

ERZİNCAN ÜNİVERSİTESİ

Hukuk Fakültesi Dergisi



CİLT: XIII SAYI: 1 – 2 HAZİRAN 2009

KAMU HUKUKU ♦ AKTAŞ, Cezalandırmanın Amacı Üzerine ♦ EREN, Yeni Anayasa Arayışında, Avrupa Standartları Açısından, Siyasi Partilerle İlgili Düzenlemeler ♦ HAKYEMEZ, Demokratik Hukuk Devleti Bağlamında Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun Yeniden Yapılandırılması ♦ KİA, Hukukun Kadına Bakışı: Ergen ve Eşit Olamama Hali ♦ ÖMEROĞLU, Direnme Hakkı, Meşruluğu ve Pratik Değeri ♦ GÜRLER, Ernest Weinrib'te Özel Hukuk Felsefesi ve Hukuki Formalizm.

ÖZEL HUKUK ♦ AKARTEPE, Evlilik Birliğinde Eşlerden Birinin Bazı Malvarlığı Değerleri Üzerindeki Tasarruf Yetkisinin Sınırlandırılması ♦ KARAGÖZ, Rekabet Yasağı Sözleşmesinde Cezai Şart ♦ AKTUĞ, İş Güvencesinin Uluslararası Dayanakları ♦ GÜNERGÖK, Eşlerden Birinin Mülkiyetindeki Tapuya Kayıtlı Aile Konutu Üzerinde Üçüncü Kişilerin Mülkiyet veya Sınırlı Ayni Hak İktisabı ♦ ÖZDEMİR, Haberleşmenin Gizliliği ve Kişisel Veriler.

ERZİNCAN - 2009

**ERZİNCAN ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ**

CİLT: XIII SAYI: 1-2 YIL: 2009

**HAZİRAN – 2009
ERZİNCAN**

IV

SAHİBİ

Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığı Adına
Prof.Dr. Dursun BİNGÖL

SORUMLU MÜDÜR

Yılmaz ÖZKER

DİZGİ VE MİZANPAJ

Arş. Gör. Ahmet NAR

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

**Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Yılda İki Kez
Yayımlanan Hakemli Bir Dergidir.**

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

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 başlıkları 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. Süheyl BATUM

Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Anayasa 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

Gazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakóltesi
İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof.Dr. Rona SEROZAN

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

YAYIN KOMİSYONU

Prof. Dr. Dursun BİNGÖL
Prof. Dr. Nihat BULUT
Doç. Dr. Sururi AKTAŞ
Doç. Dr. Cem BAYGIN
Doç. Dr. Ayhan CEYLAN
Yrd. Doç. Dr. Ayhan DÖNER
Yrd. Doç. Dr. İbrahim ÖZBAY
Arş. Gör. Ahmet NAR

EDİTÖR

Doç. Dr. Cem BAYGIN
(e-mail: cembaygin@yahoo.de)

DERGİNİN SÜREKLİ YAZARLARI

Prof.Dr. Dursun BİNGÖL, Prof.Dr. Nihat BULUT, Doç.Dr. Sururi AKTAŞ, Doç.Dr. Cem BAYGIN, Doç.Dr. Osman CAN, Doç.Dr. Ayhan CEYLAN, Doç.Dr. Murat NİŞANCI, Yrd.Doç.Dr. Alparslan AKARTEPE, Yrd.Doç.Dr. Oğuz CANER, Yrd.Doç.Dr. Ayhan DÖNER, Yrd.Doç.Dr. İbrahim DURHAN, Yrd.Doç.Dr. Burhan Caner HACIOĞLU, Yrd.Doç.Dr. Veli KARAGÖZ, Yrd.Doç.Dr. Şafak NARBAY, Yrd.Doç.Dr. İbrahim ÖZBAY, Yrd.Doç.Dr. Ahmet Cemal RUHİ, Yrd.Doç.Dr. M.Emin RUHİ, Yrd.Doç.Dr. Hikmet TÜLEN, Yrd.Doç.Dr. Ayhan UÇAR, Yrd.Doç.Dr. Metin UÇAR, Yrd.Doç.Dr. Mustafa YILMAZ, Yrd.Doç.Dr. Sabahattin YÜREKLİ, Dr. Hayrunnisa ÖZDEMİR, Arş.Gör. Abdullah Sencer AKKOYUNLU, Arş.Gör. Şerife AKSAN, Arş.Gör. Şengül AL, Arş.Gör. Fatih AYDEMİR, Arş.Gör. Zülküf AYRANGÖL, Arş.Gör. Emre CAN, Arş.Gör. Tuğba ÇİFTÇİ, Arş.Gör. Elif ÇÖREKÇİ, Arş.Gör. Nesrin DABANLIOĞLU, Arş.Gör. Meral EKİCİ, Arş.Gör. Murat ERDEM, Arş.Gör. Mehmet Akif ETGÜ, Arş.Gör. Ömer GEDİK, Arş.Gör. Zeynep KAYA, Arş.Gör. Sami KOCABIYIK, Arş.Gör. İsmail KÖKÜSARI, Arş.Gör. Ahmet NAR, Arş.Gör. Nagehan OKUMUŞ, Arş.Gör. Hatice Duygu ÖZER, Arş.Gör. Beyza ÖZTURANLI, Arş.Gör. Cumhuri RÜZGARESEN, Arş.Gör. Mehmet SAYDAM, Arş.Gör. Ayşenur ŞAHİN, Arş.Gör. Emel TEKTEN.

TEŞEKKÜR

Dergimizin C. XII, S. 3–4, Aralık - 2008 ve C. XIII, S. 1–2, Haziran - 2009 basılarında hakem olarak katkıda bulunan aşağıda isimleri yazılı saygıdeğer öğretim üyelerine teşekkür ediyoruz* ...

Prof. Dr. Şahin AKINCI
Prof. Dr. Nihat BULUT
Prof. Dr. Bihterin DİNÇKOL
Prof. Dr. Arslan KAYA
Prof. Dr. Erdal ONAR
Prof. Dr. Murat SEZGİNER
Prof. Dr. Fadıl YILDIRIM
Prof. Dr. Şükrü YILDIZ
Doç.Dr. Sururi AKTAŞ
Doç.Dr. Cem BAYGIN
Doç.Dr. Yusuf BÜYÜKAY
Doç.Dr. Ayhan CEYLAN
Doç.Dr. Yusuf Şevki HAKYEMEZ
Doç.Dr. Yavuz KAPLAN
Doç.Dr. Tekin MEMİŞ
Doç.Dr. Murat ŞEN
Doç.Dr. İlhan ÜZÜLMEZ
Yrd. Doç. Dr. Şafak NARBAY

* Sıralama unvan ve soyadı esas alınarak yapılmıştır.

İÇİNDEKİLER

KAMU HUKUKU

Doç. Dr. Sururi AKTAŞ

Cezalandırmanın Amacı Üzerine 1–25

Doç. Dr. Abdurrahman EREN

Yeni Anayasa Arayışında, Avrupa Standartları Açısından, Siyasi Partilerle İlgili Düzenlemeler 27–58

Doç. Dr. Yusuf Şevki HAKYEMEZ

Demokratik Hukuk Devleti Bağlamında Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun Yeniden Yapılandırılması 59–85

Doç. Dr. Rukiye AKKAYA KİA

Hukukun Kadına Bakışı: Ergen ve Eşit Olamama Hali 87–102

Dr. Ömer ÖMEROĞLU

Direnme Hakkı, Meşruluğu ve Pratik Değeri 103–115

Arş. Gör. Sercan GÜRLER

Ernest Weinrib'te Özel Hukuk Felsefesi ve Hukuki Formalizm 117–164

ÖZEL HUKUK

Yrd. Doç. Dr. Alpaslan AKARTEPE

Evlilik Birliğinde Eşlerden Birisinin Bazı Malvarlığı Değerleri Üzerindeki Tasarruf Yetkisinin Sınırlandırılması 167–192

Yrd. Doç. Dr. Veli KARAGÖZ

Rekabet Yasağı Sözleşmesinde Cezai Şart 193–216

Dr. Semih AKTUĞ

İş Güvencesinin Uluslararası Dayanakları 217–247

X

Dr. Özcan GÜNERGÖK

Eşlerden Birinin Mülkiyetindeki Tapuya Kayıtlı Aile Konutu Üzerinde Üçüncü Kişilerin Mülkiyet veya Sınırlı Ayni Hak İktisabı 249–283

Dr. Hayrunnisa ÖZDEMİR

Haberleşmenin Gizliliği ve Kişisel Veriler 285–303

CONTENTS

PUBLIC LAW

Assoc. Prof. Dr. Sururi AKTAŞ

On The Aim of Punishment 1–25

Assoc. Prof. Dr. Abdurrahman EREN

Regulations About Political Parties From The Point of Eurostandards in Seeking of New Constitutions 27–58

Assoc. Prof. Dr. Yusuf Şevki HAKYEMEZ

Restructing the Supreme Board of Judges And Prosecutors in the Context of Democratic Constitutional State 59–85

Assoc. Prof. Dr. Rukiye AKKAYA KİA

Attitude of Law to Women: Not to Be Adolescent and Equal 87–102

Dr. Ömer ÖMEROĞLU

Right to Resistance, It's Legitimacy and Practical Value 103–115

Research. Asst. Sercan GÜRLER

Ernest Weinrib's Private Law Philosophy and Legal Formalism.... 117–164

PRIVATE LAW

Asst. Prof. Dr. Alpaslan AKARTEPE

Limitation of One Spouse's Power of Disposition Over Some of The Patrimonies within the Marriage Union 167–192

Asst. Prof. Dr. Veli KARAGÖZ

Penal Clause under Prohibition of Competition Contract 193–216

Dr. Semih AKTUĞ

International Basis Of Job Security 217–247

XII

Dr. Özcan GÜNERGÖK

Third Parties Acquisition Of Property Or Limited Real Estate Right On
Family Dwelling Owned By One Of The Spouses Registered In The Hand
Registry..... 249–283

Dr. Hayrunnisa ÖZDEMİR

Confidentiality of Communication and Personal Datas 285–303

Kamu Hukuku

CEZALANDIRMANIN AMACI ÜZERİNE

*Doç. Dr. Sururi AKTAŞ**

I-Giriş

Ceza hukuku teorilerine baktığımız zaman cezalandırmanın amaçlarına ilişkin çeşitli yaklaşımlara rastlarız. Bunları genel olarak, cezayı mutlak bir amaç olarak suç sayılan eylem için verilmiş bir karşılık, bir kefaref (retribution) gören mutlak ceza veya mutlak adalet teorileri, cezayı suçları önleyici ve suçluları ıslah edici bir yöntem olarak gören faydacı yaklaşım (nisbî ceza teorileri) ve her iki yaklaşımı birlikte değerlendiren karma (uzlaştırıcı) yaklaşım olarak özetleyebiliriz¹. Genel olarak bu yaklaşımlardan, karma yaklaşım hariç, sadece birinin salt olarak benimsemesi söz konusu değildir. Örneğin her ne kadar Türk Ceza Kanununun amacıyla ilgili olarak Madde 1’de “(1) *Ceza Kanununun amacı; kişi hak ve özgürlüklerini, kamu düzen ve güvenliğini, hukuk devletini, kamu sağlığını ve çevreyi, toplum barışını korumak, suç işlenmesini önlemektir. Kanunda, bu amacın gerçekleştirilmesi için ceza sorumluluğunun temel esasları ile suçlar, ceza ve güvenlik tedbirlerinin türleri düzenlenmiştir*” hükmündeki amaçlar içinde cezanın bir ödetme, bir kefaref (retribution) olduğu veya ıslah edici amacının olduğu yer almamış olsa bile, Türk Ceza Kanununu bir bütün olarak değerlendirdiğimizde bu amaçların da bulunduğunu inkar edemeyiz. Dolayısıyla bu amaçlardan sadece birinin modern bir ceza kanununun felsefesini oluşturması söz konusu değildir.

Biz bu çalışmamızda yukarıda saydığımız amaçların genel felsefesini iki kategoride incelemeye çalışacağız. Bu kategoriler, “fayda olarak cezalandırma”, “bir ödetme, bir kefaref (retribution) olarak cezalandırma” ve “uzlaş-

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

¹ Bkz. Önder, Ayhan, *Ceza Hukuku (Genel Hükümler)*, Cilt. III, 1. Bası, Beta Yayını, İstanbul 1989, s. 9 vd; Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan, *Türk Ceza Hukuku (Genel Hükümler)*, Birinci Baskı, Seçkin Yayını, Ankara 2008, s. 436-437; Artuk, M. Emin/Gökçen, Ahmet/ Yenidünya, Ahmet Caner, *Ceza Hukuku Genel Hükümler I*, 2. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2006, s. 9 vd; Güriz, Adnan, *Hukuk Başlangıcı*, 11. baskı, Siyasal Kitabevi, Ankara 2006, s. 232-234.

tırıcı yaklaşımı esas alan cezalandırma” biçimindeki formülasyonlardır. Yukarıda da belirttiğimiz gibi önleme ve ıslah teorileri, faydacı teori içinde yer alır. Ancak biz, önleme ve ıslah teorileri üzerinde ayrı ayrı durmak yerine bunların yer aldığı faydacı cezalandırma kategorisinin genel felsefesi üzerinde duracağız. Fayda olarak cezalandırma ile ilgili olarak Beccaria ve Bentham’ın faydacı ceza felsefelerine, kefaret olarak cezalandırma ile ilgili olarak da Kant’ın cezalandırma felsefesine değinmeye çalışacağız. Son kategori olarak da karma (uzlaştırıcı) yaklaşıma genel olarak temas edeceğiz.

II-Faydacı Cezalandırma

1- Genel Olarak

Nisbi teori olarak da tanımlanan faydacı ceza teorileri, cezalandırmanın, bir amaç değil, araç olduğu ve dolayısıyla cezanın pratikte fayda sağlaması halinde başvurulması gereken bir yol olduğunu ileri sürerler². Sonuççu (consequentialist) olarak da adlandırılan bu teoriye göre ceza, uygulamada iyi sonuçlar doğurursa izin verilebilir³. Dolayısıyla faydacı teori cezayı sonuçları açısından meşrulaştırmaya çalışmıştır.

Diğer yandan faydacı teorisinin cezalandırma amacı gelecekle ilgilidir. Bu bağlamda zikredilmesi gereken en önemli konu, cezaların, suçları önleyici (caydırıcılık) amacını taşımasıdır. Önleme amacı geleceğe dönük bir işlev görür. Önleme de genel önleme ve özel önleme diye ikiye ayrılır. Cezaların genel önleme amacı, deyim yerinde ise, maliyet-fayda (cost-benefit) hesabı yaparak gelecekte insanların suç işlemelerini engellemeyi amaçlar⁴. Özel önlemenin amacı ise, suçluyu yeniden suç işlemekten alıkoymak, suçluyu toplumdan soyutlayarak toplumu korumak ve suçluyu ıslah etmektir⁵. Görüldüğü gibi bütün bu amaçlar, geleceğe dönük olarak bir fayda düşüncesini çağrıştırmaktadır⁶.

² Bkz. Koca/Üzülmez, s. 437; Önder, s. 11.

³ Boonin, David, *The Problem of Punishment*, Cambridge University Press, 2008, s. 37.

⁴ Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 12.

⁵ Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 13; bkz. Önder, s. 12-13.

⁶ Bkz. Marsh, Ian, *Criminal Justice, An Introduction to Philosophies, Theories and Practice*, Routledge, 2004, s. 8; Bkz. Dönmezer, Sulhi/Erman, Sahir, *Nazarî ve Tatbiki Ceza Hukuku* (Genel Kısım, Cilt. II), 11. Baskı, Beta Yayını, İstanbul, s. 560.

2- Cesare Beccaria'nın Faydacı Ceza Felsefesi

a) Beccaria'da Cezalandırmanın Niteliği ve Amacı

Cesare Beccaria, *An Essay On Crime and Punishments* (1819- İtalyanca orijinali 1764) adlı eserinin önsözünde hukuk kavramına ilişkin olarak yaptığı bir tespitle işe başlar. Beccaria, özgür durumdaki insanlar arasındaki anlaşmaların ürünü olan veya olması gereken yasaların, insan doğasını ve çoğunluğun eylemlerini bir noktada nasıl toplayacağını bilen tarafsız bir gözlemcinin *en büyük sayıda insanın en büyük mutluluğu* biçiminde ortaya çıkan görüşleri yerine, birkaç insanın tutkuları ve geçici ihtiyaçlar dikkate alınarak yapıldığını söyler⁷. Bu düşüncelerine baktığımız zaman Beccaria, bir taraftan hukuku insanlar arasındaki bir sözleşmenin ürünü olarak tanımlar; diğer taraftan ise, hukukun, insan doğası ve *en büyük sayıda insanın mutluluğu (faydası)* esasına dayanılarak yapılması gerektiğini söyler. Güriz'e göre Beccaria, hukuku hem fayda ve hem de tabii hukukun gereği olan sosyal mukaveleye dayandırarak bağdaştırılması gerekli olmayan iki düşünceye bağlanmıştır⁸. Ancak aşağıda göreceğimiz gibi Beccaria'da sosyal sözleşme, özgürlüklerin ve insanın mutluluğunun korunması için düşünülmüş bir araç niteliğindedir. Başka bir deyişle Beccaria'daki soyal sözleşmenin amacı da yine insanın yarar ve mutluluğudur. Adalet de, Beccaria tarafından, insan menfaatlerini bir arada tutan bağ (sözleşme) olarak tanımlanır⁹.

Beccaria yukarıda adı geçen eserinin I. Kısımında, cezalandırmanın esasına ilişkin görüşlerini ortaya koyarken, yasaların ne olduğu sorusunu yanıtlamakla işe başlar. Filozofa göre yasalar, insanların, bağımsız bireyler olarak toplumda bir araya geldikleri şartlardır¹⁰. Sürekli savaş durumu ve belirsizlikten dolayı özgürlüklerin tehlikede olması, insanların bir araya gelerek toplumu oluşturmalarının nedenini oluşturur. Beccaria'ya göre insanlar toplumu oluştururken, özgürlüklerinin bir bölümünden vazgeçerek geriye kalan

⁷ Cesare Beccaria, *An Essay On Crimes and Punishments* (to which is added *A Commentary* by M. D. Voltaire), translated by Edward D. Ingraham, 2nd American Edition, published by Philip H. Nicklin, Philadelphia 1819, s. XI; Güriz, Adnan, *Faydacı Teoriye Göre Ahlak ve Hukuk*, Ankara Üniv. Hukuk Fakültesi Yayını, Ankara 1963, s. 28.

⁸ Güriz, *Faydacı Teoriye Göre...*, s. 28.

⁹ Bkz. Beccaria, s. 18-19.

¹⁰ Beccaria, s. 15.

bölümünü barış ve güvenlik içinde kullanmak isterler¹¹. Bireylerin vazgeçtiği bu özgürlüklerinin toplamı bir ulusun egemenliğini oluşturur. Vazgeçilen özgürlükler egemenin ellerine emanet edilir¹². Beccaria'ya göre her bireyin bu özgürlükleri gasp etmemesi için bazı güdüler (motives) gerekir. Bu güdüler, bireylerin despotizmini engelleyerek toplumun önceki kaos ortamına dönmesini engeller. Bu güdüler, yasaları ihlal edenlere karşı uygulanan cezalardır¹³. Görüldüğü gibi Beccaria cezalandırmayı, özgürlükleri koruyucu bir araç olarak görmektedir.

Beccaria, eserinin II. kısmında cezalandırmanın amacı ile ilgili gerekçelerine devam eder. Düşünür burada, Montesquieu'ya göndermede bulunarak, cezalandırmanın mutlak bir gereklilikten kaynaklanmadığı sürece zalimane (tyrannical) bir durum yaratacağını ileri sürer. Düşünür, bu gerekliliği kamu özgürlüklerinin korunmasında görür. Egemenin cezalandırma hakkı (yetkisi), kendisine emanet edilen özgürlüklerin diğer bireyler tarafından çiğnenmemesi gerekliliğinden kaynaklanır. Bundan başka Beccaria, cezaların, korunan özgürlüklerin kutsallığı ve değerliliği ölçüsünde olması gereği üzerinde durur¹⁴. Beccaria'nın bu düşüncelerinden yola çıkarak şunları söyleyebiliriz. Cezalar, ihlal edilen hakların önemi ve değeriyle orantılı olması gerekir. Aşağıda göreceğimiz gibi Bentham da faydacı perspektiften, suçlarla cezalar arasındaki orana/dengeye vurgu yapmaktadır.

Yukarıda da görüldüğü gibi Beccaria adalet ve cezalandırma kavramını sosyal sözleşme ile izah etmeye çalışmıştır. Bu konuya ilişkin olarak şu çarpıcı ifadeleri kullanmaktadır.

“...adaletten, insanların menfaatlerini bir arada tutan bağdan (sözleşmeden) başka bir şeyi anlamıyorum. Bu bağ (sözleşme) olmazsa insanlar orijinal barbarlık durumuna geri dönecektir. Bu bağın (sözleşmenin) korunması gerekliliğinin ötesine geçen bütün cezalar haksızdır.”¹⁵

Beccaria'ya göre, halihazır kamu menfaatine ve konuldukları amaca aykırı olmasa ve suçları engellese bile, eğer cezaların sertliğinin gereksiz oldu-

11 Beccaria, s. 15.

12 Beccaria, s. 15.

13 Beccaria, s. 16.

14 Beccaria, s. 17.

15 Beccaria, s. 18-19.

ğu kanıtlanırsa, bu sertlik, egemenin, insanları köle olarak yönetmesini değil, özgürlük ve mutluluk içinde onlardan dilekte bulunmasını öğütleyen ve aydınlanmış aklın ürünü olan iyiliksever erdemlere aykırı olur¹⁶. Dolayısıyla Beccaria'ya göre cezanın adil olabilmesi için, diğerlerini suç işlemekten vazgeçirecek kadar şiddetli olmalıdır¹⁷.

Beccaria'ya göre cezanın şiddeti, suçluya göre değil, suçun niteliğine göre belirlenmelidir. Ceza, caydırıcı olacak şekilde yeterli olmalı ve halk tarafından anlaşılabilir rasyonel temellere dayanmalıdır¹⁸.

Beccaria, önleyicilik ve etkililik açısından, cezaların kesinliğini (certainty) sertliğine/şiddetine tercih etmektedir¹⁹. Ona göre suçların etkili bir biçimde önlenmesi, cezaların sertliğine/şiddetine değil, kesinliğine bağlıdır. Küçük bir cezanın kesinliği, eğer kaçma ümidi varsa, daha şiddetli bir cezanın korkusundan daha güçlü bir iz ve etki bırakır. Çünkü, daha büyük bir kötülükten (cezadan) kurtulma ümidi varken (cezasız kalma örnekleri de buna eklenirse), kaçınılmaz en küçük kötülüğe (cezaya) maruz kalmaktan korkmak insan doğasının bir gereğidir²⁰. Beccaria düşüncelerini desteklemek için ayrıca şunları söyler:

“Eğer cezalar çok şiddetli olursa, doğal olarak insanlar işledikleri önceki suçlarının cezalarından kurtulmak için başka suçlar işlemeye koyulurlar. Cezalarının şiddetli olmasıyla kötü üne sahip ülke ve çağlarda en kanlı ve insanlık dışı filler ve en çirkin (zalimane) suçlar işlenmiştir²¹.....”.

Diğer yandan Beccaria, cezaların önleyicilik ve caydırıcılık bakımından etkili olmalarını, anlık ve şiddetli olmalarından daha çok, uzun olmalarına bağlamaktadır. Filozof konuyla ilgili olarak şunları söylemektedir:

“Zihnimizde en büyük etkiyi bırakan, cezanın verdiği acının yoğunluğu değil, süresi bakımından uzunluğudur. Çünkü zayıf ve tekrar eden izlenimler,

16 Beccaria, s. 21.

17 Beccaria, s. 100-101.

18 Marsh, s. 69.

19 Bkz. Binder, s. 336.

20 Beccaria, s. 93; bkz. Rosen, Frederick, *Classical Utilitarianism From Hume to Mill*, Routledge, 2003, s. 148; Shapiro, Ian, *The Moral Foundations of Politics*, Yale University Press, 2003, s. 148.

21 Beccaria, s. 94.

*duyarlılığımızı, şiddetli ve anlık dürtülerden daha kolay ve daha güçlü bir biçimde etkiler*²².

Dolayısıyla Beccaria, işlenen suç karşılığı olarak suçlunun hangi cezayı hak etmesi gerektiğinden daha çok, faydacı saiklerle, yeniden suç işlenmesini önlemek için cezaların nasıl olması gerektiği ile ilgilenmektedir.

b) Beccaria'da Suç ile Ceza Arasındaki Orantı

Beccaria, yukarıda zikrettiğimiz eserinin VI. kısmını cezalar ile suçlar arasındaki orantıya ayırmıştır. Bu kısmın başlangıcında Beccaria, insanlığın ortak yararının sadece suçların işlenmemesinde değil, aynı zamanda her çeşit suçun toplum için doğurduğu kötülük oranında daha az sıklıkta işlenmesinde görmektedir. Dolayısıyla ona göre, suçlar toplumun güvenliği ve huzuru için ne kadar yıkıcı ise ve aynı şekilde suçların işlenmesini teşvik edici unsurlar ne kadar güçlü ise, yasakoyucunun suçları önlemek için kullandığı araçlar da o kadar güçlü olmalıdır. Bu gerekçelerle düşünür, suçlar ile cezalar arasında sabit bir oranın olması gerektiğini düşünür²³. Ancak o, bu oranı hassas bir denge hesaplamasına dayandırır. Suçlar ile cezalar arasındaki bu hassas dengeyi anlatabilmek için yasakoyucunun rolü ile maharetli bir mimarın rolünü kıyaslar. Ona göre, insanoğlunun tutkularının ürünü olan düzensizlikleri tamamen ortadan kaldırmak olanaksızdır. İnsanlar arasındaki çıkar çatışmalarının artmasıyla orantılı olarak bu düzensizlikler de artacaktır. Beccaria'ya göre insanı özel çıkarlara iten güç, sürekli işleyen yer çekim kanununa benzer. Eğer karşıt bir kuvvet yoksa, yer çekimi kanunu gibi özel çıkarları teşvik eden bu güç de sürekli olarak varlığını devam ettirir. Özel çıkarların öldürücü etkisini yok edecek güç de politik engellerdir. Dolayısıyla o, cezayı, (suçları önleyici) politik bir engel olarak görür²⁴.

Ancak Beccaria, özel çıkar çatışmalarının öldürücü etkisinin (suçların), yasakoyucunun politik engelleriyle (cezalarla) önlenmeye çalışılırken özel çıkar duygusunun yok edilmemesi gerektiğini söyler. Onun şu sözleri konuyu en iyi şekilde anlatacak niteliktedir:

22 Beccaria, s. 99; bkz. Güriz, *Faydacı Teoriye Göre...*, s. 29.

23 Beccaria, s. 28.

24 Beccaria, s. 28-29.

“...Benim politik engeller olarak adlandırdığım cezalar, özel çıkara götüren nedeni/duyguyu (*impelling cause*) yok etmeden özel çıkarların öldürücü etkisini engeller. Özel çıkara götüren neden/duygu, insanın ayrılmaz bir duyarlılığıdır. Bu konuda yasakoyucunun eylemleri (çıkardığı yasalar), eserini güçlendirmek amacıyla olanakları bir araya getirerek yer çekimine karşı koyan (mukabele eden) yetenekli bir mimarın eylemlerine benzer”²⁵.

Beccaria'nın bu düşünceleri, onun faydacı yanının en çarpıcı göstergesidir. Diğer yandan, onun cezalandırmanın rolü ile ilgili olarak “ceza bireyler arasındaki yarar ihtilaflarının ölümcül etkisini engellerken, büsbütün yarar duygusunun eğilimlerini yok etmemelidir” şeklindeki yaklaşımı, *mutlaklık/kesinlik* yerine, *olasılık* düşüncesi üzerine dayanmaktadır. Bu yaklaşımını kendisi şöyle ifade etmektedir: “...Politik aritmetikte, matematiksel kesinlik yerine olasılıklar hesaplamasını geçirmek gerekir”²⁶.

Diğer yandan Beccaria, topluma farklı derecelerde zarar veren suçlara eşit cezanın verilmesi halinde, daha büyük avantajları sağlamaya yönelik daha büyük suçların önlenmesinin söz konusu olamayacağını söyler²⁷.

3- Bentham'da Faydacılık ve Cezalandırma

a) Bentham'ın Faydacı Ceza Felsefesinin Esası

Jeremy Bentham, ahlak felsefesini ve dolayısıyla erdemi (*virtue*), fayda/yarar (*utility*) prensibi açısından tanımlamaya çalışmıştır²⁸. Filozofun bu ahlak tanımlaması, insan doğası üzerine temellendirilmiştir. Bentham açısından, insan doğasına egemen olan iki ilke vardır. Bunlar, haz (*pleasure*) ve acı (*pain*)'dır. Bu iki ilke insan davranışlarını yöneten en önemli güdü (*motive*)'dür²⁹. İnsan doğasına ilişkin kendince saptadığı bu olgusalıktan, etik bakımdan doğru olanın haz ve mutluluğu artırmak olduğu sonucuna varmış-

25 Beccaria, s. 29.

26 Beccaria, s. 29.

27 Beccaria, s. 32.

28 Curzon, L. B, *Jurisprudence*, Cavendish Publishing, Londo-Sydney 1995, s. 59.

29 Bentham, Jeremy, *A Fragment on Government and An Introduction to The Principles of Morals and Legislation*, (Edited with an Introduction by Wilfrid Harrison), Basil Blackwell, Oxford 1948, s. 125; bkz. Binder, Guyora, “Punishment Theory: Moral or Political”, *Buffalo Criminal Law Review*, vol. 5, (2002), s. 339.

tır. Davranışlarımızın etik bakımından ölçütünü koyduktan sonra, buradan siyaset ve hukuk felsefesi için önemli sonuçlar çıkarır. Bunlar, birey ve toplumun faydasının artırılmasıdır³⁰. Bu amaç Bentham'ın siyaset ve hukuk felsefesinde, “en büyük sayının en büyük mutluluğu” olarak klişeleşmiştir³¹.

Faydacılık üzerine dayanan pozitivist bir hukuk felsefesini ortaya koyan Bentham, *Common Law*'un fayda ilkesiyle uyuşmayan kurum ve kurallarını³² ve geleneksel doğal hukuk anlayışını eleştirmiştir³³. Bentham'a göre pozitif hukukun, doğal hukuk açısından değil, kökleri bilime dayanan fayda ilkesi açısından değerlendirilmesi gerekir³⁴.

Bentham'ın yukarıdaki düşünceleri açısından baktığımızda, bir ahlak kuralı kendiliğinden (per se) iyi ve kötü olamaz. Dolayısıyla, gerek ahlak kuralları olsun gerekse hukuk kuralları olsun, davranış kurallarının iyilik ve kötülük testleri pratikteki faydalarına göre ölçülecektir. Bu bağlamda Bentham, ceza hukukunda eylemlerin, kendiliklerinden kötü olanlar (mala in se) ve hukuk tarafından yasaklandığı için kötü olanlar (mala prohibita) şeklinde ayrılmasına karşı gelir. Eylemin haksızlığı, sonuçlarına göre ölçülecektir³⁵.

Bentham'ın fayda üzerine temellendirdiği hukuk anlayışı, geleneksel doğal hukuk anlayışıyla uyuşmaz. Zaten kendisi de doğal hukukun şiddetli bir eleştiricisidir³⁶. Çünkü geleneksel doğal hukuk anlayışında, ahlaksal değerlerin bizatihi kendileri iyi veya kötüdür. Bu anlamda klasik doğal hukuk anlayışı mutlakçıdır. Ahlaksal değerlerin özlerinin varlığı ve bu özlerin bilinebilirliği (cognitive), klasik doğal hukuk kavramının temel argümanlarıdır. Geleneksel doğal hukuk anlayışında, herhangi bir fayda mülahasasına başvurulmaksızın, ahlak kurallarının ihlali bir kötülük olarak algılanır. Oysa Bentham'da kötülük, insana elem veren şeylerdir. Elem dışındaki kötülük

30 Bkz. Bentham, *A Fragment on Government and An Introduction to The Principles of Morals*..... s. 126 vd.

31 Bkz. Güriz, *Faydacı Teoriye Göre*.....; Rosen, s. 221.

32 Tebbit, Mark, *Philosophy of Law: An Introduction*, 2nd edition, Routledge, London-New York, s. 18-19.

33 Tebbit, s. 113; Bkz. Sweet, William, “Jeremy Bentham”, <http://www.iep.utm.edu/b/bentham.htm> (E.T. 17.05.2009).

34 Shapiro, s. 19.

35 Bkz. Curzon, s. 63; Güriz, *Faydacı Teoriye Göre*....., s. 102.

36 Güriz, Adnan, *Hukuk Felsefesi*, 7. baskı, Siyasal Kitabevi, Ankara 2007, s. 234.

ölçütleri Benthamcı yararcılık bakımından anlamsızdır. Bundan dolayı Bentham, hukuksal kurum ve kuralları fayda açısından yeniden reforme etmek istemiştir. Ceza hukukunun felsefesini de fayda esası üzerine şekillendiren Bentham, cezalandırma ile fayda arasında sıkı bir ilişki kurmuştur.

b) Bentham'da Cezalandırmanın Temellendirilmesi

aa) Cezanın Bir Araç Olması

Bentham açısından bütün yasaların genel amacı, toplumun toplam mutluluğunu artırmaktır. Bu amacı gerçekleştirme yönünde atılacak ilk adım, mutluluğu azaltacak olan şeyleri olanaklar ölçüsünde bertaraf etmektir; yani kötü olan (*mischief*) şeyleri ortadan kaldırmaktır³⁷. Ancak filozof açısından ceza da bir kötülüktür. Dolayısıyla eğer ceza kabul edilecekse, sadece daha büyük başka kötülükleri engellemek için kabul edilmelidir³⁸. Bu bağlamda Bentham cezalandırmanın amacı olarak, özel önleme (*particular prevention*) ve genel önleme (*general prevention*) üzerinde durmaktadır³⁹. Ancak o, cezalandırmanın temel amacının genel önleme olması gerektiğini şu sözlerle ortaya koyar:

“Genel önleme, cezalandırmanın temel meşruluk temeli olduğu gibi, temel amacı da olmalıdır. Eğer bir suç, benzeri asla gerçekleşmeyen tecrit edilmiş bir eylem olarak mülahaza edebilseydik cezalandırma faydasız olacaktı. Bu, sadece bir kötülüğün diğerine eklenmesi olacaktı. Fakat biz, cezalandırılmamış bir suçun, sadece aynı fail için değil ve fakat aynı zamanda suç işleme güdü ve fırsatlarına sahip olanlara da suç işleme yolunu açtığını düşündüğümüz zaman, bir kişiye verilen cezanın herkes için bir güvenlik kaynağı olacağını anlarız⁴⁰.”

Özel önleme bakımından, Bentham, cezanın üç amacı olduğunu söyler. Bunlar, suçlunun *suç işleme yeteneğini ortadan kaldırma* (*incapacitation*),

³⁷ Bentham, *A Fragment on Government and An Introduction to The Principles of Morals*..... s. 281.

³⁸ Bentham, *A Fragment on Government and An Introduction to The Principles of Morals*..... s. 281.

³⁹ Bentham, Jeremy, Bentham, Jeremy, *“The Rationale of Punishment”*, Published by Robert Heward, London 1830, s. 19.

⁴⁰ Bentham, *The Rationale of Punishment*, s. 20-21.

suçluyu *islah* etme (reformation) ve gelecekte suç işlememesi için *gözdağı verme* (intimidation)'dir⁴¹. Bu üç amaç suçlu açısından cezalandırmanın felsefesini oluşturmaktadır.

Bentham'ın, cezalandırmayı bu şekilde haklılaştırması, cezayı bir amaç olarak değil de bir araç olarak görmesinden kaynaklanmaktadır. Bu da, daha vahim kötülükleri engelleme ve dolayısıyla faydayı gerçekleştirme aracıdır. Bentham'ın bu yaklaşımının, cezayı bir kefaret ve kötülüğe karşı muhakkak surette verilmesi gereken bir karşılık olarak değerlendiren teorilerle uyuşmadığı açıktır. Ceza hukukunun, kısmen de olsa, Bentham'ın görüşleri doğrultusunda evrimleştiğini söylemek yanlış olmaz.

bb) Cezalandırmanın Uygun Olmadığı Durumlar

Bentham, *An Introduction to The Principles of Morals and Legislation*⁴² adlı eserinde, cezalandırmanın uygun olmayacağı dört durum üzerinde durur. Bunlar, cezalandırmanın temelsiz (groundless), etkisiz (inefficacious), kârsız (unprofitable) ve gereksiz (needless) olduğu durumlardır⁴³.

Bentham'a göre cezalandırmanın temelsiz olduğu durum, eylemin (filin) hiçbir şekilde bir kötülük oluşturmadığı durumdur. Yani eylem herhangi bir kimseye bir kötülük oluşturmuyorsa, cezalandırma temelsizdir. Ayrıca eylem bir kötülük oluştursa bile, eğer eylem dolayısıyla bir yararı ihlal edilen kişi buna rıza göstermişse, yine cezalandırma temelsizdir. Çünkü Bentham'a göre bir kişi için nelerin haz, nelerin elem vereceği konusunda kendisinden başka bir kimse daha iyi yargıçlık yapamaz⁴⁴. Tabii ki Bentham burada belirtmese de, *rıza* bütün suçlar için bir hukuka uygunluk sebebi oluşturmaz.

⁴¹ Bentham, *The Rationale of Punishment*, s. 21.

⁴² Bentham'ın bu eseri 1780'de basılmış ve fakat yayımlanmamıştır. Eserin ilk yayımı 1789 yılında yapılmıştır. Fakat daha sonra bazı dipnot ve pasajlar eklenerek eser 1823'te yeniden yayımlanmıştır. Yukarıdaki dipnotlarda da görüleceği gibi biz, Bentham'ın iki eserinin (*A Fragment On Government ve A Introduction to The Principles of Morals and legislation*) birlikte yer aldığı, Wilfrid Harrison tarafından edite edilmiş bir esere aitta bulunuyoruz. Harrison'un edite ettiği bu eser, *A Introduction to The Principles of Morals and Legislation* adlı eserin 1823 edisyonunu esas almıştır. (Bkz. Bentham, *A Fragment on Government and An Introduction to The Principles of Morals.....*, s. vii.)

⁴³ Bentham, *A Fragment on Government and An Introduction to The Principles of Morals.....*, s. 282.

⁴⁴ Bentham, *A Fragment on Government and An Introduction to The Principles of Morals.....*, s. 282.

Cezalandırmanın temelsiz olduğu diğer bir durum da, kötülük sayılan bir eylemin daha büyük değeri korumak için yapılacak olmasıdır. Kötülük sayılan bir eylemin mevcut bir felaketi önlemek amacıyla yapılması bunun bir örneğidir⁴⁵. Açıkça görüldüğü gibi burada da Bentham ıztırar halinden söz etmekte ve bu durumlarda cezalandırmanın temelsiz olduğunu belirtmektedir. Son olarak, uygun (yeterli) bir tazminatın kesinliği/belirliliği de filozof açısından cezalandırmayı esassız kılan bir durumdur. Ancak Bentham açısından bunun iki koşulu vardır; birincisi, suç sayılan eylem uygun (yeterli) bir tazminata elverişli olmalıdır; ikincisi tazminatın ödenecek olmasının muhakkak olmasıdır. Bu ikincisi, sadece ideal bir koşul olarak görülür. Çünkü Bentham'a göre bu, olgusal olarak kanıtlanamaz⁴⁶.

Görüldüğü gibi Bentham, oldukça liberal bir mantıkla, suç sayılan eylemlerden ortaya çıkacak zararın tazminata elverişli olması durumunu, cezalandırmayı temelsiz kılacak nedenler arasında görür. Bu, bazı suçları özel hukuk alanına çekme çabası olarak algılanabilir.

Suçtan doğan zararın tazmini cezada indirim sağlaması veya cezalandırmayı tamamen ortadan kaldırması durumlarına modern hukuklarda sınırlı olarak rastlayabiliriz. Örneğin TCK 168. madde gereği olarak mala karşı işlenen bazı suçlarda kovuşturma başlamadan veya başladıktan sonra hüküm verilinceye kadar pişmanlık göstererek uğranılan zararı aynen geri verme veya tazmin suretiyle tamamen giderme durumlarında cezada indirim yapılacağı öngörülmüştür⁴⁷. Yine CMK 253. madde gereği uzlaşmaya tabi suç-

45 Bentham, *A Fragment on Government and An Introduction to The Principles of Morals*....., s. 282.

46 Bentham, *A Fragment on Government and An Introduction to The Principles of Morals*....., s. 283.

47 TCK 168 (Değişik madde: 29/06/2005-5377 S.K./20.mad)

1) Hırsızlık, mala zarar verme, güveni kötüye kullanma, dolandırıcılık, hileli iflâs, taksirli iflâs ve karşılıksız yararlanma suçları tamamlandıktan sonra ve fakat bu nedenle hakkında kovuşturma başlamadan önce, failin, azmettirenin veya yardım edenin bizzat pişmanlık göstererek mağdurun uğradığı zararı aynen geri verme veya tazmin suretiyle tamamen gidermesi halinde, verilecek cezanın üçte ikisine kadarı indirilir.

(2) Etkin pişmanlığın kovuşturma başladıktan sonra ve fakat hüküm verilmezden önce gösterilmesi halinde, verilecek cezanın yarısına kadarı indirilir.

(3) Yağma suçundan dolayı etkin pişmanlık gösteren kişiye verilecek cezanın, birinci fikraya giren hallerde yarısına, ikinci fikraya giren hallerde üçte birine kadarı indirilir.

larda uzlaşma sonucu şüpheli veya sanığın edimini tamamen yerine getirmesi halinde soruşturma aşamasında kovuşturmaya yer olmadığına, kovuşturma aşamasında ise davanın düşmesine karar verilir. Doğal olarak, verdiğimiz etkin pişmanlık ve uzlaşma örneklerinde fiil suç olmaktan çıkmamakta, sadece cezada indirim sağlanmakta veya cezalandırma engellenmektedir.

Cezalandırmanın etkisiz olduğu durumlara geldiğimiz zaman, Bentham bununla ilgili olarak birçok olasılık üzerinde durmaktadır. Biz burada sadece bazıları üzerinde duracağız. Bunlardan birisi, yasaların *ex-post facto* olarak, yani geçmişe etkili bir biçimde çıkarılması ile yargıcın kendi otoritesine dayanarak yasakoyucunun öngörmediği bir cezayı uygulamasıdır⁴⁸.

Görüldüğü üzere filozof burada cezaların kanuniliği ilkesi üzerinde durmakta ve bu ilkeye uyulmamasının cezalandırmayı etkisiz bırakacağını öngörmektedir. Gerçekten de suçların ve cezaların kanuniliği ilkesine uyulmayan sözde bir hukuk sisteminde öngörülebilirlik (predictability) ve belirlilik (certainty) ortadan kalkacak, kişiler ne için ve ne zaman cezalandırılacaklarını bilemeyeceklerdir. Hangi fillerin suç oluşturacağını ve cezaların neler olacağını bilmediği bir sosyal ortamda, sonradan verilen ceza kişileri suç işlemekten alıkoymayacaktır. Çünkü kişiler hangi fillerden dolayı ne türlü bir ceza ile karşılaşacaklarını bilemedikleri keyfi bir düzende, eylemlerini uyduracakları ölçütlerden yoksun kalacaklardır. Böyle bir sosyal düzende yasallığa bağlı olmayan cezalandırma suçların işlenmesini önleyemeyecektir. Çünkü suçlar ve cezalar önceden belli değildir. Bentham burada konuya cezalandırmanın amacı bakımından yaklaşmaktadır. Bentham'ın yararcılığı açısından cezaların amacı, kötülükleri, yani suçları önlemektir. Doğal olarak suçların ve cezaların kanuniliğine uymama, aynı zamanda hukuk devleti kavramı bakımından da bir sorun oluşturacaktır.

Cezalandırmanın etkisiz ve yararsız olduğu diğer bir durum da, yasaların gerekli araçlarla duyurulmamasıdır⁴⁹. Bu da hukuk devleti için önemli bir koşuldur. XX. Yüzyılın doğal hukukçularından Lon L. Fuller, yasaların

(4) Kısmen geri verme veya tazmin halinde etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanabilmesi için, ayrıca mağdurun rızası aranır.

48 Bentham, *A Fragment on Government and An Introduction to The Principles of Morals.....*, s. 283.

49 Bentham, *A Fragment on Government and An Introduction to The Principles of Morals.....*, s. 283.

önceden ilan edilmesini, bir ilke olarak hukukun içsel ahlakını oluşturan öğeler içerisinde sayar⁵⁰.

Ceza ehliyeti olmayanların cezalandırılması ile irade dışı yapılan suç fiillerinin cezalandırılması da Bentham açısından cezadan beklenen yararı sağlamayacağı için amaca uygun değildir⁵¹. Burada Bentham'ın yararlılığı çok açık bir biçimde ortaya çıkmaktadır. Çünkü ceza ehliyeti olmayanların cezalandırılmaması gerektiği düşüncesine, moral değerler veya adalet ideali açısından değil de, salt cezadan beklenen etkinin (amacın) gerçekleşmeyeceği dolayısıyla ulaşmaktadır. Bentham'ın yararlılığı açısından baktığımızda, eğer diğer akıl hastaları üzerinde suç işlemeyi önleyici bir etkisi olsaydı, ceza ehliyeti olmayan bir akıl hastasını işlediği bir suç dolayısıyla cezalandırmak yararlı olacaktı. Oysa bu yaklaşım geleneksel adalet prensiplerine aykırı düşmektedir. Çünkü kusur yeteneği olmayanları, sonuçta yarar sağlasa bile, işledikleri suçlar dolayısıyla cezalandırmak, geleneksel adalet düşüncesiyle bağdaşmaz.

Cezalandırmanın kârsız/fuzuli olduğu duruma geldiğimiz zaman, Bentham burada da çeşitli olasılıklar üzerinde durur. Bunlardan en önemlisi suç ve ceza arasındaki orantısızlıktır⁵². Konuyu aşağıda inceleyeceğimiz için burada ayrıntıya girmeyeceğiz.

Cezalandırmanın gereksiz olduğu durumla ilgili olarak da Bentham, “eğer cezalandırmadaki amacı daha ucuz bir maliyetle etkili bir şekilde sağlayabiliyorsak cezalandırma gereksizdir”, demektedir. Burada filozof eğitimi örnek olarak göstermektedir⁵³. Dolayısıyla Bentham açısından eğer eğitim, suçları etkili bir biçimde engelleme konusunda daha az maliyetli ise cezalandırma gereksiz olacaktır. Bentham'ın bu yaklaşımında bir fayda-maliyet analizi görünmektedir.

50 Bkz. Mcleod, Ian, *Legal Theory*, 2nd edition Palgrave Macmillan, 2003, s. 105-106; Kramer, Matthew H., *Objectivity and Rule of Law*, Cambridge University Press 2007, s. 151.

51 Bentham, *A Fragment on Government and An Introduction to The Principles of Morals.....*, s. 284-285.

52 Bentham, *A Fragment on Government and An Introduction to The Principles of Morals.....*, s. 286.

53 Bentham, *A Fragment on Government and An Introduction to The Principles of Morals.....*, s. 287; Bkz. Güriz, *Faydacı Teoriye Göre.....*, s. 100.

David Lyons'un da belirttiği gibi faydacılığın cezalandırma yaklaşımı, bir fayda-maliyet analizine dayanmaktadır. Böyle bir analiz, cezaları, basitçe hak edildiği için (deserved) meşrulaştırılmamakta, hem suç işleyenler ve hem de suçtan zarar görenlerin yararları açısından meşrulaştırmaya çalışmaktadır⁵⁴. Bilindiği üzere bu yaklaşım hem geleneksel doğal hukuk düşüncesine ve hem de semavî (kitaba bağlı) dinlerin ahlak anlayışına aykırıdır. Her iki yaklaşımda da kötülük (şerr) ve iyilik (hayır), sadece fayda açısından değerlendirilmez.

cc) Bentham'da Suç ile Ceza Arasındaki Orantı

Bentham suç ile ceza arasındaki oran konusuna, hem *An Introduction to The Principles of Morals and Legislation*⁵⁵ adlı eserinde ve hem de *The Theory of Legislation* adlı eserinde yer vermiştir. Biz bunlardan sadece *The Theory of Legislation* adlı eserindeki beş kuralı saymakla yetineceğiz.

Birinci Kural: “cezalandırmanın ortaya koyduğu kötülük (zarar), suçun suçluya sağladığı avantajı geçmelidir⁵⁶”.

İkinci Kural: “Cezalandırmadaki kesinlik ne kadar yetersiz ise, ceza o kadar şiddetli olmalıdır.⁵⁷” Tersinden bu kural şöyle ifade edilebilir: Ceza az olsa bile, eğer cezalandırma kesin ise bir kimse, o suçu işlemeyi göze almaz. Bentham, bunun iyi bir usul metodu olduğunu söyler.

⁵⁴ Lyons, David, *Ethics and The rule of Law*, Cambridge University Press, 1984, s. 157.

⁵⁵ Bentham bu esrinde suçla ceza arasındaki oran konusunda on üç kuraldan söz eder. (Bkz. Bentham, *A Fragment on Government and An Introduction to The Principles of Morals.....*, s. 290-295.)

⁵⁶ Bentham, Jeremy, *The Theory of Legislation*, (Edited C. K. Ogden), Routledge Kegan Paul, London 1931, s. 325; Bu kural diğer eserinde şu şekilde geçmektedir: “Cezanın değeri hiçbir biçimde suçtan sağlanan kardan az olmamalıdır” (Bentham, *A Fragment on Government and An Introduction to The Principles of Morals.....* s. 290). Ayrıca Bentham *The Rationale of Punishment* adlı eserinde suç ile ceza arasındaki oran konusunda şunları söylemektedir: “Elem ve haz insan eylemlerinin iki büyük ürünüdür. Eğer kişi, bir eylemin sonucu olarak elem duyacağını algılar veya öngörürse, daha önce görüldüğü gibi, kesin bir biçimde bu eylemi yapmaktan kaçınacaktır. Elemin görünen büyüklüğü veya değeri, eylemin beklenen sonucu olarak hazzın görünen değerinden daha büyük olursa kişi bu eylemi yapmaktan mutlaka kaçınacaktır.” (Bentham, “*The Rationale of Punishment*”, s. 19-20). Bkz. Güriz, *Hukuk Felsefesi.....*, s. 242; Güriz, *Faydacı Teoriye Göre.....*, s. 100.

⁵⁷ Bentham, Jeremy, *The Theory of Legislation*, s. 325.

Üçüncü Kural: “İki suç birleşmesi durumunda, suç işleyen daha hafif suç işledikten sonra daha büyüğünü işlememesi için, daha büyük suç daha şiddetli cezaya bağlanmalıdır.⁵⁸” Örneğin, soygun yapmak için cinayet işleyecek kişi, eğer cinayetin cezası soygundan fazla ise cinayeti işlemeyip sadece soygunla yetinecektir.

Dördüncü Kural: “Suç ne kadar büyük olursa, bu suçu önlemek için şiddetli bir cezaya başvurma konusunda o kadar büyük gerekçe olur.⁵⁹”

Beşinci Kural : “Bütün suçlular için aynı suçtan dolayı aynı ceza verilmemelidir; esnekliği gerektiren bazı şartları göz önünde tutmak gerekir⁶⁰”. Örneğin, aynı para cezası bir zengin için önemsiz bir şey iken, fakir birisi için ağır bir etki yaratır.

III- Bir Kefaret (Retribution) Olarak Cezalandırma

1- Genel Olarak

Karşılıklı bulunma veya kefarete olarak çevirebileceğimiz *retribution* sözcüğü, John Cottingham’ın etimolojik analizine göre, Latince *re+tribuo* (geri ödeme-pay back) sözcüğünden türemiştir⁶¹. Dolayısıyla köken olarak geri ödeme anlamına gelen *retribution*, ceza hukuku felsefesinde suçlunun işlediği suçun karşılığını (bedelini) geri ödemesidir. Kefareti (*retribution*) esas alan teoriye göre cezalandırmanın kendisinden başka amacı olamaz; cezalandırmanın kendisi bizzatıhi amaçtır. Yine bu teoriye göre ceza sadece suçlunun acı çekmesi için verilir. Bir başka anlatımla, bir elemin ceza olarak değerlendirilmesi için, bunun sadece suçlunun acı çekmesi için verilmesi

58 Bentham, Jeremy, *The Theory of Legislation*, s. 326.

59 Bentham, Jeremy, *The Theory of Legislation*, s. 326.

60 Bentham, Jeremy, *The Theory of Legislation*, s. 327. Bu kuralı diğer eserde şu şekilde ifade etmiştir: “Her suçlu için gerçek olarak tatbik edilen ceza miktarı genel olarak benzer suçlulara tatbik edilen ceza miktarına uygun olabilir, (ancak) esnekliği gerektirecek bazı şartları daima göz önünde tutmak gerekir.” (Bentham, *A Fragment on Government and An Introduction to The Principles of Morals*..... s. 292).

61 Cottingham, John, “Varieties of Retribution”, *Philosophical Quarterly*, vol. 29, issue 116, (1979), s. 238. Bizim de yaptığımız sözlük araştırmasına göre *retribution*, Latince geri ödeme anlamına gelen *re+tribuere* (pay back) sözcüğünden türemiştir. <http://www.merriam-webster.com/dictionary/retribution> (E.T. 02.08.2009).

gerekir⁶². Böylece suç işleyen, işlediği suçun cezasını ödeyecek, yaptığı kötülüğün karşılığını alacak ve böylece ihlal edilen adalet ilkesinin öcü alınacaktır⁶³. Cezayı bir kefarete olarak gören teoriler, cezalandırmayı gelecekle ilgili değil, geçmişle ilgili bir işlem olarak görürler. Başka bir anlatımla cezalandırmanın meşruluğu geçmişle ilişkilendirilir⁶⁴.

Cezalandırmada kefareti (retribution) esas alan yaklaşıma göre, ceza, suçlunun eyleminin ortaya çıkardığı haksızlığı esas alır. Dolayısıyla ceza, suçun kefaretinin ödenmesini sağlayıp evrendeki moral dengenin onarılmasına yönelik olmalıdır. Kefaretçi (retributivist) ceza anlayışını savunan Hegel'e göre ceza, haksızlığı ortadan kaldırarak hakkı restore eder⁶⁵. Suç ve ceza arasındaki ilişkiyi diyalektik bir mantıkla açıklayan Hegel, suçu, hakkın (hukukun) inkâr edilmesi olarak, cezayı ise buna verilmiş bir tepki olarak izah etmektedir⁶⁶.

Durkheim suç ve cezalandırma ile ilgili sosyolojik analizlerinde, suçun, toplumsal değerlerin yer aldığı kolektif bilince aykırı düşen ve dolayısıyla dayanışmayı bozan bir etken olduğunu⁶⁷, cezanın ise bozulan sosyal ahlak ve sosyal bağların yeniden onarılmasına dönük bir tepki olduğunu söyler. Dolayısıyla Durkheim'da ceza geçmişle ilgili bir tepki olarak bozulan sosyal düzenin yeniden inşasına yöneliktir⁶⁸. Ancak Durkheim'in analizleri sosyolojik tasvir niteliği taşıdığı için, cezalandırma ile ilgili betimlemelerinden cezalandırmanın amacıyla ilgili sonuçlar çıkarmak hatalı olabilir.

⁶² Willoughby, Westel W., "A Survey of Ethical Theories of Punishment" *Rational Basis of Legal Institutions*, (Edited by John H. Wigmore and Albert Kocourek), New York 1923, Part V, Chapter XLVII, s. 555.

⁶³ Willoughby, s. 555-556.

⁶⁴ Honderich, Ted, *Punishment, The Supposed Justification*, (Revised Edition), Pluto Press, London, 2006, s. 17; Bkz. Dönmezer/Erman, s. 559.

⁶⁵ Fletcher, George P., *Basic Concepts of Criminal Law*, Oxford University Press, 1998, s. 32.

⁶⁶ Bkz. Güriz, Hukuk Başlangıcı, s. 230; Koca/Üzülmez, s. 436; Önder, s. 9-10; Hegel, G. W., *The Philosophy of Right* (Translated S.W. Dayde), Batoche, 2001, (paragraf 95 ve 97) s. 88-89.

⁶⁷ Marsh, Ian (with John Cochrane and Gaynor Merville), *Criminal Justice*, Routledge, London 2004, s. 31.

⁶⁸ Marsh, s. 32.

Cezayı sadece geçmişle ilgili görenler, cezanın ya geçmişteki suçun karşılığı için verilmiş bir kefarete ya da bozulan sosyal düzeni yeniden onaran bir çare olarak görürler. Cezayı başlı başına bir amaç ve sadece kefarete olarak görenler, cezanın geleceğe dönük fonksiyonlarını ihmal ederler.

Klasik kefarete teorisini savunanlar (classical retributivism), cezalandırmanın meşrulaştırmasını da, cezalandırmanın sağladığı menfaatler bakımından değil de, bizzat kötü sayılan suçun kendisi bakımından yapmaya çalışırlar⁶⁹. Bu klasik yaklaşım, cezayı, itaatsizliğin bedeli olarak, suç sayılan haksız davranışa bağlayan gündelik bir ahlaksal sezgiyi yansıtır. Politika açısından bakıldığında da, ceza, kuralları ihlal edilmiş topluma ve hakları ihlal edilmiş kurbanlara borçlu olunan bir bedeldir⁷⁰.

David Boonin, cezayı bir ödetme, bir kefarete olarak gören teorileri, “hak etme” (cezaya layık olma) (desert), “hak kaybı” (forfeiture), “adalet/hakkaniyet” (fairness) ve diğer kefarete biçimleri olarak dört bölümde incelemektedir⁷¹. Hak etmeyi (desert) esas alan kefarete teorisinin cezalandırmaya ilişkin temel gerekçesi şöyledir: “Suç fillerini işleyenleri cezalandırmak ahlaken onaylanabilir; çünkü bunlar işledikleri suç sebebiyle cezayı hak etmektedirler/cezalandırmaya müstahaktırlar”⁷². Hak kaybı (forfeiture) temelli teoriye göre ise, suç işleyen kişinin durumu, suç işlemediği zamandaki durumuyla aynı değildir; suç işleyen gönüllü olarak bazı haklarından vazgeçmiştir; ceza bir hak kaybıdır; bu hak kaybına suç işleyenin kendisi suç işlemek suretiyle bilerek neden olmuştur⁷³. Adaleti/hakkaniyeti (fairness) esas alan teori, cezalandırmaya dağıtıcı adalet açısından yaklaşmaktadır. Bu anlayışa göre suç, toplumdaki menfaat ve yükümlülük dağılımını bozan bir etken olarak görülmekte; ceza da bozulan bu dağılımı onaran bir çare olarak değerlendirilmektedir. Bu anlamda ceza suçluya yüklenen bir külfettir⁷⁴. Suçlu, işlediği suç dolayısıyla ceza külfetine maruz kalacak ve böylece bir karşılık ödemiş olacaktır. Bu temel kefarete teorilerinden başka, Boonin’in, *diğer*

⁶⁹ Wilson, William, *Central Issues in Criminal Theory*, Hart Publishing, Oxford 2002, s. 54-55.

⁷⁰ Wilson, s. 55.

⁷¹ Bkz. Boonin, s. IX. (Contents).

⁷² Boonin, s. 87.

⁷³ Boonin, s. 105.

⁷⁴ Boonin, s. 120.

kefarete biçimleri adı altında söz ettiği teorilerden sadece güven (trust) teorisine kısaca değinerek yetinelim. Güven temelli kefarete teorisine göre güven, sivil toplumun işleyişi için zorunludur. Suç işleyenler, diğerlerinin güven beklentisine zarar vermişlerdir. Dolayısıyla ceza, güven beklentisi ihlaline verilmiş bir tepki olarak görülmektedir⁷⁵.

Görüldüğü üzere yukarıdaki teoriler, cezalandırmayı geçmişle ilgili olarak bir karşılık, bir ödetme ve bir tepki olarak görmektedirler.

2- Kant'ın Cezalandırma Yaklaşımı

a) Kant'ta Ahlak Yasası ve Cezalandırma

Cezalandırmanın amacı bakımından kefarete teorisini savunanların başında Kant gelir⁷⁶. Ancak Kant'ta cezalandırmanın amacına girmeden önce genel ahlak felsefesine kısaca değinmeyi yararlı görüyoruz.

Alman aydınlanmacı filozofu Kant, ahlak felsefesinde faydacılıktan tamamen uzak bir yaklaşım sergiler. Kant ahlaksal sorumluluğu ödev bilincine bağlar. Kesin emir (kategorik emperatif) niteliğindeki ahlaksal emirler faydacı saiklerle değil, bir ödev bilinciyle yapılmalıdır⁷⁷. Kategorik emperatifin en temel niteliği ise, evrensel olmasıdır. Kategorik emperatif açısından öyle davranmalıyız ki, bu davranışımız daha sonra evrensel bir kural olabilsin⁷⁸. Zorda olan birine yardım ettiğimiz zaman, bu davranışımız evrensel bir kural olabilir. Çünkü aynı davranış bize yapıldığı zaman bunu kabul edebiliriz. Güçsüz olan birinin güçsüzlüğünden faydalaniyorsak, aynı şeyin kendimize karşı yapılmasına izin vereceğimiz anlamına gelmektedir⁷⁹. Böyle bir şeyi kabul edemeyeceğimize göre, davranışımız ahlak açısından doğru değildir. Suç konusunda da aynı şey geçerlidir. Suç sayılan fiil genel bir davranış kuralı haline gelemeyeceğine göre ahlaken iyi değildir. Bir suçu başkasına karşı işlediğimiz zaman, bu suçun cezasının karşılık olarak bize verilmesi

⁷⁵ Boonin, s. 143-144.

⁷⁶ Binder, s. 350.

⁷⁷ Kant, Immanuel, *Pratik Usun Eleştirisi*, (Türkçesi: Onur Ateş), 1. bası, , Yeryüzü Yayınevi, Ankara 2003, s. 98-99.

⁷⁸ Kant, *Pratik Usun*..... s. 39; Ayrıca Bkz. Binder, s. 351 vd.

⁷⁹ Lyons, David, *Ethics and Rule of Law*, Cambridge University Press 1984, (reprinted 1989), s. 150.

gerekir. Hatta aşağıda göreceğimiz gibi Kant, kısas (lex talionis) düşüncesine yol açabilecek biçimde, insan suç işlediği zaman aslında suçu kendisine karşı işlemiş olacaktır demektedir.

b) Kant'ta Cezalandırmanın Amacı

Kant'a göre cezalandırma hiçbir zaman sadece başka iyileri (gerek suçlunun kendisi gerekse sivil toplum bakımından) gerçekleştirmek için uygulanan bir araç değildir. Ceza, bütün durumlarda, suçluya sadece suç işlediği için verilmelidir. Suç işleyen kişi öncelikle, verilecek cezanın kendisi veya diğer vatandaşlar için herhangi bir yarar getireceği düşüncesine başvurulmadan cezalandırılmalıdır⁸⁰. Filozof ceza hukukunu kategorik emperatif (kesin emirler) olarak tanımlamakta ve kendi deyimiyle, faydacı düşüncenin hileli yollarına başvurarak cezalandırma adaletinden kaçanları eleştirmektedir⁸¹. Dolayısıyla Kant açısından cezalandırmanın temel felsefesi yararçı düşünce olamaz⁸². Çünkü o, suç işleyenlerin cezalandırılmasını kesin ahlaki bir emir (kategorik emperatif) olarak görmektedir. Ahlak kuralları da, Kant'a göre, şarta bağlı olamayacağı için, cezalandırma faydacılık açısından temellendirilmemeli veya hafifletilmemelidir.

Kant kendi düşüncesini desteklemek için ölüm cezasını da haklılaştıracak şu vecize üzerinde durmaktadır: “*Bütün insanların yok olması yerine tek bir insanın ölmesi daha iyidir. Çünkü, eğer adalet ve haklılık düşüncesi yok olursa, dünyada artık insan hayatının bir değeri kalmaz*”⁸³.

Daha sonra Kant suç ve ceza ile ilgili olarak şunları söylemektedir:

“*Fakat, kamu adaletinin kendisine bir ilke ve standart olarak seçeceği cezalandırma biçimi ve ölçüsü nedir? İşte bu tam olarak eşitlik ilkesidir, bu ilke vasıtasıyla adalet terazisinin ibresi ne bu tarafa ne de diğer tarafa eğilir. Bir kimsenin diğer bir kimseye yönelik işlediği haksız bir kötülüğü, aslında kendisine karşı işlemiş olması gerektiği kabul edilebilir. Dolayısıyla şöyle söylenebilir: Eğer başkasına iftira atarsan, kendine iftira atmış olursun;*

80 Kant, Immanuel, *The Philosophy of Law* (Trans. W. Hastie), 1887, s. 195; Ayrıca bkz. Binder; s. 356; bkz. Honderich, s. 17-18.

81 Kant, *The Philosophy of Law*, s. 195.

82 Bkz. Koca/Üzülmez, s. 436.

83 Kant, *The Philosophy of Law*, s. 196.

başkasından bir şey çalarsan, kendinden çalmış olursun; başkasına vurursan kendine vurmuş olursun; başkasını öldürürsen kendini öldürmüş olursun. İşte bu misilleme/kıyas (retaliation- lex talionis) hakkıdır”⁸⁴ ...

Doğal olarak cezalandırmanın haklılaştırılması bakımından da Kant, faydacı düşünce yerine hak etme/layık olma (desert) kriterlerini esas almaktadır. Kant açısından, cezalandırmadan ne kadar fayda sağlanırsa sağlansın, bu fayda cezalandırmanın haklılaştırılması için kullanılmaz. Cezayı haklı kılan, suçlunun suç işleyerek cezayı hak etmesidir (deserved) veya cezaya layık olmasıdır⁸⁵.

Cezalandırmanın başka hiçbir yararı olmasa bile, Kant açısından suçlu yine de cezalandırılmalıdır. Kant’ın cezalandırma ile ilgili bu yaklaşımını gösteren ve sıkça atıf yapılan düşünceleri şu şekildedir:

“Bir sivil toplum, kendi üyelerinin iradeleriyle kendisini feshetmeye karar verse bile (farz edelim ki bir adada yaşayan bir halk ayrılarak tüm dünyaya yayılmaya karar vermiştir; bu halde bile), hapisanede kalan son caninin (katilin) cezası, fesih karar uygulanmadan önce infaz edilmelidir. Böyle yapılmalıdır ki, herkes, katilin hak ettiği şeyin ve kan suçunun, halkın üzerinde kalmayacağını anlayabilsin; aksi takdirde halk da, adaletin bu açık ihlalinde onunla (katille) işbirlikçi olarak değerlendirilebilir”⁸⁶.

Görüldüğü gibi Kant’ın üzerinde durduğu bu faraziyede suçlunun cezasının infaz edilmesinde, cezanın kendisinden başka bir amacı söz konusu olmamaktadır. Ancak Kant, yukarıda alıntı yaptığımız paragrafta, cezaların halk üzerindeki etkisini de ima etmektedir. Buradan suçların genel önlenmesine dönük bir yaklaşım da çıkarılabilir⁸⁷. Ancak bir bütün olarak bakıldığında görülecektir ki, Kant çok ağırlıklı olarak kefarete (retribution) teorisini benimsemiştir.

84 Kant, *The Philosophy of Law*, s. 196.

85 Bkz. Wilson, s. 55.

86 Kant, *The Philosophy of Law*, s. 198; bkz. Brooks, Thom, “Kant’s Theory of Punishment”, *Utilitas*, vol. 15, no. 2, (July 2003), s. 210-211; bkz. Zaibert, Leo, *Punishment and Retribution*, Asghate Publishing, 2006, s. 103.

87 Bkz. Zaibert, s. 103.

Dolayısıyla Kant'ın ceza felsefesinde hak etme (desert) ve adalet kavramları önemli bir yere sahiptir⁸⁸. Bu kavramlar açısından, her halükârda kötülüğün karşılığı verilecektir. Ancak, Kant'ın, cezaların diğer amaçlarını ihmal ettiği söylenebilir. Faydacılığın Kant'ın ahlak felsefesinde yeri olmadığı gibi, cezalandırma felsefesinde de yeri yoktur.

Öte yandan, cezalandırmayı salt faydacılık açısından meşrulaştırdığımız zaman, toplumsal fayda açısından ve suçların önlenmesi bakımından suçlu olmayanların cezalandırılması düşüncesi mantıksal açıdan olsa bile ortaya çıkabilir. E.F. Carritt ve H.J. McKloskey'in faydacı cezalandırmayı eleştirmek için verdikleri örneklerde, faydacı saiklerle masum kişilerin cezalandırılarak suçların önlenebileceğini ve bunun faydacı felsefeyle uyuşabileceğini ortaya koymaktadırlar⁸⁹. Faydacı filozofların cezalandırmayı, Carritt ve McKloskey'in sunduğu gibi temellendirip kefaret yönünü tamamen ihmal ettiklerini söylemek zordur. Ancak, cezalandırmaya salt fayda açısından yaklaşmak, Carritt ve McKloskey'in öngördükleri sonucu mantıksal açıdan doğurabilir.

IV- Karma/Uzlaştırıcı Yaklaşım

Gerek faydacı görüşün ve gerekse kefareti esas alan mutlak ceza (mutlak adalet) teorisinin, tek başına (yalın olarak) uygulanmasının ortaya çıkardığı sonuçların da dikkate alınmasıyla, bu iki görüş bir araya getirilerek karma bir yaklaşım geliştirilmiştir⁹⁰. Ancak karmanın nasıl veya ne oranda yapılacağı tartışmalıdır. Dolayısıyla karma yaklaşımın taraftarları arasında uzlaştırmanın yapılması konusunda görüş birliği olduğu halde, uzlaştırmanın nasıl yapılacağı konusunda bir ittifak söz konusu değildir⁹¹. Bir yaklaşıma göre cezalandırmanın ölçütü, "içtimaî fayda ile mahdut adalet", diğer bir yaklaşıma göre ise ölçüt, "adaletle mahdut içtimaî fayda"dır⁹². Anlaşıldığı gibi birinci yaklaşım adaleti göz önünde bulundurmakla birlikte toplumsal faydaya üstünlük tanımakta; ikinci yaklaşım ise toplumsal faydayı dikkate almakla

88 Murtagh, Kevin, Punishment, *The Internet Encyclopedia of Philosophy*, <http://www.iep.utm.edu/p/punishme.htm#H5> (E.T. 26.07.2009).

89 Bkz. Binder, s. 322.

90 Taner, M. Tahir, *Ceza Hukuku (Umumi Kısım)*, İstanbul Üniv. Yayınları, 1949, s. 31-32.

91 Koca/Üzülmez, s. 438.

92 Bkz. Taner, s. 32; Koca/Üzülmez, s. 438.

birlikte adalet prensibine üstünlük tanımaktadır. Başka bir ayrıma göre ise, karma teoriler, “dış görünüş itibariyle yapılan karma” ve “faydacı karma” şeklindedir⁹³. Dış görünüş itibariyle yapılan karmada, cezanın esas niteliğini kefarete oluşturmada, bunun yanında faydacı amaçların da dışlanmaması gerektiği vurgulanmaktadır⁹⁴. Faydacılığa dayanan karma yaklaşım ise, ceza uygulamasının temelde faydadan hareketle yapılmasını savunmaktadır⁹⁵.

Sadece faydacı mülahazalarla cezalandırmaya yaklaşmak, adalet düşüncesini zedeleyen bir durum ortaya çıkarabilir. Bu konuda E. F. Carritt’in verdiği şu örnek dikkat çekicidir:

*“Toplumda çok yaygın hale gelen bir suçu işleyenlerin yakalanmadığını farz edelim. Böyle bir durumda toplumdaki huzursuzluğu gidermek ve güvenlik duygusunu güçlendirmek için masum bir insanı, herkesin onu suçlu saymasını sağlayacak şekilde, ibret olsun diye idam etmek son derece elverişli sayılabilir”*⁹⁶.

Gerçekten de bu örnekte salt faydacılık açısından haklılaştırılan masum bir insanın cezalandırılması söz konusudur. Ancak görüldüğü gibi salt faydacı bir cezalandırmayı kabullenmek imkânsızdır. Çünkü adalet ideali ile açık bir uyumsuzluğu söz konusudur. Güriz’e göre ise masum bir insanın cezalandırılması daha büyük toplumsal huzursuzluklara yol açacağı için, faydacı düşünce örnekteki durumu onaylamaz⁹⁷. Ancak yine de cezalandırmada salt fayda düşüncesi adalet açısından yetersizdir. Cezalandırmada ilk önce kefarete mülahazası önde tutulmalı, faydacı amaçlar bunu takip etmelidir. Bu yöntem takip edilirse, faydacı amaçlarla ne masumlar cezalandırılır, ne de orantısız cezalar verilir.

Genel ya da özel caydırıcılık düşüncesiyle de olsa, suç işleyenlere kusurlarıyla orantısız cezalar verilmemelidir⁹⁸. Dolayısıyla cezalandırmada faydacı düşünceler yanında mutlak ceza teorisinin de ilkelerinin gözetilmesi gerekir.

93 Bkz. Önder, s. 14.

94 Önder, s. 15.

95 Bkz. Önder, s. 15.

96 Bkz. Güriz, *Faydacı Teoriye Göre...*,s. 103; bkz. Binder, s. 322.

97 Güriz, *Faydacı Teoriye Göre...*,s. 103.

98 Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 17.

H. L. A. Hart ve John Rawls, uzlaştırıcı bir düşünce ile bu eklektik yaklaşımı benimsemişlerdir. Hart ve Rawls'un teorilerinin ortak özelliği, cezalandırmanın haklılaştırılmasını sadece bir görüş açısından yapmamasıdır⁹⁹. Her iki yazar da cezalandırmanın meşrulaştırılmasını çeşitli soruların yanıtları açısından yapmaya çalışmaktadırlar.

Hart, cezalandırmanın nasıl yapılacağı ile ilgili olarak temelde üç soru ortaya atar. Birinci soru, “genel ceza uygulamasını meşrulaştıran nedir?” İkincisi, ceza kime uygulanabilir?” Üçüncü soru ise, “ne kadar şiddette ceza verebiliriz?” biçimindedir¹⁰⁰. Sorulardan birincisi, cezalandırma amacının genel haklılaştırması ile ilgilidir. İkincisi, sorumlulukla ilgilidir. Üçüncüsü cezanın miktarı/şiddeti ile ilgilidir¹⁰¹. Hart'a göre birinci soru faydacılık açısından cevaplandırılmalı ve cezalandırmanın meşrulaştırılması suçların önlenmesi gibi sosyal sonuçlarına göre yapılması gerekir. İkinci soru ise, Hart'a göre, kefareti (retribution) esas alan anlayışa göre cevaplandırılmalı ve dolayısıyla ceza, suç işleyen kişiye tatbik edilmelidir¹⁰². Üçüncü soru ise kısmen kefaretçi yaklaşıma göre cevaplanmalı ve hiç kimseye hak ettiğinden daha fazla ceza verilmemelidir¹⁰³. Bu yaklaşımıyla Hart, faydacı cezalandırmanın olası adaletsiz sonuçlarını bertaraf etmeye çalışmıştır. İkinci ve kısmen de üçüncü soruların cevapları, cezalandırmaya adalet açısından yaklaşmakta ve cezalandırmayı hak etme (desert) ilkesiyle ilişkilendirmektedir. Bu cevaplar açısından ceza, sadece suç işleyene ve hak ettiği kadar verilecektir.

John Rawls da, kefareti esas alan mutlak ceza teorisiyle faydacı cezalandırma felsefesini uzlaştırmaya çalışmıştır. Tıpkı Hart gibi Rawls da çeşitli sorular sorarak görüşünü ortaya koymak istemiştir. Birinci soru, “*F*, dün neden hapisaneye konuldu? İkincisi, “bazı insanlar diğer insanları neden cezalandırır?” biçimindedir. Rawls'a göre, birinci soru, bir kurala göre bir eylemin haklılaştırılmasını sorgularken, ikinci soru, bu kuralın haklılaştırıl-

⁹⁹ Tebbit, s. 203.

¹⁰⁰ Bkz. Honderich, s. 166. bkz. Lacey, Nikola, *State Punishment*, Roulege, 2002, s. 47; bkz. Tebbit, s.204.

¹⁰¹ Honderich, s. 166.

¹⁰² Bkz. Murtagh, Kevin, *Punishment*, *The Internet Encyclopedia of Philosophy*, <http://www.iep.utm.edu/p/punishme.htm#H5> (E.T. 26.07.2009); bkz. Honderich, s. 166.

¹⁰³ Bkz. Honderich, s. 166.

masını araştırır¹⁰⁴. Bu sorulardan birincisinin yanıtı, “çünkü *F, B* bankasında soygun yaptı; bu yüzden adil olarak yargılanıp suçlu bulundu” şeklindedir. Diğerinin yanıtı, “iyi insanları kötü insanlardan korumak için” biçimindedir. Bu sorulardan, cezalandırma kurumu ile ilgili iki perspektif ortaya çıkmaktadır. Birincisi, geçmişe bakan yargıcın rolü, ikincisi ise geleceğe dönük olan yasakoyucunun rolüdür¹⁰⁵. Rawls’a göre yargıcın yaptığı şeyin haklılaştırılması, kefareti esas alan görüş açısından; yasakoyucunun yaptığı şeyin haklılaştırılması ise faydacı görüş açısından yapıyor gibidir¹⁰⁶.

Ancak Rawls’un, yasakoyucunun eyleminin faydacı görüş açısından haklılaştırılmasıyla ilgili yorumu çok isabetli gözükmemektedir. Çünkü yasa koyucunun rolüne sadece faydacı görüş açısından bakmak uzlaştırıcılıkla bağdaşmaz. Eğer uzlaştırıcı görüşten yana isek, yasakoyucunun eylemlerini de hem kefareti (retribution) ve hem de fayda açısından haklılaştırmamız gerekir. Yasakoyucu suç ve ceza politikasını oluştururken, her iki ölçütü dikkate alması durumunda uzlaştırıcı bir yaklaşımı benimsemiş olacaktır.

