

ERZİNCAN ÜNİVERSİTESİ

Hukuk Fakültesi Dergisi



CİLT: XV SAYI: 3 – 4 ARALIK 2011

KAMU HUKUKU ♦AKTAŞ, Hukukta Yorum Çabaları ♦AKKAYA KİA, 1876 Kanun-ı Esasi'nin 18. Maddesi Üzerine ♦KESKINSOY, Anayasa Değişikliklerine Dair Kanunlar Bakımından "Onay", "Veto" Kavramlarının Anlamı ve Referandum Sürecinde Yargısal Denetim Sorunu ♦ŞAHİN, İfade Özgürlüğü "Hak"ı ve İktidar "Ben" ile Demokrasi Arasındaki Çelişki ♦ÖMEROĞLU, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında; Hükümlü, Tutuklu ve Gözaltındakilerin Açlık Grevi, Ölüm Orucu ve Müdahale Sorunu.

ÖZEL HUKUK ♦BARLAS, Afet Sigortaları Kanunu'na Göre Zorunlu Deprem Sigortası Sözleşmesinin Tarafları ♦ÇOŞTAN, Sözleşme Yapma Zorunluluğu Bağlamında Toptan Doğal Gaz Satış Sözleşmesi ♦KABAKCI, İşçinin Eğitim Düzeyi ve İşyerindeki Konumunun İkalenin Geçerliliğiyle İlişkisi - İkaleye İlişkin İçtihatla Bir Yumuşama Mı? ♦ŞENGÜL, Seçimlik Borçlara İlişkin Temel Özellikler ve Seçimlik Borçların İfası ♦DÖĞERLİOĞLU İŞİKSUNGUR, Elektrik Hukuki Niteliği ♦BÖLÜKBAŞI, Çocuklarla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair Kararların Tenfizi: Çocuklarla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair Avrupa Sözleşmesi.

ÇEVİRİLER ♦ÖZALPAT, Alman Federal Anayasa Mahkemesi "Başörtüsü Davası"nı Karara Bağlıyor.

ERZİNCAN – 2011

**ERZİNCAN ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ**

CİLT: XV SAYI: 3-4 YIL: 2011

**ARALIK – 2011
ERZİNCAN**

IV

SAHİBİ

Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığı Adına
Prof.Dr. Cem BAYGIN

SORUMLU MÜDÜR

Yılmaz ÖZKER

DİZGİ VE MİZANPAJ

Arş. Gör. Ahmet NAR

| | |
|---|---|
| İLETİŞİM ADRESİ: ERZİNCAN ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ 24078 / ERZİNCAN | TLF : +90 446 225 17 41/42 225 17 43 FAKS : +90 446 225 17 45 E-MAİL : erchukuk@erzincan.edu.tr WEB : www.erzincan.edu.tr/hukuk |
|---|---|

Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
yılda iki kez yayımlanan ve TÜBİTAK ULAKBİM (Ulusal Akademik Ağ
ve Bilgi Merkezi) Ulusal Hukuk Veri Tabanına kabul edilmiş
hakemli bir dergidir.

**Dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşler yazarlara aittir;
Fakülteyi bağlamaz.**

Basım Yeri: ERMAT OFSET, Vali R. Yazıcıoğlu Cd., No:57 / ERZİNCAN

Basım Tarihi: - Eylül 2012

YAYIN İLKELERİ

1. Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi hakemli bir dergidir. Haziran ve Aralık aylarında olmak üzere yılda iki kez yayınlanır. Yayınlanması istenen makalelerin Haziran sayısı için 30 Nisan; Aralık sayısı için 31 Ekim tarihine kadar dergi editörlüğüne ulaştırılması gerekir.
2. Dergide yayımlanmak üzere gönderilen bilimsel nitelikli çalışmaların kamu hukuku, özel hukuk ve ekonomi-maliye alanlarına ilişkin ve daha önce başka bir yerde yayımlanmamış olması gerekir.
3. Yayımlanmak üzere gönderilecek çalışmalar, Times New Roman karakterinde ana metin 1,5 satır aralığında ve 11 punto, dipnotların ise 9 punto olarak hazırlanması ve 35 sayfayı geçmemesi gerekmektedir. Çalışmalar, bir nüsha çıktısı ile birlikte Office 97 ve üstü bir versiyonda yazılmış ve sayfa marjları A4 boyutu üzerinden üstten 6 cm., alttan 5 cm., sağ ve soldan 4,5 cm. olarak ayarlanmış bir şekilde dergi editörlüğü'ne gönderilmelidir. Gönderilen makalelerin İngilizce başlığı da yazılmalıdır. Word programındaki otomatik başlıklandırmalar kullanılmamalıdır. Yazarlar, unvanlarını, görev yaptıkları kurumları, haberleşme adresleri ile telefon numaralarını ve varsa e-mail adreslerini bildirmelidirler.
4. Yayın Komisyonunca ilk değerlendirmesi yapılan çalışmalar hakem ya da hakemlere gönderilir. Çalışmalar, isimleri saklı tutulan hakem heyeti içinden, yazarın akademik unvanına göre daha üst unvanlı bir hakemin görüşü alınarak, aynen veya değiştirilmek suretiyle yayınlanır. Hakemden "düzeltmesi kaydıyla yayınlanabilir" şeklinde gelen eserlerin yayımlanabilmesi için eser sahibinin hakem raporunda belirtilen düzeltmeleri yapması ve buna ilişkin bir dilekçeyi yayın komisyonuna vermesi zorunludur.

Hakem incelemesi sonucunda yayımlanması uygun görülmeyen çalışmalar ise yazarına iade edilir.

Süresi içerisinde hakem incelemesinden geri gelmeyen çalışmalar, yazarı tarafından aksi yönde bir talepte bulunulmadıkça derginin bir sonraki sayısında değerlendirilir.
5. Dergide yayınlanan eserleri değerlendiren hakemlerin isimleri iki sayıda bir yayınlanır.

DANIŞMA KURULU

Prof.Dr. Mehmet Emin ARTUK

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof.Dr. Nihat BULUT

İstanbul Şehir Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof.Dr. İhsan ERDOĞAN

Gazi Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof.Dr. Celal GÖLE

Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakóltesi
Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof.Dr. Zehra ODYAKMAZ

Mevlana Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof.Dr. Rona SEROZAN

İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

YAYIN KOMİSYONU

Prof. Dr. Cem BAYGIN
Prof. Dr. Sururi AKTAŞ
Doç. Dr. İbrahim ÖZBAY
Doç. Dr. Ayhan DÖNER
Doç. Dr. Şafak NARBAY
Arş. Gör. Ahmet NAR

EDİTÖRLER

Prof. Dr. Cem BAYGIN
(e-mail: cembaygin@yahoo.de)
Prof. Dr. Sururi AKTAŞ

DERGİNİN SÜREKLİ YAZARLARI

Prof.Dr. Cem BAYGIN, Prof.Dr. Sururi AKTAŞ, Doç.Dr. Ayhan DÖNER, Doç.Dr. Şafak NARBAY, Doç.Dr. İbrahim ÖZBAY, Yrd.Doç.Dr. Alparslan AKARTEPE, Yrd.Doç.Dr. Oğuz CANER, Yrd.Doç.Dr. Meral EKİCİ ŞAHİN, Yrd.Doç.Dr. Burhan Caner HACIOĞLU, Yrd.Doç.Dr. Veli KARAGÖZ, Yrd.Doç.Dr. Hayrunnisa ÖZDEMİR, Yrd.Doç.Dr. M. Emin RUHİ, Yrd.Doç.Dr. Hikmet TÜLEN, Yrd.Doç.Dr. Ayhan UÇAR, Yrd.Doç.Dr. Sabahattin YÜREKLİ, Arş.Gör. Dr. Hatice Duygu ÖZER, Arş.Gör. Elif AĞCA, Arş.Gör. Abdullah Sencer AKKOYUNLU, Arş.Gör. Nesrin DABANLIOĞLU ALANUR, Arş.Gör. Onur Kahan ARSLAN, Arş.Gör. Fatih AYDEMİR, Arş. Gör. Özgür AYDIN, Arş. Gör. Bedriye Tuğçe BALABAN, Arş. Gör. Fethiye Nur BAŞTÜRK, Arş.Gör. Emrah BİLEZİKÇİ, Arş. Gör. Meltem BULUT, Arş.Gör. Ayşenur ŞAHİN CANER, Arş.Gör. Nazlı Kübra ÇELİK, Arş.Gör. Mustafa ÇİÇEK, Arş.Gör. Emre CAN, Arş.Gör. Tuğba ÇİFTÇİ, Arş.Gör. Mehmet Akif ETGÜ, Arş.Gör. Ömer GEDİK, Arş. Gör. Ümit GÜVEYİ, Arş.Gör. Aybüke KARACA, Arş. Gör. M. Serhat KAŞIKARA, Arş. Gör. Sevdâ KESKİN, Arş.Gör. Şengül AL KILIÇ, Arş.Gör. Sami KOCABIYIK, Arş.Gör. İsmail KÖKÜSARİ, Arş.Gör. Şerife AKSAN NAR, Arş.Gör. Ahmet NAR, Arş.Gör. Nagehan OKUMUŞ, Arş.Gör. Tuba OKUMUŞ, Arş. Gör. Safiye ÖZKESEMEN, Arş.Gör. Mehmet SAYDAM, Arş.Gör. Emel TEKTEN, Arş. Gör. Oğuz USTA, Arş. Gör. Uğur YAĞCI, Arş. Gör. Gamze YALÇINKAYA Arş. Gör. Rabiye YAMAN, Arş.Gör. Serdar YILDIRIM.

İÇİNDEKİLER

KAMU HUKUKU

Prof. Dr. Sururi AKTAŞ

Hukukta Yorum Çabaları 1–33

Doç. Dr. Rukiye AKKAYA KİA

1876 Kanun-ı Esasi'nin 18. Maddesi Üzerine 35–45

Yrd. Doç. Dr. Ömer KESKİNSOY

Anayasa Değişikliklerine Dair Kanunlar Bakımından “Onay”, “Veto” Kavramlarının Anlamı ve Referandum Sürecinde Yargısal Denetim Sorunu 47–68

Yrd. Doç. Dr. Kemal ŞAHİN

İfade Özgürlüğü “Hak”kı ve İktidar “Ben” ile Demokrasi Arasındaki Çelişki 69–81

Dr. ÖMER ÖMEROĞLU

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında; Hükümlü, Tutuklu ve Gözaltındakilerin Açlık Grevi, Ölüm Orucu ve Müdahale Sorunu 83–109

ÖZEL HUKUK

Yrd. Doç. Dr. Nuray BARLAS

Afet Sigortaları Kanunu'na Göre Zorunlu Deprem Sigortası Sözleşmesinin Tarafları 113–156

Yrd. Doç. Dr. Hülya ÇOŞTAN

Sözleşme Yapma Zorunluluğu Bağlamında Toptan Doğal Gaz Satış Sözleşmesi 157–177

Yrd. Doç. Dr. Mahmut KABAĞCI

İşçinin Eğitim Düzeyi ve İşyerindeki Konumunun İkalenin Geçerliliğiyle İlişkisi - İkaleye İlişkin İçtihadta Bir Yumuşama Mı?..... 179–206

X

Yrd. Doç. Dr. Mehmet ŞENGÜL

Seçimlik Borçlara İlişkin Temel Özellikler ve Seçimlik Borçların İfası 207–248

Dr. Özlem DÖĞERLİOĞLU İŞIKSUNGUR

Elektriğin Hukuki Niteliği 249–266

Arş. Gör. Özge BÖLÜKBAŞI

Çocuklarla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair Kararların Tenfizi: Çocuklarla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair Avrupa Sözleşmesi..... 267–287

ÇEVİRİLER

Yrd. Doç. Dr. Didem ÖZALPAT

Alman Federal Anayasa Mahkemesi “Başörtüsü Davası”nı Karara Bağlıyor 291–296

CONTENTS

PUBLIC LAW

Prof. Dr. Sururi AKTAŞ

Interpretation Exerts in Law 1–33

Assoc. Prof. Dr. Rukiye AKKAYA KİA

Over the 18th Article of the 1876 Kanun-i Esasi 35–45

Asst. Prof. Dr. Ömer KESKİNSOY

The Meanings of “Ratification”, “Veto” Notions According to The Acts for Constitutional Amendments and The Issue of Judicial Review in Referendum Process 47–68

Asst. Prof. Dr. Kemal ŞAHİN

The Paradox Between The Freedom of Expression “Right” and The Competence “Self” with Democracy 69–81

Dr. ÖMER ÖMEROĞLU

The Problem of Interfere in Hunger Strikes and Death Fasts of Prisoners and the People Under Arrest or Custody ; in the Light of European Human Rights Court’s Decisions83–109

PRIVATE LAW

Asst. Prof. Dr. Nuray BARLAS

The Parties of The Compulsory Earthquake Insurance Contract Pursuant to The Catastrophe Insurance Act 113– 156

Asst. Prof. Dr. Hülya ÇOŞTAN

Natural Gas Sales Contract in the Context of the Liability to Contract . 157–177

Asst. Prof. Dr. Mahmut KABAKCI

The Relation Between Employee’s Education Level and Position in Workplace and The Validity of Qualifying - A Softening In Case Law Related Qualifying 179–206

XII

Asst. Prof. Dr. Mehmet ŞENGÜL

The Basic Features Pertain to Alternative Obligations and the Performance of Alternative Obligations 207–248

Dr. Özlem DÖĞERLİOĞLU IŞIKSUNGUR

Legal Status of Electricity 249–266

Research Asst. Özge BÖLÜKBAŞI

The Enforcement of Judgements on Contact Concerning Children: European convention on Contact Concerning Children 267–287

TRANSLATIONS

Asst. Prof. Dr. Didem ÖZALPAT

The German Federal Constitutional Court Adjudicates “The Headscarf Case” 291–296

Kamu Hukuku

HUKUKTA YORUM ÇABALARI

*Prof. Dr. Sururi AKTAŞ**

I- Genel Olarak Yorumlama Faaliyetinin Niteliği

Yorum, insanoğlunun birçok alanda zihinsel faaliyetinin konusunu oluşturmuştur. Dinsel, hukuksal ve edebî metinler, yoruma en çok ihtiyaç duyulan alanlar olmuştur¹. Hukuk bağlamında kaldığımızda, bir taraftan hukuk kuralları olarak anayasa, kanun, idarî düzenlemeler; diğer taraftan hukukî işlemler ve özellikle sözleşmeler gibi bütün normatif önermeler hukukî yorumbilimin konusunu oluşturabilir. Bizim makalemizin konusunu hukuk kurallarının yorumu oluşturmaktadır. Konuyu, yabancı ve Türk mahkeme içtihatlarıyla analiz etmeye çalışacağız.

Yorumla ilgili olarak, yorum nasıl olmalıdır; yorumlama yöntemleri var mıdır; yorumlanan metnin veya sanatsal bir eserin herkes için sabit ve objektif bir anlamı var mıdır biçimindeki sorulara yanıt aranması, yorumbilim (hermeneutics) olarak bilinen bir bilimin veya disiplinin ortaya çıkmasına neden olmuştur². Yorumbilim, IX. Yüzyıla kadar, filoloji, ilahiyat ve hukuk bilimiyle ilgili teorilerde gelişme göstermiştir³. Daha sonra felsefi yorumbilim (philosophical hermeneutics) ortaya çıkmıştır. Felsefi yorumbilimde, yorumbilim, bir anlama yöntemi veya anlamının ontolojisi

* Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

1 Bkz. Otacı, Cengiz, “Hermeneutik (Yorum Bilim) ve Ceza Kanunlarının Yorumu”, *TBB Dergisi*, Sayı, 89, 2010, s. 442; Ravitch, Frank S., “Interpreting Scripture/Interpreting Law”, *Michigan State Law Review* Vol. 2009, s. 378; Marshall, Donald G., “Literary Interpretation”, *Introduction to Modern Languages and Literatures*, (Edited Joseph Gibaldi) 2. Edition, New York 1992, s. 159-182 ; Alter, Robert, “Scripture, Commentary, and Challenge of Interpretation”, *On Interpretation: Studies in Culture, Law, and The Sacred*, (Edited by A.D Weiner and Leonardo V. Kaplan) Rawen Images, Vol. 5, 2002, s. 20 vd.

2 Yorumbilimin gelişimi için bkz. Seebohm, Thomas M., *Hermeneutics: Method and Methodology*, Kluwer Academic Publisher 2004, s. 10.

3 Stelmach, Jerzy, Brozek, Bartosz, *Methods of Legal Reasoning*, Springer 2006, s. 168; bkz. Öztürk, Emre, “Hermeneutiğin Tarihsel Dönüşümü”, *Zeitschrift für die Welt der Türken/Journal of World of Turks (ZfWT)*, Vol. 1, No. 2, (2009), s. 149 vd.

olarak algılanır⁴. Felsefi yorumbilimin hukuk alanına da yansımaları olmuştur. Bu yaklaşım açısından hukuk, bizatihi bir yorum işidir; yorum hukukun ontolojisiyle ilgilidir. Ronald Dworkin'in yorumlayıcı (interpretive) hukuk teorisi bu anlayışın en önemli örneklerindendir⁵. Dworkin'e göre, hukukun uygulanması, genel olarak yorumla ilgili bir çalışmadır⁶.

Felsefi yorumbilim (philosophical hermeneutics) açısından yorum, "bir metnin anlamını keşfetmek değil", "bir metnin anlamını inşa etmektir". Dolayısıyla felsefi yorumbilimde yorumun, kurucu (constructive) bir işlevi vardır. Estetik hipotez önerisi doğrultusunda edebiyat ürünlerinin yorumundan faydalanmaya çalışan Dworkin, bir edebiyat eserinin yorumu, metni en iyi eser yapabilecek okumanın hangisi olduğunu göstermeye dönük bir girişim olduğunu söyler⁷. Dworkin'e göre, kurucu yorum, "formunun veya türünün olası en iyi örneği haline getirmek için bir nesneye ve pratiğe bir amaç yükleme meselesidir"⁸. Bu anlayış açısından yorum epistemolojik alana değil, ontolojik alana ait bir düşünsel faaliyettir. Yorum, anlamın varlığı ile ilgili bir işleve sahiptir⁹. Felsefi yorumbilim açısından bir metni anlamak, metin ile yorumcu arasında bir alış-veriş, bir diyalogu gerektirir. Bu diyalog, hem metni ve hem de yorumcuyu değişime uğratar¹⁰.

Hukuk biliminde felsefi yorumbilimin yorumlama faaliyeti ile ilgili yaklaşımı realist yorum teorilerinin yaklaşımına denk düşer. Bu teoride yorum, somut olaya uygulanacak hukuk kuralını inşa etmek, yaratmaktır¹¹. Oysa klasik yorum anlayışları açısından, yorum, hukuk kuralının kapalı (gizli)

4 Stelmach/ Brozek, s. 168; Özellikle Hans-Georg Gadamer, felsefi yorumbilimde önemli bir etkiye sahip olmuştur. (Bkz. Gadamer, Hans Georg, *Truth and Method* (Translated by Joel Weinsheimer and Donald G. Marshal), Continuum Publisher Group 2004, *passim*.)

5 Bkz. Dworkin, Ronald, "Law as a Interpretation", *Texas Law Review*, Vol. 60, (1982), s. 527. vd.

6 Dworkin, *Law as a Interpretation*, s. 527.

7 Dworkin, *Law as a Interpretation*, s. 531.

8 Dworkin, Ronald, *Law's Empire*, Belknap Press of Harvard University Press, 1986, s. 52; Marmor, Andrei, *Interpretation and Legal Theory*, Hart Publishing, 2005, s. 28.

9 Stelmach/ Brozek, s. 188-189.

10 Ravitch, s. 382.

11 Gözler, Kemal, *Hukuka Giriş*, Genişletilmiş 8. Baskı, Ekin Yayını, Bursa Ağustos 2011, s. 227.

anlamını ortaya çıkarma girişimidir¹². Bu bağlamda Lieber, yorumu, “herhangi bir söz diziminin (cümlelerin) doğru anlamını keşfetmeye” dönük bir etkinlik olarak tanımlamaktadır¹³. Lieber yaptığı bu tanımın, yorumun, gizli ve kapalı olan anlamın ortaya çıkarılması girişimini kapsadığını söylemektedir¹⁴. Tarihçi Hukuk Ekolünün kurucusu Savigny’ye göre yorum, “yazılı hukukun doğru olarak kavranması için yapılan serbest entelektüel faaliyetler¹⁵”. Dural/Sarı’ya göre yorum, bir kanun hükmünün anlamını belirlemeye dönük zihinsel bir işlemdir¹⁶. Özsunay açısından yorum, “bir hukuk kuralının objektif anlamını ortaya çıkarmaktır¹⁷”. Özbilgen’e göre yorum, “fiilî olarak yürürlükte bulunan bir yasanın anlamını kavramayı içeren ve bu bakımdan uygulanmasını olanaklı kılan anlaksal (zihinsel) bir işlemdir¹⁸”. Klatt da, hukukta yorumun, birisi geniş, diğeri dar olmak üzere iki anlamda kullanılabileceğini söylemektedir. Klatt’a göre geniş anlamda hukukta yorum, “her hukuk uygulamasının vazgeçilmez bir özelliği olarak, bazı anlama biçimlerinin gerekliliğine işaret eder¹⁹”. Yazara göre bir hukuk metodu olarak dar anlamda yorum ise, “anlamı ve doğru uygulanması bakımından bazı şüpheleri içeren bir hukuk metnin anlaşılmasıdır.²⁰” Klatt’a göre bu şekilde tanımlanan dar anlamda yorum, olası farklı inşalar (inşa edilen anlamlar)

¹² Bkz. Gözler, s. 226; Sözer, Ali Nazım, *Hukukta Yöntembilim*, Birinci Baskı, Beta Yayını, İzmir 2008, s. 8; Hukuk biliminde sözleşmelerin yorumu da ayrı bir yer tutmaktadır. Sözleşmelerin yorumu için bkz. Kaplan, İbrahim, *Hakimin Sözleşmeye Müdahalesi*, 2. Baskı, Seçkin yayıncılık, Ankara 2007. *Passim*.

¹³ Lieber, Francis, *Legal and Political Hermeneutics*, Boston, MDCCCXXXIX, s. 23, 25.

¹⁴ Lieber, s. 25.

¹⁵ Savigny, Friedrich Carl von, *System of Modern Roman Law*, Vol. I, (Almancadan çeviren: William Holloway), J. Madras: Higginbotham, Publisher, 1867, s. 167.

¹⁶ Dural, Mustafa/Sarı, Suat, *Türk Özel Hukuku Cilt. I: Temel Kavramlar ve Medenî Kanununun Başlangıç Hükmeleri*, 6. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2011, s. 124.

¹⁷ Özsunay, Ergun, *Medenî Hukuka Giriş*, (Gözden Geçirilmiş) 5. Baskı, İst Üniv. Hukuk Fak. Yayını, İstanbul 1986, s. 190.

¹⁸ Özbilgen Tarık, *Eleştirel Hukuk Başlangıcı Dersleri*, İÜHF Yayını, İstanbul 1976, s. 415.

¹⁹ Klatt, Matthias, *Making Law Explicit: The Normativity of Legal Argumentation*, Hart Publishing, 2008, s. 4.

²⁰ Klatt, s. 4.

arasından bir seçimdir. Klatt, Robert Alexy'ye de atıfta bulunarak dar anlamda yorumun bir *argümantasyon* olduğunu söyler²¹.

Jerzy Wroblewski, *Legal Language and Legal Interpretation* (1985) adlı makalesinde hukuksal yorumun (legal interpretation) çeşitli anlamlarından *en geniş anlamda* yorum ile *dar anlamda* yorum çeşitleri üzerinde durur. Wroblewski'ye göre en geniş anlamda yorum, "bir norm formülasyonuna normatif bir anlam yüklemeyi ifade eder²²". Geniş anlamdaki bu hukuksal yorum, belirli bir dilsel formülasyondan anlam çıkarma (derivation) olarak görülmektedir²³. Yazar açısından dar anlamda hukuksal yorum ise, bir norm formülasyonun belirli bir bağlamdaki anlamıyla ilgili bir şüphenin varlığı halinde başvurulması gerekli olan bir yorum türüdür²⁴. Wroblewski açısından dar anlamda yorum pragmatik bir niteliğe sahiptir. Çünkü aynı norm bazı bağlamlarda yorumu gerektirirken, diğer bazı bağlamlarda anlamı açık olduğu için yoruma gereksinim duymaz. Dolayısıyla yazar açısından dar anlamda yorum, norm formülasyonunun şüpheli anlamını açıklığa (clarification) kavuşturmadır²⁵.

Kelsen, yorumlama faaliyetinin bir irade işi mi, yoksa bir bilişsel/tanıma işi mi olduğu tartışmasında, yorumlama faaliyetini gerçekleştirenlere göre ikiye ayırarak cevap vermektedir. Birincisi otantik yorum yapma yetkisine sahip olanların yorumlarıdır. Kelsen, yargıçlar gibi otantik yorumlama yetkisine sahip organların yorumlama faaliyetini bir irade işi olarak görmektedir²⁶. Çünkü yargıç hukuku uygularken, aynı zamanda hukuk yaratmış olmaktadır²⁷. Kelsen'e göre, "hukukun uygulanma sürecinde genel bir norm çerçevesinde bireysel bir norm yaratmak, iradenin bir işlevidir"²⁸. İkincisi, hukuk bilimi (jurisprudence) tarafından yapılan yorumdur. Kelsen açısından

21 Klatt, s. 4.

22 Wroblewski, Jerzy, "Legal Language and Legal Interpretation", *Law and Philosophy*, (1985), Vol. 4, Number 2, s. 243.

23 Wroblewski, s. 243.

24 Wroblewski, s. 243.

25 Wroblewski, s. 243.

26 Kelsen, Hans, *Pure Theory of Law*, (Translated by Max Knight), Fifth Printing, s. 353.

27 Kelsen, s. 234; bkz. Aral, Vecdi, *Kelsen'in Saf Hukuk Teorisinin Metodu ve Değeri*, İÜHF Yayını, İstanbul 1978, s. 49.

28 Kelsen, s. 353.

hukuk bilimi tarafından yapılan yorum, hukuk normunun anlamını belirlemeye dönük bir bilişsel/tanım işlemidir²⁹. Dolayısıyla otantik yorum sayılmayan bu tür bir yorum, otantik yorumlama yetkisine sahip hukuk organlarının yaptığı yorumdan tamamen farklıdır. Çünkü hukuk bilimi tarafından yapılan yorum, hukuk yaratma işlemi niteliğinde değildir³⁰. Hukuk biliminin yaptığı yorum, bir hukuk normunun muhtemel anlamlarını ortaya koymaktan başka bir şey değildir. Söz konusu anlamlar arasından bir tanesini seçmek, hukuk düzeni tarafından hukuku uygulamakla görevlendirilen hukuksal organların yetkisi dahilindedir³¹.

Yorumun konusunu, hukukî, dinî, sanatsal ve edebi eserlerin oluşturduğunu biliyoruz. Hukuk bağlamında kaldığımızda, bir taraftan hukuk kuralları olarak anayasa, kanun, idarî düzenlemeler; diğer taraftan hukukî işlemler ve özellikle sözleşmeler gibi bütün normatif önermeler hukukî yorumbiliminin konusunu oluşturabilir.

II- Yorum Yöntemlerinin Analizi

Bazı pozitif hukuk düzenleri yorumla ilgili birtakım hükümler getirirse de, nerede hangi yorum metodunu kullanacağımıza dair ayrıntılı kurallar içermezler. İsviçre Medeni Kanunu ve dolayısıyla Türk Medenî Kanunu kanunların yürürlük alanlarını belirlemede iki kritere yer vermiştir. Türk Medeni Kanunu madde 1/1’de, “*Kanun, sözüyle ve özüyle değindiği bütün konularda uygulanır*” diyerek kanunların sadece sözü/lafzı değil, özleri bakımından da kapsamlarına girebilecek meselelerde uygulanacaklarını öngörmektedir³². 743 sayılı ve 1926 tarihli önceki Medeni Kanun, yeni Kanundaki “*..sözüyle*

29 Kelsen, s. 355.

30 Kelsen, s. 355.

31 Kelsen, s. 355.

32 Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bir kararında, “*Oysa Medeni Hukukta yorum Ceza Hukukundan farklıdır. TMK 1.maddesine göre Kanun, sözüyle ve özüyle değindiği bütün konularda uygulanır. Kanunun yorumunda, kanun metninin anlam ve ruhu-özü önemlidir. Bu ruh, kanun kuralının izlediği gayeden çıkarılır. Buna gai (amaçsal) yorum ve kanun kuralının amacına göre yorum denir. Bir kanun hükmünün kanuna konuluş amacına aykırı bir sonuç doğuracak şekilde yorumlanması hukuk ilkelerine ve kanunun hem sözü ile hem de özü ile uygulanmasını öngören TMK'nun 1.maddesine uygun düşmez*” demektedir. (Yarg. HGK E. 2004/4-40, K. 2004/113, T. 25.2.2004).

ve özüyle..” ifadesi yerine “...lafziyle ve ruhiyle...” ifadesini kullanmıştı³³. Dolayısıyla Türk Medenî Kanunu açısından, kanun hükümleri somut olaylara uygulanırken sadece sözleri bakımından kendi kapsamlarına giren meselelerde değil, özleri bakımından da kapsadıkları meselelere uygulanacaklardır. Türk Medenî Kanununun bu hükmü karşısında sadece sözel yorumun kapsamadığı meselelerde, kanunların özüne göre yaptığımız yorumdan elde ettiğimiz norm uygulanacağı için, bütün konularda sadece sözel yorumla yetinmeyeceğiz. Oğuzman/Barlas’ın değerlendirmesine göre ise Türk Medenî Kanunu açısından sadece lafzî/yorumla yetinilmeyeceği gibi, hakim yorum yapmada serbest olamayacak, kanunun hem lafzî ve hem de sözüyle bağlı olacaktır³⁴. Ancak yorumla ilgili bu kısmî ve istisnaî düzenlemeleri bir tarafa bırakırsak, hukuk kurallarını yorumlamada hangi yöntemlerin seçileceği, çoğunluk otantik yorum yetkisine sahip olan organların tercihlerine bağlıdır. Örneğin, 1980’lere kadar Amerikan Federal Yüksek Mahkemesi (Supreme Court) yorumlama faaliyetinde çoğunlukla Kongre’nin “orijinal niyetini” (original intent) veya Kongre’nin amacını esas almıştır³⁵. Ancak Yargıç Antonin Scalia ve baş yargıç Frank H. Easterbrook’un metinselci/sözselci (textualist) içtihatları Mahkemenin geleneksel yaklaşımına alternatif oluşturmuştur³⁶.

Anglo-Amerikan hukuk pratiğinde, metinselcilik/sözsel (textualism), niyetseçililik (intentionalism) ve amaçsalcılık (purposivism) olmak üzere temelde üç yorum yöntemi vardır³⁷.

33 İsviçre Medeni Kanununun m. 1/1’de “..hükümlerin lafzi ve ruhiyle..” (.....la lettre ou l’esprit de l’une de ses dispositions.) tanımlaması kullanıldığı halde Almanca metninde, “...hükümlerin lafız ve yorumunun içerdiği...” (.....für die es nach Wortlaut oder Auslegung eine Bestimmung enthält.) ifadesi kullanılmıştır.

34 Oğuzman, Kemal/Barlas, Nami, *Medenî Hukuk (Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar)*, 15. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2008, s. 64; Edis, Seyfullah, *Medenî Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri*, Ankara Üniv. Hukuk Fak. Yayını, Ankara 1979, s. 170.

35 Davis, M. Elliot, “ The Newer Textualism: Justice Alito’s Statutory Interpretation”, *Harvard Journal of Law and Public Policy*” Vol. 30, No. 3, s. 98; bkz. Eskridge, William N., “The New Textualism”, *UCLA Law Review*, (1990) Vol. 37, s. 626.

36 Davis, s. 987; bkz. Schacter, Jane S., “Text or Consequences?”, *Brooklyn Law Review*, (2011), Vol. 76, s. 1007.

37 Bkz. Siegel, Jonathan R., “The Inexorable Radicalization of Textualism”, *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 158, (2009), s. 118-119; Jellum, Linda D., “The Art of Statutory Interpretation: Identifying The Interpretive Theory of The Judges Of The United States Court of Appeals For Veterans’ Claims And The United States Court Of

Kara Avrupası sisteminde ve dolayısıyla Türk Hukukunda yorum yöntemleri çeşitli tasniflere tabi tutulur. Brugger, yorum yöntemlerini, *Sözel yorum, sistematik (contextual) yorum, tarihi yorum ve amaçsal (teleological) yorum* olarak sınıflandırır³⁸. Brugger, Almanya’da klasik yorum yöntemlerinin kurucusunun, Savigny olduğunu söyler³⁹. Savigny, yorum yöntemi olarak, *gramatik* (grammatical), *mantıksal* (logical), *tarihsel* ve *sistematik* elemanlardan söz eder⁴⁰. Türk hukuk öğretisinde aşağı yukarı bütün tasniflere girebilen yöntem türleri, *sözel* (lafzî) *yorum, tarihî yorum, amaçsal (gâ-amaca göre) yorum ve sistematik yorum*’dur⁴¹. Güriz ve Gözler bu yorum yöntemlerine, *kavramcı yorum metodu* ile *menfaatler içtihadı metodunu* da eklemektedir⁴². Öğretide bazı yazarlar yorum yöntemlerini daha farklı bir tasnife tabi tutmuşlardır. Bu yazarlar açısından yorum yöntemleri, *sözel yorum, amaca göre yorum*; amaca yorum da kendi arasında, *sübjektif tarihi yorum yöntemi, objektif tarihi yorum yöntemi ve zamana göre objektif yorum yöntemi* olarak üçe ayrılmaktadır⁴³. Peczenik de yorum yöntemlerini, *mantıksal (logical) yorum, sözel yorum, sistematik yorum ve amaçsal yorum* olarak tasnif ettikten sonra, amaca göre yorumu da, *sübjektif amaca göre*

Appeals For The Federal Circuit”, *University Of Louisville Law Review*, Vol. 49, (2010), s. 68, 88 ve 95; Gözler, s. 221.

- 38 Brugger, Winfried, “Concretization of Law And Statutory Interpretation”, *Tulane European and Civil Law Forum*, Vol. 11, (1996) s. 234-242; benzer ayrımlar için bkz. Wegerich, Thomas C., “Statutory Interpretation in Germany: The Continental Approach to Dealing with The Law”, *Holdsworth Law Review* (1991-1992), Vol. 15, s. 223-226.
- 39 Brugger, Winfried, “Legal Interpretation, Schools of Jurisprudence and Anthropology. Some Remarks From a German Point of View”, *The American Journal Of Comparative Law*, (1994), Vol. 42, s. 396; Brugger, *Concretization of Law and*, s. 232.
- 40 Savigny, s. 172;bkz. Brugger, *Legal Interpretation, Schools of Jurisprudence*, s. 396, dipnot 1; Özsunay, s. 192-193.
- 41 Bkz. Güriz, Adnan, *Hukuk Başlangıcı*, 1. Baskı, Siyasal Kitabevi, Ankara 2005, s. 60-66; Işıқтаç, Yasemin, *Hukuk Başlangıcı*, Filiz Kitabevi, İstanbul 2010, s. 196-200; Deryal, Yahya, *Hukukun Temel Kavramları* (Genişletilmiş) 6. Baskı Trabzon 2008, s. 63-66; Sözer, s. 34-83; Yasemin Işıқтаç/Sevtaç Metin, *Hukuk Metodolojisi*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2003, s. 194-211; Özbilgen, s. 419, 431, 436; Edis, s. 175-177; Zapata, Tan Tahsin, *Medenî Hukuk*, 10. Baskı, Savaş yayınevi, Ankara 2011, s. 8-10; Dinçkol, Abdullah, *Hukuka Giriş*, Genişletilmiş Dördüncü Baskı, Der Yayınları İstanbul 2007, s. 148-153; Serozan, Rona, *Medenî Hukuk (Genel Bölüm)* Genişletilmiş 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2008, s. 117.
- 42 Güriz, 64-65; Gözler, s. 217-226.
- 43 Oğuzman/Barlas, s. 61-63; Dural/Sarı, s. 124-125; Serozan, s. 115-116; Özsunay, s. 191-192; Sözer, s. 63-68;

yorum (subjective teleological interpretation), *objektif amaca göre yorum* (objective teleological interpretation) ve *radikal amaca göre yorum* (radical teleological interpretation) olarak kendi arasında üçe ayırmaktadır⁴⁴.

Biz, yukarıda çeşitli tasniflere tabi tutulan yöntemlerden, sözel/lafzî yöntem, Tarihî yöntem, amacı esas alan (gaî) yöntem ve sistematik yöntem üzerinde durmaya çalışacağız.

1) Sözel (Lafzî-Literal) Yorum Yöntemi /Metinsencilik

Kara Avrupasında daha çok sözel (literal) yorum, Anglo Amerikan hukukunda da metinsencilik olarak ifade edilen yorum yöntemi⁴⁵, “hukuku uygulama” faaliyeti ile “hukuk yaratma” faaliyetinin birbirinden ayırt edilmesi girişimine dayanır⁴⁶. Sözel/metinselci yaklaşım açısından yorumun amacı, “yasa metninin açık anlamını araştırmak ve bununla bağlı olmaktır⁴⁷. Brugger açısından sözel yorum, “*bir hukukî meselenin çözümüne ilişkin bir kanun hükmünün, semantik (anlambilimsel), dilbilimsel ve gramer açısından analizidir*”⁴⁸. Bu yöntemde sözlerle (lafızlarla) tutarlı olmayan yorum kabul edilmez⁴⁹. Metinselci yaklaşım yasa koyucunun niyetinin veya amacının dikkate alınmasını göz ardı eder⁵⁰. Andrei Marmor ise, “*The Immorality of Textualism*” adlı makalesinde metinselci yaklaşımı, negatif metinsencilik ve pozitif metinsencilik şeklinde ikiye ayırarak tanımlamaktadır. Marmor’a göre negatif metinsencilik, “yasama organının niyetini veya amacını dikkate almadan, yargıca yasa metnini sayısız tarzda yorumlamaya izin veren bir me-

⁴⁴ Peczenik, Aleksander, *On Law and Reason*, Springer, 2008, s. 310-331.

⁴⁵ Bkz. Gözler, s. 217-219; Kara Avrupası’nda da sözel yorum (literal interpretation) yerine metinsel yorum (textualist interpretation) tanımlamasını kullanan yazarlara rastlanmaktadır (Bkz Brugger, *Concretization of Law and*, 234).

⁴⁶ Klatt, s. 9.

⁴⁷ Smith, Peter J, “Textualism and Jurisdiction”, *Columbia Law Review*, Vol. 108, (2008), s. 1899; Kayıhan, Şaban, *Hukukun Temel Kavramları*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2008, s. 172; Gözler, s. 219; Davis, s. 988; Metinlerdeki sözcüklere vereceğimiz anlam, sözcüklerin kullanıldığı bağlamlara göre değişebilir. Francis Lieber’e göre “*metnin karakterine göre ya onların günlük yaşamdaki benimsenen anlamlarını veya sanat, bilim, vb. alanlarda kullanılan özel anlamlarını esas alırız*” (Lieber, s. 100).

⁴⁸ Brugger, *Concretization of Law and*, s. 234; bkz Otacı, s. 461.

⁴⁹ Wegerich, s. 223.

⁵⁰ Siegel, s. 118.

tuttur⁵¹. Marmor açısından, pozitif metinselcilik ise, negatif metinselciliği de kapsamakla beraber, yorumun, ilgili kanunun metninin olağan anlamına (ordinary meaning) göre yapılmasını ifade eder⁵².

Amerika Birleşik Devletlerinde metinselciliğin en önemli iki temsilcisi yargıç Antonin Scalia ile Yargıç Frank Easterbrook'tur⁵³. Gerek Scalia ve gerekse Easterbrook, niyetseleliliği esas alan yaklaşımı sert bir şekilde eleştirerek yorumlama faaliyetinde yasama tarihinin (legislative history) göz ardı edilmesi gerektiğini savunmuşlardır⁵⁴. Ayrıca her iki yazar da ABD'de yeni metinselciler (new textualists) olarak tanımlanırlar⁵⁵.

Yargıç Scalia, *INS vs. Cardazo* davasında, “ eğer yasaların dili açıksa, biz bu dili, yasa olarak çıkarılmamış yasa koyucunun niyetiyle (unenacted legislative intent) değiştirme konusunda özgür değiliz” demektedir⁵⁶. Dolayısıyla Scalia açısından, “yasalaştırılmış olan”, yasa koyucunun niyeti değildir. Scalia yasa koyucunun sübjektif niyetiyle ilgilenmek yerine, yasa koyucunun objektifleştirilmiş niyetiyle (objectified intent) ilgilenmektedir. Bu objektif niyet ise yasanın metninden başka bir şey değildir⁵⁷. Scalia konuyu şu şekilde izah etmektedir:

“... biz gerçekten yasa koyucunun sübjektif niyetini araştırmayız. Bizim araştırdığımız, bir çeşit objektifleştirilmiş niyettir- öyle bir niyet ki, bu niyeti makul bir kişi yasanın metninden çıkaracaktır..... Bu objektifleştirilmiş

51 Marmor, Andrei, “*The Immorality of Textualism*”, *Loyola of Los Angeles Law Review*, Vol. 38, (December 2005), s. 2063.

52 Marmor, *The Immorality of Textualism*, s. 2063; bkz Gözler, s. 219.

53 Manning, John F., “What Divides Textualists From Purposivists?”, *Columbia Law Review*, (2006), Vol. 106, s. 73; Davis, s. 987.

54 Bkz. Eskridge, s. 650.

55 Bkz. Eskridge, *passim*; Zeppos, Nicholas S., “Justice Scalia’s Textualism: The ‘New’ New Legal Process”, *Cardozo Law Review*, Vol. 12. (1991), *passim*; Corcoran, Suzanne, “Theories of Statutory Interpretation”, *Interpreting Statutes*, (Edited by Suzanne Corcoran and Stephen Bottomley), Federation Press, Sydney 2005, s. 20-21.

56 *INS v. CARDOZA-FONSECA*, 480 U.S. 421 (1987), 452-453’de. (<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/480/421/case.html>) (E. T. 04. 05. 2012); ayrıca bkz. Eskridge, s. 652.

57 Scalia, Antonin, *A Matter of Interpretation: Federal Courts and Law*, (With a Commentary by Amy Gutmann) Princeton University Press 1997, s. 17; ayrıca bkz. Caleb, Nelson, “What is Textualism”, *Virginia Law Review*, (2005), Vol. 91, s. 354.

versiyonu seçmemizdeki neden, yasa koyucunun ilan ettiklerini bırakarak, yasa koyucun niyetini araştırmanın demokratik yönetim ve hatta şeffaf yönetimle bağdaşmayacağı anlayışında yatmaktadır⁵⁸”.

Yukarıda görüldüğü gibi, Scalia ayrıca yasa koyucunun ilan edilmiş iradesini (objektifleştirilmiş niyetini) bırakıp sübjektif iradesini keşfetmeyi demokratik ve şeffaf yönetim ilkelerine aykırı bulmaktadır. Çünkü onun açısından demokratik yönetim, ilan edilmiş yasalara itibar etmekten geçmektedir. Açıklanmamış niyetlere göre yönetim tiranlığa benzer. Yönetmesi gereken hukuktur; yasa koyucunun iradesi değildir⁵⁹.

Yargıç Easterbrook da Scalia'nın yaklaşımına benzer şekilde, yasa koyucunun sübjektif iradesini keşfetmek yerine, yasa metinlerinin anlamlarını objektif makul bir insanın kavrayışına göre belirlenmesini yeğlemektedir. Easterbrook düşüncelerini şu şekilde dile getirmektedir:

“Niyetin yerine neyi ikame edeceğimi sormaya hakkınız vardır. Benim cevabın Holmes'un yolunda bulunmaktadır. Biz yasanın yapısına bakmalıyız ve sözcükleri, yetenekli, makul, ve objektif bir kullanıcının zihninde yankılandığı gibi işitmeliyiz. Sözcükler, makul bir insana seslenmelidir; özel dil ve sübjektif niyetler bir tarafa bırakılmalıdır. Yasaların anlamı, Kongrenin çoklu ve sübjektif iradesinde değil, objektif makul bir insanın kavrayışında bulunmalıdır.⁶⁰”

Easterbrook, *Text, History, and Structure in Statutory Interpretation* (1994) adlı makalesinde metinselciliğin bir alternatifi olan niyetseleliği çürütmeye çalışmaktadır. Easterbrook'a göre niyet boş bir şeydir. Niyetini keşfetmek için yasa koyucuların zihinlerine okuduğumuz zaman karmaşadan başka bir şey göremeyiz. Bazıları, kamu yararı için çaba sarf etmektedir; ancak kamu yararının ne olduğu konusunda ihtilafa düşmektedirler. Yazara göre bazıları yeniden seçilebilmek için lobileri etkilemektedir. Bundan dolayı Easterbrook açısından yasa koyucuya atfedilebilecek bir anlam yoktur⁶¹. Yine Easterbrook, yasaların ruhunun olmadığını, çünkü yasama faaliyetinin

58 Scalia, s. 17.

59 Scalia, s. 17.

60 Easterbrook, Frank H., “The Role of Original Intent in Statutory Construction”, *Harvard Journal of Law and Public Policy*, (1988), Vol. 11, s. 65.

61 Easterbrook, Frank H., “Text History, and Structure in Statutory Interpretation”, *Harvard Journal of Law and Public Policy* (1994), Vol. 17, s. 68.

bir uzlaşmadan ibaret olduğunu, uzlaşmaların da bir ruhunun olmadığını belirtir⁶². Easterbrook'a göre eğer yargıç, yasanın metninden önündeki olaya bir cevap bulamıyorsa, yasama tutanaklarına veya ahlak felsefesine dayanarak bir çözüm üretmeye çalışmamalıdır. Yazara göre mahkemeler, yasa boşluğu durumlarında, idarî organlar ve ortak hukuk (common law) gibi başka kural kaynaklarına başvurmalıdırlar⁶³. Görüldüğü gibi Easterbrook, yasanın belirsizliği ya da yasa boşluğu durumunda, yasa koyucunun iradesine veya yasanın ruhuna müracaat etmek yerine, başka pozitif metinlere başvurmayı yeğlemektedir. Dolayısıyla metinselciler, parlamentolar tarafından yasalaştırılan şeyin, yasama tarihi (legislative history) veya belirli temel amaçlar değil, bir yasanın metni olduğunu ileri sürerler⁶⁴.

Yargıç Scalia, niyetsecciliğin genel niteliğini ortaya koymak için, “yasa koyucunun niyetine” dayanan bir davadaki karardan yararlanır⁶⁵. Bu karar 1892’de *Church of The Holy Trinity v. United States*⁶⁶ davasında verilmiştir. Söz konusu dava 1880 tarihli Federal bir yasanın (The Act of February 26, 1880) bir olaydaki yorumu ve uygulanmasıyla ilgilidir. Bu yasa, Birleşik Devletler topraklarında ve Kolombia bölgesinde çalıştırılmak üzere yabancıların sözleşme yapılarak ülke topraklarına sokulmasını ve göçü yasaklamaktadır⁶⁷. New York City’de bulunan *The Holy Trinity* kilisesi papaz olarak çalıştırılmak üzere bir İngilizle anlaşma yapıyor. Birleşik Devletler, bu sözleşmenin, yabancıların bir sözleşmeyle çalıştırılmak üzere ülke topraklarına sokulmasını yasaklayan söz konusu Federal yasayı ihlal ettiğini iddia ediyor. New York Güney Bölge Mahkemesi, Kilisenin yasayı ihlal ettiğini söyleyerek para cezasına hükmediyor. Federal Yüksek Mahkeme (The Supreme Court) ise, New York Bölge Mahkemesinin kararını, kilisenin eyleminin sözel olarak yasanın kapsamında olmasına karşın, yasanın ruhu dikkate alındığında söz konusu eylemin yasanın kapsamına sokulamayacağını düşünerek

⁶² Easterbrook, *Text History, and Structure*, s. 68.

⁶³ Easterbrook, *Text History, and Structure*, s. 68.

⁶⁴ Metinselcilerin değerlendirilmesi için bkz. Smith, s. 1901.

⁶⁵ Bkz. Scalia, s. 18 vd; ayrıca bkz. Horack, Frank E., “In The Name of Legislative Intention”, *West Virginia Law Quarterly*, (1931-1932), Vol. 38, s. 122.

⁶⁶ *Church of Holy Trinity v. United States* 143 U.S. 457 (1892), (<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/143/457/case.html>) (E. T. 10. 05. 2012)

⁶⁷ Bkz. *Church of Holy Trinity v. United States* 143 U.S. 457 (1892), 457’de.

bozmuştur⁶⁸. Federal Yüksek Mahkeme Kilisenin, yabancı din adamıyla yaptığı sözleşmenin yasanın amaçladığı yasak kapsamına girmediğini çeşitli gerekçeler ileri sürerek savunmuştur.

Yüksek Mahkeme'nin bir gerekçesine göre 1880 tarihli söz konusu yasa, dindar bir toplumun kendi dini hizmetini gördürmek için yurt dışından yabancı bir papazla anlaşma yapması durumuna uygulanmaz⁶⁹. Federal Yüksek Mahkeme, dine karşı hiçbir eylemin yasama faaliyetine mal edilemeyeceğini şu şekilde ortaya koymuştur:

“ Fakat bütün bu meselelerin ötesinde, dine karşı hiçbir eylem yasama faaliyetine, devlete ve ulusa atf edilemez; çünkü bu halk, dindar bir halktır. Bu tarihî olarak doğrudur. Bu kıtanın keşfedilmesinden şu dakikaya kadar bunu doğrulayan tek bir ses vardır. Kristof Kolomb'a görev, deniz yolculuğuna başlamadan önce, Tanrının lütfuyla, Kral ve Kraliçe (Ferdinand ve Isabella) tarafından “Tanrı'nın yardımıyla okyanusta nice kıta ve adaların keşfedilmesi” umut edilerek verilmiştir⁷⁰”

Görüldüğü gibi Yüksek Mahkeme bu kararda Kongre'nin niyetini keşfetmeye çalışmıştır. Mahkemeye göre, 1880 tarihli yasa, sözleşmeyle yabancıların çalıştırılmak üzere ülkeye sokulmasını yasaklarken, dindar bir toplumun dinsel ihtiyaçlarını karşılamak için dışarıdan sözleşme yaparak din adamı getirilmesini de yasaklamış olabileceği yasa koyucunun niyetinin içinde yer alamayacağına karar vererek söz konusu yasanın metnini aşmıştır. Burada Yüksek Mahkeme Amerikan halkının temsilcisi olan yasa koyucunun niyetini, halkın genel karakterini dikkate alarak tespit etmeye çalışmıştır. Scalia, Yüksek Mahkeme'nin, metni aşan bu niyet selci (intentionalist) tavrını eleştirmektedir⁷¹. Mahkemenin bu karardaki tavrı, demokratik hassasiyetleri dikkate alması yönündedir.

Yüksek Mahkeme'nin diğer bir gerekçesi de, söz konusu yasayla yasaklanmak istenen vasıfsız işçi göçü olduğu yönündedir⁷². Yasanın yapılması

⁶⁸ Scalia, s. 18-19.

⁶⁹ Bkz. Church of Holy Trinity v. United States 143 U.S. 457 (1892), 457'de.

⁷⁰ Church of Holy Trinity v. United States 143 U.S. 457 (1892), 465'te.

⁷¹ Bkz. Scalia, s. 19-21.

⁷² Molot, Jonathan T, “The Rise and Fall of Textualism”, *Columbia Law Review* (2006), Vol. 106, No. 1, s. 15-16.

sırasındaki Kongre kayıtlarına ve komite raporlarına dayanan Mahkemeye göre söz konusu yasanın dili:

“..... *yegane amacı, kendi vatandaşlarımızın sosyal ve maddî refahını göz ardı ederek ve bu göçlerin Amerikan işçileri için doğurduğu sonuçları görmezden gelerek düşük ücretle emek sağlamaya çalışan kişilerin teşvikiyle ülkeye giren ve göç edenleri sınırlamayı ve yasaklamayı amaçlamaktadır....*⁷³”

Sözrel yorumu benimseyen (metinselci-textualist) Amerikan hukukçularının anlayışına göre, amaçla ilgili ifadelerin belirsizlik göstermesi, yasama organının niyetini açığa çıkarma örtüsü altında yargıçların kendi siyasal tercihlerini hayata geçirmelerini cesaretlendirmektedir⁷⁴. Marmor, metinselciliğin ABD’deki siyasal boyutunu ele alırken, bu yorum yöntemini yeni-muhafazakârcılıkla (neo-conservativism) ilişkilendirmektedir. Ona göre, metinselcilik yeni muhafazakârların siyasal ideolojidir⁷⁵. Marmor’un tespiti-ne göre muhafazakârların metinselciliği seçmede, birisi resmî, diğeri resmî olmayan (veya gizli) iki gerekçelerinin olduğunu söyler. Resmî gerekçeleri, yargının demokratik bir kurum olmadığı ve dolayısıyla yasa yapımının halkın temsilcilerine bırakılması gerektiği yönündedir⁷⁶. Yani yargıçlar hukuk kurallarının metnini aşarak hukuk yaratacak şekilde karar vermemelidirler. Çünkü bu görev yasa koyucunundur. Yazara göre resmî olmayan asıl gerekçe ise, farklıdır. Marmor’un değerlendirmesine göre resmî olmayan asıl gerekçe, hukuk kuralları tarafından düzenlenmemiş meselelerin, yargıçlar tarafından da doldurulmayıp aynen bırakılması ve böylece devletin (yargıçlar eliyle de olsa) düzenleyici müdahalesinin azaltılması yönündedir⁷⁷.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu da bir kararında:

“...*Yargıç, yorum yaparken kişisel değer yargılarına dayanan bir kişi değil, bir kurumdur. Onun görevi yasaları ayıklamak değil, uygulamaktır. Doğru yorumlamaktır. Sonuçların iyi/kötü olması ahlaki ve yasa koyucusunun siyasal tercihlerini ilgilendirir. Hukukun üstünlüğünü yargıyla sağla-*

⁷³ Church of Holy Trinity v. United States 143 U.S. 457 (1892), 465’te.

⁷⁴ Klatt, s. 7.

⁷⁵ Marmor, *The Immorality of Textualism*, s. 2064.

⁷⁶ Marmor, *The Immorality of Textualism*, s. 2064.

⁷⁷ Marmor, *The Immorality of Textualism*, s. 2066.

manın yolu, yanlışlı temellere dayanan yasayı düzeltmek, eksik yasanın boşluğunu doldurmak değildir...⁷⁸ biçiminde bir değerlendirme yapmıştır. Yargıtay Ceza Genel Kurulu bu kararında metinselcilikten/sözel yorumdan yana tavır almıştır. Ancak konu ceza hukukuyla ilgili olduğu için Yargıtayın bu sözel yorum yaklaşımı amaçsal/gaî yaklaşımı savunanlar açısından da uygun bulunabilir.

2) Tarihî Yorum Yöntemi /Niyetselcilik

Bazı yazarlar tarihi yorum yöntemini, “sübjektif amaca göre yorum”, olarak ifade etmektedirler⁷⁹. Bu yöntemin Anglo-Amerikan hukukundaki karşılığı niyetselciliktir⁸⁰. Bu yorum yöntemiyle amaçlanmak istenen şey, yasa koyucunun gerçek iradesini (niyetini) keşfetmektir⁸¹. Bu amaçla yorumcu, yasanın yapıldığı sıradaki tarihsel malzemelerden faydalanacaktır. Bunlar, komisyon ve genel kurul çalışmaları sırasındaki tutanaklar ve görüşme kayıtları olabilir⁸². Hukuk kurallarının anlamlarını belirlemede yasa koyucunun niyetini esas alan niyetselci (intentionalism) yaklaşıma göre, gerek yasanın dilinin karmaşıklığından, gerek yasadaki terimlerin genelliğinden ve gerekse yasadaki çatışan hükümlerden kaynaklansın, yorumla ilgili şüpheler, yasa koyucunun iradesine müracaatla çözümlenmelidir⁸³. Bu yorum yönteminde, yasanın metni veya objektif anlamı değil, yasa koyucunun gerçekte neyi amaçladığıdır. Böylece, tutarsızlık içeren, anlamsız olan ya da yorumcunun adalet ve hakkaniyet duygusuyla bağdaşmayan anlamlar bertaraf edilerek yasa koyucunun gerçek niyeti doğrultusunda kanun hükümleri anlamlandırılır.

Bu yönetime yapılan en önemli eleştirilerden biri, yasa koyucunun gerçek iradesini keşfetmenin zor olduğu noktasındadır⁸⁴. Güriz açısından yeni kabul

78 Yarg. CGK E. 1993/4-16, K. 1993/100, T. 19.4.1993.

79 Oğuzman/Barlas, s. 62; Dural/Sarı, s. 125; Peczenik, s. 330.

80 Gözler, s. 220-221.

81 Oğuzman/Barlas, s. 62; Dural/Sarı, s. 125; Güriz, s. 62.

82 Otacı, s. 468; Güriz, 62; Dinçkol, s. 150; Deryal, s. 65; Cansel, Erol/Çağlar, Özel, *Hukuk Başlangıcı*, Gözden Geçirilmiş 4. Baskı Seçkin Yayıncılık, Ankara 2009, s. 74.

83 Jones, Harry Willmer, “Statutory Doubts and Legislative Intention”, *Columbia Law Review*, (June 1940), Vol. XL, No. 6, s. 965.

84 Oğuzman/Barlas, s. 62, Dural/Sarı, s. 125.

edilen yasaların yorumlanmasında bu yöntem kullanılabilirse de, eski tarihli yasaları bu şekilde yorumlamak elverişli olmaz⁸⁵. Çünkü, yasanın yapıldığı sıradaki toplumsal ihtiyaçlar ile uygulanma sırasındaki ihtiyaçlar farklılaşmış olabilir. Bundan dolayı yasa koyucunun niyetini açıkladığı zamanın ihtiyaçlarına göre yasaları yorumlamak uygun olmayan sonuçlar doğurabilir⁸⁶. Ayrıca, ilan edilmiş yasa metnini bırakıp, yasa koyucunun ilan edilmemiş iradesini esas almak hukuk güvenliği bakımından tehlikeli olabilir⁸⁷. Boudreau, McCubbins ve Rodriguez, yorumlama faaliyetinde yasa koyucunun gerçek niyetinin araştırmak yerine, yasa koyucunun metaforik niyetini, yani yasa koyucunun eylemlerinin (çıkardığı yasaların) ne anlama geldiğinin araştırılması gerektiğini savunmaktadırlar⁸⁸. Bu yazarlara göre, yasa koyucu, şirketler, mahkemeler ve jüriler gibi kolektif bir yapıya sahip olduğu için gerçek iradesini belirlemeye çalışmak çok anlamlı değildir. Normatif tartışmalarda anlamlı olan bu tür kolektivitelerin eylemlerinin ne anlama geldiğini belirlemektir. Başka bir ifade ile söz konusu yazarlar açısından, yorumlama faaliyeti bakımından bu tür kolektivitelerin eylemlerine metaforik bir niyet atfetmek daha anlamlıdır; eylemlerini niçin yaptıklarına ilişkin zihinsel süreçleri keşfetmek, yani gerçek niyetlerini keşfetmeye çalışmak, metafizik bir tartışmanın konusu olabilir de, normatif bir tartışma için anlamlı değildir⁸⁹. Söz konusu yazarlar, kendi yaklaşımlarını daha iyi anlatabilmek için trafikte seyreden bir araç sürücüsünün eylemlerinin yorumuyla ilgili bir karşılaştırmadan yararlanırlar. Önümüzde seyreden bir araç sürücüsünün, sol sinyal vermesi durumunda acaba bu kişinin bu eylemini nasıl yorumlamalıyız. Bu yazarlara göre, bizim bu sürücünün sol sinyal lambasını yakması eylemini, onun sola döneceği biçiminde yorumlarız. Yani sürücünün dış eylemine bir niyet atfederiz. Ancak sürücünün gerçek niyetini bilemeyiz. Sola sinyal veren önümüzdeki sürücü, belki istemeyerek elinin takılması sonucu sol sinyal lambasını istemeyerek yakmış olabilir. Sürücünün gerçek niyeti sola dönmek olmayabilir. Ancak bu yazarlara göre bizim için önemli

85 Güriz, s. 63, Gözler, s. 222.

86 Bkz. Gözler, s.222.

87 Oğuzman/Barlas, s. 62.

88 Boudreau, Cherly/McCubbins, Mathew D./Rodriguez, Daniel B., "Statutory Interpretation and The Intentional(ist) Stance", *Loyola of Los Angeles Law Review*, (2004-2005), Vol. 38, 2131-2132.

89 Boudreau/McCubbins,/Rodriguez, s. 2143.

olan sürücünün dış eyleminin ne anlama geldiğidir; gerçek niyetinin ne olduğu değildir⁹⁰. Dolayısıyla söz konusu yazarlar açısından yorumlama faaliyetine baktığımızda, yasalar, yasa koyucuların dış eylemleridir. Onların bu dış eylemlerine, yani yasalara bakarak, yasa koyucunun iradesinin anlayabiliriz. Böyle bir yaklaşım, sözel yorumdan (metinselcilikten) başka bir şey değildir. Çünkü bu yaklaşım açısından, yasa koyucunun objektif iradesi ya da iradesinin dışı yansıyan kısmı önemli olmaktadır.

3) Amaca Göre Yorum (Teleological/Purposive Interpretation)

Fuller, hukuku, amaçsal bir girişim olarak tanımlar⁹¹. Normatif önermelere teleolojik (amaçsal-gaî) bir tutum sergilememiz gerektiğini söyleyen Sartor da, normatif önermeleri belirli toplumsal amaçlara yönelmiş önermeler olarak değerlendirmemiz gerektiğini söyler⁹². Sartor'a göre normatif önermelere bu şekilde yaklaşmamız, özellikle onların içeriğini belirlememiz ve çelişkilerini çözmemiz için gereklidir⁹³. Dolayısıyla hukuk kavramını ve hukukî önermeleri amaçsal bir yapı olarak değerlendirenler, hukuk kuralları ve hükümleriyle ilgi anlam sorunlarının çözümüne de amaç açısından yaklaşmaktadırlar.

Amaca göre yorum, bazı yazarların “zamana göre (güncel) objektif yorum” olarak adlandırdıkları yönetime denk düşmektedir⁹⁴. Bu yorum yönteminde, somut olaya uygulanacak hukuk kuralının, yapıcısıyla, yani o kuralı va'z eden organ ile tarihî bağı kesilerek zamanın ihtiyaçları ve koşullarına göre yorumlanması söz konusu olmaktadır⁹⁵. Bu yöntem yasanın işlevini dikkate alınmasını gerektiren bir yorum biçimini gerektirir⁹⁶. Burada hukuk

⁹⁰ Boudreau/Mccubbins/Rodriguez, s. 2139-2140.

⁹¹ Fuller, Lon L., *The Morality of Law*, Revised Edition, Yale University Press, 1969, s. 145; Ayrıca bkz. Aktaş, Sururi, *Prosedürel Doğal Hukuk: Lon L. Fuller'in Hukuk Kavramı*, 1. Baskı, XII Levha Yayını, İstanbul 2011, s. 62 vd.

⁹² Sartor, Giovanni, *Legal Reasoning: A Cognitive Approach to the Law, A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence* (volume 5), Editor-in-Chief Enrico Pattaro, Springer 2005, s. 499.

⁹³ Sartor, s. 499.

⁹⁴ Oğuzman/Barlas, s. 63; Özsunay, s. 192; Dural/Sarı, s. 125; Serozan, s. 116.

⁹⁵ Dinçkol, s. 151; Otacı, s. 471; Güriz, s. 66; Oğuzman/Barlas, s. 63, Dural/Sarı, s. 125.

⁹⁶ Özbilgen, s. 436.

kuralının yeni koşullara uydurulması (adaptasyonu) esastır⁹⁷. Bazı yazarların “objektif tarihi yorum yöntem” olarak adlandırdıkları yöntem de amaca göre yorum yöntemleri içerisinde değerlendirilir. Fakat, “objektif tarihi yorum yöntemi”nde, yasanın yapılması sırasındaki olaylar dikkate alınarak yasa koyucuya bir amaç atfedilir⁹⁸. Amaca göre yorum veya zamana göre (güncel) objektif yorumda ise, yasanın amacını belirleyen güncel ihtiyaçlardır. Bu yorum yönteminde, hayatın değişken ve hareketli yapısına hukukun ayak uydurması düşüncesi yatmaktadır⁹⁹.

Amaca göre yorum yöntemini benimseyen Henry M. Hart ve Albert M. Sacks açısından, bir hukuk metnini yorumlamak durumunda olan mahkeme, “yasa koyucuyu makul kişilerden oluştuğunu ve makul amaçlar izlediğini varsaymalıdır¹⁰⁰”. Başka bir anlatımla Henry M. Hart ve Sacks’a göre, “aksi kanıtlanıncaya kadar, yasalar, makul amaçları takip eden makul kişilerin bir çalışması” olarak değerlendirilir¹⁰¹. Her iki yazar açısından bir yasanın amacı mahkeme tarafından belirlenirken makul bir yasa koyucunun kavrayışıyla hareket edilmelidir¹⁰². Dolayısıyla söz konusu yazarlar açısından bir yasa, toplumsal ihtiyaçlara makul çözümler getiren evrimsel ve amaçsal bir süreçtir¹⁰³. Makul bir yasa koyucunun gözüyle yasalara koşulların gerektirdiği amaçlar yüklemek, sözel yorumun ortaya çıkaracağı adaletsizlikleri önlemeye dönük yasaların imgesel yeniden inşasıdır¹⁰⁴.

⁹⁷ Serozan, s. 116.

⁹⁸ Dinçkol, s. 151; Oğuzman/Barlas, s. 63, Dural/Sarı, s. 125; Serozan, s. 116.

⁹⁹ Gözler, s. 224.

¹⁰⁰ Henry M. Hart ve Albert M. Sacks’ın bu düşünceleri için bkz. Zeppos, s. 1601.

¹⁰¹ Henry M. Hart ve Albert M. Sacks’ın bu düşünceleri için bkz. Siegel, s. 132.

¹⁰² Richard A. Posner, H. M. Hart ve A. M. Sacks’ın bu düşüncelerini, yasa koyucuyla mahkemeler arasında bir işbirliğine olanak verecek bir girişime benzetmektedir. Posner düşüncelerine şöyle devam etmektedir: “*yasaların yorumu meselesine ilişkin bu iyimser yaklaşım, Aristoteles’i hatırlatmaktadır. Aristoteles yasama işleviyle yargı işlevi arasında hemen hemen bir gerilim öngörmemişti; zaten M.Ö. Dördüncü Yüzyılda Atina hukuk sisteminde yasama işleviyle yargı işlevi keskin çizgilerle birbirinden ayrılmamıştı. Bununla birlikte, H. M. Hart ve A. M. Sacks’ın şimdiki selefleri Aristoteles değil, yaşamaya ve genel olarak popüler yönetime geleneksel güvensizlik besleyen Anglo-Amerikan yargıçlarının karşısındaki New Deal isyanıdır...*” (Posner, Richard A., “Legislation and Its Interpretation: A Primer”, *Nebraska Law Review* (1989), Vol. 68, s. 446.

¹⁰³ Henry M. Hart ve Albert M. Sacks’ın bu düşünceleri için bkz. Zeppos, s. 1602.

¹⁰⁴ Posner, s. 432.

Henry M. Hart ve Albert M. Sacks göre mahkemelerin amaca göre yorum faaliyetlerinin iki önemli sınırı vardır. Bunlardan birisi, yasadaki sözcüklerin taşıyamayacağı bir anlamı veren yorumdur; ikincisi, açık ifadelerle inşa edilmiş politikaları ihlal eden yorumdur¹⁰⁵.

Brugger, Alman hukukunda yorumun iki amacından söz ederek, bunlardan birinin, yasama meclisinin subjektif iradesini ortaya çıkarmak, diğerinin ise yasanın objektif anlamını bulmak olduğunu belirtir¹⁰⁶. Brugger, yasanın objektif anlamını bulmaya ne zaman girişilebileceğini şöyle ortaya koymaktadır: Eğer mahkeme, ortak iyinin gerçekleştirilmesi konusundaki temel amacın gerçekleştirilmesiyle ilgili eksiklikler saptarsa, yasa koyucunun subjektif iradesini bulmaktan ayrılıp, yasanın objektif anlamını inşa etmeye yönelmelidir¹⁰⁷. Brugger'in bu önerisi, sözel yorumdan ayrılmayı gerektiren bir sonuç doğurmaktadır. Ancak Brugger'e göre bu halde yargıç, hukuki belirlilik, meşruluk ve uygulanabilirlik arasında bir denge sağlama görevi altındadır¹⁰⁸. Solan'a göre de, eğer yasanın anlamı konusunda veya yasa koyucunun hata yaptığı konusunda şüpheler varsa, sözel yorumun iddialı fetişizminin ahlakî sonuçlarından kaçınmak için yasanın amacını dikkate almak temel bir gerekliliktir¹⁰⁹.

Peczenik, amaca göre yorum yöntemine yönelik olarak iki soru sorarak bunların cevaplarını vermeye çalışır. Birinci soru, diğer yorum yöntemlerinin, amaca göre yorum yöntemi karşısında üstünlüğü var mıdır? Peczenik'e göre bu soruların geleneksel yanıtı, diğer yorum yöntemleri tüketildikten sonra hâlâ yasanın anlamında kapalılık varsa, amaca göre/teleolojik yoruma başvurulabilir¹¹⁰. Ancak, Peczenik'e göre radikal amaca göre/teleolojik yorum yöntemi açısından, diğer yöntemlere başvurmadan daha baştan amaca

¹⁰⁵ Henry M. Hart ve Albert M. Sacks'ın bu düşünceleri için bkz. Boudreau/Mccubbins/Rodriguez, s. 2136; Frickey, Philip P., "Faitfull Interpretation", *Washington University Law Quarterly*, (1995), Vol. 73, s. 1091-1902.

¹⁰⁶ Brugger, *Concretization of Law and*, s. 230.

¹⁰⁷ Brugger, *Concretization of Law and*, s. 230.

¹⁰⁸ Brugger, *Concretization of Law and*, s. 230.

¹⁰⁹ Solan, Lawrence M., "Statutory Interpretation, Morality and The Text", *Brooklyn Law Review*, (2011), Vol. 76:3, s. 1033.

¹¹⁰ Peczenik, s. 331.

göre yorum yöntemine başvurulabilir¹¹¹. Peczenik'in ikinci sorusu, "hangi sorunlar amaca göre yorum yöntemiyle çözülmelidir" biçimindedir. Peczenik açısından bunun klasik cevabı, bir norm daraltılarak veya genişletilerek uygulanmaya çalışıldığı zaman değil de, daha genel yeni bir norm yaratılmak istenildiği zaman bu yöntem başvurulabilir. Peczenik'e göre sorunun radikal amaca göre/teleolojik yorum yöntemini savunanlara göre cevabı ise bu yöntem, yorumlama ile ilgili her türlü sorunun çözümüne uygulanabilir¹¹². Burada bizim için birinci sorunun yanıtı daha önemlidir. Çünkü, radikal teleolojik görüş açısından, diğer yorum yöntemlerine, *inter alia* sözel yoruma başvurmadan önce dahi amaca göre yoruma başvurulabilecektir. Bu yöntem, "yoruma daha baştan yasanın amacı açısından yaklaşılmalıdır" biçimindeki bir formülasyonla, daha da radikal hale getirilir. Ancak, "sözlerin açık olduğu yerde yoruma da gerek yoktur" biçimindeki yaklaşımı savunan klasik yorum teorisi¹¹³ açısından radikal yorum yöntemini savunanların düşünceleri kabul edilemez.

Yargıtay 22.12. 1995 tarihli bir içtihadı birleştirme kararında, 3402 sayılı Kadastro Kanunu'nun 19. maddesinin 2. fıkrada yer alan "muhdesat" kavramının neleri içerip, neleri içermediğini tespit ederken amaca göre yorum yöntemini kullanmıştır. 3402 sayılı Kadastro Kanunu'nun 19. maddesinin 2. Fıkrası şöyledir:

"Taşınmaz mal üzerinde malikinden başka bir kimseye veya paydaşlarından birine ait muhdesat mevcut ise bunun sahibi, cinsi, ihdas tarihi ve iktisap sebebi belirtilerek tutanağın ve kütüğün beyanlar hanesinde gösterilir."

Bu fıkroda tapu kütüğünün beyanlar hanesine yazılması gereken "muhdesat", eskiden var olmayıp da sonradan yapılan veya ortaya çıkan şeyler anlamındadır. Kararda tartışılan nokta, acaba önceden var olan yabancı zeytinlik ve menengiçlerin aşılacak suretiyle kültür bitkisi haline getirilmesi durumunda, bunların "muhdesat" kavramına girip girmeyeceği ve dolayısıyla beyanlar hanesine yazılıp yazılmayacağıdır. İşte Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu, amaca göre yorum yaparak, aşılacak suretiyle

¹¹¹ Peczenik, s. 331.

¹¹² Peczenik, s. 331.

¹¹³ Bkz. Gözler, s. 228.

kültür bitkisi haline getirilen şeylerinde “muhtesat” sayılacağı ve dolayısıyla bunların da beyanlar hanesine yazılacağını şu şekilde belirtmiştir:

“Yabani zeytinlikler ile menengiçlerin aşılama suretiyle kültür bitkisi haline dönüştürülmesi de, yeni ve evvelce mevcut olmayan bir olgudur. Zira bu bitkilerin aşılama öncesi ekonomik değerleri hemen hiç yok denecek kadar azdır. Bu bitkilerin bulunduğu arazi genelde tarım dışı verimsiz topraklardır. Bu araziler, deliceliklere zeytin, menengiçlere de fıstık aşılama suretiyle değer kazanır ve bu yolla yurt ekonomisine de katkı sağlanır. Bu yabani ağaçların aşılmasıyla nitelikleri tamamen değişmekte, verimsiz bitkiler ürün veren hale dönüşmekte, kalıcı bir olgu ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle artık var olan bir ağaçtan söz edilemez. Aşılama yoluyla önceden mevcut olmayan yeni bir durum oluşmaktadır. Kanun koyucu, muhtesatın beyanlar hanesinde gösterilmesi ilkesini kabul etmekle başkasına ait hakların güvence altına alınmasını sağlamayı amaçlamıştır. Bu yaklaşımla aşılama işleminin muhtesat, olarak kabulü, amaca göre yorum kurallarının gereğidir.....¹¹⁴”

Yargıtay’ın bu kararı amaca göre yorum yönteminin çarpıcı bir örneğini oluşturmaktadır. Böyle bir karar Kanunun amacına uygun olduğu gibi hakkaniyetin gereklerine de uygun görünmektedir.

Frickey, *Structuring Purposive Statutory Interpretation* (2007) adlı makalesinde amaca göre yorum yöntemini açıklamaya çalışırken Amerikan mahkeme kararlarından çeşitli örnekler sunar¹¹⁵. Bunlardan birisi de *Robinson v Shell Oil Co*¹¹⁶ adlı davadır. Bu davaya konu olan olayda, Shell Oil Şirketi, Robinson adlı bir işçiyi işten çıkarmıştır. İşine son verilen bu kişi, işten haksız gerekçelerle çıkarıldığını ve bu durumun 1964 Sivil Haklar Yasasının VII. başlığını ihlâl ettiğini ileri sürerek *Eşit İstihdam İmkânı Komisyonuna* (Equal Employment Opportunity Commission) şikâyetinde bulunmuştur. Shell Oil Şirketi de, işçinin bu şikâyetine misilleme olarak (öç alma duygusuyla) yeni işverenlere bu kişiyi işe almamaları için olumsuz referans ta bulunmuştur. İşten çıkarılan söz konusu işçi de, Shell Oil Şirketinin olum-

¹¹⁴ Yarg. İBGK, E. 1994/1, K. 1995/3, T. 22.12.1995.

¹¹⁵ Frickey, Philip P, “Structuring Purposive Statutory Interpretation”, *Statutory Interpretation: Principles and Pragmatism For a New Age*, (Edited by Tom Gotsis), Judicial Commission of New South Wales 2007, s. 165-168.

¹¹⁶ *Robinson v. Shell Oil Co* 519 US 337 (1997) (<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/519/337/case.html>). (E. T. 10. 06. 2012)

suz referans bildirme davranışının, Sivil Haklar Yasasının öç almayı yasaklayan VII. Başlığının, “bir işveren, işçilerine veya iş başvurusu yapanlara karşı ayrımcılık yapmasını” hukuk dışı sayan hükmünü ihlal ettiği nedeniyle dava açmıştır. Federal Court of Appeals mahkemesi Robinson adlı işçinin bu hükümden yararlanamayacağını ileri sürmüştür¹¹⁷. Mahkeme söz konusu hükmün, bir işçi veya bir iş başvurusu yapana karşı öç almayı yasakladığını, Şirketin öç alma duygusuyla olumsuz referans bildirmesi ise önceki işçisine karşı yöneltildiği için, Robinson’un bu hükümden yararlanamayacağına karar vermiştir. Bu kararı veren söz konusu mahkemeye göre, verilen karar söz konusu yasanın içerdiği amaç ve politikalarla tutarsız olsa bile, yasanın metni böyle bir kararı gerektirmektedir¹¹⁸. Yüksek Mahkeme (Supreme Court), Federal Court of Appeals mahkemesinin kararını bozmuştur. Yüksek Mahkemeye göre, Federal Court of Appeals’ın kararı, yasanın amacına uymamaktadır. Çünkü Yüksek Mahkemeye göre yasanın anlamı kapalıdır. Dolayısıyla Yasadaki “bir işveren tarafından istihdam edilen bir işçi”, tanımlamasına, hem şimdiki işçi ve hem de önceden istihdam edilen işçi girebilir¹¹⁹. Yüksek Mahkemenin kararının konuyla ilgili önemli cümleleri şu şekildedir:

“Biz, § 704 (a)’da geçen “işçi” sözcüğünün, önceki işçileri kapsayıp kapsamadığının belirsiz olduğunu, ancak VII başlığın geniş bağlamı ve § 704 (a)’ın temel amacı göz önüne alındığında önceki işçilerin de § 704 (a)’ın kapsamında olduğuna karar verdik. Buna göre Dördüncü dairenin (Federal Court of Appeals’in) kararı bozulmuştur¹²⁰”.

Amerikan Federal Yüksek Mahkemesi bu kararda, yorumlayıcı yöntemler açısından kademeli bir usul izlemiştir. Önce sözel yorumu değerlendirmiş, ancak yasanın dilinin kapalı olduğu gerekçesiyle sözlerle bağlı kalınan metinselcilikten kaçınmış, daha sonra da yasanın amacı açısından meseleye yaklaşmıştır. Dolayısıyla Mahkeme daha baştan amaca göre yorumu tercih etmiş değildir. Bundan dolayı, Mahkemenin tutumu, *radikal amaca göre yorum yöntemini* yansıtmamaktadır.

¹¹⁷ Bu karar için bkz. Frickey, *Structuring Purposive*, s. 165.

¹¹⁸ Bkz. Frickey, *Structuring Purposive*, s. 165-166.

¹¹⁹ Kararın değerlendirmesi için bkz. Frickey, *Structuring Purposive*, s. 166 vd.

¹²⁰ *Robinson v. Shell Oil Co* 519 US 337 (1997) 346’da, (<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/519/337/case.html>).

Yüksek Mahkemenin, yasanın metninin saçma bir durumu gerektirmesi halinde de, sözel yorumdan ayrılmaktadır. Hatta Manning'e göre Mahkeme, *textualizmin* en revaçta olduğu dönemde de bu tavrını sürdürmüştür¹²¹. ABD'de Yüksek Mahkemenin böyle durumlarda sözel durumdan ayrılmasının gerekçesi, "saçmalık öğretisi" (absurdity doctrine) olarak bilinir. Yorumla ilgili saçmalık öğretisi, "bir yasanın uygulanması ortak olarak kabul edilmiş toplumsal değerlere aykırı düşerse, Yüksek Mahkemenin, bu durumun, yasanın çıkarılması sırasında eksik bir taslak olarak anlaşılmalı olsaydı, Kongrenin bu taslağı düzeltilmiş olacağı" varsayımını ifade ettiğini kabul etmektedir¹²². Saçmalık öğretisinin uygulanacağı durumlarda Yüksek Mahkeme, Yasa koyucunun niyetine başvurmaktadır¹²³. Ancak buradaki niyet, gerçek niyet olmayıp farazî bir niyet olduğu için, Mahkemenin yaklaşımında amaçsallık söz konusudur. Bu amaç, zamanın getirdiği ihtiyaçlara göre belirlenen yasa koyucunun varsayılan/farazî amacıdır. Yasa koyucunun bu varsayımsal amacı (niyeti), aynı zamanda yasanın yeni şartlara göre yorumlanıp kendisine bir amaç atfedilmesi anlamına geldiği için, yasa koyucuya atfedilen varsayımsal/farazî amaç (niyet), teleolojik (amaca göre) yorum yönteminin amaç anlayışıyla uyumaktadır. Ancak yasa koyucunun gerçek niyetinin tespit edilmesine yönelik çabalar teleolojik yaklaşımla uyumaz.

4) Sistemik Yorum Yöntemi

Bir sözcüğün sistemik yorumlanması, o sözcüğün yer aldığı bağlam (context) açısından anlamlandırılmasıdır. Requejo'nun çeşitli yazarlara göndermede bulunarak yaptığı tespiti göre bilişsel dilbilimin (cognitive linguistics) önemli iddialarından biri, sözcüklerin anlam içermediği, bunları sadece talimatlar olarak, dilsel bir ifadenin anlamını inşa etmek için kullandığımız yönündedir¹²⁴. Requejo'ya göre bilişsel dilbilimin diğer bir iddiası, birçok sözcüğün çok anlamlı bir yapıya sahip olduğu, bu sözcüklerin farklı bağlamlarda muhtemel kullanımları olduğu biçimdedir¹²⁵. Bu yakla-

¹²¹ Manning, John M., "The Absurdity Doctrine", *Harvard Law Review* (2002-2003), Vol. 116, s. 2388.

¹²² Manning, *The Absurdity Doctrine*, s. 2389-2390.

¹²³ Manning, *The Absurdity Doctrine*, s. 2390.

¹²⁴ Requejo, Maria Dolores Porto, "The Role of Context in Word Meaning Construction: A Case Study", *International Journal of English Studies* (IJES), 2007, Vol. 7 (1), s. 171.

¹²⁵ Requejo, s. 171.

şım açısından bir sözcük başka bir sözcükle ilişkilendirilerek en doğru biçimde yorumlanabilir¹²⁶. Örneğin, “köprünün ayakları”, ifadesindeki “ayak” sözcüğünü bağlamından kopararak (yalıtılarak) anlamlandırırsak başka bir anlam, yer aldığı bağlam (context) içerisinde değerlendirirsek başka bir anlama ulaşırız. Sözcüğün yalıtılmış anlamını göz önünde bulundurursak ifadeyi yanlış yorumlamış oluruz.

Sistematik yorumun temelinde, hukuk sisteminin, normların gelişi güzel bir araya gelmesi değil, birbiriyle tutarlı bir bütün oluşturması gerekçesi yatmaktadır. Bir hukuk sisteminde kurallar, üst üste konulmuş bir yığını değil, kendi aralarında tutarlı bir düzeni oluştururlar¹²⁷. Bu gerekçe açısından hukuk sistemi tutarlı bir anlam bütünlüğüne sahiptir. Hukuk normlarını sistematik bir yapı haline getiren, birlik/bütünlük (unity/integrity) ve tutarlılık (coherence/consistency) ilkeleridir¹²⁸. Savigny, hukuk sisteminin tutarlı bütünlüğünü şu sözlerle izah etmektedir:

“Sistematik eleman, bütün kurumların ve bütün hukuk kurallarının büyük bir bütüne bağlandıkları doğal bağla ilgilidir. Bu bağlantı, tarihsel eleman gibi, aynı şekilde yasa koyucunun nazarında da vardır. Biz, bu yazılı hukukun, hangi bağlarla hukuk sistemine bağlı olduğunu ve pratik olarak hukuk sistemine nasıl girdiğini kendimiz için açıklığa kavuşturduğumuz zaman, ancak yasa koyucunun düşüncesini tamamen anlayabiliriz¹²⁹”.

Wegerich, sistematik yorumun temeli olarak, kuralların yatay ve dikey tutarlılığından/ahenginden (harmonization of regulations) söz eder¹³⁰. Yatay tutarlılık, bir yasadaki bir terimin yasanın her yerinde tekbiçim olarak anlaşılmasını ifade ederken; dikey tutarlılık, alt kuralın normlar hiyerarşisindeki üst kurala uygun olmasını ifade eder¹³¹.

Ancak hukuk sisteminin tutarlı bir bütün oluşturması fikri, *prima facie* niteliktedir, yani ilk bakışta tutarlı olduğu varsayılır. Bu varsayımı çürütecek durumlar her zaman hukuk sisteminde bulunabilir. Yani bazı normların hu-

¹²⁶ Requejo, s. 172.

¹²⁷ Işıktaç/Metin, s. 198.

¹²⁸ Brugger, *Legal Interpretation, Schools of Jurisprudence*, s. 397; Posner, s. 100.

¹²⁹ Savigny, s. 172.

¹³⁰ Wegerich, s. 224.

¹³¹ Wegerich, s. 224.

kuk sisteminin diğer bölümüyle tutarsızlığı söz konusu olabilir. Bu tutarsızlığın nasıl giderileceğinin çeşitli yöntemleri vardır. Bu yöntemler hukuk sistemleri için farklılık arz edebilir. Ancak bu yöntemlerden en genel olanı, sistematik yorum yöntemidir.

Dolayısıyla tutarlı anlam bütünlüğü fikri, bireysel hukuk kurallarının bütünlükle tutarlı olabilecek şekilde yorumlanmasını gerektirir. Bir yasanın bir hükmündeki sözcükler, bu hükümdeki diğer sözcüklerle, yasanın bir hükmü, yasanın diğer hükümleriyle, bir yasa diğer yasalarla tutarlı olacak şekilde yorumlanması gerekir¹³². Hukukî terimler ve kavramlar hukuk sistemindeki kullanıldıkları yerlerde birbirleriyle tutarlı anlamlara sahip olmaları, en azından birbiriyle çelişmemeleri gerekir¹³³. Yasanın özünün (ruhunun) kavranmasında sistematik yorum yöntemi, önemli bir araçtır¹³⁴. Dolayısıyla yorumlama faaliyetinde sistematik analiz, kurallarının amacının tespit edilmesine de yardımcı olmaktadır.

Peczenik sistematik yorum yönteminin argümanlarından dört tanesini kendi üslûbuyla açıklamaya çalışır. Bunlardan birincisi, (1) “*bir kanun hükmünün, benzer başka bir hükmün yorumlanması için kullanılması*”¹³⁵ argümanıdır. Eski bir yasanın, benzer meseleleri düzenleyen yeni bir yasanın hükmüne göre yorumlanması bu argümana örnektir. Peczenik’in verdiği bu örnekte, eski yasa yeni yasaya adapte edilmektedir¹³⁶. Dolayısıyla buradaki sistemik tutarlılık, yeni yasanın hükümleri bağlamında yapılmaktadır. İkincisi, (2) “*yorumu, kanunun sistematikiğinin etkilemesi*”¹³⁷ argümanıdır. Bir kanun hükmü yorumlanırken, bu kanunun yer aldığı başlığın göz önünde tutulması ve yorumlanan hükmün bir hukuk sisteminin bir bölümündeki yerinin nazari dikkate alınması bu argümanın örneklerindedir¹³⁸. Ayrıca, bir

¹³² Bkz. Işıktaç/Metin, s. 198; Sözer, s. 52-53; Serozan, s. 117.

¹³³ Brugger, *Concretization of Law and*, s. 237.

¹³⁴ Dural/Sarı, s. 126.

¹³⁵ Peczenik, s. 314.

¹³⁶ Peczenik, s. 314.

¹³⁷ Peczenik, s. 314.

¹³⁸ Peczenik, s. 315; bkz. Sözer, s. 53; Danıştay 7. Dairenin verdiği şu karar sistematik yorum yöntemine iyi bir örnek teşkil etmektedir: “*Bu hükümlerden anlaşılacağı üzere; Vergi Usul Kanununun 30’uncu maddesi uyarınca dönem matrahının re’sen takdirine gidilebilmesi için, vergi beyannamesinin yasal ve ek süre içinde verilmiş olması yeterli-*

yasanın yer aldığı bölümden önce ve sonra gelen bölümlerin dikkate alınması da bu gerekçeye dayanan sistematik yorum için önemlidir¹³⁹. Yine bu gerekçe açısından, bir hukuk sisteminin parçaları, hukuk sisteminin bütününden tecrit edilerek anlamlandırılmaz¹⁴⁰. Kanunu uygulamak durumunda olan yargıç, bütünü inceleyerek, hükümleri, fıkra ve maddelerin bağlamlarına göre anlamlandırır¹⁴¹. Üçüncüsü, (3) “*başka bir kavramsal analiz yorumu etkilemesi*¹⁴²” argümanıdır. Buna göre, bir kanun hükmünü yorumlayan kimse, kavramlar arasındaki mantıksal ilişkiyi göz önünde tutabilir¹⁴³. Dördüncüsü, (4) “*Yorumu, diğer hukukî dogmatik teorilerin etkilemesi*¹⁴⁴” argümanıdır. Bu argümana göre, bir yasayı yorumlamak durumunda olan kişi, hukukî dogmatiklerde formüle edilmiş teorileri göz önünde bulundurabilir. Peczenik’e göre teorilerin değerleri tutarlı olmalarına bağlı olduğu için, bu akıl yürütme, yorumun mümkün oldukça tutarlı olmasını gerektir¹⁴⁵. Örneğin, bir ülkede başta anayasa olmak üzere sözleşmeler hukukuna klasik liberalizmin geniş sözleşme özgürlüğü (akit serbestliği) egemen ise, özel bir yasanın sözleşmelerle ilgili hükmü, mümkün oldukça geniş bir sözleşme özgürlüğü anlayışına göre yorumlanmalıdır. Böyle bir yorum, hukuk sisteminin dayandığı teoriyle uyum içinde olduğu için, bu teorilere dayanan kurullarla da uyum içinde olacaktır.

dir. Her ne kadar, Vergi Mahkemesince, anılan Kanunun 342'nci maddesiyle 30'uncu maddenin ikinci fıkrasının 1'inci bendinde öngörülen re'sen takdir sebebine istisna getirildiği söylenilmekte ise de; yukarıda belirtildiği gibi, 342'nci madde, Vergi Usul Kanununun tarh yöntemleriyle ilgili kitabında değil, ceza hükümleri ile ilgili Dördüncü Kitabında yer almaktadır. Başka anlatımla; vergi cezası müessesesi ile ilgilidir. Dolayısıyla, ceza hükümlerini ilgilendiren bu düzenlemenin tarh yöntemleriyle ilgili bir başka düzenlemenin istisnası olarak kabulü, yasa yapma tekniğine ve anılan Kanunun 3'üncü maddesinin (A) bendinde öngörülen sistematik yoruma aykırıdır.....” (Danıştay, 7. Daire, E. 2000/852, K. 2002/200, T. 23.1.2002).

¹³⁹ Gözler, s. 223.

¹⁴⁰ Sözer, s. 52.

¹⁴¹ Edis, s. 181.

¹⁴² Peczenik, s. 314

¹⁴³ Peczenik, s. 315.

¹⁴⁴ Peczenik, s. 314.

¹⁴⁵ Peczenik, s. 316.

Biz sistematik yorumu ikiye ayırarak analiz etmeyi uygun görüyoruz. Birincisi dar anlamda sistematik yorum, ikincisi ise geniş anlamda sistematik yorumdur.

(a) Dar anlamda sistematik yorum, bir hukuk sistemine ait bir kuralın, o sistemin pozitif hukuk kurallarıyla tutarlı olabilecek yorumlanmasıdır. Dar anlamda sistematik yorum yöntemi Kelsen'in üne kavuşturduğu hiyerarşik normlar sisteminin tutarlı bir bütün oluşturması gerektiği düşüncesinin bir ürünüdür. Hukuk sisteminin bir üyesi olan normun, anayasa dahil diğer pozitif kurallarla bütünleşecek şekilde yorumlanmasıdır. Hatta Yargıtayın bir içtihadı birleştirme kararına göre yorum, Yargıtayın süregelen kararlarıyla da tutarlı olması gerekir:

“..... Gerek Anayasa'da ve gerekse kanunlarımızda yönetmelikle kanunun çatışması halinde bunun bekletici sorun sayılması gerektiği hususunda bir hüküm bulunmamaktadır. Ayrıca, adli yargı içinde ceza ve hukuk ayırımı yapılarak sonuca varılması da isabetli değildir. Yorum yaparken yargı yolunu bir bütün olarak kabul zorunludur. Yargıtay'ın süregelen uygulamalarında ayırım yapılmaksızın yönetmeliğin kanuna aykırı olması halinde, kanuna değer verilerek uyumsuzlukların çözümlenmesi ilkesi benimsenmiştir. Yönetmeliğin kanuna bağımlı olması açıklanan şekilde yorum ve uygulama yapılmasını gerektirmektedir...¹⁴⁶”

(b) Geniş anlamda sistematik yorum, bir hukuk kuralının, ait olduğu hukuk sistemin genel felsefesiyle tutarlı olabilecek şekilde yorumlanmasıdır. Örneğin, özel mülkiyet kavramını ve teşebbüs özgürlüğünü esas alan bir hukuk sistemindeki bir hukuk kuralı, bu felsefeye aykırı yorumlanırsa, hukuk sisteminin materyal mantığıyla tutarlı bir yorum söz konusu olmaz. Geniş anlamda sistematik yorumun dayanağı olan genel felsefe, anayasanın tümünün okunmasından çıkarılabilir. Yorum için önemli olan bazı kavramlar anayasada yer almakla birlikte, bunların tanımları hukuk sisteminde yoksa, yorumda bu kavramların evrensel hukuk bilimindeki veya evrensel hukuktaki tanımları esas alınmalıdır¹⁴⁷. Örneğin, bir kuralın yorumu, dar anlamda sistematik yorum gereği Anayasa'da yer alan hukuk devleti ilkesiyle tutarlı olması gerekir. Ancak hukuk devletinden ne anlamamız gerektiğini ise, evrensel hukuk kriterleri ile hukuk devleti kavramına ilişkin genel kabul gör-

¹⁴⁶ Yarg. İBGK E. 1993/5, K. 1996/1, T. 22.3.1996.

¹⁴⁷ Bkz. Işıktaç/Metin, s. 200.

müş tanımlamaların belirlemesi gerekir. Dolayısıyla geniş anlamda sistematik yorumda, hukuk sisteminin dayandığı değerler rol oynar.

Brugger de sistematik yorumu incelerken, yorumcunun, kuralı kendisine göre yorumlayacağı bağlamı (context), dar veya geniş tutmada özgür olduğunu söyler¹⁴⁸. Brugger açısından dar anlamda bağlam, yorumlanan hükmü çevreleyen cümlecik, paragraf ve bölümü kapsar. Geniş anlamda bağlam ise, hukuk sistemindeki bütün hükümleri kapsar¹⁴⁹. Hatta Brugger'e göre, sistematik yorum bazı hallerde, yabancı hukuk sistemlerindeki norm ve kavramların göz önünde bulundurulmasını da gerektirebilir. Ancak bu yabancı kavram ve normlar, sistematik yorumda yardımcı olsalar bile, Brugger'in haklı olarak söylediği gibi, bunların bağlayıcılıkları yoktur¹⁵⁰. Wegerich de, sistematik yorum yönteminde başvurulacak ilkelerden birinin, yabancı hukukların karşılaştırmalı yorumu olduğunu söyler¹⁵¹. Wegerich, İngiliz mahkemelerinin *Commonwealth* ülkelerinin kararlarını dikkate almasını buna örnek vermektedir¹⁵².

III- Hangi Yorum Yöntemi Ne Zaman Kullanılmalıdır?

Acaba bir hukuk kuralının yorumlanmasında çeşitli yorum yöntemleri bir sıraya göre mi kullanılmalıdır? Eğer yöntemlere başvuru sırası varsa, hangi yöntemden başlanılmalı ve hangi sıra izlenmelidir? Ya da, yorum yöntemlerinin birbirlerine tercih edilebilecek bir sırası yok mu dur? Eğer yoksa hangi yöntem kullanılmalıdır?

Meseleye Türk pozitif hukuku açısından yaklaştığımızda TMK'nın 1. maddesi, kanunların hem söz ve hem de özlerinin bir arada düşünülerek yorumlanmaları gerektiğini buyurmaktadır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da bir içtihadında şu düşüncelere yer vermiştir:

“Oysa Medeni Hukukta yorum Ceza Hukukundan farklıdır. TMK 1.maddesine göre Kanun, sözüyle ve özüyle değindiği bütün konularda uygulanır. Kanunun yorumunda, kanun metninin anlam ve ruhu-özü

¹⁴⁸ Brugger, *Concretization of Law and*, s. 238.

¹⁴⁹ Brugger, *Concretization of Law and*, s. 238.

¹⁵⁰ Brugger, *Concretization of Law and*, s. 238.

¹⁵¹ Wegerich, s. 225.

¹⁵² Wegerich, s. 225.

önemlidir. Bu ruh, kanun kuralının izlediği gayeden çıkarılır. Buna gai (amaçsal) yorum ve kanun kuralının amacına göre yorum denir. Bir kanun hükmünün kanuna konuluş amacına aykırı bir sonuç doğuracak şekilde yorumlanması hukuk ilkelerine ve kanunun hem sözü ile hem de özü ile uygulanmasını öngören TMK.nun 1.maddesine uygun düşmez¹⁵³”

Yargıtay bu kararıyla haklı olarak sözel yorumun yetersizliğini dile getirmiştir. Yine Yargıtay bir kararında, metindeki eksikliklere rağmen metne bağlı kalmanın sonucunda verilen kararın yapay doğruluğundan söz etmiştir¹⁵⁴.

Yine Türk pozitif hukuku açısından cezalar, kıyasa yol açabilecek şekilde geniş yorumlanamaz (TCK. m. 2/3). Ancak öğretide kabul edildiği gibi, TCK, burada genişletici yorum yöntemini yasaklamayıp, genişletici yorum altında kıyas yapmayı yasaklamaktadır¹⁵⁵. Dolayısıyla kanun koyucunun gerçek iradesini tespit için ceza hukukunda geniş yorum yapılabilir¹⁵⁶. Yeni suç ve ceza ihdas edecek geniş yorum kıyasa yol açacağı için, suç ve cezalara ilişkin böyle bir yorum yasaklanmıştır. Cezalar temel haklara ağır bir sınırlama getirdiği için, suç ve cezaların metinlerine bağlı kalınarak yorum yoluyla yeni suç ve ceza yaratmamak için dar yoruma tabi tutulur¹⁵⁷. Yorum yoluyla yeni suç ve ceza yaratmamak, yani kıyasa yol açabilecek bir genişletici yorum tarzından kaçınmak koşuluyla ceza

¹⁵³ Yarg. HGK E. 2004/4-40, K. 2004/113, T. 25.2.2004.

¹⁵⁴ “Yorum gerçeği veya hiç olmazsa ona en yakın olanı bulmaktır. Bu bakımdan yorumlarda kelimelerden veya metinlerdeki eksikliklerden hareket edilirse görünüşteki sun’î doğruluğa rağmen varılan sonuç daima yanıltıcı olur. Gerçek bir neticeye ulaşılamaz. Onun için yorum yapılırken Kanunun sistemi, benzer olaylarda izlenen yol, o müessese ile güdülen amaç, kamu düzeni, kamu yararı ve kişinin öz yararı gibi ilkelerin göz önünde bulundurulması zorunludur...” (Yarg. 2. HD E. 1975/7673, E. 1975/9224, T. 4.12.1975).

¹⁵⁵ Artuk, M. Emin/Gökçen, Ahmet/ Yenidünya Caner, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (Yeniden Gözden Geçirilmiş 4. Baskı), Turhan Kitabevi, Ankara 2009, s. 146 ; Koca, Mahmut/ Üzülmöz, İlhan, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Birinci Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2008, s. 46.

¹⁵⁶ Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 146; Koca/Üzülmöz, s. 46.

¹⁵⁷ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bir kararında, “Ceza hukukunda, yasallık ilkesinin doğal sonucu olarak, metindeki sözler, sözcükler, odak öğelerdir ve yorumda çıkış ve varış noktalarını oluştururlar. Bu nedenle cezada, yasallık ilkesi geçerlidir. Bu kuralın zorunlu sonucu olarak "yazılı ve metinsel (dar) yoruma tabi tutulur. Yasa kuralı olmadan suç olmaz. O yüzden cezada "dar yorum", metin içinde kalan yorum esas alınır” demektedir. (Yarg. HGK E. 2004/4-40, K. 2004/113, T. 25.2.2004).

hukukunda da klasik yorum yöntemleri kullanılabilir¹⁵⁸. Ancak, bazı yazarlar ceza hukukunda kanunilik ilkesi söz konusu olduğu için ceza normları dar yoruma tabi tutulması gerektiğini düşünürler¹⁵⁹.

Yargıtay bir içtihadı birleştirme kararında, kanunun açık olduğu durumlarda yoruma başvurulamayacağını vurgulayarak¹⁶⁰ klasik yorum yönteminin temel ilkesini¹⁶¹ dile getirmiştir.

Yorumun nasıl yapılmasına ilişkin olarak pozitif yasal düzenlemeler bir tarafa bırakılırsa, yukarıdaki sorulara vereceğimiz yanıtlar, benimsediğimiz tutumlara bağlıdır. Ya katı davranarak taraf olduğumuz teoriler doğrultusunda bir yorum yöntemini seçeceğiz veya esnek davranarak her hukuksal belirsizlik için farklı bir yöntemi benimseyeceğiz. İkinci tercihimiz daha esnek bir yoldur. Hangi tercihin daha iyi olduğu meselesi bağlamında, Zeppos, *pragmatizmin esnekliği* mi yoksa *metinselciliğin açıklığı* mı daha iyi bir seçimdir sorusuyla ilgili olarak, eğer, yoruma ilişkin anlaşmazlıklar kuvvetler ayrılığı noktasında düğümleniyorsa, hukuk devletine sadakat gibi soyut iddialar yerine yorumun ortaya çıkaracağı sonuçlara göre değerlendirme yapmanın daha iyi olduğunu söylemektedir¹⁶². Bu çalışmanın metninde yer verdiğimiz ve dipnotlarda yollama yaptığımız içtihatlarla bakıldığında Yargıtay daha esnek davranarak içtihatlarında yerine göre klasik yorum yöntemlerinin hepsine hemen hemen yer vermektedir. Birinci tercihimiz açısından seçtiğimiz yöntem, benimsediğimiz hukuk teorine göre değişiklik arz edecektir. Her hukuk teorisinin yukarıdaki sorulara vereceği muhtemel cevapları

¹⁵⁸ Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 133-138; Koca/Üzülmez, s. 46; Bohlander'ın tespitine göre Alman ceza hukukunda mahkemeler, *sözel, gramatik, sistematik, tarihi ve teleolojik* (gai) yöntemleri birbirini doğrulayacak biçimde kullanmaktadırlar. {Bohlander, Michael, *Principles of German Criminal Law*, (Studies in International and Comparative Criminal Law: Volume 2), 2009, s. 15}.

¹⁵⁹ Tartışmalar için bkz. Otacı, s. 451.

¹⁶⁰ “Zilyetliğin kazanma sağlayabilmesi için 20 yıllık sürenin "davasız" sürmesi zorunludur. Kanun koyucu zilyetliğin davaya konu olmamasını amaçlamıştır. "Davasız" sözcüğü açık ve emredici bir hükümdür. Kanunda zilyet aleyhine açılan davadan söz edilmemiştir. Kanunun açık olduğu durumlarda yoruma ve gerekçeye başvurulamaz. TMK. nun 1. maddesi gereğince kanun özüyle ve sözüyle uygulanmalıdır. Kaldı ki maddenin gerekçesinde ‘... zilyede karşı bir istihkak ve müdahalenin önlenmesi davası olmasının niza (çekişme) sayılacağıdır’ ifadesine yer verilmiştir” (Yarg. İBGK E. 2005/1, K. 2007/1, T. 19.1.2007).

¹⁶¹ Bkz. Gözler, s. 243.

¹⁶² Zeppos, s. 1642.

tasarladığımızda, hukukî pozitivizme bağlı bir hukukçu için, kural olarak, sözel yorum en uygun yöntem olacaktır. Çünkü onun için, yasa metni, adaltsiz olsa da veya amaca uygun olmasa da biçimsel geçerliliğe sahiptir. Örneği hukukî pozitivizmin bir görünümü olarak Almanya’da ortaya çıkmış kavramlar içtihatçılığına (begriffsjurisprudenz) bağlı hukukçular, sözel yorumu esas alarak yasanın metnine sıkı sıkıya bağlılığı savunmuşlardır¹⁶³. Kavramlar içtihatçılığına göre yargıca düşen, yasanın metnini uygulamaktır; eğer, yasanın metni kapalı ise, yargıç bu sefer yasa koyucunun niyetini bulmaya çalışacaktır¹⁶⁴. Kavramlar içtihatçılığı açısından bu girişimler sonuçsuz kalırsa, yargıç, kıyas gibi analitik süreçleri metne uygulayarak bir çözüm bulmaya çalışacaktır¹⁶⁵. Hukukî kesinliği ön plana çıkararak kavramlar içtihatçılığına bağlı hukukçular, kavramların her yerde tanımlarına uygun bir şekilde yorumlanmasını savunmuşlardır¹⁶⁶. Bu yöntem, yeni ekonomik ve toplumsal sorunları dikkate alan amaca göre (gaî) yorum tekniğini dışlar¹⁶⁷. Hukukî pozitivizm için yasa koyucunun iradesini keşfetmeye çalışan tarihî yorum yöntemi de kabul edilebilir. Çünkü burada yasa koyucunun iradesi esas alınmaktadır¹⁶⁸.

Pozitivist hukuk teorilerinin normativist kanadında yer alan Hans Kelsen, *Pure Theory of Law* adlı eserinde “Sözde Yorum Yöntemleri” adlı başlık altında, pozitif hukuku amaçlamış bir görüş açısından bir kural çerçevesindeki bir anlam olasılığını diğerine tercih edebileceğimiz bir kriterin olmadığını, yani, bir normun birkaç anlamından birinin yegâne doğru olduğunu bize gösterecek bir yöntemin bulunmadığını söyleyerek yöntemlerin birbirlerine doğruluk bakımından üstünlüklerini reddeder¹⁶⁹. Kelsen’in şu cümleleri onun yorum yöntemleriyle ilgi düşüncelerini açıkça ortaya koyan ifadelerdir:

¹⁶³ Akyol, Şener, *Medenî Hukuka Giriş*, 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2006, s. 239.

¹⁶⁴ Mehren, Arthur von, “The Judicial Process: A Comparative Analysis”, *The American Journal of Comparative Law*, (1956), Vol. 5, s. 204.

¹⁶⁵ Mehren, s. 204.

¹⁶⁶ Güriz, s. 64; Gözler, s. 225.

¹⁶⁷ Lenhoff, Arthur, “On Interpretative Theories: A Comparative Study in Legislation”, *Texas Law Review*, (1949) Vol. 27, s. 314.

¹⁶⁸ Akyol, s. 239.

¹⁶⁹ Kelsen, s. 352.

“ Şimdiye kadar geliştirilmiş bütün yorum yöntemleri, zorunlu değil, sadece olası bir sonuca yol açar, (ve bu olası sonuçlardan) hiçbiri asla tek başına doğru değildir. Pozitif hukuk noktasından bir yöntem, diğeri kadar iyidir- sözleri ihmal ederek yasa koyucunun varsayımsal iradesine katılmak veya sözleri katı bir şekilde izleyerek yasa koyucunun iradesine ihtimam göstermek gibi. Eğer aynı kanun içerisindeki iki norm birbiriyle çelişirse, pozitif hukuka göre, hukukun uygulanmasına ilişkin sözü edilen olasılıklar eşit ağırlığa sahiptir. Birini dışlayarak yasal olarak diğeri meşrulaştırmaya çalışmak beyhude bir uğraştır¹⁷⁰”.

Görüldüğü gibi Kelsen’in pozitif hukuka yönelen saf hukuk teorisi açısından bir yöntemin diğere tercih edilmesini gerektirecek bir bilimsel kriter söz konusu değildir. Kelsen içerik temelli (content-based) bir hukuk teorisinden yana olmadığı için, yorum yoluyla bir kuralın muhtemel anlamını (normunu) diğere tercih edecek meşruluk kriterlerini reddetmektedir. Çünkü Kelsen açısından hukuk kurallarının içeriği zorunlu değil, olumsal (contigent)’dir. Dolayısıyla Kelsen hukuk normlarının içeriğine kayıtsızdır¹⁷¹. İçeriğe kayıtsız kalan Kelsen, içeriğin kendisiyle belirleneceği yorum yöntemlerine de kayıtsız kalmıştır.

Sosyolojik hukuk anlayışını savunanlar için hukuk, dil ve bilgi, sosyal olarak belirlenmiş yapılardır¹⁷². Bu yaklaşım açısından hukuk yaşayan bir olgu¹⁷³ olduğu için her zaman yasalar yeni koşullara göre yorumlanmalıdır. Kavram içtihatçılığına karşı gelen sosyolojik hukuk anlayışının öncülerinden Eugen Ehrlich yasa metnine bağlı olarak yapılan yorum yöntemini eleştirmiştir¹⁷⁴. Dolayısıyla Sosyolojik hukuk teorisi için, amaca göre yorum en uygun yöntem olacaktır. Kanun metinlerinin lafızlarına körü körüne bağlanmak yerine, onları yeni zuhur etmiş ihtiyaçlar çerçevesinde yeniden anlamlandırmak gerekir.

¹⁷⁰ Kelsen, s. 352.

