 2855 relatif à la garde à vue par M. Philippe Gosselin*, n° 3040, 15 Aralık 2010 (Çevrimiçi) <<http://www.assemblee-nationale.fr/13/rapports/r3040.asp>> 09.10.2018.

görüşmesinin kısıtlanarak bertaraf edilmesi, diğer suçlara göre daha gerekli olarak görülmektedir.

Türk hukukunda da 2014 yılı öncesinde TMK'nın 10. maddesine göre avukatla görüşmenin yirmidört saate kadar kısıtlanması mümkündür. Fakat 6526 sayılı Kanunla bu hüküm kaldırılarak avukatla görüşme konusunda bir sınır öngörülmemeye başlanmıştır. Sonrasında, 668 sayılı KHK ile ilk olarak 5 güne varan bir kısıtlamaya imkân tanınmıştır. Bunu müteakiben 676 sayılı KHK, CMK'nın 154. maddesine bir fıkra ekleyerek bu süreyi 24 saate indirmiştir. Şu anda kanunlaşan KHK ile 24 saatlik sınırlanabilme imkânı uygulanmaktadır. AİHM, özgürlüğün kısıtlandığı ilk saatlerden itibaren ve hatta polis tarafından alınan ifadeler esnasında dahi avukata erişimin sağlanması gerektiğine dair kararlar vermiştir¹⁶⁴. Bu yaklaşım karşısında Fransız hukukundaki 24 saat kısıtlanma imkânı eleştiri konusu yapılmıştır¹⁶⁵. Fakat bazı durumlarda AİHM dahi avukata erişim hakkının zorlayıcı sebep var ise ve yargılamanın genel olarak adil olmasına tehlike düşürmüyorsa kısıtlanabileceğini kabul etmektedir¹⁶⁶. Bu nedenle ve somut olaya göre inceleme yapılması söz konusu olduğundan Fransız ve Türk hukuklarında Jakobs'un Düşman Ceza Hukuku teorisi içerisinde ele aldığı gibi avukata erişim hakkının kısıtlanması, doğrudan AİHM yaklaşımına aykırıdır demek mümkün değildir. Yani totaliter yaklaşımlar öngören Düşman Ceza Hukuku her zaman pozitif insan hakları hukukuna aykırı

¹⁶⁴ Özgürlüğün kısıtlandığı ilk anlardan itibaren avukata erişimin sağlanması gerektiğine ilişkin cf. Dayanan Türkiye'ye Karşı, AİHM, n° 7377/03, 13.10.2009 ; 32 Bu durumda alınan ifadelerin mahkemelerde delil olarak kullanılması durumunda mahkemelerin delillerin hangi koşullarda elde edildiğine ilişkin inceleme yapmamış olmasını ihlale yeterli gören kararlar için cf. İzzet Çelik Türkiye'ye Karşı, AİHM, n° 15185/05, 23 Ocak 2018, §38 ; Bayram Koç Türkiye'ye Karşı, AİHM, n° 38907/09, 5 Temmuz 2017 §23 ; Desde Türkiye'ye Karşı, AİHM, n° 23909/03, 01.02.2011 §132 ; Ömer Güner Türkiye'ye Karşı, AİHM, n° 28338/07, 4 Eylül 2018 ; Avukata erişimin kırksekiz saat yasaklanmasını bu süre içinde savunma haklarının geri dönülemez bir şekilde zarar alması ihtimalini artırdığı için ihlale sebep olduğu karar için cf. Magee İngiltere'ye Karşı, AİHM, n° 28135/95, 6 Haziran 2000, §43-45 ; Tutukluluk durumunda avukata özel bir ihtiyaç duyulduğuna ilişkin cf. Benham İngiltere'ye Karşı, AİHM [GC], n° 19380/92, 10 Haziran 1996, §61

¹⁶⁵ Julie Alix (2011). « Les droits de la défense au cours de l'enquête de police après la réforme de la garde à vue : état des lieux et perspectives », *Recueil Dalloz*, 2011. 1699.

¹⁶⁶ Salduz Türkiye'ye Karşı, AİHM [GC], n° 36391/02, 27 Kasım 2008, §55 ; John Murray İngiltere'ye Karşı, AİHM [GC], n° 18731/91, 8 Şubat 1996, §63-70 ; İbrahim ve Diğerleri İngiltere'ye Karşı, AİHM, n°s 50541/08 et al., 13 Eylül 2016, §257-265 ; Örneğin avukata ilk yirmidört saat erişim sağlanmaması dolayısıyla susma hakkını kullanabileceğine dair bilgilendirilmeyen başvuran hakkında verilen ihlal kararı için cf. Brusco Fransa'ya Karşı, AİHM, n° 16-466/07, 14 Ekim 2010, §54

hükümler içermemektedir. Bu durum da ya insan hakları yaklaşımının da güvenlik gibi gerekçelerle kendi içerisinde kısıtlanma alanı daha geniş bir rejim yaratmış olması anlamına gelmektedir ya da insan hakları anlayışının da anti-liberal yaklaşımlara evrilmesine sebep olmaktadır. Bu bağlamda, yargılamada eğer Jakobs'un tanımladığı ikinci bir hukuk rejimi varsa, insan haklarını koruma mekanizmalarında da düşmanlar için farklı bir hukuk rejimi öngörülmesi kaçınılmaz olabilecektir. Belki de bu teori kendini doğrularsa tartışılacak konu, birinci kuşak düşman haklarının kapsamının ne olacağı gibi bir başka soruna evrilecektir.

Bunlar dışında kanımızca dosyaya erişime¹⁶⁷, tanıkları sorgulamaya¹⁶⁸, ceza ve tutuklevlerinin koşullarına¹⁶⁹ terör suçlarından yargılananlar için getirilen sınırlamalar ve değişiklikler da teoride tanımlanan Düşman Ceza Hukuku algısına uygun düşmektedir. Fakat Jakobs'un teorisinde belirttiği

¹⁶⁷ Örneğin *cf.* Olağanüstü Hal Kapsamında Alınması Gereken Tedbirler ile Bazı Kurum ve Kuruluşlara Dair Düzenleme Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, Karar Sayısı: 668, Karar Tarihi: 25.07.2016, *Resmî Gazete* n° 29783, 27 Temmuz 2016 ; Bu hüküm hakkında yorumlar için *cf.* Avrupa Konseyi, *Le fonctionnement des institutions démocratiques en Turquie*, Rapport de la Commission pour le respect des obligations et engagements des États membres du Conseil de l'Europe, Project de résolution adopté le 8 mars 2017 par la commission, §15.

¹⁶⁸ Terör suçlarının yargılanmasında istihbari bilgi gerekliliği olduğu sürece istihbarat çalışanları da yargılamaya tanık olarak müdahil olabilmektedirler. Bunun sonucunda adil yargılanma açısından yaşanabilecek sorunlar açısından İngiltere ve Galler bakımından yapılan analiz için *cf.* Jill E.B. Coster van Voorhout (2006). "Intelligence as legal evidence; Comparative criminal research into the viability of the proposed Dutch scheme of shielded intelligence witnesses in England and Wales and legislative compliance with Article 6 (3) (d) ECHR", *Utrecht Law Review*, Volume 2, Issue 2, December 2006, ss. 119-144 ; Benzer yönde yorumlanmaya değer olarak *cf.* Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanun, Kanun n°: 7078, Kabul Tarihi: 01.02.2018, *Resmî Gazete* n° 30354 (Mükerrer), Tarih: 08.03.2018.

¹⁶⁹ Örneğin Fransa'da son dönemde terör suçlarından yargılanan radikal kimseler için özel bölümler yapılarak bu kişilerin özel eğitim almak gibi birtakım farklı muamelelere tabi tutulacağı tartışmalarına ilişkin *cf.* Le Monde (25.10.2016) (Çevrimiçi) <https://www.lemonde.fr/societe/article/2016/10/25/detenus-radicalises-le-ministre-de-la-justice-annonce-la-fin-des-cinq-unites-dediees_5019978_3224.html> 11.10.2018 ; Fransa, *Contrôleur général des lieux de privation de liberté, La prise en charge de la radicalisation islamiste en milieu carcéral*, 11 Haziran 2015 ; Türk hukuku için tartışmaya değer görülen hükümler için *cf.* Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun, Kanun n°: 5275, Kabul Tarihi: 13.12.2004, *Resmî Gazete* n° 25685, Tarih: 29.12.2004, Ek madde 1 ; Ceza ve İnfaz Kurumlarının Yönetimi ile Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Tüzük, Karar Sayısı: 2006/10218, Karar Tarihi: 20.03.2006, *Resmî Gazete* n° 26131, Tarih: 06.04.2006, madde 90(4).

ilkeler arasında doğrudan bu kısıtlamalara girmemesi dolayısıyla bu çalışma içerisinde yer verilmeyecektir.

SONUÇ

“Terörizm, demokrasi için bir tehdittir” cümlesini özellikle son zamanlarda oldukça sık duymaktayız. Bu deyiş, Mireille Delmas-Marty tarafından çok yönlü olması sebebiyle incelenmiştir. Yazar, cümlenin içerisinde birden fazla yargının olduğunu savunmaktadır. Öncelikle, “terörizm demokrasiyi yok etmek ister” kanısına varılmakta, sonrasında ise “iyi olan demokrasi karşısında terörizm kötüdür” algısı oluşturulmaktadır¹⁷⁰. Yazarın vurgulamak istediği nokta, devletlerin politikalarını bu cümlenin yarattığı algı üzerinden şekillendirdiğidir.

Bugün, terörle mücadelede ceza hukukunun müdahalesi çoğu zaman devlete ve anayasal düzene karşı suçların soruşturulup cezalandırılması şeklinde gerçekleşiyorsa belki de burada bugün devlete ve anayasal düzene atfedilen rol daha çok önem kazanmaktadır. Carl Schmitt, demokrasiyi esnek yorumlanmaya ve otoriter eğilimlerle uygulanmaya müsait bir rejim olarak yorumlamaktadır¹⁷¹. Peki ya liberal açıdan bakıldığında bugünkü “demokratik” devletin demokratik niteliği “iyi” değilse? O zaman demokrasiyi korumak amacıyla girdiğimiz savaşın adil olduğundan bahsetmek mümkün olabilir midir? Bu bağlamda ne kadar haklılaştırmaya çalışırsak çalışalım, “*haksız bir savaşta yalnızca savaşa karar veren değil, bu karara boyun eğenler de sorumluluk taşır*”¹⁷². Bu nedenle terörle mücadele adı altında değiştirilen hukuki rejimlerin sorumluluğu yalnızca devletlere ve iktidarlara değil, bu değişikliğe boyun eğen herkese verilmelidir. Bu soruların sorulmasının nedeni, terörle mücadelenin haksız bir mücadele olduğu sonucuna ulaşmak değil, liberal yönden eleştirilebilecek Düşman Ceza Hukuku teorisinin aslında bugün içinde bulunduğumuz liberal sistemlerde uygulama alanı buluyor olmasını ve buna rağmen eleştirilmesini, kavramlar konusunda yaşadığımız kargaşaya dayandırma isteğimizdir. İnsan hakları ve hukuk devleti ilkesi üzerinde temellenmiş günümüz liberal demokratik rejimlerinde Jakobs’un bir düşman yaratması ve bu düşmanla ceza hukuku yoluyla savaşması elbette ki çok

¹⁷⁰ Mireille Delmas-Marty (2000). *Raisonner la raison d'état vers une Europe des droits de l'Homme*, Paris, Presses Universitaires de France, s. 29.

¹⁷¹ Bu yorum için cf. Carl Schmitt (2017). *Parlamenter Demokrasinin Krizi*, (Çev. Emre Zeybekoğlu), Ankara, Dost Kitabevi, s. 37-46.

¹⁷² Cemal Bali Akal (2010), *op. cit.*, s.77.

eleştiri çekecektir¹⁷³. Çünkü insan hakları, hukuk devleti ve demokrasi İkinci Dünya Savaşı'nın acı tecrübeleri sonrasında oturtulan ve günümüz devlet sistemlerinin temelinde yatan normlardır. Bunun karşısında, Jakobs'un da teorisini İkinci Dünya Savaşı sonrasında uluslararası ceza hukukunun işleyişine dayandırdığı argümanları bulunmaktadır. Yazar, uluslararası ceza mahkemelerinin, insan haklarını ihlal edenlere karşı her şeyi yapmanın mübah olduğu bir anlayışla işlediğini ve var olan düzeni koruyarak doğruluğu kabul edilen normu gerekçelendirme görevi taşıdıklarını savunmaktadır¹⁷⁴. Buradan hareketle, bu normlara atfedilen değerler sonucu, bugünkü anlamıyla liberal demokrasilerin terörle mücadelede yetersiz kaldığının kabul edildiği, bu nedenle de rejim içerisinde rejim oluşturulması çabalarının verildiği sonucuna ulaşmak mümkündür. Belki de artık insan haklarından, hukuk devletinden, demokrasiden anladığımız, bundan altmış yıl öncekiyle aynı olmadığından dolayı Jakobs'un Düşman Ceza Hukukunu eleştirmekte fakat varlığını inkâr edememekteyiz. O nedenle bu çalışma içerisinde teoriye insan hakları doktrininden bir eleştiri getirilmemiştir. Fakat eleştiri getirilebilecek ve daha da tehlikeli olabilecek nokta, insan haklarını koruma mekanizmalarının da kendi hukuki rejimleri içerisinde terörle mücadele amacıyla ikinci bir rejim yaratma riskidir. Bu durumda adı "insan hakları" olan bir doktrin üzerinden, içerisinde insan ve düşman haklarını ayrı ölçütlere tabi tutan koruma sistemleri oluşturulabilecektir. İşte o zaman tehlikeli olacak olan, yaşadığımız bu evrimin farkına varmadan hala geleneksel liberal argümanlarla otoriter eğilimlere yapacağımız eleştirilerdir. Hele ki uluslararası olarak adlandırılan teröre karşı savaşı, tanımını üzerinde uluslararası toplumun uzlaşısı bulunmayan bir kavram üzerinden¹⁷⁵ heterojen toplumlarda yürütmek, bu savaşın evrensellik olgusunu tamamen yok edecek, toplum içerisinde çok daha net bölünmelere yol açabilecek niteliktedir.

Uygulamaya geldiğimizde ise terörle mücadelenin özel bir yaklaşım gerektirdiği artık tartışmasız bir şekilde birçok devletin ve uluslararası toplumun politikasında yer almaktadır. Bu nedenle Jakobs'un kimi zaman vatandaşların güvenlik tedbirlerine tabi tutulması ihtimalini azalttığı gerekçesiyle savunduğu teorisi, var olanı yansıttığı için o kadar da tepki

¹⁷³ Örneğin cf. Francisco Muñoz Conde (2009), *loc. cit.* ; Ya da insan hakları ile terörizm çatışmasını kabul ederek insan haklarının asla terörizme feda edilmemesi gerektiği konusunda cf. Iain Cameron (2000), *op. cit.*

¹⁷⁴ Günther Jakobs (2008), *loc. cit.*, s. 505.

¹⁷⁵ Cf. Ben Saul (2006). *Defining Terrorism in International Law*, Oxford University Press.
YUHFD Vol. XVI No.2 (2019)

çekmemelidir. Hatta Fransız hukukunu inceleyen yazarlar, Düşman Ceza Hukukunun 1990'lı yıllardan beri kabul edilen kanunlarla hayata geçirildiğinin tartışmasız olduğunu savunmaktadırlar¹⁷⁶. Ülkemizde ise 1971 yılından itibaren yaşanan hukuki gelişmeler dünya ile benzer seyirde ilerlemektedir. 1961 Anayasasının özgürlük ortamında “devlet düzenine karşı gelenler ile etkin bir şekilde mücadele edebilmenin yolu yalnızca sıkıyönetimin ilan edilmesi olmamalıdır” ve “hukuk içinde de bir olağanüstü rejim öngörülmelidir” mantıklarıyla yapılan 1971 değişikliklerinden beri artan terör tehdidi ile mücadele için otoriter yaklaşımların benimsenmesi anormal karşılanmamalıdır. Bu iki ülkenin terörle etkin mücadele amacıyla benzer yöntemlerle ceza hukuku rejimlerinde değişiklik yapıyor olması ve bu değişikliklerin Jakobs'un teorisiyle benzer doğrultuda olması, yazarın belli noktalarda belli açılardan haklı olmasa da var olan bir savaşı tanımladığını göstermektedir. Çünkü “*savaş kazanılmak için yapılır, adil olduğu için değil*”¹⁷⁷. Elbette ki bugünkü hukuk sistemlerinde Düşman Ceza Hukuku uygulanmaktadır demek onu desteklemek anlamına gelmemelidir. Fakat yaşanan ile değişim ve devinim içerisinde olanın farkında olmak, geleceği şekillendirme noktasında bize yardım edecektir. Keza bir tarafta liberalizmin, diğer tarafta totalitarizmin olduğu bir skalada ceza siyasetinin zikzaklar halinde ilerlemesi, ceza hukuku sistemlerinin kalbinin attığı anlamına gelir.

KAYNAKÇA

- Andreas Eicker (2008). “Ceza Hukukunun Prosedürleştirilmesi Işığında Terörle Mücadele Kanunu Yapma”, (Çev. Ali Kemal Yıldız), *in Terör ve Düşman Ceza Hukuku*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, ss. 677-691.
- Andrew W. Neal (2008). “Goodbye War on Terror ? Foucault and Butler on Discourses of Law, War and Exceptionalism”, *in Michael Dillon & Andrew W. Neal (eds.) (2008). Foucault on Politics, Security and War*, Palgrave Macmillan, ss. 43-64.
- Bahri Öztürk, Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Özge Sırma Gezer, Yasemin F. Saygılar Kırıt, Özdem Özyayın, Esra Alan Akcan, Efser Erden Tütüncü (2010). *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku Ders Kitabı*, İstanbul, Seçkin Yayınları.

¹⁷⁶ Cf. Olivier Cahn (2016), *loc. cit.*

¹⁷⁷ Michel Foucault – Noam Chomsky (1971). “İnsan Doğası İktidara Karşı Adalet”, (Çevrimiçi), <https://www.youtube.com/watch?v=_GHTXsER1zE&t=2303s>, 11.09.2018. *YÜHFD Cilt: XVI Sayı:2 (2019)*

- Ben Saul (2006). *Defining Terrorism in International Law*, Oxford University Press.
- Carl Schmitt (2017). *Parlamentar Demokrasinin Krizi*, (Çev. Emre Zeybekoğlu), Ankara, Dost Kitabevi
- Carl Schmitt (2014). *Siyasal Kavramı*, (Çev. Ece Göztepe), İstanbul, Metis Yayınları, 3. Baskı, s. 136.
- Carl Schmitt (2016). *Siyasi İlahiyat ; Egemenlik Kuramı Üzerine Dört Bölüm*, (Çev. Emre Zeybekoğlu), Dost Kitabevi, 5. Baskı.
- Cemal Bali Akal (2010). *Modern Düşüncenin Doğuşu – İspanyol Altın Çağı*, Ankara, Dost Kitabevi.
- Dadaşhan Celalettin Kavas (2017). *Dünya Finans Sistemi ile Türkiye’de Cumhuriyet Dönemi Hukuk Politikaları İlişkisi*, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Danışman: Prof. Dr. Ali Şafak Balı.
- Dominique Lagorgette (2013). « Diaboliser autrui: étude linguistique des représentations langagières de l’ennemi, du Moyen Âge au journal de 20 heures », *Jurisprudence revue critique - Droit pénal et politique de l’ennemi*, ss. 17-32.
- Dominique Linhardt & Cédric Moreau de Bellaing (2013). « La doctrine du ‘droit pénal de l’ennemi’ – Linéaments d’une approche sociologique », *Jurisprudence revue critique, Droit pénal et politique de l’ennemi*, ss. 35-50.
- Erdener Yurtcan (2005). *Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu ve Yorumu*, İstanbul, Vedat Kitapçılık.
- Félix Gaffiot (1934). *Dictionnaire Latin Français*, Paris, Hachette.
- Fr. L. K. Weigand Erster Band (1909). *Deutsches Wörterbuch*, A bis K, Verlag von Alfred Töpelmann Gießen, p. 515 (Çevrimiçi) <<https://archive.org/stream/deutscheswrter01weiguoft#page/258/search/eind>> 27.09.2018.
- Francisco Muñoz Conde (2009). « Le droit pénal international est-il un ‘droit pénal de l’ennemi’? », *Daloz*, RSC 2009. 19.
- Frédéric Rolin (2017). « La future loi sur ‘la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme’ est-elle si menaçante pour nos libertés? », *Le Billet Dalloz*.
- Geneviève Giudicelli-Delage, « Droit pénal de la dangerosité – Droit pénal de l’ennemi », *Daloz*, RSC 2010. 69.
- Günther Jakobs (2008). “Yurttaş Ceza Hukuku ve Düşman Ceza Hukuku”, (Çev. M. Cemil Ozansü) in Yener Ünver (2008). *Terör ve Düşman Ceza Hukuku*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, ss. 489-505.

- Günther Jakobs (2009). « Aux limites de l'orientation par le droit : le droit pénal de l'ennemi », *Dalloz*, RSC 2009. 7.
- Hakan Kızıllarlan (2004). “Türkiye’de Terör ve Örgütlü Suçla Mücadele Uygulaması ve ‘Türkiye Terör ve Örgütlü Suç Cumhuriyet Başsavcılığı’nın Kurulması Zorunluluğu”, *Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı*, pp. 567-584.
- Hamide Zafer (2013). « Savunma Hakkı ve Sınırları », *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, Cilt: 19, Sayı: 2, pp. 507-540, s. 509.
- Hamide Zafer (2015). “Türk Ceza Adalet Sisteminde Savcılığın Hukuki Statüsü”, in Nur Centel (ed.) (2015). *Ceza Muhakemesi Hukukunda Güncel Konular*, Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırma Konferansları Serisi – 1, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, ss. 1-26.
- Hasan Tahsin Fendioğlu (1992). “Türk Anayasa Hukukunda Olağanüstü Hal Kavramı ve Bu Konuda İleri Sürülen Teoriler”, *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Diyarbakır, Sayı 5, ss. 179-203.
- Henning Rosenau (2008). “Jakobs’un Düşman Ceza Hukuku Kavramı – Hukukun Düşmanı”, (Çev. Erhan Temel), *AÜHFD*, ss. 391-402.
- Iain Cameron (2000). *National Security and the European Convention on Human Rights*, London, Kluwer Law International.
- Immanuel Kant (1991). *Vers la paix perpétuelle que signifie s’orienter dans la pensée? Qu’est-ce que les lumières? et autres texts*, (Çev. Jean-François Poirier & Françoise Proust), GF Flammarion.
- Immanuel Wallerstein (2003). “Ötekiler: Biz Kimiz? Ötekiler Kim?”, in *Amerikan Gücünün Gerileyişi – Kaotik Bir Dünyada ABD*, (Çev. Tuncay Birkan), İstanbul, Metis Yayınları, ss. 113-134.
- Jacob Grimm, Wilhelm Grimm (1854). *Deutsches Wörterbuch*, Leipzig Verlag von S. Hibzel, « feind » bis feindeshaufe (Bd. 3, Sp. 1457 bis 1460), (Çevrimiçi) <http://woerterbuchnetz.de/cgi-bin/WBNetz/wbgui_py?sigle=DWB&mode=Vernetzung&lemid=GF02122#XGF02122> 27.09.2018.
- Jan-Werner Müller (2003). *A Dangerous Mind; Carl Schmitt in Post-War European Thought*, New Haven and London, Yale University Press.
- Jean Jacques Rousseau (1930). *Du Contrat Social*, Paris, Les Éditions Rieder.
- Jean-François Dreuille (2012). « Le droit pénal de l'ennemi: éléments pour une discussion », *Jurisprudence revue critique*, Université de Savoie, ss. 149-164.

- Jill E.B. Coster van Voorhout (2006). "Intelligence as legal evidence; Comparative criminal research into the viability of the proposed Dutch scheme of shielded intelligence witnesses in England and Wales and legislative compliance with Article 6 (3) (d) ECHR", *Utrecht Law Review*, Volume 2, Issue 2, December 2006, ss. 119-144.
- Johann Chapoutot (2013). « Droit pénal et éradication de l'ennemi: le cas du IIIe Reich », *Jurisprudence revue critique, Droit pénal et politique de l'ennemi*, ss. 53-58.
- Johann Gottlieb Fichte (1984). *Fondement du droit naturel selon les principes de la doctrine de la science*, (Çev. Alain Renaut), Presses Universitaires de France.
- Judith Butler (2004). *Precarious Life; The Powers of Mourning and Violence*, London, New York, Verso.
- Julie Alix & Olivier Cahn (2017). « Mutation de l'antiterrorisme et émergence d'un droit répressif de la sécurité nationale », *Dalloz*, RSC 2017. 845.
- Julie Alix (2011). « Les droits de la défense au cours de l'enquête de police après la réforme de la garde à vue : état des lieux et perspectives », *Recueil Dalloz*, 2011. 1699.
- Kai Ambos (2017). "Düşman Ceza Hukuku", (Çev. Serkan Oğuz), *Küresel Bakış*, Yıl: 7, Sayı: 22, ss. 77-107.
- Karl R. Popper (1966). *The Open Society and its Enemies (Volume I-II)*, Princeton University Press, Fifth Edition.
- Köksal Bayraktar (2005). "Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Yer Alan Koruma Tedbirlerine Genel Bir Bakış", *Legal Hukuk Dergisi*, Ağustos 2005, Yıl : 3, Sayı : 32, ss. 2863-2869.
- Laurence Blisson (2017). « Risques et perils de l'association de malfaiteurs terroriste », *Délibérée*, 2017/2, pp. 16-20.
- Laurent Bonelli (2008). « Les caractéristiques de l'antiterrorisme français: 'Parer les coups plutôt que panser les plaies' », in Didier Bigo, Laurent Bonelli & Thomas Deltombe (eds.) (2008). *Au nom du 11 septembre... Les démocraties à l'épreuve de l'antiterrorisme*, Paris, Éditions La Découverte, ss. 168-187.
- Marieke de Goede (2008). "The Politics of Preemption and the War on Terror in Europe", *European Journal of International Relations*, 14(1), ss. 161-185.
- Massimo Donnini (2009). « Les droits fondamentaux et la juridiction pénale comme garantie contre ou comme justification pour l'usage du droit comme arme ? », *Dalloz*, RSC 2009. 31.

- Maxence Chambon (2017). « Une redéfinition de la police administrative », *in* Julie Alix & Olivier Cahn (dirs.) (2017). *L'Hypothèse de la guerre contre le terrorisme ; Implications juridiques*, Paris, Dalloz, ss. 133-149.
- Mehmet Tevfik Gülsoy (2009). *Özgürlüklerin Korunmasında Anayasa Yargısının Yeri ve Meşruluğu*, Ankara, Yetkin Yayınları.
- Michel Foucault (2017). *Hapishanenin Doğuşu – Gözetim Altında Tutmak ve Cezalandırmak*, (Çev. Mehmet Ali Kılıçbay), Ankara, İmge Kitabevi, 7. Baskı.
- Michèle Papa (2009). « Droit pénal de l'ennemi et de l'inhumain : un débat international », *Dalloz*, RSC 2009. 3.
- Mireille Delmas-Marty (2000). *Raisonnement la raison d'état vers une Europe des droits de l'Homme*, Paris, Presses Universitaires de France, s. 29.
- Mireille Delmas-Marty (2009). « Violence et massacres: entre droit pénal de l'ennemi et droit pénal de l'inhumain », *Dalloz*, RSC 2009. 59.
- Nathalie Le Bouëdec (2013). « Défendre la démocratie contre ses ennemis: légitimation et contestation des mesures pénales pour la protection de l'État sous la République de Weimar et dans la jeune République fédérale », *Jurisprudence revue critique, Droit pénal et politique de l'ennemi*, ss. 59-80.
- Nur Centel (2004). “Adil Yargılanma Hakkı ve Savcının Tarafsızlığı”, *Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı*, İstanbul, pp. 199-210.
- Oktay Uygun (2017). *Devlet Teorisi*, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 3. Baskı.
- Oktay Uygun (2017). *Hukuk Teorileri*, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık.
- Olivier Cahn (2013). « Droit pénal de l'ennemi – Pour prolonger la discussion... », *Jurisprudence revue critique, Droit pénal et politique de l'ennemi*, ss. 105-129.
- Olivier Cahn (2016). « Cet ennemi intérieur, nous devons le combattre - Le dispositif antiterroriste français, une manifestation du droit pénal de l'ennemi », *Archives de Politique Criminelle*, n° 38, Terrorismes, Paris, Éditions A. Pedone, ss. 91-121.
- Öztekin Tosun (1981). *Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri*, Cilt 1, Genel Kısım, İstanbul Üniversitesi Yayınları, Üçüncü Bası.
- Platon (2015). *Devlet*, (Çev. Sabahattin Eyüboğlu & M. Ali Cimcoz), İstanbul, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 18. Basım.
- Rafaëlle Maison (2016). « Le nom de l'ennemi: quand les logiques de guerre transforment le droit commun », *Les Temps Modernes*, 2016/3, n° 689, pp. 20-35.

- Reinhard Mehring (2017). « Carl Schmitt's Friend-Enemy Distinction Today », *Filozofija i drustvo*, Volume 28, Issue 2, ss. 304-317.
- Ronald D. Crelinsten, İffet Özkut (2001). "Counter-Terrorism Policy in Fortress Europe – Implications for Human Rights" in Fernando Reinares (ed.) (2001). *European Democracies against Terrorism; Governmental policies and intergovernmental cooperation*, Ashgate, Dartmouth, ss. 245-272.
- Salih Akkanat (2014). "Güvenlik Siyasetini Aşmak : İstisna ve Hukuk İlişkisi Üzerine Bir Tartışma", *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, Cilt 69, n° : 2, ss. 279-307.
- Stephanie Hennette Vauchez (2017). « Serge Slama. Harry Potter au Palais Royal ? La lutte contre le terrorisme comme cape d'invisibilité de l'état d'urgence et la transformation de l'office du juge administratif » *Les Cahiers de la justice, Dalloz*, ss.281-295
- Terence K. Hopkins & Immanuel Wallerstein (1999). *Geçiş Çağı - Dünya Sisteminin Yörüngesi (1945-2025)*, İstanbul, Avesta Yayınları.
- Thomas Hobbes (2013). *Leviathan veya Bir Din ve Dünya Devletinin İçeriği, Biçimi ve Kudreti*, (Çev. Semih Lim), Yapı Kredi Yayınları, 12. Baskı.
- Umberto Eco (2014). "Düşmanı İnşa Etmek", in *Düşman Yaratmak ve Rastgele Yazılar*, (Çev. Leyla Tonguç Basmacı), Doğan Kitap, 3. Baskı.
- Vanessa Codaccioni (2017). « Dans l'ombre de la Cour de sûreté de l'État », *Délibérée*, 2017/2, ss. 36-40.
- Veli Özer Özbek (2015). « Türk Hukukunda İletişimin Adli/İdari Amaçla Denetlenmesi ve Uygulamadaki Sorunlar », in Nur Centel (ed.) (2015). *Ceza Muhakemesi Hukukunda Güncel Konular*, Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırma Konferansları Serisi – 1, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, ss. 147-225.
- Victor V. Ramraj (2005). "Terrorism, Risk Perception and Judicial Review", in Victor V. Ramraj, Michael Hor & Kent Roach (eds.) (2005). *Global Anti-Terrorism Law and Policy*, Cambridge University Press, ss. 107-128.
- Vivienne Jabri (2008). « La torture, une politique de guerre », in Didier Bigo, Laurent Bonelli & Thomas Deltombe (eds.) (2008). *Au nom du 11 septembre... Les démocraties à l'épreuve de l'antiterrorisme*, Paris, Éditions La Découverte, ss. 63-75.
- William Bourdan (2008). « Le camps de détention illégaux: le cas Guantanamo », in Didier Bigo, Laurent Bonelli & Thomas Deltombe

- (eds.) (2008). *Au nom du 11 septembre... Les démocraties à l'épreuve de l'antiterrorisme*, Paris, Éditions La Decouverte, ss. 76-89 .
- Yalçın Şahinkaya (2008). *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında ve Türk Hukukunda Suçsuzluk Karinesi*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, Birinci Baskı.
- Yener Ünver (2013). "Türkiye'de Ceza Hukukunda Avrupa Hukukuna Uyum Çalışmaları Bağlamında Üçüncü Yargı Paketinin Genel Değerlendirilmesi", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan*, Cilt: 19, Sayı: 2, ss. 407-428.
- Z. Özen İnci (2017). *Bir Koruma Tedbiri Olarak Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 4. Baskı, s. 159-160.

DÜŞMAN CEZA HUKUKU VE UYGULAMALARI

(ENEMY CRIMINAL LAW AND ITS PRACTICES)

Nuran Haydar * **

ÖZ

Yirmi birinci yüzyılın risk toplumunda güvenlik yükselen bir değer olarak karşımıza çıkmaktadır. Ancak güvenlik konusundaki hassasiyetin kimi zaman insan hak ve özgürlükleri ve ceza muhakemesi alanındaki güvencelerin aleyhine işlediği gözlemlenmektedir. Bu çalışmada, ünlü Alman ceza hukukçusu Günther Jakobs tarafından ortaya atılan ve geliştirilen düşman ceza hukuku kavramı ele alınmıştır. Düşman ceza hukuku, başta terör olmak üzere toplumsal güvenliği tehdit eden ağır suçları işleyen bireylerin vatandaş ve hatta kişi statüsünde görülmeyip, hukuk dışı birer düşman olma sıfatıyla, kusurluluk yerine tehlikelilik halleri üzerinden değerlendirme yapılarak yargılanmasını ifade eder. İşbu çalışmanın birinci bölümünde düşman ceza hukuku konsepti gelişim süreciyle birlikte ortaya konmuştur. İkinci bölümde ulusal ve uluslararası hukuk sistemlerinde düşman ceza hukuku uygulamalarının nasıl tezahür ettiği gösterilmiştir. Üçüncü ve son bölümde ise, düşman ceza hukukuna yönelik eleştiriler gruplandırılarak tespit edilmiştir.

Anahtar kelimeler: Düşman Ceza Hukuku, Yurttaş Ceza Hukuku, Günther Jakobs, Güvenlik, Tehlikelilik, Cezalandırılabilirliğin Öne Alınması, Terör Suçları, Güvenlik Tedbirleri.

ABSTRACT

In the risk society of the twenty-first century, security has become a rising value. Yet sometimes the sensitivity about the subject of security works against the human rights and liberties and procedural safeguards in the field of criminal law. This paper deals with the enemy criminal law suggested and developed by the famous German criminal lawyer Günther

Eserin Dergimize geliş tarihi: 05.07.2019. İlk hakem raporu tarihi: 21.08.2019. İkinci hakem raporu tarihi: 21.08.2019. Onaylanma Tarihi: 22.08.2019.

* İstanbul Gedik Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi.

** Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0003-4453-9393. Yazarın bu makalesi Yeditepe Üniversitesi Bedrettin Dalan Makale Yarışması'nda ikincilik derecesi almıştır.

Eser Atf Şekli: Nuran Haydar, "Düşman Ceza Hukuku Ve Uygulamaları", YÜHFD, C.XVI, 2019/2, s.279-318.

Jakobs. Enemy criminal law means judging the perpetrators of grave crimes notably terror, which are threatening the societal security, as being unlawful enemies and not as citizens or even persons, by evaluating their dangerousness instead of their culpability. In the first part of this paper, the concept of enemy criminal law is revealed with its development process. In the second part, it is shown, how the practices of enemy criminal law appear in the national and international legal systems. In the third and also the last part, the criticism raised against the enemy criminal law are ascertained in groups.