V- Sonuç

İnsan toplumunun ortaya çıkmasından itibaren iyi (hayır-good) ve kötü (şerr-evil) düşüncesi diyalektik bir süreç içerisinde çarpışarak devam etmiştir. Hukuk bakımından kötülüğü belirleyen unsurlardan en önemlileri, bireysel hakların ihlali ve toplumsal düzenin bozulmasıdır. Öteden beri toplumlar bu iki kötülüğe karşı çeşitli biçimlerde karşı koymuşlardır. Kötülüğe karşı koyma biçimlerinden birisi de cezalandırma değildir. Modern toplumlarda da cezalandırma sosyal düzeni sağlayıcı en önemli hukuksal araçlardandır. Cezalandırmanın amacı bakımından kabul edilen üç temel teori grubu söz konusudur. Bunlardan birincisi, kefareti (retribution) esas alan mutlak ceza teorileri; diğeri faydacılığı esas alan nisbî ceza teorileri ve üçüncüsü karma teorilerdir.

Kefaret teorileri cezanın kendisini bizatihi amaç olarak gördükleri halde, faydacı teoriler cezayı başka amaçlara hizmet eden bir araç olarak görürler. Faydacı teoriler açısından cezanın amaçları arasında, suçların işlenmesinin önlenmesi (özel ve genel önleme) ve suçluların ıslahı olarak görülür. Faydacı

¹⁰⁴ Bkz. Zaibert, s. 12.

¹⁰⁵ Bkz. Zaibert, s. 13; Tebbit, s. 204.

¹⁰⁶ Bkz. Zaibert, s. 13.

ceza felsefesinin en önemli temsilcileri olarak Beccaria ve Bentham zikredilebilir. Beccaria'nın faydacı ceza felsefesini Bentham daha da derinleştirerek ileri götürmüştür. Bu iki faydacı filozofun modern hukuk düşüncesi üzerinde etkileri büyük olmuştur. Cezayı bir kefaret ve başlı başına bir amaç olarak görenlerin başında Kant gelir. Modern hukuk sistemleri günümüzde bu iki ana teorisinin bir sentezi biçimindedir. Anglo-Sakson hukuk teorisinde H.L.A Hart ve John Rawls uzlaştırmacı görüşü savunuların başında gelir.

Cezalandırma felsefesinde sadece faydacı ölçütleri esas almak, adalet ideali bakımından arzu edilmeyen sonuçlar doğurabilir. Bundan dolayı cezalandırma felsefesinde, ilk önce adalet prensipleri esas alınmalı ve her kötülüğün bir karşılığının olması gerektiği düşüncesini esas alan kefaretçi (retributivist) düşüncelerden hareket edilmeli, daha sonra cezanın önleme ve ıslah gibi diğer faydacı işlevleri buna eklenmelidir. Salt faydacılık esas alınır, "fayda varsa cezalandırılmalıdır" gibi, "kimin neden dolayı cezalandırılacağını" sorgulamayan yaklaşım ortaya çıkacaktır. Aynı şekilde, cezalandırmada sorumluluğun belirlenmesinde de adalet prensipleri öncelikle esas alınmalıdır.

YENİ ANAYASA ARAYIŞINDA, AVRUPA STANDARTLARI AÇISINDAN, SİYASİ PARTİLERLE İLGİLİ DÜZENLEMELER

*Doç.Dr. Abdurrahman EREN**

GİRİŞ

Türkiye’de yeni bir anayasa arayışını tetikleyen en önemli konuların başında siyasi partilerle ilgili düzenlemeler gelmektedir. Askeri müdahale sonrası yapılan 1982 Anayasası’nın temel özelliği “depolitizasyonu” esas alması ve politikanın temel aracı olan siyasal partilere duyulan güvensizliği yansıtmıştır. Bu nedenle Avrupa demokrasilerinde benzeri olmayan yasaklarla siyasi partiler düzenlemelere boğulmuştur. Bu yasaklardan bir kısmı 1995 Anayasa değişiklikleri ile ortadan kaldırılmıştır. Aynı güvensizliğin ürünü olan Siyasi Partiler Kanunu, Anayasadaki yasakların çok ötesinde yasaklara yer vererek, siyaset alanını “mayınlı tarlaya” çevirmiştir. Askeri darbe sonrasında ürünün bu düzenlemeler karşısında “özgürlüklerin bekçiliğini” yapması gereken Anayasa Mahkemesi tam tersine, mayınlı alanda siyasi partilerin peşine düşmüştür. Bu süreçte yirmibeş partiyi kapatan Anayasa Mahkemesi, %46 oy almış iktidardaki partinin peşine düşünce, “bekçilik görevi” sorgulanmaya başlanmıştır. Refah partisi kararıyla, zorunlu ve istisnai durumlarda parti kapatma yaptırımının makul görülebileceğini düşünen Avrupa organları, Avrupa Birliği sürecinde aktif tutum sergileyen İktidar Partisini kapatma girişiminde bulunan Anayasa Mahkemesine duyulan güven sarsılmıştır.

Siyasi partilerle ilgili Anayasa değişikliği, artık kaçınılmaz ve dayanılmaz bir noktaya ulaşmıştır. Bu değişimi zorunlu ve kaçınılmaz kılanın yalnızca siyasi partilerle ilgili düzenlemeler olmadığı, Anayasa Mahkemesi’nin oluşumunun da buna neden olduğu hem ulusal hem uluslararası kamuoyunun “uzlaşma noktası” haline gelmiştir. Bu makalede, siyasi partilerle ilgili düzenlemelerin, Anayasa Mahkemesi’nin de tutumuyla bağlantılı olarak nere-

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Öğretim Üyesi, aeren70@hotmail.com.

den nereye geldiğini, gelinen noktanın Avrupa demokrasileri ile uyumlu olup olmadığını ve gidilecek yönün ne olması gerektiği konusu ele alınmaktadır.

I. Siyasi Partilerle İlgili Anayasal Düzenlemelerde Nereden Nereye?

Siyasal partiler ayrı bir tüzel kişilik olma hakkını 1961 Anayasası ile kazanmıştır. Bundan önceki dönemde, dernek tüzel kişiliğinin bir parçası kabul edilmekteydi. Siyasi dernek olarak kurulup faaliyet göstermekteydiler. Aslında bu durum çok yadırganacak bir durum değildir. Bugün hala gelişmiş Avrupa demokrasilerinin çoğunda, siyasi partiler derneklerle aynı yasal statüde değerlendirilmektedir. Hatta birçoğunda “örgütlenme özgürlüğü” şemsiye bir hak olarak tüm özel hukuk tüzel kişilerine hayat vermektedir. Bu yaklaşım ulusal-üstü insan hakları hukukuna da paraleldir. Hem İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi, hem BM Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi hem de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde tüm özel hukuk tüzel kişileri “örgütlenme özgürlüğü” çerçevesinde güvence altına alınmaktadır. Bu yaklaşımın özünde aşırı düzenlemenin aşırı sınırlamayı doğuracağı düşüncesi yatmaktadır. Partilere aşırı güvensizlik demokrasiye olan güvenle ters orantılıdır. Bu ters orantıdan “milli egemenliğe” olan güvensizlik çıkmaktadır.

AB’ye üye 27 ülkenin anayasalarına baktığımızda siyasi partilerin düzenlenmesi konusunda iki yaklaşım benimsendiği görülmektedir. AB’ye üye 27 ülkenin 14’ünde, hala siyasi partilerin ayrıca düzenlenmediği görülmektedir. Bunlar; Belçika, Danimarka, Lüksemburg, Hollanda, Malta, Filanda, İrlanda, İsveç, Letonya, Litvanya, Kıbrıs, Slovakya, Slovenya’dır. İngiltere’de yazılı bir anayasa olmadığı göz önüne alınınca İngiltere’de bu ülkeler arasında yer aldığı söylenebilir. Bu ülkelerde siyasi partiler örgütlenme özgürlüğü kapsamında bireysel bir hak olarak tanınmakta ve genel sınırlama yaklaşımı içinde diğer tüzel kişiliklerle aynı hukuki güvenceden yararlanmaktadır. Bu aynı zamanda istikrarlı demokrasinin bir göstergesi kabul edilmektedir. Anayasal düzenleme başlı başına siyasi partiler için bir güvence görülmemektedir.

Türkiye’de 1961 Anayasası ile bu yaklaşım terk edilmiş, siyasi partilere ilişkin ilk anayasal düzenleme getirilmiştir¹. Avrupa anayasalarında partile-

¹ 1961 Anayasasının partilerle ilgili düzenlemesi şöyledir: **a) Parti kurma hakkı ve partilerin siyasi hayattaki yeri : Madde 56-** Vatandaşlar, siyasi parti kurma ve usulüne göre partilere girme ve çıkma hakkına sahiptir. Siyasi partiler, önceden izin almadan kuru-

rin düzenlenmeye başlaması, bizim çok partili hayata geçtiğimiz döneme rastlamaktadır. İtalya'da faşizm, Almanya'da nasyonal sosyalizm ve Sovyetler Birliği'nde komünizm, çoğulcu liberal demokrasiler için bir tehdit haline gelmiştir. İtalya ve Almanya İkinci Dünya Savaşı sonrası, yeniden demokratik düzene dönmeyi başarmış, Sovyetler Birliği ise 1990'lı yıllara kadar bu süreçten çıkamamıştır. İkinci Dünya Savaşının hemen sonrasında 1947 İtalya ve 1949 Alman Anayasalarında faşist, komünist ve nasyonal sosyalist partilerden liberal demokrasileri korumak adına, siyasi partiler yasal düzenlemeye bağlanmıştır. Bu ülkeleri benzer tecrübeleri yaşayan İspanya, Portekiz, Yunanistan takip etmiştir. Bu gün AB'ye üye 27 ülkenin 13'ünün Anayasalarında siyasi partiler ayrı bir madde de düzenlenmektedir. Bu ülkeler; Almanya, İtalya, Fransa, Avusturya, Yunanistan, Portekiz, İspanya, Bulgaristan, Çek Cumhuriyeti, Estonya, Macaristan, Polonya, Romanya'dır.

Türkiye'de 1961 Anayasasıyla siyasi partilerin düzenlenmesi, Batı demokrasilerinin yaşadıklarıyla bire bir örtüşmemektedir. Avrupa'da totaliter partilerin demokrasi için yarattığı tehdit sonucu partilerin özellikle düzen-

lur ve serbestçe faaliyette bulunurlar.

Siyasi partiler, ister iktidarda ister muhalefette olsunlar, demokratik siyasi hayatın vazgeçilmez unsurlarıdır.

(30.6.1971-1421) Son milletvekili genel seçimlerinde muteber oy sayısının en az yüzde beşini alan veya bu seçimlerde Millet Meclisinde grup teşkil edecek sayıda milletvekilliği kazanmış bulunan siyasi partilere Devletçe yapılacak yardım kanunla düzenlenir.

Siyasi Partilerin uyacakları esaslar: Madde 57- Siyasi partilerin tüzükleri, programları ve faaliyetleri, insan hak ve hürriyetlerine dayanan demokratik ve laik Cumhuriyet ilkelere ve Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmezliği temel hükmüne uygun olmak zorundadır. Bunlara uymayan partiler temelli kapatılır. Siyasi partiler, gelir kaynakları ve giderleri hakkında Anayasa Mahkemesine hesap verirler.(15.3.1973-1699 tarihinde çıkarılıyor ve ikinci paragraf yeniden düzenleniyor)

Partilerin iç çalışmalarını, faaliyetleri, Anayasa Mahkemesine hangi hallerde ve ne suretle hesap verecekleri ve bu Mahkemece mali denetimlerinin hangi hallerde ve nasıl yapılacağı, demokrasi esaslarına uygun olarak kanunla düzenlenir.

Siyasi partilerin kapatılması hakkındaki davalara Anayasa Mahkemesinde bakılır ve kapatma kararı ancak bu Mahkemece verilir.

Madde 19/son Din ve vicdan özgürlüğü: Kimse, Devletin sosyal, iktisadi, siyasi veya hukuki temel düzenini, kısmen de olsa, din kurallarına dayandırma veya siyasi veya şahsi çıkar veya nüfuz sağlama amacıyla, her ne suretle olursa olsun, dini veya din duygularını yahut dince kutsal sayılan şeyleri istismar edemez ve kötüye kullanamaz. Bu yasak dışına çıkan veya başkasını bu yolda kışkırtan(lar kanuna göre cezalandırılır; dernekler mahkemece ve siyasi partiler Anayasa Mahkemesince temelli kapatılır /20.9.1971-1488 sayılı yasadan önce) gerçek ve tüzel kişiler hakkında, kanunun gösterdiği hükümler uygulanır ve siyasi partiler Anayasa Mahkemesince temelli kapatılır.

lenmesi gereğinin ortaya çıktığı görülmektedir. Türkiye’de 1946 yılında çok partili hayata geçme kararı almasında bir anlamda Avrupa’da totaliter rejimlere duyulan tepkilerin etkili olduğu söylenebilir. Mevcut tek partili düzenin totaliter rejimleri çağrıştırmaması karşısında, Birleşmiş Milletlere üye olmuş ve Avrupa Konseyine üye olmak isteyen bir devletin tek parti düzeniyle gitmesinin mümkün olmadığı bir döneme girilmiştir. Avrupa, totaliter rejimlerden İkinci Dünya Savaşı sonrası, bu partilerin tasfiyesi ile kurtulurken, Türkiye’de tek parti düzeni, görünüşte çok partili yapıya evrilirken, ortaya çıkan partilere karşı hep bir güvensizlik olmuştur.

Türkiye’de 1961 Anayasası’nın yapılması koşulları, faşist, komünist ya da nasyonal sosyalist partilerin, liberal demokrasiler bakımından yarattığı tehdide yönelik olmamıştır. Üst üste üç seçim kazanan ve şiddeti bir araç olarak kullanmayan bir partiye karşı “Anayasal düzeni” koruma gerekçesiyle, Askeri müdahale sonrası 1961 Anayasası yapılmıştır. Bir başka ifade ile gerekçe “demokrasiyi korumak” değil, belli bir ideolojik kılıf giydirilmiş “Anayasal düzeni” korumak iddiasıdır. Nitekim Anayasal düzenin bekçiliği de Anayasa Mahkemesine verilmiştir. Bir anlamda Türkiye’de Anayasa Mahkemesinin kurulması, özgürlükçü demokratik düzeni koruma değil, belli bir ideolojik kılıf giydirilmiş Anayasal düzeni koruma refleksinden doğmuştur. Nitekim Anayasa Mahkemesinin kurulduğu günden bu güne gösterdiği tutum bu iddiayı doğrulamaktadır. Hiçbir liberal demokratik ülkede olmadığı kadar parti kapatılmıştır.

1961 Anayasası döneminde altı partinin kapatılmasında, partilerin tutumu ya da Anayasal ve yasal düzenlemeler kadar ve hatta onlardan daha çok Anayasa Mahkemesi’nin tutumu neden olmuştur. Çünkü düzenleme boyutunda Almanya örneğini esas alan 1961 Anayasası, siyasi partilere ilişkin özgürlük alanını çok da daraltmış değildir. Kendi çağdaşlarıyla karşılaştırıldığında kısmen daha kazuistik bir nitelikte olsa da, kabul edilemeyecek yasaklar içermemektedir. Alman Anayasa Mahkemesi benzer normları parti özgürlüğü ve demokratik düzen arasında bir uzlaşma dengesine oturtmayı başarmıştır. Özgürlükleri kötüye kullanarak, demokratik düzen için bir tehdit oluşturduğunu düşündüğü Sosyalist ve Komünist iki partiyi sırasıyla 1952 ve 1956 yıllarında kapatmıştır. Daha sonraki süreçte bu yetkisini bir daha kullanmamıştır. Oysa Anayasa mahkemesi mevcut düzenlemeleri daha dar yoruma tabi tutarak bu dönemde 6 parti kapatmıştır.

1982 Anayasası, siyasi partilere duyulan güvensizliğin hat safhaya ulaştığı bir Anayasa olmuştur. Siyasi partilerin eli ayağı niteliğindeki tüm yan kuruluşlar yasaklanmış, diğer sivil toplum örgüleri ile ilişkileri kesilmiş ve hiçbir Avrupa ülkesinde olmadığı kadar yasakçı bir yaklaşımla Anayasada siyasi partiler düzenlenmiştir. 1995 Anayasa değişiklikleri ile bu durumdan kısmen geri adım atılmıştır. Ancak Anayasa Mahkemesi'nin katı tutumu, bu maddeler üzerinde yeni değişiklikler yapılmasını gerektirmiş, özellikle yasak eylemleri belirlemede mahkemenin keyfi tutumunun önüne geçebilmek için “odak olma” kavramı anayasaya girmiştir. Ancak bu düzenlemeler parti kapatılması yönünde Mahkemenin tavrının değişmesine yetmemiştir. 1982 Anayasası döneminde Mahkeme 19 partiyi daha kapatmıştır.

Anayasa Mahkemesi, 1961 Anayasası döneminden başlayarak siyasi partilerle ilgili hükümleri sürekli farklı yorumlayarak bu konuda tutarlı ve doyurucu bir içtihat geliştirememiştir. 1963 yılında verdiği ilk kararında siyasi partileri diğer tüzel kişiler gibi değerlendirmiş ve kapatılmalarını ceza davası olarak görmüştür². Ancak Mahkeme ilk siyasi parti kapatma kararı olan Milli Nizam Partisi kararında, bu görüşünü değiştirmiş ve parti kapatma davalarının bir ceza davası olmadığı görüşünü benimsemiştir³. Bu görüş değişikliği

2 “Bugünkü toplumda tüzel kişilerin çalışma alanları daha geniş ve etkili olmaktadır. Bazı hallerde yalnız idare edenleri cezalandırmak, suçları önleme bakımından yeter bir tedbir olmayabilir. Tüzel kişileri kanunların önleyici etkisinden uzak bulundurarak serbestçe faaliyetlerine yer verilmesi toplumun güvenliği bakımından sakıncalı olabilir. Bu sebeple tüzel kişilerin de yapılarına uygun bir ceza sorumluluğu altında bulundurulmalarına zorunluluk olduğunu kabul etmek gerekir. Nitekim Anayasanın 57. maddesi, bu maddede gösterilen esaslara uymayan siyasal partilerin Anayasa Mahkemesi kararı ile kapatılacağını kabul etmiştir. **Buradaki (kapatma) hükmü ile dava konusu 1567 sayılı kanunun değişik 3. maddesindeki (Ticaret ve mesleki faaliyetten men cezası) arasında hukuki nitelik bakımından bir ayrılık bulunmamaktadır.** Bu maddede yer alan ve tüzel kişilerin cezalandırılacağını gösteren hükümler, Anayasanın 33. maddesindeki “Ceza sorumluluğu şahsidir” kuralına aykırı değildir. Bu kural, bir kimsenin fiilinden başkasının sorumlu tutulmamasıdır. Tüzel kişilerin iradeleri, organları aracılığı ile açıklandığına ve böylece yöneticilerin fiil ve hareketleri kolektif bir iradenin sonucu olduğuna göre, bundan tüzel kişinin sorumlu tutulması ile başkasının cezalandırıldığı anlamını çıkarmak doğru bir görüş sayılmaz. Anayasanın 33. maddesindeki kimse deyimi gerçek ve tüzel kişileri de kapsar. Bu sebeplerle iptali istenen hükümler Anayasaya aykırı bulunmadığından davanın reddi gerekir.” Bk. AYM. E. 1963/101, K.1964/49, Kt.16.06.1964. RG.28.6.1964-11817. Dönmezerden, s. 446-447.

3 Kararda Anayasa Mahkemesi, Anayasanın 148. maddesinin 2. fıkrası karşısında, siyasi parti kapatma davalarının “duruşmalı olarak görülemeyeceğini” ancak dosya üzerinden inceleme yapılabileceğini ve gerek görüldüğünde sözlü açıklamalarını dinlemek üzere ilgililerin çağrılabilceğini ifade ederek, siyasi parti kapatma davalarının duruşmalı olarak

çok yadırganacak bir şey değildir. Ama Mahkemenin 1982 Anayasası döneminde tekrar görüş değiştirerek Doğru Yol Partisi kararında siyasi parti kapatma davalarının tekrar ceza davası olduğu yönünde geri dönüşün izahı zordur⁴. Bu durumda da yeni bir anayasa çerçevesinde yeni bir içtihat yaptığı ileri sürülse bile bir müddet sonra Refah Partisi Kararında tekrar görüş değiştirerek bu davaların sui generis dava olduğunu kabul etmesi ve ceza yargılamasına ilişkin güvencelerin bu davalar bakımından uygulanamayacağını savunması katı tutumunun bir göstergesidir⁵.

yapılacağını öngören 684 sayılı Kanununun 108. ve 44 sayılı Kanununun 32. maddelerini, Anayasaya aykırı bulmuştur. Mahkeme davalı parti tarafından, “Duruşmalı düzenin daha güçlü bir teminat getireceği ve derneklerin kapatılması dâvalarında bile duruşma yolu uygulanırken derneklerin kat kat üstünde önemi olan siyasi partilerin kapatılmasında dosya üzerinde inceleme yapılmasının tutarsız kalacağı...” yolunda ileri sürülen iddiaya karşılık siyasi partiler için asıl güvencenin Anayasa Mahkemesi olduğu görüşü ile cevap vermiştir. Bk. AYM Kararı, E. 1971/27, K. 1971/50, Kt. 6.5.1971, RG. 22.10.1971/13994, s. 1-5.

4 Anayasa Mahkemesi Doğru Yol Partisi kararında şu gerekçelerde siyasi parti kapatma davalarının birer ceza davası niteliğinde olduğu görüşünü benimsemiştir: “2820 sayılı Yasanın 96. ve 97. maddeleri bir takım eylemleri yasaklamakta, 101/b maddesi bu yasak eylemlerin belli kişi ya da kurullarca işlenmesi durumunda siyasi partinin kapatılacağını öngörmektedir. Başka bir anlatımla, 96. ve 97. maddelerde esas eylem, bunun yaptırımını da 101. maddede yer almaktadır. Bu haliyle, uygulanması istenilen maddeler birer ceza kuralı niteliğindedir. 101. maddede öngörülen siyasi partinin kapatılmasına ilişkin yaptırım Türk Ceza Kanunu’nun 11. maddesiyle belirlenen klasik cezalar arasında yer alması, failin tüzel kişi olmasından kaynaklanmaktadır”. “2820 sayılı Yasanın 117. maddesinde, içinde 96. ve 97. maddelerin de bulunduğu dördüncü kısımda yazılı yasak eylemleri işleyenlerin altı aydan az olmamak üzere hapis cezası ile cezalandırılacakları da belirtilmiştir. Siyasi Partilerin kapatılmaları sonucunu doğuran bu tür yasakların birer Ceza kuralı niteliğinde oldukları, 1961 Anayasasının yapılmasında açıkça belirtilmiştir.” “2820 sayılı Yasanın 98. ve hem de 10.11.1983 günlü, 2949 sayılı yasanın 33. maddeleri, siyasi partilerin kapatılmasına ilişkin davaların, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu hükümleri uygulanmak suretiyle, dosya üzerinde inceleme yapılarak karara bağlanacağını, belirtmektedir.” “Uygulanması istenen maddelerin ceza kuralı niteliğinde oluşları ve davanın Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu’na göre yürütülmesi, davalı parti için güvence teşkil eden bir takım sonuçlar doğurur”. “kişi özgürlüklerini korumak kaygısıyla, tarih boyunca bir dizi güvence kurumlaşıp, ceza ve ceza usul hukuku alanında yerini almıştır. Bunlar arasında, üçüncü kişilerin eylemlerinden sorumlu olmamak, kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesi ve bunun sonucu olarak cezada genişletici yorum ve kıyasa yer verilmemesi kuralı, eldeki dava nedeniyle pratik sonuçlar doğuracak niteliktedir”. “ceza usulünün gerçeği araması ve biçimsel gerçeğe yetinmemesi, tarafların iddia ve savunmaları ile bağlı tutulması, delil serbestisi esası, şüphe halinde sanık lehine hareket etmek gereği gibi ilkeler, görülmekte olan bu davada da gözönünde bulundurulacak ilkelere dendir” Bk. AYM Kararı (Parti Kapatma), E. 1984/1, K. 1984/1, Kt. 28.9.1984, s. 41-42.

5 Refah Partisi Kararında parti kapatma davalarının bir ceza davası olmadığı, bu davanın bir “tespit davası” niteliğinde olduğu görüşü dile getirilmiştir: “Cezaların TCK’nun 11.

Aslında bu tartışmanın arkasında yatan neden, siyasi partilerin adil yargılanma ilkesinin güvencelerinden yararlanıp yararlanamayacağıdır. Siyasi partilerin birer özel hukuk tüzel kişisi olarak kabul edilmesi ve kapatma davalarının da ceza davası kabul edilmesi durumunda başta kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesi olmak üzere, suçların şahsiliği ilkesinin, aleni duruşma ilkesinin bu davalarda da uygulanması aranacaktır. Oysa Anayasa Mahkemesi, Doğru Yol Partisi kararı hariç, diğer kararlarda, sürekli siyasi partilerin sui generis kuruluşlar olduğunu ve kapatma davalarının da sui generis olduğunu söyleyerek, bu davanın tüm koşullarını belirleme yetkisini kendisinde saklı tutmaya çalışmıştır. Başta Milli Nizam Partisi Kararı olmak üzere bir çok davada bu davanın duruşmalı olması ve ceza yargılama ilkelerinin uygulanması gerektiği gündeme gelmiştir. Milli Nizam Partisi Kararında, karara muhalif üyeler de, bu davaların duruşmalı olması gerektiği ve ceza yargılama ilkesinin genel ilkelerinin bu davalar bakımından da uygulanabileceği görüşünü dile getirmiştir⁶.

maddesinde sayılanlar olduğunu, Ceza Kanunu'nun herhangi bir maddesinde yer alsa bile, 11. maddede sayılmamış olan hususların ceza olarak kabul edilemeyeceğini; 11. maddede sayılmayan parti kapatmanın da bir **ceza davası değil**, Anayasa veya özel yasaya aykırılığın mahkeme kararıyla **tesbiti davası** olduğunu; esasen hukukumuzda tüzel kişilerin cezai sorumluluklarının bulunmadığını, partinin bazı üyelerinin geçici olarak siyasetten yasaklanmasının, doktrinde "medeni ehliyetsizlik" denilen müeyyidelere tabi kılınmalarının, bu davayı ceza davası saymaya yeterli olmadığını; Anayasa Mahkemesi'nin Yüce Divan sıfatıyla baktığı davaların dışında incelediği bütün davaların bir tesbit davası olduğunu; Alman Anayasa Mahkemesi'nin de bunu böyle yorumladığını ve "partinin feshi, Anayasaya aykırılığın tesbitinin kanunen emredilmiş, normal, tipik ve uygun neticesidir" dediğini; Türk Ceza Kanunu'nun 2. maddesinin konumuzla ilgisi bulunmadığını, zira parti kapatmanın ceza davası olmadığını; emniyet tedbiri olarak düşünülse bile TCK'nun 2. maddesinin değil, yürürlükte olan son yasanın uygulanması gerektiğini;" Bk. AYM (Siyasi Parti Kapatma), E. 1997/1, K. 1998/1, Kt. 16.01.1998, s. 153.

⁶ Karşı Oy Yazısı'nda şu gerekçeyle 5 üye çoğunluğun görüşüne katılmamıştır: " Anayasa'nın 148, maddesindeki "Dâvalar dışındaki işler" kapsamını 44 sayılı Yasanın 29. maddesinde yazılı olanların teşkil ettiği ve bu kapsama siyasî partilerin kapatılması hakkındaki dâvaların girmediği böylece saptanınca bu tür dâvalar hakkında da Yüce Divan sıfatıyla yapılan yargılamalara ait usullerin uygulanması gerekir. Önemli olan husus Yüce Divan Sıfatıyla bakılan dâvaların dosya üzerinde incelenemeyeceğinin Anayasa'ca saptanmış olmasıdır. Bir kısım dâvalarda güvence olarak getirilen Anayasa hükümlerinin, benzeri dâvalara da uygulanmak istenmesinin Kanunu Anayasa'ya aykırı bir biçime dönüştürdüğünü düşünmek bir tarafa, o kanunun teminat ilkesini daha da şümulü hale getirerek Anayasa'ya uygunluğu pekinleştirdiği ileri sürülebilir. Varılan bu sonuç ise Anayasa Mahkemesinde yapılan yargılamaların, diğer deyimle Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununa göre muhakeme yapılarak hüküm tesis etme işlemlerinin dosya üzerinde inceleme suretiyle olamayacağını ortaya koyar."Mahkemenin beş üyesi, Muhittin Taylan, Şevket Müftügil, Ahmet H. Boyacıoğlu, Lütfi Ömerbaş, Nuri Ülgenalp bu karşı oy yazısına

Anayasa Mahkemesi'nin 148. maddenin lafzını dar yorumlaması üzerine, 1961 Anayasası'nın 148. maddesinde 15.03.1973 tarih ve 1699 sayılı Kanunla bir değişiklik yapılmıştır. Bu değişiklik, "Anayasa Mahkemesi, Yüce Divan sıfatıyla baktığı davalar ile Siyasal Partilerin kapatılması hakkındaki davalar dışındaki işleri dosya üzerinde inceler, ancak gerekli gördüğü hallerde, sözlü açıklamalarını dinlemek üzere ilgilileri çağırır" denilmiştir. Böylece siyasi parti kapatma davalarının da Yüce Divan davaları gibi duruşmalı yapılması öngörülmüştür. Ancak 1982 Anayasası'nın 149. maddesinde tekrar, önceki düzenlemeye dönülmüş ve Yüce Divan sıfatıyla baktığı davalar dışındaki işlerin dosya üzerinden inceleneceği belirtilmiştir. Madde gerekçesinde neden siyasi parti kapatma davalarının duruşmalı yapılması gerektiğine ilişkin hükmün çıkarıldığı konusunda hiçbir açıklama yapılmamıştır.

Anayasa Mahkemesi'nin "tutuculuğu", siyasi partilerin kapatılmasında kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesi gereğince, yasak eylemlerin suç olmasını arayan, yasaların iptalinde de kendisini göstermiştir. Anayasa Mahkemesi bu yöndeki değişiklikleri engelleyerek, "Anayasaya aykırı eylemlerin" neler olduğuna karar verme yetkisini kendinde saklı tutmaya çalışmıştır. Bu çaba Anayasanın 13. maddesinde ifade edilen "özgürlükler ancak kanunla sınırlanır" ilkesi ile de bağdaşmamaktadır. Bir özgürlüğe ilişkin yasak eylemlerin neler olduğu, ilgili maddede gösterilen meşru amaçlar çerçevesinde yasama organınca bir kanunla belirlenmesi gerekmektedir. Yasallık ilkesi, özgürlüklere ilişkin sınırlamaların, herkes tarafından kolayla anlaşılabilir, açık ve net olması gereğini ifade etmektedir. Böylece kişilerin yasakları önceden öngörebilmesi sağlanmış olmaktadır. Oysa Anayasa Mahkemesi Anayasa'nın 68/4 maddesindeki soyut yasakların hangi eylemleri içerdiğine kendisi karar vermektedir ve bu karar verme yetkisini saklı tutmaya çalışmaktadır. Bu konuda o kadar ileri gitmektedir ki, Parlamenter sistemin özünü oluşturan "yasama sorumsuzluğu" kapsamında söylenen sözleri de, yasak eylemlerin takdirinde kullanmaktadır⁷.

katılmıştır. Bk. AYM Kararı, E. 1971/27, K. 1971/50, Kt. 6.5.1971, RG. 22.10.1971/13994, s. 8.

⁷ Anayasa Mahkemesi, Davalı Partinin yasama sorumsuzluğu kapsamında söylenen sözlerin kapatmaya esas alınmayacağı yönündeki iddiasına ilişkin şu açıklamada bulunmuştur: "Anayasa'nın 83. maddesine göre, "Türkiye Büyük Millet Meclisi Üyeleri, Meclis çalışmalarındaki oy ve sözlerinden, Mecliste ileri sürdükleri düşüncelerinden, o oturumdaki Başkanlık Divanı'nın teklifi üzerine Meclisçe başka bir karar alınmadıkça bunları

Anayasa Mahkemesi, kendi takdir ettiği yasak eylemlere bağlı olarak siyasi partileri kapatırken, kapatma yaptırımının parti tüzel kişiliğine yönelik bir tedbir olduğu görüşünü dile getirmektedir. Dolayısıyla, kapatmaya esas alınan söz ve eylemlerin suç olmasını aramamaktadır. Hatta yasama sorumsuzluğu kapsamında söylenen sözler bile kapatmaya esas alınmaktadır. Bu durumda kişilerin yaptıkları suç olmasa bile, mahkemenin takdir ettiği hukuka aykırılık dolayısıyla parti kapatılmakta, ancak, bu kapatmaya bağlı olarak milletvekillerinin milletvekillikleri düşmekte ve beş yıl siyaset yasağı ile karşı karşıya kalınmaktadır. Bir dernek üyesi olan kişi, dernek aracılığı ile suç işlemesi durumunda, işlediği “suç dolayısıyla” bir ceza alabilmekte ve dernek tüzel kişiliği sona erebilmesi yanında, bu kişiye güvenlik tedbiri olarak siyaset yasağı gelebilmektedir. Oysa ne garip çelişkidir ki, bir milletvekili, yasama sorumsuzluğu kapsamında söylediği sözlerden dolayı, partisinin kapatılması durumunda, söylediği sözler “suç olmasa da” beş yıl bir siyasi parti kapsamında siyaset yasağına maruz kalmaktadır. Ayrıca, SPK’nın 117. maddesine göre, yasak eylemleri işleyenlere, fiil daha ağır bir cezayı gerektirmediği takdirde altı aydan az olmamak üzere hapis cezası öngörülmektedir. Anayasa’nın 38. maddesi ile Türk Ceza Kanununun birçok maddesinde, ceza ve güvenlik tedbirlerinin ancak suç dolayısıyla verilebileceği vurgulanmaktadır. TCK suçta ve cezada kanunilik ilkesini düzenleyen 2. maddesinde, “Kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz” denilmektedir. Oysa Anayasa Mahkemesinin içtihatları ile ortaya çıkardığı bu durum, ceza hukukunun genel ilkeleri ile açıkça çatışmaktadır.

II. Siyasi Partiler Hukuki Rejiminin Avrupa Standartları ve İnsan Hakları Hukukuna Uygunluğu

Gelinen noktada mevcut Anayasal düzenlemelerin, Avrupa demokrasilerinde partileri düzenleyen ülkelerle ne derecede örtüştüğü ve uluslararası standartlara ne kadar uyduğunun açıklanması gerekmektedir. AB üyesi ülkeleri arasında, siyasi partileri 1982 Anayasası kadar ayrıntılı düzenleyen bir

Meclis dışında tekrarlamak ve açığa vurmaktan sorumlu tutulamazlar”. Anayasa’nın bu kuralıyla, Meclis çalışmalarında ulusal istencin en iyi biçimde yansıtılması bakımından Milletvekillerinin görevlerini hiçbir etki altında kalmadan yapabilmeleri için kişiliklerine bağlı özel bir koruma getirilmiştir. Bu korumadan parti tüzel kişiliğinin yararlanması söz konusu olamaz. AYM (Siyasi Parti Kapatma), E. 1997/1, K. 1998/1, Kt. 16.01.1998, s. 176.

başka ülke yoktur. Bundan çıkarılacak sonuç, gelişmiş demokrasilerde siyasi partilere ilişkin anayasal düzenlemelerin “çerçeve hüküm” niteliğinde olduğudur. Dolayısıyla her konunun anayasada düzenlenmeye kalkışılması çağdaş bir yaklaşım değildir. Anayasalarda siyasi partilere ilişkin düzenlemelerin dört temel konuyu içerdiği söylenebilir. Bunlardan biri, siyasi parti özgürlüğünün bireysel hak yönünün tanınmasıdır. Herkesin serbestçe siyasi parti kurabileceği ve partilere girip çıkabileceğidir. Bu yaklaşım uluslararası insan hakları sözleşmeleri ile uyum göstermektedir. Bu konuda anayasaların çoğunda sadece serbest parti kurma hakkı ile yetinilmekte, üye olma ve ayrılma konusuna çoğunlukla örgütlenme özgürlüğü çerçevesinde yer verilmektedir. Parti kurma ve üye olma konusunda genellikle anayasalarda yaş yer almamakta, sadece Yunanistan Anayasasında oy kullanma hakkına sahip olanların parti kurabileceği ve üye olabileceği ifade edilmekte, oy kullanma yaşında olmayanların partilerin gençlik kollarına üye olabileceği belirtilmektedir (m.29/1).

Avrupa Anayasalarında siyasi partilerle ilgili maddelerde düzenlenen ikinci konu, siyasi partilerin işlevine ve önemine ilişkindir. Anayasaların çoğunda siyasi partilerin çoğulcu demokrasinin vazgeçilmez unsuru olduğu ve halkın siyasal iradesinin oluşması ve ifadesinin temel aracı olduğu belirtilmektedir. Bu anlamda bazı ülke anayasalarında siyasi partilerin iç yapısının da demokrasi ilkesine uygun olması gerektiği vurgulanmaktadır (Almanya (m.21/1), İspanya (m.10/2)). Siyasi partilerin halkın iradesinin ifadesi ve oluşumunun temel aracı olduğu bir çok anayasada yer almaktadır. (Almanya m.21/1), Bulgaristan m.11/3, Macaristan m.3/2, İtalya m.49, Polonya m.11/1, Portekiz m. 10/2, Romanya m.8/2, İspanya m.6). Bulgaristan Anayasasında ayrıca, hiçbir partinin veya ideolojinin devlet partisi ya da ideolojisi olarak kabul edilemeyeceği ifade edilmektedir (m.11/2). Bu anlamda ilginç bir örnek Portekiz Anayasasında (m.117) muhalefet hakkının da düzenlenmiş olmasıdır. Burada azınlıkların demokratik muhalefet hakkına sahip olduğu, hükümetin muhalefet partilerini düzenli bilgilendireceğine yer verilmektedir.

Avrupa Anayasalarında düzenlenen üçüncü konu, siyasi partilere ilişkin mali yardım yapılmasıdır. Bir çok anayasa partilere devlet yardımını öngörmektedir (Almanya m.21/1, Yunanistan m.29/2, Polonya m.11/2). Bu düzenlemelerde “mali kaynakların aleniliği” “seçim giderlerine kanunla azami bir sınır konulması, seçimde bazı reklam türlerinin yasaklanması, seçim giderle-

rinin denetimine yer verilmektedir. İlkesel bazda Anayasada bu konu tanınmakla birlikte ayrıntılar yasalara bırakılmaktadır.

AB ülke anayasalarında siyasi partilere ilişkin bir diğer düzenleme konusu parti yasaklarıdır. Yasaklamalar konusunda her ülke kendisi bakımından temel gördüğü bazı hususlar bakımından bir iki istisna ile yasaklamaları sınırlamaktadır. Ülkelere göre yasaklar şöyle belirlenebilir:

- Almanya Madde 21/(2) Amaçları ve mensuplarının davranışlarıyla özgürlükçü demokratik temel düzeni ihlal etmeye veya ortadan kaldırmaya veya Federal Alman Cumhuriyeti'nin varlığını tehlikeye düşürmeye yönelik partiler Anayasa'ya aykırıdır. Anayasa'ya aykırılık konusunda Federal Anayasa Mahkemesi karar verir. (3) Bu çerçevede diğer hususlar federal yasa ile düzenlenir;

- Bulgaristan Madde 11/(4) Etnik, ırki ya da dini temelli parti kurulamadığı gibi devlet gücünü şiddet yoluyla ele geçirmeye çalışamaz. Madde 149/5- Anayasa Mahkemesi, siyasi partilerin ve kuruluşların anayasaya uygun hareket edip etmediklerini denetler.

- Çek Cumhuriyeti Madde 5- Siyasal sistem, demokratik temel ilkelere saygılı ve çıkarlarını kabul ettirmenin aracı olarak güç kullanmayı reddeden siyasi partilerin özgür ve serbest kurulması ve serbest rekabetine dayanır. Madde 87/1-j- Anayasa Mahkemesi, bir siyasi partinin feshedilmesi ya da siyasi partilerinin faaliyetlerinin anayasa ve diğer yasalara uygunluğu ile ilgili kararlar hakkında hüküm verir.

- Estonya Madde 48 (3) Amaç veya faaliyetleri Estonya'nın anayasal düzenini zorla değiştirme ya da ceza hukukuna göre şiddet içermekte olan örgütler, birlikler ve siyasal partiler yasaklanır. (4) Yasaların ihlal edilmesi durumunda, bir örgütün, birliğin ya da partinin faaliyetlerinin sonlandırılması ya da durdurulması veya cezalandırılması, yalnızca bir mahkeme kararı ile olabilir.

- Macaristan Madde 3(1) Macaristan Cumhuriyetinde siyasal partiler, Anayasaya ve yasalara saygılı olmak ve Anayasaya göre kurulmak şartıyla, serbestçe kurulabilir ve faaliyetlerini sürdürebilir.

- Polonya Madde 13 Programında faşizmin, nasyonal sosyalizmin ve komünizmin totaliter yöntem ve pratiklerini benimseyen veya program veya faaliyetleri ırk ve halklara yönelik nefret yayan veya iktidara el koyma veya devlet politikasını etkilemek amacıyla güç kullanımını öngören veya bunlara

izin veren veya gizli bir örgütsel yapı ve üyelik öngören siyasal partiler ve diğer örgütler yasaklanır.

- Portekiz Madde 10/(2) Siyasal partiler, halkın iradesinin oluşumu ve ifadesine katılır ve ulusal bağımsızlık ve siyasal demokrasi ilkesine saygı duyar.

- Romanya Madde 8(2) Siyasal partiler, yasaya uygun olarak oluşur ve faaliyetlerini sürdürür. Onlar, ulusal egemenlik, toprak bütünlüğü, kamu düzeni ve demokrasi ilkelerini gözeterek, vatandaşların siyasal iradesinin belirlenmesi ve ifadesine katılır. Madde 37(2) Amaçları ve faaliyetleri siyasal çoğulculuk, hukuk devletiyle yönetilen bir devlet olma ilkesi, egemenliğe, bütünlüğe ya da Romanya'nın bağımsızlığına karşı olan herhangi bir siyasal parti ya da örgüt anayasaya aykırıdır. (4) Gizli örgütler yasaktır.

Görüldüğü gibi Anayasalarında siyasal partileri düzenleyen AB ülkelerinde, siyasi partiler yasaklara boğulmamıştır. Oysa 1982 Anayasası, çağdaşlarının çok ötesinde yasaklara yer vermektedir. 1982 Anayasasının 68/4 maddesinde ve 69 maddesinde şu yasaklara yer verilmektedir:

“Siyasî partilerin tüzük ve programları (1995 değişikliği ek) ile eylemleri, Devletin bağımsızlığına, ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne, insan haklarına, eşitlik ve hukuk devleti ilkelerine, millet egemenliğine, demokratik ve lâik Cumhuriyet ilkelerine aykırı olamaz; sınıf veya zümre (egemenliği yerine) diktatörlüğünü veya herhangi bir tür diktatörlüğü savunmayı ve yerleştirmeyi amaçlayamaz; suç işlenmesini teşvik edemez (68/4).

(23.7.1995/4121 çıkarılan hüküm) Siyasi partiler, yurt dışında teşkilatlanıp faaliyette bulunamaz, kadın kolu, gençlik kolu ve benzeri şekilde ayrıcalık yaratan yan kuruluşlar meydana getiremez, vakıf kuramazlar (68/5).

Siyasî partiler, ticarî faaliyetlere girişemezler (69/2).

Siyasî partilerin gelir ve giderlerinin amaçlarına uygun olması gereklidir. Bu kuralın uygulanması kanunla düzenlenir. Anayasa Mahkemesince siyasî partilerin mal edinimleri ile gelir ve giderlerinin kanuna uygunluğunun tespiti, bu hususun denetim yöntemleri ve aykırılık halinde uygulanacak yaptırımlar kanunda gösterilir. Anayasa Mahkemesi, bu denetim görevini yerine getirirken Sayıştaydan yardım sağlar. Anayasa Mahkemesinin bu denetim sonunda vereceği kararlar kesindir (69/3).

Siyasî partilerin kapatılması, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının açacağı dava üzerine Anayasa Mahkemesince kesin olarak karara bağlanır (69/4).

Bir siyasî partinin tüzüğü ve programının 68 inci maddenin dördüncü fıkrası hükümlerine aykırı bulunması halinde temelli kapatma kararı verilir (69/5).

Bir siyasî partinin 68 inci maddenin dördüncü fıkrası hükümlerine aykırı eylemlerinden ötürü temelli kapatılmasına, ancak, onun bu nitelikteki fiillerin işlendiği bir odak haline geldiğinin Anayasa Mahkemesince tespit edilmesi halinde karar verilir (Ek cümle: 3.10.2001-4709/25 md.). Bir siyasî parti, bu nitelikteki fiiller o partinin üyelerince yoğun bir şekilde işlendiği ve bu durum o partinin büyük kongre veya genel başkan veya merkez karar veya yönetim organları veya Türkiye Büyük Millet Meclisindeki grup genel kurulu veya grup yönetim kurulunca zımnen veya açıkça benimsendiği yahut bu fiiller doğrudan doğruya anılan parti organlarınca kararlılık içinde işlendiği takdirde, söz konusu fiillerin odağı haline gelmiş sayılır (69/6).

(Ek: 3.10.2001-4709/25 md.) Anayasa Mahkemesi, yukarıdaki fıkralara göre temelli kapatma yerine, dava konusu fiillerin ağırlığına göre ilgili siyasî partinin Devlet yardımından kısmen veya tamamen yoksun bırakılmasına karar verebilir (69/7).

Temelli kapatılan bir parti bir başka ad altında kurulamaz (69/8).

Bir siyasî partinin temelli kapatılmasına beyan veya faaliyetleriyle sebep olan kurucuları dahil üyeleri, Anayasa Mahkemesi'nin temelli kapatmaya ilişkin kesin kararının Resmî Gazetede gerekçeli olarak yayımlanmasından başlayarak beş yıl süreyle bir başka partinin kurucusu, üyesi, yöneticisi ve deneticisi olamazlar (69/9).

Yabancı devletlerden, uluslararası kuruluşlardan ve Türk uyruklığında olmayan gerçek ve tüzelkişilerden maddî yardım alan siyasî partiler temelli olarak kapatılır (69/10).”

Bu yasakların her birinin belki ülke anayasalarında örnekleri bulunabilir. Ancak hiçbir Avrupa ülkesinde tüm bu yasaklara birden yer veren bir ülke anayasası bulunmamaktadır. Dolayısıyla yasaklamalar, ancak gerekli olduğu ve zorunlu olduğu durumlar için öngörülmelidir. 1982 Anayasası'nda siyasi partilerin kapatılmasının düzenlenmiş olması kabul edilemez bir uygulama değildir. Bir çok ülkede siyasi partilerin kapatılabileceği kabul edilmektedir. Almanya, İtalya, İspanya, Portekiz, Polonya, Yunanistan, Bulgaristan ilk akla gelen örneklerdir. Ancak uygulamada hiçbir ülkede Türkiye'de olduğu kadar parti kapatılmamaktadır. Dolayısıyla sorun anayasal düzenlemeden öte Anayasa Mahkemesi'nin bu konudaki katı tutumundan kaynaklanmaktadır.

Anayasa Mahkemesi'nin siyasi partileri sui generis kuruluş kabul edip, onları diğer tüzel kişilere tanınan güvencelerden yoksun bırakması kabul

edilemez bir durumdur. Siyasi partilerde dernekler, vakıflar, şirketler ve sendikalar gibi kuruluşta “serbestlik” ilkesinden yararlanmaktadır. Yine hepsin de ortak özellik serbestçe üye olma ve üyelikten ayrılmadır. Bunlar arasında sadece amaçlar bakımından bir farklılık olduğu kabul edilebilir. Amaçlardaki farklılık, bunların her birini kendine özgü yapar. Ancak bu onların hukuki niteliğinde bir farklılaşmaya yol açmaz. Denetimlerinin farklı yargı organlarınca yapılıyor olması da siyasi partileri kendine özgü kuruluş haline getirmez. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında örgütlenme özgürlüğü kapsamında tüm özel hukuk tüzel kişileri aynı güven-celerden yararlandırılmakta ve hepsi için özel hukuk tüzel kişisi nitelmesi kabul edilmektedir. Mahkemenin yerleşik içtihadına göre,

“Sözleşmedeki 11. maddenin “sendika kurma... hakkı da dahil, örgütlenme özgürlüğü” demesine karşın, “dahil” bağlacı, diğer örgütlenme özgürlüğünün kullanılma biçimleri içinde sendikaların sadece bir örnek olduğunu açıkça göstermektedir. Dolayısıyla o tarihte temel sorunlardan birini oluşturduğu için değinilen sendikalara atıfta bulunarak, Sözleşme’yi yazanların siyasi partileri 11. maddenin dışında tutmayı amaçladıkları sonucuna varmak mümkün değildir⁸.

Siyasi partilerin örgütlenme özgürlüğünden faydalanmalarında, 11. maddenin lafzından daha ikna edici olan şey, **siyasi partilerin demokrasinin tam olarak işleme için temel örgütlenme biçimlerinden biri olmasıdır**. Sözleşme sisteminde demokrasinin önemine bakıldığında, siyasi partilerin 11. maddenin kapsamına girdiğinden kuşku duyulmaz⁹”

Siyasi partilerin tüzük ve programlarında bir takım yasak amaçlara yer veremeyeceği kabul edilemez bir uygulama değildir. Ancak bir siyasi partinin amacından dolayı yasaklanması, ancak bu amacın açıkça “demokratik toplum düzeni” ile çatışma durumunda ise kabul edilebilir. Yoksa demokrasi ile bağdaştığı halde, Anayasal düzen ile çatışma halinde ise, sadece bu amaç dayalı bir yasaklama kabul edilebilir görülmemektedir. Çünkü demokrasinin temel ilkeleri ile bağdaştığı sürece her düşünce, demokratik toplumda dile getirilebilir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin yerleşik içtihadı bu yöndedir. Nitekim Mahkeme Sosyalist Partisi- Türkiye kararında, Kürt-Türk Federasyonunu savunan Sosyalist Partinin, sadece bu amacından dolayı yasaklanmasını, Anayasal düzendeki bölünmez bütünlük ilkesine aykırı olsa

8 TBKP – Türkiye, p. 24.

9 TBKP – Türkiye, p. 25.

bile, demokrasi ile bağdaşmaz bir amaç görmemiştir. Oysa Refah Partisi kararında şeriatın demokrasi ile bağdaşmaz olduğunu ve cihadın şiddet içerdiğini kabul ederek, doğrudan demokrasi ile bağdaşmazlık ilişkisi kurmuştur. Bu konuda Mahkemenin yerleşik içtihadı şu yöndedir:

“Bir parti programının Sözleşmecî bir Devletin mevcut ilkeleri ve temel yapılarıyla bağdaşmaz olması, bu programı demokrasinin kurallarıyla bağdaşmaz duruma getirmemektedir. Demokrasinin kendisine aykırı olmadıkça, bir Devletin mevcut organizasyonunu sorgulayacak nitelikte bile olsa farklı siyasi programların önerilmesine ve tartışılmasına imkan verilmesi, demokrasinin özünü oluşturur¹⁰.”

Bir partinin demokrasiyle bağdaşmaz amaçlar güttüğü gerekçesiyle kapatılması durumunda, bu amaçların varlığını ortaya koyacak bir takım eylemlerin olması gerekmektedir. Yoksa sadece partinin tüzük ve programına bakarak bu yasak amaçları güttüğü her zaman ileri sürülemez. Partiye isnat edilebilir bir takım eylemlerden yola çıkarak bu amaçların varlığı ortaya konulmaktadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin bu konudaki yerleşik içtihadı şu yöndedir:

“Bir siyasi parti üyelerinin **söz ve davranışlarının, siyasi partiye isnat edilebilir** olması gerekmektedir. Bir siyasi partinin program ve tüzüğü, partinin amaç ve niyetini belirlemede tek ölçü olarak gözönünde bulundurulamaz. Ancak, Devletlerin siyasi tecrübeleri göstermiştir ki, geçmişte demokrasinin temel ilkelerine karşı amaçları olan siyasi partiler bu amaçlarını resmi yayınlarında iktidarı elde edinceye kadar açığa çıkarmazlar. Bunun içindir ki, bir partinin siyasi programı ilan edilenden farklı amaç ve niyetler taşıyabilir. Bir arada bakıldığında bu davranış ve tutumlar, bir bütün olarak onların amaç ve niyetlerini açığa çıkarması koşuluyla, bir siyasi partinin kapatılması sürecinde kullanılabilir.¹¹”

“Belirtildiği gibi, bir partinin programında beyan ettiği amaçlardan ve niyetlerden daha farklı amaç ve niyetlere sahip olduğunu gizleyebileceği gözden uzak tutulamaz. Partinin amaç ve niyetini gizlemediğini doğrulamak

10 Sosyalist Parti Kararında Mahkeme, “ Mahkemeye göre, bu tür bir programın Türk Devletin mevcut ilkeleri ve temel yapılarıyla bağdaşmaz olması, programı demokrasinin kurallarıyla bağdaşmaz duruma getirmez. Demokrasinin kendisine aykırı olmadıkça, bir Devletin mevcut organizasyonunun sorgulayacak nitelikte bile olsa farklı siyasi programların önerilmesine ve tartışılmasına imkan verilmesi, demokrasinin özünü oluşturur.” demiştir. Bk. SP- Türkiye, p. 47. ÖZDEP – Türkiye, p. 41.

11 Refah Partisi -Türkiye, Daire Kararı, p. 101.

için partinin programı ile faaliyetleri ve savunduğu görüşlerin karşılaştırılması zorunludur.^{12,}

“Siyasi partiler demokrasinin tam işlemesi için temel örgütlenme biçimlerinden biridir. Partilerin sadece tüzüğüne ve programına bakılarak, anayasal düzene muhalefet ettiği iddia edilemez. Ancak, faaliyetleri ile devletin kurumlarını tehlikeye sokan bir partinin 11. maddenin ikinci fıkrasındaki koşullara uyularak kapatılması mümkündür.^{13,}”

1982 Anayasası'nın partilerin kapatılmasına ilişkin düzenlemelerinin bu içtihatlarla uyumlu olduğu söylenemez. Anayasada sadece bir partinin tüzük ve programına bakılarak kapatılabilmesi öngörülmüştür. Üstelik anayasadaki yasak amaçların hangi eylemleri içerdiği konusunda, yasallık ilkesine aykırı olarak, Anayasa Mahkemesine belirleme yetkisi verilmiştir. Dolayısıyla bir partinin, önceden soyut nitelikteki bu yasakların neyi içerdiğini bilmesi son derece güçtür. Zaten Türkiye'de bu kadar parti kapatılmasındaki gerçek neden de budur. Yasak eylemlerin ne olduğuna davayı açacak savcı karar vermekte, Anayasa Mahkemesi de bu kararın doğru olup olmadığını kendi takdirine göre belirlemektedir. Bu da uygulamada keyfiliklere yol açabilmektedir.

Ayrıca kapatma gibi çok ciddi bir yaptırımın zorunlu ve istisnai durumlarda uygulanması gereği ölçülülük ilkesinin doğal sonucudur. Çünkü siyasi partiler demokrasinin vazgeçilmez unsurları ise, bunlardan vazgeçebilmek ancak, demokrasinin varlığının tehlikede olduğunun kabul edildiği istisnai ve zorunlu durumlarda olabilir. Demokrasinin kendisi için açık ve yakın bir tehlike oluşturmadığı sürece, partilerin kapatılması kabul edilebilir değildir. Bunun dışındaki durumlar için eylemin ağırlığı ile orantılı başka yaptırımların uygulanması gerekmektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin bu konudaki yerleşik içtihadı şöyledir:

“ O tür davalarda başvuruçuların itiraz konusu faaliyetlerinin amacı şiddet veya düşmanlık yaymaktı. Buna karşılık TBKP'nin tüzük ve programında, demokratik bir parti olmadığını veya yasadışı ya da demokratik olmayan yöntemlere başvurduğunu, şiddet kullanımını teşvik ettiğini, Türkiye'nin çoğulcu ve demokratik sistemini zayıflatmayı amaçladığını veya başkaları-

¹² TBKP – Türkiye, p. 58.

¹³ TBKP – Türkiye, p. 26. Refah Partisi- Türkiye, p. 48.

nın hak ve özgürlüklerini tahrip edebilecek ırkçı hedefler peşinde olduğunu gösteren hiçbir şey yoktur.”¹⁴

“Bir siyasi partinin iki koşulda Devletin anayasal ve yasal düzeninde değişiklik yapmayı önerebileceği düşünülebilir: Birincisi, kullandığı araçlar meşru ve demokratik olmalı; ikincisi, değişiklik önerisi temel demokratik ilkelerle bağdaşır olmalıdır. Liderleri şiddeti teşvik eden, demokrasiye saygının sağlanmasını küçümseyen ya da demokrasinin yıkılması amacını taşıyan ve demokrasilerdeki hak ve özgürlükleri hor gören bir siyasi parti, kendisine uygulanan yaptırımlardan dolayı Sözleşmenin korumasından yararlanamaz.”¹⁵

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatları açıkça ortaya koymaktadır ki, siyasi partilerin kapatılması başlı başına demokrasi ile bağdaşmaz değildir. Ancak siyasi partilerin devletin temel düzeni açısından ortaya koydukları farklı görüşlerin doğrudan demokratik toplum düzeni açısından bir tehdit oluşturup oluşturmadığı önceden bilinemez. Bunun için, demokratik yöntemlerle ortaya konmayan, şiddet ve şiddete çağrı içiren düşünceler belli yaptırımlara bağlanabilir. Bu açıdan demokratik meşruluktan faydalanan mevcut devlet düzeni, şiddet ve şiddete çağrı yoluyla tehlikeye sokulamaz. Dolayısıyla faaliyetleri ile mevcut düzeni açık ve yakın bir tehditle karşı karşıya bırakan siyasi partinin faaliyetlerinin yasaklanması, demokrasini kendini korumasının bir gereğidir. Bu noktada dikkat edilmesi gereken, demokratik toplum düzeni korunurken, temel hak ve özgürlüklerin gereğinden fazla sınırlandırılmasıdır. Sadece ikna edici ve zorlayıcı sebepler siyasi partilerin örgütlenme özgürlüğünün sınırlandırılmasının haklı sebebi olmalıdır. Siyasi parti

¹⁴ TBKP- Türkiye, p. 23.

¹⁵ Refah Partisi Kararı, p. 98. Mahkeme üyelerinin çoğunluğunun ortaya koyduğu bu ilkelere yorumu hakkında Hakim Rozakis’ in de katıldığı hakim Ress’in görüşleri şöyledir : “Benim görüşüme göre yasal araçlara referans, iç hukuka bir ya da iki defa aykırı davranan bir siyasi partinin, özellikle kapatma gibi kendine uygulanan cezalara karşı, Sözleşmenin korunmasından yararlanma olanağını kaybettiği şeklinde yorumlanamaz. Bir siyasi parti toplantısı yapılırken tüm küçük ihlaller ya da parti üyelerinin biri ya da ötekisinin bir davranışı veya parti içi düzene ilişkin aykırılıklar, kapatma gibi bir önlemi haklı kılmak için kullanılamaz... Bir partinin kapatılması olasılığı aşağıdaki şu durumlara ilişkin olunca daha güvenilir olur: Şiddete çağrı yapan parti liderinin bulunması, ya da demokrasinin temel kurallarına saygı içermeyen bir parti programının ileri sürülmesi veya demokrasinin tahribini amaçlayan ve demokrasilerde tanınan hak ve özgürlükleri küçümseyen bir durumun olması. bk. Hakim Rozaki ve Hakim Ress’in aynı yöndeki görüşü, Refah Partisi-Türkiye, Büyük Daire Kararı, s. 36-38.

kapatmalarda, mevcut olayların ışığında bir bütün olarak bakmak ve müdahalenin “izlenen meşru amaçla orantılı” olup olmadığına ve müdahaleyi haklı kılmak için gösterilen gerekçelerin “ilgili ve yeterli” olup olmadığına dikkat etmek gerekmektedir. Siyasi parti üyelerince yapılan konuşmalarda şiddet kullanmaya veya ayaklanmaya bir çağrı veya demokratik prensiplerin her hangi bir biçimde reddine yönelik bir şey görülmedikçe siyasi partiler yasaklanmamalıdır. Siyasi partilere ilişkin yasaklamalarda kapatma gibi radikal bir yaptırım doğrudan uygulanmamalıdır. Partilerin hemen ve temelli kapatılması, malvarlığının tasfiye edilip mallarının hazineye geçirilmesi ve parti üyelerinin ömür boyu siyasi yasaklı hale getirilmesi gibi ağır yaptırımlar, çok ciddi olaylar sonucu uygulanan yaptırımlar olmalıdır.

III. Gidilecek Yön Neresidir?

Gidilecek yönün ne olduğunun belirlenmesinde sadece ülke gerçekleri yol gösterici olamaz. İnsan hakları konusunda ulusal hukuk esas olmakla birlikte, uluslararası standartlar minimum ölçü kabul edilmek zorundadır. Bu uluslararası insan hakları sözleşmelerine taraf olmanın getirdiği bir yükümlülüktür. Ayrıca üye olunan uluslararası örgütlerle işbirliği yükümlülüğü, bu organların tavsiye niteliğinde de olsa kararlarına ahde vefa ilkesi gereğince iyi niyetle gereğini yerine getirme sorumluluğu yüklemektedir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin başlangıç kısmında da açıkça belirtildiği gibi, çağdaş demokratik toplum olarak kabul edilen Avrupa demokrasileri “**ortak mirasa**” dayanmaktadır. Bu ortak mirasın en önemli değerlerinden biri, temel hak ve özgürlüklerdir. Sözleşme’de, temel hak ve özgürlükleri korumak amacıyla, minimum standartlar belirlenmekte ve bu standartlara uyumu sağlama için “**ortak bir koruma sistemi**” öngörülmektedir. Ortak korumada gerekli güvenceleri sağlama öncelikle Sözleşmeci Devletlerin takdirine bırakılmakta, ancak bu takdir Sözleşme organlarınca denetime tabi tutulmaktadır.¹⁶ Sözleşme’ye imza koymuş Avrupa Konseyi ülkelerini

¹⁶ Bu nokta VIII. Avrupa İnsan Hakları Konferansında Avrupa İnsan Hakları Divanı Raporu’nda şöyle ifade edilmiştir: “Avrupa Sözleşmesinin yürürlüğe girmesinden beri taraf devletler bakımından temel haklar bir çifte korumadan yararlanmaktadır: Önce iç hukuk düzeninde, sonra da uluslararası hukuk düzeyinde. Ulusal koruma alanında mevcut çözümler pek çeşitlidir. En gelişmiş sistem, temel hakların anayasal norm değeri kazanmış olmaları şartıyla, kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimini kabul etmiş bulunan sistemdir; bu sistemde de anayasa mahkemeleri listenin başında yer almaktadır.” Bk. VIII. Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı, “ Anayasal Normlar Hiyerarşisi ve

içine alan oldukça geniş bir mekanda geçerli olan Sözleşme hükümleri ve bu hükümleri yorumlayan Mahkeme içtihatları “**Avrupa kamu düzeni**” anlayışının oluşmasında önemli bir kaynak teşkil etmektedir¹⁷. Mahkeme Sunday Times kararında¹⁸, 8. Şubat 1967 tarihli “Belçika Dili” davasına da yollama yaparak, Sözleşme’nin “**ortak bir standart**” oluşturma çabasının ne anlama geldiğini açıklamıştır:

“Sözleşme’nin temel maksadı, ‘Sözleşmeciler Devletlerin kendi egemenliklerine tabi kişilerle ilişkilerinde bu Devletlerin uyacakları bazı **uluslararası standartları** ortaya koymaktır. Bu, **mutlak bir tekbiçimciliğin gerekli olduğu** anlamına gelmez; aslında Sözleşmeciler Devletler, kendilerine uygun buldukları önlemleri seçmekte serbest bırakıldıkları için, Mahkeme her bir Devletin ulusal hukuklarının esas ve usule dair özelliklerine karşı ilgisiz kalamaz.”

1982 Anayasasının siyasi partilerle ilgili düzenlemelerinde, örgütlenme özgürlüğü kapsamında siyasi parti kurma, üye olma ve üyelikten çıkma, siyasi partilerin demokrasinin vazgeçilmez unsuru olarak görülme, karşılaştırmalı hukuk ve ulusalüstü insan hakları hukuku ile uyum içindedir. Temel sorun yasaklama rejimine ilişkindir. Anayasada son derece soyut ve geniş içerikli yasaklar yer almakta, ayrıca bunların ne tür eylemleri içerdiği konusunu takdir yetkisi Anayasa Mahkemesine verilmektedir.

Avrupa Konseyi danışma organı olan “Hukuk Yoluyla Demokrasi İçin Avrupa Komisyonu” (Venedik Komisyonu) Avrupa ülkeleri arasında ortak anayasal standartları belirlemeye çalışmakta ve bu yönde üye devletlere tavsiyelerde bulunmaktadır¹⁹. Komisyonun Siyasi Partilere ilişkin ortak stan-

Temel Hakların Korunmasındaki İşlevi”, Avrupa İnsan Hakları Divanı Raporu, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 1990, s. 264.

17 ÇAĞLAR, “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Demokrasi”, s. 98.

18 Sunday Times – Birleşik Krallık, Karar Sıra no. 32, Karar Tarihi 26.04.1979, p. 61. Karar için bk. DOĞRU, İnsan Hakları Kararlar Derlemesi (İHKAD), İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 1998, Cilt 1, s. 341.

19 Hukuk Yoluyla Demokrasi İçin Avrupa Komisyonu (The European Commission for Democracy Through Law) daha çok Venedik Komisyonu (Venice Commission) olarak bilinmektedir. 1990 yılında kurulan Venedik Komisyonu, Avrupa Konseyine anayasal konularda danışmanlık yapan bir danışma organıdır. Komisyon Avrupa Anayasal mirasına uygun anayasal standartların belirlenmesi ve bu standartlara uygun anayasaların yapılmasında önemli bir rol üstlenmiştir. Venedik Komisyonu 1990’da Avrupa Konseyine üye 18 devlet tarafından kuruldu, 2002 yılından itibaren Avrupa Konseyine üye tüm devletler Komisyonunda temsil edilmektedir. Komisyon, demokratik kurumlarda tecrübesiyle yüksek bir noktaya gelmiş ya da hukuk ve siyaset bilimine katkılarıyla tanınmış uzman-

dartların belirlenmesi yönünde bir çok raporu bulunmaktadır. Siyasi partilerin yasaklanması konusunda Venedik Komisyonun ilk raporu 1998 tarihlidir. Komisyonun siyasi partiler konusundaki en önemli çalışmalarından bir diğeri Aralık 1999 da 41. toplantısında kabul ettiği “Siyasi Partilerin Yasaklanması ve Benzer Tedbirlere İlişkin Rehber /Venedik Kriterleri”dir. Bu belgenin başlangıcında siyasi partilerin demokrasideki vazgeçilmez rolüne dikkat çekilmekte ve bu alanda İHAS hükümlerine ve Avrupa hukuk mirasına dayalı olarak söz konusu ilkelerin kabul edildiğine işaret edilmektedir²⁰.

Venedik Kriterleri olarak bilenen belgede siyasi partilere ilişkin 7 temel prensiplerin yer aldığı görülmektedir²¹:

- Devletler, herkesin siyasi partilerde özgürce örgütlenme hakkını tanıması gerekmektedir. Bu hak, kamu otoritelerinin hiçbir müdahalesi olmaksızın, siyasi bir görüşe sahip olmak ve bilgi alma ve vermek hakkını içerir. Siyasi partilerin kayıt olma gerekliliği bu hakkın bir ihlali görülmez.

- Siyasi Partilerin faaliyetleri dolayısıyla siyasi parti özgürlüğünün sınırlandırılması, olağan hallerde olduğu gibi olağanüstü hallerde de İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve uluslararası sözleşmelerde yer alan hükümlere uygun olması gerekmektedir.

- Siyasi partilerin yasaklanması ve kapatılması, yalnızca, anayasada tanıyan temel hak ve özgürlükleri ihlal ederek, demokratik anayasal düzeni yıkmamanın bir siyasi aracı olarak şiddet kullanan ya da şiddeti savunan, partinin bir davada ispatlanması durumunda kabul edilebilir. Bir partinin barışçıl bir yolla Anayasada değişiklik öngörmesi, sırf bu nedenle kapatılması ya da yasaklanması yeterli görülmez.

lardan oluşmaktadır. Komisyon üyeleri, anayasa ve uluslararası hukuk alanında kıdemli akademisyenler, yüksek ya da anayasa mahkemesi üyeleri veya ulusal parlamento üyelerinden oluşmaktadır. Üyeler katılımcı ülkeler tarafından dört yıllık bir süre için seçilmekte ve bireysel olarak görev yapmaktadırlar. Komisyona tüm Avrupa Konseyi üye devletleri bulunduğu gibi 2004 yılında Kırgızistan, 2005 yılında Çin, 2006 yılında Kore Cumhuriyeti, 2007 yılında Morocco ve Cezayir, 2008 yılında İsrail ve Tunus, 2009 yılında Peru ve Brezilya üye olmuştur. Komisyon böylece 56 üyeye ulaşmıştır. Komisyon hakkında daha geniş bilgi için bk. http://www.venice.coe.int/site/main/Presentation_E.asp, 12.04.2009.

²⁰ CDL-INF(2000)001, 10-11 December 1999., Komisyon raporları için bk. http://www.venice.coe.int/site/main/Documents_E.asp, 12.04.2009.

²¹ Raporlar için bk. [http://www.venice.coe.int/docs/1999/CDL-PP\(1999\)005-e.asp](http://www.venice.coe.int/docs/1999/CDL-PP(1999)005-e.asp), 6.4.2009.

- Bir siyasi parti, parti içerisinde ya da parti faaliyetlerinde, partinin yetkili makamlarınca yetkilendirilmeyen üyelerinin bireysel davranışları sebebiyle, bir bütün olarak sorumlu tutulamaz.

- Bir partinin yasaklanması ve kapatılması özellikle son bir tedbir olarak, en son çare olarak kullanılabilir. Bir partinin yasaklanması ya da kapatılması konusunda yetkili yargısal organın kararından önce, hükümetler ya da diğer devlet organlarına, ülkenin durumuyla ilgili olarak, söz konusu partinin gerçekten ülkenin siyasi düzeni ve bireylerin hak ve özgürlükleri açısından bir tehlike teşkil edip etmediği yönünde bir değerlendirme yapmasını gerekli kılmaktadır. Ayrıca böyle bir tehlikenin varlığının kabul edilmesinde alınması gereken asgari tedbirlerinin neler olup olmadığı konusunda da görüş açıklaması gereklidir.

- Siyasi partilerin doğrudan yasaklanması ya da kapatılması ile ilgili yasal önlemler, anayasaya aykırılığın bir yargı kararıyla tespit edilmesinin sonucu olarak görülebilir ve istisnai bir tedbir şeklinde ve orantılılık ilkesinin uygulanması sonucu kabul edilebilir.

- Bir siyasi partinin yasaklanması ya da kapatılması, açıklık ve adil yargılanma gibi yargılama sürecine ilişkin tüm güvencelerin sağlanması koşuluyla, Anayasa Mahkemesi ya da bir diğer mahkeme tarafından kararlaştırılabilir²².

Komasyon, üye ülkelerdeki anayasal gelişmeler hakkında da raporlar hazırlamaktadır. Bu kapsamda 1992'den itibaren 2009 yılına kadar hazırladığı 20 raporda Türkiye'ye yer vermiştir²³. Komasyonun 12-13 Mart 2009 tarihli raporu, "Türkiye'de Siyasal Partilerin Yasaklanması İle İlgili Anayasal ve Yasal Hükümler Üzerine"dir²⁴. Komasyon bu raporu, Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi İzleme Komitesinin talebi üzerine hazırlamıştır. Komite 15 Eylül 2008 tarihinde, "Türkiye'deki siyasal partilerle ilgili anayasal ve yasal hükümlerin gözden geçirilmesi" talebinde bulunmuştur. Komasyon bunun üzerine Türkiye'deki anayasal ve yasal hükümlerin Avrupa İnsan

²² [http://www.venice.coe.int/docs/1999/CDL-PP\(1999\)005-e.asp](http://www.venice.coe.int/docs/1999/CDL-PP(1999)005-e.asp), s.2. md. 7

²³ Türkiye hakkındaki raporlar için bk. http://www.venice.coe.int/site/dynamics/N_Country_ef.asp?C=31&L=E, 12.04.2009.

²⁴ European Commission for Democracy Through Law/Venice Commission, Opinion on the Constitutional and Legal Provisions Relevant to the Prohibition of Political Parties in Turkey, Strasbourg, 13 Mart 2009, CDL-AD (2009)006.

Hakları Sözleşmesi temelinde, Avrupa demokratik standartlarına uygun olup olmadığını araştırmıştır. Bu raporun hazırlanmasında iktidardaki parti olan AK Parti'ye karşı açılan kapatma davasının da etkisi olmuştur (p.4). Komisyon raporunda konuyu üç başlıkta ele almıştır. Öncelikle, siyasi partilerin yasaklanması ve kapatılmasıyla ilgili Avrupa Standartlarını ortaya koymuş, daha sonra Türkiye'deki Anayasal ve yasal düzenlemeleri incelemiş ve son olarak Avrupa standartlarına uygunluk bakımından yapılması gereken reformlara yer vermiştir (p.8).

Venedik Komisyonu, siyasi partilerle ilgili Avrupa standartlarını, “en iyi uygulama” (best practice) örnekleri ve “minimum standartlar” (minimum standards) olarak ikiye ayırmaktadır. En iyi uygulama modelinin ne olduğunun Avrupa Konseyine üye ülkelerdeki alternatif uygulamalardan çıkarılabileceği, minimum standartların ise başta Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin yorumları doğrultusunda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve yine Avrupa Konseyinin ortak anayasal mirasından yola çıkılarak belirlenebileceği ifade edilmektedir (p.11-12).

Komisyon öncelikle, siyasi partilerin kapatılması konusunda Avrupa Konseyine üye ülkelerdeki uygulamaların karşılaştırmasını yapmaktadır. Bu karşılaştırmayı yaparken, 12-13 Haziran 1998 tarihli raporuna gönderme de bulunmakta ve geçen süre içinde 41 ülkeden aldığı verilerle, yeni veriler arasında bir değişiklik olmadığına yer vererek, bu sonuçlara bağlı kalarak değerlendirme yapmaktadır²⁵. Komisyon, Avrupa ülkelerinde siyasi partilerle ilgili düzenlemelerdeki çeşitliliğe değinmekte ve bir Avrupa standardı oluşturmanın zorluğuna işaret etmektedir (p.15) Komisyonun parti kapatılması konusunda Avrupa ülkelerindeki uygulamalara ilişkin ortaya koyduğu sonuçlar şöyledir:

- Tüm ülkelerde, örgütlenme özgürlüğü kapsamında parti faaliyetleri güvence altına alınmıştır (p.15/a);

- Bazı ülkelerde, siyasi partilerin kayıt altına alınması ya da yasaklanması ve kapatılması, demokrasinin düzgün işleyebilmesi için bir esas kabul edilmemektedir. Bu ülkelerde sadece seçimlerde bazı kayıt işlemleri yapılmakta ve

²⁵ Komisyon 1998 tarihli raporunu şu ülkelerden aldığı bilgilere dayanarak hazırlamıştır: Albania, Argentina, Austria, Azerbaijan, Belarus, Belgium, Bosnia and Herzegovina, Bulgaria, Canada, Croatia, the Czech Republic, Denmark, Estonia, Finland, France, Georgia, Germany, Greece, Hungary, Ireland, Italy, Japan, Kyrgyzstan, Latvia, Liechtenstein, Lithuania, Moldova, Netherlands, Norway, Poland, Portugal, Romania, Russia, Slovakia, Spain, Slovenia, Sweden, Switzerland, Turkey, Ukraine, and Uruguay.

yaptırımlar sadece parti faaliyetleri sırasında bireylerin işlemiş olduğu suçlardan dolayı uygulanmaktadır (p.15/b);

- Siyasi partilere karşı yaptırım öngören ülkeler arasında da uygulanan yaptırımın yöntemi ve ağırlığı oldukça farklılık göstermektedir (p.15/c);

- Bir siyasi partinin yasaklanması veya kapatılması gibi çok ciddi bir yaptırımın uygulanmasını haklı kılacak davranışların genel olarak neler olduğunu tanımlamanın çok zor olduğu, ancak örgütlenme özgürlüğüne ilişkin sınırlamalarda orantılılık ilkesinin uygulanabileceğinin altı çizilmektedir. Siyasi partilere ilişkin biçimsel sınırlamalar bazı ülkelerde yaşanan savaşlardan miras kalan parti isimlerinin yasaklanması dışında, parti faaliyetlerine ilişkin önlemler getirilmektedir (p.15/d);

- Son olarak, bağımsız ve tarafsız makamlar ve mahkemelerce yargılanma güvencesi tanındığı olgusuna işaret edilmektedir (p.15/e).