¹⁷¹ Kelsen’de normların içeriği ile ilgili değerlendirme için bkz. Aral, s. 27.

¹⁷² Bkz. DiMatteo, Larry A., “Reason and Context: A Dual Track Theory”, *Penn State Law Review*, (2004), Vol. 109, s. 434.

¹⁷³ Can, Cahit, *Hukuk Sosyolojisinin Antropolojik Temelleri ve Genel Gelişim Çizgisi*, 1. Baskı, Seçkin Yayını, Ankara 2002, s. 157-158.

¹⁷⁴ Can, s. 158-159.

Doğal hukuktan yana olanların yukarıdaki sorulara verecekleri cevaplar, yorumlama faaliyetine, etik değerler ve özellikle adalet değeri ve hakkaniyet ilkesinin eşlik etmesi düşüncesi doğrultusunda olacaktır. Bu yaklaşım açısından, adalet ve hakkaniyetle çelişen sözel yorumdan kaçınılmalıdır. Yargıtay da bir kararında bu yaklaşıma uygun bir içtihatla bulunmuştur:

“Yorum denilen düşünsel araştırma işlemi, ortak hukuki değerlerin sistematik bütünü olarak hukuki düzenin bir bölümünün bütünüle karşılaştırılması anlamındadır. Yazılı hukukun hak veya adalet denilen ve yazılı olmayan hukuka dayanması gerektiğinden, yasalar hak ve adaleti, eşitliği sağlayacak şekilde yorumlanmalı ve uygulanmalıdır... ..”¹⁷⁵

Yargıtay’ın aynı kararında, yorum yöntemlerinin belirli bir sıraya göre alternatifli kullanılmasını gerektiren bir yaklaşımı da mevcuttur¹⁷⁶.

Menfaatler içtihatçılığını benimsemiş bir hukukçu için ise amaca uygun olan yorum en uygun yorum yöntemi olacaktır¹⁷⁷. Yargıtayın bu yaklaşıma uygun bir analizi de bulunmaktadır¹⁷⁸.

¹⁷⁵ Yarg. CGK E.2004/1-46, K. 2004/78, T. 30.3.2004. Ayrıca Yargıtay bir içtihadı birleştirme kararında, *“Yorum, yasaların uygulanmasında tabii ve zorunlu bir fikri faaliyettir. Adaletsizliği; daraltıcı ve düzeltici yorumla gidermek, uygulamacının başta gelen görevlerindedir. Yorum yapılırken birden fazla yorum yapılabilirse lehe olan yorum yeğlenmeli, kabul edilmelidir”* demektedir. (Yarg. İBGK E. 1993/1, 1995/1, T. 30. 6.1996)

¹⁷⁶ *Türk Hukukunun lafzi (gramatikal) ve amaca bağlı (gai) yorum yöntemlerini benimseydiği bilinen gerçeklerdendir. Lafzi yorum, yasanın metnine, yazılış biçimine, dilbilgisi kurallarına, kullanılan ifadelere, sözcüklerinin gerek günlük gerekse hukuk dilindeki anlamlarına, başlık ve kenar başlıklarına göre yapılır. Şayet kullanılan sözcüklerden yasanın anlam ve amacı anlaşılıyorsa artık başka bir yorum yöntemine gitmeye gerek yoktur. Kuşkusuz yasanın bu şekilde ortaya çıkarılan anlamı, özüyle de çelişmemelidir. Çeliştiği takdirde özüne değer verileceği söz götürmez. Burada yorum yapılırken yasama belgelerinden de yararlanabileceği gözden uzak tutulmamalıdır”* (Yarg. HGK E. 1989/10-391, K 1990/83, T. 14.2.1990).

¹⁷⁷ Serozan, s. 118.

¹⁷⁸ *“ Gerek 1479 sayılı Yasanın ek 11. maddesinin, gerekse 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununun 36. maddesinin lafzından, isteğe bağlı Bağ-Kur sigortalısı davacı kadının kocasına teban 506 sayılı Yasada öngörülen sağlık yardımlarından yararlanacağı, 1479 sayılı Bağ-Kur Kanununda düzenlenen Sağlık Sigortası Hizmetlerinden faydalanamayacağı açık seçik ortaya çıkmaktadır. Sosyal Sigortalar Kurumu, Emekli Sandığı gibi diğer Sosyal Güvenlik Kurumlarının Bağ-Kur’a göre sağlık hizmetleri verme bakımından daha elverişli düzeyde bulunmaları nedeniyle davacı kadının Sosyal Sigortalar Kurumu’nun kendisine sağladığı Sağlık Yardımlarından yararlanmaya devam etmesi, çıkarlarına daha çok uygundur. Amaca bağlı yorum yönteminde, çıkarlar dengesine ağırlık tanındığına ve karşılıklı çatışan çıkarlardan hangisinin daha çok korunması gerektiği önem taşıdığı-*

IV- Sonuç

Yorumbilim, hukuk biliminin faydalandığı en önemli disiplinlerdendir. Gerek Anglo-Amerikan hukukunda gerekse Kıta Avrupası hukukunda çeşitli yorum yöntemleri ortaya çıkmıştır. Terimler ve kavramlandırmalar farklı olsa da bu yöntemler aşağı yukarı birbiriyle örtüşmektedir. Otantik yorum yapmaya yetkili mahkemelerdeki yargıçların çoğunluğunun benimsediği hukuk teorisi ve yorum yöntemi, mahkemenin yaklaşımını belirlemektedir. Özellikle Amerikan Yüksek Mahkemesinin (Supreme Court) benimsediği yorum yönteminin dönemsel değişkenliği izlenebilmektedir. Yüksek Mahkemenin tavrına yön veren yargıçlar, akademik alanda da yorumla ilgili yaklaşımlarını eserler yazarak sürdürmektedirler¹⁷⁹. Bizde de Yargıtay kararlarına baktığımızda, Mahkeme yorum yöntemlerini daha çok birbirini tamamlayıcı araçlar olarak görmekte, duruma göre bir veya birkaç yöntemi bir arada kullanmaktadır¹⁸⁰.

Yorumla, kurallarının doğru/gerçek anlamlarını bulmayı amaçlayacaksak, bu amaca ulaşmak için yorumlama faaliyetinde bir yöntemi her zaman diğerine üstün kabul etmek yerine, yöntemleri birbirini tamamlayan araçlar olarak görmek gerekir. Ancak, hukuk değerlendirme yapmaya ihtiyaç duyulan bir alan olduğu için, hukuk biliminde genel yorumbilime ek olarak ve onun yanında ayrıca hukuk kavramına özgü bazı yorum ilkelerine ihtiyacı vardır. Kullandığımız yorum yöntemleri, adaletin genel kabul görmüş ilkeleleriyle desteklenmelidir. En azından yorum yöntemlerini kullanarak elde ettiğimiz anlam, adaletin genel kabul görmüş ilkeleleriyle çatışmamalıdır. Hukuk bilimindeki yorum tekniklerinin, edebiyat, sanat ve diğer bilişsel (cognitive) alanlardan farkı olması gerekir. Çünkü hukukta, insanın onuru ve hakları söz konusudur. Pozitif hukuk kuralları, insan onurunu zedeleyecek ve haklarını yok sayacak bir tarzda yorumlanamaz. Her olayda birkaç kişinin farklı hakları çatışabilir. Yorumcuya düşen, bu ihtilafları, hukukun genel ilkeleri ve adaletin temel kurallarıyla tutarlı bir yorum tarzıyla çözmektir.

na göre, davacı kadının çıkarlarının, davalı Kurumların çıkarlarına oranla daha çok korunmaya değer bulunduğu kabul edilmelidir". (Yarg. HGK E. 1989/10-391, K. 1990/83, T. 14.2.1990).

¹⁷⁹ Yargıç Antonin Scalia ve Frank H. Easterbrook'un yukarıda atıf yaptığımız eserleri buna örnek teşkil etmektedir.

¹⁸⁰ Metinde ve dipnotlarda örnek olarak yer verdiğimiz Yargıtay kararları bunu göstermektedir.

1876 KANUN-I ESASİ'NİN 18. MADDESİ ÜZERİNE

*Doç. Dr. Rukiye AKKAYA KİA**

Dil, yazma ve konuşma aracı olarak bir toplumda iletişim kurmaktan çok daha ötesini ifade eder. Dil, ulusal kültürün çok büyük ve çok önemli bir parçası olmakla birlikte, ulus-devletlerin ortaya çıkması ile toplumu homojenleştiren siyasi bir kurum haline dönüşmüştür. Avrupa'da, Rönesans'ı takip eden evrede Latince'den başka dillerin, halkların kendine has kültür dokusunda, bir ulusal varlık olarak gelişmesine eşlik ettiği gözlemlenir¹. Halkların kendi dillerinde kitap basmaları, matbaanın gelişimi ve yaygınlaşması, ulusal dili standardize etmede bir adım oluşturur. Bu yüzden, Avrupa'da Orta Çağ boyunca neredeyse tüm toplumların biricik ortak resmi dili olan Latince'nin, eğitimin ve siyasetin dünyasından çıkması, ulusal dil bilincinin gelişmelerinin işaretidir. Dil, kültürlerin kökenine inmede de araştırma konularından biridir. Ulusal kültür bilincinin oluşturulması adına, diller ve halk kültürü üzerine çalışmalar 19.yüzyılda yoğunluk kazanmıştır. Ulus-devletlerin ve ulusal hukukun gelişmesi ile bir devletin kendisine kamusal işlerde bir resmi dil belirlemesi olgusunun çakışması hiç de şaşırtıcı değildir².

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

1 Bir devletin resmi yazışmalarında, hukuk düzeninin ve adalet hizmetlerinin gerçekleştirilmesinde kullandığı dili, kamusal eğitimin ve devletin dili olarak belirlemesi modern devletin doğuş sürecinde çok açık bir biçimde gözlenir. Bu konuda, Fransa Kralı I.François'ın 1539 Villers-Cotterêts Emirnamesi öncü belgelerden biridir. I.François Emirname'nin 110 ve 111. maddelerinde; yargılamanın her aşamasında, mahkeme kararlarının yazımında, ayrıca ticari işlemlerden vasiyetname düzenlemeye kadar her tür hukuki belgede kullanılacak dilin sadece Fransızca olmasını emreder. <http://www.academie-française.fr> (7.Nisan.2012)

2 Bir devletin resmi dili, uluslaşma çağı diyebileceğimiz 19.yüzyılda ideolojik bir araca dönüşür. Örneğin Fichte, Alman ulusal bilinci üzerine görüşlerinde; Almanca'nın "orijinal" bir dil olduğunu, oysa Fransızca Latince'den türetildiğini ifade ederken, Almanca Fransızcaya göre daha onurlu bir dildir der. G.Fichte; **Discours à la Nation Allemande**, Paris, 1975, s. 35. 1789 devriminden sonra; Fransızca bilmek, Fransız devletinin ve Fransız toplumunun bir parçası olmanın şartlarından biri olarak kabul görmüştür. Jakobenler, Fransızca'yı, Aydınlanmanın dili olarak ışığın taşıyıcısı ilan etmişlerdir. Ulus olmanın un-

Osmanlı İmparatorluğu'nda, 19. yüzyılın sonlarında Türkçe ve Türk dilinin sadeleştirilmesi, basitleştirilmesi üzerine tartışmalar, bir ulus devlet bilinci olmadan; dil henüz Türk ulusçuluğunun ideolojik bir aracına dönüşmeden önce başlamıştır. Ama dilin, dünyayı anlama ve karşılıklı anlaşmanın ortak zemini olarak fark edilmesi ile çeviri, basın, edebiyat, eğitim ve kültürel yaşam seviyesi üzerine tartışmaların yoğunlaşması bir tesadüf değildir. Bu tartışmaları yönlendiren ana sorun; Türkçe konuşma dili ile Arap harfleri kullanarak Osmanlı-Türkçesinde yazmak arasındaki büyük farklılıktır³.

Dilin siyasi bir araç olarak işlevi; toplumla kurulan ilişki biçimini aşarak hukukla düzenlenebilen bir kültürel kurum olması, önce Tanzimat döneminin edebiyatçılarının dikkatini çekmiştir. Basın ve eğitim dünyasında yapılan çok yönlü tartışmalar, ulusal dile vurgu yapmak yerine; toplumun özellikle Türk ve Müslüman unsurun eğitim eksikliği üzerine odaklanır. O kadar ki; Batılılaşma tartışmalarının içinde, eğitim metodu ve dil üzerine tartışmalar dönemin siyasi kutuplaşmalarından bağımsız olarak ele alınabilir. Hatta Osmanlıcılık politikalarının içinde kristalize bir durum olduğu bile söylenebilir. Çünkü farklı dilleri, dinleri, kültürel ve etnik dokuları, bu farklılıkları olduğu gibi koruyarak bir arada tutma politikası, Osmanlıcılık ruhunu beslese de bu politikanın ayakta kalması için yeterli olamamıştır. Ama dilde ıslahat çalışmaları ve devletin dili olarak seçilen Türkçe eğitim politikaları devam etmiştir.

Türkçenin, Osmanlı İmparatorluğu'nun resmi dili olarak belirlendiği ilk belge, 1876 Anayasası'nın 18.maddesidir. Resmi dilin, çok uluslu bir imparatorlukta, üstelik parçalanmayı durdurmak için anayasal bir düzen değişikliğine gidildiği dönemde belirlenmesi, ilginç bir veridir. Gerçi Anayasayı hazırlayan aydınlar ve Genç Osmanlılar, dilin sadeleştirilmesi konusuna eğilirken; milli kültürün parçası olarak, anadilin önemini, konuşma dilinin

surlarından biri olarak dil konusunda tartışmalar ve tarihsel boyutu için bkz.D.Schnapper, **La France de l'Intégration**, Gallimard, Paris, 1991. E.J.Hobsbawm, **Milletler ve Milliyetçilik**, Çev.Osman Akınhay, Ayrıntı Y.,İstanbul, 1992.Rukiye Akkaya, **Küreselleşme Olgusu Karşısında Ulus Sorunu**, Legal Y.,İstanbul, 2004.

³ Niyazi Berkes, **Türkiye'de Çağdaşlaşma**, Doğu-Batı Y., İstanbul (t.y.), s. 247 vd. Berkes'in de dikkat çektiği gibi, insanın ibadet ve din dilinin kendi anadili olması modernleşme işaretlerinden biridir. İbadet ve Kutsal Kitap'ların dili, toplumların halkların anadilinden farklılaştığı ve zorlaştığı oranda, toplum o dine yabancı kalır. Daha kötüsü, din üzerinde suiistimaller artar ve inanç, bir sömürü aracına dönüşebilir. Gerçektende, Batı'da Reform, İncil'in Katolik Kilisesi'nin dili olan Latince'den farklı halk dillerine çevrilmesi ve basılması ile başlar.

yazma diline yakınlaşmasının temel bir sorun olduğunu fark etmişlerdir. Ama yine de 1876 Anayasasında, devletin resmi dili, bizce ideolojik bir amaçla belirlenmemiştir. Osmanlılık politikasının hâkim olduğu bir atmosferde, resmi dilin Türkçe olarak belirlenmesi durumu, Avrupa'daki ulusçuluk hareketlerinden biraz farklılık gösterdiği gözlemlenir. Türkçe; Türk unsurun, ekonomik ve siyasi açıdan daha güçlü, daha gelişmiş olduğu için ya da diğer unsurlara hâkim grup olduğu için değil, geleneksel olarak devlet idaresinin dili olduğu için ve padişahın konuşma dili olduğu için kabul edilmiştir düşüncesindeyiz. Zira Türkçe resmi dil konumu ile Anayasaya girmeden önce; Arap alfabesi ile Osmanlı-Türkçesi yazma ve konuşma; sadeleştirilmesi, islah edilmesi gereken çok önemli kültürel-sosyal bir sorun olarak ele alınmıştır. Üstelik Hristiyan olan ve Türkler dışındaki diğer Müslüman unsurların, kendi dillerinde gazete, kitap ve dergi basmaları, bu hakkın Türk unsura tanınmasından çok daha erken bir dönemdeydi. Osmanlı dünyası; padişahın, hukukun ve eğitim dilinin, uluslaşmada bir temel etken olduğunu görse ve ideolojik amaçla kullansa idi; durumun yukarıda bahsedildiğinden çok farkı olması gerekirdi.

Tanzimat⁴ siyasal kurumların yenilenmesi konusunda yeni bir dönemi başlatmakla birlikte, sadece resmi reformları ilan etmiyordu aslında. Siyasi, diplomatik ve hukuki alanda Osmanlı tarihinin özel bir dönemini anlatan bu kavram, Osmanlı aydınları için, Batılı kavramların çok yönlü olarak tartışma imkânı yarattığı bir zemindi. Daha o dönemde yapılan tartışmalarla, belirli konular üzerine temel görüşlerin olgunlaşması sağlandığından; sonradan aynı konudaki tartışmalara geri dönüşün yaratacağı muhtemel gecikmelerin önüne geçilmiştir. Tanzimat'ı halka indirmek ve anlatmak için "dil" ve "alfabe" üzerine yapılan tartışmalar, önemli bir kültür hareketini başlatmakla birlikte, daha sonradan, dilde bir ulusal bilincin doğmasına hizmet edecektir. Bu konuda Genç Osmanlı hareketinin ve 19. yüzyılın bazı aydın simalarının, önemli rolünü teslim etmek gerekir. Özdem'in de belirttiği gibi; okumuşlar

4 Bu konudaki çalışmalar için bkz. **Tanzimat 1** (Yüzüncü Yıldönümü Münasebetiyle), İstanbul, Maarif Matbaası, 1940. İlber Ortaylı, **İmparatorluğun En Uzun Yüzyılı**, Hil Y., 3. Bası, İstanbul, 1995. T. Z. Tunaya, **Siyasal Müesseseler ve Anayasa Hukuku**, 3. Bası, İstanbul, 1975, Taner Timur, **Osmanlı Kimliği**, Hil Y., İstanbul, 1986. Engelhardt, **Tanzimat ve Türkiye**, Çev. Ali Reşad, Kaknüs Y., İstanbul, 1999. **Tanzimat ve Meşrutiyet'in Birikimi** (Ansiklopedik Derleme), C I, İletişim Y., İstanbul, 2001. Hilmi Ziya Ülken, **Türkiye'de Çağdaş Düşünce Tarihi**, Ülken Y., İstanbul, 1992., Bülent Tanör, **Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri**, YKY Y., İstanbul, 2000.

dilinin halk diline yakınlaştırılmasına yönelik çalışmalar, Osmanlı modernleşmesinin bir yan olgusudur⁵. Ancak çok geç bir dönemde ve doğal bir evrimle, kültürel milliyetçiliğin genişlemesine hizmet etmiştir.

Genç Osmanlılar olarak anılan grup, farklı siyasi eğilimlerine rağmen; kültür, edebiyat ve basın dünyasından doğduğu için, aslında tek bir sosyal problem etrafında birleşiyorlardı; Türk unsurun eğitim düzeyindeki düşüklük, dilde sadeleşme ve Arap alfabesinin ıslah edilmesi. Konuşma ve yazma dilinin sadeleştirilmesi, basitleştirilmesi, sadece edebi bir mesele olarak görülmedi. Halka ulaşmada, halkın cehaletini ortadan kaldırmada, geniş çaplı reformların benimsenmesinde ve halkın desteğini sağlamada yegâne araç dildi. Bu dilin, herkesçe okunabilmesi ve yazılabilmesi sadece bir eğitim düzeyini göstermez. Bu dile hâkimiyet, siyasal bütüne ulaşmamız için, bir yurttaş olmamız için çok özel bir rol oynar. Yazılı dil olmasa; siyasetin, edebiyatın ve iletişimin oynayacağı rol, pek sınırlı ve mahallî olacaktır. İçinde yaşanan düzen ile uyum içinde olmanın ve siyasi alana aktif katılabilmenin yolu, baskın grubun dilini ve siyasal varlığın dilini bilmekle mümkün olur. Bu durum, ulus devletin doğuşunda ne kadar eleştiri konusu olursa olsun asla ihmal edilememiştir, edilemez de. Yayın ve basın dünyasının hızla gelişmesi, dilin teknik olarak gelişmesinde ve homojenleşmesinde doğrudan etkin olmuştur. Tam da bu nedenle; Yeni Osmanlıların dil üzerinden yaptığı tartışmalar devlet ile toplum arasındaki; özellikle Türk unsur arasındaki iletişimi yenilemeye, bu kitleye ulaşmaya yöneliktir.

Ülkemizde, Türkçe yayın yapan ilk matbaa, devlet eliyle kurulmuştur. Sonraları özel teşebbüsün, daha çok gazetecilik alanında etkin olduğunu görüyoruz. Takvim-i Vakayi, Ceride-i Havadis, Tercüman-ı Ahval, Tasvir-i Efkar dönemin önemli basın organlarıydı. Üstelik basın-yayın ve iletişim aracı olarak gazetelerin Avrupa ayağı hiç ihmal edilmedi. Ali Suavi 1866'da önce Londra'da, Muhbir'i sonra Paris'de Ülum'u yayımladı. 1868'de Namık Kemal ve Ziya Paşa "Hürriyet" adlı bir dergi çıkarmaya başladılar. İbret, Namık Kemal'in siyasi sorunları ele aldığı makaleleri ile dikkat çekti. Siyasi nedenlerle sık sık kapatılan bu gazetelerin yerine yenileri çıkarıldı⁶. Bu

⁵ Ragıp Özdem, "Tanzimattan Beri Yazı Dilimiz", **Tanzimat 1**, s. 860.

⁶ Hasan Refiğ Ertuğ, "Türkiye'de Basın ve Yayın Mevzuatının Doğuşu ve Gelişimi", AÜSBF Yüzüncü Yıl Armağanı, Ankara, 1959, s. 21. Alpay Kabacalı, **Türk Basınında Demokrasi**, Kültür Bakanlığı Y., Ankara, 1994, s. 16 vd. Bu gazeteler Türkçe olarak basılıyordu. Ayrıca 1850'lerde İstanbul'da 5 Fransızca, 4 İtalyanca, 1 Rumca, 1 Ermenice, 1

yayınlarında, halk ile daha sağlıklı bir ilişki kurulmasının yolları aranırken, dil ve dilde sadeleşme tartışmaları genişçe tartışıldı. Münif Paşa'nın giriştiği çok yönlü yayın ve tercüme çalışmaları, devletin yüksek düzeylerinde de dil üzerinde gerçekten önemle durulduğunun habercisi oldu. Özellikle gazete dilinin basitleştirilmesi, geliştirilmesi konusunda Şinasi'den sonra, Münif Paşa'nın girişimleri etkin olmuş, bu çalışmalar basın dilinin oluşmasına ve Türk nesrinin modernleşmesine katkı sağlamıştır⁷.

Basılı eserlerin ulaştığı çevre sınırlı kalsa bile; basın ve edebiyat dünyası, siyasi olduğu kadar kültürel bir reform hareketinin taşıyıcısı olmuşlardır. Şinasi, Namık Kemal, Ahmet Mitat Efendi, Şemsettin Sami'nin çalışmaları sadece edebi veya sadece siyasi nitelikli değildir. Bu dönemin dilbilim çalışmaları, Türk unsurun milli kimliğini kendine tanıtmak ve anlatmak çabasına dönüşmüştür. Bu çaba, daha sonra Jöntürkler'in çalışmalarında bir "ulusal kimlik" oluşturma ve kültürel milliyetçilik hareketine dönüşmüştür⁸. Genç Osmanlılar dönemi, Türk ulusal kimliği ve şuuru üzerine konuşmak için henüz erken bir dönemdir⁹. Zira siyasi koşullar gereği tartışılan konu; Osmanlıcılık ya da İslamcılık olsa bile, Türk ve Müslüman unsura ulaşmak için kullanılan araç Türkçe olunca, durumun zorluğu derhal göze çarpar.

Yukarıda da değinildiği gibi; ulusal birlik, dilde birlikten ayrılamayacağı için; dil, ulus olma bilincini ören temellerden biridir. Genç Osmanlılarda henüz bu konu olgunlaşmamışken, dilin modernleşmenin en önemli dinamiği olduğunu görmüşlerdi. Bu yüzden de halkın aydınlatılması için dilde sadeleştirme ve basitleştirmeyi savunuyorlardı. Açık ve herkesçe anlaşılır bir dilin basın ve edebiyata hâkim olması gerektiğini savunanlar, önce kendi kalemlerinden başlayarak bir örnek oluşturdular. Burada da eski ile yeni çarpışmıştır. Ama sorun halkın idraki, okuma-yazma oranının ve okullaşma

Yahudi Dilinde, 1 Bulgarca; İzmir'de 2 Fransızca 1 Rumca, 1 Ermenice gazete çıkıyordu. Bunların hiçbiri günlük olarak basılmıyordu. Bazıları dergi mahiyetinde idi. s.17. Ayrıca 1876'larda İstanbul dışında 22 vilayette yerel gazete basılmaktadır ve bu gazetelerin bazıları, biri Türkçe diğeri yerel gayrimüslim nüfusun diline göre iki dilde yayınlanmaktadır. Musa Çadırcı, **Tanzimat Döneminde Anadolu Kentleri'nin Sosyal ve Ekonomik Yapısı**, TTK, Ankara, 1997, s.292.

⁷ Ali Budak, **Batılılaşma Sürecinde Çok Yönlü Bir Osmanlı Aydını Münif Paşa**, Kitabevi Y., İstanbul, 2004, s. 126 vd.

⁸ Şerif Mardin, **Jön Türklerin Siyasi Fikirleri 1895-1908**, İletişim Y., İstanbul, 1994, s.62.

⁹ Gerçi 1893'te İkdam gazetesinin, "Türk gazetesidir" başlığını atması, Türk milliyetçiliğinin ilk işareti olarak görülmektedir. İbid. s.62.

oranın düşüklüğü olunca, bu sorunun kaynağında görünen konuşulan dil, alfabe ve okuma yazma dili arasındaki zorluklar tartışmaya açıldı. Okuyucu kazanmak bir tarafa, “halkın devlet katında gerçekleştirenleri bilme hakkı” olduğundan bahsedenler arasında, önce Şinasi'nin görüşleri dikkat çekmiştir. Bu düşünceleri yüzünden, devlet memurluğundan atılır, ama kendisi ölümüne dek dilde sadeleştirme üzerine çalışmaya devam etmiştir¹⁰.

Siyaset ve kültür aristokrasisi, etkinliğini ve önemini kabul ettirmek için yazı dili ile halkın konuşma dili arasında bir mesafe koyar. Bu mesafe, halk ile kurulacak ilişkinin düzeyine ilişkindir ve imparatorluk siyasi yapısında yaygın olarak karşılaşılr. Dolayısı ile yüksek bürokrasisinin yazı dilinde sadeleşme ve Türkçeleşme, devletin dili ile halkın dili arasındaki farklılığın ortadan kaldırılması¹¹ anlamını taşımaktadır. Bu durum, devlet ile milletin manevi bir bütünlük içinde iç içe geçmesinin somut adımlarından biri olduğu gibi, devlet ile halk arasındaki ilişkiyi, halk lehine geliştirmeye yöneliktir. 1876 Anayasası daha ortaya çıkmadan, devletin resmi dilinin Türkçe olduğunu gösteren gelişmeler vardır aslında. Tanzimat döneminde kurulan Nizamiye Mahkemeleri'nin kararlarının Türkçe olarak yazılması ilkesi benimsenmişti. Ayrıca Mecellenin, geçmişten farklı olarak, Türkçe yazılmış olması, hukuk dilinin Türkçe olacağına bir işaretidir¹². Bu arada, haberleşmede büyük bir adım olarak 1855'te kurulan telgrafhane yazışmaları, 1861'den sonra Türkçe yapılmaya başlanmıştır¹³.

Türkçenin siyasi bir tercih olduğunu, ilk kez 1876 Anayasası'nın 18. maddesinde görüyoruz. Eğinli Said Paşa'nın girişimleri ve II. Abdülhamit'e yaptığı uyarı olmasaydı, durum aslında çok fark edilmeden atlatılabilirdi. Kanun-ı Esasi'nin hazırlık taslağında, 12.madde olarak düzenlenen konu resmi dil üzerineydi. Buradaki düzenleme, hazırlık komisyonunda bulunanların pek dikkatini çekmemiştir. Taslak metinde 12.madde, “*memalik-i Osmaniyede bulunan akvamdan her biri kendilerine mahsus olan lisanı talim ve taallümde muhtardır. Fakat hidemat-ı devlette istihdam olunmak için devletin lisan-ı resmisi olan Türkçeyi bilmek şarttır.*” düzenlemesini içeriyordu.

¹⁰ Şerif Mardin, *Yeni Osmanlı Düşüncesinin Doğuşu*, İletişim Y., İstanbul,1996, s.292-296.

¹¹ Özdem, s.860.

¹² Çadırcı, s.282-283.

¹³ Çadırcı, s.297.

Ancak bu madde yazılırken, devletin resmi dilinin belirlenmesi yanında; Osmanlı İmparatorluğu içinde yaşayan diğer unsurların dillerinin de Türkçe ile aynı seviyeye çıkarıldığı ve bu dillerin de birer resmi dil gibi yorumlanabileceği ihtimali dikkatlerden kaçmıştır. Eğinli Said Paşa, bu durumun gelecekte büyük bir sorun yaratabileceğini fark ederek, yeni bir öneride bulunmuş ve bu öneri, aynen Kanun-ı Esasi'nin 18. maddesi olarak kabul edilmiştir. Bu teklif; “Tebea-i osmaniye'nin hidemat-ı devlette istihdam olunmak için devletin lisan-ı resmisi olan Türkçeyi bilmek şarttır” cümlesidir ¹⁴. Yani devletin resmi dili Türkçedir ve devlet hizmetinde çalışacak Osmanlı tabasından herhangi birinin, bu dili bilmesi şarttır. Yine 1876 Anayasasının 57. maddesi, meclis çalışmalarının lisanının Türkçe olacağını belirlemiştir. Anayasanın 68.maddesi vekil seçilebilme şartları arasında Türkçe bilmek zorunluluğunu saymıştır ¹⁵.

İlk Anayasanın ilanından sonra, bir genel seçim yapılabilmesi için henüz bir seçim kanunu yoktur. 17.Şevval.1293'te bir “Talimat-ı Muvakkat” ilan edilir ve burada Kanun-ı Esasi'den ayrıca, seçilebilme şartları belirtilir. Türkçe bilme zorunluluğu bu şartlar arasında da sayılmaktadır ¹⁶.

Bu düzenlemeler ile Osmanlı İmparatorluğu içindeki hâkim unsurun açıkça Türk olduğu belirtilmiyordu. Ama Türkçeye ilk kez bir siyasi statü veriliyordu. Türkçe; modernleşme çalışmaları içinde ve çok dilli bir İmparatorluğun bünyesinde; eğitimin, siyasetin ve devletin dili olacaktır. Daha ilk Osmanlı Parlamentosu oluştuğunda, dildeki çokluk; ayrıca Türkçede yazma ve konuşma dili arasındaki farklılıkların yarattığı zorluk su yüzüne çıkacaktır. Bu arada, Türkçe konuşulan bölgeler arasındaki ağız ve telaffuz farklılıkları iyice anlaşılacaktır. Vekiller, geldikleri bölgelerdeki yerel ağızla konuştuklarından, Türkçe lehçe değişikliği o kadar büyüktü ki; meclis kâtipleri görevlerini layığı ile yapamamıştır. Anlama ve yazma kolaylığı sağlaması için Ahmet Mithat Efendi, mecliste zabıt tutmak ve konuşulanları yazı diline çevirmekle görevlendirilmiştir ¹⁷. Bu durum ilk defa, İmparatorluğun çeşitli

¹⁴ Ali İhsan Gencer, “İlk Osmanlı Anayasasında Türkçenin Resmi Dil Olarak Kabulü Meselesi”, **Kanun-u Esasi'nin 100.Yıl Armağanı**, 1978, Ankara, s.183-187.

¹⁵ Şeref Gözübüyük-Suna Kili, **Türk Anayasa Metinleri**, 1939-1980, Ankara, 1982, s. 27 vd.

¹⁶ Ali Fuad Başgil, **Hukukun Ana Mesele ve Müesseseleri**, 1946, İstanbul, s.24.

¹⁷ Gencer, s.187.

bölgelerinden gelen seçilmişlerin, etnik köken, din ve mezhep farklılıkları dışında; konuştukları dilin çeşitliliğini görmelerine vesile olmuştur.

Tarihsel kökler ve coğrafi mekân dikkate alındığında ilk Osmanlı parlamentosu, her şeyden önce kozmopolit bir Osmanlı kimliği taşımaktadır. Bununla birlikte, modernleşme süreci eğitimin gelişmesine ve yaygınlaşmasına paralel olarak, Türk milliyetçiliğinin doğuşunun kaçınılmaz bir sonuç olduğunu söyleyebiliriz. Yani her şeye rağmen; Osmanlı kozmopolit dokusunda, dilde Türk milliyetçiliği ideolojik bir hareket olarak doğmamıştır. Zamanla ve çok geç bir dönemde, modern anlamda milleti var eden dil ve kültür birliğinin, çok önemli bir siyasi araç olduğu görülmüştür. O kadar ki; Arabistan vilayetinin bazı temsilcileri, sadece pratik nedenlerle, mebus seçilebilmek için Türkçe bilme şartının kaldırılmasını istediklerinde, Ahmet Vefik Paşa “Gelecek seçime kadar dört yıl var. Akılları varsa, bu zaman içinde Türkçe öğrenirler” cevabını verecektir¹⁸.

Dilde sadeleşme ve alfabenin islahı ve hatta değiştirilmesi konusu tartışmalarında¹⁹ kültürel tarihsel birikim ve Osmanlı unsurlarının çeşitliliği bir hassasiyet noktası olmuştur. Yenilikler, kültürel dokunun çeşitliliğine, tarihsel mirasa ve dini değerlere zarar vermeden gerçekleştirilmeliydi. Aslında Genç Osmanlıların dilde sadeleşme, imla kurallarının ve noktalama kurallarının belirlenmesi ve sözlük hazırlama çalışmaları, halk ile diyaloga geçebilme amacı taşıyordu. Osmanlı kimliği içinde, Türkçe devletin dili olarak sorunsuzca kabul edilmiştir. Ancak bu dilin alfabe, fonetik ve imla kuralları bakımından yarattığı zorluklar, halkın bilgisizliğinin giderilmesinde resmi reformların bir parçası olan eğitim sorununun olarak ele alınmıştır. Ziya Paşa, Hürriyet’te yayınlanan bir makalesinde “...bizim çocukların fitrat ve fetanetçe bir eksiklikleri mi vardır ki onlar gibi tahsil-i fevait edemiyorlar. Hayır çocukların hiçbir kabahati yoktur...Öteki kendi lisanında hem okur hem yazar..Bizimki sadece okur; yazar amma, yalnız karalama yazar. Öyle efkârını kâğıt üzerine koyamaz.”²⁰ der. Ziya Paşa’nın ifade ettiği olay, sadece eğitim düzeyine ilişkin bir şikâyet değildir, olsa olsa insanın kendisi ile

¹⁸ İlber Ortaylı, “İlk Osmanlı Parlamentosu ve Osmanlı Milletlerinin Temsili”, **Kanun-u Esasi’nin 100. Yıl Armağanı**, Ankara, 1978, s.173.

¹⁹ Nermin Tongul, “Türk Harf İnkılabı”, **Atatürk Üniversitesi Türk İnkılabı Tarihi Enstitüsü Atatürk Yolu Dergisi**, 2004, s.103 vd.

²⁰ İhsan Sungu, “Tanzimat ve Yeni Osmanlılar”, **Tanzimat I**, s.841.

dünya arasında kurduğu ilişkide, simgesel dillerin farklılığına ilişkin bir tespittir.

Her şeye rağmen, Tanzimat döneminin, hayal kırıklığı ile biten girişimlerine rağmen; sağladığı en büyük başarı Türkçenin eğitim dili olarak benimsenmesi ve eğitim reformunu da bu esasa yönelik gerçekleştirmesindedir. Ama yine de şikâyetler bitmeyecektir; Ziya Paşa, sorunun biçimsel dilden daha başka bir boyutu olduğunu fark etmiştir: *“Tunus vilayeti bundan birkaç sene evvel Düstur’un Arapçaya tercümesini arzu ederek bu hizmeti istanbulda güzelce Arabî bilir ve Türkçe anlar bir zata havale eder. O zat iki üç sahifede bir yirmi kadar müşküle tesadüf ederek müracaat için bir meclise gelir. Orada Türkçe lisanına vukuf-u tam ve şiir ve inşada mehareti-kamile ile maruf yedi sekiz kişiye tesadüf eder...Hiçbiri halle muktedir olmaz..Mütercim..nihayet tercüme-yi bitiremez..Hasılı Tunus vilayeti mensup olduğu devletin kanunnamesine malik olamaz.”*²¹

Bilindiği gibi, 1869 Maarif-i Umumiye Nizamnamesi, eğitimi bir devlet sorunu olarak ve kamusal bir iş olarak düzenleyen ilk modern girişimdir. Bu düzenlemede ilköğretimin zorunlu hale getirilmesiyle, okuma-yazma öğrenmenin yanında; henüz Anayasal düzenleme ortada yok iken, İmparatorluğun resmi dili olarak Türkçenin öğretimi de hedeflenmiştir. Nizamname, İmparatorluk bünyesindeki okullara çeşitli kademelerde öğretmen yetiştirmek amacı ile İstanbul’da kurulacak büyük bir Darülmualimin mektebi öngörmüştür. Rüştüye, idadi ve sultaniye bölümlerinden oluşan bu mektepte; rüştüye bölümü, ulum ve edebiyat olarak iki sınıfa ayrılmıştır. Edebiyat sınıfının ders programında “Türkçe, Kitabet ve İnşa” dersleri görülmektedir. Her milletin kendi anadili ayrı bir ders olarak programa alınmıştır. Yine zorunlu hale getirilen ilköğretim düzeyindeki “sıbyan mektepleri”nin ders programında “Osmanlıca dil bilgisi ve kitabet” dersinin yer aldığını görüyoruz²². Ayrıca Nizamname, genel eğitimin yaygınlaştırılması ve gelişimi için henüz bizde olmayan yabancı dildeki kitapların “Osmanlı lisanına” tercüme edilmesinden bahseder. Burada “Osmanlı lisanı” ifadesini herhalde Türkçe olarak anlamak gerekir. Çünkü devamında; mevcut Fransızca kitaplar ilim ve fen tahsili için yeterli olsa bile, her milletin eğitimde ilerlemesinin ancak kendi dilinde ger-

²¹ Sungu, s.843.

²² Çadırcı, s.287. Ders Programı için Bkz. Hamza Altın, “1869 Maarif-i Umumiye Nizamnamesi ve Öğretmen Yetiştirme Tarihimizdeki Yeri”, Fırat Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, 13/1, 2008, s.277-280.

çekleşeceği belirtilmektedir²³. Karpat'a göre; Osmanlı dünyasında modern Türkçü-milliyetçi hareketin tabanını oluşturan kesim, bu rüştiyelerden yetişen nesillerdir. Çünkü mezuniyetlerinden hemen sonra hızla bürokrasinin alt kadrolarına yerleşen bu nesli, geleneksel aristokratik bürokrasiden ayıran temel fark, Türkçe eğitim görmeleri ve gündelik yaşamlarında da bu dili kullanmalarındır²⁴. Buna karşılık medreselerin eğitiminde anadil yerine Arapçanın kullanımına dokunulamamıştır. Bu durum, çok sonraları Ziya Gökalp tarafından "...medrese, içine aldığı Türkleri gayri Türk yapmıştır" sözleri ile eleştirilecektir²⁵. Bununla birlikte, edebiyatta ve hukukta, süslü ve karmaşık kullanımına rağmen, devletin idari dili her zaman Türkçe oldu. Ordunun kullandığı dil ve Halife Sultan'ın yazışma dili de Türkçe idi²⁶.

Türkçe eğitimin vurgulandığı bir başka olay, bir Darülfünun kurulması planlanırken, burada görevlendirilecek hocaların yetiştirilmesi için Türk eğitim tarihinde gerçekten önemli bazı isimlerin, Fransa'ya gönderilmesi sırasında ortaya çıkar. Hoca Tahsin Efendi ve Selim Sabit Efendi, Paris'e gönderilirken Meclis-i Maarif tarafından verilen talimatta; "*mekatibi şahane ile mahalli saireden Paris'te tahsilde bulunan efendileri okutmak ve Hristiyan tebaai Devlet-i Aliyyeden orada olanlara Türkçe öğretmek vezaifi memuriyetleri olmakla...*" ifadeleri yer almaktadır²⁷. Ayrıca 1289 (1972) tarihli Maarif-i Umûmiye Nizamnamesi'nin Darülfünun'una ilişkin kısmında, derslerin Türkçe olacağı belirtilmektedir²⁸.

Sadece Genç Osmanlılar değil, Tanzimat bürokrasisi de arasındaki temel bağın özünde "iletişim" olduğunu ve eğitimin bu iletişimi kurmaya hizmet ettiğini görmüşlerdir. Yirminci yüzyılın başında imparatorluğun kurtarılamayacağı neredeyse kesinleşince, Türkçe ulusal birliği sağlamanın siyasi bir parçasına dönüşür. Ayrıca, bundan çok erken tarihlerde başlayan Türkçe

²³ Sadrettin Celal Antel, "Tanzimat Maarifi", **Tanzimat I**, (Yüzüncü Yıldönümü Münasebetiyle), İstanbul, Maarif Matbaası, 1940, s.452.

²⁴ Kemal H.Karpat, **Osmanlı'da Değişim, Modernleşme ve Uluslaşma**, Çev.Dilek Özdemir, İmge Y., Ankara, 2006, s.200.

²⁵ Antel, s.442.

²⁶ Karpat, s.209 ve 211.

²⁷ Belge için bkz. Emre Dölen, **Türkiye Üniversite Tarihi 1, Osmanlı Döneminde Darülfünun 1863-1922**, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2009, s.255.

²⁸ Antel, s.455, Nizamname için bkz. Dölen, s.249.

alfabe çalışmaları, bir milli kültür ve milli şuurun oluşumunda azımsanmayacak detaylardır. Henüz 1852'de Doktor Rüştü Bey'in hazırladığı Türkçe alfabe kitabını da burada anmak gerekir ²⁹. Eğitimin kolaylaştırılması, yaygınlaştırılması özellikle okuma-yazma oranının artırılması amacı ile Latin harflerinin kabul edilmesi gibi; zamanına göre radikal önerilerin yanında, Arap harflerinin ıslah edilmesi ve dilde sadeleştirme konusunda çok yönlü tartışmalar, II. Meşrutiyet döneminde de devam etmiştir. Hatta bir dönem ordu içi yazışmalarda, Enver Paşa Yazısı olarak bilinen "huruf-ı munfasıla" (harflerin birbirinden ayrı yazılması usulü) kullanılmıştır ³⁰. Burada, bir dil tartışmasından çok askerın eğitim seviyesi ve okuma becerisinin dikkate alındığını düşünmek gerekir.

Dilin bir kültürel kurum olarak siyaseten oynadığı rol, Cumhuriyet'in kuruluşunu takip eden dönemde devam etmiştir. Tanzimat'tan beri alfabe değişikliği, imla değişikliği, dil ve gramer kurallarının yeniden düzenlenmesi gibi tartışmaların içinde büyüyen bu kurucu kuşak, 1928'de Harf Devrimi'nin gerçekleştirilmesinden sonra büyük bir yadırgama yaşamamıştır.

²⁹ Antel, s.461.

³⁰ Yusuf Akçay, "Meşrutiyet Dönemi Dil Tartışmaları ve Enver Paşa Yazısı", **100.Yılında II.Meşrutiyet Gelenek ve Değişim Ekseninde Türk Modernleşmesi Uluslar arası Sempozyumu Bildiriler**, Kültür Bakanlığı Y., İstanbul, 2009, s. 287 vd.

ANAYASA DEĞİŞİKLİKLERİNE DAİR KANUNLAR BAKIMINDAN “ONAY”, “VETO” KAVRAMLARININ ANLAMI VE REFERANDUM SÜRECİNDE YARGISAL DENETİM SORUNU

*Yrd. Doç. Dr. Ömer KESKİNSOY**

GİRİŞ

Kanunlar ve anayasa değişikliklerine dair kanunlar bakımından Cumhurbaşkanının yetkisinin, onay kelimesini tam olarak karşılayp karşılamadığı en azından tartışma götürür bir konudur. Zira, Cumhurbaşkanının Resmi Gazete’de yayınlanmasını uygun bulduğu kanunlara karşı Anayasa Mahkemesine iptal istemiyle müracaat hakkını haiz oluşu, yapılan işlemin onay olarak değerlendirilmesi noktasında bir çelişkiyi çağrıştırmaktadır. Bunun yanı sıra, Cumhurbaşkanının, anayasa değişikliklerine dair kanunlar da dahil olmak üzere, bunları geri gönderme yetkisinin veto olarak kabul edilip edilmeyeceği veto türleri, vetonun ifade ettiği anlam bakımından önem arz etmektedir.

Cumhurbaşkanının kanunları tekrar görüşülmek üzere TBMM’ne iade etmesinin amacı, onların hem tekrar gözden geçirilmesini hem de bu suretle hataların giderilmesini sağlamak¹ kısaca TBMM’ni uyarmaktır². Dolayısıyla Cumhurbaşkanının, kanunları tekrar görüşülmek üzere Meclise iade etmesi, bir veto niteliğinde değildir³. Çünkü aşağıda izah edileceği üzere, Cumhurbaşkanının Meclise geri gönderdiği kanunun daha nitelikli bir çoğunlukla kabul edilmesine dahi gerek yoktur.

* Gazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Kamu Yönetimi Bölümü Öğretim Üyesi.

1 **ALİEFENDİOĞLU**, Yılmaz: “Yasaların Cumhurbaşkanınca Geri Gönderilmesi”, *Amme İdaresi Dergisi*, S. 1, s. 5.

2 **İBA** Şeref: *Anayasa Hukuku ve Siyasal Kurumlar*, Turhan Kitabevi, 2. Bası, Ankara 2008: s. 303.

3 **EROĞLU**, Hamza: *İdare Hukuku Dersleri*, Sevinç Matbaası, Ankara 1972, s. 74; **TEZİÇ**, Erdoğan: “Cumhurbaşkanının Geri Gönderme Yetkisi”, *Anayasa Yargısı*, Ankara 1987, s. 83.

Aynen adi kanunlarda olduğu gibi Anayasa değişikliklerine dair kanunlar da Cumhurbaşkanı tarafından TBMM'ne iade edildiğinde bütün halinde iade edilir⁴. Yani, anayasa değişikliklerine dair kanunların Cumhurbaşkanınca kısmî olarak Meclise iade edilmesi kabul edilmemiştir.

Fakat anayasa değişikliklerine dair kanunların kısmen onaylanması ve onaylanan kısımlarının Resmi Gazetede yayınlanması, onaylanmayan maddelerinin ise Cumhurbaşkanı tarafından referanduma sunulması mümkündür. Bunun için, anayasa değişikliğine dair kanunun, Cumhurbaşkanının onaylama yetkisine de kapsayan, TBMM üye tamsayısının aşgari 2/3'ü oranındaki, yani 367 ya da daha üzeri bir kabul oyu ile Meclisten geçmiş olması gerekir. Aksi halde, yani anayasa değişikliğinin kabulü bakımından en alt limit olan, TBMM üye tamsayısının 3/5'i (330) ile üye tamsayısının 2/3'ünden (367'den) daha az bir sayı ile kabul edilmiş olması halinde, Cumhurbaşkanının, kısmen onama kısmen de referanduma sunma yetkisinden söz edilemeyecektir.

4 Konuyla alakalı, Anayasanın 89 uncu maddesinin ilk fıkrasının ilk cümlesine göre; “Yayımlanmasını kısmen veya tamamen uygun bulmadığı kanunları, bir daha görüşülmek üzere, bu hususta gösterdiği gerekçe ile birlikte aynı süre içinde, Türkiye Büyük Millet Meclisine geri gönderir”. Buna göre, Cumhurbaşkanı anayasa değişikliklerine dair kanunlar için de geçerli olmak üzere, kendisine gönderilen kanunların bir kısmını kabul edip bir kısmını kabul etmeme yetkisine sahip kılınmıştır. Ancak, kuşkusuz Cumhurbaşkanının bu bağlamda kendilerine gönderilen kanunun tümünü kabul etmeme gibi bir yetkisi de mevcuttur. Cumhurbaşkanı kısmen kabul etmeme yetkisini kullanmış olması halinde, ilgili kanunun hangi maddelerini hangi gerekçeyle kabul etmediğini belirtmesi gerekir. Anayasanın 2001 yılında değiştirilen ve ilk bölümü yukarıda verilen 89 uncu maddenin devamında; “Cumhurbaşkanınca kısmen uygun bulunmama durumunda, Türkiye Büyük Millet Meclisi sadece uygun bulunmayan maddeleri görüşebilir” hükmü yer almaktadır. Açık ki, Cumhurbaşkanı kendilerine gönderilen kanununun bir kısmını kabul etmemiş olsa dahi, tekrar görüşülmek üzere iradelerini ortaya koymaları halinde, kanunun tümünü geri göndermesi söz konusu olacaktır. TBMM İçtüzüğü'nün 81 inci maddesinin son fıkrası da tüm bu anlatılanları doğrulayıcı hükümler ihtiva etmektedir. Buna göre: “Cumhurbaşkanınca yayımlanması kısmen uygun bulunmayan ve bir daha görüşülmek üzere Türkiye Büyük Millet Meclisine geri gönderilen kanunların sadece uygun bulunmayan maddelerinin görüşülmesine kanunun görüşmelerine başlamadan önce Genel Kurulca görüşmesiz karar verilebilir. Bu durumda, sadece uygun bulunmayan maddelerle ilgili görüşme açılır. Kanunun tümünün görüşülmesine karar verilmesi durumunda ise Kanun yukarıdaki fıkralara göre görüşülür. Kanunun tümünün oylaması her halde yapılır”. Söz konusu son fıkranın son cümlesi, “Kanunun tümünün oylaması her halde yapılır” şeklindedir. Bu demektir ki, Cumhurbaşkanının kanunları kısmen geri gönderme yetkisi bulunmamaktadır. Aksi halde şimdi zikredilen, kanunun son oylaması her halde tümü üzerinden yapılır hükmü anlamsız kalacaktır. Bkz. AY. m. 89, TBMM İÇT. m. 81; ALİEFENDİOĞLU: s. 5; GÖZLER, Kemal: “Anayasa Değişikliğine Dair Kanunlar Üzerinde Cumhurbaşkanının Yetkileri”, Ankara Barosu Dergisi, Y. 59, C. S. 4, s. 40.

En önemlisi de, Cumhurbaşkanının hangi maddeleri birlikte, hangi maddeleri ayrı ayrı referanduma sunacağı hususunun TBMM tarafından tespit edileceğidir⁵. Dolayısıyla, her ne kadar, TBMM üye tamsayısının 2/3'ünün ya da daha fazlasının oyuyla kabul edilen anayasa değişiklikleri bakımından Cumhurbaşkanına kısmen onay kısmen referandum seçeneği tanınmış gibi görünse de, Cumhurbaşkanının bu yöndeki tasarrufu bakımından asıl yetki sahibi Türkiye Büyük Millet Meclisidir. Bu doğrultuda genel durum, anayasa değişikliklerine dair kanunlara eklenen bir madde ile, Cumhurbaşkanının referandum yetkisini kullanması halinde metnin tamamının referanduma sunulacağına dair hükme yer verilmek suretiyle TBMM'nin tasarrufu kendi uhdesinde tutmak şeklinde gerçekleşmektedir.

Türk hukuk düzeninde referandum yolunun işletilmesi sadece anayasa değişiklikleri hakkında kanunlar için kabul edilmiştir. Bu çerçevede, Anayasa'ya göre sadece anayasa değişikliklerine dair kanunlar bakımından referandum yolu işletilebilir ve bu hususta tasarruf yetkisi, Cumhurbaşkanına aittir. Bu durum Anayasanın 175 inci maddesinin üçüncü⁶, dördüncü⁷ ve beşinci⁸ fıkralarında zaten açıkça ifade edilmiştir.

5 Zira, Anayasanın 175 inci maddesinin yedinci fıkrası; "Türkiye Büyük Millet Meclisi Anayasa değişikliklerine ilişkin kanunların kabulü sırasında, bu Kanunun halkoylamasına sunulması halinde, Anayasanın değiştirilen hükümlerinden, hangilerinin birlikte hangilerinin ayrı ayrı oylanacağını da karara bağlar" hükümlerini içermektedir. Ayrıca bu hususta bkz. **GÜRAN**, Sait: "Anayasa'da Değişiklik Yapan 4709 Sayılı Kanun Hakkında Düşünceler", Turhan Kitabevi, Armağan (Prof. Dr. A. Şeref Gözübüyük'e), Ankara 2005, s. 163-166.

6 Anayasanın 175 inci maddesinin üçüncü fıkrasına göre; "Cumhurbaşkanı Anayasa değişikliklerine ilişkin kanunları, bir daha görüşülmek üzere Türkiye Büyük Millet Meclisine geri gönderebilir. Meclis, geri gönderilen Kanunu, üye tamsayısının üçte iki çoğunluğu ile aynen kabul ederse Cumhurbaşkanı bu Kanunu halkoyuna sunabilir".

7 Anayasanın 175 inci maddesinin dördüncü fıkrasına göre; "Meclisce üye tamsayısının beşte üçü ile veya üçte ikisinden az oyla kabul edilen Anayasa değişikliği hakkındaki Kanun, Cumhurbaşkanı tarafından Meclise iade edilmediği takdirde halkoyuna sunulmak üzere Resmî Gazetede yayımlanır".

8 Anayasanın 175 inci maddesinin dördüncü fıkrasına göre "Doğrudan veya Cumhurbaşkanının iadesi üzerine, Meclis üye tamsayısının üçte iki çoğunluğu ile kabul edilen Anayasa değişikliğine ilişkin kanun veya gerekli görülen maddeleri Cumhurbaşkanı tarafından halkoyuna sunulabilir. Halkoylamasına sunulmayan Anayasa değişikliğine ilişkin Kanun veya ilgili maddeler Resmî Gazetede yayımlanır".

I. CUMHURBAŞKANININ ANAYASA DEĞİŞİKLİĞİ TEKLİFİNİ ONAYLAMASININ HUKUKİ ANLAMI - KAVRAMSAL OLARAK ONAY MI, ISDAR MI, YOKSA HUKUK ALEMİNE İNTİKAL ETTİRME Mİ TERCİH EDİLMELİ?

Cumhurbaşkanının özellikle adi kanunlar, hatta anayasa değişikliklerine dair kanunlar bakımından kullandığı yetkinin bir “onay” veya diğer bir ifadeyle “tasdik” anlamına gelmediği, bunun TBMM’nin işlemi hukuk âlemine intikal ettirmek anlamında düşünülmesi gerektiği kanaatinde olduğumuzu öncelikle belirtmek isteriz. Şöyle ki; Cumhurbaşkanının anayasa değişikliklerine dair kanunlar dahil kanunlar üzerindeki yetkisinin bir “onay”, ya da diğer bir ifadeyle “tasdik” anlamına gelmediği en azından ciddi tartışma götürür bir konudur. Dolayısıyla, Cumhurbaşkanının mevzubahis yetkisinin, ısdar⁹, ortaya çıkarma¹⁰ ya da TBMM’nin yaptığı kanunu hukuk âlemine intikal ettirme, veya onun yayınlanmak üzere aslına uygunluğu tespit edici¹¹ bir işlem olarak kabulü daha doğrudur. Daha özet bir ifadeyle, Cumhurbaşkanı, zaten Türkiye Büyük Millet Meclisinde yapılan son oylamayla kanunlaşma süreci tamamlanmış¹², dolayısıyla kanun niteliğini kazanmış işlemin¹³ hukuki sonuçlarını doğurmak üzere sadece muhatapları bakımından hüküm ifade edici aşamayı tahakkuk ettirmektedir. Bu aşama, Resmi Gazetede yayım sürecini harekete geçirmekle gerçekleşir. Bunun yanısıra, kanunların Resmi Gazetede yayımlanması safhası, kanunlar bakımından içe dönük ku-

⁹ **TEZİÇ**, Erdoğan: Anayasa Hukuku, Beta Yayınları, 8. Bası, İstanbul 2003, s. 49.

¹⁰ **YOKUŞ**, Sevtap: “1982 Anayasası’na Göre Cumhurbaşkanının Anayasa Değişikliklerine, Yasalara ve Kanun Hükmünde Kararnamelere İlişkin Yetkileri”, Legal Yayıncılık, Armağan, (Bülent Tanör’e), İstanbul 2004, s. 768, 771.

¹¹ **GÖZLER**, Kemal: Halkoylamasıyla Kabul Edilen Anayasa Değişikliği Kanunlarının Resmî Gazetede Yayımlanması Sorunu”, Yasama Dergisi, S. 7, s. 6.

¹² **İBA**, Şeref: “Cumhurbaşkanınca Yayımlanması Kısmen veya Tamamen Uygun Bulunmayan Kanunların Meclise Geri Gönderilmesi”, A.Ü.H.F.D., C.1, S. 3, s. 299; **GÖZLER**, Kemal: Türk Anayasa Hukuku Dersleri, Ekin Kitabevi, 5. Baskı, Bursa 2008, s. 348.

¹³ Kanunların Resmi Gazetede yayımlanmasına dair prosedürün tahakkuk ettirilmesinin yasama fonksiyonuna dahil olmadığı, bu amaçla işletilen sürecin idari işlem niteliği arz ettiği doktrinde ifade edilmiştir. Bkz. **TEZİÇ**, Erdoğan: Türkiye’de 1961 Anayasasına Göre Kanun Kavramı, İÜHF Yayını No: 384, İstanbul 1972, s. 138.

rucu bir unsur niteliğinde olmayıp, kanunların dışa dönük sonuç doğurması için gerçekleştirilmesi gereken belirtici bir unsurdur¹⁴.

II. CUMHURBAŞKANININ ANAYASA DEĞİŞİKLİĞİ TEKLİFİNİ TBMM'NE İADE ETMESİNİN MUTLAK VETO, GÜÇLEŞTİRİCİ VE GECİKTİRİCİ VETO BAKIMINDAN İRDELENMESİ

A. Genel Olarak

1876 Kanun-ı Esasisinde ve 1921 Teşkilat-ı Esasiye Kanununda anayasa değişikliklerine dair kanunlar için dahi referandum müessesesine yer verilmemiştir. 1924 Anayasası bakımından, anayasa değişikliklerine dair kanunlar için geçerli olmak üzere referandum yolunun işletilmesi gündeme gelmiş, ancak yasal dayanağa kavuşturulamamıştır. Tarihimizde, bir yarı-doğrudan demokrasi kurumu olan referandum mekanizmasının uygulaması, 1961 Anayasasının halkoyuna sunulmasıyla söz konusu olmuştur. Hemen belirtmek gerekir ki, 1961 Anayasası anayasa değişikliklerine dair kanunlar bakımından referandum mekanizmasına yer veren bir anayasa değildir. 1961 Anayasası sadece referanduma sunularak kabul edilen ilk anayasadır. Hem referanduma sunularak kabul edilen ve bunun yanı sıra anayasa değişiklikleri sürecinde referanduma da ilk kez yer veren anayasa ise 1982 Anayasası olmuştur. 1982 Anayasası ilk şekli itibariyle ihtiyari referanduma, 1987 Anayasa değişiklikleri kapsamında da mecburi referanduma yer veren bir anayasadır. Anayasa değişiklikleri sürecinde referandum mekanizmasının işletilmesi ilk kez 1987 tarihinde gerçekleşmiş, bu referandumu 1988 yılında akamete uğramış ikinci referandum izlemiş, bunlardan sonra 2007 yılında referandum yolu tekrar işletilmiş ve son uygulama olarak da 2010 yılında dördüncü kez referanduma başvurulmuştur.

¹⁴ **DAVER**, Bülent: “Kanunla İlgili Meseleler”, A.Ü.S.B.F.D., C. XVI, S. 4, s. 230; **GÜNDAY**, Metin: İdare Hukuku, İmaj Yayıncılık, 6. Bası, 2002 Ankara, s. 83; **GÖZLER** (2008): s. 349; **TANÖR**, Bülent - **YÜZBAŞIOĞLU**, Necmi: Türk Anayasa Hukuku, Y.K.Y., 2. Baskı, İstanbul 2001, s. 280, 281. Temel kaide, kanunların Resmi Gazetede yayımlanıp yürürlüğe girmesinden sonra sonuç doğurmasıdır. Dolayısıyla, kazanılmış haklara saygı gibi hukuk devletinin genel gerekleri bağlamındaki istisnalar hariç, kanunlar geçmişi kapsayıcı mahiyette hükümler ihtiva edemez. Bkz. **ATAR**, Yavuz: Türk Anayasa Hukuku, Mimoza Yayınları, Güncelleştirilmiş İkinci Baskı, Konya 2002, s. 189; **TANÖR**- **YÜZBAŞIOĞLU**: s. 281.

B. Cumhurbaşkanının Anayasa Değişikliklerine Dair Kanunları Geri Göndermesinin Anlamı

1. “Veto” Kavramı

a. Mutlak Veto

Parlamentoda, bir kanun oybirliğiyle dahi kabul edilmiş olsa, söz konusu kanunu hukuk âlemine intikal ettirecek merci, örneğin, padişah, Cumhurbaşkanı gibi, yetkisini müspet yönde kullanmadıkça, parlamentonun çıkardığı kanunun sonuç doğurmaktan mahrum kalması anlamına gelen vetoya mutlak veto denir¹⁵.

b. Güçleştirici Veto

Parlamentonun belli bir çoğunlukla kabul ederek çıkardığı kanunu, hukuk âlemine intikal ettirecek merciin, mesela Cumhurbaşkanının Meclise iade etmesi halinde, aynı kanunun ancak ilk kabul yeter sayısından daha nitelikli bir sayıyla kabul edilerek yetkili mercie gönderilebilmesi anlamına gelen vetoya güçleştirici veto denir¹⁶.

c. Geciktirici Veto

Parlamentonun, örneğin anayasa değişikliklerinin kabulü bakımından gerekli sayıyla kabul ederek yetkili mercie gönderdiği kanunu, söz konusu merciin iade etmesi halinde, yeniden kabul için ilk kabulden daha nitelikli bir kabul yetersayısına gerek olmaksızın kabul ederek aynı mercie göndermesi mümkün olabiliyorsa geciktirici veto söz konusu olur¹⁷.

d. Askıya Alıcı Veto

Parlamentoların, Anayasa Mahkemesi'nin iptal ya da itiraz davalarında verdiği kararların, yürürlüğünü durdurarak, askıya alabilmesine imkân tanı-

¹⁵ ÖZBUDUN, Ergun: Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, Gözden Geçirilmiş 9. Baskı, Ankara 2008, s. 166, 167; TEZİÇ: s. 47.

¹⁶ ÖZBUDUN: s. 166, 167; TEZİÇ: s. 47.

¹⁷ TEZİÇ: s. 84; GÖREN, Zafer: Anayasa Hukukuna Giriş, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, 2. Baskı, İzmir 1998, s. 38.

yan bir veto mekanizmasıdır. Portekiz, Romanya ve bazı başka Avrupa ülkelerinde örneği bulunmaktadır¹⁸.

2010 Anayasa değişikliği paketinin referandumla sunulması sürecinde, Anayasa Mahkemesinin iptal kararına karşı “Anayasa Mahkemesinin vereceği kararı yok sayma” şeklinde fiili bir çözüm yolu fikrine¹⁹ nazaran, askıya alıcı veto mekanizmasının yer verilmesinin hukuki bir çözüm yolu olarak daha çok savunulabilir olduğu, dolayısıyla bu kurumun yasal alt yapısının oluşturulması için gereken yasal düzenlemelerin yapılması²⁰ gerektiği ifade edilebilir.

2. Cumhurbaşkanının Anayasa Değişikliği Teklifini TBMM’ne İade Etmesinin Mutlak Veto, Güçleştirici ve Geciktirici Veto Bakımından İrdelenmesi

Daha önce de ifade edildiği gibi Cumhurbaşkanı anayasa değişikliklerine dair kanunları tekrar görüşülmek üzere Türkiye Büyük Millet Meclisine iade edebilir. Bu durumda, biraz önce ifade edilenler kapsamında Cumhurbaşkanının iade yetkisi mutlak veto olarak mı, güçleştirici veto olarak mı, yoksa geciktirici veto olarak mı kabul edilecektir?

Kuşkusuz Cumhurbaşkanının kanunları tekrar görüşülmek üzere TBMM’ne iade etmesi mutlak veto anlamına gelmemektedir. Çünkü, noktasına, virgülüne dahi dokunmaksızın, iade edilen kanunun aynen kabul edilmiş olması halinde Cumhurbaşkanının bu kanunu tekrar iade etme yetkisi

¹⁸ **ÖZBUDUN**, Ergun: “Osman Can Formülü Hukuka Uygun”, (Melih Okur ile yaptığı röportaj), Taraf Gazetesi, 16.06.2010; **İLİCAK**, Nazlı: “Mahkeme Kararı ve Zihin Jimnastiği”, Sabah Gazetesi, 18.06.2010; Askıya alıcı veto mekanizmasına yer veren Portekiz Anayasasının 279 uncu maddesinin dördüncü fıkrasına göre; “Anayasaya aykırı bulunan kanun, kararname veya uluslararası antlaşma hükümleri, parlamentonun üye tam sayısının salt çoğunluğundan fazlasının kabulü şartıyla ve toplantıya katılanların en az 3'te 2'sinin evet oyuyla kanunlaşabilir.” Bkz. <https://yeniayanayasa.tbmm.gov.tr/yabanciuikeler.aspx>, Erişim tarihi: 18.05.2012. Ayrıca bkz. **İLİCAK**: a.g.m. Romanya Anayasasının 146 ve 147 inci maddelerinde askıya alıcı vetoya yer verilmiştir. Bkz. [https://yeniayanayasa.tbmm.gov.tr/docs/Romanya-EN\(21.11.1991\).pdf](https://yeniayanayasa.tbmm.gov.tr/docs/Romanya-EN(21.11.1991).pdf), Erişim tarihi: 18.05.2012.

¹⁹ **CAN**, Osman : “Meclis, Anayasa’yı Mahkemeye Karşı Korunmalı”, (Yıldıray Oğur ile roportaj), Taraf Gazetesi, 12.06.2010. aynı fikri destekleyici yönde bkz. **HATEMİ**, Hüseyin: “Hatemi de Osman Can’la aynı fikirde...” (Melih Altınok ile roportaj), Taraf Gazetesi, 14.06.2010.

²⁰ **ARSLAN**, Zühtü: Anayasa Mahkemesinin Yorum Tekeli, Yargısal Üstünlük ve Demokrasi”, Yetkin Yayınları, Armağan (Prof. Dr. Ergun Özbudun’a), Ankara, 2008, s. 85.

bulunmamaktadır. Bu durumda Cumhurbaşkanı bakımından yayımlanamaya karar verme seçeneğinden başka bir seçenek yoktur. Mutlak veto mekanizmasının yer aldığı tek anayasa 1876 Kanun-ı Esasisidir²¹. Ancak, 1909 değişiklikleri kapsamında mutlak veto yetkisi, geciktirici ve güçleştirici veto şeklinde yumuşatılmıştır.

Türkiye Büyük Millet Meclisinde, 330 (dahil) 366 (dahil) arası bir kabul oyuyla kabul edilerek Cumhurbaşkanı'na gönderilen anayasa değişikliğine dair kanunu Cumhurbaşkanı'nın tekrar görüşülmek üzere TBMM'ne iade etmesinin anlamına gelince: 2007 yılında Anayasa Mahkemesinin verdiği bir karara kadar²² doktrinde herkesin üzerinde hemfikir olduğu husus, Cumhurbaşkanı'nın iade ettiği anayasa değişikliğine dair kanunun tekrar Cumhurbaşkanı'na gönderilebilmesi için, ilk kabul aralığındaki kabul sayısının yeterli olamayacağı²³, yeni kabulün en az üye tamsayısının 2/3'üne (eşit) ya da daha fazla bir kabul oyunun elde edilmesiyle mümkün olabileceği şeklindeydi²⁴. Kısaca, Cumhurbaşkanı'nın bahsedilen aralıktaki değişikliği içeren kanunu iadesinin bir güçleştirici veto niteliğinde olduğu görüşü hâkimdi. Ancak Anayasa Mahkemesi 2007 yılında verdiği kararlar, anayasa değişikliğine dair kanunların 3/5 (330-dahil), 2/3 (367-dahil değil) arası bir kabul oyuyla kabul edilmiş olmasıyla, ta baştan 2/3 (367-dahil) ya da daha yüksek bir oy oranıyla kabul edilmiş olmasının sadece referandumun zorunlu mu olacağı, yoksa ihtiyari mi olacağı açısından önem arz ettiğini, bunun dışında

21 Kanun-ı Esasi, m. 54.

22 E. 2007/72, K. 2007/68, T. 05.07.2007, AMKD., S. 44, C. II, s. 1153-1108.

23 **TUNÇ**, Hasan - **BİLİR**, Faruk: Anayasa Hukuku Uygulamaları, Nobel Yayın dağıtım, Ankara 2002, s. 29; **SABUNCU**, Yavuz: Anayasaya Giriş, İmaj Yayıncılık, Genişletilmiş 5. Baskı, Ankara 1997, s.1142; **GÖREN**: s. 349; **TEZİÇ** (2003): s. 166; **ERDOĞAN**, Mustafa: Türkiye'de Anayasalar ve Siyaset, Liberte Yayınları, 4. Baskı, Ankara 2003, s. 230. **DEMİR**, Fevzi: Anayasa Hukukuna Giriş, Barış Yayınları, 5. Baskı, İzmir 1998, s. 342; **TANÖR – YÜZBAŞIOĞLU**: s. 273, 274; **GÖZÜBÜYÜK A.**, Şeref: Anayasa Hukuku, Turhan Kitabevi, Güncelleştirilmiş 14. Baskı, Ankara 2006, s. 224; **GÖZÜBÜYÜK A.**, Şeref: Yönetim Hukuku, Turhan Kitabevi, Güncelleştirilmiş 22. Baskı, Ankara 2005, s. 47; **ERDOĞAN**, Mustafa: Anayasa Hukuku, Orion Yayınevi, Genişletilmiş 3. Baskı, Ankara 2005, s. 307; **YOKUŞ**: s. 768, 769; **ODYAKMAZ**, Zehra- **KAYMAK**, Ümit – **ERCAN**, İsmail: Anayasa Hukuku İdare Hukuku, Güncelleştirilmiş 11. Baskı, İkinci Sayfa, İstanbul 2010, s. 163.

24 E. 2007/72, K. 2007/68, T. 05.07.2007, AMKD., S. 44, C. II, s. 1108 - 1153.

güçleştirici veto anlamında değerlendirilmemesi gerektiğini belirtmiştir.²⁵ Daha sonra, doktrin fikir birliği dahilinde verilen bu kararının doğruluğunu kabul etmiştir.

Bu bağlamda, TBMM’nde 330 ile 366 (her iki rakam da dahil olmak üzere) arası bir kabul oyuyla kabul edilerek Cumhurbaşkanına iade edilen anayasa değişikliği teklifi, Cumhurbaşkanınca tekrar görüşülmek üzere TBMM’ne iade edilmesi halinde TBMM’nin aynı değişikliği aynı aralıktaki kabul oyuyla kabul ederek Cumhurbaşkanına göndermesi mümkün olabileceği gibi, ilk kabul sayısından daha yüksek bir sayıyla, yani TBMM üye tamsayısının 2/3’üne (367’ye) tekabül eden bir kabul oyuyla ya da daha yüksek kabul oylarından biriyle kabul ederek Cumhurbaşkanına gönderebilir. Pek tabii ki, 330 ve 366 arası bir kabul oyuyla kabul edilerek Cumhurbaşkanına gönderilen anayasa değişikliği teklifinin Cumhurbaşkanınca hukuk âlemine kazandırılması gibi bir tasarrufta bulunma yetkisi olmadığından²⁶ (yaygın kullanımıyla onay yetkisi bulunmadığından) ve ikinci kez TBMM’ne iade de söz konusu olamayacağından -çünkü mutlak veto yetkinisinin söz konusu olamayacağı daha önce ifade edilmişti -Cumhurbaşkanı için bu durumda tek seçenek, referanduma gitmek kalmaktadır. Bu nedenle bahse konu durumdaki referandum mecburi referandum olacaktır. Bu çerçevede Cumhurbaşkanının tekrar görüşülmek üzere iade ettiği kanun, 367 ve daha yukarısı bir kabul oyuyla kabul edilerek Cumhurbaşkanına gönderilirse, Cumhurbaşkanının 367 ve yukarısı bir oyla kabul edilen anayasa değişikliklerine dair kanunları, ısdar etme yetkisi de bulunduğundan, bu durumda Cumhurbaşkanı dilerse referandum cihetine, dilerse söz konusu kanunu ısdar etme cihetine gidebilecektir.

Türkiye Büyük Millet Meclisinde ilk baştan, üye tamsayısının 2/3’ü (367) veya daha yukarısı bir kabul oyuyla kabul edilerek Cumhurbaşkanına gönderilen anayasa değişikliğine dair kanun bakımından Cumhurbaşkanın; ısdar, geri gönderme ve referanduma gitme olmak üzere üç seçenek yetkisi bulunmaktadır. Cumhurbaşkanının ısdar yetkisini tercih etmiş olması halinde anayasa değişikliği artık bütün sonuçlarıyla hukuk âlemine kazandırılmış

²⁵ Şimdi irdelenecek olan ve söz konusu bu hususları tartışan, Anayasa Mahkemesinin bir önceki dipnottaki kararının verilmesiyle ilgili düşünceler için bkz. **CAN** (2007): s. 130,136.

²⁶ **GÖZLER**, Kemal: “Anayasa Değişikliğine Dair Kanunlar Üzerinde Cumhurbaşkanının Yetkileri”, Ankara Barosu Dergisi, Y. 59, C. S. 4, s. 35.

olacaktır. Bunun yanı sıra Cumhurbaşkanı bakımından takdiri olmak üzere referandum yolu da açıktır. Tüm bunlara rağmen Cumhurbaşkanı, geri gönderme yetkisini kullanmayı tercih ederse; böyle bir durumda TBMM Cumhurbaşkanının iade ettiği teklifi ilk kabul yeter sayısından daha az bir oyla, yani 367'den daha az bir oyla –kuşkusuz anayasa değişikliklerinin kabulünden söz edilebilmesi için bulunması gereken asgari limit mahiyetindeki 330'dan az olmamak kaydıyla- kabul ederek Cumhurbaşkanına gönderebileceği gibi, ilk kabul sayısındaki oya müsavi ya da daha çok oyla kabul ederek Cumhurbaşkanına gönderebilir. Bu çerçevede, Cumhurbaşkanı ilk kabul oyundan daha az bir sayıyla kabul edilerek önüne gelen anayasa değişikliği teklifini halkoyuna sunmak zorundadır. Eğer ilk kabul oyuna müsavi ya da daha fazla kabul oyuyla kabul edilerek Cumhurbaşkanına ikinci kez gönderilmiş olan anayasa değişikliği teklifi olursa bu durumda Cumhurbaşkanı yayımlama yetkisini kullanabileceği gibi dilerse referandum cihetine de gidebilir.

Bu başlık altında verilen izahat kapsamında, anayasa değişikliklerine dair kanunlar bakımından, Cumhurbaşkanının mutlak veto ve güçleştirici veto yetkilerine sahip olmadığını²⁷, sadece geciktirici veto yetkisine sahip olduğunu belirtmek gerekir²⁸.

III. REFERANDUMA SUNULAN ANAYASA DEĞİŞİKLİĞİNE DAİR KANUNUN ANAYASA MAHKEMESİ TARAFINDAN DENETLENİP DENETLENEMEYECEĞİ SORUNU

A. Anayasal ve Yasal Çerçeve

1. Anayasa

Anayasanın 148 inci maddesinin ikinci fıkrasına göre; “Kanunların şekil bakımından denetlenmesi, son oylamanın, öngörülen çoğunlukla yapılmayıp yapılmadığı; Anayasa değişikliklerinde ise, teklif ve oylama çoğunluğuna ve ivedilikle görüşülemeyeceği şartına uyulup uyulmadığı hususları ile sınırlıdır. Şekil bakımından denetleme, Cumhurbaşkanınca veya Türkiye Büyük Millet Meclisi üyelerinin beşte biri tarafından istenebilir. Kanunun yayım-

²⁷ İBA, Şeref: Anayasa Hukuku ve Siyasal Kurumlar, Turhan Kitabevi, 2. Bası, Ankara 2008, s. 42,43.

²⁸ YOKUŞ: s. 768; ÖZBUDUN: s. 167.

landığı tarihten itibaren on gün geçtikten sonra, şekil bozukluğuna dayalı iptal davası açılmaz; def'i yoluyla da ileri sürülemez”.

2. 6216 sayılı Anayasa Mahkemesi Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun

6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanununun 37 nci maddesine göre; “Anayasa değişiklikleri ile kanunların şekil yönünden Anayasaya aykırılıkları iddiası ile doğrudan doğruya iptal davası açma hakkı, bunların Resmî Gazetede yayımlanmalarından başlayarak on gün; kanun hükmünde kararnamelerle Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'nün veya bunların belli madde ve hükümlerinin şekil ve esas, kanunların ise sadece esas yönlerinden Anayasaya aykırılıkları iddiasıyla doğrudan doğruya iptal davası açma hakkı, bunların Resmî Gazetede yayımlanmalarından başlayarak altmış gün sonra düşer”. Aynı Kanununun 36 ncı maddesine birinci fıkrasına göre, “Şekil bakımından denetim; Anayasa değişikliklerinde teklif çoğunluğuna, oylama çoğunluğuna ve ivedilikle görüşülemeyeceği şartına uyulup uyulmadığı; kanunların ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'nün son oylamasının öngörülen çoğunlukla yapılıp yapılmadığı; kanun hükmünde kararnamelerin ise yetki kanununda öngörülen süre içinde çıkarılıp çıkarılmadığı ile Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu üyelerinin imzalarının bulunup bulunmadığı hususlarıyla sınırlıdır”. İkinci fıkrada ise; “Anayasa değişikliklerine karşı iptal davaları yalnız şekil bakımından aykırılık iddiası ile açılabilir”. Bu hükümler ihdas edilmekle, anayasa değişikliklerine dair kanunların sadece şekil denetimine tabi olduğu, bu denetimin de hangi hususlarla sınırlı olduğu saymak suretiyle tayin edilmiştir.

B. Anayasa Değişikliklerine Dair Kanunların Denetlenmesi İçin Gerçekleşmesi Gereken Önkoşullar

Birinci önkoşul, Anayasanın 148 inci, 6216 sayılı Kanununun 36 ncı maddesine göre, hem adi kanunlar hem anayasa değişikliklerine dair kanunlar için geçerli olmak üzere, Anayasa Mahkemesinde denetime tabi olacak bir işlemin varlığıdır. Bu bağlamda, daha önce de ifade edildiği gibi, her ne kadar TBMM’inde kabul edilmiş olmakla kanun adını almış bir düzenlemeden bahsetmek mümkün olsa da, henüz hukuk âlemine intikal ettirilmiş bir düzenlemenin varlığından, dolayısıyla bu bağlamda hiçbir surette hukuki

sonuç doğurması²⁹ mümkün olmayan bir düzenlemeden söz edilemeyeceğinden Anayasa Mahkemesinin denetimine tabi olması kabil bir düzenlemenin varlığı söz konusu edilemeyecektir³⁰. Hem Anayasasının 148 inci hem de 6216 sayılı Kanunun 36 ıncı maddesinde tüm bu ifade edilenler, kanunların Anayasa Mahkemesinin denetimine götürülmesinin ancak Resmi Gazetede yayımlanmakla mümkün olduğu açık bir biçimde düzenlenerek vurgulanmıştır. Zaten daha öncede ifade edildiği üzere, bir düzenlemenin ve bu arada kanunların hukuk âlemine intikal ettirilmesi ve buna bağlı olarak hukuki sonuç doğurmaya başlamaları, ancak Resmi Gazetede yayımlanmış olmakla mümkündür. Doktrinde haklı olarak ifade edildiği üzere³¹, referandumla sunulan anayasa değişikliğine dair kanunun, yürürlüğe girmek üzere değil halkoyuna sunulmak üzere Resmi Gazetede yayınlanmış olduğunun belirtilmesi bu husustaki tartışmaların en azından asgariye indirilmesi bakımından önemlidir.

İkinci önkoşul ise, Anayasa Mahkemesine denetim talebiyle³² müracaat edilmiş olmasıdır. Hemen belirtmek gerekir ki, ikinci önkoşulun işletilmesi birinci önkoşulun gerçekleşmiş olması şartına bağlıdır.

SONUÇ

Anayasa değişikliklerine dair kanunların kısmen geri gönderilemeyeceği husus ile kısmen referandumla sunulması hususu farklı şeylerdir. Bu minvalde, adi kanunlarda olduğu gibi, anayasa değişikliklerine dair kanunlarda da Cumhurbaşkanına kısmen geri gönderme yetkisi verilmemiştir. Bununla beraber, Cumhurbaşkanı, kendisine yayımlanmak üzere gönderilen kanunu kısmen kabul etme, kısmen kabul etmeme yetkisine sahiptir. Bu halde, Cumhurbaşkanı, hangi maddeleri hangi gerekçeyle kabul etmediğini belirterek, ancak kanunu bir bütün halinde Meclise iade etmek şeklinde geri gönderme yetkisini kullanabilir ve bu tasarruf anayasa değişiklikleri hakkında kanunlar için dahi geçerli olmak üzere, mutlak veto ve güçleştirici veto an-

²⁹ GÖZLER, Kemal: “Halkoylamasıyla Kabul Edilen Anayasa Değişikliği Kanunlarının Resmî Gazetede Yayımlanması Sorunu”, Yasama Dergisi, S. 7, s. 10.

³⁰ GÖZLER (2008): s. 619.

³¹ ONAR, Erdal: 1982 Anayasasında Anayasayı Değiştirme Sorunu, Ankara 1993; s. 102.

³² Aynı yöndeki açıklamalar için bkz. CAN (2008): s. 210; CAN, Osman: “Meclis, Anayasa’yı Mahkemeye Karşı Korumalı”, (Yıldırım Oğur ile roportaj), Taraf Gazetesi, 12.06.2010.

lamına gelmez. Cumhurbaşkanı'nın tasarrufu sadece geciktirici veto niteliğindedir³³.

Halkoyuna sunulmak üzere, sadece Resmi Gazetede yayımlanmış ancak henüz hukuki sonuç doğurur hale gelmemiş bir kanunun Anayasa Mahkemesi tarafından denetlenmesi pek mümkün görünmemektedir. Dolayısıyla Resmi Gazetede kanun olarak yayımlanmamış bir düzenlemenin, Anayasa Mahkemesinin denetimine konu olma bakımından “yok” hükmünde kabul edilmesi gerektiği düşüncesi haklılık kazanmaktadır³⁴. Bu durumda, “yok” hükmünde kabul edilmesi gereken, hakeza hukuki olarak kendisine kanun denemeyecek bir düzenlemeyle ilgili Anayasa Mahkemesinin vereceği kararın da “yok” hükmünde sayılması gerektiği³⁵ haklılık kazanmaktadır. Ancak, bu tür bir yaklaşım subjektif uygulamalara çok açık olabileceğinden, bir nevi yanlış daha büyük bir yanlışla düzeltme kabilinden uygulamalara yol açabilecek ve ucu açık değerlendirmelere müsait olduğu gerekçeleriyle mesnetli argümanlarla savunulmaktan uzaktır³⁶.

Anayasa Mahkemesinin henüz Resmi Gazetede kanun olarak yayımlanmamış bir değişikliği iptal etmesi halinde, daha makul ve Anayasa Mahkemesinin daha önce verdiği kararlarla da örtüşen bir yaklaşım olarak, TBMM'nin, iptal edilen maddeler, aynı şekilde yürürlüğü durdurulan maddeler sebebiyle doğan boşluğu yeni anayasa değişiklikleri yapmak suretiyle doldurup referanduma yetiştirmesi gerektiği görüşüdür³⁷.

33 Ayrıntılı bilgi için bkz. **KESKİNSOY**, Ömer: “Anayasada Değişiklik Yapma Usulü”, Gazi Ü.İ.İ.B.F, C.12, S.2, s. 160 – 164.

34 **ÖZBUDUN**, Ergun: “Osman Can Formülü Hukuka Uygun”, (Meliha Okur ile yaptığı röportaj), Taraf Gazetesi, 16.06.2010. Ancak, Onar'a göre, referanduma sunulmak üzere de olsa, anayasa değişikliklerine dair kanun da resmi Gazetede yayımlandığı için bu kanuna karşı Anayasa Mahkemesine iptal istemiyle müracaat mümkündür. Bkz. **ONAR**, Erdal: “1982 Anayasasının 5678 Sayılı Kanunla Değiştirilmesi Süreci Üzerine Düşünceler”, Yetkin Yayınları, Armağan (Prof. Dr. Ergun Özbudun'a), Ankara 2008, s. 537.

35 **ÖZBUDUN**, Ergun: “Osman Can Formülü Hukuka Uygun”, (Meliha Okur ile yaptığı röportaj), Taraf Gazetesi, 16.06.2010.

36 Benzer değerlendirmeler için bkz. **ŞENTOP**, Mustafa: “Anayasa Değişikliklerinin İptali İhtimali ve 3. Yol”, Dünya Bülteni, 15.06.2010; **BERKAN**, İsmet: “Kaos için Osman Can'a ne hacet, Yargıtay var, Erzurum Ağır Ceza Var...”, Radikal Gazetesi, 19.06.2010.

37 **ŞENTOP**, Mustafa: “Anayasa Değişikliklerinin İptali İhtimali ve 3. Yol”, Dünya Bülteni, 15.06.2010. **GÖZLER**, Kemal: “Halkoyulamasına Sunulan anayasa Değişikliği Kanun-

Bir an Anayasa Mahkemesinin, referanduma sunulan anayasa değişikliğine dair kanunu denetime konu edilebileceği kabul edilse dahi bu durumda da Anayasa Mahkemesinin denetleme yetkisi tartışılır olmaktan çıkmayacaktır. Çünkü Anayasaya göre yargı/mahkemeler Türk Milleti adına karar verir. Böyle bir durumda, acaba Anayasa Mahkemesi, yetkinin asıl sahibine sorulmak üzere, onun bulunacağı yargının tespit edilmesi için referanduma sunulan anayasa değişikliğine dair kanunu, artık ikincil yetki sahibi olarak ifade edilebilecek bir konumda denetime tabi tutma yetkisini kendisinde görmesi ne derece hukuki olabilecektir?³⁸ Gerçek kurucu kuvvet olan millet iradesinin, hem yasamanın hem yargının üstünde olması gerekmez mi?³⁹ Bu durumda, yetkinin asli sahibinin etkin olduğu koşullarda onun adına hareket ederek karar vermekle görevli Anayasa Mahkemesinin devreye girmesi nasıl izah edilebilecektir?⁴⁰ Sırf bu boyutuyla bile bir fonksiyon gaspı anlamına gelebilecek yetki aşımı olmayacak mıdır?⁴¹ Bunlara ilave olarak, halkın temsil edildiği bir organın hiç de azımsanamayacak bir sayıyla kabul ettiği anayasa değişikliği bakımından bu iradeye üstünlük tanımak yerine⁴² neden Anayasa Mahkemesi iradesinin mutlaklığı diretilmeye layık kabul edilebilir ki? Anayasa Mahkemesinin siyasal karar alma mekanizmalarına bu derece aktif müdahale yetkisini kendisinde görmesi, doktrinde haklı olarak “yargı darbesi” olarak nitelenmekte⁴³ ve bu durumun Mahkemenin demokratik meşruiyetini tartışılır hale getirdiği ifade edilmektedir⁴⁴.

larında Halkoylamasından Önce Değişiklik Yapılabilir mi?”, <http://www.anayasa.gen.tr/halkoylamasindan-once.htm>, Erişim tarihi: 06.07.2010.

- 38 **ANAYURT**, Ömer: “Referandumlar Üzerinde Anayasallık Denetimi Sorunu”, Yetkin Yayınları, Armağan, (Prof. Dr. Ergun Özbudun’a), C. 2, Ankara 2008, s. 26; **DURSUN**, Hasan: “Anayasa Değişiklikleri Esas Bakımından Denetlenebilir mi?”, Terazi Hukuk Dergisi, S. 47, s. 65, 66.
- 39 **KARAMUSTAFAOĞLU**, Tuncer: “Anayasa Yargısının Önemli Sorunları”, A.Ü., H.F.D., C.XXV, S. 3-4, s. 91.
- 40 **SAĞLAM**, Musa: “Anayasa Değişikliklerinin Denetimi Bağlamında Anayasa Mahkemesinin Meşruiyeti (Türk ve Fransız Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında)”, Selçuk Ü.H.F.D., C. 13, S. 1, s. 120, 121.
- 41 **ÖZBUDUN** (2008): s. 179.
- 42 **GÖZLER**, Kemal: “Anayasa Yargısının Meşruluğu Sorunu”, Ankara Üniversitesi S.B.F. Dergisi, S. 61, C. 3 s. 163.
- 43 **ARSLAN**, Zühtü: Anayasa Mahkemesinin yorum Tekeli, Yargısal Üstünlük ve Demokrasi”, Yetkin Yayınları, Armağan (Prof. Dr. Ergun Özbudun’a), Ankara 2008, s. 79, s. 79. Aynı yöndeki başka bir niteleme için bkz. **GÖZTEPE**, Ece: “Muhakeme Etmek ya

Tüm bu ifade edilenlere rağmen, 07.05.2010 tarihinde 5982 sayılı Kanunla Anayasada yapılan değişikliklerin; Cumhurbaşkanı tarafından Referanduma sunulmuş⁴⁵ olmasına rağmen, daha önce de ifade edildiği üzere, Anayasa Mahkemesi ilk üç maddeyi şekil kriteri olarak kabul etmek suretiyle esas bakımından denetleme yetkisini kendisinde görerek kısmî iptale karar verdiğini 07.07.2010 tarihinde açıklamıştır⁴⁶. Daha önce ifade edilenlere ilave olarak, Anayasa Mahkemesinin bu kararıyla artık sadece yasamanın yetkisini gasbetmekle yetinmediğini, milli iradeye müdahale yetkisini de kendisinde gördüğüne şahit olunmaktadır. Bunun yanı sıra, yetkinin asli sahibinin hakemliğine götürülen anayasa değişikliği paketi bakımından, aslında hukukta genel bir kaide olan, “aynı fiilden dolayı bir kez yargılanma” kuralı da hiçe sayılmıştır. Şöyle ki, bir an anayasa değişikliği paketinde yer alan düzenlemelerin hukuki olmadığı düşünülse bile, zaten milli iradenin denetimine sunulan paketteki hükümler bakımından Anayasa Mahkemesinin yargı yetkisini kendisinde görmüş olmasının kabulü yine mümkün olmayacaktır. Halkoyuna sunulan anayasa değişikliğine dair kanuna karşı Anayasa Mahkemesine iptal istemiyle müracaat edilmiş olması halinde, Mahkemenin, referandum sonucunu, yani halkın vereceği kararı bekletici sorun yapmasının en azından daha savunulabilir olduğu ifade edilebilir. Bu çerçevede halkoyu sonucu anayasa değişikliği paketinin kabul edilmiş olması halinde, Anayasa Mahkemesinin artık zaten esas bakımından denetleme yetkisi bulunmaması, halk iradesinin kabul yönünde tezahür etmiş olması halinde, şekil yönünden denetimin de konusuz kaldığı gerekçesiyle denetleme yetkisinin bu boyutuyla da ortadan kalktığı, dolayısıyla hiçbir şekilde denetimin mümkün olmayacağı sonucuna ulaşmak gerekecektir.

Kaldı ki, halkoyuna sunulan anayasa değişikliğine dair kanunun halk tarafından kabul edilmesi halinde, söz konusu kanun şekil denetimi gerektiren eksiklikler ihtiva etse dahi, şekil bakımından da geçerli olmak üzere zaten

da Karar Vermek: Anayasa Mahkemesinin “367 Kararı” İçin Kavramsal Bir Çerçeve Denemesi”, Yetkin Yayınları, Armağan (Prof. Dr. Ergun Özbudun’a.), Ankara, 2008, s. 353-357.

44 **ANAYURT**, Ömer: Avrupa Birliği Ülkelerinde Anayasa Mahkemesinin Kompozisyonuna İlişkin Tartışmalar”, Gazi Ü. H.F.D., C. XIII, S. 1-2, s. 156.

45 Resmi Gazete, T. 13.05.2010, S. 27580.

46 Bkz.<http://www.cnnturk.com/2010/turkiye/07/07/anayasa.degisikligi.kismen.iptal/582543.0/index.html>, Erişim Tarihi: 08.07.2010;“<http://www.medya73.com/haber/anayasa-degisikligi-paketiyle-ilgili-karar-aciklaniyor.html>”, 08.07.2010.

denetlenemeyeceği, çünkü bahsedildiği üzere, yetkinin asli sahibi halk tarafından kabul edilmiş olmakla değişikliği içeren kanunun her tür arızadan arındırılmış olduğu hususunda doktrinde neredeyse görüş birliği mevcuttur⁴⁷. Doktrinde ifade edilen ve göz ardı edilmemesi gereken bir husus olarak belirtilmelidir ki, Anayasa Mahkemesi varlık kaynağı olan anayasayı yapan iradenin hiyerarşik olarak altındadır⁴⁸. Dolayısıyla, daha önce de ifade edildiği üzere, anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü ilkesi Anayasa Mahkemesi için de geçerlidir⁴⁹.

Tüm bu söylenenler ışığında, Anayasa Mahkemesinin henüz Resmi Gazetede hukuki anlamda kanun olarak dahi kabulü mümkün olmayan son Anayasa değişikliklerine dair kanunu denetleme yetkisini kendisinde görmekle kalmayıp, etrafından dolanarak, kanuna karşı hile mahiyetindeki ve iyiniyetli bir tavır olarak kabul edilmeyecek yaklaşımıyla, idare hukuku kitaplarında belirtildiği üzere, hatta artık pozitif bir bilgi halini almış bir yargı olarak, fonksiyon gaspı yaptığı ve bunun yoklukla malul sayılması gerektiği sonucuna ulaşılabilir.

Ayrıca, şimdiye kadar ifade edildiği üzere⁵⁰; henüz yürürlüğe girdiğinden hiçbir şekilde söz edilemeyecek anayasa değişikliğine dair kanun bakımından, zaten yasal dayanağı olmayan, sınırları ve şartları belli olmadığı için özgürlükler aleyhine işletilen⁵¹, Anayasa Mahkemesinin kendisine biçtiği

47 **TEZİÇ**, Erdoğan: Anayasa Hukuku, Beta Yayınları, 8. Bası, İstanbul 2003, s. 172,173; **ÖZBUDUN** (2008): s. 165; **ONAR**: s. 172; **ONAR** (2008): s. 538; **GÖREN**: 354; **KUZU**, Burhan: 1982 Anayasasının Temel Nitelikleri ve Getirdiği Yenilikler, Filiz Kitabevi, İstanbul 1990, s. 184; **YAYLA**: s. 143; **TURHAN**, Mehmet – **GÜVEN**, Serhat. Anayasa Hukuku Pratik Çalışmaları, Naturel Yayıncılık, Ankara 2005, s. 37; **DURAN**, Lutfi: “Türkiye’de Anayasa Yargısının İşlevi ve Konumu”, Anayasa Yargısı, Anayasa Mahkemesi Yayınları, N. 4, Ankara 2004, s. 61; **ŞEN**, Murat: “1961 ve 1982 Anayasalarında Değişikliklerin Yargısal Denetimi”, A.Ü. Erzincan H.F.D., C. 2, S. 1, 112:

48 **ALDIKAÇTI**, Orhan: Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1982, s. 361; **SAĞLAM**: s. 121.

49 **ATAR**, Yavuz: “Anayasanın Bağlayıcılığı ve Üstünlüğü İlkesi ve Bu İlkenin Anayasada Yer Almasının Hukuki Sonuçları (Anayasa m. 11)”, Selçuk Ü., H.F.D., (Prof. Dr. Coşkun Üçok’a armağan) C. 2, S. 2, s. 200-208

50 Bkz. **ONAR**, Sıddık Sami: İdare Hukununun Umumi Esasları, Hak Yayınevi, 3. Bası, İstanbul 1966, s. 323- 338; **ERKUT**, Celal: “İdare Hukukunda Yokluk Teorisi”, İdare Hukuku ve İlimler Dergisi, S. 1- 3, s. 69-92.

51 **ERDOĞAN**, Mustafa: Anayasa Hukukuna Giriş, Liberte, Ankara 2004, s. 253.

yetkilerden biri mahiyetindeki “yürürlüğün durdurulması kararı”nın verilmesi nasıl mümkün olacaktır?⁵² Yürürlükte olan bir anayasa değişikliğine dair kanunun varlığı bir yana, daha Resmi Gazetede sonuç doğurucu olmak üzere yayımlanarak “mevzuat” arasına ilave edildiğinden dahi söz edilemeyecek bir kanunun yürürlüğünün durdurulmasına karar verilmesi, bir parça havanda su dövmek olmayacak mıdır? Görünen odur ki, Anayasa Mahkemesi, yeni bir “yargıçlar hukuku”⁵³ inşa gayreti içerisine girmekte ve bu tutumunu “cüppe meşruiyeti” ile taçlandırmakta, parlamento ise “sandık meşruiyeti”⁵⁴ ile “anayasal demokrasi”⁵⁵ ye ulaşma çabası içerisinde olduğunu düşünmektedir. Aslında Anayasa Mahkemesi, M. Garciade Enterra’nın ifadesiyle “siyasi uzlaşmazlıkları hukuki metotla çözen organ”⁵⁶ olarak vereceği kararlar, devletin kurumlarını ve toplumu doğrudan veya dolaylı olarak etkilendiğinden, Mahkemenin kararlarında, “siyasi” niteliğin değil, “hukuki” niteliğin ön planda olması gerektiği kanaati daha kabule şâyan gözükmektedir.

52 Benzer eleştiriler için bkz. **İLİCAK**, Nazlı: “Anayasa Mahkemesi Esasa Girecek mi?”, Sabah Gazetesi, 17.06.2010.

53 **ÇAĞLAR**, Bakır: “Hukukla Kavranan Demokrasi ya da Anayasal Demokrasi”, Anayasa Yargısı, Anayasa Mahkemesi Yayınları, S. 10, Ankara 1993, s. 238.

54 **ÇAĞLAR** (1993): s. 240.

55 **ÇAĞLAR** (1993): s. 242.

56 Aktaran, **ÇAĞLAR**, Bakır: “Parlamentolar ve Anayasa Mahkemeleri, Teori ve Pratik Anayasa Yargısının Sınırları Problemi”, Anayasa Yargısı, Anayasa Mahkemesi Yayınları, S. 3, Ankara 1987, s. 187.

KAYNAKÇA

ALDIKAÇTI, Orhan: Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1982.

ALİEFENDİOĞLU, Yılmaz: Yasaların Cumhurbaşkanınca Geri Gönderilmesi”, Amme İdaresi Dergisi, S. 1, s. 5.

ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI DERGİSİ S.8.

ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI DERGİSİ S.17.

ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI DERGİSİ S.44.

ANAYURT, Ömer: Avrupa Birliği Ülkelerinde Anayasa Mahkemesinin Kompozisyonuna İlişkin Tartışmalar”, Gazi Ü. H.F.D., C. XIII, S. 1-2.

ANAYURT, Ömer: “Referandumlar Üzerinde Anayasallık Denetimi Sorunu”, Yetkin Yayınları, Armağan, (Prof. Dr. Ergun Özbudun’a), C. 2, Ankara 2008.

ATAR, Yavuz: Türk Anayasa Hukuku, Mimoza Yayınları, Güncelleştirilmiş İkinci Baskı, Konya 2002.

ATAR, Yavuz: “Anayasa Mahkemesinin Yeniden Yapılandırılması”, Anayasa Yargısı, Anayasa Mahkemesi Yayınları, S. 25, Ankara 2008.

ATAR, Yavuz: “Anayasanın Bağlayıcılığı ve Üstünlüğü İlkesi ve Bu İlkenin Anayasada Yer Almasının Hukuki Sonuçları (Anayasa m. 11)”, Selçuk Ü., H.F.D., (Prof. Dr. Coşkun Üçok’a armağan) C. 2, S. 2, Konya 1989.

ARSLAN, Zühtü: Anayasa Mahkemesinin Yorum Tekeli, Yargısal Üstünlük ve Demokrasi”, Yetkin Yayınları, Armağan (Prof. Dr. Ergun Özbudun’a,), Ankara 2008, s. 79.

BERKAN, İsmet: “Kaos için Osman Can'a ne hacet, Yargıtay var, Erzurum Ağır Ceza var...”, Radikal Gazetesi, 19.06.2010.

CAN, Osman: “Anayasayı Değiştirme ve İktidarı Denetim Sorunu”, Ankara Üniversitesi S.B.F. Dergisi, S. 62, C. 3.

CAN, Osman: Anayasa Yargısında Yokluk”, Yetkin Yayınları, Armağan (Prof. Dr. Ergun Özbudun’a,), C. 2, Ankara, 2008.

CAN, Osman : “Meclis, Anayasa’yı Mahkemeye Karşı Korunmalı”, (Yıldırım Oğur ile roportaj), Taraf Gazetesi, 12.06.2010.

ÇAĞLAR, Bakır: “Parlamentolar ve Anayasa Mahkemeleri, Teori ve Pratik Anayasa Yargısının Sınırları Problemi”, Anayasa Yargısı, Anayasa Mahkemesi Yayınları, S. 3, Ankara 1987.

ÇAĞLAR, Bakır: “Hukukla Kavranan Demokrasi ya da Anayasal Demokrasi”, Anayasa Yargısı, Anayasa Mahkemesi Yayınları, S. 10, Ankara 1993.

DAVER, Bülent: “Kanunla İlgili Meseleler”, A.Ü.S.B.F.D., C. XVI, S. 4.

DEMİR, Fevzi: Anayasa Hukukuna Giriş, Barış Yayınları, 5. Baskı, İzmir 1998.

DURAN, Lutfi: “Türkiye’de Anayasa Yargısının İşlevi ve Konumu”, Anayasa Yargısı, Anayasa Mahkemesi Yayınları, N. 4, Ankara 2004.

DURSUN, Hasan: “Anayasa Değişiklikleri Esas Bakımından Denetlenebilir mi?”, Terazi Hukuk Dergisi, S. 47.

ERDOĞAN, Mustafa: Türkiye’de Anayasalar ve Siyaset, Liberte Yayınları, 4. Baskı, Ankara 2003.

ERDOĞAN, Mustafa: Anayasa Hukukuna Giriş, Liberte, Ankara 2004.

ERDOĞAN, Mustafa: Anayasa Hukuku, Orion Yayınevi, Genişletilmiş 3. Baskı, Ankara 2005.

ERKUT, Celal: “İdare Hukukunda Yokluk Teorisi”, İdare Hukuku ve İlimler Dergisi, S. 1- 3.

EROĞLU, Hamza: İdare Hukuku Dersleri, Sevinç Matbaası, Ankara 1972.

GÖREN, Zafer: Anayasa Hukukuna Giriş, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, 2. Baskı, İzmir 1999.

GÖZLER, Kemal: “Anayasa Değişikliğine Dair Kanunlar Üzerinde Cumhurbaşkanının Yetkileri”, Ankara Barosu Dergisi, Y. 59, C. S. 4.

GÖZLER, Kemal: “Anayasa Yargısının Meşruluğu Sorunu”, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, S. 61, C. 3.

GÖZLER, Kemal: “Halkoylamasıyla Kabul Edilen Anayasa Değişikliği Kanunlarının Resmî Gazetede Yayımlanması Sorunu”, Yasama Dergisi, S. 7.

GÖZLER, Kemal: Türk Anayasa Hukuku, Ekin Kitabevi, 1. Baskı, Bursa 2001.

GÖZLER, Kemal: Türk Anayasa Hukuku Dersleri, Ekin Kitabevi, 5. Baskı, Bursa 2008.

GÖZLER, Kemal: “Halkoylamasına Sunulan anayasa Değişikliği Kanunlarında Halkoylamasından Önce Değişiklik Yapılabilir mi?”, <http://www.anayasa.gen.tr/halkoylamasindan-once.htm>, Erişim tarihi: 06.07.2010.

GÖZTEPE, Ece: “Muhakeme Etmek ya da Karar Vermek: Anayasa Mahkemesinin “367 Kararı” İçin Kavramsal Bir Çerçeve Denemesi”, Yetkin Yayınları, Armağan (Prof. Dr. Ergun Özbudun’a,), Ankara 2008.

GÖZÜBÜYÜK A., Şeref: Yönetim Hukuku, Turhan Kitabevi, Güncellenmiş 22. Bası, Ankara 2005.

GÖZÜBÜYÜK A., Şeref: Anayasa Hukuku, Turhan Kitabevi, Güncellenmiş 14. Bası, Ankara 2006.

GÜNDAY, Metin: İdare Hukuku, İmaj Yayıncılık, 6. Bası, 2002 Ankara.

GÜRAN, Sait: “Anayasa’da Değişiklik Yapan 4709 Sayılı Kanun Hakkında Düşünceler”, Turhan Kitabevi, Armağan (Prof. Dr. A. Şeref Gözübüyük’e), Ankara 2005.

HATEMİ, Hüseyin: “Hatemi de Osman Can’la aynı fikirde...” (Melih Altınok ile roportaj), Taraf Gazetesi, 14.06.2010.

İBA, Şeref: “Cumhurbaşkanınca Yayımlanması Kısmen Veya Tamamen Uygun Bulunmayan Kanunların Meclise Geri Gönderilmesi”, A.Ü.H.F.D., C. 52, S. 3.

İBA, Şeref: Anayasa Hukuku ve Siyasal Kurumlar, Turhan Kitabevi, 2. Bası, Ankara 2008.

KARAMUSTAFAOĞLU, Tuncer: “Anayasa Yargısının Önemli Sorunları”, A.Ü.H.F.D., C. XXV, S. 3-4.

KESKİNSOY, Ömer: “Anayasada Değişiklik Yapma Usulü”, Gazi Ü.İ.İ.B.F., C.12, S.2.

KUZU, Burhan: 1982 Anayasasının Temel Nitelikleri ve Getirdiği Yenilikler, Filiz Kitabevi, İstanbul 1990.

ILICAK, Nazlı: “Anayasa Mahkemesi Esasa Girecek mi?”, Sabah Gazetesi, 17.06.2010.

ILICAK, Nazlı: “Mahkeme Kararı ve Zihin Jimnastiği”, Sabah Gazetesi, 18.06.2010.

ODYAKMAZ, Zehra–KAYMAK, Ümit–ERCAN, İsmail: Anayasa Hukuku İdare Hukuku, Güncelleşmiş 11. Bası, İkinci Sayfa, İstanbul 2010.

ONAR, Sıddık Sami: İdare Hukukunun Umumi Esasları, Hak Yayınevi, 3. Bası, İstanbul 1966.

ONAR, Erdal: 1982 Anayasasında Anayasayı Değiştirme Sorunu, Ankara 1993.

ONAR, Erdal: “1982 Anayasasının 5678 Sayılı Kanunla Değiştirilmesi Süreci Üzerine Düşünceler”, Yetkin Yayınları, Armağan (Prof. Dr. Ergun Özbudun’a), Ankara 2008.

ÖZBUDUN, Ergun: Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, Gözden Geçirilmiş 9. Baskı, Ankara 2008.

ÖZBUDUN, Ergun: “Osman Can Formülü Hukuka Uygun”, (Melih Okur ile yaptığı röportaj), Taraf Gazetesi, 16.06.2010.

SABUNCU, Yavuz: Anayasaya Giriş, İmaj Yayıncılık, Genişletilmiş 5. Bası, Ankara 1997.

SAĞLAM, Musa: “Anayasa Değişikliklerinin Denetimi Bağlamında Anayasa Mahkemesinin Meşruiyeti (Türk ve Fransız Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında)”, Selçuk Ü.H.F.D., C. 13, S. 1.

ŞEN, Murat: “1961 ve 1982 Anayasalarında Değişikliklerin Yargısal Denetimi”, A.Ü. Erzincan H.F.D., C. 2, S. 1.

ŞENTOP, Mustafa: “Anayasa Değişikliklerinin İptali İhtimali ve 3. Yol”, Dünya Bülteni, 15.06.2010.

TANÖR, Bülent - YÜZBAŞIOĞLU, Necmi: Türk Anayasa Hukuku, Y.K.Y., 2. Baskı, İstanbul 2001.

TARHAN, Nevzat: “Teröre Karşı Bir Milyon Kişi Neden Yürüyemez?”, “<http://www.haber7.com/haber/20100623/Terore-karsi-bir-milyon-kisi-neden-yuruyemez.php>”, Erişim tarihi: 24.06.2010.

TEZİÇ, Erdoğan: Türkiye’de 1961 Anayasasına Göre Kanun Kavramı, İÜHF Yayını No: 384, İstanbul 1972.

TEZİÇ, Erdoğan: “Cumhurbaşkanının Geri Gönderme Yetkisi”, Anayasa Yargısı, Ankara 1987.

TEZİÇ, Erdoğan: Anayasa Hukuku, Beta Yayınları, 8. Bası, İstanbul 2003.

TUNÇ, Hasan: “Anayasa Mahkemesinin Siyasi Yapısı”, Selçuk Ü., H.F.D., (Prof. Dr. Coşkun Üçok’a Armağan), .C. 2, S. Konya 1989.

TUNÇ, Hasan - **BİLİR**, Faruk: Anayasa Hukuku Uygulamaları, Nobel Yayın dağıtım, Ankara 2002.

TURHAN, Mehmet – **GÜVEN**: Serhat. Anayasa Hukuku Pratik Çalışmaları, Naturel Yayıncılık, Ankara 2005.

YAYLA, Yıldızhan: Anayasa Hukuku Ders Notları, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 2. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 1986.