Keywords: *Enemy Criminal Law, Citizen Criminal Law, Günther Jakobs, Security, Dangerousness, The Expansion of Penalizing to the Preparation Phase, Terror Crimes, Security Measures.*

GİRİŞ

İnsanların henüz suç işlememiş olmaları onların masum oldukları anlamına mı gelir? Oysa bir şeyin gerçekleşmesini önlemek, o şeyin gerçekleşecek olduğu hakikatini değiştirmemektedir.¹ Dolayısıyla henüz suç işlememiş olan kişiler de, işlemlerini önlemek için, cezalandırılabilir mi?

Yönetmen Steven Spielberg tarafından Philip Dick' in öyküsünden sinemaya uyarlanan Azınlık Raporu adlı film, 2054 yılında Adalet Bakanlığı tarafından oluşturulan 'suç öncesi birimi' konu alır. Olayların Washington DC'de geçtiği kurguda, işlenecek cinayetleri çeşitli psişik ve teknolojik yöntemlerle belirleyen ve 'müstakbel' failleri yakalayıp cezalandıran birimin tek açık noktası, geleceği gören kahinlerin her seferinde oybirliği ile karar vermeyip bazen 'azınlık raporu'² kaydı tutmalarıdır. Filmin son sahnesinde ortaya çıkar ki, gelecek bazen de öngörülemezdir.

Devletin görevinin kamu güvenliğini sağlamak ve bunun için önlemler almak olduğu düşünüldüğünde suç daha kuluçka aşamasındayken dahi onu saf dışı bırakmaya çalışması şartıtcı değildir.³ Ancak mesele, bu görevi yerine getirirken ceza hukuku enstrümanlarından yararlanıp yararlanılmadığı ya da bunun ne ölçüde olması gerektiği noktasında yoğunlaşmaktadır. İdari kolluk da denilen önleyici kolluk, henüz ceza

¹ *Minority Report* filminden, Steven Spielberg, ABD, Eylül 2002.

² Tabirin hukuk terminolojisindeki karşılığı muhalefet şerhi/karşı oy yazısıdır. Bkz., Hakan Yavuz, "Yeni Bir Kolluk Tedbiri Olarak Önleyici Gözaltı: İç Güvenlik Paketi Kapsamında Düzenlenen Koruma Altına Alma ve Uzaklaştırma Tedbirleri Üzerine Bir İnceleme", **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, S: 27, Yıl: 7, Temmuz 2016, s. 611.

³ Jean Baudrillard, "Sanal Evren ve Haber Dünyası", Çev. Oğuz Adanır, **İzinsiz Gösteri**, Sayı 7, 2004, <http://www.izinsizgosteri.net/new/?page=1&content=27>, E.T.: 09.10.2018.

muhakemesi aşamasına geçmemiş, yani savcılığa intikal etmemiş suç öncesi alanda görev yapmaktadır.⁴

Klasik ceza hukukunda soruşturma başlangıç şüphesiyle başlar ve kovuşturma aşamasında sanığın suçu işlediğine dair şüphenin yenilerek kendisine ceza verilmesiyle son bulur. Ancak kişinin işlemeye niyet ettiği suçun sonuçları toplum bakımından çok ağırsa, cezalandırmak için suçun işlenmiş olması beklenmeli midir?⁵

Söz konusu sorunsala Günther Jakobs, düşman ceza hukuku teziyle yanıt verir görünmektedir. Ona göre, topluma ve içinde yaşadığı hukuka topyekun zarar veren ya da vermeye niyet eden kişiler, artık hukukun içinde görülmemeli, hukuk devleti güvencelerinden yararlandırılmamalıdır.⁶ Kamu güvenliğinin sağlanması uğruna ceza hukukunun genişlemesini ve sertleşmesini öngören, failin tehlikeliliği üzerinden yorum yapan bu bakış açısı, ‘düşmanları’ tecrit ederek toplumu onlardan korumaya odaklanır.⁷ Bu çalışmada düşman ceza hukuku kavramsal temelleri (1), global risk toplumunun düşman ceza hukukuna olan eğilimi (2) ve hukuk devleti prensibi başta olmak üzere pek çok açıdan teze yöneltile eleştiriler (3) ile birlikte ele alınmıştır.

1. DÜŞMAN CEZA HUKUKU KONSEPTİ

Ünlü Alman ceza hukukçusu Günther Jakobs tarafından gündeme getirilen Düşman Ceza Hukuku başta Almanya⁸ ve onu takiben Kıta Avrupası hukukları olmak üzere, Amerika⁹, Latin Amerika¹⁰ ve

⁴ Yavuz, **a.g.m.**, s. 620 vd.

⁵ Ahmet Davutoğlu, “Canlı bomba listesi elimizde ama eylem yapmadan tutuklayamayız”, 12.10.2015, <https://www.birgun.net/haber-detay/canli-bomba-listesi-elimizde-ama-eylem-yapmadan-tutuklayamayiz-92096.html>, E.T.: 09.10.2018.

⁶ Günther JAKOBS, “Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart” (Kommentar), in: Eser/Hassemer/ Burkhardt (Hrsg.), **Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende**. Rückbesinnung und Ausblick, 2000, 47 vd. (Bundan sonra: Jakobs 2000)

⁷ Günther JAKOBS, “Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht”, **Ritsumeikan Law Review**, No. 21, 2004, s. 94 vd. (Bundan sonra: Jakobs 2004)

⁸ Bu konudaki pek çok tartışma için bkz., Thomas Uwer (editör), “**Bitte bewahren Sie Ruhe**”. **Leben im Feindstrafrecht**, Vereinigung Berliner Strafverteidiger, Berlin, 2006.

⁹ George Fletcher, **Rethinking Criminal Law**, Oxford University Press, 2000, (The Universal Part (3.4)).

¹⁰ Alejandro APONTE, “Savaş ve Politika- Günlük Yaşamdaki Politik Aleyhtar Ceza Hukuku”, Çev. Emin KOÇ, **Terör ve Düşman Ceza Hukuku**, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi, C.:8, Proje Yön. Kayhan İçel, Ed. Yener Ünver, Seçkin, Ankara, 2008, s. 571-581.

İngiltere’de¹¹ de tartışılarak büyük yankı bulmuştur. Jakobs’ un düşman ceza hukukunu dikkatleri üzerine çekmeden incelediği ilk makalesi 1985¹² yılında yayınlanmasına rağmen, tartışmalar 11 Eylül 2001 sonrası ulusal ve uluslararası arenalarda yoğunluk kazanan terörle mücadele çalışmaları ile oldukça artmış ve 2006 yılında Frankfurt’ta tertiplenen 30. Ceza Avukatları Günü’nde¹³ doruk noktasına ulaşmıştır.

Ancak Jakobs’ un da kendi teorisinin kökenlerini aldığını iddia ettiği üzere¹⁴, hukuk felsefesinin temel metinlerinde de suçlular için kimi zaman düşman tabirine başvurulduğunu ve gerçekten de düşman ceza hukuku betimlemelerine benzer bir dışlama öngörüldüğünü tespit etmek mümkündür.

1.1. Düşman Kavramının Hukuk Felsefesindeki Görünümü

Rousseau, Toplum Sözleşmesi’nde, kötülük yapan her insanın, yurduna başkaldırmış ve hainlik etmiş olacağını, yasaları çiğnemek suretiyle toplumun üyesi olmaktan çıktığını ve hatta ona savaş açmış sayılacağını belirtir.¹⁵ Bu ihlaliyle topluma savaş açan bir düşman öldürülerek devletten koparılıp atılmalıdır. Bir diğer ifadeyle artık devletin ve bu kişinin korunması menfaatleri örtüşmediğinden, suçlu birey ‘bir yurttaş olarak değil, bir düşman olarak’ öldürülmelidir.¹⁶

Fichte, Bilim Öğretisinin İlkeleri Açısından Doğal Hukukun Temelleri’nde, ihmalen de olsa toplum sözleşmesini ihlal eden kişilerin vatandaş ve hatta bir insan olarak tüm haklarını yitireceğini, hukuk dışı kalacağını iddia eder.¹⁷ Ona göre her tür ihlal hukukun dışına itilmek, bir eşya ya da vahşi bir hayvan gibi muamele görmeyi hak etmeyi sonuçlar.

¹¹ Daniel OHANA, “Trust, Distrust and Reassurance: Diversion and Preventive Orders Through the Prism of Feindstrafrecht”, **The Modern Law Review**, 73(5), 2010, s. 721-751.

¹² Günther JAKOBS, “Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung”, **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft**, 97, 1985, s. 751-785. (Bundan sonra: Jakobs, ZStW 97 (1985))

¹³ Detaylı bilgi için bkz., <http://vnbs.de/index.php?id=39>, E.T.: 02.10.2018.

¹⁴ Jakobs 2004, s. 94 vd.

¹⁵ Jean-Jacques ROUSSEAU, **Toplum Sözleşmesi**, Çev. Vedat Günyol, Çan Yayınları, 1965, s. 50.

¹⁶ Ibid.

¹⁷ Johann Gottlieb FICHTE, **Foundations of Natural Right**, Çev. Michael Baur, Ed. Frederick Neuhouser, Cambridge University Press, 2000, s. 226.

Toplumdan ihraç edilen bu kişi devlet tarafından ancak hür bir kuş kadar korunur.¹⁸

Hobbes ise genel olarak suç işleyenlerin vatandaşlık statülerine dokunmaz. Suç, doğası gereği kaotik ortamlarda değil, bir düzen içerisinde meydana gelir.¹⁹ Her şeyin zıddıyla mevcut olması prensibi gereği suç düzenin içinde vardır ve bu durum suçluyu düşman addetmeyi engeller. Ancak, vatana ihanet suçu için durum farklıdır. Bu halde bireyin aleni isyanı bir tür savaş hali olarak nitelendirilir ve bu kişiler bir süje olarak değil, bir düşman olarak acı çekmelidirler.²⁰

Kant'a göre ise, her birey medeni bir anayasaya girmek için diğer insanları zorlayabilir. Ona göre, doğal durumda kanunlar olmadığına göre devamlı taciz edilme söz konusu olabilir. Bu takdirde, beni taciz eden kişiyi ya benimle ortak bir toplumsal kanuni statü altına girmeye zorlarım, ya da onu komşuluk alanımdan çıkmaya razı ederim.²¹ Özetle, devamlı surette tacizde bulunan ve toplumsal sözleşmeye girmemekte direnenlere, kişi olarak değil, dışlanılacak bir düşman olarak davranılmalıdır.

Kısaca toparlamak gerekirse denilebilir ki, her suçluyu şeytanlaştırıp dışlamayı salık veren Rousseau ve Fichte'nin anlayışlarında suçlu ve düşman kavramları arasında bir ayırım görülmemektedir. Zaten Jakobs da her hukuk sistemi içerisinde suçluların barınması gerektiğini ifade etmektedir. Ona göre bir suç işlemek kişiye vatandaşlık statusünü kaybettirmeyeceği gibi verdiği zararı tamir etmesinden doğan yükümlülüğü

¹⁸ Fichte' nin kullandığı ve Jakobs' un da kendi metnine dahil ettiği kavram olan *Vogelfrei*, özgür bir kuş gibi olmayı ifade eder. Bu, tabiatın ve vahşi doğanın insafına bırakılmış olmaya işaret eder. Zira kelimenin Orta Çağ'da ortaya çıkıp karşıladığı ilk durum, kilise tarafından toplum dışı edilen kimsenin artık hukukun hiçbir korumasından yararlanamayacağı halidir. Bu kişiyi yolda görüp dövüp öldürenler, mallarını gasp edenler cezalandırılmayacaktır. Tarihte 'vogelfrei' ilan edilen popüler örnek olarak Martin Luther verilebilir. (1521 Worms Meclisi tarafından). Kaynak: Günther JAKOBS, "Yurttaş Ceza Hukuku ve Düşman Ceza Hukuku", Çev. M. Cemil OZANSÜ, **Terör ve Düşman Ceza Hukuku**, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi, C.:8, Proje Yön. Kayhan İçel, Ed. Yener Ünver, Seçkin, Ankara, 2008, s. 492, dipnot 8 (çevirmen notu).

¹⁹ Thomas HOBBS, **Leviathan veya Bir Din ve Dünya Devletinin İçeriği, Biçimi ve Kudreti**, Çev. Semih Lim, YKY Yayınları, İstanbul 2005, s. 205 vd. Kısaca: Nizamsız bir doğa halinde kişi istediği kişiyi öldürebilir ve bu bir suç teşkil etmez.

²⁰ Ibid, s. 205-225.

²¹ Jakobs 2004, s. 96-97; Carlos Gómez-Jara DÍEZ, "Düşman Savaşçılar Versus Düşman Ceza Hukuku: Düşman Ceza Hukukuna İlişkin Avrupa Tartışmasına Giriş ve Onun Hukuk Dışı Düşman Yabancı Savaşçıların Hukuki Statüsü Hakkındaki Anglo-Amerikan Tartışması ile Olan İlişkisi", Çev. Serkan OĞUZ, **CHD**, Yıl 12, S. 34, Ağustos 2017, s. 193.

yerine getirebilmesi için kişi olarak varlığını sürdürmesine ihtiyacı vardır.²² Hobbes ve Kant'ta ise, vatana ihanet ve devamlı taciz halleri hariç olmak üzere suçlular düşman değildirler. Onlara göre ilkesel bir sapkınlık içerisinde bulunan ve bu sayede kişi olma statülerini kaybedenlere karşı düşman ceza hukuku uygulanmalıdır.²³

1.2. Jakobs' un Düşman Ceza Hukuku 'Betimlemesi'

Başlığı Düşman Ceza Hukuku 'teorisi' olarak seçmeyeşimizin ilk nedeni, Jakobs' un kendisinin bir hukuk politikası postulatı öne sürmediğini, bilakis güncel hukukun cezalandırma sürecini bu kapsamda gördüğünü ve tasvir ettiğini iddia etmesidir.²⁴ İkincisi ise onu değerlendiren ya da eleştiren hukukçularca bu kavramdan imtina edilerek 'konsept', 'iddia' ya da 'tez' gibi adlandırmalara başvurma eğilimidir.²⁵

1.2.1. Ortaya Çıkış: 1985

Jakobs, 1985 de yayınlanan ve düşman ceza hukukunu ilk kez andığı bu makalesinde, Alman Ceza Kanunu²⁶ (AlmCK) 30. maddesinde²⁷ düzenlenen teşebbüs aşamasında kalmış suça iştirak konusunu incelemektedir. Jakobs buradan, devletin suça iştirak edenlere vatandaş değil düşman gözüyle baktığı sonucunu çıkarır.²⁸ Çünkü ona göre, henüz dış dünyaya yansımamış

²² Diez, **a.g.m.**, s. 192.

²³ Jakobs 2004, s. 97.

²⁴ Günther JAKOBS, "Düşman Ceza Hukuku? - Hukukiliğin Şartlarına Dair Bir İnceleme", Çev. M. Cemil OZANSÜ, **Terör ve Düşman Ceza Hukuku**, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi, Cilt:8, Proje Yön. Kayhan İçel, Ed. Yener Ünver, Seçkin, Ankara, 2008, s. 521. (Bundan sonra: Jakobs 2006.)

²⁵ Henning ROSENAU, "Jakobs'un Düşman Ceza Hukuku Kavramı Hukukun Düşmanı", Çev. Erhan TEMEL, **AÜHFD**, C. 57, S. 4, 2008, s. 393; Diez, **a.g.m.**, s. 187 vd; Philipp KAUFMANN, "Präventivstrafrecht versus Feindstrafrecht", **Juristische Rundschau**, 2016(4), s. 169; Frank SALIGER, "Feindstrafrecht: Kritisches oder totalitäres Strafrechtskonzept?", **Juristen Zeitung**, 61. Jahrgang, Nr: 15/16, 11 August 2006, s. 757. Stefan Schick, Feindstrafrecht als regulative Idee, **Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik**, 3/2012, s. 46.

²⁶ Strafgesetzbuch, 15.05.1871, Neugefasst durch Bek. v. 13.11.1998/ 3322.

²⁷ "(1) Başkasını suç işlemeye yöneltmeye veya azmettirmeye teşebbüs eden, suça teşebbüse ilişkin hükümler gereğince cezalandırılır. Ancak ceza 49/1 hükmüne göre indirilir. Aynı şekilde 23/3 hükmü de geçerlidir. (2) Aynı şekilde, suç işlemeye veya azmettirmeye hazır olduğunu açıklayan, başkasının bu yönlü talebini kabul eden ya da başkasıyla bu konuda sözleşen kişi de cezalandırılır." Ayrıca bkz. Bernd HEINRICH, "Die Grenzen des Strafrechts bei der Gefahrprävention- Brauchen oder haben wir ein 'Feindstrafrecht'", **ZStW** 121 (2009) Heft 1, s. 114-119.

²⁸ Jakobs, **ZStW** 97 (1985), s. 751-756.

suçun önalanda gerçekleşen bu tarz hazırlık hareketlerini -ki burada iştirake teşebbüs söz konusudur- cezalandırma eğilimi, devletin faili bir vatandaş değil, tehdit unsuru/tehlike kaynağı olarak görmesini ifade eder.²⁹ Vatandaş -ya da yurttaş- ceza hukuku bireyin özgürlüklerini, düşman ceza hukuku ise hukuki değerlerin korunmasını optimal hale getirmeyi hedeflemektedir.³⁰

Jakobs, düşman ceza hukukunu değerlendirdiği bu ilk çalışmasında, onun yurttaş ceza hukukuna karışarak onu kirletmesine engel olunması konusunda uyarıda bulunur ve ona göre düşman ceza hukukuna istisnai olarak, sadece olağanüstü hallerde başvurulmalıdır.³¹ Jakobs, oldukça tereddütlü ve hatta eleştirel yaklaştığı için düşman ceza hukuku tezi o zaman için fazla dikkat çekmemiştir.

1.2.2. Formülasyon: 1999

Jakobs 1999 yılında *Eser, Hassemer ve Burkhardt* tarafından organize edilen toplantıda sunduğu tebliğde, saf tanımlayıcı- analitik düzlemini terk ederek, tüm kavramlarıyla düşman ceza hukukunu yeniden ele alarak betimlemiştir.³²

Düşman, normlara uygun davranış sergileyebileceğine dair bilişsel asgari güvenliği garanti altına alamayan bireydir.³³ Böylece Jakobs, düşmanları kişi olmayan (*Unperson*) olarak ele almaktadır. Ona göre düşmanlar, hukuka tamamen sırtlarını dönmüş kişilerdir.³⁴ Bunlara örnek olarak da cinsel suçlular, tehlikeli mükerrir failer, ekonomik suçlular, uyuşturucu kaçakçıları, organize suçlular ve terör amaçlı kurulanlar başta olmak üzere örgütlü suç faillerini vermektedir.³⁵ Söz konusu konuşmasında düşman ceza hukukunun dört göstergesini de dile getiriyor.³⁶ Bunlardan ilki, cezalandırılabilirliğin öne alınması ya da bakış açısının gerçekleşen hareketten, gerçekleşebilecek olan fiile kaymasıdır.

²⁹ Ibid.

³⁰ Ibid.

³¹ Ibid. Ayrıca detaylı değerlendirme için bkz., Saliger, **a.g.m.**, s. 756-758.

³² Arndt SINN, “Modern Suç Kovuşturması- Düşman Ceza Hukuku Yolunda mı?”, Çev. Yener ÜNVER, **Terör ve Düşman Ceza Hukuku**, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi, C.:8, Proje Yön. Kayhan İçel, Ed. Yener Ünver, Seçkin, Ankara, 2008, s. 611; Saliger, **a.g.m.**, s. 758; Kai AMBOS, “Düşman Ceza Hukuku”, Çev. Serkan OĞUZ, **Küresel Bakış**, Yıl 7, S. 22, Haziran 2017, s. 89-90.

³³ Jakobs 2000, s. 47 vd.

³⁴ Ibid., s. 47-51.

³⁵ Ibid.

³⁶ Ibid.

Burada sırası gelmişken kısaca Alman Ceza Hukuku'nun iki şeritli yapısına değinmek yerinde olacaktır.³⁷ Bir tarafta failin kusurunun esas teşkil ettiği, geriye dönük değerlendirme yapılan klasik ceza hukuku bulunmaktadır. Ceza hukuku failerin fiil ihlallerini suç olarak düzenler ve yaptırıma tabi tutar. Ceza hukuku müesseseleri suçun işlenmesinden sonra harekete geçer. Öte yanda ise emniyet tedbirleri hukuku bulunmaktadır. Burada henüz suç doğmadan, ileriye dönük olarak harekete geçilir ve toplumu suçtan ya da failin tehlikesinden korumak amaçtır.³⁸ Bu yönüyle düşman ceza hukukunun, güvenlik hukukuna daha çok benzediği iddia olunabilir.³⁹

İkinci gösterge, cezalandırmanın öne çekilmesiyle orantılı olarak bir indirime gidilmemiş olmasıdır. Üçüncüsü, ceza kanunu yapımından mücadele kanunu yapmaya geçiştir. Bu, aynı zamanda orantısız, çok ağır cezalandırmayı da ifade eder.⁴⁰

Bu noktada, aşağıda detaylandırılacağı üzere hemen her ülkenin belli bir suç tipiyle 'mücadeleyi' öngördüğü kanunların mevcut olduğunu ve bu düzenlemelerde genellikle ağır suçların konu edinildiğini belirtelim. Jakobs' a göre bu terminoloji bilinçli bir tercihtir zira düşman, kendisine ceza uygulanan ve çıktığı hiza çizgisinden doğru yol tekrar gösterilen değil, kendisiyle savaşılandır.⁴¹

Dördüncü ve son gösterge ise, usule ait hakların ortadan kaldırılmasıdır. Buna şaşırılmamak gerekir, çünkü zaten düşman, hukuk dışılığı da kapsayan bir kavramdır. Alman Mahkemelerinin Kuruluşu ve Çalışma Usulleri Hakkında Kanun'un⁴² 31. maddesine göre, bir insanın yaşam hakkına, vücut bütünlüğüne ya da hürriyetine tehdit oluşturacağına dair bir ipucu ortaya çıkarsa, tutuklu ya da hükümlünün müdafii ile olan iletişimi engellenebilir.⁴³

1999 yılındaki bu formülasyonu ile Jakobs, istisnai hallerle sınırlı tutulmasını salık verdiği düşman ceza hukukunun modern ceza hukukunun önemli ve ayrılmaz bir parçası olduğu fikrine geçiş yapmıştır.⁴⁴

³⁷ Sinn, **a.g.m.**, s. 624.

³⁸ Rosenau, **a.g.m.**, s. 393.

³⁹ Kaufmann, **a.g.m.**, s. 170-173.

⁴⁰ Sinn, **a.g.m.**, s. 614 vd.

⁴¹ Jakobs 2000, s. 47-51.

⁴² Einführungsgesetz zum Gerichtsverfassungsgesetz, 27.01.1877, 300-1.

⁴³ Ibid. Kanun maddesinin orijinal metni için bkz., https://www.gesetze-im-internet.de/gvgeg/_31.html , E.T.: 02.10.2018.

⁴⁴ Saliger, **a.g.m.**, s. 758.

1.2.3. Derinleşme: 2004-2006.

Burada öncelikle, bu aşamayı açıklarken ihtiyaç duyulacak olan Jakobs'un en önde gelen temsilcisi olduğu pozitif önleme teorisinden bahsetmek gerekmektedir. Pozitif önleme teorisine göre ceza hukukunun amacı normlara riayet edilmesini sağlamak, normları muhafaza etmek ve varlıklarını sürdürmesini garanti etmektir.⁴⁵ Norma aykırı hareket eden, yani toplumu hayal kırıklığına uğratan kişinin yanlış hareket ettiği gösterilerek halkın norma olan inancı sabitlenir. Diğer bir deyişle yasal geçerlilik onaylanır.⁴⁶

Jakobs, cezanın amacının hukuki değerlerin değil, normun geçerliliğinin korunması olduğunu düşman ceza hukuku bağlamındaki açıklamalarında da vurgular.⁴⁷ Bir cemiyette, bir birey açısından diğerlerinin norma sadakatinin beklenebilirliği bilişsel bir altyapı oluşturacaktır. Örneğin, eğer bir parka gitmek istediğimde gasp edilebileceğimi ve hatta öldürülebileceğimi ciddi ciddi düşünüyorsam, yeşil alana tehlikesizce girme hakkım olduğuna ilişkin inancım olmayacak.⁴⁸ Dolayısıyla parkta gezme hürriyetini betimleyen norma ilişkin minimum bilişsel güvenlik sağlanamayacak, bu da normun geçerliliğine gölge düşürecektir. İşte, yurttaş ceza hukukunda birey, ihlal ettiği normun geçerliliğine verdiği zararı tamir etmek üzere cezalandırılır.⁴⁹ Bunun için de devlet vatandaşını muhatap alır, onunla bir iletişim düzleminde buluşur ve onu hukuka tekrar bağlar. Ancak söz konusu iletişim düzlemi tehlikelerden arınmış olmalıdır.⁵⁰ Oysa düşman istisnaen suç işleyen değil, ilkesel olarak sapkın olandır.⁵¹ Suç işleyişi sürekli hale gelmiştir ve hukuka sırt çevirmiştir. Devlet, normlar konusunda kognitif asgari güvenliği garanti altına alamayan (yani norma riayetsizliğinin tek sefere mahsus veya istisnaen olduğunu davranışlarıyla ortaya koyamayan) bireylere kişi olarak muamele eder, haklar tanıyıp yargılarsa, bu kez

⁴⁵ Rosenau, **a.g.m.**, s. 394; Jakobs 2006, s. 513.

⁴⁶ Ibid. Ayrıca, cezalandırma sembolik (mahkemenin hareketin yanlışlığını ilan etmesi ve sanığı mahkum etmesi) ve fiziksel (acıyı gerçekten çekme, örneğin hapse girme) yönleri haiz olmalıdır ki norm korunabilsin. Kaynak: Diez, **a.g.m.**, s. 196.

⁴⁷ Jakobs 2004, s. 104. Bu konuda detaylı analiz için bkz., Jochen BUNG, "Normun Geçerliliği Teorisi Olarak Düşman Ceza Hukuku ve Kişi", Çev. Yener ÜNVER, **Terör ve Düşman Ceza Hukuku**, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi, C.:8, Proje Yön. Kayhan İçel, Ed. Yener Ünver, Seçkin, Ankara, 2008, s. 597-602.

⁴⁸ Jakobs 2004, s. 99.

⁴⁹ Ibid.

⁵⁰ Jakobs 2006, s. 508-515.

⁵¹ Jakobs 2004, s. 100 vd.

toplumun güvenlik hakkına aykırı davranmış olur.⁵² Vatandaşlarının güvenliğinden sorumlu olan hatta bunun için kurulmuş bulunan devlet, toplumsal akde tabi olmaya zorlanamayan birey karşısında ne yapacaktır? Bu sorunun yanıtında düşman ceza hukuku tek alternatif gibi durmaktadır.⁵³

Yurttaş ceza hukukunda norma verilen zarar ölçüsünde vatandaş cezalandırılırken düşman ceza hukukunda ölçü tehlikelilik olmaktadır. Zira düşman normu zaten yok saymaktadır. Toplum bütünlüğünü tehdit eden düşmandan normu tamir etmesi beklenemez. O, savaşılan tehlikeli kişidir; oysa yurttaş, hatalı davranmış bir toplum üyesidir.⁵⁴

Jakobs, düşman ceza hukukunun aslında zaten var olduğuna dair açıklamasında, önce İmparatorluk Ceza Kanunu döneminde hazırlık hareketlerinin cezalandırıldığı birkaç örnek verir ve ardından AlmCK 129a ve 129b⁵⁵ maddelerini öne sürer.⁵⁶ İlgili maddeler suç örgütü kuran, yöneten ve ona üye olan kişilerin beş yıldan on yıla, söz konusu örgüt terör örgütü ise on beş yıla kadar hapis cezasına mahkûm edileceğini düzenlemektedir. Burada hatırlanması gereken nokta, hapis cezası süresince failin cezasını çekmekten öte işin doğası gereği, herhangi bir/başka suç işlemekten engelleniyor oluşudur. Jakobs, bu maddenin kusur prensipli ve zararlar orantılı yaptırım uygulayan klasik ceza hukuku anlayışından değil tehlikelere karşı geliştirilen bir güvenlik tedbiri hukukundan izler taşıdığını belirttikten sonra şu soruyu kurgular: Tehlikeleri önlemek ve suçla mücadele polislin göreviyken, bu görev neden ceza hukukuna bırakılmıştır? Çünkü polis uzun soluklu hukuki güvenlik tesis edecek yeteneğe sahip değildir ve tamamen önleyici bir tedbir geliştirmek zorunda da değildir. Dolayısıyla düşman ceza hukuku maddi ve ceza usul hukukunun içinde kalmalıdır ki hukuk devletinde barınabilsin.⁵⁷

Düşman ceza hukukunun var olduğuna ve ona aslında kamunun güvenliği için ihtiyaç duyulduğuna dair sıraladığı diğer örneklerde Jakobs, koruma tedbirlerini ele almaktadır. İletişimin denetlenmesi, tutukluluk, kan örneği alınması, gizli soruşturmacı görevlendirilmesi ona göre ya failin

⁵² Ibid, s. 104 vd.

⁵³ Ibid, s. 104.

⁵⁴ Ibid, s. 101-102; Jakobs 2006, s. 518.

⁵⁵ Kanun maddelerinin orijinal metinleri için bkz., https://www.gesetze-im-internet.de/stgb/_129a.html ; <https://dejure.org/gesetze/StGB/129b.html> , E.T.: 02.10.2018.

⁵⁶ Jakobs 2006, s. 521 vd.

⁵⁷ Ibid, s. 522-524.

tehlikeliliği üzerinden uygulandığı ya da önleyici amaçlı olduğu için yurttas ceza hukuku kapsamında değerlendirilemez.⁵⁸

Jakobs, yurttas ve düşman tabirlerinin ideal tipleri yansıttığını, gerçek hayatta bunların bire bir değil, ara formlarının mevcut olabileceğini belirtir⁵⁹ ve düşman ceza hukukunun mümkün mertebe yurttas ceza hukukuna bulaşmasına ve onu kirletmesine engel olunması gerektiğini hatırlatır.⁶⁰

Son olarak da düşman ceza hukukuna iki sınırlama getirir: Birincisi o devletin düşmanları tüm haklarından mahrum bırakmak zorunda olmadığı, ikincisi ise yetkisi altında bulunan her şeyi yapmak zorunda olmadığı, ki sonradan gerektiğinde düşmanla barış masasına oturabilsin.⁶¹

2. DÜŞMAN CEZA HUKUKU UYGULAMALARI

Bu başlık altında, Jakobs' un düşman ceza hukukunun belirleyenlerinde zikrettiği, cezalandırılabilirliğin ön alana kayması, orantısız ve ağır cezalar ile usuli hakların ortadan kaldırılması şeklinde tezahür eden ulusal ve uluslararası bazda geçerliliği olan düzenlemeler ve uygulamalardan söz edilecektir.

2.1. Ulusal Hukuklar

2.1.1. Almanya

Düşman ceza hukukunun çıkış noktası olan ve hakkında da en çok doktrinsel tartışmaların yaşandığı Almanya ekseninde uygulamalara daha çok emniyet tedbirleri yönünden yer vermek gerekecektir.

Genel Güvenliğin Korunması Amacıyla Mükerrer Faillere Uygulanacak Hürriyeti Kısıtlayıcı Tedbirleri Düzenleyen Kanun⁶²,un 2004 yılında yürürlüğe girmesiyle, Ceza Kanunu'na 66b eklenmiştir. İlgili maddeye göre, 'hükümlünün kamu için önemli derecede tehlike arz ettiğini gösteren emarelerin' varlığı halinde mahkeme sonradan, yani kişinin cezasının infazının bitmesinden evvel, güvenlik amaçlı emniyet tedbiri uygulanmasına (tazyik hapsine) hükmedebilir. Madde metninde, 'mağdura tekrar zarar

⁵⁸ Ibid, s. 524-525.

⁵⁹ Jakobs 2004, s. 93.

⁶⁰ Ibid, s. 106-107.

⁶¹ Ibid, s. 97.

⁶² Einführungsgesetz zum Gerichtsverfassungsgesetz, BGBl 2004/1-39, 28 Juli 2004. Online erişim için: https://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?start=//*/%5B@attr_id=%27bgbl104s1838.pdf%27%5D#_bgbl_%2F%2F*%5B%40attr_id%3D%27bgbl104s1838.pdf%27%5D__1538494472053, E.T.: 02.10.2018

vermesi kuvvetle muhtemel olan' ibareleri yer almaktadır. Ayrıca, aynı maddenin üçüncü fıkrasına göre de 'kişinin kusur ehliyetini tamamen ortadan kaldıran ya da azaltan durum bulunmadığı için psikiyatrik hastaneye yatırılma kararı mahkemece hükümsüz kılındıktan sonra' da yine şu iki şartın varlığı halinde tazyik hapsine karar verilebilecektir:

- Kişinin yatırılma kararı 66/3 c.1'e dayalı bir fiilden verilmişse veya yatırmadan önce bunlardan birini işlemişse ve en az üç yıl hapis cezasına mahkum olmuşsa veya psikiyatri hastanesine zaten önceden yatırılmışsa.
- Hükümlünün genel değerlendirilmesinden ağır fiilleri işlemesi kuvvetli muhtemel olduğu sonucu çıkarılıyorsa.⁶³

Alman Ceza Hukuku'nda hürriyeti bağlayıcı güvenlik tedbirleri en radikal önlemlerden olup, burada hedef failin iyileştirilmesi değil, daha ziyade kamunun güvenliğinin korunmasıdır.⁶⁴ Zira kanun başlığının da işaret ettiği gibi ortada tehlikeli mükerrer failer vardır.⁶⁵

Kamu güvenliğine, tekerrüre, failin tehlikeliliğine yapılan bunca vurgu ve tedbirlerin uygulanacağı suç tiplerinde hayata, vücut bütünlüğüne, cinsel dokunulmazlığa ve kamu güvenliğine yönelik suçlar sayılması, ayrıca failin bu hususta kusurunun rol oynamaması da göstermektedir ki burada bir düşman ceza hukuku uygulaması söz konusudur.⁶⁶

Alman hukuku açısından değinilmesi gereken bir diğer nokta, bir suç şüphesi ile harekete geçerek araştırmalara başlayan polisin artık herhangi somut bir suç şüphesi olmadan da önleme amaçlı iletişim denetleyebilmesi ile soruşturmanın hazırlık hareketleri aşamasına doğru geri kaymasıdır.⁶⁷ 2002 yılında yürürlüğe giren 'Otto-Katalog' diye de geçen Uluslararası Terörizmle Mücadele Yasasını⁶⁸ da burada kısaca anmak gerekecektir. Yasa, istihbarat faaliyetleri, tüm vatandaşların verilerinin toplanması ve

⁶³ Rosenberg, **a.g.m.**, dipnot 2,3.

⁶⁴ Hans-Heinrich JESCHECK/ Thomas WEIGEND, **Lehrbuch des Strafrechts**, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. Berlin 1996, s. 814.

⁶⁵ Bir diğer örnek AlmCK 66/1/3 cümlesinin 'kamu için tehlike arz etmek' ifadesini içermesidir. Madde için bkz. https://www.gesetze-im-internet.de/stgb/_66.html , E.T.:02.10.2018.

⁶⁶ Jacobs 2004, s. 93 vd; Jörg ARNOLD, "Beş Tezde Düşman Ceza Hukuku'nun Gelişim Süreçleri", Çev. İlker TEPE, **Terör ve Düşman Ceza Hukuku**, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi, C.:8, Proje Yön. Kayhan İçel, Ed. Yener Ünver, Seçkin, Ankara, 2008, ss. 536-540.