Komisyon, ortaya konan bu standartların Avrupa Konseyine üye bir ülkedeki uygulamaların değerlendirilmesinde kullanılabileceğine işaret etmektedir. Ancak parti kapatılması konusunda ulusal hukukların karşılaştırılmasında, ortak bir modelin olmadığı görüldüğü gibi, ülkelerin anayasal geleneklerinin, tarihsel farklılıklarının, sosyal ve siyasal koşullarının bu çeşitliliğe yol açtığı ifade edilmektedir. Avrupa Konseyine üye ülkelerden bir kısmında parti kapatmaya ilişkin hiçbir kural bulunmamaktadır. Parti yasaklarına yer veren ülkelerde, partiler için biçimsel, yöntemsel ve esasa ilişkin çok çeşitli yasaklamalar yer almaktadır (p.16-17). Öte yandan siyasi partilerin yasaklanmaması ve kapatılmaması gerektiği konusunda, ortak demokratik miras anlayışına bağlı olarak çok açık bir ortak Avrupa yaklaşımının var olduğu kabul edilmektedir (p.18).

Bu yaklaşımın özünde, klasik liberal ikilem anlayışı doğrultusunda, demokrasiyi tehdit eden güçlerle yine demokratik yöntemlerle ve açık tartışma ortamında cevap verilmesi gerektiği ifade edilmektedir. Ortak uygulamada, partilere hükümet biçiminde temel değişiklik yapılmasını savunabilme ve çoğunluğun kabul edilemez bulduğu düşünceleri savunabilmesine izin verilmesi vardır. Parti üyelerinin illegal faaliyetleri genel ceza hukuku sistemi içinde bir takım yaptırımlara bağlanabileceği kabul edilirken, siyasi partilerin düşünceleri yasaklama ve kapatma yoluyla sansüre tabi tutulması kabul edilemez bulunmaktadır(p.19). Bu uygulamanın, siyasi partilerin kapatılması ile ilgili kurallara yer versin ya da vermesin, tüm Avrupa devletlerinde böyle olduğu belirtilmektedir. Bu durumun Almanya örneğinde olduğu gibi anaya-

sal sisteminde “militan demokrasi” anlayışına yer veren ülkelerde bile yakından incelendiğinde “militan” değil, oldukça “liberal ve toleranslı” olduğu görülmektedir (p.20).

Komisyon 1998 raporunda ortaya koyduğu gibi Avrupa ülkelerinin büyük çoğunluğunda, “demokrasinin düzgün işletilebilmesi için parti yasaklarının esas olmadığını” ve bugün için de bu durumun değişmediğini ifade etmektedir. Parti kapatılmasını yasal düzeyde öngören ülkelerde de uygulamada bu yaptırımın parti özgürlüğünün bir sınırlaması olarak kullanılmadığı vurgulanmaktadır. Tam tersi yönde diğer örgütlenme biçimleri için uygulanabilecek sona erme şeklindeki yasal önlemlerin siyasi partiler bakımından uygulanmaması ve daha fazla güvencelere kavuşturulması yönünde bir eğilimin artmaya başladığı ifade edilmektedir (p.21). Tarihi sebeplerle özel olarak siyasal partilerin kapatılmasına yer veren ülkelerde bile bu hükümlere hemen hemen hiç başvurulmamaktadır (p.22).

Komisyon 1998 tarihli raporu ve son verilerden yola çıkarak siyasi partilere karşı çeşitli ulusal gereklilikler doğrultusunda, şu yasaklamalara yer verildiğine işaret etmektedir (p.23):

- devletin varlığı ve egemenliğin tehdit edilmesi;
- temel demokratik düzenin tehdit edilmesi;
- devletin toprak bütünlüğünün tehdit edilmesi;
- sosyal, etnik ve dini nefretin teşvik edilmesi;
- etnik ayrımcılığın teşvik edilmesi
- şiddet kullanılması ya da kullanma tehdidi;
- nazizm ya da faşizm
- suç örgütleri
- askeri ya da yarı askeri (paramilitar) örgütler
- gizli ya da yıkıcı yöntemler

Komisyon bu kriterlerin hepsine yer veren bir anayasa olmadığını daha çok ülkelerin tarihsel nedenlerle bunlardan bir veya ikisine anayasal sisteminde yer verdiğini ifade etmektedir (p.25). Yasaklar bakımından önemli bir ayrım da yasakların amaçlara ya da faaliyetlere yönelik olup olmadığıdır. Çok az ülkede partinin amaçlarına ilişkin yasaklamalar bulunmakta, çoğunlukta şiddet kullanmak gibi partinin kullandığı araçlara yönelik yasaklamala-

ra yer verilmektedir. Ancak parti yasaklarına yer veren ülkelerde en yaygın model, yasaklamaların hem hukuksuz araçlar (faaliyetler) hem de gayri meşru amaçlara yönelik olmasıdır. Komisyon, Avrupa’da modern zamanlarda çok az ülkede ve çok seyrek olarak “marjinal ve aşırı partilerin” yasaklanması yoluna gidilmiştir. Bu tür yasaklamalar 1950’li yıllarda Almanya ve daha sonra İspanya’da görülmüştür. Bu uygulamanın Avrupa’daki tek istisnasının Türkiye olduğu ifade edilmektedir (p.26-27).

Komisyon, ülkelerin uyguladıkları yasakları karşılaştırırken birçok sorunlarla karşılaşmanın mümkün olduğunu ifade etmektedir. İlk olarak, anayasada ifade edilen yasakların, iç hukuktaki diğer yasal düzenlemeler kapsamında doğru yorumlanmadan, anayasal metinleri karşılaştırmanın zor olduğudur. İkincisi, bu kriterlerin mahkemeler önünde ileri sürülebilen bağlayıcı hukuk olup olmadığının belirlenmesidir. Komisyon, karşılaştırmalı hukuk verileri açısından Türkiye’nin durumunu değerlendirirken, en dikkat çekici özelliğin, partinin kapatılmasına yol açan parti yasakları ve sona erme sebeplerinin çok uzun bir liste oluşturduğu, buna karşın yargısal güvencelerin çok zayıf olduğudur. Ayrıca yasakların hem hukuksuz faaliyetleri, hem de ideolojik düşüncelere yönelik olduğu ve parti kapatmaya ilişkin uygulamanın çok yaygın olduğudur (p.28-30).

Komisyon, yasakların özüne ilişkin yaptığı karşılaştırmadan sonra, partilerin kapatılması yöntemi bakımından da bir karşılaştırma yapmaktadır. Komisyona göre, parti yasaklarının özü kadar yöntemi de önem taşımaktadır (p.31). Bu konuda tüm demokratik ülkelerdeki ortak ilkenin, siyasi partiye yönelik yasaklamanın, tarafsız bir mahkeme tarafından, adil yargılama ilkesine uygun yapılması olduğu ifade edilmektedir. Bir çok ülkede, Türkiye’de olduğu gibi, bu konuda karar verme yetkisi Anayasa Mahkemelerine bırakılmaktadır. Bazı ülkelerde, İspanya ve Danimarka’da olduğu gibi, bu yetki yüksek mahkemelere bırakılmakta, ancak özel bir yargılama usulü belirlenmektedir. İspanya’da olduğu gibi Anayasa Mahkemesine başvuru olasılığına da yer verilmektedir (p.32). Komisyona göre, yasaklama yöntemi açısından en önemli sorun, partiye karşı yasaklama yöntemini başlatma yetkisinin hangi kuruma verildiğidir. Ceza davalarının aksine, bu yetki çok nadir olarak savcılara verilmektedir. Bunun başlıca sebebi bu davaların politik doğası ve böyle bir davanın açılmasının başlı başına, ülkenin siyasi durumunu etkileyecek nitelikte olmasına bağlanmaktadır. Bundan dolayı, siyasi partilerin kapatma davasının açılması, belli yasal kriterin yerine gelmesiyle otomatik olarak devreye giremeyeceği ifade edilmektedir. Komisyon, böyle bir dava-

nın açılmasından önce, yasal gerekliliğe ilave olarak, partinin gerçekten demokrasi için bir risk oluşturduğuna yönelik, “takdiri bir kararın” (discretionary decision) aranması gerektiğine işaret etmektedir. Böyle bir karar verilirken, partinin kapatılmasının yol açacağı politik sonuçların da göz önünde bulundurulmasının gerektiği belirtilmektedir (p.33).

Komisyon, kapatma davalarının mahkeme önüne getirilmesinde özel yöntemler benimsendiğini ifade etmektedir. Bir çok ülkede, bu konu “siyasal bir karara” (political decision) bağlanmıştır. Örneğin Almanya’da, Federal Savcının başvuru yetkisi yokken, bu yetki, Federal Parlamento, Federal Konsey ya da Federal Hükümete verilmiştir. Diğer bir çok ülkede, böyle bir davanın açılmasından önce yasal filtreler bulunmaktadır. Komisyon, Türkiye hariç, Avrupa ülkelerinde, siyasi partilerin kapatılması yetkinin kullanılmasını, herhangi bir siyasi ve demokratik kontrol ve dengeye bağlamaksızın, sıradan bir savcıya yeren bir ülke bulunmamaktadır. Komisyona göre hiçbir Avrupa ülkesinde bu güne kadar seçilmiş çoğunluk partisine karşı, böyle bir davanın açıldığı görülmemiştir (m.34-35).

Komisyon Avrupa standartlarını özetlediği bölümde, üç noktaya değinmektedir. Bunlardan ilki, siyasi partilerin yasaklanması ve sona ermesi konusunda ortak bir Avrupa modelinin olmadığı, anayasal ve yasal düzenlemelerde çeşitlilik bulunduğu. İkincisi, anayasal düzenlemelerdeki çeşitliliğe rağmen, parti yasaklarının uygulanmaması yönünde ortak bir Avrupa yaklaşımının olduğu. Üçüncüsü, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 11. maddesi temelinde siyasi partilerin yasaklanma ve kapatılmalarına karşı korunması yönünde “minimum standartlar” olmasına karşın, Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi ve Venedik Komisyonu tarafından ortaya konan bağlayıcı olmayan standartların (soft law) bulunduğu ve bunların ortak Avrupa demokratik uygulamasının ifadesi anlamına geldiğidir(p.62).

Komisyon, Avrupa standartlarını belirledikten sonra, Türkiye’deki siyasi partilerle ilgili kural ve uygulamaların değerlendirilmesine geçmiştir. Komisyonun ilk tespiti, Türkiye’deki yasal sınırlamaların Avrupa ortak yaklaşımından çok daha “tahammülsüz” olduğudur. Bu durum, hem yasaklamaların özü itibarıyla, hem de yargılama sürecinin daha düşük bir güvenceye bağlanması yönünden böyledir (p.65). Komisyon, 1982 Anayasasının 68/4. maddesindeki yasaklamaların diğer Avrupa ülkelerine göre çok daha kapsamlı olduğunu ifade etmektedir. Maddede yer alan sekiz yasaklama kriterlerinden bazılarının çok geniş ifadeler içerdiği belirtilmektedir. Buna örnek

olarak, “laik ve demokratik cumhuriyet ilkelerine aykırı olmama” gösterilmektedir (p.74). Komisyon, ayrıca Anayasada yer alan bu uzun yasak listesinin çok ötesinde yasaklamaların Siyasi Partiler Yasası (SPY)’nda yer aldığını ifade etmektedir. SPY’nın 80. maddesinde “Devletin üniterlik ilkesinin korunması”, 81. maddede, “azınlık yaratılmasının önlenmesi” gibi yasaklar, Anayasanın “toprak bütünlüğü” ilkesinin çok ötesinde federal bir hükümeti savunmanın yasaklanması ya da azınlıkların varlığının savunulması anlamına kadar vardırılmaktadır (p.76). Oysa birçok Avrupa ülkesinde azınlıklar tanınmakta ve toprak bütünlüğü için bir tehdit görülmemektedir (p.77).

Komisyon, ayrıca parti faaliyetleri bakımından “odak olma” ölçütünün getirilmiş olmasına rağmen, bu ölçütün partinin tüzüğü ve programının 68. maddenin 4. fıkrası hükümlerine aykırılığı iddia edilmesi durumunda bir güvence sağlamadığına değinmektedir. Komisyonun üzerinde durduğu ikinci konu, kapatma davasının yöntemine ilişkindir. Kapatma davası açabilme yetkisinin, hiçbir siyasal kontrol ve dengenin gözetilmeden sadece bir savcının takdirine bırakılmasını Avrupa ortak yaklaşımı ile bağdaşır bulmamaktadır. Avrupa uygulamasının dava açmadan önce doğrudan ya da dolaylı olarak “demokratik kontrolü” gerekli kıldığı yönündedir (p.84-86). Komisyonun yönetime ilişkin üzerinde durduğu bir diğer konu da, kapatma davasının Anayasa Mahkemesi tarafından görülmesidir. Komisyon, bu davanın Anayasa Mahkemesi tarafından görülmesi, Avrupa uygulamasına çok ters görmektedir. Ancak, Türk Anayasa Mahkemesi’nin serbest seçimler sonucu %46 oy almış bir iktidar partisine karşı “Anayasaya aykırılığın odağı haline” geldiği yönünde karar vermiş olması, Mahkemenin oluşumun, Türk toplumdaki çeşitli eğilimleri yansıtmaktan uzak olmasıyla açıklamaktadır (p.87).

Komisyon “anayasa mahkemelerinin oluşumu” üzerine daha önceki görüşlerine atıfla, toplumun çeşitli eğilimlerin ifadesi olarak çoğulcu yapıda olduğu, dolayısıyla anayasa yargısının, kendi oluşum tarzıyla bu çoğulculuğu yansıtmaması gerektiği, farklı menfaat grupları ile ilgili olarak bağımsızlığını güvence altına alması ve bu çoğulculuğu dikkate alan bir içtihat oluşturmaya katkıda bulunması hususlarını hatırlatmaktadır. Komisyon, Anayasa yargısının meşruluğu ve kararlarının toplum tarafından benimsenmesinin, farklı toplumsal değerlerin mahkemenin görüşlerine yansıtılmasına bağlı olduğunu ifade etmektedir. Bu doğrultuda farklı hassasiyetlere saygıyı gösteren bir dengenin, anayasa yargısının oluşumuna ilişkin kurallar arasına yerleştirilmesi gerektiğini vurgulamaktadır (p.88). Komisyon, bu doğrultuda

Türk Anayasa Mahkemesinin oluşumuna ilişkin detaylı bir inceleme yapmaktan kaçınmakla birlikte, Anayasa yargıçlarının adaylarının belirlenmesi ve atanmasında Parlamentonun hiçbir şekilde müdahil olmamasına vurgu yapmaktadır. Bu durumun, Avrupa ortak yaklaşımına tamamen ters olduğunu ifade edilmektedir (p.89). Komisyon, siyasi partilerin yasaklanmasına ilişkin kurallar bazında ortak bir Avrupa modelinin olmamasına karşın, siyasi parti kapatmalarının uygulamada gerçekleşmediğini, bu sıklıkta bir parti kapatan Türk uygulamasının, bir istisna olduğu ifade etmektedir (p.90-91). Türkiye’deki siyasi parti kapatma geleneğinin, demokratik Avrupa standartları bakımından bir problem oluşturduğunun açık olduğu belirtilmektedir (p.97)

Venedik Komisyonu, ortak Avrupa uygulaması ile ilgili olarak yaptığı karşılaştırmalara dayanarak, Türkiye’deki durumun üç noktada farklılaştığını belirtmektedir:

- Anayasa’nın 68/4 maddesinde ve Siyasi Partiler Kanununda, siyasi partilerin Anayasaya uygunluğunu arayan temel kriterlerin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatları ve Venedik Komisyonunun belirlediği kriterlerin çok ötesinde uzun bir liste oluşturması (p.105/1);

- Siyasi partilerin yasaklanması ve kapatılması davasının açılması yönteminin, diğer Avrupa ülkelerinde olmadığı kadar, keyfi olması ve demokratik kontrolden yoksun bulunması (p.105/2);

- Siyasi parti kapatma kurallarının uygulanması geleneğinin, diğer Avrupa ülkelerinde olmadığı kadar yaygın olması ve bunun daha çok mahkemenin yapısı ve uygulaması ile ilgili bulunduğu (p.105/3).

Venedik Komisyonu, siyasi partilerin kapatılması konusunda Avrupa standartlarını ortaya koyduktan sonra, Türkiye’deki yasal ve uygulamadan doğan sorunlara yer vermiş, ancak bu sorunlara yönelik ne tür Anayasal ve yasal değişiklikler yapılması gerektiği konusunda bir görüş belirtmemiştir. Bu konunun, Türk makamlarının kendi takdirinde olduğuna işaret edilmiştir.

SONUÇ

Bu makalede ortaya konulmaya çalışıldığı gibi, Türkiye’de siyasi partilere ilişkin yasaklama rejimi sorunludur. Bu sorun, hem iç hukuk hem de uluslararası insan hakları hukuku açısından çok açıktır. Sorunun özünde, “yasallık ilkesine” aykırı bir şekilde Anayasada oldukça uzun yasaklama kriterleri-

ne yer verilmiş olması gelmektedir. Bu soyut yasaklar Siyasi Partiler Kanununda somutlaştırılması gerekirken, tam tersine yasak alanlar genişletilmiş ve içeriği düşünce özgürlüğünü sınırlar boyuta vardırılmıştır. Siyasi partilere ilişkin ortak Avrupa yaklaşımının çok ötesinde siyasi parti özgürlüğü daraltılmış, hem amaçlar hem de faaliyetler yönünden bir çok yasaklamaya yer verilmiştir. Amaçlar yönünden bir takım yasaklamaların olması, Avrupa uygulaması ile bağdaşmaz değildir. Ancak, sadece parti tüzüğü ve programına bakarak, siyasi partinin bir takım gayri meşru amaçlar güttüğünün ileri sürülmesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatları ile çatışmaktadır. AİHM İçtihadı yasak amaçlara ilişkin, “Anayasal düzen” ile “demokratik düzen” arasında çatışma yönünden bir ayırım yapmaktadır. Anayasal düzenle çatışan bir siyasi parti amacının, kullanılan aracın meşru olması halinde yasaklanmasını “düşünce özgürlüğü”nün yasaklanması olarak kabul etmektedir. Bu anlamda Türk Hukukunda azınlıkların varlığını savunma, federal yapıyı savunma, Anayasal düzenle çatışsa bile demokrasinin kendisine aykırı görülemeyeceğinden, bir partinin bu amaçları meşru araçlarla savunması durumunda yasaklanamayacağını kabul etmektedir. Öte yandan, ırkçılık, şiddet, ayrımcılık gibi demokrasinin kendisiyle bağdaşmayan amaçların baştan yasaklanması, Avrupa standartlarına aykırı görülmektedir.

Siyasi partilerin yasaklama rejimine ilişkin sorunun bir yönünü, esasa yönelik yasaklar oluştururken, ondan daha önemli yanını, parti kapatılması konusundaki “usul” oluşturmaktadır. Dolayısıyla hiçbir Avrupa ülkesinde olmadığı kadar parti kapatma olgusunun Türkiye’de yerleşmesinde, kapatma davasına ilişkin “güvencelerin yetersizliği” rol oynamaktadır. Usule ilişkin en önemli sorun, demokrasinin istikrarı açısından son derece önemli bir konu olan parti kapatma davasının, tek bir savcının takdirine bağlanmış olmasıdır. Venedik Komisyonu Raporunda da üzerinde en çok durulan konunun bu olduğu görülmektedir. Parti kapatmayı hukuki rejiminde düzenleyen bazı Avrupa ülkelerinde, başta Almanya olmak üzere, böyle bir davanın açılması, “demokratik kurumların” iznine bağlanmıştır. Davanın açılmasını gerektiren yasal koşullar oluşsa bile, dava açılmadan önce, demokratik kontrol ve dengelemlerin gözetilerek, böyle bir davanın demokratik düzenin işleyişi üzerinde yapacağı olumsuz etkilerin, demokratik meşruiyeti olan bir kurum tarafından önceden değerlendirilmesi gerektiği, ortak Avrupa yaklaşımı olarak ortaya konmaktadır. Böyle bir değerlendirme Almanya örneğinde olduğu gibi Meclis tarafından ya da hükümet tarafından yapılabilir. Bu noktada Türkiye’nin gerçeklerinin de göz önünde bulundurularak, bir çözüm üretilmesi gerektiği

açıktır. Bu noktada, Venedik Komisyonu raporunda açık bir çözümün önerilmemiş olması, ülkelerin kendi gerçekliklerine göre, tercih yapma hakkına duyulan saygının gereğidir. Dolayısıyla bu yetki, halkın seçtiği Cumhurbaşkanıya, ya da Parlamentonun nitelikli çoğunluğuna ya da Adalet Bakanının iznine bağlanabilir.

Usul yönünden önemli bir diğer sorun da, kapatma davasının gerekli yargısal güvencelerden yoksun bırakılmış olmasıdır. Bu davanın Anayasa Mahkemesi tarafından görülmesi, Avrupa standartları bakımından bir sorun oluşturmamaktadır. Avrupa’da bu davalara diğer mahkemeler baktığı gibi Anayasa Mahkemeleri de bakmaktadır. Ancak Venedik Komisyonu raporunda da üzerinde durulduğu gibi önemli olan yargısal güvencelerin sağlanmasıdır. Türkiye’de siyasi parti kapatma davaları aleni yapılmamaktadır. Daha da önemlisi Anayasa Mahkemesi, siyasi partiler ve kapatma davalarını sui generis olarak nitelemesi ve buna bağlı olarak, kapatma davalarında ceza ve ceza usul hukukuna ilişkin genel ilkeleri uygulamamasıdır. Hangi ilkeyi ne zaman uygulayacağına kendi karar vermektedir.

Bu durum siyasi partiler bakımından son derece güvencesiz bir yargılamaya yol açmaktadır. Böylece TCK’da öngörülen “suç olmadan güvenlik tedbiri olmaz” ilkesine aykırı bir şekilde, yasak eylemlerin ne olduğunu Mahkeme kendi takdir etmekte ve buna bağlı olarak, parti tüzel kişiliğine kapatma şeklinde bir güvenlik tedbiri uygulamaktadır. Partili üyelerin yaptıkları suç olmadan parti kapatılabilmekte, bundan daha öte, suçların şahsiliği ilkesine aykırı bir biçimde, söylediği suç olmayan milletvekillerinin milletvekilliği düşmekte ve buna bağlı olarak siyasi parti bünyesinde beş yıl siyaset yasağı gelmektedir. Oysa TCK’da aynı siyaset yasağı bir güvenlik tedbiri olarak, suç işleyen diğer tüzel kişi üyelerine yönelik, işledikleri suçların sonucu olarak uygulanmaktadır. Bu da aynı yaptırım bakımından parti üyesi ile diğer tüzel kişilerin üyeleri bakımından bir eşitsizlik doğurmaktadır. Anayasa Mahkemesi bu konuda daha da ileri giderek, yasak eylemlerin odağı olmayı belirlerken, yasama sorumsuzluğu kapsamında söylenen sözlerin de esas almaktadır. Böylece adam öldüren bir milletvekili, ancak dokunulmazlığı kaldırıldığında yargılanabilirken, sorumsuzluk kapsamında söylediği sözler kapatmaya esas olan bir milletvekilinin milletvekilliği doğrudan düşmektedir. Daha vahim olanı, bu sözleri söyleyenin başbakan olması durumunda, Anayasa Mahkemesi kararıyla hükümetin düşmesi sonucu ortaya çıkmaktadır. Tüm bunlar açıkça göstermektedir ki siyasi parti kapatma davaları tamamen “yargılama güvencesinden” yoksundur. Dolayısıyla Venedik

Komisyonu raporunda da vurgulandığı gibi bireysel suçlara dayalı bir kapatma davasının öngörülmesi ve bu davanın ceza yargılamasının tüm güvencelerinde yararlandırılması gerekmektedir.

Siyasi partilere ilişkin üçüncü temel sorun, Anayasa Mahkemesinin oluşumunda toplumdaki farklı eğilimlerin yansıtılmamasından dolayı, parti kapatma uygulamasında Türk Anayasa Mahkemesinin, hiçbir Avrupa Ülkesinde olmadığı kadar katı bir tutum takınmasına yol açmasıdır. Venedik Komisyonu raporunda da üzerinde durulan bu konunun, Avrupa ortak yaklaşımı ile uyuşmadığı ifade edilmektedir. Anayasa Mahkemesinin oluşumu, parti kapatma davaları ile yakından ilgilidir. Mahkemenin oluşumu, toplumsal farklılıkları ve değişimi yansıtacak bir yapıya dönüştürülmesi, Mahkemenin kararlarının meşruluğu ve toplumsal desteği açısından son derece önemli görülmektedir. Dolayısıyla Avrupa uygulaması Mahkemenin oluşumunda demokratik meşruluğa önem vererek, adayların belirlenmesi ve atanmasında demokratik kurumların etkisinin artırılması yönündedir. Türkiye bu modele çok yabancı değildir. 1961 Anayasası döneminde Anayasa Mahkemesinin üyelerinin üçte birini Meclis atamaktaydı. Avrupa örneklerine bu sayının çok daha fazla olduğu görülmekte ve üyelik genellikle 9-12 yıl arasında bir süreye bağlanmaktadır. Böylece toplumsal değişimin mahkemenin oluşumuna yansması amaçlanmaktadır.

Görüldüğü gibi Türkiye’de siyasi partilere ilişkin yasaklama rejimi sorunludur. Sorunun çözümünde Venedik Komisyonu Raporlarında dile getirilen iki yaklaşımdan biri tercih edilebilir. Mücadeleci demokrasi anlayışı doğrultusunda, AİHM içtihatları esas alınarak parti kapatmalarda “minimum standartlar” kabul edilebilir. Bu çerçevede,

- siyasi partilerin tüzük ve programından hareketle kapatma kaldırılmalı,
- partilerin amaçlarına ilişkin yasaklamalar, demokrasinin kendisi ile bağdaşmaz amaçlarla sınırlanmalı,
- Terör ve terörü övme, şiddet bir araç olarak kullanma ya da şiddeti savunma yasak kapsamında kalmalı,
- Kapatma davası açılmadan önce demokratik bir denetim mekanizması kurulmalı ve bu çerçevede Meclisin nitelikli çoğunluğu tarafından izin sistemi getirilmeli,

- Kapatma davalarının bir ceza davası olduğu kabul edilmeli ve yargılamanın ceza usul hukuku ilkelerine uygun açık ve adil bir yargılama şeklinde olması sağlanmalı,

- Kapatmaya sebep olacak eylemler açıkça düzenlenmeli, kapatma yaptırımını sadece bu eylemlerin işlendiği bir odak haline gelindiğinde uygulanmalı,

- Eylemlerin ağırlığına göre, kapatma yerine, seçimlere katılmama, mali yaptırımlar, milletvekilliğinin düşmesi gibi ara yaptırımlara yer verilmeli,

- Parti tüzel kişiliğine yönelik uygulanacak kapatma yaptırımını durumunda milletvekillerine siyaset yasağı uygulanmamalı, siyaset yasağı sadece kişinin eylemlerinin suç olması durumunda aldığı suçun sonucu olarak kabul edilmelidir.

Minimum standartlar tercih edilebileceği gibi Türkiye'nin parti kapatma konusunda Avrupa Kamuoyunda oluşan olumsuz imajı göz önüne alınarak, işkence konusunda sergilenen "sıfır tolerans" yaklaşımının benimsenmesi ve parti kapatma konusunda da "sıfır tolerans" yaklaşımı ile "en iyi uygulama" modelinin tercih edilmesi, demokratikleşme yönünden imaj tazelenme bakımından daha tercih edilir. Bu çerçevede,

- sadece partili üyeler ve yöneticilerin işlemiş olduğu bireysel suçlardan dolayı cezalandırılmaları tercih edilmeli,

- Milletvekillerinin bu tür eylemleri olması durumunda, dokunulmazlığın kaldırılması kolaylaştırılmalı ve yargılanmalarının önündeki engeller kaldırılmalı,

- Partili üyelerin ve yöneticilerin bu eylemlerinin belli yoğunlukta olduğu Cumhuriyet Savcısınca iddia edilmesi durumunda, kabul edilecek izin sistemi ile Anayasa Mahkemesince karar verilmesi yöntemi benimsenmeli ve Mahkemenin partinin seçimlere katılmama ya da mali yaptırım öngörmesi tercih edilmelidir.

Her iki yaklaşımın tercih edilmesi durumunda da Anayasa Mahkemesinin yapısına ilişkin değişimin kaçınılmazdır. Anayasa Mahkemesinin oluşumu, parti kapatma davaları ile yakından ilgilidir. Mahkemenin oluşumu, toplumsal farklılıkları ve değişimi yansıtacak bir yapıya dönüştürülmesi, Mahkemenin kararlarının meşruluğu ve toplumsal desteği açısından son derece önemli görülmektedir.

DEMOKRATİK HUKUK DEVLETİ BAĞLAMINDA HAKİMLER VE SAVCILAR YÜKSEK KURULUNUN YENİDEN YAPILANDIRILMASI

*Doç. Dr. Yusuf Şevki HAKYEMEZ**

I. GİRİŞ

1982 Anayasasının 159. maddesinde, mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik teminatına göre kurulup görev yapacağı öngörülen Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu (HSYK), oluşumu ve işleyişi ile farklı eleştirilere tabi tutulmaktadır. Bu bağlamda, bir yandan yedi kişilik Kurulda Adalet Bakanı ve Adalet Bakanlığı Müsteşarının bulunmasının yargı bağımsızlığını zedelediği; öte yandan Yargıtay ve Danıştay'ın yaptığı seçimle göreve gelen beş üyenin sahip olduğu oyçokluğu nedeniyle, bu iki yüksek mahkemeden gelen üyelerin Kuruldaki ağırlığının çoğulcu oluşum modelini engellediği biçimindeki eleştiriler yapılabilmektedir. Oluşumu yanında, kararlarına karşı yargı yoluna başvurulmaması ise HSYK ile ilgili bir başka eleştiri konusudur.

HSYK'nın işleyişine ilişkin sorunlar bugüne kadar gelinen süreçte değişik boyutlarıyla kendisini göstermiştir. Bazı yargı mensupları hakkında açılan disiplin soruşturmaları sonucunda veriler cezalar, hakim ve savcılarının yükseltilmesi ve yine hiçbir objektif ölçüt geliştirmeksizin birinci sınıf hakim ve savcılar arasından Yargıtay ve Danıştay üyeliğine seçmede Kurulun tek başına belirleyici olması, bu sorunlardan sadece birkaçıdır. Kuşkusuz yargıdaki bu tür sorunların ortaya çıkmasında HSYK'nın oluşumu ve işleyişinin de açık etkisi vardır.

İşte bu çalışmada, uygulamada ortaya çıkan sorunları da dikkate alarak, HSYK'nın oluşumu, yetkileri ve işleyişine ilişkin olarak ne tür adımların atılabileceği irdelenmiştir. Hukuk devletindeki yargının ideal işlevi bağlamında HSYK'nın, gerek oluşumu ve gerekse çalışma düzeni açısından reforma tabi tutulması gerekmektedir. Gerçekleştirilecek reformdaki hareket noktası, mukayeseli hukuku da göz önünde bulundurarak sorunlara çözüm üretmek olmalıdır. Kuşkusuz sorunun çözümü noktasında Türkiye'de bugü-

* KTÜ İİBF Kamu Yönetimi Bölümü Hukuk Bilimleri ABD Öğretim Üyesi.

ne değin 1982 Anayasasının sorunlu noktalarına ilişkin hazırlanan Anayasa taslaklarındaki HSYK'yla ilgili önerilerden de faydalanılmalıdır.

II. GENEL OLARAK HAKİMLER ve SAVCILAR YÜKSEK KURULUNUN OLUŞUMU ve BUNA İLİŞKİN REFORM ÇALIŞMALARI

1982 Anayasasında HSYK'nın oluşumu şu şekildedir: “Kurulun Başkanı, Adalet Bakanıdır. Adalet Bakanlığı Müsteşarı Kurulun tabii üyesidir. Kurulun üç asıl ve üç yedek üyesi Yargıtay Genel Kurulunun, iki asıl ve iki yedek üyesi Danıştay Genel Kurulunun kendi üyeleri arasından, her üyelik için gösterecekleri üçer aday içinden Cumhurbaşkanınca, dört yıl için seçilir. Süresi biten üyeler yeniden seçilebilirler. Kurul, seçimle gelen asıl üyeleri arasından bir başkanvekili seçer”. (madde: 159/2).

Anayasanın 159. maddesinde HSYK, adli ve idari yargı hakim ve savcılarını mesleğe kabul etme, atama ve nakletme, geçici yetki verme, yükselme ve birinci sınıfa ayırma, kadro dağıtma, meslekte kalmaları uygun görülmemeler hakkında karar verme, disiplin cezası verme, görevden uzaklaştırma ve ayrıca Anayasa ve Kanunla verilen diğer görevleri yerine getirme yetkilerine sahiptir. Önemli bir diğer görev olarak Anayasanın 154. maddesinde, Yargıtay üyelerinin tümünün birinci sınıfa ayrılmış adli yargı hakim ve Cumhuriyet savcılarını bu meslekten sayılanlar arasından ve Anayasanın 155. maddesinde ise Danıştay üyelerinin dörtte üçünün, birinci sınıf idari yargı hakim ve savcılarını bu meslekten sayılanlar arasından HSYK tarafından seçilmesi öngörülmüştür. Böylece sivil adli ve idari yargıda HSYK, hakim ve savcılarını mesleğe kabulünden meslekten çıkarma ya da emekliliklerine, birinci sınıfa ayrılmalarından Yargıtay ve Danıştay üyeliğine seçilmelerine kadar güçlü yetkileri kullanan çok önemli bir anayasal kuruluş olarak görülmektedir.

Adaleti tesis etmeye çalışan yargı, bu görevi dolayısıyla devletin diğer organlarından çok daha farklıdır. Bu görevini hiçbir engelleme ve yönlendirme ile karşılaşmadan, tamamen hukuku ölçüt olarak yerine getirmesi amacıyla yargıya bazı önemli ayrıcalıklar verilmektedir. Yargının bu hassas görevi ideal ölçütler dahilinde yerine getirebilmesi için yargının bağımsızlığı ve tarafsızlığı sağlanmalıdır. Adalet hizmetinin sunumu sürecinde bağımsızlığın etkili biçimde sağlanabilmesi noktasında yargı mensupları önemli teminatlarla donatılmaktadır. Nitekim değişik ülkelerde olduğu gibi Türkiye’de de bu amaçla çok önemli güvencelere Anayasanın “yargı” başlığı altında yer verilmiştir. Kuşkusuz yargı bağımsızlığı ve hakimlik ve savcılık teminatları, tamamen yargının yerine getireceği görevi ideal ölçütler dahilinde gerçekleştirilebilmesi için sağlanmıştır; yoksa hakim ve savcılarının hukuku

bir kenara iterek, kendi dünya görüşü paralelinde karar vermesi ve böylece siyasal sistemin işleyişine güçlü bir aktör olarak müdahale etmesi için bu tür ayrıcalıkların kullanılması hiçbir zaman söz konusu edilemez.

Bu ölçütler bağlamında bakıldığında, gerek oluşumu ve çalışma düzeni ve gerekse kararlarına ilişkin olarak 1982 Anayasasındaki biçimiyle HSYK'da önemli sorunlar göze çarpmaktadır. Anayasada yer alan bu tür sorunlar Türkiye'de, yaklaşık 30 yıla yakın bir dönem boyunca yargının işleyişinde de çok ciddi bazı sıkıntılar doğurmuştur. Yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığı ile ilgili olarak günümüzde de kendisini gösteren sorunların doğrudan ve dolaylı olarak HSYK ile ilgili boyutları bulunmaktadır. Bu nedenle de Anayasa önerilerinde bu sorunlara yönelik çözümler ortaya konulmaktadır. Adalet Bakanlığı da son olarak 2008 yılında yayınladığı Yargı Reformu Stratejisi Taslağında, "Yargının Bağımsızlığının Güçlendirilmesi" ve "Yargının Tarafsızlığının Geliştirilmesi" başlıkları altında HSYK'ya ilişkin değişik sorunlara işaret etmiş ve bu konularda nelerin yapılması gerektiğini sıralamıştır¹. Yargı Reformu Stratejisi Taslağında "Yargı Bağımsızlığının Güçlendirilmesi" başlığı altında, HSYK'nın objektiflik, tarafsızlık, şeffaflık ve hesap verilebilirlik temelinde geniş tabanlı temsil esasına göre yeniden yapılandırılması ve kararlarına karşı etkili bir itiraz sisteminin getirilmesi ve yeniden yapılandırmaya paralel olarak HSYK'nın sekretaryasının ve denetim sisteminin yeniden düzenlenmesi gerektiği belirtilmiş ve bunlara ilişkin olarak ayrıntılı değerlendirmelerde bulunulmuştur².

HSYK ile ilgili olarak sıklıkla dile getirilen sorunlar arasında, yürütme organında yer alan Adalet Bakanının ve yine idari görevi bulunan Adalet Bakanlığı Müsteşarının HSYK'da yer almasının yargı bağımsızlığını zedeleyeceği; Yargıtay ve Danıştay'ın kendi üyeleri arasından seçeceği kişilerin çoğunlukta olduğu bir Kurulun "kooptasyon" usulü gibi bir yöntemle yargıyı dizayn etmesinden kaynaklanan sakıncalar ortaya çıkacağı; Kurul kararlarına karşı yargı yoluna başvurulamamasının hukuk devletinde sakıncalı sonuçlara yol açacağı; Kurul çalışmalarının gizli olmasının şeffaflaşma noktasında sakıncalar doğuracağı; ayrı bir örgüt, personel ve sekreteryadan yoksun bi-

¹ Bkz.: T.C. Adalet Bakanlığı, Yargı Reformu Stratejisi Taslağı, 2008. (<http://www.sgb.adalet.gov.tr/yrs/belgeler/yrs.pdf>). (Erişim Tarihi: 07.04.2009). Bakanlık söz konusu taslağı, üyelik müzakerelerinin devam ettiği süreçte, 23. fasıl kapsamında "Yargı ve Temel Haklar" başlığı altında Türkiye ile yapılan mevzuat tarama toplantıları bağlamında, bu fasılın "tarama sonu raporu"nda AB Yetkililerince dile getirilen, Türkiye'nin yargının tarafsızlığı, bağımsızlığı ve etkililiğinin güçlendirilmesine yönelik bir "Yargı Reformu Stratejisi"ni Komisyona sunması gereği dolayısıyla çıkarmıştır.

² Bkz.: Yargı Reformu Stratejisi Taslağı, s. 6-9.

çimde çalışması nedeniyle Kurulun Adalet Bakanlığının gölgesinde ve ona bağımlı kalacağı ve benzeri hususlar yer almaktadır. Gerçekten bu kadar sorunlarla birlikte HSYK'nın artık mevcut haliyle görevine devam etmesinin zor olduğu açıktır. Bu bağlamda sorunun, demokratik hukuk devletinde yargının bağımsızlığı ve tarafsızlığını dikkate alarak çözülmesi için Anayasada değişiklik yapılması gerekmektedir. İşte bu aşamadan sonra bu çalışmada da mevcut sorunlu noktalar ayrı ayrı irdelenerek, bunlara yönelik ne tür çözümlerin getirilebileceği, Avrupa'daki ülke örnekleri ile Türkiye'de geçmiş yıllarda hazırlanan anayasa önerileri dikkate alınarak ortaya konulmaya çalışılmıştır.

III. HAKİMLER ve SAVCILAR YÜKSEK KURULUNA İLİŞKİN SORUNLAR ve BUNLARA İLİŞKİN ÇÖZÜM ÖNERİLERİ

A-OLUŞUMU

1. Üyelerin Nitelikleri: Kimler Üye Olabilmeli?

HSYK'nın hakim ve savcılara ilişkin bir kurul olduğu dikkate alındığında, Kuruldaki üye çoğunluğunun yargı mensubu olması gerektiği açıktır. Ancak, bu noktada “acaba üyelerin tümünün de yargı mensubu olması gerekir mi?” sorusuna, mukayeseli ülke örnekleri ve olması gereken durumu dikkate aldığımızda olumlu cevap vermek zorlaşacaktır. Aşağıda oluşumları belirtilen İtalya, Fransa, İspanya, Portekiz, Slovenya ve Polonya örneklerinde kurula yargı mensubu olanlar dışından da üye seçilmesi imkanının sağlandığı görülmektedir.

Gerçekten, yargı örgütü dışında kalmakla birlikte hukuk alanında çalışan öğretim üyesi ve avukat gibi kişilerin de HSYK'nın çalışmalarına sağlayacağı katkıdan faydalanmak isabetli olabilir. Yargı mensuplarının özlük hakları, yükselmeleri, yüksek mahkeme üyeliklerine seçimi ve mahkemelerin oluşumu ve işleyişi gibi konularda yargı dışından farklı bir bakış açısının varlığı, kararların daha isabetli bir değerlendirmeye alınması imkanını sağlayabilir. Ancak, akademisyen veya avukatların Kuruldaki sayısını çok fazla yüksek tutmamak gerekir. Bu bakımdan, kanaatimizce Kuruldaki yargı mensuplarının çoğunlukta olduğu bir oluşum modeli dahilinde belli sayıda yargı dışından üye seçme imkanının sağlanması yeterli olacaktır.

Kimlerin üye olabileceği noktasında ele alınması gereken bir konu da Kurulda Adalet Bakanının yer alması gerekip gerekmediği hususudur. Mevcut durumda Adalet Bakanı HSYK'nın Başkanıdır ve Adalet Bakanlığı Müsteşarı Kurulun tabii üyesidir. Aslında yürütme organı üyesi ve aynı zamanda milletvekili olan bir kişinin Kurulda yer almasının yargının bağımsızlığı ile bağdaşmadığı söylenebilir. Çünkü, siyasi kimliği olan bir kişinin yargı men-

supları ile ilgili kararların alındığı bir Kurulda başkan olarak yer alması siyasi endişelerin de gündeme gelmesi sonucunu doğurabilir.

Ancak, 1982 Anayasasının öngördüğü modelde, Bakanın Kurulda yer alması ile ilgili olarak iki noktaya işaret etmek gerekir. Birincisi, her ne kadar Adalet Bakanı Kurula üye olarak katılıyorsa da, Kurul oyçokluğu ile karar aldığına göre, Müsteşarın da Bakanla birlikte hareket etmesi durumunda dahi Kurulun geriye kalan yargı kökenli 5 üyesi oyçokluğu ile karar alabilmektedir. Dolayısıyla Kurul bünyesinde yine de hakimlik teminatına sahip olanlar açık bir çoğunluğa sahiptirler³.

İkinci olarak, Adalet Bakanının görevi ile ilgili olarak düşünüldüğünde, parlamenter sistemde yargı hizmetlerinin sunumundan dolayı Bakanın siyaseten sorumlu kişi olduğunu göz ardı etmenin zor olduğu belirtilmelidir. Bunun gibi Adalet Bakanı, yargı hizmetinin sunumu ile ilgili olarak çok önemli bir konumda yer almakta ve önemli görevleri ifa etmektedir. Bu açılardan bakıldığında, Adalet Bakanının HSYK'nın çalışmalarına katılması gerektiği söylenebilir. Burada belki oy hakkı olmayabilir; ancak Bakanın yine de Kurul toplantılarına katılması daha isabetli bir formül olarak düşünülebilir.

HSYK'nın oluşumu noktasındaki hassasiyet, Kurulun adli ve idari yargıdaki hakim ve savcılarının özlük hakları ile ilgili karar alma yetkisine sahip olmasından kaynaklanmaktadır. Ancak, unutulmamalıdır ki, HSYK bir idari birimdir; bir yargı organı değildir. Bu nedenle de sorumluluk açısından düşünüldüğünde, aslında sorumluluğun bir anlamda Adalet Bakanı aracılığı ile sağlandığı akla gelebilir. Eğer Adalet Bakanı Kurula üye olarak katılmıyorsa, böyle bir durumda bu idari birimin aldığı kararların sorumluluğu kimde olacaktır? Belki kararlarına karşı yargı yolunun açılması durumunda yargı aracılığı ile bu sorun bir ölçüde giderilebilir. Ancak bu bağlamda da iki hususun daha açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Birinci olarak, üyelerin tümünün iki yüksek mahkeme tarafından seçilip göreve getirildiği bir Kurulda hiçbir "demokratik" meşruiyet endişesi olmayacak ve kooptasyon usulüne benzer bir yöntemle oluşan korporatif bir "idari" kurul yargı mensupları ve yargı hizmeti ile doğrudan ilgili oldukça önemli konularda kararlar alabilecektir. İkinci olarak, böylesi bir idari kurulun aldığı kararların yargısal dene-

³ Ergun ÖZBUDUN, *Türk Anayasa Hukuku*, 9. Baskı, Yetkin Yay., Ankara, 2008, s. 375. Farklı yönde bir değerlendirme olarak Adalet Bakanı ve Adalet Bakanlığı Müsteşarının oylarının HSYK'da herhangi bir konuda alınacak kararda belirleyici rol oynayabileceği görüşü için bkz.: Yener ÜNVER, "Yargı Bağımsızlığı Açısından Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu", *İÜHF*, 1988-1990, Cilt: 1-4, s. 189.

timi mümkün olsa bile, bu kararların denetimini yapan idari yargı mercilerindeki hakimlerin mesleğe kabulünden atanmasına, yükselmesine, disiplin cezası verilmesine kadar tüm konularda karar alma yetkisi tamamen Kurula ait olacaktır. İşaret edilen bu iki hususun da HSYK'nın demokratik hukuk devletindeki işleyişinde çok ciddi sorunlara yol açacağı açıktır.

Son olarak Kurul üyelerinin sadece bir dönem görev yapmasının yargı bağımsızlığı açısından daha isabetli sonuçlar vereceği belirtilmelidir. Kurula üye olarak seçilme yeterliliği açısından bakıldığında, yargı içinden veya dışından seçilebilecek birçok adayın bulunduğu bir yerde üyelerin yeniden seçilmesine gerek olmadığı gibi, üyelerin yeniden seçilmesinin pratikte sağlayacağı faydayı da izah etmek zordur.

2. Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun Oluşumu: Mevcut Durum, Mukayeseli Ülke Örnekleri ve Anayasa Taslaklarındaki Öneriler

a) Mevcut Durum

1982 Anayasasına göre HSYK'nın Yargıtay'dan gelen 3 ve Danıştay'dan gelen 2 üyesi, bu yüksek mahkemelerin kendi üyeleri arasından gösterecekleri üçer aday içinden Cumhurbaşkanınca dört yıl için seçilmektedirler. Diğer iki üye olarak Adalet Bakanı ve Adalet Bakanlığı Müsteşarı Kurulda yer almaktadırlar. Görevi gereği Kurulda yer alan iki üye dışındaki diğer üyeler seçimle göreve gelmektedirler. Ancak buradaki üye seçiminde, ilk bakışta sanki karma bir yöntem varmış ve böylece çoğulcu bir oluşum sağlanmış gibi bir durum seziliyorsa da, aslında böyle bir şeyden bahsedilemez. Kurul üyelerinin Yargıtay ve Danıştay tarafından belirlendiği söylenebilir. Yargıtay ve Danıştay ayrı ayrı yaptığı oylamalarla her bir üyelik için üç adayı belirlediğine göre, Yargıtay Genel Kurulu ile Danıştay Genel Kurulu çoğunluğunun peş peşe sıraladığı üç kişi Cumhurbaşkanına sunulmaktadır. Dolayısıyla Cumhurbaşkanının seçiminin “sembolik” kaldığı bir durumda karma bir yöntemle çoğulculuğun sağlanması mümkün değildir.

Yargı ile ilgili bir kurul olsa da aslında yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığını da dikkate alarak hakim ve savcılara ilişkin olarak güçlü yetkiler kullanan HSYK gibi bir idari kurulun oluşumuna, yargının yanında yasama ve yürütmenin seçtiği üyeleri dahil etmek daha isabetli sonuçlar verebilir. Her ne kadar, böylesi bir oluşumu yargı bağımsızlığı ile bağdaşmaz bulan görüşler ifade ediliyorsa da, kanaatimizce Kurulun farklı kanallardan gelen üyelere sahip olması demokratik hukuk devletine daha uygun bir formüldür.

HSYK'nın oluşumu bağlamında ülkemizde gündeme getirilen bir görüş, Adalet Bakanı ile Adalet Bakanlığı Müsteşarının Kuruldan çıkarılması ve Kurulun Yargıtay ve Danıştay'ın seçeceği üyelerle oluşturulmasıdır. Bunun

yargı bağımsızlığını gerçekleştirecek en isabetli formül olduğu düşünülmektedir. Nitekim aşağıda görüleceği üzere bu görüş kimi anayasa önerilerinde de savunulmaktadır. Adalet Bakanının Kurulda yer almasının bağımsızlığı zedeleyebileceği hususu bir yana bırakılarak belirtilmelidir ki, HSYK'nın tamamen yargının seçimiyle göreve gelen kişilerden oluşması ciddi sorunlara yol açabilir. İlk bakışta böyle bir oluşumun yargı bağımsızlığına uygun olduğu akla gelebilir. Ancak belirtmek gerekir ki, hakim ve savcıların mesleğe kabul edilmesi, yükselmesi, disiplin soruşturmasına tabi tutulması, Yargıtay ve Danıştay üyeliklerine seçilmesi gibi tüm konularda karar alma yetkisinin bütünüyle yargı mensuplarının seçimiyle oluşan bir Kurula verilmesi, yargının tamamen kendi seçimiyle oluşturduğu kurul aracılığıyla bu konuları kararlaştırması sonucunu doğurur. Burada adeta bir kooptasyon veya kast sistemine benzer bir yapı ortaya çıkar ki, böyle bir model demokratik bir rejimde tercih edilemez. Bu biçimdeki korporatif nitelikli bir oluşum, sonuçta fevkalade dışa kapalı, kast sistemini andıran bir yargı teknokrasisini karşımıza çıkarabilir ki, bu durum yargı organının toplumdaki değişimlere duyarsız kalmasına yol açabilir⁴. Nitekim, Avrupa'da HSYK benzeri kurullardan hiçbirisinde yargı mensuplarının kendi aralarından yaptığı seçimle oluşturdukları bir yüksek kurul örneği bulunmamaktadır.

Ayrıca, mevcut durumda adli ve idari yargıdaki tüm hakim ve savcıların HSYK'da temsil edilmediği de göze çarpmaktadır. Kurulda adli ve idari yargıdaki ilk derece mahkemeleri ile istinaf mahkemelerinden seçilip gönderilen üye olmaması bir "temsil sorunu"nu gözler önüne sermektedir. 1982 Anayasasındaki biçimiyle HSYK'ya üye gönderme noktasında yargı mensupları içerisinde sayı olarak çok küçük orandaki Yargıtay ve Danıştay üyesinin güçlü temsili imkanı sağlanmaktayken, yargı camiasının çok büyük bir çoğunluğunun HSYK'ya üye seçimine katılmadığı ve dolayısıyla üye göndermekten mahrum bırakıldığı görülmektedir⁵.

4 Özbudun, s. 375.

5 Nitekim, yeni yapılan bir anket çalışmasında, "Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu mevcut üye yapısı ile yargının tamamını temsil etmektedir" görüşüne, 1004 hakim ve savcı arasından 36 kişi "kesinlikle katılıyorum", 216 kişi "katılıyorum" ve 18 kişi "fikrim yok" kanaatini ortaya koyarken, 456 kişi "katılmıyorum" ve 278 kişi ise "kesinlikle katılmıyorum" cevabını vermişlerdir. Dolayısıyla ankette, % 70'in üzerinde bir oranla HSYK'nın mevcut haliyle yargının bütününi temsil etmediği ortaya konulmuştur. Anket için bkz.: Türk Yargı Sisteminin Kurumsal Yönetimine Dair Anket Çalışması, T.C. Adalet Bakanlığı ve UNDP Ortak Çalışması, Ankara, Nisan 2009. Anket sonuçlarına ilişkin haberler için ayrıca bkz.: 17 Nisan 2009 tarihli Milliyet ve Zaman gazeteleri.

Eğer HSYK'daki yargı mensubu üyeler Yargıtay ve Danıştay tarafından seçiliyorsa, böyle bir durumda Yargıtay ve Danıştay'daki üye çoğunluğu, her zaman kendi aralarından kendi istediği kişileri seçeceklerdir. Çünkü, HSYK'nın Adalet Bakanı ve Adalet Bakanlığı Müsteşarı dışındaki beş üyesini Yargıtay ve Danıştay seçecektir. Öte yandan, HSYK da adli ve idari yargıdaki birinci sınıf hakim ve savcılar arasından istediği kişileri başka hiçbir objektif ölçüt aramaksızın Yargıtay ve Danıştay üyeliğine seçecektir. Böylece HSYK ile Yargıtay ve Danıştay, birbirlerine üye seçme işini tamamen kendi aralarında halledeceklerdir.

Burada her ne kadar tüm üyelerin yargının içinden seçilmesi esası isabetli bir formül değilse de, aslında bundan HSYK'da yargı mensuplarının yer almaması gerektiği biçimindeki bir anlam çıkarılmamalıdır. Aksine, kanaatimizce Kurulun oluşumunda önemli ölçüde yargı mensuplarına ağırlık vermek gereklidir. Kurulun yerine getireceği görev göz önünde bulundurulduğunda, aslında Kurul üyelerinin önemli bir kısmının yargı mensupları arasından seçilmesi gerektiği daha rahat anlaşılabilir. Ancak burada önemli olan üyelerin hangi organlar veya kimler tarafından seçileceği hususudur.

Kanaatimizce HSYK'nın oluşumunda başta yargı olmak üzere değişik devlet organlarına belli sayıda üye seçme imkanının sağlanması en isabetli formüldür. TBMM, Cumhurbaşkanı ve yargının seçeceği üyelerle karma yöntemle oluşacak HSYK, daha çoğulcu ve aynı zamanda demokratik ülke uygulamalarına uygun bir oluşuma sahip olacaktır. Aslında karma oluşum yöntemi sayesinde Kurulda alınacak kararlara yönelik değişik kesimlerin yaptığı eleştiriler de azalabilecektir.

Nitekim bu bağlamda oluşum açısından 1961 Anayasasının ilk şeklindeki "Yüksek Hâkimler Kurulu" daha isabetli bir tercihi şu şekilde öngörmekteydi: "Yüksek Hâkimler Kurulu, onsekiz asıl ve beş yedek üyeden kuruludur. Bu üyelerden altısı Yargıtay genel kurulunca, altısı birinci sınıfa ayrılmış hâkimlerce ve kendi aralarından gizli oyla seçilir. Millet Meclisi ve Cumhuriyet Senatosu, yüksek mahkemelerde hâkimlik etmiş veya bunlara üye olma şartlarını kazanmış kimseler arasından gizli oyla ve üye tam sayılarının salt çoğunluğu ile üçer üye seçerler". Ancak 1971 yılında yapılan Anayasa değişikliği ile 11 asıl ve 3 yedek üyeden oluşacağı esası getirilen Yüksek Hakimler Kurulunun tüm üyelerinin Yargıtay Genel Kurulunca, kendi üyeleri arasından ve üye tamsayısının salt çoğunluğunun gizli oyuyla seçileceği öngörülmüştür.

b) Mukayeseli Durum: Demokratik Ülke Örnekleri ve Avrupa Konseyi'nin Çalışmaları

Mukayeseli örneklere bakıldığında, yargı organının gönderdiği üyeler yanında yasama ve yürütmenin de HSYK'ya üye seçmesinin sakıncalı olduğu yönünde bir endişenin olmadığı; değişik ülkelerde parlamento, hükümet ya da cumhurbaşkanı gibi diğer devlet organlarının kurulların oluşumuna katkıda buldukları ve bu nedenle de bu ülkelerde kooptasyonu andıran tercihlere yer verilmediği görülmektedir. Nitekim bu ülkelerde HSYK'nın ve yargının bu oluşuma bağlı olarak siyasallaştığı biçimindeki iddialar da söz konusu olmamaktadır. Öyle ki bazı Avrupa ülkelerinde hakim ve savcıların özlük haklarına ilişkin HSYK benzeri bir kurul bulunmamakla birlikte, bu ülkelerde hakimlerin seçimi ve atanması, yasamaya ve daha fazla yürütmeye ait bir yetkidir⁶.

Avrupa'da yargı mensuplarının atanmaları dahil olmak üzere özlük hakları konusunda yetkili HSYK benzeri kurulların bulunduğu ülkelere bakıldığında ise, yüksek yargısal kurulların oluşumu açısından tek bir model bulunmamakla birlikte, şöyle bir tablo ile karşılaşılmaktadır:

1947 tarihli İtalya Anayasasının 105. maddesine göre, organik bir kanunla kurulacak olan Yüksek Yargı Konseyi, yargı mensuplarının mesleğe kabulü, atanması, tayini, terfisi ve disiplin işlerinde tam yetkilidir. Anayasanın 104. maddesine göre Konseye Cumhurbaşkanı başkanlık yapmaktadır. Yargıtay Başkanı ve Yargıtay Başsavcısı Kurulun üyeleridir. Kuruldaki diğer üyelerin üçte ikisi tüm normal hakimler tarafından değişik kategorilerde görev yapan hakimler arasından, üçte biri ise en az 15 yıllık deneyimi olan üniversitelerdeki hukuk profesörleri ile avukatlar arasından parlamento tarafından seçilirler. Üyeler sadece bir defalığına ve dört yıllık bir süre için seçilirler. Konsey kendisine parlamentonun seçtiği üyeler arasından bir başkan yardımcısı seçer⁷.

1958 tarihli Fransa Anayasasının 65. maddesine göre, disiplin soruşturması dahil hakim ve savcılar üzerinde önemli bazı yetkileri kullanan Yüksek Yargı Konseyi, biri hakimler, diğeri savcılarla ilgili olmak üzere iki ayrı bölümden oluşur. 2008 yılında yapılan değişikliğe kadar olan dönemde Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan hakimlere ilişkin Kurulda, Adalet Bakanı Kurulun Başkan Yardımcısı konumundaydı. Konseyin diğer üyeleri

⁶ Bu biçimdeki örnekler için bkz.: Ünver, s. 158-165.

⁷ İtalya Anayasası için bkz.: http://www.servat.unibe.ch/law/icl/it00000_.html. (Erişim Tarihi: 07.04.2009).

beş hakim, bir savcı ve bir Danıştay üyesiydi. Ayrıca Konseye, birer üyeyi, Cumhurbaşkanı, Millet Meclisi Başkanı ve Senato Başkanı parlamento ve yargı mensubu olmayan kişiler arasından atardı. Savcılar ile ilgili Kurul ise, Cumhurbaşkanı, Adalet Bakanı, beş savcı, bir hakim, bir Danıştay üyesi ve Cumhurbaşkanı, Millet Meclisi Başkanı ve Senato Başkanının Parlamento ve yargı mensubu olmayan kişiler arasından atadığı birer kişiden oluşmaktaydı⁸.

Anayasanın 65. maddesinde 2008 yılında yapılan değişikliklerden sonra hakimlere ilişkin olan bölümün oluşumu şöyledir: Yargıtay Birinci Başkanı başkanlığında beş hakim, bir savcı, Danıştay tarafından atanan bir Danıştay üyesi, bir avukat ile parlamento, yargı ve yürütme üyesi olmayan altı kişi. Son altı üyenin ikisini Cumhurbaşkanı, ikisini Millet Meclisi Başkanı ve ikisini Senato Başkanı seçmektedir. Savcılara ilişkin olan kurul ise, Yargıtay Başsavcısı başkanlığında, beş savcı, bir hakim, bir Danıştay üyesi, bir avukat ve altı üyeden oluşmaktadır. Savcılara ilişkin kuruldaki altı üyenin de ikisini Cumhurbaşkanı, ikisini Millet Meclisi Başkanı ve ikisini Senato Başkanı seçmektedir. Yeni düzenlemeye göre Adalet Bakanı artık üye değildir. Bununla birlikte Bakan, Yüksek Yargı Konseyinin her iki bölümünün de toplantılarına, disiplinle ilgili olanlar hariç, katılabilir. Ancak oy hakkı yoktur⁹.

1976 tarihli Portekiz Anayasasının 219. maddesine göre, Yüksek Yargı Konseyi, mali ve idari yargı dışındaki mahkemelerin hakimlerinin mesleğe kabul, atanma, tayin, terfi ve disiplin işlerinde yetkilidir. Anayasanın 220. maddesine göre Kurul, Yüksek Mahkeme Başkanı başkanlığında toplanır. Birisi hakimler arasından olmak üzere iki üyeyi Cumhurbaşkanı atar. Yedi üye Meclis tarafından seçilir, yedi üye ise orantılı temsil esasına göre hakimler arasından seçilir¹⁰.

1978 tarihli İspanya Anayasasının 122. maddesine göre ise, hakimlerin atanma, terfi, denetim ve disiplin soruşturması gibi konularda yetkili olan Yargı Erki Genel Konseyi, Yüksek Mahkeme Başkanı başkanlığında, Kral tarafından beş yıllığına atanan yirmi üyeden oluşur. Yirmi üyeden dördünü Parlamentonun Temsilciler Meclisi kanadı, dört üyeyi ise Senato kanadı 3/5

8 Fransa Anayasası için bkz.: <http://www.assemblee-nationale.fr/english/8ab.asp#1>. (Erişim Tarihi: 07.04.2009).

9 Anayasanın 65. maddesinin değiştirilmiş şekli için bkz.: <http://www.assemblee-nationale.fr/english/8ab.asp#1>. (Erişim Tarihi: 07.04.2009).

10 Portekiz Anayasası için bkz.: http://www.servat.unibe.ch/law/icl/po00000_.html. (Erişim Tarihi: 07.04.2009).

çoğunluğunun oyu ile mesleklerinde 15 yıllık deneyimi olan avukat ve hukukçular arasından, yine altışar üyeyi hakimler arasından her iki Meclis ayrı ayrı yaptığı seçimlerde 3/5 çoğunluk oyu ile belirleyerek Krala sunar¹¹. Yargı Erki Genel Konseyinin başkanı, Konseyin 15 yıllık mesleki deneyimi bulunan üyeleri arasından önerdiği adayın Kral tarafından atanması ile görev gelir¹².

1991 tarihli Slovenya Anayasasının 131. maddesine göre, hakimlerin özlük haklarına ilişkin önemli görevleri yerine getirmekle yetkili olan Yargı Konseyi on bir üyeden oluşmaktadır. Üyelerden beş tanesi Cumhurbaşkanının üniversitelerin hukuk profesörleri, savcı ve diğer hukukçular arasından önerdiği adaylar arasından Ulusal Meclis tarafından seçilir. Görevdeki hakimler de kendi aralarından altı üyeyi seçerler. Anayasanın 130. maddesine göre, hakimler Yargı Konseyinin önerisi üzerine Ulusal Meclis tarafından seçilirler ve yine Anayasanın 132. maddesine göre, hakimler ciddi biçimde Anayasa ve kanunu ihlal ettiklerinde Yargı Konseyinin önerisi üzerine Ulusal Meclis tarafından azledilebilirler¹³.

1997 tarihli Polonya Anayasasına göre ise, hakimlerin Cumhurbaşkanı tarafından atanması noktasında Cumhurbaşkanına teklifi yapan Ulusal Yargı Konseyi, mahkemelerin ve hakimlerin bağımsızlığının koruyucusudur. (Anayasa, madde: 179, 185). Hatta mahkemelerin ve hakimlerin bağımsızlığı ile ilgili kanunlarda Anayasaya aykırılık iddiası bulunması durumunda Kurul, Anayasa Mahkemesine başvuruda bulunabilir (madde: 186). Ulusal Yargı Konseyi, Yüksek Mahkeme Başkanı, Adalet Bakanı, Yüksek İdare Mahkemesi Başkanı, Cumhurbaşkanı tarafından atanan bir üye ile olağan mahkemeler, idare mahkemeleri ve askeri mahkemelerdeki hakimler arasından Yüksek Mahkeme tarafından seçilen on beş üye, Temsilciler Meclisinin kendi üyeleri arasından seçtiği dört üye ve Senatonun kendi üyeleri arasından seçtiği iki üyeden oluşur (madde: 187)¹⁴.

11 İspanya Anayasası için bkz.: http://www.servat.unibe.ch/law/icl/sp__indx.html. (Erişim Tarihi: 07.04.2009).

12 The International Relations Service of the General Council for the Judiciary of Spain, The General Council for the Judiciary, Madrid, 2006, s. 2-3.

13 Slovenya Anayasası için bkz.: http://www.servat.unibe.ch/law/icl/si00000_.html. (Erişim Tarihi: 07.04.2009).

14 Polonya Anayasası, http://www.servat.unibe.ch/law/icl/pl00000_.html. (Erişim Tarihi: 07.04.2009).

Görüldüğü üzere Batılı ülke örneklerindeki yüksek kurullarda karma bir oluşum yöntemi benimsenmiş durumdadır. Kurullarda yasama ve yürütmeden seçilen üyelerin bazı ülke örneklerinde oldukça yüksek sayıda olması dikkat çekicidir. Öte yandan, hakim ve savcılara ilişkin önemli yetkilere sahip olan kurullarda hakim ve savcı mesleğinden olmayan hukukçulara da belli ölçüde yer verildiği görülmektedir.

Yer verilen değişik ülke örnekleri yanında, Avrupa'da demokrasi ve hukuk devleti standardını yükseltmede yaptığı çalışmalarla adını duyuran ve kısaca "Venedik Komisyonu" olarak anılan Avrupa Konseyi'nin danışma organı konumundaki "Avrupa Hukuk Yoluyla Demokrasi Komisyonu" da, 2007 yılındaki raporunda, yargı mensuplarının özlük hakları konusunda yetkili yüksek kurulların oluşumuna ilişkin olarak benzer hususlara vurgu yapmaktadır. Venedik Komisyonu, Avrupa'da hakimlerin atanması konusunda tek bir ortak modelden bahsetmenin mümkün olmadığını; farklı modeller olduğunu belirttikten sonra, bu farklı modellerden birisi olan yüksek yargısal kurulların oluşumunda yargının bağımsızlığı ile hesap verebilirliği arasında bir dengenin kurulması gereğine vurgu yapmaktadır. Raporunda, yargıdaki korporatizmin olumsuz etkisi de göz önünde bulundurularak, hesap verebilirlik konusuna, özellikle vurgu yapılmaktadır. Bu bağlamda Venedik Komisyonuna göre, yüksek kurul üyelerinin önemli bir çoğunluğu yargının kendisi tarafından seçilmelidir; ancak kurulun demokratik meşruiyetini sağlamak amacıyla diğer üyeler parlamento tarafından hukukçu akademisyenler ile avukatlar arasından seçilmelidir¹⁵.

Avrupa Konseyi Bünyesinde, hukuk devleti ve onun önemli köşe taşlarından birisi olan yargının önemine binaen Bakanlar Komitesi tarafından yargı bağımsızlığı, tarafsızlığı ve yetkileri ile ilgili konularda Konseyin danışma organı olarak kurulan "Avrupa Hakimleri Danışma Kurulu" (The Consultative Council of European Judges) da bu konuya ilişkin 2007 tarihli çalışmasında benzer hususlara vurgu yapmaktadır. Kurulun söz konusu raporunda da hakimlerin seçilmesinden itibaren tüm özlük hakları konusunda yetkili bir yüksek kurul hakkında önerilere yer verilmiştir. Raporunda, üyelerinin çoğu yargıçlardan olmak şartıyla Kurulun karma yöntemle oluşturulması önerilmektedir. Buna göre, yüksek yargısal kurulun oluşumunda, hakimlerin kendi aralarından seçeceği üyelere ve hakimler dışından ise belli bir süre görev yapmış hukukçu ve üniversite profesörlerine yer verilmelidir. Rapor-

¹⁵ Bkz.: CDL-JD(2007)001 - "Judicial Appointments": Revised discussion paper prepared by the Secretariat for the meeting of the Sub-commission on the Judiciary (14 March 2007). [http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-JD\(2007\)001-e.asp](http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-JD(2007)001-e.asp). (Erişim Tarihi: 06.04.2009).

da, herhangi bir özel seçim yöntemi önerilmemesine rağmen, Kurulda yer alacak hakimlerin belirlenmesinde, hakimlerin kendi aralarından yapacağı seçimde yargıyı her düzeyde en geniş biçimde temsil edecek yöntemin benimsenmesi gereğine vurgu yapılmakta ve kurulun oluşumunda siyasal otorite ve yargı hiyerarşisinin müdahalesinin bulunmaması gereğine işaret edilmektedir. Raporda, ayrıca, hakimler dışından seçilecek üyelerin parlamento tarafından seçilmesi durumunda Kurul üyelerinin Parlamento üyesi olmaması gerektiğine ve nitelikli bir çoğunluk tarafından seçilmesi gereğine vurgu yapılmaktadır. Raporda, yüksek yargısal kurulun bu biçimdeki karma oluşumu sayesinde kurulun çalışmalarında arkadaşlık ve kişisel menfaat ilişkilerinin tamamen devre dışı bırakılmasının sağlanacağına da işaret edilmektedir¹⁶.

Avrupa Konseyi'nin bu iki çalışmasında da yüksek yargısal kurulun oluşumunda hemen hemen yukarıda ele alınan Avrupa ülkelerindeki örneklerle paralel bir modele işaret edildiği görülmektedir. Gerek Avrupa ülkelerindeki durum ve gerekse Avrupa Konseyinin çalışmalarında tamamen yargı mensuplarından oluşan ve tamamen yargının seçimiyle göreve gelen bir kurulun hedeflenmediği; aksine böyle bir modelin sakıncalarının sezildiğine işaret etmek gerekir.

c) Anayasa Taslaklarındaki Öneriler

1982 Anayasasının yürürlüğe girmesinden belli bir süre geçtikten sonra, Anayasanın değişik konulara ilişkin ortaya çıkardığı sorunları yeni anayasa ile aşma düşüncesinden hareketle, değişik anayasa önerileri hazırlanmıştır. Ortak nokta olarak hemen hemen tüm önerilerde, oluşturulacak HSYK benzeri Kurulun adli ve idari yargıdaki hakim veya savcılarının mesleğe kabul, atama, yer değiştirme, yükselme, birinci sınıfa ayırma, disiplin cezası verme, görevden uzaklaştırma ve benzeri yetkileri kullanabileceği ifade edilmiş, ancak bu önerilerde HSYK'nın oluşumuna ilişkin farklı modeller gündeme getirilmiştir.

1991 yılında TÜSİAD'ın dokuz akademisyene hazırlatmış olduğu Anayasa önerisinde, sadece hakimler için Hakimler Yüksek Kurulu kurulması önerilmiş, savcılar ve kanunsözcüleri için benzer yüksek kurullar kurulması

¹⁶ Görüş için bkz.: "Opinion no.10(2007) of the Consultative Council of European Judges (CCJE) to the attention of the Committee of Ministers of the Council of Europe on the Council for the Judiciary at the service of society". [https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=CCJE\(2007\)OP10&Language=lanEnglish&Ver=original&Site=COE&BackColorInternet=FEF2E0&BackColorIntranet=FEF2E0&BackColorLogged=c3c3c3](https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=CCJE(2007)OP10&Language=lanEnglish&Ver=original&Site=COE&BackColorInternet=FEF2E0&BackColorIntranet=FEF2E0&BackColorLogged=c3c3c3) (Erişim Tarihi: 07.04.2009)

kanun koyucuya bırakılmıştır. TÜSİAD'ın önerisine göre, 18 asıl ve 5 yedek üyeden oluşacak olan Hakimler Yüksek Kurulunun 11 asıl 3 yedek üyesi Yargıtay Genel Kurulunca, 7 asıl 2 yedek üyesi ise Danıştay Genel Kurulunca kendi başkan ve üyeleri ya da birinci sınıfa ayrılmış hakimler arasından seçilmesi esası benimsenmişti. Öneriye göre, Adalet Bakanı, gerekli gördüğü hallerde Kurul toplantılarına başkanlık edebilir, ancak oylamaya katılamaz¹⁷.

TÜSİAD'ın önerisinde Kurulun tamamen yargı mensupları arasından ve Yargıtay ile Danıştay'ın yaptığı seçimle oluşumu esası benimsenmiştir. Aslında bir tür kooptasyonu akla getiren bir sistemin benimsenmesinin kanaatimizce uzun vadede demokratik hukuk devletinin işleyişinde ciddi sorunlara yol açması mümkündür. Nitekim TÜSİAD'ın yine akademisyen hukukçulara hazırlattığı ve aralarında TÜSİAD'ın 1991 tarihli Anayasa Taslağını hazırlayanların da bulunduğu kişilerce oluşturulan "Yargılama Düzeninde Kalite" adlı raporda da bu soruna işaret edilmiş ve günümüzde hakimlerin devleti yöneten ve seçilmişlerden oluşan diğer organlardan tamamen koparılmış bir statü içinde bulunmalarının demokratik hukuk devleti bakımından doğru olup olmadığının tartışılmakta olduğuna dikkatler çekildikten sonra, "yargıçlar hükümeti" endişesinin yok sayılmasının bir takım ciddi sorunlara yol açabileceği ifade edilmiştir. Bu bağlamda aynı raporda, hukuk kurallarının ve içtihatların toplum bünyesinin ve ihtiyaçlarının gerisinde kalması halinde demokratik işleyişin tıkanması tehlikesine işaret edilmekte, bundan dolayı AB ülkelerinde, hakimlerin hukuki statülerinde iradelerinin belirleyiciliğinin kabul edilmekte olduğuna, meslek örgütçülüğü denilebilecek olan hakimin hakimi seçmesi gibi usullere ihtiyatla yaklaşıldığına vurgu yapılmaktadır¹⁸. TÜSİAD'ın 1991 tarihli Anayasa önerisinin en olumlu yönü belki de hukuki statüleri ve konumları farklı olan hakimleri savcılardan ayrı bir kurulda düzenlemesidir.

Türkiye Odalar ve Borsalar Birliğinin 2000 yılında hazırladığı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası Önerisinde de TÜSİAD'ın önerisindeki oluşum modeli aynen benimsenmiştir. Burada da 18 asıl ve beş yedek üyeden oluşacak Kurulun üyelerinin, aynen TÜSİAD önerisindeki sayılarla ve aynı kişiler

17 Bkz.: "TÜSİAD Çalışma Grubunca Hazırlanan 'Yeni Anayasa İçin Öneriler' ", (Hazırlayanlar: E. Teziç/ S. Güran/ Y. Yayla/ K. Bayraktar/ D. Ulucan/ B. Tanör/ F. Sağlam/ S. Batum/ N. Yüzbaşıoğlu), TBMM Başkanlığı'na Bazı Kurum ve Kuruluşlarca Verilmiş ve Ayrıca TBMM'deki Siyasi Partilerin Anayasa Değişikliğine İlişkin Hazırlık Çalışmaları ve Taslak Metinler, TBMM Başkanlığı, Ankara, 1993, s. 117-118.

18 Bkz.: Yargılama Düzeninde Kalite, (Hazırlayanlar, (E. Teziç/ Y. Yayla/ K. Bayraktar/ E. Yurtcan/ S. Öztekin/ S. Batum/ N. Yüzbaşıoğlu), TÜSİAD Yayını, İstanbul, 1998, s. 25-26.

arasından seçilmesi öngörülmüştür. Adalet Bakanının Kurulla ilişkisi ve Kurul toplantılarına katılması noktasındaki hükümler de aynıdır. Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği önerisinin TÜSİAD'ın önerisinden tek farklı yönü, oluşturulacak kurulun sadece hakimlerin değil, aynı zamanda savcılarının özlük hakları konusunda da yetkili olmasını öngörmesidir¹⁹.

Türkiye Barolar Birliğinin (TBB) 2001 tarihli önerisinde ise, Yargıçlar ve Savcılar Yüksek Kurulunun 7 asıl ve 4 yedek üyeden kurulması gerektiği belirtilerek, Kurulun 4 asıl ve 3 yedek üyesinin Yargıtay Genel Kurulunun, 3 asıl ve 2 yedek üyesinin ise Danıştay Genel Kurulunun kendi üyeleri arasından seçilmesi önerilmişti. Bu öneride de Adalet Bakanının gerekli gördüğü durumlarda Kurul toplantılarına katılıp başkanlık edebileceği, ancak oy kullanamayacağı öngörülmüştür²⁰.

Ancak, Türkiye Barolar Birliği 2007 yılında hazırladığı bir diğer Anayasa Önerisinde ise hakimler ve savcılar için iki ayrı kurulun kurulması öngörülmüştür. Buna göre, mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik güvencesi esaslarına göre görev yapmak üzere 7 asıl ve 4 yedek üyeden oluşacağı öngörülen Hakimler Yüksek Kurulunun 3 asıl 2 yedek üyesinin Yargıtay Genel Kurulunun, 3 asıl ve bir yedek üyesinin Danıştay Genel Kurulunun kendi üyeleri arasından ve bir asıl üye ile bir yedek üyenin Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulu tarafından yirmi yıl avukatlık yapmış olanlar arasından dört yıllığına seçileceği öngörülmüştür. Ayrıca Cumhurbaşkanının kurulun doğal başkanı olduğu ve gerekli gördüğü hallerde kurul toplantılarına başkanlık edebileceği; Adalet Bakanının ise, gerekli gördüğü durumlarda Kurul toplantılarına katılıp öneri ve isteklerde bulunabileceği, ancak oy kullanamayacağı belirtilmiştir. Barolar Birliğinin önerisinde Savcılar Yüksek Kurulunun da 7 asıl ve 4 yedek üyeden oluşacağı; 5 asıl, 2 yedek üyenin Yargıtay; bir asıl ve bir yedek üyenin Danıştay'ın kendi mensupları savcılar arasından ve bir asıl üye ile bir yedek üyenin Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulu tarafından yirmi yıl avukatlık yapmış olanlar arasından seçileceği öngörülmüş, Kurul başkanının Adalet Bakanı olduğu ve Adalet Bakanlığı Müsteşarının da kurulun doğal üyesi olduğu belirtilmiştir²¹.

19 Bkz.: Odalar ve Borsalar Birliği Türkiye Cumhuriyeti Anayasası Önerisi Anayasa 2000, TOBB Yayınları, Ankara, 2000, s. 112-113.

20 TBB Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Önerisi, (Hazırlayanlar: Y. Aliefendioğlu/ R. Aybay/ Ü. Azrak/ İ. Kaboğlu/ İ. H. Özay/ Y. G. Özden/ Y. Sabuncu/ F. Sağlam/ A. Sav/ Z. Üskül/ N. Yüzbaşıoğlu), Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara, 2001, s. 103-104.