YOKUŞ, Sevtap: “1982 Anayasası’na Göre Cumhurbaşkanının Anayasa Değişikliklerine, Yasalara ve Kanun Hükmünde Kararnamelere İlişkin Yetkileri”, Legal Yayıncılık, Armağan, (Bülent Tanör’e), İstanbul 2004.

İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ “HAK”KI VE İKTİDAR “BEN” İLE DEMOKRASİ ARASINDAKİ ÇELİŞKİ

Yrd. Doç .Dr. Kemal ŞAHİN*

Giriş

İfade özgürlüğü ile ilgili tartışmalar bitmek tükenmek bilmemektedir. Bu yüzdendir ki, bu alanda yurt içinde ve yurt dışında sayısız yayın yapılmış, yapılmaya da devam etmektedir. Bu makale de maalesef bu yayınlara orijinal bir katkı sunmaktan ziyade, ifade özgürlüğü gündemine herkesin anlayabileceği bir dilde yeni (orijinal demek değil, belik yineleyen) bir bakış sunmaktadır.

Bu bakışın üç esası vardır: Birincisi, ifade özgürlüğü hakkının, ifade özgürlüğü tezleri ile birlikte yorumlanmadığını göstermektir. Bu tezler bilinmeden ifade özgürlüğü ile ilgili konular anlaşılabilir. Fakat, bu çalışmanın konusu ifade özgürlüğü tezlerini incelemek değildir, onlar başka yerlerde incelenmiştir.¹ Ne var ki, bu tezler olmadan ifade özgürlüğünün anlaşılacağı yinelenmelidir.

İkincisi, iktidarla ifade özgürlüğü arasındaki ilişki, ifade özgürlüğünün diğer ajanları ile arasındaki ilişkiden bütünüyle farklıdır. Bu ikinci noktanın iki yönü vardır: Birinci yönü, ifade özgürlüğü hakkı ile demokrasi arasındaki ilişkidir. Bu da tezin fonksiyonel temeline işaret eder. İkinci yönü ise, doğrudan iktidar öznesinin insan unsurunda mündemiç olan “ben” unsuruna bakar ki, bu yön hukuki olmayıp siyaset ve psikoloji biliminin alanına girer. Bizim

* Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

Yazar, bu makalenin hazırlanmasında gerekli maddi desteği sağlayan TÜBİTAK’a, Fakülte öğretim üyelerine sağlanan bütün ayrıcalıklardan yararlanmasını sağlayan New Haven Üniversitesi Criminal Justice and Forensic Science Dekanı Dr. Richard H. Ward’a, Lillian Goldman Law Library’nin imkanlarından yararlanmasını sağlayan Yale Hukuk Fakültesi Öğretim üyesi Prof. Jed Rubenfeld’e ve Yale Hukuk Fakültesi idarecilerine teşekkürü bir borç bilmektedir.

¹ Örneğin bkz. Kemal Şahin, **İnsan Hakları ve Özgürlük Boyutuyla İfade Özgürlüğü Gereksinimleri ve Sınırları** (Metinde “İfade Özgürlüğü” biçiminde kısaltılacaktır), On İki Levha Yayınları, İstanbul 2009, ss. 270-288.

amacımız, bu bilim dallarının verilerini tartışmak yerine onları genel kabul-leri çerçevesinde kabul etmektir.²

Üçüncü nokta, ifade özgürlüğü davalarında hukuksal yargı ile siyasal yargı arasındaki farklılığa işaret etmektir. Bu noktada yargıç, “önüne gelen davada mevcut olan hukukla bağlı olduğu”-ki bu hukuku *doğru* yorumlamamış olsa bile- mazeretine sığınabilir. Pozitivist bir hukukçu son tahlilde kendisini mevcut yasaları olduğu gibi uygulamak zorunda görebilir. Dolayısıyla, bir yargıcın “yorum” biçimi ile bir siyasetçinin “yorum” biçimi aynı olmayacaktır. Siyasetçi, yargıcın aksine, yargısını hukukun formel kalıplarının ötesinde siyasal yaşamın gereklerine göre yapabilme özerkliğine sahiptir.³

Bu noktada amaç, özellikle ifade özgürlüğü davalarında üretilmiş olan iç hukukun uluslararası insan hakları hukuku tarafından üretilmiş olan hukukla bağdaşp bağdaşmadığının deskriptik bir değerlendirmesini yaparak, uyumsuzluk durumunda demokratik sistemlerde siyasal iktidarın siyasal yargıyı, hukuksal (yerel olanı) yargı ile meşrulaştıramayacaklarını söylemektir.

I. İfade Özgürlüğü Hakkı

Artık klişe haline gelmiş bir deyiş vardır: ifade özgürlüğü demokratik bir toplumun en temel esaslarından biridir. Tabiiyle, demokratik sistemin işleyebilmesi ifade özgürlüğünün güvence altına alınmamış olduğu bir toplumda

2 “Ben” üzerine felsefe ve psikoloji bilimi tarafından yapılmış olan tartışmalar bu makalenin boyunu aşmaktadır. Ancak şu kadarını burada belirtmekte yarar vardır. İnsanın mahiyetinde mündemiç olan “ben”in Batıda “self” ve “ego” olmak üzere iki ayrı kullanımı vardır. “Self”, objektif kimliği oluştururken, “ego” subjektif kimliği temsil etmektedir. Ego, self’in içerisinden çıkar ve bağımsızlığını kazanır. Burada kullanılan “ben” işte “self”ten bağımsızlaşmış olan “ego”dur. Ego ve self ayrımı üzerine şu eserlere bakılabilir: Edward F. Edinger, **Ego and Archetype**, Published by G.P. Putnam’s Sons, New York 1972 (özellikle ss. 3-16).

3 Burada eğer bir analogi yapmak gerekir ise, hukuksal yargı biçimini daha çok Kant’ın insan etkileşiminden (human interaction) soyutlanmış, salt zihnin bir ürünü olarak; siyasal yargı biçimini ise Aristoteles’in siyasal yaşamın bütün parametrelerini dikkate alan yargı olarak yorumlamak mümkündür. Her iki yargı biçimine ilişkin ayrıntılı bir inceleme için bkz. Ronald Beiner, **Political Judgment**, The University of Chicago Press, Cambridge 1983, ss. 102 vd.

mümkün görülmez.⁴ Aslında bu temellendirme ifade özgürlüğü hakkının pek çok gerekçelerinden sadece biridir (fonksiyonalist temellendirme)⁵.

İfade özgürlüğünün bir insan hakkı olarak savunulmasının temel gerekçesinin -araççı-sonuççu (enstrumantalist-consequentialist) gerekçelerinden ziyade⁶- bu hak ile kişinin kendi kendisini gerçekleştirmesinin (self-development) ya da kendi benliğinin farkına varmasının (self-realisation) arasındaki olumlu-orantısız ilişki olduğu ileri sürülmektedir (deontolojik temellendirme).⁷ Aslında seküler Batının üretmiş olduğu ve seküler bile olsa Doğunun basmakalıp bir ezberle yetindiği –çünkü bu birebir tercümenin kendi lisanına yabancı kaldığı- kendi kendini geliştirme ya da kişinin kendi varlığının bilincine erişebilmesi meselesi, insanın doğası gereği çevresine kayıtsız kalamamasıyla, varlığı ile ilgili herşeyi sorgulamasıyla ve olup biten hadiselerle lakayd kalamayıp onları kontrol etmeye, etkilemeye çalışmasıyla (Marksist dilde bu etkileme ve değiştirme ameliyesi praxis’le anlatılır) ve nihayet çabaların eyleme dönüşmesiyle et ve kemiğe bürünür gibi sözcük elbisesini giyen düşüncelerin eyleme önceliği ve onu netice vermesiyle ilgi-

4 Örneğin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM)’nin şu kararlarında ifade özgürlüğü ile demokratik yönetim arasındaki bu ilişki bariz biçimde vurgulanmaktadır: **Hanyside v. U.K.**, Judgment of 7 December 1976; **Lingens v. Austria**, Judgment of 8 July 1986;

5 Fonksiyonalist tezlerin temelini demokrasiye dayanan tez oluşturmaktadır. Bu tezin özü, ifade özgürlüğünün demokratik sürecin işleyi bakımından oynadığı rol oluşturur. Tezin en önde gelen savunucusu hiç kuşkusuz A. MeikleJohn’dur. MeikleJohn, New England’ın kasaba meclislerinde yapılan tartışmaları örnek göstermekte, oradan da siyasi ifade özgürlüğünün mutlak bir hak olduğu tezini parlamenter sorumsuzluk ilkesiyle temellendirmektedir. Kısacası, temsilcilerin siyasi konulardaki açıklamaları hangi gerekçelerle mutlak dokunulmazlık sınırları içerisinde görülüyor ise, aynı gerekçelerle halkın siyasal tartışma süreci içerisindeki ifadeleri de mutlak dokunulmazlığa sahip olmalıdır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Şahin, **İfade Özgürlüğü**, ss. 270-288; Ayrıca bkz. Alexander Meiklejohn, **Free Speech and Its Relation to Self-Government**, (Originally Published by Harper Brothers in 1948), Third Ed., The Lawbook Exchange Ltd., New Jersey 2004; Alexander Meiklejohn, **Political Freedom: The Constitutional Powers of the People**, Greenwood Press, UK 1979.

6 Burada sonuççu (consequentialist) gerekçelerin önemsiz ya da daha az önemli olduğunu anlatmak istemiyorum, fakat ifade özgürlüğü ile modern insan hakları doktrini arasındaki ilişkiyi sonuççu (ki bunlar daha çok utilitarian/faydacı kuramlara dayanır) gerekçelerin oluşturmadığını söylemek istiyorum. İfade özgürlüğünün sonuççu tezlerle temellendirilmesi konusunda Scanlon’ın şu makalesine bakılabilir: Thomas Scanlon, “**A Theory of Freedom of Expression**”, Philosophy and Public Affairs, Vol. 1, No. 2. (Winter, 1972), ss. 204-226.

7 Şahin, **İfade Özgürlüğü**, ss. 233-238.

lidir. Başka bir deyişle bu, insanın başkalarının varlığı ile mukayese içerisinde kendi varlığının ve eşyanın bilincine ve bilgisine ermesi meselesidir.

İnsanı *insan* yapan (diğer canlılardan ayıran) seçme yetisinin (ihtiyarının-will) bir anlam ifade edebilmesi, kişilerin düşüncelerini açıklayabilecekleri özgür bir ortamının bulunmasına bağlıdır. Zira düşünsel bir faaliyetin sonucunda ortaya çıkan bir tercihe dayanmayan eylemler, göze gelen bir cisme karşı göz kapaklarının refleks göstermesi gibi *insan* yönümüzle ilgisiz mekanik hareketlerdir.⁸ Tercih, ancak karşıtlıkları mukayese etmek suretiyle tekamül ve tekemmül edecektir. Tek düzelik ve yeknesaklık, yalnızca eşyanın görünümüyle ilgili değildir; aynı zamanda insan yaşamının anlam kazanmasıyla da ilgilidir. Bu yüzden, ihtiyar ve tercih yalnızca eşyada farklılığı ve çeşitliliği değil; aynı zamanda fiillerde de farklılığı ve çeşitliliği gerektirir. Toplumsal alanda farklılık ve çeşitlilik, ifade özgürlüğünün bireyler arasında gerekli etkileşimi sağlayacak biçimde gerçekleştirilmesine doğrudan bağlı olacaktır.

Dahası kırgınlık, öfke yada rahatsızlık gibi duygularını dile getiremeyen, iletişim kurma özelliğini kaybetmiş bir kişinin gerçekte onu insan yapan önemli özelliklerini kaybetmiş olduğu söylenebilir. Özgürlük, ihtiyar ve tercihle birlikte vardır. İkra, cebir, tehdit ya da determinizm özgürlükle bağdaşmaz.⁹

İfade özgürlüğü hakkının var olduğu bir ortamın yalnızca demokratik sistemler için gerekli olduğunu ileri sürmek de doğru değildir. Halkının gö-

⁸ Davranış ve eylemlerimizi bizim mi belirlediğimiz yoksa doğal nedenlere bağlı olarak belirlendiği mi konusu felsefenin önemli tartışma konularından biridir. Determinizmle özgür iradenin bağdaştığını savunanlar da olmuştur. Ancak, özgür irade olmadan kişinin ne ahlaken ne de hukuken sorumlu tutulması anlamlı olacaktır. Eğer davranışlarımızda (alışkanlıklarımız da dahil olmak üzere) bir tercihte bulunduğumuzu hissediyorsak, sınırlı bir alan içerisinde bile olsa özgür (özgür irade sahibi) olduğumuzu düşünebiliriz. Arzu ettiğimiz sonuçların gerçekleşmesi için bir seçimde bulunabiliyorsak özgür (özgür irade sahibi) olduğumuzu varsayabiliriz. Stack'ın (Hegel'e atfen) söylediği gibi, insan varlığı itibarıyla doğanın bir parçası olsa da, seçim, rasyonelite ve sorumluluk dolayısıyla büyük ölçüde doğanın (doğal nedenselliğin) dışında kalır. Bu bağlamda yapılan tartışmalar için şu eserlere bakılabilir: George J. Stack, "Kierkegaard: The Self and Ethical Existence", *Ethics*, Vol. 83, No. 2 (Jan., 1973), pp. 108-125; Gardner Williams, "Free-Will and Determinism", *The Journal of Philosophy*, Vol. 38, No. 26 (Dec. 18, 1941), ss. 701-712; Michel A. Slote, "Understanding Free-Will", *The Journal of Philosophy*, Vol. 38, No. 26 (Dec. 18, 1941), ss. 136-151.

⁹ İnsan doğası ile ifade özgürlüğü arasındaki bu ilişki biçimi Scanlon tarafından derinlemesine incelenmiştir. Bkz. Scanlon, ss. 204-226.

rüş ve düşüncelerini, huzurunu ve huzursuzluklarını önemseyen mutlak iktidar sahibi bir kral için de ifade özgürlüğü önemli olabilir. Hatta, iktidarının selameti için ceberrut bir diktatör dahi halkın görüş ve düşüncelerinin aslını ve esasını bilmek isteyebilir ya da toplumun gazını almak için halkın eleştirilerine katlanabilir.

Fakat ifade özgürlüğü hakkının demokratik sistemler için diğer bütün sistemlerden farklı, özel bir konumu bulunmaktadır. Demokrasilerde yöneticiler halk tarafından seçilirler ve halk adına, halk için karar verirler. Gerek bu seçimlerin halkın iradesini yansıtabilmesi gerekse alınan kararların ve yöneticilerin halk tarafından denetlenebilmesi ifade özgürlüğü olmadan mümkün olmaz. Bu yüzden de vatandaşların siyasal kararların alındığı forumlara katılması bir hak olarak değil bir görev olarak nitelendirilir.¹⁰

Dolayısıyla, demokratik sistemlerde yönetime talip olan kişilerin –ki bunlar siyasi figürlerdir- eleştirilere karşı diğer kişilere göre daha fazla tahammül göstermeleri beklenir. En çok da siyasiler, başka diğer kişilere nazaran eleştirilere daha fazla açık olmak zorundadırlar. Zira siyasal ifadelerin düzenlenmesi vatandaşların siyasal tartışma forumunu en ciddi biçimde etkileyen ifade özgürlüğü rejimidir.¹¹

Bunun pratikteki anlamı şudur: sıradan bir kişiye karşı sarfedildiğinde hakaret sayılacak olan ifadelerin bir politikacıya karşı sarfedilmesi durumunda hakaret sayılmaması mümkün, hatta gerekli olabilir. Ancak söz konusu hakaret kabilinden sözleri sarfeden kişi (örneğin bir gazeteci) de kendisine karşı benzeri bir mukabelede bulunulmasına tahammül göstermek durumunda olacaktır. İnsanların birbirleriyle iletişimlerini asgari nezaket kurulları çerçevesinde yürütmeleri arzulanan bir şey olsa da, kişilerin duygu ve düşüncelerini kamusal şahsiyetlere ve özellikle siyasilere karşı ifadede ölçüyü kaçırmalarının hukuki yaptırıma tabi tutulması son derece istisnai bir durum olmalıdır.¹²

¹⁰ Gabriel A. Almond/Sidney Verba, “*The Obligation to Participate*”, **Power, Participation and Ideology**, Edited by Calvin J. Larson and Philo C. Wasburn, David McKay Company, NY 1969, ss. 218-220.

¹¹ Örneğin bkz. **Lingens v. Austria**, Judgment of 8 July 1986;

¹² Kademeli sınırlama sistemi konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Şahin, **İfade Özgürlüğü**, ss. 396 vd.; Kamusal şahsiyetlerin ABD hukuk sistemi içerisinde bu bağlamda farklı değerlendirilmesi gerektiği konusunda ayrıca bkz. Wayne C. Minnick, “*The United States*

Bütün insanların eşit olduğu anlayışı onların ne zeka kapasiteleri ne de aldıkları eğitim dolayısıyladır. Demokratik eşitlik, büyük ölçüde ahlaki eşitliğe dayanır.¹³ Eleştirinin şiddeti, kızgınlığın ve öfkenin boyutuna göre değişebilir. Kullanılan ifadelerin nezaket sınırları içerisinde kalması biraz da bu ifadeleri kullanan kişinin dil yeteneğine ve kendini anlatabilme kapasitesine bağlı olacaktır. Halbuki demokratik sistemde insanların demokratik tartışma forumuna katılmalarını onların üslup ve dil yeteneklerine bağlı kılmak demokrasinin yukarıda belirtilen “ahlaki eşitlik” ilkesi ile bağdaşmaz. “Hakaret/hakaret olmayan” arasındaki sınırların ceza hukukunun keskin kılıcıyla tayin edilmesi, mizaç ve yetenek bakımından farklı olan insanlar arasında zorunlu bir ayırım yapılmasına ve tasfiyeye yol açacaktır. Zira herkesin aynı karaktere ve dil becerisine sahip olduğunu söylemek mümkün değildir. Öte yandan burada sadece ifade sahibinin üslubu değil, kimi durumlarda bu kişilerin temsil ettikleri kesimlerin duygu ve düşüncelerinin de dile getirilmesi gereği gözardı edilmemelidir.

Dilin özelliği gereği kişinin duygu ve düşüncelerini anlatabilmesi, kimi durumlarda “*hakaret*” olarak kabul edilen ifadelerin kullanılmasına neden olabilir. Bu ifadelerin muhatabı üzerinde hoş gitmeyen, hatta şok edici bir etki yaratması da sözkonusu olabilir. Örneğin muhatabın belirli bir davranışını eleştirmek için sarfedilen bu sözler, bir vakıa tasvirinden ziyade değer yargıları (value judgement) da olabilir. Bu ifadeler hak öznesinin (right-holder) söz konusu davranış hakkındaki değer yargılarını açıklamaya en elverişli araçlar olacaktır. Kamusal bir tartışmada bu yargılar, birer vakıa tespiti olmadığından yalnızca bir kişisel *yargı* olarak ilişimsel değer taşıyacaktır. Dolayısıyla, bu yargılara karşı düzeltme ve cevap hakkı dahi söz konusu olmayacaktır. Bu yargıların ifadesi, kamusal tartışmaya fikirlerin pazaryeri argümanı bakımından bir katkı sağlamasa da, demokratik tartışma forumunun işlemesine doğrudan katkı sağlayabilecektir. Bu da söz konusu ifadeleri demokratik sistem için diğer ifade kategorilerinden daha az değerli kılmayacaktır.

Supreme Court on Libel, **Perspectives on Freedom of Speech**, Southern Illinois University Press, USA 1987, ss. 120-135.

¹³ Bu bağlamda eğitilmiş bir insanla eğitimsiz bir insanın ya da varlıklı bir insanla evsiz bir kişinin öldürülmesi aynı şeydir. Zira, buradaki eşitlik kişinin insanlık ailesinin bir ferdi olması dolayısıyladır. Demokratik eşitlik üzerine ve verilen bu örnek için bkz. Yves R. Simon, **Philosophy of Democratic Government**, University of Chicago Press, Illinois 1951, ss. 95-259.

Bununla birlikte ifade özgürlüğü hakkı sınırsız/mutlak bir hak değildir.¹⁴ Kamusal tartışmaya hiçbir katkısı olmayan, sırf hakaret ve sövme içeren sözlerin hukuksal yaptırımı (ceza hukuku yaptırımına değil) tabi tutulması düşünülebilir.¹⁵ Ne var ki, bu sınırlamaya karar verecek yargıcın ifade özgürlüğü hakkının bütün özelliklerini bilebilecek bir bilgelik düzeyine ulaşmış olması gerekecektir. Zira ifade özgürlüğü davaları zor davalardır.¹⁶ Bu davalarda parametreler o kadar fazla ve karmaşıktır ki, ifade özgürlüğü konusunda en zengin ve yetkin içtihatların sahibi olan ABD Yüksek Mahkemesinde dahi bir içtihat bütünlüğü bulunmadığı görülmektedir.¹⁷ Bütün bu parametreleri inceden inceye hesap edebilecek birikime sahip bir yargıcın ise hukuk sistemimiz içerisinde yetişmiş olduğuna inanmak için fazlaca iyimser olmak durumundayız.¹⁸ Bu nedenle de söz konusu parametreleri hesaplama konusunda yetkin olmayan yargıçların kararlarını ifade özgürlüğü lehinde vermeleri demokratik sisteminin varlığı için bir zorunluluktur. Ne yazık ki,

-
- ¹⁴ İfade özgürlüğü hakkı neredeyse bütün modern anayasalarda ve tüm uluslararası insan hakları metinlerinde sınırlı bir hak olarak tanımlanmıştır. Bu hakkın sınırsız bir hak gibi formüle edildiği ABD anayasasının gerek hazırlayıcıları gerekse en yetkin yorumcusu olan ABD Yüksek Mahkemesi hakkın doğası gereği sınırlı olacağını kabul etmişlerdir. A. Meiklejohn ve Yargıç Black gibi mutlakçılar (hakkın mutlak olduğunu ileri sürenler) dahi kimi ifadeleri ve durumları ifade özgürlüğü hakkının dışında görmüşler ve aslında hakkın sınırlı olduğunu kabul etmişlerdir. Söz konusu değerlendirmeler için bkz. Samuel Krislov, **The Supreme Court and Political Freedom**, The Free Press, New York, 1968, ss. 132 vd.
- ¹⁵ Özellikle devlete ve kamu kurumlarına yönelik ifadelerin mutlak bir koruma görmesi konusunda karşılaştırmalı hukukta savunulan görüşlerin ayrıntılı bir incelemesi için bkz. Şahin, **İfade Özgürlüğü**, ss. 410-418.
- ¹⁶ İfade özgürlüğü davalarının zor davalar olması dolayısıyla bu davalara bakacak olan yargıçların bu alanda ciltler dolusu eserlere vakıf olmaları gerektiğini, böyle bir yargıcı ise bulmanın pratikte çok zor olduğunu belirten Schauer, ifade özgürlüğünü sınırlamanın daha iyi bir tutum olacağını ileri sürmektedir. Madem ki ifade özgürlüğünü savunmak için pek çok gerekçe var önümüzde, öyleyse sınırlanmaması gereken bir ifadeyi sınırlama riskini almamak gerekir, diyor Schauer. Yazarın ifade özgürlüğü tezi ve görüşleri için bkz. Schauer, Frederick, **İfade Özgürlüğü: Felsefi Bir İnceleme**, Çev. M. Bahattin Seçilmisoğlu, LDT Ankara 2002.
- ¹⁷ Örneğin bkz. Ruth McGaffey, “Towards A More Realistic View of the Judicial Process in Relation to Freedom of Speech”, **Perspectives on Freedom of Speech**, Southern Illinois University Press, USA 1987, ss. 109-120; Steven H. Shiffrin/Jesse H. Choper, **The First Amendment**, West Publishing, St. Paul, Minn. 1996, s. 2.
- ¹⁸ Bu durum bir söyleşide Yargıtay Eski Başkanlarından Sami Selçuk tarafından da açıkça ifade edilmiştir. Sami Selçuk ile yapılan, “*Yasalar Yanlısı Uygulanıyorsa Hukukun Başarı Sansı Yoktur*” başlıklı söyleşi için bkz., HPD, S. 6, Mayıs 2006, ss. 146–147.

yargımızın ifade özgürlüğü davalarında asgari standartları dahi tutturmuş olduğunu söylemek mümkün değildir.

II. İktidar “Ben” ile Demokrasi Arasındaki Çelişki: Karizmanın Eklemlenmesi

Aslında hürriyet doktrinin siyasi iktidar/otorite doktrinin bir parçası olduğu dikkate alındığında, iktidar “ben” ile demokrasi arasındaki çelişkinin çözümlenmesinin önemi daha bir artmaktadır. Burada irdelenecek olan, ifade özgürlüğü hakkı ve demokrasi bağlamında, özelde bir yetkinin (power) kullanılması değil, yönetilenlerin itaatini gerektiren bir yetkinin (authority) ve sahibinin konumunun araştırılmasıdır.¹⁹

İktidar “ben” ile demokrasi arasındaki çelişki, demokratik sistemlerde dahi yönetenin yönetilenle arasına koyduğu sınırı giderek derinleştirmesinden kaynaklanır. Aslında demokrasi, tanımı gereği, yönetenle yönetilenin bir ve aynı olduğu rejimin adıdır. Bu sistemde yönetenle yönetilenin yer değiştirmesi sadece olağan bir durum değil bir zorunluluktur da.²⁰ Ne var ki, demokrasilerde dahi yöneten zaman içerisinde yönetilenden kendisini ayırmaya ve yönetileni ötekileştirmeye başlar. Bu ötekileştirmede yöneten, yönetim meşruiyetini yönetilenin iradesinden aldığı unutarak, yönetilen “öteki”nin yönetene tabi bir “sürü” olduğuna inanır. Bu bağlılık (subjugation) aynı zamanda bir üstünlük anlayışını da beraberinde getirir.²¹ Yaratılan ast-üst ilişkisine bağlı statü içerisinde düşünce ve inanışlar bakımından da bir derecelendirme ortaya çıkar. Üstün olanın, hakikate daha yakın durduğu varsayılır.

Böyle bir durumda, ABD Yüksek Mahkemesi yargıcı O.W. Holmes’un ifade ettiği şu retorik kendini gösterir. İktidarın “ben”i eğer öncüllerinin doğruluğundan ya da iktidarından hiçbir şüphesi yoksa, sözlü dahi olsa mu-

19 Bu farklılıklar üzerine şu esere bakılabilir: Joseph Raz, **The Morality of Freedom**, Clarendon Press, Oxford, 1988, ss. 23 vd.

20 Demokrasinin temel esasları hakkında şu eserlere bakılabilir: David, Spitz, Antidemokratik Düşünce Sekilleri, Çev. Siar Yalçın, MEB Yayınları, İstanbul 1994; J.A. Corry/Henry J. Abraham, **Elements of Democratic Government**, Third Edition, Oxford University Press, USA 1958, ss. 25-58.

21 İktidar ve “Ben” arasındaki ilişki için bkz. Romand Coles, **Self, Power, Other: Political Theory and Diological Ethics**, Cornell University Press, Ithaca, NY 1992.

halefetin susturulması tamamıyla mantıksal görünecektir.²² Bu türden bir tablonun ise demokrasiyle ve onun temellendirmesi ile ne kadar karşıtlık oluşturduğu ortadadır.

İfade özgürlüğünün kamusal tartışma ve siyasi figür parametreleri meselesinin yukarıda açıklanmaya çalışılan hukuki boyutudur ve madalyonun diğer tarafında ise iktidarda bulunan kişilerin maruz kaldığı başka bir tehlike yatmaktadır: iktidarın insanı yozlaştırabilmesi tehlikesi. İktidarın insanı yozlaştırması, siyaset bilimcilerinin üzerinde mutabık oldukları konulardan biridir.

İktidarın, otoriter olmasıyla tiranlık olması arasındaki farkın iktidarın yozlaşması konusuyla bağlantısı zayıftır. Her iki iktidar tipinin de -eğer bu iktidarların kökeninde hürriyet ve hukuk düşüncesine bir saygı yatıyor idiyse- yozlaşmış olduklarını söylemek gerekir. Bununla birlikte, salt otoriter olanın iktidarının dışsal bir normatif hukuk düzeniyle -ki, bu düzen tümüyle otoriter rejimi kuran unsurlardan oluşmaktadır- bağıtlı olması ile tiranlık olanının dışsal bile olsa normatif herhangi bir hukuk düzeni tarafından yapılandırılmamış olması iktidarın yozlaşma biçimleri arasında bir nitelik farkı yaratabilir. Bu farklılık tiranide, Arendt’in tanımlamaları doğrultusunda, tek adamın, iktidar piramidinde kendisi ile “tüm diğerleri” arasındaki katmanları ortadan kaldırmasında; buna karşılık otoriter yönetimlerde piramidin üstü ile altı arasında hiyerarşik bir yapının varlığı sürdürülmekle birlikte, yine bu hiyerarşi ilişkisi içerisinde kurumsal diğer başka tabakaların da korunmasında yatmaktadır.²³

Demokrasilerde, karizmatik liderlerin ortaya çıktığı kriz dönemlerinde sistem bir tiraniye dönüşme bile otoriterleşme çoğunlukla beklenen ve fakat istenmeyen bir durumdur. Bu şekilde bir yozlaşma eğer deskriptif olarak vaki ise, bu yozlaşmaya karşı alınabilecek önlemlerin dahili (internal) olanları, özellikle demokrasiye inanan ve demokrasinin olanakları ile bulun-

²² Yargıç Holms’un görüşleri için onun **Abrams v. United States**, 250 U.S. 616 (1919) kararındaki muhalefet şerhine bakılabilir.

²³ Liberaller tarafından bu yozlaşmanın insan doğasına mündemiç olduğu neredeyse bir kesinlik ölçüsünde ifade edilmekte ve bu noktada iktidarın meşru olup olmadığına ilişkin bir tartışma konuyla bütünüyle ilgisiz görülmektedir. Aslında iktidarın kazanılmasıyla ilgili meşrutiyet tartışması önemli ise de, hürriyetçi demokrasinin ilkelerinin sürdürülmesi ve korunması daha önemli gözükmektedir. Zira birincisi hürriyet ortamının devamı açısından arizi iken, ikincisi daimi ve kalıcı mahiyettedir. Otorite üzerine ayrıntılı bir tartışma için, örneğin bkz. Hannah Arendt, **Between Past and Future: Six Exercises in Political Thought**, ss. 91-104 (ve özellikle ss. 96-97).

dukuları noktaya ulaşmış olan liderler için önemlidir. Zira harici (external) önemler zaten demokratik bir sistemde mevcuttur ve bunun kriz döneminde ortaya çıkan liderlik dahilinde korunması özellikle dahili önlemlerin benimsenmesine bağlı görünmektedir.²⁴

Bu yozlaşmaya karşı muktendir olanın, yanında sürekli kendisini pohpohlayan-öven kişileri değil, hatalarını yüzüne söyleme cesaret ve erdemini gösteren kimseleri bulundurması beklenir. Zira “ben (ego anlamında)” bir yandan içsel arzu ve dürtülerini dış alemin gerçekliğine, diğer yandan da “superego”nun arzu ve isteklerine karşı dengelemek sorumluluğunu taşımaktadır.²⁵ Bütün bunlara bir de etrafta bulunan kimselerin muktediti yüceltmeleri eklendiğinde “ben”in bu sorumluluğu demokrasinin gerektirdiği erdeme uygun bir şekilde yerine getirmesi imkansızlaşacaktır. İktidarda bulunan “karizma’nın”, eski Yunancadaki tanımına uygun olarak, “ender bulunan bir değer” olduğu vurgulandıkça, “karizma”yla pozitif eklemlenmiş “ben” giderek büyüyecektir. Ender bulunan bir değer olduğuna inanan (aslında inandırılan) “ben” aynı zamanda mistik kerametlere kaim olduğunu düşünmeye başlayacaktır.²⁶ Takipçilerinin bağlılığı akli ve mantıki olmaktan çok, duygusal bir temele dayanmaktadır.²⁷ Karizmanın, takipçileri üzerindeki etkisi bu durumu asimetric biçimde demokrasi aleyhine çevirmektir. Zira yönetenle yönetilen arasındaki uçurumla birlikte karizmatik “ben” de büyümeye devam eder.

“Ben” büyüdükçe eleştiriye karşı tahammülü de azalır ve nihayetinde hatadan ve kusurdan ari olduğunu düşünmeye başlar.²⁸ İnsanlık tarihindeki en büyük zulümler, eleştiriye kapalı diktatörler tarafından irtikap edilmiştir.²⁹

24 Kriz dönemlerinde karizmatik liderlerin ortaya çıkması ve bunların örneklendirilmesiyle ilgili ayrıntılı bilgi için örneğin bkz. Madsen, Douglas, and Peter G. Snow, **The Charismatic Bond: Political Behavior in Times of Crisis**, Cambridge: Harvard University Press, USA 1991, özellikle ss. 1-36 ve 134-152.

25 “Ben”in söz konusu sorumlulukları burada sayılandan daha fazladır. Bu konuda ayrıntılı inceleme için şu esere bakılabilir: Perceival M. Symonds, **The Ego and the Self**, Greenwood Press, Westport Connecticut 1951, ss. 31-34.

26 Karizmanın ünlü sosyolog Max Weber’in tanımlanması ve adı geçen yazarlarca yorumlanması konusunda bkz. Madsen, Douglas, and Peter G. Snow, ss. 1-2.

27 Karizmanın takipçilerinin özellikleri konusunda bkz. Madsen, Douglas, and Peter G. Snow, ss. 5 vd.

28 Lipson, liderin ve liderliğin yüceltilmesinin diktatörlüklerin önemli özelliği olduğuna dikkat çekmektedir. Leslie Lipson, **The Great Issues of Politics**, Second Edition, Prentice Hall, NJ 1960, s. 239.

Demokratik sistem içerisindeki harici yapıyı çatlatmadan, yıkmadan bu şekilde ortaya çıkan liderler bütünüyle objektif bir otoriterleşme sağlamasalar da, demokrasiye ve aslında kendi tarihi saygınlıklarına zarar verirler.

Liderlerin, “otoriterleşme” eleştirilerine karşı “hukuk içerisinde kaldıklarını” söyleyerek cevap vermeleri, bunun doğru olması halinde harici yapının korunduğu anlamına gelse bile her zaman dahili unsurun ve bu arada demokrasi ilkesinin korunduğu anlamına gelmez.

Öte yandan muktedir olanın kendisine yönelik ifadeleri katlanılması gereken bir eleştiri olarak görmeyerek diğer herhangi (sıradan) bir kimse gibi demokratik bir hukuk devletinde yargıya başvurması ilk bakışta doğal karşılanabilir. Ancak başvuru yargı, ifade özgürlüğünün karmaşık yapısını analiz edebilecek ehliyete sahip değilse, sorun ülkenin demokratik özelliğini zaafa uğratabilecek bir boyuta ulaşabilecektir.

Tam da bu nedenle iktidar, örneğin kendisine yönelik ağır eleştiriler içeren bir makale üzerine, mahkemeye müracaat yerine iletişim ve diyalogu tercih etmelidir. Yani ifadeye karşı daha çok ifade ile karşılık vermelidir. İktidar, diyalogu eleştiri sahibi ile yapabileceği gibi buna zorunlu da değildir; diyalog pekala demokratik sistemlerde iktidarın, kendisine karşı doğrudan sorumlu olduğu halkla yapılabilir. Siyasal iktidarın bunu yapabilecek araçlara ve imkanlara sahip olduğunda ise kuşku yoktur.³⁰

Aslında iktidarı böyle bir tercih yapmaya yöneltecek iki önemli gerekçe vardır. Birincisi, iktidarın mağduru oynayarak mağduriyet yaratmasının konumuyla bağdaşmamasıdır. İkincisi ise birinci gerekçeyi tamamlayan, “yargının ifade özgürlüğü davalarında karar verebilecek yetkinliğe sahip bulunmamasından dolayı” ortaya çıkan evrensel/yerel standart çatışmasıdır. Başka bir deyişle iktidar, kendisine yöneltilebilecek eleştirileri susturabilecek bir mekanizmaya, ifade özgürlüğü davalarında yetkin olmayan bir yargı eliyle sahip olmuş olacaktır.

²⁹ Diktatörlerin atmosferinin anlaşılması için Hitlerin ya da Stalin’in biyografilerinin incelenmesi yeterlidir. Bkz. Ian Kershaw, **Hitler: A Biography**, W.W. Norton and Company, New York 2008; Robert Service, **Stalin: A Biography**, Macmillan Publishing, USA 2004.

³⁰ Aslında bu durum AİHM tarafından çok açık biçimde ifade edilmektedir. Örneğin bkz. *Casstells v. Spain* (App. 11798/85), Judgment of 23 April 1992.

Demokratik sistemlerde eğer siyasal iktidarlar, sorumlu buldukları halka karşı demokrasiyi koruma görevini de ahlaken üstlenmiş kişiler ise bu durumda demokrasinin temel taşlarından birisi olan (özellikle siyasal) ifade özgürlüğünü koruma görevini yalnızca (ve özellikle bu konuda yetkin bulunmayan) bir yargının üzerine bırakmamalıdır. Dahası, iktidarda bulunan kimseler tarafından açılacak bu türden davalar, vatandaşların siyasal tartışma forumuna katılma isteklerini törpüleyecek, ifade özgürlüğü üzerinde –ABD Yüksek Mahkemesi tarafında formüle edildiği gibi– caydırıcı bir etki (chilling effect) yaratacaktır.³¹

Gerçekte, siyasal iktidarlar ifade özgürlüğüne yönelik hukuksal yaptırımların dışında kalan diğer baskı araçlarını dahi kaldırma yükümlülüğü altında olmalıdırlar. Bu en azından hoşgörülü bir toplum olmanın gereğidir.³²

III. Sonuç Yerine

Demokratik bir sistemde seçilmiş olan siyasiler iktidar işlevini yürütürler. Bu kişilerin, kendilerine yönelen eleştirilere karşı iç hukuktaki standartlara göre değil uluslararası insan hakları hukukunun evrensel standartlarına göre hareket etmeleri kendilerini bulunmuş oldukları statüye getiren demokrasinin bir gereğidir. Önemli olan bu davalarda iç hukukta başarı sağlama olasılığı değildir. İç hukukta evrensel standartlara uymayan bir karar, yalnızca taraflar bakımından bir sonuç doğurmaz. Demokrasimizin de evrensel

³¹ Örneğin bkz. **Board of Airport Comm'rs v. Jews for Jesus, Inc.**, 482 US, 569 (1987); **Massachusetts v. Oaks**, 491 US, 571 (1989); Ashında ABD hukukunda Sullivan kararı (New York Times v. Sullivan, 376 US 254 (1964) kadar hakaret davalarında taraf olma ve başarı sağlama bakımından kamu görevlileri ile sıradan kişiler arasında bir fark yoktu. Common law ilkeleri bu bağlamda bir ayırma da izin vermiyordu. Yüksek Mahkeme Sullivan kararında, basına karşı açılan hakaret davalarının ifade özgürlüğü üzerindeki olumsuz etkilerine vurgu yaptıktan sonra, bu türden davaları kısıtlayacak önemli kriterler getirmiştir. Bu kriterlerden en önemlisi kuşkusuz, yayını yapanın saikinin muhataba zarar verme olduğunun ispatlanması koşuludur. Yani Mahkeme, yayıncıda bulunması gereken özel kastın ispat yükünü davacıya yüklemiştir. Ayrıntılı inceleme için bkz. Lois G. Forer, **A Chilling Effect**, W.W. Norton Co., New York 1987, ss. 60 vd.

³² Genel olarak saldırgan ve yaralayıcı ifadelerin hukuksal olarak yaptırıma tabi tutulması ile tutulmaması gerektiği arasındaki çizginin belirgin olmadığını, “hoşgörülü toplum” kavramının bu ifadelere izin vermekle mi yoksa bu türden ifadeleri yasaklamakla mı olacağı konusunda ifade özgürlüğü savunucularının düşündüğünden daha karmaşık bir durum olduğu ileri sürülmekle birlikte, ifade özgürlüğünün siyasal alanı ile ilgili bir tartışmanın yapılmadığı görülmektedir. Zira siyasal ifade özgürlüğü alanı ifade özgürlüğünün en geniş olduğu alandır. Bkz. Lee C. Bollinger, **The Tolerant Society**, Oxford University Press, USA 1986, ss. 12 vd.; Ayrıca bkz. Sahin, **İfade Özgürlüğü**, ss. 288 vd.

standartlara sahip olmadığını, yerel kaldığını gösterir. İtiraf etmek gerekir ki, ifade özgürlüğü alanında evrensel standartların ne olduğunu berrak biçimde ortaya koymak da mümkün değildir. Ne var ki, Türkiye’nin en azından AİHM tarafından mahkum edildiği kararların çokluğu bu standartların gerisinde olduğumuzu göstermektedir.³³

Şimdiye kadar açılmış ve devam eden davalar bakımından ise denilebilir ki; iç hukuktaki sonucu ne olursa olsun, uluslararası insan hakları hukuku tarafından Türkiye’nin mahkumiyeti ile sonuçlanacak bir davadan vazgeçmesi, ülkenin yönetiminden sorumlu olan kişiler için bir erdemden çok görevdir. Davanın açılması, beraatle bile sonuçlansa, ifade özgürlüğü üzerinde bir baskının varlığı için yeterli bir kanıt olarak görülecektir. Başka bir deyişle, ülkemizin ifade özgürlüğü ile ilgili olumsuz siciline bir dava daha eklenecektir. Türkiye’nin insan hakları sicilinin düzeltilmesini iktidardan talep etmek (icraya ve yasamaya bakan yönleriyle) bu ülkenin her vatandaşının en meşru haklarından biri değil midir? Tek yanlı olarak bilgilendirilen ve her icraatında övülen bir iktidar, eleştiriye tahammül eşiği yok olmuş bir “ben”e dönüşecektir.

Nihayet, iktidar kavramının kapsamını M. Foucault’nun tanımladığı bir noktaya kadar genişletebilir ve bu bağlamda özellikle bu kavramın içerisine her dönemin güç mücadeleleri içerisindeki muktedirlerini; belki de günümüzün mahkemelerini ve yargıçlarını da koyabilir ve kişinin kendi davasının yargıcı olmasından kaynaklanacak mahzurlardan belki de en büyüğünün “kaygan yamaç”ta tutunmaya çalışan ifade özgürlüğü hakkıyla ilgili davalarda ortaya çıkacağını söyleyebiliriz.

³³ Şu anda gazeteciler aleyhine açılmış ve sürmekte olan üç bin davanın olduğu belirtilmektedir. Bkz. İsmet Berkan, Hürriyet Gazetesi, 05/07/2011; Son zamanlarda yayın organlarında çıkan şu haberler bile bu konuda ciddi bir sıkıntı olduğunu göstermeye yetmektedir: Cumhurbaşkanı Gül: “Gazetecilere Açılan Davalar Tedirgin Ediyor” http://www.youtube.com/watch?v=7pcw4UCv_n4; Çevrimdışı: 18/07/2011; “AB’nin Gazeteci Davalarını Takip Edecek Heyeti Belli Oldu” Çevrimdışı: 15/07/2011, <http://www.abhaber.com/haber.php?id=35572>; “Gazetecilere Açılan Davalar Dünya Medyasının Gündeminde” Zaman Gazetesi, 28/10/2011 Çarşamba; “Gazetecilere Açılan Davalar Adalet Bakanlığı’nın Merceğinde”, http://www.medyaloji.net/haber/gazetecilere_acilan_davalar_adalet_bakanligi_nin_merceginde_.htm, çevrimdışı: 26/06/2011.

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARI İŞİĞİNDA; HÜKÜMLÜ, TUTUKLU VE GÖZALTINDAKİLERİN AÇLIK GREVİ, ÖLÜM ORUCU VE MÜDAHALE SORUNU

*Dr. ÖMER ÖMEROĞLU**

Giriş

Bireyler isteklerine ulaşmak ya da beğenmedikleri bir durumu protesto etmek için tarih boyunca birbirinden farklı birçok yöntem denemiştir. Bunlardan biri açlık grevi, diğeri de ölüm orucudur. Eski Roma döneminden günümüze kadar uzanan süreçte, açlık grevleri ve ölüm oruçları özellikle hükümlü, tutuklu ve gözaltındaki kişilerin kullandığı bir protesto biçimine dönüşmüştür. Günümüz demokrasilerinde açlık grevleri ve ölüm oruçlarına eskiye oranla daha hoşgörölü bakılmaktadır. Ancak bu tür eylemlerin yaşam hakkı açısından sorunlar doğurabileceği gerçeği de modern demokrasilerin dikkatinden kaçmamıştır. Bu nedenle günümüz demokrasilerinin konuya bakış açısı, ifade özgürlüğüne saygıyla yaşam hakkını koruma ilkelerinin bir dengesini oluşturmak şeklindedir. Bu yaklaşımdan hükümlü, tutuklu ve gözaltındaki kişilerin açlık grevi ve ölüm orucu eylemlerine müdahale edilebileceği sonucu çıkmaktadır. Bu çalışmada açlık grevi ve ölüm orucunun tanımı, tarihçesi, uluslararası belgelerde, iç hukukta, karşılaştırmalı hukukta konuyla ilgili düzenlemeler, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarındaki bakış açısı ve özellikle buna göre müdahale sorunu incelenecektir.

1) Tanım

Açlık grevi ve ölüm orucu konusunda çeşitli tanımlar yapılmıştır. Açlık grevi ile ilgili genel kabul gören tanım, açlık grevinin belirli bir olayı, tutumu, davranışı protesto etmek için çeşitli istekleri kabul ettirmek ya da savunulan görüşlere salt ilgi çekmek amacıyla uygulanan ve greve katılanların yemek yemeyerek kendilerini aç bırakmaları esasına dayanan bir yöntem

* Kayseri Cumhuriyet Savcısı.

olduğudur¹. Bir başka tanıma göre açlık grevi, çoğunlukla isteklerini elde etmek için başkaca seçeneği olmayan insanlar tarafından yapılan bir protesto biçimidir². Farklı bir tanım ise açlık grevini, bireyin istemli tavrı sonucu eksojen (vücut dışından) gıda alımını durdurması olarak tarif etmektedir³. Ölüm orucu ise kişinin beslenmeyi tamamen reddettiği açlık grevinin son şekli olarak tanımlanmaktadır⁴. Diğer bir tanım ölüm orucunun belirli bir süre ile kısıtlanmamış açlık grevi olduğu yolundadır⁵. Benzer bir görüş de, ölüm orucunu ölüm hedefli açlık grevi terimini kullanarak, belirli bir süreden fazla devam eden (örneğin 30 gün) veya başlangıçtan itibaren su dahil hiçbir gıdayı almamak biçiminde ortaya çıkan açlık grevi şeklinde tanımlamaktadır⁶.

Değerlendirme yapıldığında tanımların içinde genellikle iradi olma koşulunun yer almadığı görülmektedir. Kanımızca açlık grevi bireyin, konumuz açısından da hükümlü, tutuklu ve gözaltında bulunanın iradi tavrıyla, bir amaca ulaşmak ya da bir olay veya durumu protesto etmek için gıda alımını kısmen veya tamamen durdurması olarak tanımlanabilir. Ölüm orucu ise sonunda ölüm olabileceği öngörüsünün bulunduğu açlık grevi türü biçiminde tanımlanmalıdır. Burada dikkat edilmesi gereken gıda alımının-kısmen ya da tamamen- iradi olarak durdurulmuş olmasıdır, irade yoksa açlık grevi ve ölüm orucundan bahsetmeye olanak bulunmadığı düşüncesindeyiz. Eğer hükümlü ve/veya tutuklu ve/veya gözaltındaki kişi başkalarının maddi ya da manevi zorlamasıyla gıda alımını durduruyorsa, burada açlık grevi veya ölüm orucundan değil aç bırakılmaktan söz edilebilir.

¹ Feyzioğlu, Metin (1993): “Açlık Grevi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:43,S:1-4, s.157.

² Altun, Gürcan/ Altun, Betül Uğur (2009): “ Açlık ve Açlık Grevlerinin Klinik, Etik ve Hukuki Açısından Değerlendirilmesi”, Klinik Gelişim Dergisi, C:22 (Adli Tıp Özel Sayısı), s.144.

³ Özkalıpçı, Ö/Çolak, B/Biçer, Ü: “4 Olayda Açlık Grevine Bağlı Ölümün Adli Tıp Açısından İrdelenmesi”, 8. Ulusal Tıp Günleri, Poster Sunuları Kitabı, Antalya 1995, s.201.

⁴ Sevinç, Murat (2002): “Bir İnsan Hakları Sorunu Olarak: Açlık Grevleri”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C:57, S:1, s.114.

⁵ Altun/Altun, agm, s.143.

⁶ Taşkın, Ahmet (2002), “Ceza İnfaz Kurumlarında Açlık Grevleri”, Adalet Dergisi, Y:93, S:11, s.69.

II) Tarihçe

Açlık grevi ve ölüm oruçlarının tarihi çok eskilere gitmektedir. Roma döneminde Hıristiyanların baskıya karşı tepki olarak açlık grevine başvurdukları, yine imparator Tiberius döneminde İmparator'un yakın arkadaşı ve avukat olan Nerva'nın cinayet ve işkence olaylarını protesto etmek için ölüm orucuna girdiği bilinmektedir⁷. Eski çağlarda, Japonyada birinin düşman olarak kabul ettiği kişinin kapısının önünde, kendini aç bırakarak oturması onu aşağılamak ve zor durumda bırakmak için başvurulan bir eylem olmuştur⁸. Çarlık Rusyasında sürgüne yollanmış bazı kişilerle siyasi hükümlüler açlık grevine başvurmuş, 1909 yılında İngiltere topraklarında kadınlara oy hakkı verilmesi için mücadele eden ve bu süreçteki bazı eylemlerinden dolayı mahkum olan kadınlar açlık grevi yapmıştır. 1920 yılında İrlanda da siyasi hükümlülerin açlık grevi yöntemini kullandıkları, özellikle 1970 yılında açlık grevi uygulamalarının dünya üzerinde yaygınlaştığı görülmüştür⁹. 1970 yılının sonunda İrlanda da bazı tutuklular tarafından açlık grevleri gerçekleştirilmiş, 1981 yılında cezaevlerinde 10 kişi açlık grevlerine bağlı ölmüştür. 20. yüzyılın başlarında Amerika Birleşik Devletlerinde açlık grevleri görülmüştür¹⁰.

Ülkemizde açlık grevlerinin tarihi yenidir. İlk kez 1970'te ortaya çıkan açlık grevleri, 1984, 1996, 2000, 2007 yıllarında da görülmüş olup¹¹, bazen cezaevlerimizde açlık grevi ve ölüm orucu girişimlerine rastlanabilmektedir.

III) Uluslararası Belgelerde Açlık Grevi Ve Ölüm Orucu

1975 yılının Ekim ayında Dünya Tabipler Birliği'nce kabul edilen Tokyo Bildirgesi'ne göre bir hükümlü beslenmeyi reddettiğinde, eğer hekim, beslenmeyi gönüllü olarak reddetmenin yol açacağı sonuçlar üzerinde kişinin tam ve doğru bir yargıya varacak yetenekte olduğu kanısında ise, bu kişiyi damardan beslemeyecektir. Hükümlünün böyle bir yargıya varma yeteneği

⁷ Soyer, Ata (2001): "Açlık Grevleri / Ölüm Oruçları Türk Tabipleri Birliği ve Son Tartışmalar", <http://www.ttb.org.tr> (Erişim Tarihi 15.03.2012).

⁸ Sevinç, agm, s.114.

⁹ Soyer, agm, <http://www.ttb.org.tr> (Erişim Tarihi 15.03.2012), Feyzioğlu, agm, s.159.

¹⁰ Taşkın, agm, s.71.

¹¹ Oğuz, Y.N/Miles S.H (2005), "The physician and prison hunger strikes: reflecting on the experience in Turkey", *Journal of Medical Ethics*, Vol:31, No:3, s.169, Taşkın, agm, s.71, Altun/Altun, agm, s.144.

ile ilgili karar, en azından bir başka bağımsız hekimce onaylanmalıdır. Beslenmeyi reddetmenin yol açacağı sonuçların hekim tarafından hükümlüye anlatılması gerekmektedir¹². Dünya Tabipler Birliği'nin 1991 tarihli olup 1992'de değişiklik yaptığı Malta Bildirgesi'nin öngördüğü ilke ve öneriler şu şekildedir: açlık grevcisiyle karşılaşan hekimler birbirleriyle çelişen değerlerle karşı karşıya kalırlar. Yaşamın kutsallığına saygı gösterilmesi her insan için etik bir zorunluluktur. Hekimlik mesleğinde ise bu konu daha da önemlidir, hekim hastanın yaşamını sürdürmek ve onun yararı için sanatının bütün gereğini yerine getirmek durumundadır. Hastanın kendi aldığı karara saygı göstermek hekimin görevidir. Hekim, müdahale etmeden önce hastayı durumdan bilgilendirerek iznini alır, ancak acil durum ortaya çıktığında, hekim hasta için en iyi olanı yapmak zorundadır. Bu çelişki, özellikle müdahaleyi reddettiği konusunda açık bir beyana sahip olan açlık grevcisi komaya girdiğinde ve ölmek üzereyken ortaya çıkar. Ahlaki yükümlülükleri açısından hekim hastanın iradesine aykırı da olsa hastayı yaşama döndürmek zorundadır; mesleki sorumluluğu açısından ise sonuçta hastanın kendi iradesine saygı göstermek durumundadır. Müdahale etmek hastanın kendi iradesine aykırı bir durumu ortaya çıkarabilir. Müdahale etmeme durumunda ise hekim önleyebileceği bir trajik ölümle karşılaşabilir. Açlık grevi yapan kişiyle hekim arasında bir hekim-hasta ilişkisi vardır; hekim herhangi bir hastasıyla girdiği ilişkide olduğu gibi, uygulamasını öneriler ya da tedavi yoluyla yapabilir. Bu ilişki, hasta bazı tedavi ve müdahaleleri kabul etmese de sürebilir. Bir hekim açlık grevcisinin bakımını üstlendiği andan itibaren o kişi hekimin hastası olur. Bu durumda hasta-hekim ilişkisindeki tüm uygulama ve sorumluluklar, karşılıklı güven ve gizlilik de dahil olmak üzere geçerlidir. Müdahale etmek ya da etmemek konusundaki son karar, amaçları hastanın iyileşmesi olmayan üçüncü kişilerin müdahalesinden uzak tutularak, hekime bırakılmalıdır. Hekim, hastaya vermiş olduğu tedaviyi reddetme kararını onaylayıp onaylamadığını açıkça belirtmelidir. Eğer hekim hastanın tedaviyi reddetme kararını onaylamıyorsa, onun başka bir hekim tarafından takip edilmesini sağlamalıdır¹³.

¹² Bkz. Nursal, Necati (2002), Uluslararası Cezaevi Standart Kuralları ve İlgili Sözleşmeler, (Ankara, Adalet Bakanlığı Yayını), s.428.

¹³ Crosby, S. Sondra/Apovion, M. Caroline/Grodin, A. Michael (2007), "Hunger Strikes, Force-feeding, and Physicians Responsibilities", The Journal of the American Medical Association, Vol:298, No:5, s.563, Taşkın, agm, s.81.

Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi'nin bir biyoetik sözleşmesi hazırlanmasına ilişkin 1991 tarihli ve 1160 sayılı kararı doğrultusunda hazırlanan ve Avrupa Konseyi bünyesinde 1997 yılında imzaya açılan Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi (kısaca Biyotıp Sözleşmesi olarak adlandırılmaktadır) doğrudan açlık grevi ve ölüm orucu ile ilgili olmamakla beraber, sağlık alanında müdahale ile ilgili olarak şu düzenlemeleri getirmiştir:

Sağlık alanında herhangi bir müdahale, kişinin bu müdahaleye özgürce ve bilgilendirilmiş bir şekilde muvafakat vermesinden sonra yapılabilir. Kişiye, müdahalenin amacı ve niteliği ile sonuçları ve tehlikeleri hakkında gerekli bilgiler verilmelidir. Muvafakat geçerli bir irade olmak koşuluyla her zaman geri alınabilir. Muvafakat verme yeteneği bulunmayan bir kimse üzerinde tıbbi müdahale, sadece onun doğrudan yararı için yapılabilir. Müdahaleye muvafakatini verme yeteneği bulunmayan bir küçüğe, sadece temsilcisinin veya kanun tarafından belirlenen makam, kişi veya kuruluşun izni ile müdahalede bulunulabilir¹⁴. Küçüğün görüşü, yaşı ve olgunluk derecesiyle orantılı bir şekilde, gittikçe daha belirleyici bir etken olarak göz önüne alınacaktır¹⁵.

Bu konuda önemli bir belge de Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin (98) 7 Sayılı Tavsiye Kararıdır. Bu kararda açlık grevleri konusunda öneriler şöyle sıralanmaktadır:

Tedavinin reddedilmesi halinde, hekim bir tanık huzurunda, hasta tarafından imzalanan yazılı bir beyan talep etmelidir. Hastanın durumunu tam olarak kavramasının sağlanmış olması gereklidir. Hasta tarafından kullanılan dil nedeniyle kavrama güçlüklerinin oluşması halinde, deneyimli bir tercümanın hizmetine başvurulması gerekir. Açlık grevi yapan bir kişinin klinik olarak değerlendirilmesi, bir psikiyatrik servise nakledilmesini gerektirecek ciddi ruhsal bozukluk içinde değilse, sadece hastanın açık iznine dayalı olarak yapılabilecektir. Açlık grevi yapanlara, yaptıklarının, kendileri üzerindeki zararlı etkiler konusunda nesnel açıklamalar yapılacak ve böylece, uzun süre açlık grevinde olmanın tehlikelerini anlamaları sağlanacaktır. Açlık

¹⁴ Çobanoğlu, Nesrin (2009), "Kısıtlılarda ve Özel Gruplarda Klinik Araştırma Etiği", 7. Ulusal Sempozyum Sağlık Bilimlerinde Süreli Yayıncılık (Türk Tıp Dizini), s.108-109.

¹⁵ Katoğlu, Tuğrul (2006), "Türk Hukukunun Bir Parçası Olarak Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:55, S:1, s.167.

grevi yapanın durumu önemli ölçüde kötüleşmekte ise, hekimin bu gerçeği ilgili makama rapor etmesi gerektiğini bilmesi ve ulusal mevzuata göre önlem alması gereklidir¹⁶.

IV) Karşılaştırmalı Hukukta Açlık Grevi ve Ölüm Orucuna İlişkin Düzenlemeler

Güney Afrikada, İç Güvenlik Yasası ve Olağanüstü Hal Yönetmeliği'ne dayanılarak açlık grevi ve ölüm oruçlarına müdahale edilmektedir. Hukuksal bağlayıcılığı olmamakla beraber bu konuda nasıl hareket edilmesi gerektiğine dair Güney Afrika Tabipler ve Dış Tabipleri Ulusal Birliği'nce alınan kararlar şöyledir:

İki haftadan daha uzun süre açlık grevinde olan veya vücut ağırlıklarının yüzde 10'undan daha fazlasını kaybeden grevciler, kendi rızalarıyla cezaevi olmayan hastanelere kaldırılmalıdır. Hastaneye kaldırılmaya razı olmak, diğer tedavi yöntemlerine rıza göstermek anlamına gelmez. Bu hüküm, başka tıbbi nedenlerden dolayı açlık grevcilerinin daha önce hastaneye kaldırılması gerekliliğini ortadan kaldırmaz. Hiçbir tıbbi personel, açlık grevini sona erdirmesi için açlık grevine giden kişi üzerinde herhangi bir baskı uygulamaz; ancak, açlık grevine giden kişiye açlık grevinin tıbbi sonuçları konusunda uzmanca bilgi verilmelidir. Açlık grevinde olan kişilere tıbbi bakım ve tedavi koşulsuz olarak sağlanmalıdır. Açlık grevine giden kişilerin bağımsız olan ikinci bir kaynaktan uzman görüşü alma hakkı vardır. Açlık grevine giden kişiye zorla yemek verilmeyecektir. Karar veremeyecek hale geldiği andan itibaren, açlık grevine giden kişi tedavi isteğini belirten bir belge yapmaya teşvik edilmeyecektir¹⁷.

İngiltere'de açlık grevi ve ölüm oruçlarına müdahale yasal olarak mümkün olmakla beraber bu konuda İngiliz Tabipler Birliği'nin "hastanın (açlık grevi veya ölüm orucundaki kişi) özerkliğine saygı göstermeyle, yararına olan alanlarda müdahale etme arasında bir denge oluşturulmalıdır" şeklindeki ilke kararı uygulanmaktadır. Bu ilke 1981 yılında yayınlanan Tıbbi Etik El Kitabı'yla yaşama geçirilmiştir. Müdahale konusundaki kararı hekim ve-

¹⁶ Murdoch, Jim (2006), The treatment of prisoners European standarts, (Strasbourg, Council of Europe Publishing), s.225, Nursal, age, s.25.

¹⁷ Soyer, agm, <http://www.ttb.org.tr> (Erişim Tarihi 15.03.2012).

recek ve bu ilke doğrultusunda müdahale edecek veya etmeyecektir¹⁸. Ceza infaz kurumları ve tutukevlerinde ortaya çıkan açlık grevi ve ölüm orucu eylemlerine Amerika Birleşik Devletleri, Belçika, İspanya, İsviçre, Portekiz, Fas gibi ülkelerde de yasal düzenlemelere uygun olarak müdahale edilmektedir. Avusturya Ceza İnfaz Kanunu'nun 69. maddesi açlık grevine başlayan hükümlü ve tutukluların sıvı alımını iki gün, katı gıda alımını yedi gün reddetmeleri halinde, kendilerine zorla tedavi ve beslenme uygulanacağını hükme bağlamaktadır. Fransız Ceza Mahkemeleri Usulü Kanunu'nun 290. maddesi hükümlü veya tutuklunun uzun süren açlık grevine gitmesi ve ölüm tehlikesi bulunması durumunda zorla beslenme ve tedaviye izin vermektedir. Alman Ceza İnfaz Kanunu'nun 101. maddesine göre açlık grevi ya da ölüm orucu halindeki hükümlü ya da tutuklunun hayati tehlike içinde olması veya sağlığının ciddi şekilde bozulması hallerinde zorla beslenme ve tıbbi tedavi uygulamasını öngörmektedir¹⁹.

V) Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları'nda Durum

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 24/09/1992 tarihinde Herczegfalvy isimli şahsın Avusturya aleyhine açtığı davada, bir psikiyatri kurumunda yatan akıl hastasına zorla beslenme uygulanmasının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne aykırı olmadığını karara bağlamıştır²⁰. Mahkeme bu kararında, kendisiyle ilgili kararları veremeyecek durumda olan kişilerin, tıp biliminin kurallarına uygun olmak koşuluyla zorla beslenebilecekleri gerekçesine yer vermiştir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 05/04/2005 tarihli Nevmerzhitsky/Ukrayna, 19/06/2007 tarihli Ciorap/Moldova kararlarında, bilinç yerinde bile olsa rıza olmaksızın yaşam hakkını korumak amacıyla hükümlülerin açlık grevi ve ölüm oruçlarına, insanlık onuruna uygun ve ölçülü biçimde müdahale edilebileceğini ve zorla besleme yapılabileceğini belirtmiştir²¹. Mahkemenin yaklaşımı bir yandan yaşam hakkını korurken,

¹⁸ Gregory, Bernadette (2005), "Hunger striking prisoners: the doctors' dilemma", British Medical Journal, Vol:313, No:7521, s.913, Sevinç, agm, s.117.

¹⁹ Taşkın, agm, s.84.

²⁰ Tezcan, Durmuş/Erdem, M.Ruhan/ Sancakdar, Oğuz (2004), Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, (Ankara, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı Yayını), s.147.

²¹ Anayurt, Ömer (2009), "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde İşkence ve Kötü Muamele Yasağı", İşkencenin Önlenmesi ve İstanbul Protokolü, Editör: İlyas Doğan, (Ankara,

diğer yandan ifade özgürlüğüne değer vermek ve ancak yaşam hakkının korunması açısından zorunluluk bulunması halinde müdahaleyi sözleşmeye uygun bulmak şeklindedir, yaşam hakkının korunması açısından zorunluluk varsa rızasız, yani zorla beslemenin ve diğer tıbbi müdahalelerin de sözleşmeye aykırı olmadığı kabul edilmektedir²². Mahkeme, sırf protesto eylemini sona erdirmek amacıyla müdahale yapılmaması gerektiğini kararlarında vurgulamaktadır. Ayrıca, Mahkeme müdahalenin şekline de önem vermektedir. Müdahalenin insanlık dışı muamele biçimine gelmemesi, insani ve ölçülü olması ve kişiye bulunduğu durumdan daha fazla acı ve eziyet vermemesi zorunluluk olarak görülmektedir²³.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 1639/03 sayılı M. H. yakınlarının Türkiye'ye karşı açtığı davada cezaevinde açlık grevi yaparken kaldırıldığı hastanede beslenmeyi ve tedaviyi reddetmeye bağlı olarak ölen M. H.'un, devletin yeterli tedavi imkanı sunmasına rağmen, bilinci yerindeyken beslenmeyi reddetmiş olmasına dayalı ölümünde, yaşam hakkı açısından sözleşmeye aykırılık görmemiştir²⁴.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi açlık grevini hem düşünceyi ifade etme hak ve özgürlüğü, hem de yaşama hakkı çerçevesinde değerlendirmekte, açlık grevi ve ölüm oruçlarına müdahale edilebileceğini kabul etmekte, ancak müdahalenin şekline de önem vermekte ve müdahale biçimine göre sözleşmeye aykırılık olup olmadığı saptamaktadır. Bunun yanında, üye devletin yaşam hakkını korumak konusunda etkin ve yerinde müdahalesine rağmen, kendi iradesiyle açlık grevi ya da ölüm orucuna giren hükümlü ve/veya tutuklunun ölümü halinde, üye devlet açısından yaşam hakkının ihlal edilmediğini hükme bağlamaktadır.

VI) İç Hukukta Açlık Grevi ve Ölüm Orucuyla İlgili Düzenlemeler

Anayasa 17. maddesinde yaşama hakkını düzenlemektedir. Bu maddeye göre, herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir. Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin

Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı Yayını), s. 252, Erdal, Uğur/Bakırcı, Hasan (2006), Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Uygulama El Kitabı (Cenevre, OMCT Yayını), s.108.

²² Önok, R. Murat (2006), Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu, (Ankara, Seçkin Yayını), s.251.

²³ Anayurt, age, s.252.

²⁴ Bkz. <http://www.insanhaklari Merkezi> (Erişim Tarihi 06.04.2010).

vücut bütünlüğüne dokunulamaz, rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz. Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya tabi tutulamaz. Anayasanın 26. maddesinin birinci fıkrasına göre herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir.

Biyotıp Sözleşmesi'ni uluslararası hukuk belgesi olduğu kadar, bir iç hukuk düzenlemesi olarak değerlendirmek de gerekmektedir. Anayasamızın 90. maddesine göre usulüne uygun olarak kabul edilmiş ve yayınlanmış olan²⁵ Biyotıp Sözleşmesi'nin hukukumuzun bir parçası haline geldiğinde tereddüt yoktur²⁶.

Normatif değeri olmamakla beraber Türk Tabipleri Birliği'nin 1998 yılında kabul ettiği Hekimlik Meslek Etiği kuralları da önem taşımaktadır. İleride tıp etiği başlığı altında bu ilkeler ayrıca incelenecektir.

5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu ve 5275 Sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un kabulüyle iç hukukta açlık grevi ve ölüm oruçlarıyla ilgili açık düzenlemeler getirilmiştir. 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun hak kullanımı ve beslenmeyi engelleme başlıklı 298. maddesinin düzenlemesi şöyledir:

(1) Ceza infaz kurumları ve tutukevlerinde bulunan hükümlü ve tutukuların haberleşmelerini, ziyaretçileriyle görüşmelerini, iyileştirme ve eğitim programları çerçevesinde eğitim ve spor, meslek kazandırma ve işyurdu çalışmaları ile diğer sosyal ve kültürel faaliyetlere katılmalarını, kurum tabince muayene ve tedavi edilmelerini, müdafî ve avukat, tayin etmelerini,

²⁵ Biyotıp sözleşmesi Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun 5013 sayılı olup, 09/12/2003 tarihli Resmi Gazetede yayınlanarak yürürlüğe girmiştir.

²⁶ Aynı yönde Katoğlu, agm, s.157. Anayasamızın 90. maddesinin son fıkrası "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. (Ek: 7.5.2004-5170/7 md.) Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır" düzenlemesini taşımaktadır. Biyotıp Sözleşmesi usulüne uygun olarak kabul edilmiş ve yayınlanmış bulunduğu göre, uluslararası hukukun olduğu kadar iç hukukumuzun da bir parçasıdır. Anayasanın 90. Madde metninin tamamı için bkz. Gözler, Kemal (2010), Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, (Bursa, Ekin Yayınevi).

bunlarla görüşmelerini, mahkemelere veya Cumhuriyet başsavcılıklarına gitmelerini, kurum görevlileri ile görüşmelerini, salıverilenlerin, kurum dışına çıkmalarını her ne suretle olursa olsun engelleyenler, hükümlü ve tutukluları bu fillere teşvik edenler, bu yolda talimat verenler, mevzuatın hükümlü ve tutuklulara tanıdığı sair her türlü görüşme ve temas olanağını engelleyenler, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılırlar.

(2) Hükümlü ve tutukluların beslenmesini engelleyenler hakkında iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası verilir. Hükümlü ve tutukluların açlık grevine veya ölüm orucuna teşvik ve ikna edilmeleri ya da bu yolda kendilerine talimat verilmesi de beslenmenin engellenmesi sayılır.

(3) Beslenmenin engellenmesi nedeniyle kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerinden biri veya ölüm meydana gelmiş ise ayrıca kasten yaralama veya kasten öldürme suçlarına ilişkin hükümlere göre cezaya hükmolunur.

5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un hükümlünün kendisine verilen yiyecek ve içecekleri reddetmesi başlıklı 82. maddesi şu şekildedir:

(1) Hükümlüler, hangi nedenle olursa olsun, kendilerine verilen yiyecek ve içecekleri sürekli olarak reddettikleri takdirde; bu hareketlerinin kötü sonuçları ile bırakacağı bedensel ve ruhsal hasarlar konusunda ceza infaz kurumu hekimince bilgilendirilirler. Psiko-sosyal hizmet birimince de bu hareketlerinden vazgeçmeleri yolunda çalışmalar yapılır ve sonuç alınmaması halinde, beslenmelerine kurum hekimince belirlenen rejime göre uygun ortamda başlanır.

(2) Beslenmeyi reddederek açlık grevi veya ölüm orucunda bulunan hükümlülerden, birinci fıkra gereğince alınan tedbirlere ve yapılan çalışmalara rağmen hayati tehlikeye girdiği ve bilincinin bozulduğu hekim tarafından belirlenenler hakkında, isteklerine bakılmaksızın kurumda olanak bulunmadığı takdirde derhal hastaneye kaldırılmak suretiyle muayene ve teşhise yönelik tıbbi araştırma, tedavi ve beslenme gibi tedbirler sağlık ve hayatları için tehlike oluşturmamak şartıyla uygulanır.

(3) Yukarıda belirtilen haller dışında, bir sağlık sorunu olup da muayene ve tedaviyi reddeden hükümlülerin sağlık veya hayatlarının ciddi tehlike içinde olması veya ceza infaz kurumunda bulunanların sağlık veya hayatları için tehlike oluşturan bir durumun varlığı halinde de ikinci fıkra hükümleri uygulanır.

(4) Bu maddede öngörülen tedbirler, kurum hekiminin tavsiye ve yönetimi altında uygulanır. Ancak, kurum hekiminin zamanında müdahale edememesi veya gecikmesi hükümlü için hayati tehlike doğurabilecek ise, bu tedbirlere ikinci fıkrada belirtilen şartlar aranmaksızın başvurulur.

(5) Bu madde uyarınca hükümlülerin sağlıklarının korunması ve tedavilerine yönelik zorlayıcı tedbirler, onur kırıcı nitelikte olmamak şartıyla uygulanır.

Türk Ceza Kanunu'nun hükümlü ve tutukluların beslenmesinin engellenmesi fiilini suç olarak düzenlemesinin yerinde bir hareket tarzı olduğu düşüncesindeyiz. Hükümlü ve tutukluların açlık grevi ve ölüm orucuna teşvik ve ikna edilmelerinin suç olarak düzenlenmesinin gerekli olup olmadığı tartışmalı bir konudur. Bu konudaki etraflı tartışmalara girmek konumuzun kapsamı dışında kalmaktadır. Bununla birlikte suçun adı beslenmeyi engelleme olduğuna ve engelleme teriminin de kişinin istek ve arzusuna aykırılığı ifade ettiğine göre, teşvik ve iknanın engelleme sayılması değerlendirmemize göre terminolojik açıdan yerinde olmamıştır.

VII) Konuyla İlgili Tıp Etiği İlkeleri

Türk Tabipleri Birliği'nce de benimsenen gerek ulusal ve gerekse uluslararası düzeyde kabul gören tıp etiği ilkeleri yararlılık ve zarar vermeme, özerkliğe saygı, aydınlatılmış onam, sır saklama veya gizlilik, adalet, vicdani ve mesleki kanaat ilkeleridir. Yararlılık ve zarar vermeme ilkesi temelini Hipokrat yemininde bulur, bu ilke hekime hastayı iyileştirme, sağlık ve yaşamını koruma ve ona zarar vermeme sorumluluğunu yükler. Özerkliğe saygı ilkesi ise hekimin hastanın duygu ve isteklerine değer vermesi ve saygı göstermesini gerektirir. Bu ilke hekim ve hastayı eşitlemektedir. Aydınlatılmış onam ilkesi ise hekimin hastasına müdahale ederken onu anlayabileceği biçimde bilgilendirmesi ve rızasını alması anlamına gelmektedir. Sır saklama veya gizlilik ilkesi de hekim-hasta ilişkisi nedeniyle, hekimin hastasından öğrendiği sırları ve bilgileri saklaması gerekliliğini ifade etmektedir. Adalet ilkesi araç, gereç dahil tıbbi hizmetin eşit ve dürüst dağılımını anlatmaktadır. Vicdani ve mesleki kanaat ilkesi de hekimlerin savaşlar ve her türlü olağanüstü durumlar dahil mesleğin uygulamasında insan hakları, insanlık onuru

ve mesleğin ortak kurallarına uygun davranmaları olarak açıklanabilen ilkedir²⁷.

VIII) Müdahale Sorunu

Öncelikle tanımlamalarımızı yaparken belirttiğimiz üzere kişinin iradesiyle hareket etmediği durumları açlık grevi ve ölüm orucu olarak nitelediğimizden, bireyin iradesi dışında maddi veya manevi zorlamayla ya da ikisiyle aç kalmaya sevk edildiği durumlarda müdahale edilebileceği konusunda bir tereddüt bulunmadığı düşüncesindeyiz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de Herczeczfalvy/Avusturya davasında kendi adına karar vermeyecek durumdaki kişinin zorla beslenebileceğini kabul etmiştir. Mahkemenin tutumu düşüncemizle örtüşmektedir. 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 298. maddesinde hükümlü ve tutukluların beslenmesinin engellenmesi ve açlık grevine ikna ve teşvik edilmeleri suç olarak düzenlenmiştir. Ceza genel hukuku teorisinde, bu suçun mağdurunun adliye ile beslenmesi engellenen veya açlık grevine ikna ve teşvik edilen hükümlü ve/veya tutuklu olduğu kabul edilmektedir²⁸. Kişinin suç mağduru konumundan çıkartılması devletin en önemli görevlerinden biri olduğuna göre bu durumda müdahale doğal görülmelidir²⁹.

Hukuk sistemimiz açısından konu yaşam hakkı ve ifade özgürlüğü açısından incelenmelidir. Anayasamız 17. maddesiyle yaşam hakkını koruma altına almaktadır. Anayasamızın yaşam hakkını vazgeçilmez haklardan saymasına dayanan görüş kişinin hiçbir şekilde bu hakkından vazgeçemeyeceğini, yaşam hakkının sadece üçüncü kişilere karşı değil, aynı zamanda kişilerin kendilerine karşı da korunması gerektiğini³⁰, yaşamdan vazgeçmeye ilişkin her türlü tasarrufun hukuka aykırı olduğunu ve yaşamı korumak ama-

²⁷ Kök, Ahmet Nezih (2009) "İstanbul Protokolü Bağlamında Hekime Ulaşma Hakkı ve Hekimin Uygulamakla Yükümlü Olduğu Etik İlkeler" İşkencenin Önlenmesi ve İstanbul Protokolü, Editör: İlyas Doğan, (Ankara, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı Yayını), s.70-71.

²⁸ Feyzioğlu, Metin (2006), "Hükümlü ve Tutuklularda: Beslenme ve Tedaviyi Engelleme, Zorla Besleme ve Zorla Tedavi, <http://www.turkhukuksitesi.com>. (Erişim Tarihi 06.03.2012).

²⁹ Bireyi suçun mağduru olmaktan kurtarmak onun suçu önleme görevinin bir parçasıdır. Devletin suçu önleme göreviyle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Sözer, Ali Nazım (1997), "Ceza Hukuku ve Sosyal Devlet", Kamu-İş Dergisi, C:4, S:2.

³⁰ Savcı, Bahri (1980), Yaşam Hakkı ve Boyutları, (Ankara, Ankara Üniversitesi Siyasal Fakültesi Yayını), s.31.

cıyla açlık grevi ve ölüm oruçlarına müdahale edilebileceğini savunmaktadır³¹.

Karşı görüş ise yaşam hakkının değerine vurgu yaparken, yaşamın niteliğine dikkat çekmekte ve sadece nefes almaktan ibaret bir hayatın yaşam olarak değerlendirilemeyeceğini, yaşam hakkının insanca yaşamak anlamına geldiğini, önerilen bir yöntem olmamakla beraber açlık grevi ve ölüm oruçlarına sırf yaşam hakkını korumak adı altında müdahale edilemeyeceğini kabul etmektedir³².

Düşüncemize göre yaşam hakkını korumak için açlık grevlerine ve ölüm oruçlarına müdahale edilebilir. Yaşam hakkı anayasamıza göre vazgeçilemez haklardandır. İntihara teşebbüs edene ceza verilmemesinin nedeni yaşam hakkına istisna getirmek değil intihar sürecindeki bireyin ceza tehdidinden korkarak vazgeçmekte tereddüt geçirmesini önlemektir³³. Aynı şekilde bazı hukuk sistemlerinde ötanaziye ceza verilmemesi ya da cezadan indirim yapılmasının amacı da, yaşam hakkına istisna getirmekten öte insani acıma hissine değer vermektir³⁴. İntihara teşebbüs ve ötanazi durumlarında bile yaşam hakkına istisna getirildiği savunulamazken, açlık grevleri ve ölüm

³¹ Soyaslan, Doğan (1990): “Türk Hukuk Düzeni ve Açlık Grevi Yapanlara Müdahale Sorunu”, *Yargıtay Dergisi*, C:16, S:3, s.275, Karaca, Süleyman (2001), “F Tipi Cezaevleri ve Ölüm Orucuna Müdahale”, *Adalet Dergisi*, Y:92, S:8, s.158, Fezyioğlu, açlık grevi..., agm, s.163.

³² Sevinç, agm, s.133-134.

³³ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Ömeroğlu, Ömer (2010), “İntihar, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun İntihara Bakış Açısının ve İntihara Yönlendirme Suçuna İlişkin Düzenlemesinin Değerlendirilmesi”, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hukuk Dergisi*, S:67-68.

³⁴ Ötanaziyi ölüm hakkı olarak adlandıran yazarlar bulunmaktadır. Bkz. İncooğlu, Sibel (1999), *Ölme Hakkı Ötanazi*, (İstanbul, Ayrıntı Yayını), s.132. Düşüncemizce ölme hakkı adı altında bir haktan söz edilemez. Haklılıklarına katıldığımız doğal ve modern doğal hukuk teorileri bir yana normatif anlamda haklar doğmakla başlar ve ölmekle son bulur. Bu anlamda ölme hakkını kabul etmek özgürlüğü yok etme özgürlüğünü tanımakla eş anlamlıdır. Hayat yoksa hakların varlığının da bir önemi yoktur. Ötanazi konusundaki uzun ve ayrıntılı tartışmaların değerlendirilmesi konumuzun dışında kalmaktadır. Burada kısaca belirtilmesi gereken şey, bir ceza indirimi ya da cezasızlık nedeni olarak kabul edilebilen ötanazinin ölme hakkının kabulü anlamına gelmediğidir. Ötanazi konusundaki düşüncemizi burada anlatmaya gerek görmüyoruz, ancak ötanazi, son tahlilde, acıma duygusuna dayalı ortaya çıkan ölüm olayında cezanın indirilip indirilmeyeceği ya da fiilin cezasız bırakılıp bırakılmayacağı meselesinden ibarettir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Ömeroğlu, Ömer (2009), “Hukuksal Açından Ölme Hakkı ve Kabul Edilebilirliği Sorunu”, *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C:XIII, S:3-4, s.85 vd.

oruçlarında yaşam hakkına istisna getirildiği ve yaşam hakkını koruma adına bu eylemlere müdahale edilemeyeceği düşüncesi kabul edilemez.

Açlık grevleri ve ölüm oruçları ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilmektedir³⁵. Kuşkusuz ki ifade özgürlüğü çok değerlidir, ancak bireyin yaşama hakkından vazgeçmeye çalışarak kendini ifade etmesi söz konusu olduğunda menfaatler içtihadı metoduna başvurulmalı, haklar arasında bir derecelendirme yapılarak yaşam hakkının korunmasına öncelik verilmelidir.

Aslında müdahale sorununun temelini insan onuruna bağdaşmayan veya insan bedenine aşırı zarar veren yöntemlerin uygulanması oluşturmuştur. Bu nedenle hekimlerin çoğu zaman açlık grevlerini ve ölüm oruçlarını onaylamamakla beraber, zorla besleme uygulamasının hekimin karar ve takdirine bırakılması gerektiğini savundukları ve sırf bu sebeple müdahaleye karşı oldukları görülebilmektedir³⁶. Görüşümüze göre müdahalede hekimlerin düşüncesi elbette önemlidir ve yukarıda anlatılan tıp etiği ilkeleri doğrultusunda, hekimlerin müdahale konusunda olaya özgü değerlendirilmeleri alınmalıdır. Açlık grevi ve ölüm oruçlarıyla karşılaşan hekimler yararlılık ilkesine uygun olarak yaşamı korumak ve kurtarmakla, aynı ilkeye dayalı olarak zarar vermemek ve yine özerkliğe saygı ilkesi doğrultusunda müdahale etmek ya da etmemek konusunda etik anlamda çelişki yaşayabilirler. Açlık grevi ve ölüm oruçlarına müdahale konusunda hekimler arasında etik tartışmalar çözüme bağlanabilmiş değildir. Bu nedenle de etik alanda bir çözüm arayışı yerine çözümsüzlüğü çözüm olarak kabul etmek, diğer deyişle herkesi kendi çözümüyle başbaşa bırakmak daha doğru bir yöntem olacaktır. Fakat hukuk alanında çözümsüzlük kabul edilemez, sonuç olarak uyuşmazlıklar hukuk düzenince çözüleceğine göre, hukuk düzeni bu konuda da çözümünü net bir biçimde ortaya koymalıdır. Açlık grevine ve ölüm oruçlarına müdahale konusu sadece hekimin takdirine bırakılmamalıdır. Benzer düşünceyle Danıştay 10. Dairesi, Türk Tabipler Birliği'nin hükümlü ve tutukluların açlık grevi ve ölüm oruçlarına rıza olmadan müdahale olanağı veren Ceza İnfaz Kurumları Protokolünün iptali istemiyle açılan davaya ilişkin 20.11.2002 günlü ve 2000/936 Esas ve 2002/4487 Karar sayılı kararında, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin yaşam hakkını düzenleyen 2. madde-

³⁵ Sevinç, agm, s.133.

³⁶ Reyes, Hernan, "Tutukluluk Halindeki Açlık Grevlerinin Tıbbi ve Etik Yönleri ve İşkence Meselesi", <http://www.ttb.org.tr> (Erişim Tarihi 02.01.2012), Soyer, agm, <http://www.ttb.org.tr> (Erişim Tarihi 15.03.2012).

sinin açık hükmü karşısında, Tokyo ve Malta Bildirileri'nin müdahalenin hekimlere bırakılması ilkesine uyulmadan, açlık grevi ve ölüm orucuna müdahale edilmesinin hukuka aykırı olmadığını hükme bağlamıştır³⁷. Bu kararında Danıştay 10. Dairesi, Tokyo ve Malta Bildirileri'nin zorla besleme dahil açlık grevi ve ölüm orucu halindeki hükümlü ve tutuklulara tıbbi müdahaleyi tamamıyla hekim takdirine bırakan ilkelerinin, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 2. maddesi karşısında, mutlak surette uygulama alanı bulamayacağını da kabul etmiştir.

Açlık grevi ve ölüm oruçlarıyla ilgili hukuki sorunlar Tebabet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 70. Maddesiyle, 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun zorunluluk hali ile meşru savunma konusundaki düzenlemeler doğrultusunda çözülmeye çalışılırken, 5275 Sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunun 82. maddesinin düzenlenmesiyle hükümlü ve tutukluların açlık grevi ve ölüm oruçlarına müdahale edilebileceği hususu çözüme bağlanmaya çalışılmıştır. Kanunun düzenlemesi hükümlüler ile ilgili görünmekle beraber aynı madde tutukluları da kapsamaktadır. Maddenin gerekçesindeki tutuklu ve hükümlülerin hem kendi hem de diğer tutuklu ve hükümlülerin sağlıklarını tehlikeye düşürecek davranışlardan kaçınmaları gerektiği yolundaki ibaresinden de bu sonuç çıkmaktadır. Ayrıca aynı kanunun 116. maddesi de 82. maddenin tutuklular hakkında uygulanabileceğini hükme bağlamıştır. Madde gözetimdekilerin durumunu ele almamıştır. Bu durumda gözetimdekilerin açlık grevi ve ölüm oruçlarına müdahale edilip edilmeyeceği tereddüt doğurmuştur. Güney Afrikalı hekim Kalk, hakkında hüküm verilmemiş veya kesinleşmemiş olduğu için kişi açısından gözetim altına alınmanın başlıbaşına bir tür işkence niteliğinde olduğunu ve bu nedenle gözetimdeki kişinin ölüm orucu ve açlık grevi yoluna başvurmasının doğal haklardan olduğunu savunmaktadır. Bu düşünceye dayanarak Kalk, gözetimdekilerin açlık grevi ve ölüm oruçlarına hiçbir biçimde müdahale edilemeyeceğini belirtmektedir³⁸. Bu görüşün Güney Afrikada, özellikle bir grup hekim arasında kabul gördüğü anlaşılmaktadır³⁹. Öncelikle belirtilmelidir ki gözetim işkence değildir. Hukuk sistemimizde de Erem, gözetimi ge-

³⁷ <http://www.danistay.gov.tr> (Erişim Tarihi 15.03.2012).

³⁸ Kalk, WJ/Verieva, Y (1991), "Hospital management of voluntary total fasting among political prisoners", *Lancet*, March 16, Vol:337, Issue:8742.

³⁹ Öztürk, Hafize (1997), "Gözetim, Tutukluluk ve Hükümlülük Durumlarında Hasta Hakları", *Türkiye Klinikleri Tıbbi Etik Dergisi*, S:5, s.122.

reksiz ve haksız olarak nitelenmektedir⁴⁰. Ceza muhakemesi teorisinde gözaltı zorunlu haksızlık olarak görülen bir koruma tedbiridir, bu anlamda sözü geçen düşüncenin doğruluğu kabul edilebilir, fakat gözaltının gereksizliği konusundaki görüşe katılma olanağı yoktur, yakalamanın hemen akabinde yakalanana savcı veya hakimin önüne çıkarmak çoğu zaman mümkün olmaz. Gözaltı nasıl nitelendirilse nitelensin, sırf hakim kararı olmadan özgürlüğün sınırlanmış olması nedeniyle, gözaltındaki bireyin açlık grevi ve ölüm orucuna müdahale edilemeyeceği düşüncesi haklı görülemez. Gözaltındaki bireyin yaşam hakkı, hükümlü ve tutuklular kadar değerlidir ve yaşam hakkının korunması açısından gereklilik bulunması halinde müdahale mümkün olmalıdır.

IX) Müdahale Koşulları ve Biçimi

1) Zorla Besleme

5275 Sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 82. maddesiyle müdahalenin koşulları ve biçimi belirlenmiştir, ancak bu düzenleme konuyu tartışmalı olmaktan çıkartmamıştır. Zorla beslemenin ilk koşulu, yiyecek ve içeceklerin sürekli olarak reddedilmesidir. Burada, süreklilik kavramı önem taşımaktadır. Süreklilik belirli bir devamlılık taşıma anlamına gelmektedir. Bu nedenle aralıklarla gıda alınsa da, devamedegelen beslenmeyi reddetme halinde, sürekliliğin bulunduğu kabul edilmelidir. İkinci koşul, kurum hekimince bilgilendirmeye rağmen beslenmeme davranışından vazgeçmemektir. Beslenmeme davranışının sonuçları bilgilendirilen kişi, ayrıca infaz kurumunun psiko-sosyal hizmet görevlilerince de beslenmeye başlaması konusunda ikna edilmeye çalışılacaktır. Buna rağmen beslenmeme davranışının devam etmesi halinde-kanuna göre- zorla besleme süreci başlayacaktır. Rıza besleme uygulaması için koşul sayılmamıştır. Rıza bulunmadan yapılacak besleme uygulamasının işkence niteliği taşıdığı görüşü⁴¹, uygulama insanlık onurunu kırıcı olmadığı sürece kabul edilemez. Kaldı ki, maddenin 5. fıkrası zorla besleme amaçlı tedbirlerin insanlık onurunu kırıcı olmamasını zorunlu saymaktadır. Fakat, zorla beslemenin aynı zamanda bir tıbbi müdahale olması konuyu tartışmalı hale getirmektedir. Hukuk doktrininde zorla beslemenin bir tıbbi müdahale olduğu kabul edilmekte-

⁴⁰ Erem, Faruk (1978), Ceza Usulü Hukuku, (Ankara, Sevinç Matbaası), s.524.

⁴¹ Reyes, agm, <http://www.ttb.org.tr> (Erişim Tarihi 02.01.2012).

dir⁴². Yeni doğanların tüple beslenmesi dışında, çocuk veya erişkinlerin rızaları olmadan beslenmelerinin tıbbi müdahale olduğu tıp dünyasında genel kabul görmektedir⁴³. İnsanın dişleri arasında tek bir noktada ölçülen gücün 440 kilogram olduğu ve çene kaslarının diğer kaslardan çok güçlü olup, kolay yorulmadıkları gerçeği karşısında⁴⁴, doğal yöntemlerle beslenmeyi reddeden kişilere medikal destek olmadan zorla besleme yapılamayacağı açıktır. Bu nedenle zorla beslemenin bir tıbbi müdahale türü olduğu düşüncesindeyiz.

Biyotıp Sözleşmesi'nin 5. maddesi tıbbi müdahale için ilgilinin rızasını şart koşmaktadır⁴⁵. Anayasamızın 90. maddesi 2004 yılı değişikliğiyle temel hak ve özgürlüklerle ilgili konularda kanunla uluslararası sözleşme hükümleri çatıştığında, uyuşmazlığın çözümünde uluslararası sözleşme kurallarının esas alınacağını hükme bağlamaktadır. Bu sözleşmelerin kanunla eşit olduğu ancak çatışma halinde üstün tutulabilecekleri savunulurken⁴⁶ anayasa değişikliğinden sonra anayasal değer taşıdıkları ileri sürülmeye başlanmıştır⁴⁷. Hangi görüş kabul edilirse edilsin, 2004 tarihli anayasa değişikliğinden sonra, kanunla çatışma halinde usulüne uygun kabul edilmiş ve yayınlanmış uluslararası sözleşme hükümlerine itibar edileceği kuşkusuzdur. 5275 Sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 82. maddesinin zorla beslemeyi düzenleyen 1. fıkrası rıza koşulunu taşımaması nedeniyle, temel hak ve özgürlüklerle ilgili olduğunda kuşku bulunmayan, Biyotıp Sözleşmesi hükümleriyle çatışmaktadır. Bu nedenle uygulamada göz ardı edil-

⁴² Ünver, Yener (2005), "Avrupa Biyo-Hukuk Sözleşmesi'nin Türk Hukuku'na Etkileri", Kamu Hukuku Arşivi Dergisi, Kasım Sayısı, dph.27, Hakeri, Hakan (2005), "Madde Madde Yeni TCK (5)", Radikal, 09.06.2005.

⁴³ Sarıca, Emine/Bahar, Mois (2010), "Enternal Nütrisyonnin Etik ve Yasal Yönleri", <http://kepan.org.tr> (Erişim Tarihi 14.04.2010).

⁴⁴ Aksoy, Cihan/Meriç, Hasan/Emekli, Ufuk/İbrahimoğlu, Davut (2009), Çene ve Boyun Hastalıkları (İstanbul, Hürriyet Gazetesi Yayını), s.6.

⁴⁵ Biyotıp Sözleşmesi'nin Muvafakat başlıklı 5. maddesi şu düzenlemeyi getirmektedir: "Sağlık alanında herhangi bir müdahale, ilgili kişinin bu müdahaleye özgürce ve bilgilendirilmiş bir şekilde muvafakat etmesinden sonra yapılabilir. Bu kişiye, önceden, müdahalenin amacı ve niteliği ile sonuçları ve tehlikeleri hakkında uygun bilgiler verilecektir. İlgili kişi, muvafakatini her zaman, serbestçe geri alabilir."

⁴⁶ Akkutay, Ali İbrahim (2007), "Uluslararası Antlaşmaların Türk İç Hukukundaki Konum ve Etkileri", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:11, S:1-2, s.418.

⁴⁷ Gözler, Kemal, "Milletlerarası Andlaşmalara Kanun Üstü Bir Değer Tanınabilir mi? (Anayasa Değişikliği Hakkında Bir Eleştiri)", <http://www.anayasa.gen.tr> (Erişim Tarihi 15.03.2012).

mesi gerekebilecektir. Her ne kadar, Biyotıp Sözleşmesi'nin 8. maddesi, "Acil bir durum nedeniyle uygun muvafakatın alınamaması halinde, ilgili bireyin sağlığı için tıbbî bakımdan gerekli olan herhangi bir müdahale derhal yapılabilir" düzenlemesini taşımaktaysa da, 5275 sayılı Kanun'un 1. fıkrasında düzenlenen zorla besleme uygulaması için acil bir durumun varlığı zorunlu değildir.

Bununla birlikte müdahale sorunu başlığı altında incelediğimiz üzere yaşam hakkını korumak için hükümlü, tutuklu ve gözaltındakilerin açlık grevi ve ölüm oruçlarında zorla besleme uygulaması gerekebilir. Öyleyse bu sorunun nasıl çözüleceği belirlenmelidir. Konunun tıp hukukunun genel ilkelerine göre çözülmesi gerektiğini savunan görüş, zorla besleme için mutlaka rıza gerektiğini ve bunun tek istisnasının bilinç bozulması olduğunu, bilinç yerinde olduğu sürece, hayati tehlike halinde dahi zorla besleme yapılamayacağını, bunun tedaviyi reddetme hakkının doğal sonucu olduğunu ileri sürmektedir⁴⁸. Hastaların tedaviyi reddetme haklarının bulunduğu bir gerçekliktir, bununla birlikte, düşüncemizce hükümlü, tutuklu ve gözaltındakilerin zorla besleme biçimi özgürlüğü kısıtlanmamış kişilere göre farklılık göstermektedir. 03/04/2001 tarihli Keenan/İngiltere kararında olduğu gibi Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin özgürlüklerinin kısıtlanmış ve devlet gözetimi altında olmaları nedeniyle, hükümlülerin yaşam haklarının korunması konusunda devletlere bu konumda olmayan kişilere oranla daha büyük bir hassasiyet yüklemesi⁴⁹ düşüncemizi destekler niteliktedir. Mademki, devletin hükümlü ve tutuklularla gözaltındakilere karşı farklı bir özen yükümlülüğü vardır, açlık grevi ve ölüm orucu halinde müdahale koşullarının özgürlüğü kısıtlanmamış kişilerle tıpatıp aynı olması beklenemez. Öleceğine kesin gözle bakan bir kanser hastasının tedaviyi reddetmesiyle, cezaevinde yakınlarından mektup gelmemesine içerleyerek açlık grevine başlayan ve beslenmeyi reddeden kişinin konumu aynı tutulmamalıdır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi devletin hükümlülere ilişkin yaşam hakkını koruma yükümlülüğünün, tıbbi müdahale ile ilgili bir ihlalde bulunmama yükümlülüğünden üstün olduğuna karar vermiştir⁵⁰.

⁴⁸ Ünver, agm, s.186, Hakeri, Hakan (2005), "Madde Madde Yeni TCK (5)", Radikal, 09.06.2005.

⁴⁹ Korff, Douwe (2006), Yaşam Hakkı El Kitabı, No:8, (Avrupa Konseyi Yayını), s.74.

⁵⁰ Bkz. Önok, age, s.251.

Bu durumda hükümlü, tutuklu ve gözaltındakilerin zorla beslemenin koşulları ve biçimi Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararlarına göre belirlenmeli ve şu şekilde olmalıdır: Öncelikle hükümlü, tutuklu ve gözaltındaki kişinin beslenmeye başlaması için ikna edilmeye çalışılmalı ve beslenmemeye devam etmesi halinde sağlığı açısından oluşabilecek zararlar konusunda bilgilendirilmelidir. Beslenmeme davranışının devamı halinde bilinç bozulduğu andan ve/veya hayati tehlike doğduğu andan itibaren rıza olmasa bile zorla besleme uygulamasına başlanabilmelidir. Önemli olan zorla besleme biçiminin insanlık onuruna aykırı olmamasıdır.

Bir görüş açlık grevi ve ölüm orucu halindeki hükümlü, tutuklu ve gözaltındakilerin bilincini yitirmedikleri sürece, hayati tehlike geçirseler bile, rıza olmadan zorla besleme yapılmasının sorumluk doğuracağını savunmaktadır⁵¹. Karşı görüşse Türk Ceza Kanunu'ndaki hukuka uygunluk nedenlerinin uygulama alanı bulacağını belirtmektedir. Bu görüşün ilk dayanağı zorunluluk halidir. Hayati tehlike bulunması halinde rıza olmadan zorla besleme yapılmasında, zorunluluk haline ilişkin hükümlerin uygulanacağı ve bu nedenle sorumluluk oluşmayacağını ileri sürülmüştür⁵². Bu gerekçe haklı görülmez çünkü, Türk Ceza Kanunu'nun 25. maddesinin gerekçesinden de anlaşılacağı üzere zorunluluk halinin uygulanabilmesi için bir saldırı değil tehlike bulunması gerekmektedir⁵³. Hayati tehlike tıbbi tedavi başlığı altında inceleneceği üzere- tehlike terimine rağmen- gerçek ve var olan bir durumu ifade etmektedir. Hayati tehlike içindeki kişi sağlığı o an ölebilecek biçimde bozulmuş olan kişidir. Hayati tehlike esasında tehlikeden öte bir sağlık bozukluğu hali olup, kanuni terimiyle saldırı gerçekleşmiş olduğu için zorunluluk hali uygulama alanı bulamayacaktır. Aksi kabul edilse bile durum değişmeyecektir. Zorunluluk halinin var sayılabilmesi için kişinin tehlikeye bilerek sebebiyet vermemiş olması gereklidir, açlık grevi ve ölüm orucu sonucu oluşan hayati tehlikeye birey kendisi neden olmuştur, zorunluluk haline ilişkin kurallar bu nedenle de uygulama alanı bulamayacaktır. Aynı görüş benzer olarak üçüncü kişiler lehine meşru savunmaya ilişkin kuralların

⁵¹ Ünver, agm, s.186.

⁵² Soyaslan, agm, s.279.

⁵³ Şahin, Cumhuriyet/Özgenç, İzzet (2007), Türk Ceza Hukuku Mevzuatı (Ankara, Adalet Bakanlığı Yayını), s.134.

uygulanacağını ve sorumluluk doğmayacağını kabul etmektedir⁵⁴. Açlık grevi ve ölüm orucu kişinin isteğiyle içine girdiği bir durum olup, beslenmeyi reddetme haksız saldırı sayılabilirse bu saldırı kişinin kendisinden geldiğinden üçüncü kişiler lehine meşru savunma kurallarının uygulanacağı düşüncesinin tartışmaya açık olduğu görüşünderiz. Ayrıca, Biyotıp sözleşmesinin getirdiği tıbbi müdahale ve tedaviyi reddetme hakkı dikkate alındığında beslenmeyi reddetmenin haksız saldırı olduğunu kabule olanak kalmamaktadır. Zorla beslemenin bir tıbbi müdahale olduğunu açıklamıştık, hukuk sistemleri kendi içinde çelişkiye düşemez yani bir hareket tarzını hak olarak kabul ettikten sonra aynı hareket tarzını haksız saldırı sayamaz. Bu durumda meşru savunma hükümlerinin de uygulanması mümkün olmayacaktır.

Düşüncemizce de hükümlü, tutuklu ve gözaltındaki kişilerin açlık grevi ve ölüm oruçlarına hayat kurtarmak amacıyla zorla besleme uygulamasında hukuka uygunluk nedenine dayalı olarak sorumluluk doğmayacaktır. 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 24. maddesinde hukuka uygunluk nedeni olarak düzenlenmiş olan kanun hükmünü yerine getirmektir. Ancak, bu kanun hükmü 5275 Sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkındaki Kanun'un 82. maddesinin 1.fikrası değildir, anlattığımız üzere zorla besleme bir tıbbi müdahaledir ve Biyotıp Sözleşmesi ile çatıştığından bu hükmün uygulamada gözardı edilmesi gerekebilecektir. Aslında kanunla anlatılmak istenen hukuk normu olup, bu norm kanun veya düzenleyici bir işlem⁵⁵, anayasa hükmü⁵⁶ ya da usulüne uygun kabul edilip yayınlanan bir uluslararası sözleşme olabilir. Ayrıca hukuk normunun bir hareket tarzını mutlaka zorunluluk olarak yüklemesi gerekmez, yetki veya izin vermesi yeterlidir⁵⁷. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 2. maddesi yaşama hakkını koruma altına almaktadır. Ülkemizin usulüne uygun olarak kabul edilip yayınladığı bu sözleşmenin 2. maddesi yaşam hakkını korumak için açlık grevi ve ölüm orucu halindeki hükümlü, tutuklu ve gözaltındaki kişilerin zorla beslenmesine olanak tanımaktadır. Daha önce de anlattığımız üzere Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararları da bu yöndedir. Bu durumda iç hukukumuz

⁵⁴ Feyzioğlu, Metin (2006), "Hükümlü ve Tutuklularda: Beslenme ve Tedaviyi Engelleme, Zorla Besleme ve Zorla Tedavi, <http://www.turkhukuksitesi.com>. (Erişim Tarihi 26.03.2012).

⁵⁵ Toroslu, Nevzat (2009), Ceza Hukuku Genel Kısım, (Ankara, Savaş Yayınevi), s.138.

⁵⁶ Donay, Süheyl (2007), Türk Ceza Kanunu Şerhi (İstanbul, Beta Yayınevi), s.38.

⁵⁷ Yenidünya, Caner (2009), "Türk Ceza Kanununda İnsan Ticareti Suçu", Türk Hukukunda İnsan Ticareti El Kitabı (Ankara, Uluslararası Göç Örgütü Yayını), s.118.

açısından bir hukuk normu olan, sözleşmenin 2. maddesine dayalı olarak yapılacak zorla besleme uygulaması, düşüncemizce kanun hükmünün yerine getirilmesi anlamına gelerek hayati tehlike halinde zorla beslemeyi hukuka uygun hale getirecektir. Danıştay 10. Dairesi daha önce bahsettiğimiz kararında, hükümlü ve tutukluların açlık grevi ve ölüm oruçlarına zorla besleme dahil, yaşam hakkını korumaya yönelik yapılacak tıbbi müdahalelerin hukuka uygun sayılacağını vurgularken, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 2. maddesine dayanması da görüşümüzü destekler niteliktedir. 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu, kanun hükmünü yerine getirmeyi hukuka uygunluk nedeni olarak düzenlememiş olsa bile varılacak sonuç yine aynı olacaktır. Hukuka uygunluk nedenleri ceza kanunlarında sayılanlardan ibaret değildir. Devletler hukukunun ahde vefa ilkesi gereği Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin mahkemeleri bağladığı kabul edilmektedir⁵⁸. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 2006/9-169 Esas ve 2006/184 Karar sayılı kararında, mahkemelerin bir eylemin suç oluşturup oluşturmadığını ve özellikle hukuka uygunluk nedenlerinin varlığını değerlendirirken Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarını, mutlaka göz önünde tutmaları gerektiğini vurgulamıştır⁵⁹. Hukuka uygunluk nedenleri, aksi yönde görüşlerin bulunmasına rağmen, fiili sadece ceza hukuku açısından değil, tüm hukuk düzeni açısından hukuka uygun hale getirir⁶⁰. Bu nedenle açlık grevi ya da ölüm orucu halinde olan hükümlü, tutuklu ve gözaltındaki kişilerin, bilincinin bozulması veya hayati tehlike içinde olması durumunda, rıza bulunmadan zorla besleme uygulaması yapanlar, hem cezai hem de hukuki açıdan sorumlu olmayacaktır.

2) Tıbbi Müdahale ve Tedavi

Açlık grevi ve ölüm orucu halindeki hükümlü ve tutuklulara tıbbi müdahale ve tedavi 5275 sayılı Kanun'un 82. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenmiştir. Tıbbi tedavinin koşulları bilincin bozulması veya hayati tehlike bulunmasıdır. Bilinç, bireyin kendisinden ve dışarıdan gelen uyarıların far-

⁵⁸ Hafizoğulları, Zeki (2009), "Avrupa İnsan Hakları sözleşmesini Sağlamayan Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Düzenlemeleri ve Uygulamaları", <http://www.zekihafizogullari.com> (Erişim Tarihi 03.02.2012), Başlar, Kemal (2008), Türk Mahkeme Kararlarında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (Ankara, Avrupa Konseyi Yayını), s.17.

⁵⁹ Başlar, age, s.106.

⁶⁰ Toroslu, Nevzat (2009), Ceza Hukuku Genel Kısım, (Ankara, Savaş Yayınevi), s.136.

kında olması ve uyanıklık durumu olarak tanımlanmaktadır⁶¹. Buna göre, bilinç bozulması bireyin kendisinden ve dışarıdan gelen uyaranların farkında olmaması ya da farkında olsa bile doğru biçimde tespitini yapamaması şeklinde tanımlanabilir. Konumuz açısından ise bilinç bozulması, doğru biçimde muhakeme yapma ve karar verme yeteneğinin kaybolmasıdır. Hayati tehlike, soyut bir durumu değil, gerçek ve var olan bir durumu ifade etmektedir⁶². Hayati tehlike, kişinin ölebileceğini değil, sağlığının o an için, ölebilecek kadar bozulmuş olduğunu ifade eder. 2. fıkranın tıbbi müdahale ve tedavi için aradığı bilinç bozulması koşulu Biyotıp Sözleşmesi'nin tıbbi müdahaleler için rıza arayan 5. maddesiyle uyumludur. Çünkü, bilinç bozulmuşsa rıza aramanın anlamı bulunmayacaktır. Ancak, hayati tehlike varken rıza olmadan müdahaleye olanak veren düzenlemesi Biyotıp Sözleşmesi'nin 5. maddesiyle çatışma halindedir. Bu nedenle 2. fıkranın hayati tehlike halinde rıza olmadan tıbbi müdahaleye izin veren kısmına ilişkin düzenlemesi, Anayasa'nın 90. maddesi gereği uygulamada göz ardı edilebilecektir. Biyotıp Sözleşmesi'nin 8. maddesi acil durumlar nedeniyle muvafakat alınmaması halinde tıbbi müdahaleye olanak vermekteyse de, hayati tehlike halinde bilincin yerinde olması ve muvafakat alma imkanının bulunması mümkündür. Biyotıp Sözleşmesi'nin 8. maddesinin varlığı bu anlamda sorunu çözmemektedir. Bununla birlikte zorla besleme konusunda da anlattığımız üzere, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 2. maddesine dayanılarak açlık grevi ve ölüm orucu halindeki hükümlü, tutuklu ve gözaltındaki kişilerin, hayati tehlike içerisinde bulunmaları halinde, rıza olmadan da tıbbi müdahale ve tedavi yapılabilmesi mümkündür. Burada da önemli olan müdahale ve tedavinin insanlık onurunu kırıcı olmamasıdır. Bu şekilde müdahale ve tedaviyi uygulayanlar, zorla besleme bölümünde anlatılan hukuka uygunluk nedeninden yararlanacaktır.

Sonuç

Anayasanın 90. maddesinin usulüne uygun kabul edilip yayınlanan uluslararası sözleşmelerin kanunlarla çatışması halinde, bu sözleşme hükümlerinin esas alınacağını belirten düzenlemesinden sonra bir çok sorunun iç hukuka göre çözümlenmesinin zorlaştığı bir gerçektir. Fakat, her zorluk doğası

⁶¹ Kürtüncü, Murat/Aydın, Şenay (2010), "Geçici Bilinç Kaybı: Ayrıcı Tanı ve Klinik Yaklaşım", Klinik Gelişim Dergisi, S:1, s.28.