⁶⁷ Sinn, **a.g.m.**, s. 615.

⁶⁸ Gesetz zur Bekämpfung des internationalen Terrorismus (Terrorismusbekämpfungsgesetz), BGBl 2002/1-3, 11.01.2002, s. 361.

yabancılar konularına odaklı olup, bilhassa istihbarat örgütlerinin yetkilerini bir hayli genişletti, o kadar ki örgütler faaliyetleri için sebep bildirmek zorunda olmadıkları gibi hukuki kontrol da mümkün olmamakta ve hakkında veri toplanan, iletişimi veya interneti izlenen vatandaşlar da bu faaliyetlerden tamamen bihaber kalmaktadır.⁶⁹ İstihbarat noktasında hukuksal ve politik ayırım ciddi derecede zedelenmiş durumdadır.⁷⁰ Bu durum Nazi dönemi Gestaposu uygulamalarını andırmaktadır.⁷¹

Teşebbüsün ve hatta hazırlık hareketlerinin cezalandırılmasına örnek olarak da Jacobs' un ilk makalesinde incelediği, iştirake teşebbüsü düzenleyen AlmCK 30 ve pek çok yazarın düşman ceza hukukunu tartışırken atıfta bulunduğu 129a ve 129b maddeleri verilebilir. Suçun belirleyici unsurunun hukuksal değerın zarar görmesi değil, norm ihlali, normun korunması olduğu görüşü de teşebbüsü cezalandıran hareketlerle perçinlenmektedir.⁷² Zira henüz bir zarar doğmamıştır. Cezanın amacı bu ve benzer maddelerde hukuki değerlerin korunması değil, toplumun güvenliğinin tesis edilmesidir.⁷³ Aynı doğrultuda Alman Federal Meclisinin gündemini yakın zamanda hayli meşgul eden konu, Alman Ceza Kanunu'na 2009 yılında eklenen 'devlet güvenliğini ağır bir şekilde tehlikeye düşüren bir cebir ve şiddet suçunun hazırlığını yapma' başlıklı 89a⁷⁴ maddesine yeni bir fıkra eklenerek, terör kamplarına gitmeyi de suç olarak düzenlemeyi öngören yasa tasarısıdır.⁷⁵ Maddenin kendisi dahi, suç işleyeceğini biriyle paylaşmak dahil hazırlık hareketlerine ilişkin geniş düzenlemeler içermesi ve on yıla kadar hapis cezası öngörmesi ile yeterince tartışmaya açıkken, 2015 yılında geçen düzenlemeyle eklenen 2a fıkrası, terör faaliyetine girişmek amacıyla yola çıkan ya da bu amaca sahip kişilerin yönlendirmesiyle hareket edenlerin seyahat özgürlüğüne sınırlama getirdi.⁷⁶ Benzer örnekleri 80, 83, 87. Maddeler şeklinde sıralamak mümkünse de bu kadarını açıklamak, özellikle söz konusu terör suçları gibi 'devlet güvenliğini' tehdit eden suçlar olduğunda ceza hukukunun hazırlık alanına

⁶⁹ Heinz DÜX, "Globale Sicherheitsgeetze und weltweite Erosion von Grundrechten", **Zeitschrift für Rechtspolitik**, 2003, Heft 6, s. 190.

⁷⁰ Ibid, s. 190. Arnold, **a.g.m.**, s. 542.

⁷¹ DÜX, **a.g.m.**, s. 190.

⁷² Sinn, **a.g.m.**, s. 622. Martin ASHOLT, "Die Debatte über das „Feindstrafrecht“ in Deutschland Aufleben eines alten Dilemmas am Anfang des 21. Jahrhunderts", **Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik**, 4/211, s. 183.

⁷³ Jakobs 2000, s.49.

⁷⁴ https://www.gesetze-im-internet.de/stgb/_89a.html E.T.: 02.10.2018.

⁷⁵ Kaufmann, **a.g.m.**, s. 164-165.

⁷⁶ Ibid; Asholt, **a.g.m.**, s. 184.

kayarak (hem tedbirler hem cezalandırma alanında) genişlediğini⁷⁷ iddia etmek için kafidir. Ceza hukukunun genişlemesi, tehlikelilik hali ve cezalandırılabilirliğin çok geniş yorumlandığı, failin iradesi merkez alınarak cezalandırmanın zarardan çok önceye çekildiği Nazi dönemi uygulamalarını hatırlatmaktadır.⁷⁸

Tartışmaların odağı olan bir diğer nokta Federal Anayasa Mahkemesi'nin 15 Şubat 2006⁷⁹ tarihinde verdiği ve 11 Ocak 2005 tarihli Hava Güvenliği Kanunu'nun 14/3⁸⁰ maddesinin Anayasa'ya aykırı bulduğu karardır. Mahkemeye göre, masum bireyden devletin bütünlüğü adına hayatını feda etmesi beklenemez; bu hukuka ve özgürlüklere dayalı toplum düzenini reddetmek olur.⁸¹ Ancak her ne kadar Mahkeme, düşman ceza hukukunu bu kararında açıkça reddetmişse de onun bir ölçüde ona müsaade ettiği çıkarımını yapmak mümkündür, bilhassa da içinde masum insan bulunmadığı takdirde söz konusu düzenlemenin insan onuruna aykırı olmayacağını vurguladığı paragrafta bu husus açıkça görülmektedir.⁸² Zira bu takdirde kendi tehlikeliliklerini ortaya koyan ve diğer insanların yaşam haklarını hiçe sayan kişilerin insan onuruna yönelik beklentileri dikkate alınmaz.⁸³

Son olarak kısaca sembolik hukuk meselesi üzerinde durmak gerekmektedir. Bunun çıkış noktası bugün güvenlik hukukunun ön planda olduğu risk toplumlarında yaşayışımız olarak verilmektedir.⁸⁴ Başlarda

⁷⁷ Kaufmann, **a.g.m.**, s. 167 vd.

⁷⁸ Arnold, **a.g.m.**, s. 536.

⁷⁹ 1 BvR 357/05, 15.02.2006, Karara ulaşmak için: https://www.bundesverfassungsgesicht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2006/02/rs20060215_1bvr035705.html , E.T.: 03.10.2018

⁸⁰ Luftsicherheitsgesetz, 11.01.2005, BGBl 1, s. 268, değişiklik: Art. 1 G v. 23.2.2017/ 298. Maddenin mahkeme kararıyla değiştirilmesinden önceki ve sonraki hali için bkz., <https://www.buzer.de/gesetz/4671/al0-59630.htm> , E.T.: 03.10.2018; “14(1) Güvenlik güçleri büyük bir kazanın meydana gelmesini önleyebilmek için hava araçlarını iniş zorlamak için havada sıkıştırabilir, silah kullanarak korkutabilir veya ateş edebilirler. (2)...(3) Silahın kullanımı doğrudan sadece hal ve koşullara göre hava aracının insanların yaşamlarına karşı kullanılacağı ve bu müdahalenin gerçekleşmekte olan tehlikeyi önlemede tek araç olması durumunda caizdir.” Konuyla ilgili detaylı tartışma için bkz., Arndt SINN, “Tötung Unschuldiger auf Grund § 14 III Luftsicherheitsgesetz - rechtmäßig?”, **NStW**, Heft 11, 2004, s. 585-593.

⁸¹ Arnold, **a.g.m.**, s. 544-545.

⁸² 1BvR 357/05, para. 141.

⁸³ Arnold, **a.g.m.**, s. 545.

⁸⁴ Andreas EICKER, “Ceza Hukukunun Prosedürleştirilmesi Işığında Terörle Mücadele Kanunu Yapma”, Çev. Ali Kemal YILDIZ, **Terör ve Düşman Ceza Hukuku**, *YÜHFD Cilt: XVI Sayı:2 (2019)*

hakları kanunlarla güvenceye alan liberal hukuk devleti varken 19. yüzyılda toplum ihtiyaçlarının gelişip şekillenmesi sosyal devleti doğurdu yani artık devlet, tanınan hakların kullandırılmasından da sorumlu kılındı. 20. yüzyılın ortalarından itibaren ise tüm toplumu aynı anda tehlikeye sokabilen hatta yok edebilen tehditlere şahit olundu ve halkta şiddete karşı tepkisellik gelişti. Tekniğin de ilerlemesi ile terörle mücadelede prosedürel güvenlik hukuku baş gösterdi.⁸⁵ Bunun anlamı çok fazla, çok sık ve çok geniş kanunlar yapılmasıdır.⁸⁶ Sembolik ceza hukukunu savunanların iddia ettiği ise bu tarz kanunlar yaparak bir risk dogmatığı oluşturmanın asıl hedefi sorunları çözmekten ziyade, halkta bir rahatlama hissi uyarmaktır.⁸⁷ Şiddet ya da terör olaylarına karşı devletin harekete geçtiğini göstermesi, halkta bu konunun ele/ ciddiye alındığına dair intiba uyandırmaktadır.⁸⁸ Böylece toplumun güvenlik hissi pekiştirilmiş olur.⁸⁹ Ancak bu durum ceza hukukunun politik amaçlar doğrultusunda kullanılmasını sonuçlar.⁹⁰ Kaldı ki yapılan araştırmalar⁹¹, terör kanunlarında artışın eylemleri azaltmadığını göstermiştir. Bu da sembolik hukuk mantığıyla terörle mücadelede fazla kanunlaşmanın, niteliksel değerden yoksunluğuna işaret etmektedir.

2.1.2. Amerika Birleşik Devletleri

Özellikle 11 Eylül saldırıları sonrası herhalde uluslararası terörizmle mücadele denildiğinde akla ilk gelen devlet ABD olmaktadır. Bu hatırlamanın hatalı olduğu söylenemez zira, ‘düşman’ kavramı aynı gün Başkan Bush tarafından zikredilmiştir.⁹² Öyle ki hükümet, söz konusu saldırıyı düzenleyen teröristleri ‘hukuk dışı savaşçı’ ilan etmiş ve bu retorikle, terörle mücadele hukuku düşman ceza hukukuna evrilmiştir.⁹³ O

Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi, Cilt:8, Proje Yön. Kayhan İçel, Ed. Yener Ünver, Seçkin, Ankara, 2008, s. 678 vd.

⁸⁵ Ibid, s. 679-681.

⁸⁶ Ibid.; Kaufmann, **a.g.m.**, s. 167.

⁸⁷ Eicker, **a.g.m.**, s. 685; Düx, **a.g.m.**, s. 189; Winfried HASSAMER, “Symbolisches Strafrecht und Rechtsgüterschutz”, **NStZ**, Heft 12, (9) 1989, s. 553-558.

⁸⁸ Düx, **a.g.m.**, s. 192 vd; Hassemer, **a.g.m.**, s. 554.

⁸⁹ Ibid.

⁹⁰ Kaufmann, **a.g.m.**, s. 168 vd. ; Mark FOSTER, “Die Strafbarkeit der Unterschätzung des Terrorismus”, **ZStrR** 121 (2003), s. 423-441. Nakleden: Eicker, **a.g.m.**, dipnot 42.

⁹¹ Eicker, **a.g.m.**, s. 684.

⁹² Konuşma metni için bkz., <https://www.theguardian.com/world/2001/sep/21/september11.usa13>, E.T.: 03.10.2018.

⁹³ Ambos, **a.g.m.**, s. 85.

kadar ki 15 Eylül'de gerçekleştirilen zirve toplantısında CIA Şefi herkese üzerinde 'Going to War' yazan bir dosya sunmuştur.⁹⁴

Bu siyasi atmosfer ceza hukuku alanında pek çok yeniliği beraberinde getirdi. Kongreden acil durumlarda inisiyatif almak üzere yetki isteyen Bush, devam eden zamanda pek çok El-Kaide üyesinin ABD sınırları dışında dahi tutuklanmasını da içeren Başkanlık Emirleri yayımladı.⁹⁵ 2001 yılında çıkarılan Vatanseverlik Kanunu⁹⁶ ile terör kavramı oldukça genişletildi.⁹⁷ Bununla birlikte iletişimin denetlenmesi, bilişim ortamında kaydedilen verilere ulaşmak, arama yapmak ve kişilerin izlenmesi için mahkeme kararı gereği kaldırıldı.⁹⁸

Ele geçirilen El Kaide üyelerinin Askeri Mahkemelerde yargılanması uygun görüldü, zira bu 'savaşçılar' ceza muhakemesinden kaynaklanan haklar tanınabilecek vatandaş statüsünde değil, hukuk dışı düşman olarak sıfatlanmalıydılar.⁹⁹ Hukuk dışı düşman betimlemesi hususunda da aslında devletin savaştığı düşmanına Cenevre Sözleşmelerine dayanan insancıl hukuk kapsamında muamele etme sorumluluğundan kaçınma çabası görülmektedir.¹⁰⁰ Hukuki herhangi bir güvence olmaksızın ve duruşma tarihi bilinmeksizin gerçekleştirilen süresiz tutuklamalar da¹⁰¹ bu dönemin düşman ceza hukuku yönünü ortaya koyan diğer örneklerdir. Ayrıca, tutuklamaların cezai değil önleyici amaçla yapıldığı, bu yüzden de herhangi bir duruşmaya gerek duyulmadığı açıkça belirtilmiş olan bu yasada Amerikan vatandaşlarının bile belli bazı tehlikeleri barındırdıkları hallerde 'düşman savaşçı' olarak adlandırılabilceği açıkça belirtilmiştir.¹⁰² Burada yerli gelmişken 2002 yılından itibaren terörle bağlantılı olduğu şüphesi bulunan kişilerin tutulduğu, Küba'daki Amerikan merkez üssü Guantonamo

⁹⁴ Sinn, **a.g.m.**, s. 616.

⁹⁵ Heinrich, **a.g.m.**, s. 108 vd.

⁹⁶ Patriot Act 2001, PUBLIC LAW 107-56, 26 October 2001, https://grants.nih.gov/grants/policy/select_agent/Patriot_Act_2001.pdf, E.T.: 03.10.2018.

⁹⁷ Sinn, **a.g.m.**, s. 617.

⁹⁸ Ibid.

⁹⁹ Allison M. DANNER, "Defining Unlawful enemy Combatants: A centripetal Story", **43 Texas International Law Journal**, 1, 2007, s. 1-14; Heinrich, **a.g.m.**, s. 108-109.

¹⁰⁰ Ambos, **a.g.m.**, s. 87.

¹⁰¹ J. K. ELSEA, "Detention of American Citizens as Enemy Combatants", **CRS Report for Congress**, 2005. <https://fas.org/sgp/crs/natsec/RL31724.pdf>, E.T.: 03.10.2018.

¹⁰² Ibid. "detention(...) is administrative rather than punitive, and thus no criminal trial is required".

kampını ve buranın Uluslararası Af Örgütü tarafından ‘insan hakları skandalı’ olarak nitelendirildiğini belirtmek gerekmektedir.¹⁰³

ABD başlığında son olarak, ‘extraordinary rendition’¹⁰⁴ meselesini özetlemek gerekmektedir.¹⁰⁵ FBI, CIA ve Savunma Bakanlığı’ nın işbirliği içerisinde yönetilen operasyonlar, ülke toprakları dışında olan bir terör şüphelisinin o devletin yardımı olarak ya da olmayarak herhangi bir hukuki anlaşma olmaksızın ve hukuki güvenceye dayanmaksızın o ülkeden alınıp, tutuklanmak ve sorgulanmak üzere başka bir ülkeye götürülmesini ifade eder.¹⁰⁶ Başta gizliden gizliye yürütülen bu operasyonlar, Amerikan Yüksek Mahkemesi’nin verdiği *Hamdan vs Rumsfeld*¹⁰⁷ kararından sonra oluşan atmosferde Bush tarafından açıkça kabul edilmiştir.¹⁰⁸ Pek çok örnekten yalnızca birini özetlemek yeterli olacaktır. Khaled El Masri Lübnan kökenli bir Alman vatandaşıdır. 2003 yılında Makedonya’ya tatil yapmak için gittiği esnada, sınırda yakalanarak yerel istihbarat birimleri tarafından bir aya yakın süre boyunca tutuklandı. Bu süreçte herhangi bir tutuklama kararı, duruşma bilgisi mevcut olmadığı gibi avukata erişimi de sağlanmadı. Ardından Skopje havalimanında CIA yetkililerine teslim edildi ve Afganistan’daki gizli bir tutma bölgesine götürülerek dört ay kadar daha sorgulandı, ta ki yanlış kişi olduğu anlaşılana dek. Ardından Arnavutluk’ a geri götürüldü. Münih savcılığı başlattığı soruşturma kapsamında Makedonya’ya yetki verme yazıları gönderildi ve CIA ajanlarının gözaltına alınmasına yönelik kararlar çıkarıldı. Makedonya işbirliği yapmadığı gibi Alman hükümeti de gözaltı kararlarını ABD’ e iletmeyi reddetti. Hukuk muhakemesi sürecinde ise ABD mahkemeleri, bu davanın devlet sırları ifşa

¹⁰³ Amnesty International, AMR 51/063/2005, 13 May 2005, <http://web.archive.org/web/20060207010552/http://web.amnesty.org:80/library/Index/ENGAMR510632005> , E.T.: 03.10.2018.

¹⁰⁴ Türkçeye yargısız infaz ya da olağandışı teslimat olarak çevrilmekle beraber tam kavramı karşılamadığından orijinal terim tercih edildi.

¹⁰⁵ Detaylı analiz için bkz. M. SATTERTHWAITTE, “Rendered Meaningless: Extraordinary Rendition and the Rule of Law”, **The George Washington Law Review**, Vol. 75, Nos. 5-6, 2007, s. 1333-1420; R. JOHNSON, “Extraordinary rendition: a wrong without a right?”, **Richmond Law Review**, Vol. 43, No. 3, 2009, s. 1135-1174.

¹⁰⁶ John A.E. VERVAELE, “Extraordinary Rendition and the Security Paradigm”, **Law Review**, Vol 3, s. 4.

¹⁰⁷ *Hamdan v. Rumsfeld*, IZ 6 S. Ct. 2749 (2006): Hükümet tarafından kurulmuş askeri mahkemelerin Guantonomo’ daki şüphelileri yargılamak için yetkili olmadığına dair karar. Bu mahkemelerin Askeri Ceza ve Askeri Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu’na ve Cenevre sözleşmelerine aykırı olduğu tespit edilmiştir.

¹⁰⁸ Vervaele, **a.g.m.**, s.4.

edilmeksizin görülemeyeceğinden bahisle devam etmeyi reddetti.¹⁰⁹ Ancak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nden 2012 yılında bir karar çıkabildi.¹¹⁰ Extraordinary Rendition'a düşman ceza hukukunun göstergeleri prizmasından bakıldığında usuli güvencelerin ortadan kaldırılmasına ilişkin daha iyi bir örnek herhalde kolaylıkla bulunamaz.

2.1.3. Kolombiya

Latin Amerika için emsal teşkil etmek üzere burada kısaca Kolombiya'nın vaziyeti ele alınacaktır. Aponte, ülkede elli yılı aşkın süredir toplumun her kesiminin katıldığı bir iç savaşın hakim olduğunu ve düşman ceza hukukunun bundan bağımsız ele alınamayacağını vurgular.¹¹¹ Ülkede sözde demokrasi olmasına rağmen elli yıldır yöneticilerin tamamının ya darbe ya sıkıyönetim ile yönetime geldiğini belirtir.¹¹² Bu iç savaş öyle yoğundur ki, bazı alanlarda devlet iktidarı görülememekte ve bu boşluk yerel güçlerce/ gerillalarca doldurulmaktadır. Dolayısıyla böyle bir ortamda sert bir hukuk olarak düşman ceza hukukunun uygulanması somut olarak pratiğe dökülebilecektir ve bu kesinlikle durumun iyileşmesine neden olmayacaktır.¹¹³ Düşman ceza hukuku burada ancak halihazırda marjinalleşenleri daha çok marjinalleştirecektir.¹¹⁴ Bu da ancak otorite meraklısı diktatörlere hizmet edecektir.¹¹⁵

Nitekim 1990 yılında bir çok hakim ve savcının uyuşturucu teröristleri tarafından katledilmesi üzerine kabul edilen 'Hukukun Savunulmasına İlişkin Statü'ye göre neredeyse engizisyon mahkemelerine benzeyen bir usul öngörülür.¹¹⁶ 2000 yılına kadar süren yargılamalarda polis soruşturma yetkilerinin hiçbiri hakim kararına bağlanmamıştı, hatta 1992'den itibaren Kolombiya silahlı kuvvetleri adli polis görevlerini üstlenmişti, yargılamalar halka açık değildi ve sanık ne hakimi, savcuyu ne de bilirkişi ve tanığı tanıyordu.¹¹⁷

Aponte ayrıca, düşmanın tamamen tasarlanmış bir kavram olduğunu, bir kişinin yaptığı hareketlerden değil, biz onu öyle addettiğimiz için düşman

¹⁰⁹ Ibid, 6-7.

¹¹⁰ *El-Masri v. The Former Yugoslav Republic of Macedonia*, 39630/09, Jugement, 13 December 2012. Bkz., Aşağıda 2.2.2. numaralı başlık.

¹¹¹ Aponte, **a.g.m.**, s. 573.

¹¹² Ibid., s. 574

¹¹³ Ibid, s. 574 vd.

¹¹⁴ Ambos, **a.g.m.**, s. 101.

¹¹⁵ Ibid., s. 98.

¹¹⁶ Sinn, **a.g.m.**, s. 619.

¹¹⁷ Ibid.; Heinrich, **a.g.m.**, s. 106-108.

olduğunu ve tehlikeliliğin ön plana alındığı bu sistemde, gizli tanıklar, gizli deliller, gizli bilirkişilerin usuli güvenceleri aşındıracağını ve adaleti ‘çehresizleştireceğini’ iddia eder.¹¹⁸

2.1.4. Türkiye¹¹⁹

Almanya’da kopan tartışmalar İspanya, İtalya, Fransa gibi Kıta Avrupası’yla beraber Alman ekolunu takip eden Latin Amerika ülkelerinde de tepkiyle karşılandı ancak Türkiye dahil hiçbir ülke de güvenlik hukukunun ön plana çıktığı mücadele yasaları yapmaktan ya da bunların sayısını fazlaştırmaktan dur olmadı.¹²⁰ Türkiye’de de dünyada yükselen değer olan güvenlik kavramı doğrultusunda¹²¹ düzenlemelere gidildi. Anayasa¹²² madde 120¹²³’ye göre, temel hak ve hürriyetleri tehdit eden şiddet hareketlerine karşı devlet olağanüstü hal ilan ederek, bunun sonucunda da madde 15¹²⁴ gereği temel hak ve hürriyetlerinin kullanımını tamamen veya kısmen durdurabilir. Ökçesiz, Anayasa maddelerindeki bu durumu ‘mizah’ olarak nitelendirmekte ve olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamele ile tanınan kapsamlı yetkilerin adeta bir ‘düşman anayasa hukukuna’ işaret ettiğini ifade etmektedir.¹²⁵ Bunu, olağanüstü halde

¹¹⁸ Aponte, **a.g.m.**, s. 575-577.

¹¹⁹ Türk Hukuku’nda düşman ceza hukukuna ilişkin henüz iç hukuku değerlendiren dört başı mamur akademik çalışmalar yeterli düzeye ulaşmadığından, kanunları düşman ceza hukukuna iliştiirmeye çalışmak, kesin ifadelerle bu konseptten etkilenip oluşturulduklarını ya da Türkiye’de onun varlığını kanıtladıklarını iddia etmek yerinde olmayacaktır. Bu yüzden burada, Alman doktrinindeki hukukçuların, Türk kanunlarına çok benzeyen düzenlemeler üzerine yaptıkları tartışmalardan esinlenilerek bazı değerlendirmeler yapılacaktır.

¹²⁰ Ohama, **a.g.m.**, s. 728; 741 vd; Ambos, **a.g.m.**, s. 84 vd.

¹²¹ Hayrettin ÖKÇESİZ, “‘Düşman Ceza Hukuku’ Düşüncesine Eleştirel Bir Bakış- 2”, **Güncel Hukuk**, Ekim 2006, s. 41-42. (Bundan sonra: Ökçesiz, Eleştirel Bakış)

¹²² Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, Kanun No.: 2709 Kabul Tarihi: 7.11.1982.

¹²³ TCAY, Madde 120 “*Anayasa ile kurulan hür demokrasi düzenini veya temel hak ve hürriyetleri ortadan kaldırmaya yönelik yaygın şiddet hareketlerine ait ciddi belirtilerin ortaya çıkması veya şiddet olayları sebebiyle kamu düzeninin ciddi şekilde bozulması hallerinde, Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu, Milli Güvenlik Kurulunun da görüşünü aldıktan sonra yurdun bir veya birden fazla bölgesinde veya bütününde, süresi altı ayı geçmemek üzere olağanüstü hal ilân edebilir.*”

¹²⁴ TCAY, Madde 15 “*Savaş, seferberlik, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde, milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlâl edilmemek kaydıyla, durumun gerektirdiği ölçüde temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasında kısmen veya tamamen durdurulabilir veya bunlar için Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir.*”

¹²⁵ Ökçesiz, Eleştirel Bakış, s. 42.

hukuksuz bırakılmış bireyle, Jakobs' un hukuk dışı düşmanının benzeştiği düşüncesine dayandırmaktadır.¹²⁶ Ancak Jakobs' un *Unperson*'¹²⁷unun sadece olağanüstü halle sınırlı olmadığından Terörle Mücadele Kanunu ve benzer normlarla daha iyi uyuştuğunu da belirtmektedir.¹²⁸

Türk Ceza Kanunu¹²⁹, nun Anayasal Düzene ve Bu Düzenin İşleyişine Karşı Suçlar bölümünde, anayasal düzeni ortadan kaldırmaya¹³⁰, cumhurbaşkanına suikast düzenlemeye¹³¹, Türkiye Büyük Millet Meclisinin görevini yapmasına engel olmaya¹³², hükümeti ortadan kaldırmaya¹³³ *teşebbüs edenler* ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasıyla cezalandırılır. Sayılan suçlarda cezalandırmanın öne çekilmesi ve teşebbüs aşamalarının tamamlanmış suç gibi cezalandırılmasından, öngörülen sonucun tehlikeliliğinin hukuk düzeni için çok yüksek olmasından ileri geldiği çıkarımını yapmak yanlış olmayacaktır.¹³⁴ AlmCK' nın benzeri düzenlemeleri olan (mülga) 80, 83 maddeleri de düşman ceza hukuku tartışmalarında anılmış ve Federal Yüksek Mahkeme tarafından kanun koyucunun devlet güvenliğini tehdit eden böyle bir tehlikeyi evvelden engelleme niyetini gösterdiği şeklinde yorumlanmıştır.¹³⁵ Ancak, failin kötü niyetine dayanan iradesinin değil, hukuki değerleri tehdit eden davranışlarının cezalandırılabilirliği belirtilmiştir.¹³⁶

6415 sayılı Terörizm Finansmanının Önlenmesi Hakkında Kanun¹³⁷, a göre bir terör suçunda¹³⁸ kullanılması amacıyla veya bu amaçla

¹²⁶ Ibid., s. 43.

¹²⁷ Kişi olmayan.

¹²⁸ Ibid.

¹²⁹ 5235 sa. Türk Ceza Kanunu, Kabul: 26/9/2004, Resmi Gazete: 12/10/2004, Sayı: 25611.

¹³⁰ Madde 309.

¹³¹ Madde 310.

¹³² Madde 311.

¹³³ Madde 312.

¹³⁴ Jakobs' un düşman yaklaşımıyla, müebbet hapis ile hukuk düzenine itaat etmeyen, sözleşmeyle kendini bağlı hissetmeyen, ona tamamen yüz çeviren bireyin tehlikeliliğinden muhafaza olunacaktır.

¹³⁵ BGHSt 59, 218, Rn. 27.

¹³⁶ Kaufmann, **a.g.m.**, s. 166-167.

¹³⁷ 6515 sa. Terörizm Finansmanının Önlenmesi Hakkında Kanun, Kabul 7/2/2013, Resmi Gazete: 16/2/2013, Sayı : 28561.

¹³⁸ Madde 3 "(1) ... (a) Bir halkı korkutmak veya sindirmek ya da bir hükümeti veya uluslararası kuruluşu herhangi bir eylemi gerçekleştirmeye veya gerçekleştirmekten kaçınmaya zorlamak amacıyla, kasten öldürme veya ağır yaralama fiilleri. 11960 (b) 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu kapsamında terör suçu olarak YÜHFD Cilt: XVI Sayı:2 (2019)

kullanılacağını bilerek bir teröriste ya da terör örgütüne fon sağlayan kişi on yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılacak olup bu suçun sübutu için fonun kullanılmış olması aranmamaktadır.¹³⁹ Kanun maddesinde suçun oluşması için fonun hukuka aykırı yoldan elde edilmesi de aranmamaktadır. Çok benzer kanun İsviçre Ceza Kanunu'nda da mevcuttur ve hukukçular bu hususu hazırlık hareketlerinin cezalandırılması örneği olarak yorumlamaktadır.¹⁴⁰ Zira fail, fonu toplamış ve tahsis etmiş olarak tehlikeliliğini ortaya koyduğundan suçu işlemesini beklemeye gerek görülmemektedir.

TCK 220/6'a göre, “Örgüte üye olmamakla birlikte örgüt adına suç işleyen kişi, ayrıca örgüte üye olmak suçundan da cezalandırılır. Örgüte üye olmak suçundan dolayı verilecek ceza yarısına kadar indirilebilir. Bu fıkra hükmü sadece silahlı örgütler hakkında uygulanır.” Bu maddeye göre cezalandırma yapılabilmesi için kişinin örgüte üye olmaması, fiillerinde süreklilik bulunmaması, suçun işlenişinde fail olarak bulunması ve kasten hareket etmiş olması gerekmektedir.¹⁴¹ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 2008 yılında verdiği bir kararla 220/6 suçunun kapsamını genişletmiştir. Buna göre, “...örgütün genel çağrısı, örgüte ait yayın organlarının yayınları ve çağruları ile somutlaşmış olup, bu çağrının belirli bir kişiye yapılmış olmasına gerek bulunmamaktadır. Örgütün bilgisi ve istemi doğrultusunda gerçekleştiren bu eylemlerin, örgüt adına gerçekleştiği sabittir.”¹⁴² Takip eden Yargıtay kararları da hep örgüt çağrısı üzerine, toplanmak, yürüyüşe katılmak, trafiği engellemek, slogan atmak, amblem taşımak, sivil itaatsizliğe katılmak gibi eylemleri 220/6 kapsamında değerlendirerek söz

kabul edilen fiiller. (c) Türkiye'nin taraf olduğu (...)’de, yasaklanan ve suç olarak düzenlenen fiiller.”

¹³⁹ Madde 4 “ (1) 3 üncü madde kapsamında suç olarak düzenlenen fiillerin gerçekleştirilmesinde tümüyle veya kısmen kullanılması amacıyla veya kullanılacağını bilerek ve isteyerek belli bir fiille ilişkilendirilmeden dahi bir teröriste veya terör örgütlerine fon sağlayan veya toplayan kişi, fiili daha ağır cezayı gerektiren başka bir suç oluşturmadığı takdirde, beş yıldan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (2) Birinci fıkra hükmüne göre ceza verilebilmesi için fonun bir suçun işlenmesinde kullanılmış olması şartı aranmaz. ...”

¹⁴⁰ Eicker, **a.g.m.**, s. 684.

¹⁴¹ Mikael LYNGBO/Feridun YENİSEY/Namık Kemal TOPÇU/Önder TOZMAN/Kemal ŞAHİN, "Örgütlü Suçlar ve Terör Suçları Eğitim Modülü", **Avrupa Birliği ve Avrupa Konseyi Ortak Projesi**, Ankara: Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, 2014, s.69

¹⁴² Yargıtay CGK 2007/9-282 E., 2008/44 K., 04.03.2008.

konusu içtihadı takip etmiştir.¹⁴³ Terörle Mücadele Kanunu'¹⁴⁴nda halihazırda üç tür terör suçu¹⁴⁵ tespit edilmişken, bunlardan birine dahil edilemeyen hareketlerin de 220/6 ile terör suçu kabul edilmesi terör kavramının oldukça geniş yorumlandığının göstergesidir. Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri de 2009 yılında düzenlediği raporda, Yargıtay içtihatlarının TCK 220/6'nı azınlıklarla ilgili protestolara katılanlar aleyhine fazlasıyla genişlettiğini belirtmiştir.¹⁴⁶ Terör örgütü üyesi olmadığı halde, üstelik genel bir çağrıdan sonra bir protesto eylemine katılarak 'örgüt adına' suç işlediği kabul edilen failin ayrıca gerçek içtima kuralları uyarınca bir de üyelikten ceza alması ile bu suça teşebbüsün de mümkün olduğu göz önüne alındığında¹⁴⁷ terör suçuna iştirakin fazlasıyla genişletildiği iddia olunabilir.

Polis Vazife ve Salahiyeti Kanunu'nun¹⁴⁸ Ek Madde 7¹⁴⁹,de polisin önleme amaçlı iletişimin denetlenmesini de kapsayan geniş istihbarat yetkisi düzenlenmiştir. Bu maddede de her ne kadar yapılacak işlemler için hakim kararı aransa da suç şüphesi üzerine harekete geçen proaktif soruşturma

¹⁴³ Yargıtay 9. CD, E. 2010/9286, K. 2012/5270, 18.04.2012; Yargıtay 9. CD, E. 2011/2412, K. 2013/6246, 18.04.2013; Yargıtay 16. CD E. 2017/2204, K. 2017/5578, 28.11.2017.

¹⁴⁴ 3713 sa. Terörle Mücadele Kanunu, Kabul:12.04.1991, Resmi Gazete: 12/4/1991, Sayı: 20843 Mükerrer

¹⁴⁵ TMK 3'te sayılan ve 'mutlak terör suçu' olarak adlandırılan fiiller, TMK 4'te gösterilmiş suçlardan birinin terör amacıyla ve terör faaliyeti kapsamında işlenmesi ile ortaya çıkan 'nispi terör suçu ve son olarak TMK 7'de terör örgütlerini kurma, faaliyetlerini düzenleme, yönetme veya bunlara girme suçlarından oluşan üçüncü kategori.

¹⁴⁶ Commissioner for Human Rights, "Report by Thomas Hammarberg - Commissioner for Human Rights of the Council of Europe Following his visit to Turkey on 28 June – 3 July 2009: Human rights of minorities", **CommDH**, (2009)30, 01.10.2009, para. 167

¹⁴⁷ A. Caner YENİDÜNYA/ Zafer İÇER, "Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma Suçu", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Cilt:19, 2013, Sayı:2, s.822.

¹⁴⁸ 2559 sa. Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu, Kabul: 4/7/1934, Resmi Gazete: 14/7/1934, Sayı: 2751.

¹⁴⁹ Ek Madde 7 "(1) Polis, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne, Anayasa düzenine ve genel güvenliğine dair önleyici ve koruyucu tedbirleri almak, emniyet ve asayişini sağlamak üzere, ülke seviyesinde ve sanal ortamda istihbarat faaliyetlerinde bulunur, bu amaçla bilgi toplar, değerlendirir, yetkili mercilere veya kullanma alanına ulaştırır. Devletin diğer istihbarat kuruluşlarıyla işbirliği yapar. ... (4) ... Kararlar, en fazla üç ay için verilebilir; bu süre aynı usulle üçer ay geçmeyecek şekilde en fazla üç defa uzatılabilir. Ancak, terör örgütünün faaliyeti çerçevesinde devam eden tehlikelere ilişkin olarak gerekli görülmesi halinde, hakim üç aydan fazla olmamak üzere sürenin müteaddit defalar uzatılmasına karar verebilir. ... (6) ... teknik araçlarla izleme yapılabilir. ..."