21 TBB Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Önerisi Geliştirilmiş Gerekçeli Yeni Metin, (Hazırlayanlar: Rona Aybay, Fazıl Sağlam, Süheyl Batum, Oktay Uygun, Korkut Kanadoğlu,

TBB'nin 2007 tarihli önerisinde, Hakimler Yüksek Kurulunun oluşumunda yargı bağımsızlığına uygun bir formülasyon olarak Adalet Bakanının Kurul üyeliğine imkan verilmemiş, sadece gerekli gördüğünde oy kullanmamak üzere Kurula katılması öngörülmüştür. Ancak, öneride Kurula TBB'nin bir avukat üye ataması imkanı sağlanmıştır. Hazırladığı öneride yargı bağımsızlığını gözeterek Adalet Bakanına yer vermeyip tüm Kurul üyelerini yargı mensupları arasından seçerken, yargılama süreci boyunca davanın taraflarının haklarını savunma noktasında önemli bir rolü bulunan "savunma"yı bu biçimde hakimlerin özlük hakları ile ilgili karar alan Kurula bir üye ile sokmayı kendi içinde tutarlı görmek zordur. Öte yandan madde gerekçesinde yer verilen "Türkiye Barolar Birliği'nin temsili kurulun çalışmalarının saydamlığı açısından yararlı görülmüştür." ifadesinin de neyi amaçladığı açık değildir. Bu öneride de en isabetli nokta hakimlere ilişkin olarak savcılardan ayrı bir Kurulun öngörülmesidir.

Prof. Dr. Ergun Özbudun ve beş hukukçu akademisyenin 2008 yılında hazırladığı Anayasa taslağına göre ise, 17 asıl ve 4 yedek üyeden oluşacak Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun 5 asıl ve bir yedek üyesi TBMM tarafından birinci sınıfa ayrılmış hakim ve savcılar arasından üye tamsayısının salt çoğunluğunun oyu ile, 3 asıl ve bir yedek üye Yargıtay Genel Kurulunca, 2 asıl ve bir yedek üye Danıştay Genel Kurulunca; 4 asıl ve bir yedek üye birinci sınıfa ayrılmış adli yargı hakim ve savcılarınca, 2 asıl üye birinci sınıfa ayrılmış idari yargı hakim ve savcılarınca kendi aralarından gizli oyla seçilir. Adalet Bakanlığı Müsteşarı Kurulun tabii üyesidir²².

Bu önerinin mevcut Anayasa taslakları içerisinde Avrupa standardına en fazla yaklaşan öneri olduğu söylenebilir. Kanaatimizce bu anayasa taslağı yargının demokratik hukuk devletindeki işlevi ve konumuna kavuşması noktasında da diğerlerine nazaran daha isabetli bir oluşum modeli öngörmektedir. Yalnız bu taslak metin de 1982 Anayasasında olduğu gibi hakim ve savcılar için tek Kurul öngörmüştür. Ancak, Adalet Bakanının Kurul üyeliğine dahil edilmemesi isabetlidir. Taslağın belki de en isabetli yönü Kurulun oluşumunda karma yöntemi benimsemiş olmasıdır. Nitekim gerekçede de bu durum ifade edilmiş, karma yöntemle korporatif yapılanmanın doğuracağı

Ece Göztepe, Faruk Bilir ve Avukat Teoman Ergül) TBB Yayını, Ankara 2007, s. 306-312.

²² Ergun Özbudun başkanlığında, Zühtü Arslan, Yavuz Atar, Fazıl Hüsnü Erdem, Levent Köker ve Serap Yazıcı'dan oluşan komisyonun Adalet ve Kalkınma Partisi'ne hazırlanmış olduğu ve 29 Ağustos 2007 tarihinde tamamlanmış olan ve kamuoyunda "Sivil Anayasa Taslağı" olarak adlandırılan "Türkiye Cumhuriyeti Anayasası Önerisi" için bkz.: <http://www.ntvmsnbc.com/news/419856.asp>. (25.11.2008).

sakıncaların önlenmesi hedeflenmiştir. Oluşumuna bakıldığında adli ve idari yargının da değişik düzeydeki hakim ve savcılar tarafından temsiline imkan sağlanması olumludur. Ancak 17 üyeden oluşacağı belirtilen Kurulda, yargı dışından da hukukçuların göreve getirilmesine imkan sağlanması Kurulu daha çoğulcu bir yapıya kavuşturabilirdi.

d) Değerlendirme

Mukayeseli ülke örneklerine bakıldığında, hakim ve savcılarının özlük hakları ile yetkili HSYK benzeri kuruluşların oluşumunda Avrupa'daki değişik ülkelerde aslında Türkiye'den çok farklı bir modelin etkin olduğu görülmektedir. Yukarıda belirtilen ülke örneklerinin hiçbirisinde yargının kendi içerisinde seçtiği kişilerden oluşan bir Kurula rastlanılamamaktadır. Değişik ülkelerde Kurulların oluşumunda, yaygın biçimde yargı mensupları arasından, fakat karma yöntemle yapılan bir seçim veya atama usulü söz konusudur. Bu bağlamda, yargı mensupları arasından atanan üyeler yanında pek çok ülkede yargı organı dışındaki kişi ya da organların da Kurula üye seçtiği örnekler bulunmaktadır. Avrupa'da hakim ve savcılara ilişkin yargısal kurullar oluşturan ülke örneklerinden hemen hemen hepsindeki oluşum "karma" biçimde gerçekleşmektedir. Yukarıda oluşumu açıklanan 6 Avrupa ülkesinin tümü de bu biçimdeki modeli benimsemişlerdir. İtalya, İspanya ve Slovenya gibi bazı ülkelerde yargı dışından öğretim üyesi ya da avukat gibi hukukçu üye seçme imkanı da bulunmaktadır. Hatta, Polonya'da parlamento üyeleri arasından da Kurula üye seçilmesi esası öngörülmektedir.

Batıdaki bu oluşuma nazaran şu anda Türkiye'de HSYK'nın oluşumuna ilişkin olarak gündeme getirilen ve kimi Anayasa taslaklarında benimsenen, Kurulun tamamen Yargıtay ve Danıştay'ın seçtiği üyelerden oluşmasına benzeyen bir örnek Avrupa'da bulunmamaktadır. Böyle bir modelin, doğuracağı sakıncalar nedeniyle demokratik hukuk devletindeki yargının işlevine uygun olmadığı rahatlıkla fark edilebilir. Çünkü böyle bir durumda, yukarıda da belirtildiği üzere, yargının kendisini yenilememesi, içine kapalı hale gelmesi, değişimi ve dönüşümü takip edememesi ve belki de teksesli bir yaklaşımın etkisinde kalması gibi ciddi sakıncalar ortaya çıkabilir.

Avrupa demokrasilerinde hakim ve savcılarının özlük hakları ile yetkili Kurulların oluşumunda yargı dışındaki organ veya kişilerin üye seçmesinin yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığını zedeleyeceği gündeme gelmemektedir. Aslında yargı bağımsızlığı; yargı mensuplarından oluşan HSYK benzeri kurulun hakim ve savcılar hakkında mesleğe kabulden emekliliğe, yükselme veya yüksek mahkeme üyeliklerine seçme yetkisinden disiplin cezası vermeye kadar geniş yetkileri kullanması anlamına gelmemektedir. Aksine, bağımsızlık, yargılama görevini yerine getirirken hakimlerin her türlü etki ve

baskıdan uzak kalması ve bu bağlamda yargı mensuplarının güvenceye kavuşturulmasını gerektirir. Bu nedenle aslında bağımsızlık bir amaç değil, hukuksal düzenin gerçekleştirilmesinde bir araçtır ve bu noktada hakim bağımsızlığı, hakimlere tanınan bir ayrıcalık olmayıp, yargılama görevini yerine getirirken hakimlerin emir almama, etki, baskı altında tutulup yönlendirilmeme ve verdiği kararlardan dolayı azledilememe, görev yeri değişikliğine tabi olmama ve benzeri sorunlarla karşılaşmaması anlamına gelir²³. Türkiye’de yargı bağımsızlığı ile ilgili bazı anayasa önerilerinde de var olan en temel yanığı bu noktadadır. Nitekim Avrupa uygulaması bu nedenle HSYK benzeri kurulların oluşumunda karma modeli benimsemektedir. Yukarıda verilen ülke örnekleri dışında da aslında durum benzer şekildedir. Hatta, söz gelimi İngiltere’de, yargının başı olarak görülen ve etkin olarak diğer hakimleri atama yetkisini elinde bulunduran Lord Chancellor, Lordlar Kamarasındaki güçlü bir üye olarak aynı zamanda Kabine üyesidir. Bu yönü ile bakıldığında aslında İngiltere’de hakim atamaları “siyasal” bir nitelik arz etmektedir²⁴. Bunun gibi ABD’de de federal yargının oluşumunda federal yasama ve yürütmenin etkisi vardır. 1787 tarihli ABD Anayasasına göre, ülkedeki en üst mahkeme konumundaki Federal Yüksek Mahkemenin tüm üyeleri ile tüm federal yargıçları ABD Başkanı atamaktadır. Ancak bu atamaların federal parlamentonun (Kongre) Senato kanadı tarafından onaylanması ile hakimler göreve başlarlar²⁵. Bunun gibi Federal Almanya’da da Federal Adalet Mahkemesi ve diğer yüksek mahkemelerin üyelerinin atanması Federal Adalet Bakanı ile özel bir kurulun ortak kararı ile gerçekleşmektedir. Bu Kurulda eyaletlerin adalet bakanları ile onlarla aynı sayıdan olan ve Ulusal Meclisin seçtiği üyeler yer almaktadır²⁶.

Aslında “bağımsızlık” biçimindeki kavrama bakıldığında, sadece Yargıtay ve Danıştay’dan seçilen üyelerle HSYK’nın oluşumuna imkan sağlanması durumunda da yargı bağımsızlığı ile ilgili sorunlar ortaya çıkabilir. Çünkü, atama, yükselme ve benzeri özlük haklarına ilişkin yetkiler, Okur’un belirttiği gibi, hangi organ tarafından yapılırsa yapılsın, mutlaka ve kaçınılması

23 Nur CENTEL, *Hakimin Tarafsızlığı*, Kazancı Yay., İstanbul, 1996, s. 11; Bülent TANÖR / Necmi YÜZBAŞIOĞLU, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, III. Baskı, Yapı Kredi Yay., İstanbul, 2002, s. 447.

24 Bkz.: Catherine ELLIOT / France QUINN, *English Legal System*, Longman, London and New York, 1996, s. 83.

25 ABD Anayasası için bkz.: http://www.servat.unibe.ch/law/icl/us00000_.html. (Erişim Tarihi: 07.04.2009).

26 Cem EROĞUL, *Çağdaş Devlet Düzenleri*, 6. Baskı, İmaj Yay., Ankara, 2008, s. 242.

mümkün olmayan bir bağımlılık ilişkisi ortaya çıkaracaktır²⁷. HSYK'nın tüm üyelerinin yüksek mahkemelerden gelmesi durumunda, söz gelimi, hakimlerin yükselmesi ve yüksek mahkeme üyeliğine seçilmesi noktasındaki değerlendirmenin her zaman karma yöntemle oluşturulan bir HSYK'ya nazaran daha objektif biçimde yapılabileceğini söyleyebilmek zordur. Burada, idari bir kurul olan HSYK'nın yargının seçtiği üyelerle oluşumu koşulunun bu bakımdan yargının bağımsızlığı ile doğrudan bir ilgisini kurmak zordur. Bu nedenle önemli olan oluşturulan Kurulun bağımsızlığından ziyade yargının bağımsızlığıdır. Yargının bağımsızlığı ise hakimlerin yargılama sürecindeki bağımsızlığıdır.

Sonuç olarak, 1982 Anayasasındaki biçimiyle HSYK'nın oluşumundan kaynaklanan sorunlar ve yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığı bağlamında demokratik hukuk devletlerindeki Kurulların oluşumu açısından bakıldığında, HSYK'nın oluşumunda esaslı değişikliklerin yapılması gerekmektedir. Bu bağlamda uygulamada çok yoğun biçimde eleştirilen Adalet Bakanının Kurulda üye olmasına son verilebilir. Ancak, oy kullanma hakkı olmasa bile Adalet Bakanının toplantılara katılması, yargılama hizmetleriyle ilgili bir örgütün en üst temsilcisi olması nedeniyle gereklidir. Ancak, Adalet Bakanının Kurul üyeliğine son verilmesine rağmen Kurulda sadece Yargıtay ve Danıştay'ın seçeceği üyelerin bulunması yargının demokratik hukuk devletindeki işlevi açısından sakıncalıdır. Bu nedenle Kurulun oluşumunda, yüksek mahkemelerin doğrudan seçip atayacağı üyeler yanında yasama ve yürütme organının seçeceği üyelerin de yer alması gerekmektedir. Ayrıca yüksek mahkemelerin dışında istinaf ve ilk derece mahkemelerdeki hakim ve savcılarının da Kurulda temsiline imkan sağlanmalıdır. Yasama ve yürütme hakim, savcı, akademisyen hukukçu ve avukat gibi kişiler arasından üye seçmelidir. Böylece Kurulun oluşumu çoğulcu bir yapıya kavuşturulmuş olur ve bu biçimde oluşan Kurul daha fazla amacına uygun bir işlevi yerine getirebilir²⁸.

Yasama organı veya Cumhurbaşkanı'nın HSYK'ya üye seçmesinin yargıyı siyasallaştıracağı iddiaları dayanaktan yoksundur. Şöyle ki; Cumhurbaşkanı ve parlamento HSYK'ya politik yönü olan kişiler arasından değil,

27 İbrahim OKUR, "Türkiye'de Yargısal Etik", <http://www.abgm.adalet.gov.tr/iokur.pdf>. (Erişim Tarihi: 07.04.2009).

28 Yasama ve yürütmenin üye seçmesiyle devlet bünyesinde son derece önemli bir görevi ifa eden böyle bir kuruluşun aynı zamanda milli idareye dayanması sağlanarak, bunun milli egemenlik ve demokrasi ilkelerine uygun düşeceği yönünde de değerlendirme yapılmaktadır. Bkz.: Özbudun, s. 375.

ağırlıklı olarak yargı mensubu olan veya hukukçu kimliği ile ön plana çıkan profesyoneller arasından üye seçecektir. Böyle bir durumda eğer yargının siyasallaşması söz konusu ise, aynı iddiaların yüksek yargının yapacağı seçimde de söz konusu olması ihtimal dahilindedir. Ayrıca HSYK üyelerinin tümünün yargı tarafından seçilmesi durumunda ortaya çıkabilecek olan Kurula tek bir eğilimin hakim olması biçimindeki sakıncaları önleme noktasında Kurulun karma bir yöntemle seçilmesi çok daha isabetli formüldür. Zaten sağladığı bu biçimdeki katkılar sebebiyle Avrupa'da yaygın biçimde karma yöntemle oluşan yargısal kurullara rastlanmaktadır. Kanaatimizce HSYK'nın karma biçimde oluşumu, Türkiye açısından da demokratik hukuk devletindeki yargının geleceği açısından en isabetli yöntemdir.

B-YETKİLERİ, ÇALIŞMA DÜZENİ ve KARARLARI

1982 Anayasasındaki şekliyle HSYK'nın görev ve yetkileri adli ve idari yargı hakim ve savcılarını mesleğe kabul etme, atama ve nakletme, geçici yetki verme, yükselme ve birinci sınıfa ayırma, kadro dağıtma, meslekte kalmaları uygun görülmeyenler hakkında karar verme, disiplin cezası verme, görevden uzaklaştırma ve Adalet Bakanlığının, bir mahkemenin veya bir hakimin veya savcının kadrosunun kaldırılması veya bir mahkemenin yargı çevresinin değiştirilmesi konusundaki tekliflerini karara bağlama biçiminde sayılmıştır. Bunun yanında önemli bir diğer görevi ise Yargıtay üyelerinin tümünü birinci sınıfa ayrılmış hakim ve savcılar arasından, Danıştay üyelerinin ise dörtte üçünü birinci sınıf idari yargı hakim ve savcılar arasından seçmektir. Görüldüğü üzere Kurul, adli ve idari yargı mensubu hakim ve savcılarının mesleğe kabulünden emekliliklerine kadar olan dönemdeki hemen hemen tüm özlük hakları ile ilgili önemli yetkilere sahiptir. Özellikle hakim ve savcılar arasından Yargıtay ve Danıştay üyeliğine seçme yetkisi, HSYK'nın sivil adli ve idari yargıdaki yüksek mahkemelerin kompozisyonundaki önemini artırmaktadır²⁹. Bunun gibi tayin, yükselme, disiplin cezası verme ve benzeri yetkiler Kurulun yargı içerisindeki hakimiyetini pekiştirmektedir.

Mevcut durumda HSYK'nın sadece hakim ve savcı adaylarının seçimi ve hizmet öncesi eğitiminde yetkisi bulunmamaktadır. Ayrıca, hakim ve savcılar hakkında disiplin soruşturması yapma Adalet Bakanlığının yetkisin-

²⁹ Anayasaya göre, Anayasa Mahkemesinin 2 asıl ve 2 yedek üyesinin Yargıtay, 2 asıl ve bir yedek üyesinin Danıştay genel kurullarınca kendi Başkan ve üyeleri arasından üye tamsayılarının salt çoğunluğu ile seçtiği adaylar arasından Cumhurbaşkanı tarafından atandığı dikkate alındığında, HSYK'nın aynı zamanda Anayasa Mahkemesinin oluşumunda da etkili rol oynadığı söylenebilir.

de olup, Kurul sadece yapılan soruşturma sonucunda disiplin cezası vermeye yetkilidir. Kanaatimizce disiplin soruşturmasının yapılması sürecini de HSYK'ya vermek daha isabetli bir çözümdür³⁰.

Görevleri ve işlevlerinin farklılığı nedeniyle hakimler ve savcılara ilişkin yüksek kurulların ayrı olması daha isabetlidir. Yargılama sürecindeki görev ve yetkilerine bakıldığında bağımsızlık sadece hakimler için geçerlidir. Savcılarının bağımsızlığı ise söz konusu değildir. Ortak nokta ise her ikisinin de teminatlara sahip olmasıdır³¹. Nitekim Avrupa ülkelerindeki kurulların önemli bir kısmı sadece hakimler hakkında yetkilidir. Bu bakımdan 1961 Anayasasındaki şekliyle Yüksek Hakimler Kurulu daha isabetli bir tercihtir. Hazırlanan Anayasa taslaklarında hakimler ve savcılar için ayrı kurullar öneren TUSİAD'ın 1991 tarihli ve Türkiye Barolar Birliğinin 2007 tarihli önerileri de bu açıdan daha olumlu görülebilir.

Öte yandan, 1982 Anayasasında HSYK'nın, çok önemli yetkilere sahip bir Kurul olmasına rağmen, Adalet Bakanlığından ayrı bir personele, kendi sekreteryasına ve ayrı bir binaya sahip olmaması Kurulun Adalet Bakanlığının gölgesinde kalması biçimindeki bir izlenimi yansıtmaktadır. Hakimlerin bağımsızlığına müdahale edebilecek en önemli aktörlerden birisinin yürütme organı olduğu düşünüldüğünde, bu bakımdan hakimlerin özlük işlerinin bağımsız bir kurulca görülmesi biçimindeki güvence bağımsızlığı güçlendirecektir³². Dolayısıyla oluşum açısından yapılan değişikliklerle birlikte HSYK'nın ayrı kamu tüzelkişiliğine kavuşturulması, kendi üyeleri arasından seçeceği kişinin başkanlığında ayrı bir binada kendi personeli ile görev ve yetkilerini kullanmaya başlaması ile Kurulun bağımsızlığına yönelik eleştiriler de azalacaktır. Bu bağlamda Adalet Bakanlığına bağlı olarak görev yapmakta olan adalet müfettişlerinin de 1961 Anayasasında olduğu gibi, HSYK'ya bağlanması en isabetli formüldür.

Öte yandan gerçekleştirdiği görevin gereği olarak HSYK çalışmalarındaki gizliliğin kaldırılması gerekir. Örneğin İtalya'daki Yüksek Yargı Konseyi, "gün ışığında demokrasi" ilkesi uyarınca çalışmalarını aleni olarak yürütürken, Türkiye'de HSYK faaliyetlerini "gizlilik perdesi" arkasında

30 Doktrindeki ağırlıklı görüş de bu yöndedir. Örnek olarak bkz.: Yavuz ATAR, *Türk Anayasa Hukuku*, Mimoza Yay., Konya, 2000, s. 270; Gözler, s. 857; Ünver, s. 187-188; Tanör / Yüzbaşıoğlu, s. 453-454.

31 Benzer biçimde bkz.: Tanör / Yüzbaşıoğlu, s. 451.

32 Centel, s. 16.

gerçekleştirmektedir³³. Özellikle disiplin cezalarının görüşüldüğü ve yüksek mahkemelere üye seçildiği toplantılardaki şeffaflığın sağlanması kamuoyunda yapılacak eleştirileri bir ölçüde azaltabilir. En azından kararlarının kamuoyuna açıklanması bile açıklık açısından olumlu bir adımdır. Bu bağlamda çalışmalarındaki gizliliğin kaldırılması yeterli olmayıp, yüzlerce birinci sınıf hakim arasından Yargıtay ve Danıştay üyesi seçilmesine ilişkin kararların gerekçeleriyle birlikte açıklanması da verilen kararın daha gerçekçi /savunulabilir olduğunu göstereceği gibi, üyelik seçiminde arkadaşlık ilişkisi, ideolojik yaklaşım ve benzeri endişelerin giderilmesine imkan sağlayabilir.

HSYK, şeffaflık ve kararlarının gerekçeleriyle birlikte açıklanması sayesinde ele aldığı konulara ilişkin değerlendirmelerde ve özellikle yüksek mahkeme üyeliğine seçmede daha objektif hareket edebilir. Ancak bu süreçte gerçekleştirilmesi zorunlu önemli bir husus da hakimlerin yükselmesi ve özellikle hakimler arasından Yargıtay ve Danıştay üyeliğine seçmede objektif kriterlerin belirlenip, bu koşulların dikkate alınmasıdır. Yargıtay ve Danıştay üyeliğine seçmede ancak bu sayede arkadaşlık, ideolojik yaklaşım gibi subjektif uygulamalar devre dışı bırakılabilir.

Yine 1982 Anayasasının en önemli sorunlu noktalarından birisi olan ve hukuk devleti ilkesi ile açıkça çelişen bir düzenleme olan HSYK kararlarına karşı yargı yolunu kapalı tutan madde hükmü, hakim güvencesinin uygulamada HSYK kararları ile ihlal edilmesi durumunda hiçbir anlam ifade edememesi sonucunu doğurmaktadır. Kurul kararlarına karşı yargı yolunu kapalı tutan kural, Anayasa Koyucunun hukuk devletini ne derece kendine özgü biçimde algıladığını gösteren ilginç bir örnektir. Aslında hukuk devleti açısından düşünüldüğünde, belki de binlerce idari işlem içerisinde öncelikle yargı mensuplarına ilişkin olanların yargısal denetime açık olması gerekmektedir. Mevcut şekliyle 1982 Anayasası bu yönü ile hiç de iyi bir örnek değildir.

Nitekim Anayasa Mahkemesi de, 1961 Anayasasında 20.9.1971 tarihinde yapılan değişiklikle getirilen “Yüksek Hâkimler Kurulu, adliye mahkemeleri hâkimlerinin özlük işleri hakkında kesin karar verir. Bu kararlar aleyhine başka mercilere başvurulamaz.” hükmünü hukuk devleti ilkesine aykırı bularak, şu gerekçeyle iptal etmiştir. “İtiraz konusu kural, her türlü denetimi ve özellikle yargı denetimini ortadan kaldırmakta, hâkimleri hukuksal güvenceden yoksun bırakmaktadır. Hâkimi yargı yoluna başvurma hakkından yoksun

³³ Bülent TANÖR, Türkiye’de Demokratikleşme Perspektifleri, TÜSİAD Yay., İstanbul, 1997, s. 179.

olan bir devlette, bireylerin hukuksal güvenceye sahip olduğu savunulamaz. Şikâyete uğrayan veya denetim nedeniyle hakkında soruşturma açılan hâkim, Yüksek Hâkimler Kurulu kararıyla meslekten çıkarılabilecek, fakat hâkim, bu karara karşı yargı yerine başvuramayacaktır. Bunun hukukla bağdaşır bir yönü yoktur. Bu nedenlerle Yüksek Hâkimler Kurulunun kararlarına karşı yargı yerine başvurulmaması Cumhuriyetin hukuk devleti niteliğine ters düşer³⁴.

HSYK kararlarına karşı yargı yolunun açılması durumunda ise şu şekilde ilginç bir durum ortaya çıkacaktır: HSYK idari yargı hakimlerinin özlük hakları ile ilgili olarak da tek yetkili organ olduğuna göre, idari yargı hakimlerinin kendi özlük hakları konusunda karar mercii olan Kurulun işlemlerini denetleme sürecinde sorunlar yaşanabilir. Çünkü, Yargıtay ve Danıştay üyelerini HSYK, HSYK üyelerini ise Yargıtay ve Danıştay üyeleri seçmektedir. Karşılıklı olarak birbirlerini seçme durumunda olan bu müesseselerden HSYK kararları aynı zamanda Kurulun oluşumuna katkı sağladığı Danıştay tarafından denetlenecektir³⁵.

C-DEĞERLENDİRME, SONUÇ ve OLUŞUMA İLİŞKİN BİR ÖNERİ

1982 Anayasasında sahip olduğu yetkilerle HSYK, sivil adli ve idari yargı içerisinde çok güçlü konuma sahiptir. Adaylık döneminden sonraki aşamada mesleğe kabulden itibaren atama, yükselme, tayin, disiplin cezası verme, görev yeri değişikliği, Yargıtay veya Danıştay üyeliğine seçme ve emeklilik gibi özlük hakları ile ilgili en temel kararların alındığı yer HSYK'dır. Yargı mensupları açısından bakıldığında HSYK'nın önemi, özellikle yükselmeler ve yüksek mahkeme üyeliğine seçilme biçimindeki yetkiler dikkate alındığında daha da artmaktadır. Kurulun, hakim ve savcılarının özlük hakları yanında mahkemelere ilişkin, yargının işleyişi ile ilgili olarak da önemli görev ve yetkileri mevcuttur. Tüm bu sıralananlardan dolayı HSYK'nın oluşumu çok daha önemli hale gelmektedir.

Her ne kadar Kuruldaki çoğunluk yargı mensubu olduğu için Adalet Bakanının oylamalarındaki etkisi aşılabirirse de, Bakanın Kurulda yer alması, siyasal kimliği açısından düşünüldüğünde yargı bağımsızlığı ile çelişebilir. Ancak, Adalet Bakanı ve müsteşarının Kuruldan çıkarılmasıyla Kurulda yargı bağımsızlığı açısından sorunun çözüldüğünü söyleyebilmek mümkün

34 Esas Sayısı: 1976/43, Karar Sayısı: 1977/4, Karar Tarihi: 27.1.1977.

35 Okur, s. 4.

değildir³⁶. Aksine, karma yöntemin de benimsenmemesi ve Adalet Bakanı ile Müsteşarın Kuruldan çıkarılması durumunda artık tamamen Yargıtay ve Danıştay'ın seçtiği üyelerden oluşacak HSYK, bundan böyle hakim ve savcılarının mesleğe kabulünden itibaren tüm özlük hakları ile ilgili yetkiler kullanılacaktır ki, böyle bir durumda ortaya kooptasyon usulü çakacaktır. Oysa günümüzde kooptasyon usulünü benimseyen hemen hemen hiçbir demokratik ülke örneği yoktur³⁷. Kaldı ki sadece Yargıtay ve Danıştay'ın seçtiği üyelerin görev yaptığı bir kurul, içine kapalı, dünyadan kopuk ve belli görüşün etkisinde kalabilmesi nedeniyle demokratik siyasal sistemdeki yargının konumu ve işleyişinde uzun vadede önemli sorunlara yol açabilecektir.

Oluşum açısından HSYK, 1961 Anayasası ile başlayıp 1971 değişiklikleri ile devam eden ve 1982 Anayasası ile adeta zirve noktasına ulaşan bürokratik vesayetçi modelin bir tezahürü olarak da görülebilir. Aslında 1971 değişiklikleri ve 1982 Anayasası, vesayetçi anlayışı 1961 Anayasasına göre daha da artıran bir eğilimi göstermektedirler. Bu durum değişik anayasal kuruluşların oluşumunda da kendisini göstermekte, siyasetçilere ve seçimle göreve gelen organlara kuşku ile yaklaşan bir anlayış kendisini göstermektedir³⁸. 1961 Anayasasından bu yana Yüksek Hakimler Kurulunun oluşumunda yapılan değişiklikler dikkate alındığında bu durum daha açık biçimde kendisini göstermektedir.

Oysa oluşum açısından Avrupa ülkelerindeki örneklerde bu tür bir bürokratik ağırlık söz konusu değildir. Aslında yargı mensuplarının özlük hakları ile ilgili yetkileri HSYK benzeri kurullar aracılığıyla kullanan hiçbir ülkede Türkiye'deki gibi bir oluşum modeli bulunmamaktadır. Avrupa'da yargısal kurulların oluşumunda tek bir model yoktur. Ancak, ağırlıklı olan uygulama karma oluşum biçiminde olup, bu bağlamda kurullarda yasama ve yürütmenin seçtiği üyelerin yer almasının hiçbir sorun teşkil etmediği; aksine demokratik sorumluluğu sağladığı görülmektedir.

³⁶ Nitekim bu bağlamda doktrindeki şu değerlendirmeyi de dikkate almak gerekir: "Dolayısıyla, Kurulun bağımsız olmadığı yönündeki eleştirileri sadece adalet bakanı ve müsteşarın Kurulda yer almamasına dayandırmak çok da isabetli değildir. Kuşkusuz adalet bakanının başkan, müsteşarın doğal üye olması, Kurul üzerinde yürütmenin etkisi ve inisiyatifini artırıcı bir faktördür. Ancak, Kurulun bağımsızlığına gölge düşüren asıl sorun uygulamadır. Çünkü, Kurulun çalışma biçimi, yapısından doğan sakıncaları katmerlemektedir". Bkz.: Tanör / Yüzbaşıoğlu, s. 452.

³⁷ Benzer görüş olarak bkz.: Ünver, s. 165-166.

³⁸ Bu konuda geniş bilgi için bkz.: Serap YAZICI, *Demokratikleşme Sürecinde Türkiye*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yay., İstanbul, 2009, s. 147-205.

Türkiye’de dile getirilen ve TÜSİAD, TOBB ve Türkiye Barolar Birliği’nin anayasa önerilerinde de etkisi hissedilen HSYK’ya yargı dışından üye atanması durumunda yargının siyasallaşacağı biçimindeki iddialar sadece varsayımdan ibarettir. Elbette ki, siyasallaşma iddiaları HSYK’ya yargı dışından üye seçilmesi durumunda da olabilir. Ancak, tüm üyeleri Yargıtay ve Danıştay’ın seçmesi durumunda da bu biçimdeki iddialar gündeme gelebilir. Zira bu bağlamdaki siyasallaşma tamamen Kurul üyelerinin tutumuyla ilgilidir. Aksi durumda Avrupa’da karma kurullara yer veren bütün ülkeler yargının siyasallaşması sorunu ile boğuşmak durumunda kalacaklardı. Oysa, tespit edebildiğimiz kadarıyla bu biçimdeki bir siyasallaşma sorununa rastlanılmamakta; aksine Avrupa ülkelerindeki biçimiyle yargısal kurullar daha fazla demokratik hukuk devletindeki yargının işlevine uygun biçimde görevlerini yerine getirmektedirler. Hatta, mevcut haliyle Türkiye örneği, belki de siyasallaşma iddiaları ile daha fazla karşı karşıyadır.

Yargı bağımsızlığının nihai amacı yargının hiçbir müdahale olmaksızın adaleti tesis etmesidir. Bu yönü ile hakimlerin veya mahkemelerin bağımsızlığı araç, yargılamanın müdahalesiz bir ortamda gerçekleşmesi ise amaçtır. Avrupa’daki örneklerde de bu durum açıkça kendisini göstermektedir. Bu nedenle Avrupa’daki hiçbir ülkede HSYK benzeri kurullara yasama ve yürütmenin üye seçmesi sorun teşkil etmemektedir. Türkiye’de ise öyle bir izlenim oluşturulmaya çalışılmaktadır ki, bundan açıkça yargı bağımsızlığının amaç olduğu sonucu ortaya çıkabilmektedir. Unutulmamalıdır ki tek başına yargının bağımsızlığı biçimindeki amacın her zaman yargının gerçek işlevine hizmet ettiği söylenemez. Nitekim “yargı bağımsızlığı”na yapılan ısrarlı vurgunun yanında aynı değerlendirmelerde “yargı tarafsızlığı”na hiç değinilmemesi anlamlıdır. Oysa tek başına yargı bağımsızlığı siyasal sistem içerisinde yargının olması gerekenden çok güçlü bir aktör olarak ortaya çıkması sonucunu doğurabilir. Bu nedenle yargı bağımsızlığı ile yargının tarafsızlığının aynı ölçüde değerli ve ancak birlikte anlamlı olması ve böylece amacına hizmet etmesi mümkündür.

HSYK’nın oluşumu bağlamında İtalya ve İspanya gibi Avrupa’daki kimi ülkelerde rastlanılan Kurula yargı mensupları yanında akademisyen veya avukat gibi hukukçu kişilerin de seçilmesi isabetli sonuçlar verebilir. Farklı özelliklere sahip üyelerin bulunduğu bir oluşum tarzı, aslında Kurul kararlarının daha yetkin olması imkanını sağlayabilir.

Yine, Avrupa uygulamasını da dikkate alarak HSYK’ya yargının seçtiği üyeler yanında TBMM ya da Cumhurbaşkanının da üye seçmesinin gereğine değinmek gerekir. Karma yöntemle oluşacak HSYK’nın kullandığı yetkiler bağlamında, parlamentonun belli sayıda üye seçmesi Kurulun demokratik

meşruluğunu güçlendirecektir³⁹. Yalnız seçilecek üyelerin siyasal yönü olan kişiler değil, hukukçu kimliği ile ön plan çıkan avukat, hukukçu öğretim üyesi gibi kişiler olmasına dikkat edilmelidir. Bu biçimdeki bir oluşum tarzı yargı bağımsızlığı ile çelişmez. Unutulmamalıdır ki oluşturulan Kurul bir mahkeme değil, yargı mensuplarına ilişkin karar alma yetkisine sahip olan idari bir organdır.

Bu bağlamda belirtilmesi gereken önemli bir nokta da, yargı bağımsızlığı açısından HSYK'nın oluşumundan daha önemlisi, HSYK'nın atama, yükselme, Yargıtay ve Danıştay üyeliğine seçme gibi yetkilerini kullanırken bunları objektif ölçütlere dayandırması zorunluluğudur. Yargı içerisindeki kişisel kayırma iddialarının ortadan kalkması ve liyakat ilkesinin yerleşmesi ancak bu sayede mümkün olabilir. Bu bağlamda, hakimliğe girişte subjektif değerlendirmeye fevkalade müsait sonuçları olabilecek olan mülakat sınavı kaldırılmalı, yükselme ve Yargıtay ve Danıştay üyeliğine seçmede arkadaşlık ilişkisi ya da kişisel – ideolojik tercih yerine, yeteneği esas alan önceden belirlenmiş somut, objektif ölçütler getirilmelidir⁴⁰.

Sonuç olarak, sahip olduğu güçlü yetkileri ve aldığı kararların yargılama sürecine yaptığı etkiyi de dikkate alarak Kurulun oluşumu bağlamında bir öneri yapmak mümkündür. Öncelikle 1982 Anayasasında HSYK'nın üye sayısı oldukça azdır. Yapılacak değişiklikte üye sayısının mevcut duruma göre önemli ölçüde artırılması gerekmektedir. Yargı mensuplarının özlük

39 Venedik Komisyonu da hazırladığı raporda bu hususa vurgu yapmaktadır. Bkz.: CDL-JD(2007)001 - “Judicial Appointments”: Revised discussion paper prepared by the Secretariat for the meeting of the Sub-commission on the Judiciary (14 March 2007). [http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-JD\(2007\)001-e.asp](http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-JD(2007)001-e.asp). (Erişim Tarihi: 06.04.2009). Adalet Bakanlığının hazırladığı Yargı Reformu Stratejisi Taslağında yasa- ma ve yürütme organına da Yüksek Kurula üye seçme imkanının sağlanması ile ilgili öneriye karşı Yargıtay Başkanlığı'nın hazırladığı 03.02.2009 tarihli görüşte ise, “demokratik meşruluk” konusunda şu görüşe yer verilmiştir: “Konuyla ilgili olarak yapılan kavramsal tartışmalara fazlaca girmeden söylemek gerekir ki, Anayasa'dan aldığı hakla Türk Ulusu adına yargı yetkisini kullanan Türk Yargısı'nın ‘demokratik meşruiyet’ gibi bir sorununu yoktur ve hiç olmamıştır”. Yargıtay'ın görüşü için bkz.: <http://www.sgb.adalet.gov.tr/yrs/gorus/yargi/yargitay.pdf>. (Erişim Tarihi: 05.04.2009). s. 6.

40 Bu hususa, hazırlanan anayasa taslaklarından Türkiye Barolar Birliği'nin 2007 tarihli önerisinde şu şekilde vurgu yapılmaktadır: “Kurul, adli ve yönetsel hâkimleri mesleğe kabul etme, atama, yer değiştirme, yükselme, birinci sınıfa ayırma, kadro dağıtma, meslekte kalmaları uygun görülmeyenler hakkında karar verme, disiplin cezası verme, görevden uzaklaştırma işlemlerini yapar; yükselmelerde ve yüksek yargı yerleri üyelerinin seçiminde liyakati esas alır ve kanunla belirlenecek nesnel değerlendirmeye uyar”. Bkz.: TBB Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Önerisi Geliştirilmiş Gerekçeli Yeni Metin, s. 307.

haklarına ilişkin güçlü yetkiler kullanan bir kurulun daha sağlıklı kararlar alabilmesi, kişisel kayırma ve benzeri endişeleri savuşturabilmesi ve belli bir eğilimin etkisinde kalmaması için üye sayısının az olmaması daha isabetlidir. Ayrıca, hakimler ile savcıların görevlerinin farklılığı nedeniyle sadece hakimlerin özlük haklarına ilişkin ayrı bir Kurulun kurulması daha uygun olacaktır; ancak savcıların hakimlerden farklı özelliklerini dikkate almak şartıyla hakim ve savcıların, tek bir yargısal kurul çatısı altında olması da mümkündür.

Oluşturulacak HSYK'nın üye sayısı 21 olabilir. Kurulun 5 üyesini Yargıtay Genel Kurulu, 3 üyesini Danıştay Genel Kurulu kendi üyeleri arasından üye tamsayısının salt çoğunluğunun oyu ile seçebilir. 3'ü idari yargı ve 5'i adli yargı içinden gelmek üzere toplam 8 üyeyi adli ve idari yargıda görev yapan ilk derece mahkemeleri ve istinaf mahkemelerindeki hakim ve savcılar, kendi aralarından seçerler. 5 üyeyi ise TBMM, mesleki deneyimi ve yargıya ilişkin çalışmaları ile bilinen avukat, hukukçu yazar veya hukuk alanında çalışan öğretim üyeleri arasından salt çoğunlukla seçer⁴¹. Cumhurbaşkanı isterse Kurul toplantılarına katılıp, başkanlık yapabilir.

Üyeler dört yıllığına seçilirler ve sadece bir dönem görev yapabilirler. Üye olmadaki asgari yaş sınırı 55 olmalıdır. Adalet Bakanı'nın oy hakkı bulunmamakla birlikte, toplantılara katılma imkanı sağlanmalıdır. Bu biçimde oluşan Kurulun, Adalet Bakanlığı örgütünün içerisinde değil, ayrı kamu tüzelkişiliğine, ayrı bütçeye, ayrı binaya sahip, kendi personeli ve sekreteryası ile çalışan bir örgüt şeklindeki yapılandırılması ile uygulamada karşılaşılan sorunlar da daha rahat giderilebilir.

Oluşum açısından, gerek yargı organı yanında TBMM'ye belli sayıda üye seçme imkanı sağlanması ve gerekse yargı mensupları arasından hem Yargıtay ve Danıştay üyelerine ve hem de ilk derece mahkemeleri ile istinaf mahkemelerinde görev yapan hakim ve savcılara Kurulda temsil imkanının verilmesi ile daha çoğulcu bir yapı sağlanmış olacaktır. Yerine getireceği görev de dikkate alınarak Kurul, ağırlıklı olarak yargı mensupları arasından seçilen üyelerle oluşacak ve daha geniş temsil imkanının sağlanması sayesinde Kurul daha amacına uygun çalışma imkanına da kavuşacaktır.

⁴¹ Bu noktada, 1961 Anayasası döneminde TBMM'nin üye seçmesi noktasında yaşanan gecikmeler de gerekçe gösterilerek, 1971 yılında yapılan değişiklikle Yüksek Hakimler Kurulunun tüm üyelerinin seçimi yargıya bırakılmıştır. Kanaatimizce parlamento ya da yargının gerçekleştireceği seçimde böyle bir sorunun varlığı halinde, eklenecek bir kurala, belli bir süre içerisinde TBMM'nin ya da yargının üye seçmemesi durumunda aynı adaylar arasından üyeyi Cumhurbaşkanı'nın ataması imkanı devreye sokulabilir.

HUKUKUN KADINA BAKIŞI: ERGEN VE EŞİT OLAMAMA HALİ*

*Doç. Dr. Rukiye AKKAYA KİA***

Bu çalışmada, hukukun kadına bakışını, kadınlığa yüklediği anlamı, hukukun cinsiyetçi dili üzerinden ele almayı amaçlıyoruz. Gündelik dilimize olduğu gibi hukuk diline de yansıyan, hattâ yerleşen ayırımlaştırıcı ve tanımlayıcı dil, kadını belirli bir kalıp içinde sunar. Kadın bedeninin sınırlarını aşamayan bu zihniyetin yansımalarını, bu kongrenin sembollerinde dahi görüyoruz. Binanın girişindeki büyük bahçede Antik Yunan filozoflarının büstlerini gördüm. Vakur ama alaysı edası ile Sokrates, bilge duruşu ile Aristoteles ve diğerleri selamlıyor bizi. Bir de ortaya hepsinden daha yüksek ve büyükçe yerleştirilmiş, -katılımcılara birer örneği sunulan- kocaman yuvarlak bedeni, uysal ve yere indirilmiş bakışları ile kollarından yoksun bir Venüs heykeli var. Bu kadın, ne kadar âciz ve itaatkâr dedim kendi kendime. Tam da toplumun beklentilerine uygun! Kolları olmadığından ne göğüslerini açıkta bırakan kumaş parçasını çekiştirebilir ne de kendisini kucaklayana karşılık verebilir. Dokunamaz ama ona dokunulabilir. Edilgen, sakın, ayartıcı ve davetkâr... Ama bu güzelliğin baştançıkarcı yönü hafife alındığında teşhircilikle suçlanıp cezalandırılabilir. Hukukun kadına bakışı gibi, iffeti erkeklerin tanımladığı değerdedir; güzel boynunu eğip yerleri seyreder. Pek çok disiplin açısından tam da bu zihniyeti tartıştığımız ortamda, bu karşılama doğrusu bana çok manidar geldi.

Hukuk, özgürlük alanını belirlemek adına insanın etrafına bir harita çizer. Kadınların hak ve özgürlük alanlarını düzenleyen bu haritalar birer kırpıntı halindedir. Burada, yargı kararlarında karşılaştığımız örneklerden hareket ederek günümüz ile geçmiş arasında pek büyük farklılıkların olmadığını, hukukun kadına bakışında hep cinsiyetçi bir özür olduğunu vurgulamak istiyoruz. Geçmiş uygarlıkların yasalarında kadına ilişkin düzenlemeler ile bu-

* 13-16 Ekim 2009'da Dokuz Eylül Üniversitesi-İzmir'de gerçekleştirilen Uluslararası Multidisipliner Kadın Kongresi'nde sunulan tebliğdir.

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

gün hukuk dilinde kullanılan bazı ifadelerin benzerliği; içinde yaşadığımız hukuk sisteminin kadına bakışını somutlaştırmaktadır. Bunlar içerisinde en bilineni “davalının kız çıkamaması”¹ ifadesidir. Bu ifade, şüphesiz küçültücü ve kadın bedeni üzerindeki tahakkümü belirleyicidir. Yargıtayımız, zıfaf gecesi bakire çıkmamayı kadında lazım gelen vasfın bulunmaması² olarak değerlendirmiştir. Başka bir kararda; “...davalı (kadın) haklı bir nedenle haneye dönmediğini kanıtlayamamış, terkten birbuçuk yıl geçmiş, dövme hakaret etkisini kaybetmiştir (!)”³ yorumu ile kadınların maruz kaldığı şiddetin maddi ve manevi acısı zamansal olarak ölçülmüştür. Bu kararların derinlerinde -tıpkı Venüs heykeli gibi- dokunamayan ama dokunulabilen kadının dramı okunmaktadır.

A- “Ergen Olamama”⁴ Hali

Ergen olmak, hukuki ve felsefi bir deyim olarak Batı siyasi tarihinin belli bir dönemine, “Aydınlanma” dönemine işaret eder. Immanuel Kant, bu dönemi apaçık bir biçimde insan aklının, iradesinin dinî, sosyal ve siyasi baskılardan kurtulması ve insanın kendi aklının efendisi olması olarak açıklamıştır. Ergenlik, insanın kendi aklını ve iradesini bir başkasının kılavuzluğuna başvurmaksızın kullanabilmesidir. Hukuki açıdan, hiç şüphe yok ki bir “yeterlilik” durumunu anlatır. Kant’a göre, “ergen olamama” durumundan kurtuluş için özgürlük ortamının gerçekleşmesi gerekir. Böylece, akli körelten dogmalardan, önyargılardan, hurafelerden kurtulan insan, bir birey olur⁵. Özgür olmak ve özgürlükleri kullanmak, hukukun tanımladığı ve düzenlediği haklardan yararlanmak, ergenlikle ve tabii yine akıl ve irade bakımından “yeterli” olmakla ilişkilidir. İnsanlığımızın aydınlanması ve ergen olması yalnız erkekler için kullanılan bir anlatım biçimi olduğundan, burada, “insan” sözcüğünün yalnızca erkek cinsini referans aldığını söylememiz gerekli.

Hukuk çok uzun bir zaman kadını, haklar ve özgürlüklere sahip olma yönünden eksik görmüştür. Çünkü kadın, ergen değildir. Çünkü ergen ol-

1 HGK 1987/2-111 E. 623 K.

2 Y2HD, 2006/14649 E.2007/2504 K., 22.2.2007 t. kararı.

3 Y2HD, 2002/5757 E. 6722 K.

4 Immanuel Kant, “Aydınlanma Nedir(?)” Sorusuna Yanıt (1784), *Seçilmiş Yazılar* içinde, Çev. Nejat Bozkurt, Remzi Y., İstanbul, 1984, s. 213 vd.

5 Kant, s. 214.

mak, birey olmaktan ayrılamaz ve kadın bir birey de değildir. 19. yy sonlarında İngiltere’de görülen bir davada yeterli niteliklere sahip kadınların tıp eğitimi alıp alamayacakları tartışılırken, aile içinde daima bir vesayet altında yaşadıklarından hareketle, kadınların birey sayılamayacağı tezi savunulmuştur. Bu teze göre, birey olmak, kendine sahip olma yeterliliğidir⁶ ve kadının bu yeterlilikten yoksun olduğu şüphe götürmez biçimde ortadadır. Bu yüzden kadın, erkeklerin dünyasından hep ayrı tutulması gereken, özel ve kapalı alanlara ait bir varlık olarak düşünülmüştür.

Ergen olmak, insanın, hak ve özgürlükler yolu ile kendini yeniden inşa etmesidir. Bu donanım eksik olduğunda, ne kendine sahip olmaktan ne de birey olmaktan bahsedilebilir. Kendine sahip olmak, kendini denetleme yetisine de sahip olmak anlamına gelir ki bu bir akıl işidir.

1-İkincillik-Bağımlılık İlişkisi

Gerek biyolojik farklılık, gerekse hiyerarşi içeren sosyal konumu bakımından, kadının özel alanın içine hapsedilmesi, bir bağımlılık mitosunu başlar. İnsan cinsleri arasında hiyerarşi kuran zihniyet, Platon’da Akıl ile ilişkilendirilmiştir. Evrenin ve canlıların yaratılışının anlatıldığı *Timaios* adlı eserinde Platon, insanların özünün eşit olduğunu belirttikten sonra, “...üstün cins sonradan erkek denecek cins olacaktı”⁷ diyerek, kadın ruhunun, Akıl’dan yoksun erkeklerin günahkâr ruhundan doğuşunu anlatılır. Sevgi, haz, korku, hırs ve öfke gibi tutkulara değinen Platon, tutkularına egemen olanların doğruluk, onların egemenliğine girenlerin de eğrilik içinde yaşayacaklarını söyler. İyi ve doğru yaşamın mutlulukla ödüllendirileceğini ancak buna aykırı durumdaki ruhların, ikinci doğuşlarında “kadın” cinsiyetinde dünyaya geleceklerini, bu durumun, adeta bir ceza olduğunu belirtir⁸. Burada Platon’un akıl ideasına yüklediği büyük değer dikkate alınır, kadınlık ruhuna rasyonel olmayan öğelerin karıştığı üstü kapalı bir biçimde anlatılmıştır. Kadınlık, Platon’un rasyonel bilgi arayışında aşılması gereken bir

⁶ Leonore Davidoff, *Feminist Tarih Yazımında Sınıf ve Cinsiyet*, Haz. Ayşe Durakbaşı, İletişim Y., İstanbul, 2002, s. 209.

⁷ Platon, *Timaios*, Çev. Erol Güneş-Lütfi Ay, Cumhuriyet Dünya Klasikleri, İstanbul, 2001, s. 43.

⁸ Agy. s. 44; Platon daha sonraki sayfalarda, kadınların ve bütün dişi cinslerin özünün ve temel fonksiyonunun sadece üremek olduğunu söyleyecektir. Agy, s. 111.

eksiklik halidir⁹. Kadın-erkek eşitliğini kabul ettiğine vurgu yapılarak, feminist kuramın öncülerinden kabul edilen Platon, burada, aslında bir cins olarak kadından değil, kadınlık durumundan bahsetmektedir. *Devlet*'in 5. Kitabında kadınların da erkekler gibi devleti koruma sorumluluğu bakımından eşit olduklarını söyleyen Platon'a göre, ideal devlette kadınlar ve erkekler "her şeyi elden geldiği kadar eksiksiz artıksız bölüşecekler"¹⁰dir. Savaşlarda, kadınlar erkeklerin varlıklarına ve dövüşlerine güç katacaklar¹¹, yiğitliklerini göstermekte cömert olanlar el üstünde tutulacak¹², filozof olup yönetime kadar çıkacaklardır. Ama bu kadın evli değildir, mülkiyetten, aileden yoksundur. Doğruyu görmeye ve güzeli seçmeye, duyularının aldatıcı boşluğundan ve ruhu aşağı çeken hallerden arınmıştır. Akla dair cinsiyetçi bir belirleme ile baş başa kalan Platon'a, yönetim ilkesi ile erillik arasında doğrudan bir bağ gören Aristoteles eşlik eder. Aristoteles de "erkek doğaca üstündür, dişi doğası bakımından aşağı ve uyruktur"¹³ diyerek, kadının ergen olmama halini vurgular. Kadın, kendini akılcı bir biçimde yönetmekten yoksundur.

Modern siyaset teorisi de erkeğin muktedir olduğunu; bu yüzden bir ergen erkek olarak karısını ve çocuklarını, baba olarak ailesini ve aile mallarını yönetmesinin doğal bir hak olduğunu işlemiştir. Siyasi otoriteye itaati meşrulaştırmaya yönelik sözleşme teorisinde, politik özne sadece erkektir¹⁴. Bu yüzden politika ve onun üretimleri olan diğer uzantılar da erildir.

Kadının felsefi açıdan "ötekileştirilmesi", rasyonel olan ile ona tabi kılınan yani rasyonel olmayan arasında bir ayırımdır. Platon'da, erkeğin, ruhun aldatıcı boşluğundan kurtulamaması hali, Havva'nın Âdem'in kaburga kemiğinden yaratılması mitosunda olgunlaştırılan gerilimli bağımlılık ilişkisine dönüşür. Bu doğal ve Tanrı takdiri olarak görülen bağımlılık ve ikincillik, tektanrılı dinlerin kadını statülendirmesinde temel rolü oynamıştır. Kadın, yaratılışı gereği ikincildir ve değeri bakımından birinciye eşit değildir. Çün-

9 Genevieve Lloyd, *Erkek Akıl Batı Felsefesinde "Erkek" ve "Kadın"*, Çev. Muttalip Özcan, Ayrıntı Y., İstanbul, 1996, s. 26.

10 Platon, *Devlet*, Çev. Sabahattin Eyuboğlu, Remzi Y., İstanbul, 1995, 466a.

11 Agy, s. 471 d-e.

12 Agy, s. 468 e.

13 Aristoteles, *Politika*, Çev. Mete Tunçay, Remzi Y., İstanbul, 2002, s. 13.

14 Carole Pateman, "Kardeşler Arası Toplumsal Sözleşme", *Sivil Toplum ve Devlet* içinde, Der. John Keane, Ayrıntı Y., İstanbul, 1993, s. 126-127.

kü kadın, Âdem gibi Tanrı tarafından yaratılmamış, Tanrı inayeti ile Âdem'in vücudundan doğmuş, yani Âdem'in varlığı sayesinde yaşam bulmuştur. Kadının yaratılışı ve kadınlığa yüklenen değerler, yukarıda belirtildiği kadar dolaylı ve sadece simgesel ayrımlar olarak ele alınmamalıdır. Bu bağımlılık mitosu, gerek felsefi açıklamalarda gerek dini yorumlamalarda toplumsal cinsiyet üzerine düşüncelerimizi ve inançlarımızı kökten etkilemiş, hukukun kadına bakışında gerçekten belirleyici olmuştur.

2-Vesayet-İffet İlişkisi

Çoktanrılı toplumların kadına uygun gördüğü statü, semavi dinlerin yaklaşımından farklı değildir. Örneğin Antik Yunan dünyasında kadın, soylu ve zengin olsa bile bir erkek vasinin himayesi dolayısı ile kabul görmüştür¹⁵. Özgürlerin, yani köle olmayan erkek yurttaşların eşleri, kızları, anneleri hep bir yetişkin ve özgür erkeğin kararları ile yaşamlarına devam edebilirler. On beş yaşından itibaren babası tarafından evlendirilir. Üst tabakadan evli kadın, asla toplumsal bir faaliyete katılamaz. Kendi odası, erkeklerin ev içindeki yaşam alanlarından ayrıdır. Tiyatroya gitmek ya da dinî âyinlere katılmak için nadiren dışarı çıkar ve bu çıkışlarında kendisine yaşlı bir köle eşlik eder. Bu kadın, âyinlerde ya da festivallerde etkin bir biçimde yer alamaz, zira bu durum bir iffet ve soyluluk meselesi olarak görülür.¹⁶

Kadını ahlaki ve sosyal açıdan böyle bir ayrımla nitelemek, hukuk dilinde bütün canlılığı ile mevcudiyetini devam ettiriyor. Bugün yargı kararlarında şaşırarak gördüğümüz; “iffetli kadın/iffetsiz kadın”¹⁷ ayrımı, hafızamızın hukuk yolu ile tazelenmesi olarak kabul edilebilir mi? Anayasa Mahkemesi, herkesin çok iyi hatırladığı gibi, fuhuş yapan kadının bendinin ve onurunun diğer kadınlarınkinden daha değersiz olduğunu söylemiştir. Mahkemeye göre; bu farklılık yüzünden fuhuş yapan kadının onuru, hukuken daha az korunmayı hak eder¹⁸! Bu karardan sonra, 1948 Evrensel İnsan Hak-

¹⁵ Davidoff, s. 212.

¹⁶ Egon Friedell, *Antik Yunan 'ın Kültür Tarihi*, Çev. Necati Aça, Dost Y., Ankara, 2004, s. 184.

¹⁷ AYM Kararı 1988/4 E. 1989/3 K.,21.01.1989 t. karar.

¹⁸ AYM Kararı 1988/4 E. 1989/3 K.,21.01.1989 t. karar. “Irza geçmek ve kaçırmak suçlarının fuhuşu kendine meslek edinen bir kadına karşı işlenmesinde, bu kişinin uğradığı zarar ile aynı eylemlerin iffetli bir kadına karşı yapılması durumunda onun gördüğü zarar eşit sayılamaz, iffetli bir kadının zorla kaçırılması veya ırzına geçilmesi onun onurunu, top-

ları Beyanname'sinde, bütün insanların onurları bakımından eşit olduklarını belirten temel ilkeyi nasıl anlayacağız? Anayasa Mahkemesi, "hanımefendiler" ile "diğer kadınlar" arasında bir onur hiyerarşisi kurmuştur. Bunun yanında, küçük bir ilçede, kasabada yaşayan kadının sokaklarda serbestçe dolaşması hafifliktir, yörenin inançlarına ve davranış kurallarına terstir diyen yargı kararı, ya da evli bir kadının düğün esnasında şarkı söylemesini, dans etmesini sadakatsizlik olarak yorumlayan bir başka Yargıtay kararı¹⁹ nasıl anlaşılmalıdır?

Bu ifadelerin, kadınlara biçilen onurun dereceleri bakımından bir hatırlatma olmasına hiç şaşırılmamalıdır. Çünkü biz dünyanın en eski kanunnameleri olarak anılan Hamburabi kanunlarında örneğin bir "sokak karısı"²⁰ ifadesine rastlıyoruz. Yani, kadınların onuru bakımından hiyerarşiyeye tabi tutulması eski bir gelenektir. Bu düzenlemeye göre, özgür kişi, esas karısı varken bir de kuma alırsa, her iki kadının çocukları miras hakları bakımından eşittir. Ancak, çocuksuz evli bir erkekle birlikte olan "sokak karısı" o kocadan çocuk doğurursa, bu çocuklar adamın varisleri olurlar. Sokak karısına yiyecek, içecek ve elbise verilir, fakat adamın karısı yaşadığı müddetçe çocukların baba evine ayak basamaz²¹.

Geçmişe göndermelere devam edelim: Roma hukukunda da kadının - burada bahsettiğimiz- ergen olamama halinin tescil edilmiştir. Kadının, çocukları ve aile malları konusunda hiçbir hakkı yoktur; zina, yalnızca kadınların işlediği bir suçtur, hattâ kadın, klasik dönemde ailenin bir parçası olarak dahi görülmez. Aile, en yaşlı erkek ile onun evli olsa bile erkek furuundan oluşur, kadınlar bu ailenin dışındadır. Koca öldüğünde, baba otoritesinin anneye geçmesi mümkün değildir, derhal bir vasi tayin olunması gerekir²². Bizans imparatorluğunda ise bunun aksine, aile babası öldüğünde, geride

lumdaki ve yaşadığı ortamdaki saygınlığını, giderilmesi olanaksız ölçüde kıracaktır. Oysa, aynı eylemlerle karşılaşan fuhşu meslek edinmiş bir kadının bu ölçüde zarar gördüğünü ileri sürmek ve kabul etmek güçtür. Fahişe, fuhşu kendisine meslek edinmiş, onu ticarî bir iş kabul etmiş olduğundan bu tür kadınların kişi ve cinsel özgürlükleri iffetli kadınlarınkı kadar bozulmuş sayılamaz."

¹⁹ HGK 1984/2-52 E. 1985/419 K.

²⁰ Ernst Weidner, "Dünyanın En Eski Kanunnameleri Eski Şarkta Yeni Buluntular", Çev. Hasan Sevimcan, *AÜHFD*, 1950, C 7, Sayı 1-4, s.381.

²¹ Agy. s.381.

²² Giovanni Pugliese, "Roma Ailesine Tarihi Bir Bakış", Çev. Ziya Umur, *İÜHFM*, CXXII, Sayı 1-4, s. 347-348.

kalan dul kadın çocuklarının ve ailenin mallarının doğal muhafızı konumundadır. Ancak yeniden evlendiğinde bu hâkimiyeti kaybeder. Bizans dünyasında kadının dul olması, yasal hakları muhafaza bakımından elde tutulan en önemli durumdur. Ancak bu uygulamanın saray ve soylu kesim için geçerli olduğunu belirtmek gerekir. İmparator VI. Leon döneminde (886-912) kadınların mahkemeler önünde tanıklık yapması kesin biçimde yasaklanmıştır. Bununla birlikte “iyi aile kızları ve zengin kadınlar” bu yasağı umursamamışlardır. Bizans kadınlarına yakıştırılan akıl düzeyi konuyu daha da ilginç kılmaktadır. Kadınların, yasayı doğru bir biçimde anlayabileceklerine, doğru ile yanlış ayırt edebileceklerine inanılmadığından, kadınların hüküm giydikleri suçlar zina ve cinayet ile sınırlandırılmıştır²³.

Eski Çin’de de diğer kültürlerde olduğu gibi kız çocuğunun ileride kimle evleneceğine ailesi karar vermektedir ve evlilik bir alım-satım akdidir²⁴. Bu durum bize kişilik haklarını ayaklar altına alan, ama bir gelenek olarak hâlâ gözlemediğimiz başlık parasını hatırlatmalıdır. Kızların çok küçük yaşlarda ve eş adaylarını tanımaksızın evlendirilmesi, tarafların tam ve açık rızalarının arandığı evlilik birlikteliğinin özüne aykırıdır²⁵. Başlık parasının, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi’ne, Anayasa’ya, Medeni Kanun’a, hukuki ve ahlaki ilkelere aykırı olmasına rağmen hâlâ devam etmesini sosyolojik ve ekonomik bir vaka olarak değerlendiren görüşler mevcuttur²⁶. Modern hukuk, bu noktada da toplumdaki yerleşik kötü davranış kalıplarını kıramamış, geleneksel hukuku aşamamıştır. Çocuğunun bedenini bir kazanç ve bedel konusu yapan bu uygulama sonucunda, kızlar istemedikleri kişilerle evlendirilmeye zorlandığından²⁷ kız kaçırma eylemleri artmaktadır, aileler arasında husumetlere ve kan davalarına yol açmaktadır²⁸. Bir

23 Barbara Hill, *Bizans İmparatorluk Kadınları, İktidar, Himaye ve İdeoloji*, Çev. Elif Gökteke Tut, Tarih Vakfı Yurt Yayınları, İstanbul, 2003, s. 17.

24 Recai Galip Okandan, *Umumi Hukuk Tarihi*, İstanbul, 1951, s. 36 vd.

25 Bilal Köseoğlu, “Ailenin Şiddetten Korunması”, *TBB Dergisi*, sayı 77, 2008, s. 311.

26 Başlık parası uygulamasının ahlaka aykırı olmadığını savunanlar da vardır. Buna göre, başlık parası Türk aile hukukunu şekillendiren temel ilkelere aykırı olmasına rağmen, halkın şuurunda yaşamaktadır, bu nedenle de ahlaka aykırılığının ileri sürülmesi isbetli değildir. Yıldız Abik, “Nişanlanma ve Nişanlılık”, *AÜHFİD*, C 54, Sayı 2, 2005, s. 150.

27 Y11HD,15.11.1976 t. 4887 E., 4912 K.

28 Mustafa Şenay Tanoruç, “Anayasa Hukuku Açısından Başlık Parası Geleneği”, <http://www.akader.info/sbard/sayilar/2005Eylul/5.pdf> (15.08.2009).

alım-satım akdine kurban edilen kızın kendi yaşamına dair hiçbir söz söyleme hakkı yoktur. Bunun gibi, ülkemizde hâlâ rastlanan bir başka uygulama da kocası ölen kadının kayınbiraderi ile evlendirilmesidir. Levirat olarak adlandırılan bu durumun, Hititlerde bir yasa kuralı olarak düzenlendiğini belirtmeliyiz.

Bazı ilkel toplumlarda, anaerkilliğin geçerli olduğu bir düzenden bahsedilerek, kadının statüsünün ve değerinin modern toplumlardakinden daha farklı olduğu yönünde yaygın bir söyleme rastlıyoruz. Kadın benliği için bir altın çağ arayışıdır bu. Antropolojik araştırmalar bize gösteriyor ki anasoylu toplumlarda, kadın kocasının değil erkek kardeşinin ya da babasının vesayeti altındadır. Kadın toplumun genelini etkileyecek alanlarda aktif olarak yer alamaz. Örneğin kabile toplantılarına katılamaz, deniz seferlerine ya da avcılığa çıkamaz, festivallere veya törensel âyinlere dair konuşamaz. Anasoyluluğu benimsemiş bu toplumlarda “dayı” figürü kocanın yerini alırken, kadının toplum içindeki yeri değişmemiştir²⁹.

Hammurabi kanunlarında, nüfus artışı bir siyasi ve sosyal sorumluluk olarak görüldüğünden, ailenin cinsel yaşamı yasalarla düzenlenmiştir³⁰. Dolayısıyla bu alan da eskiden beri hukuk tarafından denetim altına alınmıştır. Yargıtayımızın verdiği bir kararda, evli çiftlerin biyolojik ya da psikolojik nedenlerle cinsel ilişki kuramaması eşlerin ruhsal bütünlüğünü bozucu bir unsur olarak değerlendirilmiştir³¹.

Toplumumuz, kadını daha çocuk yaşlardan anne olmaya koşullandırmamanın bir sonucu olarak, evlenmeyi ya da çocuk doğurmayı bir sosyal zorunluluk, bir varoluş sorunu olarak görmektedir. Bir bakıma kız çocuğu, kendisine verilen değer, çocuk dünyaya getirerek bir ailenin kurucu ögesi olması ile örtüştüğüne inandırılmaktadır³². Doğurmanın bugün bile bir tercih olması düşünülmez. Bir fedakârlık olarak yüceltilen anne olma hali, kadınlar

29 B. Malinowski, *Vahşilerin Cinsel Yaşamı*, Çev. Saadet Özkal, Kabalcı Y., İstanbul, 1992, s. 20 vd.; Marvin Harris, *Yamyamlar ve Krallar Kültürlerin Kökenleri*, Çev.M.Fatih Gümüş, İmge Y., Ankara, 1994, s.87 vd.

30 Weidner, s.381.

31 YHGK. 14.5.1975 tarih 362-627 sayılı Y.2.H.D'nin 24.5.1983 tarihli ve 4572-4689 sayılı kararları; Y2HD, 95/7117 E.95/9764 K., 3.10.1995 t. karar.

32 Şengül Altan Arslan, *Ders Kitaplarında Cinsiyetçilik*, Başbakanlık Kadının Statüsü ve Sorunları Genel Müdürlüğü, Ankara, 2000, s. 34-39.

arasında sanki bir statü farklılığı gibi sunulur ve bu talebi reddeden kadın toplum tarafından kınanır³³. Kadının ve ailenin korunması ilkesinde de aynı rol modelin kabul edildiğini görüyoruz. Kadının korunması, cinsiyetinden dolayı bir kayırmadan ötürü değil, biyolojik farklılık sonucu “anne olması” nedeniyle korunmasıdır³⁴. Yani kadın, kendiliğinden bir değer olduğu için değil, potansiyel olarak nüfus artışına verdiği destek nedeniyle korunmalıdır! Yargıtay birçok kararında da açıkça dile getirildiği üzere, kısırlık olgusunu tek başına bir boşanma nedeni olarak kabul etmemiştir. Buna karşılık yine Yargıtay’a göre; eşlerden birinin kendi iradesi dışında maruz kaldığı bir rahatsızlık sebebiyle ya hiç çocuk sahibi olamaması ya da sağlıklı çocuklara sahip olamaması bir çeşit "semavi âfet"³⁵tir. Karara göre, eşlerin birlikte göğüslemeleri gereken böyle bir durumda sağlıklı eşin boşanmayı istemesi meşru, haklı, adil ve iyi niyetli bir düşünce olarak kabul edilemez. Burada, eşlerden çocuk doğurma yetisine sahip olanın “sağlıklı” olarak nitelenmesi, bu yetiden yoksun olan eşin sağlıksız ya da hasta olduğunu mu gösteriyor? Burada sınırlı olarak değindiğimiz örneklerden hareket ederek; modern hukukun geçmişin kadına ilişkin düzenlemelerinden yana saf tuttuğunu göstermek abartılı olmayacaktır.

B-Medeni Nikâhın Getirdiği Koruma Şemsiyesi ile Korunan Aile ve Dolayısı ile Korunan Kadın

Anayasanın 41. maddesindeki düzenleme ile devlet, ailenin korunmasına ilişkin bazı görevler üstlenmiştir. Devlet, toplumun temeli olarak tanımladığı ailenin, aile içi yaşam koşullarının düzenlenmesi, iyileştirilmesi yükümlülüğü altındadır. Bu doğrultuda çıkarılan 4320 sayılı yasanın amacı, bazı hukukçulara göre bireyin değil, ailenin korunmasıdır. Dolayısı ile nikâhsız birliktelikler aile olarak kabul edilmemiş, bu beraberlikler yasanın koruma

33 Tuğba Yavuziş, “Evlilik ve Kadının Yabancılaşması”, *Necla Arat’a Armağan*, Beta Y., İstanbul, 2004, s. 422.

34 Fulya Kantarcıoğlu, “Anayasa Mahkemesi Kararlarına Göre Farklı Cinslerin Eşitliği”, *Farklı Cinslerin Eşitliği Sempozyumu*, 17-18 Mayıs 1998, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Y., İzmir, 1998, s. 55.

35 Y2HD, 90/10764 E.91/2883 K.18.2.1991; Kan uyuşmazlığı nedeniyle eşlerin çocuk sahibi olamaması, yasa bakımından korunmaya değer bir mazeret değildir. 25.9.1974 t, 74/4451 E.,74/5279 K.sayılı karar.

kapsamına alınmamıştır³⁶. Bazıları için, 4320 sayılı kanunun amacı aileyi değil, aile içi ilişkilerinde şiddete uğrayan mağduru korumaktır³⁷. Aslında sözkonusu yasanın amacı, ne tek başına bireyi, ne de tek başına aileyi korumaktır. Yasa, aile içi şiddeti önlemek yolu ile aile birliğinin korunmasını ve bu birliğin devamını amaçlamaktadır³⁸. Bununla birlikte, dinî nikâhlı birlik-teliklerin Medeni Kanun açısından “yok” hükmünde, Ceza Kanunu bakımından suç sayılması resmî evliliğin getirdiği statü ile aile kurumu arasında bir ikilem yaratmaktadır³⁹. Yasa koyucu, Medeni Kanun bakımından “yok” hükmündeki durumu koruma altına almamış, ülkemizde oranı hiç de azımsanmayacak olan “imam nikâhlı” birliktelikleri aile birlikteliği olarak görmemiştir⁴⁰. Bu konuda hukuki tartışmaları daha da alevlendirecek bazı kararlara değinmek yerinde olacaktır.

Dava konusu, yöresel âdetlere göre yapılan evlilik sonrası, davalı erkeğin resmî nikâh yapmaya yanaşmaması üzerine, yöresel evlilik gerçekleştirilir-

36 İzzet Doğan, “Kadına Yönelik Şiddet, Uluslararası Belgeler, 4320 sayılı Ailenin Korunması Yasasına İlişkin Yasa ve Bu Yasada Yapılan Değişiklikler Üzerine Bir İnceleme”, *Legal Hukuk Dergisi*, 2009, Sayı 74, s. 431.

37 Emel Badur, “Ailenin Korunması Alanındaki Son Gelişmeler”, *TBB Dergisi*, 2009, Sayı 84, s. 73.

38 AYM kararı, 1999/35 E., 2002/104 K., 12.11.2002 t. karar; “Anayasa’nın ‘Ailenin korunması’ başlıklı 41. maddesinde, Devlete aileye yönelik bazı görevler yükleyerek aile kurumuna anayasal güvence sağlanmak istenmiştir. Devlete yüklenen tüm koruma görevlerinin aile içi koşulların düzeltilmesi, iyileştirilmesiyle ilgili olduğu açıktır. Amaç karı, koca ve çocuklardan oluşan ailenin birlik ve bütünlüğünü korumaktır. Bu nedenle 4320 sayılı Yasa’yla kanun koyucu Anayasa’nın 41. Maddesinin emrettiği düzenlemelerden birini yerine getirmiştir.”

39 AYM Kararı, 1999/27 E. 1999/42 K., 24.11.1999 t. karar; Kararda özetle evlendirme memuru önünde yapılmayan evlenmelerin kanun dışı birleşme olarak kabul edildiğine, dinî esaslara göre yapılan evlenme akdinden vatandaşların bir anda vazgeçemediğine, bunun yanında, çeşitli sebeplerle eski hukuk hükümlerine göre birleşmelerin devam ettiğine değinilmiştir. Bu durumda, kanun önünde evlilik yok sayıldığından, dinî nikâh ile gerçekleştirilen birlikteliklerin, kadının evlilikten doğan haklarından mahrum kalmasına yol açtığı belirtilmektedir.

40 Bununla birlikte, Yargıtay Ceza Genel Kurulu 8.7.1985 gün ve 1-494/438 sayılı, 24.4.1989 gün ve 1-99/159 sayılı kararlarında, aralarında nikâh akdi olmaksızın imam nikâhıyla evlenen kadın ve erkekten, kadının bir başkasıyla ilişkisini öğrenen erkeğin, kadını öldürmesinde, erkek lehine TCK’nun 51. maddesinin uygulanması gerektiğine karar vermiştir. “Toplumumuzda sürdürülen gayrresmî evliliklere de, resmî evlilikler kadar değer verildiği bilinen bir gerçektir. Gayrresmî de olsa sanığın eşi bildiği ve birlikte yaşadığı kadının bir başkasıyla cinsel ilişkiye girmesinden duyacağı sadakat sözüne ihanetin verdiği elem ve gazabın önemli boyutlara ulaştığının kabulünde zorunluluk vardır.”

ken kadına “mehir” adı altında verilen altının (100 gram) bedelinin iadesi ve manevi tazminat talebidir. Yargıtaya göre, davalının altın bileziği davacıdan alarak bozdurmuş olması ve kendi borçları için kullandığı tesbit edilmiştir. Gayriresmî evlilik dahi olsa, davalı eşin evin ihtiyaçlarını giderme yükümlülüğü vardır. Davacının şahsi eşyası olan altınlar satılarak evin ortak ihtiyaçları giderilemez, dolayısı ile mehir olarak verilen altınların bedeline hükmedilmelidir⁴¹. Bu kararın dayanakları, dinsel ve yöresel âdetlere göre gerçekleştirilen evlilikleri, Medeni Kanun’a uygun gerçekleştirilen evliliklerle aynı hükümlere tabi tutması bakımından tehlikeli görülmüştür⁴². Buna göre, mehir olarak verilen altınlar, resmî bir nikâh akdi olmaksızın evliymiş gibi bir arada yaşayan erkeğin kadına verdiği bir bedeldir. Altınlar ahlaka aykırı bir nedenle verildiğinden BK 65. madde uygulanmalıdır;⁴³ başka bir deyişle hukuka ve ahlaka aykırı bir amaç gerçekleştirmek için verilen şey geri istenemez.

Yargıtay, bir başka kararında yukarıdaki eleştiriye paralel bir görüş ortaya koymaktadır. Bilindiği gibi, nişanlılık, kanun tarafından tanımlanmamış olmakla birlikte, evliliğe hazırlık dönemi olarak kabul görmektedir ve taraflar bu hazırlığı yaparken ileride evliliğin gerçekleşeceğine tam bir güven duymak isterler. Bu yüzden, tarafların evlenme niyeti olmadan birlikte yaşaması, nişanlanma sayılmamaktadır⁴⁴. Ancak sorunun başka bir ahlaki yönü var. Evlilik dışı beraberliklere nişanlanma hükümleri uygulanarak, yapılan parasal yardımlar ve verilen hediyeler “ortak yaşamın” diğer tarafından istenebilir mi? Yargıtayımıza göre, tarafların bir araya gelerek iki sene, nikâhsız karı-koca gibi birlikte yaşamaları nişanlanma mahiyetinde değildir. Dolayısı ile bu süre zarfında tarafların birbirlerine verdikleri hediyelerin “nişan hediyesi” adı altında geri istenemeyeceği karara bağlanmıştır. Ancak

41 Y4HD, 2005/29 E. 2005/13922 K. 22.12.2005 t. karar.

42 Mustafa Alper Gümüş, “Yargıtay 2. ve 4. Hukuk Daireleri’nin Aile Hukukuna İlişkin Bir Kısım Kararları Üzerine Düşünceler”, *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2007, Sayı 1, s. 422.

43 Agy. s. 423.

44 Yıldız Abik, “Nişanlanma ve Nişanlılık”, *AÜHFD*, C 54, Sayı 2, 2005, s. 71.

kararda geçen “meşru olmayan bir maksadın istihali”⁴⁵ ile tanımlanmış ilişki biçimi açıklanmaya muhtaçtır.

Sadece aynı çatı altında yaşama vakasını, hukuken aile olarak kabul edebilir miyiz? Bu ilişkiye hukuken bir kimlik tanıyabilir miyiz? Müşterek bir evde yaşama ilişkisi kurmaya yetecek herhangi bir bağ ne anlama gelir? 4320 sayılı Ailenin Korunması yasasında belirtilen koruma yalnız resmî nikâhlı birliktelikler için mi geçerli sayılacaktır?