⁶² Örsal, Metin/Katkıcı, Ufuk (1990), "Adli Tıp Adli Raporlarda Hayati Tehlike", Türkiye Klinikleri Tıp Bilimleri Dergisi, C:10, S:4, s.318.

itibarıyla kendi kolaylığını getirmektedir. Madalyonun diğer yüzü birçok sorunun uluslararası hukuk kurallarını kullanarak çözümünün kolaylaşmış olduğudur. Biyotıp Sözleşmesi'nin tıbbi müdahaleler için mutlak surette ilgilinin rızasını arayan 5. maddesine rağmen, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 2. maddesine dayanılarak hükümlü, tutuklu ve gözaltındaki kişilerin açlık grevi ve ölüm oruçlarına müdahale sorununu çözmek mümkündür. Açlık grevlerini insan hakları açısından inceleyen ve toplumdaki karşılıksız ödev istenemeyeceğini belirten görüşün⁶³, devlet tarafından bir bakış açısı gözetmeksizin karşı yorumundan çıkan sonuç, devletin de yetki verilmeden herhangi bir konudaki yükümlülüğünü yerine getiremeyeceğidir. Aslında, yetki olmaksızın yükümlülüğün var olamayacağı, mantıksal yürütmenin(usavurmanın) doğal bir sonucudur. Mademki, hükümlü, tutuklu ve gözaltındaki kişilere karşı devletin farklı bir özen yükümlülüğü vardır, bu kişilerin yaşam haklarının korunması açısından açlık grevi ve ölüm oruçlarına yapılacak müdahalelerin özgürlüğü kısıtlanmamış kimselerle birebir benzerlik göstermesi beklenilmemelidir. Hastanın tedaviyi reddetme hakkıyla, devletin bahsedilen özen gösterme yükümlülüğü makul bir yoruma tabi tutulmalıdır. Bu doğrultuda bilinç bozulması ve hayati tehlike halinde hükümlü, tutuklu ve gözaltındakilerin açlık grevleri ve ölüm oruçlarına müdahale edilebilir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 2. maddesi bu yetkiyi vermekte ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de bu yönde kararlar vermektedir. Yeter ki, müdahale insanlık onuruna uygun olsun.

⁶³ Sevinç, agm, s.134.

KAYNAKLAR

- Akkutay, Ali İbrahim (2007), “Uluslararası Antlaşmaların Türk İç Hukukundaki Konum Ve Etkileri”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 11, S: 1-2.
- Aksoy, Cihan/Meriç, Hasan/Emekli, Ufuk/İbrahimoğlu, Davut (2009), Çene ve Boyun Hastalıkları (İstanbul, Hürriyet Gazetesi Yayını).
- Altun, Gürcan/ Altun, Betül Uğur (2009): “Açlık ve Açlık Grevlerinin Klinik, Etik ve Hukuki Açından Değerlendirilmesi”, Klinik Gelişim Dergisi, C: 22 (Adli Tıp Özel Sayısı).
- Anayurt, Ömer (2009), “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde İşkence ve Kötü Muamele Yasağı”, İşkencenin Önlenmesi ve İstanbul Protokolü, Editör: İlyas Doğan, (Ankara, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı Yayını).
- Başlar, Kemal (2008), Türk Mahkeme Kararlarında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (Ankara, Avrupa Konseyi Yayını).
- Crosby, S.Sondra/Apovion, M. Caroline/Grodin, A. Michael (2007), “Hunger Strikes, Force-feeding, and Physicians Responsibilities”, The Journal of the American Medical Association, Vol: 298, No: 5.
- Çobanoğlu, Nesrin (2009), “Kısıtlılarda ve Özel Gruplarda Klinik Araştırma Etiği”, 7. Ulusal Sempozyum Sağlık Bilimlerinde Süreli Yayıncılık (Türk Tıp Dizini).
- Donay, Süheyl (2007), Türk Ceza Kanunu Şerhi (İstanbul, Beta Yayınevi).
- Erdal, Uğur/Bakırcı, Hasan (2006), Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin Uygulama El Kitabı (Cenevre, OMCT Yayını).
- Erem, Faruk (1978), Ceza Usulü Hukuku, (Ankara, Sevinç Matbaası).
- Feyzioğlu, Metin (1993): “Açlık Grevi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 43, S: 1-4.
- Feyzioğlu, Metin (2006), “Hükümlü ve Tutuklularda: Beslenme ve Tedaviyi Engelleme, Zorla Besleme ve Zorla Tedavi, <http://www.turkhukuksitesi.com>. (Erişim Tarihi 26.03.2012).
- Gözler, Kemal, “Milletlerarası Andlaşmalara Kanun Üstü Bir Değer Tanınabilir mi? (Anayasa Değişikliği Hakkında Bir Eleştiri), <http://www.anayasa.gen.tr> (Erişim Tarihi 15.03.2012).

- Gözler, Kemal (2010), *Türkiye Cumhuriyeti Anayasası*, (Bursa, Ekin Yayınevi).
- Gregory, Bernadette (2005), “Hunger striking prisoners: the doctors’ dilemma”, *British Medical Journal*, Vol: 313, No: 7521.
- Hafizoğulları, Zeki (2009), “Avrupa İnsan Hakları sözleşmesini Sağlamayan Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Düzenlemeleri ve Uygulamaları”, <http://www.zekihafizogullari.com> (Erişim Tarihi 03.02.2012).
- Hakeri, Hakan (2005), “Madde Madde Yeni TCK (5)”, *Radikal*, 09.06.2005. <http://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr>. (Erişim Tarihi 06.04.2010). <http://www.danistay.gov.tr>. (Erişim Tarihi 15.03.2012).
- İnceoğlu, Sibel (1999), *Ölme Hakkı Ötanazi*, (İstanbul, Ayrıntı Yayını).
- Kalk, WJ/Verieva, Y (1991), “Hospital management of voluntary total fasting among political prisoners”, *Lancet*, March 16, Vol: 337, Issue: 8742.
- Karaca, Süleyman (2001), “F Tipi Cezaevleri ve Ölüm Orucuna Müdahale”, *Adalet Dergisi*, Y: 92, S: 8.
- Katoğlu, Tuğrul (2006), “Türk Hukukunun Bir Parçası Olarak Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C: 55, S: 1.
- Korff, Douwe (2006), *Yaşam Hakkı El Kitabı*, No: 8, (Avrupa Konseyi Yayını).
- Kök, Ahmet Nezih (2009) “İstanbul Protokolü Bağlamında Hekime Ulaşma Hakkı ve Hekimin Uygulamakla Yükümlü Olduğu Etik İlkeler” İşkencenin Önlenmesi ve İstanbul Protokolü, Editör: İlyas Doğan, (Ankara, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı Yayını).
- Kürtüncü, Murat/Aydın, Şenay (2010), “Geçici Bilinç Kaybı: Ayırıcı Tanı ve Klinik Yaklaşım”, *Klinik Gelişim Dergisi*, S: 1.
- Murdoch, Jim (2006), *The treatment of prisoners European standarts*, (Strasbourg, Council of Europe Publishing).
- Nursal, Necati (2002), *Uluslararası Cezaevi Standart Kuralları Ve İlgili Sözleşmeler*, (Ankara, Adalet Bakanlığı Yayını).
- Oğuz, Y.N/Miles S.H (2005), “The physician and prison hunger strikes: reflecting on the experience in Turkey”, *Journal of Medical Ethics*, Vol: 31, No: 3.

Ömeroğlu, Ömer (2009), “Hukuksal Açıdan Ölme Hakkı ve Kabul Edilebilirliği Sorunu”, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: XIII, S: 3-4.

Ömeroğlu, Ömer (2010), “İntihar, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun İntihara Bakış Açısının ve İntihara Yönlendirme Suçuna İlişkin Düzenlemesinin Değerlendirilmesi”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, S: 67-68.

Önok, R.Murat (2006), Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu, (Ankara, Seçkin Yayını).

Örsal, Metin/Katkıcı, Ufuk (1990), “Adli Tıp Adli Raporlarda Hayati Tehlike”, Türkiye Klinikleri Tıp Bilimleri Dergisi, C: 10, S: 4.

Özkalıççı, Ö-Çolak, B-Biçer, Ü: “4 Olayda Açlık Grevine Bağlı Ölümün Adli Tıp Açısından İrdelenmesi”, 8. Ulusal Tıp Günleri, Poster Sunuları Kitabı, Antalya 1995, s.201-208.

Öztürk, Hafize (1997), “Gözaltı, Tutukluluk ve Hükümlülük Durumlarında Hasta Hakları”, Türkiye Klinikleri Tıbbi Etik Dergisi, S: 5.

Reyes, Hernan (1998), “Tutukluluk Halindeki Açlık Grevlerinin Tıbbi ve Etik Yönleri ve İşkence Meselesi”, <http://www.ttb.org.tr> (Erişim Tarihi 05.01.2012).

Sarıca, Emine/Bahar, Mois (2010), “Enternal Nütrisyonun Etik ve Yasal Yönleri”, <http://kepan.org.tr> (Erişim Tarihi 14.04.2010).

Savcı, Bahri (1980), Yaşam Hakkı ve Boyutları, (Ankara, Ankara Üniversitesi Siyasal Fakültesi Yayını).

Sevinç, Murat (2002): “ Bir İnsan Hakları Sorunu Olarak: Açlık Grevleri”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C: 57, S: 1.

Soyaslan, Doğan (1990): “Türk Hukuk Düzeni ve Açlık Grevi Yapanlara Müdahale Sorunu”, Yargıtay Dergisi, C: 16, S: 3, s.269-290.

Soyer, Ata (2001): “Açlık Grevleri / Ölüm Oruçları Türk Tabipleri Birliği ve Son Tartışmalar”, <http://www.ttb.org.tr> (Erişim Tarihi 15.03.2012).

Sözer, Ali Nazım (1997), “Ceza Hukuku ve Sosyal Devlet”, Kamu-İş Dergisi, C: 4, S: 2.

Şahin, Cumhur/Özgenç, İzzet (2007), Türk Ceza Hukuku Mevzuatı (Ankara, Adalet Bakanlığı Yayını).

Taşkın, Ahmet (2002), “Ceza İnfaz Kurumlarında Açlık Grevleri”, Adalet Dergisi, Y: 93, S: 11.

Tezcan, Durmuş/Erdem, M.Ruhan/ Sancakdar, Oğuz (2004), Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, (Ankara, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı Yayını).

Toroslu, Nevzat (2009), Ceza Hukuku Genel Kısım, (Ankara, Savaş Yayınevi).

Ünver, Yener (2005), “Avrupa Biyo-Hukuk Sözleşmesi’nin Türk Hukuku’na Etkileri”, Kamu Hukuku Arşivi Dergisi, Kasım Sayısı.

Yenidünya, Caner (2009), “Türk Ceza Kanununda İnsan Ticareti Suçu”, Türk Hukukunda İnsan Ticareti El Kitabı, (Ankara, Uluslararası Göç Örgütü Yayını).

Özel Hukuk

AFET SİGORTALARI KANUNU'NA GÖRE ZORUNLU DEPREM SİGORTASI SÖZLEŞMESİNİN TARAFLARI

*Yrd. Doç. Dr. Nuray BARLAS**

GİRİŞ

Ülkemiz, yerküreyi kuşatan önemli deprem¹ kuşakları üzerinde yer almakta ve büyük bölümü farklı şiddetlerdeki deprem riskleri ile karşı karşıya bulunmaktadır.

Türkiye'nin Rusya, Endonezya, Pakistan ve Brezilya'dan sonra dünyanın en yüksek deprem riski taşıyan ülkesi olması² açısından konu daha da büyük önem taşımaktadır. Son yüzyılda yaşananlar içinde belki de en büyük felâkete sebebiyet veren deprem, 17 Ağustos 1999 tarihinde Marmara Bölgesi'nde meydana gelmiş ve insanlar 17 Ağustos'ta gerçekten bir kâbusa uyanmışlardır³.

Bu acı tablo, depremden etkilenen diğer illerde de farklı değildi. Yüzyılın ülkemiz bakımından getirdiği bu büyük doğal afetin hemen ardından daha öncekinin izleri silinmeden, yaraları sarılmadan bu kez 12 Kasım 1999 tarihinde bölge ikinci kez Düzce Depremi ile yüz yüze gelmiştir. Bunların

* Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Deniz Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

1 Sieberg'in tanımlamasına göre "Yerkürenin derinliklerinden yüzeye doğru âni olarak beklenmedik zamanlarda yayılan doğal yer sarsıntıları olan" depremlerin tanımı ve türleri konusunda geniş bilgi için bkz. SEILER Otto, Deprem, Deprem Hasarları ve Deprem Sigortası, İstanbul 1946, sh.5 vd; PAMPAL Süleyman, Depremler, İstanbul 2000, 2. bası; sh 1 vd. ; KARAGÖZ Selda, Deprem Riski Sürecinde Türkiye'de Zorunlu Deprem Sigortası Uygulaması, Eskişehir 2002, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü basılmamış doktora tezi, sh.36 vd. deki yazarların tanımları.

2 ERCAN Ahmet, "Marmara Depremi Hakkında Bilgilendirme Semineri", Sigortacı, Yıl:18, Sayı:273 (1 – 15 Mayıs 2002) sh.6.

3 17 Ağustos'ta Yitirilenlerin Anısına Kocaeli Üniversitesince Çıkarılan "Bir Kabusa Uyanmak... , 17 Ağustos ve Kocaeli Üniversitesi" isimli anı kitabında, o zamanki rektör Prof. Dr. Baki KOMSUOĞLU'nun ifadesiyle "Kocaeli Üniversitesi Ailesi üyelerinin, yüzyılın felâketinde" yaşadıkları ve acı anıları, bu felâkete ve sonuçlarına rağmen ayakta durabilme, yaşama sarılabılme gayretleri; kaleme alınmıştır.

sonucunda binlerce insan yaşamını yitirmiş, binlerce konut ve işyeri yıkılmış, hasar görmüş, oturulmaz, kullanılmaz hale getmiştir. Depremin, sanayi bölgesinde merkez oluşturması ise ekonomik yıkımı daha da olumsuz yönde etkilemiş; aynı şekilde nüfus yoğunluğunun bölgede fazla oluşu da beraberinde can ve mal kaybında artışı getirmiştir. Doğal afetlerin belki de en ağırı olan depremin yarattığı bu sonuçlara bir de ülkemizdeki yanlış yerleşim, imar planları, çarpık şehirleşme, inşaatlarda kalitesiz malzeme kullanımı, kötü, dayanıksız ve matematiksel hesaplara aykırı yapılaşmaya statik hesaplarına aykırı yapı yükseklikleri eklenince sosyo-ekonomik tablo çok daha vahim sonuçlara ulaşarak ağırlaşmaktadır.

İşte 17 Ağustos ve 12 Kasım 1999 Depremleri sonrasında yukarıda belirttiğimiz bütün bu olgular depremin yarattığı sosyo – ekonomik felâket tablosunu ağırlaştırmış ve devleti bir takım önlemler almaya zorlamıştır. Zira depremden kaçmanın mümkün olmadığı aşikârdır ve olası –hele ki alanın uzmanlarının sık sık hatırlattıkları Marmara Depremi- depremlere hazırlıklı olmamız gerekmektedir.

Son yıllarda deprem uzmanlarının belirttikleri gibi “depremlerle yaşamayı öğrenmeli ve önlemlerimiz almalıyız”.

Bu anlamda hazırlıklı olmamıza ilişkin faaliyetleri gündemine alan devlet, 17 Ağustos ve 12 Kasım depremlerinden sonra bir taraftan yapı denetimlerinin can ve mal kayıplarına sebebiyet vermeyecek şekilde düzenlenmesi⁴, diğer taraftan da sosyo – ekonomik felâket sonuçlarının minimuma indirilebilmesi amacıyla deprem sigortasını zorunlu hale getirme çalışmalarına girişmiştir. Bu sayede devlet, sigorta yoluyla riskin dağıtılması, bir havuzun oluşturulmasıyla da hem bir deprem felâketinin yaygın olarak yarattığı altından kalkamayacağı durumlardan kaçınmış, hem de bu felâkete karşı ekonomik önlemini almış olacaktır. Aksi halde deprem felâketi sonuçlarıyla ekonomisi gelişmiş ve deprem riski düşük devletlerin bile başa çıkabilmesi güç-

4 Yapıda can ve mal güvenliğinin sağlanması, plânsız, kontrolsüz, kötü yapılaşmayı önlemek ve modern standartlara uygun yapılaşmayı temin edebilmek amacıyla önce 595 sayılı Yapı Denetimi Hakkında KHK çıkarılmıştır (10.04.2000 tarihli RG). Söz konusu KHK'nın kapsamı, amacı, sorumluluk, yükümlülüklerle, olumsuzluklar ve değerlendirmeler konusunda geniş bilgi için bkz. METEZADE Zihni, Yapı Denetimi Hakkında Kanun Hükümünde Kararname ve Olumsuzluklar (Yapı Denetimi ve Sorumluluk), Sigorta Hukuku Dergisi, Yıl: 2001, Sayı:1, sh. 98 vd.

tür⁵. Ekonomisinin gelişmekte olduğu ve yüksek deprem riskine sahip ülkeyimiz bakımından da, bu açıdan ülke ekonomimizi sarsmayacak sosyal güvenceleri oluşturacak önlemlerin alınması gerekli, hatta kaçınılmazdır. Nitekim 23 Ekim 2011 tarihinde Van'da yaşanan bir başka felâket, durumun gerekliliğini yine ortaya koymuştur. Aradan geçen on iki yıl gibi uzun bir süreye rağmen varılan noktanın pek de parlak olduğundan söz etmek mümkün değildir. Üstelik 1999 depremlerinin hemen ardından getirilen hukukî düzenlemelere rağmen, deprem sigortasının zorunlu kılınmasının yeterince etkili olduğunu söylemek güçtür.

I – Genel Olarak Zorunlu Deprem Sigortası

Deprem sigortası, bir doğa olayı olan depremin vereceği zararlara karşı yapılan sigortadır. Deprem sigortası ile taşınmaz sahiplerinin deprem sonucu gördükleri zararlar tazmin edilmektedir. Bununla birlikte bu sigorta, sadece mal sahiplerince istenmez; aksine bina üzerine kredi veren kurumlarca da arzu edilir. Bu sayede deprem riskine maruz bölgelerde bulunan ve ipoteğin konusunu oluşturan bina, daha doğrusu menfaat depreme karşı temin edilmiş olur. Bu da bir binanın kredi edilebilirliğini artırır.

Deprem sigortası, sadece kişilerin menfaatini korumaya yönelik değildir; zira sosyal ve ekonomik görevlerini kolaylaştırdığından devletin de yararlıdır⁶. Böylece deprem riski ile karşı karşıya kalanlar, karşılarında güçlü bir devlet, risk taşıyıcı bulacaklarından kamu yararı, güveni ve bu arada milli servet de korunmuş olacaktır. Zira devletin imkânları sınırlı olduğundan, 17 Ağustos 1999 İzmit ve hemen arkasından 12 Kasım 1999 Düzce depremler-

⁵ YONGALIK, 1856 yılından beri deprem geçirmeyen İsviçre'nin –ki refah düzeyi son derece iyi olan bir ülke– bile, olası bir depremde zararları giderebilecek fonlarının hazır bulunmaması ve özel sigortalardaki yetersizlikler sebebiyle deprem sigortasının zorunlu hale getirilmesinin tartıştığını belirtmektedir, bkz. YONGALIK Aynur, “Zorunlu Deprem Sigortası İsviçre’de de Gündemde”, Birlik’ten 2001, S. 13, sh. 18 – 20; ayrıca bkz. YONGALIK Aynur, Zorunlu Deprem Sigortası, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Aralık 2001, C.XXI, S.2, sh. 151 – 173.

⁶ Büyük bir deprem felaketinden sonra kişiler, devlete karşı olan borçlarını ödeme güçlüğüne düşeceğinden; devlet bir taraftan vergileri düşürmek diğer taraftan da yeni kanunlarla zamlar yapmak zorunda kalacaktır. Bunun yansıya devlet, büyük miktarlarda yardımlarda bulunmak zorunda kalacaktır. İşte bu nedenlerle devletin, deprem sigortası ile ilgilenmesi onun yararlıdır. Zira bu sigorta amacı ile ayırdığı ödenek, sigortanın söz konusu olmadığı bir deprem sonrası vereceği yardım paralarından daha az olacaktır. Bu konuda ayrıntılı bilgi ve örnekler için bkz. SEILER, sh. 59 vd.

rinde olduğu gibi deprem sonrası devletin yükümlülüklerine başarılı ve sürekli bir şekilde yerine getirmesi mümkün olamamaktadır. 1999 depremleri sonrasında bu zaafımı fark eden devlet, yükümlülüklerini başarı ile yerine getirebilmek amacıyla ZDS'yi öngörmüştür. Sosyal devlet niteliğinin gereklerini yerine getirmeyi sağlayan ZDS, mal zararlarına ilişkindir⁷. Fakat ASK'nun amaç ve kapsamını düzenleyen 1. maddesinde maddi ve bedeni zararların giderilmesinden bahsedilmekle birlikte, yine de deprem sonucu oluşabilecek sadece maddi zararların ZDS ile karşılanabileceği şeklinde bir anlam çıkmaktadır. Nitekim maddeye ait gerekçe de bu yorumu destekler niteliktedir. 13.5.2011 t. ve 27933 s. RG'de yayınlanan ZDSGS'nin A.3 maddesinde ise, ölüm dahil olmak üzere tüm bedeni zararlar, teminat dışında kalan hallerden biri olarak sayılmaktadır. Afet Sigortaları Kanunu'nun geçici 2. maddesi gereğince, Kanun'da belirtilen yönetmelik ve diğer düzenlemelerin, yenileri yapıncaya kadar, Kanun'a aykırı olmayan hükümlerinin uygulanacağı belirtilmektedir. Eğer madde deprem sebebiyle oluşan bedeni zararları da kapsayacak şekilde kaleme alınılmaya çalışılmışsa –ki kanaatimiz kapsamadığı yönündedir- şu durumda yeni düzenlenecek olan genel şartlar da, Kanun'un getirdiği hukukî çerçevede kapsama alınarak hazırlanacaktır. Keza 23 Ekim 2011 tarihinde Van'da meydana gelen depremden sonra yaşananlar bu konuda her ne kadar yol kat edilmiş olsa da; istenen noktaya gelemediğimizi göstermiştir.

1– Zorunlu Deprem Sigortasının Tarihsel Gelişimi

Dünyada ülkeler deprem sigortasına ilişkin çeşitli düzenlemeleri eski yıllardan beri gündeme getirerek, sistemler ve bu arada fonlar oluşturmaktadırlar.

Amerika'da ilk deprem sigortası düşünceleri 1850'li yıllarda oluşmuş ve 1868 yılındaki Ekvador, Peru ve San Fransisko depremlerinden sonra deprem sigortasına ilgi artarak; sözkonusu sigortayı faaliyette bulunan sigorta şirketlerinin yeni bir branş olarak mı üzerlerine alacakları ya da bu yeni özel

⁷ Ancak zarar sigortası türlerinden aktif sigortası niteliğinde olan ZDS ile mal zararları giderilmekte; cismani zararlara ilişkin sonuçlar ise ne yazık ki düzenlenememektedir. Bu konudaki eleştirilere ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. ÜNAN Samim, Zorunlu Deprem Sigortası, Sigorta Hukuku Dergisi, Yıl:2001, Sayı: 1, sh.88. Ayrıca zorunlu sorumluluk sigortalarına ilişkin ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. ÜNAN Samim, Yeni Zorunlu Sorumluluk Sigortaları Öngörülürken Dikkate Alınması Gerekli Olan Hukuk İlkeleri, "Zorunlu Sigortalar Paneli", Sigorta Hukuku Türk Derneği, 19 Kasım 1993, sh. 41-75.

sigorta türü için yeni sigorta şirketlerinin mi kurulacağı tartışmaya başlanmışsa da, uzun süre bu alandaki çabalar sonuçsuz kalmıştır⁸. Günümüzde Amerika Birleşik Devletleri'nde doğal afetlere karşı çeşitli fonlar kurulmuştur⁹.

Büyük deprem riski taşıyan Japonya'da da depreme karşı projeler daha 1878 yılında hazırlanmaya başlanmış, bu projelerde zorunlu sigorta olarak teklif edilmiş ve o yıllarda hemen hemen her büyük depremden sonra deprem sigortası konusu yeniden gündeme gelmişse de bir sonuca varılamamış ve 1930 yılında Japonya hükümetince bina ve menkullerin zorunlu sigortasına ilişkin bir kanun tasarısı hazırlanmışsa da sonuçsuz kalmıştır¹⁰. Japonya'da eski yıllara kadar dayanan deprem sigortasının bu tarihi gelişimi sonucunda 1966 yılından itibaren konutlar, ihtiyari bir havuz sistemi niteliğindeki JER (Japanese Earthquake Reinsurance Company) ile depreme karşı korunmaktadır¹¹.

İtalya'da da sık sık oluşan depremler, daha 1887 yılında deprem sigortasının düşünülmesine neden olmuş ve 1897 yılında parlamantoda zorunlu deprem sigortasının uygulamasının getirilmesi ve bu yolla hasarların önlenilmesi önerilmişti¹².

Yeni Zelenda'da da deprem sigortası sorunu pek çok kez konu olmuş, özellikle 1931 yılındaki Napier depreminden sonra incelenerek, 1934'de parlâmentoda bina için yapılan yangın sigortası sözleşmelerine özel vergi şeklinde bir tahsil yöntemi teklifi getirilmişse de bu proje gerçekleştirileme-

8 Ancak 1925 yılında Amerika'da deprem sigortası önemli ölçüde yapılmaya başlanmıştır. Zira Boston, St. Lawrence –Tal Santa Barbara (Kaliforniya) depremlerinin büyük yıkımlara sebebiyet vermesi sigortaya ilgiyi de artırmıştır. Bu konuda geniş bilgi, konferans ve kapsamdaki bina ayrımları konusunda bkz. SEILER, sh.35 vd.

9 Bu fonlardan CEA (The California Earthquake Authority), depreme ilgili olanıdır ve 1966 yılından beri faaliyette bulunan ve deprem fonuna sahip olan yarı kamu kurumu niteliğindedir. Diğer fonlar ve bu fon hakkında geniş bilgi için bkz. KARAGÖZ, sh.171 vd.

10 Bu projeler ve kapsamlarına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. SEILER, sh.43 vd.

11 IŞIKARA Ahmet Mete, Deprem Adım Adım Geliyor, Nokta Dergisi, Yıl:21, S.1035 (Ekim 2002), sh.26-30; ayrıca Japonya'daki bu konuya ilişkin geniş bilgi için bkz. KARAGÖZ, sh.174.

12 İtalya'daki deprem sigortasının tarihi gelişimi konusunda geniş bilgi için bkz. SEILER, sh.47 vd.

miştir¹³. Bununla birlikte günümüzde Yeni Zelanda’da deprem komisyonu tarafından deprem koruma programı uygulanmakta; riski azaltma ve zarar kontrolü programı organizasyonu yapılabilmektedir¹⁴.

İsviçre, Fransa, İngiltere, Macaristan, Kanada, Almanya gibi ülkelerde de eski yıllardan beri deprem sigortası gündeme getirilmiştir¹⁵.

Ülkemizde de 1930’lu yıllarda yangın sigortasında deprem teminatı ek bir primle sigorta kapsamına alınmış ise de, deprem hasarlarının daha sonra teminat dışı bırakıldığı gözlenmektedir¹⁶.

Yıllar öncesinden konuşulmaya başlanan deprem sigortası, ülkemizde 17 Ağustos depreminin ardından böylece zorunlu hale getirilmiştir.

1999 depremlerine kadar ülkemizde deprem zararlarının giderilmesi, 7269 sayılı “*Umumi Hayata Müessir Afetler Dolayısıyla Alınacak Tedbirlerle Yapılacak Yardımlara Dair Kanun*” çerçevesinde devletçe sağlanmaktaydı. Bunun yanısıra yapılan bir sigorta sözleşmesine –ki çoğunlukla yangın sigortası sözleşmesine- konulan özel şartlarla özel sigorta himayesine de alınabilmekteydi. Ancak sigortalılık oranının düşüklüğü göz önüne alındığında bu yöntemle yapılan korumanın etkisiz olacağı açıktır. Keza yukarıda belirtilen Kanun çerçevesinde devletçe zararların karşılanması da, bürokratik işleyişteki sorunlar sebebiyle randımanlı bulunmamakta ve zararların devlet bütçesinden karşılanması ekonomiye ciddi mali yükler getirmektedir¹⁷. Bütün bunların yanısıra olası büyük yaygın bir depremde zararın sadece devlete yüklenmesiyle, tahrip olan alt yapıyı işler hale getirmesi masraflarını üstlenen devlete bir de bireylerin zararlarının tümünün eklenmesi, hem zaman kaybına sebep olacak, hem de zararlar gerektiği şekilde karşılanamayacak-

¹³ Parlâmentoya sunulan teklifin ardından, hükümet yangın sigortacılarına depremi sigortadan hariç kılan klozu yangın sigorta poliçesinden çıkartmalarını teklif etmişse de, teklif sigorta şirketlerince kabul edilmemiştir. Bu konuda bkz. SEILER, sh.54.

¹⁴ Geniş bilgi için bkz. KARAGÖZ, sh.173.

¹⁵ Bu ülkelerdeki eski yıllardaki öneriler konusunda bkz. SEILER, sh.51 vd. Keza günümüzdeki durum için bkz. KARAGÖZ, sh.170 vd., Ayrıca İsviçre’deki gelişim süreci için bkz. YONGALIK, ZDS İsviçre’de Gündemde, sh.18 vd-; SEILER, sh.52.

¹⁶ Ülkemizde deprem sigortasının ayrıntılı tarihçesi için bkz. KARAGÖZ, sh.125,126.

¹⁷ SOMER Mehmet, Zorunlu Deprem Sigortasının Özel Sigorta Hukukuna İlişkin Bazı Yönlerden Değerlendirilmesi, Sigorta Hukuku Dergisi, yıl:2001, S.1, sh.113.

tır¹⁸. İşte devlet de, 1999 depremlerinde kendisine düşen görevi gereği gibi ve ivedi bir şekilde yerine getiremediğinin veya olası bir depremde getiremeyeceğinin bilinciyle konut zararlarının kısa sürede giderilmesi amacıyla “Zorunlu Deprem Sigortası” sistemini oluşturmuştur. 1999 depremine kadar uygulanabilen ihtiyari sigorta sisteminin de, ülkemizde sigorta bilincinin yeterince gelişmemesi, sigorta alışkanlığının bulunmaması sebepleriyle zarar gideriminde etkili bir rol oynadığı söylenemez. Nitekim 1999 depremindeki sigortalı konut sayısındaki düşüklük de, zorunlu olduğunda dahi bunu yaptırmaktan kaçınan¹⁹ halkın ihtiyari olduğunda sigortaya rağbet etmediğini göstermektedir.

Böylece ülkemizde 1999 depremleri sonrasında zorunlu deprem sigortası gündeme gelerek olası bir depremde oluşacak zararların giderilmesi amacıyla 4484 sayılı Kanunla değişik 27.08.1999 tarihli ve 4452 sayılı Kanunun verdiği yetkiye dayanılarak 587 sayılı ve 25.11.1999 tarihli “Zorunlu Deprem Sigortasına Dair Kanun Hükmünde Kararname²⁰” Bakanlar Kurulunca çıkarılarak, “Zorunlu Deprem Sigortası” yürürlüğe konmuştur. Ayrıca 8.9.2000 tarihli ve 24164 sayılı RG’de de “Zorunlu Deprem Sigortası Genel Şartları ile Zorunlu Deprem Sigortası Tarife ve Talimatı” da yayınlanmıştır.

2 – Zorunlu Deprem Sigortasının Amacı

Ülkemizde uzun yıllardır süregelen çarpık şehirleşme ve yapılaşmanın cezası, deprem gibi doğal afetlerde daha acı ve kaçınılmaz bir şekilde çekilmektedir. Ancak unutmamak gerekir ki, bu çarpık kentleşmeye hem rantçı zihniyete hakim bireylerin tutumları, hem de yanlış imar planları, yüksek binalara verilen inşaat ruhsatları, yapı inşaatındaki devletin denetim zaafı sebebiyet vermiştir. Sonuçta herkesin bu sorumluluktan bir pay çıkarması gerekmektedir. Zaman zaman doğal bir afet bile söz konusu olmaksızın bazı

¹⁸ ÜNAN, Zorunlu Deprem Sigortası, sh.88 vd.

¹⁹ Örneğin zorunlu mali mesuliyet sistemi yaptırmayan araçların trafikte seyrettiği ülkemizde halk, işi biraz da kaderciliğe, alın yazısına bırakmaktadır. Nitekim bunlara ilişkin örnekler için bkz, KENDER Rayegân, Mesuliyet Sigortasının Mahiyeti ve Türleri, Mesuliyet Sigortası Sempozyumu, 1977, sh.3-32, Tartışmalar. Nitekim 14.11.2011 tarihli Hürriyet Gazetesi’nde bir sigorta şirketi genel müdürünün yaptığı açıklamada, 13 milyon konutun zorunlu sigortalanması gerekirken, bu sayının ancak 3.5 milyonunun depreme karşı sigortalı olduğu ifade edilmiştir. Van depreminin ardından da DASK’a ulaşan -21.6.2012 tarihine kadar- hasar ihbar sayısının 8.431 olduğuna ilişkin bkz. www.dask.gov.tr.

²⁰ 587 sayılı bu KHK 27.12.1999 t.li ve 23919 s. Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

binaların kalitesiz, kötü ya da eksik malzeme ile yapımından dolayı çöktüğü haberleri ile karşılaştığımız ülkemizde bir de sigorta bilincinin gelişmemiş olması, aksine kaderciliğin yaygınlığı hususları da eklenince olası bir depremde devlet ve bireylerin maruz kalacağı tablo hiç de iç açıcı olmayacaktır. İşte bu acı tablodan en az hasarla çıkabilmek amacıyla önleyici olmasa da zarar giderici bir çözüm olarak zorunlu deprem sigortası öngörülmüştür²¹.

Deprem sigortası sadece bireylerin menfaatlerini korumakla kalmaz, sosyal ve ekonomik görevleri kolaylaştırmada devletin yararına da hizmet eder. Zira deprem sonrası zarar görenlerin büyük bir kısmı devlete olan borçlarını ödemek imkânından yoksun bulunabilirler. Böylece hükûmetler vergiyi düşürmek veya yeni bir kanunla bir takım zamlar yapmak zorunda kalırlar. Bunların yanında devlet çoğunlukla büyük meblâğları içeren yardımlarda bulunmak zorundadır²².

Sosyal devlet niteliği ve mevzuatı gereği depremzedelere evleri için kredi temini veya ev yapma yükümlülüğündeki devlet bu güç sosyo-ekonomik durumun altından kalkabilmek için öngördüğü bu sistemle konutlara gelen zararları en kısa sürede giderebilmeyi amaçlamaktadır.

Zorunlu deprem sigortası sayesinde mali yük sadece devlete yüklenmeyecek, böylece yük rizikoya maruz kalabilecekler arasında paylaştırılacaktır. 587 sayılı KHK'nın 11. maddesinin 1. fıkrasında hasarın oluşmasında zorunlu deprem sigortası tazminatının ödenmesi ile birlikte devletin 7269 sayılı Umumi Hayata Müessir Afetler Dolayısıyla Alınacak Tedbirlerle Yapılacak Yardımlara Dair Kanun hükümleri çerçevesindeki yükümlülüklerinin ortadan kalkacağı belirtilmektedir. Böylece deprem zararlarının karşılanmasının ekonomiye getireceği ağır yükten de kurtulunmuş olunacak ve ayrıca zararlar hızlı bir şekilde giderilecektir²³. ASK'nun 16. maddesi, 7269 s. Yasanın 29. maddesine bir fıkra eklenmesine ilişkindir. Burada söz konusu Kanun ve mevzuattan doğan devletin konut kredisi açma ve bina yaptırma yükümlülüklerinin, zorunlu deprem sigortasının yaptırılmaması halinde ortadan kalkacağı hüküm altına alınmaktadır²⁴. Nitekim uygulamadaki sigortacılar ZDS

21 ÜNAN, Zorunlu Deprem Sigortası, sh.88.

22 SEILER, sh.57 vd.

23 SOMER, sh.115.

24 Madde gerekçesinde, 587 s. KHK'den gelen bu düzenlemenin, 7269 s. Kanun'da bir değişiklik ile yapılmasının daha uygun bulunduğu belirtilmiştir.

için yaptırım getirilmesini, devletin afet konutu yapmaktan vazgeçmesini, aksi halde ZDS'nı yaptırımlara bunun haksızlık olduğunu, böylece devletin yükünün de azalacağını, hasarların giderilmesinde ZDS ile sürat kazanılacağını ileri sürmektedirler.

Gerçekten deprem sigortasının görevi, bina sahiplerinin deprem sonucu uğradıkları zararları tazmindir. Ancak böyle bir sigorta sadece mal sahiplerince değil; binalar üzerine ipotekle kredi verenler tarafından da istenen bir sigortadır. Dolayısıyla zorunlu deprem sigortası, deprem riskinin yüksek olduğu ülkelerde kredinin kolaylıkla temin edilebilmesine de bir araçtır. Nitekim uygulamada bankaların kredi açmalarından önce gayrimenkulün sigortalandığının belgelenmesini talep ettikleri gözlemlenmektedir.

Zorunlu deprem sigortası, bunların yanısıra mevzuata uygun ve kaliteli yapılaşmanın sağlanmasına da hizmet etmektedir. Bu anlamda sigorta kapsamındaki binaların gerek inşaaı gerekse kullanımı sırasında mevzuata uygun bulundurulması hususları 587 sayılı KHK çerçevesinde tespit edilmiştir. Keza bu hedefe paralel olarak yapı denetimi faaliyeti özelleştirilerek "yapı denetimi kuruluşları"na yetki verilmiştir. Böylece önleyici bir tedbir olarak inşa edilecek yapılar hakkında 595 sayılı KHK da kabul edilmiştir. Ardından da 4708 s. Yapı Denetimi Hakkında Kanun çıkarılarak söz konusu KHK yürürlükten kaldırılmıştır.

587 sayılı KHK ile "Doğal Afet Sigortaları Kurumu (DASK)" kurulmuştur. KHK hükümleri gereğince, sigorta şirketlerince tahsil edilecek primlerle DASK nezdinde bir fon oluşturulacaktır. Böylece havuzda biriken paralarla ekonomiye fon temini sağlanmış olacaktır²⁵. Ancak sadece fon yaratma düşüncesiyle zorunlu sigortanın ihdasının uygun olmadığı haklı olarak ifade edilmektedir²⁶. Nitekim yabancı ülkelerdeki zorunlu sigortaların amaçları arasında, fon yaratmanın bulunmamasının bu görüşü desteklediği; fon yaratılmasının zorunlu sigortanın varlık sebebi olamayacağı, bunun olsa olsa

25 SOMER, sh.116.

26 KENDER Rayegân, Hususi Sigorta Hukuku, Sigorta Müessesesi Sigorta Sözleşmesi, Güncelleştirilmiş 11. Bası, İstanbul 2011, sh. 192 ve dn. 86; KENDER/ÜNAN, İzmir İktisat Kongresi Sigortacılık Grubuna verilen rapor, 1992, sh.5; KENDER, Zorunlu Sigortalar Paneli, sh.75.

ekonomik bir sonuç olabileceği de yerinde olarak kabul edilmektedir²⁷. Özetle zorunlu sigortalarda amaç birliği olmamakla birlikte hedeflenen milli servetin korunması, sosyal yarar ve güvenin sağlanması ve belirli rizikolara maruz kalanların korunması²⁸ hususları, zorunlu deprem sigortasının da amaçlarını oluşturmaktadır.

Nitekim ASK Genel Gerekçesi'nde de, 1999 depremleri sonrası yaşanan duruma ayrıntılarıyla değinilmiş, faal bir deprem bölgesinde bulunan, her yıl irili ufaklı pek çok depremin olduğu ülkemiz bakımından, depremlerden kaynaklanan maddi zararların, sigorta yoluyla ve risk paylaşımı yapılarak karşılamanın da önemi belirtilerek, bunun amaç olduğu söylenmiştir. Üstelik söz konusu sistemin kamu kaynağı kullanılmaksızın oluşturulduğu, kısa sürede başarılı bir performans ortaya koyduğu, uluslararası reasürans piyasalarında ciddi kredibilite sağlandığı da ifade edilmiştir.

3 - Zorunlu Deprem Sigortasının Bazı Temel Özellikleri ve Zorunlu Olması

Deprem sigortası da suların yükselmesi, fırtına, hortum ve heyelâna karşı yapılan sigortalar gibi doğa güçlerinin, elementlerinin vereceği zararlara karşı yapılan bir sigortadır (elementer zarar sigortası) ve zarar sigortalarından aktif sigortaları içinde yer almaktadır. Zorunlu Deprem Sigortasının gerçek anlamda bir sigorta olup olmadığı tartışılmakla birlikte bu sigortaların da aynı sigorta esaslarına dayanması ve sigortanın bütün özelliklerini taşıması nedeniyle tam anlamıyla bir sigorta olduğundan şüphe duymamak gerekir²⁹.

Zorunlu Deprem Sigortasında sigorta himayesi, sigorta sözleşmesinin kurulmasıyla poliçenin teslimi, primin peşin ve nakden ödenmesi ile başlar. Başka bir ifadeyle, zorunlu deprem sigortası “akde” dayanmaktadır³⁰. Genel hukuka egemen olan sözleşme serbestisi ilkesi sigorta hukukunda da geçerli-

²⁷ OMAĞ Merih Kemal, “Türk Hukukunda Mecburi Sigortalara ve Sorunlarına Genel Bir Bakış”, Zorunlu Sigortalar Paneli, 19 Kasım 1993, Sigorta Hukuku Türk Derneği, sh.15-16.

²⁸ OMAĞ, sh.15.

²⁹ Nitekim aynı görüşte olarak bkz. ÜNAN, Zorunlu Deprem Sigortası, sh.87; SEILER, sh.57.

³⁰ ÜNAN, Zorunlu Deprem Sigortası, sh. 45.

dir ve taraflar kendi iradeleriyle bir sigorta sözleşmesi kurma, bunun içeriğini belirleme ve değiştirme konularında tamamiyle serbesttirler. İşte sözleşme serbestisinin geçerli olduğu böyle bir durumda akdedilen sigorta türü “ihtiyari sigorta” olarak kurulacaktır.

Ancak ilk olarak 587 sayılı KHK ile getirilen bu hukuksal ürün zorunlu olarak öngörülmüştür. Bu husus gerek Kararnamenin başlığından, gerekse içerdiği hükümlerden açıkça anlaşılmalıdır³¹. Afet Sigortaları Kanunu'nun içeriği de aynı zorunluluğu içermektedir.

Burada da kural olarak sözleşme serbestisi ilkesi geçerlidir. Başka bir anlatımla taraflar kendi irade beyanlarıyla bir sözleşme ve içeriğini, bu sözleşmenin karşı tarafını hukukî çerçeve içerisinde belirleyebilir ve sözleşmenin içeriğini değiştirebilirler. Keza sözleşmeyi akdetme konusunda da özgürdürler. Yukarıda da belirtildiği gibi genel ilkelere hâkim olan sözleşme serbestisi ilkesi, özel akdi sigortalar için de söz konusudur ve bunun sonucunda taraflar bir sigorta akdini kurmakta özgürdür. Ancak kural bu olmakla birlikte, özel akdi sigortalarda kanunla buna istisnalar getirildiği görülmektedir. Bu istisnaların temelinde ise bazı rizikolarla karşı karşıya kalanların, milli servetin korunması gibi sosyal güvenlik mülâhazaları yatmaktadır³². İşte olumlu sınırlama olarak adlandırılabilen böyle durumlarda, bazı sözleşmelerin yapılması zorunludur, edimlerin değeri bazı kayıtlara tabi tutulur ve bazı sözleşmeler de kamu organlarının iznine bağlı olarak yapılır³³.

Zorunlu sigortalara ilişkin hukuki düzenlemelerin temelinde Kanun –örneğin Sigortacılık Kanunu, Medeni Kanun, Türk Sivil Havacılık Kanunu gibi– ,Bakanlar Kurulu Kararları –Tehlikeli Maddeler ve Tüpgaz Zorunlu Sorumluluk Sigortasına İlişkin Karar gibi-, Yönetmelikler –Okul Servis Araçları Yönetmeliği gibi-, Tebliğ, Tarife ve Talimat ve sigorta poliçesi şartları bulunmaktadır.

Görüldüğü gibi bir sigorta türünü zorunlu kılmak sözleşme özgürlüğünü sınırlamak olduğundan, Anayasamıza göre de bunun dayanağının kanun

31 SOMER, sh.116-117.

32 OMAĞ, sh.11

33 OMAĞ, sh.11, dn14; TEKİNAY Selâhattin Sulhi/AKMAN Semet/BURCUOĞLU Halûk/ALTOP Atillâ, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yeniden ve Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 7. Baskı, İstanbul 1993, sh.364.

olması gerekir³⁴. Esasen Anayasa'ya göre sözleşme özgürlüğünün kısıtlanması da kanunla mümkün olabilir.

Anayasa'nın öngördüğü hukuki rejime uygun olarak kanunlarla getirilen zorunlu sigortaların yanısıra, Bakanlar Kurulu kararı ile de ihdas edilen zorunlu sigortalar vardır. Sigortacılık Kanunu m. 13'e göre Bakanlar Kurulu kamu yararı açısından gerekli gördüğü sigorta türlerini zorunlu hale koyabilir ve zorunlu sigortalara ilişkin uygulamanın esasları Bakanlar Kurulu kararlarında belirtilir³⁵.

Görüldüğü gibi bir zorunlu sigortanın ihdas edilmesinde yetki TBMM'ye aittir ve bu yetkinin başkasına devri de -Sigorta Murakabe Kanunu m 29'un verdiği yetkiye dayanılarak Bakanlar Kurulu Kararı ile ihdas edilebilmesi ise istisnai bir durumdur- Anayasa'ca yasaktır³⁶.

Deprem sigortasının ihtiyari olmasında sigorta, ancak kendisinin risk altında olduğunu hissedenlerce talep edilecektir. Deprem riski taşıyan bölgeler ise genellikle ülkemizde olduğu gibi bilinmektedir ve deprem sigortacısı, doğal afet hasar sigortasına göre kendisini ayrıca yük altına sokan birçok rizikoları da hesaba katmak zorundadır. Deprem sigortasının ihtiyari olmasında, ağır rizikonun sigortacı üzerinde toplanmasının engellenmesi için genel sigorta talebinin, sigorta tekniği aracılığı ile arttırılmasının sağlanması gerekir³⁷. Deprem sigortasının ihtiyari olarak ihdasında, sigortanın tamamıyla tarafların iradesine bırakılması sebebiyle hem sigorta ettirenler, hem de sigortacılar bakımından bazı sakıncalar söz konusu olacaktır. Her şeyden önce ülkemizdeki bireylerde sigorta bilinci ve alışkanlığının yerleştiğini iddia etmek pek mümkün değildir. Dolayısıyla kişiler kendi iradelerine bağlı tutulan böyle bir durumda yine kaderciliği seçecek, sigortayı yaptırmaktan kaçınacaklar ya da ihmal edeceklerdir. Diğer taraftan, sigorta sözleşmesinde deprem teminatının verilip verilmemesi tamamıyla sigortacının

34 OMAĞ, sh.13; ÜNAN, sh.45.

35 Burada kanun koyucu, sözleşme özgürlüğünü kendisi sınırlamamakta, bu yetkisini – KHK'nın Anayasa Mahkemesince iptal edilmemesi ve Meclisce onaylanması koşuluyla– Bakanlar Kurulu'na bırakmaktadır. Sigorta Murakabe Kanunu m. 29'un (Sigortacılık Kanunu m. 13) getirdiği bu hukuki modelin Anayasa'nın hukuki rejimiyle bağdaşıp bağdaşmayacağı noktasında ayrıntılı açıklamalar için bkz. OMAĞ, sh.14.

36 Dolayısıyla bir yönetmelikle zorunlu sigortanın ihdasının caiz olmaması gerektiği haklı olarak belirtilmektedir. Bunun için bkz. OMAĞ, sh.17 ve 40; ÜNAN, sh.45.

37 SEILER, sh. 60.

iradesine bırakıldığından, sigorta himayesinden yararlanacakların istekleri sonuçsuz kalabilecektir³⁸ ki; bu da istenmeyen bir husustur. Ayrıca deprem teminatının verilmesi durumunda da, rizikonun gerçekleşmesiyle oluşan zararın belli bir oranının sigorta ettirence karşılanacağını sözleşmeye bir koşul olarak konabileceği, böyle bir durumda da sigorta ettirenin zararının tamamını tahsil edememe tehlikesiyle karşılaşacağı haklı olarak ifade edilmektedir³⁹.

Sigorta talebini teşvik etmek için bir başka önlem de, deprem sigortasına devletin müdahalesi, bunun için bir ödenek ayırmasıdır. Bu yolla sigortacılar primleri indireceklerdir ki, bu durum da sigortalananların sayısını arttırır.

Yukarıda belirtilenlerin yanı sıra, bir kararname ile zorunlu sigortanın getirilmesinin de, sigortalılık oranını arttıran etkili bir yol olduğu kabul edilmektedir⁴⁰.

Deprem sigortasının zorunlu kılınması yoluyla sadece ağır rizikoların değil; bütün rizikoların temin edileceği, bu sayede sigortalı için primin düşeceği ve zorunlu sigorta sistemi ile sigortalılık oranının yükseleceği belirtilerek zorunlu sigortanın, ihtiyarî sigortaya tercih edilmesi gerektiği ifade edilmektedir⁴¹. Büyük bir sigorta bölgesinde zorunlu sigorta, sigortacı için de menfaat temin edecektir. Keza deprem sigortasının zorunlu kılınmasıyla ekonomik bakımdan güçsüz kişilerin sigortalı olmaları sağlanabilir. Bu sayede zarar görenler, bu zararlarının gideriminde, ekonomik güce sahip risk taşıyıcıları ile karşılaşacaklardır⁴².

Deprem sigortasının zorunlu hale getirilmesinin sigortacı için bir başka yararı da idare masraflarının azalmasıdır. Ciddi meblağları gerektiren teklif ve reklam giderlerine gerek olmaksızın sigorta yapılması ucuza mal edilebilir⁴³.

38 Nitekim, 1999 depremlerinden sonra bazı sigorta şirketlerinin, belirli bölgelerde sigorta teminatını hiç vermeme, belirli bölgelerde ise şarta bağlı olarak verme eğilimi gösterdiklerine ilişkin olarak bkz. SOMER, sh.114; YONGALIK, Zorunlu Deprem Sigortası, sh.168

39 SOMER, sh.114 ve özellikle dn.3.

40 SEILER, sh.60.

41 SEILER, sh.60.

42 YONGALIK, Zorunlu Deprem Sigortası, sh.167; KARAGÖZ, sh.180.

43 SEILER, sh. 65.

Deprem sigortasının, esas deprem tehlikesinin bulunmadığı bölgelerde zorunlu kılınmasının gerektiği, çünkü bu bölgelerde sigortanın ihtiyâri olarak yapılmayacağı ileri sürülmekte ise de, buna katılmanın mümkün görünmediği de ifade edilmektedir. Zira ya bir bölgede risk çok yüksektir ve bu nedenle sigorta zorunlu kılınabilir ya da risk düşüktür ve sigorta zorunlu kılınmaz⁴⁴. Ancak bir bölgedeki riskin derecesine bireyler değil; konunun uzmanları karar vermeli ve deprem sigortasının gerekliliğine bunun sonucunda varılmalıdır.

Deprem sigortasının zorunlu kılınmasına ilişkin olarak pek çok ülkede öteden beri teklif ve projelerin verildiği gözlemlenmektedir⁴⁵.

Deprem sigortası bağımsız ya da başka sigortalara dayanmak yoluyla yapılabilir. Diğer elementer hasar sigorta alanlarında olduğu gibi deprem sigortasının da mevcut sigorta kurumlarınca kolaylıkla uygulanabileceği; gerekli teşkilat ve deneyime, ayırmaları gerekli olan büyük ihtiyatlara çoğunlukla sahip olmaları nedeniyle en uygun olanın da yangın sigortacıları olduğu ileri sürülmektedir⁴⁶. Ancak deprem teminatının, bir başka teminata eklenmek suretiyle verilmesine ilişkin modelde, deprem rizikosunun tüm yönleriyle düzenlendiğinden söz etmek mümkün değildir. Zira deprem riskinin kendine has özellikleri bulunmaktadır ve bir ana teminata eklenmesinde, bu hem prim miktarını yükseltecek, hem de bu nedenle sigorta caydırıcı hale gelecektir⁴⁷. Bu bakımdan deprem sigortasının, bağımsız bir sigorta olarak ihdas edilmesi yerinde bulunmaktadır.

Deprem sigortasının zorunlu kılınmasıyla ülke genelinde sigortalanma sözkonusu olacağından sigortaya ilişkin hesap, tahmin ve ihtimaller –bu arada özellikle prim belirlenmesi– rahatlıkla tespit edilebilecektir⁴⁸.

44 Nitekim aynı görüşte olarak bkz. SEILER, sh.62.

45 Bu ülkeler ve sunulan projeler konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. SEILER, sh.61 vd.

46 Böyle bir durumda deprem sigortası, yangın sigortasına ek olarak yapılır ve sigortacı depreme karşı teminatı ancak kendisinin yaptığı yangına karşı sigortalanmış olan menfaatler için verir. İkinci bir modelde de, önceden temin edilmiş bir elementer rizikoya deprem rizikosunun eklenmesi ile gerçekleştirilebilir. Burada sigortalı menfaat birden çok rizikoya karşı temin edilmiştir ve doğrudan doğruya bir deprem sigortası değil, karma bir elementer hasar sigortası söz konusudur. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. SEILER, sh. 63.

47 SOMER, sh.114

48 YONGALIK, Zorunlu Deprem Sigortası, sh.167.

Deprem sigortasının zorunlu kılınması, hem bireylerde sigorta bilinci ve alışkanlığını, hem de bu sigortanın yapılması, konutlarla ilgili diğer rizikolara karşı verilebilecek teminatlar suretiyle portföyün artmasını sağlayacaktır⁴⁹.

Nihayet bu zorunlu sigorta sayesinde deprem riskiyle karşı karşıya bulunan herkes sigorta güvencesi altına alınacak ve 1999 depreminin ardından yaşanan pek çok istenmeyen husustan⁵⁰ kaçınılmış olunacaktır.

Görüldüğü gibi deprem sigortasının zorunlu olarak öngörülmesinde pek çok açıdan yarar bulunmaktadır. Bununla birlikte, bu modelle deprem zararlarının giderilmesinde tereddütler oluşmuş; bunun doğru bir çözüm olup olmadığı noktasında şüphe duyulmuştur⁵¹. Ancak doktrinde her şeye rağmen zorunlu deprem sigortasına alternatif bir sistemin, çözümün getirilmemesi nedeniyle modelin tercihinin yerinde kabul edilmesi gerektiği de haklı olarak ifade edilmektedir⁵². Fakat bu kabulden sistemin mükemmel olduğu sonucu çıkarılamaz⁵³. Nitekim doktrinde sisteme bazı yönlerden eleştiriler getirilmektedir.

II – ZDS'nin Tarafları

Özel hukuka ilişkin herhangi bir sigorta himayesi, bir sigorta sözleşmesi aracılığıyla elde edilebilir. Hukukumuzda sigorta sözleşmesi, Ticaret Kanunu'nun 1401. maddesinin 1. fıkrasında (6762 s. TK m. 1263) tanımı bulunarak; bir akit olarak nitelendirilmektedir⁵⁴. Sigorta sözleşmesinin bir tarafında “sigortacı”, diğer tarafında da “sigorta ettiren” bulunmaktadır. Taraflardan birini oluşturan sigorta ettiren, ödediği primlerinin karşılığında diğer taraftan, yani sigortacıdan riskin taşınmasını ister. Bazı durumlarda bir başkasına devredilebilen bu hak, kural olarak sigorta ettirene aittir. Dolayısıyla sözleş-

49 YONGALIK, Zorunlu Deprem Sigortası, sh.168; KARAGÖZ, sh. 181

50 Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. YONGALIK, Zorunlu Deprem Sigortası, sh.168.

51 ÜNAN, Zorunlu Deprem Sigortası, sh.89.

52 ÜNAN, Zorunlu Deprem Sigortası, sh.89.

53 ÜNAN, Zorunlu Deprem Sigortası, sh.89.

54 Sigorta sözleşmesinin tarifine ilişkin yabancı doktrindeki tartışmalar ve hukukî durum için, ayrıca Kanunumuzdaki olumlu olumsuz eleştirilerine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. KENDER, sh. 161 vd.

meden kaynaklanan borçlar da sigorta ettirence üstlenilmektedir⁵⁵. Başka bir ifade ile sigorta sözleşmesini akdeden sigorta ettiren olduğu için, sigorta sözleşmesinden doğan yükümlülükleri de o yerine getirmek zorundadır.

Bazı sigorta türlerinde bir kimse başka bir kişinin menfaatini sigorta ettirebilir. Üçüncü kişi lehine sözleşme olarak nitelendirilen bu duruma sigortacılık sektöründe “başkası hesabına sigorta” denmekte ve sigorta sözleşmesinden doğan hakların sahibi sigortalı olmaktadır. Normalde çoğu kez sigortalı ve sigorta ettiren aynı kişi ise de; başkası hesabına sigortanın söz konusu olduğu durumlarda ayrı ayrı kişilerdir.

1) ZDS ‘de Sigorta Ettiren ve Sigortalı

Gerekli tüm özellikleri taşıması sebebiyle ZDS’nin, sigorta olarak nitelendirilmesinde şüphe duyulmamalıdır⁵⁶. Nitekim sigorta türleri içerisinde zarar sigortalarının aktif sigortası grubunda yer almaktadır. Mal sigortalarında olduğu gibi, burada sigortanın konusu, taşınmaz üzerindeki menfaattir⁵⁷.

ZDS’de sigorta edilen menfaati de, sigorta kapsamına alınan binalar üzerindeki menfaat oluşturmaktadır. Zorunlu deprem sigortası sözleşmesinde sigorta ettirenin belirlenmesine ilişkin açık bir hüküm ZDSGŞ’nda bulunmamakla birlikte⁵⁸ konu 587 s. KHK’nin 1., 9. ve 12. maddelerinde ifadesini bulmaktadır. Konuyu düzenleyen KHK ile deprem rizikosuyla karşı karşıya bulunan menfaat sahipleri, başka bir ifade ile sigorta ettirenler, sigortayı zorunlu olarak getiren hukukî düzenlemede belirtilmekte ve bu sıfatı taşıyanlara deprem sigortasını yaptırma yükümlülüğü getirilmektedir. Gerek 587 s. KHK’de, gerekse ASK’da menfaat sahipleri belirtilerek, mâlik veya varsa intifa hakkı sahipleri ibareleri kullanılarak çerçeveye alınmıştır⁵⁹. Zorunlu deprem sigortası için kapsam altında olan binalara çok kısa, sadece ASK hükmü belirtilerek değinildikten sonra sigorta ettiren/sigortalı kavramları

⁵⁵ Bkz. KENDER; sh. 162 vd.; KUBİLAY Huriye, Uygulamalı Özel Sigorta Hukuku, İzmir 2003, sh. 40 vd.

⁵⁶ ÜNAN, Zorunlu Deprem Sigortası, sh. 87.

⁵⁷ TK m. 1453, 6762 s. TK m. 1269.

⁵⁸ Nitekim zorunlu deprem sigortasında sigorta ettiren/sigortalı sıfatlarının kim olduğu sorusuna ZDSGŞ ile açık bir cevap bulunamayacağına ilişkin olarak bkz. YONGALIK, Zorunlu Deprem Sigortası, sh. 159.

⁵⁹ 587 s. KHK bakımından aynı yönde bkz. YONGALIK, Zorunlu Deprem Sigortası, sh. 160.

aşağıda 587 s. KHK, ZDSGŞ ve ASK hükümleri ışında ayrıntılı olarak ele alınacaktır.

ASK'nun 10. maddesi, zorunlu deprem sigortası kapsamında bulunan ve bulunmayan binaları iki fıkrada düzenlemektedir. Birinci fıkrada, 634 sayılı KMK kapsamındaki bağımsız bölümlerin, tapuya kayıtlı ve özel mülkiyete tabi taşınmazların üzerinde mesken olarak inşa edilmiş binaların, bu binaların içinde yer alan ve ticarethane, büro ve benzeri amaçlarla kullanılan bağımsız bölümlerle doğal afetler nedeniyle devlet tarafından yaptırılan veya sağlanan kredi ile yapılan meskenlerin zorunlu deprem sigortasına tabi olduğu belirtilmektedir. Aynı maddenin 2. fıkrasında ise, 2946 sayılı Kamu Konutları Kanunu'na tabi olan veya kamu hizmet binası olarak kullanılan binalar ve bağımsız bölümler, köy nüfusuna kayıtlı ve köyde sürekli oturanlarca köy yerleşik alanları ve civarında ve mezralarda yapılan binalar ile 634 sayılı Kanun kapsamında olsalar dahi tamamı ikamet dışı amaçlarla kullanılan binalar sayılarak bunların zorunlu deprem sigortasına tabi olmadığı hüküm altına alınmaktadır.

Kanun, sigortaya tabi binaları bu şekilde çerçevedikten sonra bunların mâlik veya intifa hakkı sahiplerinden söz etmektedir. 587 s. KHK'nin 1. ve 9. maddelerinde de "...bina mâlikleri veya intifa hakkı sahipleri..."nden söz edilmektedir. Kararname'nin 12. maddesinde ise, sigortayı yaptırmakla yükümlü olanların DASK tarafından belirleneceği hüküm altına alınmıştır. Ancak burada DASK'ın, Kararname'nin 9. maddesi dışında karar verebileceği sonucu çıkarılmamalıdır⁶⁰. Aynı saptama Afet Sigortaları Kanunu'nun getirdiği düzenleme için de söylenebilir. Zira "kapsam ve sigorta yapma zorunluluğu" başlığını taşıyan 10. madde hükmünde, mâlik veya intifa hakkı sahiplerinden söz ettikten sonra, "yükümlülerin saptanması ve sigortanın kontrolü" başlığı altında 11. maddede, zorunlu deprem sigortasını yaptırmakla yükümlü olanların Kurum tarafından tespit edileceği, ancak DASK'ın bu tespiti yaparken 10. madde hükümleri çerçevesinde hareket edebileceği de belirtilmektedir.

⁶⁰ Aynı yönde bkz. YONGALIK, Zorunlu Deprem Sigortası, sh. 159, Nitekim yazar ZDSKT m 15/I'de de, bu belirlemenin, Kanun'un 1. ve 2. maddeleri çerçevesinde yapılabacağına ve böylelikle konuya açıklık getirildiğini ifade etmektedir, YONGALIK, Zorunlu Deprem Sigortası, sh. 159, dn.41.

a) Mâlik

587 s. KHK'nin 1. ve 9. maddeleri uyarınca sigorta yaptırmakla yükümü olanlar arasında mâlik sayılmaktadır. ZDS kapsamında bulunan bir bina veya bağımsız bölümün üzerinde intifa hakkının kurulmaması durumunda, taşınmazın mâliki ZDS'yi yaptıracaktır. Mâlikin dolaylı ya da dolaysız zilyet olması durumu etkilemeyecektir.

Sigorta ettiren sıfatına sahip mâlik bu sigortayı bizzat yaptırabileceği gibi; TK m. 1406 gereğince temsilci aracılığı ile de yerine getirebilecektir. Örneğin, gayrimenkulünü kiraya vermiş olan mâlik, kira sözleşmesi çerçevesinde bu yükümlülüğünü kiracıya devredebilir. İşte kira sözleşmesine konan bu hükümle, ZDS yaptırma yükümlülüğünü üstlenen kiracı, mâlikin menfaatine olarak sigorta sözleşmesini hukukten geçerli olarak yapabilecektir⁶¹. Ancak konuyu düzenleyen KHK'de sadece mâlik veya intifa hakkı sahibinden söz edilmekte; kiracı bunlar arasında sayılmamaktadır. Aynı şekilde ASK'da da kiracıdan söz edilmemektedir. Dolayısıyla kiracıya sigorta yaptırma yükümlülüğü, ancak kira sözleşmesi ile yüklenebilmektedir. ZDS'ni yaptırma yükümlülüğünü bir kira sözleşmesi ile üstlenen kiracı da, TK m. 1454 uyarınca, mâlik yararına üçüncü bir kişi olarak "başkası hesabına sigorta" şeklinde hukukten geçerli olarak yerine getirebilecektir⁶². Böyle bir durumda sigortalı, menfaati üçüncü bir kişice –kiracı gibi- sigorta ettirilen mâlik sigortalı; akdi kuran –sigorta ettiren- ise bir başkasıdır. Başkası hesabına sigorta kurumu bunu mümkün kılmaktadır. Esasen sigortalı ve sigorta ettirenin aynı kişi olması aslolanıdır. Başka bir anlatımla, bağımsız bölüm ya da binanın mâliki, sigortacı ile sigorta sözleşmesini akdederek ve sigortalı/sigorta ettiren sıfatlarının her ikisini de kendisi kazanır; kural olan da budur. Fakat yukarıdaki örnekte de görüldüğü gibi, mâlikin menfaati bir başkasınca da sigortalattırılabilir. Nitekim bir koca, karısının mâliki bulunduğu bir bina veya bağımsız bölüm için ZDS yaptırabilecektir. Keza mâlik veya intifa hakkı sahibinin ZDS yaptırmaması durumunda yönetici de vekâleten ZDS'yi yaptırarak primleri onlardan tahsil edebilmektedir. Nitekim ZDSKT m. 10'da yöneticinin sorumluluğuna ilişkin durum, 587 s. KHK'ye nazaran daha ayrıntılı düzenlendiği; söz konusu Tasarı hükmüne göre; Kat Mülkiyeti

⁶¹ Bkz. SOMER, sh. 122.

⁶² SOMER, sh. 122,123; YONGALIK, Zorunlu Deprem Sigortası, sh. 159,160. Bu konuda ve özellikle yeni getirilen hükmün ayrıntılı açıklaması için bkz. KENDER, sh. 209 vd.

Kanunu'na tabi yöneticisi bulunan binalarda mâlik veya intifa hakkı sahiplerinin ZDS'nı yaptırmaması durumunda, yönetici, sigortayı yaptırarak, primleri gider olarak tahsil edebilecektir⁶³. Ancak ASK'nun düzenlemesi, Tasarı'daki gibi ayrıntılı değildir. Yöneticiden hiç söz edilmemiştir. Bununla birlikte KMK'dan bu sonuca varılabileceğinden, yönetici bu sigortayı yaptırarak primleri mâliklerden tahsil edebilmelidir. Bir bina ya da bağımsız bölüme birden fazla kişinin mâlik olmasında, ZDS'ye ilişkin durum ne olacaktır. Uygulamada sıkça karşılaşılan, çoğunlukla da eşlerin birlikte bir bağımsız bölüme mâlik olmalarında paylı mülkiyet söz konusu olmaktadır. İşte bu şekilde paylı mülkiyete konu olan bir bina veya bağımsız bölüm için ZDS, mâliklerden birisince diğeri adına da yaptırılabilir. Paylı mâliklerden biri tarafından yaptırılan sigortanın, tüm müşterek mülkiyet paylarını kapsayacak şekilde gerçekleştirilmesi gerekir⁶⁴. Keza Kat Mülkiyeti Kanunu'na tabi bir bağımsız bölümün söz konusu olması halinde de bağımsız bölüm mâliklerinin paylarının tümünün sigorta teminatı kapsamına alınması ile gerçekleştirilmesi gerekir.

Miras yolu ile kazanılmış bir bina ya da bağımsız bölüm üzerinde, büyük bir ihtimalle birden fazla pay bulunacaktır. Elbirliği ile mülkiyetin söz konusu olduğu böyle bir durumda da; sadece ZDS'yi akdeden mirasçının payı için teminat verilmeyecek ve diğeri mâliklerin de menfaatini kapsayacak şekilde bağımsız bölüm ya da binanın tamamı için teminat verilerek sigorta yaptırılacaktır. Aksi durumda uygulamada, karmaşık sorunlarla karşılaşılacaktır⁶⁵.

b) Devre Mülk

Ülkemizde son çeyrek yüzyılda yaygınlaşmaya başlayan devre mülk halinde durum tartışmaya açıktır. İnsanların tatil ihtiyacını gidermek amacıyla oldukça büyük rakamları, belki de ikinci ev olan sadece yılda bir iki ay oturulabilecek bir gayrimenkule yatırması, buna ekonomik imkânlarının elvermesi durumunda bile ölü bir yatırım olarak görülmektedir. Bu yatırıma yapılacak olan düzenli masraf ve giderlerin de eklenmesi, devre tatil denen sis-

⁶³ Bkz. YONGALIK, Zorunlu Deprem Sigortası, sh. 160, dn. 42; BOZER Ali, "Zorunlu deprem sigortası" BATİDER, Yıl: 2001, C.XXI, S. 1, sh. 251 vd.

⁶⁴ Bkz. ÜNAN, Zorunlu Deprem Sigortası, sh. 92; ÖZTAŞ İlker, Paylı Mülkiyette Paydaşın Kullanma ve Yararlanma Hakkı, 1. Bası, İstanbul 2011, sh. 198,204.

⁶⁵ ÜNAN, Zorunlu Deprem Sigortası, sh. 92; YONGALIK, Zorunlu Deprem Sigortası, sh. 160.

temin oluşumuna sebep olmuştur⁶⁶. Yılda en fazla iki ay yararlanılabilecek bir yazlık için bu yolla vergi, sigorta, amortisman masrafları gibi giderlerin pek çok kişi arasında paylaşılması ve üstelik bu işlerin külfetinden kurtulunması, ayrıca bu kullanma hakkının kiraya verilebilmesi, devredilebilmesi, mirasçılara intikâli devre tatili daha cazip hale getirmiştir⁶⁷. Bundan sonraki adımda ise devre tatil, hukuk düzenimize devre mülk sistemini getirmiştir. Burada öncelikle üzerinde durulması gereken husus, devre mülk özelliğini taşıyan bağımsız bölümlerin mesken niteliğini taşıyıp taşımadığıdır. Bilindiği üzere devre mülke tabi bağımsız bölümler yılda bir ya da iki kez kısa sürelerle –devreler çoğu kez 15 günlüktür- ve ülkemizde genellikle yazlık şeklinde kullanılmakta, bu kullanım tarzı da “mesken” nitelemesinin yapılmasında tereddüt yaratmaktadır⁶⁸. Ancak KMK’nın 58. maddesinin 2. fıkrası devre mülk hakkının sadece mesken nitelikli, kat mülkiyeti veya kat irtifakına çevrilmiş yahut müstakil yapılarda kurulabileceğini hüküm altına almaktadır. Keza aynı Kanun’un 57. maddesinde de “...mesken olarak kullanılmaya elverişli yapı veya bağımsız bölüm...”den söz edilmektedir. Bu nedenle devre mülk irtifakı, ancak mesken niteliği taşıyan yapılar üzerinde kurulabilecektir. KMK’da bu gayrimenkuller sınırlı olarak sayıldığından, mesken niteliği taşımayan⁶⁹ gayrimenkuller üzerinde bu hak kurulamaz⁷⁰. Nitekim devre tatil sahibi de, kendi devresinde gayrimenkulü sadece mesken

⁶⁶ Devre tatil sistemi ise, kanun koyucunun bu konuda bir hukukî düzenleme getirmesini gerekli kılmış ve böylece devre mülk ortaya çıkmıştır. Devre tatil sözleşmesi ve devre mülk hakkının hukukî niteliği konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZMEN Ethem Sabâ, Devre Mülk Hakkı, Ankara 1988, sh. 56,101; HAVUTÇU, Akdemir Ayşe, Devre Mülk Hakkı, İzmir 1987, sh. 3 vd., 61.

⁶⁷ Hakkın ortaya çıkış sebepleri, hak sahibinin hak ve borçlarına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZMEN, sh. 27 vd., 65 vd., 185 vd.

⁶⁸ Bkz. ÜNAN, Zorunlu Deprem Sigortası, sh. 93.

⁶⁹ Mesken niteliği taşıması için bir yapının, içerisinde yaşayacak insanların asgari gereksinimlerini gidermeye yarayacak şekilde mutfak, tuvalet, banyo gibi bölümleri de içermesi gerekmekte, ancak salon ve mutfağın birlikte –ki yazlıklarda çoğu kez açık mutfak şeklinde olmaktadır- tuvaletle banyonun da aynı bölümde bulunmasında bir sakınca görülmemektedir. Mesken niteliğinin kazanılmasında ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZMEN, sh. 123 vd. Nitekim Yarg. HGK 8.2.1969 t., E. 1967/6-809 K.97 sayılı izalei şuyû davasına ilişkin Kararı’nda; bir binanın mesken olarak bölünebilmesi için her bölümün diğerinden bağımsız ve mutfak, hela gibi zaruri kısımları içermesini, mahremiyeti ihlâl edici nitelikte olmaması gerektiğini belirtmiştir. Bkz. ABD, Yıl. 1969, S.3, sh. 538).

⁷⁰ Devre mülk hakkının konusunu oluşturan meskenin bu niteliği ve sonuçları hususunda ayrıntılı bilgi ve örnekler için kz. ÖZMEN, sh. 122 vd.; HAVUTÇU, sh. 52 vd.

amaçlı kullanılabilir, bunun dışında bir amaca tahsis etmesi mümkün değildir⁷¹.

Devre mülkün söz konusu olduğu bir durumda, ZDS açısından en uygun çözümün, KMK m. 61 uyarınca atanan yönetici tarafından tüm mâlikler adına sigortayı yaptırmasında olduğu isabetli olarak ifade edilmektedir⁷². Esasen devre mülk yöneticisinin görevleri arasında devre mülke konu taşınmazın sigorta ettirilmesi de bulunmaktadır⁷³. Keza devre mülke konu gayrimenkule ilgili bir süre geçirilmesi veya hak kaybına neden olmayacak gerekli tedbirlerin alınması da devre mülk yöneticisinin görevleri arasındadır. Nitekim sigorta sözleşmesinin yapılması, primlerin zamanında ödenmemesi de bu tür görevlerdendir⁷⁴. Kaldı ki, deprem sigortasının yaptırılması da zorunludur ve yöneticinin hak kaybına neden olmayacak şekilde ve süresinde görevlerini yerine getirmesi gerekmektedir. Sonuç olarak devre mülke tabi bir durumda, Kat Mülkiyeti Kanunu'nun 61. maddesi gereğince atanacak yöneticinin büyük mâlikler adına sigorta sözleşmesini akdetmesi de en uygun yoldur.

c) İntifa hakkı sahibi

Zorunlu deprem sigortasında sigorta edilen menfaat, ilgili mevzuatla kapsam altına alınan bina üzerindeki menfaattir ve bunun ilgilisi de mâlik ya da varsa intifa hakkı sahibidir. 587 s. KHK'de m. 1 ve 9'da, kapsam dahilindeki binanın üzerinde mülkiyet veya intifa hakkına sahip kişiden söz edilmektedir. ASK'nun 10. maddesinde de 1. fıkrada kapsam dahilinde bulunan binalar belirtildikten sonra 3. fıkrada, söz konusu bina ve bağımsız bölümlerin mâlikleri veya intifa hakkı sahipleri sayılmıştır. "*Sigortalının sorumluluğu*" başlığını taşıyan 12. madde ve 11. madde de mâlik ve intifa hakkı sahibine değinilmiştir.

⁷¹ Aynı yönde bkz. HAVUTÇU, sh. 35.

⁷² ÜNAN, Zorunlu Deprem Sigortası, sh. 93.

⁷³ Devre mülke konu taşınmazın sigorta ettirilmesinde 634 s. KMK'nun m. 21/1'e kıyasen, devre mâlikler topluluğunca bu konuda karar verilmesinin gerekliliğine ilişkin bkz. HAVUTÇU, sh. 107. Gerçekten hüküm, ana gayrimenkulün kat mâlikleri kurulunca tayin edilecek değer üzerinden sigorta edilmesinin kat mâlikleri kurulunca kararlaştırılabileceğini ve sigorta yapılması durumunda da kat mâliklerinin, sigorta giderlerine, arsa payları oranında katılmakla yükümlü olduklarını düzenlemektedir. ZDS ise zaten zorunlu olduğundan yine aynı durum söz konusu olacaktır.

⁷⁴ Bkz. HAVUTÇU, sh. 107; ÖZMEN, sh. 233.

Esasen bir gayrimenkul üzerinde intifa hakkının kurulmasında, intifa hakkı sahibinin sigorta yaptırma yükümlülüğü Medeni Kanun'da da düzenlenmektedir. Medeni Kanun'un sigorta "sigorta ettirme" başlığını taşıyan 815. maddesi gereğince; intifa hakkı sahibi intifa konusu eşyayı mâlik lehine yangına veya diğer tehlikelere karşı sigorta ettirmekle yükümlüdür⁷⁵. İntifa hakkına konu eşya için bazı rizikolara karşı sigorta yaptırma zorunluluğunun, tarafların bu husustaki sözleşme özgürlüğünün sınırını belirleyeceği de ifade edilmektedir⁷⁶. Belirli rizikolara ilişkin sigorta yaptırma zorunluluğunun bulunmasının, intifa hakkı sahibinin sigorta için bu yükümlülüğünün serbestçe düzenlenebilmesini etkilemeyeceği, intifa hakkı sahibinin bu sigorta yükümlülüğünün tümüyle ortadan kaldırılması durumunda da, zorunlu sigortanın mâlikçe yaptırılmak zorunda kalınması ve primlerin de mâlikçe ödenmesinin gerektiği; meğer ki sigorta yaptırma zorunluluğunun mâlik için değil de, intifa hakkı sahibi için getirilmiş olması durumu ifade edilmektedir⁷⁷.

İntifa hakkı sahibinin sigorta yükümlülüğü bulunuyorsa, sigorta sözleşmesini yapmak ve intifa süresince sigorta primlerini ödemek zorundadır. İntifa hakkı sahibinin sigorta primlerini ödeme borcu, zaman üzerine yani pro rata temporis hesaplanmakta ve intifa süresine karşılık gelen primlerin onun tarafından ödenmesi gerekmektedir⁷⁸. İntifa hakkı kurulurken intifaya konu eşya zaten sigortalı ise veya intifa başladıktan sonra malı mâlik sigorta ettirmişse, intifa hakkı sahibi, malın sigorta ettirilmesi özenli bir işletme

⁷⁵ MK m. 815 hükmünün yedek bir hukuk kuralı olarak kabul edildiği, bu nedenle mâlikle intifa hakkı sahibinin intifa konusunun sigortalanma şeklini diledikleri gibi kararlaştırabilecekleri, hatta intifa hakkı sahibinin sigortaya ilişkin yükümlülüklerinin tümüyle ortadan kaldırılabileceği kabul edilmektedir, bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZEN Burak, Türk Medeni Hukukunda Eşya Üzerinde İntifa Hakkı, İstanbul 2008, sh. 361, dn. 1025'de anılan yazarlar.

⁷⁶ BAUMANN Max, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Teilband IV/2a, Die Dienstbarkeiten und Grundlasten, Nutzniessung und andere Dienstbarkeiten (Art. 745-778 ZGB), Nutzniessung und Wohnrecht, Zurich 1999, Art. 767, N.2 (Özen sh. 361, dn. 1025'ten naklen).

⁷⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZEN, sh. 361, dn. 1025.

⁷⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. KÖPRÜLÜ Bülent/KANETİ Selim, Sınırlı Ayni Haklar, Genişletilmiş ve Yenilenmiş 2. bası, İstanbul 1982-1983, sh. 144; TEKİNAY Selahattin Sulhi, Menkul Mülkiyeti ve Sınırlı Ayni Haklar II/3, İstanbul 1994, sh. 50; OĞUZMAN M. Kemal/SELİÇİ Özer/OKTAY-ÖZDEMİR Saibe, Eşya Hukuku, 14. bası, İstanbul 2011, sh. 681.

gereğinden ise bu sigortayı devam ettirmeye ve intifa süresince primleri ödemeye zorunludur⁷⁹. Bunun yanısıra intifa hakkının tesisinden önce mâlikçe akdedilmiş bir sigorta sözleşmesinin, intifa hakkının devamı süresinde sona ermesinde, intifa hakkı sahibinin sigorta sözleşmesini yapması gerekir⁸⁰.

İntifa hakkı sahibinin, intifa konusu eşyayı sigorta ettirme yükümlülüğüne rağmen bunu yerine getirmemesi durumunda mâlikin zararlarını tazmin yükümlülüğü de ona aittir⁸¹. Böyle bir durumda mâlik intifa konusu eşyayı kendisi sigorta ettirir ve intifa hakkı sahibinden ödediği primlerin tazminini talep edebilir⁸². Görüldüğü gibi Medeni Kanun'da intifa hakkı sahibi için getirilen bu yükümlülük, ancak yerel âdetlere göre iyi bir yönetim gereğinden ise söz konusudur. Oysa gerek 587 s. KHK'de gerekse ASK'da herhangi bir şart aranmaksızın intifa hakkı sahibine sigorta yaptırma yükümlülüğü getirilmektedir. 587 s. KHK 1. ve 9. maddeleri –ve ASK 10.,11. ve 12. maddelerinin- MK'nın 815. maddesine özel hüküm teşkil ettiği düşünülürse; deprem sigortasının intifa hakkı sahibince yaptırılması zorunluluğunda, Medeni Kanun'daki “...yerel âdetlere göre iyi bir yönetim gereğinden...” şartı da aranmayacak; her durumda deprem sigortası, mâlik yararına olarak intifa hakkı sahibince yaptırılacaktır⁸³.

Üzerinde durulması gereken bir husus da sigorta kapsamına giren bina ya da bağımsız bölüm üzerinde intifa hakkının kurulduğu bir durumda sigor-

⁷⁹ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, sh. 681; KÖPRÜLÜ/KANETİ, sh. 144; ÖZEN, sh. 368. İntifa hakkı süresi içerisinde mâlikçe, intifa hakkı sahibinin MK m. 815 kapsamı dışındaki sigortaları yaptırması durumunda, bu sözleşmelerin mali külfetinin de mâlike ait olması, primlerinin de mâlikçe ödenmesi gerektiği konusunda doktrindeki farklı görüşler açısından bkz. ÖZEN, sh. 369. Üzerinde intifa hakkı tesis edilmiş bulunan bir bina veya bağımsız bölüm için mâliğin ZDS dışında ihtiyari deprem sigortası yaptırması durumunda bu sigorta sözleşmesinin primleri ve giderleri yine mâlike ait olacaktır.

⁸⁰ İsviçre öğretisindeki baskın ve Alman hukukundaki görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZEN, sh. 374.

⁸¹ İntifa hakkı sahibinin sigorta yükümlülüğünün bulunmasına rağmen yerine getirmemesi nedeniyle ödeyeceği tazminat, söz konusu yükümlülüğünü yerine getirmiş olmasındaki ödenecek sigorta tazminatını aşamaz. İntifa hakkı sahibi, var olan bir sigorta sözleşmesinden doğan prim ödeme borcunu yerine getirmediği için, sigorta tazminatına hak kazanılamazsa, mâlikin bu nedenle uğradığı zararın kapsamının, primleri ödenmeyen sigorta sözleşmesi poliçesindeki tazminatla sınırlı olacağına ilişkin olarak bkz. ÖZEN, sh. 377.

⁸² KÖPRÜLÜ/KANETİ, sh. 144; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, sh. 681.

⁸³ Ayrıntılı bilgi için bkz. SOMER, sh. 123.

ta tazminatının kime ödeneceğidir. Tazminat, binada deprem sebebiyle oluşan hasarın giderilmesinde kullanılacak ise tartışılacak bir durum yoktur. İntifa hakkı sahibi ve mâlikin, sigorta tazminatına ilişkin alacak hakkı üzerindeki tasarruf yetkisini birlikte kullanmaları, bunun yanısıra ödenecek sigorta tazminatının değerlendirme yöntemine beraberce karar vermeleri gerektiği belirtilmektedir⁸⁴. Ancak deprem, binanın yıkılmasına neden olmuş ve yeniden de inşa edilemeyecekse, sigorta tazminatının surrogat olduğu göz önüne alınırsa; intifa hakkı tazminat üzerinde devam edecektir⁸⁵. Nitekim Medeni Hukukta ortadan kalkan gayrimenkul yerine mâlik, bir sigorta tazminatı almışsa, intifa hakkı, gayrimenkulün yerine kaim para üzerinde devam eder ve intifa hakkı sahibi aynı ikâme yoluyla bedel üzerinde intifa hakkı kazanır⁸⁶. Sigortacıyla sigorta sözleşmesini akdedenin mâlik veya intifa hakkı sahibi olması açısından bir fark bulunmaksızın, muaccel bir sigorta tazminatı kaim değer olacak, intifa hakkı sigorta tazminatını kapsayacak ve bu alacak üzerinde devam edecektir⁸⁷. Keza sigorta sözleşmesini mâlik veya intifa hakkı sahibinin kurmasının bir fark yaratmaması gibi, sigorta sözleşmesinin intifa hakkının tesisinden önce veya sonra akdedilmesinin de bir önemi yoktur⁸⁸. Eşyanın sigortalanmasının iyi bir yönetimin gereği olmadığı bir durumda, intifa hakkı sahibinin böyle bir yükümlülüğü de bulunmadığından, mâlikçe yine de sigortalatılmışsa kural olarak sigorta tazminatı üzerinde intifa hakkı söz konusu olmayacaktır. Ancak böyle bir durumda, doktrinde ikili ayırım yapılması gerektiği; mâlikçe yapılan bu tür sigorta sözleşmesinden doğan prim borcunun intifa hakkı sahibince yerine getirilmesinde, istisna bir durum söz konusu olacak, mâlikin sigorta tazminatına ilişkin alacak hakkı üzerinde intifa hakkı devam edecektir⁸⁹. Şu durumda ASK gereğince intifa hakkı sahibi, ancak ZDS'yi yaptırmakla yükümlüdür. Eğer mâlik bunun yanısıra ihtiyari deprem sigortası teminatı da almış ve primlerini ödemişse, bu sigorta tazminatı üzerinde hak sahibi sadece kendisi olacaktır. Ancak ihtiyarî deprem sigortasını intifa hakkı sahibi yaptırmış

84 Bu konuda ayrıntı için bkz. ÖZEN, sh. 375.

85 Ayrıntılı bilgi için bkz. ÜNAN, Zorunlu Deprem Sigortası, sh. 92.

86 OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, sh. 666; ÖZEN, sh. 189.

87 ÖZEN, sh. 374.

88 ÖZEN, sh. 186.

89 Söz konusu ayırım ve istisnaî durum için konusundaki tartışma için bkz. ÖZEN, sh. 187.

veya mâlikçe yaptırılmasına rağmen primleri onun tarafından ödenmişse, intifa hakkı, ihtiyarî deprem sigortası tazminatına ilişkin alacak hakkı üzerinde devam edecektir. Nitekim bir görüşe göre⁹⁰; intifa hakkı sahibi, mâlikçe akdedilen her sigorta sözleşmesine ilişkin primleri ödeme yükümlülüğü altında olmadığından, yükümlülük dışındaki sözleşmelerden kaynaklanan primler intifa hakkı sahibine yansıtılamaz; o yalnızca kendisinin yükümlülüğü altında bulunan sigorta sözleşmelerine ilişkin primleri –ki burada ZDS ile yükümlüdür- mâlikin önceden yaptırması durumunda da ödemekle yükümlüdür. Bununla birlikte bir başka görüş⁹¹, intifa hakkı sahibinin yükümlülüğünde bulunmayan bir sigorta türünün mâlikçe intifa hakkının tesisinden önce yaptırılmış olması durumunda, intifa hakkı sahibinin yükümlülüğünde bulunmayan bu sigortaların primlerini ödeme yükümlülüğünün mâlikçe kendisine getirilmesinin normal karşılanması gerektiğini kabul etmektedir⁹². Ancak görüş, intifa hakkının kurulmasından sonra, intifa hakkı sahibinin yükümlülüğünde bulunmayan bir sigorta sözleşmesinin mâlikçe kurulmasında prim borcunun mâlike ait olduğunu, intifa hakkı sahibine yansıtılamayacağını, sonucunda da sigorta tazminatının bir kaim değer oluşturmayacağını, kısaca bu sigorta sözleşmesinin nimet ve külfetinin mâlike ait olduğunu da kabul etmektedir⁹³. İntifaya konu sigortalı bina ya da bağımsız bölümün deprem nedeniyle yıkılması durumunda, intifa hakkı, kanun gereğince (ipso iure) kendiliğinden, deprem riskinin gerçekleşmesiyle doğan sigorta tazminatı alacağına, yani yıkılan intifa konusunun yerine geçer ve intifa hakkının kapsamına girer. Bu, ortadan kalkan intifa konusunun yerine geçen tazminat alacağının üzerinde intifa hakkının kendiliğinden kurulacağı başlıca durumlardan biridir⁹⁴. ASK uyarınca intifa hakkı sahibi intifa konusu binayı sigortalatmak bakımından yükümlüdür. Ancak bu yükümlülüğün intifa hakkı sahibince yerine getirilmemesi üzerine, sigorta sözleşmesi mâlik tarafından yapılmış olsa bile, intifa hakkı sigorta tazminatı üzerinde devam

90 ÖZEN, sh. 373.

91 ÖZEN, sh. 374.

92 Bkz. ÖZEN, sh. 372.

93 Ayrıntılı bilgi ve görüşü savunanlar için bkz. ÖZEN, sh. 373.

94 Ayrıntı için bkz. KÖPRÜLÜ/KANETİ, sh. 121 vd.

edecektir⁹⁵. Zorunlu deprem sigortası ile koruma altına alınan deprem rizikosu gerçekleşip, bina yıkılırsa, mâlikin akdettiği sigorta sözleşmesinden doğan sigorta tazminatına ilişkin alacak hakkının bağlı olduğu şart gerçekleşecek ve bu alacak üzerinde intifa hakkı doğacaktır. Bundan sonra ise mâlik, alacak hakkı üzerinde ancak intifa hakkı sahibiyle birlikte hareket ederek tasarrufta bulunabilecektir⁹⁶. Kanaatimizce sigortacının, sigorta tazminatına ilişkin alacak hakkı üzerinde intifa hakkı kurulduğunu bilmiyor ve bilmesi de gerekmiyorsa, mâlike yaptığı ödeme ile borcundan kurtulabileceği düşünülebilirse de; intifa hakkının tapuya tescili ve sigortacının tapu sicilindeki bu kaydı bilmediğini ileri sürememesi, sonucunda da mâlike iyiniyetle ödemede bulunduğunu iddia edememesi, nihayet borcundan kurtulamaması gerekir⁹⁷. Ancak bir görüş, sigorta sözleşmesine göre alacaklı görünen intifa hakkı sahibi veya mâlike sigorta tazminatının ödenmesiyle, sigortacının yükümlülüğünü yerine getirdiğini, intifa hakkının varlığından bihaber ise, mâlike ödemede bulunmakla yine sorumlu tutulamayacağını, zira borcundan kurtulduğunu, nihayet tapu kayıtlarının aleni olması ve herkesçe bilinmesi faraziyesinin burada etkili olmayacağını kabul etmektedir⁹⁸. Fakat intifa hakkının sigortacıya bildirilmesi veya sigortacının intifa hakkını öğrendiğinin ispat edilmesi durumunda, sigorta tazminatını mâlike ödemeyen sigortacının yükümlülüğünü yerine getirdiği iddiasında bulunamayacağı isabetli olarak kabul edilmektedir⁹⁹.

Zorunlu deprem sigortası sözleşmesini intifa hakkı sahibinin yapmasında, intifa hakkı sahibi, sözleşmeyi kendi adına, mâlik hesabına akdetmektedir. Sigorta sözleşmesinin tarafı, yani sigorta ettiren intifa hakkı sahibi olduğundan sözleşmeden kaynaklanan yükümlülükler, bu arada prim ödeme bor-

⁹⁵ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, sh. 682. MK m. 798/2 uyarınca, sigorta tazminatı üzerinde intifa hakkının doğabilmesi için, sigorta ile koruma altına alınan rizikonun gerçekleşmiş olması gerekir ki; riziko gerçekleşene kadar sigorta tazminatına ilişkin alacak hakkı, geciktirici şarta bağlı bir alacak konumundadır ve bunun üzerinde intifa hakkı söz konusu değildir. Konu hakkında ayrıntılı bilgi ve doktrinindeki görüşler için bkz. ÖZEN, sh. 187.

⁹⁶ Ayrıntılı açıklamalar için bkz. ÖZEN, sh. 187 vd.

⁹⁷ Yabancı doktrindeki aynı yönde ve intifa hakkını bilmeden mâlike ödemede bulunan sigortacının, taşınmazlar için bile olsa borcundan kurtulacağına ilişkin karşı görüşler için bkz. ÖZEN, sh. 188.

⁹⁸ Görüşe ilişkin ayrıntılar konusunda bkz. ÖZEN, sh. 374.

⁹⁹ Ayrıntılı açıklamalar için bkz. ÖZEN, sh. 374 vd.

cu, sigortacıya bilgi verme, rizikoyu ağırlaştırmama, zararın kapsamını azaltmaya ilişkin görevler de ona aittir. İntifa hakkı sahibinin MK m. 815'den kaynaklanan yükümlülüğünü gereği gibi yerine getirmesinden söz edebilmek için sigorta sözleşmesini tam üçüncü kişi lehine sözleşme şeklinde yapması gerekir¹⁰⁰. Burada intifa hakkı sahibi sigorta ettiren, mâlik ise, sigortalı sıfatını taşımaktadır. Sigorta ile teminat altına alınan rizikonun gerçekleşmesi, yani depremin oluşması ile birlikte sigortalı olan mâlikin sigorta tazminatına hak kazanabileceği – zira başkası hesabına sigorta sözleşmesi söz konusudur- düşünülebilir de; mâlike ait olan bu alacak hakkının intifa hakkı için kaim bir değer olacağı, yukarıda açıklandığı gibi, gözden uzak tutulmamalıdır¹⁰¹.

İntifa hakkı sahibinin sigorta sözleşmesini başkası hesabına sigorta şeklinde yapmamış olması da düşünülebilir. Bu durumda mâlik sigorta tazminatına hak kazanamayacak; ya sigorta sözleşmesinin kendisine devrini ya da sözleşmeden kaynaklanan hakların yine kendisine devredilmesini isteyecek ve bu yolla da intifa hakkı sahibinin MK m. 815'den doğan yükümlülüğünü gereği gibi yerine getirmiş sayılmayacağı kabul edilmektedir¹⁰². Ancak sigortanın sadece intifa hakkı sahibinin menfaati için yaptırılmasının kabulünde, tazminat, intifa hakkı sahibine zararı oranında verilecektir. Para ile ölçülebilir bir değere sahip olan bu aynî hakka, yani intifa hakkına sahip olan kişinin de, intifa konusu bina üzerinde sigortalanabilir bir menfaati bulunduğundan; bu menfaat değerini aşan bir sigorta bedelinin söz konusu olmasında da aşkın sigorta hükümleri uygulanarak, menfaat değerini aşan kısım intifa hakkı sahibine ödenmeyecektir¹⁰³.

Gerek 587 s. KHK'nin 1. ve 9. madde, gerekse ASK'nun 10.,11.,12. madde hükümlerinde sadece mâlik veya intifa hakkı sahiplerinden söz edilmektedir. Dolayısıyla intifa hakkı dışında bir aynî ya da şahsi hakka sahip kişilerin deprem sigortası yaptırma zorunluluğu bulunmamaktadır. Örneğin sükna hakkı sahiplerinin ZDS yaptırma yükümlülüğü olmadığı¹⁰⁴ gibi kira-

¹⁰⁰ ÖZEN, sh. 370 vd.

¹⁰¹ Bkz. ÖZEN, sh. 371.

¹⁰² Bkz. ÖZEN, sh. 371.

¹⁰³ Ayrıntılı bilgi için bkz. ÜNAN, Zorunlu Deprem Sigortası, sh. 92.

¹⁰⁴ Aynı yönde bkz. SOMER, sh. 123.

cının bu yükümlülüğü de ancak yukarıda belirtildiği üzere kira sözleşmesine konulan bir hükümden kaynaklanabilir.

Mâlikin zorunlu deprem sigortası yaptırmasında “çifte sigorta” durumu ortaya çıkabilir. TK m. 1467 hükmüne göre, değerinin tamamı sigorta edilen bir menfaatin daha sonra aynı rizikolara karşı aynı veya farklı kimse tarafından sigorta ettirilmesi durumunda çifte sigorta oluşur ve bunun sonucunda ikinci sigorta sözleşmesi hükümsüz olur. Örneğin ülkemizde ihtiyari deprem teminatı, yaygın sigorta poliçesine konan klozla sağlanmaktadır. İşte bu şekilde deprem teminatını da kapsayan bir yangın sigortası yaptıran malikin, ZDS yaptırmasında “çifte sigorta”nın söz konusu olabileceği düşünülebilirse de; zorunlu deprem sigortası teminatının binanın tamamının değerini karşılamaması durumunda, yangın sigortası kapsamındaki teminatı “ihtiyari deprem sigortası” olarak nitelendirmek mümkündür¹⁰⁵. Zira ZDS’de teminat miktarı Bakanlıkça belirlenerek, RG’de yayınlanmaktadır¹⁰⁶. Görüldüğü gibi yayınlanan bu tarihteki miktarlar, ancak değerinin bir kısmına ilişkin olarak koruma sağlar. O halde menfaat değerinin aşan kısmı için ihtiyari deprem sigortası yaptırmak suretiyle, bu kısım da teminat altına alınabilir. Esasen bu durum, ZDSGS’nin “birden çok sigorta” başlıklı C.3 maddesinde de düzenlenmektedir. Hüküm aynen şu şekilde kaleme alınmıştır: “*Aynı bina/bağımsız bölüm için birden çok zorunlu deprem sigortası yaptırılamaz. Ancak zorunlu deprem sigortası yapılan bağımsız bölüm veya binanın değeri zorunlu deprem sigortası ile belirlenen sigorta bedeli tutarının üzerinde ise, bu tutarın üzerindeki kısım için, zorunlu deprem sigortasının yapılmış olması kaydıyla sigorta şirketleri tarafından ihtiyari deprem sigortası yapılabilir.*”

Görüldüğü gibi hükümde çifte sigorta yasağı ayrıca düzenlenerek, ihtiyari deprem sigortası yaptırılabilmesi şartları¹⁰⁷ belirtilmektedir. Ancak, söz konusu ihtiyari deprem sigortası DASK tarafından değil; zorunlu deprem sigortasında acenta gibi hizmet veren sigorta şirketlerince verilecektir¹⁰⁸. Yukarıda da belirtildiği gibi ülkemizde ihtiyari deprem teminatı yangın si-

¹⁰⁵ Aynı yönde bkz. ÜNAN, Zorunlu Deprem Sigortası, sh. 97; SOMER, sh. 122.

¹⁰⁶ Örneğin 26.12.2011 t. ve 28154 (Asıl) s. RG’de yayınlanan talimat ve tarifede değişik 2. maddede; zorunlu deprem sigortası kapsamında, bir mesken için verilebilecek azami teminat tutarın yapı tarzı ayrımı yapılmaksızın 150.000 TL’dir.

¹⁰⁷ Menfaat değerini aşan kısım için ihtiyari sigorta ile teminat sağlanabilmesi için, ZDS’nin yaptırılmış olması gerekmektedir.

¹⁰⁸ Bkz. ÜNAN, Zorunlu Deprem Sigortası, sh. 97.

gortası poliçesine konan bir klozla sağlanmaktadır. ASK'nun "Tarife ve talimatlar ile uygulama esasları ve genel şartları" başlığını taşıyan 13. maddesi aynen şu şekildedir:

"(1) Zorunlu deprem sigortasına ilişkin tarife ve talimatlar ile azami teminat tutarı her yıl Bakan tarafından belirlenir ve Resmî Gazetede yayımlanır. Sigorta primlerinin tespitinde; binanın yüzölçümü, inşaat türü ve kalitesi, binanın üzerinde bulunduğu arazinin zemin özellikleri, deprem riski ve benzeri unsurlar değerlendirilir.

(2) Zorunlu deprem sigortası bulunan ve deprem nedeniyle hasar gören binalara ilişkin tazminat, gerekli bilgi ve belgeler ile hasar tespitinin tamamlanmasını müteakip en geç otuz gün içinde ödenir.

(3) Zorunlu deprem sigortasına ilişkin uygulama usul ve esasları ile sigorta genel şartları Müsteşarlık tarafından belirlenir."

2) Menfaat sahibinin değişmesi

Menfaat sahibinin değişmesinde sigortanın devamı hususu Yeni Ticaret Kanunu'nda farklı olarak düzenlenmektedir. "Sigorta edilen menfaatin sahibinin değişmesi" başlığını taşıyan 1470. madde aynen şu şekildedir:

"(1) Sigorta edilen menfaatin sahibinin değişmesi halinde, aksine sözleşme yoksa sigorta ilişkisi sona erer" görüldüğü gibi madde ile, 6762 sayılı Ticaret Kanunu'nun getirdiği düzenlemeden (m. 1303) tamamen farklı, zıt hüküm getirilmektedir. Zira 6762 s. TK'nın 1303. maddesine göre; aksine sözleşme olmadıkça menfaat sahibi değişikliğinde sözleşme ilişkisi de devam ederken; yeni Kanun'da aksine sözleşme yoksa sözleşme ilişkisinin sona ereceği şeklinde düzenleme getirilmiştir. Temeldeki bu değişikliğe sigorta uygulamalarının neden olduğu; pek çok sigorta genel şartında veya özel şartlarla 6762 s. Kanun'un 1303. maddesindeki düzenlemenin zaten tersine çevrildiği, bu nedenle uygulamadaki durumun kanunlaştırılması için hükmün bu şekilde düzenlendiği gerekçede belirtilmektedir¹⁰⁹. 587 s. KHK'nın 13. maddesi gereğince menfaat sahibinin değişmesiyle sigorta, yeni menfaat sahibiyle devam edecek, yani otomatikman sigorta yeni

¹⁰⁹ Gerekçedeki ayrıntılı açıklama için bkz. KENDİGELEN Abuzer, Gereğçeli – Karşılaştırmalı Yeni Türk Ticaret Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun, 1. Bası, İstanbul 2011, sh. 1389. Eski Kanundaki "sigortalı mal" ifadesinin çıkarılarak "menfaat" değişikliğinden söz edilmesinin isabetli olduğu KENDER tarafından haklı olarak ifade edilmektedir. Hükmün ayrıntılı yorumu konusunda bkz. KENDER, sh. 212.

mâlikle sürecektir¹¹⁰. Keza ZDSGŞ¹¹¹'nin "menfaat sahibinin değişmesi" başlığını taşıyan m. C.4'e göre:

"Sözleşme süresi içinde, menfaat sahibinin değişmesi halinde, sigortanın hükmü yeni menfaat sahibi ile devam eder. Bu durumda yeni menfaat sahibi, sigortaya ait devir zeyilnamesini yaptırmak ve satış işleminin tamamlanabilmesi için zeyilnameyi ilgili tapu müdürlüğüne ibraz etmekle yükümlüdür. Bunun dışındaki hallerde ise, sigorta ettiren ve sigortanın varlığını öğrenen yeni menfaat sahibi, durumu 15 gün içerisinde sözleşmeye aracılık yapan sigorta şirketine bildirmekle yükümlüdür." Görüldüğü gibi ZDSGŞ'nin C.4 madde hükmüne göre; sigorta ettiren ve yeni hak sahibinin durumu, 15 gün içerisinde sigorta sözleşmesine aracılık yapan sigorta şirketine bildirmesi gerekmektedir. Söz konusu bildirim yükümlülüğü ZDSGŞ'nda hüküm altına alınmasına rağmen, buna aykırı davranılması halinde ortaya çıkacak hukukî duruma değinilmektedir. Bununla birlikte adı geçen bildirim yerine getirilmemesi, bizce de sigorta teminatı açısından hukukî durumda bir değişiklik yaratmamaktadır¹¹².

Önceki menfaat sahibi olan sigorta ettirenin peşin ödediği primler için gün hesabına göre devredenle devralan arasında hesaplaşmaya konu olabilecektir¹¹³.

Afet Sigortaları Kanunu'nda ise, menfaat sahibinin değişmesinde söz konusu olacak hukukî düzenlemeye ilişkin bir hüküm bulunmamakta, geçici 2.maddede söz konusu Kanunda belirtilen yönetmelik ve diğer düzenlemelerin yürürlüğe girmesine kadar, mevcut düzenlemelerin Kanun'a aykırı olmayan hükümlerinin uygulanacağı belirtildiğinden ZDSGŞ hükümleri de uygulama alanı bulacaktır.

3 – Sigortacı

a – Genel olarak

Bir sigorta sözleşmesinin diğer tarafını sigortacı oluşturur. Buna göre sigortacı, bir prim karşılığında sigorta sözleşmesi ile rizikoyu üstlenen, satın

¹¹⁰ BOZER, sh. 253.

¹¹¹ 13.5.2011 t. ve 27933 s. RG'de yayınlanarak, 8. maddesi gereğince 16.5.2011'de yürürlüğe girmiştir.

¹¹² Aynı görüşte olarak bkz. ÖNEN, ZDS, sh. 97.

¹¹³ YONGALIK, Zorunlu Deprem Sigortası, sh. 171.

alan ve karşılığında güven satan kişi, başka bir anlatımla profesyonel risk taşıyıcısıdır¹¹⁴.

Yukarıda açıklandığı gibi, doğal afet risklerinin karşılanmasında özel sigorta şirketleri yetersiz ve güçsüz kalabilir. Keza bu tür felâketlerin sadece devlet tarafından üstlenilmesinde de aynı tehlikeyle karşı karşıya kalınabilir. Zira deprem gibi doğal afetin yarattığı zararlar çok büyük olacak ve devletin bu durumda zararın altından kalkabilmesi mümkün bulunmayacak ve imkânlar yetersiz kalacaktır. İşte bu güçsüzlük ve yetersizliklerle başa çıkabilmenin bir yolu olarak riskin dağıtılması düşünülebilir. Bu amaç doğrultusunda deprem felaketine karşı zararın paylaşılması yerinde olacak ve böylece söz konusu zararlara karşı insanlar güvence altında bulunacaklardır¹¹⁵.

Zorunlu deprem sigortasının düzenlenmesi, yukarıda da belirtildiği gibi; 4484 sayılı Kanun'la değişik 27.08.1999 tarih ve 4452 sayılı Kanun'un verdiği yetkiye dayanılarak, Bakanlar Kurulu'nca 25.11.1999 tarihinde kararlaştırılmıştır. Bu anlamda 587 sayılı KHK'nın tanımlar başlığını taşıyan 3. maddesinde kurumdan söz edilerek, bunun "Doğal Afet Sigortaları Kurumu"nu ifade edeceği belirtilmiş ve devamındaki hükümler de Kurum'un özelliklerine ayrılmıştır.

b – Sigortacı olarak DASK

Ülkemizde bu doğrultuda 587 s. KHK'nın 4. maddesinde düzenlenen ve kamu tüzel kişisi olan Doğal Afet Sigortaları Kurumu - kısaca DASK – kurulmuştur. Adı geçen KHK ile kurum, ZDS'ye yaparak yine kararname gereğince kendisine verilen diğer görevleri üstlenecektir. Böylece DASK, zorunlu deprem sigortası sözleşmesinin tarafı yani sigortacıdır. Kurum, sigorta yapmanın yanı sıra, 587 s. KHK m. 8 gereğince Kurum nam ve hesabına ZDS'yi yapmaya yetkili sigorta şirketlerini ve bu şirketlerin uyması gerekli olan usul ve esasları belirler.

587 sayılı KHK ile sigorta yapmak ve Kararname'nin belirlediği diğer görevleri yerine getirmek üzere, Hazine Müsteşarlığı'nın bağlı bulunduğu Bakanlık nezdinde DASK kurulmuştur. Söz konusu KHK'de DASK'ın deprem afeti sonucunda meydana gelecek zararların karşılanmasını temin edeceğinden bahsedilmişse de; adından da anlaşılacağı üzere Kurum, diğer do-

¹¹⁴ KENDER, sh. 205; YONGALIK, Zorunlu Deprem Sigortası, sh. 154 ve dn.14.

¹¹⁵ Aynı yönde ayrıntılı gerekçeler ve kamu-özel hukuk sigorta kuruları ayrımı için bkz. YONGALIK, Zorunlu Deprem Sigortası, sh. 156 vd.

ğal afetler için de teminat sağlayabilecektir¹¹⁶. Kurum biri başkan olmak üzere toplam yedi üyeden oluşan DASK Yönetim Kurulu'na yönetilir¹¹⁷. Kurum'un 1050 s. Muhasebei Umumiye Kanunu, 3346 s. Kamu İktisadi Teşebbüsleri İle Fonlarının Türkiye Büyük Millet Meclisince Denetlenmesinin Düzenlenmesi Hakkında Kanun, 832 s. Sayıştay Kanunu, 2886 s. Devlet İhale Kanunu ve 6245 s. Harcırah Kanunu'na tâbi olmadığı, 587 s. KHK'nin 4. maddesinde belirtilmektedir. ASK'da da aynı husus, 4.1.2002 t. ve 4734 s. Kamu İhale Kanunu'na tabi olmadığı ilâve edilerek düzenlenmektedir.

Keza Kararname'nin 5. maddesi gereğince Kurum ve gelirleri, her türlü vergi, resim ve harçtan muaftır. Aynı muafiyet ASK'nun 3. maddesinin 2. fıkrasında yine korunmaktadır.

DASK'ın prim alacakları da, kamu alacağı olarak kabul edilmekte ve bunların 6183 s. Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkında Kanun hükümlerine göre tahsil edileceği kabul edilmektedir (KHK m 4/3). Kurum alacaklarının bu Kanun'a tabi olması sonucunda, süreler, icra takip usülleri,

¹¹⁶ Nitekim ASK'nun "Kurum tarafından verilecek teminatlar" başlığını taşıyan 7. maddesinde, seylap, yer kayması, fırtına, çığ, dolu, don ve benzeri doğal afetler ile terorizm ve çevre kirlenmesi ve benzeri riskler için kamu yararı açısından gerek görülmesi halinde sigortacılık ilkeleri gözetilerek Kurum tarafından sigorta veya reasürans teminatı verilebileceği düzenlenmektedir. Nitekim depremin neden olduğu yangın, tsunami, toprak kayması sonucu oluşan zararları da DASK'ın ödediği yetkilerince belirtilmektedir. DASK'ın, deprem dışında sayılan bu gibi doğal afetler için de sigorta güvencesi sunabilecek bir yapıya sahip olduğuna ilişkin olarak bkz. YONGALIK, Zorunlu Deprem Sigortası, sh. 154, dn. 15.