YÜHFD Cilt: XVI Sayı:2 (2019)

yapan değil, tehlike odaklı önleyici bir polis faaliyetinden söz edildiği görülmektedir. Yine benzer düzenleme, MİT Kanunu¹⁵⁰ madde 6¹⁵¹, da da yer almaktadır. Bu faaliyetler kapsamında hakkında veri toplanan kişiler bundan haberdar olmadığı gibi maddelerde geçen verilerin imha edilmesine dair ibare bir yaptırıma bağlanmadığından güvence karakteri şaibeli olacaktır.¹⁵²

Ayrıca 2014 yılında kamuoyuna duyurulup 2015 yılında yürürlüğe giren ‘İç Güvenlik Paketi’nin taslak aşamasında PVSK’ ya polise önleyici gözaltı yetkisi tanıyan düzenleme getirme önerilerinde bulunulmuştur.¹⁵³ Ancak 13. Maddeye eklenen (H) bendi ile, ‘başkalarının can güvenliğini tehlikeye düşürenler’ için de kolluğa yakalama ve uzaklaştırma yetkisi getirmekle yetinilmiştir.¹⁵⁴ Güvenlik amaçlı ve tehlike odaklı bir tedbir olduğu ve yasada geçen muğlak ifadeler yüzünden¹⁵⁵ süresinin belli olmadığı gerekçeleri bu düzenlemeyi düşman ceza hukuku kapsamında görmeyi mümkün kılmaktadır.¹⁵⁶

¹⁵⁰ 2937 sa. Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Merkezi İstihbarat Teşkilatı Kanunu, Kabul: 1/11/1983, Resmi Gazete: 3/11/1983, Sayı: 18210

¹⁵¹ Madde 6 “(1) ... (2) Bu Kanunun 4 üncü maddesinde sayılan görevlerin yerine getirilmesi amacıyla Anayasanın 2 nci maddesinde belirtilen temel niteliklere ve demokratik hukuk devletine yönelik ciddi bir tehlikenin varlığı halinde Devlet güvenliğinin sağlanması, casusluk faaliyetlerinin ortaya çıkarılması, Devlet sırrının ifşasının tespiti ve terörist faaliyetlerin önlenmesine ilişkin olarak, hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Teşkilat Başkanı veya yardımcısının yazılı emriyle telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişim tespit edilebilir, dinlenebilir, sinyal bilgileri değerlendirilebilir, kayda alınabilir. ...”

¹⁵² Avrupa Entegrasyon ve İnsan Hakları Mahkemesi ve Ekimdzhev /Bulgaristan, No.62540/00, 28.6.2007, para. 85.

¹⁵³ Yavuz, **a.g.m.**, s. 622-627.

¹⁵⁴ Ibid.

¹⁵⁵ PVSK, Madde 13 (H) “Başkalarının can güvenliğini tehlikeye düşürenleri, eylemin veya durumun niteliğine göre; koruma altına alır, uzaklaştırır ya da yakalar ve gerekli kanuni işlemleri yapar. (...)”

¹⁵⁶ Aksi görüş için bkz., Yavuz, **a.g.m.**, s. 660, “Ne 2013, ne de 2014 yılında gündeme gelen değişiklik taslaklarında; sebepsiz gözaltına alma, sorgusuz tutuklama, yargısız infaz, vatandaşına düşman ceza hukuku yöntemleri uygulama ve polis devleti kurma gibi hukuk devleti ilkelerinden uzak amaçlar bulunduğunu söylemek mümkün görünmemektedir.” Genel olarak iç güvenlik paketini bu kapsamda değerlendiren görüş için bkz., Levent Pişkin, “İç Güvenlik Paketi ya da Düşman Ceza Hukuku”,

<http://www.cumhuriyet.com.tr/koseyazisi/203307/ic-Guvenlik-Paketi-ya-da-Dusman-Ceza-Hukuku.html> , E.T.: 09.10.2018.

676 sa. KHK¹⁵⁷ ile Ceza Muhakemesi Kanunu'nun¹⁵⁸ müdafî ile görüşmeyi düzenleyen 154. Maddesine yapılan ekleme, yukarıda geçen Alman Mahkemelerinin Kuruluşu ve Çalışma Usulleri Hakkında Kanun'un 31. Maddesi ile benzerlik göstermektedir. Zira bu maddeye göre de belli suçlar bakımından “*gözüaltındaki şüphelinin müdafî ile görüşme hakkı Cumhuriyet savcısının istemi üzerine*” kısıtlanabilmektedir. Ayrıca burada, başkasının can güvenliğinin tehdit edilmesi şartı aranmamıştır.

Son olarak, OHAL KHK'larının temel hak ve özgürlükleri sınırlandıracağı beklenmedik bir gelişme olmasa da¹⁵⁹ medya gündemini ‘sivillere ceza muafiyeti’ şeklinde meşgul eden 696 sa. KHK'nın¹⁶⁰ 121. maddesi¹⁶¹ ile getirilen düzenlemeye göre, darbe teşebbüsü ve terör eylemlerinin bastırılması kapsamında gerçekleştirilen fiilleri nedeniyle resmi görevli olmayan kişilerin de cezai sorumluluğu doğmayacaktır. Bu düzenlemenin ‘*vogelfrei*’ kavramıyla kurduğu benzerlik düşündürücüdür.

2.2. Uluslararası Hukuk

Terörizme karşı akdedilen uluslararası ilk anlaşmanın, 1963 tarihli Uçaklarda İşlenen Suçlar Ve Diğer Bazı Eylemlere İlişkin Tokyo

¹⁵⁷ 676 sa. KHK, Kabul: 03/10/2016, Resmi Gazete: 29/10/2016, Sayı: 29872.

¹⁵⁸ 5271 sa. Ceza Muhakemesi Kanunu, Kabul: 04/12/2004, Resmi Gazete: 17/12/2004 Sayı: 25673.

¹⁵⁹ Türkiye’de özellikle olağanüstü hal döneminde düşman ceza hukukunun uygulandığına dair görüşler için bkz., Hüseyin Aygün, “Düşman Ceza Hukuku”, 12.10.2017, <https://www.birgun.net/haber-detay/dusman-ceza-hukuku-184018.html> , E.T.: 04.10.2018; Rahmi Ofloğlu, “Düşman Ceza Hukuku”, 24.03.2018, <http://www.adaletbiz.com/ceza-hukuku/dusman-ceza-hukuku-h201577.html> , E.T.: 04.10.2018; Özlem Altınparmak, “Böyle Hukuk Düşman Başına”, 04.11.2017, <https://m.bianet.org/biamag/siyaset/191239-boyle-hukuk-dusman-basina> , E.T.: 04.10.2018. Ayrıca terörle mücadelede düşman ceza hukukuna başvurulmaması gerektiği yönünde bkz., Salih Gülgeldi, “Düşman Ceza Hukuku”, 13.11.2013, <http://www.hukukihaber.net/dusman-ceza-hukuku-makale.3256.html> , E.T.: 04.10.2018; Mehmet Merdan Hekimoğlu, “Terörle Mücadelede Düşman Ceza Hukuku”, 26.06.2018, <http://www.karar.com/gorusler/terorle-mucadelede-dusman-ceza-hukuku-895355#> , E.T.: 04.10.2018.

¹⁶⁰ 696 sa. KHK, Kabul: 20/11/2017, Resmi Gazete: 24/12/2017, Sayı: 30280.

¹⁶¹ “*Resmî bir sıfat taşıyıp taşımadıklarına veya resmî bir görevi yerine getirip getirmediğine bakılmaksızın 15/7/2016 tarihinde gerçekleştirilen darbe teşebbüsü ve terör eylemleri ile bunların devamı niteliğindeki eylemlerin bastırılması kapsamında hareket eden kişiler hakkında da birinci fıkra hükümleri uygulanır.*” 6755 sa. Kanun madde 37(1) “...fiilleri nedeniyle hukuki, idari, mali ve cezai sorumluluğu doğmaz.”
YÜHFD Cilt: XVI Sayı:2 (2019)

Sözleşmesi olduğu kabul edilmektedir.¹⁶² Bundan sonra da özellikle yirminci yüzyılın ikinci yarısından itibaren dünyada güvenlik ön plana çıkmış, adeta yüzyıllardır uğruna savaşılan insan hak ve hürriyetleri, güvenlik paradoksunda arka planda kalmıştır. Yerel, bölgesel ve evrensel terörizmle savaş ve uluslararası suçlulukla mücadele konularını düzenleyen onlarca sözleşme akdedilmiştir. Ancak her bir sözleşmeyi ya da terörle mücadele noktasında devletler tarafından ya da bağımsız olarak kurulan organizasyonları incelemek bu makalenin amacını ve hacmini aşacaktır. Amaç, uluslararası toplumun düşman ceza hukukuna eğilimli olup olmadığını ya da bunun derecesini tespit için değerlendirmelerde bulunmaktır. Bu yüzden 193 ülkeyi temsil kabiliyetiyle Birleşmiş Milletler ve yargı yetkisi 47 ülkede tanınan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin tutumunun ele alınması genel bir perspektif sunması açısından gerekli ve yeterli görülmüştür.

2.2.1. Birleşmiş Milletler

1999 tarihli Terörizmin Finansmanının Önlenmesine Dair Uluslararası Sözleşme¹⁶³'nin 8/1. maddesine göre; “*Her Taraf Devlet, gerektiğinde müsadere edilebilmeleri amacıyla., 2. Maddede belirtilen suçların işlenmesi için kullanılan veya kullanılması için oluşturulan fonların veya bu suçlardan temin edilen kazançların tespiti, bulunması, dondurulması, el konulması için iç hukuku uyarınca gerekli tedbirleri alır,*”

Ayrıca Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi'nin 1373(2001) sayılı kararı ve bunun devamı niteliğindeki tüm kararlarında terörizmi finanse eden kişilerin mal varlıklarının dondurulmasına ilişkin yükümlülükler getirmektedir.¹⁶⁴

Yine, Güvenlik Konseyi tarafından çıkarılan 2014 tarihli bir karara¹⁶⁵ göre; tüm üye devletler, terörist faaliyetlerin finanse edilmesinde, planlanmasında, hazırlanmasında ve icra edilmesinde ya da desteklenmesinde rolü olan herkesin adalete teslim edileceği ve bu fiilin ciddiyeti doğrultusunda bu kişilerin ağır şekilde cezalandırılmasını

¹⁶² Daniel O'DONNELL, “International treaties against terrorism and the use of terrorism during armed conflict and by armed forces”, **International Review of the Red Cross**, Vol.88, Num. 864, December 2006, s. 854.

¹⁶³ Birleşmiş Milletler Genel Kurulu, Terörizmin Finansmanının Önlenmesine Dair Uluslararası Sözleşme, 9 Aralık 1999.

¹⁶⁴ Mehmet GÖDEKLİ, **Terörün Finansmanı Suçu**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017, s. 151.

¹⁶⁵ Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi, S/RES/2178 (2014), 24 Eylül 2014.

sağlayacak yeterlilikte ceza kanunları yapılacağını garanti etmelidirler.¹⁶⁶ Bu fiiller arasında vatandaşlığı olmadığı ya da ikametinin bulunmadığı bir ülkeye terörist aktivitelere katılmak, planlanmasında ya da hazırlanmasında katkı sağlamak, terörist talimleri almak ya da vermek için gitmek, doğrudan ya da dolaylı olarak sayılan eylemlerde kullanılması amacıyla ya da bunlar için kullanılacağını bilerek fon toplamak ya da tedarik etme ile aynı eylemleri yapması için örgüte üye toplamak sayılmıştır. Aynı kararın devam eden paragrafında ise Konsey, El-Kaideye sosyal medya dahil herhangi bir yoldan destek olan kişi, grup, girişim ve işletmelerin listesinin yapılması gerektiği konusundaki kararlılığını yineler.¹⁶⁷

Örnek olarak verilen sözleşme maddesi ve Güvenlik Konseyi kararında, terör faaliyeti olarak adlandırılan eylemlerinin kapsamının hayli geniş tutulduğu açıktır. Üstelik bunların hazırlanmasına, planlanmasına şeklinde defaten vurgulandığı üzere terör eylemlerine teşebbüs etmenin de terör suçu olarak addedildiği aşikardır. Ancak terör eylemleri için fon sağlamak, suç olarak düzenlenmiş olmaması halinde kendi başına bir teşebbüs değil, ancak hazırlık hareketi olarak nitelendirilebilecekken henüz tahsis edilmediği halde bu amaç için ayrılmış bulunan meblağa dahi devlet tarafından el konulması, sözleşmede hüküm altına alınmış ve devletlere bir yükümlülük olarak getirilmiştir. 2014 tarihli kararda açıkça ifade edildiği üzere, örneğin birinin terör kampına gitmesi için sağlanan -ancak bu kişi henüz gitmese ve para kullanılmasa da- fon da sağlayıcısını terör suçlusu kılacaktır. Jakobs' un kastettiği cezalandırmanın öne alınması herhalde ancak bu kadar elverişli bir örnekle izah edilebilirdi.

2.2.2. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi

Extraordinary rendition meselesinin tipik bir davası olan *El-Masri*'de AİHM, maddi ve usuli yönlerden işkence yasağının ayrıca kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının, özel yaşamın gizliliği hakkının ve etkin başvuru hakkının ayrı ayrı ve çok ağır derecede ihlal edildiğine karar vermiştir.¹⁶⁸ Hukuki garantilerin keyfi devlet erki politikasında eridiği¹⁶⁹ böyle bir uygulamanın bir 'insan hakları' mahkemesince teyit edilmesi elbette beklemezdi. Kaldı ki AİHM bir başka davada, *extraordinary rendition*' u

¹⁶⁶ S/RES/2178 (2014), s. 4, para 6.

¹⁶⁷ S/RES/2178 (2014), s. 4, para 7.

¹⁶⁸ *El-Masri v. Yugoslavia*, paras. 223; 237; 250.

¹⁶⁹ *Vervaele, a.g.m.*, s. 5.

YÜHFD Cilt: XVI Sayı:2 (2019)

hukukun üstünlüğü ve Sözleşme ilkelerinden tam bir sapma olarak nitelendirmiştir.¹⁷⁰

Mangouras v. İspanya davasında, Yunan asıllı başvuruçunun kaptanı olduğu gemi İspanya kıyılarında gövdesinde açılan bir yarık nedeniyle batmış, açılan ceza soruşturmasında sorgu hakimi başvuruçunun 3 000 000 Euro kefaletle serbest bırakılması olanağını tanıyacak şekilde tutuklanmasını emretmiştir. AİHM, söz konusu kefalet miktarı açısından Sözleşme'nin 5/3 maddesinden ihlal vermemiştir.¹⁷¹ Burada prosedürel bir hak olan teminatla tutuksuz yargılanma hakkını adeta işlevsizleştiren bir karar görülmektedir.

AİHM, *M. v. Almanya*¹⁷² kararında başvuruçunun hakkında ağır suçlardan mükerrir fail olduğu için suç işlemeye yüksek eğilimli olması sebebiyle hapis cezasının infazından sonra güvenlik tedbirine hükmolunmuştur. Söz konusu tedbir nedeniyle normal ceza infaz kurumunda tutulan başvuruçunun süresini doldurmasına iki yıl kala yürürlüğe giren bir kanunla güvenlik tedbirlerinin on yıl olan tavan süresi kaldırılmıştır. Bunun akabinde mahkeme, M. hakkında da yasanın yeni halinin uygulanabileceğine karar vermiştir. AİHM ise 'ceza' kavramını otonom yorumlayarak ilgili emniyet tedbirini bir ceza addetmiş ve ceza kanunlarının aleyhe olarak geriye yürüyemeyeceğinden bahisle yedinci maddeden ihlal kararı vermiştir.¹⁷³ Zira başvuruçunun suçu işlediği dönemde, söz konusu tutma süresiz uygulanmamaktadır.

Bergmann v. Almanya davasında ise, olaylar çok benzer olmasına rağmen, AİHM tamamen farklı bir karar vermiştir. Bu davada da Bergmann çoğu cinsel dokunulmazlığa ve vücut bütünlüğüne ağır ihlal teşkil eden fiillerden yargılanmış, ceza almış, cezasının infazından sonra hakkında verilen güvenlik tedbirinin de süresini doldurmuştur.¹⁷⁴ Bergmann'ın da işlediği suçlar döneminde henüz güvenlik tedbirinin tavan süresi on yıldır. On yılı doldurduktan sonra bölge mahkemesinin tedbirin devamına karar vermesi üzerine başvuruçunun, temyiz yoluna gitmiştir. Yapılan değerlendirmeler sonucu, temyiz mahkemesi bir kişinin akıl hastası sayılıp hakkında tedbir verilebilmesi için cezai sorumluluğunu (kusur yeteneğini) ortadan kaldıracak derecenin aranmadığını belirterek Bergmann'ın sadist

¹⁷⁰ *Iskandarov v. Russia*, 17185/05, 23 September 2010, para. 156.

¹⁷¹ *Mangouras v. Spain*, 12050/04, 28/9/2010, paras. 13-17; 92.

¹⁷² *M. v. Germany*, 19359/04, 17.12.2009.

¹⁷³ *Ibid*, paras., 7-12; 123-137.

¹⁷⁴ *Bergmann v. Germany*, 23279/14, 7/1/2016, paras. 6-13.

cinsel yönelimlerinin akıl hastalığı kapsamında kalacağını ifade etmiştir.¹⁷⁵ Ayrıca yerel mahkemelerde failin tehlikelilik hali defaten vurgulanmış ve hapisanede kalarak toplum açısından bir tehdit oluşturmaması gerektiğine kanaat getirilmiştir.¹⁷⁶ AİHM ise, her ne kadar kişi bir hastanede tutulmuyor olsa da, akıl hastalığı sebebiyle olaydaki gibi tedbirin uzatıldığı hallerde, artık bu tutmanın niteliğinin cezalandırıcı olmaktan çıktığını, dolayısıyla burada kanunların geriye yürümezliği ilkesinin ihlal edilmediğini karara bağlamıştır.¹⁷⁷

El-Masri davasında tutumu son derece hukukun üstünlüğüne dayanan, hümanist ve oldukça net olan AİHM'in *Mangouras*'ta kişi güvenliği noktasındaki hassas tavrından saptığı gözlemlenmektedir. Yine, failin tehlikeliliği hasebiyle toplumdaki tecridine dayanan, şartları hemen hemen aynı olan son iki davada da altı yıl arayla taban tabana zıt iki karar çıkarması düşündürücüdür. Yerel mahkemeler, Bergmann davasında 'akıl hastalığı' olduğunu kabul etmelerine rağmen doksan yedi yaşındaki başvuruçuyu tedaviye cevap vermemekte direndiği gerekçesiyle hastanede değil, cezaevinde tutmayı uygun görmüş ve bunu toplumun bu kişiden korunması gereğine açıkça dayandırmışlardır. AİHM ise içtihadından dönerek, üstelik de suçun işlenmesinden sonra yürürlüğe giren bir kanunla süresizleşen tedbire onay vermiş görünmektedir.

2.2.3. Ara Sonuç

Uluslararası Ceza Hukuku Derneği'nin beş yılda bir yaptığı kongrelerin sekizincisi 20-27 Eylül 2009 tarihleri arasında İstanbul'da tertiplenmiştir. Bu kongrede alınan pek çok karardan düşman ceza hukuku açısından öne çıkan, hazırlık hareketlerinin ve iştirak biçimlerinin genişlemesine yönelik olandır.¹⁷⁸ Buna göre, "*diğer insanların hayatlarına, vücut bütünlüklerine ve özgürlüklerine zarar verecek çok ağır bir suçun önlenmesi; kanunun, hangi hazırlık iştirak hareketlerinin cezalandırılacağını çok genel ifadelerle başvurmadan ve özellikle sadece suç işleme kastının veya amacının cezalandırılmasından kaçınarak, objektif ve somut hareketleri tanımlamış olması, suç teşkil eden fiillerin, asıl suçun gerçekleşebilmesi için açık ve yakın bir tehlike oluşturuyor olması, failin kastı ve cezanın suçun faili için*

¹⁷⁵ Ibid, para. 23.

¹⁷⁶ Ibid, paras 20;28.

¹⁷⁷ Ibid, para.182.

¹⁷⁸ XVIII. Uluslararası Ceza Hukuku Kongresi ve İstanbul Kararları, "Hazırlık Hareketleri ve İştirakin Genişleyen Biçimleri", Çev. Elif Yarsuvat, **Suç ve Ceza**, Sayı 1, Ocak-Şubat-Mart 2010, s. 13 vd.

öngörülmüş olandan daha hafif olması ve her koşulda bireysel kusurun kapsamına uygun olması”¹⁷⁹ şartlarının sağlanması koşuluyla söz konusu genişleme meşru olarak yapılabilir. Bu kararın alınması ise, günümüz küresel dünyasında bilhassa terörizm ve diğer silahlı örgütlü suçlar olmak üzere çok ağır suçların belirdiği ve açık ve yakın tehlike halleriyle sınırlı olmak ve güvenlik için gerekmek kaydıyla hazırlık hareketleri ve iştirakin kapsamının genişlemesine ihtiyaç duyulabileceği gerekçelerine dayandırılmıştır.¹⁸⁰

Çok farklı milletlerden ceza hukukçularını barındıran bu bağımsız derneğin aldığı karar da dünya çapında güvenliğin nasıl birinci mesele haline geldiğini bir kez daha ortaya koymaktadır. Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi’nin genel tutumu ve AİHM’in dönüşen yaklaşımı dikkate alınarak şu özet sonuca varmak mümkündür: Ağır suçlarla ‘mücadele’ için cezalandırılabilirliğin öne alınması -ki hazırlık hareketlerinin bizatihi suça dönüşmesini, iştirakin ve terör suçu kavramının genişletilmesini ifade eder- başta olmak üzere, ağır cezalar ve cezanın infazından sonra dahi devam eden emniyet tedbirleri gibi düşman ceza hukuku endikatörlerine uluslararası camiada da sıkça rastlanmaktadır.

3. DÜŞMAN CEZA HUKUKU ELEŞTİRİSİ

3.1. Ampirik Açıdan

Öncelikle, hukuka her daim sırtını dönmüş düşman kategorisi gerçekte mevcut değildir.¹⁸¹ Jakobs, sivil bir anayasa altında yaşamaya zorlanamayan kişi olarak bu tabiri yorumlamışsa da kimin ne zaman düşman kabul edileceği, onun ne zaman ve nasıl dışlanması gerektiği noktasında hiçbir açıklık bulunmamaktadır.¹⁸² Kimin düşman olduğunu belirlemeye yetkili olan kimdir?¹⁸³ Rahatlıkla parlamentodur, devlet başkanıdır, ceza mahkemesidir ya da adli kolluktur diyebilir miyiz?¹⁸⁴ Düşman hangi kriterlere göre belirlenmektedir?¹⁸⁵ Devlet düşmanının kim olduğunu nasıl

¹⁷⁹ Ibid.

¹⁸⁰ Ibid, s. 15 vd.

¹⁸¹ Rosenau, **a.g.m.**, s. 398.

¹⁸² Arnold, **a.g.m.**, s. 535.

¹⁸³ Klaus MALEK, “Düşman Ceza Hukuku – 2006 Yılı 30. Müdafiler Günündeki ‘Düşman Ceza Hukuku- Hukuk Devletindeki Hortlak’ Çalışma Grubuna İlişkin Birkaç Düşünce”, Çev. Yener ÜNVER, **Terör ve Düşman Ceza Hukuku**, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi, C.:8, Proje Yön. Kayhan İçel, Ed. Yener Ünver, Seçkin, Ankara, 2008, s. 593

¹⁸⁴ Ibid.

¹⁸⁵ Ibid.

ve nereden bilmektedir?¹⁸⁶ Olağan suçluların yanlışlıkla düşman kabul edilmesinin önüne nasıl geçilecektir?¹⁸⁷ Ne zaman düşman ne zaman vatandaş ceza hukukunun uygulanacağına kim, hangi kriterlere göre cevap verecektir?¹⁸⁸ Hukuku tamamen inkar eden kişinin var olup olmadığı noktasındaki kuşklar dahi, düşman ceza hukuku konseptinin kaypak zeminde yükseldiğini göstermektedir.¹⁸⁹

Aponte' ye göre düşman, düşman gibi davrandığı için değil, otorite onu öyle tanımladığı için düşmandır.¹⁹⁰ Ökçesiz' e göre de düşmanın rejim karşıtları için kullanılan bir tabir haline gelme tehlikesi bulunmaktadır.¹⁹¹

Ancak emniyet tedbirlerinin muhatabı olan kimseler hukuk dışı ve kişi olmayan ya da vahşi hayvan değildirler.¹⁹² Zira ilk olarak, örneğin bir suç örgütünün lideri olan birey, ceza hukukunun pek çok normunu ihlal ediyor da olsa aile hukukuna dayanan görevlerini yerine getiriyor olabilir ya da borçlar hukukuna dayanan bir sözleşmeyle bir ev, araba satın alıyor olabilir ki bu onun hukuk düzeninin büsbütün dışında olmadığını gösterir.¹⁹³ Bir suç örgütüne mensup olmak devletin bireyle iletişimine engel değildir.¹⁹⁴ Düşman, fail olarak ceza hukukunun kapsamında ve dolayısıyla da devletin muhatabıdır, onun devleti muhatap alıp almamasının bir önemi bulunmamaktadır.¹⁹⁵ İkinci olarak da, dünya çapındaki insan hakları hareketleri ve evrensel vatandaşlık statüsü, suçlunun ne yaptığının önemi olmadan bazı temel haklara sahip kişi olmasını gerektirir.¹⁹⁶

Keza Jakobs' un kendisi de yüzde yüz düşmanın bulunamayacağını dile getirmektedir.¹⁹⁷ Kişiler gerçek hayatta, en azından kısmen de olsa hukuka uyar. Bu durum da onların bu tez bağlamında tecrit edilmelerine engel olmaktadır.

¹⁸⁶ Heiner BIELEFELDT, "Das Folterverbot im Rechtsstaat", **Deutsches Institut für Menschenrechte**, Policy Paper No.4, Berlin, Juni 2004, s. 10.

¹⁸⁷ Ibid.

¹⁸⁸ Ibid.

¹⁸⁹ Rosenau, **a.g.m.**, s. 398.

¹⁹⁰ Aponte, **a.g.m.**, s. 576.

¹⁹¹ Hayrettin ÖKÇESİZ, " 'Düşman Ceza Hukuku' Düşüncesinin Eleştirisi, Güncel Hukuk, Sayı 26, Şubat 2006, s. 43. (Bundan sonra: Ökçesiz, Eleştirisi)

¹⁹² Rosenau, **a.g.m.**, s. 398; Malek, **a.g.m.**, s. 592.

¹⁹³ Ibid., s. 399.

¹⁹⁴ Sinn, **a.g.m.**, s. 625 vd.

¹⁹⁵ Ibid.

¹⁹⁶ Diez, **a.g.m.**, s. 205.

¹⁹⁷ Jakobs 2004, s. 93.

3.2. Semantik Açıdan

Jakobs, ulusal bazdaki kanunların ve uluslararası sözleşmelerin belli suçlarla mücadele şeklinde isimlendirilmesinin, bu düzenlemelerin amacının failin cezalandırılmasından ziyade onlarla savaşılacağı olmasından ileri geldiğini savunmaktadır.¹⁹⁸ Tıpkı veba ve koleraya karşı mücadele gibi.¹⁹⁹ Oysa ki söz konusu yasalar kavramsal olarak suç fenomenlerine yönelik olup, belirli fail gruplarını hedeflememektedir.²⁰⁰

Jakobs' un cinsel suç faillerini de düşman kategorisinde değerlendirdiğinden yola çıkılarak dışlanacak olan, hukuk dışı bırakılan bireyin, terapiye ya da tedaviye tabi tutulmasının düşman ceza hukukunda bir yeri yoktur.²⁰¹ Dolayısıyla, cinsel suçlulukla mücadele kanunları çıkararak ve bu suçluları hastanelerde güvenlik tedbirine tabi kılan bir devlette düşman ceza hukukunun uygulanıyor olduğu iddiası anlamsal açıdan zayıf olacaktır.

3.3. Dogmatik Açıdan

Öncelikle, Jakobs' un Kant'ın felsefesini kendi tezine odaklı ve son derece yüzeysel olarak yorumladığı iddia olunabilir.²⁰² Kant'a göre hukuk belli bir yer ve zamanda yasaların istedikleriyle ölçülürse ampirik olur ve ampirik hukukun içeriği egemenin istencine göre belirlenir.²⁰³ Cezalar ancak belli bir amaca özgülenmemiş, ampirik olmayan, siyasetten uzak saf bir yasa tarafından belirlenebilir.²⁰⁴ İnsana bizzatıhi amacın kendisi olarak muamelede bulunmayı öğütleyen insan odaklı bu radikal aşkın pozitivizmde failin kişi olmaktan çıkarılması söz konusu olamaz.²⁰⁵ Keza, Kant'a göre kişi ancak ve ancak savaş hali olan doğa halinde düşman kabul edilebilir.²⁰⁶

Devamla, Jakobs' un temel düşüncesi, vatandaş ceza hukukunun amacının normların korunması, düşman ceza hukukunun ise tehlikelerle mücadele olduğudur. Burada ilk husus, vatandaş ceza hukuku ile güvence altına alınan normun geçerliliği meselesinin, uçsuz bucaksız bir ceza hukuku doğurabileceği tehlikesidir.²⁰⁷ Bunun sebebi, ana eksen olarak

¹⁹⁸ Jakobs 2000, s. 47-51.

¹⁹⁹ Rosenau, **a.g.m.**, s. 399.

²⁰⁰ Saliger, **a.g.m.**, s. 61.

²⁰¹ Rosenau, **a.g.m.**, s. 400.

²⁰² Arnold, **a.g.m.**, s. 531.

²⁰³ Ibid., s. 532.

²⁰⁴ Ibid.

²⁰⁵ Ibid.

²⁰⁶ Ibid.

²⁰⁷ Heinrich, **a.g.m.**, s. 103.

hukuki değerlerin değil normun geçerliliğini korumak alınır, her tür hareketin bir anda cezaya tabi olacak olmasıdır.²⁰⁸ Ancak bundan daha tehlikelisi kamu barışı ve kamu güvenliği gibi kolektif içerikli hukuki değerlerin korunması merkeze alınacak olursa ceza hukukunun ‘suyu çıkacaktır.’²⁰⁹ İkinci husus, önleyici amaçlı hemen bütün faaliyetlerin düşman ceza hukuku kapsamında değerlendirilmesidir. Oysa, vatandaş ceza hukuku da büsbütün önleyici tedbirlerden, koruma tedbirlerinden ve güvenlik tedbirlerinden münezzeh değildir.²¹⁰

3.4. Hukuk Devleti İlkesi Açısından

Düşman ceza hukuku konsepti hukuk devleti ilkesi bakımından pek çok sorunsalı beraberinde getirmektedir.

Güvenlik ve özgürlük paradoksunda güvenliğin ön plana çıkarılması: Yukarıda da bahsedildiği gibi artık bugün risk toplumunun güvenlik hukukuna geçilmiş bir vaziyet söz konusudur.²¹¹ Burada asıl tehlike, güvenliğin ancak sert ceza kanunları ile sağlanacağını düşünmekten ve güvenliği özgürlüğü yadsıyıcı biçimde yorumlamaktan kaynaklanmaktadır.²¹² Güvenlik kaygısı yüzünden diktatörlerin istedikleri kişilerin haklarını sınırlandırmasına ve hatta kişi olmaktan çıkarmasına müsamaha gösterilmemelidir.²¹³ Bu paradoks güvenliğin sürekli kılınmış, eşit ve daha çok özgürlük anlamına gelecek şekilde yorumlanmasıyla aşılacaktır.²¹⁴

Ceza hukukunun ultima ratio olmaktan çıkarılması: Düşman ceza hukuku, önleyici yönün ön plana çıkarılmasıyla aslında son çare olarak uygulanması gereken ceza hukukunu ilk araca dönüştürme tehlikesini barındırmaktadır.²¹⁵

Fiil değil fail odaklı yaklaşım: Fiilin değil failin kim olduğunun önemli olması yani failin iradesinin, saikinin merkeze alınarak, teşebbüsün ve hazırlık hareketlerinin kapsanacağı şekilde cezalandırılabilirliğin öne alınması²¹⁶ tehlikeli faillerin izlenmesine yönelik özel müdahale

²⁰⁸ Ibid.

²⁰⁹ Ibid.

²¹⁰ Rosenau, **a.g.m.**, s. 400.

²¹¹ Eicker, **a.g.m.**, s. 678 vd.

²¹² Ökçesiz, Eleştiri, s. 42.

²¹³ Ibid.

²¹⁴ Ibid.

²¹⁵ Sinn, **a.g.m.**, s. 687.

²¹⁶ Arnold, **a.g.m.**, s. 536.

tedbirlerinin geliştirilmesi²¹⁷ fiil ceza hukukundan fail ceza hukukuna geçildiğinin göstergeleri olarak görülmektedir.²¹⁸

Kusur ilkesinin aşınması: Kusura değil tehlikeliliğe ağırlık veren tedbirler²¹⁹ fail ceza hukukuna geçişin bir sonucudur.²²⁰ Failin kim olduğunun önemi ve vatandaş değil de düşman ise etkisiz hale getirilip bir köşede tasfiye edilmesini öngören tutum, devlet erkinin vahşileşmesini sonuçlar.²²¹

Otoriterleşme- faşistleşme: Ceza hukukunun düşman ve vatandaşlar için uygulanmak üzere ikiye ayrılması totaliter bir karakter taşıdığını gösterir ve ceza hukukunun genişlemesi, üstelik sertleşmesi faşist bir toplum düzenine gidişin sinyallerini verir.²²²

Masumiyet karinesinin ortadan kalkması: Ceza hukukunun en temel prensiplerinden olan masumiyet karinesi de düşmanın statüsüne göre ve tehlikelilik haline göre yorum yapan bu hukuk konseptinde ortadan kalkmış görünmektedir.²²³

İnsan onurunun zedelenmesi: Söz konusu hukuki değerlerin korunması olmayıp normun geçerliliği olunca, bir değer olarak insan onuru da anlamını yitirmektedir.²²⁴ Kişilerin statülerinin inkâr edilmesi ile onların vahşi hayvanlar olarak kategorize edilmesi insan onurunun dokunulmazlığını yaralar.²²⁵ Son olarak elbette, bu sistemin işkence yasağına yer vermemesi de insan onurunun hükümsüz kalışına işaret etmektedir.²²⁶

Eşitliğin zedelenmesi: Temelde vatandaş ve düşman şeklinde ceza hukukunda ayırma gitmek ve birinde kusur ilkesine göre işlem yaparken birinde hukuk dışı addedilen bireylerin tehlikelilik üzerinden muamele görmesi, hukuk devletinin çok temel ilkelerinden olan eşitlik prensibine zarar vermektedir.²²⁷ Vatandaşlar ve olmayanlar arasında yaratılan bu çifte standart anayasa hukukunun temellerini göçertecek ve vatandaşların da özgürlüklerine gelecek tecavüzlere ortam hazırlayacaktır.²²⁸

²¹⁷ Ibid, s. 540

²¹⁸ Sinn, **a.g.m.**, s.615.

²¹⁹ Rosenau, **a.g.m.**, s. 392.

²²⁰ Sinn, **a.g.m.**, s. 630-631.

²²¹ Rosenau, **a.g.m.**, s. 401.

²²² Ibid.; Arnold, **a.g.m.**, s. 536.

²²³ Ökçesiz, Eleştiri, s. 42.

²²⁴ Sinn, **a.g.m.**, s. 622.