Ülkemizde kadının geleneklerle kuşatılmışlığını görmek bakımından, Ankara 8. Aile Mahkemesi’nin E.2008/108, K.2008/107, 18.12.2008 tarihli kararını büyük bir zihniyet değişikliğinin başlangıcı olarak kabul etmek gerekir. Bu kararda, mahkeme, tarafların resmî nikâh olmadan birlikte yaşamasının, 4320 sayılı “Ailenin Korunması”na dair yasanın uygulanmasına bir engel oluşturmadığına hükmetmiştir. Buna göre, öncelikle yasanın koruma kapsamının resmî evlilikle sınırlandırıldığına ilişkin bir anlatım bulunmamaktadır. Buradan hareketle tarafların “yakın yaşam” arkadaşı olarak uzun süredir bir arada yaşamasının sosyolojik anlamda bir aile kurulması için yeterli olduğu sonucuna ulaşılmıştır. Yasanın nihai amacı, kadın ve erkek arasında eşit olmayan güç ilişkisinden kaynaklanan kadına yönelik şiddeti önlemektir. O halde, resmî nikâh olmaksızın yaşanan birlikteliklerde de şiddet gören kadın yasanın korumasından yararlandırılmalıdır.

Kararda, ülkemizde yerel mahkemelerin kararlarında pek de alışık olmadığımız biçimde CEDAW sözleşmesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin yakın yaşam arkadaşlığını aile sayan kararları referans alınarak uluslararası hukukun bağlayıcılığına değinilmiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi için evliliğin biçimsel koşulları değil, eylemsel olarak aile olup olmamak önem-

45 Y13HD 2006/355 E., 2006/6349 K., 24.4.2006 t. karar; “Davacı ile davalının bir araya gelerek iki sene karı koca gibi yaşadıkları, daha sonra geçinemeyerek ayrıldıkları anlaşılmaktadır. Tarafların iki sene nikâhsız yaşamaları bu birleşmenin kanuni ve medeni evlenmeye tekaddüm eden bir nişanlanma mahiyetinde olmadığını göstermektedir. Bu nedenle davacının davalıya verdiği ve yaptığı harcamaların meşru olmayan bir maksadın istihali için verilmiş bir paradan ibaret olduğunu kabul zarureti vardır. Borçlar Kanunu’nun 65. maddesine göre gayri ahlaki bir amacı sağlamak için verilen şeylerin geri alınması mümkün değildir. Nişanın bozulmasında hediyelerin iadesi ile ilgili hükümlerin burada kıyasen uygulanması yoluna gidilerek davanın kısmen kabulünde isabet yoktur.”

lidir. AİHM'ne göre, Sözleşme'nin 8. maddesinde düzenlenen "aile", anne-baba ile yasal olsun olmasın onların çocukları arasındaki ilişkiyi kapsar⁴⁶.

Ülkemizin aileye dair hukuki sorunlarını tartışmak bakımından AİHM'nin Şerife Yiğit/Türkiye (Başvuru No:3976/05-20 Ocak 2009) davasında getirilen yorum daha da dikkat çekicidir.⁴⁷ Bu karar, gerek Medeni Kanun'un düzenlemeleri, gerek sosyal devletin aile kurumuna yaklaşımı açısından, toplumumuzdaki fiilî durumu tüm çelişkileri ile ortaya koymaktadır.

Şerife Yiğit, uzun yıllar imam nikâhı ile birlikte yaşadığı eşi ve çocuklarının babası olan kocasının ölümü üzerine kocasının emeklilik maaşından yararlanma talebinin Türkiye mahkemelerinde reddedilmesinden sonra, AİHM'ne müracaat etmiştir. Hükümetin savunmasına göre, ülkemizde yasalar, imam nikâhını tanımadığı gibi evlilik bağının kurulmasında yalnızca resmî nikâh geçerli saymaktadır. Diğer taraftan, önce yasal geçerliliği olan resmî nikâhı yapmadan imam nikâhıyla evlenmek yeni Ceza Kanunu'nun 230. maddesi kapsamında bir suçtur. Hükümet ayrıca, Anayasa'nın 41. maddesinin ailenin Türk toplumunun temelini oluşturduğunu ve yasalar vasıtasıyla evlilik için getirilen kısıtlama ve şartların demokratik bir toplum için gerekli olduğunu vurgulamıştır. Türkiye Cumhuriyeti laik bir devlet yapısına sahip olduğundan, dinî nikâh resmî nikâh olarak geçerli olamaz, kaldı ki böyle bir evlilik hem geçersiz hem de yok sayılmaktadır. Dolayısı ile yasaların gereğini tam olarak yerine getirmeyenler evlilik haklarından ve evlilik kurumundan doğan yasal sonuçlardan yararlanamaz.

Bu iddialara itiraz eden başvuru sahibi, mahkeme kararlarında ve duruşma tutanaklarında soyadının eşininki gibi Koç olarak yazıldığını vurgulamış, imam nikâhının gelenek ve göreneklere dayalı bir Türkiye gerçeği olduğunu belirtmiştir. Şerife Yiğit, kendisinin Ö.K. ile resmi nikâhlı olmaması gerekçe

⁴⁶ Bkz. Osman Doğru, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları*, Legal Y.,C I, İstanbul, 2004, s. 311-318; Çocuk ile anne arasında kurulan nesep bağı, tanıma ya da evlat edinme gibi yollara başvurmadan kurulur. Bu, "doğal aile" ilkesinin benimsendiğini gösterir bir yaklaşımdır. Mahkeme, 1970'lerin sonunda çıkan, Belçika'ya karşı Marckx kararında, evlilik dışı ilişkiden doğan çocukla annesi arasındaki hukuki bağ ile ilgili olarak, Avrupa Konseyi üyesi ülkelerin büyük çoğunluğundaki uygulamadan bahisle, evlilik içi ve evlilik dışında doğan çocuklar arasında yapılan ayrımcı uygulamaların, sözleşmenin 8. ve 14. maddelerini ihlal ettiği kararına varmıştır.

⁴⁷ www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihm/karar/serifeyigit.12.05.2009.doc (10.09.2009)

gösterilerek sosyal haklardan mahrum edilmesine itiraz etmektedir. Ayrıca, böyle durumlarda erkeklerin değil sadece kadınların mağdur olduğunu belirtmektedir. Bu konuda, yasaların kadınları korumadığını ileri süren Yiğit, ulusal makamların durumdan haberdar olduğu halde bu durumu düzeltmek için herhangi bir girişimde bulunmadığını savunmaktadır⁴⁸.

AIHM'ne göre, bazı ülkelerde geleneksel resmî nikâh dışında istikrarlı bir müşterek yaşam sürdüren nikâhsız çiftler veya medeni ortaklıkların kabul karşılandığı, hattâ kabul gördüğü bir sosyal eğilimin yasama organı tarafından da desteklendiği görülmektedir. Bununla birlikte Türk hukukunda aynı veya ayrı cinsiyetten iki kişinin resmî nikâh dışında medeni ortaklık oluşturarak resmî nikâhlı bir çiftle aynı veya benzer haklara sahip olmalarını sağlayacak hukuki bir düzenleme yoktur. **“AIHM, Sözleşmecî Devletlere tanınan takdir hakkı nedeniyle bu alanda yasal düzenlemeler yapılmasını talep edemez. Hâlihazırda, yürürlükteki ulusal kanunlara göre bir imam tarafından kıyılan imam nikâhı üçüncü şahıslar ve devlet nezdinde herhangi bir yükümlülük oluşturamaz. Başvuranın ileri sürdüğü savlardan bağımsız olarak, buradaki esas belirleyici unsur, uzun süreli ve sağlam bir ilişkinin varlığı değil, tüm hak ve yükümlülüklerin akdî olarak belirtildiği resmî bir taahhüdün var olup olmadığıdır. Bağlayıcı bir yasal anlaşmanın yokluğunda, Türk yasama organının sadece resmî nikâhı koruma altına alması mantıksız sayılamaz.”**⁴⁹.

Mahkeme, sözleşmenin 8. maddesinde yer alan aile hayatının korunması teminatının evlilik içi aile ve aile yaşamı için olduğu kadar evlilik dışı aile ve aile yaşamı için de geçerli olduğunu belirtmiştir⁵⁰. “Aile” kavramı yalnızca

48 AYM de resmî nikâhlı birliktelikler ile dinî nikâhlı birlikteliklerin Türk aile yaşamı için bir ikilem olduğunu teyit etmiştir. AYM Kararı, 1999/27 E. 1999/42 K.24.11.1999 t. karar; “Türk Medeni Kanunu’nun amacı, kabul edilen resmî nikâh müessesesi ile kadının sosyal konumunu güçlendirmek, aileyi, ana ve çocukları korumaktır...Aralarında resmî nikâh bağı olmaksızın bir arada yaşayanlarla evlenme istek ve iradesiyle dinî nikâh yapanlar aynı hukuksal konumda değildir... Anayasa’nın 41. maddesinde de, ailenin Türk toplumunun temeli olduğu ve Devletin, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunmasını... sağlamak için gerekli tedbirleri alacağı ve teşkilatı kuracağı belirtilerek, ailenin ve özellikle ananın ve çocukların korunması devlete bir görev olarak verilmiştir.”

49 www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihm/karar/serifeyigit.12.05.2009.doc; italik ve bold kısımlar yazar tarafından vurguyu belirtmek amacıyla yapılmıştır.

50 Belçika aleyhine Marckx davası; bkz. Osman Doğru, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları*, Legal Y., C I, İstanbul, 2004, s. 311-318.

resmî nikâh üzerine kurulu ilişkilerle sınırlı olmayıp, evlilik dışı birlikte yaşayan çiftlerde olduğu gibi diğer *de facto* “ailesel” ilişkileri de içine alabilmektedir⁵¹. Mahkeme, resmî nikâhsız olarak yaşayan çiftlerin hukuksal durumuna dair Türkiye’de hukuki bir boşluk olduğunu söylemekte, Türk hukukunda imam nikâhının yeri ile bunun toplumda doğurduğu sonuçlar hakkında herhangi bir karar verme yetkisinin olmadığını belirtmektedir. O halde devletin, resmî nikâh yolu ile kurulan birliktelikleri, aile oluştursa bile diğer birlikteliklerden farklı görmesi ve yalnızca bu yolla kurulan evlilikleri koruma altına alması makul görülmelidir.

SONUÇ

Geçmiş uygarlıkların hukuk dünyasında, kadının yeri neredeyse şaşmaz biçimde aynıdır. Kadın, evlenene kadar babasının ya da ağabeyinin, evlendikten sonra kocasının ya da büyük oğlunun otoritesi altındadır. Kadının bir insan olarak onurunun “kendiliğinden” kabulü sözkonusu değildir. Üstelik kadının belli bir toplumsal saygınlığa ulaşması için bazı özellikleri taşıması gerekmiştir. Bunlar, kadının evli ya da bir şekilde velayet altında olması, anne olması yani toplumsal nüfusu besleyen potansiyel güç olması ya da yaş alması yani cinsel kimliğini yıllarla birlikte arka plana atması gibi değişkenlerdir.

Doğurduğu çocuğa kendi soyadını verememesi⁵², kürtaj hakkı, evlilik içinde cinsel birleşmeyi reddetme hakkından başlamak üzere kadının cinsel varlığı, sosyal dokudan güç alan hukuki düzenlemelerle soyutlanmıştır. Bu soyutlama, kadının bedeninin, hukuk tarafından bir terbiyeye⁵³ tabi tutulması, eril dünyanın ahlaki standartlarına uydurulmasıdır. Bu bedensel kimlik, kadının yaşamının her aşamasında, toplumun uygun gördüğü ahlaki standartlara göre yeniden kurulmaktadır. Günlük dilimize yerleşen cinsiyetçi anlatım biçimleri, kadının yaşamında belli dönemlere denk düşer. Toplum, kız çocuğunu ve genç kıza birer potansiyel anne olarak gördüğü için, evli ya

51 Johnston ve diğerleri davası; bkz. Osman Doğru, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları*, Legal Y., C II, İstanbul, 2004, s. 213 vd.

52 AYM 2005/114 E.2009/105 K., 2.7.2009 t. karar. Anayasa Mahkemesi bu kararında, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nun 321 maddesinde yeralan anne ve babası evli olmayan çocukların annesinin soyadını almasına ilişkin düzenlemeyi Anayasa’ya aykırı bularak iptal etmiştir.

53 Cemal Bali Akal, *İktidarın Üç Yüzü*, Dost Y., Ankara, 2001, s. 220-233.

da bakire kadını iffetli gördüğü için, yaşı ilerlemiş bir kadını artık kocasının ve erkek evlatlarının saygısını hak eden bir büyükanne olarak gördüğü için bu zihniyetin her bir bölümüne belli bir cinsel anlam yüklemiştir.

Başlangıçta da söylediğimiz gibi; ergen olmak, özgür olmayı gerektirir, özgürleşemeyen insan birey de olamaz. Birey olamayan kadın, kendini diğerleri ile eşit görmediği gibi erkekler de onunla eşit seviyede olmak istemezler. Kadın ve erkeğin eşitliğinin sağlanması, 1982 Anayasası'nın 10. maddesine göre devletin görevidir. Buradaki kadın, yine Anayasa'nın 41. maddesinde Türk toplumunun temeli niteliğindeki resmî nikâhla kurulu aile içinde eş olan kadın mıdır, yoksa birey olan kadın mıdır? Buradaki belirleme, resmî nikâh akdine dayanmayan birlikteliklerin hukuki niteliğini belirlemede birinci adım olacaktır. Bir de kadın gerçekten bu özgürlüğü ve birey olmayı istiyor mu? Bence samimiyetle cevaplanması gereken soru budur. Yani, erkeğin tahakümünü pekiştiren ve teyit eden hukuku konuşalım ama kadınlar burada bahsedilen nişanlanma, evlenme, boşanma olgularına nasıl bakıyorlar? Kadın, kendisinden tam bir itaat ve sadakat bekleyen geleneksel toplumun dokusunu bozguna uğratmakta ve akla sahip çıkmakta ne kadar gayret gösteriyor?

Zorla evlendirilmemek için bedenini yakan ya da namus cinayetlerine kurban edilen genç kızlar, yardım kuyruklarında bekleyen anneler ve televizyon yolu ile izdivaç yapmak isteyen kadınların durumu; bu toplumun diğer kadınlarını hiç düşündürmüyor mu? Kendi öznel yaşamının dayatmalarını, diğer kadınlarda gördükleri ile ilişkilendirmediği sürece bu kadının dramı sürüp gidecektir ve korkarım biz de bir araya gelip birbirimize güzellik ve bereket tanrıçaları armağan etmeye devam edeceğiz.

DİRENME HAKKI, MEŞRULUĞU VE PRATİK DEĞERİ

*Dr. Ömer ÖMEROĞLU**

GİRİŞ

Devletin en önemli görevi birey hak ve özgürlüklerini korumaktır. Kendisi kurup geliştirdiği hukuksal kurumlarla devlet hem kendini sınırlamakta hem de özgürlükleri güvence altına almaktadır. Hukuk kurumları amacına uygun işletildiği sürece özgürlükler güvence altında kalırlar. Ancak, bazı durumlarda özgürlüklerin korunması konusunda hukuk kurumlarının aşılması olanaksız engeller oluşturmadığı¹ kötü niyetli siyasi iktidarların bu kurumları işlemez hale getirerek, baskı rejimi kurabildikleri görülebilmektedir².

Hukuksal fren mekanizmalarına bağlı olma geleneği bulunmayan ve bu şekilde meşruluğunu yitiren siyasi iktidarların hukuk yoluyla siyasal sürecin dışına çıkartılmaması halinde ne olacağı tartışma konusu olmuştur³.

Bu tartışma bireylerin baskıya karşı direnme hakkı olup olmadığı değerlendirilmesini yapmayı gerektirmektedir.

Direnmenin bir hak olup olmadığının değerlendirilmesinin yanında pratikte nereye kadar gidebileceğinin ve meşruluğunun da irdelenmesi zorunludur.

Bunun için her şeyden önce doktrindeki gelişimi incelemek uygun olur.

* Aliğa C.Başsavcısı.

1 Münci Kapani: Kamu Hürriyetleri, Ankara 1981, s.301.

2 Tahsin Bekir Balta: Kısa İdare Hukuku, Cilt 1, Ankara 1970, s.13.

3 Yahya Kazım Zabunluğ: Ders Notları, Ankara 1989, s.210; Ahmet Taşkın: “ Baskıya Karşı Direnme Hakkı,”TBBB, S:52, Mayıs- Haziran 2004, s.37 vd; Vahap Coşkun: “Direnme Hakkı”, HFSA, S:5, 2002, s.52 vd.

I. DOKTRİNDE DİRENME HAKKI:

1-Eski Çağda Direnme Hakkı:

Siyasal düşünceler tarihinde insan düşüncesinin eskiden beri zulme karşı direnme ile meşgul olduğunu görüyoruz. Ancak eski çağda bu konuda bir doktrin oluşmamıştır. Eski Yunan'ın en büyük iki filozofu sayılan Platon ve Aristo'da, kişiye değer veren, ona devlet içinde ve devlete karşı herhangi bir hak tanıyan düşüncenin izine rastlamıyoruz. Özellikle Aristo iktidarı ilahi kanunlarla, Platon ise örf ve adetle sınırlamaktadır⁴.

Sokrates yetmiş yaşında iken gençliği baştan çıkarmak ve Atina'ya yeni tanrılar getirmekle suçlanmıştır. Belki Sokrates'in buradaki savunması pasif bir direniş sayılabilir. Ancak Sokrates bu halde bile site kanunlarına itaati emretmiştir. Hapishaneden kaçabilme imkanı varken, sarsılmaz bir ödev duygusuyla, kaçmayarak 399 yılında zehir içerek ölmüştür⁵.

Çiçero, fertler üzerinde sevgiyi ve adaleti hakim kalması gereken hükümdarın bu esaslardan uzaklaşması halinde, bu hükümet şeklinin despotluğa dönüşeceğini, bunun gerçekleşmesi halinde ona karşı tepkilerin başlayacağını ve despotluğun halk tarafından yıkılabileceğini savunarak, direnme hakkını kabul etmiştir⁶.

2-Ortaçağda Direnme Hakkı:

Ortaçağda kilisenin güç kazanarak siyasi iktidarlara kiliseler arasında oluşan iktidar çatışması, düşünürleri direnmeyi bir hak olarak kabule götürmüştür.

John Salisbury devleti tıpkı bir beden gibi düşünürken⁷ adalete ve hak duygusuna değer vermeyen, atık şeytanca kötülüklerin sembolü haline gel-

4 Yahya Kazım Zabunoğlu: (Bir Hukuk ve Siyasal Bilim Problemi Olarak) Devlet Kudretinin Sınırlanması-Doktora Tezi-Ankara 1963, s.32-33.

5 Macit Gökberg, Felsefe Tarihi, İstanbul 1961, s.48.

6 Recai Galip Okandan, Umumi Amme Hukuku, İstanbul 1966, s.170.

7 Ahmet Cemal: Sosyal Bilimlerde Temel Kavramlar, Eskişehir 2005, s.101.

miş, arzuladığı her şeye kanun niteliği veren, bireylere özgürlük tanımayan ve baskı altında tutan hükümdarın öldürülmesi gerektiğini kabul etmiştir⁸.

Ortaçağda direnme hakkını ciddi biçimde inceleyen düşünür. Thomas Aquinas olmuştur. Aslında yönetim biçimi olarak krallığı benimseyen düşünür bu yönetim şeklinin bozulmalara açık olduğunu da değerlendirerek iktidardayken ya da iktidarı zorla ele geçirerek zorbaca yönetim sergileyen yönetenlerin devrilmesini hatta bunun bir kişi tarafından değil tüm toplumca yapılmasını istemiştir⁹.

Siyasi iktidarın egemenliğin kaynağını halktan aldığını kabul eden Marsilius Patavinus'un en önemli ideali, iktidarı kötüye kullanan yöneticilere karşı bireylerin itaatsizlik ve iktidarı devirmeye varan bir direnme hakkı olduğunu kabul ettirmek olmuştur¹⁰.

Batı Hıristiyan düşüncesinde reformasyonla direnme yine ön plana çıkmıştır. İşin başında direnme olayını, direnmenin hukukileşmesi keyfiyetinin reformasyonla bağlantılı olduğunu kabul etmek zordur. Bu daha çok olayların gelişmesinden doğan bir sonuçtur. Reformun öncüleri olan Luther ve Calvin'in herhangi bir direnme fikrini desteklemiş oldukları ileri sürülemez. Ancak bir günde onbinlerce protestanın sırf bu düşüncelerinden dolayı katoliklerce katledilmesi direnme problemini tekrar ortaya çıkarmıştır. Bundan sonra, Protestan yazarlar toplu bir kampanyaya girişerek, birbiri arkasına yayınladıkları, zulme karşı her tür yoldan direnmenin meşruluğu tezini işlemişlerdir¹¹.

Ortaçağda İslam düşünürlerinden İbn-i Sina ve El Gazali de, meşruluk dışına çıkan ve iktidarını İslam ilkeleri dışında zorla sürdürmek yoluna sapan

8 Okandan: age, s.207, Ayrıntılı bilgi için bkz. Mehmet Ali Ağaoğulları-Levent Köker: İmparatorluktan Tanrı Devletine, Ankara 2006, s.202 vd. Edward Rubin: “ Judicial Review and the Right To Resist”, The Georgetown Law, Journal, Vol:97:61, s.70 vd.

9 İlhan F. Akın: Kamu Hukuku, İstanbul 1987, s.59, Aquinas'ın yönetim tiraniye de dönüşse yönetenlerin eylemlerinin tölere edilmesi gerektiği yolundaki görüşü için bkz. Sara A. Gasser: “Aquinas and Locke on Politics”, <http://rebirthofreason.com> (Erişim tarihi 16.05.2009).

10 Aynı yönde Jan-Erik Lane: Constitutions and Political Theory, Manchester 1996, s.27.

11 Bkz. Zabunoğlu: Ders Notları, age, s.213-214, Aynı yönde Rubin: agm, s.79 vd.

yöneticilere karşı koyup onları görevden uzaklaştırmak hakkından, hatta ödevinden sözeden görüşlere rastlanıyor¹².

Yine İslam düşünürlerinden İbn-i Taimiyya da Tanrının emirlerine aykırı hareket eden yöneticilere itaat gerekmediğini savunmuştur¹³.

3. Yeni Çağlarda Direnme Hakkı:

Yeni çağlarda, dinsel nedenlerden arınmış biçimiyle, özellikle Onyedinci Yüzyılın İngiliz düşünürü John Locke tarafından savunulmuştur. Toplum sözleşmesiyle tabiat halinden devlete geçen halk yöneticilere sadece cezalandırma yetkisini devretmiştir. Yönetenleri yed-i emine benzeten Locke, bu insanların yönetilenlerin doğal haklarını çiğnemeye başladıkları zaman ihtilalin bireyler için bir hak haline geleceğini savunmuştur. Ona göre bu halde direnme sadece hak değil, aynı zamanda ödev niteliğini alır¹⁴.

Düşünüre göre direnme hakkının doğması için şu şartlardan birisi yeterlidir:

- a. Yöneticiler kanun yerine keyfi isteklerini uygulamak isterlerse,
- b. Yasama organının zamanında ve serbest şekilde toplanıp çalışmasına engel olurlarsa,
- c. Yasama organı üyelerinin seçim şeklini değiştirirlerse,
- d. Halkı yabancı bir iktidarın eline teslim ederlerse,
- e. Güveni yitirirler ve kanunları uygulama iktidarına sahip olmazlarsa.

Montesquieu ve Rousseau direnme hakkı üzerinde durmamışlar hatta Rousseau ceza görmeyen itaatsizliğin meşru hale dönüşebileceği konusunda uyarı yapmıştır¹⁵.

¹² Mümtaz Soysal, Anayasanın Anlamı, İstanbul 1987, s.75, İlhan Arsel: “Asayiş-Anarşi-Despotizm veya İktidar ile Hürriyet Arası Denge”, s.74, <http://dergiler.ankara.edu.tr>. (Erişim tarihi 16.05.2009).

¹³ Arsel: agm, s.74.

¹⁴ Adnan Güriz, Hukuk Felsefesi, Ankara 1985, s.205, Benzer yönde Gasser: agm (internet sayfasından), Yılmaz Aliefendioğlu: “İnsan Hakları ve Sivil Toplum Örgütleri”, <http://www.abchukuk.com> (erişim tarihi 15.05.2009), James Bovard: “The Right Of Resistance”, <http://www.thefreemenonline.org> (Erişim Tarihi 16.05.2009).

¹⁵ Şeniz Anbarlı: “Bir Pasif Direnme Modeli Olarak Sivil İtaatsizlik”, CÜİBBFD, Y:2001, C:2, S:1, s.320.

Bentham direnme hakkını tanımış ve direnmeyi boyun eğmenin zararlarının direnmenin zararlarından fazla olması koşuluna bağlamıştır. Fakat bu koşulun değerlendirilip direnme anının saptanmasının çok güç olduğunu da kabul etmiştir¹⁶.

Duguit yönetenlerin objektif hukuk kurallarına aykırı karar ve emirlerine bireylerin uymak durumunda olmadıklarını ve direnme haklarının bulunduğunu savunmuştur. Duguit'ye göre direnme özgürlükleri koruma yollarından bir tanesidir¹⁷.

Zamanımızda direnme konusu üzerinde en çok duran hukukçulardan biri Burdeau'dur. Burdeau direnme hakkını teşkilatlanmamış, diğer deyişle kullanım ölçütleri pozitif hukukça belirlenmemiş bir yaptırım saymaktadır¹⁸.

II. POZİTİF HUKUKTA DİRENME HAKKI:

02 Temmuz 1776 tarihinde kabul edilen ve 4 Temmuz 1776 tarihinde ilan edilen Amerikan Bağımsızlık Bildirgesi, yönetimlerin bireylerin yaşama, özgürlük ve refahı arama haklarını ellerinden almaları durumunda bireyler için yönetime devirmek ve yeni yönetim kurmak hakları bulunduğunu kabul etmiştir¹⁹.

Direnme hakkı en geniş ifadesini Fransız İhtilali metinlerinde bulur²⁰. 26 Ağustos 1789 tarihli İnsan ve Vatandaş Hakları Evrensel Bildirisi, zulme, karşı direnmeyi doğal ve zamanaşımına uğramaz haklardan sayarken, 1793 Haklar Bildirisi daha açık ve kesin bir dille direnmeyi kutsal bir hak, hatta ödev olarak düzenlemiştir. Yönetenlerin insan haklarını çiğnemeye başlamasını direnme hakkının doğması için yeterli sayan bildirge ayrıca toplumun

¹⁶ Mete Tuncay: Batıda Siyasi Düşünceler Tarihi-3, Ankara 1969, s.51, Ayrıntılı bilgi için bkz. Jeremy Bentham- Bhikhu C. Parekh: Bentham's Political Thought, Croom Helm Yayınevi, 1973, s.276 vd.

¹⁷ Carl Joachim Friedrich, The Philosophy of Law Inhistorical Perspective, The University of Chicago Press, 1963, s.181 vd.

¹⁸ Georges Burdeau: Demokrasi Sentetik Deneme, Çev: Prof. Dr. Bülent Nuri Esen, Ankara 1964, s.37.

¹⁹ Durdu Baran Çiftçi: "Suçun Siyasallaşması", <http://www.sosyalhizmetuzmani.org> (Erişim Tarihi 16.05.2009).

²⁰ Anbarlı: agm, s.321.

bir üyesine yapılan zulmün tüm topluma karşı yapılmış sayılacağı hükmünü getirmiştir²¹.

Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirisinde Küba delegasyonunun önerisine karşın direnme hakkı düzenlenmemiş, sadece Bildirinin başlangıç kısmında “insanların zulüm ve baskıya karşı son çare olarak ayaklanmaya mecbur kalmaması” ibaresi kullanılarak direnme hakkından dolayı biçimde bahsedilmiştir.

1949 tarihli Alman Anayasasının 20/4 maddesi demokratik ve sosyal devleti berteraf etmeye çalışanlara karşı direnme hakkını tanımıştır. Ancak bunun kullanılabilmesi için başka yol ve yöntem kalmaması gerekmektedir²².

1946 ve 1958 tarihli Fransız Anayasaları 1789 Bildirgesine gönderme yaparak dolaylı olarak direnme hakkını kabul etmiştir.

8 Ocak 1962 tarihli El Salvador Anayasası 5. maddesinde Cumhurbaşkanının bir dönemden fazla görevde kalamayacağı kuralının ihlali halinde vatandaşlar için isyan zorunluluğu vardır hükmünü getirmiştir. Bu hükümle El Salvador Anayasası direnme hakkının da ötesinde, saldırma hakkını tanımıştır²³.

1975 tarihli Yunanistan Anayasasının 120. maddesi Anayasayı cebren ilga etmeye teşebbüs edecek herkese karşı vatandaşların direnme hakkına ve hatta ödevine sahip olduğunu düzenlemiştir²⁴.

5 Mart 1978 tarihli Çin Halk Cumhuriyeti Anayasasının 58. maddesinde halkın saldırılara karşı direnme hakkından söz etmiş ancak saldırının yönetenlerden mi yoksa dışarıdan gelen bir saldırı mı olduğunu açılmamıştır²⁵.

Eski Yugoslavya Federal Cumhuriyeti Anayasası başlangıç kısmının yedi numaralı bölümünde devletin amaçları arasında boyunduruk biçimlerinden kurtuluş için haklı mücadele veren bütün halklara destek sağlamak da

21 1973 Fransız Haklar Bildirisi, m.34: “Toplumun tek bir üyesine zulüm yapıldığı zaman, bütün topluma zulüm yapılmış demektir. Topluma zulüm yapıldığı zaman da onun her üyesine zulüm yapılmış sayılır”.

22 Saadettin Çaycı: “Aşırı Akımlarla Mücadele: Almanya Örneği”, SAD, Mart 2008, s.65.

23 Cem Eroğul: Anayasayı Değiştirme Sorunu, Ankara 1974, s.174.

24 Kemal Gözler: Kurucu İktidar, <http://www.anayasa.gen.tr> (Erişim Tarihi 17.05.2009).

25 Constitution 1975, <http://www.leggicinesi.it> (Erişim Tarihi 17.05.2009).

sayılmıştır. Bununla eski Yugoslavya Sosyalist Federal Cumhuriyeti Anayasası tüm dünya halkı için direnme hakkını kabul etmiştir.

III . TÜRK ANAYASALARINDA DİRENME HAKKI

1- Cumhuriyet Öncesinde:

Bu konuda genel kabul gören görüş Osmanlı İmparatorluğunda devletin Tanrı iradesinin bir eseri olarak kabul edilmesi nedeniyle yöneticilere karşı itaatsizliğin Tanrıya karşı gelmek anlamını taşıdığı ve bu yüzden Cumhuriyet öncesi anayasacılık hareketlerinde söz bile edilmediğidir²⁶.

Buna karşın istisna görüş Sened-i İttifak'ın 4. maddesindeki “Sadaret makamının kanun ve adalete uygun emirlerine itaat edileceği” yolundaki düzenlemesini bir tür direnme hakkı olarak kabul etmektedir²⁷.

Düşüncemize göre bu düzenleme direnme hakkı olarak yorumlanamaz. Kaldı ki bu düzenlemeyi bireylerin yönetenlere karşı değil hanedanın güçlenen sadrazama karşı kullanabileceği bir direnme hakkı türü olarak yorumlayanlarda olmuştur²⁸. Bu nedenle Cumhuriyet öncesi dönemdeki Türk Anayasacılık hareketlerinde direnme hakkından söz edilemeyeceği görüşünü daha doğru buluyoruz.

2- Cumhuriyet Döneminde:

A- 1921 Anayasasında Durum:

1921 yılında fiilen Cumhuriyetin kurulmuş olması nedeniyle inceleme bu bölümde yapılmıştır. Bu anayasa kurtuluş savaşını idare etmek için hazırlanmış olup bu nedenle özgürlüklerle ilgili düzenleme yoktur²⁹. Tüm güçleri kurtuluş savaşında kullanabilmek için hilafet ve saltanatı kurtarma amacı benimsenmiş olup böylelikle direnme hakkı reddedilmiştir.

²⁶ Aynı yönde Yahya Kazım Zabunoğlu: Kamu Hukukuna Giriş, Ankara 1973, s.50.

²⁷ Soysal: age, s.19-20.

²⁸ Sina Akşin: “Sened-i İttifak ile Manga Carta'nın Karşılaştırılması”, <http://dergiler.ankara.edu.tr> (Erişim Tarihi 17.05.2009).

²⁹ Mustafa Kemal Çiçek: 1924 Anayasasının Hazırlanışı ve Temel Özellikleri, AÜTİTE Atatürk İlkeleri ve İnkılap Tarihi Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2005, s.39.

B-1924 Anayasasında Durum:

1924 Anayasasına Fransız İhtilalinin özgürlük anlayışı hakim olmuş, özgürlükler sıralanmış ve kısa açıklamalarda bulunulmuştur. Temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması yasama organına bırakılmıştır³⁰. Millet adına egemenliği kullanan yasama organının devamlı temel hak ve özgürlüklerin koruyucusu olacağı değerlendirilmiştir yapılmış ve direnme sorunu üzerinde hiç durulmamıştır. Hatta bu dönemde Yargıtay yargıçların yasaların anayasa aykırılığını incelemeye yetkili olmadığını kabul etmiştir³¹.

C-1961 Anayasasında Durum:

1961 Anayasası Başlangıç kısmının ikinci fıkrasında: “Anayasa ve hukuk dışı tutum ve davranışlarıyla meşruluğunu kaybetmiş bir iktidara karşı direnme hakkını kullanarak 27 Mayıs 1960 Devrimini yapan Türk Milleti” şeklinde bir cümle kullanılmıştır. Bu cümlenin kullanımı tartışmalara neden olmuştur. Bir grup düşünür bunun Anayasanın meşruiyetini sağlamaya yönelik olduğunu, karşıt görüştekilerse 1961 Anayasasının bu cümleyle direnme hakkını kabul etmiş olduğunu savunmaktadır. Bu tartışmaları çözebilmek için 1961 Anayasasının yapılış sürecini gözden geçirmek gerekir.

Temsilciler Meclisi birinci görüşmesi sırasında Şinasi Özdenoğlu “27 Mayıs İhtilalinin meşruiyetinin temeli ve ihtilalin asıl yaratıcısı olan Türk Milletinin zulme karşı direnme ve karşı koyma hakkının, başlangıç kısmına dercedilmesinin hem ihtilalin manasını ve ruhunu, hem de Türk Milletinin vazgeçilmez bir temel hakkının; gelecekteki en önemli teminatını ifade etmesi bakımında zaruri görüyoruz” şeklinde bir konuşma yapmıştır. Özdenoğlu bu konuşmasında direnmeyi, vazgeçilmez bir temel hak ve Türk Milletinin varlığının vazgeçilmez bir teminatı olarak mütalaa etmiştir³².

Temsilciler Meclisinin birinci görüşmesinde hazırlanan Başlangıçta Anayasanın halkın refahı yolunda yüzyıllar boyunca ardı ardına yapılan hamlelerin ve devrimlerin bir sorucu olduğu söylenerek direnme isminin bile zikredilmesinden kaçınılmıştır. Ancak bu şekildeki metin verilen itiraz önerileri sonucunda kabul edilmemiştir.

30 Çiçek: agt, s.59.

31 Çiçek: agt, s.58.

32 Şinasi Özdenoğlu'nun 1961 Anayasası Temsilciler Meclisi Birinci Görüşmesindeki Konuşması.

Temsilciler Meclisi ikinci görüşmesinde verdiği değişiklik önergesiyle Tarık Zafer Tunaya direnme hakkının açıkça başlangıç kısmında bulunmasını istemiştir. Tunaya'nın önerdiği formül ise 1961 Anayasası'nın Başlangıç kısmının ikinci fıkrasında kabul edilecek olan formüldür³³.

Ahmet Demiray bu önerge üzerine verdiği teklifte direnme hakkını kullanarak yerine direnme hakkını kullanmış ibaresini getirerek, direnme hakkını o günün şartlarıyla dondurmak istemiştir³⁴.

Dr. İbrahim Öktem yaptığı teklifte: “ kendi kendini bulmak ve şartsız ulusal egemenliği gerçekleştirmek amacı ile yüzyıllardır didinen Türk Milleti” cümlesini getirerek direnme hakkı kelimesinin Anayasada bulunmasından kaçınılmasını arzu etmiştir³⁵.

Bedrettin Tuncel verdiği değişiklik önergesinde direnme hakkının açıkça belirtilmesini, ancak bunun Türk Silahlı Kuvvetlerinin yardımıyla yapıldığının Başlangıç kısmına geçirilmesini istemiştir³⁶.

Fevzi Lütfi Karaosmanoğlu verdiği değişiklik önerisinde direnme hakkı yerine milletçe ihtilal hareketinden bahsetmiştir³⁷.

İlhami Soysal, İlhan Esen, Hikmet Kümbetlioğlu, Kemal Zeki Gençosman ve Atalay Akan verdikleri değişiklik önergelerinde direnme hakkı yerine halkın refahı yolunda yüzyıllardır yapılan hamlelerin ve devrimlerin sonucu cümlesinin getirilmesini istemişlerdir³⁸.

Milli Birlik Komitesi'ndeki görüşme sırasında Ahmet Yıldız direnmenin yapılmasında Silahlı Kuvvetlerin rolünde belirtilmesini istemiştir³⁹. Bu-

33 Tarık Zafer Tunaya'nın 1961 Anayasası Temsilciler Meclisi İkinci Görüşmesindeki Değişiklik Önergesi.

34 Ahmet Demiray'ın 1961 Anayasası Temsilciler İkinci Meclisindeki Görüşmede vermiş olduğu değişiklik önergesi.

35 Dr. İbrahim Öktem'in 1961 Anayasası Temsilciler İkinci Meclisindeki Görüşmede vermiş olduğu değişiklik önergesi.

36 Bedrettin Tuncel'in 1961 Anayasası Temsilciler İkinci Meclisindeki Görüşmede vermiş olduğu değişiklik önergesi.

37 Fevzi Lütfi Karaosmanoğlu'nun 1961 Anayasası Temsilciler Meclisindeki Görüşmelerde vermiş olduğu değişiklik önerisi.

38 1961 Anayasası Temsilciler İkinci Meclisindeki Görüşmede verdikleri öneriler.

39 Ahmet Yıldız'ın 1961 Anayasası Milli Birlik Komitesi Başlangıç görüşmelerinde yaptığı teklif.

nunla direnmenin kullanılmasında bunu yapacak organ açısından sınırlama getirilmiştir.

Vehbi Ersü buna karşılık yaptığı teklifte ihtilalin Türk Milletinin malı olduğunu, Türk Silahlı Kuvvetlerinin yardımının ayrıca zikredilmesine gerek bulunmadığını söylemiştir. Böylelikle direnmenin bu şarta bağlanmış olması durumu ortadan kalkmıştır.

Sami Küçük'ün burada yaptığı konuşma son derece dikkate değerdir. Küçük burada yaptığı konuşmayla, ihtilalle yapılan bu asil davranışın Türk tarihinde bir anane olarak kalacağını ve bundan sonra yapılacak ihtilallere ışık tutacağını benimsemiş ve direnme hakkını gelecek kuşaklara da teşmil etmiştir⁴⁰.

Bu tartışmalar sonrasında direnme hakkı 1961 Anayasasının başlangıç kısmının ikinci fıkrasına konulmuştur. Bu tartışmaların ışığında yukarıda belirttiğimiz iki görüşün incelenmesine geçebiliriz.

a) Meşruluk Görüşü:

1961 Anayasasının başlangıç kısmında direnme hakkından bahsedilmesi bir grup düşünür tarafından anayasaya meşruluk sağlanması amacıyla yönelik yorumlanmıştır.

Bu görüşe göre anayasa hazırlanırken anayasanın toplumun her kesimince rahatlıkla tartışılacak görüşlerin ortaya konulamaması 1961 Anayasasının meşruluğu sorununu ortaya çıkartmıştır. Başlangıç kısmında anayasanın; anayasa ve hukuk dışı tutum ve davranışlarıyla meşruluğunu kaybetmiş bir iktidara karşı gerçekleştirilen bir hareketle yapıldığını belirtmek meşruluk sorununu önemli ölçüde gidereceği yolundaki düşünce direnme hakkından söz edilmesi sonucunu doğurmuştur. Yoksa amaç direnmeyi bir hak olarak düzenlemek değildi⁴¹.

b) Direnme Hakkını Kabul Ettiği Görüşü:

Bu görüşü savunanlar 1961 Anayasasının 156. maddesinin başlangıç kısmını da anayasa metnine dahil ettiğini gerek bu nedenle ve gerekse di-

⁴⁰ Sami Küçük'ün 1961 Anayasası Milli Birlik Komitesi Başlangıç Görüşmeleri sırasındaki konuşması.

⁴¹ Soysal: age, s.74, Mustafa Şentop: "Yeni Anayasa İdeolojiler Üstü Olmalı", <http://www.siyasaliletisim.org> (Erişim tarihi 18.05.2009), Zühtü Arslan: "İki Anayasa Tarz-ı Demokrasi: Avrupa Anayasası ve Türk Anayasası Üzerine Notlar", <http://anayasa.gov.tr> (Erişim tarihi 18.05.2009).

renmenin hak olarak zikredilmesi gibi nedenlerle 1961 Anayasasında direnmenin bir hak olarak kabul edildiğini değerlendirmektedir⁴².

Kanımızca 1961 Anayasasının başlangıç kısmında direnmeden ne amaçla bahsedilirse edilsin, bunun altında hangi neden yatarsa yatsın, başlangıç kısmının metine dahil olması nedeniyle hukuk tekniği açısından 1961 Anayasasının direnmeyi bir hak olarak tanıdığı sonucuna varmak gerekir.

D- 1982 Anayasasında Durum:

1982 Anayasasının 1961 Anayasasına tepki olarak yapıldığı söylenebilir. 1982 Anayasasının yapılışında direnme hakkının kötüye kullanılabilceği düşüncesinden hareketle başlangıç kısmında ihtilal vb. sözcükler bile kullanılmamış Anayasasının 14. maddesinde temel hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılması da düzenlenerek direnme hakkı reddedilmiştir. Hatta 1982 Anayasasında direnme hakkı ile aynı izlenimi verebilecek kelimelerin kullanımından dahi kaçınılmıştır.

IV-DİRENMENİN MEŞRULUĞU VE PRATİK DEĞERİ:

Çeşitli hukuk dallarında direnmeye benzer kurumlar bulunmaktadır. Ceza hukukunda bireylerin can ve ırzlarına yönelik saldırılara karşı kendini savunabileceği ve saldırgana orantılı biçimde cevap verebileceği kabul edilmekte buna da meşru savunma adı verilmektedir. Ceza hukukunda meşru savunma eylemi toplumsal ortak yaşam normlarına aykırılık oluşturması nedeniyle cezalandırılmamaktadır⁴³. Benzer biçimde medeni hukukta zilyedliği ve mülkiyet hakkı gaspedilmek istenen bireylere kuvvet kullanma hakkı tanınmaktadır. Medeni hukukta bu şekilde dengeli kuvvet kullanımının toplumsal güçlerin veya devletin yapması gereken bir görevi bireyin yerine getirmesi anlamına geldiği değerlendirilmektedir⁴⁴. İş hukukunda işçilerin haklarını kullanmak amacıyla grev veya işverenlerin lokavt hakları bulunmaktadır.

Bunlara genelde savunucu direnme adı verilmekteyse de buradan yola çıkarak bireylerin yönetenlere karşı direnme hakları bulunduğu ve sırf bu nedenle direnmenin bir hak olduğu, ayrıca benzer biçimde meşruluk taşıdığı sonucuna ulaşamayacağı görüşündeyiz.

42 İlhan Arsel: *Türk Anayasa Hukukunun Umumi Esasları*, Ankara 1965, Arsel: agm, s.99.

43 Bkz. Zeki Hafizoğulları: “Kusurluluğu Kaldıran Bir Neden Olarak Ceza Hukukunda İstenemezlik İlkesi” s.13, <http://www.zekihafizoğulları.com>. (Erişim Tarihi 21.05.2009).

44 Jale Güral: “Türk Hukukunda Mal İçin Meşru Müdafaa (1)”, AÜHFD, C:6, S:2-4, s.182.

Bir hareket biçimini hak olarak kabul edebilmek için ne zaman ve hangi şartlar altında kullanılabilceğini belirlemek gerekmektedir. Fakat yönetenlerin haksız eylemlerinin ne zaman baskıya dönüşeceğini, bu baskının hangi boyutta zulüm olarak kabul edilebileceğini belirleyen hiçbir ölçüt olmadığı düşüncesindeyiz.

Direnmeyi hak olarak kabul eden sistemler ve düşünürler ne zaman ve hangi şartlar altında kullanılabilceği konusunda bir ölçütü ortaya koyamamışlardır.

Kaldı ki anayasalarında direnmeyi hak olarak kabul eden hukuk sistemleri bu anayasalara dayanarak yaptıkları ceza kanunlarında direnmeyi, hatta teşebbüsü ve bazen hazırlık hareketlerini bile suç saymıştır.

Her ne kadar bazı anayasalarda ve temel metinlerde yer alsa da direnme hakkının pratik değeri yoktur. Aslında sorun hukuksal değil sosyolojiktir. Direnen ya başarısız ya da iktidar olacaktır. Direnmenin başarılı ya da başarısız olması ise haklılık veya haksızlık değil güç sorunu olduğunu kabul ediyoruz⁴⁵.

Bu nedenle direnmeyi bir hak olarak düzenlemek yeni bir şey getirmiş olmayacaktır. Bununla beraber bazı sakıncaları da beraberinde getirebilecektir. Eylemlerine anayasalarda düzenlenen direnme hakkı ya da benzer kullanımları dayanak yapanların, iktidarı ele geçirdiklerinde, dayanak yaptıkları anayasa ve hukuksal metinleri ilga ettikleri görülmüştür.

Bunun için direnme olgusuna normatif değer tanımaktan kaçınılmalıdır. Bir şekilde hukuki metinlere girmiş direnme hakkını simgesel ve yöneticilere hukuk devleti sınırlarından sapmamaları konusunda bir uyarı anlamında görmek gerektiği düşüncesindeyiz⁴⁶.

SONUÇ

Bireylerin insanca yaşamaları temel hak ve hürriyetlerin garanti altına alınmasıyla mümkün olur. Bunun için tüm modern anayasalar temel hak ve hürriyetleri koruma altına almaktadır. Bireylerin hukuk düzenince korunan hakları yönetenler tarafından tanınmaz hale gelirse ne olacaktır? Bu soru baskıya karşı direnme hakkının bulunup bulunmadığı tartışmasını gündeme getirmiştir. Direnme hakkı pratik değeri bulunmayan ve hukuki olmaktan öte sosyolojik boyutu ağır basan bir olgudur. Bu nedenle normatif değer verilmesine gerek bulunmamaktadır. Vatandaşla-

⁴⁵ Murat Sevinç: "Bir İnsan Hakları Sorunu Olarak Açlık Grevleri", AÜSBFD, 2002, 57-1, s.131.

⁴⁶ Sevinç: agm, s.131.

rın ve özellikle hukukçuların görevi tüm koşullarda hukuk kurumlarını işleterek ve gerekirse yeni hukuki çareler üreterek demokratik sistemi, temel hak ve özgürlükleri korumak ve geliştirmek olmalıdır.

ERNEST WEINRIB’TE ÖZEL HUKUK FELSEFESİ VE HUKUKİ FORMALİZM

*Arş. Gör. Sercan GÜRLER**

Bu makalenin konusunu, Anglo-Sakson hukuk çevresinin son yıllarda dikkat çeken felsefecilerinden Kanadalı Ernest Weinrib’in özel hukuk kuramının incelenmesi oluşturmaktadır. Büyük oranda Weinrib’in özel hukuk kuramının ayrıntılı betimlenmesine yer verilen bu makalenin amacı ise ülkemizde pek üzerinde durulmayan özel hukuk felsefesi hakkındaki güncel tartışmalara biraz daha yakından bakabilmek ve kendi hukuk sistemimiz açısından bu tartışmaların ne anlam ifade edebileceği üzerinde düşündürmektir. Weinrib, aynı zamanda hukuki formalizmin günümüzdeki en önemli temsilcileri arasında yer alır. Nitekim geliştirdiği özel hukuk kuramı da aslında formalist yaklaşımının özel hukuka uyarlanmış halidir. Weinrib’in özel hukuk kuramını anlamak için önce formalist yaklaşımının özelliklerini incelemek gerekir. Dolayısıyla bu makale, çağdaş hukuki formalizme dair bir çalışma olarak da değerlendirilebilir.

Günümüz hukuk felsefesi tartışmalarında formalizme gerekli önemin verilmediğinden şikâyet eden Weinrib, kendi kuramsal çalışmalarının amacının, hukuki formalizmi izah etmek ve savunmak ve böylece hukuk felsefesinin gündemine tekrar sokmak olduğunu belirtir¹. Formalizme tekrar hak ettiği yerin verilmesi gerektiğini düşünen Weinrib’e göre formalist tabiri, belirli bir hukuki görüşü ifade eden basit bir sıfat değildir; hukuka dair bir fikre işaret eder. Bu yönüyle formalizm, hukukun normatif boyutunu öne çıkararak, hukuki düşünmenin doğasını anlamaya yönelik bir yaklaşımdır ve kökleri Eski Yunan’a kadar uzanır². Hakiki anlamıyla formalizm, hukuka dair hiç kimsenin inkâr edemeyeceği bir hakikati gösterir: Hukukun bir iç tutarlılığı, kendine özgü bir konusu, yöntem ve ilkeleri vardır. Dolayısıyla başta siyaset olmak üzere diğer disiplinlerden ayrı ve bağımsız bir yapı

* İstanbul Üniversitesi Adalet Meslek Yüksek Okulu.

1 Ernest Weinrib, “Legal Formalism: On the Immanent Rationality of Law”, **The Yale Law Journal**, Vol. 97, S. 6, 1988, ss. 949-1016, s. 950.

2 Ernest J. Weinrib, “Legal Formalism”, Dennis Patterson (Ed.), **A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory**, Oxford, Blackwell Publishing Ltd., 1996, ss. 332-342, s. 332.

sergiler. Weinrib, hukukun işte bu yönünü ortaya koymayı amaçladığını söylemektedir³.

Weinrib'in amacı formalizmi izah etmek ve savunmak olsa da kalkış noktasını özel hukuk oluşturur. Diğer bir deyişle Weinrib'e göre formalizmin temel kabullerinin en iyi işlediği alan özel hukuktur. Dolayısıyla Weinrib'in yaklaşımını bir özel hukuk kuramı olarak değerlendirmek belki daha doğrudur. Nitekim özel hukuku felsefi bir bakışla ele alıp, formalist bir özel hukuk kuramı geliştirdiği *The Idea of Private Law* isimli kitabının daha ilk cümlesinde Weinrib amacını, özel hukuku anlamak şeklinde ifade etmektedir⁴.

Weinrib'in temel kabulü, özel hukukun özerk bir alan olduğudur. Özel hukuk, diğer disiplinlerden, özellikle de siyasetten ayrı ve bağımsızdır. Kendine özgü bir ahlâki yapısı, bu yapıya uygun bir akıl yürütme ve gerekçelendirme tarzı vardır⁵. Weinrib, bu özelliğiyle özel hukukun ancak içeriden bir bakışla kavranabileceğini belirtmektedir⁶.

Weinrib, özel hukuku içeriden bir bakışla kavrayabilmemiz için öncelikle kuramsal bir yaklaşıma ihtiyacımız olduğunu ileri sürmektedir. Bu tür bir kuramsal yaklaşım ise ancak formalizmle sağlanır⁷. Weinrib, özel hukuku içeriden bir bakışla kavrayabilmek için ayrıca adalet kavramına başvurmak gerektiğini belirtir⁸. Özel hukuku içeriden bir bakışla kavrayabilmek için gerekli son unsur ise normatiflik kavramıdır. Bu bağlamda normatiflik kavramı, özel hukukun ahlâki zeminini oluşturur⁹.

Weinrib'in özel hukuku açıklamak için başvurduğu formalizm, aslında genel bir hukuk kuramıdır ve merkezinde hak ve adalet kavramları yer alır. Fakat Weinrib, bu kavramlara tamamen formalist bir açıdan yaklaşmaktadır. Dolayısıyla Weinrib'in genel hukuk kuramı aynı zamanda formalist bir adalet kuramı olarak da değerlendirilebilir. Weinrib'in kuramında adalet kavramı, ulaşılması istenen bir amacı ifade etmez; diğer bir deyişle içerikle

³ Weinrib, "Legal Formalism: On the Immanent Rationality of Law", s. 950.

⁴ Ernest Weinrib, **The Idea of Private Law**, Harvard University Press, 1995, s. 1.

⁵ Weinrib, **The Idea of Private Law**, s. 2.

⁶ Weinrib, **The Idea of Private Law**, s. 2, 8, 11.

⁷ Weinrib, **The Idea of Private Law**, s. 18.

⁸ Weinrib, **The Idea of Private Law**, s. 19.

⁹ Weinrib, **The Idea of Private Law**, s. 19.

ilgili değildir. Weinrib'in klasik ayırmadan hareketle kabul ettiği denkleştirici adalet ve dağıtıcı adalet türleri, gerekçelendirme amacına yönelik biçimsel yapılardır. Dolayısıyla Weinrib'in formalizmi, aynı zamanda bir gerekçelendirme kuramıdır da. Yani Weinrib'e göre denkleştirici adalet ve dağıtıcı adalet hem genel hukuk kuramı açısından, hem de özel hukuk kuramı açısından gerekçelendirme işlevi görür. Weinrib her ne kadar denkleştirici adalet ile dağıtıcı adaleti, hukukun gerekçelendirilmesinde kullanılan hukuki biçimler olarak değerlendirse de, özellikle özel hukuka ilişkin açıklamalarının temelinde denkleştirici adaleti koyar. Denkleştirici adaletin, özel hukuku açıklamada ve gerekçelendirmede çok daha elverişli olduğunu ileri sürer. Dağıtıcı adalet ise daha çok siyaset alanında başvurulan bir gerekçelendirme şeklidir; hukuku, özellikle de özel hukuku açıklamada yetersiz kalır¹⁰.

Bu genel açıklamalardan sonra Weinrib'in formalist özel hukuk kuramının incelenmesine geçilebilir. Weinrib, kendi kuramını, diğer özel hukuk kuramlarının eleştirisi üzerine temellendirdiğinden, aşağıda önce günümüzde özel hukuk felsefesi alanında öne çıkan kuramlar ve tartışılan temel sorunlar incelenecek, ardından Weinrib'in bu kuramlara yönelik itirazları üzerinde durulacak, daha sonra Weinrib'in kendi özel hukuk kuramının dayandığı temel kabuller ele alınacaktır. Weinrib, yukarıda da belirtildiği gibi, özel hukuk kuramını açıklamak için formalist bir yaklaşım geliştirmektedir. Dolayısıyla makalenin geri kalan bölümünde, Weinrib'in formalist yaklaşımının temel özellikleri ve bu özelliklerin özel hukuk açısından doğurduğu sonuçlar incelenecektir. Weinrib'in formalist yaklaşımının incelenmesine ayrılan bu bölümde de önce formalizm ile denkleştirici ve dağıtıcı adalet türleri arasındaki ilişki, ardından bu adalet türlerinin normatif zemini üzerinde durulacaktır. Nihayet makale, kısa bir değerlendirmeye sona erecektir.

I. Çağdaş Özel Hukuk Felsefesi

Hukuk felsefesi tarihinde daha çok kamu hukuku sorunları üzerinde durulmuşsa da son yıllarda özel hukuk da hukuk felsefecilerinin temel konuları arasında yerini almıştır. Özel hukukun hukuk felsefesi açısından taşıdığı önem, bu konuda yapılan kuramsal çalışmaların sayısının gün geçtikçe artmasından da anlaşılmaktadır.

Özel hukukun her geçen gün daha fazla felsefi ilginin konusu olması aslında çok doğaldır. Zira özel hukuk, Weinrib'in deyişiyle, gündelik

¹⁰ Bkz. Weinrib, *The Idea of Private Law*, s. 206-207, 210-214.

yaşamımıza öylesine nüfuz etmiştir ki giriştiğimiz hukuki muamelelerimizin neredeyse tamamında özel hukuk kuralları geçerlidir. Sahip olduğumuz ve kullandığımız eşya ile ilişkilerimiz, başkasına yönelik zarar doğuran eylemlerimiz, imzaladığımız ve ihlâl ettiğimiz sözleşmelerimiz hep özel hukuk alanında meydana gelir. Özel hukuk aynı zamanda adalet ve kişisel sorumluluk hakkındaki en derin sezgilerimize de hitap eder. Ayrıca avukatlar başta olmak üzere hukuku uygulayanların da hukuktan söz edildiğinde ilk akıllarına gelen özel hukuktur. Hukuk fakültelerinin müfredatında en önemli ve en geniş yer özel hukuka ayrılmıştır. Daha da önemlisi, özel hukukun mantığı hukuki düşünmenin en belirgin örneklerindedir. Bir hukuk sisteminin gelişmişliği, özel hukuk alanının genişliği ve sistematikliği ile paralellik gösterir. Özel hukuk, hukuk kuramı ve uygulaması alanında geçerli pek çok soruna da kaynaklık eder¹¹.

Hukuk düşüncesi açısından bu kadar önem taşıyan özel hukukun ayırddedici özelliği, sorumluluk kavramı aracılığıyla kişileri bir araya getirmesidir. Yani, karşılıklılık ve sorumluluk kavramlarına verdiği merkezi önemdir. Dolayısıyla özel hukuk, taraflar arasındaki bir hukuki uyumsuzluğu, tarafları birbirinden bağımsız ele almak suretiyle de, toplumun genel menfaatlerini göz önünde bulundurarak da çözmez. Özel hukukun temelinde, kendine özgü bir yapısı ve gerekçelendirme tarzı olan sorumluluk kavramı yer alır¹².

Sorumluluk düşüncesinin en iyi gözlenebildiği özel hukuk alanı ise haksız fiillerdir. Sözleşme ve sebepsiz zenginleşme gibi özel hukuka ait diğer sorumluluk kaynaklarından farklı olarak haksız fiil alanı, belirli türde zararlara yol açan belirli türde fiillerden ötürü bazı kişilerin sorumlu tutulması düşüncesine dayanır¹³. Haksız fiil sorumluluğu, bir haksız fiil sonucunda ortaya çıkan zararın giderilmesini kapsar. Her ne kadar birbirinden farklı zarar giderim yolları varsa da en çok başvurulanı tazminattır. Tazminat, aynı zamanda haksız fiilin özel hukuk alanına ait bir kavram olarak algılanmasını da mümkün kılar. Geriye dönük bir zarar giderim türü olan tazminat, davacının uğradığı zararı telafi etmeyi amaçlar. Tazminat düşüncesi, haksız fiilin gerçekleşmesinden önceki hale dönülmesini esas alır. Dolayısıyla haksız fiil hukukunun merkezinde, sebebiyet verilen

¹¹ Weinrib, *The Idea of Private Law*, s. 1.

¹² Weinrib, *The Idea of Private Law*, ss. 1-2.

¹³ Stephen R. Perry, "Tort Law", Dennis Patterson (Ed.), *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, Oxford, Blackwell Publishing Ltd., 1996, ss. 57-79, s. 57.

zararın karşılığını ödeme yükümlülüğü vardır. Burada yükümlülük altına giren, karşısındakini doğrudan zarara uğratan kişidir. Fakat zarara yol açan her türlü eylem yükümlülük doğurmaz. Diğer bir deyişle haksız fiil sorumluluğu hem davalının davranışına, hem de bu davranışın sonucunda davacının uğradığı zarara bakılarak belirlenir. Davalının davranışı açısından dikkat edilmesi gereken, hangi sorumluluk esaslarına başvurulacağıdır. Davacının uğradığı zarar açısından önem taşıyan ise söz konusu zararın hukuki niteliğe sahip olup olmadığı veya hukuken korunan bir menfaati ihlâl edip etmediğidir¹⁴.

Hukukun haksız fiil kabul ettiği pek çok eylem tipi vardır. Haksız fiil kabul edilen bu eylemlerin her birisinin de farklı menfaatleri ihlâl ettiği kabul edilir. Her ne kadar bu menfaat çeşitliliğinin tek bir kategori altında ele alınıp, belirli bir temel ilke çerçevesinde değerlendirilip değerlendirilemeyeceği tartışılmalıysa da haksız fiil hukukunun öncelikle insan hayatı ve güvenliği ile mülkiyeti koruduğu söylenebilir. Hukuk felsefesinin özel hukuka yönelik tartışmalarının merkezinde işte bu temel menfaatlerin niçin korunması gerektiği, ihlâl edildiklerinde niçin sorumluluk doğduğu soruları yer alır¹⁵.

Özel hukuk, özellikle de haksız fiil hukuku, araba kazaları, tıbbi hatalar, kusurlu hizmet gibi gündelik sorunlarla uğraştığından, yani hukukun uygulamayı en fazla ilgilendiren yönü olduğundan, ilk bakışta felsefi ilginin konusu yapılamazmış gibi görünse de¹⁶, biraz daha yakından bakıldığında özel hukuk felsefesinin, özellikle de haksız fiil kuramının, aslında her toplum için geçerli çok temel iki soruyu cevaplamayı amaçladığı görülecektir. Özel hukuku ve dolayısıyla haksız fiil hukukunu felsefi ilginin konusu yapan bu soruların ilki kişilerin birbirlerine nasıl davranması gerektiği, diğeryse bir hukuki yanlışlık ortaya çıktığında bundan kimin sorumlu tutulacağı, yani bu yanlışlığı giderme yükümlülüğünün kime ait olacağıdır¹⁷.

¹⁴ Perry, "Tort Law", s. 57.

¹⁵ Perry, "Tort Law", s. 57.

¹⁶ Benjamin C. Zipursky, "Philosophy of Tort Law", Martin P. Golding, William A. Edmundson (Eds.), **The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory**, Oxford, Blackwell Publishing Ltd., 2005, ss. 122-137, s. 122.

¹⁷ Arthur Ripstein, "Philosophy of Tort Law", Jules Coleman, Scott Shapiro (Eds.), **The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law**, Oxford, Oxford University Press, 2002, ss. 656-686, s. 656.

Sonuç olarak, yukarıda da belirtildiği gibi özel hukuk bazı kişileri, yol açtıkları zararlardan ötürü sorumlu tutar. Özel hukuka ilişkin felsefi ve kuramsal bir araştırmanın konusu bu sorumluluğun kaynağının ve gerekçesinin izah edilmesidir. Yani bir başka deyişle özel hukuk felsefesi, özel hukuk kurallarının felsefi açıdan gerekçelendirilmesi faaliyetidir.

Çağdaş hukuk felsefesinde özel hukukun gerekçelendirilmesine ilişkin belli başlı iki yaklaşım vardır: Ekonomik analizi esas alan ve özel hukuku caydırıcılık amacıyla izah eden kuramlar ve adalet merkezli kuramlar¹⁸.

Ekonomik analizi esas alan ve özel hukuku caydırıcılıkla izah eden kuramlar, Hukuk ve Ekonomi hareketinin uzantısıdır. Bu kuramlara göre hukukun zarar doğuran eylemlerinden ötürü kişileri sorumlu tutması, ileride aynı eylemi gerçekleştirmemeleri için önlem alması demektir. Diğer bir deyişle hukuk, kişileri başkalarına zarar veren bir takım eylemlerden ötürü sorumlu tutarak caydırıcı bir işlev görür. Zira bu şekilde başka kişilerin de aynı eylemleri gerçekleştirmeyeceği kabul edilir. Böylece topluma zarar verecek eylemlerin sayısı nispeten azalır. Diğer bir deyişle haksız fiil hukuku, bir bütün olarak toplumun menfaatlerini korumayı amaçlar. Toplumun menfaatlerinin neler olduğu ise faydacı bir bakışla belirlenir, ekonomik terimlerle ifade edilir¹⁹.

Özel hukuku ekonomik analizi esas alarak gerekçelendirmeyi amaçlayan kuramlara göre hukuk mahkemelerinde görülen tazminat davalarının asıl konusu belirli bir para alacağıdır. Dolayısıyla bu davalarda uygulanan hukuk kuralları ve ilkeler, sonuçta devletin belirli koşullar altında davalılara uyguladığı para cinsinden müeyyidelerden ibarettir. Aslında hem dava sürecini başlatan, hem de dava sonucunda belirli bir müeyyideye çarptırılan veya tazminat almaya hak kazanan, dava taraflarının kendisidir. Buna karşın ekonomik analize dayanan kuramlara göre dava açısından asıl önem taşıyan, bir davranış kuralının veya bir sözleşme hükmünün veyahut da mülkiyet hakkının ihlâli ve bunun sonucunda belirli bir miktarın ödenmesidir. Davanın tarafları ise ikincil unsurlardır; davadaki konuları sadece tesadüfidir²⁰.

18 Perry, "Tort Law", s. 58. Ayrıca Benjamin C. Zipursky, "Philosophy of Private Law", Jules Coleman, Scott Shapiro (Eds.), **The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law**, Oxford, Oxford University Press, 2002, ss. 623-655, s. 623.

19 Perry, "Tort Law", s. 58; Zipursky, "Philosophy of Private Law", s. 623.

20 Zipursky, "Philosophy of Private Law", ss. 624-625.

Buna karşılık adalet merkezli kuramlar, deontolojik bir yaklaşıma sahiptir. Bu kuramlara göre kişi, eğer bir başkasını zarara uğrattıysa o kişiye karşı sorumludur ve bu sorumluluk, zarara uğrayanın maddi ve manevi bütünlüğünün bozulmasından kaynaklanır. Başkasını zarara uğratan kişi, karşısındakinin zararını gidermekle yükümlüdür. Bir kişinin zarara uğraması, aslında haklarının ihlâl edilmesi demektir. Dolayısıyla başkasını zarara uğratan kişinin sorumlu tutulması adaletin bir gereğidir²¹.

Özel hukuku adalet temelinde gerekçelendiren kuramlar, ekonomik analizi esas alan kuramları özellikle davacının konumunu görmezden gelmekle eleştirmektedir. Hâlbuki hukuk yargılaması sürecinde davacı önemli bir yere sahiptir. Davalı, sadece tazminat ödemekle yükümlü kişi değildir; davacıya karşı bir sorumluluğu da vardır. Davacı ile davalı arasındaki karşılıklı ilişki tazminata indirgenemez. Davalının sadece tazminat ödemekle yükümlü olmadığı, davacıya karşı sorumlu da olduğu gerçeği, özel hukukun caydırıcılığa başvurularak gerekçelendirilmesini engeller. Zira özel hukuk sorumluluğu, salt ekonomik terimlerle ve sonuççu bir yaklaşımla izah edilemez. Özel hukuk açısından, tazminatın kime ödeneceği sorunu da en az tazminatın nasıl belirleneceği sorunu kadar önemlidir. Hatta özel hukukun merkezinde tazminatın miktarından çok sorumluluğun kime yönelik olacağı sorunu vardır. Dolayısıyla özel hukuku ekonomik bir yaklaşımla gerekçelendirmeye çalışan kuramlar yetersizdir²².

Ekonomik analizi esas alan kuramları eleştiren özel hukuk kuramcılarının en önemlilerinden biri de Weinrib'dir²³. Dolayısıyla tam bu noktada Weinrib'in kendi özel hukuk kuramının incelenmesine geçilebilir.

21 Perry, "Tort Law", s. 58; Zipursky, "Philosophy of Private Law", s. 623.

22 Zipursky, "Philosophy of Private Law", s. 627.

23 Bu tartışma aslında daha genel bir felsefi tartışmayla yakından ilgilidir. Özel hukukun niteliği hakkındaki bu tartışma, *araçsalcılık ile kavramsalılık* arasındadır. *Araçsalcılığa* göre özel hukuk, bir takım toplumsal amaçların gerçekleştirilmesine hizmet eden bir araçtır. Dolayısıyla özel hukukta kullanılan kavramlar ve terimler de, sadece söz konusu bu amaçların nasıl gerçekleştirileceğini gösteren bir takım değerlendirmelerden ibarettir. Buna karşılık *kavramsalılık* özel hukukun, kendisine yabancı bu tür toplumsal amaçlarla değil, tamamen özel hukuka özgü bir takım değerlerle açıklanması gerektiğini savunur. Özel hukuka özgü bu değerler ise bir takım kavramlar ve terimlerle ifade edilir. Bu kavramlar ve terimler, özel hukukun kendine özgü kavramları ve terimleridir; yani anlamlarını yine özel hukukun kendisinden alırlar. Özel hukuk felsefesinin amacı da işte bu kavramları ve terimleri analiz etmek suretiyle özel hukukun kendine özgü doğasını ortaya çıkarmaktır. Günümüzde *kavramsalılığı* savunan özel hukuk kuramcıları arasında özellikle Ernest Weinrib ve Jules Coleman dikkat çekmektedir. Fakat Coleman'ın

II. Ernest Weinrib'in Çağdaş Özel Hukuk Kuramlarına Yönelik Eleştirileri ve Özel Hukuku Yeniden Temellendirme Girişimi

1. Weinrib'in Çağdaş Özel Hukuk Kuramlarına Yönelik Eleştirileri

Weinrib, çağdaş özel hukuk kuramlarından özellikle ikisini eleştiri konusu yapmış ve kendi yaklaşımını da bu eleştiriden hareketle oluşturmuştur. Weinrib'in eleştiri konusu yaptığı bu iki özel hukuk kuramı, ekonomik analiz yaklaşımı ile hakkaniyete dayalı yaklaşımdır²⁴.

Weinrib'e göre ekonomik analize dayalı yaklaşım, aslında günümüzün özel hukuk düşüncesine hakim olan araçsalcılığın bir uzantısıdır²⁵. Araçsalcı yaklaşıma göre özel hukuk, özellikle de haksız fiil hukuku, bir takım amaçların gerçekleştirilmesine dayanır. Bu amaçlar arasında zararın telafisi, caydırıcılık, zararın yayılması, en ucuz maliyetle zarardan kaçınma veya toplum refahının artırılması yer alır. Haksız fiil hukukunun varlık sebebi bu amaçların gerçekleştirilmesi olduğundan, bu amaçlar haksız fiil hukukundan önce gelir ve bağımsızdır. Haksız fiil hukukunun normatif değeri, bu amaçların gerçekleşmesinde ne kadar verimli olduğuyla ölçülür²⁶.

Araçsalcı yaklaşım, özel hukuk veya haksız fiil hukuku ile doğrudan ilgilenmez. Zira araçsalcı yaklaşıma göre özel hukuk, ancak bir takım amaçları gerçekleştirip gerçekleştirmediği açısından önem taşır. Yani burada kuramsal araştırmanın konusu özel hukukun kendisi değil de gerçekleştirmeyi amaçladığı değerlerdir. Yani özel hukuk kuramı, özel hukukun kendisine yönelmez de, özel hukukun gerçekleştirmeyi amaçladığı değerlere yönelir²⁷. Bir başka deyişle özel hukukun gerçekleştirmeyi amaçladığı değerlerin gerekçelendirilmesi, özel hukukun kendisinin de izah edilmesi ve gerekçelendirilmesi anlamına gelir. Bunun dışında özel hukukun kendi kavramsal yapısı araçsalcı yaklaşım açısından o kadar da önemli değildir²⁸.

Weinrib'ten farkı, formalist bir yaklaşıma sahip olmamasıdır. *Araçsalcılık ile kavramsal-cılık* arasındaki bu tartışma için bkz. Zipursky, "Philosophy of Tort Law", ss. 129-131.

24 Ernest Weinrib, "Why Legal Formalism", Robert George (Ed.), **Natural Law Theory**, Oxford, Clarendon Press, 1992, ss. 341-364, s. 342.

25 Ernest Weinrib, "Understanding Tort Law", **Valparaiso University Law Review**, Vol 23, S: 3, 1989, ss. 485-526, s. 487.

26 Weinrib, "Understanding Tort Law", s. 487.

27 Weinrib, "Understanding Tort Law", ss. 487-488.

28 Weinrib, "Understanding Tort Law", s. 488.

Weinrib'in eleştirisi konusu yaptığı diğer yaklaşım ise özel hukuku hakkaniyet kavramından hareketle izah eden yaklaşımdır. Özel hukuku hakkaniyet temelinde izah etmeye çalışan bu yaklaşım, ekonomik analiz yaklaşımından farklı olarak özel hukuku ve özellikle haksız fiil hukukunu, hakkaniyet gibi bir takım ahlâki kavram ve ilkelerin geçerli olduğu bir alan kabul eder²⁹. Weinrib, bu yaklaşıma örnek olarak George Fletcher'ın görüşlerini gösterir. Fletcher haksız fiil hukukunu, hukuka uygunluk sebeplerini temel dayanak noktası kabul eden bir bakış açısıyla açıklar. Fletcher'ın yaklaşımı davacının zararından çok davalının eylemine odaklanır; bu eylemin ahlâken sorumluluk doğurduğu koşulları belirlemeye çalışır. Buna göre eğer davalının zarar doğuran eylemi gerçekleştirmesi için haklı bir sebebi varsa, diğer bir deyişle hukuka uygunluk sebeplerinden bahsedilebiliyorsa davalının sorumluluğuna gidilemez. Burada davacının uğradığı zarar ile davalının zarar doğuran eylemi arasında bir ilişki yoktur; ikisi farklı ölçütlere göre değerlendirilir. Fletcher'ın yaklaşımına göre hukuka uygunluk sebeplerine dayanarak davalıyı sorumluluktan kurtarmak hakkaniyet gereğidir³⁰.

Yukarıda anlatılardan anlaşılacağı üzere, ekonomik analiz yaklaşımı özel hukuka ait sorumluluk kurallarını verimliliğin arttırılmasının aracı kabul ederken, hakkaniyet yaklaşımı sorumluluğu ortadan kaldıran hukuka uygunluk sebeplerine hakkaniyetin bir gereği olarak başvurur. Keza ekonomik analiz yaklaşımı, özel hukuku araçsal bir bakış açısıyla ele alıp özel hukukun ve haksız fiil hukukunun ekonomik gelişmeye katkısını tespit etmeye çalışırken, hakkaniyet yaklaşımı özel hukuku tamamen ahlâki bir sorun olarak görür. Nihayet, ekonomik analiz yaklaşımı toplum bilimlerinin söylemini kullanırken, hakkaniyet yaklaşımı ahlâk kuramının kavramlarına ve ilkelerine başvurur³¹.

Weinrib günümüzün birbirine rakip bu iki özel hukuk kuramının aslında yönetsel açıdan aynı kabullere dayandığını söylemektedir. Her ne kadar özel hukuku birbirinden farklı, hatta birbirine zıt izah etseler de bu iki kuramın izah yöntemi aynıdır. Bu yöntem başlıca üç özelliğe sahiptir:

- Her iki yaklaşım da, haksız fiil faili ile mağdurunu bütünlüğe sahip tek bir hukuki ilişkinin tarafları şeklinde ele almamaktadır.

29 Weinrib, "Understanding Tort Law", s. 500.

30 Weinrib, "Understanding Tort Law", s. 500.

31 Weinrib, "Why Legal Formalism", s. 342.

- Yine her iki yaklaşım da, haksız fiil hukuku ile diğer hukuk dalları arasındaki farkı görmezden gelmektedir.
- Nihayet her iki yaklaşım da, haksız fiil hukukunun kavramsal yapısına ait unsurlara önem vermemektedir³².

Sonuç olarak bu iki özel hukuk kuramı ortak bir açıklama şeması kullanır. Bu şemaya göre davacı ile davalı arasındaki ilişkinin bütünlüğü inkâr edilir. Ekonomik analiz yaklaşımı, davacı ve davalı için farklı teşvik sebepleri öne sürmek suretiyle ikisi arasındaki ilişkinin bütünlüğünü bozarken, hakkaniyet yaklaşımı hukuka uygunluk sebepleri kavramına dayanarak sadece davalıyı dikkate almış olur.

İkinci olarak bu şema, haksız fiil ile diğer hukuk alanları arasındaki farkları görmezden gelir. Ekonomik analiz yaklaşımı, haksız fiil hukukunu vergilendirme faaliyetinin bir uzantısı olarak kabul ederken, hakkaniyet yaklaşımı hukuka uygunluk sebeplerine başvurmak suretiyle haksız fiil hukukunu, ceza hukukuna yaklaştırmaktadır. Nihayet, her iki yaklaşım da haksız fiil alanının kendine özgü kavramlarına gerekli önemi vermez. Zira ekonomik analiz yaklaşımı sebep-sonuç ilişkisini, hakkaniyet yaklaşımı ise makuliyet kavramlarını inkâr etmektedir³³.

2. Weinrib'in Özel Hukuku Yeniden Temellendirme Girişimi

Weinrib'e göre ekonomik analiz yaklaşımı ile hakkaniyet yaklaşımı bazı temel varsayımlara dayanır. Bunları şöyle sıralayabiliriz:

- Hukuk, bağımsız bir disiplin değildir; ekonomi, siyaset kuramı, ahlâk kuramı gibi diğer yakın disiplinlerle birlikte, hatta bu disiplinlerin bir alt dalı şeklinde incelenmelidir.
- Hukuk ile siyaset birbirinden ayrı ve bağımsız değildir. Her birine ait ayrı bir gerekçelendirme tarzı yoktur.
- Kuşkusuz hukukun kendi kavram ve ilkeleri vardır, ama bu kavram ve ilkeler kendi başlarına bir anlam ifade etmez.
- Özel hukuk-kamu hukuku şeklinde bir ayırımından bahsedilemez. Hukukun tamamı aslında devlet otoritesinin belirli bir takım kurallar

³² Weinrib, "Why Legal Formalism", s. 342.

³³ Weinrib, "Why Legal Formalism", ss. 345-346.

aracılığıyla uygulamaya konmasıdır. Hukuk, siyasi iktidarın tercih ettiği bir takım amaçları gerçekleştiren bir araçtan fazlası değildir³⁴.

Weinrib’e göre bu dört varsayım birbiriyle ilişkilidir ve her biri diğerini destekler niteliktedir³⁵. Hukuku bu şekilde ele alan bir yaklaşım özel hukuku, kamuya ait iyilerin gerçekleştirilmesinin bir aracı konumuna indirger. Yani özel hukuku, salt özel hukuk olarak değerli kılan özellikleri görmezden gelir³⁶.