¹¹⁷ YONGALIK, Zorunlu Deprem Sigortası, sh. 154, dn.18'de; anlaşılması güç olan "teknik işler" kavramından ZDSKT'nda vazgeçilerek, doğrudan "Kurumun işleri" kavramının kullanıldığını belirtmektedir. Gerçekten ASK'nun 6. maddesinin başlığında "teknik işler" terimi kullanılmamışsa da; hüküm içerisinde ibareye yer verilmiş ve Kanun'un 3. maddesinde "teknik işletici"den söz edilmiştir. 1.12.2001 tarih ve 24600 sayılı RG'de yayınlanan "Doğal Afet Sigortaları Kurumu Yönetim Kurulu Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik"ın tanımlar başlığı altındaki m. 3/e'de kurum idarecisi, Doğal Afet Sigortaları Kurumunun teknik işlerini yürüten şirketi olarak tanımlanmıştır. ASK'nun 6. maddesinde, Kurumun teknik işleri ile işletmeye ilişkin iş ve işlemleri, yangın ve doğal afetler branşında ruhsatı bulunan sigorta şirketlerinin eşit hisselerle katılımıyla, münhasıran bu amaçla kurulan ve Müsteşarlık tarafından teknik işletici olarak görevlendirilen bir anonim şirket tarafından yürütüleceği, bunun gerçekleşmemesinde teknik işleticinin, yangın ve doğal afetler branşında ruhsatı bulunan sigorta veya reasürans şirketleri arasından Müsteşarlıkça belirleneceği hüküm altına alınmıştır. ASK m. 4'de, Müsteşarlıktan, Bayındırlık ve İskan Bakanlığında, Birlik'e YÖK'ce önerilen üçer aday arasından seçilecek birer üye ile teknik işleticinin temsilcisinden Yönetim Kurulu'nun oluşturulacağı hüküm altına alınmakta ve Kurul'un en az dört üyenin katılımıyla toplanacağı ve kararlarını da en az üç üyenin aynı yöndeki oyları ile alacağı ifade edilmektedir.

gecikme faizi vs. gibi pek çok konuda farklılıklar olacaktır¹¹⁸. Kurumun yıllık hesap işlem ve harcamaları müsteşarlık tarafından denetlenir¹¹⁹.

Kurum'un taşınır ve taşınmaz varlıkları ile diğer hak, gelir ve alacaklarının haczedilemeyeceği, keza Kurum'un iflas yolu ile takip edilemeyeceği de ASK'da hüküm altına alınmıştır. Ancak Kanun'un 3. maddesinin 4. fıkrasında yer alan bu hüküm, 587 s. Kararname'de bulunmamaktadır. Yukarıda açıklanan bütün bu hükümler, DASK'ı oldukça imtiyazlı bir kurum haline getirmektedir. Hatta bir kamu tüzel kişisi olan DASK'ın diğer bazı kamu tüzel kişilerinden de avantajlı imkânlarla donatıldığı, zorunlu deprem sigortasının yapılması babında bir kamu tüzel kişisinin yaratılmasının garipsenecek bir tutum olduğu; zorunlu deprem sigortasının sosyal veya özel sigorta niteliğinin tartışmalı bulunduğu; bu nedenle buna sui generis sigorta da denilebileceği doktrinde ifade edilmektedir¹²⁰.

Kurul'un görevleri, 587 s. KHK'nın 8. maddesinde sayılmaktadır. Buna göre Kurum işleyişine ilişkin politikaların belirlenip, çalışma plânının düzenlenmesi, Kurum idarecisinin çalışma usul ve esaslarının belirlenmesi, Kurum nam ve hesabına ZDS sözleşmesi yapmaya yetkili sigorta şirketlerini ve uymaları gerekli usul ve esasları müsteşarlığın görüşünün alınarak belirlenmesi, tazminat ödemelerine ilişkin usul ve esasların belirlenmesi ve ödemelerin en kısa sürede yapılmasının sağlanması, risk paylaşımının ve reasürans plânının onaylanması, Kurum kaynaklarının yatırıma yönlendirilmesine ilişkin usul ve esasların tespiti, halkla ilişkiler ve tanıtım kampanyalarına karar verilmesi, ZDS'ye tâbi bütün binaların sigorta kapsamına alınması babında gerekli önlemlerin alınması hep Kurul'un görevleri arasındadır¹²¹.

Kararname'nin 8. maddesinin birinci fıkrasının f bendinde Kurum kaynaklarının yatırıma yönlendirilmesine ilişkin usul ve esasın, e bendinde risk paylaşımı ve reasürans plânının onaylanması görevleri belirtildikten sonra,

¹¹⁸ BOZER, sh. 248.

¹¹⁹ KHK'nın 4. maddesinde ifadesini bulan bu durum Kanun'un 3. maddesiyle aynen getirilmektedir.

¹²⁰ Ayrıntılı bilgi ve açıklama için bkz. BOZER, sh. 248; ayrıca bu konuda ayrıntı için bkz. YONGALIK Zorunlu Deprem Sigortası, sh. 156.

¹²¹ ASK'nda da aynı görevler düzenlenmiş, bunlara kurumun faaliyetleri hakkında Bakana ve Müsteşarlığa bilgi verme, gerek söz konusu Kanun, gerekse bu Kanun'a göre çıkarılan yönetmeliklerle verilen diğer görevleri yerine getirme hususları eklenmiştir.

16. maddede Kurum kaynaklarının kullanılabilceği yerler sayılmıştır¹²². Ancak 587 s. KHK’de Kurum’un kaynakları açıkça sayılmamasına rağmen¹²³ bu durum ASK’nın “Kurumun gelirleri ve kullanılabilceği yerler” başlığını taşıyan 9. maddesinin 1. fıkrasında belirtilmiştir. Buna göre, sigorta ve reasürans primleri, reasürans ve retrosesyon işlemlerinden elde edilen komisyonlar, Kurum varlıklarından sağlanan gelirler ve sair gelirler Kurum’un kaynaklarını oluşturur. ZDS primleriyle oluşturulan havuzdan deprem zararlarının karşılanması kararlaştırılmaktaydı. Ayrıca bu fonun, özel sigorta şirketleri bünyesinde oluşan fondan farklı olmayacağı, zira sigorta tekniği esasları gereğince yönetileceği belirtilmekteydi¹²⁴. Ancak bu şekilde havuz sistemine meyledilmesi, havuzdaki paranın devletçe burada belirtilenden farklı fonlar için kullanabileceği, bunu önlemenin de pek mümkün olmayacağı yönünde kuşku oluşmuştu ve bu nedenle Kararname’de kaynak kullanımını sadece belirli amaçlara hasredilmiştir¹²⁵.

Van depreminin ardından basının aksettirdiği gerek devlet görevlilerinin açıklamaları, gerekse yaşananlar böyle bir kaygının hiç de haksız olmadığını göstermektedir. DASK ise, 23.10.2011 tarihinde gerçekleşen Van depreminin ardından 25.11.2011 tarihine kadar 4731 adet hasar ihbarı ulaştığını, yine 25.11.2011 tarihi itibarıyla 12333 hasar dosyası için 30.810.535 TL tazminat ödenmesinde bulunduğunu ifade etmektedir¹²⁶. Bu kaynakların mevzuata

¹²² 587 s. KHK’nın hazırlanması aşamasında, önceleri primin bir havuzda toplanıp nemalandırılması tasarlanmış, bu sayede deprem zararlarını karşılayacak fonun zaman içinde oluşturulması düşünülmüş ise de, sonradan gelirlerin bir kısmının havuzda toplanıp değerlendirilmesi, diğer bir kısmının da reasürans ve risk devralan piyasalardan koruma sağlanması yolu tercih edildiği konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. ÜNAN, Zorunlu Deprem Sigortası, sh. 91. ZDS sözleşmesini, sigorta şirketleri ve acentelerinin DASK adına ve hesabına yapmasında, esas amacın, depremden zarar gören bina sahiplerine yardım için fon tesisi olduğu, burada olduğu gibi söz konusu düzenlemede sigorta hukukunun temel ilkelerine aykırı hükümlerin bulunduğu yönünde bkz. KENDER, sh. 196. Ayrıca fonların kullanılmasına ilişkin bkz. KARAGÖZ, sh. 193.

¹²³ ZDSKT’nın 18. maddesinde sigorta primleri, kurum varlıklarından sağlanan gelirler, devletten alınan avans ve sair gelirler Kurum gelirleri olarak belirtildiğine ilişkin bkz. YONGALIK, Zorunlu Deprem Sigortası, sh. 158 ve dn. 36.

¹²⁴ YONGALIK, Zorunlu Deprem Sigortası, sh. 159, dn. 39.

¹²⁵ Sözü edilen kaygılara ilişkin geniş bilgi için bkz. ÜNAN, Zorunlu Deprem Sigortası, sh. 91 vd.

¹²⁶ Bkz. www.dask.gov.tr.; üstelik Kurum, sigortalılık oranının Marmara bölgesinde %30, Antalya’da ve Ege Bölgesinde %23’lerde bulunduğunu da belirtmektedir.

uygun güvenli maksimum kullanımı hem açılan yaraların süratle kapanmasını, onarılmasını sağlayacak, hem de bir an önce en az hasarla normal yaşama geri dönme imkânını temin edecektir ki; bu da hedeflenen amaçtır. Aynı zamanda birikimi de sağlayacak iyi işleyen böyle bir mekanizma sayesinde devlet de büyük bir yük altında kalmaktan kurtulacaktır. Elde edilen fonlardan maksimum korumanın sağlanabilmesi reasürans desteğini de gerektirdiğinden buna ilişkin çalışmalar 2000'li yılların ilk yarısında başlamıştı¹²⁷. Bu hedef doğrultusunda DASK, ancak aşağıdaki amaçlar için kaynaklarını kullanabilecektir:

- Kurumca sigorta edilen binalarına ait tazminat ödemeleri,
- Kurumun yönetimi ve işleyişi için gerekli olan bütün masraflar ile Kurum idaresince ödenecek komisyon,
- Reasürans, sermaye ve benzeri piyasalardan sağlanan korumaya ilişkin ödemeler,
- Kurumun görev alanına giren konularda yaptıracağı bilimsel çalışma ve araştırmalara ilişkin ödemeler,
- Danışmanlık hizmetlerine (reasürans, yatırım, risk modelleşmesi gibi) ilişkin ödemeler,
- Halkla ilişkiler ve tanıtım kampanyalarına ilişkin ödemeler,
- Yetkili sigorta şirketlerine ödenecek komisyonlar,
- Hasar tespit işlemlerine ilişkin ödemeler,
- Kurumun devletten aldığı avansların geri ödenmesi.

Nitekim aynı ilkeler “Doğal Afet Sigortaları Kurumu Yönetim Kurulu Çalışma ve Esasları Hakkında Yönetmelik”te de yer almıştır¹²⁸. Kurulun görevlerini düzenleyen 5. maddesinin f bendinde; kaynakların yatırımında sırasıyla, varlıkların yüksek derecede likit olması, ana para kaybı riskinin en düşük olması ve getiri oranının maksimize edilmesi olarak tespit edilen ana kıstasları dikkate alarak kurum kaynaklarının yatırıma yönlendirilmesine ilişkin usul ve esasları tespit etme Kurul’un görevleri arasında sayılmıştır.

¹²⁷ Uluslararası kurumlar ve Milli Reasürans arasında daha o yıllarda başlayan görüşme, anlaşmalar ve doğal afet sigortaları havuzu ve ilgili kurumları konusunda şematik bilgi ve ayrıntı için bkz. KARAGÖZ, sh. 187 vd.

¹²⁸ 1.12.2001 t. ve 24600 s. RG’de yayınlanan yönetmeliğin bazı maddeleri farklı tarihlere değiştirilmiştir.

19.6.2009 t. ve 27263 s. RG'de yayınlanan değişiklikle Yönetmeliğe getirilen Ek m. 1'de; Kurum kaynaklarının yatırıma yönlendirilmesi ve buna ilişkin usul ve esaslar için ayrıntılı ilkeler sayılmaktadır.

ASK'nın geçici 1. maddesi gereğince, bu Kanun'la mülga 587 s. KHK ile kurulan DASK'ın aktif ve pasifleri ile her türlü hak ve yükümlülükleri, hiçbir işleme gerek kalmaksızın bu Kanun'la kurulan DASK'a devredilmiş sayılacaktır.

Yine aynı geçici maddenin 2. fıkrasına göre, bu Kanun'la kaldırılan 587 s. KHK'nın 7. maddesine göre yönetim kuruluna atanan üyelere aynı maddenin (a) bendine göre atanan hariç diğer üyeler görev sürelerinin sonuna kadar görevlerine devam edeceklerdir.

c- Sigorta Şirketlerinin Durumu

Deprem sigortası da daha önceden kurulmuş bulunan sigorta müesseselerince uygulanabilir. Bunların içerisinde en elverişli olanı da yangın sigortacılarıdır. Zira bu sigortacılar gerekli olan organizasyon ve deneyime sahiptirler ve deprem sigortası için gerekli ihtiyatları da büyük bir ihtimalle sağlayabileceklerdir¹²⁹. İşte bu şekilde daha önce teşekkül etmiş sigorta müesseselerine sigortalatma ya var olan rizikolara deprem rizikosunun eklenmesiyle – ki burada doğrudan doğruya bir deprem sigortası söz konusu olmayacaktır- ya da yangın sigortasına ek olarak verilebilecektir¹³⁰.

Deprem sigortası ayrıca özel şirketlerce yapılabileceği gibi, resmi müesseselerce de yapılabilir. Ancak özellikle deprem riskinin büyük olduğu yerlerde bu sigortanın yapılmasının gerekli olmasına karşılık özel şirketlerin bunu yapmaktan kaçınması ya da elverişsiz koşullarla yapması, devletin işe el atmasını gerektirmiştir¹³¹. Deprem riskinin büyük olduğu bir ülkede bu riski devlet üstlenir. Esasen deprem riskini devletin himaye altına alması pek çok yönden avantajlıdır. Zira özel şirketlere nazaran devletin elinde farklı ekonomik siyasi imkânlar, estrümanlar vardır. Örneğin özel sigorta şirketleri

¹²⁹ SEILER, sh. 63.

¹³⁰ ABD ve Japonya'daki eski uygulamalar konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. SEILER, sh. 64 vd.

¹³¹ Örneğin bir deprem ülkesi olan Japonya'da, devletin yardımcı olması arzu edilmektedir. Bu da hükümetin özel sigortacılara nakdi yardımda bulunması ya da deprem sigortasının zorunlu kılınmasıyla sağlanabileceğine ilişkin olarak bkz. SEILER, sh. 65.

ihtiyat akçesini ayırdıktan sonra büyük hasarları tazmin edebilecek duruma gelmelerine rağmen devlet, bu hasarları derhal ödeyebilecek durumdadır. Zira bu hasarın temini için vergi salma, iane toplama gibi pek çok yolları da kullanabilir. Bunun yanı sıra devlet, binaların depreme dayanıklı olarak inşa edilebilmesini sağlama yönünde güce sahiptir. Nitekim ülkemizde de 17 Ağustos ve 12 Kasım 1999 depremlerinin hemen ardından yapıda can ve mal güvenliğinin sağlanması, kontrolsüz, kötü yapılaşmayı önlemek ve modern standartlara uygun yapılaşmayı temin edebilmek amacıyla 595 s. Yapı Denetimi Hakkında KHK çıkarılmıştır¹³². Bununla birlikte devlet kurumlarının çok fazla şematik çalışmaları nedeniyle özel sigortacının belirli teknik incelemelerini kaçırabilecekleri de iddia edilmiştir¹³³.

Yukarıda belirtildiği gibi, özel sigorta şirketlerinin kapasite yetersizlikleri, belirli riskleri teminat dışında tutmak istemeleri, riskin gerçekleşmesinde karşılama güçlükleri devletin işe el atmasını gerekli kılmıştır. Böylece devlet risk taşıyıcı olarak yani sigortacı olarak ortaya çıkmaktadır. Nitekim bu, esasen istenen bir durum olmaktadır¹³⁴. Fakat büyük yaygın bir depremde zararın sadece devlete yüklenmesiyle, tahrip olan alt yapıyı işler hale getirmesi masraflarını üstlenen devlete bir de bireylerin zararlarının tümünün eklenmesi, hem zaman kaybına sebep olacak, hem de zararlar gerektiği şekilde karşılanamayacaktır¹³⁵. Deprem felaketi sonuçlarıyla ekonomisi gelişmiş ve deprem riski düşük devletlerin bile başa çıkması güçtür¹³⁶. Ekonomisinin gelişmekte olduğu ve yüksek deprem riskine hem de yaygın bir biçimde sahip ülkemiz bakımından da, bu açıdan ülke ekonomimizi sarsıncak sosyal güvenlikleri oluşturacak önlemlerin alınması gerekli, hatta kaçınılmazdır. Bu nedenle de aynı riskle karşı karşıya bulunan sayıca yüksek olan kişilerin güvence altına alınmasının ve bunların bir kısmının riskle kar-

¹³² Adı geçen Kararname 10 Nisan 2000 t. RG'de yayınlanmıştır. Kararname'nin getirdiği hukukî düzenlemede ayrıntılı bilgi için bkz. METEZADE, sh. 98.

¹³³ Bkz. SEILER, sh. 66

¹³⁴ Bkz. YONGALIK, Zorunlu Deprem Sigortası, sh. 156.

¹³⁵ ÜNAN, Zorunlu Deprem Sigortası, sh. 88 vd.

¹³⁶ YONGALIK, 1856 yılından beri deprem geçirmeyen İsviçre'nin – ki refah düzeyi son derece iyi olan bir ülke- bile, olası bir depremde zararları giderebilecek fonlarının hazır bulunmaması ve özel sigortalardaki yetersizlikler sebebiyle deprem sigortasının zorunlu hale getirilmesini tartıştığını belirtmektedir, bkz. YONGALIK Aynur, “Zorunlu Deprem Sigortası İsviçre’de Gündemde”, sh. 18-20; ayrıca bkz. YONGALIK, Zorunlu Deprem Sigortası, sh. 156.

şlaşmasında tümünün bu zararı paylaşmasının yarar sağlayacağı yerinde olarak belirtilmektedir¹³⁷.

Devlet, deprem sigortasını uygularken ya resmi bir sigorta kurumuna tüm işleri havale etmek ya da kurumun yönetim organlarını belirli işlerle görevlendirmek suretiyle yapar. Bunun yanı sıra özel sigorta şirketlerine, iş konusundaki tecrübelerden yararlanmak için bir hisse ile iştirak ettirir.

İkinci bir yol ise, Japonya'da ileri sürülmüştür. Bu ihtimalde devlet, sigortacılığı doğrudan doğruya üzerine alacak ve idaresini polise, vergi daire-sine veya yeni kurulacak bir daireye bırakacaktır¹³⁸.

Bir diğer hal de yine Japonya'da önerilerek; devletçe yürütülen deprem sigortasının, yangın sigortası ile birlikte, ona ek olarak akdedileceği, özel sigorta şirketlerinin aracı olarak çalışmaları ve buna karşılık primden yüzde olarak komisyon almaları öngörülmüştür¹³⁹.

Ülkemizde de 1999 depremleri sonrasında kamu hukuku sigortacısı olarak DASK karşımıza çıkmaktadır. ZDSTVT'nin 6. maddesinde ZDS'nin DASK nam ve hesabına sözleşme yapmaya yetkili sigorta şirketleri ve bu şirketlerin acentaları tarafından yapılacağı belirtilmektedir. Hükmün DASK'ın monopol şeklinde çalışacak bir risk taşıyıcısını işaret ettiğini, Kurum'un dışında hiçbir kişi ya da kuruluşun bu sigortayı yapamamasının, hatta ihtiyari deprem sigortası yaptırabilmesi koşulunun ZDS'nin yapılmasına bağlı tutulmasının da hep aynı hususu gösterdiği ifade edilmektedir¹⁴⁰. ASK'nın 3. maddesinde de, söz konusu Kanun'a göre sunulacak sigorta ve reasürans teminatlarının kamu tüzel kişiliğini haiz DASK tarafından verileceği belirtildikten sonra, 7. maddesinde ZDS teminatının münhasıran kurum tarafından verileceği hüküm altına alınmıştır. Devamında ise, bu teminatın, risk yönetimi açısından şartların gerekli kılması durumunda ve Bakan tarafından uygun görülmesi hâlinde sigorta şirketleri ile müştereken de verilebileceği ifade denilmektedir. Ancak halen münhasıran Kurum'ca verilen ZDS

¹³⁷ YONGALIK, Zorunlu Deprem Sigortası, sh. 157.

¹³⁸ Bkz. SEILER, sh. 68.

¹³⁹ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. SEILER, sh. 68.

¹⁴⁰ YONGALIK, Zorunlu Deprem Sigortası, sh. 157.

teminatının gelişen şartlara göre sigorta şirketleri ile müştereken verilmesine olanak sağlandığı belirtilmektedir¹⁴¹.

DASK, mevzuatta belirlenen görevleri bizzat yerine getirmek zorunda değildir. Nitekim 587 s. KHK'nın 6. maddesinin II. fıkrasında, Kurum'un teknik işlerinin, Müsteşarlıkça bir sözleşme ile bir sigorta veya reasürans şirketine Kurum idarecisi sıfatıyla yürütülmek üzere verileceği hüküm altına alınmıştır. ASK'nın 6. maddesinin 1. fıkrasında da, Kurum'un teknik işlerinin ve işletmeye ilişkin iş ve işlemlerinin, yangın ve doğal afetler branşında ruhsatı bulunan sigorta şirketlerinin eşit hisselerle katılımıyla, münhasıran bu amaçla kurulan ve Müsteşarlıkça teknik işletici olarak görevlendirilen bir anonim şirket tarafından yürütüleceği; bunun gerçekleşmemesi durumunda teknik işleticinin, yangın ve afetler branşında ruhsatı bulunan sigorta veya reasürans şirketleri arasından Müsteşarlıkça belirleneceği ifade edilmektedir¹⁴². Yine 587 s. KHK'nin 8/I,c maddesinde, Kurum nam ve hesabına

¹⁴¹ Nitekim Kanun'un gerekçesinde, halen münhasıran Kurum'ca verilen ZDS teminatının gelişen şartlara göre sigorta şirketleri ile müştereken verilmesine veya havuza aktarılan risklerin retrosesyon yapılmasına imkân sağlamak olduğu, havuz yönetimi için sektörün bir şirket kurmasında ise, DASK ile sigorta şirketleri arasında ZDS'ye yönelik işbirliğinin daha da ileri boyutlara taşınacağı ifade olunmaktadır, bkz. ASK 7. madde gerekçesi.

¹⁴² Ancak doktrinde 587 s. KHK'deki "teknik işler" in devredilmesi hüküm altına alınmışken, Kanun Tasarısında tüm işlerinden söz edilmesinin yerinde olmadığı, bu farkın ortadan kaldırılması gerektiği ileri sürülmüştür, bkz. BOZER, sh.249. Nitekim ASK'nın 6. maddesinin 1. fıkrasında da, "...teknik işleri ile işletmeye ilişkin iş ve işlemlerinden..." söz edilmektedir. Öte yandan Kurum'un bütün işlerini bir sigorta veya reasürans şirketine devretmesinde, hele Kurum'un yönetim kurulunun üye sayısı ve oluşum biçimi göz önüne alındığında Kurum'a ilişkin bu hukukî düzenleme BOZER tarafından eleştirilmekte; oluşumun, tipik devletçi zihniyet ve hatta bazı kimselerin kendilerine iş yaratma arzusu sonucunda gerçekleştiği, bir kamu tüzel kişisinin yetkileri tümüyle ya da bir kısmını özel hukuk tüzel kişisine devretmesinin de yadırganacak bir düzenleme olduğu ifade edilmektedir. Söz konusu eleştiriler konusunda ayrıntı için bkz. BOZER, sh. 249. ASK'nın Kurum'un teknik işleri ile işletmeye ilişkin iş ve işlemlerin yürütülmesine ilişkin hususları düzenleyen 6. maddesinin gerekçesinde ise, genel yönetimin yönetim kurulunca gerçekleştirilen DASK'ın teknik işleri ile işletmeye ait iş ve işlemlerinin bir teknik işletici tarafından yürütülmesinin öngörüldüğü, halen bunun, Müsteşarlıkça teklif verenler arasından seçilen sigorta şirketinin teknik yönetici olarak görev yaptığı belirtilmektedir. Fakat Kanun'la getirilen düzenlemeye göre, yangın ve doğal afetler branşında ruhsatı bulunan sigorta şirketlerinin eşit paylarla katılımıyla, münhasıran bu amaçla kurulan bir anonim şirketin Müsteşarlıkça teknik işletici olarak görevlendirileceği de hüküm altına alınmaktadır. Yine Kanun'un 3. maddesinin gerekçesinde DASK'ın işlerinin yürütülmesi için fiziki bir yapılanmaya gerek bulunmadığı, yönetim kurulu dışında hiçbir personelin olmadığı, tüm işlerini dışarıdan hizmet alımı suretiyle yürütmesinin ise, hem etkinliği arttırdığını, hem de maliyetlerin asgari düzeyde tutulmasını sağladığı şeklinde açıklanmaktadır.

zorunlu deprem sigortası sözleşmesi yapmaya yetkili sigorta şirketlerinin ve uymaları gerekli usul ve esasların Müsteşarlığın görüşünün de alınarak Kurum’ca belirleneceği hüküm altına alınmıştır. Keza ZDSTVT’nin, 6. maddesinde DASK nam ve hesabına sözleşme yapmaya yetkili sigorta şirketleri ve bu şirketlerin acenteleri tarafından yapılacağı kuralını getirmektedir. Şu durumda özel sigorta şirketleri ile acenteleri, bu ilişkiye ZDS sözleşmesini yaparak katılmaktadırlar. Ancak yukarıda belirtildiği gibi, her sigorta şirketi bu sözleşmeyi akdedememekte, sadece DASK’ın mevzuat çerçevesinde tespit ettiği şirketler kurabilmektedir¹⁴³. Şu durumda sözleşmeyi DASK nam ve hesabına yapmakta ve böylece sadece aracı olarak kalmaktadırlar¹⁴⁴. Zorunlu deprem sigortası sözleşmesi yapmaya yetkili kılınan sigorta şirketleri, acenteleri vasıtasıyla gerçekleştirdikleri bu aracılık işlemleri karşılığında komisyon elde edeceklerdir. 26.12.2011 t. ve 28154 s. RG’de yayınlanan ZDSTVT’nda Değişiklik Yapılmasına Dair Tarife ve Talimatlarla değiştirilen ZDSTVT’nin “Yetkili Sigorta Şirketlerine ve Acentelerine Ödenecek Komisyon” başlığını taşıyan 7. maddesinde, söz konusu şirketlere, kendilerini veya acenteleri tarafından yapılan zorunlu deprem sigortası primi tutarı üzerinden İstanbul ili dahilinde bulunan rizikolar için %12,5, diğer illerde bulunan rizikolar için %17,5 oranında komisyon ödeneceği belirtilmektedir. Görüldüğü gibi, komisyonlar oldukça düşük tutulmuştur. Esasen bunun başta planlandığı, zira bu sigorta sözleşmesinin kuruluşu sırasında, yetkili sigorta şirketi veya acentesinin ilgililerle kuracağı ilişki sonucunda diğer ürünlerini de pazarlayabilme imkânı bulacakları ve bu yolla da kazanç elde edebilecekleri,

¹⁴³ SOMER KHK’nın, sigorta şirketlerinin akdi kurma yolunda acentelerinden yararlanabilip yararlanamayacağı hususunu düzenlemediğini belirttikten sonra, durumu uzun uzun tartışmış ve yetkili acentelerden de yararlanılmasının mümkün olduğu sonucuna isabetli olarak varmıştır. Ayrıntılı gerekçeler için özellikle bkz. sh. 124 ve özellikle dn. 27. Nitekim ZDSTVT’nin 6. ve 7. maddelerinde de acentelerden açıkça söz edilmektedir.

¹⁴⁴ Aynı yönde bkz. ÜNAN, Zorunlu Deprem Sigortası, sh. 92; YONGALIK Zorunlu Deprem Sigortası, sh. 155; SOMER, sigorta şirketlerinin deprem sigorta sözleşmesini sigorta ettiren ile kendi adına ve hesabına değil de, Kurum adı ve hesabına yapılacağını ve tahsil edeceği primleri de Kurum’a intikal ettirerek karşılığında komisyon almasından bahisle bunların adeta sigorta akdi yapmaya ve primleri tahsil yetkisine sahip bir acenta gibi faaliyette bulunacaklarını ifade etmektedir, bkz. sh.124. 3.5.2011 t. ve 27933 s. RG’de yayınlanan ve 16.5.2011 tarihinde yeniliklerin yürürlüğe gireceği de belirtilen ZDSGS’nin C.5. maddesinde de “...DASK adına sözleşmeye aracılık yapan sigorta şirketine...” ifadesi yer almaktadır. Keza Genel Şartlar’ın diğer bazı hükümlerinde de olduğu gibi C.I, f.4 hükmünde de, bu sigorta sözleşmesinin, DASK nam ve hesabına yetkili kılınan sigorta şirketi aracılığı ile yapıldığı belirtilmiştir.

sonuçta deprem sigortası komisyonunun düşük olmasının bir haksızlık taşımadığı isabetli olarak ifade edilmektedir¹⁴⁵. Bu komisyonun yanı sıra başarılı olan sigorta şirketlerine ve acentelerine, DASK Yönetim Kurulu'na belirlenecek esaslar çerçevesinde, teşvik komisyonu da ek olarak verilebilecektir. Keza bu şirket ve acentelerine başarı ödülü de verilebileceği ZDSTVT'nin 7/II'de hüküm altına alınmıştır. Yetkilendirilecek diğer kuruluşlara ödenecek komisyon da, birinci fıkrada belirtilen oranları aşmamak kaydıyla yönetim kurulunca belirlenecektir¹⁴⁶.

ASK'nun 6. maddesinin I. fıkrasına göre; Kurum'un teknik işleri ile işletmeye ilişkin iş ve işlemleri, yangın ve doğal afetler branşında ruhsatı bulunan sigorta şirketlerinin eşit hisselerle katılımıyla münhasıran bu amaçla kurulan ve Müsteşarlık tarafından teknik işletici olarak görevlendirilen bir anonim şirketçe yönetilecektir. Bunun gerçekleşmemesi durumunda teknik işletici, yangın ve doğal afetler branşında ruhsatı bulunan sigorta ve reasürans şirketleri arasından Müsteşarlıkça belirlenecektir. Yine aynı Kanun'un 2/e maddesi, sigorta şirketi, Türkiye'de kurulmuş sigorta şirketi ile yurtdışında kurulmuş sigorta şirketinin Türkiye'deki teşkilâtının tanımlaması olarak ifade etmektedir.

SONUÇ

1999 depremlerine kadar ülkemizde deprem zararlarının giderilmesi, 7269 sayılı "Umumi Hayata Müessir Afetler Dolayısıyla Alınacak Tedbirlerle Yapılacak Yardımlara Dair Kanun" çerçevesinde devletçe sağlanmaktaydı. Bunun yanı sıra yapılan bir sigorta sözleşmesine –ki çoğunlukla yangın sigortası sözleşmesine- konulan özel şartlarla özel sigorta himayesine de alınabilmekteydi. Diğer taraftan devlet, 1999 depremlerinde kendisine düşen görevi gereği gibi ve ivedi bir şekilde yerine getiremediğinin veya olası bir depremde getiremeyeceğinin bilinciyle konut zararlarının kısa sürede giderilmesi amacıyla "Zorunlu Deprem Sigortası" sistemini oluşturmuştur. Böy-

¹⁴⁵ Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. ÜNAN, Zorunlu Deprem Sigortası, sh. 92. ZDSTVT'nin 7. maddesinin 2. fıkrasında ise, her bir sigorta sözleşmesi itibarıyla yetkili sigorta şirketine ödenecek asgari komisyonun 10 YTL olduğu; bunun 3 YTL'sinin sigorta şirketine, 7 YTL'sinin de acenteye ait bulunduğu hüküm altına alınmıştır. Fıkranın devamında ise, bu oranlar kapsamında ödenecek komisyonun, 10 YTL'yi aşması durumunda acentaya verilecek asgari tutarın altına düşülmemesi koşuluyla, sigorta şirketi ve acenta arasında serbestçe belirlenecek şekilde bir düzenleme getirilmektedir.

¹⁴⁶ ZDSTVT m. 7/IV.

lece ülkemizde 1999 depremleri sonrasında zorunlu deprem sigortası gündeme gelerek olası bir depremde oluşacak zararların giderilmesi amacıyla 4484 sayılı Kanunla değişik 27.08.1999 tarihli ve 4452 sayılı Kanunun verdiği yetkiye dayanılarak 587 sayılı ve 25.11.1999 tarihli “Zorunlu Deprem Sigortasına Dair Kanun Hükmünde Kararname” Bakanlar Kurulunca çıkarılarak, “Zorunlu Deprem Sigortası” yürürlüğe konmuştur. Ayrıca 8.9.2000 tarihli ve 24164 sayılı RG’de de “Zorunlu Deprem Sigortası Genel Şartları ile Zorunlu Deprem Sigortası Tarife ve Talimatı” da yayınlanmıştır.

Zorunlu deprem sigortası sayesinde mali yük sadece devlete yüklenmeyecek, böylece yük rizikoya maruz kalabilecekler arasında paylaşılacaktır. 587 sayılı KHK’nın 11. maddesinin 1. fıkrasında hasarın oluşmasında zorunlu deprem sigortası tazminatının ödenmesi ile birlikte devletin 7269 sayılı Umumi Hayata Müessir Afetler Dolayısıyla Alınacak Tedbirlerle Yapılacak Yardımlara Dair Kanun hükümleri çerçevesindeki yükümlülüklerinin ortadan kalkacağı belirtilmektedir. Böylece deprem zararlarının karşılanmasının ekonomiye getireceği ağır yükten de kurtulunmuş olunacak ve ayrıca zararlar hızlı bir şekilde giderilecektir.

Deprem zararlarının giderilmesine yönelik ilk özel düzenleme olan 587 sayılı Kanun Hükmünde Kararname’den sonra konunun bir kanunla düzenlenmesi için çalışmalara başlanmış, tasarılar hazırlanmış ve nihayet 6305 sayılı Afet Sigortaları Kanunu kabul edilmiştir. 18 Ağustos 2012’de yürürlüğe girmiş bulunan ASK’nın 15. maddesi ile 25.11.1999 tarih ve 587 sayılı Zorunlu Deprem Sigortası’na dair Kanun Hükmünde Kararname yürürlükten kaldırılmıştır. Yine aynı Kanun’un 16. maddesi ile 15.5.1959 tarih ve 7269 sayılı Umumi Hayata Müessir Doğal Afetler Dolayısıyla Alınacak Tedbirlerle Yapılacak Yardımlara Dair Kanun’un 29. maddesine aşağıdaki fıkra eklenmiştir: “Zorunlu Deprem Sigortası kapsamındaki binalar için, bu Kanun’dan ve ilgili diğer mevzuattan doğan devletin konut kredisi açma ve bina yaptırma yükümlülükleri, Zorunlu Deprem Sigortası yaptırılmamış olmasının tespit edilmesiyle ortadan kalkar.” Zorunlu Deprem Sigortası zararlarının giderilmesini de düzenleyen ve yürürlüğe girmiş bulunan söz konusu Kanun’un, Zorunlu Deprem Sigortası kapsamındaki bina ve sigorta yaptırması gereken kişiler bakımından 587 sayılı Kanun Hükmünde Kararname’ye nazaran pek önemli değişiklikler getirdiği söylenmezse de; Kanun’da sigortanın yaptırılmasına ilişkin müeyyidelerin artırıldığı gözlemlenmektedir.

YARARLANILAN KAYNAKLAR

- BAUMANN Max, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Teilband IV/2a, Die Dienstbarkeiten und Grundlasten, Nutzniessung und andere Dienstbarkeiten (Art. 745-778 ZGB), Nutzniessung und Wohnrecht, Zurich 1999, Art. 767, N. 2.
- BOZER Ali, "Zorunlu Deprem Sigortası" BATİDER, Yıl: 2001, C. XXI, s. 1, sh. 243-254.
- ERCAN Ahmet, Marmara Depremi Hakkında Bilgilendirme Semineri, Sigortacı, Yıl:18, Sayı:273 (1-15 Mayıs 2002).
- HAVUTÇU Akdemir Ayşe, Devre Mülk Hakkı, İzmir 1987.
- İŞIKARA Ahmet Mete, Deprem Adım Adım Geliyor, Nokta Dergisi, Yıl:21, S.1035 (Ekim 2002), sh.26-30.
- KARAGÖZ Selda, Deprem Riski Sürecinde Türkiye'de Zorunlu Deprem Sigortası Uygulaması, Eskişehir 2002, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü basılmamış doktora tezi.
- KENDER Rayegân, Mesuliyet Sigortasının Mahiyeti ve Türleri, Mesuliyet Sigortası Sempozyumu, 1977, sh.3-32, tartışmalar.
- KENDER Rayegân, Hususi Sigorta Hukuku, Sigorta Müessesesi Sigorta Sözleşmesi, Güncelleştirilmiş 11. Bası, İstanbul 2011.
- KÖPRÜLÜ Bülent/KANETİ Selim, Sınırlı Aynı Haklar, Genişletilmiş ve Yenilenmiş 2. bası, İstanbul 1982.
- KUBİLAY Huriye, Uygulamalı Özel Sigorta Hukuku, İzmir 2003.
- METEZADE Zihni, Yapı Denetimi Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ve Olumsuzluklar (Yapı Denetimi ve Sorumluluk), Sigorta Hukuku Dergisi, Yıl:2001, Sayı:1, sh.98-109.
- OĞUZMAN M. Kemal/SELİÇİ Özer/OKTAY-ÖZDEMİR Saibe, Eşya Hukuku, 14. bası, İstanbul 2011.
- OMAĞ Merih Kemal, "Türk Hukukunda Mecburi Sigortalara ve Sorunlarına Genel Bir Bakış", Zorunlu Sigortalar Paneli, 19 Kasım 1993, Sigorta Hukuku Türk Derneği, sh. 8-38.

ÖZEN Burak, Türk Medeni Hukukunda Eşya Üzerinde İntifa Hakkı, İstanbul 2008.

ÖZMEN Ethem Sabâ, Devre Mülk Hakkı, Ankara 1988.

ÖZTAŞ İlker, Paylı Mülkiyette Paydaşın Kullanma ve Yararlanma Hakkı, 1. Bası, İstanbul 2011.

PAMPAL Süleyman, Depremler, İstanbul 2000, 2. Bası.

SEILER Otto, Deprem, Deprem Hasarları ve Deprem Sigortası, İstanbul 1949.

SOMER Mehmet, Zorunlu Deprem Sigortasının Özel Sigorta Hukukuna İlişkin Bazı Yönlerden Değerlendirilmesi, Sigorta Hukuku Dergisi, Yıl:2001, S.1, sh.113-132.

TEKİNAY Selâhattin Sulhi, Menkul Mülkiyeti ve Sınırlı Aynı Haklar II/3, İstanbul 1994.

TEKİNAY Selâhattin Sulhi/AKMAN Semet/BURCUOĞLU Halûk/ALTOP Atillâ, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yeniden ve Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 7. Baskı, İstanbul 1993.

ÜNAN Samin, Zorunlu Deprem Sigortası, Zorunlu Deprem Sigortası Paneli, Sigorta Hukuku Dergisi, Yıl:2001, S.1, sh.87-97, (Zorunlu Deprem Sigortası).

ÜNAN Samim, Yeni Zorunlu Sorumluluk Sigortaları Öngörülürken Dikkate Alınması Gerekli Olan Hukuk İlkeleri, "Zorunlu Sigortalar Paneli", Sigorta Hukuku Türk Derneği, 19 Kasım 1993, sh. 41-75.

YONGALIK Aynur, Zorunlu Deprem Sigortası İsviçre'de de Gündemde, Birlik'ten 2001, Sayı:13, sh.18-20.

YONGALIK Aynur, Zorunlu Deprem Sigortası, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Aralık 2001, C.XXI, S.2, sh.151-173.

SÖZLEŞME YAPMA ZORUNLULUĞU BAĞLAMINDA TOPTAN DOĞAL GAZ SATIŞ SÖZLEŞMESİ

*Yrd. Doç. Dr. Hülya ÇOŞTAN**

Giriş

Temel ihtiyaçlardan olan doğal gazın kullanıma sunulması, özel hukuk ve kamu hukuku kurallarının birlikte geçerli olduğu bir süreçtir. Doğal gazın ithali, iletimi, dağıtımı, depolanması ve ihracatı doğal gaz piyasası faaliyetleridir. Bu faaliyetlere ilişkin tüm gerçek ve tüzel kişilerin hak ve yükümlülüklerini tanımlayan lisans ve sertifikaların verilmesi; piyasa ve sistem işleyişinin incelenmesi, dağıtım ve müşteri hizmetleri yönetmeliklerinin oluşturulması ve uygulanması, denetlenmesi; maliyeti yansıtan fiyatların incelenmesi ve piyasada Doğal Gaz Piyasası Kanunu'na¹ (DGPK) uygun şekilde davranılmasının sağlanması konularında Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu (EPDK) yetkili ve sorumlu kılınmıştır (DGPK ek madde 2). Doğal gaz piyasasında EPDK'ya tanınan yetkiler ve bu piyasada rekabet hukuku kurallarının etkili olması, konunun idare hukuku boyutu olarak kendini göstermektedir.

Doğal gazın piyasaya arzı sürecinde ise doğal gazın ithali, ihracı, depolanması, iletimi, toptan ve perakende satışı amacıyla yapılan sözleşmeler karşımıza çıkmaktadır. Doğal gazın piyasaya arzının sözleşmelere dayanması ise bu faaliyetin özel hukuk yönünü ortaya koymaktadır.

Doğal gazın tüketicilere sunulması dağıtım şirketleri tarafından sağlanmaktadır. Dağıtım şirketleri tüketicilere arz ettikleri doğal gazı, ithalat veya üretim şirketlerinden temin etmektedir. Bu aşamada dağıtım şirketleri ile ithalat veya üretim şirketleri arasında toptan doğal gaz satış sözleşmeleri imzalanmaktadır. Toptan doğal gaz satış sözleşmesinin DGPK uyarınca tabi olduğu kurallar, bu sözleşmede sözleşme özgürlüğü ilkesinin ne ölçüde ge-

* Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi İşletme Bölümü Öğretim Üyesi.

¹ RG: 02.05.2001, S. 24390.

çerli olduğu hususunun Yargıtay ve Danıştay kararları ışığında değerlendirilmesi bu çalışmanın konusudur.

I- Toptan Doğal Gaz Satış Sözleşmesi Yapma Yetkisine Sahip Taraflar

DGPK m.3/b.15'de toptan satış; doğal gazın dağıtım şirketlerine ve serbest tüketicilere yapılan satışı olarak tanımlanmıştır. Toptan doğal gaz satış sözleşmesinde doğal gaz satışı yapan taraf toptan satış şirketi, doğal gazı alan taraf ise dağıtım şirketi veya serbest tüketicilerdir.

Toptan satış şirketleri; sistem içinde veya dışında, iletim veya dağıtım faaliyeti yapmaksızın, doğal gazın toptan satış faaliyeti ile iştirak eden tüzel kişilerdir² (DGPK m.3/b.16). **Dağıtım şirketleri** ise DGPK'da belirlenen bir şehirde doğal gazın dağıtımını ve mahalli gaz boru hattı şebekesi ile nakli faaliyetlerini yapmaya yetkili kılınan tüzel kişi olarak tanımlanmıştır (DGPK m.3/b.16). Bu tanımlardan toptan satış şirketi ve dağıtım şirketinin; şirket ve tüzel kişi niteliklerini taşıması gerektiği anlaşılmaktadır. Dolayısıyla toptan satış ve dağıtım şirketlerinin Türk Ticaret Kanunu hükümleri uyarınca ticaret şirketi (m.136) niteliğini taşımaları gerekmektedir. DGPK m.4/f.3'de piyasada faaliyet gösterecek özel hukuk tüzel kişilerinin TTK hükümleri doğrultusunda *anonim şirket veya limited şirket* olarak kurulmaları halinde, hisselerin tamamının nama yazılı³ olmasının şart olduğu ifade edilmiştir⁴.

2 Toptan satış şirketleri, serbest tüketicilere yapacakları toptan satış için, EPDKurulu'ndan lisans almak zorundadır. İthalatçı lisansı almış olan tüzel kişilerin, toptan satış lisansı alma zorunlulukları yoktur. İthalat lisansı ile toptan doğal gaz satışı yapılması mümkündür (DGPK m.4/4/e).

3 Limited şirkette nama yazılı pay çıkarılmasından söz edilmesi isabetli değildir. Zira limited şirket payını temsilen senet düzenlenmesi mümkün olmakla birlikte, bu senetler kıymetli evrak niteliğini haiz olmayıp sadece ispat vasıtası sayılmaktadır (TTK m.518/f.4).

4 DGPK m.4/f.4/g uyarınca EPDK'dan dağıtım lisansı alan şehir içi dağıtım şirketi, yetki aldığı şehirde bulunan belediye veya belediye şirketini sermaye koyma şartı aramaksızın, %10 nispetinde dağıtım şirketine ortak olmaya davet etmek zorundadır. Bu sermaye oranı, bedeli ödenmek kaydıyla en fazla %10 oranında artırılabilir. Ancak bu artış Hazineye borcu bulunmayan ve ilave kredi talep etmeyen veya Hazineye olan kredi borçlarını tasfiye ettikten sonra, bu amaçla Hazine garantili kredi sağlamaması kaydıyla mümkün olabilir. EPDK, belediye veya belediye şirketinin hisse almaması veya en az bir yönetim kurulu üyeliğine hak kazanılmayacak oranda hisse alması halinde, 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu m.275'e göre belediyeye şirket yönetim ve denetim kurullarında temsil hakkı verecek düzenlemelerin yapılmasını, şehir içi dağıtım şirketinden isteyebilecektir.

DGPK'da toptan satış ve dağıtım şirketlerinin şahıs şirketi olarak kurulup kurulamayacakları konusunda açık bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Ancak yukarıda belirtilen düzenlemeler yanında toptan satış ve dağıtım şirketlerinin lisans başvuruları ile katılacakları ihalelerde⁵ mali güçleri ortaya koymaları gerekliliği dikkate alındığında, şahıs şirketi olarak yapılanmalarının uygun olmadığı açıktır⁶.

Toptan satış sözleşmesine alıcı olarak taraf olabilen **serbest tüketici** ise yurt içinde herhangi bir üretim şirketi, ithalat şirketi, dağıtım şirketi veya toptan satış şirketi ile doğal gaz alım-satım sözleşmesi yapma serbestisine sahip gerçek veya tüzel kişidir⁷ (DGPK m.3/b.17).

DGPK'nın 2001 yılında yürürlüğe girmesinden önce doğal gazın toptan satışını yapma yetkisi sadece Boru Hatları ile Petrol Taşıma AŞ'ye (BOTAŞ) tanınmıştı. DGPK'nın yürürlüğe girmesi ile birlikte toptan doğal

Doğal Gaz Piyasası Dağıtım ve Müşteri Hizmetleri Yönetmeliği'nin 22. maddesinde dağıtım lisansı almaya hak kazanan şirketlerin, lisans alabilmesi için, ilgili mevzuat doğrultusunda, şirket ana sözleşmelerinde yapmaları gereken zorunlu değişiklikler düzenlenmiştir. Buna göre;

a) Şirketin, Türk Ticaret Kanunu hükümleri doğrultusunda kurulmuş bir anonim şirket olması halinde, hisseleri nama yazılı değil ise hisselerinin tamamının nama yazılı hale getirilmesi,

b) Dağıtım lisansı sahibi şirket, doğal gaz şehir içi dağıtım faaliyeti ile bu konudaki eğitim hizmetleri dışında başka faaliyette bulunamayacağından, şirketin ana sözleşmesinin ilgili kısmının buna uygun şekilde düzenlenmesi,

c) Lisansın iptalinin gerekmesi halinde, iptalden önce alınacak EPDKurulu Kararı doğrultusunda, tüketicilerin korunması ve hizmetin aksamaması açısından, lisans kapsamındaki faaliyetlerin yürütülmesini ve dağıtım şebekesinin işletilmesini teminen, lisans sahibi tüzel kişinin yönetim kurulu veya tüzel kişiyi idare edenlerin; lisans sahibinin *anonim şirket olmaması* halinde ise ortaklar genel kurulu ve/veya tüzel kişiliği idare edenlerin bir kısmının veya tamamının; geçici olarak değiştirilmesi suretiyle, EPDK tarafından yerlerine yeni atama yapılabileceğinin kabulüne ilişkin hükümlerin ana sözleşmede yer alacak şekilde düzenlenmesi.

5 Örneğin Doğal Gaz Piyasası Dağıtım ve Müşteri Hizmetleri Yönetmeliği (RG: 03.11.2002, S.24925) m.9/a'da; ihaleye başvuran dağıtım şirketinin yeterliliğinin değerlendirilmesinde öz sermaye, mali güç unsurları arasında sayılmıştır.

6 Doğal gaz piyasası katılımcılarının anonim veya limited şirket olarak kurulmalarının zorunlu olduğu görüşü için bkz. AYRANCI, Hasan: Enerji Sözleşmeleri, Ankara 2010, s.57.

7 Organize sanayi bölgesi veya elektrik üretimi yapan tesisler serbest tüketicilere örnek teşkil etmektedir. Serbest olmayan tüketici (abone) ise doğal gazı kendi kullanımı için dağıtım şirketlerinden almak zorunda olan gerçek veya tüzel kişidir (DGPK m.3/b.17).

gazın satışının lisans sahibi diğer şirketler tarafından da yapılmasına izin verilmiştir⁸. Bugün itibariyle BOTAŞ ile birlikte toplam 37 şirket toptan satış lisansına sahiptir. Ancak 2010 yılında Türkiye'nin toplam doğal gaz tüketimine ilişkin toptan satışın %90'lık kısmı BOTAŞ tarafından karşılanmıştır⁹. Sözleşme devri yoluyla piyasa tedarikçisi olan dört şirket¹⁰ ile ithalat (spot LNG) lisansı sahibi şirketlerin piyasadaki payları toplamı %8, üretim şirketlerinin payları ise %2'dir¹¹. Sonuç olarak toptan satış konusunda BOTAŞ'ın hukuki tekel statüsü DGPK ile sona ermiş olmakla birlikte BOTAŞ toptan satış konusunda piyasada hakim durumdadır.

8 Türkiye'de doğal gazın kullanımı ilk olarak 397 sayılı Doğal Gazın Kullanımı Hakkında Kanun Hükmünde Kararname (RG: 09.02.1990, S. 20428) ile düzenlenmiştir. 397 sayılı KHK m.1/f.1'de; doğal gazın ithalinin, Boru Hatları ile Petrol Taşıma Anonim Şirketi (BOTAŞ) tarafından yapılacağı hükme bağlanmıştır. İthal edilen doğal gaz ile BOTAŞ tarafından satın alınan yerli doğal gazın satışı, satış fiyatının tespiti ve ülke içinde dağıtım yetkisi de BOTAŞ'a verilmişti (m.1/f.2). Böylelikle doğal gazın ithali ve dağıtım konusunda BOTAŞ'a tekel statüsü tanınmıştır. Ancak 397 sayılı KHK'yi yürürlükten kaldıran 4646 sayılı Doğal Gaz Piyasası Kanunu ile BOTAŞ'a tanınmış olan tekel statüsüne son verilerek doğal gazın ithalatı, üretimi, iletimi, toptan satışı, dağıtım, depolanması faaliyetlerinin her birisinin ayrı özel şirketler tarafından yapılması öngörülmüştür. Her bir faaliyet için de EPDK'dan lisans alınması gerekmektedir.

Toptan satış lisansına sahip şirketlerin listesi için bkz. <http://www2.epdk.org.tr/lisans/dogalgaz/lisansdatabase/toptan.asp> (Ziyaret tarihi: 20.02.2012).

9 2010 yılı Doğal Gaz Piyasası Sektör Raporu, s. 30. Bkz. <http://www.epdk.gov.tr/documents/10157/5240dd6f-6c54-4096-89f1-dd91337259b6> (Ziyaret tarihi: 20.02.2012).

10 DGPK'da öngörülen sözleşme devri mekanizması, 30.11.2005 tarihinde BOTAŞ tarafından 6 adet alım sözleşmesi için 6 ayrı ihaleye çıkılarak işletilmeye başlanmıştır. Söz konusu ihalelerde, 250 milyon Cm³ (Kontrat Cm³)'lük lotlar üzerinden 64 lota karşılık gelen toplam 16 milyar Cm³/yıl miktarındaki kısım devir konusu yapılmakla birlikte satıcı ön onay belgesinin sunulamaması nedeniyle tekliflerin bir kısmı geçersiz sayılmıştır. Teklifler içinde sadece, 16 lot için (4 milyar Cm³/yıl) ihaleye çıkılan 18.02.1998 tarihli Doğal Gaz Alım-Satım Sözleşmesinin devri için verilmiş olan 4 adet teklif geçerli sayılmıştır. BOTAŞ tarafından yapılan en uygun teklif sıralaması şu şekilde gerçekleştirilmiştir: SHELL Enerji AŞ 250, BOSPHORUS Gaz Corp. AŞ 750 (milyon Cm³/yıl), ENERCO Enerji San.ve Tic. AŞ 2500 (milyon Cm³/yıl), AVRASYA Gaz AŞ 500 (milyon Cm³/yıl). SHELL Enerji AŞ Aralık 2007'de, BOSPHORUS Gaz Corp. AŞ Ocak 2009'da, ENERCO Enerji Sanayi ve Ticaret AŞ ve AVRASYA Gaz AŞ ise Nisan 2009'da ithalat ve toptan satış faaliyetine başlamış bulunmaktadır (2010 yılı Doğal Gaz Piyasası Sektör Raporu, s. 25-26).

BOTAŞ tarafından satışı yapılan doğal gaz miktarı 2010 yılı için 31.462,00 milyon Cm³, 2011 yılı için 39.383,00 milyon Cm³'tür. Bkz. <http://www.botas.gov.tr/index.asp> (Ziyaret tarihi: 20.02.2012).

11 2010 yılı Doğal Gaz Piyasası Sektör Raporu, s. 30.

II- Doğal Gaz Piyasası Kanunu'nun Toptan Doğal Gaz Satış Sözleşmesinin İçeriğine İlişkin Düzenlemeleri

1- Arz Planlaması Yapma ve Depolama Tedbirlerini Alma Yükümü Uyarınca Sürekli Hazır Bulundurma Yükümü ile Azami Çekim Haddini Aşmama ve Asgari Alım Taahhütleri

DGPK m.4/e/1 uyarınca; dağıtım şirketlerine doğal gaz satışı yapan tüzel kişilerin, EPDK tarafından öngörülecek süre içerisinde, müşterilerin mevsimsel azami doğal gaz çekişlerini karşılamak amacıyla, gerekli arz planlamasını yapmaları ve depolama tedbirlerini almaları ve bu amaçla depolama şirketleri ile yapacakları kira sözleşmelerini EPDK'ya ibraz etmeleri zorunludur. Hükümden de anlaşıldığı üzere toptan doğal gaz satışı yapan tüzel kişiler arz planlaması yapma ve depolama tedbiri almakla yükümlüdür. Dolayısıyla toptan satış şirketleri, toptan satış sözleşmesi ile enerjiyi sürekli hazır bulundurma yükümü altına girmektedir¹².

DGPK m.4/e/1'de EPDK'nın her yıl iklim değerlerine göre, her şehir için müteakip yılın mevsimsel yoğunluğunu karşılayacak dengeleme amaçlı depolama miktarlarını tayin etmeye ve gerekli tedbirleri almaya yetkili olduğu da ifade edilmiştir. Serbest tüketicilere toptan gaz satışı yapan tüzel kişilerin de gerekli arz ve depolama kapasitelerine ulaşmaları zorunludur (DGPK m.4/e/2). Ayrıca doğal gaz toptan satışı yapan tüzel kişilerin, EPDK tarafından öngörülen süre içerisinde talebi karşılayabilecek iletim, depolama ve sistemi dengeleyici kapasiteleri sağlamaları gerekmektedir (DGPK m.4/e/3).

Açıklanan bu yükümlülüklerin yerine getirilebilmesi, dağıtım şirketleri tarafından çekilecek doğal gazın miktarının toptan satış sözleşmelerinde hiç olmazsa alt ve üst sınırlar arasında tahmini olarak belirlenmesini gerektirmektedir. Bu nedenle doğal gaz satım sözleşmelerinde azami çekim haddini aşmama ve asgari alım taahhütlerine yer verilmektedir¹³.

¹² AYRANCI, s.173.

¹³ Bkz. aşağıda III/2/a başlığı altında açıklanan kararda da taahhütsüz gaz çekişinden söz edilmektedir. "Al ya da öde" kaydı olarak adlandırılan bu yüküm konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. AYRANCI, s. 188 ve 306 vd.

2- Toptan Satış Sözleşmelerinde Fiyatın Serbestçe Belirlenebilmesi

Toptan satış şirketlerinin, ithalatçı şirket veya ihracatçı şirket veya serbest tüketici veya dağıtım şirketi ile yaptığı satış sözleşmelerinde fiyatları serbestçe belirlemelerine izin verilmiştir (DGPK m.4/e/4)¹⁴. Bununla birlikte DGPK m.11/f.3'de EPDKurulu'nun toptan *doğal gaz satış tarifelerinde esas alınacak unsurlar ve şartları belirleyeceği*, satış fiyatlarının ise, bu esaslar dahilinde doğal gaz alım satımı yapan taraflarca serbestçe belirleneceği hükme bağlanmıştır.

Doğal Gaz Piyasası Tarifeler Yönetmeliği¹⁵ m.13'de; toptan satış tarifelerinde, hakim durumun kötüye kullanılmaması, doğal gaz arz güvenliği ve düzenliliğinin sağlanması ve EPDK'nın bu konuda belirleyeceği diğer önlemlere uyulmasının esas olduğu belirtilmiştir. Toptan doğal gaz satış fiyatlarının bu esaslar çerçevesinde doğal gaz alım satımı yapan taraflar arasında *EPDKurulu tarafından onaylanmış tarifelere uygun olmak kaydıyla* serbestçe belirleneceği hükme bağlanmıştır. Bu yönetmeliğin geçici 2. maddesinde ise BOTAŞ'ın toplam yıllık ithalat miktarı yıllık ulusal tüketimin %20'sine düşüncüye kadar, mevcut doğal gaz alım ve satış sözleşmelerini kısmi veya bütün olarak devralan tüzel kişiler hariç olmak üzere, doğal gaz piyasası içerisinde rekabetin hiç veya yeterince oluşmadığı durumlarda toptan satış fiyatlarının EPDKurulu tarafından belirlenmesi öngörülmüştür.

Gerek DGPK gerekse Tarifeler Yönetmeliği uyarınca EPDK'nın doğrudan emredici nitelikte tarifeler hazırlama yetkisi bulunmamakta, EPDK sadece tarifelerin tabi olacağı genel esasları belirleyebilmektedir¹⁶.

EPDKurulu, DGPK m.11/f.3 ile kendisine verilen tarife belirleme yetkisini, toptan satış tarifeleri bakımından 2007 yılının sonuna kadar geçerli olacak şekilde kullanmıştır. EPDKurulu'nun 12.12.2006 tarihli ve 1006 sayılı Kararında; 01.01.2007 tarihinden itibaren uygulanacak toptan satış tarifesi, üst sınırın ve hesaplamada geçerli olacak formülün düzenlenmesi yoluyla

¹⁴ Ticari gizliliği olan bu bilgilerin Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu haricinde üçüncü kişilere açıklanması ve suistimal edilmesi yasaklanmıştır.

¹⁵ RG: 26.09.2002, S. 24888.

¹⁶ ASLAN, Yılmaz/ KİTİRCİOĞLU, Erol/ ALTINAY, Galip/ ARDIYOK, Şahin/ İLİCAK, Ali/ GÜLTEKİN, Banu/ ÖNAL, Emre/ AKÇAOĞLU, Can: Enerji Hukuku, C.I, Bursa 2007, s.358.

tespit edilmiştir¹⁷. 01.01.2008 tarihinden itibaren ise EPDKurulu toptan satış tarifelerine ilişkin yetkisini kullanmamıştır. EPDKurulu'nun 28.12.2010 tarih ve 2971 sayılı Kararında¹⁸ doğal gaz toptan satış fiyatlarının taraflar arasında serbestçe belirleneceği, fiyatların belirlenmesinde eşit taraflar arasında ayırım yapılmaması ve şeffaflık ilkelerinin dikkate alınacağı belirtilmiştir (m.1). Tedarikçilerin, her bir dağıtım şirketi için ilgili ayda uygulayacakları iletim ve sevkiyat kontrolüne ait bedeller, varsa depolama bedeli ve asgari alım-azami çekiş benzeri taahhütlerden kaynaklanabilecek bedeller dahil nihai toptan satış fiyatlarını tek bir fiyat olarak belirleyeceği ve her ayın ilk günü dağıtım şirketlerine bildireceği de ifade edilmiştir (m.2). Ayrıca tedarikçilerin, dağıtım şirketlerine uyguladıkları fiyatlar ile satış miktarlarını ve serbest tüketicilere uyguladıkları tarifelere ilişkin bilgileri aylık olarak internet sitesinde yayımlanması öngörülmüştür (m.3)¹⁹.

Sonuç olarak doğal gazın toptan satış fiyatı, 31.12.2007 tarihine kadar EPDKurulu Kararları ile yürürlüğe giren tarifler ile belirlenmiştir. Bu tarihten sonra ise EPDKurulu toptan satış fiyatına ilişkin herhangi bir tarife belirlememiş ve fiyatın taraflar arasında serbestçe belirlenmesi yönünde karar vermiştir.

Yukarıda açıklandığı üzere Aralık 2007 itibariyle ikinci toptan satış şirketi olarak SHELL AŞ, onu takiben de 2009 yılında BOSPHERUS AŞ, AVRASYA AŞ ile ENERCO AŞ doğal gaz piyasasında faaliyet göstermeye başlamıştır²⁰. Bu gelişmeleri takiben de toptan satış tarifesinin EPDK tarafından belirlenmesi bırakılmıştır. DGPK ile BOTAŞ'ın toptan satış konusunda tekel statüsünün kaldırılmasının amacı, doğal gaz piyasasının rekabete açılmasıdır. Dolayısıyla toptan satış tarifesinin EPDK tarafından belirlenmemesi DGPK'nın temelinde yatan düşünceye uygun olmakla birlikte,

¹⁷ RG: 31.12.2006, S. 26383. 2006 yılı için geçerli toptan satış tarifesi için bkz. EPDKurulu'nun 15.12.2005 tarihli ve 596 sayılı Kararı (RG: 22.12.2005, S.26031); 2005 yılı için geçerli toptan satış tarifesi için bkz. EPDKurulu'nun 21.12.2004 tarihli ve 402 sayılı Kararı (RG: 30.12.2004, S.25686); 2004 yılı için geçerli toptan satış tarifesi için bkz. EPDKurulu'nun 21.12.2004 tarihli ve 402 sayılı Kararı (RG: 30.12.2004, S.25686).

¹⁸ RG: 31.12.2010, S. 27802

¹⁹ EPDKurulu'nun 24.12.2008 tarihli ve 1902 sayılı Kararında (RG: 30.12.2008, S.27096) 2009 yılı için, EPDKurulu'nun 27.12.2007 tarihli ve 1439/2 sayılı Kararında (RG: 30.12.2007, S.26742) da 2008 yılı için benzer düzenlemelere yer verilmiştir.

²⁰ Bkz. yukarıda dpn.10.

BOTAŞ'ın mevcut doğal gaz piyasasında hakim durumda olması nedeniyle Türkiye'de toptan satış fiyatının rekabet ortamında serbestçe belirlenmesine imkan veren şartlar henüz oluşmamıştır. Bu nedenle de doğal gaz piyasasında rekabet ortamı oluşana kadar ki süreçte toptan satış fiyatlarının EPDKurulu tarafından belirlenmesi uygun görünmektedir²¹.

3- Kesintili veya Kesintisiz Doğal Gaz Satış Şartı

Doğal Gaz Piyasası Tarifeler Yönetmeliği m.4/b.16, 17'de kesintili doğal gaz satışı; ilgili taraflarca, sözleşme koşulları çerçevesinde, doğal gazın kesilebilmesi esasına dayanan satış, kesintisiz doğal gaz satışı ise doğal gazın kesintisiz olarak sağlanması esasına dayanan satış şeklinde tanımlanmıştır. Yukarıda da açıklandığı üzere toptan doğal gaz satış sözleşmesinin satıcı tarafı toptan satış şirketi, alıcı tarafı ise dağıtım şirketleri veya serbest tüketicilerdir. Açıklanan yönetmelik hükmünde kesintili veya kesintisiz doğal gaz satış sözleşmesinin her iki alıcı içinde de uygulanıp uygulanmayacağı açıkça belirtilmemekle birlikte kesintili tarifeler serbest tüketiciler için uygulanmaktadır²². İşin niteliği gereği kesintisiz doğal satış sözleşmelerinde satış fiyatı daha yüksek olup, mücbir sebep olmadıkça doğal gaz arzı kesilememektedir²³.

4- Toptan Satış Şirketlerinin Yıllık Toplam Satış Miktarlarının Sınırlanmış Olması

DGPK m.4/e/6'da toptan satış şirketlerinin her birinin 1 yıl içinde satışını gerçekleştirdikleri toplam gaz miktarının, EPDK'nın cari yıla ilişkin belirlediği ulusal tüketim tahmininin %20'sini geçemeyeceği hükme bağlanmıştır. Bu hüküm rekabetin korunması amacını taşıyan bir düzenlemedir. DGPK geçici madde 2'de de BOTAŞ'ın, Kanunun yayımlandığı tarihten sonra ithalatı ulusal tüketimin %20'si oranına düşüncüye kadar, sınırlanmış doğal

21 ASLAN/ KİTİRCİOĞLU / ALTINAY / ARDIYOK / İLİCAK / GÜLTEKİN / ÖNAL / AKÇAOĞLU, s.358 vd.

22 Serbest tüketicilerle, kesintili veya kesintisiz doğal gaz satış sözleşmesi yapılabileceği yönünde bkz AYRANCI, s.175.

23 AYRANCI, s.175.

gaz (LNG) ithalatı haricinde yeni doğal gaz alım sözleşmesi yapamayacağı belirtilmiştir²⁴.

Dolayısıyla BOTAŞ'ın hakim durumunun sona ermesinden sonraki süreçte toptan satış şirketlerinin satış miktarı ulusal tüketim tahmininin %20'si ile sınırlanacaktır.

5- Toptan Satış Şirketlerine Bölgesel Tekel Hakkı Tanınmamış Olması

Toptan satış şirketlerinin bölgesel sınırlamaya tabi olmaksızın yurt genelinde satış yapmaları mümkündür (DGPK m.4/e/7).

6- BOTAŞ'ın Doğal Gaz ile İlgili Alacakları Hakkında 6183 sayılı Kanun'un Uygulanması

DGPK m.12/e uyarınca BOTAŞ'ın doğal gazla ilgili alacakları hakkında 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümleri uygulanacaktır. Bu düzenleme BOTAŞ tarafından imzalanan toptan satış sözleşmeleri bakımından emredici hüküm niteliğindedir.

BOTAŞ'a tanınan bu ayrıcalık diğer toptan doğal gaz satış şirketlerine tanınmamıştır. Dolayısıyla BOTAŞ dışındaki toptan satış şirketlerinin alacaklarına ilişkin hususlar, taraflar arasındaki sözleşmede özel hukuk kurallarına göre düzenlenebilecektir.

7- Değerlendirme

Toptan doğal gaz satış sözleşmesi, mevzuatta esas itibariyle özel hukuk sözleşmesi olarak kabul edilmiştir. Bu sözleşmenin DGPK'dan kaynaklanan bazı düzenlemeleri içermesi zorunlu olmakla birlikte, sözleşmenin içeriğinin serbestçe belirlenmesine izin verilmiştir. Toptan satış şirketlerinin dağıtım şirketleri ile imzaladıkları sözleşmelerin, iltihaki sözleşme veya genel işlem şartlarını içeren sözleşme niteliğinde olması gibi yasal zorunluluk veya EPDK düzenlemesi bulunmamaktadır. Toptan satış sözleşmeleri, EPDK onayına da tabi tutulmamıştır. Toptan doğal gaz satış sözleşmelerine ilişkin

²⁴ Yine bu maddede 2009 yılına kadar toplam yıllık ithalat miktarını yıllık ulusal tüketimin %20'sine düşürünceye kadar, mevcut doğal gaz alım veya satım sözleşmelerinin kısmi veya bütün olarak tüm hak ve yükümlülükleri ile devredilmesi için istekli olan diğer ithalat lisans yeterlilik sahibi ve satıcı şirketten sözleşme devri hususunda ön onay alan şirketlerin katılacağı devir için BOTAŞ tarafından ihale yapılacağı hükme bağlanmıştır.

olarak DGPK'da öngörülen bu serbestinin sınırının rekabet hukuku kurallarına göre çizilmesi öngörülmüştür.

III- Yargı Kararlarının Toptan Satış Sözleşmelerine Etkisi

1- BOTAS'ın Toptan Satış Sözleşmesi Yapmakla Yükümlü Olması

a- Ankara İdare Mahkemesi ve Danıştay Kararları

1994 yılında BOTAS, Ankara Belediyesi EGO Genel Müdürlüğü'nün kendisinden aldığı doğal gazın bedelini ödemediğini ileri sürerek, EGO'ya sağlanan doğal gazı kesmek istemiştir. BOTAS'ın EGO'ya sağlanan doğal gaz arzını kesmesi, Ankara Valiliği'nin 20.10.1994 tarih ve B05 4 VLK 4060 400/12-276 sayılı işlemi ile engellenmiştir. Valilik işleminin iptali için BOTAS tarafından açılan davada, Ankara 6. İdare Mahkemesi ret kararı²⁵ vermiştir. Kararda; 5442 sayılı İl İdaresi Kanunu'nun 9. ve 11. maddeleri uyarınca valinin il sınırları içinde kamu düzeni ve güvenliğini korumak, il sınırları içinde huzur ve güvenliğin, kamu esenliğinin sağlanması için her türlü önlemi alabileceği ifade edilmiştir. BOTAS ve EGO arasındaki uyuşmazlığın ilgili mevzuat ve 6183 sayılı Yasa'da öngörülen prosedüre uyularak çözülmesi gerektiği, beldede yaşayanların mağduriyetine ve bütün işyerleri ile kurum ve kuruluşların faaliyetlerinin durdurulmasına yol açacak davranışlarda bulunmanın doğrudan kamu güvenliği, esenliği ve düzenini tehlikeye düşüreceği, bu nedenle de Valiliğin doğal gazın hangi nedenle olursa olsun kesilmesini durdurmasında mevzuata aykırılık bulunmadığı gerekçesi ile dava reddedilmiştir.

Bu kararın temyizi için BOTAS tarafından Danıştay'a başvurulmuştur. Temyiz başvurusunda; EGO'nun tüm bildirimlere rağmen borcunu ödemesi nedeniyle doğal gazın kesilmesinin söz konusu olduğu, Valilik işleminin sözleşme serbestisine aykırı olarak sözleşmeye müdahale niteliği taşıdığı, doğal gaz bedellerinin tahsil edilememesi halinde dışarıdan alınan doğal gaz bedelinin ödenemeyeceği ve tüm ülkenin doğal gaz sıkıntısı ile karşı karşıya kalacağı belirtilerek Ankara 6. İdare Mahkemesi'nin kararının bo-

²⁵ 08.11.1995 tarihli, E:1994/1393 ve K:1995/1458 sayılı Karar.

zulmasını talep edilmiştir. Temyiz incelemesi sonucunda 6. İdare Mahkemesi'nin kararı, Danıştay 10. Daire tarafından onanmıştır²⁶.

b- Değerlendirme

Yukarıda DGPK uyarınca toptan satış sözleşmelerinin esas itibarıyla özel hukuk hükümlerine tabi kılındığı açıklanmıştır. Açıklanan İdare Mahkemesi ve Danıştay kararlarında ise dağıtım şirketinin bedel ödeme borcunu yerine getirmemesine rağmen, BOTAS'ın BK m.81 uyarınca ödemezlik defii yoluyla doğal gaz arzını kesmesi engellenmiştir. Şöyle ki BK m.81'e göre bir tarafın diğerini borcunu ifaya zorlayabilmesi için, vadeden yararlanması mümkün değil ise kendi borcunu ifa etmiş veya ifasını teklif etmiş olması gerekmektedir. Dolayısıyla açıklanan kararın verildiği tarihte doğal gaz arzının hukuki tekel konumunda olan BOTAS tarafından sağlanması nedeniyle, dağıtım şirketi bedel ödeme borcunu ifa etmemesine rağmen BOTAS'ın edimini ifa etmeye devam etmek zorunda olduğu yönünde karar verilmiştir. Bu karar sözleşme kurma zorunluluğu bağlamında değerlendirilmelidir. Zira aşağıda açıklanacağı üzere BOTAS açısından sözleşme yapma zorunluluğu söz konusudur. Özel hukukta sözleşme kurma zorunluluğuna temel teşkil eden gerekçeler, ödemezlik definin ileri sürülerek ifadan kaçınılabileceği hallerde ifanın zorunlu olması durumu için de geçerlidir.

İdare Mahkemesi ve Danıştay kararlarında açıkça vurgulanmamakla birlikte doğal gaz arzı, kamu hizmeti niteliği taşımaktadır²⁷. Zira genel itibarıyla devlet veya diğer kamu tüzel kişileri ya da bunların denetim ve gözetimi altında bulunan kişiler tarafından toplumdaki genel ve ortak gereksinimleri karşılamak, kamu yararı veya kamu çıkarını sağlamak amacıyla yapılan ve topluma sunulan sürekli ve düzenli etkinlikler kamu hizmeti olarak tanımlanmaktadır²⁸.

Piyasa ekonomisinde, arz eden işletmeler arasında rekabetin bulunması ve talep sahiplerinin uygun şartları taşıyan mal ve hizmetleri tercih etmesi

²⁶ 09.09.1999 tarihli, E: 1996/1960 ve K: 1999/2930 sayılı Karar.

²⁷ ASLAN/KITIRCIOĞLU/ALTINAY/ARDIYOK/ILICAK/GÜLTEKİN/ÖNAL/AKÇAOĞLU, s.367

²⁸ ASLAN/KITIRCIOĞLU/ALTINAY/ARDIYOK/ILICAK/GÜLTEKİN/ÖNAL/AKÇAOĞLU, s.284.

esastır²⁹. Mal veya hizmeti arz eden işletmenin tekel konumunda olduğu, hakim durumda olduğu³⁰ veya rekabeti önleyebilecek güce sahip olduğu hallerde ise piyasa ekonomisi kuralları işlerlik gösterememektedir³¹. İnsanların zaruri ihtiyaçları olan mal ve hizmetlerin söz konusu olduğu hallerde kanuni bir düzenleme bulunmasa da özel hukukta sözleşme kurma zorunluluğu söz konusu olabilmektedir³². Kamuya normal ihtiyaçlara yönelik mal ve hizmet arzı sunan işletmenin, hakim durumda olması nedeni ile söz konusu mal ve hizmetin başka yerden teminin imkansız veya beklenemez olması sözleşme kurma zorunluluğuna yol açabilmektedir³³. Bu zorunluluk yargı kararı ile de yüklenebilmektedir³⁴. Bu durumda sözleşme kurma zorunluluğu da Medeni Kanun m.2’de yer alan dürüstlük kuralına dayanmaktadır³⁵.

29 AYRANCI, s.250.

30 AYRANCI, s.253.

31 AYRANCI, s.250-251.

32 Doğal gaz piyasasında serbest tüketiciler ile toptan satış şirketleri arasında sözleşme yapılması zorunluluğu, DGPK m.4/4/e/2’de açıkça düzenlenmiştir. Buna göre; serbest tüketicilere toptan gaz satışı yapan tüzel kişilerin, bu Kanunun yürürlüğe girmesini müteakip müşterilerine mevsimlik, günlük ve saatlik esneklik limitleri dahilinde gaz girişini sağlamak *mecburiyetinde* olduğu hükme bağlanmıştır. DGPK m.11/f.1’de ise EPDK tarafından belirlenecek bağlantı tarife esaslarının, ilgili bağlantı anlaşmalarına dahil edilecek olan ve iletim sistemi ya da bir dağıtım sistemine bağlantı için *eşit durumda olan serbest tüketiciler arasında ayırım yapılmaması esasına dayalı* hükümleri ve şartları içereceği belirtilmiştir. Söz konusu düzenlemeler serbest tüketicilerle doğal satış sözleşmesi kurulmasına ilişkin olarak kanundan doğan sözleşme kurma zorunluluğuna işaret etmektedir (AYRANCI, s.260). Toptan satış şirketlerinin dağıtım şirketleri ile sözleşme yapma zorunlulukları hakkında ise DGPK’da açık bir düzenleme öngörülmemiştir. Ancak Doğal Gaz Piyasası Tarifeler Yönetmeliği m.13/f.1 uyarınca da toptan satış tarifelerinde, hakim durumun kötüye kullanılmaması, doğal gaz arz güvenliği ve düzenliliğinin sağlanması ve EPDK’nın bu konuda belirleyeceği diğer önlemlere uyulması esastır.

33 Sözleşme kurma zorunluluğunun şartları hakkında bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip: Borçlar Hukukuna Giriş-Hukuki İşlem-Sözleşme, C.I, İstanbul 2008, s.519. Ayrıca bkz. AYRANCI, s.261.

34 Devlet veya kamu kuruluşlarının tekelinde bulunan bazı kamu hizmetleri ve zaruri ihtiyaç maddelerini dağıtan kuruluşlar bakımından belirtilen bu görüş için bkz. EREN, Fikret: Borçlar Hukuku-Genel Hükümler, İstanbul 2010, s.274.

35 OĞUZMAN, M.Kemal/ÖZ, M.Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2009, s.146; AYRANCI, s.251, dn.652.

Öğretide bir başka görüş ise özel hüküm bulunmayan hallerde sözleşme yapma zorunluluğunun MK m.2 yerine, BK m.41/f.2’ye dayandırılarak kasten ahlaka aykırı davranışla

Diğer taraftan ise 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun'un³⁶ 6. maddesinde bir veya birden fazla teşebbüsün ülkenin bütününde ya da bir bölümünde bir mal veya hizmet piyasasındaki hakim durumunu tek başına yahut başkaları ile yapacağı anlaşmalar ya da birlikte davranışlar ile kötüye kullanmasının hukuka aykırı ve yasak olduğu hükme bağlanmıştır³⁷. Yine aynı maddede eşit durumdaki alıcılara aynı ve eşit hak, yükümlülük ve edimler için farklı şartlar ileri sürerek, doğrudan veya dolaylı olarak ayırıcılık yapılması hakim durumun kötüye kullanılması olarak tanımlanmıştır. Eşit durumdaki alıcılar arasında ayırım yapılması yasaklanmıştır. Rekabet hukukundan kaynaklanan sözleşme kurma zorunluluğunun³⁸ nedeni, hakim durumun kötüye kullanılmasının yasak olmasıdır³⁹. Ancak hemen belirtmek gerekir ki sözleşme kurma zorunluluğundan söz edilebilmesi için alıcı bakımından alternatif bir temin imkanı bulunmamalıdır⁴⁰.

başkasına zarar vermek şeklinde haksız fiil olarak nitelenebileceği yönündedir (EREN, s.275-276).

Sözleşme kurma zorunluluğu hakkında ayrıntılı açıklama için bkz. KOCAYUSUFAŞAOĞLU, s.507 vd.; AYRANCI, Hasan: Sözleşme Kurma Zorunluluğu, AÜHFD, C.52, S.3, s.229 vd.

36 RG. 13.12.1994, S. 22140.

37 Nitekim Anayasa m.167/f.1'de de "Devlet... piyasalarda fiili veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmeyi önler" hükmüne yer verilmiştir.

38 Rekabet hukukundan kaynaklanan sözleşme kurma zorunluluğu üreticiler ve tacirler için öngörülmüştür. Rekabetin Korunması Hakkında Kanun m.4-7 ticari piyasanın işlemesine ilişkindir. Bu hükümlerden tüketiciler yararlanamaz (SANLI, Kerem Can: Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanunda Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği, Ankara 2000, s.200).

Tekel durumundaki işletmeler, haklı bir sebep olmadıkça sözleşme yapmaktan kaçınmazlar (OĞUZMAN/ÖZ, s.146).

39 AYRANCI, s.267.

40 "Rekabet hukukunda, bir teşebbüsü belir bir müşteri veya müşteri guruplarına mal satmaya mecbur kılmanın çok sıkı ve sınırlı koşulları bulunmaktadır. Öncelikle mal satmaya zorlanan teşebbüs hakim durumda bulunmalıdır...Hakim durumda olan bir teşebbüse ancak iki durumda satış yapma zorunluluğu getirilebilmektedir. Bunlardan birincisi, hakim durumda olan teşebbüsten mal talebinde bulunan müşterinin, hakim durumdaki hakim durumdaki teşebbüsün sürekli alıcısı durumunda bulunmasıdır...İkinci durum ise, bir teşebbüsün belli bir faaliyette bulunabilmesinin zorunlu unsuru olan temel kaynak faaliyetine hakim durumdaki teşebbüsün sahip bulunmasıyla ilgilidir..."bkz. Rekabet Kurulu'nun 21.12.2000 tarih ve 00-50/533-295 sayılı Kararı (RG: 15.09.2001, S. 24524) (ayrıca bkz. 2001 yılında Resmi Gazete'de Yayınlanan Rekabet Kurulu Kararları, Cilt II, s.695).

Sonuç olarak BOTAS yukarıda açıklanan gerekçelerle sözleşme yapma zorunluluğuna tabidir. Bu nedenle İdare Mahkemesi ve Danıştay kararlarında, karşı taraf edimini ifa etmemesine rağmen, BOTAS'ın BK m.81 uyarınca doğal gaz arzını kesemeyeceğine hükmedilmiş olması yerindedir. Bunun sebebi de yukarıda açıklanmış olduğumuz kamu hizmeti arzı ve tekel statüsüne bağlı olarak sözleşme yapma zorunluluğuna ilişkin gerekçelerin, sözleşmenin ifası bakımından da geçerli olmasıdır. Dolayısıyla BOTAS'ın tekel durumunda olması ve doğal arzının kamu hizmeti niteliği taşıması nedeniyle, MK m.2'den kaynaklanan bir ifa zorunluluğu söz konusudur. Bu zorunluluk da somut olayda BK m.81'e dayanılarak ifadan kaçınılmasına engel teşkil etmektedir. Söz konusu kararlar BOTAS'ın doğal gaz piyasasında hukuken tekel olduğu dönemde verilmiş kararlardır. Ancak BOTAS'ın hakim durumu devam ettiği sürece somut duruma göre sözleşme kurmak ve mevcut sözleşmeleri aynen ifa etmeye devam etmekle yükümlü olabileceği açıktır.

2- Toptan Satış Sözleşmesine Özel Hukuk Kurallarının Uygulanması

a- Asliye Ticaret Mahkemesi ve Yargıtay Kararları

"...AŞ" tarafından, BOTAS aleyhine aralarındaki toptan doğal gaz satış sözleşmesinin yorumuna ilişkin olarak dava açılmıştır. Davacı; taraflar arasında imzalanmış olan sözleşmenin 3.3 maddesine dayanarak sözleşmenin hala yürürlükte bulunduğunun, sözleşme sona ermiş olsa bile sözleşmenin 3.3 maddesinin yürürlükte olduğunun tespitini talep etmiştir. Taraflar arasındaki sözleşmenin 3.3 maddesinde; *"sözleşme döneminin sona erme tarihinden en geç 90 takvim günü önce taraflardan herhangi birinin sözleşmenin feshine dair bildirimde bulunmaması halinde sözleşmenin aynı şartlar altında devam edeceğinin düzenlendiği, devamında yukarıdaki süreye uymak koşuluyla taraflardan herhangi biri yeni şartlar için bildirimde bulunursa tarafların bir araya gelerek sözleşme şartlarını gözden geçirecekleri ve mutabakata varılması halinde üzerinde anlaşılan koşullarla yeni bir sözleşme imzalanacağı, imzalanan sözleşmenin sözleşme sonundan itibaren geçerli olacağı, mutabakat sağlanamadığı durumda ise bu sözleşmenin dönem bitiminde son bulacağı, sözleşmenin alacak ve borçlarla ilgili hükümlerinin sözleşmenin sona ermesinden sonra da yürürlükte kalmaya devam edeceğinin düzenlendiğini"* belirtilmektedir.

Davalı BOTAS ise taraflar arasındaki sözleşmenin sona ermesinden sonra davacının yeni bir sözleşme imzalamaya yanaşmayarak plansız, program-

sız ve taahhütsüz olarak gaz çekişine devam ettiğini, davalıya doğal gaz gecikme faturası düzenlenerek gönderilen faturanın ödenmemesi üzerine 6183 sayılı Yasaya göre tahsil için ödeme emri düzenlenerek davacıya gönderildiğini, davacının önceden imzalanan sözleşmenin 3.3 maddesine dayanarak borç bulunmadığı iddiasının yerinde olmadığını, söz konusu 3.3 maddesinin amacının sözleşme yürürlükte iken doğan hak ve borçların sözleşme sona erdikten sonra da devamını amaçladığını ileri sürmüştür.

Ankara 7. Asliye Ticaret Mahkemesi 06.05.2010 tarihli, E.2009/5 ve K.2010/207 sayılı Kararında; taraflar arasında ...tarihinde imzalanan sözleşmenin ...tarihinde sona erdiğine, sonraki süreçte taraflar arasında yeni bir sözleşme imzalanmadığına, ancak davacı şirketin gaz çekişine devam ettiğine, uyuşmazlık konusunun sözleşme imzalanmayan süreçteki *aylık faturaların ödeme tarihi* konusunda olduğuna, sona eren sözleşmedeki 3.3 maddesinin bu sözleşmenin yürürlükte olduğu dönemde doğan alacak ve borçların tasfiyesine yönelik olduğuna, 3.3 maddesinin sözleşme döneminden sonra gerçekleşen alımlar için yürürlükte olmadığına hükmetmiştir.

Yargıtay 19. Dairesi 30.06.2011 tarihli, E.2010/10616 ve K.2011/6631 sayılı Kararı ile Ankara 7.Asliye Ticaret Mahkemesi'nin bu kararını onamıştır.

b- Değerlendirme

ba- Taraflar Arasında İmzalanan Sözleşmenin Sona Ermesi Meselesi

Yukarıda dava konusu uyuşmazlığa yol açan mesele; taraflar arasındaki sözleşmenin 3.3 hükmüne göre sözleşmenin devam edip etmediği ve bu hükmün yorumuna bağlı olarak da aylık faturaların ödeme tarihlerinin belirlenmesidir. Bilindiği üzere BK m.18'de; bir sözleşmenin şekil ve şartlarının belirlenmesinde, tarafların gerek yanılarak, gerekse sözleşmedeki gerçek niyetlerini gizlemek için kullandıkları sözlere ve isimlere bakılmaksızın, onların gerçek ve ortak maksatlarını aramak gerekeceği hükme bağlanmıştır. Taraflar arasında sözleşmenin içeriği ile ilgili hukuki uyuşmazlığın giderilmesinde geçerli olan bu kural uyarınca, uyuşmazlığa konu sözleşme hükmünün içeriği, tarafların gerçek sözleşme iradesine göre yorumlanmalıdır⁴¹.

⁴¹ EREN, s.423.

Dolayısıyla tarafların birbirine uygun gerçek iradelerinin dürüstlük kuralına göre tespiti gerekmektedir⁴².

İlk olarak uyuşmazlık konusu sözleşmenin 3.3 hükmü uyarınca sözleşmenin devam edip etmediği hususu üzerinde durulmalıdır. Söz konusu hüküm “..mutabakat sağlanamadığı durumda ise bu sözleşmenin dönem bitiminde son bulacağı, sözleşmenin alacak ve borçlarla ilgili hükümlerinin sözleşmenin sona ermesinden sonra da yürürlükte kalmaya devam edeceği” ifadesini içermektedir. “Dönem bitiminde son bulacağı” ifadesi sürekli borç ilişkisi niteliği taşıyan⁴³ söz konusu sözleşmenin belirli süreli olarak akdedildiğini göstermektedir. Yukarıda da açıklandığı üzere bu hüküm davacı tarafından sona eren sözleşmenin devam ettiği şeklinde yorumlanmıştır. Ancak sözleşmenin belirli süreli sözleşme olması ve anılan hükümde mutabakat sağlanamaması halinde sözleşmenin sona ereceğinin açıkça öngörülmesi karşısında bu tür bir yorum yerinde değildir. Zira davacının mutabakata yanaşmaması halinde Danıştay kararı uyarınca gaz arzına devam etmekle yükümlü olan BOTAŞ’ın mevcut sözleşme koşulları ile belirsiz süre ile bağlı kalması şeklinde bir yorum MK m.2’ye ve hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırıdır. Böyle bir sonucun tarafların yapmış oldukları sözleşmeyi değiştirme hürriyetine⁴⁴ de aykırı olacağı açıktır. Somut olayda BOTAŞ’ın sözleşme yapma zorunluluğu altında olması veya gaz arzını kesmemesinin, sözleşmenin içeriğinin de değiştirilemeyeceği şeklinde bir sonuca yol açmayacağı ortadadır. Dolayısıyla dava konusu m.3.3’e sözleşmenin alacak ve borçlarla ilgili hükümlerinin sözleşme sona erdikten sonra yürürlükte kalması şeklinde bir anlam yüklenememelidir.

Anılan sözleşmenin 3.3 hükmünün yorumu açısından dikkat edilmesi gereken bir husus da yukarıda açıklandığı üzere Danıştay kararı ile BOTAŞ’ın doğal gaz arzını kesmesinin engellenmiş olmasıdır. Bu açıdan bakıldığında sözleşme taraflarından BOTAŞ’ın, davacı ile imzaladığı sözleşme sona erse bile doğal gaz arzına devam etmek zorunda olması nedeniyle⁴⁵, taraflar ara-

42 EREN, s.428-429.

43 Öğretide hakim görüşe göre enerji sağlama sözleşmeleri sürekli borç ilişkisi niteliği taşımaktadır (AYRANCI, s.157 ve dn.329).

44 EREN, s.284.

45 Söz konusu Danıştay kararı, BOTAŞ’ın hukuken tekel olduğu 1999 yılında verilmiş bir karardır. Yukarıda açıklanan Asliye Ticaret Mahkemesi Kararı ise 2010 yılında verilmiştir. 2010 yılında BOTAŞ hukuken tekel olmamakla birlikte, doğal gaz arzının %90’ını

sında mutabakat sağlanamaması durumunda en azından sona eren sözleşmenin hükümlerinin geçerli olmasını istemiş olabileceği de akla gelmektedir. Ancak böyle bir yorum da söz konusu sözleşmenin 3.3 hükmünün çelişik ifadeler içerdiği, dürüstlük kuralı uyarınca tarafların gerçek ve ortak iradelelerini yansıtan bir düzenleme olmadığı sonucunu değiştirmemektedir.

Söz konusu sözleşme hükmüyle ilgili olarak akla gelen bir soru da doğal gaz satış sözleşmesinin “alacak ve borçlarla ilgili hükümlerinin” neler olduğudur. Alacak ve borçlarla ilgili hükümler, sadece edimleri belirleyen hükümler olarak anlaşılmamalıdır. Nitekim vade, cezai şart gibi düzenlemeler de alacak ve borçlarla ilgili düzenlemelerdir.

Ankara 7. Asliye Ticaret Mahkemesi'nin sona eren sözleşmenin 3.3 hükmünün, bu sözleşmenin yürürlükte olduğu dönemde doğan alacak ve borçların tasfiyesine yönelik olduğu şeklindeki tespiti de eleştiriye açıktır. Zira sona eren sözleşmeden doğan alacak ve borçların tasfiyesi için, bu sözleşmenin alacak ve borçlarla ilgili hükümlerinin yürürlükte kalması gerekmektedir. Mahkeme tarafından sözleşmenin dönem sonunda sona erdiğine hükmedilmiş olması ise yukarıda açıklanan gerekçelerle isabetlidir.

bb- Sözleşme İmzalanmadan Geçen Süreçte Vadenin Belirlenmesi

Yukarıdaki yargı kararları bağlamında değerlendirilmesi gereken bir başka mesele ise davacı ile BOTAŞ arasında sözleşme imzalanmadan toptan doğal gaz satışının devam ettiği süreçte vadenin ne şekilde belirlenebileceği meselesidir. Dava konusu uyuşmazlığa yol açan asıl mesele de vade konusundadır. Sözleşme imzalanmayan dönemde BOTAŞ doğal gaz arzına devam etmiş ve davacı şirkette bedeli ödemeye devam etmiştir. Satım konusu mal ve bedel konularında uzlaşma olması satım sözleşmesinin kurulması için yeterlidir (BK m.2, m.182). Vade ise sözleşmenin kurulması için zorunlu unsur olmadığından sonradan tamamlanabilmektedir (BK m.2/f.2). Dolayısıyla incelediğimiz somut olayda taraflar arasında sözleşmenin kurulduğu⁴⁶

sağlaması nedeniyle hakim durumdadır. Dolayısıyla doğal gaz piyasasının henüz tam olarak rekabete açılmamış olması nedeniyle BOTAŞ'ın somut duruma göre toptan doğal gaz satış sözleşmesi yapmakla yükümlü olabileceğini söylemek yanlış olmayacaktır.

⁴⁶ Bu bağlamda fiili sözleşme ilişkisi teorisine de değinilmelidir. Fiili sözleşme ilişkisi teorisi uyarınca sözleşme yapmak ve böylece bir karşı edim borçlanmak şartıyla kamuya sunulan hizmetlerden yararlanan kişi, sözleşme yapmadan karşılıksız olarak hizmetten yararlanmış olsa bile dürüstlük kuralı uyarınca fiilen kurulmuş olan bir borç ilişkisi ile hizmetin bedelini borçlanmış sayılmaktadır. Bunun için de edimden yararlanılmış olması

ve sözleşmenin esaslı noktası olmayan vade konusunda ise anlaşmazlık bulunduğu anlaşılmaktadır. Tarafların sözleşmenin içeriğine ilişkin bir hukuki sorunu isteyerek veya istemeyerek düzenlememeleri halinde sözleşme boşluğu meydana gelmektedir⁴⁷. Sözleşme boşluklarının doldurulması için sözleşmenin tamamlanması gerekmektedir⁴⁸. Sözleşme boşluğu taraflarca, tamamlayıcı hukuk kurallarıyla veya hakim tarafından tamamlanabilmektedir⁴⁹.

Bilindiği üzere vadenin sözleşmede kararlaştırılmadığı ve tarafların da vade konusunda anlaşamadığı hallerde kural olarak Borçlar Kanunu'nun tamamlayıcı hukuk kuralı olan 74. maddesini uygulanmaktadır. BK m.74'de; ifa zamanı belirlenmemiş veya işin mahiyetinden anlaşılmıyor ise borcun derhal ifasının talep olunabileceği hükme bağlanmıştır. Bu madde uyarınca derhal ifa kuralının vadenin belirlenmediği toptan doğal gaz satış sözleşmelerinde uygulanıp uygulanamayacağı üzerinde durulmalıdır.

Toptan satış şirketinin arz ettiği doğal gaz, dağıtım şirketleri tarafından ihtiyaca göre farklı zamanlarda ve miktarlarda çekilebilmektedir. Dağıtım şirketlerinin doğal gaz çekişi belli bir zamana hasredilememekte, miktarı değişmekle birlikte her gün 24 saat boyunca gaz çekişi olabilmektedir. Bir başka ifadeyle dağıtım şirketi ay içinde kullanacağı doğal gazı bir defada çekmemektedir. Dolayısıyla BK m.74'deki derhal ifa kuralı, toptan doğal gaz satış sözleşmelerinin mahiyetine uymamaktadır.

Uygulamada ise toptan satış sözleşmelerinde vade, aylık vadeler şeklinde belirlenmektedir. Vade, dağıtım şirketinin toptan satış şirketinden aylık olarak çektiği doğal gaz bedelini, kendi abonelerinden fatura tahsilatlarını ger-

yeterli görülmektedir. Böylece sunduğu hizmetten yararlanan kişi, sebepsiz zenginleşme veya vekaletsiz iş görme şartlarının gerçekleştiğini ispatlamak zorunda kalmaksızın, sözleşme yapılsaydı isteyebileceği bedeli talep edebilmektedir (OĞUZMAN/ÖZ, s.38). Bu konuda ayrıca bkz. TUNÇOMAĞ, Kenan: Türk Borçlar Hukuku- Genel Hükümler, C.I, İstanbul 1976, s.208 vd.; YAVUZ, Nihat: Eylemsel Sözleşme İlişkileri Kavramı ve Yargıtay Uygulaması, Prof. Dr. Bilge Öztan'a Armağan, Ankara 2008, s.1061 vd.

Ancak inceleme konusu olayda taraflar arasında sözleşmenin esaslı noktaları olan gaz arzı ve ücrete ilişkin bir uyumsuzluk söz konusu olmadığı için sözleşme ilişkisi kurulmuştur. Bu nedenle fiili sözleşme ilişkisi söz konusu değildir.

47 EREN, s.431.

48 EREN, s.431.

49 EREN, s.432-433.

çekleştirdikten sonra ödemesine imkan verecek şekilde belirlenmektedir. Ancak bu uygulama henüz ticari örf adet niteliğine dönüşmemiştir.

Sonuç olarak toptan satış sözleşmelerinde vade unsurunun belirlenmediği hallerde BK m.74 uyarınca derhal ifa kuralının uygulanması işin niteliğine uygun düşmemektedir. Somut olaya ilişkin örf adet kuralı niteliğini kazanmış bir uygulama da bulunmamaktadır. Dolayısıyla tarafların toptan satış sözleşmesi kurulduktan sonra vade konusunda anlaşamaması halinde, vadenin hakim tarafından belirlenmesi gerekmektedir.

IV- SONUÇ

DGPK'da doğal gaz piyasasının rekabete açılması ve toptan satış sözleşmesinin de esas itibarıyla özel hukuk kurallarına tabi olması öngörülmüştür. Ancak yukarıda da açıklandığı üzere doğal gaz piyasasında hakim durumun devam ettiği bir süreçte sözleşme özgürlüğü ilkesinin tam anlamıyla uygulanabilmesi mümkün değildir. Nitekim yukarıda açıklanan İdare Mahkemesi ve Danıştay kararlarında da bu yönde karar verilmiştir. Doğal gaz piyasasında hakim durumda olması nedeniyle BOTAS hem sözleşme yapmakla yükümlü olup hem de hakim durumunu kötüye kullanmak suretiyle ayrımcılık yapmamakla yükümlüdür.

Ancak yukarıda açıklanan Asliye Ticaret Mahkemesi kararından da anlaşıldığı üzere BOTAS'ın doğal gaz arzını kesmemesi ve sözleşme yapmakla yükümlü olması karşısında, dağıtım şirketlerinin yeni koşullarda sözleşme imzalamaktan kaçınması, hatta sözleşme imzalamaksızın bedelini ödemek suretiyle doğal gaz alımına devam etmesi söz konusu olabilmektedir. Bu durum dağıtım şirketlerinin sözleşme imzalamamak yoluyla asgari ve azami alım taahhütlerinden kaçınmasını da beraberinde getirmektedir. Bu tür uyuşmazlıkların dava yoluyla çözümü mümkün olmakla birlikte, bu çözümün uygulama açısından pratik olmayacağı açıktır.

Gerek DGPK'da gerekse uygulamada toptan satış şirketi ile dağıtım şirketleri ve serbest tüketiciler arasındaki toptan satış sözleşmeleri bakımından dağıtım şirketleriyle aboneler arasında olduğu gibi genel işlem şartlarını içeren sözleşmeler öngörülmemiştir. Nitekim yukarıda Asliye Ticaret Mahkemesi kararına ilişkin açıklamalarda da belirtildiği üzere toptan satış sözleşmesinde taraflara müzakere hakkının tanınmış olması, DGPK'da fiyatın serbestçe belirlenmesinin öngörülmüş olması da toptan satış sözleşmesinin

genel işlem şartlarını içeren sözleşme veya iltihaki sözleşme niteliğinde olmadığına işaret etmektedir.

Toptan satış şirketleri ile dağıtım şirketleri arasında sözleşme özgürlüğü ilkesi uyarınca sözleşmelerin yapılabilmesi için öncelikle BOTAS'ın piyasadaki hakim durumunun sona ermesi gerekmektedir. Bu nedenle gerek hakim durumdaki BOTAS'ın menfaatlerinin korunabilmesi gerekse dağıtım şirketleri arasında ayırım yapılmasının önlenmesi açısından doğal gaz piyasasında hakim durumun sona ermesine kadar ki süreçte toptan satış sözleşmelerinin genel işlem şartlarını içeren sözleşme veya iltihaki sözleşme olarak şekillendirilmesi isabetli görünmektedir. Böylece dağıtım şirketlerinin hakim durumdaki şirketin sözleşme yapmakla yükümlü olmasına dayanarak sözleşme imzalamaksızın doğal gaz alımını sürdürmeleri de engellenebilecektir. Bu bağlamda BOTAS'ın hakim durumunun devam ettiği süreçte, EPDK'nın düzenleyici üst kurul olarak toptan satış sözleşmeleri bakımından genel esasları belirlemesinin çözüm olabileceği fikrindeyiz.

BİBLİOGRAFYA

2010 yılı Doğal Gaz Piyasası Sektör Raporu,
<http://www.epdk.gov.tr/documents/10157/5240dd6f-6c54-4096-89f1-dd91337259b6>.

ASLAN, Yılmaz/ **KITIRCIOĞLU**, Erol/ **ALTINAY**, Galip/ **ARDIYOK**, Şahin/ **ILICAK**, Ali/ **GÜLTEKİN**, Banu/ **ÖNAL**, Emre/ **AKÇAOĞLU**, Can: Enerji Hukuku, C.I, Bursa 2007.

AYRANCI, Hasan: Enerji Sözleşmeleri, Ankara 2010.

AYRANCI, Hasan: Sözleşme Kurma Zorunluluğu, AÜHFD, C.52, S.3, s.229 vd.

EREN, Fikret: Borçlar Hukuku-Genel Hükümler, İstanbul 2010.

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip: Borçlar Hukukuna Giriş-Hukuki İşlem-Sözleşme, C.I, İstanbul 2008.

OĞUZMAN, M.Kemal/**ÖZ**, M.Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2009.

SANLI, Kerem Can: Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanunda Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği, Ankara 2000.

TUNÇOMAĞ, Kenan: Türk Borçlar Hukuku- Genel Hükümler, C.I, İstanbul 1976.

YAVUZ, Nihat: Eylemsel Sözleşme İlişkileri Kavramı ve Yargıtay Uygulaması, Prof. Dr. Bilge Öztan'a Armağan, Ankara 2008, s.1061 vd.

İŞÇİNİN EĞİTİM DÜZEYİ VE İŞYERİNDEKİ KONUMUNUN İKALENİN GEÇERLİLİĞİYLE İLİŞKİSİ

İkaleye İlişkin İçtihadta Bir Yumuşama Mı?

*Yrd. Doç. Dr. Mahmut KABAKCI**

ÖZET

İkale teorik açıdan eski ancak uygulaması oldukça yeni bir kurumdur. İkalede icabın işverenden geldiği hallerde iş güvencesine ilişkin yükümlülüklerden bütünüyle ya da kısmen kurtulma amacıyla başvurulduğu söylenebilir. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi ikalenin geçerlilik şartlarından olarak makul yarar ilkesini geliştirmiştir. Uygulamada bazı işçiler, aleyhine hukuki sonuçlarını bilmekle birlikte, peşin bir ödeme elde edebilmek amacıyla işverenin ikale önerisini kabul etmektedir. Ancak bunun akabinde bu işçilerin işe iade davası açarak, işverenin baskı yaptığı gibi, çoğunluğu Yargıtay kararlarından alındığı anlaşılan soyut gerekçelerle, iradesinin fesada uğratıldığını iddia ettikleri görülmüştür. Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, bu anlamda dürüstlük kuralına uygun olmayan davalara set çekebilmek için, somut bir irade fesadının ispat edilememesi şartıyla, işçinin eğitim düzeyi ve işyerindeki konumu itibarıyla imzaladığı ikalenin hukuki sonuçlarını bilebilecek durumda olduğu hallerde, bunun işçinin iradesine uygun olduğu değerlendirmesine gitmiştir. Bu yazının konusu, işçinin iş ilişkisindeki ve dolayısıyla ikale görüşmelerindeki zayıf konumunun, eğitim düzeyi yüksek işçiler hakkında geçerli olup olmadığının incelenmesidir.

Anahtar Kelimeler: İkale, sözleşme özgürlüğü, entelektüel eşitsizlik.

ABSTRACT

Mutual termination agreement is theoretically old but in the practice is pretty new. It could be said that when the offer put forward by employer, it was applied for the purpose of avoiding from completely or partially job

* Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

security obligations. Reasonable advantage which is one of the validity conditions of the mutual termination agreement is developed by the Supreme Court 9th Civil Chamber. In practice, in spite of some employees are aware about disadvantage of the mutual termination agreement's legal results, but they accept the employer's offer to gain a cash money. It was noted that some aforementioned employees may file a suit in which argued their intention faulty for returning to the job based on intangible reasons which is understood quoted from Supreme Court's decisions such as pressure of the employer. In this context, in order to preventing from such suits which do not comply with the rule of goodness, the Supreme Court 22th Civil Chamber resolved on that if an employee who signed a mutual termination agreement is aware of its legal results considering his education level and position at the workplace, it comply with his intention, unless a material intention faulty were not proved. The subject of this paper to examine whether the employee who has a weak position of at the employment relation and depending on this negation of the mutual termination agreement is valid for the employee who has high level education or not.

Keywords: Termination by mutual agreement, contractual liberty, intellectual disparity.

I. Giriş

İkale, iş güvencesinin kabulünden önce ders kitaplarında, iş sözleşmesini fesih dışı sona erdiren hallerden olarak bir kaç satırlık teorik açıklamanın konusu iken, iş güvencesi ile birlikte uygulamada sıklıkla başvuru olan bir yol haline almıştır. İş güvencesinin ikaleyi iş hukuku uygulamasının gündemine taşınması, ağırlıklı olarak işverenlerin işe iade davası sonucu uğrayacakları yaptırımları baştan bertaraf etme amacındandır¹. Aksine, iş değiştirmek ya da başkaca bir amaçla işten ayrılmak isteyen işçinin ihbar önelinden, cezai

¹ “İş ilişkisinin bozma anlaşması yoluyla sona erdirildiğine dair örnekler 1475 sayılı İş Kanunu ve öncesinde hemen hemen uygulamaya hiç yansımadağı halde, iş güvencesi hükümlerinin yürürlüğe girmesinin ardından özellikle 4857 sayılı İş Kanunu sonrasında giderek yaygın bir hal almıştır. Bu noktada, işveren feshinin karşılıklı anlaşma yoluyla fesih gibi gösterilmesi suretiyle iş güvencesi hükümlerinin dolanılması şüphesi ortaya çıkmaktadır”, Yarg.9.HD, 08.04.2008, E. 2007/27825, K. 2008/7827, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası. Benzer yönde bkz. Süzek, Sarper, İş Hukuku, Yenilenmiş 4. Baskı, İstanbul 2008, s. 449; Günay, Cevdet İlhan, İkale Sözleşmesi, Çimento İşveren, Eylül 2009, s. 8; Gerek, Hasan Nüvit, İş Sözleşmesinin İkale Sözleşmesi İle Sona Ermesi, Çalışma ve Toplum, 2011/4, S. 31, s. 43-44.

şarttan ya da rekabet yasağından kurtulmak istemesi gibi nedenlerle ikale icabında bulunması mümkünse de, böyle bir durum uygulamada istisnadır. İş güvencesinin yürürlüğüne kadar Yargıtay'ın iş ilişkisinde ikaleye ilişkin tespit edebildiğimiz karar sayısının çok sınırlı olmasından ve ikale icabının işçiden geldiği ihtimalde bunun yargıya taşınması ihtimali görece düşük olduğundan, 2003 yılından sonra yargıya intikal eden olayların hemen hemen tamamında ikale icabının, iş güvencesi hükümlerinin aşılması amacıyla işveren den geldiğini söylemek hatalı olmayacaktır. Yargıtay'ın "Bir işçinin bozma sözleşmesi yapma konusundaki icap veya kabulde bulunmasının ardından işveren feshi haline özgü iş güvencesi hükümlerinden yararlanmak istemesi ve yasa gereği en çok bir ay içinde işe iade davası açmış olması hayatın olağan akışına uygun düşmez"² tespiti, görüşümüzü doğrular niteliktedir.

Yargıtay, ikale konusunda 2006 ve 2007 yıllarında bir bütünlük arz etmeyen, farklı yönlerde kararlar vermiştir³. Bu kararlardan bazılarında çok da isabetli olmayan gerekçelerle ikale geçerli kabul edilerek işe iade talebi redd edildiği halde, bir kısım kararlarda ise, örneğin ikale ile sona erme halinde ihbar ve kıdem tazminatı ödenmesinin çelişki oluşturduğu gibi gerekçelerle⁴ ikale savunmasına itibar edilmediği görülmektedir. Yüksek Mahkeme 2008 yılından itibaren verdiği kararlarında ise, öğreti görüşlerinden önemli derecede yararlanarak, ikalenin kötüye kullanılmasına büyük ölçüde set çeken haklı ve kendi içinde tutarlı bir içtihat oluşturmuştur. Buna göre, ikalenin geçerliliği bakımından işçinin iradesinin fesada uğratılmamış olması yeterli değildir. İşveren feshine bağlı tazminatlar ve özellikle de iş güvencesiyle olan ilişkisi nedeniyle, ayrıca işçinin ikalenin sonuçları hakkında aydınlatıl-

2 Yarg.9.HD, 13.04.2011, E. 2009/49584, K. 2011/11186, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası.

3 Alp, Mustafa, İş Hukukunda İkalenin (Bozma Sözleşmesi) Geçerlilik Koşulları, Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Ocak-Mart 2008, S. 17, s. 40-41; Sevimli, K. Ahmet, İş Hukukunda İbra ve İkale Sözleşmelerinin Geçerlilik Koşulları Konusundaki Gelişmeler, Sicil, Haziran 2009, S. 14, s. 92; Alpagut, Gülsevil, İş Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin Sözleşmesel Kayıtlar ve Sözleşmenin Tarafların Anlaşmasıyla Sona Ermesi (İkale), İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri, 11. Yıl Toplantısı, 8-9 Haziran 2007, İstanbul Barosu Yayın No. 113, İstanbul 2008, s. 45-47; Gerek, s. 48-49.