²²⁵ Rosenau, **a.g.m.**, s. 401; Ökçesiz, Eleştiri, s. 43.

²²⁶ Bielefeldt, **a.g.m.**, s. 10.

²²⁷ Rosenau, **a.g.m.**, s. 401.

²²⁸ Diez, **a.g.m.**, s.194, dipnot 28.

SONUÇ

Düşman ceza hukuku, temelde en yüksek değer olarak insan onurunu ya da diğer temel hak ve özgürlükleri değil, toplumsal güvenliği baz alan bir sistem olarak karşımıza çıkmaktadır. Öyle ki, kamu güvenliğini tehdit eden failler, ki bunlar mükerrir cinsel suç failleri de dahil olmak üzere, terör suçluları, organize suç örgütü üyeleri, uyuşturucu kaçakçıları, ekonomik suçlular ve benzerleridir, devlet tarafından vatandaş olarak algılanmamalı, vatandaşlara tanınan bütün hukuki güvenceler onlara tanınmamalıdır. Onlar toplumun kendilerinden muhafaza edilmesi gereken tehlikeli kişilerdir. Devlet de güvenlik görevini yerine getirmek için cezalandırmasını erkenden başlatmalı, teröre yardım için ayrılan fonlara el koymalı, istihbaratı mümkün mertebe geniş tutarak planlanan suçlardan haberdar olmalıdır. Tekrar suç işlemesinden şüphe edilen ağır suçlardan hükümlüleri, cezalarının infazından sonra dahi süresiz olarak tutmalı, hiçbir faaliyetin planlama veya aksiyon aşamasında yer almamasına rağmen bir suç örgütüne üye olma gafletinde bulunan kişiyi, bu kişi tehlikelilik halini kanıtlamış bulunduğundan on beş yıllara varan cezalara tabi kılmalıdır.

Ceza hukukunun en ayrılmaz ilkelerinden olan kusur prensibi, masumiyet karinesi ve insan onuru böyle bir yaklaşımda devamlı ihlal edilme tehlikesiyle karşı karşıya kalacaktır. Üstelik devlet erkinin en kolay ve en ağır müdahale yetkisiyle donatıldığı ceza hukukunun son çare olmasının, müesseselerinin suçun işlenişinden sonra harekete geçirilmesi gerekliliğinin göz ardı edilmesi, yüzyıllardır dişle tırnakla savaşılmış edinilmiş insan haklarının güvenlik gerekçesiyle teker teker iade edilmesi gibi bir durumu sonuçlayacaktır. İştirakin ve hazırlık hareketlerinin genişletilmesi ve cezalandırılması, devletin niyet okumasına, bunların tespiti için gerçekleştirilen geniş çaplı bilgi toplama faaliyetleri de özel hayatın devamlı surette ihlaline varacaktır. Bu konseptte ironik olan şudur ki, önerilen ya da tasvir edilen tüm bu uygulamalar *hukuk dışı* ‘düşmanlardan’ korunmak uğruna gerçekleştirilirken geride özgürlükleri aşınmış, hukuksuz devletlerin *hukuk içi* ‘vatandaşları’ kalacaktır.

Zira hukuk devletlerinde hukuk bir ve tek olup, herkese eşit olarak uygulanır. Bir ülkede hangisinin kime, ne zaman ve hangi şartlarda uygulanacağını muğlak olduğu birden fazla ceza hukuku sistemi öngörmek gerçekçi olmaktan uzaktır. Elbette devlet toplumun güvenliğinden de sorumludur. Ancak örneğin, bireylerin evden çıkmasını yasaklayarak can güvenliklerini temin eden bir devlet bu hususta ne kadar samimidir ve ne kadar arzulanabilir?

Suç işlediği sabit olan kişi ceza hukuku kanunları uyarınca cezalandırılmalıdır. Suç işlediğinden şüphelenilen kişi hakkında soruşturma yapılmalı ve gerektiğinde koruma tedbirlerine başvurulmalıdır. Suç işleyeceğinden şüphelenilen kişinin vereceği zarardan sakınmak için de idari kolluk gereken önlemleri almalıdır. Tüm bunlar için hukuk devleti çatısındaki vatandaş ceza hukuku yeterlidir. Söz konusu kişinin adeta cezalandırılır gibi hürriyetinden yoksun bırakılması ceza adalet sistemi mantığına uymaz.

Velhasıl, devletin güvenliği tatbik etmesi gerekmekeyse de bunun yolu onun eline istediği alanı istediği kadar ağır yaptırıma bağladığı bir ceza hukuku teslim etmek olmamalıdır. Savaşın bile bir hukuka bağlandığı günümüzde gelmiş bulunan insan hakları seviyesinden ve bilhassa usuli güvencelerden vazgeçmek kısa vadede güvenliği sağlasa da bunun bedeli özgürlüklerden feragat olacaktır. Düşman ceza hukuku ancak, hukuku ve hukuk devletini zedeler. Zira *adaletle adavet yan yana yürümez ki...*²²⁹

KAYNAKÇA

KİTAP/MAKALE

- AMBOS, Kai, “Düşman Ceza Hukuku”, Çev. Serkan OĞUZ, **Küresel Bakış**, Yıl 7, S. 22, Haziran 2017, s. 77-107.
- APONTE, Alejandro, “Savaş ve Politika- Günlük Yaşamdaki Politik Aleyhtar Ceza Hukuku”, Çev. Emin KOÇ, **Terör ve Düşman Ceza Hukuku**, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi, Cilt:8, Proje Yön. Kayhan İçel, Ed. Yener Ünver, Seçkin, Ankara, 2008, s. 571-581.
- ARNOLD, Jörg, “Beş Tezde Düşman Ceza Hukuku’nun Gelişim Süreçleri”, Çev. İlker TEPE, **Terör ve Düşman Ceza Hukuku**, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi, Cilt:8, Proje Yön. Kayhan İçel, Ed. Yener Ünver, Seçkin, Ankara, 2008, s. 527-550.
- ASHOLT, Martin, “Die Debatte über das „Feindstrafrecht“ in Deutschland Aufleben eines alten Dilemmas am Anfang des 21. Jahrhunderts”, **Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik**, 4/211, s. 180-192.
- BIELEFELDT, Heiner, “Das Folterverbot im Rechtsstaat”, **Deutsches Institut für Menschenrechte**, Policy Paper No.4, Berlin, Juni 2004.
- BUNG, Jochen, “Normun Geçerliliği Teorisi Olarak Düşman Ceza Hukuku ve Kişi”, Çev. Yener ÜNVER, **Terör ve Düşman Ceza**

²²⁹ Abdurrahim Karakoç, **Adalet-Adavet**, Vakıf, 26/05/2008.

- Hukuku**, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi, Cilt:8, Proje Yön. Kayhan İçel, Ed. Yener Ünver, Seçkin, Ankara, 2008, s. 595-610.
- DANNER, Allison M., “Defining Unlawful enemy Combatants: A centripetal Story”, **43 Texas Internatinal Law Journal**, 1, 2007, s. 1-14.
- DÍEZ, Carlos Gómez-Jara, “Düşman Savaşçılar Versus Düşman Ceza Hukuku: Düşman Ceza Hukukuna İlişkin Avrupa Tartışmasına Giriş ve Onun Hukuk Dışı Düşman Yabancı Savaşçıların Hukuki Statüsü Hakkındaki Anglo-Amerikan Tartışması ile Olan İlişkisi”, Çev. Serkan OĞUZ, **CHD**, Yıl 12, S. 34, Ağustos 2017, s. 183-209.
- DÜX, Heinz, “Globale Sicherheitsgezetze und weltweite Erosion von Grundrechten”, **Zeitschrift für Rechtspolitik**, 2003, Heft 6, s. 189-195.
- EICKER, Andreas, “Ceza Hukukunun Prosedürleştirilmesi Işığında Terörle Mücadele Kanunu Yapma”, Çev. Ali Kemal YILDIZ, **Terör ve Düşman Ceza Hukuku**, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi, Cilt:8, Proje Yön. Kayhan İçel, Ed. Yener Ünver, Seçkin, Ankara, 2008, s. 677-690.
- ELSEA, J. K., “Detention of American Citizens as Enemy Combatants”, **CRS Report for Congress**, 2005.
- FICHTE, Johann Gottlieb, **Foundations of Natural Right**, Ed. Frederick Neuhouser, Çev. Michael Baur, Cambridge University Press, 2000.
- FLETCHER, George, **Rethinking Criminal Law**, Oxford University Press, 2000.
- GÖDEKLİ, Mehmet, **Terörün Finansmanı Suçu**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017.
- HAMMERBERG, Thomas, "Report by Thomas Hammarberg - Commissioner for Human Rights of the Council of Europe Following his visit to Turkey on 28 June – 3 July 2009: Human rights of minorities", **CommDH**, (2009)30, 01.10.2009.
- HASSAMER, Winfried, “Symbolisches Strafrecht und Rechtsgüterschutz”, **NStZ**, 1989, s. 553-558.
- HEINRICH, Bernd, “Die Grenzen des Strafrechts bei der Gefahrprävention- Brauchen oder haben wir ein ‘Feindstrafrecht’”, **ZStW** 121 (2009) Heft 1, s. 94-130.
- HOBBS, Thomas, **Leviathan veya Bir Din ve Dünya Devletinin İçeriği, Biçimi ve Kudreti**, Çev. Semih Lim, YKY Yayınları, İstanbul 2005.

- JAKOBS, Günther, “Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht”, **Ritsumeikan Law Review**, No. 21, 2004, s. 93-107.
- JAKOBS, Günther, “Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart” (Kommentar), in: Eser/Hassemer/ Burkhardt (Hrsg.), **Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende**. Rückbesinnung und Ausblick, 2000, 47-52.
- JAKOBS, Günther, “Düşman Ceza Hukuku? - Hukukiliğin Şartlarına Dair Bir İnceleme”, Çev. M. Cemil OZANSÜ, **Terör ve Düşman Ceza Hukuku**, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi, Cilt:8, Proje Yön. Kayhan İçel, Ed. Yener Ünver, Seçkin, Ankara, 2008, s. 507-526.
- JAKOBS, Günther, “Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung”, **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft**, 97, 1985, s. 751-785.
- JAKOBS, Günther, “Yurttaş Ceza Hukuku ve Düşman Ceza Hukuku”, Çev. M. Cemil OZANSÜ, **Terör ve Düşman Ceza Hukuku**, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi, Cilt:8, Proje Yön. Kayhan İçel, Ed. Yener Ünver, Seçkin, Ankara, 2008, s. 489-505.
- JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, **Lehrbuch des Strafrechts**, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. Berlin 1996.
- JOHNSON, R., “Extraordinary rendition: a wrong without a right?”, **Richmond Law Review**, Vol. 43, No. 3, 2009, s. 1135-1174
- KARAKOÇ, Abdurrahim, **Adalet-Adavet**, Vakıf, 26/05/2008.
- KAUFMANN, Phlipp, “Präventivstrafrecht versus Feindstrafrecht”, **Juristische Rundschau**, 2016(4), s. 163-173.
- LYNGBO, Mikael / YENİSEY, Feridun /TOPÇU, Namık Kemal /TOZMAN, Önder / ŞAHİN, Kemal, “Örgütlü Suçlar ve Terör Suçları Eğitim Modülü”, **Avrupa Birliği ve Avrupa Konseyi Ortak Projesi**, Ankara: Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, 2014.
- MALEK, Klaus, “Düşman Ceza Hukuku – 2006 Yılı 30. Müdafiler Günündeki ‘Düşman Ceza Hukuku- Hukuk Devletindeki Hortlak’ Çalışma Grubuna İlişkin Birkaç Düşünce”, Çev. Yener ÜNVER, **Terör ve Düşman Ceza Hukuku**, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi, Cilt:8, Proje Yön. Kayhan İçel, Ed. Yener Ünver, Seçkin, Ankara, 2008, s. 591- 593.
- O’DONNELL, Daniel, “International treaties against terrorism and the use of terrorism during armed conflict and by armed forces”,

- International Review of the Red Cross**, Vol.88, Num. 864, December 2006, s. 853-880.
- OHANA, Daniel, "Trust, Distrust and Reassurance: Diversion and Preventive Orders Through the Prism of *Feindstrafrecht*", **The Modern Law Review**, 73(5), 2010, s. 721-751.
- ÖKÇESİZ, Hayrettin, " "Düşman Ceza Hukuku" Düşüncesinin Eleştirisi, **Güncel Hukuk**, Sayı 26, Şubat 2006, s. 40 vd.
- ÖKÇESİZ, Hayrettin, " "Düşman Ceza Hukuku" Düşüncesine Eleştirel Bir Bakış- 2", **Güncel Hukuk**, Sayı 30, Ekim 2006, s. 34 vd.
- ROSENAU, Henning, "Jakobs'un Düşman Ceza Hukuku Kavramı Hukukun Düşmanı", Çev. Erhan TEMEL, **AÜHFD**, C. 57, S. 4, 2008, s. 391-402.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques, **Toplum Sözleşmesi**, Çev. Vedat Günyol, Çan Yayınları, 1965.
- SALIGER, Frank, "Feindstrafrecht: Kritisches oder totalitäres Strafrechtskonzept?", **Juristen Zeitung**, 61. Jahrgang, Nr: 15/16, 11 August 2006, s. 756-762.
- SATTERTHWAITE, M., "Rendered Meaningless: Extraordinary Rendition and the Rule of Law", **The George Washington Law Review**, Vol. 75, Nos. 5-6, 2007, s. 1333-1420.
- SCHICK, Stefan, "Feindstrafrecht als regulative Idee", **Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik**, 3/2012, s. 46-60.
- SINN, Arndt, "Modern Suç Kovuşturması- Düşman Ceza Hukuku Yolunda mı?", Çev. Yener ÜNVER, **Terör ve Düşman Ceza Hukuku**, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi, Cilt:8, Proje Yön. Kayhan İçel, Ed. Yener Ünver, Seçkin, Ankara, 2008, s. 611-631.
- SINN, Arndt, "Tötung Unschuldiger auf Grund § 14 III Luftsicherheitsgesetz - rechtmäßig?", **NStW**, Heft 11, 2004, s. 585-593
- UWER, Thomas (editör), "**Bitte bewahren Sie Ruhe**". **Leben im Feindstrafrecht**, Vereinigung Berliner Strafverteidiger, Berlin, 2006.
- VERVAELE, John A.E., "Extraordinary Rendition and the Security Paradigm", **Law Review**, Vol 3, s. 1-18.
- YAVUZ, Hakan, "Yeni Bir Kolluk Tedbiri Olarak Önleyici Gözaltı: İç Güvenlik Paketi Kapsamında Düzenlenen Koruma Altına Alma ve Uzaklaştırma Tedbirleri Üzerine Bir İnceleme", **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, S: 27, Yıl: 7, Temmuz 2016, s. 609-666.

YENİDÜNYA, A. Caner /İÇER, Zafer, "Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma Suçu", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Cilt:19, 2013, Sayı:2, s.797-828.

İNTERNET KAYNAKLARI

Ahmet Davutoğlu, "Canlı bomba listesi elimizde ama eylem yapmadan tutuklayamayız", 12.10.2015, <https://www.birgun.net/haber-detay/canli-bomba-listesi-elimizde-ama-eylem-yapmadan-tutuklayamayiz-92096.html>

Amnesty International, AMR 51/063/2005, 13 May 2005, <http://web.archive.org/web/20060207010552/http://web.amnesty.org:80/library/Index/ENGAMR510632005>

<http://vnbs.de/index.php?id=39>

<https://dejure.org/gesetze/StGB/129b.html>

https://grants.nih.gov/grants/policy/select_agent/Patriot_Act_2001.pdf

https://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?start=//**%5B@attr_id=%27bgbl104s1838.pdf%27%5D#_bgbl_%2F%2F*%5B%40attr_id%3D%27bgbl104s1838.pdf%27%5D_1538494472053

https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/D E/2006/02/rs20060215_1bvr035705.html

<https://www.buzer.de/gesetz/4671/al0-59630.htm>

https://www.gesetze-im-internet.de/gvgeg/_31.html

https://www.gesetze-im-internet.de/stgb/_129a.html

https://www.gesetze-im-internet.de/stgb/_66.html

https://www.gesetze-im-internet.de/stgb/_89a.html

<https://www.theguardian.com/world/2001/sep/21/september11.usa13>

Hüseyin Aygün, "Düşman Ceza Hukuku", 12.10.2017, <https://www.birgun.net/haber-detay/dusman-ceza-hukuku-184018.html>

Jean Baudrillard, "Sanal Evren ve Haber Dünyası", Çev. Oğuz Adanır, **İzinsiz Gösteri**, Sayı 7, 2004, <http://www.izinsizgosteri.net/new/?page=1&content=27>

Levent Pişkin, "İç Güvenlik Paketi ya da Düşman Ceza Hukuku", http://www.cumhuriyet.com.tr/koseyazisi/203307/ic_Guvenlik_Paketi_ya_da_Dusman_Ceza_Hukuku.html

Mehmet Merdan Hekimoğlu, "Terörle Mücadelede Düşman Ceza Hukuku", 26.06.2018, <http://www.karar.com/gorusler/terorle-mucadelede-dusman-ceza-hukuku-895355#>

- Özlem Altınparmak, “Böyle Hukuk Düşman Başına”, 04.11.2017, <https://m.bianet.org/biamag/siyaset/191239-boyle-hukuk-dusman-basina>
- Rahmi Ofluoğlu, “Düşman Ceza Hukuku”, 24.03.2018, <http://www.adaletbiz.com/ceza-hukuku/dusman-ceza-hukuku-h201577.html>
- Salih Gülgeldi, “Düşman Ceza Hukuku”, 13.11.2013, <http://www.hukukihaber.net/dusman-ceza-hukuku-makale,3256.html>

KARARLAR

- AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ, *Avrupa Entegrasyon ve İnsan Hakları Mahkemesi ve Ekimdzhiiev /Bulgaristan*, No.62540/00, 28.06.2007.
- AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ, *Bergmann v. Germany*, 23279/14, 7/1/2016.
- AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ, *El-Masri v. The Former Yugoslav Republic of Macedonia*, 39630/09, Jugement, 13 December 2012.
- AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ, *Iskandarov v. Russia*, 17185/05, 23 September 2010.
- AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ, *M. v. Germany*, 19359/04, 17.12.2009.
- AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ, *Mangouras v. Spain*, 12050/04, 28/9/2010.
- BİRLEŞMİŞ MİLLETLER GÜVENLİK KONSEYİ, S/RES/2178 (2014), 24 Eylül 2014.
- BUNDESGERICHTSHOF, BGHSt 59, 218, Rn. 27.
- BUNDESVERFASSUNGSGERICHT, 1 BvR 357/05, 15.02.2006.
- SUPREME COURT, *Hamdan v. Rumsfeld*, IZ 6 S. Ct. 2749 (2006)
- XVIII. Uluslararası Ceza Hukuku Kongresi ve İstanbul Kararları, “Hazırlık Hareketleri ve İştirakin Genişleyen Biçimleri”, Çev. Elif Yarsuvat, **Suç ve Ceza**, Sayı 1, Ocak-Şubat-Mart 2010, s. 13 vd.
- YARGITAY, 16. CD, E. 2017/2204, K. 2017/5578, 28.11.2017.
- YARGITAY, 9. CD, E. 2010/9286, K. 2012/5270, 18.04.2012.
- YARGITAY, 9. CD, E. 2011/2412, K. 2013/6246, 18.04.2013.
- YARGITAY, CGK 2007/9-282 E., 2008/44 K., 04.03.2008.

* DÜŞMAN CEZA HUKUKU ALTERNATİFSİZ MİDİR? TEORİK DÜŞMAN CEZA HUKUKUNUN UYGULAMADAKİ DÖNÜŞÜMÜ:

Düşman Ceza Hukukunun İşlevselliği Üzerine Bir İnceleme

(IS ENEMY CRIMINAL LAW IRREPLACIBLE? THE THEORY OF ENEMY CRIMINAL LAW AND ITS TRANSFIGURATION IN PRACTICE: A Thesis on Enemy Criminal Law's Functionality)

Dicle Yağmur Kılıç * **

ÖZ

Düşman ceza hukuku son yirmi yılda yaratıcısı Jakobs tarafından toplumsal düzenin mahvının engellenebilmesi için ceza hukukunun içinde bulunması zaruri olan alternatifsiz bir çözüm olarak sunulmaktadır. Bu makalenin amacı, düşman ceza hukuku tasarımı kendi bütünselliği içinde bir değerlendirmeye tabi tutarak güvenlik arayışında düşman ceza hukuku uygulamalarının gerçekten de alternatifsiz ve/veya etkili bir çözüm sunup sunmadığını incelemektedir. Bu amaç doğrultusunda Jakobik düşman ceza hukuku kendi tarihsel gerçekliği ve teorik temelleri bünyesinde dış unsurlardan arındırılarak bütün saflığıyla masaya yatırılmıştır. (II-III) Ardından ortaya konmuş tasarımın teorik eksiklikleri, çelişkileri ve imkânsızlıkları incelenerek düşman ceza hukukunun kendi kavramsal bütünlüğü içinde güvenlik ihtiyacını karşılamasının teoride mümkün olup olmadığı değerlendirilmiştir. (IV) Son adımda ise teorik bir tasarım olan düşman ceza hukukunun pratikteki önlenemez dönüşümü ve reel düşman ceza hukuku uygulamalarının toplum üzerindeki etkileri çözümlenmektedir. (V)

Anahtar kelimeler: *Düşman ceza hukuku, düşman ceza hukuku uygulamaları, düşman ceza hukuku temel kavramları, düşman, düşmanın toplumdan ihraç edilmesi, jakobik toplumsal sözleşme, Jakobik birey-kişi-norm.*

* Eserin Dergimize geliş tarihi: 05.07.2019. İlk hakem raporu tarihi: 21.08.2019. İkinci hakem raporu tarihi: 21.08.2019. Onaylanma Tarihi: 22.08.2019.

* Öğrenci, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi.

** Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0002-0735-3859. Yazarın bu makalesi Yeditepe Üniversitesi Bedrettin Dalan Makale Yarışması'nda üçüncülük derecesi almıştır.

Esere Atf Şekli: Dicle Yağmur Kılıç, "Düşman Ceza Hukuku Alternatifsiz Midir? Teorik Düşman Ceza Hukukunun Uygulamadaki Dönüşümü: Düşman Ceza Hukukunun İşlevselliği Üzerine Bir İnceleme", YÜHFD, C.XVI, 2019/2, s.319-357.

ABSTRACT

In the last twenty years, enemy criminal law is represented as the one and only indispensable and irreplaceable solution against the downfall of social order by its creator Jakobs. The aim of this article is to analyze enemy criminal law in its totality in order to examine whether enemy criminal law applications provide the irrevocable and/or effective solution in the search of security. In accordance with this purpose in mind, firstly Jakobian enemy criminal law is studied in its purest form through its historical conversion and theoretical grounds apart from external elements. (II-III) Afterwards, the possibility of enemy criminal law's theoretical layout corresponding to the need of security is investigated in lieu with its lacking aspects, contradictions, and impracticability. (IV) As a final step, the unavoidable alternation of enemy criminal law's theory through practice and the actual impact of implementing the enemy criminal law is evaluated. (V)

Keywords: *Enemy criminal law, enemy criminal law practices, fundamental terms of enemy criminal law, enemy, deportation of the enemy from society, Jakobian social contract, Jakobian individual-person-norm.*

Giriş

Düşman Ceza Hukuku kavramı, kavramı ortaya atan Jakobs'un teoriye olan yaklaşımına ve teorinin temellendirilmesi aşamalarına bağlı olarak günümüzdeki şeklini alıncaya dek farklı evrelerden geçmiştir.¹ 1985 yılında hukuk lügatinde yer edinen kavram, 1999'da isim babası Jakobs tarafından geliştirilerek biçim değiştirmiş, bu kez ceza hukuku içinde alternatifi olmayan bir olgu olarak sunularak dikkatleri üzerine çekmiş² ve 11 Eylül saldırılarından itibaren tüm dünyada ivme kazanan terör korkusu üzerine gün geçtikçe radikalleşmiştir.

¹ SALIGER, F., Çev./Haz.: OĞUZ, S., Düşman Ceza Hukuku: Eleştirel veya Totaliter Ceza Hukuku Konsepti?, *Ceza Hukuku Dergisi*, Cilt: 12, Sayı: 34, Ağustos 2017, s.3, <https://jurix.com.tr/article/8090>, (Son erişim tarihi: 8.10.2018);

² ROSENAU, Henning., Çev.: TEMEL, Erhan, "JAKOBS'UN DÜŞMAN CEZA HUKUKU KAVRAMI HUKUKUN DÜŞMANI." (Makale 12 Ocak 2008 tarihinde Dokuz Eylül Hukuk Fakültesinde Hukukun Aktüel Sorunları konulu 1. Türk-Alman Hukuk Sempozyumunda tebliğ olarak sunulmuştur), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 57 Sayı: 4,s.6 DOI: 10.1501/Hukfak_0000001561 Yayın Tarihi: 2008 <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/1499/16554.pdf> (Son erişim tarihi: 15.10.2018) *YÜHFD Cilt: XVI Sayı:2 (2019)*

Günümüzde, Düşman Ceza Hukuku açıktan açığa, adı konulmadan veya farklı isimler altında pek çok devletin mevzuatında farklı derecelerde bulunmaktadır.³ Fikrimce son şekliyle düşman ceza hukuku, insan haklarına ve insanın özgürlük alanına sınırları belirlenemeyen bir tehlike bulutu olarak çökmüş, yeterince temellendirilmemiş ve haliyle hukuk devleti anlayışından uzak, iktidarın hukuk dışı eylemlerini hukuki alanda meşrulaştırmak amacıyla kolaylıkla istismar edilebilecek bir kavrama dönüşmüştür.⁴

Jakobs doktrinde pek çok yazar tarafından bu olumsuz tablonun sorumlusu kabul edilmektedir. Ancak geldiğimiz noktada teorinin ve içindeki kavramların anlamlarının Jakobs'un ileri sürdüğü düşüncelerin ötesine geçtiğini, özellikle "düşman" gibi hassas bazı kavramların içeriklerinin belli temellere oturtulmamış tartışmalar çizgisinde gün geçtikçe genişletildiğini de kabul etmek gerekir. Düşman Ceza Hukuku terminolojisindeki bu bilgi kirliliği ise teorinin doğru anlaşılmasını engellemektedir.

Yazımın öncelikli amacı bir icat olduğunu düşündüğüm düşman ceza hukukunu mümkün olduğunca kendi teorisinin mantıksal bütünlüğü içinde ve tüm saflığıyla ortaya çıkarmaktır. Nitekim tam anlamıyla tanımlayamadığımız bir şeyi ne sağlıklı bir biçimde eleştirmek, ne sağlam argümanlarla def etmek, ne de eksikliklerini ve tehlikelerini gidermek suretiyle geliştirmek mümkündür. Bu nedenle kişisel yargılarımı ve doktrindeki eleştirileri yazımın Jakobik düşüncüyü açıklamaya çalıştığım bölümlerinden elimden geldiğince ayrı tutmaya çalıştım. Ancak bu yaklaşımından yazarı desteklediğim veya makalemin tamamının yalnızca açıklayıcı bir tutum çerçevesinde ilerleyeceği çıkarılmamalıdır. Makalemin devamı Düşman Ceza Hukukunun alternatifsiz bir mecburiyet olup olmadığını incelemek adına naçizane eleştirilerimi içermektedir

³ Jakobs özellikle bazı kanuni düzenlemelerin "mücadele" terimi ön plana çıkarılarak düzenlenmesini düşman ceza hukukunun göstergesi olarak sunar. Oysa pek çok yazar mücadele terminolojisinin suçluyla mücadeleyi değil, suçla mücadeleyi ifade ettiğini belirterek böylesi bir argümanın semantik bir zaaf olduğunu belirtmektedir. Örneğin bakınız:ROSENAU, age, s.9

⁴ Bakınız aynı görüşte: AMBOS, Kai., Çev.: OĞUZ, "Düşman Ceza Hukuku", (Makale 'Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht' adlı derginin 2006 senesi 124. sayısında "Feindstrafrecht" adı altında yayımlanmış ve yazarın izniyle Türkçeye çevrilmiştir.), s.1, <http://www.taa.gov.tr/indir/dusman-ceza-hukuku-bWFrYWxlfDk1ZmRjLTU2MWUxLWZjZTY1LTU1NWJiLnBkZnwxMDA4/> (Son erişim tarihi: 15.10.2018)

Jakobik Düşman Ceza Hukuku Kavramı ve Kavramın Tarihsel Gelişimi

Düşman ceza hukuku kavramı ilk kez Jakobs'un 1985 yılında Alman Ceza Kanunu incelemesi üzerine Frankfurt am Main'de düzenlenen Alman ceza hukukunda öğretisine ilişkin bir sempozyumda sunduğu "Hukuka Aykırılık Öncesi Cezalandırma" tebliği ile ortaya atılmıştır.⁵

Başlangıçta, Düşman Ceza Hukukunun hukuk camiasındaki etkisi sönük kalmıştır. Bunun en büyük sebeplerinden biri olarak ise Jakobs'un bu dönemdeki tutumu gösterilmektedir. Jakobs'un kendi keşfine tereddütle yaklaşması ve düşman ceza hukukunun ancak istisnai hallere özgülmesi gerektiğini belirtmesi⁶ düşman ceza hukukunun sansasyonel bir ceza hukuku devinimi olarak algılanmasını engellemiş, düşman ceza hukuku muhtemelen halihazırda varlığı kabul edilen olağanüstü ceza hukuku uygulamalarına yöneltilmiş bir başka niteleme olarak görülmüştür.

Bu tebliğde Jakobs'un değindiği mühim meselelerden biri ise Alman Ceza Kanunu § 30'dur.⁷ Bu kanun maddesi, ceza hukukunda alışılmadık bir yaklaşım sergileyerek hukuki menfaatin zedelenmesinden önceki alanda beliren, teşebbüs aşamasında kalmış suça iştirak olgusunu cezai sorumluluğa tabi kılmıştır.⁸

Sözü geçen muamele kapsamında fail, henüz maddi dünyada vuku bulmuş bir fiili söz konusu değilken, yalnızca iç dünyasında şekillenmekte olan "*kötü niyetine bağlanan tehlikeli düşünceleri*" dolayısıyla cezai sorumluluğa tabi tutulmaktadır.⁹ Kanunun suça iştirake teşebbüs eden kimsenin kötü niyetine cezai bir sonuç bağlanması ise söz konusu suç failine devlet tarafından saygı gören bir vatandaş gibi değil, tehlikeli bir düşman gibi müdahale edildiğini gösterir.¹⁰ Kanun, failin tehlikeliliğini göz önünde bulundurarak alışıldık cezalandırılabilirlik alanından taşmakta, Alman Ceza

⁵ ROSENAU, age, s.5

⁶ Age, s.6

⁷ Alman Ceza Kanunu § 30 : "(1) Başkasını suç işlemeye yöneltmeye veya azmettirmeye teşebbüs eden, suça teşebbüse ilişkin hükümler gereğince cezalandırılır. Ancak ceza § 49 f. 1 hükmüne göre indirilir. Aynı şekilde § 23 f. 3 hükmü geçerlidir. (2) Aynı şekilde, suç işlemeye veya azmettirmeye hazır olduğunu açıklayan, başkasının bu yönlü talebini kabul eden ya da başkasıyla bu konuda sözleşen kişi de cezalandırılır."

⁸ Age.

⁹ HEINRICH, B., Çev.: ŞOHOĞLU, "M. Tehlikenin Önlenmesinde Ceza Hukukunun Sınırları - Yeni Bir Düşman Ceza Hukuku Hakkında Tartışmalar", *Hukuk Köprüsü*, Cilt: 6, Sayı: 11, Aralık 2016, s.3

¹⁰ SALIGER, age, s.3

YÜHFD Cilt: XVI Sayı:2 (2019)

Kanunu § 30'daki suçun failine herhangi bir vatandaşa nazaran çok daha sınırlı bir özgürlük alanı bırakmaktadır.

Jakobs kanunun bu yaklaşımını mevzuatta içten içe var olan ama gözlerimizi yumduğumuz bir olguya dayandırır: Pozitif hukuk, failin tehlikelilik ölçüsüne göre Düşman Ceza Hukuku(Feindstrafrecht) ve Vatandaş Ceza Hukuku(Bürgerstrafrecht) olmak üzere ikili bir ayrıma gitmektedir.¹¹

Söz konusu görüşe göre, Vatandaş Ceza Hukukunun amacı özgürlük alanlarının(Freiheitssphäre) optimal hale getirilmesiyle, Düşman Ceza Hukuku hukuki menfaatlerin(Rechtsgüterschutz)¹², korunmasını hedef alır.¹³ Vatandaş Ceza Hukuku, failin özgürlük alanına duyduğu saygıdan ötürü, hareket alanı öncesini suç kapsamının dışında tutarak bireylerin anayasal haklarını kullanmalarını garanti altına alırken; Düşman Ceza Hukuku, tehlikeyi önleme amacı güttüğünden, anayasal hakları göz ardı eder.¹⁴

Jakobs, bu teorisini desteklemek için Alman Ceza Kanunu § 129 ve § 129a'da düzenlenen "suç işlemek ya da terör amaçlı çetelerin oluşturulması" suçlarına da değinir. Bu düzenlemeler doğrultusunda örgüt, henüz herhangi bir suçu teşebbüs aşamasında dahi işlememiş de olsa, örgüt yöneticisi adam öldürmeye teşebbüs suçunun cezası kadar ağır bir cezaya tabi tutulacaktır.¹⁵

Böylece düşman ceza hukuku, Jakobs'a göre hukuk düzeninin içinde mutlaka bulunması gereken(de lege lata) bir yaklaşım önerisi veya bir suç politikası tartışması olmaktan ziyade, pozitif hukukta belli durumlarda yansımaları görülmeye başlanmış bir olgunun ortaya çıkarılmasıyla vücut bulmuştur. Jakobs'un iddiasına göre, Jakobs bu kavramı yaratmamış, keşfetmiştir. O kadar ki Düşman Ceza Hukuku terimini, bu tarihte hâlihazırda var olan Alman ceza hukukunun "*tanımlayıcı eleştirici analizinin basmakalıp ifadesi*" olarak kullanmıştır.¹⁶

Ne var ki Jakobs'un yaklaşımında, Düşman Ceza Hukukunun tartışılmaya başlandığı ilk yıllardan bu yana kökten bir değişim gözlenmektedir. Jakobs başlangıçta Düşman Ceza Hukukunun mevcudiyetini "*özgür güçlü bir devletin varlığını(n) değil, bilakis devletin bu bakımdan var olmadığı*"¹⁷

¹¹ SALIGER, age, s.3

¹² Bu açıdan hukuki menfaatin ölçütü toplumun varlığının korunmasına dayalı bir güvenlik ihtiyacıdır. Bu mesele aşağıda daha detaylı değerlendirilecektir.

¹³ SALIGER, age, s.4

¹⁴ HEINRICH, age, s.3

¹⁵ ROSENAU, age, s.5;

¹⁶ AMBOS, age, s. 12

¹⁷ SALIGER, age, s. 4

bir nişanesi olarak görürken 1999'da "Ceza Hukuk Biliminin İkinci Binyılı" ("Die Deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende") toplantısındaki bildirisinde Düşman Ceza Hukuku uygulamalarının hukuk sistemi içindeki gerekliliğini savunmaya başlamıştır.