Weinrib kendisinin özel hukuk yaklaşımını, bu varsayımların eleştirisi üzerine temellendirir. Weinrib’e göre özel hukuk, dava taraflarını hiçbir aracıya başvurmaksızın dolaysız bir şekilde birbirine bağlar. Özel hukukun konusunu oluşturan hukuki uyumsuzluk, kamu hukukundakinden tamamen farklıdır. Kamu hukuku, kişileri, devlet otoritesinin belirlediği bir takım ortak amaçlar doğrultusunda, yani dolaylı bir şekilde biraraya getirir. Nitekim her iki alana ait kural oluşturma süreçleri de farklıdır. Özel hukuk normları, daha çok hakim kararları ile oluşturulurken, kamu hukuku normları yasama faaliyeti ile oluşturulur³⁷. Özel hukukun özerk bir araştırma alanı olması, konusunu oluşturan uyumsuzlukların kendine özgü bir yapı sergilemesinden kaynaklanır. Özel hukuku anlamak için, temel kavramlarını dikkate almalıyız. Özel hukukun kavramları, bir takım ortak amaçların gerçekleştirilmesi için başvurulan araçlar değil, bir davanın taraflarını doğrudan birbirine bağlayan hukuki gereçlerdir. Dolayısıyla özel hukuk siyasi değil, hukuki bir olgudur³⁸.

Weinrib’in buradaki temel kabulü aslında özel hukukun kendisine özgü bir iç mantığının olduğu ve ancak içeriden bir bakışa kavranabileceğidir. Weinrib, bu kabulü izah etmek için hayli soyut ve kavramsal bir açıklama tarzı geliştirmiştir.

Özel hukukun ancak içeriden bir bakışla kavranabileceği kabulü iki soruyu gündeme getirir: “Özel hukuk nedir?” ve “Özel hukukun kendine

34 Weinrib, *The Idea of Private Law*, ss. 6-7.

35 Weinrib, *The Idea of Private Law*, s. 7.

36 Weinrib, *The Idea of Private Law*, s. 8.

37 Bu noktada Weinrib’in öncelikle Anglo-Sakson hukuk çevresini dikkate aldığını belirtmek gerekir. Bu hukuk çevresinde özellikle özel hukuk alanında emsal karar sistemi geçerli olduğundan, hukuk oluşturma sürecinde hakim kararlarının belirli bir üstünlüğü vardır. Buna karşılık Kıta Avrupası hukuk çevresinde daha çok yazılı hukuk kuralları geçerlidir. Hakimin kural koyma yetkisi nispeten sınırlıdır.

38 Weinrib, *The Idea of Private Law*, s. 8.

özgü bir iç mantığa sahip oluşu ne demektir?”³⁹ Weinrib önce “Özel hukuk nedir?” sorusu üzerinde durur.

Weinrib’e göre “Özel hukuk nedir?” sorusu bizim bu soruyu sormadan da bilgisine sahip olduğumuz bir şeye yöneliktir. Diğer bir deyişle böyle bir soruyu sorabilmek için tecrübe ettiğimiz bir olgunun varolması gerekir. Nitekim her hukuk öğrencisi özel hukuk diye bir olgudan haberdardır. Yani özel hukukun doğasına yönelik bir araştırma hiç de bilinmeyen bir olgu hakkında değildir; hukuk dünyasında hemen hemen herkesin aşına olduğu bir şey hakkındadır. “Özel hukuk nedir?” sorusunu cevaplama da biz özel hukuktan bir şekilde haberdarızdır. Fakat bu bilgimiz tam ve kesin değildir. Dolayısıyla bu sorunun cevabı, ancak zaten bildiğimiz bir olguya uygunsu geçerli bir cevaptır⁴⁰.

Özel hukuka yönelik kuramsal bir araştırmanın kalkış noktası işte bu gündelik tecrübedir. Biz, ancak bize tanıdık gelen bir şeyi anlayabiliriz. Özel hukukun ne oluşu sorusu da her birimizin, ama öncelikle hukuk uygulayıcılarının belirli bir alana ilişkin tecrübelerine yönelikse anlamlıdır⁴¹.

Hukukçuların özel hukuk şeklinde isimlendirdiği, bir takım olay türlerinden, kuramlardan, ilkelerden, kavramlardan, usuli işlemlerden vb.’inden oluşan bir bütündür. Bütün bunlar, özel hukuk düşüncemizin ayırddedici unsurlarıdır. Aralarından birinin eksikliği, özel hukukun ayrı bir hukuk dalı olarak değerlendirilmesini engeller. Kuram düzeyinde herhangi bir özel hukuk tartışması bu unsurlardan birine veya birkaçına başvurmaksızın mümkün olmaz. Aynı şekilde uygulamada da herhangi bir özel hukuk davasının çözümünde bu unsurlar temel öneme sahiptir⁴².

Hukuki tecrübenin hemen hemen her alanında karşımıza çıkan özel hukuk biri kurumsal, diğeri kavramsal iki yöne sahiptir. Kurumsal yönü itibariyle özel hukuk, davacının davalıya karşı bir girişimde bulunmasını, bir karar sürecini ve bu süreci sonlandıran bir hükmü içerir. Bu hüküm de tarafların hak ve ödevlerini, bu hak ve ödevlerin ihlâl edilmesi durumunda da belirli bir tazminatı tespit etmeye yöneliktir. Kavramsal yönü itibariyle özel hukuk, karşılıklı bir hak ve ödev ilişkisine, zarara yol açan nedenselliğe, kusur ve ihmâl arasındaki ayrıma dayanır. Hukukçular için özel hukukun bu

39 Weinrib, *The Idea of Private Law*, s. 8.

40 Weinrib, *The Idea of Private Law*, s. 9.

41 Weinrib, *The Idea of Private Law*, s. 9.

42 Weinrib, *The Idea of Private Law*, s. 9.

iki yönü, özel hukuk hakkındaki kabullerinin şekillendiği sabit unsurları oluşturur⁴³.

Bu unsurlar kuşkusuz her zaman uyum içerisinde değildir. Hukuk kuramı veya öğretisi aralarından bazılarını tartışma konusu yapabilir. Buna karşın uygulamacı, bu tür tartışmalı bir kavramla veya kurumla karşılaştığında, içinde bulunduğu durumun istisnai olduğunu veya özel hukukun bütünü açısından bir sorun teşkil etmediğini düşünür⁴⁴.

Yukarıda belirtilen unsurlar özel hukuku tanımlamada vazgeçilmez unsurlardır. Hiçbir hukuk uygulayıcısı bu unsurlara başvurmaksızın özel hukuk alanında çalışamaz. Kısaca bu unsurlar, özel hukukun diğer hukuk dallarından ayrı ve bağımsız bir alan olarak değerlendirilebilmesi için gerekli asgari koşulları oluştururlar⁴⁵.

Diğer özel hukuk yaklaşımlarından farklı olarak Weinrib'in ortaya koyduğu bu yaklaşım, özel hukukun gerçekleştirilmesi gereken bir takım amaçların neler olduğunu tespit etmeye değil, özel hukukun kendisini anlamaya yöneliktir. Bu yaklaşım, özel hukukun temel özelliklerini de açıklamayı amaçlar. Buna göre özel hukuk, belirli bir davacı ile yine belirli bir davalı arasındaki dolaysız ilişkiyi konu edinir. Özel hukukun kurumsal yönü, davacının davalı aleyhinde giriştiği dava sürecini ve sürecin sonunda verilen hükmü temel alırken, kavramsal yönü, davacının davalı aleyhinde giriştiği bu dava sürecinin konusunu oluşturan davalının davacıya zarara uğrattığı eylemi ve bu eylem ile zarar arasındaki nedenselliği açıklar⁴⁶.

Özel hukukun bu iki yönü dikkate alındığında diğer yaklaşımların, özel hukuku aydınlatmakta niçin başarısız olduğu anlaşılır. Hakim özel hukuk yaklaşımları, davalının hangi zararlı eyleminin cezalandırılacağı sorunu ile davacının uğradığı hangi zararın giderileceği sorununu ayrı ayrı ele alır. Her iki sorun da birbirinden bağımsız amaçlar çerçevesinde değerlendirilir. Bu ise davacı ile davalıyı birbirinden ayırır ve böylece ikisi arasındaki dolaysız ilişkiyi görmezden gelen bir açıklama şeklini ortaya çıkarır⁴⁷.

43 Weinrib, **The Idea of Private Law**, s. 10.

44 Weinrib, **The Idea of Private Law**, s. 10.

45 Weinrib, **The Idea of Private Law**, s. 10.

46 Weinrib, **The Idea of Private Law**, s. 10.

47 Weinrib, **The Idea of Private Law**, s. 11.

Özel hukukun, kendisine yabancı bir takım amaçları gerçekleştirme gerektiği kabul edildiğinde, davacı ile davalı arasındaki dolaysız ilişkinin görmezden gelineceği açıktır. Bu ise bizim hukuk tecrübemizle uyumsuz. Zira gündelik hukuk tecrübemiz, hukuk uyuşmazlıklarının tarafları arasında bu tarz bir dolaysız ilişkinin bulunduğunu kabul etmeye eğilimlidir. Dolayısıyla özel hukuku anlayabilmek için, taraflar arasında dolaysız bir ilişki bulunduğunu kabul etmemiz ve bu ilişkiyi açıklamamız gerekir⁴⁸.

Özel hukukun, kendine özgü bir iç mantığa sahip ayrı ve bağımsız bir hukuk dalı olduğu bu şekilde görüldükten sonra, “kendine özgü bir iç mantığa sahip olmak” ne demektir, bunun açıklanması gerekir.

Özel hukukun kendine özgü bir iç mantığı olması, özel hukuka içeriden bir bakışla yaklaşılması gerektiğini gösterir. Aslında özel hukukun yukarıda belirtilen karakteristik özelliklerinin belirlenmesi, kendine özgü bu iç mantığını da kavramayı sağlar. Bu ise içeriden bir bakışla özel hukuku izah etmek demektir. Özel hukukun içeriden bir bakışla izah edilmesi hem hukuki tecrübeye ortaya çıkan ayırtedici özelliklerin, hem de özel hukukun kendi iç mantığının çalışmasında görülen özellikleri anlamayı sağlar. Özel hukukun içeriden bir bakışla izah edilmesi ile araçsalcı bakışla izah edilmesi arasındaki fark da burada ortaya çıkar. Araçsalcı bakışa göre davacının davalı karşısındaki hakkı, davalıyı zarar doğuran davranıştan caydırmanın toplumsal bir fayda doğuracağına ispat edilmesiyle ortaya çıkar. İçeriden bakış ise bu hakkı, salt bir hak olarak kabul eder. Yani hak, davacının davalının yol açtığı zarara karşı sahip olduğu bir iddiadır⁴⁹. Bir başka deyişle hak, sadece zararın doğmasıyla ortaya çıkar ve zararın giderilmesini talep etmeyi sağlar; zararın giderilmesi veya bir daha bu tür bir zararın doğmamasının toplumsal bir fayda sağlayıp sağlamayacağı önemli değildir. Keza yine araçsalcı yaklaşım, davalının eylemi ile bu eylem sonucunda ortaya çıkan zarar arasındaki nedenselliği, caydırıcılık veya bir başka amacın gerçekleşmesini sağlayan bir mekanizma kabul ederken, içeriden bakışa dayalı yaklaşım nedenselliği, yine nedensellik şeklinde ele alır. Buna göre nedensellik, davalının eylemi ile bu eylemin sonuçları arasındaki tek yönlü süreçtir. Standart işlevselci yaklaşım, karar sürecini bir hukuk politikası sorunu gibi görürken, içeriden bakışa dayalı yaklaşım tarafların hak ve ödevlerinin tespiti olarak kabul eder. Bu ise hukuk uygulayıcılarının bakışıyla örtüşür. Hak ve ödevlerin tespiti dışında, toplumun refah

48 Weinrib, *The Idea of Private Law*, s. 11.

49 Weinrib, *The Idea of Private Law*, s. 11.

seviyesinin yükseltilmesi vb. amaçların karar verme sürecinde yeri yoktur. Yani karar verme, bir tür yasama faaliyeti değildir⁵⁰.

Özel hukuku içeriden bir bakışla izah etmek, aslında özel hukuku yine kendisinden kalkarak izah etmek demektir. Bu yaklaşıma göre özel hukuk bazı özellikler sergiler:

- Özel hukuk öncelikle hukuki uyumsuzluklar ile bu uyumsuzluklara ait çözümler arasındaki normatif bağlantıya ait gerekçelendirmelerden oluşur. Yani özel hukuk salt bir kararlar derlemesi değildir. Bir davada verilen kararın gerekçelendirilmesi, kararın doğurduğu sonuçlar kadar önemlidir.

- Özel hukuk, tutarlılığa önem verir ve bu yönde ilerler. Gelişmiş hukuk sistemlerinde özel hukuk, devlet organlarının birbiriyle alakasız, birbirinden kopuk işlem ve eylemlerinin toplamı değildir. Özel hukuk çelişkiden kaçınan, tutarsızlıkları gidermeye çalışan, kendi başına da anlamı ve değeri olan bir takım ilkelerin, kavramların ve standartların gerçekleştiği bir etkinliktir. Tutarlılığa verdiği önem özel hukukun kurumsal ve kavramsal özelliklerinin aslında hukuka ilişkin tek bir bakış açısının birbiriyle bağlantılı yönleri olduğunu gösterir.

- Tutarlılığı amaçlaması, özel hukukun her zaman gerçekten de tutarlı olduğu anlamına gelmez. Belirli bir dava sonucunda verilen belirli bir karar tutarlı olmayabilir. Bu karar, özel hukukun kurumsal ve kavramsal yönlerini tam anlamıyla yansıtmayabilir. Bu durumda hukuk, temyiz mekanizması gibi yine hukukun kendisine ait bir takım araçlarla kendi kendisini düzeltmeye yönelir⁵¹.

Burada özellikle üzerinde durulması gereken kavram tutarlılıktır. Özel hukuk açısından tutarlılık, bütünlüğe sahip bir yapının bütünleştirici, birleştirici unsurudur. Böyle bir yapıda bütün, parçaların toplamından fazladır. Parçalar ise ancak bütün içerisinde sahip oldukları yere nispetle anlamlıdır. Özel hukukun tutarlılığı, çeşitli unsurları arasındaki karşılıklı ilişkiden ve her bir unsurun bütün açısından oynadığı rolden hareketle kavranabilir⁵².

Özel hukukun kendine özgü iç mantığını kavramada tutarlılık iki açıdan önemlidir. Tutarlılığın önemi öncelikle özel hukukun karakteristik bir özelliği olmasından kaynaklanır. Tutarlılık, özel hukuka dışarıdan gelen bir

50 Weinrib, *The Idea of Private Law*, ss. 11-12.

51 Weinrib, *The Idea of Private Law*, ss. 12-13.

52 Weinrib, *The Idea of Private Law*, s. 13.

özelliğidir. Dolayısıyla özel hukuku kendisinden kalkarak izah etmeye çalışan her yaklaşım, tutarlılığı da izah etmelidir. Tutarlılığın diğer bir önemi ise hiçbir dış unsura başvurmayı gerektirmemesidir. Tutarlılık, bir bütünü parçaları arasındaki ilişkinin kendine özgü kavranabilirliği olduğunu gösterir. Yani özel hukuku içeriden bir bakışla izah eden bir yaklaşım, özel hukuka ait özelliklerin özel hukukun yine kendisinden hareketle incelenebileceğini kabul etmekle kalmaz, bu özellikleri, oluşturdukları bütün içerisindeki karşılıklı ilişkileri dikkate alarak izah eder⁵³.

Özel hukukun, salt kendisinden kalkılarak kavranabilecek nitelikte oluşunun bir takım sonuçları vardır:

- Bir kavrayış türü olarak özel hukuk, öncelikle bir düşünme faaliyetidir. Bu açıdan özel hukuk, bizim dışımızda ortaya çıkan bir takım düzenli olayların salt gözlemlenmesi faaliyeti değil, akli bir sürecin ürünüdür.

- Kendisinden kalkılarak kavranabilmesi özel hukukun kendi üzerine düşünmesinin bir ürünü olduğunu gösterir. Özel hukuk, uyumsuzlukları çözerken kendi kavramlarına ve ilkelerine başvurur.

- Yine kendisinden kalkılarak kavranabilmesi özel hukukun dinamik bir süreç olduğu anlamına gelir. Bu yönüyle özel hukuk öz eleştirisini de yapar ve eksikliklerini yine kendisi giderir.

- Hukukun kendi kendisini kavraması olarak özel hukuk, tek tek kişilere ait bir etkinlik değildir. Hukuk adına karar veren kişilerin kendi kişisel kararlarının üzerinde, bir bütün olarak hukuk sisteminin gerçekleşmesidir⁵⁴.

Weinrib'in içeriden bakışa dayalı özel hukuk yaklaşımı, araçsalci yaklaşımlara göre daha kapsamlıdır. Zira özel hukukun kendi kendisine yönelik kavrayışını da içerir. Bu yaklaşım ayrıca eleştireldir de. Özel hukuku, herhangi bir dış amaca göre değil de kendi iç mantığına dayalı olarak değerlendirir. Bu değerlendirme ise hukuk uygulayıcılarının özel hukuktan anladığıyla örtüşür. Son olarak bu yaklaşım, indirgemeci değildir. Üzerinde çalıştığı kavramlar ve kurumlar, hukukun yine kendi kavramları ve kurumlarıdır. Bu kavram ve kurumlar, hukuk dünyasında kendilerine verilen anlamlarıyla kullanılır. Dolayısıyla bu yaklaşım özel hukuku, kendisine

53 Weinrib, *The Idea of Private Law*, ss. 13-14.

54 Weinrib, *The Idea of Private Law*, ss. 14-16.

yabancı bir takım kavramlarla ve kurumlarla izah etmez, başka bir disiplinin alt dalı haline getirmez⁵⁵.

III. Özel Hukukun Kuramsal Çerçevesi Olarak Hukuki Formalizm

Weinrib'e göre özel hukukun kendine özgü bir iç mantığının olduğu ve bu iç mantığın nasıl işlediğini anlayabilmek için özel bir anlama etkinliğinin gerektiği, bu anlama etkinliğine en uygun kuramın ise formalizm olduğu daha önce de belirtilmişti. Dolayısıyla bundan sonra formalizmin özelliklerinin neler olduğu ve bu özelliklerin özel hukuk açısından ne tür sonuçlar doğurduğu incelenebilir.

Özel hukuku içeriden bir bakışla izah eden yaklaşıma göre özel hukuka yönelik anlama etkinliği içkin bir anlamadır. Özel hukuk, diğer hukuk dallarından ayırdedilebilmesini mümkün kılan tutarlı bir takım özelliklerden oluşur. Hukukçuların özel hukuktan anladığı da budur. Özel hukukun kuramsal çerçevesi de işte bu ayırdediciliği, tutarlılığı ve karakteristik özellikleri tek bir kuramsal bakışla, bütünsel bir şekilde ele almayı sağlar. Bu bütünselliğin temelinde hukuk ilişkisinin birleştirici yapısı yer alır. Bu birleştirici yapı ise "form"dur. Dolayısıyla özel hukuka yönelik içkin anlama etkinliği, hukuki formalizmin bir türevidir⁵⁶.

Hukuki formalizm, hukuki ilişkilerde örtülü halde bulunan birliği ve bütünlüğü açığa çıkarmayı amaçlayan bir hukuk kuramıdır. Hukuki formalizm, bu birlik ve bütünlüğü açığa çıkardığı ölçüde başarılıdır. Tutarlılık, hukuki formalizmin bu açığa çıkarma etkinliğinde başvurduğu en önemli kavramdır. Fakat bu, pozitif hukukun her zaman mutlaka tutarlı olduğu anlamına gelmez. Burada önemle belirtilmesi gereken tutarlılığın gerçekleştirilebilir bir amaç olduğu ve pozitif hukukun, tutarlılığı gerçekleştirdiği ölçüde başarılı sayılacağıdır⁵⁷.

Formalizmin izah gücü, açığa çıkardığı birlik ve bütünlük ile doğru orantılıdır. Formalizm, herhangi bir haksız fiil olayını, diğer haksız fiil olaylarından ayrı ele alıp, kavramsal açıdan bunlardan farklı olduğunu ileri sürmez. Aynı şekilde haksız fiil hukukunu da diğer hukuk dallarından bağımsız ele almaz. Formalizme göre haksız fiil hukuku sadece kendi başına tutarlı değildir, özel hukukun tamamı için bu tutarlılık geçerlidir. Bu açıdan

55 Weinrib, *The Idea of Private Law*, s. 16.

56 Weinrib, *The Idea of Private Law*, s. 18.

57 Weinrib, "Legal Formalism: On the Immanent Rationality of Law", s. 972.

özel hukuk, hukuki biçimin ifadesidir. Biçimin birliği, hukuki ilişkiler arasında gözlemlenebilir. Bir hukuki ilişkiye ait en geniş kapsamlı birlik düşüncesi, aynı zamanda en genel gerekçelendirme örneğidir. Tutarlılığa ne kadar çok yakınlaşmışsa hukuki ilişki o kadar iyi kavranmıştır⁵⁸.

Tutarlılık, hukuki formalizm için doğruluk ölçütüdür. Zira hukuki biçim için anlama ile yakından ilgilidir. Bu tür bir anlama ise kendisi dışında başka bir unsura atıf yapılmaksızın gerçekleştirilir. Aksi takdirde için olmaz. Bu sebeple hukuki formalizm, hukuki tutarlılığın belirli bir dış amaç için feragat edilemeyeceğini kabul eder⁵⁹.

Biçim, birlik ilkesidir. Bu birlik hukuki özelliklerin toplamında örtülü halde bulunur. Hukukun anlaşılabilirliği de bu birliğe dayanır. Hukuki biçimin anlaşılabilirliği, içerikte örtülü halde bulunduğundan anlama için başka bir ölçüte gerek yoktur. Diğer bir deyişle için anlama, kendi başına tatminkâr ve yeterlidir, başka bir anlama türü gereksizdir⁶⁰.

Formalizmin doğruluğunu biçim dışında hiçbir unsur kanıtlayamayacağı gibi, biçimin kendi unsurları da diğerlerinden bağımsız bir şekilde ele alındığında kanıtlama faaliyetini gerçekleştiremez. Biçim, bir dizi hukuk olgusunun oluşturduğu birliği, bütünlüğü ifade ettiğinden, bu olgulardan hiçbiri, kendi başına bir öneme sahip değildir. Bu sebeple bu veya şu unsurun varlığı veya yokluğu değil de bütün bu unsurların tutarlılık içerisinde bir arada bulunması bir hukuki ilişki hakkında karar vermeyi sağlar⁶¹.

Bütün bu açıklamalar aynı zamanda formalizmin siyasetten ayrı olduğunu da gösterir. Formalizmin ilgilendiği, devlet gücünün somutlaştığı belirli bir faaliyetin tercih edilebilir olup olmadığı değil, gerekçelendirilebilir tutarlı bir bütünün parçası olup olmadığıdır. Formalizm, içeriğe ilişkin tek tek amaçlardan soyutlama yaparak, bu amaçların uygun olması gereken tutarlı birliklere ait özellikleri tespit etmeye çalışır. Kuşkusuz formalist yaklaşıma sahip bir hukukçunun da siyasi bir görüşü olabilir. Fakat sadece bir formalist niteliğiyle bu hukukçu, herhangi bir hukuki ilişkinin gerekçelendirilebilir tutarlı bir bütün oluşturup oluşturmadığını anlamaya çalışmalıdır. Siyasetin meşruluk sorununu tartışmaksızın, siyasi kararların

58 Weinrib, "Legal Formalism: On the Immanent Rationality of Law", s. 972.

59 Weinrib, "Legal Formalism: On the Immanent Rationality of Law", s. 972.

60 Weinrib, "Legal Formalism: On the Immanent Rationality of Law", s. 973.

61 Weinrib, "Legal Formalism: On the Immanent Rationality of Law", s. 973.

kendisinde örtülü gerekçelendirilebilir tutarlılık kavramını ortaya çıkarmakla uğraşmalıdır⁶².

Yukarıda da belirtildiği gibi biçim bir birlik ilkesidir ve bu ilke de bir bütünlüğü ifade eder. Bu bütünlüğü kavramak, kendisini oluşturan parçaların toplamını kavramaktan fazlasını gerektirir. Bu şu anlama gelir ki bir hukuki biçimi oluşturan parçalar, hep birlikte tek bir fikrin ifadesidir. Dolayısıyla bir biçimin mevcut unsurları arasına yeni bir unsurun katılması ancak bu unsurun kendi bağımsızlığını kaybederek, biçimin oluşturduğu bütünlüğün içerisinde erimesi ile gerçekleşir. Bir biçim mümkün merteye en fazla sayıda hukuki ilişkiyi kapsamaya eğilimli olduğundan, bu ilişkiler tamamen rastlantısal bir şekilde bir araya gelmemelidirler. Ait oldukları biçimin birleştirici ilkesine uygun bir şekilde bir bütün oluşturmalıdırlar. Bu ise çeşitli hukuki ilişkilerin aralarındaki ortak nitelikleri açığa çıkaracak ve böylece tek bir biçim altında sınıflandırılabilmelerini mümkün kılacak bir soyutlama işlemini gerektirir⁶³.

Formalizmin en geniş kapsamlı bütünlüklere ulaşma çabası, soyutlama eğiliminin en bariz ifadesidir. Soyutlama ise hukuki düşünmenin en önemli unsurlarından biridir. Her ne kadar bir hukuki ilişkinin ortaya çıkmasında rol oynayan etmenler somut ve tekil olsa da hukukçular bu etmenleri hukuki kategoriler altında inceler. Hukuki kategoriler ise somut olayın tekilliğini aşar; daha soyut bir düzeye aittirler. Diğer bir deyişle tekil hadiseler, ancak kategoriler altına sokulabildiğinde anlamlı olur. Herhangi bir olgunun hukuken önem taşıması, tekil hadiselerin toplamına dahil olmasından değil, diğer hukuki kategorilerle bir araya gelebilecek bir kategoriye sokulabilecek nitelikte olmasından kaynaklanır⁶⁴.

Hukuki düşünme, tekil hadiseleri soyutlamalar oluşturacak unsurlar şeklinde kabul eder. Hukuki formalizm ise bu soyutlamayı daha da ilerletir ve hukuki ilişkilere dair en soyut kavramalara ulaşmayı amaçlamak için kullanır. Bu kavramlar, hukuki ilişkilere bu niteliğini veren bütünlüklerin en geniş kapsamlı ifadesidir. Hukukun içeriği de ancak sözü geçen bu soyut biçimlere uygun olduğunda anlaşılabilir niteliğe sahiptir⁶⁵.

Hukuki formalizmin, hukuki ilişkilerin gerekçelendirilmesinde başvurduğu en soyut ve en kapsamlı kategoriler adalet biçimleridir.

⁶² Weinrib, "Legal Formalism: On the Immanent Rationality of Law", ss. 973-974.

⁶³ Weinrib, "Legal Formalism: On the Immanent Rationality of Law", s. 976.

⁶⁴ Weinrib, "Legal Formalism: On the Immanent Rationality of Law", s. 976.

⁶⁵ Weinrib, "Legal Formalism: On the Immanent Rationality of Law", s. 976.

Dolayısıyla makalenin bundan sonraki bölümünde hukuki formalizmin özel hukuku izah ederken başvurduğu bu adalet biçimleri ele alınacaktır.

1. Hukuki Formalizm ve Adalet Biçimleri

Hukuki ilişkiler, ilişki içerisinde yer alanların birbirinden farklı menfaatlere sahip olmasıyla ayırddedir. Bu ilişkiler iki farklı biçim altında tutarlı olur. En soyut ve en kapsamlı formüllerle izah edilen bu iki biçim, denkleştirici adalet ve dağıtıcı adalettir. Bu anlamda adalet, içeriğe dair bir ilkeye veya ideale işaret etmez. Bir adalet biçimi, gerekçelendirici bir yapı oluşturur. İçeriğe dair ilkeler, ancak bu yapıya uygun ise tutarlı kabul edilir⁶⁶.

Weinrib, hukuki ilişkilere dair en soyut ve en kapsamlı gerekçelendirici yapılar için Aristoteles'e başvurur. Zira bu tür yapılardan olan denkleştirici adalet ve dağıtıcı adalet kavramlarını ilk kez ayrıntılı bir şekilde araştıran Aristoteles olmuştur. Weinrib, Aristoteles'in adalet hakkındaki görüşlerinin, kendi formalist yaklaşımını açıklamada hayli faydalı olacağını düşünmektedir.

Weinrib'e göre Aristoteles'in hukuk düşüncesine en büyük katkısı, hukuki ilişkilerde örtülü bir hâlde bulunan kavramsal yapılara dikkat çekmesidir. Hukuk kuralları, ancak bu yapıların sergilediği akliliğe uygunluğu ölçüsünde anlaşılabilir niteliktedir. Aristoteles'e göre bu yapılar adalet biçimleridir. Dolayısıyla Weinrib'e göre Aristoteles'in bu konudaki açıklamalarının önemi, formalist düşünme ve anlama faaliyetinin gerçekleştirildiği biçimleri nihai bir şekilde tespit etmesidir⁶⁷.

Her ne kadar Aristoteles kendi döneminin hukuk sistemine bakarak bu sonuca varmışsa da elde ettiği adalet biçimleri o kadar soyut ve kapsamlıdır ki herhangi bir hukuk sistemine uygulanabilir. Aristoteles, kişiler arasındaki ilişkiler için geçerli en soyut açıklamayı yapmıştır. Bu soyutlamalar, hukukun içeriğinde örtülü bir hâlde bulunduğundan, belirli bir hukuk sistemine bakılmaksızın keşfedilemezler. Fakat bir kere ortaya çıkarılıp açıklandığında, hukuki ilişkilerin tutarlılığını genel olarak izah etmek için kullanılan kategoriler hâline gelirler. Soyut ve biçimsel nitelikteki bu kategoriler sadece gelişmiş bir hukuk sistemine içkin değildir, aynı zamanda bir hukuk sisteminin gelişmişliğinin de ölçütüdür⁶⁸.

⁶⁶ Weinrib, "Why Legal Formalism", ss. 353-354.

⁶⁷ Weinrib, "Legal Formalism: On the Immanent Rationality of Law", s. 977.

⁶⁸ Weinrib, "Legal Formalism: On the Immanent Rationality of Law", s. 977.

Aristoteles, ayrıca bugün bizim özel hukuk ismini verdiğimiz hukuk alanının kendine özgü bir yapısı olduğunu fark eden ilk filozoftur. Aristoteles'in yaşadığı dönemde bir kişinin, kendisine zarar veren bir başka kişiyi, bu zararı karşılamaya zorlaması bilinen ve kabul edilen bir olgudur kuşkusuz. Fakat bu tür bir ilişkinin, yani zarar veren ile zarar gören arasındaki ilişkinin ayırdedici özelliklerini, yani iki taraflılık, zarar görenin iddialarının geçerli olabilmesi için gerekli koşullar ve söz konusu uyumsuzluğun mahkeme tarafından hükme bağlanması gibi unsurları tek tek tespit eden ilk kez Aristoteles olmuştur. Böylece bizim bugün özel hukuk dediğimiz hukuk alanının sınırlarını da çizmiştir⁶⁹.

Aristoteles özel hukuk alanının sınırlarını tespit ederken denkleştirici ve dağıtıcı adalet kavramlarına dayanır. Aristoteles'in adalet anlayışının en dikkate değer özelliği, denkleştirici ve dağıtıcı adaleti farklı matematik işlemleri olarak göstermesidir. Adalet, Eski Yunanca'da hem hakkaniyet, hem de eşitlik anlamına gelen *to ison*'un gerçekleştirilmesidir. Aristoteles'te hakkaniyet⁷⁰ normatif bir kavramdır ve bu niteliğiyle bir matematik terimi olan eşitlikten ayrı düşünülemez⁷¹.

Aristoteles, *Nikomakhos'a Etik*'in adalete ayrılmış bölümüne, adaletin nasıl bir erdem olduğunu araştırmakla başlar. Fakat burada bir zorluk vardır: Adalet, bir erdem olmakla birlikte diğer erdemlerden farklıdır. Diğer erdemler, erdemli bir kişinin sahip olduğu karakter üstünlükleridir. Bu sebeple kişinin kendisiyle ilgilidirler, yani içe dönüktürler. Buna karşılık adalet, kişinin kendisiyle değil, başkasıyla ilişkilerini ilgilendirir. En az iki

⁶⁹ Ernest Weinrib, "Corrective Justice", *Iowa Law Review*, Vol. 77, 1991-1992, ss. 403-425, s. 403; Weinrib, *The Idea of Private Law*, s. 56.

⁷⁰ Buradaki anlamıyla hakkaniyet, herkese hak ettiğini vermek demektir. Yoksa somut olay adaleti anlamına gelmemektedir. Diğer bir deyişle bir adalet türü değil, adaletin gerçekleşmesidir. Adaletin farklı anlamları ve adalet türleri için bkz. Sercan Gürler, *Ahlâk ve Adalet*, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2007, ss. 65-75.

⁷¹ Weinrib, "Corrective Justice", s. 404. Aristoteles'in, denkleştirici ve dağıtıcı adaleti bir matematik terimi olan eşitliğe dayandırması, genel etik yaklaşımının doğal bir sonucudur. Bilindiği üzere Aristoteles için etik, karakter üstünlükleri olarak düşünülen erdemlerle ilgilidir. Nasıl ki mükemmel bir çalışmaya hiçbir şey tam anlamıyla eklenemez ve ondan çıkarılamazsa, mükemmel karakter de ne fazlalık ne de eksiklik içerir. Aristoteles, erdemleri orta durumlar olarak analiz eder. Bu orta durumlar, onlara nispetle eksiklik ve aşırılık olan kusurlar arasında yer alan orta durumlardır. Örneğin cesaret, bir eksiklik olan korkaklık ile bir aşırılık olan gözü peklik arasında yer alır. Benzer şekilde, ölçülü olma, sefih olma ile hissiz olma; cömertlik, müsriflik ile cimrilik arasında; nezaket, öfkeli olma ile kayıtsız olma; espirituellik, maskaralık ile kabalık vb. arasında yer alır. Bkz. Aristoteles, *Nikomakhos'a Etik*, çev. Saffet Babür, Ankara, Ayraç Yayınevi, 1998, 1106a15-1107a25, ss. 30-33; Weinrib, "Corrective Justice", ss. 404-405.

kişi arasındaki ilişkiyi gösterir; bir karşılaştırma, ölçme işlevi görür. Diğer bir deyişle dışa dönüktür. Kişinin kendi ahlâki özelliklerini geliştirmeyi değil, başkalarıyla ilişkilerini iyileştirmeyi amaçlar. Buna karşın adaletin de aslında bir karakter özelliği olduğu ileri sürülebilir. Bu durumda adalet, söz konusu karakter özelliğinin gerçekleştirilmesi sonucunda başkasını da etkiler. Dolayısıyla kişiler arası ilişkiler açısından bakıldığında erdemler, adaletin alanına girer. Bu anlamda adalet, başkasına karşı belirli bir tarzda davranmaktır. Fakat yine de bir erdemdir. Aristoteles adaletin bu türüyle ilgilenmemektedir. Zira adalet, sadece bir karakter özelliğinin dışa yansıyan sonuçlarıyla ilgili değildir. Adaletin başkası ile ilişkileri ilgilendirmesi, özellikle kişilerin sahip oldukları şeyler hakkındaki uyumsuzluklarda önem kazanır. Kişinin hak ettiğinden daha fazlasına veya daha azına sahip olması adaletsizliktir ve bu adaletsizlik, bir karakter kusuru olan adaletsizlikten farklıdır. Kişinin hak ettiğinden yoksun olması, bir karakter kusuru değil, bir haksızlıktır⁷².

Karakter kusurları hakkındaki eksiklik ve aşırılık yargıları ile adil olmayan mal-mülk hakkındaki eksiklik ve aşırılık yargıları birbirinden farklıdır. Karakter kusurları hakkındaki yargılar, tek bir kişinin sahip olduğu gerçek nitelikleri ile sahip olması gereken ideal niteliklerini karşılaştırır. Örneğin gözü pek bir kişi, şayet uygun ölçüde sergilenirse o kişiyi cesur kılacak bir duygunun gereğinden fazlasını ve korkak bir kişi de gereğinden azını sergiler. Buna karşılık, mal-mülkte aşırılık veya eksiklik kişiler arasındadır. Herhangi bir kişinin mal ve mülkü, ancak diğer bir kişinin mal ve mülküne nispetle “aşırı” olarak isimlendirilir. Karakter kusurunun aşırılık veya eksiklik şeklinde belirlenimi, karaktere ait bir orta olma hâliyle kıyaslanarak tespit edilirken, adil olmayan bir mal veya mülkün aşırılık veya eksiklik şeklinde belirlenimi, başkalarının mal ve mülkü veya eylemlerine göre tespit edilir⁷³.

Bir kişinin mal ve mülk miktarının, başkalarının mal ve mülk veya eylemlerine göre belirlendiği sonucuna ulaşmak için Aristoteles, eşitliği mal ve mülk adaletinin orta hâli olarak tanımlar. Eşitlik, bir taraftan ilişkiye dair bir kavramdır. Zira bir şey kendisine değil başka bir şeye eşittir. Diğer taraftan, eşitlik bir ortadır. Zira, başkasıyla kıyaslandığında sahiplikte adil olmayan bir aşırılık ile adil olmayan bir eksiklik arasında yer alır. Böylece

⁷² Aristoteles, *Nikomakhos’a Etik*, 1129a, 1130a4-1130a14, ss. 88, 91. Ayrıca bkz. Weinrib, “Corrective Justice”, ss. 405-406.

⁷³ Weinrib, “Corrective Justice”, s. 406.

eşitlik, mal ve mülk adaletinin başkasına yönelik oluşu açısından uygulanabilir bir orta olarak iş görür⁷⁴.

Bu şekilde Aristoteles her ne kadar hem mal ve mülk adaletini, hem de erdemle bir arada bulunan adaleti başkasına yönelik kabul etse de, bu ikisini birbirinden ayırır. Erdemle bir arada bulunan adalette eşitliğin hiçbir rolü yoktur. Harici bakış açısı sadece bir erdeme dönüktür. Bu erdem tek bir kişi bakımından anlaşılabilir niteliktedir. Aksine, mal ve mülk adaletinde eşitlik tanımlayıcı özelliktir. Çünkü mal ve mülk adaleti, özü gereği başkasına yöneliktir⁷⁵.

Aristoteles'in mal ve mülk adaletine ilişkin izahatı üç düşünceyi bağdaştırır: adalet, eşitlik ve orta. Aristoteles bu üç düşünceyi şu ifadesinde bir araya getirir: "... adalet, bir orta olmalı, eşit ve nispi olmalı (yani sadece belirli kişilerle ilgili olmalı); adalet, *orta* sıfatıyla daha çok ile daha az arasında yer alır; *eşitlik* sıfatıyla iki şeyi birbirine bağlar; *adil olan* sıfatıyla da belirli kişiler açısından sonuç doğurur."⁷⁶ Bu üçlünün son üyesi adalet alanını tayin eder: Adalet başkasına yönelik olduğu için adil olan, tek olarak düşünülen bir kişiden çok, kişiler arasındaki ilişkiye uygulanır. Bu üçlünün orta üyesi, adalet alanını düzenleyen biçim ilkesini özetler: Eşitlik, başkasıyla karşılaştırıldığında kişinin daha fazlasına mı, daha azına mı sahip olduğunu belirleyen temel ölçütü gösterir. Üçlünün ilk üyesi adaleti adaletsizlikten ayırır: Adalet, adaletsiz olan şeyler arasındaki ortadır. Buradaki adaletsizlik, kişinin eşit payından fazlasına veya azına sahip olmasını içerir⁷⁷.

Aristoteles'in mal ve mülk adaleti ile eşitliği özdeşleştirmesi, herkesin mal ve mülkünün miktar veya değerinde aynı olması gerektiğini göstermez. Aristoteles'in anlatmak istediği şey biçimseldir. Eşitlik gibi mal ve mülk adaleti de, birbirinden ayrı varlıklar arasındaki ilişkiyi düzenler; yine eşitlik gibi, aşırılık veya yetersizlik sebebiyle bozulur. Her adil düzenlemede tarafların eşit olduğunu iddia ederken Aristoteles, malların herhangi bir özel düzenleme biçiminden veya herhangi bir özel eşitlik ölçütünden bahsetmez.

⁷⁴ Weinrib, "Corrective Justice", s. 406.

⁷⁵ Weinrib, "Corrective Justice", ss. 406-407.

⁷⁶ Aristotle, **The Nicomachean Ethics**, çev. J.A.K. Thomson, Londra, Penguin Books, 1953, 1131a17-1131a18, s. 177.

⁷⁷ Weinrib, "Corrective Justice", s. 407.

Eşitlik, sadece adaletsizliğin zarar verdiği normun ne olduğunu göstermenin bir yoludur⁷⁸.

Eşitlik düşüncesi Aristoteles'e mal ve mülk adaletini matematik işlemi olarak tarif etme imkânı verir. Adalet mal ve mülk için, eşitliğin matematik terimleri için gördüğü işlevi görür. Matematikte eşitlik, bir eşitlik işaretini aracılığıyla, bir terim ile diğer bir terim arasında bağlantı kurar. Bununla birlikte eşitlik işaretinin her iki tarafında yer alan terimlerin özel olarak nasıl düzenleneceği, hangi matematik işleminin yapıldığına göre değişir. Tıpkı farklı matematik işlemlerinin, çeşitli unsurları farklı yollarla bir araya getirmesi gibi, mal ve mülk adaleti de kişiler arasındaki ilişkileri düzenlemenin farklı yollarına sahiptir. Aristoteles bu farklı düzenleme tarzlarına adalet "biçimleri"⁷⁹ demektedir.

Mal ve mülk adaleti birbirine zıt iki biçim varsayar: dağıtıcı adalet ve denkleştirici adalet. Bu adalet biçimlerinin her biri, mal ve mülkü farklı bir matematik işlemiyle düzenler. Adaletsizlik, bu matematik işlemlerinden biri veya diğeri aracılığıyla eşit bölüşüm hakkından fazlasına veya azına sahip olmayı içerir⁸⁰.

Dağıtıcı adalet, oranların eşitliğini içerir ve geometriktir⁸¹. Buna karşılık denkleştirici adalet miktarların eşitliğine önem verir ve aritmetiktir⁸². Denkleştirici adalet haklı olarak birisine ait fakat şimdi haksız olarak başkası tarafından sahiplenilmiş ve dolayısıyla gerçek sahibine geri verilmesi gereken şey ne ise onu gösteren miktara odaklanır. Denkleştirici adalet, nicel eşitliği iki yolla sağlar. İlk olarak, taraflardan biri diğerine ait olan şeye sahip olduğu için, failin kazancı mağdurun kaybına eşittir. İkinci olarak, tarafların, hukuka aykırı fiil işlenmeseydi sahip olacakları şey, hukuka aykırı fiil işlendikten sonraki kazanç ve kaybın hesaplanmasında başvurulacak temel ölçütü verir. Söz konusu ölçüt, bu adalet biçimi için orta olan eşitlik şeklinde

⁷⁸ Weinrib, "Corrective Justice", s. 407.

⁷⁹ Aristoteles, *Nikomakhos'a Etik*, 1130b30-1130b31, s. 93. *Nikomakhos'a Etik*'in Türkçe çevirisinde adalet "türleri" ifadesi geçmektedir. Fakat makalenin konusuyla ilgili olduğundan ve Weinrib'in kendisinin kullandığı kelime olması bakımından adalet "biçimleri" ifadesi tercih edilmiştir. Bkz. Weinrib, "Corrective Justice", s. 407.

⁸⁰ Weinrib, "Corrective Justice", s. 407. Dağıtıcı adalet ve denkleştirici adalet kavramları için ayrıca bkz. Vecdi Aral, *Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine*, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2001, ss. 38-40.

⁸¹ Aristoteles, *Nikomakhos'a Etik*, 1131b13, s. 95; Aral, *Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine*, s. 38.

⁸² Aristoteles, *Nikomakhos'a Etik*, 1132a30, s. 97; *Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine*, s. 39.

iş görür. Tabii ki bu eşitlik kavramsal bir eşitliktir. Eşitlik, kişilerin kendilerine ait olana sahip olmalarına dayanır. Taraflar eşit miktarda mal ve mülke sahip değildirler. Sahip oldukları ne ise onların sahibi olmak bakımından eşittirler. Bu eşitlik bir orta olma durumudur. Zira taraflar, kendilerinin olandan ne daha fazlasına, ne de daha azına sahiptirler⁸³.

Nicel eşitliğin bu iki yönü birbiriyle bağlantılıdır. Denkleştirici adalette kazanç ve kaybın nicel eşitliği, bu ikisinin aynı anda ortadan kaldırılması için temel oluşturur. Bununla birlikte, ortadan kaldırma eylemi eşitliği belirli bir anlamda haklı çıkarmasaydı, bu nicel eşitlik üzerinde durmamızın hiçbir anlamı olmazdı. Zira mal ve mülklerin başlangıçtaki düzeni sadece bir eşitsizlik oluşturuyorsa, bir tarafın sonradan elde ettiği kazanç, başlangıçtaki eşitsizliği azaltacak derecede diğerinin aleyhine ise bu, kendi başına adildir. Dolayısıyla denkleştirici adalette kazanç ve kaybın eşitliğine verilen önem, ilk hâliyle mal ve mülklerin kavram anlamında eşit olduğunu varsayar. Söz konusu kazanç ve kayıpların ortadan kaldırılması da, bu ilk eşitliği doğrular⁸⁴.

İki adalet biçimini tanıtırken Aristoteles, dağıtıcı adaletin “dağıtımlarda”, denkleştirici adaletin ise “muamelelerde” ortaya çıktığını söyler⁸⁵. “Dağıtımlar” ve “muameleler”, iki adalet biçiminin bütün özel görünümüne işaret eden genel terimlerdir. Bir muamele, denkleştirici adalete uygun olarak düzenlenmiş bir etkileşimdir. Benzer şekilde bir dağıtım, dağıtıcı adaletin yapısına sahip bir düzenlemedir. Dağıtıcı ve denkleştirici adalet, dağıtımlarda ve muamelelerde, bu düzenlemelerin kendi bünyesinde örtülü bulunan düzenleme tarzlarıdır⁸⁶.

Dağıtıcı adalet, nimet ve külfetleri belirli bir ölçüte göre bölüştürür. Bir dağıtıcı adalet uygulaması üç unsurdan oluşur: bölüştürülen nimet ve külfetler, bölüşümün aralarında gerçekleştiği kişiler ve bölüşümün kendisine göre yapıldığı ölçüt. Bu ölçüt, belirli bir dağıtım için tarafların karşılıklı liyakatini belirler. Belirli bir tarafın, dağıtım ölçütüne göre liyakati büyük olduğu ölçüde, dağıtılan şeydeki payı da fazla olur. Bu sebeple dağıtıcı adalet bir matematik işlemine tekabül eder. Bu işlemde, bir eşit oranlar

⁸³ Aristoteles, **Nikomakhos'a Etik**, 1132a28-1132a29, s. 97. Ayrıca bkz. Weinrib, “Corrective Justice”, s. 408.

⁸⁴ Weinrib, “Corrective Justice”, ss. 408-409.

⁸⁵ Aristoteles, **Nikomakhos'a Etik**, 1130b30-1131a1, 1131b25-1131b31, ss. 93, 96. Türkçe çeviride kullanılan “alış veriş” kelimesinin yerine makalenin diğer kısımlarına uyumlu olması açısından “muamele” kelimesi tercih edilmiştir.

⁸⁶ Weinrib, “Corrective Justice”, ss. 407-408.

dizisi, karşılıklı paylar ile karşılıklı liyakati aynı sıraya koyar⁸⁷. Aristoteles bu işlemi aşağıdaki alıntıda açıklamaktadır. Burada *A* ile *B* dağıtımın taraflarını, *c* ile *d* karşılıklı paylarını temsil etmektedir:

Sonuç olarak adalet bir orantı türüdür; zira orantı soyut birimlerden oluşan sayıların değil, genel anlamda sayının bir niteliğidir; orantı, oranların eşitliğidir ve en az dört terim içerir. Adil olan da en az dört terim içerir ve iki şeyin terimleri arasındaki oran, diğer iki şeyin terimleri arasındaki orana eşittir. Zira kişiler ve şeyler benzer şekilde dağılmıştır. Dolayısıyla, $A:B = c:d$ ve değişik bir ifadeyle $A:c = B:d$... Sonuç olarak, *A* teriminin [kişi] *c* terimi [pay] ile kombinasyonu ve *B* teriminin [kişi] *d* terimi [pay] ile kombinasyonu adildir⁸⁸.

Denkleştirici adaletin ihlâli, bir tarafın diğeri zararına kazanç sağlamasını içerir. İlk eşitliğin orta olmasıyla karşılaştırıldığında fail daha fazlasına, mağdur ise daha azına sahiptir. Fail, mağdurun kaybettiği oranda kazanmıştır. Dolayısıyla, sadece failin kazandıklarını geri almakla (Bu durum mağduru yine de yoksun bırakır.) veya mağdurun kaybını karşılamakla (Bu ise faili yine de fazlaya sahip kılar.) eşitlik sağlanmaz. Bilâkis denkleştirici adalet, failin, mağdur için, kendisinin mağdur zararına elde ettiği zenginliğe karşılık gelen miktarda onarım yapmasını gerektirir⁸⁹.

Özel hukuk bağlamında denkleştirici adalet, zararın karşılanması, yani bir kişiden diğere belirli bir miktar para transfer edilmesi ile ilgilidir. Zararın karşılığı, aynı zamanda mağdurun gördüğü zararın ve davalının hukuka aykırı hareketinin nicelleştirilmesidir. Dolayısıyla hukuka aykırı fiilin eylem unsuru ile eylemin sonucunda karşı tarafa verilen zararın bir araya gelmesidir. Hukuka aykırı bu eylem ve eylemin yol açtığı zararın karşılanması, belirli bir aktiflik ile pasiflik arasındaki bağa işaret eder. Bu bağ aracılığıyla davacı ile davalı birbirlerine bağlı olarak tanımlanır.

Özel hukukun kendine özgü bu yapısı, özel hukuk ilişkilerinin iki taraflılığına uygun tutarlılığın en soyut şeklidir. Haksız fiil sahibi ile mağdur arasındaki bağılaşık ilişkiyi gösterdiği gibi, davalının bir başkasına zarar vermeme yükümlülüğü ile bu tür bir zarara maruz kalmama hakkı arasındaki bağılaşıklığı da gösterir. Davacı ile davalı arasındaki dava sürecinden zarar

⁸⁷ Weinrib, “Corrective Justice”, s. 408.

⁸⁸ Aristotle, **The Nicomachean Ethics**, 1131a29-1131b10, s. 178.

⁸⁹ Weinrib, “Corrective Justice”, s. 409.

veren ile zarara uğrayan arasındaki bağı anlatan öğretilere kadar özel hukuka ait bütün iki taraflı ilişkiler, bu soyut tutarlılığa uygundur⁹⁰.

Dağıtıcı adalet ise tarafları zarar veren ve zarara uğrayan şeklinde değil de nimetler ve külfetler bakımından değerlendirir. Burada hukukun amacı, nimetleri ve külfetleri belirli bir ölçüte göre bölüştürmektir. Taraflar arasındaki ilişki, taraflardan birinin diğerine zarar vermesi ile oluşmaz; nimetler ve külfetlerin doğasından ve belirli bir ölçüte göre bölüştürülmesi sonucu ortaya çıkan hak etme ve sorumluluk durumlarından kaynaklanır⁹¹.

Denkleştirici adalet ve dağıtıcı adalet, hukukun konusunu oluşturan kişiler arasındaki ilişkilerin anlaşılmasının iki farklı yoludur. Fakat Weinrib'e göre Aristoteles'in bu adalet türlerine yaklaşımı, çağdaş yaklaşımlardan farklıdır. Aristoteles bu iki adalet türünü tamamen biçimsel kabul eder. Yani denkleştirici adalet ve dağıtıcı adalet bir amaç veya en üstün gaye değildir. Hukuka atfedilen bir nihai amacın, iç tutarlılığa sahip olabilmesi için uyması gereken en genel kavramsal yapıları sunarlar. Nitekim denkleştirici adalette taraflar arasındaki ilişki, hukuka aykırı bir fiil işleyen ile bu fiilden zarar gören arasındaki dolaysız ilişkidir. Bu ilişkinin, sözleşme, haksız fiil veya sebepsiz zenginleşme şeklinde ortaya çıkması önemli değildir. Buna karşılık dağıtıcı adalette taraflar arasındaki ilişki, bir dağıtım şeması tarafından düzenlenir. Her bir hak ediş, dağıtımdan faydalananlar arasındaki dolaysız ilişkiye göre değil, dağıtım ölçütüne göre belirlenir. Dağıtım, Nozick'in ifadesiyle "kalıplar" içerisinde gerçekleşir ve gerekçelendirme, "herkesten ... göre" şeklindedir. Dolayısıyla denkleştirici adalet ve dağıtıcı adalet, taraflar arasındaki dolaysız ve dolaylı ilişkileri temsil eder⁹².

Bu iki adalet biçimi, kategorik olarak birbirinden farklıdır. Bu farklılık, her birine ait farklı eşitlik anlayışlarına bakılarak daha iyi anlaşılır. Denkleştirici adalet, tarafların tikel niteliklerini aşacak şekilde işler. Zira bu nitelikler hukuka aykırı fiili işleyen ile bu fiilden zarar gören arasındaki ilişkinin anlaşılabilmesi için gerekli asli nitelikler değildir. Toplumsal statüleri, refah seviyeleri veya kişilikleri ne olursa olsun, sonuçta her iki taraf da ilişkinin eşit tarafı konumundadır. Bu eşitlik, ilişkiye içkin aklılığı temsil eder. Bu bağlamda hukuka aykırı fiil ise taraflardan birinin bu eşitliği, diğer tarafın aleyhine bozması şeklinde kavramsallaştırılır.

⁹⁰ Weinrib, **The Idea of Private Law**, ss. 56-57; Weinrib, "Legal Formalism: On the Immanent Rationality of Law", s. 978.

⁹¹ Weinrib, "Legal Formalism: On the Immanent Rationality of Law", s. 979.

⁹² Weinrib, "Legal Formalism: On the Immanent Rationality of Law", ss. 979-980.

Denkleştirici adalet herhangi bir resmi uyuşmazlık çözme türlerinden biri değildir. Mahkemenin kararı, taraflar arasındaki ilişkide zaten saklı olanın ortaya çıkarılmasıdır. Bu ilişkiye dahil olmak ve kendi normatif gücünü devreye sokmakla mahkeme, aslında hükmünün konusunu teşkil eden ilişkinin gerekçelendirme faaliyetinin bir parçası haline gelir. Mahkemenin işlevi, başlangıçtaki eşitliği tekrar sağlamaktır. Bunu da belirli bir miktarı tarafların birinden alıp diğerine vermekle gerçekleştirir. Bu miktar ise taraflar arasındaki ilişkinin kendi mantığından ayrılmayı temsil eder; davacının kaybı ile davalının kazancına denk gelir. Standart bir tazminat davasında davacının kaybı ile davalının kazancı birbirine eşittir. Denkleştirici adalet, belirli bir miktarı tarafların birinden diğerine transfer etmek suretiyle taraflar arasında başta geçerli olan eşitliği tekrar sağlar. Böylece söz konusu ilişkinin sadece iki taraf arasında gerçekleştiğini, bir başka kişinin katılımının geçersiz olduğunu doğrular. Hem taraflardan birinin gerçekleştirdiği hukuka aykırı fiili, hem de bu fiilin doğurduğu sonuçların giderilmesine hükmeden yargı kararını kapsadığından denkleştirici adalet, özel hukukta davacı ile davalı arasında hüküm verme işlemini yansıtır⁹³.

Buna karşılık dağıtım işlemi, belirli bir miktarın transferi ile değil, belirli bir oranın tespiti ile ilgilidir. Dağıtıcı adaletin üç unsuru vardır: dağıtımın konusunu oluşturan nimet ve külfetler, bu nimet ve külfetlerin dağıtılacağı kişiler ve nihayet dağıtımın neye göre yapılacağını belirleyen bir ölçüt. Dağıtımdan faydalanacak kişilerin ait olduğu sınıf ile dağıtımın konusu kavramsal olarak birbirinden ayrıdır. Dağıtımdan faydalanacakların ait olduğu sınıfın her bir üyesinin, dağıtılacak şeylerde ne kadar pay sahibi olacağı, dağıtım ölçütüne göre belirlenir. Böylece her bir üye, bu ölçüte itibarla eşit konumdadır. Bu üç unsurun birarada oluşu belirli bir orantı oluşturduğundan, katılımcı sayısında herhangi bir sınırlama söz konusu değildir. Ne kadar çok katılımcı varsa, paylar o kadar küçük olacaktır. Tersine, ne kadar az katılımcı varsa paylar o kadar büyük olacaktır. Dağıtıcı adaletin bu orantılı yapısı, denkleştirici adaletten farklıdır. Zira denkleştirici adalette, başlangıçtaki eşitliği tekrar kuran miktarın belirlenmesi, sadece iki tarafı gerektirir. Daha fazla sayıda taraf uygun değildir, zira transfer edilecek miktar, ikiden fazla taraf arasında bir eşitlik kuramaz. Keza daha az sayıda taraf da uygun değildir. Şayet sadece bir taraf varsa herhangi bir ilişkiden, dolayısıyla da herhangi bir denkleştirmeden bahsedilemez⁹⁴.

⁹³ Weinrib, "Legal Formalism: On the Immanent Rationality of Law", ss. 980-981.

⁹⁴ Weinrib, "Legal Formalism: On the Immanent Rationality of Law", s. 981.

Denkleştirici adalet ve dağıtıcı adalet, hukuki muamelelere ve dağıtımlara içkin biçimlerdir. Kişiler arası ilişkilere ait kalıplar olarak hukuki muamelelerde ve dağıtımlarda örtülü hâlde bulunan akliliği gösterirler; bu düzenlemelerin uyması gereken dışsal amaçlara başvurmazlar. Bu kalıplardan her biri, ait olduğu ilişki tipinin kendine özgü tutarlılık şeklini yansıtır. Denkleştirici adalet, hukuka aykırı eylemi gerçekleştiren ile bundan zarar gören arasındaki ilişkiyi bir bütünlük kabul eder. Bu bütünlüğün hukuki ifadesi, davalının dava sonucunda başarılı olan davacıya bir miktar ödemede bulunmasıdır. Dağıtıcı adalet ise dağıtımı bir bütünlük kabul eder. Bu bütünlük dağıtılacak nimet ve külfetleri, dağıtımdan faydalanacakları ve dağıtımın neye göre yapılacağını gösteren ölçütü bir araya getirir. Hukuk, insanlar arasındaki ilişkileri düzenleyen bir sistem olarak muameleleri ve dağıtımları her birine ait kendi akliliklerine uygun olacak şekilde düzenler. Bu yüzden hukukun içeriği de adalet türlerinin uygun bir şekilde gerçekleştirilmesini gerektirir. Herhangi bir hukuki içerik, bir adalet biçimine uygun olduğu ölçüde kavranabilir niteliktedir. Özel hukuk uyuşmazlıklarının yargı yoluyla çözümü denkleştirici adaletin, yasama ve yürütme faaliyetleri ise dağıtıcı adaletin gerçekleşme yoludur⁹⁵.

Bu durum söz konusu hukuk dallarına ait pozitif düzenlemelerin her zaman adil olacağı anlamına gelmez. Söz konusu hukuk dallarının içeriden kavranabilmesi, ancak kişiler arasındaki ilişkilere uygulanacak kategorilerin kavramsal yapıları aracılığıyla mümkün olur. Adalet türlerinin amacı ve eleştirel yönü, biçimsel oluşlarından kaynaklanır. Hukuki ilişkileri kendi iç yapılarına bakarak izah etmeye yarayan kalıplar olduklarından adalet türleri, hukuki ilişkileri yine kendi iç yapılarından hareketle eleştirebilme imkânı sunar. Üstelik bu eleştiri imkânı hukuk açısından kesindir; zira farklı bakış açılarına göre değişmez, yani sabittir⁹⁶.

Denkleştirici adalet ve dağıtıcı adalet, hukuki ilişkilerin birbirine indirgenemez tutarlı şemalarını verdiği için, tek bir hukuki ilişkiye her ikisi de aynı anda uygulanamaz. Aksi takdirde her ikisi de diğerinin gerekçelendirici gücünü etkisiz hâle getirir ve ilişki, bütünlüklü bir yapı arz edemez⁹⁷.

⁹⁵ Weinrib, "Legal Formalism: On the Immanent Rationality of Law", s. 982.

⁹⁶ Weinrib, "Legal Formalism: On the Immanent Rationality of Law", ss. 982-983.

⁹⁷ Weinrib, "Legal Formalism: On the Immanent Rationality of Law", s. 984.

Bunu daha iyi anlatabilmek için Weinrib, haksız fiil hukukundaki zararın yayılması kavramıyla ilgili bir davadan örnek vermektedir⁹⁸.

Ürün sorumluluğu hakkındaki bu davada yargıç, patladığı için haksız fiile yol açan bir şişenin üreticisinin kusuru olmasa bile sorumlu tutulabileceğine karar vermiştir. Weinrib'e göre aslında bu karar, çağdaş haksız fiil hukukundaki genel bir yaklaşımı gösterir. Bu yaklaşıma göre davacının içinde bulunduğu olumsuz durumun giderilmesinin en etkin yolu, davalının sigortası aracılığıyla zararın etkisini hafifletmektir. Bu ise zararın etkisinin, zarardan en fazla etkilenen kişiden, yani davacıdan, daha geniş bir gruba aktarılmasıyla gerçekleşir. Bu grubun üyeleri söz konusu zararın bedelini paylaşan, dolayısıyla sorumluluktan daha az pay alanlardır. Böyle bir çözümü benimsemenin amacı, zararın insanlar arasında ve zamana yayılmasıdır. Burada, küçük yoksunlukların sayıca fazla olmasının, tek bir büyük yoksunluktan daha kolay baş edilebilir olduğu inancı vardır. Bu amaç, sorumluluğun sigorta düzenlemeleri aracılığıyla yönlendirilmesi sonucunda gerçekleştirilir. Böylece zarar bedelinin aralarında dağıtıldığı grup, bu tür zararlara karşı sigorta yaptırmış kişileri kapsayan bir havuz oluşturur⁹⁹.

Weinrib'e göre sigorta kavramına başvurmak, haksız fiil ilişkisine tutarsız bir unsur sokmaktır. Zarar verenin sorumlu tutulmasının gerekçesi olarak sigortalama mantığı gereğinden fazla kapsayıcıdır. Bu mantığa göre davacının dava açmasındaki amaç, davalının katkıda bulunduğu sigorta fonuna erişmeyi garantilemektir. Bununla birlikte, zararın yol açtığı kayıpları sigorta aracılığıyla dağıtmak, başka herhangi birini değil de özel olarak zarara yol açan tarafı sorumlu tutmanın gerekçesi değildir. Bu mantık sigorta havuzunun herhangi bir üyesine, hatta *herhangi bir* sigorta havuzunun herhangi bir üyesine karşı uygulanabilir. Sigortalama mantığı gereğinden fazla kapsayıcıdır; zira zarar verene özgü sorumluluğu değil,

⁹⁸ Weinrib, görüşlerini daha da ikna edici hale getirmek için sık sık uygulamadan örnekler vermektedir. Böylece hukuki formalizmin, hukukun kuramı ile uygulaması arasındaki boşluğu doldurduğu iddiasına da geçerlilik kazandırmayı amaçlamaktadır. Örneğin **The Idea of Private Law** isimli çalışmasının özellikle 5, 6 ve 7. bölümleri gerçek dava örneklerine geniş yer ayırmaktadır, bkz. Weinrib, **The Idea of Private Law**, ss. 114-203. Ayrıca yine hukuk öğretisi ile uygulaması arasındaki kopukluğu eleştirdiği hukuk eğitimi hakkındaki oldukça kapsamlı çalışması da çok sayıda dava örneği içermektedir, bkz. Ernest Weinrib, "Can Law Survive Legal Education?", **Vanderbilt Law Review**, Vol. 60, Sayı 2, 2007, 401-438, *passim*.

⁹⁹ Weinrib, **The Idea of Private Law**, s. 36.

sorumluluğun, kendisi için, sigorta ücretini ödemekle sonuçlandığı herhangi birinin (zarar veren de dahil) sorumluluğunu kanıtlar¹⁰⁰.

Şüphesiz haksız fiil hukuku, hakikatte davacının sorumluluk sigortası aracılığıyla tazminatı herhangi birisinden talep etmesine izin vermez. Haksız fiil hukukunda hukuki ilişki, mağdur ile zararı meydana getiren kişi arasındadır. Haksız fiil hukuku, davacıya verilen zararın nedenini davalının sorumluluğu için bir önkoşul sayarak, sigorta etme mantığının işleyişini etkili bir şekilde durdurur. Sebep koşulunu kanıtlayan mülâhaza sigorta etme mantığından bağımsızdır. Zararın yayılması için gerekli bir araç olarak sigorta sistemi açısından davalının, davacının zararına neden olması, diğer bazı sigortalıları değil de davalıyı sorumlu tutmanın gerekçesi değildir.

Buna karşılık, zarar nedeni açısından sigortanın yokluğu, davalıyı sorumlu olmaktan çıkarmanın gerekçesi değildir. Zarar nedeni ile sigorta ayrı cinsten faktörlerdir. İlki zararın meydana gelmesiyle, ikincisi zararın etkilerini hafifletmekle ilgilidir. Sebep koşulunu gerekçelendiren mülâhaza, davalının eylemi ile davacının zararı arasındaki sıralanmaya odaklanmalıdır. Bu sıralanmanın, zararın yayılması için gerekli bir mekanizma olarak sigorta ile bir ilişkisi yoktur. Zarar nedeni ile sigorta birbirinden bağımsız olduğu için, onları bir araya getiren özel hukuk ilişkisi tutarsızdır. Her ikisinin de ifade ettiği gerekçelendirme mülâhazaları, bütünleşmiş tek bir gerekçelendirmede birleşmiş değildir. Bu mülâhazaların haksız fiil ilişkisinde bir araya gelmesi, gerekçelendirme açısından sahip oldukları önemin, onları özleri gereği tamamlayıcı kılmasından kaynaklanmaz. Pozitif hukuk, bunları bir arızî birlik içerisinde bir araya getirmiştir¹⁰¹.

Tutarsızlık, bir zararı yayma aracı olarak sorumluluk sigortasına uygulanmaz sadece; haksız fiil hukukunun zararı yaymak için kullanılması düşüncesinin kendisine de uygulanır. Haksız fiil hukukunun amacı olarak zararı yayma çarpıcı bir şekilde gereğinden fazla kapsayıcıdır. Ciddi bir zararın sorumluluğunu mümkün mertebe hafif ve yaygın şekilde dağıtmak amacıyla, bedelin başkalarının yararına birilerine ödettirilmesi düşüncesi, bir haksız fiilden kaynaklanmayan zararlar için olduğu kadar, bir haksız fiilden kaynaklanan zararlar için de uygundur. Dahası zararı dağıtma düşüncesinin dayandığı azalan son birim yararı ilkesi, haksız fiil iddialarının karara bağlanmasında yol gösterici değildir. Kaza kayıplarının toplum tarafından sigortalımasında ve daha genel olarak, vergi artırımı yoluyla zenginliğin yeniden dağıtılmasında yol göstericidir. Dolayısıyla zararı yayma, haksız fiil

¹⁰⁰ Weinrib, *The Idea of Private Law*, s. 36.

¹⁰¹ Weinrib, *The Idea of Private Law*, s. 37.

davacısını haksız fiil davalısına bağlayan öğreti ve kurumları hedefinden saptırmaktadır¹⁰².

Zararın yayılması ve diğer tazminat çeşitleriyle ilgili sorun, bunların sadece zarar görene odaklanması, zarar vereni işin içine karıştırmamasıdır. Haksız fiil hukukunun amacı olarak tazminatı kabul etme düşüncesinin arkasında zarar olgusunun mağdurda yarattığı ihtiyaç vardır. Buna rağmen zararın meydana getirilme şekli bu ihtiyaç üzerinde bir etki doğurmaz. Tazminatın amacı haksız fiil failini kapsamaz¹⁰³.

Şayet tazminat haksız fiil hukukunun amacı olacaksa, davalının eylemi üzerine odaklanan ikinci bir amacın devreye sokulması aracılığıyla tamamlanmalıdır. Bu amaç genellikle caydırıcılıktır. Caydırıcılık aracılığıyla, haksız fiil sorumluluğu beklentisinin potansiyel bir haksız fiil failini yanlış bir eylemde bulunmaktan alıkoyacağı düşünülür. Tazminat ile caydırıcılık birlikte ele alındığında haksız fiil ilişkisinin iki kutbunu da kapsar: caydırıcılık, zarara yol açma ihtimaline sahip eylemlerden kaçınmayı teşvik etmek suretiyle failer üzerinde işler; tazminat ise mağdurun gördüğü zararlar üzerine odaklanır¹⁰⁴.

Bu iki amacın birlikte dikkate alınması haksız fiil ilişkisini tutarsız kılar. Zira bu iki amaç birbirlerinden bağımsızdır. Şayet tazminat gerekçelendirilse bu, engel olunamamış eylemlerin sonucunda ortaya çıkan zararlar için de geçerlidir. Benzer şekilde, caydırıcılık gerekçelendirilse bu, zararın meydana gelip gelmemesine bakılmaksızın geçerli olur. Tazminat amacının açığa vurduğu gerekçelendirme mülâhazasına dair hiçbir şey, tazminat sisteminin, zarar verenin meydana getirmesine engel olunduğu zararlar için de işlemlerini sınırlandıramaz. Keza caydırıcılık amacının açığa vurduğu kanıtlanma mülâhazasına dair hiçbir şey caydırıcılığın, tazmin edilebilir zarara yol açan eylemler için de işlemlerini sınırlandıramaz. İki amaç tek bir bütünleşmiş gerekçelendirme mülâhazası içinde birleşmiş değildir¹⁰⁵.

Görüldüğü üzere denkleştirici adalet ve dağıtıcı adalet gerekçelendirme kalıplarıdır. Bir hukuki ilişkinin nasıl gerekçelendirileceğini gösterirler. Eğer bir ilişki, denkleştirici adalete başvurularak gerekçelendiriliyorsa hukuka aykırı fiili işleyen ile bundan zarar görenin eşitliğini gösteren bir gerekçelendirme söz konusudur. Buna karşılık eğer bir ilişki dağıtıcı adalete

¹⁰² Weinrib, *The Idea of Private Law*, ss. 37-38.

¹⁰³ Weinrib, *The Idea of Private Law*, s. 38.

¹⁰⁴ Weinrib, *The Idea of Private Law*, s. 38.

¹⁰⁵ Weinrib, *The Idea of Private Law*, s. 38.

başvurularak gerekçelendiriliyorsa gerekçelendirme için kullanılan argüman, belirli bir orantılılık hâlini esas alıyordur. Burada dikkat edilmesi gereken husus, bir gerekçelendirme faaliyetinin, denkleştirici adalete veya dağıtıcı adalete başvurduğu iki durumda da, gerekçelendirilmiş en geniş kapsamlı ve en soyut tutarlılık düşüncesine dayanmasıdır. Bu iki gerekçelendirme şekline hiçbirine uygun olmayan bir ilişki, kavranabilir bir ilişki değildir. Bu tür bir ilişkiyi tanıyan bir pozitif hukuk düzenlemesi, hukuken hatalıdır¹⁰⁶.

Gerekçelendirme kalıpları olduklarından denkleştirici adalet ile dağıtıcı adaletin asıl ilgisi, hukuki düzenlemelerin konuları değil, gerekçelendirme şekillerinin tutarlılığıdır. Bir kişinin diğer bir kişi üzerindeki etkisi, salt bu yönüyle önceden hukuki sınıflandırmaya tabi tutulamaz. Yani önceden denkleştirici adaletle mi yoksa dağıtıcı adaletle mi ilgili olduğu söylenemez. Örneğin benim size zarar veren eylemim, tek başına ne bir hukuki muameledir, ne de dağıtım şeklidir. Dolayısıyla ne denkleştirici adaleti, ne de dağıtıcı adaleti ilgilendirir. Ancak siz beni dava ettiğinizde mahkeme süreci sonucunda benim bu eylemimin niteliği tespit edilir. Eğer siz bana haksız fiilden kaynaklanan tazminat davası açarsanız eylemim denkleştirici adaletin konusuna girer. Buna karşılık eğer zarar giderim fonuna başvurursanız eylemim dağıtıcı adaletin konusunu oluşturur¹⁰⁷.

2. Adalet Biçimleri ve Normatiflik

İki adalet biçiminin gerekçelendirme işlevini görebilmesi, normatif bir boyuta sahip olmalarına bağlıdır. Dolayısıyla burada söz konusu olan hukuki gerekçelendirmenin normatifliğidir. Peki, normatiflik ne demektir? Geleneksel hukuk düşüncesi normatifliği, belirli bir takım amaçların gerçekleştirilmesi olarak kabul eder. Örneğin haksız fiil kuramcıları, haksız fiil hukukunun normatifliğini, zararların azaltılması veya zarar gören kişinin zararının giderimi gibi amaçlara dayandırır. Burada üzerinde durulan, insan varlığının sağlıklı ve mutlu bir şekilde devam ettirilmesidir. Hukuk da işte bu amacı gerçekleştirme işlevine sahiptir¹⁰⁸.

Buna karşılık formalist yaklaşım, hukuka böyle bir amaç yüklemeye itiraz eder. Ancak denkleştirici adaletin gerçekleştirilmesi ile özel hukuk gerekçelendirilebilirlik niteliğine kavuşur. Zira özel hukuk ilişkisi, yukarıda

¹⁰⁶ Weinrib, "Legal Formalism: On the Immanent Rationality of Law", s. 984-985.

¹⁰⁷ Weinrib, "Legal Formalism: On the Immanent Rationality of Law", s. 985; Weinrib, "Why Legal Formalism", ss. 354-355.

¹⁰⁸ Weinrib, "Legal Formalism", s. 337.

da belirtildiği gibi iki taraflıdır. Fakat insanın maddi ve manevi varlığının geliştirilmesi amacı, iki taraflı bir ilişkiyle doğrudan alakalı değildir. Buna karşılık denkleştirici adalet, iki taraflı bir ilişkiyi varsaydığından, özel hukukun gerekçelendirilmesinde denkleştirici adalet uygulanmalıdır. Özel hukukun normatifliği, denkleştirici adaletin gereklerine uygunlukla sağlanır¹⁰⁹. Dolayısıyla formalizm, gerekçelendirmenin zeminini insan varlığının geliştirilmesi gibi içeriğe dair bir takım amaçların gerçekleştirilmesine dayandırmaz; formalizme göre kanıtlamanın zemini, öznellik kavramıdır¹¹⁰.

Formalizm, bu normatif boyutu öncelikle Kant'ta bulur. Kişiler arasındaki karşılıklı münasebetlerin tutarlılığın en kapsamlı ve en soyut ifadesi olarak denkleştirici adalet ve dağıtıcı adalet, karşılıklı münasebet içerisindeki kişileri ve sahip olduklarını değerlendirirken normatif bir kavrama başvurur. Bu normatif kavram haktır ve önce Kant, sonra da Hegel tarafından en yetkin şekilde izah edilmiştir¹¹¹.

Her ne kadar özel hukukun kendine özgü yapısını tespit edip, bu yapıya ait gerekçelendirme yöntemlerini, yani denkleştirici adalet ile dağıtıcı adaleti oldukça başarılı bir şekilde açıklamışsa da Aristoteles'in denkleştirici adaletle dair söylediklerinde sorun teşkil eden bir boşluk vardır. Aristoteles, yargıcın uyumsuzluğu çözerken taraflara eşit davranması gerektiğini belirtir¹¹². Fakat sorun, tarafların hangi açıdan eşit olduğudur¹¹³.

Denkleştirici adalet normatif bir işleve sahiptir. Bir muamele, onarım cezası sebebiyle, denkleştirici adaletin sınırları içerisinde olmalıdır. Aristoteles, denkleştirici adaletin ihlâlini taraflar arasındaki eşitliğin bozulması olarak kavramsallaştırdığından¹¹⁴, denkleştirici adaletin tüm normatif ağırlığını bu eşitliğin üzerine oturtur. Sonuç olarak, denkleştirici adaletin normatif karakterini, temelinde yer alan eşitliğin normatif önemini incelemeyen anlayamayız¹¹⁵.

Aristoteles'in soruna en çok yaklaştığı yer önemli fakat muğlak bir bölümdür. Bu bölüm, denkleştirici adaleti, denkleştirici adaletin nicel eşitliği

¹⁰⁹ Weinrib, "Legal Formalism", s. 337.

¹¹⁰ Weinrib, "Legal Formalism", s. 337.

¹¹¹ Weinrib, "Why Legal Formalism", s. 355.

¹¹² Aristoteles, *Nikomakhos'a Etik*, 1132a2-1132a10, s. 96.

¹¹³ Weinrib, *The Idea of Private Law*, s. 76.

¹¹⁴ Aristoteles, *Nikomakhos'a Etik*, 1131b5-1131b10, s. 96.

¹¹⁵ Weinrib, *The Idea of Private Law*, ss. 76-77.

ile dağıtıcı adaletin orantılı eşitliği arasındaki zıtlığı göstermek suretiyle ele almasından sonraki bölümdür. Aristoteles şuna dikkat çeker: “Değerli bir kişinin değersiz bir kişiden veya değersiz bir kişinin değerli bir kişiden [onun rızası dışında] bir şey almış olması fark etmez, tıpkı değerli veya değersiz bir kişinin zina yapmasının fark etmemesi gibi; fakat hukuk sadece [ortaya çıkan] zarardaki farka bakar ve taraflara eşit yaklaşır. Biri, bir adaletsizlik yapmış, diğeri de bu adaletsizlikten etkilenmiş mi ve biri bir zarar vermiş, diğeri de zarar görmüş mü, [ona bakar].”¹¹⁶ Bu cümle denkleştirici adaleti, ilk olarak denkleştirici adalet açısından neyin dikkate alınmadığı, ardından neyin alındığı açısından tasvir eder. Cümlelerin noktalı virgülle ayrılmış iki ayrı kısmında da aynı şey, negatif ve pozitif açıdan formüle edilmiştir. Cümlelerin her iki kısmını da, diğeriyle uyumlu olacak şekilde anlamamız gerekir¹¹⁷.