4 Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin ikale hakkındaki kararlarında ilke kararı olarak atıfta bulunduğu 21.04.2008 tarih ve E. 2007/31287, K. 2008/9600 sayılı ilamı, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası.

miş olması ve en önemlisi de, işçinin ikale yapmakta makul bir yararının bulunması gerekir⁵.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, ikaleye ilişkin bu içtihadını tutarlı biçimde uygularken, 09.02.2011 tarih ve 6110 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Daire Kanun⁶ ile Yargıtay Kanunu'nda yapılan değişiklikler çerçevesinde 22. Hukuk Dairesi kurulmuş ve işe iade ile sonuçlarına ilişkin davaların temyiz merci olarak görevlendirilmiştir. Temmuz 2011 tarihinde faaliyete geçen yeni Dairenin, ikale konusunda 9. Hukuk Dairesinin uygulamasını önemli ölçüde sürdürdüğü, ancak birçok kararında irade fesadı bulunmadığının teyidi amacıyla, işçinin eğitim durumuna ve işyerindeki görevine, konumuna atıfta bulunulduğu görülmektedir. Yirmi İkinci Hukuk Dairesi bu surette işçilerin ihbar ve kıdem tazminatının ödenmeyeceği tehdidi ile gerçek iradeleri dışında ikale sözleşmesi imzaladıkları ya da istifa dilekçesi verdikleri iddiaları hakkında bir denetim ölçütü geliştirdiği anlaşılmaktadır.

Acaba işçinin eğitim durumu ya da işyerindeki görevi, konumu itibariyle "...imzaladığı belgelerin mahiyetini ve sonuçlarını takdir ve tahmin edebilecek durumda olması", "iş sözleşmesinin anlaşma ile sona erdirilmesi yönünde taraf iradelerinin birleştiğinin ve (işçinin) iradesini sakatlayan bir durumun bulunmadığının kabulü"⁷ için yeterli midir? Bu sorudan hareket ile çalışmamızda işçinin eğitim durumu ve işyerindeki görevi, konumu itibariyle bilgi düzeyinin, Borçlar Hukuku anlamında bir irade fesadı bulunmamakla birlikte, örneğin yasal tazminatlarını alabilmek kaygısıyla, gönülsüz rızaya dayanan bozma sözleşmeleri hakkında genel geçer bir denetim ölçütü olarak yerindeliği ve yeterliliği konusu incelenecektir.

II. Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin İçtihadı ve Uygulamadaki Sonuçları

1. İlk kararlar

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, ikale hakkındaki ilk kararlarında konuya gö-

⁵ Yarg.9.HD, 16.10.2006, E. 2006/19194, K. 2006/27398, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası.

⁶ RG. 14.02.2011, 27846.

⁷ Yarg.22.HD, 12.12.2011, E. 2011/4305, K. 2011/7213, yayınlanmamış karar.

rece liberal yaklaşmıştır⁸. Yüksek Mahkeme, 19.02.2007 tarihli kararında, istekli olan işçilere öncelik verilen bir toplu işçi çıkarma uygulamasında, emekliliğe hak kazanması nedeniyle ihbar ve kıdem tazminatlarının ödenecek iş sözleşmesinin feshini isteyen işçinin, işverenin ikale icabını kabul iradesinde olduğu, dolayısıyla işe iade talebinde bulunamayacağı görüşü bildirilmiştir⁹.

Dokuzuncu Hukuk Dairesi Eylül 2007 tarihli kararlarında ise, işverenin ikaleyi imzalamadığı ya da istifa dilekçesi vermediği takdirde ihbar ve kıdem tazminatı ödenmeyeceği tehdidinin, işe iade davası açmak isteyen işçinin, iş sözleşmesinin sona erdirildiği anda ihbar ve kıdem tazminatı talep edemeyeceği gerekçesiyle iradesini sakatlamayacağına karar vermiştir¹⁰.

2. Makul yarar ölçütü

Yüksek Mahkeme sonraki dönemde öğretinin haklı eleştiri ve önerileri üzerine, konu hakkında iş hukukunun işçiyi koruma amacına uygun bir içtihat geliştirmiştir. İ kale sonucunda işçinin feshe bağlı haklardan mahrum kalması ve dolayısıyla geçerliliği konusunda işçi lehine bir değerlendirmenin zorunlu olduğu gerekçesine dayanan bu içtihada göre, ikalenin geçerliliği konusunda irade fesadı (BK. m.23-31, TBK, m.30-39) çerçevesinde bir denetim ile yetinilemez¹¹. İşçi, olağan sona erme şekli olan fesihte ihbar ve

⁸ Örneğin "...davalının da delilleri arasında ibraz ettiği 20.9.2004 günlü fesih sözleşmesi bulunmaktadır. Bu sözleşmede aktin 20.9.2004 tarihinde karşılıklı anlaşma ile ve unsurlarında da mutabık kalınarak feshedildiği yazılıdır. Ancak, bu sözleşmede bulunan parafin davacıya ait olup olmadığı anlaşılammaktadır. Taraflara sorularak sözkonusu fesih sözleşmesindeki imzanın davacıya ait olup olmadığı açıkça belirlenmeden eksik araştırma ile sonuca gidilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir", Yarg.9.HD, 21.04.2005, E. 2005/10110, K. 2005/14008, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası.

⁹ Yarg.9.HD, 19.02.2007, E. 2007/3713, K. 2007/4229. Karar ve incelemesi için bkz. Astarlı, Muhittin, Toplu İşçi Çıkarma Kapsamında Öncelikli Olarak İşten Çıkarılmayı Kabul Eden İşçilerle İşveren Arasında Bir İ kale Sözleşmesinin Yapılmış Olduğu Kabul Edilebilir mi? Karar İncelemesi, Tühis, Mayıs-Ağustos 2007, C. 20 S. 6 - C. 21 S. 1, s. 33-45. Benzer yönde bkz. Yarg.9.HD, 30.04.2007, E. 2006/27843, K. 2007/13594, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası. Konu hakkında bkz. Süzek, s. 448; Sevimli, s. 86; Günay, s. 10; Gerek, s. 48.

¹⁰ Yarg.9.HD, 17.09.2007, E. 2007/30305, K. 2007/26756; 17.09.2007, E. 2007/30312, K. 2007/26763; 26.11.2007, E. 2007/35800, K. 2007/35329, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası.

¹¹ "Bu anlamda bozma sözleşmesinin şekli, yapılması, kapsam ve geçerliliği Borçlar Kanunu hükümlerine göre saptanacaktır. Buna karşılık iş sözleşmesinin bozma sözleşmesi yo-

kıdem tazminatından, işsizlik ödeneğinden ve iş güvencesinden yararlanacağı halde, işverenin ikale icabını kabul etmesi, hayatın olağan akışı gereği, bunda makul bir yararının olmasını gerektirir. İşçiye ikale karşılığında ihbar ve kıdem tazminatı, iş güvencesi tazminatı ve hatta boşta geçen süreye ait ücret ve diğer haklardan bazılarının ya da tamamının ödenmesi kararlaştırılabilir. Makul yarar ölçütü kapsamında yapılacak denetimde, ikale icabının hangi taraftan geldiği ve somut olayın özellikleri dikkate alınmalıdır¹².

Öğretide iş güvencesi kapsamındaki işçi açısından makul yararın ne düzeyde bir ödeme olacağı konusunda, yasal tazminatlara ilaveten iş güvencesi tazminatının asgari sınırı dört aylık ücretin esas alınabileceği¹³, bunların dışında işsizlik ödeneğinin karşılanması gerektiği¹⁴ gibi görüşler ileri sürülmüştür¹⁵. Ancak Yargıtay haklı olarak genel geçer bir belirlemeye gitmemiş, bir alt ya da üst sınır öngörmemiştir. Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin, somut olayın şartları itibarıyla ihbar ve kıdem tazminatına ilaveten bir aylık ücret tutarında bir ek ödemeyi makul yarar açısından yeterli gördüğü kararları mevcuttur¹⁶.

3. İkalenin geçersizliği talepli dava sayısındaki artış

Yargıtay'ın makul yarar kapsamında yapılacak ödemenin düzeyi hakkında haklı olarak kesin bir sınır çizmemesi, uygulamada işçilerin imzaladıkları ikale sözleşmesinin gerçekte işveren feshi olduğu iddiasıyla çok sayıda işe iade davası açmalarına neden olmuştur. İşçilerin, işten ayrılması için işve-

luyla sona erdirilmesi, İş Hukukunu yakından ilgilendirdiği için ikalenin yorumunda iş sözleşmesinin yorumunda olduğu gibi genel hükümler dışında İş Hukukunda işçi yararına yorum ilkesi göz önünde bulundurulacaktır", Yarg.9.HD, 21.04.2008, E. 2007/30760, K. 2008/9208, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası. Bu yönde öğretici görüşleri için bkz. Süzek, s. 449; Alp, s. 31; Sevimli, s. 92; Aydın, Ufuk, İş Sözleşmesinin Anlaşma İle Sona Erdirilmesi, Çimento İşveren, Mayıs 2004, s. 4-5.

¹² Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin ikale konusundaki içtihadı için bkz. 05.04.2010, E. 2009/18811, K. 2010/9254; 18.10.2010, E. 2009/29861, K. 2010/29354, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası

¹³ Alp, s. 39.

¹⁴ Ekonomi, Münir, İş Sözleşmesinin Sona Erdirilmesinde Tarafların Anlaşması, İbraname ile İş Güvencesi Davasından Feragat ve Sulh, Karar İncelemesi, Legal Yargı Kararları ve İncelemeleri Dergisi, 2006, S. 1, s. 37-38.

¹⁵ Sevimli, s. 93-94.

¹⁶ Yarg.9.HD, 13.04.2011, E. 2009/49584, K. 2011/11186, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası.

rence baskı yapıldığı, yasal tazminatlarının ödenmeyeceği tehdidi ile ikale sözleşmesini imzaladığı ya da istifa dilekçesi verdiği, ikalenin anlam ve sonuçlarını bilmediği, ikaleyi ihtirazi kayıt ile imzaladığı¹⁷ gibi iddialarla açtıkları bu işe iade davalarının çoğunda amaç, işverence yapılan ödeme ile İş Kanunu m.21’de öngörülen düzey arasındaki farkı elde etmektir.

Gerçekten işçinin iradesinin fesada uğratıldığı, işverenin iş güvencesi hükümlerini dolanma amacıyla olduğu sözleşmeler ikale değil, işveren feshi niteliğindedir, dolayısıyla işçinin İş Kanunu m.18 vd. hükümlere dayanarak işe iade davası açması yasal hakkıdır. Ancak ikalenin geçersizliği iddiasıyla açılan işe iade davası sayısının çokluğu dikkate alındığında, Taşkent tarafından belirtildiği üzere, akla bu davalardan bazılarının “ek bir menfaat daha elde edebilme girişimi”¹⁸ olarak açılmış olabileceği şüphesi gelmektedir.

a) Nedenleri

İşverence dayanılan ikalenin işveren feshi olduğu iddiasıyla açılan davaların arka planı hakkında, genel geçer bir değerlendirme hatalı olacaktır. Diğer yandan dava ile bir “ek bir menfaatin amaçlandığı” gibi bir tespit, teknik hukuk açısından hatalıdır. Çünkü ikalenin geçersiz sayılıp işçinin işe iade edildiği durumda, işçinin elde edebileceği maddi menfaat İş Kanunu m.21’de mutlak emredici bir hükümle sınırlandırılmış olup, işveren işe iade ertesinde işçiye ödeme yaparken, daha önceden geçersiz ikale / fesih sırasında yasal tazminatların dışında ödediği ilave tutarı da, mahsup edecektir¹⁹. Ancak buna rağmen, ikalenin sonuçları hakkında yeterli bilgi düzeyine sahip bir işçi dahi, önce ikale sözleşmesini imzalayıp akabinde işe iade davası

17 “Davalı işveren ve davacı işçi 15.11.2006 tarihli ‘İş sözleşmesinin anlaşma yolu ile feshi ve sonuçlarına ilişkin protokol’ü imzalamışlardır. Bu protokolde, iş sözleşmesinin karşılıklı olarak 4857 sayılı İş Kanunu'nun 17. maddesi uyarınca sona erdiği, ihbar tazminatı ve kıdem tazminatı yanında işe iade davasında feragat etmesi karşılığı ilave 4 aylık ücret tutarında tazminat ödeneceği ... işçinin işveren aleyhine herhangi bir konuda dava açmayacağını beyan ettiği kararlaştırılmış, ancak davacı imzalarken fazlaya ilişkin dava ve talep haklarını saklı tutmuştur.... Davacı tarafından ihtirazi kayıt konulan protokol geçersizdir”, Yarg.9.HD, 24.09.2007, E. 2007/13995, K. 2007/27723, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası. Aynı yönde bkz. Günay, s. 16.

18 Taşkent, Savaş, İş Sözleşmesinin İkale Yolu İle Sona Erdirilmesi, Kamu-İş, C. 11, S. 4 / 2011, s. 5.

19 Yarg.9.HD, 09.03.2007, E. 2006/1156, K. 2007/62. Karar ve konu hakkında değerlendirme için bkz. Alpagut, s. 44-45.

açabilmektedir. İşçileri bu şekilde bir uygulamaya iten iki neden, İş Kanunu m.21 öngörülen işe iade sistemi ve yargının çok ağır işlemesidir.

aa) Kıdem ve ihbar tazminatı ödemesinin ikalenin imzalanması şartına bağlanması

Gerçekten Yargıtay'ın tutarlı ve haklı uygulamasına göre, işe iade davası açan bir işçinin, geçersizliğini talep ettiği feshe dayalı ihbar ve kıdem tazminatı isteminde bulunması çelişki oluşturur. Ancak bu durum, iş sözleşmesini fesheden işverene, ihbar ve kıdem tazminatını ödememe hakkı vermez. İş Kanunu m.21'deki "İşçi işe başlatılırsa, peşin olarak ödenen bildirim süresine ait ücret ile kıdem tazminatı, yukarıdaki fıkra hükümlerine göre yapılacak ödemeden mahsup edilir" hükmü, ihbar tazminatına ilişkin İş Kanunu m.17 ve kıdem tazminatına ilişkin 1475 sayılı İş Kanunu m.14 hükümlerindeki işveren yükümlülüklerine bir istisna getirmemekte, aksine bu tazminatları ödeme yükümlülüğünü teyit etmektedir²⁰. Ancak işe iade davasını ve parasal sonuçlarını bertaraf etme amacındaki bazı işverenler, işe iade ile paralel olarak ihbar ve kıdem tazminatı talep edilemeyeceğini dikkate alarak, ihbar ve kıdem tazminatı ödemesini ikale sözleşmesi imzalanmasına şartına bağlayabilmektedirler.

İş sözleşmesi feshedilen bir işçinin, yeni bir iş bulana ya da işe iade davası sonuçlanana kadar olan dönemde ihtiyaçlarını karşılayabilmesi için ihbar ve kıdem tazminatı ödemesine olan ihtiyacı tartışmasız olup, dolayısıyla işverenin ikaleyi imzalamadığı takdirde ihbar ve kıdem tazminatlarını ödemeyeceği tehdidinin, işçinin iradesini BK m.23-31 (TBK m. 30-39) hükümlerindeki şartlarda olmamakla birlikte olumsuz etkileyeceği, onu gerçek iradesine pek de uygun olmayan bir işleme sevk edeceği açıktır²¹.

bb) Yargının yavaş işlemesi

Diğer yandan İş Kanunu m.21 uyarınca işe iade ertesinde işçinin buna bağlı çalıştırılmayan süre ücreti ile iş güvencesi tazminatına ve bunlarla paralel ihbar ve kıdem tazminatlarına hak kazanması, süresinde işverene işe iade talebinde bulunmasına ve işverenin işe daveti üzerine de, işbaşı yapmasına bağlıdır. Geçerli nedene dayanmayan fesihten, başvurusu aşamasına

²⁰ Alp, s. 41-42.

²¹ Gerek, s. 49.

kadar geçen uzun sürede işçilerin yargılama sürecini beklemeleri, ücret gelinine olan ihtiyaçları karşısında hayatın olağan akışına uygun değildir. Bu nedenle uygulamada işe iade davası açan işçilerin hemen hemen tamamı, dava sırasında yeni iş bulup çalışmaya başlamakta, bu yeni işe almışlardır. Dolayısıyla işverence işe davet edilen işçiden, işten çıkarıldığı ve akabinde de dava dolayısıyla husumet yaşadığı eski işyerinde işbaşı yapmasını beklemek gerçekçi değildir.

b) İşçinin işe iade davasındaki gerçek amacının tespiti

Tespit etmeye çalıştığımız tüm bu riskleri dikkate alan işçiler, yasal tazminatlar dışında İş Kanunu m.21'deki ölçülerde olmamakla birlikte bir miktar ilave ödeme karşılığında işverenin ikale icabını kabul edebilmektedirler. İ kale şartları ve özellikle de yasal tazminatlara ilaveten yapılacak ödemenin düzeyi, işçinin pazarlık gücüne bağlı olduğundan ve diğer yandan işçi çok uzun bir süre devam edecek işe iade davasının sonunda hak kazanıp kazanamayacağı kesin olarak belli olmayan bir ödemeyi, eksik de olsa derhal elde ettiğinden, işçinin ikale karşılığı elde edeceği maddi kazanımın bir dereceye kadar İş Kanunu m.21'deki ölçülerin altında olması normal görülme-lidir²².

Bu tespitlerden hareket ile, ikalenin geçersizliği talepli işe iade davalarını, iki gruba ayırabiliriz. Bunlardan birincisi, örneğin işçinin ikalenin sonuçları hakkında bir bilgi sahibi olmaması ya da işverenin baskısı üzerine imzalamak zorunda kaldığı ikalenin geçersizliğini sağlamak için açtığı davalar. İkinci grupta ise, işçinin ikalenin sonuçlarını bildiği halde, işverence yapılacak ödemeyi derhal elde edebilmek için, bunu imzaladığı sırada işe iade davası açmayı planlayarak hareket ettiği olaylar. İlk gruptaki olaylarda işçilerin işe iade taleplerinin hukuki yönden yerindeliği tartışmasızsa da, ikinci gruptaki davalara dürüstlük kuralı ve çelişkili davranış yasağı uyarınca şüphe ile yaklaşılması gerektiği açıktır.

İşte bu noktada sorun, işçinin dava açmasının arkasındaki gerçek nedenin, amacın tespitidir²³. Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, aşağıda inceleneceği üzere bu sorunu işçinin eğitim durumuna ve işyerindeki görevi ile konumuna dayalı bir genellemeden hareket ile çözmeye çalışmıştır.

22 Taşkent, s. 4-5.

23 Süzek, s. 450.

III. Yargıtay 22. Hukuk Dairesinin Uygulaması

1. İkaledede irade fesadı denetimine farklı bakış ihtiyacı

İş sözleşmesi, bir Borçlar Hukuku sözleşmesi olmakla birlikte, bu alanda geçerli sözleşme özgürlüğü ilkesinin işçi - işveren ilişkisinde de uygulanması gerektiği söylenebilir. Ancak sözleşme özgürlüğü ilkesi, fiiliyatta bir şartla hayat bulur; o da, sözleşme taraflarının birbirine eş ya da yakın derecede bir pazarlık gücüne sahip olmalarıdır²⁴. Buna karşın işçi, işverene hem iktisadi hem de kişisel yönden bağımlıdır. İşçinin, işverenin emir ve talimatı altında iş görmesi ve çalışması karşılığı işverenden alacağı ücrete olan ihtiyacı, işveren ile olan ilişkisinde iradesine az ya da çok ket vurur²⁵. Örneğin İş Kanunu m.22'deki emredici usul kabul edilene kadar, işverenler fiiliyatta çalışma koşullarında esaslı değişikliği tek taraflı olarak yapabilmekteydi, çünkü işverence yapılan değişikliği kabul etmemek, iş sözleşmesinin işçi tarafından bildirimsiz feshi anlamına geliyordu. Bu durumda işçi kıdem tazminatına hak kazansa da, işçi açısından asıl olan tazminat değil, işini kaybetmemektir. İş Hukukunda sadece işçi lehine değiştirilebilen nispi emredici kuralların kabul edilmesi, belirtilen kaygıdandır; çünkü İş Hukuku, işçinin korunması hukukudur²⁶.

İşçi ile işveren arasındaki iş ilişkisini sona erdirme sözleşmesi olarak ikale açısından da, işveren karşısındaki zayıf konumu nedeniyle işçinin korunması gereklidir. Bu nedenle yukarıda incelendiği üzere, Yargıtay'ın ikalenin geçerliliğini Borçlar Hukukuna ilişkin genel irade fesadı denetiminden daha geniş ele alması, hiç kuşkusuz isabetlidir²⁷. Ancak yine yukarıda tespit edildiği üzere, uygulamada karşılığında yasal tazminatlara ilaveten, iş güvencesi tazminatına ilişkin bir ek ödemenin yapıldığı ve diğer yandan, irade fesadına ilişkin somut bir olgu ileri sürülmeksizin, işten ayrılması için baskı yapıldığı, yasal tazminatlarının ödenmeyeceği tehdidi ile imzalamak

24 Becker, Gunnar, Die unzulässige Einflussnahme des Arbeitsgebers auf die Entscheidungsfreiheit des Arbeitnehmers am Beispiel des arbeitsrechtlichen Aufhebungsvertrages, Berlin 2011, s. 117.

25 Çelik, Nuri, İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 22. Bası, İstanbul 2009, s. 17; Süzek, s. 16; Günay, s. 4-5.

26 Süzek, s. 15; Çelik, s. 18-19.

27 Süzek, s. 449; Alpagut, s. 43-44; Alp, s. 31-33; Sevimli, s. 92-93; Gerek, s. 47; Aydın, s. 7-8.

zorunda kaldığı veya ikalenin anlam ve sonuçlarını bilmediği gibi, çoğu Yargıtay kararlarından alındığı anlaşılan genel iddialarla, imzaladığı ikalenin geçersizliğini talep eden işçi sayısındaki artış ve bunun dışında öğretinin haklı eleştirileri²⁸, Yargıtay'ı konuyla ilgili yeni denetim ölçütü arayışına yöneltmiştir.

2. İkaledede irade fesadıyla ilgili yeni denetim ölçütü: İşçinin eğitim durumu ile işyerindeki konumu

Temmuz 2011 tarihinden bu yana işe iade davalarının temyiz incelemesini yapan Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, ikaleye ilişkin tespit edebildiğimiz dokuz kararında, esas olarak 9. Hukuk Dairesinin içtihadındaki, ikalenin tarafların serbest iradesine dayanması, başka deyişle işçinin iradesinin fesada uğratılmamış olması ve ikale icabının işverenden geldiği ihtimalde işçiye yasal tazminatlarına ilaveten ek bir menfaatin sağlanması (makul yarar) şartlarını aradığı ve buna göre bir denetim yaptığı görülmektedir²⁹.

Ancak 22. Hukuk Dairesinin kararlarında dikkati çeken bir husus, ikalede irade fesadı bulunmadığının ve dolayısıyla ikalenin geçerli ve bağlayıcı olduğunun teyidi amacıyla, işçinin eğitim durumuna ve işyerindeki görevine, konumuna sıklıkla vurgu yapılmış olmasıdır. Örneğin 27.09.2011 tarihli karara göre³⁰, “Davalı şirket tarafından 27.05.2009 tarihinde ikale amacıyla yapılan yazılı icap üzerine taraflar arasında aynı tarihli ikale protokolü düzenlenmiştir. Davacı satış kadrosunda bölge şefi olarak çalışmış eğitilmiş bir kişidir ve imzaladığı belgenin anlamını kavrayabilecek vasıflara sahiptir. Ayrıca iradesinin sakatlandığını da ispatlayamamıştır”. Benzer şekilde, “Davacının işyerinde idari ve mali işler müdürü olarak görev yaptığı nazara alındığında, imzaladığı belgelerin mahiyetini ve sonuçlarını takdir ve tahmin edebilecek durumda olduğu açıktır. Bu yön davacının görevini gereği gibi yapmadığına ilişkin işyeri yazışmaları ve belgelerle değerlendirildiğinde, iş sözleşmesinin anlaşma ile sona erdirilmesi yönünde taraf iradelerinin

28 Taşkent, s. 5-6.

29 Yarg.22.HD, 18.10.2011, E. 2011/1201, K. 2011/3034; 27.10.2011, E. 2011/1479, K. 2011/3525, yayınlanmamış kararlar.

30 Yarg.22.HD, 27.09.2011, E. 2011/875, K. 2011/1286. Benzer içerikte, Yarg.22.HD, 27.09.2011, E. 2011/876, K. 2011/1287 (yayınlanmamış kararlar).

birleştiğinin ve davacının iradesini sakatlayan bir durumun bulunmadığının kabulü ile ikaleye değer verilmesi gerekir”³¹.

Yargıtay 22. Hukuk Dairesinin incelediğimiz bağlamdaki kararları, yukarıda özetlenenlerle sınırlı değildir. Yerleşik düzenini başka bir ilde kurup devam ettireceğinden bahisle, tazminatları ödenmek suretiyle iş sözleşmesinin feshini talep eden bir işçinin açtığı işe davasında Yargıtay, “Davacı kimya mühendisi olup, eğitimi itibariyle imzaladığı belgelerin içeriğini ve hukuksal sonuçlarını tayin ve takdir edecek konumdadır. Dilekçesini verdiği tarihe kadar işveren tarafından hizmet sözleşmesinin feshedileceği yönünde baskı olduğunu gösterir somut bir delil mevcut değildir”³² gerekçesine dayanarak, işçinin talebi üzerine işverence ihbar ve kıdem tazminatı ödenmek suretiyle gerçekleştirilen feshi ikale olarak değerlendirmiştir.

İş sözleşmesinin ikale ile sona erdirilmesi talebinin işçiden geldiği Yargıtay kararına konu bir başka olayda, elektrik elektronik mühendisi davacı, ayrılma gerekçesi olarak özel nedenlerden söz ettiği 22.12.2009 tarihli dilekçesine ve işveren feshi ile ihbar ve kıdem tazminatına ilaveten yapılan ek ödeme üzerine imzaladığı 23.12.2009 tarihli ibranameye, yasal haklarını saklı tuttuğuna dair itirazı kayıt düşmüştür³³. Yerel mahkeme, talep dilekçesi ile ibranameye düşülen itirazı kaydı esas alarak işveren feshini kabul etmişse de, Yargıtay davacının elektrik elektronik mühendisi olduğunu vurguladıktan sonra, “...söz konusu belgelerdeki itirazı kayıt beyanı sözleşmenin sonlandırılmasına yönelik anlaşmadan kaynaklanan akçalı hakların korunmasına yönelik olup, anlaşmayı hükümden düşürecek nitelikte değildir. İtirazı kayıt beyanı dışında ikale sözleşmesinin geçerli olmadığı hakkında başkaca delil sunulmadığından...” gerekçesiyle ikaleyi geçerli kabul etmiştir³⁴.

Yargıtay, özetlediğimiz kararlarında, işçinin eğitim durumu ile işyerindeki konumundan başka, ayrıca ve açıkça somut bir irade fesadı halinin iddia ve ispat edilememesine, yine işçinin ikaleyi bir irade fesadı olmaksızın kabulünün hayatın olağan akışına uygun olduğu yönüne vurgu amacıyla, görevini gereğine uygun yapmaması gibi normalde işveren açısından iş sözleşmesini

31 Yarg.22.HD, 12.12.2011, E. 2011/4305, K. 2011/7213, yayınlanmamış karar.

32 Yarg.22.HD, 27.10.2011, E. 2011/1497, K. 2011/3525, yayınlanmamış karar.

33 Yarg.22.HD, 28.10.2011, E. 2011/1351, K. 2011/3574, yayınlanmamış karar.

34 Buna karşın Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, aksi yönde bir sonuca ulaşmıştı (bkz. dn. 17’de anılan karar).

feshe imkan veren nedenlerin varlığına³⁵ ya da ikale icabının işçiden gelmesine işaret etmektedir. Bundan, işçinin eğitim durumu ile işyerindeki konunun bağımsız bir denetim ölçütü olarak değil, aksi ispatlanabilen karine benzeri bir ölçüt olarak değerlendirdiği anlaşılmaktadır.

3. İşçinin aydınlatılması yükümlülüğü ile ilişkisi

Yüksek Mahkemenin, iş organizasyonunda hiyerarşik açıdan görece yüksek bir pozisyonda çalışan ve eğitim düzeyi itibariyle belli bir entelektüel düzeye sahip bir işçinin, imzaladığı ikalenin hakkında doğuracağı olumsuz hukuki sonuçları bilebileceği yorumu, Borçlar Kanunu anlamında somut bir irade fesadı halinin olmadığı ihtimalde, belirtilen nitelikleri haiz bir işçinin, işverenle eş ya da yakın derecede bir pazarlık gücüne sahip olduğu ve dolayısıyla gerçek iradesine uygun olmayan bir ikale icabına hayır diyebileceği kabulüne dayanmaktadır. Çünkü Yargıtay'ın ikale hakkında BK m.23-31 (TBK m.30-39) hükümlerindeki irade fesadı hallerine kıyasla daha geniş bir denetim yapmasının altında, işçinin işveren karşısındaki zayıf konumu gereği, bir irade fesadı olmasa dahi, yasalarda feshe bağlanan parasal sonuçların altında bir kazandırma karşılığı ikaleyi imzalamasının, gönülsüz rızasına dayanacağı gerçeği bulunmaktadır³⁶. Dolayısıyla işçinin işyerindeki pozisyonu ve eğitim düzeyi itibariyle yasal hakları konusunda bilinçli ve gerektiğinde yargı yolu ile haklarını arayabilecek bir entelektüel düzeyde olduğu durumda, ikalenin geçerliliği konusunda salt irade fesadı denetimi ile yetinilebilecektir.

Öğretide Alp³⁷, ikalenin geçerliliği denetiminde eğitilmiş ve üst pozisyonlarda çalışan işçiler açısından da bir koruma ihtiyacı bulunduğuna işaret ile bu konuda Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 17.04.2006 tarihli kararını örnek göstermiştir³⁸. Karara konu olayda, işyerinde finans müdürü olarak çalışan

35 Öğretide, işverenin iş sözleşmesinin haklı nedenlerin varlığı iddiası ile feshedileceği, gerçek olmayan bir suç isnat edeceği gibi baskılarla ikaleyi sağladığı durumda, işçinin özgür iradesinin varlığından söz edilemeyeceği bildirilmiştir (Süzek, s. 450; Ekonomi, s. 38; Alp, s. 36; Günay, s. 16).

36 Alp, s. 31.

37 Alp, s. 33.

38 “Mahkemece, savunmaya değer verilerek, davacının iş sözleşmesinin 30.06.2004 tarihli istifa dilekçesi ve 01.07.2004 tarihli sulh ve ibra sözleşmesine göre, karşılıklı anlaşma ile sonlandırıldığı, *finans müdürü olması karşısında iradesinin baskı altında olduğunun kabul edilemeyeceği*, irade fesadı ile ilgili belge ibraz etmediği, tanık delili bulunmadığı ge-

işçinin iş sözleşmesinin önce işveren tarafından feshedildiği ve akabinde de, ihbar ve kıdem tazminatı ödenmesi şartı olarak ileri tarihli bir ikalenin imzalatıldığı anlaşılmaktadır. Alp'in haklı görüşü ve somut Yargıtay kararındaki gibi olayların her zaman mümkün olduğu dikkate alındığında, Yargıtay 22. Dairesinin uygulamasının isabet derecesi hakkında soruş işaretleri doğmaktadır.

Yargıtay 22. Hukuk Dairesince, irade fesadı bulunmadığını gösteren ve aksi ispatlanabilen bir karine olarak değerlendirilen işçinin eğitim düzeyi ile işyerindeki konumu, öğretide, ikalenin geçerlilik şartlarından aydınlatma yükümlülüğünün kapsamında bir daralma, hafifleme gerekçesi olarak incelenmiştir³⁹. Buna göre, ikale icabının işverenden geldiği hallerde, işverenin işçide hukuki sonuçlara karşı korunduğu yönünde güven uyandırdığı ya da ikale sonucunda ortaya çıkması beklenmeyen sonuçlar söz konusu olduğunda, dürüstlük kuralı ile işverenin işçiyi gözetme borcu uyarınca, olası olumsuz sonuçlar hakkında işçinin bilgilendirilmesi gerekir. Ancak ikale icabının işçiden geldiği halde bir aydınlatma yükümünden söz edilemeyeceği gibi, ikale icabı işverenden gelmekle birlikte işçinin eğitim düzeyi veya işyerindeki konumu itibarıyla hiç ya da dar bir kapsamda aydınlatma, dürüstlük kuralı uyarınca yeterli görülebilecektir⁴⁰.

Yargıtay 22. Hukuk Dairesi ile öğretinin işçinin eğitim durumu ile işyerindeki konumuna bakış açıları ilk planda farklı yönlerden gibi gözükmese de, sonuçta her ikisinin de ortak paydası, işverenin aydınlatma yükümlülüğüdür.

rekçesi ile davanın reddine karar verilmiştir. Dosya içeriğine göre, işyerinde finansal kontrolör olarak görev yapan davacının, imza yetkisinin 04.06.2005 tarihinde noter kanalı ile gönderilen azilname ile elinden alındığı, aynı tarihte davacı adına kıdem ve ihbar tazminatlarının hesaplanarak davacının banka hesabına yatırıldığı anlaşılmaktadır. Davacı, kıdem ve ihbar tazminatlarına karşılık, 30.06.2004 tarihli ayrılma dilekçesi ve 01.07.2004 tarihli düzenlenen sulh anlaşmasının kendisine 04.06.2004 tarihi itibarı ile imzalatıldığını iddia etmiş ve davalı işveren ve mahkemece kabul edilen 30.06.2004 fesih tarihinden önce, 24.06.2004 tarihli noter kanalı ile gönderdiği ihtarnamede de açıkça belirtmiştir. Somut bu maddi olgular ve kayıtlar, davacının bu iddiasını doğrulamaktadır. Taraflar arasındaki iş sözleşmesinin 04.06.2004 tarihinde davalı işverence feshedildiği sabittir. Bu tarihten sonraki tarihleri kapsayan ve davacının kendi isteği ile iş sözleşmesinin feshini istediği ve tarafların anlaştığı şeklindeki dilekçe ve sulh anlaşması, işverenin bu fesih işlemine geçerlilik kazandırmaz" E. 2006/6103, K. 2006/9953, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası.

³⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Winter, Kathleen: Aufklärungspflichten beim Aufhebungsvertrag, Baden-Baden 2010, s. 20 vd.

⁴⁰ Alpagut, s. 48 vd; Ekonomi, s. 41 vd; Alp, s. 34; Sevimli, s. 94-95.

Çünkü Yargıtay, eğitim düzeyi ve işyerindeki konumu itibarıyla belirli bir entelektüel düzeye sahip işçinin, imzalayacağı ikalenin sonuçlarını bilebilecek durumda olduğunu öngörerek, somut bir irade fesadı hali dışında, ikalenin gerçek iradesine uygun olduğunu kabul etmektedir. Başka bir deyişle, Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, yukarıda özetlediğimiz içtihadında, öğretide aydınlatma yükümlülüğünün kapsamıyla ilgili vurgulanan istisnayı fiiliyatta uygulamış olmaktadır.

IV. İş İlişisinin Sona Ermesinde Sözleşme Özgürlüğü İlkesi

1. Sözleşme tarafları olarak işçi ile işveren arasındaki güç dengesi(zliği)

a) İşçinin korunması ilkesinin ikale hakkında da geçerli olması

İş sözleşmesinin ikale ile sona erdirilmesi için yapılan görüşmelerde, iş sözleşmesinin kuruluş aşamasında olduğu gibi, işçi ve işverenin karşılıklı menfaatleri çatışma halindedir. İktisadi yönden varlığını korumak isteyen işçinin iş sözleşmesinin devamında bir menfaati varken, işveren de, işletme özgürlüğünü mümkün olduğu ölçüde geniş kullanarak, kendi değer yargılarına göre işyeri için ekonomik yönden en rasyonel kararları almak ister. Dolayısıyla ikalede işçinin AY m.49'dan ve işverenin de, m.48'den doğan hakları çatışma halindedir⁴¹. İ kale, işçinin ücretinin ve feshe karşı korunması bakımından kendisine İş Hukuku mevzuatı ile tanınan haklardan bir nevi vazgeçmesi anlamına gelmektedir⁴². Salt sözleşme özgürlüğünden hareket edildiğinde, böyle bir vazgeçmenin sınırsız şekilde geçerli olduğu söylenebilecektir⁴³.

Yargıtay'ın "...bozma sözleşmesinin şekli, yapılması, kapsam ve geçerliliği Borçlar Kanunu hükümlerine göre saptanacaktır. Buna karşılık iş sözleşmesinin bozma sözleşmesi yoluyla sona erdirilmesi, İş Hukukunu yakından ilgilendirdiği için ikalenin yorumunda iş sözleşmesinin yorumunda olduğu gibi genel hükümler dışında İş Hukukunda işçi yararına yorum ilkesi

41 İşçi ve işverenin ikalede çatışan menfaatleri hakkında bkz. Alp, s. 29-30.

42 Becker, s. 118; Winter, s. 28-29.

43 Günay, s. 5, 6.

göz önünde bulundurulacaktır”⁴⁴ tespitine karşın, acaba sözleşme özerkliği uyarınca, BK m.23-31 (TBK m.30-39) kapsamında açık bir irade fesadının ispat edilemediği hallerde, işçinin imzaladığı ikalenin hukuki sonuçlarına katlanmak zorunda olduğu söylenebilir mi? Öğretide Alpagut⁴⁵, Alman Öğretisine atıf ile ikalenin yapılmasında tarafların kendi çıkarlarını bizzat kendilerinin koruması gerektiğine, kaybedebileceği haklar konusunda sorumluluğun esas itibariyle işçiye ait olduğuna işaret etmiştir. Böyle bir yaklaşım, sözleşme özerkliği ilkesinin iş sözleşmesinin kuruluşundan ve uygulanmasından farklı olarak, anlaşma ile sona erdirilmesinde bütünüyle geçerli olduğu anlamına gelmektedir.

İkale icabının işçiden geldiği hallerde yukarıdaki soruya rahatlıkla evet cevabı verileceği halde, işverenden gelen ikale icapları hakkında aynı şeyi söylemek güçtür. Çünkü böyle bir durumda, tüketici ya da kira hukukunda olduğu gibi, sözleşme görüşmelerinde gerçek iradesine uygun hareket edebilecek, karşı tarafın önerdiği ancak kendi menfaati açısından uygun görmediği şartlar hakkında hayır diyebilecek, aynı ya da benzer pazarlık gücüne sahip iki sözleşme tarafının varlığı kabul edilemez.

İş sözleşmesi şartlarıyla ilgili belirleyici unsur olarak işçinin ekonomik yönden işverene bağımlı olması, iş sözleşmesinin kurulmasında olduğu gibi, ikale ile sona erdirilmesinde de, sözleşme tarafları arasındaki güç dengesini bozan bir unsurdur⁴⁶. Sözleşmenin sona eriyor olması ve işçinin işvereni ikale icabını kabul etmek zorunda bulunmaması, onun işverenle eşdeğer bir pazarlık gücünde olduğunu göstermez. İş sözleşmesinin kurulması ya da ikale aşamasında işçi ile işveren arasındaki pazarlık gücü bakımından dengesizlik, salt işçinin bağımlılığıyla ilgili bir husus değildir, burada daha ziyade işçinin menfaatleri belirleyicidir. Çünkü iş sözleşmesinin hem kuruluş hem de sona ermesinde söz konusu olan, işçinin varlığının güvencesi olarak iktisadi geleceğidir⁴⁷. İkaleden önce işçinin ekonomik geleceği güvence altında olup, dolayısıyla ikale icabının işverenden geldiği durumlarda, ilke olarak hiçbir işçinin işini ikale ile kaybetmesinden bir menfaati olamaz. Aksini

44 Yarg.9.HD, 05.04.2010, E. 2008/18811, K. 2010/9254, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası.

45 Alpagut, s. 45-46.

46 Benzer yönde bkz. Winter, s.63; Aydın, s. 7.

47 Becker, s. 124; Winter, s. 64, 110.

söylemek, günümüz şartlarında yeni bir iş bulmanın zorluğu karşısında gerçekçi değildir. Dolayısıyla İş Hukuku mevzuatında açık bir sınırlandırma olmadığından bahisle, sözleşme özgürlüğü ilkesi çerçevesinde işveren ile işçinin diledikleri şartlarda ikale yapabilecekleri söylenemez.

b) Feshe karşı korumanın gerçek anlamda bir denge unsuru olmaması

Alman Hukukunda bazı yazarlar, Federal İş Mahkemesinin içtihadına atıf ile ikale görüşmesinde işçinin işverene karşı zayıf olduğundan söz edilemeyeceğini, işverenin icabına doğrudan hayır diyebileceği gibi, düşünmek için bir süre de talep edebileceğini, böyle bir durumda işverenin ya daha iyi şartlar sunmak ya da ikaleden vazgeçmek zorunda olduğunu, dolayısıyla ikalede ekonomik yönden güçlü tarafın işçi olduğunu ileri sürmüşlerdir⁴⁸. Bu yazarları böyle bir kabule sevk eden gerekçe, feshe karşı koruma hükümleridir. Ancak bu görüşe şüphe ile yaklaşılması gerekir.

Bir kere böyle bir yaklaşım, uygulamanın gerçeklerine uygun değildir. İşçinin korunmaya ihtiyacı olan ikale sözleşmeleri, istisnalar hariç icabın işverenden geldiği hallerde söz konusu olur. İşveren, ikale icabı ile birlikte, vereceği talimatlarla, görüşme zamanı ve şekli, bir düşünme süresi verip vermeme gibi noktalarda süreci şekillendirir. Bu talimatlar, yönetim hakkı kapsamında olmamak ve dolayısıyla işçi açısından hukuken bağlayıcı bulunmamakla birlikte, işverence günün herhangi bir saatinde işyeri personel bürosuna çağrılan ve belirsiz bir süre kimseyle konuşmaksızın bekletilen işçi, ne şekilde bir atmosferde geçeceği, bu konuda daha önceden hazırlanmış ve ilgili işçinin zayıf yönlerini bilen insan kaynakları personelinecek bir görüşmede, pazarlık eden değil, işverence dikte edilmeye çalışılan şartlara tepki gösteren taraf olacaktır⁴⁹. İşverenin yönetim hakkı ve dolayısıyla bu kapsamda vereceği talimatlar, işin görülmesi ve işçinin işyerindeki davranışlarıyla sınırlı ve dürüstlük kuralına uygun olması gerekmele birlikte (TBK m.399), iş ilişkisinin devamında yönetim hakkı uyarınca verilen talimatlarla ortaya çıkan hiyerarşik düzen, ikale görüşmelerinde işçi üzerinde

⁴⁸ Becker, s. 125 dn. 425-427 ve s. 129-130 dn. 450-452'de anılan yazarlar; Winter, s. 108-109.

⁴⁹ Thies, Christoph T., *Der Schutz des Arbeitnehmers bei Abschluss arbeitsrechtlicher Aufhebungsverträge*, Bielefeld 2007, s. 19, 27. Benzer yönde bkz. Gerek, s. 50.

hiç kuşkusuz etkili olacaktır⁵⁰. Ortaya konulmaya çalışıldığı gibi bir atmosferde geçen ikale görüşmesinde, işçinin hukuken haklı olmakla birlikte, fiiliyatta işverene kolayca hayır diyebilmesi hayatın olağan akışına uygun değildir.

Diğer yandan feshe karşı koruma hükümlerinin, ikale görüşmelerinde işçi açısından pazarlık gücünde bir denge sağlayacağı söylenemez. Alp tarafından haklı olarak vurgulandığı üzere, "... belirli dava olanaklarının sağlanmış olması, hukuka saygı kültürünün yerleşmediği ve yargının ağır işlediği ülkemizde işçinin bu haklarını maalesef olması gereken kesinlik, kolaylık ve çabukluk ile elde edebileceği anlamına da gelmemektedir"⁵¹. Diğer yandan İş Kanunu m.21'de öngörülen sistem gerçek anlamda bir iş güvencesi temin etmeyip, sadece ihbar ve kıdem tazminatına ilave bir parasal ödemeye hak kazandırdığından, ekonomik varlığının güvencesi olan işini kaybetme riski ile karşı karşıya kalan işçinin, içinde bulunduğu ruh hali itibarıyla ikale görüşmesinde işveren ile eşdeğer ya da yakın bir pazarlık gücüne sahip olduğu söylenemez. Çünkü iş güvencesi hükümlerinin, işini yüzde yüz güvence altına almadığını ve işten çıkarmaya karar veren bir işverenin ilave tazminat ile her halükarda bu amacına ulaşabileceğini bilen bir işçinin, adeta ekonomik geleceğinin pazarlık konusu olduğu ikale görüşmesinde, gerçek iradesine göre hareket etmesi, işverene kolayca hayır diyebilmesi güçtür⁵².

Buraya kadar tespit etmeye çalıştığımız, ikale sözleşmesinin tarafları olarak işçi ve işveren arasındaki yapısal eşitsizliğin, şartlarının belirlenmesinde işveren belirleyiciliğinin, Yargıtay 22. Hukuk Dairesinin içtihadındaki gibi, eğitim düzeyi ve/veya işyerindeki görevi, konumu itibarıyla yasal haklarının bilincinde olan işçiler açısından bulunmadığı söylenebilir mi?

2. İşçi ve işverenin bilgi düzeylerinin belirleyiciliği

a) Tarafların entelektüel düzeyi ile sözleşme özgürlüğü arasındaki ilişki

Tüketici, kira ya da iş hukukunda olduğu gibi, sözleşme taraflarından birinin, diğer tarafa sosyal ya da iktisadi yönden bir bağımlılığının bulunduğu

⁵⁰ Becker, s. 127.

⁵¹ Alp, s. 32. Benzer yönde Süzek, s. 450.

⁵² Becker, s. 131.

hallerde, her iki tarafın da sözleşme serbestisi ilkesine uygun bir eşit pazarlık gücüne sahip olduklarından söz edilemez. Bir tarafın baskın konumu nedeniyle, zayıf olan karşı tarafın menfaatlerinin yeteri düzeyde korunması, ancak dışarıdan mevzuatta sınırlandırıcı hükümler öngörülmesi ve/veya yargının müdahalesi ile mümkün olabilir. İşçi ile işveren ilişkisinin İş Hukuku mevzuatı ile işçi lehine nispi emredici kurallara sınırlandırılmasının altında, işçinin işverene iktisadi ve kişisel bağımlılığının sonucu, işveren ile eşit pazarlık gücüne sahip olmadığı gerçeği yatar.

Alman Öğretisinde sözleşme taraflarının entelektüel yönden benzer bilgi düzeyinde olmalarının, pazarlık güçleri arasındaki denge bakımından esaslı bir unsur olduğu ifade edilmiştir. Buna göre, sözleşme özgürlüğü çerçevesinde kişinin tabi olacağı şartları belirleyebilmesi, sahip olacağı iktisadi haklarla ilgili karşı tarafla fiilen bir pazarlık imkanının varlığından başka, her iki tarafın bilgi düzeyi bakımından benzer, başka deyişle tarafların sözleşmeyi imzaladıkları sırada bunun kendileri hakkındaki hukuki sonuçları hakkında bilinçli olmalarını gerektirir⁵³.

Örneğin bir tarafın, karşı tarafça ciddi bir çaba harcayarak elde edebileceği özel bir bilgiye sahip olması gibi, sözleşme taraflarının bilgi düzeyleri arasında bir dengesizliğin olduğu durumda, sözleşme özgürlüğü ile bağdaşmayan bir eşitsizlikten söz edilebilir. Diğer yandan, icapta bulunan tarafın, sözleşmenin imzalanması bakımından önemli olduğu halde, karşı tarafla paylaşmadığı, ona üzerinde düşünme fırsatı tanımadığı bilgilerin bulunması da, sözleşme özgürlüğünü önemli derecede sınırlandıracak, karşı tarafın öngöremediği şartları içeren bir sözleşme imzalaması sonucunu doğuracaktır⁵⁴.

Ancak bir tarafın entelektüel açıdan karşı tarafa göre zayıf olması, onun anlayışının kısıtlı olduğu değil, aksine icapta bulunan tarafın uzman hukukçuların yardımıyla uzun bir sürede hazırladığı öneriyi, kendisine düşünmek ve uzman kimselerin yardımını almasına fırsat tanınmaması nedeniyle bir anda tahlil edebilme fırsatının bulunmadığı anlamına gelir. Bu noktada icaba konu önerinin somut olay için hazırlanmış olması veya benzer durumlarda kul-

53 Fleischer, Holger, *Informationasymmetrie im Vertragsrecht*, München 2000, s. 296 vd. ve Grunsky, Wolfgang, *Vertragsfreiheit und Kräftegleichgewicht*, Berlin 1995, s. 13 (aktaran Becker, s. 144).

54 Becker, s. 145; Winter, s. 31-32.

lanmak üzere daha önceden hazırlanmış tip metin olması arasında bir fark yoktur.

b) İkalede işçinin entelektüel düzeyinin önemi

İkale sözleşmelerinde işçinin bilgi düzeyi açısından işverene göre zayıf olmasının, ikale şartlarının belirlenmesinde işçinin aleyhine bir eşitsizlik oluşturup oluşturmadığı, Alman Öğretisinde tartışılmıştır. Baskın görüş, orta ve yüksek öğrenim ile mesleki eğitimin oldukça önem kazandığı çağımızda, işçinin düşük bilgi düzeyinden kaynaklı zayıflığından söz edilmesine şüphe ile yaklaşılması gerektiği, feshe karşı koruma hükümleri nedeniyle düşük eğitilmiş işçilerin dahi somut ikale şartları hakkında bir pazarlık imkanına sahip olduğu şeklindedir⁵⁵. Ancak bu baskın görüşün, çalışma hayatının gerçeklerine ve hayatın olağan akışına uygun olmadığını, akademik bir genellemeden ibaret olduğunu düşünüyoruz.

Bir hukukçu, ikale hakkında mesleki eğitimine uygun şekilde, somut işlemin hukuki şartları ve sonuçlarını adım adım değerlendirmek suretiyle bir vargıya ulaşır. Önceden hukuk eğitimi almamış sıradan bir işçiden bu şekilde bir değerlendirmede bulunabilmesi, beklenemez. Ülkemiz de dahil batılı ülkelerde eğitim düzeyinin önemli derece yükseldiği herkesçe malumdur. Ancak bu durum, işçinin işverenle aynı entelektüel düzeyde görülmesi için yeterli değildir. Olayların büyük çoğunluğunda, işçi, yapacağı sözleşmenin risklerini kavrayabilmesini sağlayacak nitelikli bir mesleki eğitim almamıştır.

Olumlu ya da olumsuz bir karar vermek durumunda olan işçinin, yapacağı işlemin kendisi hakkında doğurabileceği hukuki sonuçları bilmediği, gözden uzak tutulamaz. Bu noktada Alpagut'un, "...eğitim ve sendikalaşma oranının düşük olduğu ülkemizde, çoğu kez iş güvencesi kavramını sözleşmenin feshinden sonra öğrenen bir işçi grubunun varlığı.." ⁵⁶ haklı tespitini hatırlatmak isteriz. Yine dava konusu yapılan bazı olaylardan, işverenin daha işe alma aşamasında işçiden boş kağıda imza aldığı, işçinin bunu vermekten kaçın(a)madığı, bilinen bir uygulama gerçeğidir.

Hukuk eğitimi almamış olması şartıyla, bir işçinin üniversite mezunu olması, tarafı olacağı ikalenin ya da başkaca bir hukuki işlemin sonuçlarını

⁵⁵ Becker, s. 146 dn. 541-545'de anılan yazarlar.

⁵⁶ Alpagut, s. 43.

bildiği anlamına gelmez. Şayet bu işçinin mesleki geçmişinde, ikale konusunda kendisi ya da yakınındaki birisi dolayısıyla bir tecrübesi olmamışsa, ikale icabının hukuki sonuçları itibariyle işveren feshinden farkını bilmesi beklenmemelidir. İşçi ikale icabının kendisinden geldiği hallerde öncesinde sonuçları hakkında bir araştırma yapıp bilgilenecekse de, icabın işverenden geldiği durumlar hakkında, ikalenin geçerlilik şartı olarak aydınlatma yükümlülüğünün gerekçesi olarak vurgulanan hususlara işaret etmek isteriz⁵⁷.

c) Farklı değerlendirmeyi gerektiren haller

İşçinin entelektüel düzeyiyle bağlantılı, işverene karşı zayıflığı konusunda ortaya koymaya çalıştığımız bu tablo, Yargıtay 22. Hukuk Dairesinin işçinin eğitim düzeyi ile işyerindeki konumuna yaptığı vurgunun bütünüyle hatalı olduğu anlamına gelmez. Alman Öğretisinde bir genellemenin sadece mesleki eğitim alan çocuk ve genç işçiler hakkında söz konusu olabileceği, bunun dışında ikale konusunda eğitim düzeyinin bir zayıflık olup olmadığına genel geçer evet ya da hayır cevabı verilemeyeceği, her somut olayın kendi şartları dikkate alınarak değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmiştir⁵⁸. Örneğin ikale metninde bunun işçi aleyhine hukuki sonuçlarına da ayrıntılı bir şekilde yer verildiği durumda, artık işçinin bilgi düzeyinin zayıflığından söz edilemez. Yine, ikale taslağının işçiye önceden verildiği ve düşünmesi, isterse uzman kimselere danışabilmesi için bir süre verildiği durumlarda da, bilgi düzeyi bakımından işçinin işverene eş düzeyde olduğu kabul edilmelidir⁵⁹. Bu iki örnekten hareketle, işverenin ikale icabından sonra inisiyatifin işçide olduğu hallerde, işçinin işverene karşı zayıf bir konumda olduğu iddiası reddedilmelidir. Çünkü böyle bir durumda, işçinin imzalayacağı belgenin sonuçları hakkında yeterince düşündüğü ve gerektiğinde uzman bir kimsece bilgilendirildiği varsayımına gidilebilir. Fiiliyatta işçinin basiretli davranmayarak bu imkanları kullanmamış olması, kendi sorumluluğundadır. İşçiye ikale taslağının işverence 08.01.2009 tarihinde verildiği, işçinin düşünmek için süre talebinin uygun görüldüğü ve akabinde 19.01.2009'da ikale sözleşmesinin imzalandığı bir olayda, Yargıtay 22. Hukuk Dairesinin, işçinin “yasal haklarını alabilmek ve maddi olarak sıkıntıya düşmemek için baskı

57 Alpagut, s. 48 vd; Ekonomi, s. 41 vd; Alp, s. 34; Süzek, s. 450; Sevimli, s. 94-95.

58 Becker, s. 148; Thies, s. 58.

59 Winter, s. 165-166.

altında imzaladığı” iddiasını ikalenin geçersizlik nedeni olarak değerlendirmemesi, belirtilen nedenlerle haklı görülmelidir⁶⁰.

Ancak ikale icabının işverenden geldiği her durumda, doğrudan bilgi düzeyi bakımından işverenin işçiye kıyasla üstün olduğu sonucu çıkarılamaz. İ kale konusunda işçinin genelde bir tecrübesinin bulunmamasına karşın, işveren açısından ise, rutin bir hukuki işlem olduğu, gibi bir genelleme de hatalıdır. İşçilerin genelde ikale tecrübesinin olmadığı tespitine katılmamak mümkün olmamakla birlikte, ikalenin her zaman bir hukuk birimi ya da dışarıdan hukukçu danışmaları bulunan büyük işletmelerde yapıldığı söylenebilir. Çoğunlukla işçi ile aynı ya da benzeri eğitim düzeyine sahip işverenlere ait işyerlerinde de, ikale yapılabilmektedir⁶¹.

d) İ kalede önceden işverence hazırlanmış bir tip metnin kullanılması

İşverenin ikale icabında, daha önceden alanında uzman iş hukukçularına hazırlattığı bir tip metni kullandığı ihtimalde, artık bilgi düzeyi bakımından işverenin işçiye kıyasla üstün olduğu, ikalenin tarafı olarak işçinin işverenle aynı pazarlık gücünde bulunmadığı tartışmasızdır. Fiiliyatta işçiye şartlarda bir değişiklik önerme şansı dahi tanımayan, bu şekilde standart metnin kullanıldığı bir uygulamada, işçi ile işveren arasında sözleşme özgürlüğüne uygun bir pazarlığın yürütülmesi beklenmemelidir. Çünkü ikale ile işçinin iktisadi geleceği düzenleme konusu yapılmaktadır.

İşverenin uzman bir kimseye hazırlattığı tip ikale sözleşmesinden amacı, işçiye karşı hukuki durumunu mümkün olduğu ölçüde güçlendirmektir. Tersinden söylemek gerekirse, işçi açısından olası güvencelerin mümkün olduğu ölçüde bertaraf edilmesi, tip sözleşmelerin amacıdır⁶². İşverenin kendi menfaatlerini temin eden genel işlem koşullarını içeren tip sözleşmeler, çoğu durumda işçi aleyhindeki sonuçları, bir okuyuşta ancak uzman bir hukukçu tarafından kavranabilir. Dolayısıyla bu tip metinleri imzalayan işçiler, imza anında bunun kendileri hakkında ortaya çıkarabileceği sonuçların farkında değildirler.

⁶⁰ Yarg.22.HD, 18.10.2011, E. 2011/1201, K. 2011/3034, yayınlanmamış karar.

⁶¹ Buna rağmen, Almanya’da 2001 yılında yapılan bir araştırmada, 1999-2000 yıllarında iş sözleşmesinin sona erme şekli olarak ikalenin, 1-19 işçisi bulunan işyerlerinde %8, 20-199 olan işyerlerinde %11 ve 200 ve üzeri işçisi bulunan işyerlerinde de %15 oranında olduğu tespit edilmiştir (Becker, s. 149 dn. 561).

⁶² Winter, s. 160.

Tüm bu nedenlerle önceden hazırlanmış tip ikale metinlerinin kullanılması, işverenler açısından önemli bir avantaj sağlar. Bunlar, iki tarafın sözleşme özgürlüğü çerçevesinde yürüttükleri bir pazarlığın ürünü olmayıp, işçiye sadece razı olmak ya da hiçbir yasal hakkı ödenmeksizin sözleşmesinin feshedileceği baskısıyla karşı karşıya bırakan, tek taraflı bir işveren düzenlemesidir. Dolayısıyla işverence işçinin tip ikale metnini imzalamaya zorlandığı, işçiye şartların belirlenmesinde bir etkide bulunma şansı tanımayan bu hallerde, artık sözleşme özgürlüğünden söz etmek mümkün değildir⁶³.

Tip ikale metinlerinin kullanılması, zaten ekonomik yönden işçi üzerinde belirleyici bir güce sahip olan işverenin konumunu, ikale icabı karşısında ne yönde hareket etmesinin lehine olacağı hakkında bir karar vermek zorunda olan işçiye karşı, bilgi düzeyi açısından da güçlendirmektedir. İşverenler böyle bir metni, alanında uzman bir hukukçuya hazırlattıklarından, bunların güncel mevzuat ve yüksek yargı uygulamasında aranan tüm şartlar, deyim yerindeyse işveren lehine olabilecek tüm açıklar dikkate alınarak hazırlandığını söylemek hatalı olmayacaktır. Buna karşın işçinin ikale icabı karşısında böyle nitelikli bir yardım alması, istisnadır. Çünkü işçiye çoğu zaman, önerilen şartlar hakkında bir değerlendirmede bulunabilmesi için fırsat tanınmamakta, yanında görüşünü alabileceği, güvenebileceği birisi hazır olmaksızın, derhal imzalamak zorunda bırakılmaktadır.

Normal bir işçinin, iş ilişkisinde ikale ya da diğer bir hukuki işlemle ilgili kendisini koruyucu bir düzenleme başarabilmek için gerekli teknik hukuk bilgisine sahip olması beklenemez⁶⁴. Özellikle ikale gibi, yasal bir düzenlemenin olmadığı, geçerlilik koşulları ile sonuçlarının teoriden ziyade uygulamada Yargıtay içtihatlarıyla şekillendiği ve dolayısıyla bir çok hukukçunun dahi sağlıklı bir şekilde takip edemediği bir konuda, alanında uzman hukukçulara hazırlattığı tip ikale metinlerini kullanan işverene karşı, işçinin haklarını tam olarak koruyabilmesi, hayatın olağan akışında mümkün gözükmemektedir.

Tip ikale metnini imzalamadığı takdirde sözleşmesinin hiçbir ödeme yapılmadan feshedileceği tehdidi ile karşı karşıya kalan işçi, hukuki yönden bilgi düzeyinin yetersizliği dışında, gelecekteki çalışma hayatı için işveren

⁶³ Winter, s. 162, 164.

⁶⁴ Becker, s. 150.

feshi ile işten çıkartılmış olma lekesinin tedirginliğindedir. Bu noktada işçinin içinde bulunduğu psikolojik durum gözden uzak tutulamaz. Manevi baskı altındaki bir işçinin, kendisine “dayatılan” tip ikale metnin tek tek hükümlerini değerlendirebilmesi beklenemez.

V. Her Somut Olayın Kendi Şartlarından Hareket İle Değerlendirilmesi

Ancak buraya kadar yaptığımız tüm saptamalar, Yargıtay 22. Hukuk Dairesinin işçinin eğitim düzeyi ile işyerindeki konumunu dikkate alan içtihadının bütünüyle hatalı olduğu anlamına da gelmez. Her somut olayın kendi şartları dikkate alınmak suretiyle, yukarıdaki açıklamaların tersinin geçerli olduğu haller de mümkündür. Örneğin ikale önerisinde bulunulan işçinin bir hukukçu olduğu durumda, onun hukuki açıdan kendi menfaatlerine uygun olmayan bir işlem yapabileceğini söylemek, BK m.23-31 (TBK m.30-39) anlamında somut bir irade fesadı ispat edilemediği takdirde, gerçekçi değildir. İşverence önerilen metnin bir tip ikale olması, bu durumu değiştirmez.

Bu şekilde bir istisnanın, salt hukukçu işçilerle sınırlı olmadığı açıktır. Bu noktada somut olaydaki işçinin nitelikleri ve iş tecrübesi itibarıyla kişisel bilgi ve yetkinlik düzeyi dikkate alınarak bir değerlendirme yapılmalıdır⁶⁵. Ancak Yargıtay 22. Hukuk Dairesinin yaklaşımında olduğu gibi, işçinin salt üniversite eğitimi almış olması, ikale görüşmeleriyle ilgili onun işverenle aynı entelektüel düzeyde olduğunu söyleyebilmek için yeterli değildir. Çünkü hukuk eğitimi dışında, bir yüksek öğretim kurumunda okumuş olmak, ilgili kişiye bir hukuki donanım kazandırmayacaktır.

Ancak tam tersine, kişinin ilk ya da orta düzeyde bir eğitime sahip olması, doğrudan bilgi düzeyi bakımından işverene göre zayıf olduğu anlamına gelmez. Örneğin lise mezunu olmakla birlikte uzun yıllar insan kaynakları biriminde çalışan ya da işyerinde sendika işyeri temsilcisi olarak görev yapan bir işçinin, işçilik haklarıyla ilgili bilinçli olması, hayatın olağan akışına uygundur. Dolayısıyla bu şekilde işyerindeki konumu, iş tecrübesi ve aldığı eğitim itibarıyla somut olaydaki işçinin, ikalenin hukuki sonuçlarıyla ilgili yeteri bilgiye sahip olduğunun, kendi haklarını koruyucu şartları bildiğinin kabul edilebildiği hallerde, işçinin ikale görüşmelerinde işverenle eş ya da yakın bir pazarlık gücüne sahip olduğu ve aksine durumlarda da, ikalenin

⁶⁵ Becker, s. 152; Thies, s. 56.

işçinin gerçek iradesine uygunluğuna şüphe ile yaklaşılması gerektiği söylenebilir. Bu konuda bir genelleme hatalı olup, hakim tarafından her somut olayın kendi şartlarından hareket ile denetlenmeli, takdir edilmelidir.

VI. Sonuç

Ortaya koymaya çalıştığımız bilgiler dikkate alındığında, yazının başlığındaki ikaleye ilişkin içtihadta bir yumuşama mı sorusuna verilecek cevap olumsuzdur. Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, ikalenin geçerliliği hakkında 9. Hukuk Dairesinin geliştirdiği BK m.23-31 (TBK m.30-39) anlamında açık bir irade fesadının bulunmaması yanında, ikale icabının işverenden geldiği hallerde işçinin bunun aleyhe sonuçları hakkında aydınlatılması ve yasal tazminatlara ilaveten, iş güvencesine ilişkin makul bir kazandırmada bulunması şartlarını, aynen uygulamaya devam etmektedir⁶⁶. Yüksek Mahkemenin, açık bir irade fesadının ispat edilememesi şartına bağlı olarak, işçinin eğitim durumu ya da işyerindeki görevi, konumu itibarıyla "...imzaladığı belgelerin mahiyetini ve sonuçlarını takdir ve tahmin edebilecek durumda olması(nı)", "iş sözleşmesinin anlaşma ile sona erdirilmesi yönünde taraf iradelerinin birleştiğinin ve (işçinin) iradesini sakatlayan bir durumun bulunmadığı"⁶⁷ kabulüne gerekçe yapması, uygulamada ikaleye ilişkin Yargıtay içtihadının kötüye kullanımının önlenmesi bakımından isabetlidir.

Yüksek Mahkemenin bu kabulünün teorik dayanağı, işçinin aydınlatılması yükümlülüğüyle ilgili olup, eğitim düzeyi ve işyerindeki konumu itibarıyla ikalenin hakkında yaratacağı olumsuz hukuki sonuçları bilebilecek durumda olan işçilerin, dürüstlük kuralına aykırı olarak, işten ayrılması için baskı yapıldığı, yasal tazminatlarının ödenmeyeceği tehdidi ile imzalamak zorunda kaldığı veya ikalenin anlam ve sonuçlarını bilmediği gibi, çoğu Yargıtay kararlarından alındığı anlaşılan genel iddialarla açtıkları davalar hakkında önemli bir set oluşturacaktır. Çünkü işçinin işveren ile benzer ya da yakın entelektüel düzeyde bulunması, ikalede işverene karşı gerçek iradesini geçerli kılabilmesi için önemli bir dengeleyici unsur oluşturur.

Konuyla ilgili uygulamada dikkat edilmesi gereken önemli nokta, bir genellemeye gidilmeyerek, her somut olayın kendi şartlarında değerlendirilme-

⁶⁶ Yargıtay 22. Hukuk Dairesinin ikaleye ilişkin görüşünü ortaya koyduğu, 27.10.2011 tarih ve E. 2011/1497, K. 2011/3525 sayılı yayınlanmamış kararı.

⁶⁷ Yarg.22.HD, 12.12.2011, E. 2011/4305, K. 2011/7213, yayınlanmamış karar.

si gerektiğidir. Salt üniversite mezunu bir mühendis olma, işçinin ikalenin sonuçlarını bildiğini göstermeyeceği gibi, aksine işçinin lise mezunu olması, bu konuda bilgisiz olduğu anlamına gelmez. İ kale hakkında mevzuatta açık bir sınırlandırma bulunmaması sebebiyle, bunun işverenler tarafından kötüye kullanılmasının önlenmesi için Yüksek Mahkeme tarafından geliştirilen ölçütler, diğer tarafta bunlardan ikale tarafı olan her işçinin yararlanılabileceği anlamına gelmez. Bu noktada 22. Hukuk Dairesinin geliştirdiği işçinin eğitim durumu ile işyerindeki konumu esas alan değerlendirme ölçütü, somut olayın şartları sıkı bir surette göz önünde bulundurularak uygulandığında, gerçekten isabetlidir.

Yine de, hukuk devletinin temel özelliklerinden hukuki belirliliği sağlamak için, ikale konusunu içtihatlarla bırakmak yerine, yasal bazı tedbirlere başvurulmasında isabet vardır. Örneğin Alman ve Türk Hukukunda ikale konusunda zengin bir içtihat bulunduğu halde, Avusturya Hukukunda ikale önemli bir hukuki tartışmanın konusu değildir. Hem Alman hem de Avusturya Hukukunda işçilerin yönetime katılması sistemleri vardır. Alman Hukukunda işveren sadece fesih öncesinde işyeri işçi temsilcisinin görüşüne başvurmak zorunda olduğu halde (§ 102/1 BetrVG), ikale açısından böyle bir yükümlülük bulunmamaktadır⁶⁸. Avusturya Hukuku'nda ise, işverenin ikale icabı üzerine işçi, işyeri işçi temsilcisine başvurmak için süre talep ettiğinde, talep tarihinden itibaren 2 gün geçmeden yapılacak ikalenin geçersiz olacağı öngörülmüştür. Bu kurala uyulmaksızın bir ikale yapıldığında, işçi bir gerekçe göstermeksizin bir haftalık sürede ikale ile bağlı olmadığını işverene bildirebileceği gibi, üç aylık sürede de, iş mahkemesinden geçersizliğinin tespitini talep hakkı vardır⁶⁹. Bu çerçevede Avusturya Öğretisi, ikalenin pratik bir yöntem olmakla birlikte, uygulamada kullanılan bir usul olmadığına vurgu yapılmaktadır⁷⁰. Herhalde bunun arkasında, işyeri işçi temsilcisinin yardımını alan işçinin, ikalede işverenle eşdeğer bir pazarlık gücüne sahip olması sonucu, işverenin iş güvencesi hükümlerine göre daha düşük bir maliyeti ortaya çıkaracak bir ikaleye ulaşamaması etkili olsa gerekir.

Dolayısıyla ikalenin en çok büyük işletmelerde başvuru bir usul oldu-

⁶⁸ Becker, s. 99-100; Aydın, s. 8.

⁶⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Reissner in ZellKomm, § 104a ArbVG, Rz. 4-11.

⁷⁰ Reissner in ZellKomm, § 20 AngG, Rz. 7-8.

ğu ve bu tarz yerlerde genelde sendikaların örgütlü olduğu dikkate alınarak, en azından işyeri sendika temsilcisinin bulunduğu yerlerde, ikale görüşmelerine işçi temsilcinin de katılmasının sağlanmasında isabet vardır. Temenni odur ki, 4473 sayılı Kanun ile değişik 1475 sayılı İş Kanunu m.24' de olduğu gibi, işçi temsilciliği kurumunun ülkemizde tüm işyerlerini kapsar biçimde yürürlüğe konulmasıdır.

KAYNAKÇA

Alp, Mustafa: İş Hukukunda İkalenin (Bozma Sözleşmesi) Geçerlilik Koşulları, Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Ocak-Mart 2008, S. 17, s. 27 vd.

Alpagut, Gülsevil: İş Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin Sözleşmesel Kayıtlar ve Sözleşmenin Tarafların Anlaşmasıyla Sona Ermesi (İkale), İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri, 11. Yıl Toplantısı, 8-9 Haziran 2007, İstanbul Barosu Yayın No. 113, İstanbul 2008, s. 19 vd.

Aydın, Ufuk: İş Sözleşmesinin Anlaşma İle Sona Erdirilmesi, Çimento İşveren, Mayıs 2004, s. 4 vd.

Becker, Gunnar: Die unzulässige Einflussnahme des Arbeitgebers auf die Entscheidungsfreiheit des Arbeitnehmers am Beispiel des arbeitsrechtlichen Aufhebungsvertrages, Berlin 2011.

Çelik, Nuri: İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 22. Bası, İstanbul 2009.

Ekonomi, Münir: İş Sözleşmesinin Sona Erdirilmesinde Tarafların Anlaşması, İbraname ile İş Güvencesi Davasından Feragat ve Sulh, Karar İncelemesi, Legal Yargı Kararları ve İncelemeleri Dergisi, 2006, S. 1, s. 29 vd.

Gerek, Hasan Nüvit: İş Sözleşmesinin İkale Sözleşmesi İle Sona Ermesi, Çalışma ve Toplum, 2011/4, S. 31, s. 43 vd.

Günay, Cevdet İlhan: İkale Sözleşmesi, Çimento İşveren, Eylül 2009, s. 4 vd.

Sevimli, K. Ahmet: İş Hukukunda İbra ve İkale Sözleşmelerinin Geçerlilik Koşulları Konusundaki Gelişmeler, Sicil, Haziran 2009, S. 14, s. 84 vd.

Süzek, Sarper: İş Hukuku, Yenilenmiş 4. Baskı, İstanbul 2008.

Taşkent, Savaş: İş Sözleşmesinin İkale Yolu İle Sona Erdirilmesi, Kamu-İş, C. 11, S. 4 / 2011, s. 1 vd.

Thies, Christoph T.: Der Schutz des Arbeitnehmers bei Abschluss arbeitsrechtlicher Aufhebungsverträge, Bielefeld 2007.

Winter, Kathleen: Aufklärungspflichten beim Aufhebungsvertrag, Baden-Baden 2010.

Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht: Neumayr, Matthias/Reissner, Gert-Peter (Hrsg.), 2. Auflage, Wien 2011.

SEÇİMLİK BORÇLARA İLİŞKİN TEMEL ÖZELLİKLER VE SEÇİMLİK BORÇLARIN İFASI

*Yrd. Doç. Dr. Mehmet ŞENGÜL**

I. GİRİŞ

Seçimlik borca ilişkin temel düzenleme 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK) 87. maddesinde yer almaktadır. “*Seçimlik borç*” kenar başlığını taşıyan söz konusu hüküm, “*Seçimlik borçlarda, hukuki ilişkiden ve işin özelliğinden aksi anlaşılmadıkça, edimlerden birinin seçimi borçluya aittir*” şeklindedir. Görüldüğü üzere, 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun (BK) 71. maddesinin metninde yapılan düzeltme ve sadeleştirme dışında TBK m. 87 hükmü herhangi bir değişiklik içermemektedir. Bu çerçevede ilk olarak “*Birden ziyade şeylere taalluk eden borç*” şeklindeki BK m. 71 hükmünün kenar başlığının, TBK m. 87’de “*Seçimlik borç*” olarak değiştirildiğini görüyoruz¹. Bunun yanında BK m. 71 hükmündeki “*Borç birden ziyade şeylerin yapılmasını veya verilmesini şamil olup da ...*” ibaresi TBK 87’de “*Seçimlik borçlarda...*”; “*işin mahiyetinden hilafı anlaşılmadıkça...*” ibaresi ise “*hukuki ilişkiden ve işin özelliğinden anlaşılmadıkça...*” şeklinde ifade edilmiştir².

818 sayılı BK’da olduğu gibi 6098 sayılı TBK da seçimlik borcu tek madde olarak düzenlemiştir. Kaynak İsviçre Borçlar Kanunu (OR) 72. mad-

* Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

¹ BK m. 71 hükmünün kaynak İsviçre Borçlar Kanunu (OR) 72. maddesinin karşılığını oluşturmasına rağmen kenar başlığının tercüme hatası sonucu “*Birden ziyade şeylere taalluk eden borçlar*” olarak çevrildiği; bu ifadenin borcun konusunun birden çok edimi içerdiği ve bunların hepsinin ifa edilmesinin gerekli olduğu gibi bir yanılgıya yol açabileceği yönünde eleştirilerin (bkz. SELİÇİ, Özer, Seçimlik Borçların İfasi, İÜHFİM, Cilt 34, S. 1-4, s. 375) dikkate alınarak BK m. 71 hükmünün karşılığını oluşturan TBK m. 87’deki kenar başlığının “*Seçimlik borç*” olarak değiştirilmesi yerinde olmuştur. Aynı yönde bkz. İŞINTAN, Pelin Çavuşoğlu, Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’na İlişkin Değerlendirmeler, İstanbul 2005, s. 59, 60.

² TBK m. 87 hükmünün bir yedek hukuk kuralı niteliğinde olduğu ve sözleşme ile aksinin kararlaştırılmasının mümkün olduğu, dolayısıyla “*hukuki ilişkiden aksi anlaşılmadıkça...*” ibaresinin madde metnine eklenmesinin gereksiz olduğu yönünde bkz. İŞINTAN, s. 60.

desinde de seçimlik borç tek madde olarak ele alınmıştır. Söz konusu düzenlemelerde birbirine paralel bir biçimde seçimlik borçta işin niteliğinden aksinin anlaşılmadığı veya sözleşme ile aksinin kararlaştırılmadığı durumlarda seçim hakkının borçluya ait olacağı ifade edilmektedir. Ancak, özellikle ekonomik gelişmelere ve ticari ilişkilere bağlı olarak günümüzde sıklıkla karşılaşılan³ seçimlik borç, ilerleyen bölümlerde de görüleceği üzere bünyesinde pek çok uyumsuzluğu barındırmaktadır. Gerek İsviçre, gerekse Türk hukukunda bu meselelerle ilgili olarak yoğun tartışmalar yaşanmasına ve çoğu sorun, seçimlik borcu birden fazla maddede ele alan diğer hukuk düzenleri çerçevesinde çözülmeye çalışılmasına rağmen 6098 sayılı TBK'da da önceki hükmün tekrar edilmiş olması önemli bir eksiklik olarak göze çapmaktadır.

Gerçekten, seçimlik borca örneğin Alman Medeni Kanunu (BGB) dört paragraf (§ 262-265), Fransız Medeni Kanunu altı madde (1189-1196) ayırmış olmasına rağmen İsviçre ve Türk hukuklarında tek madde olarak düzenlenmesi eleştiri konusu olmuş⁴; meselenin Türk hukukunda çözümlenmesi fırsatı ise seçimlik borcun 6098 sayılı TBK m. 87'de de aynı şekilde ele alınması ile kaçırılmıştır. Öyle görünüyor ki, seçimlik borcun tek madde olarak düzenlenmesi, ortaya çıkacak meselelere ilişkin önceki tartışmaları hala diri tutacak ve bunların çözümü hususunda da TBK'nın prensipleri ile uyumlu olduğu şüpheli görülen başka hukuk düzenlemelerinden hareketle sonuç çıkarma yoluna gidilmeye devam edilecektir⁵.

³ **PALANDT**, Otto/**HEINRICH**S Helmut, Bürgerliches Gesetzbuch, Kurzkommentar, München 2000, §262, N. 4; **ERLER**, Joachim, Wahlschuld mit Wahlrecht des Gläubigers und Schuld mit Ersetzungsbefugnis des Gläubigers, Mainz 1964, s. 9 vd.

⁴ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **WEBER**, Rolf H., Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Band VI, 1. Abteilung, Allgemeine Bestimmungen, 4. Teilband, Art. 68-96, Bern 2005, Art. 72, N. 6; **SELİÇİ**, s. 375.

⁵ 818 sayılı BK döneminde seçimlik borcun yine tek maddede (m. 71) düzenlenmesine ve yabancı kanun hükümlerinden hareketle bir sonuca varmanın sakıncalı sonuçlar doğurabileceğine yönelik eleştiriler için bkz. **SELİÇİ**, s. 375.

II. GENEL OLARAK SEÇİMLİK BORÇLAR

A. Seçimlik Borç Kavramı

Seçimlik borcu düzenleyen TBK m. 87 hükmü bu konuda herhangi bir tanım getirmemektedir. Sadece bu nitelikteki bir borç ilişkisinde ifanın ne şekilde olacağı belirtilmektedir. Söz konusu düzenlemeden hareketle ve öğretide yapılan tanım uyarınca seçimlik borcun (Wahlobligation, Wahlschuld, Alternativobligation), birden çok edimin borcun konusunu teşkil ettiği ve bunlardan sadece birisinin ifasının gerekli olduğu hallerde söz konusu olacağını ifade etmek mümkündür⁶. Görüldüğü üzere seçimlik borçta en az iki edim borcun konusunu teşkil etmekte ve borçlunun, alacaklının ya da bunlar dışında üçüncü bir kimsenin iradesine bağlı olarak bu edimler içinden birinin seçilmesiyle borcun ifası söz konusu olmaktadır⁷. Örneğin belirli bir satım parası karşılığında S'nin A'ya dilerse cep telefonunu dilerse saatini vermeyi borçlandığı satım sözleşmesinde borcun konusu birden fazla olduğu için seçimlik borç ilişkisi bulunmaktadır. Aksi kararlaştırılmamışsa ya da işin niteliği aksini gerektirmedikçe TBK m. 87 uyarınca satıcı S dilerse cep telefonunu dilerse saatini vererek borcundan kurtulabilecektir.

B. Hukuki Niteliği

Seçimlik borcun niteliği hususunda öğretide önceleri şarta bağlı borç kavramı çerçevesinde bir niteleme yapıldığını görüyoruz. Bozucu askı teorisi

⁶ **BECKER**, HERMANN, Berner Kommentar, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-183, Bern 1941, Art. 72, N. 1; **WEBER**, Art. 72, N. 9; **GAUCH**, Peter/**SCHMID**, Jörg/**SCHRANER**, Marius, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch Obligationenrecht, Teilband VIe, Die Erfüllung der Obligationen Art 68-96 OR, Freiburg 2000, Art. 72, N. 3; **SAYMEN**, Ferit H./**ELBİR**, Halid K., Türk Borçlar Hukuku I, Umumi Hükümler, İkinci Cilt, İstanbul 1958, s. 604; **TUNÇOMAĞ**, Kenan, Borçlar Hukuku, 1. Cilt Genel Hükümler, İstanbul 1969, s. 50; **EREN**, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2011, s. 923; **OĞUZMAN**, Kemal/**ÖZ**, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I, İstanbul 2011, s. 301; **TEKİNAY**, S. Sulhi/**AKMAN**, Sermet/**BURCUOĞLU**, Haluk/**ALTOP**, Atila, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1993, s.811; **SEROZAN**, Rona, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Üçüncü Cilt, İfa - İfa Engelleri - Haksız Zenginleşme, İstanbul 2004, s. 74; **NOMER**, Haluk N., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2012, s. 206.

⁷ **OSER**, Hugo/**SCHÖNENBERGER**, Wilhelm, Zürcher Kommentar, Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Art. 1-183 OR, Zürich 1929, Art. 72, N. 1; **WEBER**, Art. 72, N. 11; **GAUCH/SCHMID/SCHRANER**, Art. 72, N. 3; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 811; **SEROZAN**, s. 74; **SELİÇİ**, s. 376.

(resolutiven Pendenztheorie) taraftarları seçimlik borçta başlangıçtan itibaren tüm edimlerin borçlanıldığını, ancak borcun seçim hakkı kullanıldıktan sonra içeriksel olarak sınırlandırıldığı görüşünü savunmuşlar; buna karşılık geciktirici askı teorisini (suspensiven Pendenztheorie) savunanlar ise seçimlik borcun söz konusu olduğu hallerde borcun baştan itibaren içi boş bir edimi içerdiği, ancak seçim hakkının kullanılmasıyla ilk defa borcun somut olarak ortaya çıktığını ileri sürmüşlerdir⁸.

Ancak bugün için her iki görüş de ikna edici bulunmamaktadır. Zira seçimlik borçta sadece baştan itibaren birden fazla alternatif şeye ilişkin seçme hakkı söz konusudur. Bu çerçevede başlangıçta birden fazla olan, ancak asıl ifası gereken bakımından belirsiz olan edim, seçim hakkının kullanılmasıyla belirgin hale getirilmekte ve seçilen şey borcun tek edimi olarak ortaya çıkarılmaktadır⁹. Diğer bir anlatımla seçimlik borçta edim nisbi olarak belirsiz olmakla birlikte seçim hakkı tarafların bağlanma iradelerine dayanan bir sonuçtur. Dolayısıyla seçimlik borçta alacaklı için alternatif içeriğe sahip edimlerden sadece birinin ifasını talep hakkı bulunmaktadır ve her bir edim ifa edilme sonucu borcu sona erdirmeye sahiptir¹⁰.

C. Seçimlik Borcun Meydana Gelmesi

Seçimlik borç ilişkisi genellikle sözleşmeye dayanmaktadır. Özellikle, tarafların henüz sözleşmenin yapıldığı sırada belirleyemedikleri ya da tahmin edemedikleri veya tereddüt ettikleri menfaatlerinin ilerideki bir takım maddi, hukuki ya da fiili olgulara göre somutlaştırılmasının arzu edildiği hallerde seçimlik borcun kararlaştırıldığı görülmektedir¹¹. Örneğin maliki

⁸ GAUCH/SCHMID/SCHRANER, Art. 72, N. 4-5; Görüşleri savunan yazarlar ve değerlendirmeler için ayrıca bkz. ERLER, s. 15; SAYMEN/ELBİR, s. 604.

⁹ OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 72, N. 1; WEBER, Art. 72, N. 9; GAUCH/SCHMID/SCHRANER, Art. 72, N. 6; SAYMEN/ELBİR, s. 604. Seçimlik borcun aynı anda borçlanıldığı edim çeşidinde (örneğin bir taşınmazın veya taşınırın) seçim hakkının ne yönde kullanılacağına ilişkin irade açıklaması anına kadar sadece asıl borcun hangi edim olduğu belirsiz olmadığı, aynı zamanda çıkacak uyumsuzluklar bakımından yargılama yeri ve cebir icra çeşidinin de belirsiz olduğu yönünde bkz. GAUCH/SCHMID/SCHRANER, Art. 72, N. 17.

¹⁰ OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 72, N. 1; GAUCH/SCHMID/SCHRANER, Art. 72, N. 6; PALANDT/HEINRICH, §262, N. 1; ERLER, s. 19; SELİÇİ, s. 376, 377; EREN, s. 923.

¹¹ GAUCH/SCHMID/SCHRANER, Art. 72, N. 16; ERLER, s. 23; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 812; SELİÇİ, s. 377.

olduğu iki adet yarış atından birini satmak isteyen S ve bu atlardan birini almak isteyen A arasında yapılan sözleşmede, seçim hakkı kendisine bırakılan tarafın farklı düşünce, beklenti ya da amacına göre seçimlik borç ilişkisi meydana getirilebilecektir¹². Belirtelim ki seçimlik borç, sözleşmenin yapıldığı sırada asıl borç konusunun hangisini teşkil ettiği henüz belirlenmemiş iki ya da daha fazla edimi içeren bir borç ilişkisidir. Dolayısıyla, edimin içeriği belirlenemez nitelikte olmamalıdır. Taraflar sözleşmenin meydana gelmesi anına kadar seçimlik borca konu edimleri belirlemelidir. Ancak, seçimlik borçta ifaya ilişkin taşıma çeşidi, teslim yeri, teslim zamanı veya ödeme biçimi gibi bazı hususların belirsiz bırakılması mümkündür¹³.

Seçimlik borç ilişkisinin mutlaka sözleşme ile meydana gelmesi zorunlu değildir. Bu çerçevede seçimlik borç, bir ölüme bağlı tasarrufa, mahkeme kararına ya da kanuni düzenlemeye de dayanabilir¹⁴. Gerçekten, vasiyetname ile lehine mal vasiyet edilen kimseye ya da vasiyet borçlusuna iki veya daha fazla şey arasında seçim hakkının tanındığı hallerde seçimlik borç meydana gelir¹⁵. Bunun gibi, haksız fiil sonucu oluşan zararlarda hakim tazminatın irat şeklinde ya da tamamının bir defada ödenmesine hükmedebileceğinden söz eden TBK m. 51 hükmü çerçevesinde seçimlik borcun hakim kararıyla meydana gelmesi mümkündür¹⁶. Aynı şekilde seçimlik borç doğrudan Kanun'dan da doğabilmektedir. Örneğin, komisyoncuya bizzat malın alıcısı veya satıcısı olma imkanı veren TBK m. 543 (OR Art. 436) hükmünde seçimlik borç söz konusudur¹⁷.

¹² Aynı şekilde, borcun farklı para birimleriyle ödenmesi koşulunu içeren sözleşmelerde, ortaklar arasındaki tasfiyenin o şeyin satılmasına, ihale edilmesine veya nitelik değiştirilmesine ilişkin anlaşmalarda, farklı rotayı veya yeri seçme hakkının söz konusu olduğu toplu taşıma araçları için alınan biletlerde, birden fazla tiyatro gösterisini izleme imkanı veren tiyatro bilet ya da abonmanlığında sözleşme ile seçimlik borç ilişkisi meydana gelmektedir. Bu yönde verilen örnekler için ayrıca bkz. **GAUCH/SCHMID/SCHRANER**, Art. 72, N. 8; **WEBER**, Art. 72, N. 17; **MEDICUS**, Dieter, Schuldrecht I, Allgemeiner Teil, München 2005, §19, N. 185.

¹³ **OSER/SCHÖNENBERGER**, Art. 72, N. 1; **WEBER**, Art. 72, N. 9, 10.

¹⁴ **WEBER**, Art. 72, N. 13; **GAUCH/SCHMID/SCHRANER**, Art. 72, N. 18.

¹⁵ **GAUCH/SCHMID/SCHRANER**, Art. 72, N. 8.

¹⁶ Ayrıca krş. **WEBER**, Art. 72, N. 13.

¹⁷ **WEBER**, Art. 72, N. 17; **GAUCH/SCHMID/SCHRANER**, Art. 72, N. 8.

D. Seçimlik Borcun Konusu

TBK m. 87 çerçevesinde borç ilişkisinin seçimlik borç olarak nitelendirilebilmesi için en az iki edimin borçlanılmış olması zorunludur. Ancak Kanun seçimlik borca konu edimlerin niteliğine ilişkin herhangi bir sınırlama getirmemektedir. Dolayısıyla seçimlik borç farklı nitelik ve vasıfta edimleri içerebilir. Bu çerçevede edimlerden bir ya da bir kaçını verme, yapma ya da yapmama edimlerinden oluşabilir. Bir işin görülmesi ya da bölünebilen ya da bölünemeyen bir malın verilmesi veya rekabet etmeme gibi yapmama edimlerini içeren seçimlik borç ilişkileri meydana getirilebilir¹⁸. Örneğin, borçlu ya bir miktar paranın ödenmesini ya da belirli bir malın teslimini veya bir hizmet ediminde bulunmayı seçimlik borç ilişkisi çerçevesinde yüklenmiş olabilir. Belirtelim ki, seçimlik borca konu edimlerin eşit değerinde olması gibi bir zorunluluk bulunmamaktadır¹⁹.

Seçimlik borç verme edimlerinden oluşmakta ise, bunların aynı vasıf ve özellikte olmaları zorunlu değildir. Birlikte borçlanılan seçimlik borca ilişkin edimler somut ve ferdan belirlenmiş parça ya da çeşit borcunu içerebilir²⁰. Seçimlik borca konu edimlerin tamamı parça borcuna veya tamamı çeşit borcuna ilişkin olabileceği gibi hem parça hem de çeşit borcunun kararlaştır-

¹⁸ von **TUHR**, Andreas/**PETER** Hans, Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts, Band I, Zürich 1979, s. 78; **OSER/SCHÖNENEBERGER**, Art. 72 N. 2; **WEBER**, Art. 72, N. 11; **EREN**, s. 924. Seçimlik borçlarda borcun konusu en az iki veya daha fazla edimi içerdiğinden edimin niteliğine, yani verme, yapma veya yapmama edimi olmasına göre, doğrudan ifanın konusu üzerinde etki edeceği gibi, dolaylı olarak ifa yeri, zamanı, ifanın şekli veya mahsup gibi ifa biçimleriyle de ilintilidir. Bu konuda ayrıca bkz. **GAUCH/SCHMID/SCHRANER**, Art. 72, N. 7.

¹⁹ **WEBER**, Art. 72, N. 11; **GAUCH/SCHMID/SCHRANER**, Art. 72, N. 3; **EREN**, s. 924.

²⁰ von **TUHR/PETER**, s. 78; **GAUCH/SCHMID/SCHRANER**, Art. 72, N. 16; **SELİÇİ**, s. 378. Aynı yüzölçümü veya değerdeki taşınmazları içeren seçim hakkında seçimlik borcun söz konusu olabileceği yönünde bkz. BGE 95 II 311 (**WEBER**, Art. 72, N. 12). Federal mahkemenin bu yönde verdiği kararların Türk hukukundaki tapu uygulaması bakımından mümkün olmadığı, sadece noterlerce düzenlenecek taşınmaz satış vaadinin böyle bir imkan sağlayabileceği yönünde bkz. **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 813. Buna karşılık, konut satım sözleşmesi çerçevesinde otomobil park yerinin belirlenmesi hakkının bir seçimlik borca konu olabileceği yönündeki Federal mahkeme kararı (BGE 118 II 35 (**WEBER**, Art. 72, N. 17))Türk hukuku bakımından da uygulanabilir niteliktedir.

rılması da mümkündür²¹. Benzer şekilde borcun belirli bir çeşitle sınırlı olmak üzere niteliğinin belirlenerek satıcıya bildirilme hakkının alıcıya verildiği hallerde de seçimlik borç ilişkisi bulunmaktadır²². Bununla birlikte, şayet seçimlik borca konu edimler çeşit borcu ise, edimlerin dahil olduğu çeşitlerden her birinin diğerlerinden kendine özgü farklı nitelikleriyle ayırt edilmesi gerekmektedir²³.

Öte yandan TBK m. 87 hükmü ve aynı şekilde OR Art. 72, “edim” (Leistung) kavramından söz etmiş ve seçimlik borcun edim bakımından nisbi olarak belirsiz olmasına sonuç bağlamıştır. Öğretide bazı yazarlar, söz konusu düzenlemenin sadece ifa vasıtasına atıf yaptığı, dolayısıyla “edim” kavramının dar yorumlanarak seçimlik borcun sadece ifa konusundaki belirsizlik hallerinde söz konusu olabileceği görüşündedirler. Bu nedenle, ifa yeri, ifa zamanı veya ifa biçimine ilişkin diğer hususların belirsiz bırakılarak, bunları belirleme yetkisinin taraflardan birine verilmesinin seçimlik borç meydana getirmeyeceği, söz konusu hallerde ifa yeri veya zamanı gibi hususlarda bir seçim hakkını içeren basit bir borç ilişkisinin bulunduğunu ileri sürmektedirler²⁴.

Buna karşılık bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre ise, seçimlik borçta edimlerdeki farklılık edimin bizzat konusunda ya da yerine getirilme biçiminde olabilir²⁵. Gerçekten, taraflar edimin içeriğinde seçimlik borç ilişkisi meydana getirebileceği gibi, ifa yeri, ifa zamanı ya da ifa biçimi gibi diğer hususları belirsiz bırakmak suretiyle de böyle bir borç ilişkisi oluşturabilirler. Örneğin satım konusu malın İstanbul veya İzmir’de teslimine ya da 1 Ekim veya 1 Kasım’da teslim edilmesine ilişkin sözleşmelerde durum bu şekildedir. Belirtelim ki, ifade ettiğimiz sonuca TBK 87 hükmünün geniş

21 **von TUHR/PETER**, s. 78; **OSER/SCHÖNENEGER**, Art. 72 N. 4; **WEBER**, Art. 72, N. 11. Seçimlik borç ve çeşit borcunun aynı anda söz konusu olduğu hukuki ilişkide esasen, alacaklı çeşidi belirleme yetkisine sahipken, borçlu da TBK m. 87 hükmüne göre ifanın konusunu belirlenen çeşitle sınırlı olmak üzere ve TBK m. 86 hükmündeki şartlar çerçevesinde seçim hakkına sahip olmaktadır. Bu konuda ayrıca bkz. **GAUCH/SCHMID/SCHRANER**, Art. 72, N. 16.

22 **EREN**, s. 924.

23 **SELİÇİ**, s. 378.

24 **SELİÇİ**, s. 377, 378; **ERLER**, s. 27.

25 **OSER/SCHÖNENEGER**, Art. 72 N. 4; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 812; **EREN**, s. 924.

yorumuyla ulaşılabilecektir. Zira söz konusu düzenleme “edim”den söz etmekle birlikte, bunun mutlaka asli edim yükümlülüğü şeklinde anlaşılması gerektiğine ilişkin bir ifade içermemektedir. Aksine, asli edim yükümlülüğünün tek olduğu, buna karşılık yan yükümlerin birden fazla seçim hakkına dayalı olarak kararlaştırıldığı hallerde de seçimlik borçtan söz etmek gerekecek, dolayısıyla yine TBK m. 87 hükmü uygulama alanı bulacaktır²⁶. Örneğin satım konusu malın, 1 Ekim veya 1 Kasım’da teslim edilmesinin kararlaştırıldığı bir sözleşmede seçimlik borç söz konusudur ve aksi belirtilmedikçe veya hal ve şartlardan aksi anlaşılmadıkça TBK 87 uyarınca bu tarihten birini seçerek ifade bulunma hakkı borçluya ait olacaktır.

E. Seçimlik Borcun Benzer Borçlarla Karşılaştırılması

1. Çeşit Borcu – Seçimlik Borç

Çeşit (cins-nevi) borcu (Gattungsschuld) TBK m. 86 hükmünde ele alınmış ve hukuki ilişkiden ve işin özelliğinden aksi anlaşılmadıkça, edimin seçiminin borçluya ait olduğu, fakat borçlunun ortalama nitelikten daha düşük bir edimi seçemeyeceği düzenleme konusu yapılmıştır. Görüldüğü üzere, söz konusu hüküm çeşit borcuna ilişkin herhangi bir tanım içermemektedir. Öğretide yapılan tanım uyarınca çeşit borcu, borcun konusunun ferdi olarak ve somut bir biçimde belirlenmediği, aksine sadece çeşidiyle belirtilmek suretiyle miktar olarak tespit edildiği ve borcun ancak söz konusu çeşide dahil şeylerden kararlaştırılan miktarda olmak üzere herhangi bir şeyle ifasının mümkün olduğu hallere özgü bir borç niteliğindedir²⁷.

TBK m. 86 hükmü ve öğretide yapılan tanımdan yola çıkıldığında çeşit borcunun özellikle borcun içeriğinin belirsiz olması ve aksi hukuki ilişkiden veya işin özelliğinden anlaşılmadıkça seçim hakkının borçluya ait bulunması

²⁶ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 812; EREN, s. 924. Belirtelim ki, asli edim yükümlülüğünün tek olduğu, buna karşılık yan edimlerin birden fazla kararlaştırıldığı hallerde seçimlik borçtan söz etmek mümkün ise de, sözleşmesel ilişkide somut bir belirleme olmaksızın taraflardan biri borcun ne şekilde ifa edileceği hususunda tamamen serbest bırakılmışsa (mesela taşıyıcı dilediği yol veya vasıta ile şeyi taşıyabilecekse) seçimlik borçtan söz edilemez. Aynı yönde bkz. GAUCH/SCHMID/SCHRANER, Art. 72, N. 9; Ayrıca krş. WEBER, Art. 72, N. 10.

²⁷ WEBER, Art. 71, N. 13; GAUCH/SCHMID/SCHRANER, Art. 71, N. 12; OĞUZMAN/ÖZ, s. 299; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 12; EREN, s. 918.

gibi hususlarda seçimlik borç ile benzerlik taşıdığı görülecektir²⁸. Ancak çeşit borcu ile seçimlik borç birbirinden ayrı kavramlardır. Her şeyden önce hem çeşit hem seçimlik borçta borcun içeriği her ne kadar belirsiz ise de, çeşit borcunda sadece belirli bir çeşit içerisinde bir belirsizlikten söz edilebilir. Halbuki seçimlik borçta genel nitelikte herhangi bir şey değil, birden çok belirli şeyden birinin borçlanması mümkündür²⁹. Örneğin satım konusu vazonun veya tablonun teslimine ilişkin seçimlik borçta durum bu şekildedir. Bu çerçevede seçimlik borçta ferden muayyen bir şey (parça borcu) ya da çeşidiyle belirlenmiş bir şey (çeşit borcu) borcun konusunu oluşturabilirken, çeşit borcunda sadece belirli bir çeşit (cins, nevi) borcun konusunu teşkil eder ve belirlenen çeşitten olmak koşuluyla borç herhangi bir şeyle ifa edilebilir³⁰.

Öte yandan her iki borç ilişkisi seçim hakkı sahibinin menfaat durumu bakımından da farklılık gösterir. Zira seçimlik borçta, borçlunun ya da alacaklının sözleşmenin doğumu sırasında henüz belirsiz olan ve ileride seçim hakkının kullanılacağı zamanda somutlaşacak menfaatlerin dikkate alınması söz konusudur³¹. Örneğin, seçimlik borç ilişkisinin söz konusu olduğu bir sözleşmede alıcı A'nın X malına veya Y malına ilişkin seçim hakkını ileride kullanacak olması, sözleşmenin yapıldığı sırada henüz belirsiz olan menfaatinin ilerideki bazı olay ya da olgulara göre somutlaşması anlamına gelmektedir. Oysa çeşit borcunda, sözleşmenin yapıldığı sırada o çeşitle sınırlı olarak alacaklının zaten belirli olan bir menfaati bulunmaktadır. Dolayısıyla çeşit borcunda alacaklının sözleşmenin yapıldığı sırada var olan menfaatinin aynı çeşitten ve belirlenen ya da belirleme yoksa orta kalitede bir şeyle karşılanması söz konusudur³².

Çeşit borçlarında borçlu, edim konusu şeyi bazen belirli bir stoktan veya belirli bir yerdeki şeyden vermeyi borçlanmış olabilir. Bu türdeki çeşit borç-

28 GAUCH/SCHMID/SCHRANER, Art. 72, N. 22; SELİÇİ, s. 373; EREN, s. 924.

29 von TUHR/PETER, s. 78; WEBER, Art. 71, N. 28; GAUCH/SCHMID/SCHRANER, Art. 72, N. 20; PALANDT/HEINRICH, §262, N. 5; EREN, s. 924; SEROZAN, s. 75.

30 WEBER, Art. 72, N. 23; GAUCH/SCHMID/SCHRANER, Art. 72, N. 20; PALANDT/HEINRICH, §262, N. 5; EREN, s. 924; SEROZAN, s. 75.

31 GAUCH/SCHMID/SCHRANER, Art. 72, N. 22; WEBER, Art. 71, N. 28.

32 GAUCH/SCHMID/SCHRANER, Art. 72, N. 23; WEBER, Art. 71, N. 28; SEROZAN, s. 75.

ları sınırlı çeşit borcu (stok borcu – beschränkte Gattungsschuld) olarak ifade edilmektedir³³. Belli bir stoktan seçimin söz konusu olduğu, örneğin hayvan yetiştiricisi H'nin maliki olduğu 5 attan birini A'ya sattığı hallerde borcun seçimlik borç mu yoksa sınırlı çeşit borcu mu olduğu hususunda tereddüt yaşanabilir. Şayet taraflar hayvanları farklı özellikleriyle birlikte bireysel olarak dikkate almışlarsa ve bu çerçevede seçim hakkı alıcı ya da satıcıya bırakılmışsa, bir seçimlik borç söz konusudur³⁴. Bu çerçevede seçim hakkı sahibi beş attan herhangi biri için seçim hakkını kullanabilir. Buna karşılık, atların bireysel özelliklerine göre belirlenmediği, sadece edimin o stoktaki şeylerden her birinin birbirine eşit numune olarak kabul edildiği hallerde sınırlı çeşit borcundan söz edilir³⁵. Bu durumda satıcı seçtiği atlardan birini teslimle borcundan kurtulabilirse de, bunun için seçtiği atın orta kaliteden aşağı olmaması gerekir. Görüldüğü üzere, burada seçimlik borçtan ayrı olarak satıcının borcunu, sınırlı çeşit borcundan herhangi biri ile borcunu ifa edememesi yönüyle ayrılmaktadır.

2. Seçimlik Yetki – Seçimlik Borç

“Edimi değiştirme yetkisi” veya “yedek edim yetkisi” olarak da ifade edilen³⁶ seçimlik yetki (Alternativermächtigung - Ersetzungsbefugnis), borçlunun veya alacaklının, borçlanılan asıl edim yerine geçmek veya ona karşılık teşkil etmek üzere diğer bir edimi ifa veya talep etme yetkisidir³⁷.

³³ WEBER, Art. 71, N. 19; GAUCH/SCHMID/SCHRANER, Art. 71, N. 16; OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 71, N. 6; OĞUZMAN/ÖZ, s. 300; EREN, s. 919.

³⁴ GAUCH/SCHMID/SCHRANER, Art. 72, N. 24; OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 72, N. 3; EREN, s. 957; SELİÇİ, s. 378, 379.

³⁵ GAUCH/SCHMID/SCHRANER, Art. 72, N. 24; OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 72, N. 3; EREN, s. 956, 957. Stoku teşkil eden şeylerin az sayıda olduğu ve seçim hakkının da alacaklıya tanındığı hallerde, tarafların iradesinin sınırlı çeşit borcundan ziyade seçimlik borca yönelmiş olmasının daha kuvvetli bir ihtimal olduğu yönünde bkz. SELİÇİ, s. 379.

³⁶ Kavram için bkz. OĞUZMAN/ÖZ, s. 301; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 817; SELİÇİ, s. 381.

³⁷ GAUCH/SCHMID/SCHRANER, Art. 72, N. 25; OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 72, N. 5; WEBER, Art. 72, N. 67; PALANDT/HEINRICHS, §262, N. 7, 8; TUNÇOMAĞ, s. 51; EREN, s. 929; OĞUZMAN/ÖZ, s. 301; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 817; SELİÇİ, s. 381; NOMER, s. 207.

İsviçre ve Türk Borçlar Hukukunda özel olarak düzenlenmeyen³⁸ ancak uygulamada sıklıkla rastlanan seçimlik yetki, seçimlik borçtan ayrı bir kavramdır. Öncelikle seçimlik yetkide borcun konusu tek bir asli edimi (Hauptleistung) içerir ve hukuki ilişkinin meydana gelme anından itibaren belirlidir. Ancak borcun yedek edimle değiştirilerek ifası mümkündür. Buna karşılık seçimlik borçta iki veya daha çok asli edim borcun konusunu teşkil etmektedir. Seçim hakkı sahibi bunlardan dilediğini seçerek ve ifa ederek borcu sona erdirebilir³⁹.

Öte yandan seçimlik yetkide edim, seçimlik borçta olduğu gibi yan yana borçlanılmamaktadır; asıl borç vardır ve onun arkasına diğeri eklenmektedir⁴⁰. Diğer bir anlatımla seçimlik yetkide borçluya belirli bir edimi yerine getirme borcu yüklenmekte, ancak esasında borçlanmadığı başka bir edimle de (yedek edim) borcunu ifa edebilme imkanı tanınmaktadır. Bu nedenle borç sona erinceye kadar, borca ve edime ilişkin hüküm ve sonuçlar asıl borçlanılan edime bağlı olarak meydana gelir. Bu durum özellikle ifanın imkansız olması bakımından önem arz eder. Zira ileride görüleceği üzere

³⁸ Kanun'da özel olarak düzenlenmemişse de, seçimlik yetki sözleşmesel ilişki çerçevesinde meydana getirilebilir. Örneğin, vekalet sözleşmesinde avukat, müvekkiline vekalet ücreti olan 5.000 TL'yi belirli bir mal vermek suretiyle ödeme imkanı verirse seçimlik yetki söz konusu olur. Bkz. **EREN**, s. 930. Sözleşme ile meydana getirilebilecek seçimlik yetki örnekleri için ayrıca bkz. **WEBER**, Art. 72, N. 82; **GAUCH/SCHMID/SCHRANER**, Art. 72, N. 71. Öte yandan tarafların seçimlik yetkiyi sözleşmede kararlaştırmadıkları, ancak Kanun'da seçimlik yetkiye ilişkin sonuçların doğabildiği bazı borç ilişkileri de mevcuttur. Nitekim BK m. 99/II uyarınca şayet borç ülke parası dışında bir para birimi olarak ödenecekse ve sözleşmede aynen ödeme ya da buna benzer bir kayıt bulunmaması ise, borçlu borcunu dilerse o yabancı para, dilerse ödeme zamanındaki değer üzerinden ülke parası ile ödeme yetkisine sahiptir. Kanunen seçimlik yetkinin söz konusu olduğu diğer haller için ayrıca bkz. **WEBER**, Art. 72, N. 83; ; **OSER/SCHÖNENBERGER**, Art. 72, N. 5; **PALANDT/HEINRICH**, §262, N. 7; **TUNÇOMAĞ**, s. 51; **SELİÇİ**, s. 384, 385; **ERLER**, s. 53-55; **NOMER**, s. 207. Satış için bırakma sözleşmesinde durum tartışmalıdır. Öğretide ağırlık görüşü ve Federal mahkeme kararları, satım için şey kendisine bırakılan kişinin kararlaştırılan tahmini bedeli ya da satım parasını ödeme hususunda seçimlik bir borcu bulunduğu yönündedir (BGE 55 II 43; BGE 58 II 347 (**GAUCH/SCHMID/SCHRANER**, Art. 72, N. 10); **von TUHR/PETER**, s. 78 **SEROZAN**, s. 74, 75). Bazılarına göre ise, kendine özgü yapısı olan satım için bırakma sözleşmesinde, satım için şey kendine bırakılan tarafın teknik anlamda bir seçimlik borcu bulunmamaktadır. Aksine bu durumda seçimlik yetkiden söz etmek daha uygundur. Bkz. **WEBER**, Art. 72, N. 18.

³⁹ **WEBER**, Art. 72, N. 28; **SAYMEN/ELBİR**, s. 605; **TUNÇOMAĞ**, s. 51; **SELİÇİ**, s. 381, 382; **EREN**, s. 929.