Bu bildiri ile ayrıca günümüz hukuk anlayışına göre sağ ve tam doğumla her insanın elde ettiği kişi sıfatı, toplum sözleşmesinin getirdiği temel hukuk düzeninin meşruluğunu bilişsel olarak kabul etmiş ve bu yöndeki kabulünü davranışlarıyla anlaşılır kılan kimselere has bir kavram olmaya indirgenmiştir. Buna karşılık bu düzeni sürekli olarak reddetme kararı verip gerekli bilişsel garantileri göstermeyen, bu düzeni tahrip etme tehlikesi taşıyan kimseler ise kişi sıfatını hak etmeyen şahıslar(individuum) (Unperson) olarak ayrıştırılmıştır.¹⁸ Kişilik statüsünden çıkarılmış (Unpersonen) kimseler artık toplum sözleşmesine uyma kararı alan herkes tarafından düşman sayılacaklardır. Düşmana karşı atılan adımlar ise Vatandaş Ceza Hukuku uygulamalarından farklıdır ve Jakobs tarafından bir savaş olarak nitelendirilmişlerdir.

Yazarın adı geçen bildirisi, sadece Jakobs'un konuya yaklaşımındaki değişim ile değil, teorinin maddi içeriğindeki temel hak ve özgürlük aleyhindeki genişlemelerle de doktrinindeki tartışmaları hararetlendirmiş; Düşman Ceza Hukuku, hukuk tartışmalarının ortasına bir ateş gibi düşmüştür. Kimileri teorinin içeriğini, kimileri başlı başına böyle bir teorinin ileri sürmesi nedeniyle Jakobs'un kendisini eleştirirken hatırı sayılır bir grup hukukçu ise eleştirilerini Düşman Ceza Hukukunun "*saf-tanımlayıcı analitik düzlem*"¹⁹ eksenindeki var oluşunu terk ettiği ve Düşman Ceza Hukukunun hak ve özgürlük karşıtı bir hukuk politikası propagandasına dönüştürüldüğü savı doğrultusunda şekillendirmiştir.

Jakobs hala kanunda var olanı açıklamanın ötesine gitmediğini savunmasına karşın Düşman Ceza Hukukuna yönelik tutumu 1999'daki bildirisinden itibaren her geçen gün giderek radikalleşmiştir. O kadar ki 11 Eylül saldırılarından sonra Jakobs, Düşman Ceza Hukukunun, hukuk düzenindeki varlığı hakkındaki fikirlerini tek başına yeterince zaten güçlü bir ifade olan gereklilik kelimesiyle de değil, *çöktüğe doğru sürüklenmemek için* mecburiyetinde olduğumuz bir olgu ibaresiyle ifade etmektedir.²⁰

¹⁸ SALIGER, age, s. 5

¹⁹ AMBOS, age., 13

²⁰ JAKOBS, Günther, Çev: OZANSÜ, M. Cemil, 25. Bölüm: "Yurttaş Ceza Hukuku ve Düşman Ceza Hukuku", Karşılaştırmalı Güncel Hukuk Serisi [8]-Terör ve Düşman Ceza Hukuku (Proje Yöneticisi: İÇEL, Kayıhan, Editor: ÜNVER, Yener), Prof. Dr. Wolfgang Frisch'e Armağan, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Birinci Baskı: Ocak 2008, Ankara, s. 11
YÜHFD Cilt: XVI Sayı:2 (2019)

Düşman Ceza Hukuku üzerindeki tartışmalar otuz yılı devirmiş olmasına rağmen hala tüm hararetiyle devam etmektedir. Üstelik teorinin maddi içeriği bir yana, Düşman Ceza Hukukunun hukuk olup olmadığı hususunda dahi henüz bir fikir birliğine ulaşılamamıştır. Kesin olan bir şey vardır: Düşman Ceza Hukukunun yeni söylevleri klasik liberal hukuk dünyasında pek çok kesimde endişeyle karşılanmıştır.

Düşman Ceza Hukukunun Alman doktrininde neredeyse tek savunucusu olan fikir babası Jakobs tarafından²¹ nihai şekline yaklaştırılmak üzere derinleştirilmesi ve açıklanması 2002-2005 yılları arasında gerçekleşir.²² Bu son aşamada, Jakobs'un odak noktası düşman ceza hukukunun sınırlarının net bir şekilde çizilmesi ihtiyacıdır. Jakobs, Düşman Ceza Hukukunun sınırlarını netleştirebilmek uğruna bilhassa teorinin felsefi temellerini geliştirmeye, temellerdeki eksiklikleri doldurmaya, kendince yanlış anlaşıldığını düşündüğü kavramların içeriklerini berraklaştırmaya uğraşır.

Bu uğraşın arkasında yatan düşünce düşman ceza hukukunun *dahi hukuk olduğu* bu nedenle *en azından kurallar tarafından yürütüldüğü ve kendiliğinden gelişen, insiyaki, bilinçsiz tutum olarak değerlendirilemeyeceğidir*.²³ Bu öngöründe korkulması ya da kaçınılması gereken Düşman Ceza Hukuku değildir, tam tersine Düşman Ceza Hukuku olağanüstü koşullarda devletin ve toplumsal sistemin kendini koruması için gerekli bir araç olarak doğal bir süreçte kendiliğinden ortaya çıkmış, mecburi bir oluşumdur. Düşman Ceza Hukukunun çerçevesi çizilmedikçe karşılaşılabilecek en büyük problem Düşman Ceza Hukuku ile Vatandaş Ceza Hukukunun birbirine karışması; düşmana karşı savaşta kullanılması gereken Düşman Ceza Hukuku tatbikatı "*sıradan, ortalama*" suç failine uygulanırken "*yurttaşlıktan uzak teröriste en azından biçimsel olarak kişi muamelesi*"²⁴ yapılmasıdır.

Günümüzde Düşman Ceza Hukuku tartışması Jakobs'u çoktan aşmış durumdadır. Düşman Ceza Hukuku Almanya sınırları dışında kitleleri etkisi altında almış, özellikle Latin Amerika kıtasında hızla yayılmış, tabiri caizse kulaktan kulağa, zihinden zihne yayılırken Jakobs'un kontrolünden çıkarak anlatıcısına göre muhtelif görünüm kazanmıştır. İşte bu nedenle bütün dünyayı etkileyen bu akımın orijininin gerçek anlamda anlaşılabilmesi, doğrularının hakkı verilerek hatalarına veya eksikliklerine dikkat çekilerek

²¹ HEINRICH, age, s.2

²² SALIGER, age, s.6

²³ JAKOBS, "Yurttaş Ceza Hukuku ve Düşman Ceza Hukuku", s.2

²⁴ Age, s. 1

yansıtılabilmesi bütün bu anlam karmaşası içinde fayda sağlaması en muhtemel girişim olacaktır.

Teorik Bir Tasarım Olarak Jakobik Düşman Ceza Hukuku

Düşman Ceza Hukuku kavramı bütünüyle anlaşılacak isteniyorsa öncelikle Jakobs'un hukukun ne olduğu, nasıl oluştuğu, neyi amaçladığı gibi sorulara yönelik felsefi kabulleri incelenmelidir. Aksi takdirde kavramlar yanlış yargılar üzerine oturtulacak ve tartışmaların bütünselliği söz konusu olmayacaktır. Sentez, antitezin doğru anlaşılması bir tez üzerine kurulması ile elde edilebilir.

Jakobs'un Düşman Ceza Hukuku teorisi henüz ceza hukukunun kanuniliği prensibini tatmin edebilecek ölçüde somutlaştırılmamış olsa da²⁵ radikal sayılabilecek²⁶ pozitivist bir yaklaşımla kendi içinde bir bütün teşkil eder. Hatta doktrinde Düşman Ceza Hukuku teorisini desteklemeyen yazarlar bile Jakobik Düşman Ceza Hukuku teorisinin, radikal pozitivist yaklaşımın üzerinden hareket etmenin Düşman Ceza Hukuku sonucunu kaçınılmaz kılacağını belirtmişlerdir.²⁷

Düşman Ceza Hukukuna objektif yaklaşmak ancak Jakobs'un yukarıdaki kabulleri çerçevesinde oluşturduğu, birey-insan-toplum-norm kavramlarını ve bu kavramlar arasındaki ilişkiyi çözümlenmekle mümkün olacaktır. Zira Jakobs'un teorisinin asli amacı liberal hukuk devleti anlayışının insan hakları temellerine saldırmak değildir. Ne var ki Jakobs'un benimsediği anlamsal bütünlük içinde bugün eleştirilen pek çok Düşman Ceza Hukuku dinamiği bir gaye doğrultusunda olmasa da nedensellik zinciri içinde birbirine bağlanmış çıkarımlar olarak *ex officio* belirlemektedir.

Jakobs'un teorisinin gerçek açıklaması ancak teorisindeki temel kavramlara atfedilmiş sıra dışı anlamların ortaya çıkarılmasıyla mümkün olacaktır. Mamafih kullanılan kelimelerin yalnızca aynı şekilde yazılması ve telaffuz edilmesi mutabakat sağlamaya yetmez, kelimelerin aynı bağlamda kullanılıyor olması da vazgeçilemez bir koşuldur.

Yukarıda açıklanan nedenler dolayısıyla yazımın bu başlığı altında Jakobik evrenin birey-norm-toplum-kişi dörtgenini mümkün olduğunca sade

²⁵ Öte yandan düşman hukuk dışı bir statüde bulunduğundan düşmana karşı uygulanması gereken bir kanunilik prensibinden bahsedilip bahsedilemeyeceği de apayrı bir tartışma konusudur.

²⁶ ARNOLD, Jörg, Çev: TEPE, İlker, 27. Bölüm: "Beş Tezde Düşman Ceza Hukukunun Gelişim Süreçleri", Karşılaştırmalı Güncel Hukuk Serisi [8]-Terör ve Düşman Ceza Hukuku (Proje Yöneticisi: İÇEL, Kayıhan, Editor: ÜNVER, Yener), Prof. Dr. Wolfgang Frisch'e Armağan, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Birinci Baskı: Ocak 2008, Ankara, ss 3-6.

²⁷ Age, s. 3

ve anlaşılır bir şekilde açıklamaya çalışacağım. Ancak her ne kadar Düşman Ceza Hukukunun dikkatleri üzerine çeken noktası, kişi ve düşman kavramları olsa da, bu kavramların temel taşları hukuk geçerliliği probleminde, bir normun ne zaman ve hangi şartlar altında geçerli sayılabileceği sorusu üzerine oturtulduğundan makalemin bu başlığındaki ilk durak noktamız Jakobs'un hukuki gerçeklik anlayışı olacak.

Jakobs'a Göre Hukuki Gerçeklik

Jakobs bu temel hukuk felsefesi sorununa saf normativite ve gerçek normativite belirlenimlerinden hareketle ve Hans Kelsen'e dayanan pozitivist bir yaklaşımla cevap arar.²⁸ Bununla birlikte Kelsen bilhassa bir normun muteberliğine odaklanmışken Jakobs bir normun gerçek olabilmesi için geçerli olmasının yanında etkin olmasını da arar.

Buna göre gerçek bir hukuk normu:

Muteber/Geçerli olmalıdır. Muteberlik hukuk normlarının ve onların somutlaştırmalarının geçerli bir yetkilendirici norm tarafından biçimsel doğru(kabul edilen biçimsel doğru bir dini kabul, akıl veya anlak olabilir) veya geçerli maddi bir üst norm(yürürlükteki geçerli bir anayasa gibi) tarafından türetilmeleri ile sağlanır.²⁹

Etkin ve zorlayıcı olmalıdır. "*Gelişmiş bir hukuk düzeni, sadece çıplak haklar sunmakla kalmaz, kendi totalitesi içinde bunların kullanım imkanını da garanti eder.*"³⁰ Etkinliği ve zorlayıcılığı olmayan olguların gerçek hukuk olmasına olanak yoktur. Bu koşullar ise devreye bir yaptırımın girmesi, aksi halde ilgili devlet organının süreçteki gecikmesinin yaptırıma bağlanması ile sağlanır.³¹

Geçerlilik, bir piramit şeklinde kendi içinde dışa kapalı biçimlenmiş normların, hukuk dışında bir değer yargısının etkisinde kalmadan üst norma ve hiyerarşik olarak aynı basamakta bulunan diğer düzenlemelere uygunluğu ile değerlendirilir.³² Ancak geçerlilik konusunda Kelsen'in

²⁸ JAKOBS, Günther, Çev: OZANSÜ, M. Cemil, 26. Bölüm: "Hukukiliğin Şartlarına Dair Bir İnceleme", Karşılaştırmalı Güncel Hukuk Serisi [8]-Terör ve Düşman Ceza Hukuku (Proje Yöneticisi: İÇEL, Kayıhan, Editor: ÜNVER, Yener), Prof. Dr. Wolfgang Frisch'e Armağan, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Birinci Baskı: Ocak 2008, Ankara, ss. 6-7

²⁹ Age, s. 5

³⁰ Age, ss. 5-6

³¹ Age, s. 5

³² TÜRKBAĞ, Ahmet U., " Hart-Dworkin Tartışmasının Ana Hatları", s.5, http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/ahmet_ulvi_turkbag.pdf, (Son erişim tarihi: 15.10.2018), (Bu makale 'Hart – Dworkin Farkı' başlığının eklenmesi ve kaynakların güncelleştirilmesi gibi değişiklikler içermektedir. Özgün olarak ise Hayrettin

görüşlerine dayanan Jakobs'un, etkinlik meselesinde de aynı düşünürü takip ettiği söylenemez. Zira Kelsen, en üst normun geçerliliğini de varsayımsal bir temele(Temel Norm/ Grundnorm) oturtur. Ancak Jakobs'un etkinlik ölçütü -ki kendisi hukuki geçerliliğin vazgeçilemez koşullarından biridir- *H.L.A Hart* gibi bir varsayım yerine sosyal olguya, sosyal realiteye dayanır.

Kendi kendini doğrulayan pek çok tikel normun veya hukuk sisteminin ortaya atılması mümkündür. Pek çok düşünsel hukuk sistemi kendi normlar hiyerarşisi içinde çelişkisiz bir bütün olarak varlık kazanabilir. Ancak tüm bu düşünsel sistemler içinde gerçek devlet ve gerçek hukuku ortaya çıkarmak geçerlilik ögesinin yanında etkinlik ögesinin de tatmin edilmesi ile mümkün olabilecektir. Jakobik Düşman Ceza Hukukunun felsefi temellerinde, ancak toplum tarafından sebatla muhafaza edilen hukuk hakikate dönüşür.³³ Özetle, gerçek bir normun doğru veya ikna edici olması yeterli değildir, bundan daha ziyade yerleşmiş/yaygınlaşmış olması gerekir.³⁴ Jakobs'a göre, Alman mer'i hukukunda cezalandırılabilir bir fiil olmaksızın tehlikeli olduğu düşünülen faile karşı temel hak ve özgürlükleri kısıtlayıcı tedbirler alınmasına yönelik eğilimler Düşman Ceza Hukukunun toplumsal bir gerçeklik kazandığının kanıtıdır.

Jakobs'un en çok eleştirildiği noktası olan hukuk düzeninin ilkesel muhaliflerinin düşman kategorisine girerek "kişi" vasfını kaybedeceği, bu durumda hak ve özgürlüklerinin devletin bu düşmana karşı verdiği savaşta askıya alınabileceği ve hatta tümüyle inkâr edilebileceğine yönelik fikri de Düşman Ceza Hukuku çerçevesinde yukarıda açıklanan felsefi kabullerle desteklenmektedir. Jakobs'a göre insan haklarının evrensel olduğu kuramı *kurgusal, soyut* ve gerçekten uzaktır.³⁵ Gerçekliği olmayan normlar ise ideal bir kurgu olmanın ötesine geçemezler.³⁶ Zira insan haklarının evrensel gerçek olduğu savı Jakobs'un hukuki geçerlilik testini geçememektedir.

Jakobs'a göre, insan hakları dünyanın en gelişmiş ve en demokratik ülkelerinde dahi henüz tam anlamıyla etkin bir korumaya sahip değildir. İnsan hakları özü itibariyle pratikte yalnızca bazı insanlar için gerçekleşmektedir. Gerçekleşmeyen bir hakkın gerçekten hak kategorisine girip giremeyeceği, hakka sahip olan kimse hakkını kullanmadığında hak sahibi statüsünü kaybedip kaybetmediği, pratikte geçersiz bir hakkın

Ökçesizin editörü olduğu Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi (HFSA) Sayı 16 (2007) ss.322-329'da yayımlanmıştır.),

³³ JAKOBS, "Düşman Ceza Hukuku?-Hukukiliğin Şartlarına Dair Bir İnceleme", s. 7

³⁴ Age, s.8

³⁵ Age, s. 2-3

³⁶ ARNOLD, age, s. 3

evrensel kabul edilip edilemeyeceği sorularına Jakobs'un cevabı olumsuzdur. Üstelik hak kavramının yalnızca hak iddiasında bulunmakla sınırlı kalmaması gerektiği, hakkın konusunun talep ettiği durum ve koşulların pratikte gerçekleştiriliyor olmasının da hak kavramının içeriğinde yer aldığını düşüncesi Jakobs'un da ötesinde bir tarihsel sürece ve sayılı düşünüre uzanmaktadır.³⁷ Bu görüş doğrultusunda insan haklarının evrensel hukuki geçerliliğinden bahsedilemez. Buna rağmen insan hakları fikrine bu denli bağlanmak ve farklı olasılıkları tartışmaya bile açmamak "olmaması gereken olamaz" mantığından hareket etmektir.³⁸ Oysa Jakobs'a göre hukuk sadece "olması gerekeni" göstererek gerçeklik kazanamaz.³⁹

İşte tam da bu inceleme doğrultusunda, Düşman Ceza Hukukunu liberal demokratik öğretilerden ayırıştırmaya yarayan asli bir belirteç/indikatör elde edilir. Görüldüğü üzere, Jakobs'un düşüncesini günümüz sistemlerinden ayıran en temel nokta, aslında Jakobs'un hukuk felsefesini dayandırdığı başlangıç noktalarıdır. Jakobs'un hukukun gerçekliğine bağlı olarak toplumsal olgulara dayanması onu hukuk düzeninin olması gerekeni yansıtmaması düşüncesinden uzaklaştırır. Ona göre toplum düzeni hâlihazırda kendiliğinden oluşmuştur ve hukuk düzeni de işleyen sistemin çarklarına uygun olarak inşa edilmelidir, aksi takdirde hukuk toplumsal kabul göremeyeceğinden belirli güvenceler sağlayamayacak ve haliyle geçersiz olacaktır.

Aslında Jakobs'un sistemini sosyolojik bir toplum algısına dayanarak kurması, hukuku da bu düzlem üzerine yerleştirmesi de şaşılacak bir mesele değildir.⁴⁰ Aşağıda açıklanacağı üzere, Jakobs hukukun varlık amacının merkezinde bireyi değil, toplumu orijin alır; varlık amacı toplum düzeninin korunması veya bozulan düzenin onarılması olan bir sistemin gerçekliğini toplumsal işleyişten alması ise son derece doğaldır.⁴¹ Jakobs var olandan

³⁷ OĞAN BALKIZ, Nevan, "Minimum Geçerlilik Koşulu, Partikülarist Yaklaşımlar ve İnsan Haklarının Evrenselliği", Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi, 15. Kitap, Ağustos 2006, ss. 173-179

³⁸ BUNG, Jochen, Çev: ÜNVER, Yener, 31. Bölüm: "İsnad Edilebilirlik, Beklenilebilirlik ve Tedbir Alma Zorunluluğu - Günther Jakobs'a Bir Cevap", Karşılaştırmalı Güncel Hukuk Serisi [8]-Terör ve Düşman Ceza Hukuku (Proje Yöneticisi: İÇEL, Kayıhan, Editor: ÜNVER, Yener), Prof. Dr. Wolfgang Frisch'e Armağan, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Birinci Baskı: Ocak 2008, Ankara, s.2

³⁹ Age.

⁴⁰ TEPE, İlker, "Düşman Ceza Hukukunu Anlamaya Çalışmak - I: Jakobs'un Endişesine Karşılık Yöntemli Bir Sorgulama Çabası", Şubat 2015, <http://yenihukuk.blogspot.com/2015/02/dusman-ceza-hukukunu-anlamaya-calsmak-i.html> (Son erişim tarihi: 15.10.2018)

⁴¹ Age.

hareket eder ve toplumun korunmasını esas alır. Oysa günümüz liberal hukuk anlayışı, iktidarın kudretinin kişi özgürlükleri karşısında orantısız ölçüde genişlememesi -bana göre haklı- korkusuyla devletin varlık sebebini toplumdan ziyade bireye; insan haklarını toplumsal sözleşmenin getirdiği bir hak-yükümlülük ilişkisinin dışında yalnızca insan olmaya; hukuk düzlemine ise yalnızca var olana değil, var olabilen ve var olması gereken arasındaki dengeye oturtmaya çabalamaktadır.

Özetle Jakobik bakış açısında “Herkes kişi muamelesi yapılması gerektiği ve dolayısıyla her kişinin insan olması dolayısıyla vazgeçilemez ve devredilemez bazı haklara sahip olduğu görüşü per se(ex officio, kendinde) bir *postulattır*, toplum kurgusu için bir *modeldir* ve dolayısıyla *gerçekten var olan* bir toplumun herhangi bir parçasını yansıtamaz.”⁴²

Birey, Sosyal Sözleşme, Norm ve Kişi

Jakobs'un hukuki gerçeklik görüşü tek başına Düşman Ceza Hukuku düşüncesini doğurmaya yetmez. Çünkü bu yaklaşım günümüz modelinin gerçek olmadığını kanıtlamaya yönelik bir çaba olmakla birlikte toplumsal düzenin ilkesel muhaliflerinin hukuk dışı alana soyutlanarak bu kişilere karşı bir savaşa girişilmesini destekleyen bir altyapı sunmaz. Bu sonuca ulaşılabilmesi için başka dayanaklara da başvurmak gerekecektir. Böylece düşmanın toplumdan soyutlanması fikri tarihte Rousseau, Fichte, Hobbes gibi pek çok düşünürün ortaya attığı toplum sözleşmesi üzerinde şekillendirilir.

Sosyal sözleşme kuramı farklı düşünürler tarafından farklı yorumlara tabi tutulmuştur. Kimileri bu kuramı karmaşayı ortadan kaldıracak güçlü bir devlet yaratımını arzularak kimileri ise gözünü iktidar hırsı bürümüş devletin hâkimiyet alanının birey hak ve özgürlükleri lehine daraltılması temennisiyle savunmuştur. Aynı şekilde toplum sözleşmesinin kimler arasında kurulduğu, bu sözleşmeyi kimlerin, nasıl ihlal edebileceği konularında da pek çok ayırım mevcuttur. Bütün farklılıklar arasında Jakobs; Rousseau, Fichte, Hobbes ve hatta Kant'ın eserlerinden belli kesitleri teorisine dayanak olarak gösterir.

Sosyal sözleşme teorisine göre suç, sosyal sözleşmenin bir ihlalidir ve ihlalcî sözleşmeden kısmen muaf kılınarak toplumdan soyutlanacaktır.⁴³ Rousseau bu durumu "*cemiyet hukukuna' taarruzda bulunan 'kötü niyetli failin' devletin 'üyyesi' olmaktan çıkması, suçlunun yurttaşan(citoyen) ziyade düşman(enemi) olarak ölmeye terk edilmesi*", Fichte ise yurttaşlık

⁴² JAKOBS, "Düşman Ceza Hukuku? - Hukukiliğin Şartlarına Dair Bir İnceleme", s. 3

⁴³ JAKOBS, "Yurttaş Ceza Hukuku ve Düşman Ceza Hukuku", s. 3

sözleşmesini terk edenin "*bir insan ve bir yurttaş olarak kıymetini yitireceği ve hukuk dışı kalacağı*" şeklinde tarif etmiştir.⁴⁴ Jakobs bu düşünürlere ve görüşlerine ilkesel muhalifin toplumdan soyutlanması görüşünün ilk ve tek savunucusu olmadığını kanıtlamak, teorisine tarihsel bir meşruiyet kazandırmak için değinmiş olsa da görüşleri Rausseau ve Fichte ile birebir örtüşmemektedir.⁴⁵ Ancak Jakobs'a göre tarafı olduğu görüşler, tarihte ilk kez bu denli açık ve isabetli bir ayrımla Hobbes tarafından ifade edilmiştir:

"Yurttaşlar ile devlet arasında bir teslim sözleşmesi vardır. Bu sözleşme "*kurgusu*"⁴⁶ doğrultusunda yurttaşlar, devletin öz inşasında ona müdahalede bulunmayacakları metaforunu baştan kabul eder. Yurttaşın kendi başına vatandaş statüsünü ortadan kaldırmaya çalışması teslim sözleşmesinin ve dolayısıyla teslim olma ilişkisinin ortadan kaldırılması anlamına gelir ve bu kimse artık tebaanın üyesi olarak değil, bir düşman olarak değerlendirilecektir."⁴⁷

Her ne kadar Jakobs kendi görüşlerini açıklamaya çalışırken yukarıdaki yazarlara değinmiş de olsa bütün bu görüşler Jakobs'u olduğu gibi açıklamaya yetmez. Onun toplum sözleşmesi kavramı son derece şahsına münhasırdır, kendi içinde yine son derece özgün olan Jakobik birey-kişi ayrımından soyut olarak değerlendirilmesi yanlış anlaşılmalara yol açacaktır.

Jakobs'un toplum sözleşmesine giden yol birey kavramı ile başlar. Ancak Jakobs'un tasarımında doğa durumdaki birey başlangıçta tek başınadır. Sözü edilen tek başına olma hali, Jakobs'un toplum modeli için önemli bir detay belirtmekle birlikte fikrimce, Jakobs'un sistem teorisine yatkınlığı ile de bağdaşmaktadır. Çünkü tek başına bir bireyin etkileşimi söz konusu olmayacaktır. Sistem teorisi ise etkileşime dayanır.

Jakobs'a göre doğa halindeki tek başına bireyin dünya görüşü ulaşmak istediği hazza ve kaçındığı acıya bağlı olarak bulunduğu çevre içinde gelişen subjektif bir algıdan ibarettir. Doğa halinde tek başına var olan bağımsız birey, haz ve acının ötesinde hareketlerini sınırlama ihtiyacı duymaz; hayatını etkileyen bir başka dış etmen, dış norm yoktur. Dolayısıyla birden fazla kişi bir araya gelmeden objektif herhangi bir düzenden bahsetmek mümkün olmayacaktır. Oysa toplum için objektif

⁴⁴ Age, ss. 3-4

⁴⁵ Jakobs'a göre bu görüşler fazla radikaldir, ihlalcı toplumdan dışlandıktan sonra, topluma yeniden dahil olabileme imkanına da sahip olabilmelidir. Bu husus daha detaylı bir incelemesi için bakınız: s. 28 vd

⁴⁶ Age, s.4

⁴⁷ Age, s.5

kurallara yönelik bir anlam ifade eden birlikte yaşamaya yönelik asgari uzlaşma zeminini oturtmak ancak ve ancak etkileşimle mümkün olacaktır.⁴⁸

Bu görüş doğrultusunda toplumsal sözleşmeye yönelen süreçte varsayılan doğa halinde tek başına yaşamakta olan bireylerin birbirleriyle etkileşim haline geçmesi önemli bir adımdır. İki bireyin etkileşimi doğrudan toplumsal yaşamın objektif asgari şartlarını oluşturmaya yeterli değildir ancak dünyayı yalnız kendi hazları ve acıları ekseninde gören doğa halindeki bu bireylerin menfaat çatışması objektif bir toplumsal yaşam modeline giden yolda bir dönüm noktasıdır. Böylece bağımsız bireyler etkileşim araçları ekseninde zamanla toplumsal yaşamı mümkün kılan objektif normlar üzerinde hem fikir olurlar.⁴⁹ Yani toplumu oluşturan, toplumun devamlılığını mümkün kılan zaten toplumsal yaşamın asgari gereklilikleri üzerindeki anlaşmadır.

Jakobik toplumsal sözleşme yaklaşımında birey ve sözleşme kavramları yukarıdaki gibi açıklanmaktadır. Jakobs, Hobbes'un aksine kurgusal olarak var olduğu kabul edilen bir sözleşmeden bahsetmez. Fakat doğa hali içinde kendi haz ve acı duygularından başka hiçbir bağlayıcı kudrete tabi olmayan insanların, bir arada bulunmak için menfaat çatışmalarını belli normlar ekseninde öngörülebilir objektif temellere dayandırarak etkileşime geçmeleri bir nevi sözleşme olarak görülmektedir. İnsanların bir arada bulunabilmelerinin sebebi toplumun gereği olarak gördükleri objektif normların varlığını kabul etmeleri ve bu normlara uymalarıdır. İşte bu algı da bizleri Jakobs'un çok tartışılan kişi kavramına götürür.

Jakobs kişi tanımını yaparken Luhmann'ın sistem teorisinden de esinlenmektedir.⁵⁰ Luhmann toplumun çözümleme birimi olarak bireyleri veya grupları değil, son derece özgün bir bakış açısı ile sistemleri ele alır.⁵¹ Sistemlerin sistematik ve bilimsel incelemesi ise ancak ve ancak sistem içindeki ve sistemler arasındaki iletişimin izlenmesiyle mümkündür. Kişisel kanaatim Jakobs'un hukuk normlarının oluşabilmesi için birden fazla birey arasındaki etkileşimi şart koşmasının Jakobs'un toplum algısı ile sistem teorisi arasındaki paralelliği yansıttığı yönündedir.

⁴⁸ TEPE, "Düşman Ceza Hukukunu Anlamaya Çalışmak - II: Jakobs'ta "Düşman"ın Fikri Temelleri Üzerine Kısa Bir Değinme", Mart 2015, <http://yenihukuk.blogspot.com/2015/03/dusman-ceza-hukukunu-anlamaya-calsmak.html> (Son erişim tarihi: 15.10.2018)

⁴⁹ Age.

⁵⁰ JAKOBS, "Düşman Ceza Hukuku? - Hukukiliğin Şartlarına Dair Bir İnceleme", s. 7

⁵¹ SARIBAY, Ali Y., "Hukuk ve Politika: Luhmann Sosyolojisi Bağlamında Bir Tartışma", Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi, 14. Kitap, Nisan 2005, s.7
YÜHFD Cilt: XVI Sayı:2 (2019)

Luhmann'ın sistem teorisindeki iletişim kendisini politika ve hukuk gibi alt sistemler tarafından anlamlı olarak kabul ettirmiş olgularda gösterir.⁵² Toplumun özü bireylerin bağımsız varlıkları değildir. Toplumu, toplumsal iletişim ve etkileşim içinde gerekli görülmüş olguların ortak kavramlar ışığında anlamlandırılmasıyla ortaya çıkan alt sistemler bütünü oluşturur. Aslında ne Luhmann ne de Jakobs açık açık sisteme dahil olmayan bireylerin insan olmadığından bahsetmiştir. İkisi de bireylerin tekil önemini inkâr etmez.⁵³ Ancak insan tek başına sosyolojik bir anlam taşıyamaz; insanın iç dünyasındaki bilinç kavramı iletişim ögesinden ve dolayısıyla iletişimle oluşmuş toplumsal normlardan ayırık tutulması gereken bir olgudur. Tek kişi ile iletişimden, iletişim olmadan sistemlerden, sistemler olmadan ise toplumdan bahsedilemez. Düşman Ceza Hukukundaki yüzeysel tartışmalardaki genel yanılığın aksine Jakobs toplum dışı kimseyi hayvan yerine koymaz, bu kimseyi insani nitelikleriyle bir birey olarak görür. Ancak hukuk da toplum içinde bir alt sistem olduğundan, iletişimin ve sistemlerin dışındaki bağımsız bireyin hukuk açısından tek başına bir anlamı yoktur.

Şu ana kadar birey kavramından, bireylerin bir araya gelerek oluşturdukları objektif normlardan bahsettik. İşte bireyin kişiye dönüşmesi de bahsi geçen toplumsal kabul görmüş objektif normların kabulüyle söz konusu olur. Doğa hali içinde, etkileşimden ve sistemlerden uzak birey, bir toplum içinde yaşayabilmek için asgari normlar üzerinde bir kabule vardığında kendi doğasının subjektif sınırlarının ötesinde objektif sınırlamalarla karşıya kalır. Birey, asgari normlara riayet edeceğine yönelik iradesini açığa vurduğunda **bu yönde yükümlülüklerle ve toplum içinde yaşayabilme imkânının sunduğu haklarla donatılmış bir "kişi" sıfatını kazanır.**

Bir başka ifadeyle kişi kavramını ihtiyaçlarından ve bu ihtiyaçların tatmin edilmesine yönelik mekanizmalardan bağımsız düşünmek mümkün değildir.⁵⁴ İhtiyaçlar ise somut hukuk düzeni içinde hakların tanınması ve korunmasıyla tatmin edilmiş olacağından, hukuk düzeninin dışına çıkmış, toplumdan soyutlanmış kimse kişi olamaz. Bu nedenle sadece toplum içinde bir düzen modeline dayanan grup normların tanıdığı bireyler "kişi" olabilirler.⁵⁵

⁵² Age.

⁵³ Age.

⁵⁴ JAKOBS, "Düşman Ceza Hukuku? - Hukukiliğin Şartlarına Dair Bir İnceleme", s. 6

⁵⁵ ARNOLD, age, s. 4

Görüldüğü üzere Jakobs'un kişi kavramı toplumla ve toplumsal sistemlerle bir arada olmayı bir ön koşul olarak kabul ederken, insan hakları teorisi toplumdan bağımsız olarak yalnız ve yalın insan kavramından yola çıkar. İnsan hakları, insan denen varlığın olanaklarından türetilmişlerdir.⁵⁶ "İnsan" haklarını toplumsal bir sistemle açıklamak mümkün değildir çünkü nasıl ki Jakobik teoride toplum kişi kavramına bir ön koşul olarak görülmüşse, insan hakları da insan olmanın doğasından ayrı düşünülemeyecektir.⁵⁷

Her ne kadar Jakobs toplumsal düzen içinde kalmaya devam eden kişilerin, Vatandaş Ceza Hukuku içinde kendilerine hukuken tanınan haklardan yararlanmalarının garanti altına alınmış olduğunu iddia etse de, teorisinin en açık noktalarından biri de burada gizlidir. Jakobs'un teorisi, Vatandaş Ceza Hukuku sınırları içinde dahi bildiğimiz insan hakları teorisiyle bir arada bulunamayacaktır. Jakobik yaklaşımda insan yalnızca toplumun içinde var olan sisteme itaat etme sözüne bağlı olarak hak elde eder. İnsanın insan olmasından ötürü birtakım haklara sahip olduğu Jakobik düzlemde düşünülemez, haklar devlete ve topluma mevcut düzene itaat edileceği yönünde bilişsel bir garanti sunmakla elde edilirler.

Sosyal-Kanuni Düzen İnkârcısının Toplumdan İhracı, Düşmanlaştırma ve Düşmanla Savaş

Düşman Ceza Hukukunun asıl tartışılması gereken konusu düşmandır. Jakobs'un birey-toplum-norm ekseninde çizdiği kişi kavramına yönelik kendince bir mantık sistemi olduğu savunulabilir. Bu mantık sistemi Düşman Ceza Hukukunun temelini oluşturmakla birlikte, Düşman Ceza Hukukunun esası düşmanın tespit edilmesi ve toplumdan ihracı meseleleridir. Oysa bu hususlar çok daha belirgin eksiklikler ve çelişkiler içermekte ve teorisinin yarattığı kavramsal bütünlük içinde kendi kendisini olumlamasını imkânsız kılmaktadır.