Cümlelerin ilk kısmı, denkleştirici adaletin neyi dışladığına işaret etmek suretiyle, denkleştirici adaletin kabul etmiş olduğu eşitliği negatif açıdan formüle eder. Cümlelerin bağlamı (denkleştirici adaletle dağıtıcı adaletin birbirine zıt oluşu) ve içeriği (değer ile zararın birbirinden ayrılması), ahlâkî veya toplumsal değerlerin denkleştirici adalet açısından geçerli olmamasının gerekçesini verir. Bu tür bir değer (veya onun eksikliği), kişilerin bireyler olarak sahip oldukları bir niteliktir; kendi içinde veya kendi başına, değerli (veya değersiz) bir kişinin bir başkasına zarar verdiği veya hukuka aykırı davrandığı bir sürecin parçası değildir. Ahlâkî veya toplumsal değeri mal-mülk adaleti içerisine sokmak için, kişiler arasında, zarar verme ve zarar görmeyen karşılıklılığı aracılığıyla değil de, her birinin sahip olduğu değerlerin mertebelerinin karşılaştırılması aracılığıyla bağ kurmak gerekir. Bu karşılaştırma, dağıtıcı adaletin orantılı eşitliği açısından bir ölçüt işlevi görebilir (“Herkesine değerine göre”), fakat denkleştirici adaletin nicel eşitliğinin yansıttığı iki taraflı bağı bütünüyle oluşturamazdı. Denkleştirici adaletin dolaysız etkileşimi, bireylerin sahip olduğu niteliklerin çeşitli mertebelerini göz önünde bulundurmaya yer vermez. Bu tür bir gözden geçirme, dağıtıcı adalettaki dolaylı bir orantılılığın temeli olabilir¹¹⁸.

Aristoteles burada dolaylı olarak, adalet biçimleri arasındaki, bu özel örneğin sınırlarını aşan bir farkı ortaya koymaktadır. Bu fark şudur: Dağıtıcı adaletin orantılı eşitliğinin, tarafları bir ölçüte göre karşılaştırmayı içermesine karşılık, denkleştirici adaletin eşitliği *bütün* karşılaştırmalı

¹¹⁶ Aristotle, **The Nicomachean Ethics**, 1132a2-1132a6, s. 180.

¹¹⁷ Weinrib, **The Idea of Private Law**, s. 77.

¹¹⁸ Weinrib, **The Idea of Private Law**, s. 77.

değerlendirmeleri dışlar. Dolayısıyla denkleştirici adalet, tarafların, örneğin karşılıklı erdemlerini veya toplumsal konumlarını olduğu kadar, karşılıklı zenginliğini veya ihtiyaçlarını da önemsemez¹¹⁹.

Zararın önemini gösteren cümlelerin ikinci kısmı, denkleştirici adaletin eşitliğini pozitif açıdan formüle eder. Denkleştirici adaletteki eşitlik, bir kişinin diğerine göre bulunduğu konuma ait değil, diğerine karşı yapmış olduğu şeye aittir. Karşılıklılık mantığı eşitliğe delâlet eder; zira, zarar verme ve zarar görmenin karşılıklılığı açısından zarar verene yüklenen herhangi bir şey, eşit olarak zarar görene de yüklenebilir. Denkleştirici adalet, dolaysız etkileşimin kendisini, taraflar arasındaki adil eşitliği ifade edecek (ya da eğer hukuka aykırı veya zararlıysa ihlâl edecek) şekilde anlayarak bu mantığı normatif kullanıma sokar. Söz konusu eşitlik, kendi hesabına, bu tür bir etkileşim süreci boyunca varlığını sürdürür¹²⁰.

Dolayısıyla soru cevaplanmadan kalır: Normatif bir eşitlik ile bu eşitliğin ihlâli, zarar verme ve zarar görmenin karşılıklılığında nasıl anlaşılabilir? Buna Aristoteles'in hiçbir cevabı yoktur. Bununla birlikte, ilk akla gelebilecek bir ihtimalin ortadan kaldırılması için yeteri derecede bir şeyler¹²¹.

Denkleştirici adalet her ne kadar dolaysız etkileşimle ilgili olsa da, yöneldiği eşitliğin dağıtıcı adaletin orantılı eşitliği olduğu düşünülebilir. Denkleştirici adalet hak edişlerin varlığını farzeder. Hak ediş, büyük ihtimalle, denkleştirici adaletin kendisinin değil, dağıtıcı adaletin yarattığı bir şeydir. Bu görüşe göre denkleştirici adaletin işlevi, zenginliğin mevcut dağılım şeklini korumaktır. Sonuç olarak, muameleler için farzedilen eşitlik dağıtıcı adaletin orantılı eşitliğidir¹²².

Bu cevap tatminkâr değildir. Bu noktada Aristoteles, denkleştirici adaletin dağıtıcı adaletten nasıl farklı olduğunu açıklar. Denkleştirici adalet, sonuç olarak, davalının eylemi sonucunda bozulmuş olan dağıtıcı eşitliğin sadece yeniden kurulması yönünde bir iddia olamaz. Dağıtıcı ölçütün geçerliliğini reddederken ve zarar veren ile zarar görenin kendine has bir eşitlik türüne sahip olduğunu iddia ederken Aristoteles, denkleştirici adalet

¹¹⁹ Weinrib, *The Idea of Private Law*, ss. 77-78.

¹²⁰ Weinrib, *The Idea of Private Law*, s. 78.

¹²¹ Weinrib, *The Idea of Private Law*, s. 78.

¹²² Weinrib, *The Idea of Private Law*, s. 78.

eşitliğinin, yukarıda gösterildiği gibi, tarafların kendileriyle muameleye girdikleri dağıtım paylarında değil, muamelede saklı olduğunu ileri sürer¹²³.

Denkleştirici adaleti tanımlayan eşitliğin, muameleden önceki dağıtımına ait bir eşitlik olduğu düşüncesi, birkaç sebeple kuşkuludur. İlk olarak, bu düşünce iki adalet biçimini çökertir; denkleştirici adalet ile dağıtıcı adalet iki ayrı kategori olmaksızın denkleştirici adalet dağıtıcı adaletin bir türü haline gelir. Dahası, bu görüşe göre yargıcın, en azından ilkece, temel dağıtım şeklinin adil veya adaletsiz olup olmadığını göz önünde bulundurmamak için daima bir gerekçesi vardır. Açıkça hukuka aykırı olan bir alımın daha adil bir dağıtımına yol açtığı şeklindeki Robin Hoodvari bir savunmaya izin verir. Bu savunma, sadece özel hukukun evrensel uygulaması ile değil, daha özel olarak, Aristoteles'in denkleştirici adaletten karşılaştırmaları açıkça dışlamasıyla da çelişir (bu karşılaştırmalar, yukarıda ileri sürdüğüm gibi, genellikle bir dağıtımın adil olup olmadığına karar vermede yararlı olan zenginlik veya ihtiyacın karşılaştırılmasını içerir). Dahası, denkleştirici adaletin ancak dağıtım adil olduğu zaman işleyeceğini ileri sürmek suretiyle birisi, eğer bu sorunla başa çıkarsa, o kişi, Aristoteles'in dağıtıcı adaletin muamelelerle ilgili ihlalleri neden diğerlerinden ayırdığını açıklamak sorunuyla karşı karşıya kalır. Dağıtıcı adalet düzenlemeleri bir çok yolla bozulur. Örneğin katılımcılardan biri tarafından diğerine verilen hediyeler, herhangi birinin payının doğal afetler sonucu telef olması, katılımcıların oluşturduğu havuzun yeni katılımlar veya doğumlar sebebiyle büyümesi, ölüm veya ayrılma sebebiyle küçülmesi vb. Bir kişinin diğeri aleyhine zenginleşmesi, bazı açılardan, bunlar arasında en az sorunlu olanıdır; zira, yeniden düzenleme iki tarafla sınırlandırılabilir. Son olarak, bir kere denkleştirici adalet bu şekilde düşünüldüğünde, muamelelere ait adaletsizlik doğrudan zarar görene karşı yapılmış bir hukuka aykırılık olmaz. Eşitsizlik, sadece davalının davacıya karşı yapmış olduğu herhangi bir şeyi değil, davalı ve davacının dağıtımdaki eşit paylarından, davalının fazlasını, davacının azını almasını da içerir. Bu eşitsizlik iki farklı aşamada düzeltilebilir: davacıya bir şeylerin verilmesi ve davalıdan bir şeylerin alınması. Davacıya davalıdan doğrudan bir transfer yapma hakkı verilmesi, adaletin kavramsal açıdan kendine özgü yapısının işareti değil, sadece devlet eliyle gerçekleştirilen ekonominin rastlantısal bir avantajı olurdu¹²⁴.

Şüphesiz denkleştirici adalet hak edişlerin varlığını kabul eder. Fakat bundan, dağıtıcı adaletin denkleştirici adalet için gerekli eşitliği sağlayacağı

¹²³ Weinrib, *The Idea of Private Law*, ss. 78-79.

¹²⁴ Weinrib, *The Idea of Private Law*, ss. 79-80.

çıkarılmamalıdır. Özerk bir adalet biçimi olarak denkleştirici adalet, temel dağıtım adaletine işaret etmeksizin hak edişlere yönelik işler. İki adalet biçiminin farklı eşitlik anlayışları, dağıtımlara ve muamelelere uygulanacak farklı kanıtlama türlerini yansıtır. Denkleştirici adalet, dağıtımcı bir arka plana itiraz ederek çalışsa da, mevcut dağıtım şeklini kabul eder ve dağıtıma ait kanıtlama ile kendisine ait kanıtlamaya dahil etmez. Dolayısıyla, bir dağıtımın varlığı, hiçbir şekilde denkleştirici adalet eşitliğinin, dağıtımda vücut bulan eşitlikle aynı olduğuna işaret etmez. Peki o zaman Aristoteles’in “hukuk taraflara eşit muamele eder” ifadesini nasıl anlayacağız? Taraflar, belirli bir yönden eşit olmadıkça gerçek anlamda eşit kabul edilemezler. Nasıl bir düşünce tarafları eşit bir zemine taşır?¹²⁵

Aristoteles çözüm için bir çerçeve önermektedir: (1) Denkleştirici adalet, sosyal mevki ve ahlâkî karakter gibi değerlendirmelerden yüz çevirir (“değerli bir kişinin değersiz bir kişiden veya değersiz bir kişinin değerli bir kişiden herhangi bir şey almış olması fark etmez”); (2) muamelenin taraflarını eşit kabul eder (“hukuk onlara eşitler olarak muamele eder”) ve (3) zarar veren ile zara gören arasındaki dolaysız ilişkiye odaklanır (“hukuk sadece zarardaki farka...birisi zarar vermiş diğeri de zarar görmüş mü ona bakar”). Sonuç olarak, denkleştirici adalet üç özelliği bir araya getirir. Bunlar, sosyal statü ve ahlâki karakter gibi tikel özelliklerden soyutlanma, tarafların eşitliği ve zarar verme ile zarar görmenin tam karşılıklılığı olarak sayılabilir¹²⁶.

Denkleştirici adalette bu üç özellik yakından bağlantılıdır. Eşitlik ile tikel özelliklerden soyutlanma el ele gider; zira, tikel özellikler bireyleri birbirinden ayırır ve onların birbirleriyle eşit olmamalarına yol açar. Benzer şekilde, tikel özelliklerden soyutlanma ile zarar verme ile zarar görmenin tam karşılıklılığı bir arada gider; zira, zarar verme ile zarar görmenin her ikisi de sadece diğeriyle ilişkisi açısından düşünüldüğünde, zarar verenin veya zarar görenin birey olarak sahip olduğu tikel özellikler geçersizdir. Eşitlik ile zarar verme ile zarar görmenin tam karşılıklılığı da birlikte gider; zira karşılıklı unsurlar tek bir muamelenin aktif ve pasif yönleridir. Onun için zarar verene ne uygulanıyorsa eşit şekilde zarar görene de uygulanır. Üç düşünce böylelikle bütünleşmiş bir kavram meydana getirir. Burada zarar veren ile zarar gören arasındaki dolaysız ilişki, tarafların tikel özelliklerden soyutlanmış bir eşitliği ifade eder¹²⁷.

¹²⁵ Weinrib, *The Idea of Private Law*, s. 80.

¹²⁶ Weinrib, *The Idea of Private Law*, ss. 80-81.

¹²⁷ Weinrib, *The Idea of Private Law*, s. 81.

Aristoteles'in eşitliğe yaptığı göndermenin ortaya koyduğu sorunun çözümü, bu eşitliği, denkleştirici adaletin kabul ettiği tikel özelliklerden soyutlama ve zarar verme ile zarar görme arasındaki karşılıklılıkla bütünleştiren bir izahatta yatmaktadır¹²⁸.

Weinrib, Aristoteles'in denkleştirici adaletle ilgili görüşlerinin ancak Kant ve Hegel'in doğal hak kavramına dayalı yaklaşımları ile desteklendiğinde eşitlikle ilgili sorunu aşabileceğini belirtmektedir. Diğer bir deyişle Aristoteles'in ortaya koyduğu şekliyle denkleştirici adaletin üç unsuru, Kant ve Hegel'in doğal hak kuramlarında bir arada bulunur¹²⁹.

Kant ve Hegel, hukuku, kendi kendisine karar alabilen öznenin hukuk alanında görünümü şeklinde anlar. Bu öznenin temel özelliği, içinde bulunduğu koşulları aşabilmesi, yani bu koşullarla sınırlı olmamasıdır. Bu özellik, bütün özneler için geçerli olduğundan, her bir özne bu anlamda diğerinin eşitidir. Dolayısıyla Kant ve Hegel'in doğal hak yaklaşımı ile Aristoteles'in denkleştirici adalet anlayışı birbirini tamamlar¹³⁰.

Denkleştirici adaletin Aristoteles'in tespit ettiği üç unsurunun her biri Kant ve Hegel'in doğal hak yaklaşımlarında karşılığını bulur. Bu üç unsurdan ilki, yani dolaysız ilişkilerin tarafı olma anlamında öznellik, Kant ve Hegel'de özgür irade sahibi olmaya tekabül eder¹³¹.

İrade, kişinin iç dünyasında yer alan bir amacın dış dünyaya yansıtılması işlemidir. Özneler, eylemde bulunmadan önce eylemlerinin yöneldiği amaçları göz önünde bulundururlar. Hem Kant, hem de Hegel için hak kavramı, iradenin hukuk alanında yansımasıdır¹³².

Denkleştirici adaletin diğer unsuru, yani toplumsal rol ve statülerden yüz çevirme, özgür iradenin, her türlü somut koşuldan soyutlanabilme yetisine tekabül eder. Özne, kaçınılmaz surette, içinde bulunduğu koşullardan kendini soyutlama imkânına sahiptir. Öznenin bu soyutlama yetisine Kant

¹²⁸ Weinrib, **The Idea of Private Law**, s. 81.

¹²⁹ Weinrib, "Corrective Justice", s. 422.

¹³⁰ Weinrib, "Corrective Justice", s. 422.

¹³¹ Weinrib, "Corrective Justice", s. 422.

¹³² Weinrib, "Corrective Justice", s. 422. Ayrıca bkz. Ernest J. Weinrib, "Law As A Kantian Idea of Reason", **Columbia Law Review**, Vol. 87, 1987, ss. 472-508, s. 482.

“negatif özgürlük” demektir. Bu anlamda negatif özgürlük, her türlü duygusal eğilimin belirleniminden bağımsızdır¹³³.

Benzer şekilde Hegel de iradenin, saf bir belirlenemezlik içerdiğini söylemektedir. Bu belirlenemezlik, ben’in kendi üzerine katlanarak düşünmesinin bir özelliğidir. Ben’in kendi üzerine katlanarak düşünmesi sürecinde, doğadan gelen veya ihtiyaçların veyahut da bir takım arzuların yol açtığı her türlü kısıtlama ortadan kalkar. Bu ise mutlak soyutlamanın veya evrenselliğin sınırsızlığı, yani saf kendi üzerine düşünme edimidir¹³⁴.

Nihayet denkleştirici adaletin son unsuru, yani tarafların eşitliği, doğal hak kavramı açısından şöyle izah edilebilir: Özneler, kendi somut koşullarından soyutlanabilme yetisine sahip olmak hasebiyle birbirine eşittir. Bir özneyi diğerinden ayıracak ve böylece özneleri birbiriyle kıyaslayacak ve eşitsiz muamele edecek her türlü somut özellik, öznenin soyutluğuna uymaz. Dolayısıyla soyut özne fikri, öznelerin soyut eşitliği fikrine yol açar¹³⁵.

Denkleştirici adaletin eşitlik düşüncesi ile soyut özne fikrinin bir araya getirilmesi, denkleştirici adaletin Kantçı ve Hegelci hak kavramına tekabül etmesine yol açar. Kendi kararlarını kendisi verebilen bir özne fikrine başvuran Kant’ın ve Hegel’in hak yaklaşımları, belirli bir amaca yönelmiş özgür bireylerin arasındaki ilişkilere ait normatif düzeni ortaya koyar¹³⁶.

Bu anlamda hak, Kant’a göre, “bir kişinin tercihinin, diğer bir kişinin tercihi ile evrensel özgürlük yasasına uygun bir şekilde bir arada bulunabileceği koşulların toplamı”yken¹³⁷ Hegel’e göre, özgür iradenin ortaya çıktığı her türlü varoluş biçimidir. Yani hak, Hegel’e göre tıpkı düşüncenin kendisi gibi genel anlamda özgürlüktür¹³⁸.

¹³³ Weinrib, “Corrective Justice”, ss. 422-423; Weinrib, “Law as a Kantian Idea of Reason”, s. 483. Ayrıca bkz. Immanuel Kant, **The Metaphysics of Morals**, çev. Mary Gregor, Cambridge, Cambridge University Press, 1991, § 213, s. 42.

¹³⁴ Hegel, **Elements of the Philosophy of Right**, 9. Bası, (ed.) Allen W. Wood, çev. H. B. Nisbet, Cambridge, Cambridge University Press, 2004, § 5, s. 37. Ayrıca bkz. Ernest J. Weinrib, “Right and Advantage in Private Law”, **Cardozo Law Review**, Vol. 10, 1988-1989, ss. 1283-1309, s. 1288; Weinrib, “Corrective Justice”, s. 423.

¹³⁵ Weinrib, “Corrective Justice”, s. 423.

¹³⁶ Weinrib, “Corrective Justice”, s. 423.

¹³⁷ Kant, **The Metaphysics of Morals**, s. § 230, s. 56. Ayrıca bkz. Weinrib, “Law As A Kantian Idea of Reason”, s. 487.

¹³⁸ Hegel, **Elements of the Philosophy of Right**, § 29, s. 58. Ayrıca bkz. Weinrib, “Right and Advantage in Private Law”, s. 1287.

Yukarıdaki tanımdan da anlaşılacağı üzere Kant'ın hukuk felsefesinde denkleştirici adalet, özgür iki iradenin, hak kavramı çerçevesinde kendilerini dış dünyaya yansıtma şekilleri arasındaki doğrudan ilişkidir. Kant için hak, bir kişinin, diğer bir kişiye verdiği ve dışa yansıyan olumsuz sonuçlarla ilgilidir. Bu yüzden ihtiyaç veya arzu gibi kişinin iç dünyasına ait olguları görmezden gelir. Hak, iradenin soyut ifade biçimi olduğundan, kişinin somut amaçlarına önem vermez. Önemli olan belirli tikel amaçların tercih edilip edilmeyeceği değil, bu amaçların, kişinin iradesini yansıtır yansıtmadığıdır. Hak açısından hayati soru, iki kişiden birinin eyleminin, diğerinin özgürlüğü ile uyuyup uyuşmadığıdır. Tıpkı Aristoteles'in denkleştirici adaleti gibi Kant'ın hak kavramı da zarar veren ile zarara uğrayan arasındaki ilişkiyi, tarafların soyut eşitliğini dikkate alarak düzenler¹³⁹.

Benzer şekilde Hegel'in hukuk felsefesinde de denkleştirici adalet önemli bir yere sahiptir. Hegel'de denkleştirici adalet soyut hak olarak görünür. Soyut hak, sadece soyutlama yetisinin normatif öneme sahip olduğunu gösterir. Özne olma hâli, öznenin tekil menfaatlerinden etkilenmez. Bu sebeple normatifik, kişilerin iyiliğini arttırmak gibi pozitif bir yükümlülük içermez; kişilerin özgür iradeleriyle hareket etmelerini engelleyecek her türlü davranışı yasaklar. Hegel'e göre kişinin özgür iradesi, fizik yapısında ve sahip olduklarında somutlaşır. Dolayısıyla soyut hak kişinin fizik yapısını ve sahip olduklarını güvenceye alır. Dolayısıyla Hegel'e göre soyut hak, zarar veren ile zarar gören arasındaki hukuki ilişkiyi, soyut özne fikri aracılığıyla açıklar. Bu da denkleştirici adaletin eşitlik varsayımına tekabül eder. Diğer bir deyişle Hegel'e göre öznellik, hak sahibi olmaktır. Hak sahibi olmanın sonucu ise şu buyruktur: "Özne ol ve diğerlerini de özne kabul et ve saygı göster."¹⁴⁰

Aristoteles'in denkleştirici adaleti, Kant'ın hak, Hegel'in soyut hak kavramları, farklı ifadelerle de olsa aslında aynı şeyi, zarar verme ile zarar görme arasındaki iki taraflı ilişkiyi gösterir. Aristoteles bu ilişkiyi, zarara uğrayanın, zarar veren aleyhine zenginleşmesi şeklinde ifade eder. Buna karşılık Kant ve Hegel, zarar veren ile zarara uğrayan arasındaki ilişkiyi, aracısız bir etkileşim olarak görür. Bu etkileşimde hak ile ödev arasında karşılıklılık vardır. Doğal hak kuramında, soyut iradenin kişinin fiziksel varlığında ve sahip olduklarında somutlaşması, diğer kişilerin uymakla

¹³⁹ Weinrib, "Corrective Justice", s. 423.

¹⁴⁰ Weinrib, "Corrective Justice", ss. 423-424; Weinrib, "Right and Advantage in Private Law", s. 1289. Ayrıca bkz. Hegel, **Elements of the Philosophy of Law**, § 36, s. 69.

yükümlü olduğu haklar doğurur. Buradaki ödev, hakkın sahibine karşıdır ve ihlâli, hak sahibinin tazminat talebini doğurur¹⁴¹.

Kant ve Hegel'in özel hukuka dair yaklaşımı ile Aristoteles'in yaklaşımı arasındaki farklılıklar, içerik açısından değil, ifade tarzı açısındandır. Aristoteles'in bir etkileşim türü olarak tasvir ettiğini, Kant ve Hegel hür irade sahibi öznellik noktasından ele alır. Etkileşimi başlangıç noktası olarak Aristoteles, adaletin başkasına yönelik oluşu üzerinde durur ve eşitlik aracılığıyla tarafları birbirine bağlar. Buna karşılık Kant ve Hegel, öznellik başlar ve soyut anlamda eşit öznelerin oluşturduğu hukuk düzeni için özneliğin zorunluluğunu gösterir. Aristoteles'in denkleştirici adalet yaklaşımı ile Kant ve Hegel'in hak yaklaşımı aynı zeminde fakat farklı yönlerde ilerler¹⁴².

Kant ve Hegel'in hukuk felsefelerinde, denkleştirici adalet kavramında örtülü bir hâlde bulunan özne fikri, ayrıntılı bir incelemeye tabi tutulur. Kant ve Hegel, denkleştirici adaletin, özgür iradenin zorunlu bir sonucu olduğunu göstermeyi amaçlar. Dolayısıyla akıl yürütmeleri, hakkın zemini olan özgür iradeden başlar ve bunun zorunlu bir sonucu olan denkleştirici adalete doğru ilerler¹⁴³.

Denkleştirici adalet ile Kant ve Hegel'in hak yaklaşımlarının birbirine yaklaşması, sıklıkla iddia edilen eski ve modern hukuk anlayışları arasındaki boşluğu kapatır. Aristoteles'in iyi kavramının tikel unsurlardan meydana gelen zengin içeriği ile Kant ve Hegel'deki hak kavramının içerikten arındırılması arasındaki zıtlık, özel hukuk için geçerli değildir. Aristoteles'in denkleştirici adalete dair getirdiği açıklama modeli, Kant ve Hegel'de görülen hak anlayışının inkişaf etmemiş hâlidir¹⁴⁴.

Sonuç olarak denkleştirici adalet ile dağıtıcı adaletin temelini oluşturan araçsalcı olmayan normatiflik, Kant'ın ve Hegel'in hukuk felsefelerinde karşımıza çıkar. Denkleştirici adalet ve dağıtıcı adalet, kişiler arasındaki dışa yansıyan ilişkileri anlamaya yönelik zihinsel çabaya, özellikle Kant'ta önemli bir yere sahip olan yükümlülük kavramını da ekler. Kantçı normatiflik, bir yandan denkleştirici adalet ile dağıtıcı adaletin gerekçelendirilebilmesinin koşuludur, diğer yandan da bizzat bu iki adalet türünde kendi ifadesini bulur. Denkleştirici adalet ve dağıtıcı adalet, Kantçı

¹⁴¹ Weinrib, "Corrective Justice", s. 424.

¹⁴² Weinrib, **The Idea of Private Law**, s. 83; Weinrib, "Corrective Justice", s. 424.

¹⁴³ Weinrib, "Corrective Justice", s. 424.

¹⁴⁴ Weinrib, **The Idea of Private Law**, s. 83; Weinrib, "Corrective Justice", s. 424.

normatiflik kabulüne dayandığından, Kantçı normatiflik adalet türlerinin dışında yer alan, onlara yabancı keyfi bir kabul değildir. Gereçlendirme vasıtası olarak iki adalet türünün kendilerinde örtülü bir hâlde bulunur. Denkleştirici adalet ile dağıtıcı adalet o kadar soyut kalıplardır ki görece daha bağımlı, daha koşullu bir kavram olan “iyi”yi değil de, Kant ve Hegel’de karşımıza çıkan “hak” kavramını kendi yapılarının bir parçası kabul ederler. Aristoteles’in adalet biçimleri ile Kant ve Hegel’in hak kavramı birarada değerlendirildiğinde hukuki ilişkileri anlamlı kılan araçsalcı olmayan bir açıklama modeli oluştururlar. Hak kavramı, bu anlamını özgür iradede bulur. Keza hak kavramı, adalet biçimlerinde zaten örtülü bir hâlde bulunduğundan, adalet biçimlerinin özleri gereği normatif olduğu söylenebilir¹⁴⁵.

Denkleştirici adaletin iki özelliği, normatifliğin içkinliğine uygundur. Denkleştirici adalet öncelikle tarafların refahı, mutluluğu ve erdemi gibi etmenleri dikkate almaz. İkinci olarak denkleştirici adaletin öngördüğü denkleştirme, başlangıçtaki eşitliği sağlamaya yöneliktir. Davalıdan davacıya aktarılan miktar, başlangıçtaki bu eşitliğin bozulma oranını yansıtır. Bu eşitliğin bizatihi kendisi biçimseldir ve tarafların tekil özelliklerine işaret etmez. Denkleştirici adalet açısından eşitlik, davacı ile davalıyı birbirinden ayıran, farklılaştıran özelliklere ve koşullara ilgisizdir¹⁴⁶.

Denkleştirici adalet, hukuki ilişkinin taraflarını özgür iradeleriyle ve belirli bir amaca yönelik hareket eden varlıklar kabul eder. Bu nitelikleriyle taraflar, önceden belirlenmiş şekilde hareket etmez; önceden belirlenmiş bir amacı gerçekleştirmeye çalışmazlar. Eylemlerinin ve amaca yönelik olmalarının temelinde kendi kararlarını yine kendilerinin verebilme özellikleri vardır. Kendi kararlarını verebilme kapasitesi, bütün tekil durumlardan ve koşullardan soyutlanabilme demektir. Buradaki soyutluk, söz konusu kapasitenin herkes için geçerli olduğunu gösterir. Denkleştirici adalet, sadece kişinin özgür ve amaca yönelik hareket edebilme kapasitesini temel alır. Bu kapasite biçimseldir; gerçekleştiğinde ne tür sonuçların ortaya çıkacağıyla ilgilenmez. Yani kapasitenin kendisi, sonuçlarından bağımsızdır ve denkleştirici adaletin dikkate aldığı bu kapasitenin sonuçları değil, kendisidir. İnsanın tekil davranışlarının ötesine geçmekle denkleştirici

¹⁴⁵ Weinrib, “Legal Formalism: On The Immanent Rationality of Law”, s. 996.

¹⁴⁶ Weinrib, “Legal Formalism: On The Immanent Rationality of Law”, s. 997.

adalet, bu davranışları kendi kararlarını verebilen özgür iradenin ürünü şeklinde görür ve kavramsal olarak ondan sonra geldiğini kabul eder¹⁴⁷.

Denkleştirici adalet, Kantçı terimlerle söylersek, numenal benliklerin birbiriyle iletişime geçtiği bakış açısıdır. Yani denkleştirici adalet sayesinde ahlâk sahibi kişilerin kendilerini ifade ettiği dolaysız, aracısız ilişkiler düzenini gösterir. Ahlâk sahibi kişiler, biçimsel olarak eşit statülerine uygun şekilde birbirleriyle iletişim kurma yükümlülüğü altındadırlar. Özgür ve amaca yönelik hareket eden varlıklar olarak ahlâk sahibi kişilerin eylemleri, diğer özgür kişilerin eylemleri ile birarada gerçekleşebilecek nitelikte olmalıdır. Bu normatif gereklilik, dışarıdan empoze edilmez; ahlâk sahibi kişi olmalarının doğal bir sonucudur. Dolayısıyla denkleştirici adaletin ahlâki kişilik kabulü, dolaysız ilişkilerin anlamında gizli bir takım yükümlülüklerin olduğu ve bunların ahlâk yasaları tarafından her özgür varlığa uygulanacağı anlamına gelir¹⁴⁸.

Dağıtıcı adalet de denkleştirici adalet gibi ahlâki kişilik kabulünden hareket eder. Zira kişiler ile nesnelere birbirinden kesin bir şekilde ayırır. Bu ayırım, ahlâki kişiliğin soyutluğuyla bağlantılıdır. Tekil dağıtımların her biri dağıtımın konusu ile dağıtımdan istifade edecek olanları birbirine bağlar. Dolayısıyla soyut değildir. Buna karşılık dağıtıcı adalet, düzenleyici bir kavram olarak, herhangi bir somut dağıtımla ilgilenmez. Tekil bir dağıtım, belirli bir nimetten faydalandırmak veya belirli bir külfet yüklemek suretiyle somut bir kişiye yöneliktir. Yani kişilik, dağıtımın sonucuyla ilgilidir; dağıtım için bir varsayım oluşturmaz. Belirli bir tekil dağıtımda kişi, dağıtılacak şeyde pay sahibi olarak düşünülür. Buna karşılık dağıtıcı adalet, bütün muhtemel dağıtım modellerinde ortak olan biçimi gösterir; herhangi somut bir dağıtım hakkında tarafsızdır. Dolayısıyla soyut ahlâki kişilik varsayımından hareket eder. Bu yönüyle denkleştirici adaletten farksızdır¹⁴⁹.

Pozitif hukuk, denkleştirici ve dağıtıcı adaletin içkin normatifliğini, hukuki davalarda geriye dönük olarak yansıtır. Bir mahkeme, yürütme veya yasama işlemini iptal ettiğinde veya bir özel hukuk davacısının tazminat almaya hak kazandığını söylediğinde verdiği karar, sadece bundan sonra hukukun ne olacağını tespit etme anlamı taşımaz; mevcut davranış şekline önceden de uygun olan hukuki standartları tespit etmek anlamına gelir. Fakat mahkemenin bu kararı, bir yasama faaliyeti sayılmamalıdır. Zira aksi

¹⁴⁷ Weinrib, “Legal Formalism: On The Immanent Rationality of Law”, s. 997.

¹⁴⁸ Weinrib, “Legal Formalism: On The Immanent Rationality of Law”, ss. 997-998.

¹⁴⁹ Weinrib, “Legal Formalism: On The Immanent Rationality of Law”, s. 998.

takdirde kişiler davranışlarını bu yasama işleminin gereklerine göre ayarlayamaz. Geriye dönüklük, söz konusu standardın, eylem gerçekleştiği anda geçerli olduğu kabulüne dayanır. Mahkemenin kararı, dava sürecinden önce de ahlâki geçerliliği olan bu standardın tespiti veya açığa çıkarılması, ilân edilmesidir. Mahkeme kararının bizatihi kendisi, denkleştirici ve dağıtıcı adaletin anlamını somut bir olayda tespit etme işlevi gördüğünden, kararın geriye dönük normatifliğinin, bir hukuki muamelenin veya dağıtımın hukuki doğasına bitişik normatifliği yansıttığı düşünülebilir. Hukuk, ilan edilen standardın, taraflar arasındaki karşılıklı münasebete daha baştan uygun olduğunu iddia eder. Dolayısıyla örtülü olarak, hukuki muamelelerin ve dağıtımların, dayandıkları adalet biçimleri sayesinde içkin birer normatif etkinlik sayılması gerektiğini ileri sürer¹⁵⁰.

Denkleştirici adalet ve dağıtıcı adalet, özü gereği normatif olduğundan, herhangi bir hukuki düzenlemenin bunlardan birine veya diğerine uygun olduğunu ileri sürmek de normatif bir argümandır. Dolayısıyla mevcut bir özel hukuk öğretisinin denkleştirici adalete uygunluğu ileri sürüldüğünde, ayrıca bir kere daha normatif bir değerlendirmeye gitmeye gerek yoktur. Zira bu “Yeşil renginin rengi nedir?” sorusunu sormak gibi olur¹⁵¹.

Değerlendirme

Formalist özel hukuk yaklaşımı, kökü en az özel hukukunki kadar eskilere uzanan bir başka temel hukuk kavramını, yani adaleti tekrar günümüzün özel hukuk tartışmalarının gündemine sokmuştur. Her ne kadar özel hukuk büyük ölçüde uygulamaya yönelikse de aslında temel hukuk kavramlarını ve ilkelerini bünyesinde barındırır. Bu yönüyle de hukuk felsefesinin konuları arasına girer. Formalist yaklaşım, özel hukukun kendine has bir yapısı olduğunu ve bu yapı içerisinde hak ve adalet kavramlarının önemli bir yer işgal ettiğini ileri sürmekle özel hukuku felsefi düşünmenin alanı haline getirmiştir.

Weinrib'in yeniden formüllendirdiği hukuki formalizm, hem genel bir hukuk kuramı, hem de bir özel hukuk kuramı olarak hukuk felsefesinin temel sorunlarına ilişkin farklı bir yaklaşım sergilemektedir. Weinrib'in formalizmi, eskimiş bir hukuk yaklaşımı gibi görünse de hukuk tartışmalarına klasik anlamda felsefi bir bakış getirmekle özellikle hak ve adalet gibi değerler üzerinde tekrar düşünmeye imkân sağlamıştır.

¹⁵⁰ Weinrib, “Legal Formalism: On The Immanent Rationality of Law”, s. 999.

¹⁵¹ Weinrib, “Legal Formalism: On The Immanent Rationality of Law”, s. 999, dipnot 105.

Genel hukuk felsefesi tartışmalarında olduğu kadar, özel hukuk tartışmalarında da Weinrib'in formalist yaklaşımı önemli bir boşluğu doldurmaktadır. Özellikle özel hukuk alanında karşılaşılan bazı kuramsal sorunların çözümünde formalizmin kullandığı kavramlar ve yöntem ilkeleri hayli faydalı olabilir. Ayrıca formalizm, hukuk kuramı ile uygulaması arasındaki kopukluğu da giderme iddiasındadır. Bu da özellikle ülkemizde gözlemlenen bir sorunu, hukuk öğreniminin uygulamadan uzak kalması sorununu giderecek bir takım ipuçlarını sağlayabilir. Hukuk öğrenimi ile uygulaması arasındaki bu kopukluğun veya hukukun kuramıyla uğraşan hukukçular ile uygulamacılar arasındaki iletişimsizliğin en belirgin ortaya çıktığı alan özel hukuktur. Weinrib'in özel hukuk yaklaşımı, gündelik hukuki tecrübeyi kendisine esas aldığından bu iletişimsizliği hem bütün yönleriyle tespit etme, hem de giderecek çözüm önerileri geliştirme konusunda etkili olabilir.

Bütün bu olumlu yönlerine karşın Weinrib'in özel hukuk yaklaşımı, daha çok haksız fiiller üzerinde durmaktadır. Hâlbuki haksız fiil, özel hukukun sorumluluk doğuran kaynaklarından sadece birisidir. Haksız fiilin yanı sıra sözleşme ve sebepsiz zenginleşme de özel hukuk sorumluluğunun tam anlamıyla kavranmasında önemli bir yere sahiptir. Weinrib'in yaklaşımı, özellikle sözleşme konusunda yeterince açıklayıcı değildir.

Bunun yanı sıra Weinrib, özel hukuku tamamen denkleştirici adalete dayandırmaktadır. Denkleştirici adalet, özel hukukun doğasını en iyi yansıtan kavram olsa da tek kavram değildir. Dağıtıcı adalet de en az denkleştirici adalet kadar özel hukuk ilişkilerini açıklamada kullanışlı olabilir. Nitekim çağdaş özel hukuk kuramları arasında denkleştirici adaleti, dağıtıcı adaletin bir türü kabul eden kuramlar da yok değildir. Aynı şekilde özel hukukun da kamu hukukundan kesin bir şekilde ayrılabilceğini iddia etmek her zaman o kadar kolay değildir. Özellikle hukukun da küreselleştiği bir dönemde sadece özel hukuk-kamu hukuku ayrımı değil, ayrı ayrı hukuk dalları arasındaki sınırlar da eski geçerliliğini kaybetmektedir.

Sonuç olarak Weinrib'in formalizmi, hukukun toplumsal ve tarihsel boyutuna yeterince önem vermediğinden günümüzün hukuki gelişmelerini tam anlamıyla açıklayamamaktadır. Buna karşın hukukun zaman ve mekâna göre değişmeyen bir boyutunun da bulunduğu unutulmamalıdır. Formalizm, bizi hukukun bu boyutu üzerinde düşünmeye davet etmektedir. Özel hukukun kendine özgü iç mantığının nasıl işlediği hakkında bilgi sahibi olmak da hukukun bu evrensel boyutunu daha iyi anlamamızı sağlayacak yollardan biridir. Weinrib'in formalizmi özel hukukun kendine özgü yapısını ortaya koymakla bize böyle bir imkân sunmaktadır.

KAYNAKÇA

- Aral, Vecdi: **Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2001.
- Aristoteles: **Nikomakhos'a Etik**, çev. Saffet Babür, Ankara, Ayraç Yayınevi, 1998.
- Aristotle: **The Nicomachean Ethics**, çev. J.A.K. Thomson, Londra, Penguin Books, 1953.
- Gürler, Sercan: **Ahlâk ve Adalet**, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2007.
- Hegel, G.W.F.: **Elements of the Philosophy of Right**, 9. Bası, (Ed.) Allen W. Wood, çev. H. B. Nisbet, Cambridge, Cambridge University Press, 2004.
- Kant, I.: **The Metaphysics of Morals**, çev. Mary Gregor, Cambridge, Cambridge University Press, 1991.
- Perry, Stephen R.: "Tort Law", Dennis Patterson (Ed.), **A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory**, Oxford, Blackwell Publishing Ltd., 1996, ss. 57-79.
- Ripstein, Arthur: "Philosophy of Tort Law", Jules Coleman, Scott Shapiro (Eds), **The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law**, Oxford, Oxford University Press, 2002, ss. 656-686.
- Weinrib, Ernest J.: "Law As A Kantian Idea of Reason", **Columbia Law Review**, Vol. 87, 1987, ss. 472-508.
- Weinrib, Ernest J.: "Legal Formalism: On the Immanent Rationality of Law", **The Yale Law Journal**, Vol. 97, S. 6, 1988, ss. 949-1016.
- Weinrib, Ernest J.: "Right and Advantage in Private Law", **Cardozo Law Review**, Vol. 10, 1988-1989, ss. 1283-1309.
- Weinrib, Ernest J.: "Understanding Tort Law", **Valparaiso University Law Review**, Vol 23, S: 3, 1989, ss. 485-526.
- Weinrib, Ernest J.: "Corrective Justice", **Iowa Law Review**, Vol. 77, 1991-1992, ss. 403-425.
- Weinrib, Ernest J.: "Why Legal Formalism", Robert George (Ed.), **Natural Law Theory**, Oxford, Clarendon Press, 1992, ss. 341-364.

Weinrib, Ernest J.: **The Idea of Private Law**, Harvard University Press, 1995.

Weinrib, Ernest J.: “Legal Formalism”, Dennis Patterson (Ed.), **A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory**, Oxford, Blackwell Publishing Ltd., 1996, ss. 332-342.

Weinrib, Ernest J.: “Can Law Survive Legal Education?”, **Vanderbilt Law Review**, Vol. 60, Sayı 2, 2007, 401-438.

Zipursky, Benjamin C.: “Philosophy of Private Law”, Jules Coleman, Scott Shapiro (Eds), **The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law**, Oxford, Oxford University Press, 2002, ss. 623-655.

Zipursky, Benjamin C.: “Philosophy of Tort Law”, Martin P. Golding, William A. Edmundson (Eds), **The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory**, Oxford, Blackwell Publishing Ltd., 2005, ss. 122-137.

Özel Hukuk

EVLİLİK BİRLİĞİNDE EŞLERDEN BİRİSİNİN BAZI MALVARLIĞI DEĞERLERİ ÜZERİNDEKİ TASARRUF YETKİSİNİN SINIRLANDIRILMASI

*Yrd. Doç. Dr. Alpaslan AKARTEPE**

I. GİRİŞ

Medeni Kanun'da evlilik birliğini korumak amacıyla çeşitli hükümler yer almaktadır. MK. m. 199 hükmü de bunlardan birisidir. Kanun koyucu, söz konusu düzenlemeyi yaparak eşlerden birisinin yapacağı tasarruf işlemleri ile evlilik birliğini ekonomik açıdan tehlikeye düşürmesinin önüne geçmek istemiştir. Evlilik birliğinde eşler MK. m. 193 gereğince birbirleriyle ve üçüncü kişilerle kural olarak her türlü hukuki işlemi yapabilirler. Ancak bu kuralın istisnaları da bulunmaktadır. İşte MK. m. 199 bu istisnalardan birisidir. Kanun koyucunun böyle bir istisna getirmesinin nedeni evlilik birliğini ekonomik yönden korumaktır. Gerçekten söz konusu hükmün amacı birinci fıkrasından da anlaşıldığı üzere, "Ailenin ekonomik varlığının korunması veya evlilik birliğinden doğan maddi bir yükümlülüğün yerine getirilmesini" sağlamaktır. Bu amacı gerçekleştirmek için de yapacağı tasarruf işlemleri ile ailenin ekonomik varlığını tehlikeye düşürmesi muhtemel olan veya evlilik birliğinden doğan mali bir yükümlülüğünü yerine getirmeyen eşin, adı geçen işlemleri geçerli bir şekilde yapabilmesi diğer eşin rızasına bağlı kılınmıştır. Ancak bu bağlı kılınma, bir başka ifadeyle eşin bazı mal varlığı değerleri üzerinde tasarruf yetkisinin sınırlandırılması, kendiliğinden gerçekleşmeyip, diğer eşin talepte bulunması ve hâkimin karar vermesi halinde mümkün olacaktır.

Çalışmamızda, eşlerden birisinin tasarruf yetkisinin sınırlandırılmasının hukuki niteliği, şartları ve buna bağlı sonuçlar ele alınmıştır.

* Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

II. EŞİN TASARRUF YETKİSİNİN SINIRLANDIRILMASININ HUKUKİ NİTELİĞİ

Evlilik birliğinde eşlerden birisinin bazı malvarlığı değerleri üzerindeki tasarruf yetkisinin sınırlanabilirliğini düzenleyen MK. m. 199 hükmünün, bir fiil ehliyeti sınırlaması değil, tasarruf yetkisi sınırlaması olduğu doktrinde genel olarak kabul edilmektedir¹.

Kanaatimizce de MK. m. 199’da yer alan ve ailenin ekonomik varlığını tehlikeye düşüren ya da evlilik birliğinden doğan mali yükümlülüklerini yerine getirmeyen eşin, münferit mal varlığı değerleri üzerinde tasarruf edebilme imkanını kısıtlamayı öngören hüküm, eşin fiil ehliyetinin sınırlandırılması sonucunu doğurmaz. Çünkü böyle bir durumda, eşin belirli mal varlığı değerleri üzerinde tasarruf işlemlerini kısmen ya da tamamen yapabilmesi yalnızca diğer eşin rızasına bağlı kılınmaktadır. Aslında hâkimin kararı ile tasarruf yetkisi sınırlanan eş, fiil ehliyeti sınırlanmadığı için kural olarak her türlü hukuki işlemi yapabilir. Ancak yapmış olduğu bu hukuki işlemlerin hüküm ve sonuç doğurması diğer eşin rızasına bağlı tutulmuşsa, bu rıza olmadığı zaman ifa imkânsızlaşır. Bu bakımdan söz konusu hükümde öngörülen durum, tasarruf yetkisi sınırlandırılan eşi bir “sınırlı ehliyetli” olarak görmeye yetecek nitelikte değildir². Öte yandan MK. m. 199 hükmü, istisnai

¹ BRÄM, V./HASENBÖHLER, F., Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch Zivilgesetzbuch (Zürcher Kommentar), Bd. II, Familienrecht, Teilbd. 1c, Die Wirkungen der Ehe im allgemeinen, Zürich 1998, Art. 178, N. 31; HAUSHEER, H./REUSSER R./GEISER, T., Berner Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Bd. II, Das Familienrecht, 1. Abt., Das Eherecht, 2. Teilbd., Die Wirkungen der Ehe im allgemeinen, Art. 159-180 ZGB, Bern 1999, Art. 178, N. 13; GÜMÜŞ, M. A., Türk Medeni Kanununun Getirdiği Yeni Şerhler, Birinci Basıdan İkinci Tıpkı Bası, İstanbul 2007, s. 79; KILIÇOĞLU, A. M., Türk Medeni Kanunu’nda Diğer Eşin Rızasına Bağlı Hukuksal İşlemler ve Yasal Alım Hakkı, Ankara 2002, s. 34; BARLAS, N., “Yeni Türk Medeni Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Eşler Arası Hukuki İşlem Özgürlüğü ve Sınırları”, Prof. Dr. Necip Kocayusufoğlu İçin Armağan, Ankara 2004, s. 133; AYAN, S., Evlilik Birliğinin Korunması, Ankara 2004, s. 266; ŞİPKA, Ş., Aile Konutu İle İlgili İşlemlerde Diğer Eşin Rızası, 2. Bası, İstanbul 2004, s. 53; AKİPEK, J. G./AKINTÜRK, T., Eşya Hukuku, İstanbul 2009, s. 325; ERTAŞ, Ş., Eşya Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 8. Baskı, Ankara 2008, s. 206.

² Doktrinde bazı yazarlar, kişiler yönünden fiil ehliyetini gruplandırılmasında “evli kişiler”in sınırlı ehliyetliler grubunda yer aldığını belirtmektedirler. Buna gerekçe olarak gösterilen hükümlerden birisi de MK. m. 199 hükmüdür. Dolayısıyla bu yazarlar bakımından söz konusu hüküm bir tasarruf yetkisi sınırlaması değil, bir fiil ehliyeti sınırlaması öngörmektedir. Bu görüşte olan yazarlar için bkz., AKİPEK, J. G./AKINTÜRK, T., Türk Medeni Hukuku, Birinci Cilt, Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, Yeni Medeni

bir hüküm³ olup, genel olarak her evli kişi için değil, sadece anılan maddede öngörülen şartların gerçekleşmesi halinde bu kapsama giren evli kişiler bakımından uygulanabilecektir. Gerçekten de MK. m. 193 gereğince eşler birbirleriyle ve üçüncü kişilerle, kural olarak, diğer eşin veya başka bir kimse- nin onayına gerek kalmaksızın her türlü hukuki işlemi yapabilirler. “Eşlerin serbestliği ilkesi”⁴ adı verilen bu kuralın tek istisnası Kanunda aksine bir hükmün bulunmasıdır. İşte eşlerin hukuki işlem yapma serbestisine Kanun tarafından getirilen istisnalardan birisi de MK. m. 199 hükmüdür. Dolayısıyla bu hüküm genel bir kuralı değil, istisna teşkil eden bir durumu düzenlemektedir. Ayrıca söz konusu maddenin uygulanabilmesi için aşağıda ayrıntılı olarak üzerinde duracağımız şartların da gerçekleşmiş olması gerekir.

Sonuç olarak, biz de doktrindeki genel kabulle birlikte eşin tasarruf yetkisinin sınırlandırılmasına yönelik olarak getirilen düzenlemenin bir fiil ehliyeti sınırlaması değil⁵, bir tasarruf yetkisi sınırlaması olduğu kanaatindeyiz.

Medeni Kanun m. 199 hükmünde öngörülen düzenlemenin hukuki niteliği ile ilgili olarak üzerinde durulması gereken bir diğer nokta da şartların gerçekleşmesi halinde, eşin sadece tasarruf işlemleri mi diğer eşin rızasına tâbi tutulabilecektir, yoksa borçlandırıcı işlemler de bu sınırlamanın içeriğine dâhil olabilecek midir?

Bu konuda doktrinde iki farklı görüş bulunmaktadır. Bazı yazarlar, tasarruf yetkisi sınırlandırılan eşin yapacağı tasarruf işlemlerinin yanında, borçlandırıcı işlemlerin de diğer eşin rızasına bağlı kılınabileceğini belirtmektedirler. Ancak hemen ifade etmek gerekir ki, bu görüşün asıl olarak İsviçre doktrininde savunulduğu belirtilmektedir⁶.

Bu görüşün dışında kalan, hâkim olan ve bizim de prensipte katıldığımız⁷ diğer görüşe göre ise mahkemenin eşin tasarruf yetkisinin sınırlandı-

Kanuna Uyarlanmış Altıncı Bası, İstanbul 2007, s. 334 vd.; ZEVKLİLER, A./HAVUTÇU, A., Medeni Hukuk, Temel Bilgiler, 5. Baskı, Ankara 2005, s. 117.

³ KILIÇOĞLU, Hukuksal İşlemler, s. 30.

⁴ AKINTÜRK, T., Türk Medeni Hukuku, İkinci Cilt, Aile Hukuku, Gözden Geçirilmiş Yeni Medeni Kanuna Uyarlanmış Onbirinci Bası, İstanbul 2008, s. 120.

⁵ Özellikle MK. m. 194 hükmüne yönelik, ancak bu konu ile de alakalı olarak ayrıntılı açıklama için bkz. ŞİPKA, age., s. 36 vd..

⁶ GÜMÜŞ, Yeni Şerhler, s. 70, dn. 206’da belirtilen yazarlar.

⁷ Özellikle kefalet sözleşmesi açısından bkz., aşağıda IV, A.

rılmasına ilişkin vereceği kararda, sadece tasarruf işlemleri diğer eşin rızasına tâbi kılınabilir. Borçlandırıcı işlemlerin bu sınırlamanın dışında tutulması gerekir⁸.

Bu görüşün gerekçelerini kısaca şöyle belirtebiliriz. Her şeyden önce MK. m. 199/f. I'de açıkça “tasarrufların” ibaresi yer almaktadır. Bu açık ifade karşısında söz konusu hükmü, borçlandırıcı işlemlerin yapılmasını da sınırlama altına almayı amaçladığı şeklinde yorumlamak kanun koyucunun iradesine aykırı düşer. Bir başka açıdan bakıldığında, tasarruf işlemleri bir hakka veya hukuki ilişkiye doğrudan etki eden, onu diğer tarafa geçiren, değiştiren ya da ortadan kaldıran, genellikle de borçlandırıcı işlemlerden doğan borcu yerine getiren, onu ifa eden işlemlerdir⁹. Dolayısıyla, eşler tarafından yapılacak olan ve tasarruf işlemi niteliğinde olan işlemler genel anlamda doğrudan doğruya ailenin ekonomik varlığı üzerinde etkili olacaktır. Örneğin, eşlerden birisinin sahip olduğu ve ailenin geçim kaynağı olan işletmesini üçüncü bir kimseye devretmesi halinde, bu bir tasarruf işlemi olması sebebiyle MK. m. 199/f. I'de öngörülen şartların gerçekleşmesine yol açabilecektir. Buna karşılık borçlandırıcı işlemler, mal varlığı üzerinde doğrudan doğruya etkide bulunmadığı, bir başka ifadeyle borçlandırıcı işlemin yapılması bir hakkın devredilmesi, değiştirilmesi ya da ortadan kaldırılması sonucunu doğurmadığı için bu tür işlemlerin de söz konusu hüküm kapsamına alınması, amacı aşan bir genişlemeye yol açabilecektir¹⁰. Dolayısıyla

⁸ BRÄM/HASENBÖHLER, Art. 178, N. 10A; DURAL M./ÖĞÜZ, T./GÜMÜŞ, M. A., Türk Özel Hukuku, C. III, Aile Hukuku, İstanbul 2005, s. 279, 280; GÜMÜŞ, Yeni Şerhler, s. 71; DOĞAN, M., Tapu Sicilinde Tasarruf Kısıtlamasının Şerhi, Ankara 2004, s. 100; HATEMİ, H., Aile Hukuku I (Evlilik Hukuku), İstanbul 2005, s. 90; AYAN, age., s. 257; BARLAS, Eşler Arası Hukuki İşlem Özgürlüğü ve Sınırları, s. 133.

⁹ EREN, F., Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 10. Bası, İstanbul 2008, s. 160 vd..

¹⁰ Tasarruf işleminin yapılabilmesi için işlemi yapan kişinin tasarruf yetkisine sahip olması gerekir. Eşin MK. m. 199 gereğince belirli mal varlığı değerleri üzerinde tasarrufta bulunması diğer eşin rızasına tâbi tutulduğunda, bu mal varlığı değerleri üzerinde borçlandırıcı işlemlerde bulunma yetkisi sınırlanmadığı için eş borçlandırıcı işlem yapabilecek, fakat yetkisi olmadığından geçerli bir tasarruf işlemi yapamayacaktır. Bu halde de işlemin karşı tarafı borcun ifa edilmemesinden doğan zararının giderilmesini isteyebilecektir (BK. m. 96). Böyle bir durumun gerçekleşmesi dolaylı da olsa ailenin ekonomik varlığının etkilenmesine yol açabilecektir. Bunun mümkün olduğunca önüne geçilebilmesi için hâkimin MK. m. 199'daki önlemleri etkili bir biçimde kullanması gerekir.

sınırlamanın kapsamını borçlandırıcı işlemleri de içine alacak şekilde genişletmek, bir fiil ehliyeti sınırlaması sonucunu doğurabilecektir¹¹.

III- ŞARTLARI

A) Genel Olarak

Medeni Kanun m. 199 gereğince eşlerden birisinin belirli mal varlığı değerleri üzerinde tasarrufta bulunma yetkisinin, diğer eşin talebi üzerine hâkim tarafından sınırlandırılabilmesi için bazı şartların gerçekleşmesi gerekir. Bu şartları iki grupta incelememiz mümkündür. Birinci gruptaki şartlar, MK. m. 199/f. I'de ifadesini bulan ve ön şart olarak isimlendireceğimiz şartlardır. Zira diğer iki şartın bir anlam ifade edebilmesi için öncelikle ön şart dediğimiz iki şarttan birisinin varlığı gerekli olacaktır. Bu bakımdan aşağıda MK. m. 199'un uygulanabilmesi için aranan şartları, ön şart ve genel şartlar olmak üzere iki ayrı grupta inceleyeceğiz.

B) Ön Şart

Medeni Kanun m. 199'da eşlerden birisinin belirli mal varlığı değerleri üzerinde tasarruf yetkisinin sınırlandırılabilmesi için öncelikle iki farklı şarttan birinin gerçekleşmesi gerekir. Bizim ön şart olarak isimlendirdiğimiz bu şartlardan birisi "ailenin ekonomik varlığının korunması" diğeri ise "evlilik birliğinden doğan mali bir yükümlülüğün yerine getirilmemesi"dir. Aşağıda bu şartlar üzerinde duracağız

1. Ailenin Ekonomik Varlığının Korunması

Eşlerden her biri yapacağı hukuki işlemlerle ailenin ekonomik varlığını ciddi ve yakın bir tehlike ile karşı karşıya bırakabilir. Eşlerden birisinin ailenin ekonomik varlığının sürdürülmesini sağlayan bazı mal varlığı değerlerini elden çıkarması, ekonomik değeri olan haklardan vazgeçmesi ve mali kaynakları tüketiyor olması¹² gibi durumlarda bu ön şartın gerçekleştiğini söy-

¹¹ Bununla birlikte elden işlemler dediğimiz, borçlandırıcı işlemle tasarruf işleminin iç içe geçtiği hukuki işlemlerde, borçlandırıcı işlemle tasarruf işleminin sınırlandırılması arasında pratik açıdan bir fark bulunmamaktadır. Bu konuda bkz., BRÂM/HASENBÖHLER, Art. 178, N. 10A.

¹² DOĞAN, age., s. 101; GÜMÜŞ, Yeni Şerhler, s. 63; AYAN, age., s. 260.

lemek mümkündür¹³. Ancak yapılan işlemlerin ailenin ekonomik varlığı üzerindeki etkilerinin ve bunların aile için tehlike oluşturup oluşturmadığının hâkim tarafından her somut olaya göre değerlendirilmesi gerekir.

İsviçre Federal Mahkemesi 1. Hukuk Dairesinin yerleşik uygulamasına göre, ailenin geçim durumunun tehlikeye atılması ailenin ekonomik varlığının tehlikeye atılmış sayılması için yeterlidir¹⁴.

Ailenin ekonomik varlığını tehlikeye sokan tasarruflar, özellikle eşler arasında boşanmaya kadar varan birtakım anlaşmazlıkların ortaya çıktığı hallerde belirginleşebileceği gibi, eşler arasında böyle bir huzursuzluk ve anlaşmazlık olmasa bile onlardan birisinin sorumsuzca harcamalarda ve tasarruflarda bulunması durumunda da ortaya çıkabilir. Hangi durumda olursa olsun burada dikkat edilmesi gereken husus, evlilik birliğinin korunması bağlamında, eşlerden birisinin yapmış olduğu tasarruflar nedeniyle ailenin ekonomik varlığının korunmasına ihtiyaç olup olmadığıdır. Dolayısıyla böyle bir gereklilik var olmadığı halde, eşlerden birisinin diğer eşin bazı mal varlığı değerleri ile ilgili olarak yapacağı tasarruf işlemlerinin kendisinin rızasına tabi tutulması yönündeki talebi reddedilmelidir¹⁵.

2. Eşlerden Birisinin Evlilik Birliğinden Doğan Mali Yükümlülüklerini Yerine Getirmemesi

Eşin tasarruf yetkisinin sınırlandırılmasına yol açabilecek bir diğer ön şart ise eşlerden birisinin evlilik birliğinden doğan mali yükümlülüklerini yerine getirmemesidir. Ailenin ekonomik varlığının ciddi ve yakın tehlikeye maruz kaldığı durumlarda, çoğunlukla evlilik birliğinden doğan mali yükümlüklerin yerine getirilmemesi olgusuyla da karşı karşıya kalınır. Ancak bu iki şartın da mutlaka bir arada bulunması gerekli değildir. Sadece birinin gerçekleşmiş olması yeterlidir¹⁶.

¹³ Örnekler için bkz., BRÄM/HASENBÖHLER, Art. 178, N. 11A.

¹⁴ MAIER, P., Aktuelles zu Eheschutzmassnahmen, Scheidungsgründen und Kinderbelangen anhand der Praxis der erst- und zweitinstanzlichen Gerichte des Kantons Zürich, AJP/PJA 2008, s. 208.

¹⁵ GÜMÜŞ, age., s. 63; AYAN, age., s. 259; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, age., s. 277.

¹⁶ BRÄM/HASENBÖHLER, Art. 178, N. 14; HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 178, N. 7.

Evlilik birliğinden doğan mali yükümlülükler esas olarak iki durumda ortaya çıkar. Bunlardan birisi MK. m. 186/f. III'de ifadesini bulan eşlerin evlilik birliğinin giderlerine katılma yükümlülüğüdür. Diğeri ise mal rejimlerinden doğan yükümlülüklerdir. Bu yükümlülüklerden herhangi birisinin yerine getirilmeme tehlikesi MK. m. 199'un uygulanmasına yol açabilecektir.

Medeni Kanun m. 186/f. III gereğince, eşler güçleri oranında emek ve mal varlıkları ile evlilik birliğinin giderlerine katılma yükümlülüğü altındadırlar. Eşlerden birisinin bu yükümlülüğü ihlal etmesi halinde, diğer eş MK. m. 199'da öngörülen tedbirin alınması için hakime müracaat edebilecektir. Ancak bunun için eşlerin birliğin giderleri için yapacakları katkı pay ve oranlarının MK. m. 196 veya m. 197 uyarınca hakim tarafından belirlenmiş olması ve bu tespitten sonra eşin, giderlere katılma yükümlülüğünü ihlal etmiş olması şart değildir¹⁷. Zira öncelikle böyle bir şart MK. m. 199'da öngörülmüş değildir. Diğer taraftan bu şekilde bir şartın varlığını aramak, MK. m. 199'un bu korumasından yararlanmak isteyen eşin maruz kaldığı ciddi ve yakın ihlallerin önlenmesi ihtimalini de ortadan kaldırmış olacaktır.

Eğer eşlerin daha önceden MK. m. 196 veya hakim kararı ile ayrılık halinde m. 197 gereğince giderlere katılma payları belirlenmişse bu oranlara göre ihlalin bulunması halinde MK. m. 199'un uygulanması istenebilecektir. Fakat böyle bir belirleme olmadan da evlilik birliğinin giderlerine katılma yükümlülüğünü yerine getirmeyen eşe karşı diğer eş, tasarruf yetkisinin sınırlandırılmasını isteyebilmelidir. Bu çözüm hükmün amacına daha uygundur. Aslında böyle bir durumda, hâkimin eşin tasarruf yetkisinin sınırlandırılması gerektiği kanaatine vardığı zaman, zaten öncelikle eşlerin evlilik birliğinin giderlerine katılma yükümlülüklerine ilişkin oranları belirlemesi gerekecektir. Çünkü bu şekilde bir belirlemeyi yapmadan ne miktar ve oranda mal varlığı değeri üzerinde sınırlama yapılacağına kararı verilemez. Zira sınırlama kararı bu hükümde öngörülen amaca uygun olan nispet ve miktardaki mal varlığı değerlerini içermelidir. Bu bakımdan MK. m. 199 hükmünün

¹⁷ DOĞAN, age., s. 102; AYAN, age., s. 261.

kapsamında bu belirleme zorunluluğu yer almaktadır. Fakat kanun koyucu bunu zorunlu bir “ön şart” olarak öngörmemiştir¹⁸.

Medeni Kanun m. 197 gereğince eşlerden birisi ortak hayat sebebiyle kişiliği, ekonomik güvenliği veya ailenin huzuru ciddi biçimde tehlikeye düştüğü sürece ayrı yaşama hakkına sahiptir. Yine aynı maddenin II. fıkrasına göre ise hâkim, ayrı yaşama haklı sebebe dayanıyorsa, eşlerden birisinin talepte bulunması üzerine diğer eşin ona yapacağı parasal katkıya ilişkin önlemleri de alır¹⁹. Eğer parasal katkıda bulunmasına karar verilen eş bu yükümlülüğünü yerine getirmezse, diğer eş talepte bulunarak tasarruf yetkisinin sınırlandırılmasına karar verilmesini isteyebilir²⁰.

Tasarruf yetkisinin sınırlandırılması eşler arasında mal rejiminden doğan mali taleplere bağlı olan yükümlülüklerin yerine getirilmesini sağlamak üzere bir tedbir olarak da kullanılabilir²¹. Özellikle eşlerden birisinin edinilmiş mallara katılma rejiminde artık değere katılma alacağına (MK. m. 236), değer artış payı alacağına (MK. m. 227), ve denkleştirme alacağına ilişkin taleplerin karşılanmasını tehlikeye düşürecek şekilde tasarruflarda bulunma ihtimali varsa, MK. m. 199’un uygulanması istenebilecektir²².

Evlilik birliğinin boşanma ile sona erdiği hallerde, boşanmaya dayanan tazminat ve nafaka yükümlülüklerinin güvence altına alınmasını sağlamak amacıyla MK. m. 199’dan yararlanılamayacaktır. Bir başka ifadeyle, MK. m. 199’da öngörülen tedbirler evlilik birliği devam ederken ve özellikle de boşanma ve ayrılık davaları sürecinde uygulanabilir²³. Zira söz konusu hüküm,

18 Aksi fikirde olarak bkz., GÜMÜŞ, Yeni Şerhler, s. 65; ÖKTEM, S., “Aile Birliğinde Eşlerin Tasarruf Yetkisinin Kısıtlanması”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 67, Kasım /Aralık 2006, s. 323, 324.

19 AKINTÜRK, age., s. 140 vd.; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, age., s. 254 vd.; GÜMÜŞ, M. A., Teoride ve Uygulamada Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri (TMK. m. 185-281), İstanbul 2008, s. 148 vd..

20 DOĞAN, age., s. 102; GÜMÜŞ, Yeni Şerhler, s. 65; AYAN, age., s. 262.

21 BRÄM/HASENBÖHLER, Art. 178, N. 16; GÜMÜŞ, Yeni Şerhler, s. 65, 66.

22 DOĞAN, age., s. 102; GÜMÜŞ, Yeni Şerhler, s. 66; KILIÇOĞLU, Hukuksal İşlemler, s. 31.

23 BRÄM/HASENBÖHLER, Art. 178, N. 7; KILIÇOĞLU, Hukuksal İşlemler, s. 29; GÜMÜŞ, Yeni Şerhler, s. 67; BARLAS, Eşler Arası Hukuki İşlem Özgürlüğü ve Sınırları, s. 135; AKINTÜRK, age., s. 123; Aksi fikirde olarak bkz., DOĞAN, age., s. 102; AYAN, age., s. 262, 263.

evliliğin genel hükümleri arasında yer alan ve evlilik birliğini korumaya yönelik bir hükümdür. Boşanma gerçekleştiği takdirde evlilik birliği ortadan kalkmış olacağından, bu aşamadan sonra tazminat ve nafaka yükümlülüklerinin yerine getirilmesini sağlamak üzere eşin tasarruf yetkisinin sınırlandırılması yoluna başvurulmamalıdır. Aksi fikir, MK. m. 199'un amacını aşan ve çok geniş yorumlanması sonucunu doğuran bir uygulama olur ki, bu da söz konusu hükmün istisnai olması ile çelişen bir durumun ortaya çıkmasına yol açar.

Medeni Kanun m. 199 hükmü ile evlilik birliğinden doğan mali yükümlülüklerin yerine getirilmesindeki ihlallerin önüne geçilmek istendiği için doğrudan doğruya evlilik birliğinden kaynaklanmayan mali yükümlülüklerin ihlalinde bu hüküm uygulama alanı bulamayacaktır. Bu bağlamda eşler arasındaki eser, hizmet veya ortaklık sözleşmesi gibi hukuki ilişkilerden kaynaklanan borçların ifasını sağlamak üzere MK. m. 199'a dayanılarak eşin tasarruf yetkisinin sınırlandırılması mümkün değildir²⁴.

C) Genel Şartlar

1. Eşin Talepte Bulunması

Eşlerden birisinin ailenin ekonomik varlığını tehlikeye düşürecek davranışlarda bulunması veya evlilik birliğinden doğan mali yükümlülüklerini yerine getirmemesi durumunda, ancak diğer eşin talepte bulunması halinde MK. m. 199'un uygulanması mümkün olabilir. Böyle bir talep olmadan, hâkimin evlilik birliği ile ilgili olarak önüne gelen bir uyuşmazlıkta kendiliğinden MK. m. 199'un uygulanmasına karar vermesine imkan yoktur²⁵. Bir başka ifadeyle, hâkim tarafından eşin belirli mal varlığı değerleri üzerindeki tasarruf yetkisinin sınırlandırılmasına karar verilebilmesi için diğer eşin mutlaka mahkemeden bu hususta talepte bulunmuş olması gerekir. Söz konusu hükümdeki "eşlerden birinin istemi üzerine" ifadesi de açıkça bu durumu belirtmektedir.

Öte yandan MK. m. 199, özellikle boşanma ve ayrılık davaları devam ederken uygulama alanı bulabilecek bir hükümdür. Ancak MK. m. 169'da

²⁴ BRÄM/HASENBÖHLER, Art. 178, N. 14; GÜMÜŞ, Yeni Şerhler, s. 66; DOĞAN, age., s. 102.

²⁵ AYAN, age., s. 263; ÖKTEM, agm., s. 324.

kanun koyucu boşanma veya ayrılık davasının açılmasıyla birlikte, ekonomik yönden zayıf olan eşi ve çocukları korumak amacıyla hakim tarafından alınması gereken geçici koruma önlemlerini öngörmüştür. Gerçekten MK. m. 169 gereğince hâkim, boşanma veya ayrılık davasının devamı süresince gerekli olan ve özellikle eşlerin barınması, geçimi, mallarının yönetimi ile çocukların bakım ve korunmasına ilişkin önlemleri kendiliğinden almakla yükümlüdür. Hâkim, böyle bir durumda alınması gerekli olan önlemleri, taraflardan herhangi bir talep olmaksızın, kendiliğinden alır²⁶. Durum böyle olmakla birlikte hâkim, MK. m. 169 uyarınca kendiliğinden alacağı geçici koruma önlemleri arasında eşlerden birisinin belirli mal varlığı değerleri üzerinde tasarruf edebilmesini diğer eşin rızasına bağlı kılma tedbirine başvuramaz. Dolayısıyla, MK. m. 199 eşler arasındaki boşanma davası devam ederken de uygulanabilecek bir hüküm olmasına rağmen, MK. m. 169 gereğince hâkimin, davanın devamı süresince gerekli olan ve özellikle eşlerin barınmasına, geçimine, mallarının yönetimine ve çocukların korunmasına yönelik geçici önlemleri re'sen alma yetkisine sahip olması da MK. m. 199'u kendiliğinden uygulamasına imkan vermez²⁷.

2. Hâkim Kararı

Medeni Kanun'un 199. maddesi gereğince, eşin bazı mal varlığı değerleri üzerinde tasarruf yetkisinin diğer eşin rızasına bağlı kılınabilmesi, yukarıda belirtilen şartların gerçekleşmesinin yanı sıra, hâkimin bu yönde bir karar vermesi halinde mümkündür. Ancak hâkimin kararı ile ilgili olarak bazı noktalar önem arz etmektedir.

Hâkim, MK. m. 199 uyarınca alınacak tedbirlere ilişkin olarak karar verirken, kendisinden talepte bulunan eşin öne sürdüğü olguların kesin delillerle ispat edilmesini beklememelidir. Gerek ailenin ekonomik varlığını tehlikeye düşüren, gerekse evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerin yerine getirilmemesine yol açan tasarruflar hakkında yakın ve ciddi bir tehlikenin bulunduğu kanaatinin uyandırılması yeterli olmalıdır²⁸. Bir başka ifadeyle,

²⁶ AKINTÜRK, age., s. 283.

²⁷ AYAN, age., s. 263.

²⁸ BRÄM/HASENBÖHLER, Art. 178, N. 11; KILIÇOĞLU, Hukuksal İşlemler, s. 31; AYAN, age., s. 263; BARLAS, Eşler Arası Hukuki İşlem Özgürlüğü ve Sınırları, s. 134; TUOR, P./SCHNYDER, B./RUMO-JUNGO, A., Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 12. Aufl., 2002, s. 291.

kısıtlama talebinde bulunan eş, yukarıda ön şart olarak açıkladığımız durumlardan birisi ile ilgili olarak yakın gelecekte gerçekleşmesi muhtemel ciddi bir tehlikenin varlığına ilişkin objektif ipuçlarını hâkime sunmalıdır²⁹.

İkinci olarak, hâkim, eğer tehlikenin yakın ve ciddi olduğu konusunda bir kanaat edinirse, eşin belli mal varlığı değerleri üzerinde tasarruf edebilmesinin diğer eşin rızasına bağlı olacağı yönünde bir karar verecektir. Ancak bu konuda hâkimin genel nitelikte bir sınırlama kararı vermesi mümkün değildir³⁰. Zira bu kararda, ayrıca eşin hangi mal varlığı değerleri üzerinde tasarruf edebilme yetkisine sınırlama getirildiğinin de tek tek ve açıkça belirtilmesi gerekir³¹. Karara konu olabilecek mal varlığı değerleri, taşınır ve taşınmaz mallar³², kıymetli evrak ya da alacak hakkı gibi ekonomik değeri olan haklar olabilir³³. Sınırlama, mal varlığı değerleri üzerindeki bütün tasarrufların değil de belli tasarrufların, örneğin ivazsız ya da yalnızca rakamsal olarak belirli bir miktarı geçen tasarrufların yapılması için getirilebilir.

Bu hususlar dışında, hâkimin vereceği kararda oranlılık ilkesine dikkat etmesi gerekir. Bir başka ifadeyle, hâkimin belirleyeceği mal varlığı değerle-

29 Örneğin, eşin bir taşınmazının veya yazlığının satışa çıkarıldığını gösteren gazete ilanı, eşin bir üçüncü kişiye kendi işyerini ucuza satacağına ilişkin söz vermesi. Benzer örnekler için bkz., BRÂM/HASENBÖHLER, Art. 178, N. 11; MAIER, s. 78. Ayrıca, abartılı şekilde eli açıklık, israf derecesinde hediyeler verme, finansal durumla bağdaşmayan harcamalarda bulunma, tehlikenin varlığı için örnek olarak sayılabilir (MAIER, s. 78).

30 AYAN, age., s. 264.

31 KILIÇOĞLU, Hukuksal İşlemler, s. 33; GÜMÜŞ, Yeni Şerhler, s. 69; AYAN, age., s. 264; ÖZTAN, B., Aile Hukuku, 5. Bası, Ankara 2004, s. 227. Ayrıca bkz., "O halde mahkemece yapılacak iş, ailenin ekonomik varlığının korunması veya evlilik birliğinden doğan mali yükümlülüğün yerine getirilmemesi ile ilgili değerleri, taşınmazların ada, parsel numaralarını ve buldukları yerleri davacıya açıklamaktır bu suretle Yargıtay denetimine de imkân verecek şekilde diğer eşin rızasıyla yapılacak tasarruflarla ilgili mal varlığı değerlerini belirlemek ve bunları infazda tereddüde yer vermeyecek şekilde, kararda ve hüküm fıkrasında göstermek, davalı eşin taşınmaz veya taşınmazlar üzerinde tasarruf yetkisini kaldırırca, bu taşınmazlarda ada parsel numaralarını ayrı ayrı göstererek kendiliğinden tapu kütüğüne, şerhine karar vermektен ibarettir." Yarg. 2. HD., E. 2005/5879, K. 2005/8355, T. 30.5.2005 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

32 Karara konu olacak taşınmaz mallar "aile konutu" dışında kalanlar olmalıdır. Zira aile konutu ile ilgili tasarrufları MK. m. 194 düzenlediği için eşler evlilik birliğini devam ettirdikleri sürece, aile konutu üzerinde MK. m. 199'a dayanarak bir tasarruf yetkisi sınırlandırmasına gerek bulunmamaktadır. Bu konuda bkz., BRÂM/HASENBÖHLER, Art. 178, N. 13.

33 BRÂM/HASENBÖHLER, Art. 178, N. 9; KILIÇOĞLU, Hukuksal İşlemler, s. 33; GÜMÜŞ, Yeni Şerhler, s. 69.

ri üzerinde eşin tasarruf yetkisinin sınırlandırılması amaca uygun olmalı, amaç ile sonuç arasında uygun bir oran bulunmalıdır. Bu nedenle hâkim, eşin belirli mal varlığı değerleri üzerindeki tasarruf yetkisini kısıtlama kararı verirken, bu tedbirin hangi amaçla alındığını gözden uzak tutmadan, bu amacı gerçekleştirecek oran ve miktardaki mal varlığı değerleri üzerindeki tasarruf yetkisini sınırlandırmalıdır. Amaç eğer ailenin ekonomik varlığını korumaksa, sınırlama daha geniş tutulabilecekken, eşin mali yükümlülüklerini yerine getirmemesi söz konusu ise daha dar kapsamlı tutulmalıdır. Bu durumda yükümlülüklerin ihlal edilmesi ölçüsünde bir sınırlama ile yetinilmelidir³⁴. Amacın aşılması, gerek mal varlığı değerleri belirlenirken, gerekse belirlenen bu mal varlığı değerleri üzerindeki tasarruf yetkisinin sınırlandırılması ile sonuçlanan uygulama, hiçbir zaman için diğer eşi fiili vesayet altına sokacak bir şekilde olmamalıdır³⁵.

Hâkimin eşin tasarruf yetkisinin diğer eşin rızasına bağlı tutulmasına ilişkin kararı, belirli bir süre zarfında geçerli olmak üzere verilebileceği gibi, böyle bir süre öngörülmeden de verilebilir³⁶. Ancak belirli bir süre öngörülümüşse bunun da kararda açıkça belirtilmiş olması gerekir³⁷.