⁴⁰ **WEBER**, Art. 72, N. 28; **SAYMEN/ELBİR**, s. 605; **SELİÇİ**, s. 382.

seçimlik borçta edimlerden birinin imkansız hale gelmesi, borcu kendiliğinden sona erdirmez. Halbuki seçimlik yetkide borçlanılan asli edim borçlunun kusuru olmaksızın imkansız hale gelmişse, onun yerini kendiliğinden yedek edim almaz. Bu halde borç sona erer ve alacaklı yedek edimin ifasını talep edemez⁴¹. Aynı şekilde, yedek edimin ifasının imkansız hale gelmesi de, asli edim üzerinde herhangi bir etki doğurmaz. Bu durumda borçlu asli edimi ifa yükümlülüğü altına girer. Şayet asli edim borcu borçlunun kusuru ile imkansız hale gelmişse, borçlu tazminat ödeyerek ya da yedek edimi yerine getirerek borcundan kurtulma imkanına sahiptir⁴².

Seçimlik borç ve seçimlik yetki, hakkın veya yetkinin kullanılmasının niteliği bakımından da birbirinden ayrılır. Zira seçimlik borçta seçim hakkının kullanılması yenilik doğuran bir hak kullanımıdır⁴³. Oysa seçimlik yetkide yetkinin kullanımı ancak yedek edimin fiilen yerine getirilmesi suretiyle olur. Dolayısıyla burada borçlu tek taraflı iradesiyle kullanabileceği bir yenilik doğuran hakka sahip değildir. Borçlu yedek edimi yerine getireceği yönünde bir irade açıklamasında bulunmuş olsa dahi, seçimlik yetkide asli edim borcun asıl konusu olmaya devam eder ve bu durumda borçlunun asıl borçlanılan edimi yerine getirmesinde herhangi bir engel bulunmamaktadır⁴⁴.

⁴¹ von TUHR/PETER, s. 82; WEBER, Art. 72, N. 28, özellikle N. 73; GAUCH/SCHMID/SCHRANER, Art. 72, N. 75, 76; PALANDT/HEINRICH, §262, N. 8; SAYMEN/ELBİR, s. 605, 606; TUNÇOMAĞ, s. 51, 52; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 818; SELİÇİ, s. 382; EREN, s. 929; NOMER, s. 207.

⁴² WEBER, Art. 72, N. 76; GAUCH/SCHMID/SCHRANER, Art. 72, N. 76. Seçimlik yetki genellikle borçluya tanınan bir hak olmakla birlikte, bu hakkın alacaklıya da bırakılabileceği kabul edilmektedir. Böyle bir durumda ise alacaklının yedek edimle ifayı talep anına kadar borçlu borçlandığı asıl edimle borcunu ifa edebilecektir. Şayet alacaklı yedek edim yetkisini kullanmadan asli edim imkansız hale gelirse, borçlu yine borcundan kurtulacak ve alacaklının yedek edim yetkisi de sona erecektir. Ayrıca bkz. SELİÇİ, s. 384. Ancak, borçlunun kusuru ile asıl edim imkansız hale gelmişse ve yedek edim yetkisi alacaklıda ise, alacaklının imkansızlaşan asıl edim yerine tazminatı ya da yedek edimin ifasını talep edebileceği de ileri sürülmektedir. Bkz. WEBER, Art. 72, N. 80; GAUCH/SCHMID/SCHRANER, Art. 72, N. 78; PALANDT/HEINRICH, §262, N. 9.

⁴³ von TUHR/PETER, s. 79; WEBER, Art. 72, N. 29.

⁴⁴ von TUHR/PETER, s. 82; GAUCH/SCHMID/SCHRANER, Art. 72, N. 67; WEBER, Art. 72, N. 72; PALANDT/HEINRICH, §262, N. 7; SELİÇİ, s. 383; EREN, s. 931. Borçlunun seçimlik yetkisini kullanmasında irade açıklamasının yeterli sayılacağı, bu

3. Koşula Bağlı Borç – Seçimlik Borç

Seçimlik borç koşula bağlı borçlardan ayrı bir kavramdır. TBK m. 170-176 maddeleri arasında düzenlenen koşulda, gelecekte gerçekleşip gerçekleşmeyeceği belirli olmayan bir olay veya olguya hukuki işlemin hükümlerini doğurması ya da hükümden düşmesi sonucunun bağlanması söz konusudur⁴⁵. Bu çerçevede koşul, hukuki işlemin sonuçlarının doğmasına bağlanmışsa geciktirici; hukuki sonuçlarının kendiliğinden sona ermesine bağlanmışsa bozucu koşul niteliğindedir. Görüldüğü üzere, seçimlik borç ve koşulun karşılaştırılmasında esas olan, geciktirici koşuldur.

Geciktirici koşulda borçlunun yükümlendiği borcun doğumu gelecekte gerçekleşeceği belirsiz bir olay veya olgudur. Dolayısıyla geciktirici koşulda, borçlunun edimi borçlanıp borçlanmayacağı yönünde bir belirsizlik söz konusudur ve bu belirsizliğin sona ermesi, koşulun gerçekleşmesine veya gerçekleşmemesine bağlıdır. Koşul gerçekleşmedikçe borç doğmaz; alacaklı herhangi bir ifa talebinde bulunamaz⁴⁶. Buna karşılık seçimlik borçtaki belirsizlik, borcun borçlanılıp borçlanılmayacağına ilişkin değildir. Aksine burada borçlanılmış olma durumu baştan itibaren mevcuttur, ancak bu borç birden çok edimi içermektedir. Bu nedenle seçimlik borçtaki belirsizlik birden çok borçlanılan edimin hangisinin yerine getirileceğine ilişkindir⁴⁷

4. Alacaklı Lehine Seçimlik Haklar – Seçimlik Borç

Seçimlik borç ilişkisinden söz edebilmek için, çeşitli edimlerden birini seçme hakkının taraflardan birisine bırakılmış olması gerekmektedir. Ancak bazı durumlarda alacaklı lehine tek bir borç ilişkisinden niteliği itibariyle farklı bazı talep ya da yenilik doğuran haklar doğabilir. Şayet bu şekildeki bir seçim hakkı alacaklı veya borçlunun iradesi dışında ortaya çıkan bir olay

nedenle yenilik doğuran bir işlem niteliğinde olduğu ve borçlunun ifaya yönelik irade açıklamasından dönemeyeceği yönünde aksi fikir için bkz. **TUNÇOMAĞ**, s. 52; **ERLER**, s. 42 vd.

⁴⁵ **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 330; **TUNÇOMAĞ**, s. 573.

⁴⁶ **von TUHR/PETER**, s. 78; **GAUCH/SCHMID/SCHRANER**, Art. 72, N. 26; **SELİÇİ**, s. 385; **EREN**, s. 924.

⁴⁷ **von TUHR/PETER**, s. 78; **WEBER**, Art. 72, N. 26; **TUNÇOMAĞ**, s. 50; **SELİÇİ**, s. 385; **EREN**, s. 924. Tarafların edimin belirlenmesi yetkisini üçüncü kişiye bıraktıkları durumda dahi koşulun değil, sadece seçimlik borçta edimi belirleme yetkisinin üçüncü kişiye bırakılmasının, diğer bir ifadeyle üçüncü kişinin seçim hakkını kullanmasının söz konusu olduğu yönünde bkz. **GAUCH/SCHMID/SCHRANER**, Art. 72, N. 26.

veya olguya bağlı olarak oluşmakta ise burada alacaklı lehine birbiriyle yarışan seçimlik hak (elektive Konkurrenz) söz konusudur⁴⁸. Örneğin, alacaklının borçlunun temerrüdü nedeniyle sahip olduğu ifadan vazgeçerek müsbet zararını ya da sözleşmeden dönerek menfi zararını talep hakkı (TBK m. 125), satım konusu şeydeki ayıplara ilişkin alacaklının sahip olduğu haklar (TBK m. 227), eserin ayıplı olması nedeniyle iş sahibinin hakları (TBK m. 475) seçimlik haklardandır.

Seçimlik borç, alacaklı lehine oluşacak seçimlik haklardan farklıdır. Zira, seçimlik borçta borcun konusu başlangıçtan itibaren birden fazladır ve seçim hakkının kullanılmasıyla edim belirli hale gelir. Dolayısıyla seçimlik borçta seçim, edime ilişkin belirsizliği giderme amacı taşır. Buna karşılık alacaklı lehine seçimlik haklarda, borçlunun edimi tek bir şeyin ifasına ilişkin olup, seçim hakkının doğumu tarafların iradesi dışında borçlunun borcuna aykırı bir davranışının ürünüdür⁴⁹. Diğer bir anlatımla, borçlunun borcuna aykırı davranışı alternatif nitelikte talep hakları veya yenilik doğuran haklar meydana getirmekte, alacaklı ancak bu durumda farklı ve birbiriyle yarışır nitelikteki bu haklar arasında seçim hakkına sahip olabilmektedir⁵⁰.

III. SEÇİMLİK BORCUN İFASI

A. Seçim Hakkının Kullanılması

1. Seçim Hakkının Hukuki Niteliği ve Buna Bağlı Sonuçlar

Seçimlik borç, taraflardan birinin ya da diğerinin sözleşmenin doğumu sırasında henüz belirsiz olan ve ileride seçim hakkının kullanılacağı zamanda somutlaşacak menfaatlerin dikkate alınmasıyla meydana gelmektedir. Seçim hakkını kullanacak taraf kendince özel sebeplere ya da hukuki ilişkinin durumuna göre seçim hakkının kullanılacağı ana kadar bu hakkını öteleyebilmektedir. Böylece seçim hakkı sahibi borçlu ise kanunun kendisine verdiği menfaati düşünerek, alacaklıda ise sözleşmenin meydana geldiği zamanda kapsamı, niteliği ve miktarı henüz yeterli derecede belirli olmayan menfaati

⁴⁸ von TUHR/PETER, s. 78; WEBER, Art. 72, N. 24; GAUCH/SCHMID/SCHRANER, Art. 72, N. 28; SELİÇİ, s. 380; EREN, s. 924, 925; SEROZAN, s. 76.

⁴⁹ von TUHR/PETER, s. 78; WEBER, Art. 72, N. 24; GAUCH/SCHMID/SCHRANER, Art. 72, N. 28; ERLER, s. 63; SELİÇİ, s. 380, 381; EREN, s. 925.

⁵⁰ GAUCH/SCHMID/SCHRANER, Art. 72, N. 28; SELİÇİ, s. 380, 381.

düşünerek seçim hakkını kullanma imkanına kavuşmaktadır⁵¹. Ancak seçim hakkının kullanılmasının hukuki niteliğine ilişkin İsviçre-Türk hukukunda herhangi bir ifadeye yer verilmemiştir. Buna karşılık Alman Medeni Kanunu'nun (BGB §263) alacaklı veya borçlunun seçiminin diğer tarafa yöneltilebilecek bir beyan ile gerçekleşeceği şeklindeki düzenlemeden hareketle, her iki hukuk bakımından da seçim hakkının yenilik doğuran bir hak kullanımını olduğu genel olarak kabul edilmektedir⁵². Ayrıca, hak sahibinin tek taraflı iradesi ile borcun konusunu belirli bir tek edim haline getirdiğinden, seçim hakkının kullanılması değiştirici yenilik doğuran hak özelliği taşımaktadır⁵³.

Alacaklı ya da borçlu tarafından seçim hakkının kullanılması tek taraflı yöneltilmesi gerekli olan iradeyle kullanılır. Şekle bağlı olmayan seçim hakkının koşula bağlı olarak kullanılması da mümkün değildir⁵⁴. Yenilik doğuran hak olduğu için seçim hakkı bir kez kullanıldığında değiştirilemez ya da geri alınmaz. Kullanılan seçim hakkından dönme veya onu değiştirme ancak diğer tarafın muvafakati ile mümkündür⁵⁵. Hakkın kullanılması yöneltilmesi gerekli olan bir irade beyanı niteliği taşıdığından, kabul edilen görüşe göre karşı tarafa ulaşma anından itibaren seçim hakkı kullanılmış sayılacak, hükümlerini ise hak kullanıldığı andan itibaren doğuracaktır⁵⁶. Karşı tarafın seçim hakkını henüz öğrenip öğrenmediği sonucu değiştirmeyecektir. Ancak seçim hakkının geri alınabilmesi bakımından TBK m. 10 hükmünün burada da kıyasen uygulanabilmesi gerekir. Bu çerçevede seçimin geri alınmasına ilişkin beyan, hakkın kullanılmasına ilişkin beyandan daha önce veya aynı

⁵¹ GAUCH/SCHMID/SCHRANER, Art. 72, N. 22.

⁵² PALANDT/HEINRICH, §263, N. 1; von TUHR/PETER, s. 79; WEBER, Art. 72, N. 29; GAUCH/SCHMID/SCHRANER, Art. 72, N. 33; SAYMEN/ELBİR, s. 606; SELİÇİ, s. 386; EREN, s. 925.

⁵³ OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 72, N. 8; WEBER, Art. 72, N. 29; GAUCH/SCHMID/SCHRANER, Art. 72, N. 33; TUNÇOMAĞ, s. 53; SELİÇİ, s. 386; EREN, s. 925.

⁵⁴ von TUHR/PETER, 79; PALANDT/HEINRICH, §263, N. 2; OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 72, N. 8; WEBER, Art. 72, N. 37; TUNÇOMAĞ, s. 53; SELİÇİ, s. 386; EREN, s. 925.

⁵⁵ GAUCH/SCHMID/SCHRANER, Art. 72, N. 33; SAYMEN/ELBİR, s. 606; TUNÇOMAĞ, s. 53; SELİÇİ, s. 386; EREN, s. 925.

⁵⁶ PALANDT/HEINRICH, §263, N. 2; OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 72, N. 8; WEBER, Art. 72, N. 37; SELİÇİ, s. 387.

anda karşı tarafa ulaşırsa ya da sonra ulaşmakla birlikte önce geri alma beyanı karşı tarafça öğrenilirse seçim geri alınmış sayılır⁵⁷. Bu durumda seçim hakkı sahibi yeni bir seçim yapabilir.

Şayet seçim hakkına sahip olan taraf, bu hakkını kullanırken yanılırsa (hata), açıklamada yanılma hükümleri çerçevesinde bu seçimiyle bağlı değildir (TBK m. 30). Özellikle mazur görülebilir bir beyan yanılışı nedeniyle asıl seçilmek istenen edim yerine diğer edimin seçilmesi durumunda iptal hakkının varlığı kabul edilmektedir⁵⁸. Bu durumda seçim hakkını kullanmada yanılan kişi, diğer edimi seçme hakkına sahiptir. Şayet yanılmaya rağmen seçilen şey borçlu tarafından teslim edilmişse, ancak sonradan yanılma öğrenilmişse, Kanun'da belirtilen bir yıllık süre (TBK m. 39/I) içerisinde o şeyin iadesi talep edilebilir ve asıl seçilmek istenen edim yerine getirilebilir. Belirtilen ki, seçim hakkı kullanıldıktan sonra, borç ifa edilsin ya da edilmesin saikte yanılma seçim hakkı sahibine seçimi iptal ve diğer edimi seçme hakkı vermez. Bu durum, ancak saikte yanılma esaslı nitelikte ise mümkün görülebilir (TBK m. 32)⁵⁹. Yanılmaya ilişkin ifade ettiğimiz hususlar, seçim hakkının kullanılması yönündeki iradenin aldatma veya korkutma gibi bir nedenle sakatlandığı haller için de geçerli kabul edilmeli ve mesele TBK m. 36 vd. hükümlerinin kıyasen uygulanması suretiyle halledilmelidir.

2. Seçim Hakkı Sahibi Kişi

TBK m. 87 hükmü, hukuki ilişkiden ve işin özelliğinden aksi anlaşılmadıkça seçimlik borçlarda edimlerden birinin seçiminin borçluya ait olacağını ifade etmektedir⁶⁰. Söz konusu düzenleme bu niteliği ile tamamlayıcı hukuk

⁵⁷ SAYMEN/ELBİR, s. 606; OĞUZMAN/ÖZ, s. 302; SELİÇİ, s. 388.

⁵⁸ WEBER, Art. 72, N. 38; GAUCH/SCHMID/SCHRANER, Art. 72, N. 35; SAYMEN/ELBİR, s. 606. Seçim hakkı sahibi bu hakkını kullanırken yanılabilir gibi, bazı hallerde seçimlik borcun yanılma ile adi bir borç olduğu düşüncesi ile ifası da söz konusu olabilir. Şayet seçimlik borcun borçlusu yanılarak kendisini adi bir borcun borçlusu zannederek ifade bulunmuş ise edimin iadesini sebepsiz zenginleşme hükümlerince talep edebilir ve seçim hakkını diğer edim lehine kullanabilir. Bkz. OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 72, N. 8. Aynı şekilde seçim hakkı sahibi alacaklı da kendisini adi bir borcun alacaklısı zannederek bir edimi talep etmişse, yanılma hükümlerine dayanarak irade beyanını iptal edebilir ve seçim hakkını diğer edim lehinde kullanabilir. Ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. SELİÇİ, s. 390; SEROZAN, s. 75.

⁵⁹ GAUCH/SCHMID/SCHRANER, Art. 72, N. 35.

⁶⁰ İsviçre (OR Art. 72) ve Alman hukuklarında (BGB §262) da aynı çözüm benimsenmiş ve aksi kararlaştırılmadıkça veya işin özelliğinden anlaşılmadıkça seçim hakkının borçluya

kuralıdır ve seçimin alacaklıya veya üçüncü kişiye kesin bir biçimde tanınmadığı ya da işin özelliğinden seçim hakkının alacaklıya ait olduğunun anlaşılmadığı hallerde uygulama imkanı bulacaktır⁶¹.

Taraflar arasındaki sözleşme, seçim hakkının alacaklıya veya borçluya ya da üçüncü kişiye ait olacağına ilişkin açık bir hüküm içerebilir. Uygulamada tamamlayıcı hukuk kuralı niteliğindeki TBK m. 87 hükmünden sapıldığı ve seçim hakkının alacaklıya bırakıldığı sıklıkla görülmektedir. Özellikle, sözleşmenin yapıldığı sırada alacaklı lehine olabilecek birden fazla edim, alacaklının ileride ortaya çıkabilecek ve fakat şu anda öngörülemeyen menfaatine uygun olarak seçimlik borç haline getirilmekte ve bu çerçevede taraflar arasındaki sözleşmede seçim hakkı alacaklıya bırakılabilmektedir⁶². Bunun yanında seçimlik borca konu edimlerin alacaklı bakımından aynı menfaati temin ettiği ya da değişik saiklerle borçluya alternatif ödeme kolaylığının sağlanması gibi hallerde taraflar sözleşmede seçim hakkının borçluya ait olduğunu da açıkça kararlaştırabilmektedirler. Ancak yukarıda da ifade edildiği üzere, seçim hakkının borçluya ait olduğuna ilişkin açık sözleşme hükmü bulunmasa dahi, TBK 87 gereğince bu hak borçluya aittir. Borçluya verilen böyle bir seçim yetkisi sadece işin özelliğinden seçim hakkının alacaklıya ait olacağına ilişkin anlaşılacağı durumlarda pratik bir önem taşıyacaktır.

Seçim hakkı sahibi alacaklı ya da borçlu tarafın birden fazla kişiden oluştuğu hallerde sözleşme ile seçim hakkının ne şekilde kullanılacağı belirlenmiş olabilir. Örneğin, seçimlik borcun borçlusu birden fazla kişiden oluşmakla birlikte, taraflar seçim hakkının borçlulardan sadece biri ya da herhangi biri tarafından kullanabileceğini kararlaştırabilir. Aynı şekilde sözleşmede seçim hakkının öncelikle talep edene veya ifayı teklif edene ait ola-

ait olacağı belirtilmiştir. Her seçimlik borcun esasının, edimlerden birinin borçlu tarafından ifasını gerektirdiği, böylece borçlunun kendine uygun olan edimi seçip ifa etmesinin daha uygun olacağı, bu hakkın borçlu dışında alacaklıya veya üçüncü kişiye bırakılmasının borçlunun durumunu ağırlaştıracağı ve hukuk düzenlerince seçimlik borçlarda seçim hakkının kural olarak borçluya ait olması prensibinin bu düşünceye dayandığı yönünde bkz. **SELİÇİ**, s. 388.

⁶¹ **OSER/SCHÖNENBERGER**, Art. 72, N. 7; **WEBER**, Art. 72, N. 33; **GAUCH/SCHMID/SCHRANER**, Art. 72, N. 36; **SAYMEN/ELBİR**, s. 606, 607; **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 302; **EREN**, s. 925.

⁶² **BECKER**, Art. 72, N. 3; **WEBER**, Art. 72, N. 33; **GAUCH/SCHMID/SCHRANER**, Art. 72, N. 37.

cağı şeklinde bir belirlemenin söz konusu olduğu haller de geçerlidir⁶³. Böyle bir belirleme yoksa seçime ilişkin irade açıklaması ya seçim hakkı sahibi alacaklı veya borçluların tamamının katılımıyla sağlanmalı ya da birinin yapmış olduğu seçime ilişkin irade açıklamasına diğer(ler)i onay vermiş olmalıdır⁶⁴. Elbette bu konuda belli bir çoğunluğu ilgilendiren hususlarda varılacak ortak çözüm niteliğindeki kararlar bakımından, Kanun'da belirtilen çoğunluğun seçim hakkını kullanması yeterli görülmelidir. Örneğin, paylı mülkiyette pay ve paydaş çoğunluğunu gerektiren kararlar bakımından (TMK m. 691), bu çoğunluğun seçim hakkını kullanması diğerleri bakımından da bağlayıcı olacaktır.

Öte yandan taraflar, menfaatleri gerektiriyorsa seçim hakkının üçüncü kişiye bırakılması hususunda da anlaşabilir. Özellikle edim menfaatinin sözleşmenin kurulması sırasında belirlenememesi ya da edime ilişkin bilgi ya da tecrübe eksikliği gibi nedenlerle tarafların seçim hakkını uzman, eksper ya da bilirkişiye bırakmaları mümkündür. Aynı şekilde taraflar arasındaki sözleşmede üçüncü kişinin menfaatinin önemli olduğu hallerde de seçim hakkı üçüncü kişiye bırakılabilmektedir. Örneğin, yüklenici ve malzeme temin eden kimse arasında yapılan sözleşmede yapıda kullanılacak parkelerin ya da mutfak dolaplarının eser sahibince belirleneceği kararlaştırılabilir⁶⁵.

Yukarıda ifade edildiği üzere, seçim hakkı sözleşme ile açıkça alacaklıya ya da üçüncü kişiye tanınmış olabilir. Ancak bazı hallerde seçim hakkı böyle açık bir belirleme olmasa dahi yine borçlu dışında alacaklıya veya üçüncü kişiye aittir. TBK m. 87 hükmünün "...işin özelliğinden aksi anlaşılmadıkça..." edimlerden birini seçme hakkının borçluya ait olacağı şeklindeki ifadenin aksiyile yorumundan hareketle, hal ve şartlardan ya da hukuki işlemin amaç ve yorumundan seçim hakkının alacaklıya veya üçüncü kişiye ait ola-

⁶³ WEBER, Art. 72, N. 33; GAUCH/SCHMID/SCHRANER, Art. 72, N. 41.

⁶⁴ PALANDT/HEINRICHS, §263, N. 1; GAUCH/SCHMID/SCHRANER, Art. 72, N. 41.

⁶⁵ GAUCH/SCHMID/SCHRANER, Art. 72, N. 40; SAYMEN/ELBİR, s. 607; EREN, s. 925. Yüklenici ve alt yüklenici arasındaki sözleşmede her ne kadar seçim hakkı iş sahibine yani üçüncü kişiye bırakılmış ve bu kişinin menfaatine göre asıl edim belirlenecek ise de, söz konusu durumun sözleşmeyi şarta bağlı ya da üçüncü kişi lehine sözleşme haline getirmeyeceği yönünde bkz. WEBER, Art. 72, N. 35.

cağı anlaşılabilir⁶⁶. Seçim hakkının kime ait olacağı hususu ifade ettiğimiz hususlar çerçevesinde anlaşılamiyorsa alacaklı seçim hakkının kendisine ait olduğunu ileri sürebilirse de bunu ayrıca ispat etmelidir. Özellikle alacaklı-
nın edimin belirlenmesinde herhangi bir menfaati yoksa ya da bu husus tartışmalı ise ve alacaklı seçim hakkının işin özelliği gereği kendisine ait olması gerektiğini ispat edememişse seçim hakkının borçluya ait olacağı açıktır⁶⁷. Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde her iki tarafın edimi seçimlik olarak birbirine bağlanmış olabilir. Örneğin, taraflar arasındaki kira sözleşmesinde zemin kattaki dairenin 500 TL'ye veya birinci kattaki dairenin 700 TL'ye kiralandığına ilişkin sözleşmede tarafların her birinin seçimlik edimi karşılıklı olarak meydana gelmiştir. Bu gibi durumlarda kimin seçim hakkına sahip olduğu işin özelliklerine, ticari teamüllere göre belirlenmelidir⁶⁸. Özellikle satım sözleşmesinde alıcının, kira sözleşmesinde kiracının, vekalet sözleşmesinde vekalet verenin öncelikli olarak seçim hakkına sahip olduğu kabul edilmektedir⁶⁹.

Borç ilişkisinin bir unsuru olarak ortaya çıkan seçim hakkı şahsa sıkı sıkıya bağlı bir hak niteliğinde değildir. Bu nedenle seçim hakkı temsil yoluyla kullanılabilir. Bu durumda temsilcinin ayırt etme gücünün varlığı yeterlidir. Ayrıca seçim hakkının kullanılması bakımından özel temsil yetkisi şart değildir⁷⁰. Ancak seçim hakkı ister hak sahibince bizzat ister temsilci marifetiyle kullanılıyor olsun, seçim hakkı sahibinin tasarruf yetkisinin varlığı zorunludur⁷¹.

Seçim hakkı, bu hakka sahip kişinin külli halefleri ya da alacağın devri ya da borcun üstlenilmesi gibi hallerde cüzi halefleri tarafından da kullanılabilir.

⁶⁶ OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 72, N. 7; GAUCH/SCHMID/SCHRANER, Art. 72, N. 38; SELİÇİ, s. 388.

⁶⁷ GAUCH/SCHMID/SCHRANER, Art. 72, N. 39.

⁶⁸ von TUHR/PETER, 79; WEBER, Art. 72, N. 34. İki tarafa borç yükleyen bir sözleşmede edim yükümlülükleri seçim durumuna bağlanmışsa (örneğin A'nın B'ye X malını 100 TL'ye veya Y malını 90 TL'ye satması) her iki taraf da birbirine karşı borçlu olduklarından seçimlik borç ilişkisinden söz edilemeyeceği ve TBK m. 87 (Art. 72) hükmünün uygulanabilirliğinin bulunmadığı yönünde aksi görüş için bkz. GAUCH/SCHMID/SCHRANER, Art. 72, N. 38.

⁶⁹ OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 72, N. 7; WEBER, Art. 72, N. 34.

⁷⁰ BECKER, Art. 72, N. 7; WEBER, Art. 72, N. 36; EREN, s. 925.

⁷¹ WEBER, Art. 72, N. 36.

bilir. Ancak seçim hakkının kendiliğinden bir hak olma özelliği bulunmamaktadır. Dolayısıyla seçim hakkının bir başkasına geçebilmesi için hukuki işleme ilişkin seçime konu hakkın sözleşme, kanun ya da mahkeme kararı ile devri zorunludur; yoksa sadece seçimi kullanma hakkının devri mümkün değildir⁷². Şayet edimlerden birinin borçlunun kişisel özelliklerine dayalı olduğu seçimlik borç, seçim hakkı kullanılmadan üçüncü kişi tarafından üstlenilmişse, bu kimse diğer edimi seçerek borcunu ifa edebilirse de, devreden kişisel özelliğine dayalı edimi seçerek ifa edebilmesi genel hükümlere tabidir. Bu durumda karşı taraf kabul etmedikçe seçim hakkının devreden kişisel özelliğine dayalı edime yönelik kullanılması ve ifası mümkün değildir⁷³.

3. Seçim Hakkının Kullanılma Zamanı

Seçim hakkının hangi anda veya hangi süre içerisinde kullanılacağı taraflarca sözleşmede açıkça kararlaştırılmış olabilir. Böyle bir belirleme yoksa hal ve şartlara göre seçim hakkı sahibi bu hakkını makul ve uygun süre içerisinde açık ya da zımnî irade beyanı ile karşı tarafa yöneltmelidir⁷⁴. Buna karşılık, sözleşmeden doğan borcun ifası bakımından belirli bir süre kararlaştırılmışsa, seçim hakkının en geç bu süre sonuna kadar kullanılması gerekmektedir. Farklı vadelerin söz konusu olduğu seçimlik borçlarda ise, ilk vade tarihine kadar seçim hakkı kullanılmalıdır⁷⁵. Örneğin borcun 1 Ekim ya da 1 Aralık tarihinde ifasının kararlaştırıldığı seçimlik borçlarda 1 Ekim tarihine kadar seçim hakkı kullanılmalı ve hangi tarihte borcun ifa edileceği karşı tarafa bildirilmelidir. Söz konusu tarihe kadar seçim hakkının kullanılmaması durumunda ise, 1 Ekim'den itibaren seçimlik borç, vade tarihi 1 Aralık olan adi bir borç ilişkisi niteliğine dönüşür.

⁷² GAUCH/SCHMID/SCHRANER, Art. 72, N. 34; ERLER, s. 20; SELİÇİ, s. 388; TUNÇOMAĞ, s. 54. Sonradan sadece seçim hakkının devrinin, diğer tarafın muvafakati ile mümkün olduğu yönünde bkz. WEBER, Art. 72, N. 31.

⁷³ WEBER, Art. 72, N. 32.

⁷⁴ PALANDT/HEINRICHS, §263, N. 1; WEBER, Art. 72, N. 41; SAYMEN/ELBİR, s. 606.

⁷⁵ OSER/SCHÖNENEGER, Art. 72, N. 4; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 812; EREN, s. 924.

4. Seçim Hakkının Kullanılmasında Şekil

Seçim hakkı tek taraflı, şarta bağlı olmayan, geri alınamaz ve varması gerekli olan bir irade açıklaması ile kullanılır⁷⁶. Taraflarca belli bir şekil kararlaştırılmadıkça seçim hakkının kullanılması ve bunun diğer tarafa bildirilmesi herhangi bir şekle tabi değildir. Seçim hakkının kullanımına ilişkin irade açık olabileceği gibi zımni dahi olabilir⁷⁷. Bu çerçevede örneğin seçimlik borca konu yapma edimlerinden birinin yerine getirilmesi ya da verme edimlerinden birinin teslimi seçim hakkının kullanılması niteliğindedir. Aynı şekilde takas def'i ya da seçim hakkının alacaklıya ait olduğu hallerde cebri icra veya dava yoluyla seçim hakkının kullanılması da mümkündür⁷⁸.

5. Seçim Hakkının Kullanılmasının Sonuçları

Seçimlik borçta seçim hakkının kullanılmasıyla o ana kadar belirsiz olan edim somut olarak belirli hale gelmektedir. Böylece seçimlik borç, basit bir borç ilişkisi niteliğine bürünür. Seçim hakkının kullanılması geriye etkili olarak sonuçlarını doğurur ve seçilen edim borcun tek konusu haline gelirken, diğerinin borcun konusu olma durumu kendiliğinden sona erer⁷⁹. Değiştirici yenilik doğuran hak niteliğindeki seçim hakkı kullanıldığında geri alınması veya değiştirilmesi mümkün olmadığı gibi, diğer tarafın da seçilen edim dışındaki edim ya da edimlerin ifasını talep hakkından söz edilemez. Seçim hakkının kullanılmasıyla seçilmeyen diğer edim ya da edimler borcun konusu olmaktan çıkacağından, seçim hakkı sahibi seçmediği diğer edimler bakımından serbestçe tasarruf edebilir⁸⁰. Ayrıca seçim yapıldıktan sonra hakkın sözleşme, kanun ya da mahkeme kararı ile devredilmesi halinde, devralan bu seçimle bağlıdır.

⁷⁶ von TUHR/PETER, 79; OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 72, N. 8; PALANDT/HEINRICHS, §263, N. 1; WEBER, Art. 72, N. 37; SAYMEN/ELBİR, s. 606; NOMER, s. 207.

⁷⁷ GAUCH/SCHMID/SCHRANER, Art. 72, N. 33; WEBER, Art. 72, N. 40; TUNÇOMAĞ, s. 53; EREN, s. 925; SELİÇİ, s. 386.

⁷⁸ OSER/SCHÖNENEBERGER, Art. 72 N. 8; GAUCH/SCHMID/SCHRANER, Art. 72, N. 33; WEBER, Art. 72, N. 40; TUNÇOMAĞ, s. 53.

⁷⁹ von TUHR/PETER, 80; PALANDT/HEINRICHS, §263, N. 3; GAUCH/SCHMID/SCHRANER, Art. 72, N. 43; WEBER, Art. 72, N. 42; SAYMEN/ELBİR, s. 606; EREN, s. 925; SELİÇİ, s. 389. Seçim hakkının kullanılmasının geçmişe etkili olmayacağı yönünde aksi fikir için bkz. OĞUZMAN/ÖZ, s. 303.

⁸⁰ PALANDT/HEINRICHS, §263, N. 1, 2; WEBER, Art. 72, N. 43; EREN, s. 927.

Yenilik doğuran hak niteliğindeki seçim hakkının kullanımı, elbette bu hakkın sahibi tarafın menfaatleri bağlamında belirlenecektir. Bu nedenle seçim hakkının kullanılması karşı tarafın rıza ya da kabulüne bağlı olmadığı gibi, hak sahibinin diğer tarafın menfaatlerini gözetme gibi bir zorunluluğu da bulunmamaktadır⁸¹. Ancak burada seçimlik borca konu edimlerden birinin çeşit borcu olması ihtimalinde meselenin TBK m. 86 hükmündeki sınırlama çerçevesinde ele alınması gerekmektedir. Söz konusu düzenlemede, borcun konusunun çeşit borcu olduğu hallerde hukuki ilişkiden ve işin özelliğinden aksi anlaşılmadıkça edimi belirleme hakkının borçluda olduğu; ancak borçlunun orta nitelikten daha düşük bir edimi belirleyemeyeceği ifade edilmektedir. Bu çerçevede, seçimlik borçlarda borçlunun seçim hakkını kullanırken alacaklının menfaatini gözetme zorunluluğu bulunmamakla birlikte, şayet edimlerden biri çeşit borcu ise ve seçim hakkı bu yönde kullanılmışsa TBK m. 86 çerçevesinde borçlu orta kaliteden aşağı bir edimi seçemeyecektir.

B. Seçim Hakkının Kullanılmamasına Bağlı Sonuçlar

Aksine bir sözleşme yoksa kararlaştırılan zamana kadar seçim hakkının kullanılmaması, seçimlik borç ilişkisini ve aynı zamanda seçim hakkı sahibinin seçim hakkını kendiliğinden sona erdirmez⁸². Belirttiğimiz durumda ne gibi hukuki sonuçların ortaya çıkacağı meselesinin, seçim hakkının borçluya, alacaklıya ya da üçüncü kişiye ait olması ihtimallerine göre değerlendirilmesi gerekmektedir.

81 GAUCH/SCHMID/SCHRANER, Art. 72, N. 42; SELİÇİ, s. 389. Seçimlik borca konu edimlerden birinin seçimi tamamen diğer tarafın menfaatine aykırılık taşısa dahi seçim hakkı sahibinin bu menfaati gözetme gibi bir zorunluluğu bulunmamaktadır. Ancak kanaatimizce seçim hakkı bazı hallerde TMK m. 2 hükmüne aykırılık taşıyabilir ve hakkın kötüye kullanılması olarak nitelendirilebilir. Özellikle sözleşme yapılırken her iki edim de karşı tarafın menfaatine uygun olmakla birlikte, sonradan gelişen bir takım sebepler neticesinde birine ilişkin menfaati hiç kalmamış ve ötekine duyulan ihtiyaç artmışsa; seçim hakkı sahibi taraf bakımından ise hangisini ifa ederse etsin kendisi bakımından herhangi bir fark yoksa sırf karşı tarafın menfaatinin kalmadığı şeyi seçerek ifa etme hakkın kötüye kullanılması teşkil edebilir. Ayrıca krş. SAYMEN/ELBİR, s. 607; WEBER, Art. 72, N. 30.

82 OSER/SCHÖNENEGER, Art. 72 N. 9; GAUCH/SCHMID/SCHRANER, Art. 72, N. 44.

1. Seçim Hakkının Borçlu Tarafından Kullanılmaması Halinde

Seçimlik borcun temel özelliği, birden fazla edimin borcun konusunu teşkil etmesi ve seçim hakkının kullanılması anına kadar asıl ifası gereken edimin belirsiz olmasıdır. Bu nedenledir ki, borcun ifa edilebilir hale gelmesi için öncelikle borçlunun seçim hakkını kullanması gerekmektedir. Kanunda borçlunun seçim hakkını ne zaman kullanması gerektiğine ilişkin herhangi bir düzenleme yer almamaktadır. Ancak, yukarıda da ifade edildiği üzere, borçlu en geç ifa zamanına kadar seçim hakkını kullanmalıdır. Şayet borçlu ifa zamanına kadar seçim hakkını kullanmazsa, diğer şartların da (TBK m. 117 vd.) varlığı halinde borçlu temerrüdü gerçekleşecek; alacaklı borçlunun temerrüdüne ilişkin sonuçlardan yararlanabilecektir. Bu çerçevede borçlu temerrüdüne ilişkin genel sonuçlar (TBK m. 112 vd.) yanında iki tarafa borç yükleyen sözleşmelere ilişkin sonuçlar (TBK m. 123-125) burada da uygulama alanı bulacaktır⁸³.

İfa zamanı gelmiş olmasına rağmen borçlu seçim hakkını kullanmıyorsa, hala ifayı isteyen alacaklı edimlerden birinin ya da diğerinin seçilmesi yönünde borçluya uygun bir süre verebilir. Ancak bu süreye rağmen borçlu seçim hakkını kullanmazsa, seçim hakkı kendiliğinden alacaklıya geçmez. Alacaklı edimlerden birinin borçlu tarafından seçilmesine ilişkin dava açabilir. Açılacak dava yine seçimlik borçlardan birinin borçlu tarafından seçilmesine zorlama davası niteliğinde olduğundan mahkeme de seçimlik borçlardan birinin seçilerek onun cebri icrasına yönelik bir karar veremez⁸⁴. Acaba alacaklı tarafından açılan dava neticesinde borçlu aleyhine verilen seçim hakkını kullanma mecburiyetine ilişkin karara rağmen, edimlerden biri seçilmez ve ifa yapılmazsa cebri icra ne şekilde gerçekleşecektir?

Belirtelim ki, borçlunun seçim hakkını kullanmaksızın ifa zamanını geçirmesi halinde temerrüde düşeceği ve Kanun'un temerrüde ilişkin hükümleri çerçevesinde alacaklının dava açabileceği hususunda herhangi bir tereddüt bulunmamakla birlikte, söz konusu hukuki durumun ve dava sonucunun seçim hakkı üzerinde nasıl bir etki doğuracağı meselesi tartışmalıdır. Bu yöndeki görüş ayrılığının temelinde İsviçre-Türk hukukunda seçim hakkının

⁸³ GAUCH/SCHMID/SCHRANER, Art. 72, N. 45; WEBER, Art. 72, N. 45; EREN, s. 927; SELİÇİ, s. 390, 391.

⁸⁴ von TUHR/PETER, 80; PALANDT/HEINRICH, §264, N. 2; GAUCH/SCHMID/SCHRANER, Art. 72, N. 46; WEBER, Art. 72, N. 41; EREN, s. 927.

kullanılmaması halinde alacaklının ne şekilde cebri icra imkanına sahip olduğu hususunda herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiş olması yatmaktadır⁸⁵. Halbuki Alman Medeni Kanunu'nda (§264/I) alacaklının söz konusu durumda edimlerden birinin cebri icrasını isteyebileceği, ancak alacaklının bu edimi kısmen veya tamamen elde etmesi anına kadar borçlunun diğer edimi seçme bakımından hala yetkili olacağı hususu açıkça düzenleme konusu yapılmıştır⁸⁶.

Bazı yazarlarca⁸⁷ Alman hukukunun getirdiği bu hükmün kıyasen uygulanması, İsviçre-Türk hukuku bakımından da amaca uygun bir çözüm yolu olarak görülmektedir. Bizim de katıldığımız bu görüşe göre, alacaklı söz konusu durumda edimlerden biri ya da diğerine ilişkin kendi seçimini yaparak bunun cebri icrasını isteyebilir; ancak borçlu cebri icra sonuna kadar diğer edimi seçme bakımından hala yetkilidir. O halde, borçlunun böyle bir durumda seçim hakkı devam etmektedir. Ancak borçlu seçim hakkını irade beyanı şeklinde değil (Verbalobligation) doğrudan doğruya ifa ile (Realobligation) yerine getirir. Bu halde alacaklı ifa edilen edimi kabul ettiğinde borç sona erer⁸⁸. Görüldüğü üzere BGB §264/I hükmünün kıyasen uygulanması hem alacaklıya alacağına kavuşma olanağı vermekte, hem de seçimlik borcun özüne uygun bir biçimde cebri icra aşamasında dahi borçluya seçim hakkını kullanabilme imkanı sunmaktadır. Ancak, söz konusu usul çerçevesinde borçlunun seçeceği edim yanında, gerek yargılama gerekse cebri icra masraflarından ayrıca sorumlu olacağını da ifade edelim⁸⁹.

85 von TUHR/PETER, 80; OSER/SCHÖNENEGER, Art. 72 N. 10; GAUCH/SCHMID/SCHRANER, Art. 72, N. 46.

86 Ayrıntılı bilgi için bkz. PALANDT/HEINRICH, §264, N. 2.

87 von TUHR/PETER, 80; GAUCH/SCHMID/SCHRANER, Art. 72, N. 46; TUNÇOMAĞ, s. 54; EREN, s. 927; SEROZAN, s. 76; NOMER, s. 207. Mevcut durumun Türk hukukunda düzenlenmemiş olmasının bir kanun boşluğu niteliğinde olduğu ve meselenin BGB §264/I hükmü çerçevesinde ele alınmasının daha isabetli olduğu yönünde bkz. TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 815. Seçimlik borca konu edimler bir işin görülmesine ya da bir şeyin verilmesine ilişkin ise, seçim hakkının kullanılmaması ve borçlunun temerrüdü nedeniyle bunlardan birinin alacaklı bakımından faydasız hale gelmesi durumunda diğerine ilişkin ifa davası açılabileceği ya da talep halinde mahkemenin borçluyu alacaklının menfaatine olan o tek edimin ifasına zorlayabileceği; şayet böyle bir durum yoksa meselenin BGB §264/I hükmü çerçevesinde ele alınmasının en adaletli ve makul çözüm yolu olduğu yönünde bkz. WEBER, Art. 72, N. 47, 48.

88 GAUCH/SCHMID/SCHRANER, Art. 72, N. 46.

89 WEBER, Art. 72, N. 48.

Diğer bir görüşe göre⁹⁰ ise alacaklı seçim hakkının kullanılmasını dava edebilir. Ancak, cebri icra sadece belirli bir edimi içerir nitelikte olabilir. Dolayısıyla mahkemece verilecek alternatif nitelikte bir hükmün cebri icrası mümkün değildir. Bu durumda alacaklı açacağı davada, verilen uygun süre içerisinde borçlunun seçim hakkını kullanmaması durumunda seçim hakkının kendisine verilmesini ya da hakimin, tarafların menfaatlerini gözetmek suretiyle edimlerden birini seçerek onun cebri icrasına hükmetmesini talep edebilir⁹¹. Belirtelim ki, seçim hakkının alacaklıya geçmesi ya da borçlunun hakimin belirleyeceği edime zorlanması hususu, amaca uygun bir çözüm olarak görülebilir. Ancak borçlunun seçim hakkını kullanmaması ihtimalinde bu hakkının kendiliğinden alacaklıya geçmesi yönündeki düşünce, alacaklıya borçluya ait olan seçim hakkını tanıma ve bu çerçevede sahip olduğu ve talep edebileceği haktan daha fazla hak bahsetme anlamına gelecek olması yönüyle haklı olarak eleştirilmiştir⁹².

Bir diğer görüş⁹³ ise, borçlu tarafından seçim hakkı kullanılmadıkça alacaklının alternatif edimlerden hiçbirini elde edemeyeceğini, bu nedenle seçim hakkı kullanılmazsa alacaklıya bir tazminat davası açma imkanı verilmesinin daha uygun olacağını ileri sürmektedir. Ancak bu görüş de alacaklının, seçimlik hakkın kullanılmasına zorlama davasının ardından, seçimi yapmayan borçluya karşı bir de tazminat davası açmak zorunda kalmasının hakkaniyete ve pratik düşünceye uygun düşmeyeceği gerekçesiyle eleştirilmiştir⁹⁴.

⁹⁰ OSER/SCHÖNENEGER, Art. 72 N. 10.

⁹¹ OSER/SCHÖNENEGER, Art. 72 N. 10. Yargıtay da vermiş olduğu bir kararında, davacının seçim hakkını kullanması için davalıya süre vermesi gerektiğini, buna rağmen seçim hakkı kullanılmazsa bu hakkın davacıya geçeceğini belirterek bu görüşü benimsemiş görünmektedir. Bkz. Y. 19. HD., 15.05.2003, E. 2002/6470, K. 2003/5090.

⁹² von TUHR/PETER, s. 80; WEBER, Art. 72, N. 48; GAUCH/SCHMID/SCHRANER, Art. 72, N. 47; TUNÇOMAĞ, s. 54. Seçim hakkının açıkça borçluya tanınması ancak borçlunun bu hakkı kullanmaması durumunda, hakkın alacaklıya veya mahkemeye geçeceği hususunda açık bir hüküm bulunmadıkça bu görüşün Türk hukuku bakımından da kabul edilemeyeceği yönünde bkz. SELİÇİ, s. 392.

⁹³ SELİÇİ, s. 392, 393.

⁹⁴ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 815; GAUCH/SCHMID/SCHRANER, Art. 72, N. 48.

Bu konuda ileri sürülen bir başka görüş⁹⁵ ise seçim hakkının borçlu tarafından kullanılmaması durumunda TBK m. 101/II (BK m. 85/II) hükmünün kıyasen uygulanarak seçim hakkının alacaklıya geçeceğini ileri sürmektedir. Bu durumda borçlu alacaklının yapacağı seçime derhal itiraz etmezse seçilen edim kesinleşir. Şayet borçlu itiraz ederse, alacaklı alternatif nitelikte bir dava açmalıdır. Buna rağmen borçlu seçim hakkını kullanmamakta direnirse BGB §264/I çerçevesinde alacaklı edimlerden birinin cebri icrasını isteyebilir; ancak alacaklının bu edimi kısmen veya tamamen elde etmesi anına kadar borçlu diğer edimi seçme hakkına sahiptir⁹⁶. Bu görüş de, Kanunda açık bir düzenleme bulunmadıkça borçlunun hangi borcu seçtiğini bildirmese dahi seçim hakkının alacaklıya geçmeyeceği ve bu çerçevede TBK m. 101/II (BK m. 85/II) hükmünün kıyasen seçimlik borçlarda uygulanamayacağı gerekçesiyle eleştirilmiştir⁹⁷.

Görüldüğü üzere, borçlunun seçim hakkını kullanmamasının hukuki sonuçları üzerine 818 sayılı Borçlar Kanunu döneminde pek çok farklı görüşler ileri sürülmüş olmasına rağmen meselenin 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda da çözümsüz bırakılması yerinde olmamıştır. Halbuki ifade ettiğimiz sorun en azından seçimlik borçları düzenleyen TBK m. 87 hükmünde ya da ayrı bir madde ile BGB §264/I hükmüne benzer bir biçimde açıklığa kavuşturulabilirdi.

2. Seçim Hakkının Alacaklı Tarafından Kullanılmaması Halinde

Seçim hakkının alacaklıya ait olduğu seçimlik borç ilişkilerinde alacaklının bu hakkını kullanmaması durumunda alacaklı temerrüdünün gerçekleşeceği kabul edilmektedir⁹⁸. TBK m. 106/I çerçevesinde yapma veya verme edimi gereği gibi kendisine önerilmiş olmasına rağmen haklı bir sebep olmaksızın onu kabulden ya da borçlunun borcunu ifa edebilmesi için kendisi tarafından yapılması gereken hazırlık fiillerini yapmaktan kaçınma alacaklı temerrüdü bakımından yeterlidir. Acaba seçimlik borçta alacaklı temerrü-

⁹⁵ SAYMEN/ELBİR, s. 607.

⁹⁶ SAYMEN/ELBİR, s. 607, 608.

⁹⁷ SELİÇİ, s. 392.

⁹⁸ von TUHR/PETER, s. 80; OSER/SCHÖNENBERGER, Art 72, N. 11; WEBER, Art. 72, N. 50; GAUCH/SCHMID/SCHRANER, Art. 72, N. 49; TUNÇOMAĞ, s. 54; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 815; SAYMEN/ELBİR, s. 608; EREN, s. 726; SELİÇİ, s. 393.

dünden söz edebilmek için söz konusu düzenlemede belirtilen şartlar ne şekilde gerçekleşmelidir? Seçimlik borçta seçim hakkı alacaklıya ait ise borçlunun ifa hazırlıklarına başlayabilmesi ve sonrasında borcunu ifa edebilmesi için alacaklının seçim hakkını kullanması gerekmektedir. Alacaklı seçim hakkını kullanmadıkça hangi edimin yerine getirileceği belirsiz niteliktedir ve borçlunun ifa hazırlığında bulunma yükümlülüğünden de söz edilemez. Bu nedenle, adi borçlarda alacaklı temerrüdü için gerekli olan borçlunun edimi alacaklıya gereği gibi önermesi (TBK m. 106/I) şartı, niteliği gereği seçimlik borçlarda aranmaz. Borçlunun seçim hakkını kullanmayan alacaklıya seçim beyanında bulunmaya davet etmesi alacaklı temerrüdü bakımından yeterli görülmelidir⁹⁹.

Alacaklı temerrüdünün şartlarının gerçekleşmesi halinde borçlunun sahip olduğu imkanlar TBK m. 107-110 hükümleri arasında belirtilmiştir. Bu çerçevede şayet borç bir şeyin teslimine ilişkinse borçlu o şeyi tevdi ederek (TBK m. 107) ya da tevdi mümkün değilse o şeyi sattırarak bedelini tevdi (TBK m. 108) ile borcundan kurtulabilmektedir. Buna karşılık şayet ifa bir şeyin teslimini gerektirmiyorsa, alacaklı temerrüdü halinde borçlu, borçlunun temerrüdüne ilişkin hükümler çerçevesinde sözleşmeden dönebilmektedir (TBK m. 110). İşte adi borç ilişkileri bakımından kolaylıkla uygulanabilirliği bulunan söz konusu düzenlemelerin seçimlik borçlarda ne şekilde uygulanacağı hususu tartışmalıdır.

Bir görüşe¹⁰⁰ göre, alacaklının temerrüdü halinde borçlu zarar ve giderleri alacaklıya ait olmak üzere vereceği şeyi tevdi ile borcundan kurtulabilirse de, seçimlik borçlarda edim birden fazla olduğu için borçlunun bunlardan hangisini tevdi ile borcundan kurtulabileceği belirsizdir. Bu halde seçimlik borca konu edimlerin tamamının tevdi edilmesi de istenemez. Zira hem alacaklı seçim yapmadıkça edimlerden hiçbiri borçlanılmış şey niteliğinde değildir, hem de edimlerin tamamının tevdi, borçlu bakımından daha ağır sonuçlara yol açabilir. Bu nedenle alacaklı seçim hakkını kullanmayarak temerrüde düşmüşse, borçlu edimlerin hiçbirini tevdi etmeyerek TBK m. 110 hükmünün kıyasen uygulanmasıyla sözleşmeden dönebilmelidir.

⁹⁹ von TUHR/PETER, s. 80; WEBER, Art. 72, N. 50; GAUCH/SCHMID/SCHRANER, Art. 72, N. 49; TUNÇOMAĞ, s. 54; EREN, s. 726; SELİÇİ, s. 393.

¹⁰⁰ von TUHR/PETER, s. 80; BECKER, Art. 72, N. 8; WEBER, Art. 72, N. 50; TUNÇOMAĞ, s. 54; SAYMEN/ELBİR, s. 608; EREN, s. 726. Ayrıca krş. GAUCH/SCHMID/SCHRANER, Art. 72, N. 49; SELİÇİ, s. 393.

Buna karşılık bir diğer görüş¹⁰¹, borçlunun ancak tevdi ile borcundan kurtulamayacağı borçlarda TBK m. 110 hükmünün sözleşmeden dönme hakkı verdiğini belirterek söz konusu düzenlemenin açık ifadesi karşısında vermeye ilişkin seçimlik borçlarda uygulanabilirliğinin bulunmadığını ifade etmiştir. Bu nedenle bu görüşe göre borçlu uygun bir süre vererek alacaklının seçim hakkını kullanmasını talep edebilir. Süresi içinde seçim hakkı kullanılmazsa borçlu alacaklıyı seçim hakkını kullanması hususunda dava etmelidir. Ancak bu görüş de seçim hakkının alacaklı bakımından bir hak olduğu ve alacaklının bu hakkını kullanıp kullanmamakta serbest bulunduğu, dolayısıyla borçlunun alacaklıyı bu hakkını kullanması hususunda zorlayıcı bir dava açamayacağı gerekçeleriyle eleştirilmiştir¹⁰². Yapılan eleştirilere rağmen, seçimi yapma alacaklı bakımından bir yükümlülük niteliğinde ise borçlunun temerrüt halindeki alacaklıya seçim hakkını kullanması hususunda dava açma hakkının varlığı da genel olarak kabul edilmektedir¹⁰³. Bu durumda zamanında seçim hakkını kullanmayan alacaklı borçlu temerrüdü hükümleri çerçevesinde sorumlu tutulabilir ve örneğin borçlu ek süre vererek ya da süreye gerek olmayan hallerde doğrudan doğruya ifadan vazgeçerek müsbet zararını veya sözleşmeden dönerek menfi zararını alacaklıdan talep edebilir (TBK m. 125)¹⁰⁴.

Bizim de katıldığımız diğer bir görüş¹⁰⁵ ise alacaklının seçim hakkını kullanmaması halinde BGB § 264/II hükmünün kıyasen uygulanmasının daha uygun olacağı düşüncesindedir. Buna göre borçlu seçimi yapması hususunda alacaklıya uygun bir süre vermelidir. Şayet bu sürenin sonunda alacaklı seçimi yapmazsa bu hak borçluya geçecektir. Bu durumda borçlu seçeceği edimi tevdi ile ya da tevdi mümkün değilse satım sonrası bedeli tevdi

¹⁰¹ OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 72, N. 11. Ayrıca krş. GAUCH/SCHMID/SCHRANER, Art. 72, N. 49; SELİÇİ, s. 393, 394.

¹⁰² von TUHR/PETER, s. 80; EREN, s. 726; SELİÇİ, s. 394.

¹⁰³ von TUHR/PETER, s. 80; WEBER, Art. 72, N. 51; GAUCH/SCHMID/SCHRANER, Art. 72, N. 50; EREN, s. 726; SELİÇİ, s. 394.

¹⁰⁴ WEBER, Art. 72, N. 51, 52; GAUCH/SCHMID/SCHRANER, Art. 72, N. 50; SELİÇİ, s. 394.

¹⁰⁵ GAUCH/SCHMID/SCHRANER, Art. 72, N. 49; SAYMEN/ELBİR, s. 608; SEROZAN, s. 76; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 815; SELİÇİ, s. 394.

ile borcundan kurtulabilme imkanına sahiptir¹⁰⁶. Görüldüğü üzere, basit ve pratik bir sonucu içermesi nedeniyle böyle bir çözüm yoluna gidilmesi daha uygundur.

3. Seçim Hakkının Üçüncü Kişi Tarafından Kullanılmaması Halinde

Şayet seçim hakkı üçüncü kişiye bırakılmışsa, üçüncü kişi seçim hakkını kullanmadıkça alacaklının borçludan ifa talebinde bulunması mümkün değildir. Seçim hakkı üçüncü kişiye bırakılmışsa onun seçim hakkını hakkaniyete uygun bir biçimde kullanması, keyfi bir şekilde davranmaması gerektiği kabul edilmelidir. Ancak seçim hakkının üçüncü kişiye bırakılmasının niteliği, farklı sonuçları da beraberinde getirecektir. Öncelikle seçim hakkı üçüncü kişinin tamamen serbest arzusuna bırakılmışsa, diğer bir ifadeyle bu kişi seçimi yapıp yapmamakta tamamen serbest ise borç ilişkisi geciktirici koşula bağlı bir borç niteliğindedir¹⁰⁷. Bu durumda meseleye koşula bağlı borçları düzenleyen hükümler çerçevesinde çözüm üretilecek ve üçüncü kişi seçim hakkını kullanmaya zorlanamayacağı gibi seçim hakkı kullanılmadıkça şart da gerçekleşmeyeceği için asıl edim borcu da doğmayacaktır. İfade ettiğimiz durumda üçüncü kişi seçim hakkını kullanmamışsa onun yerine hakim in edimi belirlemesi de mümkün değildir.

Buna karşılık seçim hakkı üçüncü kişinin tamamen serbest arzusuna değil de, sırf birkaç edim arasından taktir edeceği birini seçmesine ilişkin olabilir. İfade ettiğimiz durum seçimlik borcun üçüncü kişinin seçimi yapması koşuluna bağlı bir nitelik taşımamakta, aksine hüküm ifade eden borç ilişkisinde borcun konusunu belirleme üçüncü kişiye bırakılmış sayılmaktadır. Böyle bir durumda seçim hakkını kullanmaktan kaçınan üçüncü kişinin cebri icra ya da dava yoluyla seçim hakkını kullanmaya zorlanması elbette ki mümkün değildir¹⁰⁸. Ancak seçim hakkı kullanılmazsa, sözleşmeye veya

¹⁰⁶ PALANDT/HEINRICHS, §264, N. 3. Federal mahkemeye göre de seçim hakkını kullanmayan alacaklıya hakkını kullanması için uygun bir süre verilmeli, süre sonunda da seçim hakkı kullanılmazsa seçim hakkı borçluya geçmelidir. Borçlu seçeceği edime göre alacaklı temerrüdü hükümleri çerçevesinde tevdi veya bedeli tevdi ile borcundan kurtulabilir ya da sözleşmeden dönebilir. Bkz. BGE 110 II 148 (WEBER, Art. 72, N. 50).

¹⁰⁷ OSER/SCHÖNENBERGER, Art 72, N. 12; BECKER, Art. 72, N. 10; WEBER, Art. 72, N. 50; GAUCH/SCHMID/SCHRANER, Art. 72, N. 53; TUNÇOMAĞ, s. 54; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 815; SAYMEN/ELBİR, s. 608; EREN, s. 727; SELİÇİ, s. 395.

¹⁰⁸ WEBER, Art. 72, N. 53; GAUCH/SCHMID/SCHRANER, Art. 72, N. 55.

sözleşmede kararlaştırılmasa dahi o andaki hal ve şartlar çerçevesinde ve edime ilişkin seçim hakkının devrini haklı gösterebilecek hususlara göre seçim hakkı taraflardan birine geçebilir¹⁰⁹ veya üçüncü kişi seçim hakkını kullanmaktan kaçınırsa onun yerine seçimi hakimnin yapması talep edilebilir¹¹⁰. Ayrıca, her ne kadar üçüncü kişinin seçim hakkını kullanmaması durumunda onun cebri icra ya da dava yoluyla seçim hakkını kullanmaya zorlanması mümkün değilse de, üçüncü kişi seçim hakkını kullanacağı yönünde bir taahhütte bulunmuşsa, örneğin seçim hakkı ücretli bir şekilde ekspere veya bilirkişiye bırakılmışsa, bu kimseler taahhütlerine uymamanın sonuçlarına katlanmalıdır¹¹¹. Bu çerçevede taraflar uğradıkları zararı seçim hakkını kullanmaktan kaçınan veya zamanında kullanmayan üçüncü kişiden talep edebilmelidirler. Buna karşılık tarafların seçim hakkını üçüncü kişiye bıraktıkları, ancak bu kimsenin seçime ilişkin herhangi bir taahhüdünün bulunmadığı hallerde, elbette tarafların bu kimseden tazminat talebinde bulunmalarından da söz edilemez.

C. Seçimlik Borçta Edimin İmkansız Olması ve Sonuçları

1. Genel Olarak

İsviçre-Türk hukuklarında seçimlik borca konu edimlerden birinin imkansız olmasının sonuçlarına ilişkin herhangi bir düzenlemeye yer verilmiş değildir. Halbuki Alman Medeni Kanunu §265 hükmü bu hususu ayrı bir madde olarak ele almıştır. İfanın imkansız olmasına bağlı olarak her iki hukuk düzeni bakımından da mesele BGB §265 hükmünün de yardımıyla genel hükümler çerçevesinde çözümlenmeye çalışılmıştır. Bu çerçevede seçimlik borca konu edimlerden birinin borcun doğumundan önce, doğumundan sonra ve fakat seçim hakkının kullanılmasından önce ve seçim hakkının kullanılmasından sonra meydana gelmesi ihtimallerinin ayrı ayrı ele alınması gerekmektedir.

¹⁰⁹ WEBER, Art. 72, N. 53.

¹¹⁰ OSER/SCHÖNENBERGER, Art 72, N. 12; GAUCH/SCHMID/SCHRANER, Art. 72, N. 54; TUNÇOMAĞ, s. 54; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 815; SAYMEN/ELBİR, s. 608; SELİÇİ, s. 395; NOMER, s. 207.

¹¹¹ WEBER, Art. 72, N. 53; GAUCH/SCHMID/SCHRANER, Art. 72, N. 55.

2. Başlangıçtaki İmkansızlık

Seçimlik borçlarda edimlerden birinin sözleşme yapılırken objektif olarak imkansız olması halinde seçim hakkı sahibinin ifası mümkün olan diğer edimi seçebileceği kabul edilmekle birlikte, öğretide sözleşmenin ancak seçim hakkı sahibinin imkansız edimin durumunu bilseydi sözleşmeyi yapmayacağı sonucuna varılırsa TBK m. 27/II hükmü çerçevesinde geçersiz sayılacağı ileri sürülmüştür¹¹². Kanaatimizce sözleşmenin geçersizliğine ilişkin böyle bir sınırlamaya gitme, seçimlik borcun niteliği ile örtüşmemektedir. Zira seçimlik borçlarda seçim hakkı kullanılıncaya kadar asıl yerine getirilmesi gereken edim belirsizdir ve bunu belirli hale getirecek kişi seçim hakkı sahibidir. Dolayısıyla seçimlik borca konu edimlerden birinin başlangıçtan itibaren objektif olarak imkansız olmasına bağlı olarak diğer edimin seçilerek borcun ifası ya da sözleşmenin geçersizliği sonucunun doğması seçim hakkı sahibinin seçimine bağlıdır. Ancak seçim hakkının kullanılarak ifade ettiğimiz ihtimallerin doğabilmesi, seçim hakkı sahibinin bu imkansızlığı bilip bilmemesine göre farklılık arz edecektir.

Hemen ifade etmek gerekirse, seçim hakkı taraflardan hangisine ait olursa olsun başlangıçtaki imkansızlık kendiliğinden sözleşmenin geçersiz olması sonucunu elbette doğurmaz. Seçim hakkı borçluya aitse ve borçlu imkansızlığı bilmiyorsa ifası mümkün olan edimi seçerek borcunu ifa edebilir¹¹³. Fakat borçlu menfaati gerektiriyorsa imkansız olan edimi seçerek sözleşmenin TBK m. 27/I çerçevesinde geçersiz hale gelmesini de sağlayabilir¹¹⁴. Dolayısıyla meseleyi sınırlandırarak TBK m. 27/II çerçevesinde ele alan ve sadece borçlunun imkansız edimin durumunu bilseydi sözleşmeyi yapmayacağına anlaşılması halinde geçersizliği ileri sürmenin yerinde olmadığı düşüncesindeyiz. İmkansızlığı bilmeyen borçlu dilerse mümkün olan edimi seçerek ifa edebilmeli, dilerse imkansız olanı seçerek sözleşmeyi geçersiz hale getirebilmelidir.

Buna karşılık borçlu seçimlik borçta edimlerden birinin daha sözleşme yapılırken objektif olarak imkansız olduğunu biliyorsa ona hala tam bir seçim hakkı verme hakkaniyete uygun bir çözüm olmasa gerektir. Bu nedenle

¹¹² WEBER, Art. 72, N. 55; OĞUZMAN/ÖZ, s. 303; TUNÇOMAĞ, s. 55; SAYMEN/ELBİR, s. 609; EREN, s. 927, 928.

¹¹³ OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 72, N. 14; WEBER, Art. 72, N. 55.

¹¹⁴ BECKER, Art. 72, N. 13; WEBER, Art. 72, N. 55.

borçlunun imkansızlığı bildiği durumda onun diğer edimi seçme hakkının bulunmadığı genel olarak kabul edilmekle birlikte, bu durumda diğer edimin borcun tek konusu haline mi geleceği yoksa sözleşmenin kendiliğinden TMK 27/I çerçevesinde geçersiz hale gelerek alacaklının menfi zararının tazmininin mi gerekeceği hususu belirsizdir¹¹⁵. Kanaatimizce bu durumda alacaklının menfaatine uygun bir çözüm benimsenerek ya seçim hakkı alacaklıya tanınmalı ya da hakim, tarafların menfaatlerini gözeterak edimlerden birini seçerek onun ifasına karar verebilmelidir. Zira öğretilde¹¹⁶ seçim hakkının kullanılmaması halinde dahi alacaklının mahkemeden seçim hakkının kendisine verilmesini isteyebileceği kabul edildiğine göre borçlunun başlangıçtaki objektif imkansızlığı bildiği halde sözleşme yapmasında bu sonuca katlanması en makul çözüm yolu olarak görülmelidir.

Öte yandan seçim hakkının alacaklıya ait olduğu hallerde borçlunun edimlerden birinin sözleşme yapılırken objektif olarak imkansız olduğunu bilip bilmemesinin alacaklının seçim hakkına etki etmeyeceği düşüncesindeyiz. Zira bu durumda da sözleşme kendiliğinden geçersiz hale gelmeyecektir. Alacaklı ifası mümkün olan edimi seçerek onun yerine getirilmesini talep edebileceği gibi, menfaati gerektiriyorsa imkansız olan edimi de seçebilir. Şayet imkansız olan edim seçilirse, sözleşme her durumda geçersiz sayılacak, fakat alacaklının menfi zararını talep edebilmesi borçlunun edimin imkansızlığını bilmesine bağlı olacaktır. Elbette menfi zararının karşılanması talep edebileceği düşünülecek olursa alacaklının imkansız olan edimi seçmesi, daha çok borçlunun imkansızlığı bilmesi halinde işlevseldir. Ancak somut olay çerçevesinde karşı edim yükümlülüğünden kurtulmak isteyen alacaklının borçlunun objektif imkansızlığı bilmediği durumda da imkansız edimi seçmesi ve herhangi bir tazminat talebinde bulunmaması da sözleşmeyi geçersiz hale getirmesi olasıdır.

¹¹⁵ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **SELİÇİ**, s. 396 vd.; **WEBER**, Art. 72, N. 55, 56.

¹¹⁶ **OSER/SCHÖNENEGER**, Art. 72 N. 10.

3. Borcun Doğumundan Sonra Seçim Hakkının Kullanılmasından Önceki İmkansızlık

a. Tarafların Kusurunun Bulunmaması Halinde

Seçimlik borca konu edimlerden biri borcun doğumundan sonra ancak henüz seçim hakkının kullanılmasından önce tarafların kusuruna dayanmayan herhangi bir nedenle imkansız hale gelmiş olabilir. TBK m. 136/I hükmü adi borç ilişkilerinde tarafların kusuru olmaksızın borcun doğumundan sonraki imkansızlık halini düzenlemekte ve bu durumda borcun sona ereceğini ifade etmektedir. Acaba seçimlik borçlarda edimlerden birine ilişkin kusursuz ifa imkansızlığı hangi sonucu doğuracaktır?

Bu konudaki hakim görüş¹¹⁷ “temerküz prensibi”dir. Buna göre edimlerden biri taraflardan hiç birinin imkansızlıktan sorumlu tutulamadığı mücbir sebep, olağanüstü neden ya da üçüncü kişinin ağır kusuru gibi bir nedene dayalı olarak sonradan imkansızlaşır veya baştaki imkansızlık subjektif ise, seçim hakkı ister borçluya, ister alacaklıya isterse üçüncü kişiye ait olsun diğer edim kendiliğinden borcun konusu haline gelir. Zira borçlanılmış olarak kalan şey sadece diğer edimdir. Yine bu görüşe göre seçimlik borca konu edimler ikiden fazla ise ve bunlardan sadece biri taraflara yüklenemeyecek bir nedene dayalı olarak imkansız hale gelmişse, seçim hakkı yine yalnızca geri kalan edimler bakımından kullanılabilir; imkansız olan edim borcun konusu olmaktan çıkar¹¹⁸.

Görüldüğü üzere savunulan bu görüş çerçevesinde seçim hakkı borçluda ise o, imkansız hale gelen edimi seçtiğini beyan ederek borcundan kurtulmayacak; bu hak alacaklıda ise somut olay çerçevesinde karşı edim yükümlülüğünden kurtulmak isteyen alacaklı herhangi bir tazminat talebi bulunmasa dahi imkansız olan edimi seçemeyecektir¹¹⁹. Bu durumda kime ait olursa olsun seçim hakkı sona erecek ve borcun diğer edimle ifası zorunluluğu doğacaktır.

¹¹⁷ OSER/SCHÖNENBERGER, Art 72, N. 15; von TUHR/PETER, s. 81; SAYMEN/ELBİR, s. 609; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 816; OĞUZMAN/ÖZ, s. 303; TUNÇOMAĞ, s. 55; EREN, s. 928; SELİÇİ, s. 396.

¹¹⁸ OSER/SCHÖNENBERGER, Art 72, N. 15; von TUHR/PETER, s. 81; OĞUZMAN/ÖZ, s. 303; SELİÇİ, s. 396.

¹¹⁹ SAYMEN/ELBİR, s. 609.

Bizim de katıldığımız, ancak azınlıkta kalan diğer bir görüşe¹²⁰ göre ise şayet seçimlik borca konu edimlerden biri sözleşmenin yapılmasından sonra fakat henüz seçim hakkı kullanılmadan önce imkansız hale gelmişse ve bu imkansızlık taraflardan herhangi birinin kusuruna dayanmıyorsa, ifası mümkün olan edim kendiliğinden borcun tek konusu haline gelmez. Bu durumda seçim hakkı sahibi ifası mümkün olan edimi seçerek ifasını talep edebileceği gibi imkansız olan edimi seçerek buna ilişkin sonuçların (TBK m. 136) meydana gelmesini de sağlayabilir. Zira seçimlik borçta temel ilke, seçim hakkının kullanılması anına kadar seçim hakkı sahibinin menfaatlerinin önemli olmasıdır¹²¹. Böyle bir menfaat ise seçim anında ifası mümkün edimde ya da imkansız olan edimde bulunabilir. Örneğin ifası hala mümkün olan edim taşınır bir mala ilişkin olsa ve seçim zamanında söz konusu mala talep artmış bulursa, seçim hakkı sahibi borçlu malın az bulunması ve değerinin daha da artabileceği yönündeki saiklerle menfaatinin gerektirdiği şekilde hareket edebilir ve imkansız olan edimi seçebilir¹²².

Bu görüşe paralel olarak seçimlik borca konu edimlerin ikiden fazla olduğu ve bunlardan sadece birinin imkansız hale geldiği hallerde, seçim hakkının yalnızca geri kalan edimler bakımından kullanılabilmesi düşüncesine de¹²³ katılmamaktayız. Zira ikiden fazla edimi içeren seçimlik borçta taraflara yüklenemeyecek bir nedene dayalı olarak edimlerden biri imkansız olsa dahi seçim hakkı sahibi menfaatinin gerektirdiği şekilde diğer edimlerden birini ya da imkansız olanı seçebilmelidir. Görüldüğü üzere, seçimlik borcun konusu iki veya daha fazla edimi içerse de, TBK m. 136/I çerçevesinde borcun kendiliğinden sona ermesi ve borçlunun borcundan kurtulması, sadece bu edimlerin tamamının taraflara yüklenemeyen bir nedenle imkansız olması halinde gerçekleşecektir¹²⁴.

¹²⁰ WEBER, Art. 72, N. 57; GAUCH/SCHMID/SCHRANER, Art. 72, N. 58.

¹²¹ WEBER, Art. 72, N. 57; GAUCH/SCHMID/SCHRANER, Art. 72, N. 58.

¹²² WEBER, Art. 72, N. 57. Kusura dayanmayan imkansızlık durumunda dahi seçim hakkının varlığını kabul eden bu görüş, Borçlar Kanunu'nda düzenlenen seçimlik borç ilişkisinin niteliğine uygun düşmediği gerekçesiyle eleştirilmiştir. Bkz. OSER/SCHÖNENBERGER, Art 72, N. 15; von TUHR/PETER, s. 81; EREN, s. 928.

¹²³ OSER/SCHÖNENBERGER, Art 72, N. 15; von TUHR/PETER, s. 81; OĞUZMAN/ÖZ, s. 303; SELİÇİ, s. 396.

¹²⁴ Ayrıca krş. OSER/SCHÖNENBERGER, Art 72, N. 18; TUNÇOMAĞ, s. 55; SELİÇİ, s. 396.

Öte yandan, edimlerden birinin sonradan imkansızlaştığı ve taraflardan hiç birinin imkansızlıktan sorumlu tutulamadığı hallerde imkansızlaşan edimin yerine kaim değer elde edilmişse (surrogat), seçim hakkı imkansızlaşmayan edimle bu kaim değer arasında yine devam edecektir¹²⁵.

b. İmkansızlığın Tarafların Kusuru İle Gerçekleşmesi Halinde

Borcun doğumundan ancak seçim hakkının kullanılmasından önce edimlerden birinin imkansız olması tarafların kusurlu bir davranışına dayanabilir. Gerçekten yapılan sözleşme çerçevesinde 10.000 TL satım bedeli ile vazo ya da tablo teslimine ilişkin meydana gelen bir seçimlik borç ilişkisinde borçlu örneğin vazoyu dikkatsizliği sonucu kırmış ve onun ifasını kusuruyla imkansız hale getirmiş olabilir. Bunun yanında böyle bir durumun alacaklının kusuruyla meydana gelmesi de olasıdır. Özellikle seçimlik borca konu edimlerden birinin herhangi bir nedenle örneğin tecrübe ve muayene amacıyla alacaklıya teslim edildiği sırada, alacaklı kusuru ile bu edimin imkansızlığına neden olmuş olabilir¹²⁶.

Taraflardan birinin imkansızlıktan sorumlu olduğu bu gibi hallerin seçim hakkına ne şekilde etki edeceği hususu İsviçre-Türk hukukunda düzenlenmemiştir. Bu konuda genel kabul gören görüş¹²⁷ Alman hukukundaki düzenleme (BGB §265) çerçevesinde sorunu ele almakta ve seçim hakkının imkansızlıktan sorumlu tutulana ait olduğu durumlarda ifası mümkün olan edimin kendiliğinden borcun tek konusu haline geleceğini, buna karşılık seçim hakkının imkansızlıktan sorumlu olmayana ait olduğu hallerde bu kişinin dilerse imkansızlaşmış edimi dilerse de ifası mümkün olanı seçebileceğini kabul etmektedir. Şu halde meselenin imkansızlıktan borçlunun veya alacaklının sorumlu olmasına göre ayrı ayrı ele alınması ve her biri bakımın-

¹²⁵ İmkansızlaşan edimin yerine kaim değer elde edilmişse (surrogat), seçim hakkının imkansızlaşmayan edimle bu kaim değer arasında devam etmesinin, sadece seçim hakkının alacaklıda olduğu durumlarda söz konusu olabileceği yönünde bkz. **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 303. Ancak, katıldığımız görüşe uygun olarak, böyle bir durumda seçim hakkı borçluya ait olsa da sonuç değişmemeli ve borçlu dilerse ifası mümkün edimi, dilerse imkansızlaşan edimin yerine elde edilen kaim değeri seçerek borcunu ifa edebilmelidir.

¹²⁶ **TUNÇOMAĞ**, s. 55.

¹²⁷ **OSER/SCHÖNENBERGER**, Art 72, N. 15; **von TUHR/PETER**, s. 81; **GAUCH/SCHMID/SCHRANER**, Art. 72, N. 59. **SAYMEN/ELBİR**, s. 609; **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 304; **TUNÇOMAĞ**, s. 55; **SELİÇİ**, s. 396.

dan seçim hakkının kime ait olduğu perspektifinde değerlendirilmesi gerekmektedir.

aa. Borçlunun Kusuru İle Meydana Gelen İmkansızlık

Şayet seçim hakkı borçluda ve imkansızlık da kendi kusuru neticesinde meydana gelmişse, meselenin ne şekilde çözümleneceği tartışmalıdır. Bir görüşe göre bu durumda ifası mümkün olan diğer edim borcun tek konusu haline gelir¹²⁸. Belirtelim ki, bu görüşün temelinde borca aykırılık niteliğindeki kusurlu ifa imkansızlığını da düzenleme konusu yapan TBK m. 112 (EBK m. 96) hükmünün farklı yorumlanması yatmaktadır. Zira burada savunulan düşünceye göre, imkansızlık borçlunun kusuruna dayansa da, TBK m. 136/I (EBK m. 117) hükmünde olduğu gibi TBK m. 112 (EBK m. 96) hükmünce borç sona erer; sadece imkansızlıktan sorumlu olan borçlu alacaklının zararlarını tazmin yükümlülüğü altına girer. Şu halde, seçimlik borçlarda da edimlerden biri borçlunun kusuru ile imkansız hale gelirse, borç imkansızlaşan edim bakımından sona erdiği için seçim hakkı da sona erecektir. Fakat bu görüşe göre ifası mümkün olan edim sonradan borçlunun kusuru olmaksızın imkansız hale gelirse, borçlu ilk edimin imkansızlaşmasından dolayı sorumlu olmaya devam edecek ve alacaklı uğradığı zararın tazminini imkansızlıktan sorumlu olan borçludan talep edebilecektir¹²⁹. Yine bu görüşe göre edimlerin tamamı borçlunun kusuru ile imkansız hale gelmişse, her birinin yerini tazminat sorumluluğu alacağından, borçlu seçimlik tazminatlardan birini seçerek borcunu ifa edebilecektir¹³⁰.

Diğer bir görüşe¹³¹ göre ise imkansızlığa kendi kusuru ile neden olsa da borçlu hala seçim hakkına sahip olmalıdır. Bu görüşün temelinde de kusurlu ifa imkansızlığını düzenleme konusu yapan TBK m. 112 (EBK m. 96) hükmünün bir diğer yorumu yatmaktadır. Zira bu görüşe göre söz konusu düzen-

¹²⁸ OSER/SCHÖNENBERGER, Art 72, N. 15; von TUHR/PETER, s. 81; GAUCH/SCHMID/SCHRANER, Art. 72, N. 59; SAYMEN/ELBİR, s. 609; OĞUZMAN/ÖZ, s. 304; TUNÇOMAĞ, s. 55.

¹²⁹ von TUHR/PETER, s. 81; GAUCH/SCHMID/SCHRANER, Art. 72, N. 59; SAYMEN/ELBİR, s. 609; OĞUZMAN/ÖZ, s. 304, dn. 137; TUNÇOMAĞ, s. 55.

¹³⁰ von TUHR/PETER, s. 81; GAUCH/SCHMID/SCHRANER, Art. 72, N. 59; SAYMEN/ELBİR, s. 609; OĞUZMAN/ÖZ, s. 305; TUNÇOMAĞ, s. 55; SELİÇİ, s. 398.

¹³¹ BECKER, Art. 72, N. 13; WEBER, Art. 72, Art. 60.

leme çerçevesinde, borcun konusu borçlunun kusuru ile imkansız hale gelmişse borç sona ermez; yerini tazminat borcu alır. Dolayısıyla seçimlik borçlarda edimlerden biri borçlunun kusuruyla imkansız hale gelse dahi, seçim hakkı sona ermez ve imkansızlaşan edimin yerini alan tazminat edimi dahi seçilerek borç ifa edilebilir¹³². Bu çerçevede borçlu ifası hala mümkün olan edimi seçerek borcunu ifa ya da imkansız olan edimi seçerek TBK m. 112 (OR Art. 97) hükmü çerçevesinde alacaklının zararını tazmin edebilir.

Belirtelim ki, Alman hukukunda yer alan özel düzenleme bizim hukukumuzda bulunmamakla birlikte ilk görüş hem hakkaniyete hem de Borçlar Kanunu'nun sistemine daha uygundur¹³³. Öte yandan edimi kendi kusuruyla imkansız hale getiren borçluya, hala seçim hakkının tanınması, borca uygun davranmayan tarafa, buna rağmen kendi menfaatini gözetebilme hakkı verme anlamına da gelebilecektir¹³⁴. Dolayısıyla seçim hakkı borçluya aitse ve imkansızlık da kendi kusuru neticesinde meydana gelmişse, ifası mümkün olan diğer edim borcun tek konusu haline gelmeli ve borçlu imkansız olan edimi seçme hususunda herhangi bir seçim hakkına sahip olamamalıdır.

Şayet imkansızlık borçlunun kusuru neticesinde meydana gelmiş ve seçim hakkı da alacaklı ya da üçüncü kişide ise, seçim hakkı sahibinin dilerse imkansız olan edimi seçerek TBK m. 112 (OR Art. 97) çerçevesinde zararların tazminini dilerse ifası mümkün olan edimi tercih ederek borcun ifasını seçebileceği genel olarak kabul edilmektedir¹³⁵. Buna karşılık, edimlerden birinin borçlunun kusuru ile imkansızlaşması halinde borcun söz konusu edim bakımından sona ereceği, dolayısıyla bu edim bakımından seçim hakkının da ortadan kalkacağı ve seçim hakkı sahibi alacaklının ya da üçüncü kişinin sadece ifası mümkün olan edimi seçebileceği de savunulmaktadır¹³⁶. Kanaatimizce borçlunun kusuruyla edimin imkansız olmasına bağlı sonuçlara alacaklının katlanması anlamına gelebilecek ikinci görüş yerine ilk görüşün üstün tutulması gerekmektedir. Dolayısıyla alacaklı ya da üçüncü kişi

¹³² **BECKER**, Art. 72, N. 13; **WEBER**, Art. 72, Art. 60.

¹³³ **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 304; **SELİÇİ**, s. 397.

¹³⁴ **GAUCH/SCHMID/SCHRANER**, Art. 72, N. 59.

¹³⁵ **von TUHR/PETER**, s. 81; **GAUCH/SCHMID/SCHRANER**, Art. 72, N. 60; **SAYMEN/ELBİR**, s. 609; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 816; **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 304; **TUNÇOMAĞ**, s. 55; **EREN**, s. 928, 929.

¹³⁶ **WEBER**, Art. 72, N. 61; **SELİÇİ**, s. 399.

seçim hakkını imkansız edimi seçerek tazminat ödenmesi ya da ifası mümkün edimi seçerek ifa edilmesi yönünde kullanılabilir. Ancak, şayet alacaklı ya da üçüncü kişi ifası mümkün olan edimi seçerse, seçim hakkı kullanılarak tüketildiği için ifadan önce borçlunun kusuru olmaksızın seçilen edim imkansız hale gelirse borç sona erer. Bu durumda alacaklının artık borçlunun kusuruyla imkansız hale gelen ve seçilmeyen diğer edime ilişkin menfaatini TBK m. 112 çerçevesinde talep etmesi mümkün değildir.

bb. Alacaklının Kusuru İle Meydana Gelen İmkansızlık

Daha önce de ifade edildiği üzere, alacaklı herhangi bir nedenle seçim hakkı kullanılmadan önce seçimlik borca konu edimlerden birine zilyet bulunabilir ve alacaklının kusuruyla bu edim imkansız hale gelebilir. Bu durumda da meselenin, seçim hakkının alacaklıya, borçluya ya da üçüncü kişiye ait olması bağlamında ele alınması gerekmektedir.

Şayet seçim hakkı alacaklıya aitse ve edimlerden biri alacaklının kusuru ile imkansızlaşmışsa alacaklının seçime ilişkin durumu tartışmalıdır. Öğretide bir görüşe göre¹³⁷, imkansızlık alacaklının kusurlu bir davranışı ile gerçekleşse dahi seçim hakkı sahibi alacaklı dilerse ifası mümkün olan dilerse imkansız olan edimi seçebilmelidir. Şayet alacaklı imkansız olan edimi seçerse, o edimden vazgeçmiş sayılır, ancak bu durumda alacaklı borçlunun imkansızlık nedeniyle uğradığı zararlardan ayrıca sorumlu tutulur. Şu halde alacaklı kendisi için en az zararlı durumu değerlendirerek seçim hakkını kullanabilmelidir. Alacaklı sadece imkansız edim için zararı tazmin yükümlülüğü altında olmadığından, aksine diğer ifası mümkün edimi kabul ve kendi edimini de yerine getirmek zorunda kalacağından, ona imkansız olan edimi de seçme hakkının verilmesi bu görüşün dayandığı bir diğer gerekçedir¹³⁸.

Bizim de katıldığımız görüş¹³⁹ ise, BGB § 265/II hükmünün İsviçre-Türk hukuku bakımından uygulanması ile meselenin çözüme kavuşturulabileceği yönündedir. Buna göre edimlerden birinin alacaklının kusuru ile im-

¹³⁷ OSER/SCHÖNENBERGER, Art 72, N. 16; ; GAUCH/SCHMID/SCHRANER, Art. 72, N. 62; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 816; TUNÇOMAĞ, s. 55; EREN, s. 928, 929.

¹³⁸ OSER/SCHÖNENBERGER, Art 72, N. 16; GAUCH/SCHMID/SCHRANER, Art. 72, N. 62.

¹³⁹ BECKER, Art. 72, N. 15; OĞUZMAN/ÖZ, s. 305; SAYMEN/ELBİR, s. 609.

kansızlaşması halinde alacaklı imkansızlaşmamış edimi seçmiş gibi borcun konusu bu edim olur. Bu çerçevede borçlu bir taraftan ifası mümkün olan edimi yerine getirme borcu altına girerken, diğer taraftan alacaklının imkansızlaştırdığı edim nedeniyle malvarlığına ilişkin zararın tazminini ondan talep edebilir¹⁴⁰. Hakkaniyete daha uygun düşen bu görüş özellikle edimi kendi kusuruyla imkansız hale getiren alacaklının, buna rağmen kendi menfaatini gözetebilme yönündeki aksaklığı da ortadan kaldıracaktır. Dolayısıyla seçim hakkı alacaklıya aitse ve imkansızlık da kendi kusuru neticesinde meydana gelmişse, ifası mümkün olan diğer edim borcun tek konusu haline gelmeli ve alacaklı imkansız olan edimi seçme hususunda herhangi bir seçim hakkına sahip olamadığı gibi buna ilişkin borçlunun zararını tazmin yükümlülüğü altına girmelidir.

Edimlerden biri alacaklının kusuru ile imkansız hale gelmişse ve seçim hakkı da borçluda veya üçüncü kişide ise bu kimseler ifası mümkün edimi ya da imkansız olan edimi seçebilir¹⁴¹. Seçim hakkı sahibi borçlu veya üçüncü kişi halen mümkün olan edimi seçerse, borçlu o edimi ifa eder ve imkansızlığına sebebiyet verdiği edim için de haksız fiil hükümlerince alacaklıdan tazminat talep edebilir¹⁴². Eğer borçlu imkansız olan edimi seçerse, diğer edim borcun konusu olmaktan çıkar ve mesele TBK m. 136/I çerçevesinde çözümlenir. Belirtelim ki, böyle bir durumda borçlunun iki tarafa borç yükleyen sözleşmede karşı edimi talep edip edemeyeceği Kanunda düzenlenmemiştir. Taraflardan herhangi birinin neden olmadığı imkansızlığa ilişkin risk paylaştırıldığı için burada TBK m. 136/II hükmünün uygulanmasından da söz edilemez. Fakat İsviçre-Türk hukukunda düzenlenmeyen bu hususa ilişkin BGB §324 hükmünün kıyasen uygulanmasının mümkün olduğu ileri sürülmektedir¹⁴³. Şu halde, söz konusu düzenleme çerçevesinde borçlu kendi edimini ifa etmiş gibi davranarak, karşı edimin hesaplanacak değeri nispe-

¹⁴⁰ OĞUZMAN/ÖZ, s. 305; SAYMEN/ELBİR, s. 609. Seliçi, bu görüşü TBK m. 136/I (EBK m. 117) bağlamında Kanuna uygun bir çözüm olarak görmekte birlikte, alacaklının bizzat kendisinin sorumlu olduğu bir davranış nedeniyle borçlunun hukuki durumunun kötüleşebileceğini ileri sürmektedir. Bkz. SELİÇİ, s. 399.

¹⁴¹ von TUHR/PETER, s. 81; GAUCH/SCHMID/SCHRANER, Art. 72, N. 61; WEBER, Art. 72; N. 63; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 816, 817; OĞUZMAN/ÖZ, s. 305; TUNÇOMAĞ, s. 55.

¹⁴² TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 816, 817; OĞUZMAN/ÖZ, s. 305.

¹⁴³ von TUHR/PETER, s. 134; WEBER, Art. 72, N. 64; GAUCH/SCHMID/SCHRANER, Art. 72, N. 61.

tinde hem kendi edimini ifadan kurtulma, hem de aradaki farkın kendisine ödenmesini talep hakkına sahip olabilir.

4. Seçim Hakkının Kullanılmasından Sonraki İmkansızlık

Şayet seçim hakkı kullanıldıktan sonra borcun konusu imkansız hale gelirse, o ana kadar bir tek edim borçlanılmış ve imkansız hale gelmiş gibi sonuç doğurur. Diğer bir anlatımla imkansızlık seçim hakkı kullanıldıktan sonra meydana gelmişse, seçimlik borç adi bir borç haline geleceğinden, ifası hala mümkün olan, ancak seçilmeyerek borcun konusu olmaktan çıkan diğer edimin ifası talep edilemez. Buna karşılık seçilerek basit bir borcun konusu haline gelen imkansız olan edime ilişkin olarak da kusurlu (TBK m. 112) veya kusura dayanmayan (TBK m. 136) ifa imkansızlığına ilişkin hükümler uygulama alanı bulacaktır¹⁴⁴.

¹⁴⁴ WEBER, Art. 72, N. 66; GAUCH/SCHMID/SCHRANER, Art. 72, N. 63; OĞUZMAN/ÖZ, s. 305; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 816; SELİÇİ, s. 395.

YARARLANILAN KAYNAKLAR

BECKER, HERMANN, Berner Kommentar, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-183, Bern 1941

EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2011.

ERLER, Joachim, Wahlschuld mit Wahlrecht des Gläubigers und Schuld mit Ersetzungsbefugnis des Gläubigers, Mainz 1964.

GAUCH, Peter/**SCHMID**, Jörg/**SCHRANER**, Marius, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch Obligationenrecht, Teilband VIe, Die Erfüllung der Obligationen Art 68-96 OR, Freiburg 2000,

İŞINTAN, Pelin Çavuşoğlu, Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'na İlişkin Değerlendirmeler, İstanbul 2005.

MEDICUS, Dieter, Schuldrecht I, Allgemeiner Teil, München 2005.

NOMER, Haluk N., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2012.

PALANDT, Otto/**HEINRICHS** Helmut, Bürgerliches Gesetzbuch, Kurzkomentar, München 2000.

SELİÇİ, Özer, Seçimlik Borçların İfası, İÜHFİM, Cilt 34, S. 1-4.

OĞUZMAN, Kemal/**ÖZ**, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I, İstanbul 2011.

OSER, Hugo/**SCHÖNENBERGER**, Wilhelm, Zürcher Kommentar, Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Art. 1-183 OR, Zürich 1929.

SAYMEN, Ferit H./**ELBİR**, Halid K., Türk Borçlar Hukuku I, Umumi Hükümler, İkinci Cilt, İstanbul 1958.

SEROZAN, Rona, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Üçüncü Cilt, İfa - İfa Engelleri - Haksız Zenginleşme, İstanbul 2004.

TEKİNAY, S. Sulhi/**AKMAN**, Sermet/**BURCUOĞLU**, Haluk/**ALTOP**, Atila, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1993.

TUNÇOMAĞ, Kenan, Borçlar Hukuku, 1. Cilt Genel Hükümler, İstanbul 1969.

von TUHR, Andreas/**PETER** Hans, Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts, Band I, Zürich 1979.

WEBER, Rolf H., Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Band VI, 1. Abteilung, Allgemeine Bestimmungen, 4. Teilband, Art. 68-96, Bern 2005.

ELEKTRİĞİN HUKUKİ NİTELİĞİ

*Dr. Özlem DÖĞERLİOĞLU IŞIKSUNGUR**

GİRİŞ

Petrol, kömür, doğal gaz ve nükleer enerji gibi kaynaklardan veya su gücü, rüzgâr, güneş gibi yenilenebilir enerji kaynaklarından¹ yararlanmak suretiyle üretilen ve ikincil bir enerji kaynağı olan elektrik, aydınlatma, ısıtma, ulaştırma başta olmak üzere çeşitli alanlarda kullanılmaktadır. Sanayide de birçok alanda elektrik enerjisinden yararlanılmaktadır. Kullanımı evrensel bir özellik taşıyan² elektriğin tam olarak ikamesi mümkün değildir³. Elektrik, depolanmamaktadır⁴. Dolayısıyla elektrik kesintilerinin olmaması veya aşırı yüklenme nedeniyle tüm sistemin çökmemesi için, elektrik arz ve talebinin sürekli dengede olması gereklidir.

Elektrik; birbirini takip eden ve üretim, iletim, dağıtım ve arz olarak adlandırılan birçok piyasa faaliyetinin tamamlanması sonucu tüketiciye ulaşmaktadır. Başka bir ifadeyle, santrallerde üretilen elektrik, iletim ve dağıtım hatları (elektrik hatları) vasıtasıyla, tedarikçi tarafından tüketiciye ulaştırılmakta olup, elektriğin tüketiciye ulaştırılabilmesi için ağ yapısına (şebekele-

* İzmir Barosu Avukatı.

1 Yenilenebilir enerji kaynakları, dünyada kendiliğinden mevcut olan, elektrik üretiminde kullanılmasıyla tüketilmesi mümkün olmayan, kullanımları için ekstra bir bedelin ödenmesi gerekmeyen kaynaklardır. Yukarıda belirtilenlere ilave olarak yenilenebilir enerji kaynaklarından bazıları şöyledir: Jeotermal santraller, biyokütle, biyogaz, dalga, akıntı enerjisi, gelgit. Bkz. **CAN, Mustafa Erdem:** Hukukî Açından Elektrik Piyasasında Rekabet, Turhan Kitapevi, Ankara 2006, s. 13.

2 **AKÇOLLU, Yeşim:** Elektrik Sektöründe Rekabet ve Regülasyon, Rekabet Kurumu, Uzmanlık Tezleri Serisi No.31, Ankara 2003, s. 3.

3 Sıcak su, ısınma ve yemek pişirme gibi konularda alternatif enerji kaynaklarından faydalanılabilir.

4 Elektriğin büyük miktarda depolanması günümüz teknolojisi ile mümkün değildir; küçük miktarda depolanması ise yüksek maliyet gerektirdiği için ekonomik bulunmamaktadır. Bkz. **CAN,** s. 25.

re) ihtiyaç bulunmaktadır⁵. Ancak; elektrik iletim ve dağıtım şebekesi kurmanın yatırım maliyeti çok yüksektir, hatta “batık maliyet”⁶ niteliğindedir. Piyasadaki ağ yapısını artırmak, ekonomik olarak imkânsızdır. Örneğin, elektriği bir yerden başka bir yere taşıyan iletim ağlarından yan yana iki tane olması ve ikisinin de ayrı firmalarca işletilmesi maliyeti arttırmaktadır⁷. Dolayısıyla tek bir şebeke düzeninin mevcudiyeti ve bunun da tek bir firma tarafından işletilmesi durumunda maliyet en aza indirilebilmektedir⁸. Bu nedendir ki, elektrik piyasası faaliyetlerinden iletim ve dağıtım doğal tekellik özelliği göstermektedir. Öte yandan, piyasa faaliyetlerinden üretim ve arz rekabet ortamında gerçekleştirilmektedir.

Elektriğin yukarıda belirtilen özellikleri; elektriğin diğer mal veya hizmetlerden farklı olduğunu ortaya koymaktadır. Bununla birlikte, elektriğin tabi olacağı hukuki rejimin tespiti açısından elektriğin “mal” mı yoksa “hizmet” mi olduğu sorusuna verilecek yanıt önem taşımaktadır. Örneğin, tüketiciye ayıplı elektrik sunulması ve tüketiciyle tedarikçi arasında yapılan sözleşmenin uyuşmazlığın çözümünde yeterli olmaması durumunda hangi kanun hükümlerine başvurulacağı elektriğin hukuki mahiyetinin tespitiyle mümkündür⁹. Hukukumuz açısından, uygulanacak hükümlerin tespitinde elektriğin kamu hizmeti olup olmadığı önem taşıdığı gibi, 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun uyarınca tüketiciler bakımından ayıplı mal ve hizmete uygulanacak hükümler de birbirinden farklıdır¹⁰. Avrupa

⁵ European Commission: European Economy, Liberalisation of Network Industries, No. 4, Luxembourg 1999, s. 202-206. Bkz. <<http://ec.europa.eu/economy_finance/publications/publication8093_en.pdf>>, 19.2.2012 (Bundan böyle “European Commission, European Economy” olarak kısaltılacaktır).

⁶ Batık maliyet, yatırım yapıldıktan sonra geri kazanılmayan ve alternatif kullanımı olmayan maliyeti ifade etmektedir. Bkz. **ATİYAS, İzak**: 15/16 Mart 2001 “Regülasyon ve Rekabet” konulu çalışmada sunulan tebliğ, Rekabet Kurumu Yayını No: 0081, Rekabet Kurumu, Ankara 2001, s. 31.

⁷ **ATİYAS**, s. 31.

⁸ **GREEN, Richard**: “EU Regulation and Competition Policy among the Energy Utilities”, Department of Economics Discussion Paper- Institute for Energy Research and Policy, University of Birmingham, Aralık 2007, <<<http://ftp://ftp.bham.ac.uk/pub/RePEc/pdf/08-01.pdf>>> 11.2.2012, s. 3.

⁹ **AYRANCI, Hasan**: Enerji Sözleşmeleri, Yetkin Yayınları, Ankara 2010, s.143, **ASLAN, İ. Yılmaz ve diğerleri**: Enerji Hukuku Cilt I, Enerji Piyasasında Rekabet ve Regülasyon, Bursa 2007, s. 284.

¹⁰ **AYRANCI**, s. 143.

Birliği'nde de elektriğin mal veya hizmet olarak nitelendirilmesinin doğuracağı sonuçlar farklılık arz etmektedir. Örneğin, elektrik mal olarak nitelendirilirse, iç pazarın temel serbestileri arasında yer alan malların serbest dolaşımını ilkesinden yararlanacaktır¹¹. Bu noktadan hareketle, bu çalışma çerçevesinde, elektriğin hukuki statüsü ele alınacak olup, elektriğin “mal” mı yoksa “hizmet” mi olduğu sorusuna yanıt aranacaktır. Konu Avrupa Birliği ve Türk Mevzuatı açısından incelenecektir.

I. AVRUPA BİRLİĞİ'NDE ELEKTRİĞİN HUKUKİ NİTELİĞİ

A. ELEKTRİĞİN “MAL” OLARAK NİTELENDİRİLMESİ

AB Hukukunda ve Üye Devletlerin ulusal hukuk sistemlerinde, elektrik bir mal olarak kabul edilmektedir. Nitekim Adalet Divanı, *Almelo* kararının¹² 28. paragrafında ve *Commission v Italy* kararının¹³ 17. paragrafında, öncelikle elektriği AT Antlaşmasının 30. maddesi (ABİDA m. 36) kapsamında bir mal olarak kabul etmiş, daha sonra ise elektriğin, Topluluk gümrük tarife şemasında da “mal” olarak sayıldığını¹⁴ belirtmiştir¹⁵. Adalet Divanı, **PreussenElektra AG v Schleswag AG** kararında¹⁶ ise, elektriğin bir mal olup olmadığını tartışmadan elektriği mal olarak kabul etmiştir.

Elektrik, “25 Temmuz 1985 tarih ve 85/374 sayılı Ayıplı Üründen Dolayı Sorumlulukla İlgili Olarak Üye Devletlerin Kanunlarının, Düzenleyici İşlemlerinin ve İdarî Düzenlemelerinin Yakınlaştırılması Hakkında Konsey

¹¹ Avrupa Birliği'nde elektriği mal veya hizmet olarak nitelendirmenin doğurduğu genel sonuçlar hakkında bkz. **KARAKILIÇ, Hasan**: Hukuki Açından Elektrik Piyasası, Avrupa Birliği ve Türkiye Örneği, Güncel Yayınevi, İzmir 2006.

¹² Case C- 393/92 *Gemeente Almelo and others* [1994], ECR I- 01477.

¹³ Case C- 158/94 *Commission v Italy* [1997], ECR I- 5789.

¹⁴ Topluluk gümrük tarife şeması, Kod CN 27.16. Bkz Case C- 393/92 *Gemeente Almelo and others* [1994], ECR I- 01477, par.28.

¹⁵ Adalet Divanı, bu kararlardan önce vermiş olduğu *Costa v ENEL* kararında ise elektriğin açıkça mal olarak değerlendirip değerlendirilemeyeceği üzerinde durmaksızın, elektrik tekellerinin ATA m.31 kapsamında yer alabileceğini belirtmiştir. Bkz. Case C- 6/64 *Costa v E.N.E.L* [1964], ECR 585. Elektriğin bir mal olduğu *Almelo* kararıyla açıkça teyit edilmiş, Komisyon ve İtalya kararıyla da tekrarlamıştır.

¹⁶ **Case C- 379/98 PreussenElektra AG v Schleswag AG** [2001], ECR I-2099.

Direktifinin¹⁷ (Ürün Sorumluluğu Direktifi), 2. maddesinde ise “ürün” olarak kabul edilmiştir.

Birlik Hukukunda “mal” ve “ürün” kavramları birbirinden farklı olmakla birlikte; Adalet Divanı, *Commission v Italy* kararında¹⁸, “mal” kavramının tanımını “para ile ölçülebilen ve ticarî işlemlerin konusunu oluşturan ürün” şeklinde yapmıştır. Adalet Divanının bu tanımından hareketle, para ile ölçülebilen ve ticarî işlemlerin konusunu oluşturan elektrik, mal kapsamında değerlendirilecektir.

Elektrik, başlı başına, Birlik Hukuku çerçevesinde bir “mal” olarak değerlendirilmekle birlikte, “enerji tedariki” ya da üretilen elektriğin, nihai kullanıcıya pazarlanması, hizmet unsurunu bünyesinde barındırmaktadır¹⁹. Başka bir ifadeyle elektrik tedariki, mal satımına ve hizmet sunumuna ilişkin unsurları birlikte ihtiva etmektedir.

Zira bir menkul mal niteliği gösteren elektrik, diğer mallar gibi üreticiden tüketiciye²⁰ madden teslimi mümkün bir ürün değildir²¹. Üretim tesislerinde, üretim prosedürü çerçevesinde birincil enerji kaynaklarından yararlanmak suretiyle üretilen elektrik, iletim ve dağıtım hatları vasıtasıyla taşınmakta, taşınan elektriğin gerilimi şehir alanlarındaki transformatörler yardımıyla ayarlanmakta, daha sonra ise açık hat veya yer altından geçirilen kablolar vasıtasıyla tüketicinin konutuna veya işyerine ulaşmaktadır. Ev bağlantı

¹⁷ Council Directive of 25 July 1985 for the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning liability for defective products, O.J. L 210, 07.8.1985, s. 0029-0033. Ürün Sorumluluğu Direktifi, 1999/34 sayılı Direktifle değişikliğe uğramıştır. Bkz. Directive 1999/34/EC of the European Parliament and of the Council of 10 May 1999 amending Council Directive 85/374/EEC on the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning liability for defective products, O.J. L 141, 4.6.1999, s. 20-21.

¹⁸ Case C- 7/68, *Commission v Italy* [1968], ECR 423.

¹⁹ **LOGUE, Anne M.**: “Liberalisation of the energy market in the European Community”, *International Company and Commercial Law Review*, C.3 S.7, 1992, s. 248; Commission of European Communities, *The Internal Energy Market*, COM(1988), 238 final, 2.5.1988, s. 4.

²⁰ Enerji piyasasındaki tüketici tanımıyla, tüketicinin korunması hukuku çerçevesindeki tüketici tanımı birbirinden farklı olup, bu çalışma kapsamında “tüketici” kavramıyla evde kullanım amacıyla elektrik satın alan kişiler ifade edilmektedir.

²¹ **POSCH, Willibald**: Introduction, Christian Campbell (ed.), *International Product Liability*, Yorkhill Publishing, 2007, s. 39, dpn. 132.

hattı noktasına kadar ürün niteliği taşıyan elektrik, hattaki elektrik akımının tüketici tarafından kullanılmasıyla birlikte, ısıya, ışığa vs.ye dönüşmektedir²².

Dolayısıyla, üreticinin hukuki ve ekonomik sorumluluğu altında yapılan bir üretim safhasını takiben elde edilen elektrik, üretildiği noktada “ürün” niteliği kazanmakta²³ ve ürün niteliğini kazanan elektrik, tüketiciyle tedarikçi arasında yapılan sözleşme çerçevesinde tüketiciye satılmaktadır. Tedarikçiler, kural olarak tedarik sürecinin herhangi bir aşamasında elektriğe fiziksel olarak sahip olmamakta, sadece elektriğin nihai müşteriye satımını gerçekleştirmektedir²⁴. Satılan elektrik, dağıtım ve iletim şirketi tarafından gerçekleştirilen taşıma hizmeti neticesinde iletim ve dağıtım hatları üzerinden nakil suretiyle tüketiciye ulaştırılmaktadır. Tüketici, elektrik mal bedeline ilaveten, elektriğin iletim ve dağıtım sistemi üzerinden nakil işlemi için ayrı bir ücret ödemektedir. Başka bir ifadeyle tüketiciye hizmet yoluyla sağlanan bir mal söz konusudur.

İşte elektriğin, iletim ve dağıtım sistemi üzerinden nakil işlemi, bir ücret mukabilinde yerine getirilen ticarî bir eylem olup, ABİDA 57. maddesi (ATA m. 50) anlamında bir “hizmet” özelliği göstermektedir²⁵. Nitekim Almelo kararında, elektriğin dağıtımını hizmet olarak kabul edilmiştir. Bu nakil hizmeti, iletim ve dağıtım hizmeti sağlayıcısı tarafından yerine getirilmektedir. İletim ve dağıtım hizmeti sağlayıcısı, iletim ve dağıtım sisteminin sahibi veya işletmecisidir. Bu nakil hizmetiyle, üreticinin ürettiği elektrik, tedarikçiler aracılığıyla, iletim ve dağıtım sistemi ve hatları üzerinden tüketiciye ulaştırılmaktadır. Tüketici, bu nakil işlemi karşısında bir bedel ödemektedir.

22 **GÜVEN, Kudret:** Enerji Sağlama Sözleşmeleri, Hüküm ve Sonuçları, Ankara 1994, s. XIV.

23 **GÜVEN,** s. XIV.

24 **NAGURNEY, Anna/ MATSYPURA, Dmytro:** A Supply Chain Network Perspective for Electric Power, Generation, Supply, Transmission, and Consumption, E. J. Kontoghiorghes/ C. Gatu, (eds.), Optimisation, Econometric and Financial Analysis, Springer, Berlin 2006, s. 5vd.

25 **KLOM, Andy:** “Liberalisation of Regulated Markets and its Consequences for Trade: Internal Market for Electricity as a Case Study”, Journal for Energy and Natural Resources Law, C. 14, S.1, 1996, s. 8.

B. ELEKTRİĞİN “GENEL EKONOMİK YARAR HİZMETİ” OLMA ÖZELLİĞİ VE İLGİLİ KAVRAMLAR

Avrupa Birliği’nde elektrik başlı başına hukuki olarak mal olarak kabul edilmekle birlikte, elektriğin tüketiciye sunumu, “genel ekonomik yarar hizmeti” olarak adlandırılmaktadır. Bununla birlikte 2009/72 sayılı Elektrik Direktifinde²⁶ “elektrik” için bir taraftan “evrensel hizmet” terimi kullanılırken²⁷, diğer taraftan “kamu hizmeti” ibaresinin kullanılmaya devam edildiği görülmektedir. Bu noktadan hareketle, bu kavramlar arasındaki farklılıkların ve benzerliklerin ortaya konmasının enerjinin “genel ekonomik yarar hizmeti” olma niteliğinin anlaşılması açısından faydalı olacağı düşünülmektedir.

1. Genel Yarar Hizmetleri - Genel Ekonomik Yarar Hizmetleri

“Genel yarar hizmetleri” (services of general interest) kavramı, kamu otoriteleri tarafından genel yarar²⁸ (kamu yararı) olarak nitelendirilen, özel

²⁶ Avrupa Birliği’nde enerji piyasalarının serbestleşmesine yönelik öncelikle 96/92 sayılı Elektrik Direktifi kabul edilmiştir. 96/92 sayılı Direktif, 2003/54 sayılı Elektrik Direktifi ile yürürlükten kalkmıştır. 2009 tarihinde kabul edilen 2009/72 sayılı Elektrik Direktifi de 2003/54 sayılı Direktifi yürürlükten kaldırmıştır. Her biri, bir öncekinin eksiklerini tamamlayarak daha serbest bir enerji piyasası yaratmayı amaçlayan bu düzenlemelerle, bir yandan rekabet kuralları içinde işleyen bir piyasa yapısı oluşturulmaya çalışılırken, diğer yandan da tüketicilerin daha ucuz, güvenli ve süreklilik taşıyan elektrik hizmetinden yararlanması hedeflenmiştir.