Jakobik düşman tanımına giden yoldaki başlangıç noktası suç ve ceza kavramları arasındaki bağlantıdır. Suç kavramının var olabilmesi, yukarıda belirtildiği üzere hâlihazırda toplumsal yaşama yönelik asgari normlar üzerinde belirli bir uzlaşımın da mevcut olmasına bağlıdır. Yalnızca menfaat çatışmalarından ibaret olan doğa durumunda, hiç kimsenin kendi iradesi dışında, objektif harici sınırlara bağlı hareket etmesi beklenemez; çünkü yukarıda açıklandığı üzere Jakobs'a göre bu evrede objektif harici sınırlar yoktur. Toplum doğa halinde uyulması gereken belli başlı normların

⁵⁶ BALKIZ, age, s. 2

⁵⁷ Age.

olduğuna dair bilişsel bir uzlaşuya sahip değildir. Dolayısıyla herkes kendi kabiliyeti ve gücü doğrultusunda hareketlerine dilediğince yön verecektir. Bu şartlar altında belirli bir normatif beklentinin hayal kırıklığına uğratılması olan suç olgusunun varlığından bahsedilemez. Aksine suç, mevcudiyetini belli bir toplumsal düzenin var olduğu ve korunacağına yönelik bilişsel garantiden alır; mevcut toplumsal düzenin tahrik edilmesinden doğar.⁵⁸ Norm suçun olmazsa olmaz şartıdır, suç ancak normu inkâr eden bir eylem neticesinde beden bulabilir.

Suç toplumun yapı taşını temelinden sarstıktan sonra toplumun devamlılığını sağlamak suça rağmen sosyal sözleşmenin uygulanmaya devam edeceğini, üzerinde uzlaşmış toplumsal düzenin **hala** uygulanmakta olduğunu garanti etmekle mümkündür. Çünkü birey, yalnızca birlikte huzur içinde yaşamının nimetlerinden faydalanabilmek amacıyla toplumu oluşturan normlara itaat etmektedir. Toplumsal düzenin korunamadığı algısı, bireyler arasında objektif hukuki sınırlamalar açısından bir eşitsizlik hissi yaratır; bu da her bireyi kendi menfaatlerini koruyabilmesi için doğa halindeki konumuna dönmeye iter. Bu bilişsel algının yaygınlaşmasının önü kesilmediği takdirde toplum dağılmaya, bireyler de doğa haline dönmeye mahkûmdur.

Toplumsal düzeninin korunması, başkalarınca bu düzene riayet edilmeyeceği korkusu ile mümkün olamayacaktır. "*Kişiler kendi davranışlarına; diğerlerinin de normu ihlal etmeleri değil aksine norma uygun hareket etmeleri gerektiğini bilerek yön vermelidirler.*" Böylece ceza, normun suça rağmen hala geçerli olduğuna olan bilişsel güveni sağlama amacıyla suça bir cevap olarak devreye girer.

Buraya kadar anlatılanlar, her suçlunun düşman olduğu gibi bir yanılığa mahal verebilir. Oysa Jakobs suçları ve cezaları incelerken ikili bir ayrıma gider. Suçun niteliği ve cezası, suç failinin **topluma** bilişsel bir garanti sunup sunamamasına göre şekillenecektir:

Normal Suçluluk(yurttaş suçluluk); suçun, failin kişiliğindeki bir hata, güçsüzlük nedeniyle işlenmesine karşın failde sosyal sözleşme nezdinde oturtulmuş toplumsal düzene yönelik bir inkâr olmaması halinde meydana gelir. Normal suçun faili yaptığı hataya rağmen **topluma** üzerinde uzlaşmış normlara riayet etmeye devam edeceğine yönelik bir iradesi olduğu hususunda bilişsel bir garanti sunabilen faildir. Aslında failin gerçek iradesinin ne yönde olduğu burada bir önem taşımaz, failin hareketleri topluma, failin işlediği suça rağmen sosyal sözleşmeye sırt çevirmediği

⁵⁸ JAKOBS, "Yurttaş Ceza Hukuku ve Düşman Ceza Hukuku", s. 7

yönünde bir güven sağlıyorsa bu kimseye bilinen anlamda ceza uygulanacaktır. Böylelikle normun geçerliliğine verilen zarar tamir edilmiş olur ve toplum kendi kendini doğrularak varlığını sürdürmeye devam eder.

Toplumsal Düzene İhanet Suçluluğu ise; failin topluma, üzerinde uzlaşşı sağlanmış normlara riayet etmeye devam edeceği hususunda bilişsel bir güven sağlayamamasıdır. Aslında bu suçun işlenebilmesi için failin kanunen çizilmiş sınırlara aykırı davranarak suçun maddi unsurunu meydana getirmiş, hatta başlangıç hareketlerini icra etmiş olması dahi aranmaz. Şahsi kanaatime göre, görünürün ötesinde, failin gerçekten hukuka sırt çevirmesi, toplumsal düzene yönelik sonsuz bir inkâr amacı taşıması da önemli olmayacaktır. Çünkü bu noktada düşman, **toplumdan ihraç edilmeyi ya da toplumsal düzenin içinde kalmayı ne kadar isterse istesin edilgen bir konumdur.** Kendi kendini toplumdan soyutlayamaz, toplumun içine sokamaz. Düşmanın kim olduğuna toplum karar verir; bu nedenle topluma bilişsel güven veremediği için toplumda korkuya yol açan, normların geçerliliğini duruşuyla tehlikeye düşürdüğüne **inanılan** kimse toplumsal düzene karşı suç işlemektedir. Hayatını “*toplumsal-kanuni bir statü*” içinde geçirmek istemediğine inanılan kimseler ise bir düşman gibi ele alınmalıdırlar. Bu bireylerin toplumdan atılmaları zorunludur. Hukuk düzenini tanımayan kişilere karşı açılacak savaş hukuk vasıtasıyla değil ancak zor yoluyla yürütülebilir.⁵⁹

Bu suçlara yönelik müdahalelerdeki zor kavramı hâlihazırda zarar görmüş normun tamirini değil, normun bilinç düzeyinde hasar görmesinin önlenmesini; yani gerçekleşmiş bir fiilden ziyade norma ilişkin geleceğe yönelmiş tehlike beklentisini bertaraf edebilmeyi ve bu sayede toplumda bir güvenlik algısı yaratmayı amaçlar.⁶⁰ Bu durumda ceza, failim kınanmasına değil beklenen müstakbel eylemlerin önlenmesine yöneliktir.⁶¹

Beklenen bir tehlikeye karşı savaşımında ise ihlalci "düşman" kendisi hareketlerini hiçbir objektif sınırlamaya tabi tutmayarak avantajlı bir konumda bulunmaktadır. Devletin kendisini, gerçekliği tartışılır sınırlamalara tabi tutması (insan hakları ve vatandaş ceza hukuku dinamikleri) bu savaşta güvenliğin sağlanması için yeterli değildir. Düşmana karşı savaşta, uyulması mecburi olmayan istisnai bir sınırlama dışında her yol mübahtır.⁶²

⁵⁹ Age, ss. 5-6

⁶⁰ Age.

⁶¹ Age, s. 10

⁶² Söz konusu istisnai sınırlamanın daha detaylı bir incelemesi için bakınız: s. 28
YÜHFD Cilt: XVI Sayı:2 (2019)

Jakobs bütün bu görüşlerine bir meşruiyet kaynağı olarak çok eleştirilen Kant atfını ekliyor yazısına: "*Salt doğa durumunda bulunan insanlar ve ahali, (ihtiyacım olan) güvenliğimden beni mahrum bırakır ve bu ortam vasıtasıyla bana zarar verir. Anılan kanunsuzluk durumunda benim yanımda olanlar tarafından fülüyata (facto) geçemese de statülerin yarattığı kanunsuzluk (statu iniusto) aracılığıyla, devamlı surette taciz edirim ve ben de onu ya benimle beraber toplumsal-kanuni bir statüye dahil olmaya zorlar ya da benim komşuluk alanımdan çıkmaya razı ederim.*"

Pekala Jakobs Kant'ın görüşlerini anlayamamakla ve Kant'a dair alıntılarının kendi teorisini destekler gibi görünen yanıltıcı ve yüzeysel kesitler sınırları dahilinde kalmasıyla eleştirilmiştir. Ancak bana göre Düşman Ceza Hukuku bütünselliğinde Kant'ı kendi teorisine bir kaynak olarak göstermesinin yerinde olup olmamasının da ötesinde kavramsal karışıklıklar mevcuttur.

Jakobik Tasarımın Teorisi Üzerine Bir Değerlendirme

Düşman Ceza Hukuku, yukarıda da belirtildiği gibi, günümüz kanun koyucularının pozitif hukuktaki eğilimlerini inceleyip ortaya çıkaran saf-tanımlayıcı analitik yaklaşımdan uzaklaşmış, kendi kendini doğrulamaya çalışan varsayımsal bir hukuk sistemi modeli olma yolunda ilerlemektedir. Ancak Jakobs'un da açıkça dile getirdiği gibi *varsayımsal* mantık sistemleri her zaman ikna edicidir.⁶³

Günümüz şartları altında ceza hukukunun ilgisinin alışılmış suç alanının dışına yayılması ve pozitif hukukta "Düşman Ceza Hukuku uygulamaları" olarak adlandırılmış tatbikatlara bir eğilim görülmesi Düşman Ceza Hukukunun gerekliliğine, gerçekliğine veya işlerliğine dair somut bir kanıt olarak görülemez. Düşman Ceza Hukuku geldiği noktada, kanun koyucunun kişi hak ve özgürlükleri aleyhine düzenlemelerindeki gözlemlenebilir **gerçekliklerini alıp** bu gerçekliklerin arkasına ikna edici varsayımsal **bir hukuk modeli kurgulamış** ve bu modele de bir gelecek biçmiştir. Üstelik bu model, uzun vadede toplumsal yapının sürdürülebilirliği ve vatandaş hukukundaki güvenli özgürlük alanının korunması için tek çözüm olarak gösterilmektedir.

Bu yönde Düşman Ceza Hukukunun eleştirisi iki yönde yapılabilir. Nitekim düşman ceza hukukunu pozitivist normatif eksenindeki hukuk kabullerinin hukuku optimal seviyeye taşıyıp taşıyamayacağı meselesi yıllardır tartışılmaktadır. Ancak hukukun amacına ve varlık sebebine

⁶³ JAKOBS, "Düşman Ceza Hukuku? - Hukukiliğin Şartlarına Dair Bir İnceleme", s. 3

yönelik argümanlarla şu an için herkesin hemfikir olabileceği genel geçer bir sonuca ulaşmak mümkün değildir. Bana göre Düşman Ceza Hukukunun tespit ettiği probleme çözüm üretip üretmediğinin/tek alternatif olup olmadığının en objektif değerlendirmesi, Düşman Ceza Hukukunun kendi kabulleri içinde kendi amacını sağlayıp sağlayamadığının tespit edilmesiyle gerçekleştirilebilir.

Düşman Ceza Hukukunu kendi tanımları ve kendi fonksiyonları içinde değerlendirdiğimizde teorinin savlarının kendi kendini çürüttüğü kanaatindeyim. Yaptığım incelemeler sonucunda vardığım netice Düşman Ceza Hukukunun, "hukuk" olup olmadığı dahi tartışma konusu olabilecek bir düşünce sistemi olarak varlık amacı olan güvenliği, yurttaşlara sağlamaktan aciz kaldığıdır. Düşman Ceza Hukuku hem kendi iç işleyişindeki çelişkiler hem de hesaba katmadığı dış dinamikler nedeniyle uygulanması mümkün olmayan bir sistemdir. Üstelik her geçen gün kimi zaman kötüniyetle ve kasıtlı olarak erozyona uğratılan bir hukuk politikasına dönüştürülmüştür. Kendimce ulaştığım bu sonuçları adım adım açıklamam gerekirse:

1. Düşman Ceza Hukukunun hukuki(?) niteliği belli değildir.

Bu sonuca ulaşmak için öncelikli olarak sorulması gereken soru Düşman Ceza Hukukunun uygulama alanının teorideki hangi süreci kapsadığıdır. Düşman Ceza Hukuku ihraç ve düşmanlaştırma süreciyle mi ilgilenir (ihraç açısından düşman ceza hukukunun zaman bakımından uygulanması, ihraç sürecinin hangi adımlarla işleyeceği vb konular), ihraç sonrası düşmana karşı savaşı düzenleyen normları mı düzenler yoksa bu iki süreç de Düşman Ceza Hukukunun kapsamı içinde midir? Bu soru ilk bakışta gereksiz görünebilir zira Jakobs makalelerinde açık bir dille bu şekilde ikili bir ayrıma gitmemektedir. Ancak bu soruya verilen cevaba göre Düşman Ceza Hukukunun içeriğine ilişkin eleştiriler farklı odak noktaları kazanmakta ve değişmektedir.

Zira Düşman Ceza Hukukunun devletle düşman arasındaki savaşımı düzenlediği varsayımında, Düşman Ceza Hukukunun kendi argümanları kapsamında ceza hukukunun bir alt kategorisi ve hatta hukukun bir bölümü olarak değerlendirilmesi fikrimce mümkün gözükmemektedir.

Devlet-düşman savaşının Düşman Ceza Hukuku yoluyla düzenlendiği kabul edilirse:

Düşman Ceza Hukuku, ceza hukuku mudur?

Jakobs'a göre **kuralsızlığın** hüküm sürdüğü doğa halinde ne suçtan ne de cezadan söz etmek mümkündür. Hatta suç ve ceza kavramları toplumsal normlarla eş zamanlı olarak ortaya çıkar. Jakobs'un görüşleri doğrultusunda

doğa halinde bulunan düşmanın "suç" işlediğini iddia etmek ve devletin bu yöndeki müdahalelerini "ceza" tanımı içinde kabul etmek Düşman Ceza Hukukunun doğa hali kabulleriyle son derece çelişkilidir. Düşman Ceza Hukukunun düşmanla savaşımı düzenlediği düşünülürse, Düşman Ceza Hukukunun "ceza hukuku" olduğundan bahsetmek mümkün olamayacaktır. Düşmanın ihracından sonra teori ancak bir savaşım stratejisi olarak görülebilir.

Jakobs, bahsi geçen çelişkiyi giderebilmek için toplum sözleşmesinden doğan "götürülecek borçlarını" ifa etmeyen kimsenin her türlü vatandaşlık hakkını yitireceğinden, **ancak yükümlülüklerinin baki kalacağından** bahsediyor.⁶⁴ Oysa düşmanın bütün haklarını yitirmesinin nedeni hiçbir objektif kuralın tanınmadığı, hukukun bulunmadığı bir doğa durumuna geçiş yapması olarak açıklanmıştır. Bu şartlar altında devletin, düşmanın hala yükümlülüklerinin bulunduğunu iddia etmesi ve bu fiilleri Jakobs'a göre yalnızca **hukuk düzlemi içinde varlık kazanabilen bir kavram olan suç** kategorisinde değerlendirebilecek olması açıkçası bana anlaşılır gelmemektedir.

Düşmanın devlete karşı yükümlülüklerinin devam ettiği düşüncesi, Düşman Ceza Hukukunun doğa durumuna geçildiği ve hiçbir hakkın bulunmadığına yönelik savların adeta yalnızca düşmanın ihracı meselesinde sonuç doğurması anlamına gelmektedir. Ancak hiçbir statünün doğrudan birbirine üstün sayılmadığı, menfaatlerin güç ve strateji kapsamında elde edilmeye uğraşıldığı doğa durumunda ne hikmetse devletin düşmana karşı bir yükümlülüğü bulunmazken devlet ve toplum sınırlarının tamamen dışında bulunan düşmanın devlete karşı yükümlülükleri devam etmesi ne hukuki bir gerekçeyle desteklenebilecek ne de mantıksal çerçevede gerçekçi görülebilecek bir olgudur.

Bu açıdan düşmanın toplumdan ihraç edilmesinden sonraki fiillerinin suç kapsamında değerlendirilmesi, bu eylemlere yönelik devlet müdahalelerinin de "ceza" olarak görülmesi mümkün görünmemektedir.

Bu şartlar altında Düşman Ceza Hukuku, hukuk mudur?

Düşman Ceza Hukukunun düşmana karşı savaşta uygulanan hukuku düzenlediği varsayımı Düşman Ceza Hukukunun temelleriyle çelişkilidir. Jakobs'un tarif ettiği üzere düşmanın içine itildiği *"doğa durumu aynı zamanda kuralsızlık durumudur"*, yani devlet ile birey arasında *"aşırı özgürlük ile beraber olan aşırı bir savaş"* hüküm sürmektedir. Doğa hali içinde devlet, varlığını sürdürmeyi amaçlayan, menfaatleri doğrultusunda

⁶⁴ Age, s. 12

hareket eden bir bireyden farksızdır; aynı şekilde dışlanmış düşman da ancak kendi menfaatini gözetmekte, devletin varoluşunu devamlı surette tehdit etmektedir. Jakobs'un açıklamaları doğrultusunda hiçbir sınıra tabi olmayan bir bireye karşı verilen savaşta, devletin -bırakın Vatandaş Ceza Hukuku mekanizmalarıyla- Düşman Ceza Hukukunun ne olduğu belirli olmayan sınırlamalarıyla dahi kendi ehliyetini kısıtlaması, başlı başına Düşman Ceza Hukukunun mantıksal tasarımına terstir.

Mesele sistem teorisi veya Jakobik toplum sözleşmesi çerçevesinden incelendiğinde Düşman Ceza Hukukunun hukuk olup olmadığı sorusunun cevabı daha da berraklaşır. Normun ve dolayısıyla bir alt sistem olan **hukukun varlığından söz edebilmek için süjeler arasında bir iletişimin ve uzlaşma seviyesine ulaşan bir anlayışın** olması gerekir. Aksi halde hukuktan bahsedilemez. Düşmanla mücadele ise Jakobs'un da belirttiği gibi artık **iletişimin bittiğini** ve savaşın başladığını gösterir. Devlet ve düşman doğa halinde karşılaşmış iki oluşumdan farksızdır. Bu şartlar altında devletin toplumsal düzenden soyutlanan düşmana yönelik herhangi bir hareketi teknik hukuk kapsamında değerlendirilemez. Ne hakların ne sorumluluğun ne de objektif normların dikte ettiği sınırlamaların olmadığı bir dünyada hukuktan bahsedebilmek mümkün müdür?

Açıklananlar ışığında, Düşman Ceza Hukukunun bir hukuk dalı olduğunun kabul edilebilmesi teorinin uygulama alanının yalnızca toplumdan ihraç süreciyle (toplumun ilkesel muhaliflerinin vatandaşlardan nasıl ayırt edileceği, Vatandaş Ceza Hukukunun uygulama alanından hukuksuz doğa statüsüne geçiş süreci gibi meseleler) sınırlı kalması halinde mümkün olabileceği görünmektedir. Ancak aşağıdaki eleştiriler bu varsayım dahilinde dahi Düşman Ceza Hukukunun çözüm olmadığını kanıtlayacak niteliktedir.

2. Düşman Ceza Hukuku, kendi içinde çelişkiye varlık amacı olan güvenlik sorununa etkin bir çözüm sunmaktan acizdir.

Jakobs'un fikirlerini özellikle dayandırdığı düşünür Hobbes, kendi kaotik dönemine düzen getirmek için çabalarken ortaya koyduğu sistem dolayısıyla sigorta edilecek şeyin kıymetinden daha fazla prim ödenmesini gerektiren bir sigorta sözleşmesi yarattığı yönünde eleştirilmiştir.⁶⁵ Ben ise Jakobs'u sigorta sözleşmesinin hükümsüzlüğü dolayısıyla işlevsiz kaldığı yönünde eleştiriyorum. Jakobik Düşman Ceza Hukukunun sigorta sözleşmesinin

⁶⁵ UYGUN, Oktay, "Devlet Teorisi", On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, Eylül 2014 1. Baskı, s. 218

içindeki bazı hükümler sözleşmenin tamamını etkileyecek ölçüde imkânsızlık içermektedirler.

İlk olarak toplumsal düzen ihlalcisini tespit etmeye yarayan indikatörlere ve ihlalin varlığını tespit eden yapıya değinelim. Jakobs, toplum sözleşmesine aykırı davranışla birlikte, bireyin sözleşmeden doğan götürülecek borcunu ifa etmemiş olacağını ve dolayısıyla devletin sözleşmeye olan bağlılığının ortadan kalkması gerektiğini belirtirken kişinin **kendi** iradesinin sonucu sözleşmeden çıkabileceği izlenimini vermektedir. Sözgelimi, ihraç süreci toplumun düşmanı içeri almaması şeklinde değil, düşmanın kendinin içeri girmesini engelleyecek şekilde işlemektedir.⁶⁶ Ancak Jakobs daha önceki lafzi vurgularının tersine şaşırtıcı bir biçimde işin aslının böyle olmadığını vurgular: Kimin dışlanacağına toplum karar verir, düşmanın, ihraç sürecinde yetkin olduğu tek husus kendini toplumun dışında tutmaya devam etmektir.⁶⁷

Toplumdan soyutlanarak "düşman" statüsüne girmek istemeyen kimse hukuk sistemine "yeterli derecede" sadık olduğuna dair bir **güven sunmalıdır.**⁶⁸ Hatta ve hatta bir kimse hukuka sadık kalacağına dair bir söz verse ve bu sözünde samimi dahi olsa -her ne kadar bunu tespit etmek mümkün olmasa da- bütün bunlar önem taşımayacaktır, toplumda bu söze yönelik bir şüphe varsa bu kişi yine de hakları bulunmayan bir düşman ilan edilip toplumdan soyutlanacaktır.⁶⁹ Jacobs'a göre kimin dışlanacağına yönelik toplumun vereceği karar keyfi değildir. Kimlerin ihraç edilmesi gerektiği kararı, toplum denen büyük sistemin her alt sistemi ve her dinamiği gibi toplumun bir arada yaşama arzusundan kaynaklanan itici bir güçle doğal bir süreçte alınır. Üstelik bu karar görünmez, tahmin edilemez bir karar da değildir, iletişim ve etkileşim üzerine norm kuran toplumun kendi kararının, kararın oluşmasına katkı sağlayan bireyler tarafından öngörülemeyen olduğu düşünülemez.⁷⁰

Jakobs'un toplumun karar vermesi yönünde yaptığı açıklamaların lafzi yorumu Jakobs'un ortak bir toplumsal bilincin olduğuna ve bu bilincin pekâlâ toplumdaki her bireyin farkında olabileceği şekilde dışa vurulduğuna inandığı gibi bir izlenim uyandırıyor. Böylesi bir düşünce ilk bakışta Jakobik sosyal sözleşme anlayışıyla paralel bir çizgide görünse de Jakobs'un toplumun kurulması aşamasında varlığını kabul ettiği kolektif bilincin

⁶⁶ JAKOBS, "Düşman Ceza Hukuku? - Hukukiliğin Şartlarına Dair Bir İnceleme", s. 12

⁶⁷ JAKOBS, "Düşman Ceza Hukuku? - Hukukiliğin Şartlarına Dair Bir İnceleme", s. 13

⁶⁸ JAKOBS, "Düşman Ceza Hukuku? - Hukukiliğin Şartlarına Dair Bir İnceleme", s. 12

⁶⁹ Age.

⁷⁰ Age, s. 12

yalnızca bir arada yaşama arzusundan ibaret olmadığı, aksine toplumdan ihraç gibi spesifik kararlar alabilen bir yapıya dönüştüğünü söylemek gerçekçi değildir.

Bireyselliğin hiçe sayılarak toplumdaki herkesin, toplumsal iradenin yansımada aralarında hiçbir fikri ve/veya ahlaki karşıtlık yokmuş gibi, hangi eylemlerin toplumdan ihraca yol açacağı konusunda **hem fikir** olabileceği düşüncesi çılıncadır. Üç kişi dahi bir araya gelip hangi yemeği yiyeceklerine yönelik son derece önemsiz bir karar alamazken; idam cezasının adil, insani veya efektif olup olmadığı yüzyıllardır tartışıla gelmişken; yüzlerce kişiden oluşan parlamentoların nasıl karar alacaklarına yönelik kuralların yokluğu veya işlevsizliği halinde çalışır bir mekanizma olarak iş görmeleri mümkün olamazken ortak bilincin bu ölçüde gelişmiş olduğu düşünülemez.

Öyleyse toplumun iradesi nasıl, hangi araçlarla, ne zaman ortaya çıkar?

Jakobs toplumun karar verme mekanizmasının nasıl işleyeceği yönünde bir tasarım teklif etmekten uzaktır. Kararın hangi usullerle, nasıl bir çoğunlukla verileceği yönünde hiçbir açıklama yoktur.

Toplumun iradesini yansıtmaya görevi temsilen devlet organlarından birine mi bırakılacaktır? Düşmanın ihracına karar verme görevinin yürütmeye bırakılmasının pratik anlamda zaten politik olan bir kavramı teoride de politikleştirileceği ve Düşman Ceza Hukuku dinamiklerini hukuk çerçevesinden hiç olmadığı kadar uzaklaştıracağı açıktır. Öte yandan hangi şartların toplumdan ihraca yol açacağına yönelik kanunlar çıkarılması ceza hukukunun kanuniliği prensibinin tatmin edilmesine bir güvence sağlayacak da olsa, Jakobs bir hukuk politikası sunmadığını iddia ettiğinden Jakobs'un görüşünün bu yönde olduğunu da düşünmüyorum.

Öte yandan Jakobs bu kararı bizzat toplumun verdiğini savunuyorsa, toplumun kararını hangi mekanizmalar doğrultusunda verecek ve bu kararı nasıl açıklayacaktır? İhracı gerektiren oranda "tehlikelilik" toplumsal reaksiyonlara göre mi ölçülecektir? İhraca yol açabilecek olgulara ilişkin her bir somut olaya uygulanabilecek soyut bir kural veya ölçüt var mıdır?

Zira olağan hayatın normal akışı düşünüldüğünde, toplumun ancak **somut olay gerçekleşikten sonra** ve **yalnızca o olay üzerine** tepki göstereceği görülebilir. Oysa herkesin içinde bulunduğu, adeta telepatik bir bağ ile işleyen bütünsel ve tek bir toplum iradesinden bahsedilemeyeceğine göre hangi hareketlerin toplumdan dışlanmaya yol açacağı kararının, korkuya yol açan eylemden daha önce verilmesi ve vatandaşların özgürlük alanının suç teşkil eden "ibarelerden" önce her bir bireye bildirilmesi ihraç

müessesesinin aniliğini ve keyfilğini önlemek için zaruridir. Aksi takdirde bir kimse kusur meselesi bir yana, haberi dahi olmadan toplumdun dışlanabilir.

Kaldı ki bireysel somut olaylara verilen toplumsal tepkilerin düşman ceza hukukuna yön verdiği kabul edilse bile kalabalık bir insan guruhunun son derece subjektif olan "tehlikeli" ve "kaygı verici" kriterleri merkezinde ortak bir karara varamayacağı da açıktır. Terör saldırıları gibi ekstrem örneklerin toplumda güvenlik kaygısı doğuracağı barizdir. Ancak yalnızca bu örneklere bağlı kalarak gri alanların hukuki çerçevesinin çizildiği söylenemez. Nitekim daha somut bir örnek olarak tecavüzün bir cinsel saldırı olduğu kesindir, buna rağmen ceza hukuku tacizin sınırlarını belirlemeye yönelik pek çok kriter geliştirmiştir. Toplum gri alanlara yönelik kararı nasıl verecektir? Dışlanan kimsenin bütün haklarını kaybetmesine yol açacak, kendisine savaş açılmasına sebep olacak düşman statüsüne alınması toplum tarafından basit, nitelikli yahut mutlak çoğunluk ile karar verilebilecek bir husus mudur?

Toplumun Jakobs'un Düşman Ceza Hukukunda ihraç mevzusunun keyfi olduğu eleştirilerine karşılık olarak toplumun sisteminin doğal sürecinin keyfilği önlemeye yeterli olacağı savunması yapması tek başına ikna edici olamaz. Toplumun karar verdiği bir sistemde keyfilği ve belirsizliği bertaraf etmek ancak toplumun, toplum düzeni içinde kalmak isteyen azınlıkların korunmasını sağlayacak bir karar alma mekanizmasının çerçevesinde hareket edeceğini garanti altına alarak mümkün olacaktır.

Peki bu şartlar altında karar alma sürecinde toplum içinde kalma arzusu taşıyan azınlık muhaliflerin korunması nasıl sağlanacaktır?

Düşman Ceza Hukuku, azınlığın korunması ve çoğulcu değil çoğunlukçu bir devlet yapısı için elimizde bulunan en etkili silahın -temel hak ve özgürlüklerin- toplumdun dışlananlara uygulanması ihtimalini bertaraf etmektedir.

Düşman Ceza Hukukunda toplumdun ihracın anlık gerçekleşen bir olgu mu belli bir sürecin ürünü mü olduğu da belli değildir. Toplum karşıtı olmayan muhalif azınlıkların korunmasını sağlayabilmek için ihracın belli bir sürecin ürünü olduğu kabulü tercih edilip; ihraç gerçekleşmeden kişinin temel hak ve özgürlüklerin korunması içinde kalacağına yönelik bir güvenceyle korunabileceği düşüncesi akla gelebilir^{di}. Hatta doktrinde bu yönde bir kimsenin düşman olduğu kanıtlanana kadar masumiyet

karinesinin uygulanması gibi görüşler öne sürülmüştür.⁷¹ Ancak yukarıda da belirtildiği gibi Jakobs bu çözüme de kapıları kapatmıştır. Düşman Ceza Hukukunun amacı tehlikeyi bertaraf etmek olduğundan ufak bir şüphe kırıntısı bile bireyin düşman muamelesi görmesi için yeterlidir, şüpheden sanık yararlanamayacaktır.⁷²

Son olarak, toplumsal düzenin içinde kalma iradesine sahip bir yurttaş, sırf azınlık olduğu için kendisine savaş açılması tehlikesiyle karşı karşıyayken kim, nasıl toplum düzeninin devam edeceğine ilişkin bilişsel bir güvene sahip olup huzur içinde uyuyabilir? Herkesin her an her türlü hareketinin toplumdan ihracına yol açan bir şüphe doğurabileceği endişesiyle yaşadığı bir düzende korkunun önüne geçildiği ve yurttaşlar için güvenliğin sağlandığı nasıl iddia edilebilir? Düşman Ceza Hukukunun varlık amacı güvenliği sağlamak değil miydi?

Jakobik sosyal sözleşme teorisinde devlete karşı toplumdan ihraca yol açmayacak meşru bir direnme hakkı olduğundan bahsedilebilir mi?

Jakobs, belki de azınlığı koruyabilmenin bir yöntemi olarak veya teorisine yöneltilen eleştirileri yumuşatabilmek adına ilkesel karşıt sözünden sadece yaygınlaşmış/kapsayıcı bir iktidara karşı gelmeyi değil, daha ziyade özgürlükçü anayasal toplum düzenine karşı çıkmayı anlamak gerektiğini belirtmektedir.⁷³ Bu yaklaşım ise toplumdan ihraç olgusunu olduğundan daha da karmaşık hale getirmektedir. Bu düşüncenin kalemin akışı doğrultusunda üzerinde fazla düşünülmeden ortaya atılmış ve unutulmuş bir detay olduğu düşünülebilir. Öte yandan bu düşünce anlaşıldığı biçimde teorisinin merkezinde yatıyorsa sorulması gereken sorular katlanarak çoğalmaktadır.

⁷¹ AMBOS, age, s.16. Ayrıca bakınız: Yazar da masumiyet karinesiyle ilgili incelemelerinin sonunda bu müessesenin düşman ceza hukukunun doğasına aykırı olduğunu belirtmektedir.

⁷² Ayrıca bakınız: APONTE, Alejandro, Çev: KOÇ, Emin, 30. Bölüm: "Savaş ve Politika - Günlük Yaşamdaki Politik Aleyhtar Ceza Hukuku", Karşılaştırmalı Güncel Hukuk Serisi [8]-Terör ve Düşman Ceza Hukuku (Proje Yöneticisi: İÇEL, Kayıhan, Editor: ÜNVER, Yener), Prof. Dr. Wolfgang Frisch'e Armağan, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Birinci Baskı: Ocak 2008, Ankara, ss. 4-5 Teoride vardığım bu sonuç, Kolombiya'da fiiliyata geçmiş örnekler sunmaktadır. Prof. Dr. Alejandro Aponte'nin belirttiği üzere baş düşman olarak görülen teröristler ve/veya organize suçluların yanında bir nevi "gri alan"da hareket eden diğer aktörler de cezalandırılmaktadır. Bu aktörlerin içinde silahlı çatışmalarla ilgisi olmayan sendika üyeleri, insan hakları organizasyon üyeleri ve öğrenciler de yer almıştır.

⁷³ JAKOBS, "Düşman Ceza Hukuku? - Hukukiliğin Şartlarına Dair Bir İnceleme", s YÜHFD Cilt: XVI Sayı:2 (2019)

Jakobs'a göre demokratik ve özgür olmayan bir iktidar, toplum sözleşmesinin meşru kıldığı bir iktidar olarak görülmemekte midir?⁷⁴ Düşman statüsü ancak demokratik ve özgür olan toplumlara karşı gelenlerin girdiği bir konum mudur? Bir düzenin "demokratik ve özgür" olduğuna kim, neye göre karar vermektedir? Jakobs'un bu cümlesinden toplum sözleşmesini oluşturan bireylerin, devletin demokratik olmayan uygulamalarına karşın meşru bir direnme hakları olduğu çıkarılabilir mi?

Demokrasi ve özgürlük tanımlarının da kullanıldıkları konsept ve benimsenen kültüre göre günümüzde hala kesin bir tanıma indirgenemediği gerçeği bir yana, gerçekten baskıcı bir iktidarın herhangi bir muhalif eylemde kendi yönetimini demokratik ve özgürlükçü saymayacağını ve eylemcilerin demokrasi arayışındaki hareketlerini ihlal olarak niteleneceğini beklemek, insanın insan olmasından ötürü birtakım haklara sahip olduğu savından daha inandırıcı değildir. Belki böyle bir örnekte iktidarın iradesinin toplumun iradesinden ayrılmış olduğu, karar mekanizmasının iktidar değil toplum olduğu savunulabilir.⁷⁵ Ancak bu varsayımda dahi bir tiranlığın yönettiği toplumun çoktan sindirilmiş olacağını kabul etmek gerekir.

Jakobs'un teorisinden doğan sorularla oluşturduğumuz senaryoyu, yine Jakobs'un gerçek norm tanımına göre değerlendirdiğimizde, yazarın iddiasının aksine Düşman Ceza Hukukunun garanti altına alınmış somut bir hak sistemi yaratmadığını görebiliriz. Buna göre, Düşman Ceza Hukuku, sözde toplumsal sözleşmeye girilmesinin esas nedeni olan vatandaş güvenliğinin garanti altına alınmadığı görülmektedir. Düşman Ceza Hukuku, ancak özgürlükçü bir topluma karşı koyuşun ihlal sayılabileceğini belirterek iyi niyetle yola çıkılmış soyut bir kural belirtmektedir. Ancak yukarıda belirtildiği gibi gerçek bir normun ikna edici olması yeterli olmadığı, yerleşmiş/yaygınlaşmış olması gerektiği, normun sağladığı hakların garanti altına alındığı hususunda bilişsel bir garanti sağlaması gerektiği kabulünde, yalnızca özgürlükçü düzene karşı koymanın düşman statüsü doğuracağı varsayımı soyut bir arzudan öteye gitmemektedir.

Pratikte Düşman Ceza Hukuku

Düşman Ceza Hukuku, hukuku üzerine inşa ettiği toplumsal dinamikleri değerlendirmekte eksik kaldığı için teorinin gerçek hayattaki görünümü tasarlananın çok ötesinde uygulamalara ve sonuçlara sebebiyet vermektedir.

⁷⁴ Eğer bu görüş kabul edilirse Jakobs'un teorisi, Hobbes'dan ayrılmaktadır. Nitekim Hobbes egemenliğin devredildiği devletin gücünü mutlak iktidar olarak görür.

⁷⁵ Bu konu ileride açıklanacaktır.

Düşman Ceza Hukukunun saptırılması, uygulamada teori dışına çıkılması tek başına Jakobs'un tasarımının suçu değildir. Ancak Jakobs da Hobbes gibi karmaşık niteliklere sahip, pek çok değişik faktörün etkisinde şekillenen "*sosyal sorunları gerektiğinden daha basit kalıplara indirgeyerek açıklamaya*" kalkışmaktadır.⁷⁶ Teorisini kurarken göz ardı ettiği fonksiyonlar ise eldeki hesabın çarşıya uymamasına neden olmakta, Düşman Ceza Hukuku pek çok psikolojik, sosyolojik ve siyasi etmen arasında niyet edilenin aksi yönde ilerlemekte ve bizleri çirkin gerçekliklerle karşı karşıya getirmektedir.

Tatbikatta Düşman

Öncelikli olarak gerçek hayatta toplumsal düzeni bütünüyle yıkmak isteyen, bu düzenin içinde hiçbir şekilde yer almak istemeyen bir "düşman" örneğinin bulunabilmesi çok nadir bir ihtimaldir. Gerçek hayatta *sadece ve yalnızca hukuka ve hukuk düzenine karşı olan bir insan bulmak* çoğu zaman mümkün olamayacaktır.⁷⁷ Mafya babası dahi bulunduğu suç dünyasının ötesinde aile hukuku açısından bir eş, bir babadır ve hayatının pek çok alanında hukuka saygı duymaktadır.⁷⁸

Jakobs bu eleştirilere yönelik olarak "düşman" ve "vatandaş" kavramlarının iki radikal ucunu temsil ettikleri bir spektrumda bulduklarını ve bir kısmi düşman olgusunun mümkün olduğunu söyleyerek cevap vermiştir. "Kısmi düşman" olgusu ise başlı başına kafa karıştırıcıdır. Kısmi düşman kısmen mi ihraç edilecektir? Kısmen ihraçta düşman muamelesi gören yönden kimseye karşı her türlü hukuk dışı muamele mümkünse suçlu düşman olmayan "kısmi" açısından haklarını kullanmaya nasıl devam edecektir? Kısmi düşmanın kişisel sebeplerle suç işlemesine rağmen toplumsal düzenin devam etmesiyle bir sorunu olmayan normal suçludan ayıran nedir?⁷⁹

İkincil olarak değinilmesi gereken husus, karşılaştırmalı hukukta da görüldüğü üzere "düşman" kavramının hukuki değil, politik bir kavram olduğudur. Düşman, bireyin teknik hukuktaki gerekliliklerin yerine gelip gelmediği kontrol edilerek içine sokulduğu hukuki bir statü değil, ekonomik

⁷⁶ Oktay Uygun s.215

⁷⁷ ROSENAU, age, s.8

⁷⁸ Age, s.9

⁷⁹ Belki de belli bir "düşman" kavramı yaratmak yerine, bazı özel suçlarda ceza hukukunun uygulama alanının daha geniş olduğunu belirtmek kafalarda daha az soru işareti bırakabilirdi. Ancak muhtemelen böyle bir ihtimalde düşman ceza hukuku bu kadar ses getirmeyecekti.

yaptırımların, iç veya dış savaşın ve daha nice baskı yönteminin siyasi bahanesidir.⁸⁰

Bu hususta önemli olan düşman kavramının soyut tehlikelerinden ziyade somut uygulamalarda büründüğü yeni görünüm olduğundan Prof. Dr. Kai Ambos'un derlediği çarpıcı birkaç örneğe yazımda yer vermek istiyorum⁸¹:

- İspanya’ da Franco döneminde, Frankist devlete karşı açık bir muhalefet bildiren veya temel hakları talep edenler düşman olarak nitelendirilmiştir.
- Diktatörlük yıllarında –ulusal güvenlik doktrininin temeli olan Arjantin ordusu, gençlerin ruhlarını üniversitelerde zehirleyenleri düşman olarak nitelendirmiş ve “Arjantin ruhunun düşmanlarını yok etmekle” tehdit etmiştir.
- Ruanda’nın soykırımdan ötürü yargılanan önceki hükümet başkanı Jean Kambanda, Tutsi üyelerinin izlenmesi ve öldürülmesi çalışmalarını ve ılımlı Hutuları davet eden radyoyu “düşmanlara karşı yürütülen savaşta vazgeçilmez bir silah” olarak övmüştür.
- Hatta yakın tarihte geçmişte bir Alman sendikası başkanı, kendilerini “ezmek isteyen” belli firmaları “düşman” olarak nitelemiştir.

Görüldüğü üzere hukuk bu kavramı ne kadar teknik tasarlarsa tasarlasın, failin toplumda uyandırdığı endişeye göre tespit edilen düşmanın fiil ceza hukukunun somutluk ölçüde bir ortaya çıkması mümkün olamayacaktır. "*Bu şekilde bir düşmanın belirlenmesi inanılması güç bir saflık ve demagojidir.*"⁸² Düşman, keşfedilmez, tasarlanır.⁸³ Bu tasarım toplumdan topluma farklılık gösterebileceği gibi bugünün düşmanı tam olarak yarının düşmanı da değildir.⁸⁴

Düşman tasarımı toplumun yapacağı düşüncesi de yine iyi niyetlidir fakat maalesef günümüz devlet yapısında gerçekleşmesi pek muhtemel değildir. Fiziki şartlardan ötürü sadece temsili demokrasilerin mümkün olabildiği günümüz devletlerinde en gelişmiş toplumlarda dahi toplumsal disipline aykırı fiiller ülkenin önde gelen siyasi gruplarınca yerine getirilmektedir.⁸⁵ İnsanoğlunun en temel güdülerinden biri acıdan kaçmaktır. Düşman tasarımı tekeline alan siyasi iktidarlar ise insanların bu

⁸⁰ AMBOS, age, s. 8

⁸¹ Age.

⁸² APONTE, age, s.7

⁸³ Age, s. 3

⁸⁴ Age, s. 4

⁸⁵ DÖNMEZER, Sulhi, ERMAN, Sahir, "Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku (GENEL KISIM-Cilt-I)", DR Kitabevi Yayınevi ve Dağıtım, İstanbul, 2016, s.3

temel güdüsünü, risk/tehlike kavramlarını empoze ederek iç ve dış politikada çıkar sağlama amacıyla kullanmaktadır.⁸⁶

Açıklandığı üzere Jakobs'un tasarımında "düşman" herhangi bir canavar değil, insandır. Düşman nitelmesi sadece hukuki hakların taşıyıcısı sıfatının kaybedildiğini gösterir. Oysa uygulamada düşman, halka her an öldürmeye hazır, insani her türlü değere karşı olan amansız ve kalpsiz bir canavar olarak sunulur. Düşmanın var oluş amacı devletin egemenliğine ve toplumun geleceğine son vermektir. Düşman bireylerin özgürlüğünü yok etmek amacıyla acımasızca yok eder.⁸⁷ Bu senaryoda yapılacak tek şey toplum içindeki her türlü farklı düşünceyi bir kenara bırakmak; **kişisel siyasi inançların ve menfaatlerin ötesinde bir bütün halinde** düşmanla savaşa her türlü kaynağı sunmak ve gerektiğinde bu uğurda can vermektir.⁸⁸ Toplum kimliğini, ancak düşmanın tam karşısında bir duruşla tanımlayabilir.⁸⁹ Düşmana karşı savaşta toplumun her bir bireyi üstüne düşeni **hiçbir tereddüt olmadan, sorgusuz sualsiz** yerine getirmelidir.

Böylece iktidarın düşman tasarımını desteklemeyen sivil gruplar da, iç düşmana karşı savaşta işbirliğinde bulunmayarak düşmana destek verdikleri iddiasıyla düşman ilan edilmektedirler. Hatta ve hatta bu yaklaşım yalnızca sivil gruplar ekseninde kalmamakta, Anayasa Mahkemeleri gibi devlet denetiminde hayati öneme sahip kurumlar dahi "düşman" kategorisi içinde etkisiz hale getirilmektedir.⁹⁰ Görüldüğü üzere gerçek hayattaki güç dengeleri gözetildiğinde güvenlik amacıyla düşman kategorisini benimsemek bireylerin haksız yere düşmanlaştırılma korkusuyla bastırılmalarını da beraberinde getirmektedir. Oysa toplumun gelişmesi farklı düşüncelerin özgürce ifade edilmesiyle doğru orantılıdır.

Düşman Ceza Hukuku Uygulamalarının Gerçek Yüzü

Jakobik teoride Düşman Ceza Hukuku uygulamaları devlet üzerindeki pek çok yükümlülüğü kaldırsa da aslında hiçbir zaman tam anlamıyla sınırsız görülmemiştir. Devlet düşmana karşı savaşında düşmanla barışma olasılığını gözetmeli, düşmanın tekrar toplum içine dahil olmasına engel

⁸⁶ Age, ss. 149-150

⁸⁷ Ruthless(acımasızca) ifadesi Bush'un seçim konuşmasında geçmektedir. Bakınız: KAMBOS, age, s. 9 dipnot 59 ayrıca CNN arşivlerine atıf yapmaktadır.

⁸⁸ Meksika Başkanı Calderon'un bu yöndeki ifadeleri için bakınız: MADRAZO LAJOUS, Alejandro, "CRIMINALS AND ENEMIES? THE DRUG TRAFFICKER IN MEXICO'S POLITICAL IMAGINARY", Mexican Law Review, Cilt: 8, Baskı: 2, Ocak-Temmuz 2016, s. 5

⁸⁹ Age, s.4

⁹⁰ APONTE, age, s.577

olabilecek radikal adımlardan kaçınmalıdır. Bu kısıtlama pek tabii objektif olarak daha yüksek bir güç tarafından devlete dayatılan bir zorunluluk değildir fakat barış olasılığı düşünüldüğünde devletin kendi aksiyonlarını kendi kendine sınırlayabilmesi mümkündür ve hatta yeğdir.

Maalesef Düşman Ceza Hukuku uygulamalarının gerçek hayat örnekleri Jakobs'un iyimser düşüncelerini yanlışlamaktadırlar.

Düşman Ceza Hukuku uygulamaları, düşmanla savaşta her yolun mubah olduğu bahsinden hareket eden müdahaleler içerdiklerinden pek çok farklı kapsam ve şekilde vücut bulmaktadırlar. Bu uygulamaların tek ortak noktası ise tehlikeye karşı hak ve özgürlüklerden ödün verilmesidir. "Ödün verme" ölçütleri ve güvenlik kaygısı aleyhine alanı daraltılan haklar, geçmiş toplumsal travmalara, söz konusu coğrafı alandaki mevcut politik yapılanmaya ve siyasi iktidarın emellerine göre çeşitlilik göstermektedir.

Düşman Ceza Hukuku uygulamalarının en klasik örnekleri arasında kişisel verilerin karşılaştırılması ve aktarılması, iletişimin denetlenmesi, konutun izlenmesi, gizli soruşturmacı kullanılması⁹¹, ortada hiçbir fiil olmamasına rağmen failin tehlikeliliğini yansıtan düşüncelerinin ceza kanunlarında "suç" olarak düzenlenmesi, ön alan cezalandırılabilirliğinin genişletilmesi ve tekrar tehlikesi ile tutuklama gibi düzenlemeler gösterilebilir. Örneklerden de görüleceği üzere Düşman Ceza Hukuku uygulamaları tehlikenin tespit edilmesi için yapılan ön soruşturma aşamasından son adım olan suçlunun yargılanmasına ve cezanın infazına kadar tüm ceza hukukunu kaplayan -ve hatta ceza hukukunun sınırlarını kolluk hukuku içinde belirsizleştiren- geniş bir alana yayılmıştır. Düşman Ceza Hukuku uygulamaları, ceza hukukunu kendi kapsamının dışına taşırmakta, ceza hukukunu yer yer ve parça parça kolluk hukukunun önleyici yapısının bir aracı hale getirmektedir.⁹²

⁹¹ Danimarka'da gizli soruşturma kapsamında sanığın haklarının asgari ölçüde de olsa gözetilmesi, tez-antitez dengesinin sağlanması için sanığı bilgisi dışında resmi bir avukatın tayin edilmesi öngörülmüştür. Bu yönde bakınız: SINN, Arndt, Çev: ÜNVER, Yener, 34. Bölüm: "Modern Suç Kovuşturması - Düşman Ceza Hukuku Yolunda mı?", Karşılaştırmalı Güncel Hukuk Serisi [8]-Terör ve Düşman Ceza Hukuku (Proje Yöneticisi: İÇEL, Kayıhan, Editor: ÜNVER, Yener), Prof. Dr. Wolfgang Frisch'e Armağan, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Birinci Baskı: Ocak 2008, Ankara, s. 19

⁹² HEINRICH, age, ss 11-14; DÍEZ, C., Çev.: OĞUZ, S., "Düşman Savaşçılar Versus Düşman Ceza Hukuku: Düşman Ceza Hukukuna İlişkin Avrupa Tartışmasına Giriş ve Onun Hukuk Dışı Düşman Yabancı Savaşçıların Hukuki Statüsü Hakkındaki Anglo-Amerikan Tartışması ile Olan İlişkisi", Ceza Hukuku Dergisi, Cilt: 12, Sayı: 34, Ağustos 2017, ss. 24-25

Suç kavramının fiil odağından fail odağına ve daha da önemlisi failin "kötü niyetine" kaydırılmasına verilebilecek en belirgin örneklerden biri belki Alman Ceza Kanunu⁹³ doğrultusunda birbirinden ayrık halde hürriyeti tahdit ve şantaj suçlarının cezaları maksimum 5 yıla kadar hapis cezası şeklinde belirlenmişken şantaj yapmak için adam kaçıрма suçunun 5 yılın altında olmayacak şekilde cezalandırılıyor oluşudur.⁹⁴

Düşman Ceza Hukuku bazı hallerde eldeki suçun niteliği dolayısıyla tahammül edilebilir ve mecburi görünebilir. Ancak Düşman Ceza Hukuku uygulamalarının değerlendirmesi yapılırken dünyada bu tarz uygulamaların istisnai olmaktan çıkma eğiliminde olduğu ve korku toplumunun hezeyanları esnasında dudak uçuklatan seviyelere varabileceği göz ardı edilmemelidir.

Örneğin Kolombiya uyuşturucu mafyasıyla girdiği "savaşta", uyuşturucu ticareti suçu faillerinin özel bir hukuka tabi tutulduğunu bu kimselere uygulanacak özel kanunlar vasıtasıyla açıktan açığa ortaya koymuştur. "Cumhuriyeti Savunma Kanunu" ve "Zorunluluk Hali Ceza Muhakemesi" Kanunları kapsamında "normal" ceza hukukunun dışında yalnızca uyuşturucu mafyasına yönelik özel bir "ceza hukuku" yaratmıştır. Bu hukuk sistemi ile uyuşturucu mafyasına "yüzü olmayan adalet" mahlaslı; hakiminin, savcısının, tanıklarının veya bilirkişisinin bilinmediği bir gizli soruşturma sistemi uygulanmaktadır.⁹⁵ Üstelik gözaltında bulunma süresi belirsiz bırakılmış, suçlunun yakalanmasına yönelik polis müdahaleleri de hiçbir surette hakim kontrolüne tabi tutulmamıştır.⁹⁶

Şüphesiz ki Düşman Ceza Hukuku uygulamalarının varabileceği en uç noktalardan biri ABD'nin 11 Eylül 2001 saldırıları üzerine attığı adımlardır. Saldırıların hemen arkasından 13 Kasım 2001'de yayımlanan bir kararnameyle düşman savaşçı ilan edilen kimselerin keyfi olarak tutuklanabilmesinin önü açılmış ve sanıkların yakınlarına haber verme hakkı, hukuki danışmandan yararlanma hakkı gibi pek çok hakları yok sayılmıştır. Bütün bu gelişmelerin ardından gelen Yurtseverlik Yasası ve sonunda Guantanamo Hapishanesinde yaşananlar Düşman Ceza Hukuku uygulamalarının varabileceği insanlık dışı konumu gözler önüne sermiştir.⁹⁷

Düşman Ceza Hukuku uygulamaları hakkındaki geçmiş tecrübelerin büyük çoğunluğu, bu uygulamalarla korunmak istenen menfaatlerin

⁹³ Alman Ceza Kanunu madde 239 (a) ve (b)

⁹⁴ HEINRICH, age, ss. 10-11

⁹⁵ HEINRICH, age, s. 10

⁹⁶ SINN, age, s. 19

⁹⁷ HEINRICH, age, s.9

yarardan fazla zarar gördüğünü gözler önüne sermektedir. Bu yöndeki en büyük tecrübelerden biri de Guantanamo örneğidir.

11 Ocak 2002'de Guantanamo Koy'undaki Amerikan deniz üssüne dikenli kafesler içinde getirilen ilk mahkûmlar, Bush tarafından "en kötünün en kötüsü" (worst of the worst) olarak tanımlanmışlardı.⁹⁸ Zira o zamanki Savunma Sekreteri Donald Rumsfeld'in ifadelerine göre getirilen mahkûmlar dünya üzerindeki en tehlikeli, en iyi eğitim almış ve en saldırgan katilleriydi.⁹⁹

Bahsi geçen mahkûmların, sanıldığığının aksine 11 Eylül saldırılarıyla itham edilen terör gruplarının kilit isimleri olmadıkları, kimilerinin terörle bağlantısının bile bulunmadığını fark etmek çok zaman almadı.¹⁰⁰ İki yıl gibi bir süreç uzun görünmese de pek çok masumun insanüstü muameleye maruz kaldıkları düşünülünce Guantanamo'daki Düşman Ceza Hukuku benzeri uygulamaların yıkıcı etkisi daha net bir şekilde görülebilir.

Mesele sadece insani değerler de değildir, nitekim görülüyor dünyada daha kutlu bir amaç olarak görülen devletin ve toplumun devam ettirilebilmesi için masum insanların da katledilmesine tahammül edebilen, bunu bir yan zarar olarak görebilen kimselerin sayısı da pek az değildir. Fakat mesele aynı zamanda radikal Düşman Ceza Hukuku uygulamalarının terörle ve düşmanlaştırılmış suç failleriyle savaşta etkin olup olmaması problemidir.

ABD hükümeti, Düşman Ceza Hukukunun, "en ufak bir şüphe kırıntısı dahi tehlikenin önlenmesi için dikkate alınmalıdır" anlayışına benzer bir yaklaşımla Pakistan'da teröristleri ihbar edebilecek olanlara maddi yardımda bulunacağını belirtmiş, adı geçen herkesi hiçbir minimal eşiğe tabi tutmadan düşman ilan ederek Guantanamo'ya yerleştirmiştir.¹⁰¹ Bu tecrübeden alınan ders ise birkaç yüz tutuklunun hiçbir hukuki itham olmaksızın mahkûm etmenin El Kaide tehlikesini hafifletmediğidir.¹⁰² Tersine bu eylemler ABD'ye karşı garezi beslemiş, tutulan yüzlerce insan içinde bir yahut iki intihar bombacısının muhtemel eylemlerinin engellenmesini sağlarken, El Kaide'nin hukuksuz ve insanlık dışı eylemleri propaganda aleti olarak

⁹⁸ DASKAL, Jennifer, "How to Close Guantanamo?", World Policy Journal, Duke University Press, Cilt: 24, No: 3, Sonbahar 2007, s. 1

⁹⁹ Age.

¹⁰⁰ Age, s.2.

¹⁰¹ Age.

¹⁰² Age, s. 3

kullanıp elde tutulandan çok daha fazla kişiye erişmesine imkân sağlamıştır.¹⁰³

Amerikan tecrübesi gösterir ki akıllı bir "savaşım" politikası ancak iyi planlanmış ve sakin adımlarla, savaşılan örgütlerin varlıklarını sürdürmelerinde kilit nokta olan kimselere ulaşılmasıyla mümkündür.¹⁰⁴ En ufak şüphe kısıntısında geri dönüşü olmayan, kontrolsüz ve orantısız ceza hukuku uygulamalarına başvurmak hem maddi kaynakların hem de zamanın boşa harcanmasıdır. Üstelik bu tarz uygulamalar arkasında kırgınlık ve kin bırakır. Panik yerini dinginliğe bıraktığında zamanında hezeyana kapılıp bu gidişata dur diyemeyenlerin öfkesinin veya ataletinin yerini ise utanç doldurur.

Son olarak, Jakobs düşman ceza hukuku uygulamalarının düşmanla muhtemel bir barışı bertaraf edecek kalıplara bürünmemesini temenni ederken realitede görülen uygulamalar sonucunda düşmanın sonsuza kadar toplumun dışına itildiğidir. Orantısız uygulamalar ellerden kayıp gitmemiş suçlu gruplarının "düşman" kategorisini içselleştirmelerine neden olur. Devletin haksız uygulamaları toplumdaki vatandaşları da devlete karşı politize olmaya itecektir. Toplumda devletin haksız uygulamalarının destekçisi olan kesimin ise "düşman"ın insan olduğu gerçeğini çoktan inkar ettiği düşünülürse ne haksız ve orantısız müdahale görmüş bireyin yeniden topluma dahil olmak isteyeceği ne de toplumun "amansız bir canavarı" tekrar içine almaya gönüllü olduğu düşünülebilir.

Düşmanla savaşta devlet müdahalelerinin, olağan dönem uygulamalarından farklı da olsa asgari sınırlamalara tabi tutulması yalnızca insani değerler yönünden değil, "düşmanla savaşımın" efektif ilerlemesi ve barışın sağlanabilmesi için zaruridir.

SONUÇ: Düşman ceza hukuku ne iyi bir alternatif ne de alternatifsiz bir gerçekliktir.

Düşman Ceza Hukuku, sistemdeki hatalara yönelik tahlillerin eksik yapılması sonucu hatanın sebebinden ziyade hatanın çoktan var olduğu olduğu olgusuna odaklanmakta, hatayı giderecek alternatif tedavi olanaklarını, çözüm olarak sunduğu ilaçların sonuçlarını ve yan etkilerini değerlendirmeden bir tedavi sunmaya çalışmaktadır.

¹⁰³ Age.; Benzer bir şekilde Dalkılıç da teröristlerin hak ve özgürlüklerinin hukuk dışı kısıtlanmasının terörist grupları tarafından propaganda için kullanıldığına değinmektedir. DALKILIÇ, E. Terörizm ve İnsan Hakları İkilemi, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 4, Sayı: 1, Ocak 2007, Sayfa: 201-255

¹⁰⁴ DASKAL, age, s.3

YÜHFD Cilt: XVI Sayı:2 (2019)

Düşman Ceza Hukukunun son dönem ceza hukuku uygulamalarının hak ve özgürlük aleyhine genişlemesini tüm çıplaklığıyla gözler önüne sermek suretiyle ceza hukukuna yaptığı katkı inkâr edilemez. Fakat Jakobs, düşman ceza hukukunun bu sorunların tek tedavisi olduğunu iddia ederek sistemdeki sorunun hukuki yansımalarını aktarmanın çok ötesine geçmektedir.

Hiçbir sorunun tek bir çözüm yolu olamayacağı gibi Düşman Ceza Hukuku da alternatifsiz değildir. Üstelik bu şartlar altında ünlü hukuk filozofu Ronald Dworkin'in "Amerika Özsaygısını Tahrip Ediyor" başlıklı yazısında da belirttiği gibi, "*terör tehlikesi kendisiyle yaşamayı öğrendiğimiz uyuşturucular, seri cinayetler ve diğer cürümlerden daha büyük değilken*" farklı bir çözüm bulunup bulunamayacağına ilişkin ikinci bir değerlendirme dahi yapılmadan uğruna yüzyıllarca çalışılmış olan ceza hukukunda kanunilik prensibi, insan hakları gibi kazanımları bir kenara bırakmak çözüm aramak değil, kolaya kaçmaktır. Kaldı ki alternatifsizlik meselesi bir kenarda dursun, yukarıda açıkladığım üzere şahsi fikrim Düşman Ceza Hukukunun tespit ettiği güvenlik sorununa efektif bir çözüm dahi sunmadığı yönündedir.

Jakobs'un tasarımında hukuk toplumu yönlendirmez, toplum hukuku şekillendirir. Ancak toplumdaki eğilimler her zaman toplum için en iyi seçeneği gösteremez. Düşman Ceza Hukuku, mevcut sistem bozuk da olsa, kırık da olsa, var olduğuna göre, demek ki var olması gereken/doğru olan budur diyerek bir yerde alttan alta da olsa günümüz problemlerini belki kadercı bir biçimde kabul etmektedir.

Bulduğumuz gelişmişlik düzeyinde var olan hukuki güvenceler insan haklarının garanti altına alınması açısından yeterli bir düzlem oluşturmamış olabilir.(De lege feranda) Ancak yapılması gereken var olan hatalı uygulamayı kabul etmek yerine belli kanuni veya idari düzenlemelerle sistemin iyileştirilmesidir. Çünkü hakların **normatif ilkeler olarak evrenselliği ile bu hakların gerçekleştirilme düzeyindeki evrenselliği** birbirinden ayrı tutulması gereken sorunlardır.¹⁰⁵ Problemleri kabul edip problemlerin varlığını meşru kılan bir sistem yaratmak çözüm değildir.

Ceza Hukukunun birey hak ve özgürlükleri aleyhine genişleyen uygulamalarının giderek artmakta oluşu göz ardı edilmemesi gereken bir problemdir. Fakat bu şaşılacak bir mesele değildir. Toplum sabit değildir, toplumsal kaygılar ve çağın özellikleri **her daim** hukukun önüne çözülmesi gereken meseleler sunacaktır. Nihayetinde ceza hukukunun güvenlik-özgürlük arasındaki dengeyi bulma gayesi bir gün ulaşılacak ve bir daha

¹⁰⁵ OĞAN BALKIZ, age, s. 1

üzerine düşünülmesi **gerekmeyecek ani bir olgu değil, sürekli bir görevdir**. Ancak hukuksal değişimin hukuksal gelişim olması isteniyorsa bu süreçte toplumun hâlihazırda geldiği nokta değil, toplumun ihtiyaçları gözetilmelidir.

"Temel hak ve özgürlüklere saygılı ve güvenlik sağlayan ceza hukuku uygulamaları geliştirmeliyiz" demek, gerçekten çözüm üretmekten pekâlâ daha kolaydır. Bu yönde yazımı güvenlik-özgürlük dengesine giden yolda pratik fayda sağlayabileceğini düşündüğüm naçizane birkaç tespitimle noktalamak isterim:

- Tehlikenin oranı ne olursa olsun zanlıya minimal bir koruma alanı yaratılması; toplumsal düzenin korunması, suçla savaşımın efektif ilerlemesi ve devletin varlığını devam ettirmesi için zaruri bir unsurdur. Soruşturma ve kovuşturmaya yönelik ceza hukuku uygulamalarının farklı hakları çeşitli ölçülerde kısıtlaması mümkündür. Ancak bu kısıtlamalar **filden önce** söz konusu suç iddiasının niteliklerine uygun olarak, orantılı bir şekilde ve net çizgilerle dizayn edilmelidir.
- Ceza hukukunun olağanüstü uygulamalarının hangi suçlara hangi şartlarda hangi ölçüde uygulanacağı ve olağanüstü uygulamalara konu suçların tanımları kanunda açıkça yer almalıdır.
- Ceza hukukunun olağanüstü uygulamaları istisnaidir, istisnai kalmalıdır.
- Her şeye rağmen düşman ceza hukuku dinamikleri uygulanmak isteniyorsa düşmanla mücadeledeki karar mekanizmaları devletin farklı organları arasında bölüştürülmeli, "ihraç", "düşman", ve "savaş" kavramlarının içinin toplumun tek bir kesimi tarafından hiçbir denetime tabi olmadan doldurulması engellenmelidir.

KAYNAKÇA

AMBOS, Kai., Çev.: OĞUZ, "Düşman Ceza Hukuku", (Makale 'Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht' adlı derginin 2006 senesi 124. sayısında "Feindstrafrecht" adı altında yayımlanmış ve yazarın izniyle Türkçeye çevrilmiştir.), s.1, <http://www.taa.gov.tr/indir/dusman-ceza-hukuku->

bWFrYWxlfDk1ZmRjLTU2MWUxLWZjZTY1LTU1NWJiLnBkZnwxMDA4/ (Son erişim tarihi: 15.10.2018)

APONTE, Alejandro, Çev: KOÇ, Emin, 30. Bölüm: "Savaş ve Politika - Günlük Yaşamdaki Politik Aleyhtar Ceza Hukuku", Karşılaştırmalı Güncel Hukuk Serisi [8]-Terör ve Düşman Ceza Hukuku (Proje

- Yöneticisi: İÇEL, Kayıhan, Editor: ÜNVER, Yener), Prof. Dr. Wolfgang Frisch'e Armağan, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Birinci Baskı: Ocak 2008, Ankara, ss. 571-581
- ARNOLD**, Jörg, Çev: TEPE, İlker, 27. Bölüm: "Beş Tezde Düşman Ceza Hukukunun Gelişim Süreçleri", Karşılaştırmalı Güncel Hukuk Serisi [8]-Terör ve Düşman Ceza Hukuku (Proje Yöneticisi: İÇEL, Kayıhan, Editor: ÜNVER, Yener), Prof. Dr. Wolfgang Frisch'e Armağan, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Birinci Baskı: Ocak 2008, Ankara, ss. 527-550
- BUNG**, Jochen, Çev: ÜNVER, Yener, 31. Bölüm: "İsnad Edilebilirlik, Beklenilebilirlik ve Tedbir Alma Zorunluluğu - Günther Jakobs'a Bir Cevap", Karşılaştırmalı Güncel Hukuk Serisi [8]-Terör ve Düşman Ceza Hukuku (Proje Yöneticisi: İÇEL, Kayıhan, Editor: ÜNVER, Yener), Prof. Dr. Wolfgang Frisch'e Armağan, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Birinci Baskı: Ocak 2008, Ankara, ss. 583-594
- DALKILIÇ**, E. Terörizm ve İnsan Hakları İkilemi, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 4, Sayı: 1, Ocak 2007, Sayfa: 201-255
- DASKAL**, Jennifer, "How to Close Guantanamo?", *World Policy Journal*, Duke University Press, Cilt: 24, No: 3, Sonbahar 2007, ss. 29-37
- DÍEZ**, C., OĞUZ, S. Düşman Savaşçılar Versus Düşman Ceza Hukuku: Düşman Ceza Hukukuna İlişkin Avrupa Tartışmasına Giriş ve Onun Hukuk Dışı Düşman Yabancı Savaşçıların Hukuki Statüsü Hakkındaki Anglo-Amerikan Tartışması ile Olan İlişkisi, *Ceza Hukuku Dergisi*, Cilt: 12, Sayı: 34, Ağustos 2017, Sayfa: 183-209
- HEINRICH**, B., Çev.: ŞOHOĞLU, "M. Tehlikenin Önlenmesinde Ceza Hukukunun Sınırları - Yeni Bir Düşman Ceza Hukuku Hakkında Tartışmalar", *Hukuk Köprüsü*, Cilt: 6, Sayı: 11, Aralık 2016, Sayfa: 129-142
- JAKOBS**, Günther, Çev: OZANSÜ, M. Cemil, 25. Bölüm: "Yurttaş Ceza Hukuku ve Düşman Ceza Hukuku", Karşılaştırmalı Güncel Hukuk Serisi [8]-Terör ve Düşman Ceza Hukuku (Proje Yöneticisi: İÇEL, Kayıhan, Editor: ÜNVER, Yener), Prof. Dr. Wolfgang Frisch'e Armağan, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Birinci Baskı: Ocak 2008, Ankara, ss. 489-505
- JAKOBS**, Günther, Çev: OZANSÜ, M. Cemil, 26. Bölüm: "Hukukiliğin Şartlarına Dair Bir İnceleme", Karşılaştırmalı Güncel Hukuk Serisi [8]-Terör ve Düşman Ceza Hukuku (Proje Yöneticisi: İÇEL, Kayıhan, Editor: ÜNVER, Yener), Prof. Dr. Wolfgang Frisch'e Armağan, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Birinci Baskı: Ocak 2008, Ankara, ss. 507-526

- MADRAZO LAJOUS**, Alejandro, "CRIMINALS AND ENEMIES? THE DRUG TRAFFICKER IN MEXICO'S POLITICAL IMAGINARY", Mexican Law Review, Cilt: 8, Baskı: 2, Ocak-Temmuz 2016, ss.31-55
- OĞAN BALKIZ**, Nevan, "Minimum Geçerlilik Koşulu, Partikularist Yaklaşımlar ve İnsan Haklarının Evrenselliği", Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi, 15. Kitap, Ağustos 2006, ss. 173-179
- ROSENAU**, Henning., Çev.:TEMEL, Erhan, "JAKOBS'UN DÜŞMAN CEZA HUKUKU KAVRAMI HUKUKUN DÜŞMANI." (Makale 12 Ocak 2008 tarihinde Dokuz Eylül Hukuk Fakültesinde Hukukun Aktüel Sorunları konulu 1. Türk-Alman Hukuk Sempozyumunda tebliğ olarak sunulmuştur), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 57 Sayı: 4 Sayfa: 391-402 DOI: 10.1501/Hukfak_0000001561 Yayın Tarihi: 2008 <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/1499/16554.pdf> (Son erişim tarihi: 15.10.2018)
- SALIGER**, F., Çev.:Haz.: OĞUZ, S., Düşman Ceza Hukuku: Eleştirel veya Totaliter Ceza Hukuku Konsepti?, *Ceza Hukuku Dergisi*, Cilt: 12, Sayı: 34, Ağustos 2017, Sayfa: 211-226, <https://jurix.com.tr/article/8090>, (Son erişim tarihi: 8.10.2018)
- SARIBAY**, Ali Y., "Hukuk ve Politika: Luhmann Sosyolojisi Bağlamında Bir Tartışma", Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi, 14. Kitap, Nisan 2005, ss.5-14
- SINN**, Arndt, Çev: ÜNVER, Yener, 34. Bölüm: "Modern Suç Kovuşturması - Düşman Ceza Hukuku Yolunda mı?", Karşılaştırmalı Güncel Hukuk Serisi [8]-Terör ve Düşman Ceza Hukuku (Proje Yöneticisi: İÇEL, Kayıhan, Editor: ÜNVER, Yener), Prof. Dr. Wolfgang Frisch'e Armağan, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Birinci Baskı: Ocak 2008, Ankara, ss. 611-631
- TEPE**, " Düşman Ceza Hukukunu Anlamaya Çalışmak - II: Jakobs'ta "Düşman"ın Fikri Temelleri Üzerine Kısa Bir Değinme", Mart 2015, <http://yenihukuk.blogspot.com/2015/03/dusman-ceza-hukukunu-anlamaya-calsmak.html> (Son erişim tarihi: 15.10.2018)
- TEPE**, İlker," Düşman Ceza Hukukunu Anlamaya Çalışmak - I: Jakobs'un Endişesine Karşılık Yöntemli Bir Sorgulama Çabası", Şubat 2015, <http://yenihukuk.blogspot.com/2015/02/dusman-ceza-hukukunu-anlamaya-calsmak-i.html> (Son erişim tarihi: 15.10.2018)
- TÜRKBAĞ**, Ahmet U., " Hart-Dworkin Tartıómasının Ana Hatları", http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/ahmet_ulvi_turkbag.pdf, (Son erişim tarihi: 15.10.2018), (Bu makale 'Hart – Dworkin Farkı'

başlığının eklenmesi ve kaynakların güncelleştirilmesi gibi değişiklikler içermektedir. Özgün olarak ise Hayrettin Ökçesizin editörü olduğu Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi (HFSA) Sayı 16 (2007) ss.322-329'da yayınlanmıştır.)

UYGUN, Oktay, "Devlet Teorisi", On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, Eylül 2014 1. Baskı