²⁷ 2003/54 sayılı Direktiflerde de aynı terimler kullanılmaktadır.

²⁸ Kamu yararı kavramı iki ana amaçla özetlenebilecek birçok unsuru kapsamaktadır:

(1) Entegrasyonun sağlanması: Entegrasyonun sağlanması, vatandaşların refahının ve vatandaşların topluma entegrasyonunun teminini ifade etmektedir. Entegrasyon, üç unsurdan oluşmaktadır:

(a) Sosyal Uyumun Temini: Sosyal uyumun temini yaş, fiziki ve ekonomik durum, coğrafi konum gözetilmeksizin zorunlu hizmetlere erişime imkan tanıyan ve bu suretle bu kişilerin kendilerini toplumun bir parçası olarak hissetmelerini sağlayan, sosyal birlikteliği güçlendiren ve bölünmeyi önleyen durumun tesisi olarak tanımlanmaktadır.

(b) Bölgesel Uyumun temini: Bölgesel uyumun temini, modern ekonomik ve sosyal hayatın gerektirdiği temel hizmetlerin tüm bölgelere götürülmesi olarak tanımlanmaktadır

(c) Toplumsal yaşama katılım için zorunlu olan, belli temel özgürlüklerin kullanılmasının garanti altına alınması için oluşturulmuş hizmetlerin temini.

(2) Toplam refahın tesisi: Toplam refah ise beş unsurdan oluşmaktadır:

(a) Genel ekonomik etkinliğin sağlanması.

(b) Kısa dönemde kâra dönüşmeyen, yüksek yatırım maliyetlerinin karşılanması.

(c) Yenilebilir olmayan veya az rastlanır kaynakların yönetimi ve çevrenin korunması.

kamu hizmeti yükümlülüğüne tâbi, ekonomik nitelikte olan ve ekonomik nitelikte olmayan²⁹ hizmetleri (economic and non-economic services) ifade etmekte³⁰ olup, bu kavram ilk defa Lizbon Antlaşmasına³¹ ekli “Genel Yarar Hizmetlerine İlişkin Protokol”³² ile Birliğin birincil kaynaklarına dâhil olmuştur. Genel yarar hizmetleri kavramı, Lizbon Antlaşması öncesi, Komisyon dokümanlarına³³ konu olmasına rağmen, bu kavrama antlaşmalarda yer verilmemiştir.

Genel yarar hizmetleri kapsamında yer alan hizmetlerden telekomünikasyon, ulaşım, posta gibi ekonomik nitelik gösterenler³⁴, “genel ekonomik

(d) Kamu mülkiyeti yönetimi gereklilikleri: yol, demiryolu.

(e) Ulusal güvenliğin sağlanması.

Bkz. European Parliament, Directorate – General for Research, Public Undertakings and Public Services in the European Union, Working Papers, <<<http://aei.pitt.edu/4916/1/4916.pdf>>>, 15.04.2012, s. 22-23.

- ²⁹ Polis, adalet gibi hizmetler ekonomik nitelikte olmayan genel yarar hizmetleri statüsündedir.
- ³⁰ Commission of the European Communities, Services of general interest, including social services of general interest: a new European commitment, COM(2007), 725 final, 20.11.2007, s. 3.; Commission of the European Communities, Communication from the Commission, Services of General Interest in Europe, COM (2000), 580 final, 20.9.2000, Ek:II.
- ³¹ AB Antlaşması ve AT Antlaşmasında değişiklik yapan Lizbon Antlaşmasının 1 Aralık 2009 tarihinde yürürlüğe girmesiyle birlikte, AT Antlaşmasının ismi, “AB’nin İşleyişine Dair Antlaşma” (ABİDA) olarak değiştirilmiştir. Böylece, “AT” ve “AB” şeklindeki terim farklılığı ortadan kalkmış ve “Topluluk” teriminin yerini “Birlik” terimi almıştır. Resmi adı “Treaty of Lisbon amending the Treaty on European Union and the Treaty establishing the European Community” olan Antlaşmanın konsolide metni için bkz. O.J. C 83, 30.3. 2010, s. 0001-0388.
- ³² Lizbon Antlaşmasına ekli “Genel Yarar Hizmetlerine İlişkin Protokol”, Protokol No:26, O.J. C 83, 30.3.2010, s. 0308.
- ³³ Genel Yarar Hizmetleri ile ilgili Komisyon dokümanlarından bazıları şöyledir: Commission of the European Communities, Communication from the Commission, Services of General Interest in Europe, COM (1996), 443 final, 11.09.1996; Commission of the European Communities, Communication from the Commission, Services of General Interest in Europe, COM (2000), 580 final, 20.9.2000; Commission of the European Communities, Green Paper on Services of General Interest, COM (2003), 270 final, 21.5.2003; Commission of the European Communities, White Paper on Services of General Interest, COM (2004), 374 final, 12.5.2004.
- ³⁴ ATAD, bir faaliyetin ekonomik nitelikte olup olmadığına karar verirken, gerçekleştirilen faaliyetin kendisine bakmakta ve hizmetin işleyişi ile ilgili (pazarın varlığı, devlet imtiyazların durumu gibi) kriterlere dayanmaktadır. Divana göre bir kuruluş, aynı anda eko-

yarar hizmetleri”³⁵ (services of general economic interest) olarak adlandırılmaktadır³⁶. Hangi hizmetlerin “genel ekonomik yarar hizmeti” kapsamında değerlendirileceği konusunda antlaşmalarda ve ikincil mevzuatta herhangi bir düzenleme mevcut değildir. Dolayısıyla üye devletler genel ekonomik yarara yönelik hizmet kavramının kapsamını belirlemede geniş bir takdir yetkisine sahip³⁷ olup, bu yetki Komisyon denetimine ve Adalet Divanı’nın nihai incelemesine tâbidir³⁸.

Avrupa Birliği’nde, “enerji”, genel ekonomik yarar hizmeti kapsamında yer almakla birlikte, Adalet Divanı, Almelo Kararıyla elektriğin dağıtımını “genel ekonomik yarar hizmeti” kapsamında değerlendirmiştir³⁹.

2. Kamu Hizmeti - Genel Ekonomik Yarar Hizmetleri

“Kamu hizmeti” kavramı, AB’de ve Üye Devletlerde farklı terimlerle ifade edilmektedir⁴⁰. Kıta Avrupasında “kamu hizmeti” terimi ile ifade edi-

nomik nitelikte olan ve olmayan faaliyetlerde bulunabilir ancak bunlardan sadece ekonomik nitelikte olanlar rekabet kurallarına tâbi olacaktır. Hizmet, bir ücret karşılığında sağlanmalıdır. Bkz. Commission of the European Communities, Services of general interest, including social services of general interest: a new European commitment), COM(2007), 725 final, 20.11.2007, s. 5.

- ³⁵ AB’de genel ekonomik yarar hizmetleri kavramı için bkz. Commission of the European Communities, Communication from the Commission, Services of General Interest in Europe, COM (1996), 443 final, 11.09.1996; Commission of the European Communities, Communication from the Commission, Services of General Interest in Europe, COM (2000), 580 final, 20.9.2000.
- ³⁶ Commission of the European Communities, Communication from the Commission, Services of General Interest in Europe, COM (2000), 580 final, 20.9.2000, Ek:II.
- ³⁷ Commission of the European Communities, Communication from the Commission, Services of General Interest in Europe, COM (2000), 580 final, 20.9.2000, par. 20.; Commission of the European Communities, Green Paper on Services of General Interest), COM (2003), 270 final, 21.5.2003, par. 31.
- ³⁸ **BLUM, Françoise/ LOGUE, Anne:** State Monopolies under EC Law, John Wiley& Sons Ltd., England 1998, s. 22.
- ³⁹ Case C- 393/92 *Gemeente Almelo and others* [1994], ECR I-1477.
- ⁴⁰ Avrupa’da genel olarak kamu hizmeti konusunda Anglo- Sakson ve Kıta Avrupası geleneği olmak üzere iki farklı geleneğin varlığından söz edilebilir: Fransa’nın öncülüğünü yaptığı Kıta Avrupası sisteminde kamu hizmetinin kaynağı anayasadır. Bu sistemde toplumsal dayanışmayı sağlamak devletin temel görevidir ve kamu hizmeti bu görevin yerine getirilmesinde temel bir rol oynar. Öncülüğünü İngiltere’nin yaptığı Anglo-Sakson gelenekte ise, kamu hizmetinin kapsam ve özelliklerini düzenleyen hukuk kuralları yoktur. Ancak bu durum, devletin kamu hizmeti sunmadığı anlamında yorumlanmamalıdır. Ka-

len kavram, diğer ülkelerde “public interest” ya da “public utilities” olarak adlandırılmaktadır⁴¹. AB’de⁴² ise, “kamu hizmeti” terimi yerine⁴³ “genel ekonomik yarar hizmeti” terimi tercih edilmektedir⁴⁴. Komisyona göre⁴⁵ bu tercihin temel nedeni “kamu hizmeti” kavramındaki belirsizliktir. Zira bu kavram bir taraftan hizmeti sağlayanı ifade ederken, diğer taraftan kamu otoriteleri tarafından özel kamu hizmeti yükümlülüğü çerçevesinde, hizmeti verecek olan organa yüklenmiş olan genel yarar rolüne işaret etmektedir. Oysa mülkiyetle ilgili tarafsız bir tutum benimsenmesi gerekmektedir ve

mu hizmetinin farklı hukuk sistemlerinde gelişimi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **PROSSER, Tony**: The Limits of Competition Law: Markets and Public Services, Oxford University Press, Oxford 2005, s. 39-113. ; **ULUSOY, Ali**: “Fransız ve Avrupa Birliği Kamu Hizmeti Anlayışlarının Türk Hukukuna Etkisi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 48, S.1, 1999, s.165-176; **ATİYAS, İzak/ ODER, Burak**: *Türkiye’de Özelleştirmenin Hukuk ve Ekonomisi.*, Türkiye Ekonomi Politikaları Araştırma Vakfı (TEPAV), Ankara 2008, s. 24-25.

- 41 European Parliament, Public Undertakings and Public Services in the European Union, Working Paper, Luxembourg 1997, <<<http://aei.pitt.edu/4916/1/4916.pdf>>>, 15.04.2012, s. 8.
- 42 AB’nin kamu hizmeti kavramına yaklaşımı, son 10-15 yılda, ciddi bir değişikliğe uğramıştır. 1990’lı yılların başlarında kamu hizmeti ağırlıkla iç pazarın oluşmasını sınırlayan bir konu olarak görülüyordu ve kamu hizmetlerine yasal zemin yaratmaktan kaçınılıyordu. Bir anlamda Anglo- Sakson gelenek tercih ediliyordu. Zaman içerisinde iç pazar hedeflerine büyük ölçüde ulaşılması ve bu konuda yürütülen sivil – siyasi mücadelenin (Fransız ve Belçika hükümetlerinin ısrarlı tutumu) sonucunda, AB’de Kıta Avrupası kamu hizmeti anlayışına büyük ölçüde yaklaşmıştır. AB’de “kamu hizmeti” kavramının değişimi ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. **PROSSER**, s. 39-113; **CLIFTON, Judith/DIAZ-FUENTES, Daniel**: “Evaluating EU policies on public services: A citizens’ perspective”, Münih Personel RePEc Archive, MPRA, 2008, <<<http://mpra.ub.uni-muenchen.de/9420/>>>, 19.02.2012. Konuyla ilgili Komisyon dokümanları için bkz. Commission of the European Communities, Communication from the Commission, Services of General Interest in Europe, COM (1996), 443 final, 11.09.1996; Commission of the European Communities, Communication from the Commission, Services of General Interest in Europe, COM (2000), 580 final, 20.9.2000; Commission of the European Communities, White Paper on Services of General Interest, COM (2004), 374 final, 12.5.2004.
- 43 Kamu hizmeti terimi, ABİDA’nın Taşımacılık başlığını taşıyan VI. Başlığı altında ve m. 93’te (ATA m. 73) kullanılmıştır. Bu düzenlemeye göre, taşımacılıkta kamu hizmeti yükümlülüğünün yerine getirilmesi için yapılan yardımlar Antlaşmalara aykırı sayılmayacaktır.
- 44 European Parliament, Public Undertakings and Public Services in the European Union, Working Paper, s. 8.
- 45 Commission of the European Communities, Green Paper on Services of General Interest, COM (2003), 270 final, 21.5.2003, s.7.

“genel yarar hizmetleri” ibaresi daha açık bir kavramdır, bu kavram mülkiyetin kime ait olduğu üzerinde durmaksızın, “genel yarar” kavramına vurgu yapmaktadır.

3. Kamu Hizmeti - Evrensel Hizmet⁴⁶

Telekomünikasyon, posta ve elektrik gibi şebeke endüstrileri için kullanılmış olan evrensel hizmet (universal service) kavramı, Komisyon tarafından geliştirilmiştir. “Evrensel hizmet” kavramı, hizmet sağlayıcı tarafından yerine getirilmesi gerekli, genel yarar koşullarını ifade etmektedir⁴⁷. Evrensel hizmet çerçevesinde amaç, yüksek kalitedeki zorunlu hizmete karşılanabilir bir fiyattan herkesin ulaşmasını sağlamaktır⁴⁸.

“Evrensel hizmet” kavramı, kamu hizmeti kavramı içerisinde yer almaktadır. Başka bir ifadeyle, kamu hizmeti ya da AB’de kullanılan terminolojiyle “genel ekonomik yarar hizmeti”, evrensel hizmeti de içine alan bir üst kavramdır. Kamımızca, bir hizmetin evrensel hizmet olarak adlandırılmasındaki temel ölçüt, zorunluluktur. Söz konusu hizmetin yerine başka bir hizmetin ikame edilememesi, evrensellik açısından temel belirleyici ölçüttür. Evrensel hizmetle, hizmetin herkese ulaştırılması hedeflenirken, evrensel hizmet niteliğine haiz olmayan diğer kamu hizmetlerinde amaç hizmetin mümkün olan en çok kişiye ulaştırılmasıdır. Bu doğrultuda, gazın ikamesinin mümkün olması nedeniyle gaz “kamu hizmeti” statüsünde değerlendirilirken, ikamesi mümkün olmayan elektrik evrensel hizmet statüsünde kabul edilmektedir.

⁴⁶ Evrensel hizmet ile ilgili ayrıntı bilgi için bkz. **MICKLITZ, Hans- W:** “Universal Services: Nucleus for Social European Private Law”, European University Institute, EUI Working Papers, Law 2009/12, 2009; **EIJK, Nico Van:** “Universal Service, a new look at an old concept: Broadband access as a universal service in Europe”, 15th Biennial Conference van de International Telecommunication Society, Berlijn, September 5-7, 2004, <<<http://ssrn.com/abstract=1609880>>>, 19.02.2012.

⁴⁷ Evrensel hizmet kapsamında hizmet sağlayıcı tarafından yerine getirilmesi gerekli genel yarar koşulları hakkında bkz. 7 Mart 2002 tarih ve 2002/22 sayılı Elektronik Haberleşme Şebekeleri ve Hizmetleri ile ilgili Evrensel Hizmetler ve Kullanıcı hakları Direktifi m. 3(1). Direktif metni için bkz. Directive 2002/22/EC of the European Parliament and of the Council of 7 March 2002 on universal service and users’ rights relating to electronic communications networks and services, O.J. L 108, 24.2.2002, s. 0051-0077.

⁴⁸ Commission of the European Communities, Communication from the Commission, Services of General Interest in Europe, COM (1996), 443 final, 11.09.1996, s. 2.

II. TÜRK HUKUKUNDA ELEKTRİĞİN HUKUKİ NİTELİĞİ

A. ELEKTRİĞİN “MAL” OLARAK NİTELENDİRİLMESİ

Elektrik, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 762. maddesinde yer alan “Taşınır mülkiyetinin konusu, nitelikleri itibarıyla taşınabilen maddi şeyler ile edinmeye elverişli olan ve taşınmaz mülkiyetinin kapsamına girmeyen doğal güçlerdir” hükmünden hareketle, “doğal güç” kavramı kapsamı içerisinde değerlendirilmekte⁴⁹ ve taşınır mal hükmünde kabul edilmektedir.

Yine, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun (TCK) Onuncu Bölümünde “Malvarlığına Karşı Suçlar ” başlığı, hırsızlık alt başlığı altında 141. maddenin 2. fıkrasında yer alan “Ekonomik bir değer taşıyan her türlü enerji de, taşınır mal sayılır” hükmü uyarınca da elektrik taşınır mal hükmündedir.

4077 sayılı Tüketicinin Korunması Kanunu'nda (TKHK) ise, elektriğin mal veya hizmet olarak değerlendirildiğine ilişkin, doğrudan herhangi bir düzenlemeye yer verilmemektedir. Bununla birlikte, “taşınır mal” özelliği gösteren elektrik TKHK'nun 3. maddesinin (c) bendi gereğince mal sayılmaktadır⁵⁰.

B. ELEKTRİĞİN KAMU HİZMETİ OLMA ÖZELLİĞİ

Elektrik ve gaz, hukukumuz açısından “mal” olarak kabul edilmekle birlikte, elektriğin aynı zamanda kamu hizmeti özelliği gösterdiği kabul edilmektedir⁵¹. Bununla birlikte kamu hizmetinin tanımı, kanunlarda ve Anayasa'da yapılmamıştır. “Kamu hizmeti” kavramı öğreti ve mahkeme kararlarında çeşitli biçimlerde tanımlanmıştır. Örneğin, Onar, kamu hizmetini, Devlet veya diğer kamu tüzel kişileri tarafından veya bunların kontrol ve denetimleri altında, toplumun genel ve ortak ihtiyaçlarını karşılamak ve kamu

49 GÜVEN, s. 28; ASLAN, İ. Yılmaz ve diğerleri: Enerji Hukuku Cilt I, Enerji Piyasasında Rekabet ve Regülasyon, Bursa 2007 (Bundan böyle “ASLAN, Enerji Hukuku Cilt I” olarak kısaltılacaktır).

50 ASLAN, İ. Yılmaz: Tüketici Hukuku, 3. Bası, Bursa 2006, s. 213; TİRYAKI, Betül: Tüketicinin Korunması Hukuku Açısından Ayıplı Hizmetten Doğan Sorumluluk, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, Ankara 2006, s. 41.

51 Anayasa Mahkemesi'nin, 24.1.2008 tarih ve E. 2007/76, K. 2008/46 sayılı kararı, R.G. 19.03.2008, S. 26821.

yararı sağlamak için ifa edilen devamlı nitelikte faaliyetler olarak tanımlanmaktadır⁵².

Anayasa Mahkemesi ise “Devlet ya da diğer kamu tüzel kişileri tarafından ya da bunların gözetim ve denetimi altında, genel ve ortak gereksinimleri karşılamak, kamu yararı ya da çıkarını sağlamak için yapılan ve topluma sunulmuş bulunan sürekli ve düzenli etkinlikleri”⁵³ kamu hizmeti olarak değerlendirmektedir. Danıştay İdari İşler Kurulu da kamu hizmetini benzer şekilde tanımlamaktadır⁵⁴.

Bir faaliyetin kamu hizmeti olarak nitelendirilmesi için birçok unsurun bir arada bulunması gereklidir. Örneğin, merkezi idare, yerel idareler veya kamu kurum ve kuruluşları ile arasında doğrudan veya dolaylı bir bağ bulunması gerekli olup, kamu hizmetinin geçirdiği değişime paralel olarak bu bağ, enerji piyasasında Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu (EPDK) tarafından verilen lisanslar vasıtasıyla sağlanmaktadır⁵⁵. Ayrıca, söz konusu faaliyetin kamu yararını karşılamaya yönelik olması gereklidir⁵⁶. Elektrik piyasası faaliyetleri, toplumun ortak ihtiyaçlarını karşılamaya yönelik faaliyetler olup, Elektrik Piyasası Kanunu’nun 15(c) maddesinde yer alan “Bu konuda Kurulca verilecek kamulaştırma kararı/ lüzum kararı, kamu yararı kararı yerine geçer” hükmü bu kamu yararına vurgu yapmaktadır.

Anayasa Mahkemesi ise, bir faaliyetin kamu hizmeti olup olmadığını saptarken faaliyetin niteliğine bakılması gerektiğini kabul etmekte⁵⁷ ve “düzenlilik”, “süreklilik” ve “toplumsal yaşamın zorunlu bir ihtiyacının karşılanması” ölçütlerini aramaktadır⁵⁸. Başka bir ifadeyle, Anayasa Mahkemesi bu ölçütleri, kamu hizmetinin tanımlayıcı unsurları olarak kabul etmektedir. Aynı yaklaşımla, Anayasa Mahkemesi, elektrik piyasası faaliyetlerini de,

⁵² **ONAR, Sıddık Sami**: İdare Hukukunun Umumi Esasları, Cilt 1, İstanbul 1969, s. 40.

⁵³ Anayasa Mahkemesi’nin 23.6.1996 tarih, E. 1994/71 ve K. 1995/23 sayılı kararı, RG 20.3.1996, S. 22586.

⁵⁴ Danıştay İdari İşler Kurulu’nun 3.10.1996 tarih ve E. 1996/79 K. 1996/83 sayılı kararı.

⁵⁵ **ERGÜN, Çağdaş Evrim**: Elektrik Piyasasında Kamu Hizmeti, Ankara 2010, s. 77,78.

⁵⁶ **ERGÜN**, s. 79.

⁵⁷ Anayasa Mahkemesinin 9.12.1994 tarih ve E. 1994/43 K. 1994/42-2 sayılı kararı, RG. 24.1.1995, S. 22181. Anayasa Mahkemesi aynı görüşü, 22.12.1995 tarih ve E. 1994/70 ve K.1995/65-2 sayılı kararında da tekrarlamıştır.

⁵⁸ **KARAKILIÇ**, s. 30.

“niteliği gereği” kamu hizmeti olarak değerlendirmektedir⁵⁹. Ancak, “niteliği gereği kamu hizmeti” yaklaşımı doktrinde eleştirilmektedir⁶⁰. Zira bir faaliyet düzenli ve sürekli olduğu için kamu hizmeti olarak nitelendirilmekte, aksine kamu hizmeti olarak tanımlandığı için faaliyetin düzenli ve sürekli olması istenmektedir⁶¹. Aslan’a göre, bir hizmeti kamu hizmeti yapan sadece Devletin bunu sübjektif olarak böyle istemesidir⁶². Başka bir ifadeyle, elektrik piyasası faaliyetlerini kamu hizmeti olarak nitelendirmek veya kamu hizmeti olmaktan çıkarmak, yasama organına ait bir yetkidir⁶³.

Kural olarak kamu hizmeti nitelendirmesinin kanunla yapılması gereklidir⁶⁴. Bununla birlikte, “Kanunlarda açıkça kamu hizmeti olduğu düzenlenirse bile Devlet bir hizmeti özel sektör faaliyetlerinden farklı bir statüyle düzenlemiş ve normal kolluk denetimi dışında daha fazla denetime tabi tutmuş ise, idare bir hizmeti üstün ve ayrıcalıklı bir yetkiyle görüyor veya görürüyorsa orada bir kamu hizmetinin varlığından bahsetmek gereklidir”⁶⁵.

Elektrik Piyasası Kanununda elektriğin kamu hizmeti olarak kabul edildiğine ilişkin açık bir düzenleme bulunmamakla birlikte, elektrik piyasası faaliyetlerinin kamu hizmeti olup olmadığı değerlendirmesinin kanunların bu faaliyetleri düzenleyiş biçimi de ele alınarak yapılması gereklidir⁶⁶.

Yargı kararlarında genellikle, elektrik piyasası faaliyetleri üretim, iletim, dağıtım ayırımı yapılmaksızın bir bütün olarak kamu hizmeti olarak değerlendirilmiştir⁶⁷. Danıştay ise, bir kararında “doğal gaz dağıtımını” kamu

59 Anayasa Mahkemesinin 9.12.1994 tarih ve E. 1994/43 K. 1994/42-2 sayılı kararı, RG. 24.1.1995, S. 22181.

60 **ERGÜN**, s. 85.

61 Bir faaliyetin kamu hizmeti olup olmadığının tespitine ilişkin bkz. **ERGÜN**, s. 13-27.

62 **ASLAN**, Enerji Hukuku Cilt I, s. 285.

63 **ERGÜN**, s. 247.

64 **KARAKILIÇ**, s. 33.

65 **ASLAN**, Enerji Hukuku Cilt I, s. 286.

66 **ERGÜN**, s. 86.

67 Yargıtay 13. HD.’nin 18.3.1996 tarih ve E. 1996/1734 K. 1996/2495 sayılı kararı; Anayasa Mahkemesinin 9.12.1994 tarih ve E. 1994/43 K. 1994/42-2 sayılı kararı, RG. 24.1.1995, S. 22181.

hizmeti niteliğinde kabul etmiştir⁶⁸. Bununla birlikte, Ulusoy, “batılı ülkelerde elektrik üretimi artık kamu hizmeti olarak görülmemektedir”⁶⁹ tespitiinde bulunmak suretiyle elektrik piyasası faaliyetlerinin ayrı ayrı değerlendirileceğini dolaylı olarak belirtmektedir. Ergün ise, kanun koyucunun bu faaliyetler için ayrı ayrı öngördüğü hükümleri ve maksadı göz ardı edeceği gerekçesiyle, elektrik piyasası faaliyetlerinin kamu hizmeti olup olmadığı hususunun ayrı ayrı değerlendirmesi gerektiğini belirtmekte, sadece iletim ve dağıtım hizmetlerini kamu hizmeti olarak kabul etmektedir⁷⁰.

SONUÇ

Elektrik, diğer mallar gibi üreticiden tüketiciye madden teslimi mümkün bir mal değildir. Santrallerde üretilen elektrik, iletim ve dağıtım hatları (elektrik hatları) vasıtasıyla, tedarikçi tarafından tüketiciye ulaştırılmaktadır. Başka bir ifadeyle, üretim tesislerinde, üretim prosedürü çerçevesinde birincil enerji kaynaklarından yararlanmak suretiyle üretilen elektrik, üretildiği noktada “ürün” niteliği kazanmakta, tüketiciyle tedarikçi arasında yapılan sözleşmeye istinaden, iletim ve dağıtım hatları vasıtasıyla taşınmak suretiyle tüketicinin konutuna ve işyerine ulaşmaktadır. Tedarikçiler, kural olarak tedarik sürecinin herhangi bir aşamasında elektriğe fiziksel olarak sahip olmamakta, sadece elektriğin nihai müşteriye ulaşmasına aracılık etmektedirler. Bununla birlikte elektrik, dağıtım ve iletim şirketi tarafından gerçekleştirilen taşıma hizmeti neticesinde, iletim ve dağıtım hatları üzerinden nakil suretiyle tüketiciye ulaştırılmaktadır. Tüketici, elektrik mal bedeline ilaveten, elektriğin iletim ve dağıtım sistemi üzerinden nakil işlemi için ayrı bir ücret ödemektedir. Başka bir ifadeyle, tüketiciye hizmet yoluyla sağlanan bir mal söz konusudur. Bu noktadan hareketle, elektriğin kendisi bir mal olmakla birlikte, elektriğin iletim ve dağıtım hatları vasıtasıyla taşınması işlemi ücret mukabilinde yerine getirilen hizmettir. Nitekim Avrupa Birliği’nde elektriğin kendisi mal olarak kabul edilmekle birlikte, elektrik piyasası faaliyetlerinden dağıtım, Adalet Divanı kararları çerçevesinde hizmet olarak kabul edilmiştir. Elektriğin “mal” mı yoksa “hizmet” mi olduğu hususu elektriğin tabi olacağı hukuki rejimin tespiti açısından önem taşımakta olup, huku-

⁶⁸ Danıştay, 8. Dairesinin 3.12.1998 tarih ve E. 1998/2595 K. 1998/4026 sayılı kararı.

⁶⁹ ULUSOY, s. 176, dñn. 32.

⁷⁰ ERGÜN, s. 87. Ayrıca, elektrik üretim ve ticareti faaliyetinin kamu hizmeti olarak düzenlenmediğine ilişkin gerekçeler için bkz. s. 84-126.

kumuzda da elektrik “mal” olarak kabul edilmektedir. Bununla birlikte Mahkemeler elektriği bir bütün olarak değerlendirmekte ve elektriğin aynı zamanda “kamu hizmeti” özelliği gösterdiğini belirtilmektedir. Oysa elektriğin yapısal özellikleri dikkate alınmak suretiyle, piyasa faaliyetlerinin ayrı ayrı değerlendirilmesi ve bu piyasa faaliyetlerinden sadece iletim ve dağıtım faaliyetlerinin “kamu hizmeti” statüsünde değerlendirilmesinin daha doğru olacaktır.

KAYNAKÇA

ASLAN, İ. Yılmaz: Tüketici Hukuku, 3. Bası, Bursa 2006.

ASLAN, İ. Yılmaz ve diğerleri: Enerji Hukuku Cilt I, Enerji Piyasasında Rekabet ve Regülasyon, Bursa 2007.

ATİYAS, İzak/ ODER, Burak: *Türkiye'de özelleştirmenin hukuk ve ekonomisi.*, Türkiye Ekonomi Politikaları Araştırma Vakfı (TEPAV), Ankara 2008.

AYRANCI, Hasan: Enerji Sözleşmeleri, Yetkin Yayınları, Ankara 2010.

BLUM, Françoise/ LOGUE, Anne: State Monopolies under EC Law, John Wiley& Sons Ltd., England 1998.

CLIFTON, Judith/ DIAZ-FUENTES, Daniel: “Evaluating EU policies on public services: A citizens’ perspective”, Münih Personel RePEc Archive, MPRA, 2008, <<<http://mpr.a.ub.uni-muenchen.de/9420/>>>, 19.02.2012.

ERGÜN, Çağdaş Evrim: Elektrik Piyasasında Kamu Hizmeti, Ankara 2010.

EIJK, Nico Van: “Universal Service, a new look at an old concept: Broadband access as a universal service in Europe”, 15th Biennial Conference van de International Telecommunication Society, Berlijn, September 5-7, 2004, <<<http://ssrn.com/abstract=1609880>>>, 19.02.2012.

GÜVEN, Kudret: Enerji Sağlama Sözleşmeleri, Hüküm ve Sonuçları, Ankara 1994.

KARAKILIÇ, Hasan: Hukukî Açıdan Elektrik Piyasası- Avrupa Birliği ve Türkiye Örneği, Güncel Yayınevi, İzmir 2006.

KLUM, Andy: “Liberalisation of Regulated Markets and its Consequences for Trade: Internal Market for Electricity as a Case Study”, Journal for Energy and Natural Resources Law, C. 14, S.1, 1996.

LOGUE, Anne M.: “Liberalisation of the energy market in the European Community”, International Company and Commercial Law Review, C.3 S.7, 1992.

MICKLITZ, Hans- W: “Universal Services: Nucleus for Social European Private Law”, European University Institute, EUI Working Papers, Law 2009/12, 2009

NAGURNEY, Anna/ MATSYPURA, Dmytro: A Supply Chain Network Perspective for Electric Power, Generation, Supply, Transmission, and Consumption, E. J. Kontoghiorghes/ C. Gatu, (eds.), Optimisation, Econometric and Financial Analysis, Springer, Berlin 2006.

ONAR, Sıddık Sami: İdare Hukukunun Umumi Esasları, Cilt 1, İstanbul

POSCH, Willibald: Introduction, Christian Campbell (ed.), International Product Liability, Yorkhill Publishing, 2007.

PROSSER, Tony: The Limits of Competition Law: Markets and Public Services, Oxford University Press, Oxford 2005.

TİRYAKİ, Betül: Tüketicinin Korunması Hukuku Açısından Ayıplı Hizmetten Doğan Sorumluluk, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, Ankara 2006.

ULUSOY, Ali: “Fransız ve Avrupa Birliği Kamu Hizmeti Anlayışlarının Türk Hukukuna Etkisi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 48, S.1, 1999.

Diğer Dökümanlar

European Parliament, Directorate – General for Research, Public Undertakings and Public Services in the European Union, Working Papers, Luxemburg 1997, <<<http://aei.pitt.edu/4916/1/4916.pdf>>>, 15.04.2012.

Commission of the European Communities, Services of general interest, including social services of general interest: a new European commitment, COM(2007), 725 final, 20.11.2007.

Commission of the European Communities, Communication from the Commission, Services of General Interest in Europe, COM (2000), 580 final, 20.9.2000, Ek:II.

Commission of the European Communities, Communication from the Commission, Services of General Interest in Europe, COM (1996), 443 final, 11.09.1996.

Commission of European Communities, The Internal Energy Market, COM(1988), 238 final, 2.5.1988.

Commission of the European Communities, Communication from the Commission, Services of General Interest in Europe, COM (2000), 580 final, 20.9.2000.

Commission of the European Communities, White Paper on Services of General Interest, COM (2004), 374 final, 12.5.2004.

European Parliament, Public Undertakings and Public Services in the European Union, Working Paper.

Commission of the European Communities, Green Paper on Services of General Interest, COM (2003), 270 final, 21.5.2003.

Commission of the European Communities, Communication from the Commission, Services of General Interest in Europe, COM (1996), 443 final, 11.09.1996, s. 2.

ÇOCUKLARLA KİŞİSEL İLİŞKİ KURULMASINA DAİR KARARLARIN TENFİZİ: ÇOCUKLARLA KİŞİSEL İLİŞKİ KURULMASINA DAİR AVRUPA SÖZLEŞMESİ

*Arş. Gör. Özge BÖLÜKBAŞI**

GİRİŞ

Egemenlik anlayışı gereği bir devletin çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair verdiği kararın, ilgili diğer devletçe tanınması ve icra edilmesi zordur. Özellikle birçok devlet, iç hukukunda kararların tanınması ve tenfizine ilişkin yasal düzenlemelere yer verirken, “karşılıklılık”, “kamu düzeni” gibi koşulların varlığını aramaktadır. Uluslararası birliği sağlamak ve çocukların menfaatini korumak amacıyla sınır ötesi kişisel ilişki kurmanın kuralları, sistemi ve kararların uygulanması ile tanınması ve tenfizine ilişkin hangi tekniğin daha uygun ve etkili olduğu arayışı içinde olan uluslararası çabalar, dikkate değer ölçüde artmıştır.¹ Bu çabalar doğrultusunda, “1980 tarihli Çocukların Velayetine İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi İle Çocukların Velayetinin Yeniden Tesisine İlişkin Avrupa Sözleşmesi (Velayete İlişkin Sözleşme)²” ve “Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine Dair Avrupa Sözleşmesi (Lahey Sözleşmesi)³”, imzalanan sözleşmelerden yalnızca ikisidir⁴. Ayrıca Avrupa Konseyi, çocukların sadece anne ve babaları ile değil, çocuklarla aile bağları bulunan diğer belirli kişilerle de kişisel ilişki kurma ihtiyacını ve bu ihtiyacın onlar için önemini ve çocukların menfaatle-

* Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı.

1 Feriha Bilge TANRIBİLİR, Çocuk Haklarının Uluslararası Korunması ve Koruma Mekanizmaları, Ankara, 2011, s. 139.

2 Sözleşme metni için bkz. 02.11.1999 tarihli RG, S. 23864, çalışmamızın devamında sözleşme, kısaca “Velayete İlişkin Sözleşme” olarak anılacaktır.

3 Sözleşme metni için bkz. 15.02.2000 tarihli RG, S. 23965, çalışmamızın devamında sözleşme, kısaca “Lahey Sözleşmesi” olarak anılacaktır.

4 Sözleşme metinleri için bkz. Mahmut KAMACI, Türkiye’nin Taraf Olduğu Milletlerarası Özel Hukuk Sözleşmeleri ve Özel Hukuk Alanına Giren Çok Taraflı Diğer Uluslararası Sözleşmeler, Ankara, 2006, s. 375 ve 389.

rini gözeterek, özellikle mahkeme kararlarının işlerliğinin sağlanmasında uluslararası işbirliği için, 2003 yılında Çocuklarla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair Avrupa Sözleşmesi'ni düzenlemiştir⁵.

Çalışmamızın ilk bölümünde kısaca Türk Hukukunda çocuklarla kişisel ilişki kurulmasından, ikinci bölümünde ise Çocuklarla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair Avrupa Sözleşmesi ve Lahey ile Çocukların Velayetine İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi İle Çocukların Velayetinin Yeniden Tesisi-ne İlişkin Avrupa Sözleşmesi de birlikte değerlendirilerek çocuklarla kişisel ilişki kurulmasına dair yabancı mahkeme kararlarının tenfizinden bahsedilecektir. Sonuç bölümünde ise değerlendirmelerimizle birlikte çalışmamız tamamlanacaktır.

I. TÜRK HUKUKUNDA KİŞİSEL İLİŞKİ KURMA HAKKI

A. KİŞİSEL İLİŞKİ KURMA HAKKININ TANIMI

Eşlerin evliliği kadar, evliliklerinin sona ermesi de olağan bir sonuçtur. Bu hukuki sonuç, genellikle boşanmayla gerçekleşir⁶. Bu durumda, çocuklarla, velayeti kendisine bırakılmayan diğer eşin iletişim kurma isteği kaçınılmaz olacaktır⁷. Eşlerin birlikteliğinin sona ermesi, varsa çocukları ile de hukuki bağının kesilmesi anlamına gelmez⁸. Aksine, kendisine velayet hakkı bırakılmayan tarafın çocukla kişisel ilişki kurma hakkı devam eder⁹. TMK'nın ikinci bölümünde "Boşanma" ilgili düzenlemeler içerisinde yer alan md. 182/I hükmü ile boşanma kararı veren mahkemenin, anne ve babanın çocuklar bakımından haklarını düzenleme yetkisine yer verilmiştir¹⁰.

⁵ Sözleşme metni için bkz. 17.11.2011 tarihli RG, S. 28115

⁶ Mustafa DURAL/ Tufan ÖĞÜZ/ Mustafa Alper GÜMÜŞ, Türk Özel Hukuku, Cilt III, Aile Hukuku, İstanbul, 2011, s. 68, 100, 101., ayrıca bkz., Aydın ZEVLİLER/Ayşe HAVUTÇU/Damla GÜRPINAR, Medeni Hukuk, 6. Baskı, Ankara, 2008, s. 360-361.

⁷ Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 139, Turgut AKINTÜRK, Türk Medeni Hukuku, Aile Hukuku, 2. Cilt, 11. Bası, İstanbul, 2008, s. 395-396., Bilge ÖZTAN, Aile Hukuku, 5. Bası, Ankara, 2004, s. 605.

⁸ Fulya ERLÜLE, "Çocuk İle Kişisel İlişki Kurulması", MÜHF, Hukuk Araştırma Dergisi, C.16, Sayı 3-4, 2010, s. 217.

⁹ Gülçin Elçin GRASSINGER, Küçüğün Kişi Varlığının Korunması İçin Alınacak Tedbirler, İstanbul, 2009, s. 193.

¹⁰ Öztan, s. 608.

Buna göre, “Mahkeme boşanma veya ayrılığa karar verirken, olanak buldukça ana ve babayı dinledikten ve çocuk vesayet altında ise vasinin ve vesayet makamının düşüncesini aldıktan sonra, ana ve babanın haklarını ve çocuk ile olan kişisel ilişkilerini düzenler.” Bunun yanında TMK. md. 323’de “Ana ve babadan her biri, velâyeti altında bulunmayan veya kendisine bırakılmayan çocuk ile uygun kişisel ilişki kurulmasını isteme hakkına sahiptir.” denilerek, velayeti kendisine bırakılmayan tarafa, çocukla kişisel ilişki kurulmasını talep etme hakkı verilmiştir. Kanun koyucu, taraflara bu hakkın kullanımını sınırsız olarak tanımamıştır¹¹. TMK md. 324/I gereği, anne ve babadan her biri, diğerinin çocuk ile kişisel ilişkisini zedelemekten, çocuğun eğitilmesi ve yetiştirilmesini engellemekten kaçınmakla yükümlüdür. Aynı maddenin 2. fıkrasına göre ise, kişisel ilişki sebebiyle çocuğun huzuru tehlikeye girer veya anne ve baba bu haklarını birinci fıkrada öngörülen yükümlülüklerine aykırı olarak kullanırlar veya çocuk ile ciddî olarak ilgilenmezlerse ya da diğer önemli sebepler varsa, kişisel ilişki kurma hakkı reddedilebilir veya kendilerinden alınabilir.

B. KİŞİSEL İLİŞKİ KURMA HAKKINA SAHİP OLANLAR

Medeni Kanun’un 325. maddesi, çocukla kişisel ilişki kurma hakkını, velayeti kendisine bırakılmayan anne ya da baba ile olağanüstü hâller mevcutsa, çocuğun menfaatine uygun düştüğü ölçüde, diğer kişilere, özellikle hısımlara tanımıştır. Anne ve baba ile kişisel ilişki kurulabilmesi için öncelikle soybağının tespiti gerekir¹². Hakim ayrıca, mümkünse anne, baba ve çocuk vesayet altında ise vasi ve vesayet makamını dinler, onların da görüşlerini alır¹³.

Medeni Kanun yalnız anne ve babaya değil, onların dışında kalan üçüncü kişilere de kişisel ilişki kurma imkanı tanımıştır. Anne ve baba dışında kalan diğer yakın hısımların çocukla kişisel ilişki kurabilmesi için olağanüstü bir halin varlığı gerekir. Olağanüstü halden kasıt, çocukla arasında yakın bir bağ bulunan aile bireylerinin, çocukla herhangi bir sebeple kişisel ilişki kurma

¹¹ Cem BAYGIN, Soybağı Hukuku, İstanbul, 2010, s. 116.

¹² Yarg. 2. HD., E. 2003/10214, K. 2003/11371, T. 16.9.2003, Gül DOĞAN, “Çocuk İle Kişisel İlişki Kurabilme Hakkı”, Çetingil ve Kander’e 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı”, s. 530.

¹³ Dural vd., s. 139.

imkanına sahip olamamalarıdır¹⁴. Üçüncü kişi ile çocuk arasında kişisel ilişki kurulmasında ve bu ilişkinin kapsamının belirlenmesinde çocuğun menfaatleri de dikkate alınmalıdır¹⁵.

Kişisel ilişki kurma teknikleri arasında ise, yüz yüze görüşme, yazışmalar, e-posta, bilgi edinme ve telefon görüşmeleri sayılabilir¹⁶.

II. ÇOCUKLARLA KİŞİSEL İLİŞKİ KURULMASINA DAİR KARARLARIN TENFİZİ: ÇOCUKLARLA KİŞİSEL İLİŞKİ KURULMASINA DAİR AVRUPA SÖZLEŞMESİ

A. ÇOCUKLARLA KİŞİSEL İLİŞKİ KURULMASINA DAİR AVRUPA SÖZLEŞMESİ ÖNCESİNDEKİ DURUM

Kişisel ilişki, belirli aralıklarla tekrarlanan ve süreklilik arz eden bir ilişkidir¹⁷. Farklı devletlerde bulunan anne ve baba ile çocuklar arasında bu ilişkinin devamlılığı ise oldukça zordur. Çocukla uluslararası kişisel ilişki kurulmasında, hem ebeveynlerin istedikleri yerde yaşamlarını yeniden kurmak için ikamet haklarını tanımak, hem de aradaki ciddi mesafelere rağmen aile bireylerinin, anne, baba ve çocuklardan her birinin ilişkilerinin devamlılığı çerçevesinde menfaatlerini korumak gerekir¹⁸. Bu koruma ancak yabancı ülkede verilen kararların uygulanabilirliğini sağlayan uluslararası düzenlemeler ve bu düzenlemelere uygun iç hukuk kuralları ile sağlanabilir.

Yabancı mahkeme kararlarının tenfizi hakkında düzenlemelere, “Çocuklarla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair Avrupa Sözleşmesi’nin” 17.11.2011 tarihinde onaylanmasının uygun bulunmasına kadar olan süreçte, Türkiye’nin de taraf olduğu, “Çocukların Velayetine İlişkin Kararların Tanınması

¹⁴ Akıntürk, s. 398, Baygın, s. 109.

¹⁵ İlnur SERDAR, “Kişisel İlişki Kurma Hakkı”, DEÜHFD, Cilt 9, Özel Sayı, 2007, s. 756.

¹⁶ Rona SEROZAN, Çocuk Hukuku, İstanbul, 2005, s. 241, Erlüle, s. 217.

¹⁷ İbrahim ÖZBAY, “Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına İlişkin İlamların İcrası”, e-akademi, Hukuk, Ekonomi ve Aylık İnternet Dergisi, Şubat, 2009, Sayı 84, (<http://www.e-akademi.org/incele.asp?konu=makaleler/ozbay-2.htm> Erişim Tarihi: 24.12.2011), Öztan, s. 609.,

¹⁸ Marguerite C. WALTER, “Toward The Recognition And Enforcement Of Decisions Concerning Transnational Parent-Child Contact”, New York University Law Review, Vol. 79: 2381, s. 2392.

ve Tenfizi ile Çocukların Velayetinin Yeniden Tesisine İlişkin Avrupa Sözleşmesi” ve “Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine Dair Avrupa Sözleşmesi” kapsamında yer verilmiştir. Bu sözleşmelerin asıl ve ortak amacı çocuğun korunmasına, taraf devletlerden birinin verdiği kararın diğeri tarafından tanınması ve tenfizine, uluslararası çocuk kaçırılmalarının önüne geçilmesine ve çocuğun iadesine ilişkin menfaatlerinin göz önüne alınmasıdır¹⁹.

Lahey Sözleşmesi’nde kişisel ilişki kurma hakkı, terminolojik olarak “ziyaret hakkı” şeklinde ifade edilmiştir²⁰. Sözleşmenin 5. maddesinde yer verilen ziyaret hakkı, çocuğun sınırlı bir süre için, mutad ikametgahından²¹ başka bir yere götürülmesi hakkını ihtiva eder²². Bu durumda mutad ikametgahından başka bir yere haksız olarak götürülen çocukların iadesi, bir kararın varlığı halinde ancak tenfiz ile mümkün olabilecektir²³. Ziyaret hakkının tenfizi için, kanuni bir yetkinin, adli veya idari bir kararın veya geçerli bir anlaşmanın varlığı gerekir²⁴. Lahey Sözleşmesi tenfizden çok, uluslararası çocuk kaçırma olaylarına ilişkin boşlukları doldurabilecek niteliktedir²⁵. Buna karşılık Velayete İlişkin Sözleşme ile ilk kez, velayete ve çocuklarla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin yabancı kararların tenfizini sağlayan yeknesaklık sağlanmaya çalışılmıştır²⁶. Bu sözleşme velayete uygulanacak hukuku

19 Aysel ÇELİKEL, “Yabancı Mahkemelerden Verilen Velayete İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi”, MHB, Yıl 17-18, 1997-98, s. 108.

20 Ayrıca Amerika Birleşik Devletlerinde de ebeveynler dışındaki kişilerin kişisel ilişki kurma hakkı “ziyaret hakkı” olarak isimlendirilmektedir. Konu ile ilgili bkz., Selma BAKTIR, Aile Mahkemeleri, Ankara, 2003, s. 137.

21 Hukuk terminolojisi olarak çeviride “mutad ikametgah” yerine “mutad mesken” kavramının kullanılması isabetli olacaktır. Mutad mesken kavramı doktrinde tartışmalı olmakla beraber, kişinin belli bir bölgede geçici olarak bulunmasını ifade etmek için kullanılmamakta belli bir fiili bağlantıyı ifade etmek için kullanılmaktadır. Başka bir deyişle çok fazla geçici olmayan fakat yerleşim yeri gibi yerleşme niyetinin de aranmadığı oturmalar mutad mesken olarak kabul edilmektedir. (Vahit DOĞAN, Milletlerarası Özel Hukuk, Ankara, 2010, s. 133.)

22 Sözleşme metni için bkz., Kamacı, s. 389.

23 Çelikel, Tanıma ve Tenfiz, s. 114.

24 Bkz. Lahey Sözleşmesi md. 3 ve Tanrıbilir, s. 120

25 Ayfer Uyanık ÇAVUŞOĞLU, Türk Milletlerarası Özel Hukukunda Boşanma, İstanbul, 2006, s. 153.

26 Çavuşoğlu, s. 153.

düzenleyen Lahey Sözleşmesi'nin uygulanabilirliğini de sağlayarak, mevcut problemlerin çözümünde de yardımcı olmuştur²⁷. Böylece, yabancı mahkeme kararlarının tenfizi yönünden Lahey Sözleşmesi'nin yürürlüğünü kaldırmayan Velayete İlişkin Sözleşme uygulama alanı bulmuştur²⁸. Zira, sözleşmenin tarafı olan bir devletin yargı ya da idari makamları tarafından çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair verilen bir kararın varlığı halinde, çocuğun kararı veren devletin vatandaşı olup olmamasına bakılmaksızın, diğer taraf devletçe tenfizine olanak sağlanmaktadır²⁹.

Velayete İlişkin Sözleşme³⁰ ile çocuk, vatandaşlığı ne olursa olsun, henüz 16 yaşın altında olup, mutad meskeni kanununa veya Vatandaşlık Kanunu'na veya talepte bulunulan devletin iç hukukuna göre kendi ikamet yerini tayin etme hakkına sahip olmayan kişi olarak; velayete ilişkin karar ise, oturacağı yeri tayin etme, onunla şahsi ilişki kurma hakları da dahil olmak üzere çocuğun kişisel bakımına ilişkin olarak verilen herhangi bir makamın kararı şeklinde tanımlanmıştır (Velayete İlişkin Sözleşme, md. 1/a,c). Burada makam kavramı, adli veya idari bir makamı karşılar (Velayete İlişkin Sözleşme md. 1/b). Velayete İlişkin Sözleşme kişisel ilişki kurma hakkının kanun gereği gerçekleşmiş olması halini saymayarak, kapsamını Lahey Sözleşmesi'ne göre daraltmıştır³¹. Sözleşmeye göre ancak adli ya da idari bir makamın kararları tenfiz edilebilir³². Sözleşmenin 2. maddesi, taraf her devletin, sözleşmede öngörülen görevleri yerine getirecek bir merkezi makam atamasını emretmiştir. Taraf devletlerden birinde, çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair bir karar elde etmiş ve bu kararın başka bir devlette tenfizini isteyen her kişi, bu amaçla, taraf herhangi bir diğer devletin merkezi makamına, dilekçe ile başvuruda bulunabilir (Velayete İlişkin Sözleşme, md. 4). Gerek, kişisel ilişki kurulması konusundaki kararlar ve gerekse velayete ilişkin kararların

27 Günseli Öztekin GELGEL, "Devletler Özel Hukukunda Velayet, Çocuk Kaçırılmaları, Evlat Edinmeye İlişkin Problemler", İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Yıl:4 Sayı:8 Güz 2005/2, s. 124.

28 Faruk Kerem GİRAY, Milletlerarası Özel Hukukta Kaçırılan veya Alıkonan Çocukların İadesi, İstanbul, 2010, s. 226.

29 Ziya AKINCI, Cemile DEMİR GÖKYAYLA, Milletlerarası Aile Hukuku, İstanbul, 2010, s. 181.

30 Sözleşme metni için bkz., Kamacı, s. 375.

31 Çelikel, Tanıma ve Tenfiz, s. 114

32 Çelikel, Tanıma ve Tenfiz, s. 114

kişisel ilişki kurma hakkını öngören hükümleri³³, velayete ilişkin diğer kararlar gibi aynı şartlar altında tenfiz edilir (Velayete İlişkin Sözleşme, md. 11). Yine çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair kararların tenfizinde, talepte bulunulan devlet yetkili makamı özellikle tarafların bu konudaki taahhütlerini göz önüne alarak çocukla kişisel ilişki kurulması hakkının kullanılması ve uygulanması şartlarını tespit edebilir (Velayete İlişkin Sözleşme, md. 11/II).

Bu prosedür çerçevesinde, taraf devlette tenfiz talebinde bulunulduğu an, çocuğun, talepte bulunulan devlet vatandaşı, veya mutad meskeni bu devlette iken, kararı veren devlet ile bu bağlardan hiçbirinin olamaması; çocuğun aynı zamanda kararı veren devlet ve talepte bulunulan devlet vatandaşı ve mutad meskeni talepte bulunulan devlette bulunması; kararın, gerek talepte bulunulan devlet, gerek üçüncü bir devlette verilen ve talepte bulunulan devlette yerine getirilebilir bir karar ile tenfiz müracaatında önceki bir dava yüzünden bağdaşmaması nedenlerinden birinin var olması halinde tenfiz talebi reddedilir (Velayete İlişkin Sözleşme, md. 10). Red kararı, çocuğun çıkarlarına uygun olmalıdır (Velayete İlişkin Sözleşme, md. 10/d). Sözleşme'nin asıl amacı, kararların bir diğer devlette de tenfiz edilebilirliğini sağlamak olmasına rağmen, tenfizin reddi sebeplerine olukça geniş yer verildiği dikkati çekmektedir³⁴. Velayete ilişkin bir kararın tenfizi reddedilmişse, kişisel ilişki kurma hakkına dair karar verilmemişse, talepte bulunulan devlet merkezi makamı, bu hakkı ileri süren kişinin isteği üzerine kişisel ilişki kurma hakkına dair karar vermesi için yetkili makamlarına başvurabilir (Velayete İlişkin Sözleşme, md.11/III).

Tüm bu sözleşmelerin kapsamı kişisel ilişki kurulması hakkında tek başına yeterli değildir. Bu hakkın etkinliğinin arttırılabilmesi açısından bazı öneriler getirilmiştir. Bunlar, Lahey Sözleşmesi'ne ek bir protokolün düzenlenmesi, 1980 tarihli Lahey Sözleşmesi'nden sonra imzalanan 1996 tarihli Lahey Sözleşmesi'nin desteklenmesi ve katılımın arttırılmasının sağlanması, mahkeme kararlarının yeknesaklığı ve uluslararası adli işbirliği ve dayanışmanın arttırılmasını sağlamak olarak sıralanabilir³⁵. Konsey devletleri ise,

33 Cemal ŞANLI, "Türk Hukukunda Çocukların Velayetine İlişkin Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi", MHB, Yıl 16, Sayı 1-2, 1996, s. 73.

34 Feriha Bilge TANRIBİLİR, "Velayete İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi İle Velayetin İadesine Dair 20 Mayıs 1980 Tarihli Avrupa Sözleşmesi", MHB, Yıl 16, Sayı 1-2, 1996, s. 85-86.

35 Walter, s. 2400

daha etkili bir çözüm getireceği inancıyla, 2003 yılında Çocuklarla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair Avrupa Sözleşmesi'ni imzalamışlardır.

B. ÇOCUKLARLA KİŞİSEL İLİŞKİ KURULMASINA DAİR AVRUPA SÖZLEŞMESİ BAKIMINDAN DURUM

1. Sözleşmenin Amacı

2003 yılında imzalanan Çocuklarla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair Avrupa Sözleşmesi, ülkemizde 6066 sayılı kanunla 17.11.2011 tarihinde onaylanması uygun bulunmuştur³⁶. Bu sözleşmenin amacı, 1. maddesinde belirtilmiştir. Buna göre;

a. Kişisel ilişkilere uygulanacak genel ilkeleri belirlemek. (Kaldı ki, taraf devletler verecekleri kararlarda, sözleşmenin 2. bölümünde yer alan 3. maddesine göre, belirlenen ilkelerin uygulanmasını sağlayan garantileri ve tedbirleri kabul edeceklerdir³⁷.)

b. Kişisel ilişkinin düzgün şekilde kullanılması ve kişisel ilişki süresinin sonunda çocuğun derhal geri dönmesini sağlamaya uygun koruma tedbirlerini ve garantilerini tespit etmek. (Bu garanti ve tedbirler sözleşmenin 10. maddesinde sayılmıştır. Taraf devletlerce, bu maddede sayılan garanti ve tedbirlere karar verilmesi yalnızca sınır ötesi kararların uygulanmasını değil, iç hukuktaki kararların da uygulamasını içermektedir³⁸.)

c. Merkezi makamlar, adli makamlar ve diğer kurumlar arasında kişisel ilişkiyi ilerletmek ve geliştirmek için işbirliğini oluşturmaktır. (Bu madde ilk olarak, devletlerin adli makamları gibi, farklı devletler arasındaki benzer organlar arasındaki işbirliğini oluşturmak, ikinci olarak ise, aynı ya da farklı ülkelerdeki merkezi makamlar ve adli makamlar arasındaki ilişki gibi farklı kategorideki organlar arasındaki ilişkiyi oluşturmaktır³⁹.)

³⁶ Sözleşme metni için bkz. 17.11.2011 tarihli RG, S. 28115, ayrıca bkz., Yücel SAYMAN, "Çocukların Velayetine İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi İle Çocukların Velayetinin Yeniden Tesisine İlişkin Avrupa Sözleşmesi Hakkında Rapor", MHB, Yıl 16, Sayı 1-2, 1996, s. 129-137.

³⁷ Convention On Contact Concerning Children, "Explanatory Report", § 17. (<http://conventions.coe.int/treaty/en/Reports/Html/192.htm>) (Erişim Tarihi, 24.11.2011)

³⁸ "Explanatory Report", § 18.

³⁹ "Explanatory Report", § 19.

Bu sözleşmede, Lahey Sözleşmesi'nden farklı olarak "çocuk" ifadesi, 18 yaşından küçükler için kullanılmış ve sadece anne ya da babanın değil, çocukların da hak sahibi olduğu savunularak⁴⁰, "ziyaret hakkı" kavramı yerine "kişisel ilişki" kavramı tercih edilmiştir (md. 2). Sözleşmenin amacını yerine getirmesi için kişisel ilişki, çocuğun mutad olarak birlikte yaşamadığı, kişisel ilişki kurma hakkına sahip olan kişilerin yanında sınırlı bir süre için kalması ya da görüşmesi, çocukla, söz konusu kişi arasındaki her türlü iletişim şekli ve çocuk ile bu kişiler arasındaki bilgi aktarımı olarak tanımlanmıştır (md. 2). Sözleşme; anne, baba dışındaki aile bağları bulunan kişilere de, çocuğun yüksek menfaatine uygun olması koşuluyla, çocukla kişisel ilişki kurma hakkı tanımıştır (md. 5). Aile bağları, bir çocuk ile büyükanne ve büyük babası ya da erkek ve kız kardeşleri arasındaki mevcut ilişkiler gibi hukuki ya da fiili aile ilişkisinden kaynaklanan yakın ilişkileri ifade eder (md. 2/d). Bu çerçevede, kişisel ilişki kurma teknikleri, tanımlar ve özellikle kişisel ilişki kurmaya hak sahibi olanlar hakkında ve tenfiz konusunda, Türk hukukuna paralel bir düzenlemenin kabul edildiğini söyleyebiliriz (TMK md. 323-326).

2. Sınır Ötesi Kişisel İlişkinin Geliştirilmesi ve Arttırılmasına Yönelik Tedbirler

Kişisel İlişki Kurma Sözleşmesi'nin 10. maddesine göre, her taraf devlet, koruma tedbirleri ve garantilerin kullanılmasını sağlayacak ve geliştirecektir. Hal ve şartlar gerektirdiğinde, adli makamlar, hem kararın uygulanmasını hem de çocuğun kişisel ilişki süresinin sonunda mutad olarak yaşadığı yere geri dönmesini ya da hukuka uygun bir şekilde yerinin değiştirilmemesini sağlamak amacıyla koruma tedbiri veya garantilere tabi olarak bir kişisel ilişki kurma kararı verebilir (md. 10/II). Bu tedbir ve garantiler iki grupta toplanmıştır: Bunların ilki, kararın yerine getirilmesini sağlayan güvenceler, ikincisi ise çocuğun iadesini ve haksız olarak yerinin değiştirilmesinin önlenmesine yönelik güvence ve teminatlardır.

Birinci grup güvenceler sözleşmede; kişisel ilişkinin gözlem altında tutulması; bir kişinin, çocuğun ya da ona refakat edenlerin seyahat ve ikamet giderlerini karşılamasından yükümlü tutulması; kişisel ilişki talep edenin bu hakkının diğer tarafça teminat altına alınması; çocuğun mutad olarak yanın-

⁴⁰ Detaylı bilgi için bkz., Çocuklarla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair Avrupa Sözleşmesi "Başlangıç" Bölümü.

da yaşadığı tarafın kişisel ilişki kararına itaat etmemesi halinde para cezası verilmesi, şeklindedir (md. 10/II/a). Taraf devletler dilerse sayılan bu tedbirlerden başka tedbirler de alabilir ve uygulayabilirler⁴¹.

İkinci grup tedbirleri ise; pasaport, kimlik belgesi ve kişisel ilişki süresinde teslimat ile ilgili bildirimde bulunulduğunu bildiren belgelerin teslimi; mali ve mallar üzerindeki aynı teminatları; mahkemelere olan yükümlülükler ve taahhütleri; kişisel ilişkinin kurulacağı yerdeki polis karakolu ya da gençlik sosyal hizmet kurumu gibi yetkili bir makama düzenli olarak görünmek zorunluluğunu; tanıma ve tenfiz beyanını onaylayan belgeyi ibraz etme yükümlülüğünü; ilişkinin gerçekleşeceği yer ile ilgili şartların belirlenmesini ve gerekirse ilişki kurulacak devletten çıkışının yasaklanarak bu yasağın ulusal ve sınır ötesi bilgi sistemine kaydedilmesi tedbirlerini kapsar (md. 10/II-b). Kişisel İlişki Kurma Sözleşmesi'nin 10. maddesinin 3. fıkrasına göre ise, koruma tedbirlerinin yazılı olması veya yazılı olarak ispatı gerekir. Ayrıca fıkranın devamında bu tedbir ve garantilerin kişisel ilişki kararının ya da tasdik edilmiş anlaşmanın bir parçasını teşkil edeceği belirtilmiştir.

3. Sınır Ötesi Kişisel İlişki Kararlarının Tenfizi

Tenfiz kararı, yabancı bir mahkeme kararının sahip olduğu kesin hüküm gücünün icrası için iç hukukta kamu kudretinin harekete geçirilmesidir⁴². Böylece yabancı mahkeme kararları tenfiz edilmeden hüküm ve sonuç doğuramayacaktır⁴³. Bu doğrultuda, kişisel ilişki kurulmasına dair kararların tenfizi ile ilgili Kişisel İlişki Kurma Sözleşmesi, taraf devletler için, 10. maddesinde sayılan uygulanabilirliği sağlamak açısından alınacak tedbirlere ek olarak, 14. maddesinin (a) bendinde, kararın tenfizini mümkün kılacak bir sistemin kurulmasını; (b) bendinde ise, kararın tenfiz edilebilirliğini bildiren bir usulün düzenlenmesini gerekli kılmıştır.

Sözleşmenin açıklayıcı raporunda, maddenin (a) bendinin, taraf devletlere, iç hukuklarında kişisel ilişki kurmaya ilişkin yabancı kararların tenfizini mümkün kılacak herhangi bir sistemin var olmaması ya da yeterli olmaması

⁴¹ Giray, s. 276.

⁴² Aysel ÇELİKEL/ Bahadır ERDEM, Milletlerarası Özel Hukuk, 10. Bası, İstanbul, 2010, s. 583.

⁴³ Yarg. 2. HD., E. 1985/640, K.1985/2979, T. 28.3.1985, Nuray EKŞİ, Milletlerarası Nitelikli Davalara İlişkin Mahkeme Kararları, İstanbul, 2007, s. 211.

sorunlarını çözüme kavuşturan bir zorunluluk olarak getirildiği vurgulanmıştır. Raporla göre, bu sistem ya da prosedürün kurulması ya da geliştirilmesi kişisel ilişki kurma ve velayet haklarının uygulanmasını kolaylaştıracaktır⁴⁴.

Maddenin (b) bendi ise, taraf devletlerin bir usul belirlemesini hükme bağlayarak, tenfiz kararının nasıl verileceği ve uygulanacağı konusunun önceden tespit edilmesini zorunlu kılmıştır. Böylece bu hüküm, taraf devletlere bir usul düzenleterek, uygulamayı temin etmek açısından bir garanti vermektedir. Genellikle çocuğun mutad meskeninin bulunduğu yer adli makamları tarafından verilen sınır ötesi ilişki kurma kararlarının tenfizi ve uygulanabilirliğinin sağlanması ve bildirilmesi, velayeti kendisine bırakılan ve çocuğun yanında ikamet ettiği anne ya da baba tarafından diğer kişisel ilişki kurma hakkı olan ebeveyn veya üçüncü kişilerin bu hakkını engellemeye çalışmasının önüne geçecektir. Ayrıca bu usullerin belirgin olmasının ve tenfiz kararının ilerideki temel faydası, velayeti olmayan tarafın çocukla kişisel ilişki kurma sonrasında çocuğun kaçırılmasını ve alıkonulmasını da azaltması olacaktır⁴⁵. Bu nedenle taraf devletlerin, sınır ötesi kararların uygulanabilirliğini sağlamak ve bildirmek için bir prosedür düzenlemesi zorunludur.

4. Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'a göre Kişisel İlişki Kararlarının Tenfizi

MÖHUK'da, Kişisel İlişki Kurma Sözleşmesi'nde bahsedilen, tenfiz kararı verme usulünü de içine alan bir sistem mevcuttur. Bu sistemden, sözleşmeye de uyarlayarak kısaca bahsedecek olursak;

a. MÖHUK md. 50'ye göre, yabancı mahkemelerden hukuk davalarına ilişkin olarak verilmiş ve o devlet kanunlarına göre kesinleşmiş bulunan ilâmların Türkiye'de icra olunabilmesi yetkili Türk mahkemesi tarafından tenfiz kararı verilmesine bağlıdır⁴⁶. Kanun ön şart olarak, *hukuk davalarından* ve bu davalara ilişkin verilen *mahkeme kararlarından* bahsetmektedir⁴⁷.

44 "Explanatory Report", § 110.

45 "Explanatory Report", § 111.

46 Türk hukukunda tenfiz ile ilgili detaylı bilgi için bkz., V. Doğan, s. 95-113, Çelikel, s. 582-695, Nomer, s. 463-499, İzzet DOĞAN, Milletlerarası Aile Hukuku ve Milletlerarası Usul Hukuku, Ankara, 2010, s. 203-463.

47 Nomer, s. 466.

Ancak MÖHUK md. 1 gereği, Türkiye'nin taraf olduğu milletlerarası sözleşme hükümleri saklıdır. Bu nedenle kanunun tenfiz şartları ve tenfiz kararına ilişkin düzenlemeleri ile sözleşme maddeleri çatıştığı takdirde sözleşme maddelerinin uygulanacağı açıktır. Kişisel ilişki Kurma sözleşmesi, kişisel ilişki kararını, 2. maddesinde, *yetkili bir adli makam tarafından onaylanmış veya resmi şekilde düzenlenmiş veya asıl belge olarak kaydedilmiş ve icra edilebilir olan kişisel ilişki kurulmasına dair bir anlaşma* da dahil olmak üzere kişisel ilişki kurulması hakkında *bir adli makam kararı* olarak tanımlamıştır. Aynı maddenin son bendinde ise adli makam, bir mahkeme ya da eşit yetkilere sahip idari makamı ifade eder. Yani yalnızca bir mahkeme kararı değil kararın verildiği ülkede kişisel ilişki kurulması hakkında karar vermeye yetkili idare tarafından verilen kararın da tenfizi mümkün olmalıdır⁴⁸. Bu anlamda Velayete İlişkin Sözleşme'ye paralel bir düzenleme olduğu dikkati çekmektedir.

b. Yine hukuk davasına ilişkin mahkeme kararının yanı sıra hukukumuzda tenfizin ön şartı olarak MÖHUK md. 50'de, *"kararın kesin hüküm teşkil etmesi"* şartı da sayılmıştır⁴⁹. Velayete İlişkin Sözleşme'de kişisel ilişki kurma kararların tenfizi için kararın kesin hüküm teşkil etmesi şartı aranmamış, söz konusu sözleşmenin 7. maddesinde, kararın verildiği devlette icra edilebilir olması yeterli görülmüştür. Bu konuya, Kişisel İlişki Kurma Sözleşmesi'nin herhangi bir maddesinde yer verilmemiştir. Bu nedenle ve sözleşmenin 20. maddesinde belirtildiği üzere, her iki sözleşmeye de taraf olmak şartıyla Velayete İlişkin Sözleşme'nin uygulamasının etkilenmeyeceğine ilişkin hüküm bağlamında, uygulamada kanaatimizce Velayete İlişkin Sözleşme'nin 7. maddesinin dikkate alınması gerekir.

c. Yabancı kararın Türkiye'de tenfizi için ön şartlar dışındaki diğer şartlarından birisi; MÖHUK md. 54/a bendi gereği, kararın verildiği devlet ile karşılıklılık esasına dayanan bir anlaşma yahut kanuni veya fiilî uygulamanın bulunmasıdır⁵⁰. Ülkemiz ile kararın verildiği devlet arasında anlaşmanın var olduğu hallerde tenfiz, bu anlaşmanın müsaade ettiği ölçülerde gerçekleştir-

48 Çelikel, Tanıma ve Tenfiz, s. 116.

49 V. Doğan, s. 100.

50 Yarg. 13. HD., E. 1988/ 6224, K. 1989/1238, T. 28.2.1989, (Ekşi, s. 256.)

şecektir⁵¹. Nitekim Kişisel İlişki Kurma Sözleşmesinin 14. maddesinin son fıkrası, bir devletin, tenfiz kararı verebilme şartları arasında “karşılıklılık ilkesi” sayılmışsa, söz konusu sözleşmenin yasal bir temel olarak kabul edilmesi gerektiğini belirtmektedir. Bu madde özellikle, kendisinden kararın tenfizi talep edilen ülke ile kararı veren ülke arasında başka bir anlaşmanın ya da fiili bir karşılıklılığın bulunmadığı haller için yardımcı olacaktır⁵².

d. Hükümün kamu düzenine açıkça aykırı bulunmaması da aranan asli şartlardan birisidir. “Kamu düzeni” şartının tenfiz kararlarındaki asıl görevi, yabancı maddi hukukun uygulamasını engellemektir⁵³. Daha çok kamu düzeni gerekçesiyle reddedilen tenfiz taleplerinde, kararın gerek maddi hukuka, gerekse usul hukukuna ilişkin kontrolü sağlanır ve hakim, tenfiz kararının yerine getirilmesi ile doğacak aykırılıkları her somut olaya göre tespit eder⁵⁴. Kamu düzeninin ihlali sonucu doğurabilecek kararların tenfizi talebi reddedilir⁵⁵. TMK md. 182/I hükmü ile, anne ve babanın çocuklar bakımından kişisel ilişki kurma haklarını düzenleme yetkisi, boşanma kararı veren mahkemeye verilmiştir⁵⁶. Kişisel İlişki Kurma Sözleşmesi’nin 2. maddesinin (e) bendine göre ise, kişisel ilişki kurma kararını verecek adli makam, bir mahkeme ya da eşit yetkilere sahip idari makamı ifade eder. Bu iki hüküm, Kişisel İlişki Kurma Sözleşmesi’nin mümkün kıldığı, “idari makam” tarafından verilen kişisel ilişki kurma kararlarının tenfizi talepleri, ülkemizde kamu düzeni gerekçesiyle reddedilecek midir?” sorusunu gündeme getirir.

Kişisel İlişki Kurma Sözleşmesi tıpkı Velayete İlişkin Sözleşme gibi Türk hukukuna farklı bir düzenleme getirerek, taraf devletler arasında, kamu düzeninin müdahalesini zorlaştırmış ve müdahaleyi asgari seviyeye indirmiş-

51 Ahmet Cemal RUHİ, *Boşanma İle İlgili Yabancı Mahkeme İlamlarının Türkiye’de Tanınması ve Tenfizi*, Ankara, 2003, s. 132.

52 “Explanatory Report”, § 112.

53 Ergin NOMER, “Yabancı Mahkeme İlamlarının Tenfizinde Mahkemenin Yetkisi ve Kamu Düzeni”, MHB, Yıl 23, 2003, s. 568.

54 Ahmet Cemal RUHİ, Yavuz KAPLAN, “Yabancı Mahkeme ve Hakem Kararlarının Tenfizi Açısından Kamu Düzeni”, MHB, Yıl 22, 2002, s. 663, Nomer, s. 568.

55 Kemal DAYINLARLI, *Milli ve Milletlerarası Kamu düzeni ve Tahkime Etkileri*, Ankara, 1994, s. 21-22.

56 Öztan, s. 608.

tir⁵⁷. Bu doğrultuda, tenfiz talebi önüne gelen Türk mahkemeleri, yalnızca kişisel ilişki kurulmasına dair yabancı mahkeme kararlarını değil; verildiği ülkede mahkeme ile eşit yetkilere sahip kabul edilen bir idari makam tarafından verilen kararların da tenfizini mümkün kılmalıdır⁵⁸. Bu kararlar bizzat, kamu düzenine açıkça bir aykırılık teşkil etmeyecektir.

e. MÖHUK md. 54'de sayılan diğer şartlar ise, Türk mahkemelerinin münhasır yetkisine girmeyen bir konuda verilmiş olması veya davalının itiraz etmesi şartıyla karar, dava konusu veya taraflarla gerçek bir ilişkisi bulunmadığı hâlde kendisine yetki tanıyan bir devlet mahkemesince verilmiş olmaması ve tenfiz istenen kişinin savunma hakkı ihlal edilerek hüküm verilmiş ve kişinin bu nedenle tenfiz istemine karşı Türk mahkemesine itiraz etmemiş olmasıdır.

Böylece ön şartları ve asli şartları taşıyan ve gerekli tespitlerin yapıldığı yabancı karar, tenfiz kararı veren mahkeme kararının kesinleştiği andan itibaren kesin hüküm veya kesin delil etkisi taşıyacaktır. (MÖHUK md. 59). Bu aşamadan itibaren karar, Türk mahkemelerinden verilmiş kararlar gibi icra olunur (MÖHUK md.57).

Ayrıca Kişisel İlişki Kurma Sözleşmesi'nde yer almayan ancak Velayet İlişkin Sözleşme'de belirtilen usul hakkındaki hükme göre ise, her taraf devlet, çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair kararın tenfizinde, basit ve seri usul uygulamalıdır (md. 14). Bu düzenleme, talebin, basit yargılama usulü hükümlerine göre inceleneceğini karara bağlayan MÖHUK'daki düzenlemeyle de paraleldir⁵⁹. Görevli ve yetkili mahkeme ise, kendisine karşı tenfiz istenen kişinin Türkiye'deki yerleşim yeri, yoksa sâkin olduğu yer, Türkiye'de yerleşim yeri veya sâkin olduğu bir yer mevcut değilse Ankara, İstanbul veya İzmir Asliye Hukuk Mahkemeleridir. Aile Mahkemelerinin Kuruluş,

⁵⁷ Benzer görüş için bkz. Yarg. 2. HD., E. 2004/12285, K. 2004/13680, 22.11.2004 tarihli kararının muhalefet şerhi, "Çocukların Velayetine İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi ile Çocukların Velayetinin Tesisine İlişkin Avrupa Sözleşmesini ülkemiz de kabul etmiş, yabancı hukukun kamu düzeninin müdahalesi zorlaştırılmış ve asgari seviyeye indirilmiştir. Sözleşmenin 9 ve 10. maddelerinde tanıma ve tenfizin ret sebepleri sayılmış, karar sonuçlarının talep edilen devletin aile ve çocuk hukukunun temel ilkeleriyle açıkça bağdaşmaması halinde isteğin reddedilebileceği vurgulanmıştır." şeklindedir. (<http://www.turkhukusitesi.com/showthread.php?t=30750> Erişim Tarihi, 02.01.2012)

⁵⁸ Benzer görüş için bkz. Çelikel, Tanıma ve Tenfiz, s. 116.

⁵⁹ MÖHUK md. 55; "İstem, basit yargılama usulü hükümlerine göre incelenerek karara bağlanır."

Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun'un 4. maddesine göre, aile hukukuna ilişkin yabancı mahkeme kararının tenfizinde ise aile mahkemeleri görevlidir⁶⁰.

Ek olarak tenfiz edilen kararın icrasını sağlayacak sistemin parçası olan hükümlerin bir kısmı da İcra İflas Kanunu'nda tespit edilmiştir. Kişisel ilişki kurma kararının icrası, verilen velayet kararı sonucu çocuğun diğer tarafa teslimine ilişkin 25. madde ile tam olarak aynı anlama gelmediğinden, İİK'da 25/a ve 25/b maddeleriyle hükme bağlanarak ayrı bir düzenleme getirilmiştir⁶¹. Bu maddeye göre; çocukla kişisel ilişkilerin düzenlenmesine dair kararın yerine getirilmesi talebi üzerine diğer tarafın buna mani olmaması, aksi halde kararın zorla yerine getirileceği yazılı şekilde bir icra emri ile tebliğ edilir ve bu emirde, aykırı hareketin cezalandırılacağı yazılır. Velayeti kendisine bırakılan taraf bu emre uymazsa, kararın zorla yerine getirileceği belirtilir. İİK 25/b'ye göre ise; çocukların teslimine ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair kararların icrası, icra müdürü ile birlikte Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu tarafından görevlendirilen sosyal çalışmacı, pedagog, psikolog veya çocuk gelişimcisi gibi bir uzmanın, bunların bulunmadığı yerlerde bir eğitimcinin hazır bulunması suretiyle yerine getirilir⁶². Bu hükümde amaç, kişisel ilişki kurulması sırasında çocuğun psikolojik yönden olumsuz etkilenmesini engellemektir⁶³. Bir kişisel ilişki kurma kararının icrası sırasında sayılan uzmanların bulundurulmaması haliyle ilgili

⁶⁰ Detaylı bilgi için bkz., Erdal TERCAN, "Türk Aile Mahkemeleri", AÜHFD, Cilt 52, Sayı 3, 2003, s. 23, Bilal KÖSEOĞLU, Aile Mahkemeleri'nin İşleyişi, Ankara, 2005, s. 119., Ali KARAGÜLMEZ, Sami Sezai URAL, Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usulleri, 2. Baskı, Ankara, 2003, s. 137, Baktır, s. 172.

⁶¹ Detaylı bilgi için bkz., Baki KURU/ Ramazan ARSLAN/ Ejder YILMAZ, İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı, 21. Baskı, Ankara, 2007, s. 417-418., Hakan PEKCANİTEZ/ Oğuz ATALAY/ Meral SUNGURTEKİN ÖZKAN/ Muhammet ÖZEKEŞ, İcra ve İflas Hukuku, 7. Bası, Ankara, 2009, s. 413., İlhan E. POSTACIOĞLU, İcra Hukuku Esasları, İstanbul, 1982, s. 667-668., Saim ÜSTÜNDAĞ, İcra Hukukunun Esasları, İstanbul, 1995, s. 450-451., Timuçin MUŞUL, İcra ve İflas Hukuku, 3. Baskı, Ankara, 2008, s. 812-813., Mustafa ÖSKAY/ Coşkun KOÇAK/ Adnan DEYNEKLİ/ Ayhan DOĞAN, İİK Şerhi, C.1, Ankara, 2007, s. 416

⁶² Detaylı bilgi için bkz., Muhammet ÖZEKEŞ, İcra Hukukunda Temel Haklar ve İlkeler, Ankara, 2009, s. 178., Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 418., Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin/Özekeş, s. 412-413., Muşul, s. 814, Öskay/Koçak/ Deyneklî/Doğan, s. 424

⁶³ Özbay, s. 11.

olarak AİHM bir kararında, bu yasal zorunluluğa uymayan Türkiye'yi kusurlu bulmuş ve tazminata hükmetmiştir⁶⁴.

5. Sınır Ötesi Kişisel İlişki Kararlarının Uygulanmasının Şartları

Kişisel ilişki kurma hakkının uygulanması bir devletten diğerine değişiklik gösterebilir⁶⁵. Bu nedenle Kişisel İlişki Kurma Sözleşmesi'nin 15. maddesinde, ilişkinin kurulmasını kolaylaştırmak için gerekli ise, kararın uygulanacağı taraf devletin adli makamına, kararın icrası için şartların yanı sıra, bu karara ekli her türlü koruma tedbiri veya garantiyi tespit etme ve uygulama hakkı tanınmıştır. Bu hak, kararın esaslı unsurlarına uyulması koşuluyla ve özellikle, şartlardaki bir değişikliği ve ilgili kişilerce yapılan düzenlemeleri de dikkate alarak kullanılmalıdır. Ancak yabancı karar hiçbir koşulda esastan incelenemez (md. 15/c.son). Dolayısıyla, bu maddenin izin vereceği değişiklik hukukun icrası ile ilgili meselelerdir. Devletin yargı organları, ilişki kurma kararının uygulanması için gerekir koşulları belirlerken, ilişki kurma kararının asli unsurlarını değiştiremez. Aksi halde farklı devletlerin kararı, uygulamada ikilik yaratır. Dolayısıyla, kendisine bu hakkın verildiği devletin yargı organları, ilişki kurma hakkını sınırlayan ya da genişleten bir karar veremeyecektir. Devletin yargı organları, ilişki kurma kararının uygulanması için gerekli koşulların sağlanması konusunda, ilgili kişinin koşullarındaki değişiklikleri de göz önüne almalıdır. Ancak yine de bu değişiklik gerekçesiyle esasa ilişkin karar verilemez⁶⁶. Raporun 115. paragrafında, ilgili kişinin koşullarına göre uygulama kararı verilmesi konusunda belirleyici olarak, çocuğun tedavi günleri, kişisel ilişki kurma yetkisi kendisinde olan tarafın başka bir şehre taşınması, çocuğun sınava hazırlanması ve tarafların haftalık tatil günleri örnek gösterilmiştir. Ayrıca, ilgili kişilerle ayarlanan kişisel ilişki randevularının gün, saat aralığı ya da randevu yeri gibi koşullar, öncelikle tarafların ortak iradeleri ile karar verdikleri şekilde belirlenmeli ve hatta taraflar, bu konudaki uyuşmazlıkları hakkında ortak karar vermeleri için sulhe teşvik edilmelidir. Yine raporun 116. paragrafı, taraf devletlerin farklı hukuk sistemlerinden kaynaklanabilecek ve koruma tedbirlerinin uygulanmasında çıkabilecek sorunlardan kaçınabilmek için, tenfize

⁶⁴ Sophia Gudrun Hansen v. Turkey Davası, No 36141/97, T. 23.12.2003, (Giray, s. 225, 226.)

⁶⁵ "Explanatory Report", § 113.

⁶⁶ "Explanatory Report", § 113., § 114., § 115.

karar verecek olan devletin yargı organının, kararın uygulanmasına ilişkin koruma tedbirleri hakkında da kendi hukukuna göre hareket edebileceğinden bahsetmiştir. Kararın uygulanması, tenfiz kararı veren devletin hukukuna uyarlanırken, asıl kararlar uyumlu ve esaslı unsurlarda değişiklik yapılmaksızın verilen bir karar olmalıdır. Ayrıca asıl kararda verilen tedbirlerin iç hukuka uyarlanması sırasında, bu tedbirlerin tamamen ortadan kaldırılmaması gerekir⁶⁷.

Bu sözleşmenin 15. maddesi, Velayete İlişkin Sözleşme'nin 11. maddesinin 2. fıkrasına karşılık gelir⁶⁸. Bu nedenle ve sözleşmenin 19. maddesi gereği, Avrupa Sözleşmesi'nin 2. ve 3. fıkraları, her iki sözleşmeye de taraf olan devletler arasında uygulanmayacaktır.

SONUÇ

Sözleşmenin yürürlüğe girmesiyle Lahey Sözleşmesi ve Velayete İlişkin Sözleşme ilga olmazken, Kişisel İlişki Kurma Sözleşmesi'nin 19. maddesinde yalnızca Velayete İlişkin Sözleşme'nin 11. maddesinin 2. ve 3. fıkralarının, her iki sözleşmeye de taraf olan devletler bakımından uygulanmayacağı, 20. maddesinde ise diğer sözleşmelerin Kişisel İlişki Kurma Sözleşmesi'nin kabulüyle etkilenmeyeceği açıkça belirtilmiştir. Her ne kadar diğer sözleşmelerin uygulamasını etkilemeyeceği belirtilmişse de, diğer sözleşmelere de taraf olan devletler arasında, kişisel ilişki kurma kararlarının tenfizi konusunda öncelikli olarak, sonraki tarihli ve çocuklarla kişisel ilişki kurulmasına dair daha detaylı bir çalışma olan Kişisel İlişki Kurma Sözleşmesi dikkate alınmalıdır⁶⁹. Sözleşmenin kapsamında belirtmediği boşluklar açısından ise, diğer sözleşme hükümleri uygulanmalıdır. Örneğin tenfiz talebinin reddi Velayete İlişkin Sözleşme kapsamında değerlendirilecektir. Çünkü, sınır ötesi kişisel ilişki kurma kararlarının tenfizi hakkında uygulanan Velayete İlişkin Sözleşme'nin "*Şahsi ilişki kurulması konusundaki kararlar ve velayete ilişkin kararların şahsi ilişki kurma hakkını öngören hükümleri, velayete ilişkin diğer kararlar gibi aynı şartlar altında tanınır ve tenfiz edilir.*" kuralını içeren 11. maddesinin 1. fıkrası, hali hazırda yürürlüğünü devam ettirmektedir. Ancak reddin gerekçesi devletin iç hukukuna ve sözleşmelere

⁶⁷ "Explanatory Report", § 115., § 116.

⁶⁸ "Explanatory Report", § 117.

⁶⁹ Edip F. ÇELİK, Milletlerarası Hukuk, İstanbul, 1980, s. 260-261.

uygun olmalıdır⁷⁰. Avrupa Sözleşmesi'nin 10. maddesindeki red nedenleri ve bu sözleşmede yer almayan ancak MÖHUK'da yer verilen kamu düzeni, savunma ve dinlenme hakkının ihlali vb. hallerde reddi birbirleri ile bağdaşmaz nitelikte değildir⁷¹.

Diğer bir yandan, Velayete İlişkin Sözleşme' 11. maddesinin 2. fıkrasına karşılık olarak yukarıda da “*Sınır Ötesi Kişisel İlişki Kararlarının Uygulanmasının Şartları*” başlığı altında incelediğimiz, Kişisel İlişki Kurma Sözleşmesi'nin 15. maddesi; 11. maddenin 3. fıkrasına karşılık olarak ise Kişisel İlişki Kurma Sözleşmesi'nin 13/III. maddesi düzenlenmiştir⁷². Her taraf devlet mevcut sözleşmedeki görevleri yerine getirmek üzere, bir merkezi makam atayacaktır (Kişisel İlişki Kurma Sözleşmesi, md. 11). Türkiye sözleşmeye ek bir beyanla merkezi makamı, Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü olarak atamıştır. Böylece Avrupa Sözleşmesi'nin 11. maddesinin 3. fıkrasına karşılık gelen, Kişisel İlişki Kurma Sözleşmesi md. 13/III hükmü gereği, merkezi makamlar; çocuklara, anne ve babalara ve çocuklarla aile bağları bulunan diğer şahıslara, özellikle sınır ötesi kişisel ilişkiyle ilgili davaların açılmasında yardım edeceklerdir.

Bu çerçevede, kişisel ilişki kurma teknikleri, tanımlar ve özellikle kişisel ilişki kurmaya hak sahibi olanlar hakkında ve tenfiz konusunda, Türk Hukukuna paralel bir düzenlemenin kabul edildiğini söyleyebiliriz. Doktrinde bir görüş, bu tip sözleşmelerin Türk Hukuku bakımından pek farklılık getirmediğini savunurken⁷³; bizim de benimsediğimiz diğer bir görüş ise, sözleşmelerin, konuyla ilgili uyumsuzlukların çözümünde yardımcı olacağı⁷⁴ kanaatinindedir. Ayrıca Kişisel İlişki Kurma Sözleşmesi'nin onaylanmasının uygun bulunmasından sonra, kanunlarda çocukla kişisel ilişki kurulması konusunda yapılacak her değişiklik için söz konusu sözleşmenin dikkate alınması ve sözleşmeye aykırı düzenlemelere yer verilmemesi gerekir.

70 “Explanatory Report”, § 113.

71 Sayman, s. 135.

72 “Explanatory Report”, § 125.

73 Burak HUYSAL, Devletler Özel Hukukunda Velayet, İstanbul, 2005, s.198.

74 Çelikel, Tanıma ve Tenfiz, s. 116.

KAYNAKLAR

- AKINCI, Ziya, GÖKYAYLA, Cemile Demir, Milletlerarası Aile Hukuku, İstanbul, 2010.
- AKINTÜRK, Turgut, Türk Medeni Hukuku, Aile Hukuku, 2. Cilt, 11. Bası, İstanbul, 2008.
- BAYGIN, Cem, Soybağı Hukuku, İstanbul, 2010.
- BAKTIR, Selma, Aile Mahkemeleri, Ankara, 2003.
- ÇELİK, Edip F., Milletlerarası Hukuk, İstanbul, 1980.
- ÇELİKEL, Aysel, Milletlerarası Özel Hukuk, 10. Bası, İstanbul, 2010.
- ÇELİKEL, Aysel, “Yabancı Mahkemelerden Verilen Velayete İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi”, MHB, Yıl 17-18, 1997-98, s. 107-116.
- DAYINLARLI, Kemal, Milli ve Milletlerarası Kamu Düzeni ve Tahkime Etkileri, Ankara, 1994.
- DOĞAN, Gül, “ Çocuk İle Kişisel İlişki Kurabilme Hakkı”, Çetingil ve Kander’e 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı, 2010, s. 529-535.
- DOĞAN, Vahit, Milletlerarası Özel Hukuk, Ankara, 2010.
- DOĞAN, İzzet, Milletlerarası Aile Hukuku ve Milletlerarası Usul Hukuku, Ankara, 2010.
- DURAL, Mustafa vd., Türk Özel Hukuku, Cilt III, Aile Hukuku, İstanbul, 2011.
- EKŞİ, Nuray, Milletlerarası Nitelikli Davalara İlişkin Mahkeme Kararları, İstanbul, 2007.
- ERLÜLE, Fulya, “Çocuk İle Kişisel İlişki Kurulması”, MÜHF, Hukuk Araştırma Dergisi, C.16, Sayı 3-4, s. 217-246.
- GİRAY, Faruk Kerem, Milletlerarası Özel Hukukta Kaçırılan veya Alıkonan Çocukların İadesi, İstanbul, 2010.
- GRASSINGER, Gülçin Elçin, Küçüğün Kişi Varlığının Korunması İçin Alınacak Tedbirler, İstanbul, 2009, s. 193.
- HUYSAL, Burak, Devletler Özel Hukukunda Velayet, İstanbul, 2005.

KAMACI, Mahmut, Türkiye'nin Taraf Olduğu Milletlerarası Özel Hukuk Sözleşmeleri ve Özel Hukuk Alanına Giren Çok Taraflı Diğer Uluslararası Sözleşmeler, Ankara, 2006.

KARAGÜLMEZ, Ali/ URAL, Sami Sezai, Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usulleri, 2. Baskı, Ankara, 2003.

KURU, Baki/ ARSLAN, Ramazan./YILMAZ, Ejder, İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı, 21. Baskı, Ankara, 2007.

KÖSEOĞLU Bilal, Aile Mahkemeleri'nin İşleyişi, Ankara, 2005.

NOMER, Ergin, "Yabancı Mahkeme İlamlarının Tenfizinde Mahkemenin Yetkisi ve Kamu Düzeni", MHB, Yıl 23, 2003, s. 565-577.

MUŞUL, Timuçin, İcra ve İflas Hukuku, 3. Baskı, Ankara, 2008.

NOMER, Ergin, Devletler Hususi Hukuku, 16. Bası, İstanbul, 2008.

ÖSKAY Mustafa/ KOÇAK Coşkun/ DEYNEKLİ Adnan/ DOĞAN Ayhan, İİK Şerhi, C.1, Ankara, 2007, s. 416.

ÖZBAY, İbrahim, "Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına İlişkin İlamların İcrası", e- akademi, Hukuk, Ekonomi ve Aylık İnternet Dergisi, Şubat, 2009, Sayı 84, (<http://www.e-akademi.org/incele.asp?konu=makaleler/iozbay-2.htm> Erişim Tarihi: 24.12.2011).

ÖZTAN, Bilge, Aile Hukuku, 5. Bası, Ankara, 2004.

ÖZTEKİN GELGEL, Günseli, "Devletler Özel Hukukunda Velayet, Çocuk Kaçırmaları, Evlat Edinmeye İlişkin Problemler", İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Yıl:4 Sayı:8Güz 2005/2, s. 119-148.

PEKCANITEZ, Hakan/ ATALAY, Oğuz / SUNGURTEKİN ÖZKAN, Meral/ ÖZEKEŞ, Muhammet, İcra ve İflas Hukuku, 7. Bası, Ankara, 2009.

ÖZEKEŞ, Muhammet, İcra Hukukunda Temel Haklar ve İlkeler, Ankara, 2009.

POSTACIOĞLU, İlhan E., İcra Hukuku Esasları, İstanbul, 1982.

RUHİ, Ahmet Cemal, Boşanma İle İlgili Yabancı Mahkeme İlamlarının Türkiye'de Tanınması Ve Tenfizi, Ankara, 2003.

RUHİ, Ahmet Cemal, KAPLAN, Yavuz, "Yabancı Mahkeme ve Hakem Kararlarının Tenfizi Açısından Kamu Düzeni", MHB, Yıl 22, 2002, s. 643-663.

SAYMAN, Yücel, “Çocukların Velayetine İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi İle Çocukların Velayetinin Yeniden Tesisine İlişkin Avrupa Sözleşmesi Hakkında Rapor”, MHB, Yıl 16, Sayı 1-2, 1996, s. 129-137.

SERDAR, İlknur, “Kişisel İlişki Kurma Hakkı”, DEÜHFD, Cilt: 9, Özel Sayı, 2007, s.739-781.

SEROZAN, Rona, Çocuk Hukuku, İstanbul, 2005.

ŞANLI, Cemal, “Türk Hukukunda Çocukların Velayetine İlişkin Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi” , MHB, Yıl 16, Sayı 1-2, 1996, s. 71-82.

TANRIBİLİR, Feriha Bilge, Çocuk Haklarının Uluslararası Korunması ve Koruma Mekanizmaları, Ankara, 2011.

TANRIBİLİR, Feriha Bilge, “Velayete İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi İle Velayetin İadesine Dair 20 Mayıs 1980 Tarihli Avrupa Sözleşmesi”, MHB, Yıl 16, Sayı 1-2, 1996, s. 83-92.

TERCAN, Erdal, “Türk Aile Mahkemeleri”, AÜHFD, Cilt 52, Sayı 3, 2003, s. 19-53.

UYANIK ÇAVUŞOĞLU, Ayfer, Türk Milletlerarası Özel Hukukunda Boşanma, İstanbul, 2006.

ÜSTÜNDAĞ, Saim, İcra Hukukunun Esasları, İstanbul, 1995.

WALTER, Marguerite C., “Toward The Recognition And Enforcement Of Decisions Concerning Transnational Parent-Child Contact”, New York University Law Review, Vol. 79: 2381, s. 2381-2416.

ZEVKLİLER, Aydın/ HAVUTÇU, Ayşe / GÜRPINAR, Damla, Medeni Hukuk, 6. Baskı, Ankara, 2008.

Convention On Contact Concerning Children, “Explanatory Report”, §§ 111-117, § 125, (<http://conventions.coe.int/treaty/en/Reports/Html/192.htm>) (Erişim Tarihi, 24.11.2011).

Yarg. 2. HD., E. 2004/12285, K. 2004/13680, T. 22.11.2004 (<http://www.turkhukuksitesi.com/showthread.php?t=30750> Erişim Tarihi, 02.01.2012).

Çeviriler

ALMAN FEDERAL ANAYASA MAHKEMESİ “BAŞÖRTÜSÜ DAVASI”NI KARARA BAĞLIYOR

*Dr. Michael ERNST-PÖRKSEN**

*Çev.: Yrd.Doç.Dr. Didem ÖZALPAT***

DAVA

Afganistan kökenli Müslüman bir kadın olan Fereshta Ludin Alman vatandaşısıdır ve öğretmendir. Almanya’da öğrenim gördü ve öğretmenlik için zorunlu devlet sınavlarını geçti. Ancak başörtülü olarak ders vermekte ısrar ettiği için Bayan Ludin’in Stuttgart’taki devlet okullarına öğretmen olarak atanması yapılmamıştır. Bayan Ludin idare mahkemesinde dava açtı; fakat Baden-Württemberg Eyaleti Yüksek İdare Mahkemesi yasağı onayladı. Dini inancını özgürce ifade etme hakkında ısrar eden Bayan Ludin, davayı Alman Federal Anayasa Mahkemesi önüne götürdü.¹

KARAR

Mahkeme şu yönde karar verdi:

1. Baden-Württemberg eyalet hukukunda, okulda veya sınıflarda başörtüsü takan öğretmenler için getirilen yasağı destekleyecek hiçbir yasal dayanak yoktur.

* Ekonomist ve Berlin merkezli Alman vergi danışma şirketi C.O.X’da danışman. International Journal of Civil Society Law’da yayımlanan makale (Vol:2 Issue:1, January 2004), Dr. Michael Ernst-Pörksen’in 16.09.2011 tarihli izni ile Türkçe’ye çevrilmiştir.

** Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

¹ Ayrıca bkz. Matthias Mahlmann, Religious Tolerance, Pluralist Society and the Neutrality of the State: The Federal Constitutional Court’s Decision in the Headscarf Case, 4 German Law Journal 11 (1 Kasım 2003), <http://www.germanlawjournal.com/article.php?id=331>.

2. Dini çoğulculuğa bağlı olarak Almanya’da ortaya çıkan toplumsal değişimler dikkate alındığında, yasa koyucular devlet okullarında dini ifade etmenin derecesini yeniden belirlemeyi gerekli bulabilir.

ALMAN ANAYASA HUKUKU

Alman Anayasası’nın (“Grundgesetz” veya Temel Yasa) birinci bölümü “Temel Hakları” düzenlemekte ve on dokuz maddeyi içermektedir. Dördüncü maddede din, vicdan ve inanç özgürlüğü ele alınmaktadır. Bu maddeye göre:

1. Din ve vicdan özgürlüğü ile dinî ve gayri dinî inanç özgürlüğü dokunulmazdır.

2. Dinin rahatsız edilmeden uygulanması güvence altındadır.

Temel Yasa’nın altıncı maddesi evlilik, aile ve evlilik dışı çocukları ele almaktadır. Bu maddenin ikinci paragrafı şöyledir:

Çocukların bakımı ve eğitimi anne ve babanın doğal hakkıdır ve en önde gelen yükümlülüğüdür. Devlet, onların bu görevini yerine getirmelerini denetler.

Eğitim hakkının düzenlendiği 7. maddeye göre:

1. Bütün okul sistemi devletin denetimi altındadır.

2. Çocukların din dersine katılıp katılmayacağına karar vermek velilerin hakkıdır.

3. Din dersi, seküler okullar dışındaki devlet okullarında olağan derslerdendir. Din dersi devletin denetim hakkına zarar vermeyecek şekilde, dinsel toplulukların temel ilkeleriyle uygunluk içinde verilir. Hiçbir öğretmen, iradesine aykırı olarak din dersi vermeye zorlanamaz.

Anayasa’nın 33. maddesi Temel Hakların bir bölümü olmamasına rağmen, statü ve görev eşitliğini korumaktadır. Maddenin bir bölümü şöyledir:

2. Her Alman eğilimi, niteliği ve mesleki yeteneklerine göre eşit olarak kamu hizmetine girmek hakkına sahiptir.

3. Medeni ve siyasi haklardan yararlanma, kamu hizmetlerine alınma, kamu hizmetinde kazanılan haklar ilgilinin dini inancına bağlı değildir. Hiç kimse, bir mezhebin üyesi olduğu veya olmadığı için veya felsefi görüşü nedeniyle mağdur edilemez.

5. Kamu hizmeti hukuku, mesleki kamu hizmetlerinin geleneksel ilkeleri göz önüne alınarak düzenlenir.

MAHKEMENİN GEREKÇELERİ

Mahkeme, öğretmenin belirli dini inançlarını uygulama hakkı ile öğrencilerin ve velilerin “negatif hak” olarak isimlendirilebilen herhangi bir dini inancın işareti veya sembolü ile karşılaşmama hakkı arasındaki derin çatışmayı dile getirmiştir. Mahkeme, temel haklar ihtilafının yerel yönetimlere bırakılmayacak kadar çok önemli ve karmaşık olduğunu ve devlet okullarında öğretmenlerin kendilerini dinsel olarak ifade etmelerinin sınırlarını netleştirmek için Parlamento girişimlerinin gerekli olduğunu ifade etmiştir. Bunu ifade ederek ve Alman okul sisteminin eyaletlerin denetimi altında olduğunu göz önüne alarak, Mahkeme yasal koşulların eyaletten eyalete değişiklik gösterebileceğini kabul etmiştir.

Mahkemenin kararı oybirliği ile alınmadı. Sekiz yargıcın üçü muhalefet şerhi koydu. Muhalefet şerhi koyan yargıçlar da, öğretmen ile öğrenci ve velilerin hakları arasındaki aynı çatışmayı dile getirdi. Ancak karara muhalif yargıçlar, öğrenci ve velilerin haklarını destekledi. Çünkü bu durumda öğrenci ve veliler, devlet okulunda eğitim verilirken dini sembollerle karşılaşmamaya karar verecek konumda değiller. Seçim hakları olmadığı için korunmaları gerekmektedir. Memurlar (Alman devlet okullarındaki öğretmenler memur sayılmaktadır.), özgür bir şekilde devlete hizmet etmeye karar verdiklerinde ve özgür bir şekilde devlete hizmet etmeye karar verdikleri için temel haklarına ilişkin belirli sınırlamaları kabul etmek zorundadırlar. “Kişisel pedagojik sorumluluğu çerçevesinde bile öğretmen, memur olarak kişisel özgürlüğünü kullanarak değil, kamu adına ve devletin sorumluluğu altında ders vermektedir.” Üstelik, karara muhalif yargıçlar bu davalarda idari kararlar vermek için mevcut yasaların ve kamu hizmeti düzenlemelerinin yeterli dayanakları ve açıklamayı sağladığı hususunda ısrar ettiler.

YORUM

KAMUOYU TEPKİSİ

Mahkemenin kararı tartışmalıdır. Gazeteler, televizyon haberleri ve dergiler davayla ilgili yorumlarla doludur. Kamuoyunun karara verdiği tepki, şaşırtıcı olmayan bir şekilde, değişken olup, “mantıklı karar”ın methi ile mahkemeyi korkaklıkla suçlamak arasındadır. Başörtüsüne ilişkin kamuoyu

tartışması, açık bir toplumda kültürel çeşitlilik ve Hıristiyan kimliğine ilişkin bir tartışmaya dönüşmektedir. Başörtüsü davası Almanya'daki birbiriyle çatışan toplumsal ve politik gelişmeleri öne çıkarmaktadır. Almanya'da çoğunluğu Türk kökenli yaklaşık olarak 3,2 milyon Müslüman yaşamaktadır. Yabancı düşmanlığı yerel, bölgesel ve federal seçim kampanyalarında güncel bir konu olmaya devam etmektedir. Ve Alman toplumunun çok kültürlü bir toplum olmaktan uzak olmasına rağmen, birçok Alman "yabancılar" tarafından sarmalanmış hissetmektedir ve yabancıların Almanya'nın sosyal devlet anlayışına, iş piyasasına ve kültürel kimliğine büyük bir tehdit oluşturduklarına inanmaktadır. Öte yandan, başörtüsünü kadınların ezilmesinin, dini hoşgörüsüzlüğün ve İslami köktenciliğin bir sembolü olarak gören liberaller, yabancı düşmanlığı algılamaları için politik ses işlevini gören muhafazakârlara ve sağ kanat eylemcilere katıldı.

Almanya'nın göçmenleri entegre etme ve paralel toplumlar yaratılmasını önleme çabalarının da dikkate alınması gerekiyor. Bu tartışma daha çok Almanya'nın göçe açık bir ülke olarak görülüp görülemeyeceğiyle ve bu nedenle göç süreçlerini yönlendirmeye yönelik belirli yasal araçlara gereksinim duyup duymayacağıyla ilgilidir. Hatta bu tartışma, Almanya'nın düşen doğum oranlarına ve yakın gelecekte güvenli emekli maaşları için verilecek mücadeleyle ilgilidir. İş çevreleri, Almanya'nın sanayisini vasıflı işçilerle takviye etmeleri için Alman politikacılara göçü kolaylaştırma yönünde baskı yapmaktadırlar.

İLK YASAMA FAALİYETLERİ

Tartışmalar farklı eyalet meclislerinde şimdiden başladı. Çoğunluğun dini ifadeyi sınırlayan düzenlemeleri desteklemesi bekleniyor. Fakat dini faaliyetler üzerine katı bir yasal yasak getirilmesi zor olacaktır. Almanya'daki anayasal tartışmaya, devlet politikasının dinsel tarafsızlığı ve din-devlet işlerinin ayrılığı ilkeleri egemendir. Parlamentolar, başörtüsünü yasaklamak için Hıristiyan haçlarını da yasaklamak veya dini meselelerde devletin tarafsızlığını ihlal etme olasılığı ile karşılaşmak zorunda kalabilirler. Ancak hükümetin tarafsızlığı tutarlı değil ve Alman devleti tümüyle seküler değil. Örneğin, tanınan kiliselerin üyeleri vergi memurunca toplanan ve vergi kanunlarına dayanan "Kilise vergisi" (church tax) ödemektedirler ve devlet okullarında kiliselerin içeriğini belirlediği din dersleri okutulmaktadır.

İlk olarak Baden-Württemberg ve Bavyera hükümet ve parlamentoları, gelecek haftalarda tartışılacak olan yasal girişimleri başlatarak tepki verdiler.

Her iki eyalet, “Dini veya mezhepsel inançları ifade eden görünürdeki sembol ve kıyafetlerin, Batı’ya özgü eğitim ve kültürel değerler dâhil olmak üzere anayasal temel değerler ve eğitim amaçlarıyla uyum içinde olmayan tutumların bir ifadesi olarak öğrenci ve veliler tarafından görüldükleri takdirde, öğretmenler tarafından dersler esnasında giyilmemesi gerektiğini” ifade ederek eğitim yasalarına yönelik değişiklik tasarıları hazırladı.

Bu ifadelerin kaleme alınış tarzının basit bir amacı var. Başörtüsünü yasaklamak ve haçın kullanılmasına izin vermek. Strateji basit: İnsanların Hıristiyan haçını dini bir sembol olarak, başörtüsünü hem dini hem de siyasi bir sembol olarak düşünmesini sağlamak. Yasağın destekçilerinin iddia ettiği üzere siyasi bir sembol olarak başörtüsü, kadınların ve diğer anayasaya aykırı değerlerin baskı altına alınmasını simgelemektedir. Yasak, en azından öğrenci ve velilerin farazi bakış açılarından dini değil, politik etkilerin bir sonucu olacağı için devlet dini konulardaki tarafsızlığını böylece kaybetmeyecekti. Anayasa Mahkemesinin bu çeşit yasal değişiklikleri kabul edip etmeyeceği, Mahkemenin yakın bir zamanda ele almaya mecbur olacağı açık bir soru olarak kalmaktadır.

SONUÇ

Dava Almanya ve Avrupa’nın, özellikle Müslümanlar ve İslami kültürler söz konusu olduğunda, kültürel çeşitlilik ile mücadelesini yansıtmaktadır. Bilgisizlik ve hoşgörüsüzlük, Avrupa toplumlarındaki etik rızanın yokluğu ile birleşmektedir. Dışlanma böylece, gerek kafa karışıklığının gerekse arzu edilen ve korkulması gereken kültürlere ve âdetlere ve geleceğe ilişkin belirsizliğin bir sonucudur. “Eğlence toplumu”, değerler ve ahlâk hususunda direnen, güç ve inanç gösteren dürüst inananlar tarafından tehdit edilmiş hissetmektedir.

Mahkemenin kararı ilginç ve gayri ihtiyari bir biçimde “Hazır değiliz, açık değiliz ve daha çok tartışmamız gerekir” ifadesini yansıttığı ölçüde yararlı olabilirdi. Belki de Alman hükümetindeki çoğunluk, Hıristiyan değerler hususunda ısrar edecek ve haça izin verip başörtüsünü yasaklayacaktır. Belki de çoğunluk, kültürel çeşitlilik hususunda direnecek ve dini inancın her sembolüne ya izin verecek ya da bunları yasaklayacaktır. Öyle ya da böyle Alman parlamentoları bir karar vermek zorundalar. Seçmenlerle uyumlu olarak karar vermek için, daha kapsamlı tartışmaların yapılması gerekecek.

Almanya bu tartışmada yalnız değil. Fransız hükümeti, öğretmenleri ve öğrencileri, fakat özellikle başörtüsü takan kızları kapsayacak bir şekilde tüm dini etkileri sınıflardan yasaklayan bir yasa hazırlıyor. Rusya kısa bir süre önce kadınların kimlik kartı fotoğraflarında başörtü takmalarına izin verdi. Türkiye kamu binalarında, okullarda ve üniversitelerde İslami başörtü giyilmesine yönelik hâlâ devam eden yasağı kaldırıp kaldırmamak hususunda sert tartışmalarla karşı karşıya kalmaktadır. Bu tartışmanın uzun vadeli yönü Avrupa'nın Güney Akdeniz bölgesindeki, Kuzey Afrika ve Ortadoğu'daki Müslüman toplumlarla daha güçlü bağ kurma çabalarında görülebilmektedir. Avrupa Birliği ve bu ülkeler arasındaki serbest ticaret bölgesi, 2010 yılı için hazırlık aşamasındadır. İşbirliği çabaları, Müslümanları, onların inançlarını ve devlet-toplum anlayışlarını anlamak da dâhil olmak üzere Avrupa toplumlarını daha geniş kültür fikrine hazırlamayı gerektirmektedir.

Avrupa Birliği'nin doğuya doğru genişlemesinden ve ortak olarak Ceza-yir'i, Libya'yı ve Mısır'ı dâhil etmek için güneye doğru yapılacak hamlelerden kaynaklanan gelecekteki gelişmeler ışığında, Almanya'nın tüm bu meselelerle şu anki yükümlülüğü gelecekteki daha büyük, zor ve önemli tartışmalar için küçük bir alıştırmaya yapmaktan daha fazlası olmalı.