IV- EŞİN TASARRUF YETKİSİNİN SINIRLANDIRILMASINA KARAR VERİLMESİ HALİNDE ALINACAK TEDBİRLER

Medeni Kanun m. 199 gereğince, evlilik birliğini korumaya yönelik olarak hâkimin eşlerden birisinin talebi üzerine diğer eşin bazı mal varlığı değerleri üzerinde tasarruf yetkisinin sınırlandırılmasına karar verdiği hallerde, bu karar tek başına etkili ve yeterli olmayacaktır. Ayrıca hâkimin II. ve III. fıkralarda öngörülen tedbirleri de alması gerekir³⁸. Aşağıda bu tedbirler üzerinde durulmuştur.

³⁴ BRÄM/HASENBÖHLER, Art. 178, N. 21; DOĞAN, age., s. 103.

³⁵ BRÄM/HASENBÖHLER, Art. 178, N. 21; GÜMÜŞ, Yeni Şerhler, s. 69.

³⁶ GÜMÜŞ, Yeni Şerhler, s. 69; DOĞAN, age., s. 103.

³⁷ KILIÇOĞLU, Hukuksal İşlemler, s. 33.

³⁸ Medeni Kanun m. 199'da tasarruf yetkisi sınırlamasının etkili olması için gerekli olan tedbirlerin alınması hükme bağlanmıştır. Ancak bu tedbirlere ek olarak, MK. m. 190'da olduğu gibi, özellikle üçüncü kişilerin iyiniyet iddialarını ortadan kaldırmaya yönelik olarak, hakim kararı ile durumun ilan edilmesine ilişkin ek bir tedbirin öngörülmesi de yerinde olurdu.

A) Genel Tedbirler (Medeni Kanun m. 199/f. II)

Kanun koyucu, MK. m. 199/f. II'de "Hâkim bu durumda gerekli önlemleri alır." demek suretiyle, tasarruf yetkisi sınırlamasının beklenen sonuçları doğurabilmesi ve etkili olabilmesi için genel nitelikte bir tedbir öngörmüştür. Söz konusu hüküm hâkime, tasarruf yetkisi sınırlamasının, eşin bu sınırlamayı ihlal etmesini engelleyen, sınırlamayı destekleyen ve ondan beklenen amacın gerçekleşmesini kolaylaştıran tedbirleri alma konusunda bir yükümlülük getirmiştir. Hâkim bu tedbirleri alırken, somut olayla sınırlı olan, ancak gerekli önlemleri alma konusunda kendisine tanınan bir takdir yetkisine sahiptir³⁹.

Hâkimin tasarruf yetkisi sınırlaması kararı ile bağlantılı olarak alacağı bu tedbirlerin, her şeyden önce sınırlamaya konu olan mal varlığı değerleri ile ilgili olması gerekir. Dolayısıyla hâkim alacağı önlemleri de somut olarak belirtmek zorundadır. Bunun dışında söz konusu önlemler, eşlerin çıkarları çerçevesinde orantılı ve amaca uygun olmalıdır⁴⁰.

Medeni Kanun m. 199/f. II kapsamında alınacak tedbirlere örnek olarak, taşınır bir malın veya kıymetli evrakın saklanmak üzere bankaya ya da mahkemeye yahut da üçüncü bir kişiye tevdi edilmesi, tasarruf yetkisi sınırlanan eşin banka hesaplarının diğer eşin rızası alınmaksızın tasarruf edilemeyeceğinin bankaya bildirilmek üzere bloke edilmesi, eşin borçlularının borçlarını ancak diğer eşin rızası ile tasarruf edilebilecek bir bloke hesaba ödemelerinin sağlanmasına karar verilmesini sayabiliriz⁴¹. Bu hususta hâkimin tasarruf yetkisini sınırlandırdığı mal varlığı değerine göre alacağı tedbirler de farklı olacaktır⁴². Bir başka ifadeyle hâkim, somut durum ile sınırlamaya konu olan mal varlığı değerlerine uygun olan ve uygulanabilir önlemlerin neler olduğuna karar vererek, bunları hayata geçirecektir. Ayrıca, eşin tasarruf yetkisinin sınırlandırılmasına karar veren hâkimin, üçüncü kişilerin iyi niyetini ortadan kaldırıcı önlemleri de etkili bir biçimde alması gerekir.

³⁹ GÜMÜŞ, Yeni Şerhler, s. 75; GÜMÜŞ, Evliliğin Genel Hükümleri, s. 196; BARLAS, Eşler Arası Hukuki İşlem Özgürlüğü ve Sınırları, s. 135; AYAN, age., s. 265.

⁴⁰ BRÂM/HASENBÖHLER, Art. 178, N. 22; GÜMÜŞ, Evliliğin Genel Hükümleri, s. 196; BARLAS, Eşler Arası Hukuki İşlem Özgürlüğü ve Sınırları, s. 135.

⁴¹ BRÂM/HASENBÖHLER, Art. 178, N. 22.

⁴² AYAN, age., s. 265.

Alınacak tedbirler ile ilgili olarak, hâkimin tasarruf yetkisi sınırlanan eşin başkasının borcu için kefil olmasına ya da garanti sözleşmesi yapmasına ilişkin bir karar verip veremeyeceği üzerinde de ayrıca durmak gerekir.

KILIÇOĞLU bu konudaki görüşlerini, “İsviçre Borçlar Kanununda yapılan değişiklikle bir eşin üçüncü kişiye kefil olması diğerinin rızasına bağlandığından (İBK. m. 494) TMK. md. 199’un kaynağı olan İMK. md. 178 gereğince hakimın eşin üçüncü kişilerin borcu için kefil olmasını yasaklamasına gereksinim yoktur. Bizde böyle bir değişiklik yapılmadığından, TMK. md. 199 hükmü uygulama bulabilecek ve bir eşin üçüncü kişilerin borçları için kefil olması yargıç tarafından diğer eşin rızasına bağlı tutulabilecektir.” şeklinde ifade etmiştir⁴³.

GÜMÜŞ, bu yöndeki bir önlemin, MK. m. 199/f. II kapsamında alınacak ek önlemlerin tasarruf sınırlamasına tâbi tutulan mal varlığı değeri ile bağlı olması zorunluluğu gereği, alınamayacağını belirtmektedir⁴⁴.

BARLAS, MK. m. 199/f. II gereğince hakimın gerekli önlemleri alacağını belirttiikten sonra, alınacak önlemler arasında eşin başkasının borcu için garanti veya kefalet vermektan men edilmesinin de yer alacağını ifade etmiştir⁴⁵. Fakat yazar başka bir çalışmasında, bu görüşüne bir anlamda açıklık getirerek şu ifadelere yer vermiştir. “Ancak, TMK. m. 199/f. I gereğince ailenin ekonomik varlığının korunması veya evlilik birliğinden doğan mali bir yükümlülüğün yerine getirilmesi gerekli kıldığı takdirde, eşlerden birinin istemi üzerine hakim, o eşin belli mal varlığı değerleri ile ilgili tasarruflarını diğer eşin rızasına tâbi kılabilir; TMK. m. 199/f. II gereğince de hakim bu konuda gerekli önlemleri alır.

İşte, şayet bu hükmün sadece tasarruf işlemlerini kapsamadığı, borçlandırıcı işlemleri de içerdiği kabul edilirse ve eşlerden birinin başvurusu üzerine hâkim de böyle bir karar almışsa, bu takdirde eşin kefalet sözleşmesiyle yükümlülük altına girmesi diğer eşin rızasına bağlı olabilir ve evlilik bağı

43 KILIÇOĞLU, Hukuksal İşlemler, s. 32.

44 GÜMÜŞ, Yeni Şerhler, s. 76, dn. 229.

45 BARLAS, Eşler Arası Hukuki İşlem Özgürlüğü ve Sınırları, s. 135.

yüzünden kefaletle ilgili bir sınırlama ancak bu kapsamda gündeme gelebilir⁴⁶.

Yukarıda da belirttiğimiz üzere, MK. m. 199 hükmü ailenin ekonomik varlığını tehlikeye düşüren veya evlilik birliğinden doğan mali yükümlülüklerini yerine getirmeyen eşin tasarruf yetkisine bir kısıtlama getirmeyi öngörmektedir. Bu kısıtlama doğrultusunda, eşin bazı mal varlığı değerleri üzerindeki tasarruf işlemlerini geçerli bir şekilde yapabilmesini, hâkim kararı ile diğer eşin rızasına bağlı kılınmaktadır. Doktrinde genel olarak kabul edildiğine göre, söz konusu kısıtlama kararına konu olacak işlemler “tasarruf işlemleri” olup “borçlandırıcı işlemler” kapsamı dışında kalmaktadır⁴⁷. Bir başka ifadeyle, hâkim kararı ile getirilen sınırlama sadece tasarruf işlemlerine yönelik olacak, borçlandırıcı işlemler yönünden bir sınırlama söz konusu olamayacaktır. Dolayısıyla tasarruf yetkisi sınırlanan eşin, bir tasarruf işlemi niteliğinde olmayan kefalet sözleşmesi ya da garanti sözleşmesi gibi sözleşmeleri geçerli bir şekilde yapabilmesi için diğer eşin rızasına ihtiyacı olmayacaktır. Ancak, evlilik birliğini korumaya yönelik hükümlerden birisi olan MK. m. 199'daki düzenlemeden beklenen gayeye daha etkin bir şekilde ulaşılabilmesi için, kısıtlama kararının asıl olarak tasarruf işlemlerine yönelik olması yönündeki görüşümüzü korumakla birlikte, istisnai olarak kefalet sözleşmesi bakımından bir farklılık getirilmesi kanaatindeyiz. Zira kefalet ve garanti gibi sözleşmeler, ailenin ekonomik varlığı bakımından kolaylıkla tehlike oluşturabilecek sözleşmelerdir. Bilindiği üzere, eşin üzerinde tasarruf yetkisi kısıtlanan mal varlığı değerleri içerisinde taşınmaz varsa ve MK. m. 199/f. III gereğince hakim, eşlerden birisinin taşınmaz üzerindeki tasarruf yetkisini sınırlandırır, kendiliğinden durumu tapu siciline şerh ettirecektir. Şerh, tasarruf yetkisi sınırlanan eşin, diğer eşin rızasını almadan o taşınmaz üzerinde üçüncü kişilerle geçerli bir tasarruf işlemi yapmasına engel olma amacını gütmektedir. Ancak bu şerh, söz konusu taşınmazın cebri icra yolu ile satılmasına engel teşkil etmemektedir⁴⁸. Bu durum dolaylı da olsa ailenin ekonomik varlığının tehlikeye düşmesine yol açabilecektir. Örneğin, eşin üçüncü bir kişinin borcu için kefil olması ve alacaklının kefil takip etmesi

46 BARLAS, N., “Kefalet Hukukuna İlişkin Bazı Sorunlar ve Yargıtay Uygulaması”, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, XXI, 9-10 Aralık 2005, s. 55; Aynı yönde olarak bkz., ÖZEN, B., Kefalet Sözleşmesi, İstanbul 2008, s. 140, dn. 384.

47 Bu konuda bkz. II.

48 BRÄM/HASENBÖHLER, Art. 178, N. 26; KILIÇOĞLU, Hukuksal İşlemler, s. 35.

sonucunda taşınmazın cebri icra yolu ile satılması ihtimalinde, tasarruf yetkisi sınırlanan eş doğrudan doğruya bir tasarruf işlemi yapmamış olmasına rağmen, yapmış olduğu borçlandırıcı işlem dolayısıyla ailenin ekonomik varlığının tehlikeye düşmesine neden olabilecektir.

Diğer taraftan yürürlükteki Borçlar Kanunu'nda olmayan fakat Borçlar Kanunu Tasarısı'nda (m. 584)⁴⁹, İsviçre Borçlar Kanunu'nun 494. maddesine benzer bir hüküm yer almaktadır⁵⁰. Bu hüküm yasalaştığı takdirde, sözleşmenin yapıldığı sırada kefilin evli olması halinde diğer eşin de yazılı rızası aranacaktır. Bir anlamda adı geçen hüküm, evlilik birliğinin korunmasına hizmet etmektedir ve konumuzla da ilgilidir. Başka bir ifadeyle, Tasarının bu hükmü aracılığıyla getirilmek istenen düzenleme ile ailenin korunması amaçlanmaktadır⁵¹.

Sonuç olarak, MK. m. 199'un tasarruf işlemlerine yönelik bir sınırlama öngördüğü yönündeki görüşümüzü muhafaza etmekle birlikte, evlilik birliğinin korunmasına yönelik olarak ve bu konudaki olası mağduriyetleri önlemek açısından, Borçlar Kanunu Tasarısı m. 584 hükmünün yasalaşmasına kadar MK. m. 199/f. II gereğince alınacak önlemler arasında istisnai olarak, hakimin diğer eşin başkalarının borcu için kefalet ve garanti sözleşmeleri yapmasına da sınırlama getirmesi gerekir. Bu kabul ayrıca, kötü niyetli eşlerin dolaylı da olsa bazı malvarlığı değerlerini bu yolla üçüncü kişilere devretmesinin önüne geçilmesini de sağlamış olacaktır.

Hâkimin MK. m. 199/f. II gereğince, vermiş olduğu karar ve somut duruma uygun olarak alacağı tedbirler neticesinde, evlilik birliğini korumaya yönelik olmak üzere tasarruf yetkisi sınırlandırılan eşin yapacağı hukuki

49 Borçlar Kanunu Tasarısı m. 584/f. I hükmü şöyledir: "Eşlerden biri mahkemece verilmiş bir ayrılık kararı olmadıkça veya yasal olarak ayrı yaşama hakkı doğmadıkça, ancak diğerinin yazılı rızasıyla kefil olabilir; bu rızanın sözleşmenin kurulmasından önce ya da en geç kurulması anında verilmiş olması şarttır".

50 Borçlar Kanunu Tasarısı m. 584'ün öngördüğü düzenleme ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz., ÖZEN, age., s. 139 vd..

51 "Tasarının 584. Maddesiyle getirilen yeniliğin, ailenin korunması düşüncesine hizmet ettiği ortadadır. Kefil olan eş ister kadın eş olsun isterse erkek eş, kefaletin geçerliliği diğer eşin rızasına bağlı olacaktır. Böylelikle, aile hayatı için sıkıntı yaratabilecek ve ailenin ekonomik geleceği bakımından tehlike kaynağı olacak olan hatır kefaletlerinin olabildiğince engellenmesi amaçlanmıştır." (ÖZEN, age., s. 140).

işlemlerin hüküm ve sonuç doğurması diğer eşin rızası ile mümkün olacaktır⁵².

B) Özel Tedbir (Medeni Kanun m. 199/f. III)

Medeni Kanun m. 199/f. III, eşin tasarruf yetkisinin sınırlandırılmasına karar veren hâkimin, eğer sınırlama konusu mal varlığı değerleri arasında taşınmaz varsa, sınırlama kararı ile birlikte özel bir tedbir almasını da öngörmüştür. Anılan fıkra hükmü gereğince, hâkim, eşlerden birinin taşınmaz üzerindeki tasarruf yetkisini kaldırır⁵³, kendiliğinden durumun tapu kütüğüne şerh edilmesine de karar verecektir.

Görüldüğü üzere kanun koyucu II. fıkra hükmünün aksine, III. fıkroda, tasarruf yetkisi sınırlaması konusunun taşınmaz mal olduğu hallerde hâkime bir takdir yetkisi tanımamış, tasarruf yetkisi sınırlaması kararı ile birlikte, söz konusu sınırlamayı ilgili taşınmazın tapu kütüğüne kendiliğinden şerh ettirme yükümlülüğünü de getiren özel bir tedbir öngörmüştür.

1. Şerhin Yapılması

Eşin taşınmaz üzerindeki tasarruf yetkisinin sınırlandıran hâkim MK. m. 199/f. III gereğince, durumun tapu siciline şerh edilmesine de karar verecektir. Şerhin bildirimının ne şekilde yapılacağı ile ilgili olarak ne Medeni Kanun'da ne de Tapu Sicil Tüzüğü'nde bir hüküm bulunmaktadır. Doktrinde, mahkemenin almış olduğu kararı yazılı olarak tapu sicil müdürlüğüne bildirmesiyle birlikte şerhin gerçekleşeceği kabul edilmektedir⁵⁴.

2. Şerhin Hukuki Sonuçları

Hâkimin MK. m. 199/f. III gereğince, eşin taşınmaz üzerindeki tasarruf yetkisini sınırlandırılmasına ilişkin kararı vermesinin ardından, söz konusu

⁵² ÖZTAN, age., s. 226.

⁵³ Fıkra hükmünde "kaldırır" ibaresi kullanılmışsa da bundan amaç, eşin taşınmaz üzerindeki tasarruf yetkisinin tamamen kaldırılması değil, ancak hâkim tarafından diğer eşin rızasına bağlı kılınmasıdır. Aynı yönde bkz., BARLAS, Eşler Arası Hukuki İşlem Özgürlüğü ve Sınırları, s. 136.

⁵⁴ KILIÇOĞLU, Hukuksal İşlemler, s. 35; DOĞAN, age., s. 210, 211. İsviçre hukukunda gecikme tehlikesinin bulunduğu hallerde, mahkemenin modern elektronik haberleşme araçlarından da yararlanarak bildirim yapabileceği belirtilmektedir. Bu konuda bkz., BRÄM/HASENBÖHLER, Art. 178, N. 28.

kararın tapu kütüğüne şerh edilmesiyle birlikte, birtakım hukuki sonuçları da ortaya çıkacaktır. Bu sonuçlardan ilki tasarruf yetkisi sınırlanan eşin karara konu olan taşınmaz üzerinde tek başına tasarrufta bulunma imkânının ortadan kalkmış olmasıdır. Daha doğru bir ifade ile tasarruf yetkisi sınırlanan eş, artık hâkimin kararından sonra o taşınmaz üzerinde ancak diğer eşin rızasını sağladığı takdirde geçerli bir hukuki işlem yapma imkânına sahip olacaktır.

Hâkimin kararının ortaya çıkaracağı bir diğer sonuç da üçüncü kişiler bakımından gerçekleşebilir. Özellikle, hâkimin karar vermesi ile şerhin yapılması arasında geçen zaman zarfında, yani karardan henüz haberdar olma imkânından yoksun olan iyi niyetli üçüncü kişilerin, tapu kütüğündeki kayda istinaden taşınmazla ilgili bir hukuki işlem yapmaları halinde, aynı hak kazanmaları mümkün olabilecek midir? Doktrinde bu konuda çeşitli görüşler ileri sürülmüştür.

GÜMÜŞ, bu konudaki görüşünü, “TMK m. 3/1’in ‘Kanunun iyiniyete hukuki bir sonuç bağladığı durumlarda, asıl olan iyiniyetin varlığıdır’ hükmü karşısında iyiniyetin koruyucu fonksiyonu, ancak kanun koyucunun iyiniyetin korunmasını açıkça kabul ettiği hallerde mümkündür. Bu nedenle üzerindeki tasarruf yetkisi kısıtlanan malvarlığı değerinin sahibi olan eşin karşısındaki işlem tarafı üçüncü kişinin ‘iyiniyeti’ ancak yasanın iyiniyete iktisabi sonucu bağladığı hallerde sonuç doğurur. Bu anlamda kanun koyucu TMK m. 199’da izne yetkili eşin izni olmadan yapılan işlemin tarafı üçüncü kişinin (karşı tarafın tasarruf yetkisine yönelik) iyiniyetini ‘özel olarak korumadığı için, işlem tarafı üçüncü kişinin mevcut iyiniyeti var olan tasarruf yetkisi eksikliğini kural (olarak) ortadan kaldırmaz. Burada temel sorun Türk Medeni Kanununda aynı hak iktisabında iyiniyetin korunmasını öngören kanun hükümlerinin işlem tarafı ve diğer üçüncü kişiler için ne ölçüde uygulanabilirliği olarak karşımıza çıkmaktadır.”⁵⁵ şeklinde ifade etmiştir.

DOĞAN’ın görüşü de bu yöndedir. Yazara göre, “Tasarruf yetkisi kısıtlanan eş ile diğer eşin rızası olmaksızın işlem yapan kişi, tapu siciline değil, tapu sicilinde malik görünen kişinin tasarruf yetkisine sahip olduğuna güvendiğinden, bu güven Medeni Kanunun 1023. maddesi çerçevesinde korunamaz. Kaldı ki, kanun koyucu, evlilik birliğinin ve diğer eşin menfaatini korumak amacıyla özel bir hüküm olarak Medeni Kanunun 199. maddesinin 3. fıkrası hükmünü getirdiğine göre, bu menfaatin malik olan eş ile işlem

⁵⁵ GÜMÜŞ, Yeni Şerhler, s. 87.

yapan üçüncü kişilerin menfaati karşısında daha fazla korunmaya değer görüldüğünü söyleyebiliriz. Bu sebeple, tasarruf yetkisi kısıtlanan eş ile işlem yapan kişinin iyiniyetinin, rızası alınmayan eş karşısında korunması, işlemin geçersiz sayılması, hükmün amacına daha uygundur.”⁵⁶.

BARLAS’a göre ise, “Buradaki şerh, ‘bir tasarruf yetkisinin sınırlanması’ şerhidir. Sınırlama, hakimın kararı ile şerhten önce doğar. Bu noktada, eşle işlem yapan kimsenin iyiniyeti de korunmaz. Buna karşılık şerh, taşınmazı yetkisi sınırlanmış eşten iktisap eden kişiden (işlemin karşı tarafından) aynı hak kazanma durumunda olan bir başka kişinin iyiniyet iddiasını önler. Eğer şerh yoksa ve eşle işlem yapan kişiden iktisapta bulunan şahıs iyiniyetli ise, onun taşınmaz üzerinde aynı hak iktisabı korunacaktır.”⁵⁷.

KILIÇOĞLU aksi fikirdedir. Yazara göre, “Bir hukuksal işlemin diğer eşin rızasına bağlandığından haberdar olmayan üçüncü kişiler iyiniyetin korunmasına ilişkin hükümlerden yararlanmaya devam ederler. Bu anlamda olmak üzere tasarruf yetkisinin sınırlandırılmasına ilişkin tapuda tedbir niteliğinde olmak üzere ya da esas kararla birlikte gerekli şerh işlemi yapılmamış ya da mahkeme tarafından TMK. md. 199 f. II’deki gerekli diğer önlemler alınmamış üçüncü kişi bu önlemlerden iyiniyetle haberdar olmamışsa işlemi yapan üçüncü kişi korunacak, yapılan hukuksal işlem geçerli olacaktır. Burada önemli olan kendisiyle işlem yapılan üçüncü kişinin iyiniyetli olup olmamasıdır. Yoksa işlemi yapan rızaya muhtaç eşin iyiniyetli olup olmaması önem taşımaz.”⁵⁸.

AYAN da tasarruf yetkisi sınırlanan eş ile işlem yapan iyi niyetli üçüncü kişinin korunacağı görüşündedir. Yazarın fikrine göre, “Bir taşınmaz hakkında tasarruf yetkisi sınırlanmasına karar verilmiş olmakla birlikte, buna ilişkin şerh henüz tapu siciline işlenmemişse, bu sınırlamadan haberi olmayan iyi niyetli kişilerin, tasarruf yetkisi sınırlanan eşten gerçekleştirdikleri iktisap, Medeni Kanun’un 1023. maddesine göre korunmalıdır. Çünkü, Medeni Kanun’un 1023. maddesi, kanaatimce, tapu sicilinde malik olarak görünen kişinin tasarruf yetkisinin varlığına duyulan güveni de korumaktadır.”⁵⁹.

56 DOĞAN, age., s. 195.

57 BARLAS, Eşler Arası Hukuki İşlem Özgürlüğü ve Sınırları, s. 137.

58 KILIÇOĞLU, Hukuksal İşlemler, s. 34.

59 AYAN, age., s. 268, 269.

ERTAŞ'a göre, "Hâkimin bu kararı tapuya şerh edilmemiş ise TMK. 1010. m./2. f. ve 1023. m. uyarınca bu durumu bilmeyen ve bilecek durumda olmayan kişilerin eşin rızası alınmadan yapılmış tescil işlemlerinden kazanmış oldukları haklar korunacaktır. Karar şerh edilmiş ise üçüncü kişilerin artık bunu bilmediklerini ileri sürmesi mümkün değildir. (TMK. 1020)"⁶⁰.

REİSOĞLU da hâkimin MK. m. 199'a göre, aldığı kararlardan haberdar olmayan üçüncü kişilerin iyi niyetlerinin korunacağını belirtmiştir⁶¹.

İsviçre hukukunda bu konuda genel eğilim, eşle işlem yapan üçüncü kişinin iyi niyetinin korunacağı yönündedir. Dolayısıyla tasarruf yetkisi kısıtlanmış eş ile hukuki işlem yapan üçüncü kişi, tapu sicilindeki kayıtlar belirleyici olduğundan, sicildeki kayda güvenebilecektir. Eğer tapu sicilinde şerh (beyan) henüz yapılmamış ise tasarruf yetkisi sınırlaması iyi niyetli üçüncü kişiler bakımından etkisiz olacaktır. Bunun sonucu olarak da iyi niyetli üçüncü kişi taşınmaz üzerindeki mülkiyet ya da sınırlı ayni hakkı kazanacaktır⁶².

Tasarruf yetkisinin sınırlanması halinde mal varlığı olarak bir taşınmaz var ise bu taşınmazın tapu siciline yapılacak şerh, tapu sicil sayfasını kilitleyecektir⁶³.

Hâkimin şerhe karar vermesi ile şerhin yapılması arasında geçen süre zarfında üçüncü kişiler iyi niyetli de olsalar MK. m. 1023'e göre taşınmaz üzerinde hak kazanmaları mümkün değildir. Her şeyden önce hâkimin tasarruf yetkisini sınırlama kararı kapsamındaki mal varlığı değerleri içerisinde taşınmazın bulunması halinde MK. m. 199/f. III gereğince yapılacak olan şerh kurucu nitelikte değil, açıklayıcı niteliktedir. Zira şerhten önce hâkimin kararı ile birlikte eşin tasarruf yetkisi kısıtlanmış olmaktadır. Dolayısıyla artık sınırlama kararıyla birlikte tasarruf yetkisi kısıtlanan eşin o taşınmaz

⁶⁰ ERTAŞ, age., s. 205.

⁶¹ REİSOĞLU, S., "Yeni Medeni Kanun'un Bankaları İlgilendiren Başlıca Farklı Düzenlemeleri", (Türkiye Bankalar Birliği tarafından 14.02.2002 tarihinde İstanbul'da düzenlenen "Medeni Kanun'da Bankalar İle İlgili Düzenlemeler" konulu konferansta Prof. Dr. Seza Reisoğlu tarafından yapılan sunuma ilişkin metin) Bankacılar Dergisi, S. 40, Y. 2002, s. 70.

⁶² BRÄM/HASENBÖHLER, Art. 178, N. 36; HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 178, N. 13.

⁶³ GÜMÜŞ, Yeni Şerhler, s. 79 vd.; DOĞAN, age., s. 196.

üzerinde geçerli bir işlem yapma imkânı, ancak diğer eşin rızasıyla mümkün hale gelecektir. Bu bakımdan aslında sicilde tasarruf yetkisi kısıtlanan eş malik olarak görünse bile, onun artık geçerli bir satış işlemini yapabilmesi ancak diğer eşin rızasına bağlı olmaktadır⁶⁴. Bir başka deyişle, tasarruf yetkisi sınırlanan eş hâkimin kararı ile birlikte o taşınmaz üzerinde aynı hakkın devrine ilişkin hukuki işlem yapma imkânından yoksundur. Üçüncü kişi eşin tasarruf yetkisinin yokluğunu bilmeseydi, yani iyi niyetli olsa bile, tapu sicilindeki kayda dayanarak adına yapılacak tescille aynı hakkı, örneğin mülkiyet hakkını, kazanamayacaktır. Kanaatimizce, burada iyi niyetli olan üçüncü kişinin tapu sicilindeki kayda dayanarak hak kazanması yolsuz tescile dayanan bir durum değildir. Teknik anlamda tasarruf yetkisi sınırlanan eş adına tescil yolsuz bir tescil olmayıp, geçerli bir tescildir. Ancak, sadece adına tescil olan eşin o taşınmaz üzerinde tasarruf işlemi yapabilmesi diğer eşin rızasına bağlı kılınmıştır. Bu bakımdan iyi niyetli üçüncü kişinin söz konusu taşınmaz üzerinde hak kazanmaması, hukuki sebebin geçersizliğinden, daha doğru bir ifadeyle tasarruf yetkisinin olmamasından kaynaklanmaktadır⁶⁵. Ancak iyi niyetli üçüncü kişi geçersiz de olsa kendi adına yapılan bu tescile dayanarak taşınmazı bir başka iyi niyetli kimseye temlik ederse, artık bu kişi MK. m. 1023 gereğince aynı hakkı kazanacaktır. Bir başka ifadeyle, tasarruf yetkisi sınırlanan eşle işlem yapan ve tapu sicilinde hak sahibi olarak görünen üçüncü kişi ile işlem yapan kişilerin iyi niyetli olmaları halinde kazanımları korunacaktır.

3. Şerhin Terkini

Medeni Kanun m. 199'da öngörülen tasarruf yetkisi sınırlandırılması ve buna bağlı olarak alınan önlemler, evlilik birliğini korumaya yönelik olan ve özünde kalıcı nitelikte olmayan tedbirler olduğundan, şartlar değiştiği takdirde eşlerden birisinin talebi üzerine hâkim, MK. m. 199 gereğince daha önce almış olduğu önlemleri değiştireceği gibi, tamamen de kaldırabilecektir. Gerçekten MK. m. 200'e göre, "Koşullar değiştiğinde hakim, eşlerden birinin istemi üzerine kararında gerekli değişikliği yapar veya sebebi sona ermişse, alınan önlemi kaldırır".

⁶⁴ DOĞAN, age., s. 194.

⁶⁵ Bu konuda bkz. ve karşı., OĞUZMAN, M.K./SELİÇİ, Ö./OKTAY-ÖZDEMİR, S., Eşya Hukuku, Gözden Geçirilmiş 11. Baskı, İstanbul 2006, s. 203.

Söz konusu hüküm gereğince, eğer tasarruf sınırlandırılmasına konu olan mal varlığı değerleri içerisinde bir taşınmazla ilgili olarak tapu kütüğüne şerh verilmişse, şartların değişmesi halinde ve eşlerden birisinin talebi üzerine hâkim, tasarruf yetkisi sınırlamasının kaldırılmasına karar verirse aynı zamanda şerhin terkin edilmesini de tapu sicil müdürlüğüne bildirmek durumundadır⁶⁶.

Hâkimin tasarruf yetkisi sınırlandırılmasını kaldırma kararı ile birlikte şerh hukuken değerini kaybetse bile, hâkim tarafından şerhin terkinini tapu sicil müdürlüğüne bildirilmelidir. Nasıl ki, tasarruf yetkisi sınırlandırılması hâkim kararı olmaksızın ortadan kalkamayacağı gibi, taşınmazın tapu kütüğüne yapılan şerh de hâkimin bildirimini olmadan terkin edilemeyecektir. Dolayısıyla, eşlerden birisinin talebi üzerine şerhin terkin edilmesi mümkün değildir⁶⁷.

Daha önce de değindiğimiz üzere⁶⁸, MK. m. 199'a göre hakimin eşlerden birisinin tasarruf yetkisinin sınırlandırılmasına karar verebilmesi için diğer eşin bu yönde bir talebinin olması gerekir. Ancak her nasılsa evlilik birliğini koruma önlemleri kapsamında hâkim eşin talebi olmaksızın böyle bir karar vermişse ve sınırlama konusu malvarlığı değerleri içerisinde bulunan taşınmaz ile ilgili olarak da tapu kütüğüne şerh verilmişse, şerhin hukuki durumu tartışmalıdır.

GÜMÜŞ'e göre, "Evlilik birliğini korumayla yetkili mahkeme, koruma isteyen eşin TMK m. 199'a dayalı özel talebi olmaksızın bir tasarruf yetkisi sınırlaması kararı verip tapu kütüğüne şerhi sağlamışsa, şerh hukuken hiçbir değer taşımayacağından taşınmaz maliki eş, terkinini TMK m. 1026'ya göre talep edebilir."⁶⁹.

Buna karşılık DOĞAN ise mahkeme kararının yok sayılması anlamına gelen bu görüşün kabul edilemeyeceğini belirtmektedir. Yazara göre, "Bu mahkeme kararı ya temyiz yolu ile bozulur ya da sonradan bu önlemin kaldırılmasına ilişkin yeni bir kararla şerh dayanaktan yoksun kılınabilir. Bunun dışında, mevcut bir karara rağmen şerhin bir değer taşımadığından söz edi-

⁶⁶ GÜMÜŞ, Yeni Şerhler, s. 91; DOĞAN, age., s. 224.

⁶⁷ GÜMÜŞ, Yeni Şerhler, s. 91; DOĞAN, age., s. 225.

⁶⁸ Bu konuda bkz., III, C, 1.

⁶⁹ GÜMÜŞ, Yeni Şerhler, s. 92.

lemez”⁷⁰. Yazar ayrıca, talep olmaksızın verilen tasarruf yetkisi kısıtlaması kararı ve buna bağlı olarak yapılan şerhin, ne bir aynı hakka ne de bir aynı hakkın sona ermesine ilişkin olduğu için şerhin terkinde MK. m. 1026’nın uygulanamayacağını belirtmektedir⁷¹.

Eşlerden birisinin talebi olmaksızın, evlilik birliğini korumaya yönelik olarak, hâkimin böyle bir karar vermesi halinde öncelikle bu durum MK. m. 199’a aykırılık teşkil edecektir. Zira söz konusu hükümde öngörülen koruma önlemi ancak eşlerden birisinin talebi üzerine uygulanabilecektir. Dolayısıyla eşlerden birisinin talebi olmaksızın hâkim, diğer eşin belirli mal varlığı değerleri üzerinde tasarruf yetkisini sınırlandıramayacaktır. Durum böyle olmakla birlikte, evlilik birliğini korumaya yönelik olarak eşin talebi olmaksızın hâkimin diğer eşin tasarruf yetkisini sınırlandırması ve buna bağlı olarak sınırlamaya konu olan mal varlığı değerleri içerisinde bulunan taşınmazlarla ilgili olarak tapu siciline şerh verdirmesi durumunda, verilen kararı ve şerhi yok saymak mümkün değildir. Burada yapılması gereken şey, tasarruf yetkisi sınırlandırılan eşin bu kararı ve dolayısıyla şerhi ortadan kaldırmak için yargı yoluna başvurusu olacaktır.

V. EŞİN TASARRUF YETKİSİNİN SINIRLANDIRILMASININ HUKUKİ SONUÇLARI

Medeni Kanun m. 199 gereğince, hâkim kararı ile belirli malvarlığı değerleri üzerinde tasarrufta bulunma yetkisi sınırlandırılan eş, bu karardan sonra belirtilen mal varlığı değerleri üzerinde ancak diğer eşin rızasıyla tasarruf işlemleri yapabilecektir⁷². Zira tasarruf sınırlandırılmasına ilişkin kararın içeriğini, hâkim tarafından somut olarak belirlenen mal varlığı değerleri üzerinde diğer eşin rızasıyla tasarruf işlemi yapılabilmesi oluşturmaktadır⁷³. Bu bakımdan, örneğin, eşin sahip olduğu bir banka hesabı üzerinde tasarrufta bulunması diğer eşin rızası olmaksızın gerçekleşmeyecek, böyle bir işlem diğer eşin rızası olduğu takdirde mümkün hale gelebilecektir.

Eşin rızası izin ya da onay şeklinde gerçekleşebilir. Normal şartlar altında, rızanın izin şeklinde yani, tasarruf yetkisi sınırlandırılan eşin bir üçüncü

⁷⁰ DOĞAN, age., s. 225.

⁷¹ DOĞAN, age., s. 225.

⁷² GÜMÜŞ, Yeni Şerhler, s. 73; AYAN, s. 266.

⁷³ BRÄM/HASENBÖHLER, Art. 178, N. 17.

kişi ile hâkimin kararda belirlediği mal varlığı değerleri ile ilgili tasarruf işlemi yapmasından önce verilmiş olması gerekir.

Bunun dışında rıza onay şeklinde gerçekleşebilir. Eşin sınırlama konusu olan mal varlığı değerleri üzerinde tasarruf işlemi yapmasından sonra diğer eş bu işleme onay verebilir. Eş işleme onay verinceye kadar yapılan hukuki işlem, eksik bir işlemdir ve burada askıda hükümsüzlük söz konusu olur. Onay beyanının tasarruf yetkisi sınırlanmış olan eşle hukuki işlemi yapan üçüncü kişiye yöneltilmiş olması gerekir. Söz konusu işleme onay verildiği takdirde, eşin bundan dönmesi artık mümkün değildir; işlem tamamlanmış olur ve onay, geçmişe etkili olarak sonuçlarını meydana getirir. Onayın verilmesi ile birlikte askı durumu kesin olarak sona ereceğinden, tasarruf yetkisi sınırlanan eşin yapmış olduğu hukuki işlem, tasarruf yetkisi tammiş gibi sonuç doğurur. Dolayısıyla eşin işleme onay vermesi ile birlikte, yapılan tasarruf işlemi baştan itibaren geçerli hale gelerek hüküm ve sonuçlarını doğuracaktır⁷⁴.

Rıza beyanında bulunacak eş eğer işleme onay verecekse, hukuki işlemin güvenliği nedeniyle mümkün olan en kısa sürede bunu yapmalıdır⁷⁵. Tasarruf yetkisi sınırlandırılan eş ile işlem yapan üçüncü kişi tarafından, işleme onay verecek eşe bu onayı vermesi için uygun bir süre tanınabilir. Hukuki işlemin diğer tarafı olan üçüncü kişiyi tanıdığı süre içerisinde işleme onay verilmezse, askıda hükümsüz olan işlem baştan itibaren hükümsüz hale gelir⁷⁶.

Eşin rızasının açıklanma şekline ilişkin olarak, MK. m. 199 herhangi bir hüküm içermemektedir. Eş, hukuki işleme bizzat katılarak rızasını beyan edebileceği gibi, işlem yapılmadan önce izin, işlem yapıldıktan sonra onay şeklinde olmak üzere rızasını beyan edebilir. Bu bakımdan kural olarak, rıza beyanı yazılı, sözlü ya da kanaat verici bir davranışla açıklanabilir. Ancak daha sonra ispat konusunda herhangi bir uyuşmazlığın önüne geçmek için rıza beyanının yazılı olarak verilmesi yerinde olur. Eğer ortada yazılı bir rıza beyanı yoksa ve hukuki işlem de yapılmışsa, rızanın olmadığını ispat etmek beyanda bulunacak olan eşe düşer. Ayrıca rıza beyanının hüküm ifade ede-

⁷⁴ BRÄM/HASENBÖHLER, Art. 178, N. 17; KILIÇOĞLU, Hukuksal İşlemler, s. 34; GÜMÜŞ, Yeni Şerhler, s. 74; DOĞAN, age., s. 104.

⁷⁵ BRÄM/HASENBÖHLER, Art. 178, N. 17; KILIÇOĞLU, Hukuksal İşlemler, s. 34.

⁷⁶ GÜMÜŞ, Yeni Şerhler, s. 74.

bilmesi için tasarruf yetkisi sınırlanan eş ile hukuki işlem yapan üçüncü kişiye yöneltilmiş olması gerekir⁷⁷.

Tasarruf sınırlamasının konusunu oluşturan mal varlığı değerleri içerisinde bir taşınmaz da varsa ve eş tarafından beyan edilecek rıza bu taşınmazla ilgili yapılacak bir tasarruf işlemine ilişkin olacaksa, TST. m. 11 gereğince beyan edilecek rızanın yazılı olması gerekir.

Tasarruf yetkisi sınırlanan eşin, üçüncü kişiyle yapmış olduğu hukuki işlem için diğer eşin rızasını alamadığı durumlarda hâkimin müdahalesini talep etmesi hususunda MK. m. 199'da bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak MK. m. 194'te yer alan "Rızayı sağlayamayan veya haklı bir sebep olmadan kendisine rıza verilmeyen eş, hakimin müdahalesini isteyebilir." şeklindeki hükmün kıyasen MK. m. 199'un kapsamına giren hallerde de uygulanması kabul edilmektedir⁷⁸. Kanaatimizce de tasarruf yetkisi sınırlanan eşin üçüncü kişi ile yapmış olduğu hukuki işleme rıza göstermeyen eşe karşı hâkimin müdahalesini istemesi mümkün olmalıdır. Zira rıza beyanında bulunacak olan eş, tasarruf yetkisinin kısıtlanmasını talep eden eş olduğu için, insan doğası gereği, pek çok durumda rıza göstermekten kaçınacaktır. Ancak bu rıza göstermemenin her zaman için haklı nedenlere dayandığını söylemek mümkün olamayacağı ve eşle hukuki işlem yapan karşı tarafın da haklarının korunması açısından, bu gibi durumlarda hâkimin müdahalesini kabul etmek hakkaniyete de uygun düşer.

VI. SONUÇ

Medeni Kanun'un 199. maddesindeki düzenleme, evlilik birliğini korumak amacıyla, eşlerden birisinin bazı mal varlığı değerleri üzerinde tasarruf yetkisinin sınırlandırılmasını, diğer eşin talebi ve hâkimin kararı ile mümkün hale getirmiştir. Doktrin tarafından da genel olarak benimsenen kabule göre, eşin tasarruf yetkisinin sınırlandırılması bir fiil ehliyeti sınırlaması olmayıp, hâkim tarafından belirlenen mal varlığı değerleri üzerindeki tasarruf işlemlerinin diğer eşin rızasına bağlı olarak yapılabildiği bir tasarruf yetkisi kısıtlamasıdır.

⁷⁷ GÜMÜŞ, Yeni Şerhler, s. 73.

⁷⁸ BRÂM/HASENBÖHLER, Art. 178, N. 18; KILIÇOĞLU, Hukuksal İşlemler, s. 34; GÜMÜŞ, Yeni Şerhler, s. 75.

Hâkimin MK. m. 199’u uygulayabilmesi için öncelikle eşlerden birisi tarafından kendisine bu yönde bir talepte bulunulmuş olması gerekir. İkinci olarak söz konusu hükümde de açıkça belirtildiği üzere, “Ailenin ekonomik varlığının korunması veya evlilik birliğinden doğan mali bir yükümlülüğün yerine getirilmesi”ni sağlamak gerekli olmalıdır. Hâkim kararında, belirli ve somut mal varlığı değerleri üzerinde tasarruf yetkisi sınırlandırılan eşin bu işlemleri ancak diğer eşin rızasıyla yapacağına hükmedecektir. Burada kural olarak, belirli mal varlığı değerleri ile ilgili olarak tasarruf işlemlerinin yapılması diğer eşin rızasına bağlı kılınmaktadır. Ancak, konunun önemi ve henüz yasalaşmayan Borçlar Kanunu Tasarısının 584. maddesini de dikkate alarak, hâkimin istisnai olarak tasarruf yetkisi sınırlandırılan eşin, kefalet ve garanti gibi sözleşmeleri yapmasına da kısıtlama getirmesinin yerinde olacağı kanaatindeyiz.

Eşin tasarruf yetkisinin sınırlandırılmasının etkili olabilmesi için buna ilişkin tedbirlerin de alınmış olması gerekir. Bu tedbirler özellikle eşle işlem yapacak olan üçüncü kişilerin iyi niyetlerini ortadan kaldırmaya yönelik olmalıdır. Hâkimin alacağı tedbirleri genel (MK. m. 199/f. II) ve özel tedbir (MK. m. 199/f. III) olarak iki kısma ayırmak mümkündür. Özel tedbirler, tasarruf sınırlandırılmasına konu olan mal varlığı değerleri içerisinde bir taşınmazın olmadığı durumlarda ve somut olaya göre hâkimin belirleyeceği önlemlerden oluşur. Genel tedbir ise taşınmaz mallara özgü bir önlemdir ve bu durumda hâkimin sınırlama kararı ile birlikte durumun tapu siciline şerh edilmesine de karar verme zorunluluğu bulunmaktadır. Hâkimin şerh karar vermesi ile şerhin yapılması arasında geçen süre zarfında üçüncü kişilerin iyi niyetli de olsalar, MK. m. 1023’e göre taşınmaz üzerinde hak kazanmaları mümkün değildir. Zira MK. m. 199/f. III gereğince yapılacak olan şerh kurucu nitelikte değil, açıklayıcı niteliktedir ve şerhten önce hâkimin kararıyla birlikte eşin tasarruf yetkisi kısıtlanmış olmaktadır. Dolayısıyla artık sınırlama kararı sonucunda tasarruf yetkisi kısıtlanan eşin o taşınmaz üzerinde geçerli bir işlem yapma imkânı, sicilde malik olarak görünse bile, ancak diğer eşin rızasıyla mümkün hale gelecektir.

REKABET YASAĞI SÖZLEŞMESİNDE CEZAI ŞART (KARAR İNCELEMESİ)

*Yrd. Doç. Dr. Veli KARAGÖZ**

T.C. YARGITAY

HUKUK GENEL KURULU¹

E. 2008/9-517

K. 2008/566

T. 22.9.2008

- **REKABET YASAĞI SÖZLEŞMESİ (Cezai Şartın Ödetilmesi İstemi - İşçi Sayılan Kişinin Rekabet Yasağı Sözleşmesinin İhlali Nedeniyle Açılan Cezai Şartın Tahsiline İlişkin Davalarda İş Mahkemelerinin Görevli Olduğu)**
- **CEZAI ŞART (İşçi Sayılan Kişinin Rekabet Yasağı Sözleşmesinin İhlali Nedeniyle Açılan Cezai Şartın Tahsiline İlişkin Davalarda İş Mahkemelerinin Görevli Olduğu)**
- **GÖREVLİ MAHKEME (İşçi Sayılan Kişinin Rekabet Yasağı Sözleşmesinin İhlali Nedeniyle Açılan Cezai Şartın Tahsiline İlişkin Davalarda İş Mahkemelerinin Görevli Olduğu)**
- **ZARAR MİKTARI (Rekabet Etmeme Sözleşmesinde Yer Alan Cezai Şartın İstenebilmesi İçin İşverenin Uğramış Olduğu Zarar Miktarı Cezai Şartın İndirilmesinde Dikkate Alınması Gerektiği)**
- **TİCARİ SIRRA VAKIF OLMA (Davacı Bankada Müfettiş Yardımcısı Olarak Görev Yapan Davalının Ne Tür Bir Ticari Sırра Vakıf Olduğu ve Bu Bilgilerin Kullanılmasının İşverene Önemli Bir Zarar Verip Vermediği Hususunun Açıklığa Kavuşturulması Gerektiği)**

5521/m.16762/m.4 818/m.161, 348

* Erzincañ Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı.

¹ Karar Kazancı İçtihat Bilgi Bankasından alınmıştır.

ÖZET: Dava, rekabet yasağı sözleşmesinden kaynaklanan cezai şartın ödetilmesi istemine ilişkindir. Borçlar kanununun 348 ve devamı maddelerine dayalı olarak İş Kanunu kapsamında işçi sayılan kişinin, rekabet yasağı sözleşmesinin ihlali nedeniyle açılan cezai şartın tahsiline ilişkin davalarda iş mahkemelerinin görevli olduğu kabul edilmelidir.

Rekabet etmeme sözleşmesinde yer alan cezai şartın istenebilmesi için, işverenin uğramış olduğu zarar miktarı, cezai şartın indirilmesinde dikkate alınmalıdır.

Somut olayda, davacı bankada müfettiş yardımcısı olarak görev yapan davalının, ne tür bir ticari sırta vakıf olduğu ve bu bilgilerin kullanılmasının işverene önemli bir zarar verip vermediği hususunun açıklığa kavuşturulması için araştırma yapılması gereklidir.

DAVA: Taraflar arasındaki "rekabet yasağı sözleşmesine dayalı cezai şart" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; İstanbul 4. İş Mahkemesince davanın reddine dair verilen 21.09.2006 gün ve 2006/394-734 sayılı kararın incelenmesi davacı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 06.06.2007 gün ve 2006/31990-2007/18182 sayılı ilamı ile;

(... Davacı banka tarafından davalı işçi hakkında açılan bu davada, taraflar arasında imzalanmış olan rekabet yasağı sözleşmesinden kaynaklanan cezai şartın ödetilmesi talep olunmuştur.

Mahkemece isteğin kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Davalı işçi ile iş ilişkisinin kurulduğu 17.3.2003 tarihinde taraflar arasında düzenlenen rekabet yasağı sözleşmesinde, işçinin müfettiş yardımcısı olarak görev yaptığı belirtilmiş ve davacı işçinin teknik, ticari ve personele ilişkin iş sırlarına ve müşteri çevresine nüfuz eden konumu sebebiyle asgari 4 yıl süreyle çalışması şartı öngörülmüştür, işçinin 4 yıllık süre dolmadan ayrılması halinde diğer bankalar ile finans sektöründe faaliyet gösteren mali kuruluşlarda çalışmayacağı taahhüt edilmiş, bu süre 2 yıl ile sınırlandırılmış ve Marmara, Ege ve İç Anadolu Bölgesi kapsamına giren illerde geçerli olduğu hükme bağlanmıştır.

Borçlar Kanununun 348. maddesinin 2.fıkrasında, "Rekabet memnuniyetine dair olan şart, ancak işçinin müşterileri tanınmasından ve esrara müfuzundan istifade ederek iş sahibine hissölunacak derecede bir zarar husulüne sebebiyet verebilecek ise, caizdir" şeklinde kurala yer verilmiştir. Somut olayda işyerinde müfettiş yardımcısı olarak çalışan davalının müşterileri tanıma, işin sırrına vakıf olma ve en niyayet işverenin hissölunabilecek bir zararına neden olabilmesi yönlerinden gerekli inceleme

yapılmamıştır. Konunun uzmanı olan bir bankacı bilirkişiden rapor alınmalı ve davalı işçinin davacı bankadaki çalışma sistemi belirlenerek Borçlar Kanununun 348/2.fıkrası hükmü doğrultusunda cezai şartın geçerli olup olmayacağı mahkemece bir değerlendirmeye tabi tutulmalıdır. Eksik incelemeyle karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir...),

Gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekte,yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

KARAR: Dava, rekabet yasağı sözleşmesinden kaynaklanan cezai şartın ödetilmesi istemine ilişkindir.

Yerel Mahkemece davanın reddine dair verilen karar davacı vekilinin temyizi üzerine Özel Dairece, metni yukarıya aynen alınan ilamla mahkemece yapılan araştırmanın eksik olduğu gerekçesiyle oyçokluğu ile bozulmuş, karşı oylarda araştırmanın yeterli olduğu ve davanın esastan reddi gerektiği bildirilmiştir. Mahkemece önceki kararda direnilerek davanın reddine karar verilmiş, hükmü davacı vekili temyize getirmiştir.

Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; davalının müfettiş yardımcılığı görevinin müşterileri tanımasını sağlayacak ve işin esrarına nüfuz ederek iş sahibinde bir zarar meydana getirecek nitelikte olup olmadığı, cezai şart içeren rekabet yasağı sözleşmesinin; zaman, mahal ve nev'i noktasından sınırlandırma içerip içermediği yönünde mahkemece yapılan araştırmanın yeterli olup olmadığı, bilirkişi incelemesi gerekip gerekmediği noktalarında toplanmaktadır.

Hukuk Genel Kurulundaki görüşme sırasında, işin esasına geçilmeden önce, davanın yasal dayanağını oluşturan Borçlar Kanununun 348. ve devamı maddelerinden kaynaklanan davaların, Türk Ticaret Kanununun 4. maddesinde sayılan mutlak ticari dava olmaları ve aynı Kanunun 5. maddesi uyarınca eldeki davaya bakma görevinin ticaret mahkemesine ait olup olmadığı hususu ön sorun olarak tartışılmıştır.

Ön sorunun değerlendirilmesi :

Dava, Borçlar Kanunu 348 ve devamı maddelerinde düzenlenen rekabet yasağı sözleşmesine aykırı davranış iddiasına dayalı, sözleşmede kararlaştırılan cezai şartın tahsili istemine ilişkindir.

Borçlar Kanununun Hizmet Akdi'ni açıklayan 10. Bab'ının içinde, Rekabet Memnuiyeti başlığı altında 348 ve devamı maddeleri bu yükümlülüğe ilişkin düzenlemeler içermektedir.

Türk Ticaret Kanunu'nun 4. maddesinde; "... Tarafların tacir olup olmadıklarına bakılmaksızın: ... 3. Borçlar Kanununun, ... rekabet memnuiyetine dair 348 ve 352, ... maddelerinde; ... tanzim olunan hususlardan doğan hukuk davaları ticari dava sayılır." hükmü bulunmaktadır. Aynı Kanunun 5. maddesi uyarınca, ticari davalara bakma görevi ticaret mahkemelerine aittir.

Öte yandan; 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu 1. maddesi uyarınca; İş Kanununa göre işçi sayılan kişilerle işverenler arasında iş akdinden yada İş Kanununa dayanan her türlü hak iddialarından doğan hukuk davalarına iş mahkemelerinde bakılır.

Anılan Kanun hükümleri gözetildiğinde Borçlar Kanununun 348 ve devamı maddelerinden kaynaklanan davalarda görevli mahkemenin belirlenmesi zorunluluğu ortaya çıkmaktadır.

Türk hukukunda iş ve çalışma hayatı ilk olarak 1924 yılında yürürlüğe giren ve hafta tatiline ilişkin Kanun ile düzenlenmiş, bu Kanun sonrasında ise 1926 yılında yürürlüğe giren 818 sayılı Borçlar Kanunu ile ayrıntılı düzenleme getirilmiştir. Çalışma hayatında meydana gelen değişiklikler ve işçilerin özel ihtiyaçları nedeniyle, Anayasa'nın sosyal devlet ilkesinin bir gereği olarak, kanun koyucunun gittikçe artan oranda bu alana düzenleyici olarak müdahalesi gereğinin doğması ile birlikte 1967 yılında 931 sayılı İş Kanunu yürürlüğe girmiş, bu Kanunun Anayasa Mahkemesince iptali üzerine çıkarılan 1475 sayılı Kanun 1971 yılında ve son olarak 4857 sayılı İş Kanunu ise 2003 yılında yürürlüğe girmiştir. Özel nitelikteki bu Kanunların hiçbiri Borçlar Kanununun iş ve çalışma hayatına ilişkin hükümlerini yürürlükten kaldırmamış, aksine İş Kanunu hükümlerine aykırı olmamak üzere iş akdinden kaynaklanan uyuşmazlıklara ve İş Kanunları kapsamı dışında kalan hizmet akitlerine uygulanacağı hususu kanun koyucu tarafından açıkça vurgulanmıştır.

İş akdinin kurulması ile doğan sadakat borcu, işçi tarafından işverenin çıkarlarını koruma ve gözetme borcudur. Rekabet etmeme borcu ise, iş akdinin sonuçlarından olan; işçinin, işverene sadakat borcunun olumsuz yönünü ifade eder.

İş akdinin devamı süresince işçinin işverenle rekabet etmemesi sadakat borcu içinde yer alan bir yükümlülüktür. Buna karşılık, taraflar iş ilişkisi devam ederken sözleşmenin bitiminden sonra işçinin rekabet etmeyeceğine ilişkin bir hükmün iş akdine konulmasını veya bu konuda ayrı bir sözleşme (rekabet yasağı sözleşmesi) yapılmasını kararlaştırabilirler. İş akdi sona erdikten sonra işçinin işverenle rekabet etmeme borcu ancak böyle bir yükümlülük sözleşme ile kararlaştırıldığı takdirde söz konusu olmaktadır. (

Prof. Dr. S. Süzek, İş Hukuku, Beta Yayınları, 2005, S:277). Hizmet sözleşmesinde işçi, diğer tarafa (iş sahibine) nazaran zayıf durumda bulunduğu için, kanun, iş sahibinin haksız menfaatler sağlayarak işçiyi ezmesini önlemek amacıyla hizmet sözleşmesine eklenecek rekabet yasağı hakkındaki hükümleri özel bir şekilde düzenleme gereğini duymuştur. Borçlar Kanunu 348-352 düzenlemesinin getirdiği hükümler, sadece hizmet sözleşmesi zımında yapılan rekabet yapmama sözleşmelerine uygulanabilirler. (Prof. Dr. C. Yavuz, Borçlar Hukuku Dersleri-Özel Hükümler, Beta Yayınları, 2006, S:276). İşçiyi korumaya yönelik olan bu maddede yazılı olan sınırlamalar, bu durumda öteki sözleşmelere uygulanamazlar. (Ord. Prof. Dr. H. V. Velidedeoğlu, Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Yargıtay Yayınları, 1987, S:561). Her hizmet sözleşmesinin mutlaka bir ticari işletmeyi ilgilendireceğini kabul etmek mümkün değildir. Dolayısıyla esnaf düzeyindeki kişinin yaptığı hizmet sözleşmesinde yer alan rekabet yasağının ihlalinden doğan davanın da bu hüküm gereğince mutlak ticari dava sayılması anlamsızdır. Bu tür bir sözleşmeden doğan uyuşmazlık “öz ticaret hayatına” ilişkin olmadığı gibi çözümü de ayrı bir uzmanlığı gerektirmez (S. Arkan, Ticari İşletme Hukuku, 9. Baskı, Banka Ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2005, S:94-95).

Borçlar Kanununun 348. maddesinde düzenlenen rekabet yasağı asli yükümlülük doğuran bir sözleşme değildir, iş akdine bağlı olarak fer’i nitelikte bir yükümlülük doğurmaktadır. İş ilişkilerinden doğan rekabet yasağının düzenlenmesinin dayanağı iş ilişkisidir.

Devletin, iş ilişkilerini düzenlerken nasıl işçiyi koruma amacıyla özel mahiyette maddi hukuk kuralları vasetmesi gerekiyorsa, bir hukuk uyuşmazlığı olarak iş uyuşmazlıklarının çözümünü de genel yargıdan ayırmış, İş Hukukuna has yani bu hukukun amacına hizmet edecek şekilde kolay, hızlı ve ekonomik usul kurallarıyla yargılayan uzman özel (spesifik) bir yargıya bırakması gerekmektedir. İşte bu gerek, çoğu ülkede olduğu gibi Türkiye’de de iş davalarının, bu alanda uzman, özel mahkemelerde; iş mahkemelerinde ve genel yargılama usullerinden farklı bir usule göre görülmesini, yani bir iş yargısının varlığını, zorunluluğunu ifade eder (Prof. Dr. H. Mollamahmutoğlu, İş Hukuku, Turhan Yayınları, 2004, S:103). Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulu’nun 29.06.1960 gün, 1960/13 ve 1960/15 sayılı kararına göre; “...İş mahkemeleri iş akdinden doğan münasebetlerden çıkan davaların bu konularda özel bilgiye sahip mahkemelerde görülmesi amacıyla...” kurulmuştur, işçi sayılan kimselerle (Kanunla değiştirilen 2. maddesinin C, D ve E fıkralarında istisna edilen işlerde çalışanlar hariç) işveren arasında iş akdinden veya iş kanununa dayanan her türlü hak iddialarından doğan hukuki uyuşmazlıkların bu

mahkemelerde çözümleneceği karara bağlanmıştır. Bu kapsamda çıkarılan ve 1950 yılında yürürlüğe giren 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu uyarınca; bir uyuşmazlığın iş mahkemelerinde görülebilmesi için işçi sayılan kişilerle işveren arasında iş akdinden veya iş kanununa dayanan her türlü hak iddialarından doğan hukuki uyuşmazlığın bulunması gerekir (Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 05.02.2003 gün, 2003/82-65 sayılı kararı).

Bu bağlamda, dava konusu rekabet yasağının dayanağı, işçinin hizmet akdinden kaynaklanan sadakat borcundan kaynaklanmakta olup, hizmet akdinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda görevli mahkeme iş mahkemesidir.

Öte yandan; iş uyuşmazlıkları, özel nitelikte hukuk uyuşmazlıklarıdır. 5521 sayılı Kanunun 1. maddesinde iş mahkemelerinin görev alanına giren hukuk uyuşmazlıkları olarak iş uyuşmazlıkları, “İş kanununa göre işçi sayılan kimselerle ... işveren veya vekilleri arasında iş akdinden veya İş Kanununa dayanan her türlü hak iddialarından doğan hukuk uyuşmazlıkları ... ” olarak belirtilmektedir. Şu halde iş mahkemelerinin görev alanına giren hukuk uyuşmazlıkları olarak iş uyuşmazlıkları, tarafları ve konusu kanunla belirlenmiş; yani belirli nitelikte uyuşmazlıklar olup, görev kuralları kamu düzenine ilişkin olduğunda, içeriği keyfi surette doldurulamayacak uyuşmazlıklardır. Bu nedenle bir hukuk mahkemesi olarak iş mahkemeleri, iş sözleşmesi veya İş Kanunundan doğmuş olsa dahi idari ve cezai uyuşmazlıklara doğal olarak bakamayacağı gibi İş Kanunu kapsamı dışında kalan işçilerle onları çalıştıran işverenler arasındaki uyuşmazlıklara da, iş sözleşmesinden kaynaklanmış olsalar dahi, bakamayacaktır. Bu sonuncu türden uyuşmazlıklar, tarafları işçi ve işveren, kaynağı iş sözleşmesi olduğu halde iş uyuşmazlığı olarak nitelenemez ve bu itibarla da bu uyuşmazlıkları konu edinen davalar iş davası olarak değerlendirilemez; genel olarak hukuk uyuşmazlıkları ve hukuk davaları içinde yer alırlar (Prof. Dr. H. Mollamahmutoğlu, İş Hukuku, Turhan Yayınları, 2004, S:104-105).

5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu 3008 sayılı İş Kanunu yürürlükteyken çıkarılmış olduğundan 1. maddesinde ” (O kanunun değiştirilen ikinci maddesinin Ç, D ve E fıkralarında istisna edilen işlerde çalışanlar hariç) olmak üzere işçi sayılan kimseler işveren veya işveren vekilleri arasında iş akdinden veya İş Kanununa dayanan her türlü hak iddialarından doğan uyuşmazlıkların çözülmesi ile görevli olarak lüzum görülen yerlerde iş mahkemeleri kurulur” hükmü bugün 4857 sayılı İş Kanununa göre tanımlanan ve 4. maddede sayılanlar dışında kalan işçiler olarak anlaşılmalıdır. 5521 sayılı Kanunda yer alan “işçi sayılan” ifadesi İş Kanunu kapsamında bulunan işçi olarak yorumlanmalıdır. Bu durumda, 4857 sayılı İş Kanununun İstisnalar başlıklı 4. maddesinde sayılan kişiler ile

belirtilen işlerde çalışanlar tarafından açılacak davalarda iş mahkemeleri değil, genel mahkemeler görevlidir.

Yukarıdaki açıklamalar uyarınca; Borçlar kanununun 348 ve devamı maddelerine dayalı olarak İş Kanunu kapsamında işçi sayılan kişinin, rekabet yasağı sözleşmesinin ihlali nedeniyle açılan cezai şartın tahsiline ilişkin davalarda iş mahkemelerinin görevli olduğu kabul edilerek ön sorun oyçokluğu ile aşıldıktan sonra işin esasının incelenmesine geçilmiştir.

İşin esasının incelenmesinde;

Yasa koyucu, hizmet sözleşmelerine konulan rekabet yasaklarına cezai şart eklenmesi durumunda, hizmet sözleşmelerinin özelliğini göz önünde bulundurarak, bunlara eklenen cezai şartlar için, Borçlar Kanununun cezai şartı düzenleyen 161 ve devamı maddelerinden ayrı hükümler koymuştur.

Rekabet etmeme sözleşmesi eski işverenin korunmasını amaçladığından işverenin korunmaya değer bir menfaatinin bulunması gerekir. Bu nedenle, rekabet etmeme taahhüdü, ancak işçinin, işverenin müşteri çevresine veya iş ve üretim sırlarına ait bilgileri kullanarak işverene önemli bir zarar verebilme ihtimalinin bulunduğu hallerde geçerlidir. O halde, işçi işverenin müşteri çevresi veya iş ve üretim sırlarına sahip olsa bile bu bilgilerin kullanılması işverene önemli bir zarar verebilecek nitelikte değilse yapılan rekabet yasağı sözleşmesi geçerli sayılamaz (Prof. Dr. S. Süzek, İş Hukuku, Beta-2005).

Cezai şartın istenebilmesi için, işverenin uğramış olduğu zarar miktarı, cezai şartın indirilmesinde dikkate alınmalıdır. (Yard. Doç Dr. V. Karagöz, İş Sözleşmesinde Cezai Şart, Seçkin-2006).

Somut olayda, davacı bankada müfettiş yardımcısı olarak görev yapan davalının, ne tür bir ticari sır vakıf olduğu ve bu bilgilerin kullanılmasının işverene önemli bir zarar verip vermediği hususunun açıklığa kavuşturulması için araştırma yapılması gereklidir.

Yerel Mahkemece bu gerekliliğe işaret eden Özel Daire bozma ilamına uyulması gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Direnme kararı açıklanan bu gerekçeyle bozulmalıdır.

SONUÇ: Davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının yukarıda ve Özel Daire bozma kararında gösterilen nedenlerden dolayı H.U.M.K.nun 429. maddesi gereğince BOZULMASINA, 22.09.2008 gününde oybirliği ile karar verildi.

KARARIN İNCELENMESİ

I- Yargıtay Kararına Genel Bakış ve Olayın Özeti

İnceleme konumuzu oluşturan Hukuk Genel Kurulu kararından anlaşıldığı kadarıyla, davacı banka ile davalı işçi arasında müfettiş yardımcısı olarak çalıştırılmak üzere 4 yıl süreli iş sözleşmesi yapılmıştır. Yapılan sözleşme ile, işçinin 4 yıllık süre dolmadan iş yerinden ayrılması halinde 2 yıl süre ile Marmara, Ege ve İç Anadolu bölgesinde mali konularda faaliyet gösteren banka ve finans kuruluşlarında çalışamayacağı hüküm altına alınmıştır. Ayrıca “rekabet yasağı sözleşmesi” olarak adlandırdığımız anılan sözleşme hükümlerine aykırı davranışların yaptırımını olarak cezai şart öngörülmüştür.

Olaydan anlaşıldığı kadarıyla, işçi tarafından iş sözleşmesi süresinden önce feshedilmiş ve işçi başka bir finans kuruluşu veya bankada çalışmaya başlamıştır. Bunun üzerine işveren tarafından rekabet yasağı sözleşmesinde öngörülen cezai şartın ödenmesi talebiyle İş Mahkemesinde dava açılmıştır. İlk derece mahkemesi olan İstanbul 4. İş Mahkemesi tarafından davanın reddine karar verilmiştir.

Kararın temyizi üzerine Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, rekabet yasağı sözleşmesinin Borçlar Kanunu m.348/2 hükmü kapsamında geçerli olup olmadığı yönünde eksik inceleme yapılmış olmasını gerekçe göstererek ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur. İlk derece mahkemesince direnme kararı verilmesi üzerine dava dosyası Yargıtay Hukuk Genel Kurulunca ele alınmıştır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, ilk derece mahkemesi ile 9. Hukuk Dairesi arasında bu konuda bir görüş ayrılığı olmamasına rağmen uyumsuzluğu öncelikle ön sorun olarak görev açısından ele almış ve rekabet yasağı sözleşmesinden doğan davalarda uyumsuzluğun iş ilişkisinden kaynaklanması nedeniyle, İş Mahkemesinin görevli olduğu sonucuna varmıştır.

Hukuk Genel Kurulu esasa ilişkin değerlendirmesinde ise, davalı işçinin işverene ait ne türlü ticari sırlara vakıf olduğu ve bu bilgilerin kullanılmasının işverenin ne derecede zarara uğramasına sebep olduğu hususlarının açıklığa kavuşturulması gereğine işaret ederek, direnme kararının kaldırılması yönünde karar vermiş, dolayısıyla 9. Hukuk Dairesi ile aynı görüşü paylaşmıştır.

Her üç mahkemenin kararında da, rekabet yasağı sözleşmesinde öngörülen süre üzerinde durulmadığını görüyoruz. Bu nedenle, sözleşmede öngörülen 2 yıllık sürenin örtülü olarak makul bir süre olduğunun kabul edildiği sonucuna varabiliriz.

Kararda, rekabet yasağı sözleşmesine aykırılık halinde öngörülen cezai şart miktarının aşırı olup olmadığı konusu üzerinde de durulması gerektiği örtülü olarak ifade edilmiş ve bu konuda işverenin uğramış olduğu zarar miktarının cezai şartın aşırılığında kriter olarak kullanılabilmesine işaret edilmiştir.

II- Çözümü Gereken Hukuki Problem

İnceleme konumuzu oluşturan Yargıtay Hukuku Genel Kurulu kararına da konu olduğu gibi, iş ilişkisinin devamı süresince işçinin iş organizasyonu, işverenin müşteri çevresi, üretim veya pazarlama teknikleri gibi pek çok konuda bilgi sahibi olma olasılığı bulunmaktadır. İşverenin iş sırlarına sahip olan işçinin, iş sözleşmesinin sona ermesinden sonra bu bilgileri kullanarak eski işvereni zarara uğratma olasılığı genellikle mevcuttur. Bu türlü endişeleri taşıyan işverenler iş sırlarına sahip olan işçisinin işyerinden ayrılmasını istemeyecektir. Bu amaçla uzun süreli iş sözleşmesi yapılabileceği düşünülse dahi, belirli süreli iş sözleşmelerinin ancak objektif koşullara bağlı olarak yapılabileceğine ilişkin İş K. m.11 hükmü bu konuda engel veya zorluk oluşturacaktır². Anılan zorluk ve endişeleri aşmanın en uygun yolu ise, işçi ile rekabet yasağı sözleşmesi yapmaktır³. Ancak, işçinin iş sözleşmesinin zayıf tarafı olması nedeniyle işverence, işçiye çok ağır şartları içeren rekabet yasağı sözleşmesi yaptırılması olasılığı da göz ardı edilmemelidir. İşçinin rekabet yasağına ilişkin şartları kabul etmek istememesi durumunda ise işe alınmamak gibi bir tehlike ile karşılaşacağı kesindir⁴.

² İş K. m.11. “.....Belirli süreli işlerde veya belli bir işin tamamlanması veya belirli bir olgunun ortaya çıkması gibi objektif koşullara bağlı olarak işveren ile işçi arasında yazılı şekilde yapılan iş sözleşmesi belirli süreli iş sözleşmesidir”.

³ Bu konuda bkz. SOYER, Polat, Rekabet Yasağı Sözleşmesi, Ankara 1994, s.4; ENGEL, Oliver, Konventionalstrafen im Arbeitsrecht, Bayreuth 1990, s.32-33; UŞAN, Fatih: İş Hukukunda İş Sırrının Korunması, Ankara 2003, s.47 vd.; KARAGÖZ, Veli., İş Sözleşmesinde Cezai Şart, Ankara 2006, s.239.

⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. SOYER, s.5 vd.

Anlatılan gerekçelerle ve konunun önemi gereği, Borçlar Kanunumuzun 348 ila 352. maddelerinde rekabet yasağı sözleşmesi özel olarak düzenlenmiş bulunmaktadır. Kanun koyucu bu düzenlemelerde, sözleşmenin tarafları arasında denklik bulunmadığı düşüncesinden hareketle, rekabet yasağı sözleşmesinin şartlarını ayrıntılı olarak düzenlemiş bulunmaktadır. Yine kanun koyucu hukukumuz açısından istisna oluşturan yazılı şekli, rekabet yasağı sözleşmesi bakımından şart koşmuştur (BK. m.350). Anılan yazılı şekil şartının, rekabet yasağı sözleşmesinin hükümleri hakkında bilgi sahibi olması açısından işçi lehine olduğu söylenebilir.

Kanunun anılan düzenlemeleri amaca hizmet eder nitelikte olmakla birlikte, çalışma hayatında pek çok farklı olayla karşılaşılması, bu konuda hakime takdir yetkisi tanınmasını da zorunlu kılmaktadır. Uyuşmazlığı çözmekle görevli olan hakim, somut olayda rekabet yasağı sözleşmesinin geçerlilik şartlarını taşıyıp taşımadığını, geçerli ise öngörülen cezai şart miktarının aşırı olup olmadığını kendisi takdir edecektir. Bu durum ise somut olayımızda olduğu gibi, yargı organları arasında farklı kararlar verilmesine neden olabilmektedir. Biz bu çalışmamızda Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararını değerlendirirken aynı zamanda konuya ilişkin bazı objektif kriterleri de ortaya koymaya çalışacağız.

Kararda rekabet yasağı sözleşmesinde öngörülen cezai şartın aşırı olup olmadığı konusu üzerinde de durulması gereğine örtülü olarak işaret edilmiş olması nedeniyle, cezai şartın hangi hallerde aşırı sayılabileceğine ilişkin kriterler üzerinde de kısaca durulacaktır.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararına konu olan somut uyuşmazlığın çözümünde, iş mahkemesinin görevli olduğu belirtilmiş ve görev konusu üzerinde teori ve uygulama açısından ayrıntılı olarak durulmuştur. Bu nedenle rekabet yasağı sözleşmesinden doğan davalarda görevli mahkemeye ilişkin kısa açıklamalarla yetinecek ve asıl olarak rekabet yasağı sözleşmesinin geçerlilik şartları ve cezai şart üzerinde duracağız.

III- Değerlendirme

1- Görev Konusu

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararında görev konusunun ön sorun olarak ele alınmasının temel nedeni, göreve ilişkin olarak TTK.m.4/3

hükmünün mü yoksa, 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu m.1 hükmünün mü uygulanacağı noktasında tereddüt bulunmasıdır.

Konuyla ilgili açıklama yapmadan önce, her iki düzenlemeyi de aynen aktarmakta yarar görüyoruz. İş Mahkemeleri Kanunu m.1 hükmüne göre, “İş Kanununa göre işçi sayılan kimselerle (o kanunun değiştirilen ikinci maddesinin Ç, D ve E fıkralarında istisna edilen işlerde çalışanlar hariç) işveren veya işveren vekilleri arasında iş akdinden veya İş Kanununa dayanan her türlü hak iddialarından doğan hukuk uyuşmazlıklarının çözülmesi ile görevli olarak lüzum görülen yerlerde iş mahkemeleri kurulur”⁵.

Bu konudaki diğer düzenlemenin yer aldığı TTK. m.4 hükmüne göre, “..... tarafların tacir olup olmadıklarına bakılmaksızın Borçlar Kanununun rekabet memnuiyetine dair 348 ve 352. maddelerinde tanzim olunan hususlardan doğan hukuk davaları ticari dava sayılır”.

Konuya ilişkin düzenlemeleri aktardıktan sonra görevle ilgili hususlar üzerinde ana hatlarıyla durmak gerekirse, öncelikle görev kuralları kamu düzenine ilişkindir. Bu nedenle, mahkeme davanın görülmesi sırasında kendisinin görevli olup olmadığını re’sen dikkate alabilir ve görevsizlik kararı verebilir. Görev kurallarının kamu düzeninden olmasının bir başka sonucu ise karar kesinleşinceye kadar yargılamanın her aşamasında da re’sen dikkate alınabilmesidir⁶. Bu nedendir ki, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu uyuşmazlığı, bu noktada bir uyuşmazlık olmamasına rağmen görev yönünden de re’sen ele almış ve tartışmıştır.

Görevli mahkeme belirlenirken öncelikle davanın genel mahkemelerin mi yoksa özel mahkemelerin mi görev alanına girdiği konusu üzerinde durulmalıdır. Özel mahkemelerin görevi genel mahkemelerin görevine

5

İş mahkemelerinin görevi konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. ÇENBERCİ, Mustafa., İş Mahkemeleri Kanunu Şerhi, Ankara-1969, s. 14 vd.; BOZKURT, H. Argun., İş Davaları, Ankara-2001, s. 147 vd.; KURUCU, Oğuz., İçtihatlarla İş Yargısı, Ankara-1994, s.36 vd.; GÜNAY, C. İlhan., İş Mahkemeleri Kanunu Şerhi, Ankara-2000, s. 52 vd.; MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi., İş Hukuku, 2. Baskı, Ankara-2005, s. 105 vd.; KURU, Baki – ARSLAN, Ramazan – YILMAZ, Ejder., Medeni Usul Hukuku, 18. Baskı, Ankara-2007, s. 808-809; SÜZEK, Sarper: İş Hukuku, 2. Bası, İstanbul 2005, s.89 vd.

6

ARSLAN-KURU-YILMAZ, s.121.

nazaran önceliklidir. Bu nedenle ancak özel mahkemelerin görev alanına girmeyen konularda genel mahkemeler yetkilidir⁷.

Olayımız açısından bakıldığında ise, ticaret mahkemeleri ve iş mahkemeleri adli yargı içerisinde yer alan özel mahkemelerdir. Bu nedenle, özel mahkeme genel mahkeme ilişkisi olayımız açısından söz konusu değildir. Tartışma noktası, iki özel mahkemeden hangisinin görevli olduğu konusunda toplanmaktadır. Daha yeni tarihli olması sebebiyle TTK. m.4 hükmünün uygulanması gerektiği teorik olarak söylenebilir ise de, bu tamamen İş Mahkemeleri Kanununun amacının ve 1. maddesi hükmünün tamamen göz ardı edilmesi sonucu doğurur.

Kararda da ifade edildiği üzere TTK. m.4 hükmü, uyuşmazlık konusu hukuki ilişkinin dayanağına bakmaksızın, BK.da düzenlenen rekabet yasağı sözleşmesini ticari iş saymakta ve ticaret mahkemelerinin görev alanına girdiğine ilişkin düzenleme içermektedir. Anılan düzenleme öğretilerde, her hizmet sözleşmesinin mutlaka ticari bir işletmeyi ilgilendirmesinin mümkün olmadığı, iş ilişkisinden kaynaklanan her rekabet yasağına ilişkin davanın ticari dava olarak kabul edilmesinin anlamsız olduğu, bu tür bir uyuşmazlığın “öz ticaret hayatına” ilişkin olmadığı ifadeleriyle eleştirilmiştir⁸.

Ticaret Kanununun anılan hükmü SOYER tarafından da şu gerekçelerle eleştirilmiştir: Bu düzenleme ile rekabet yasağı sözleşmesi ile iş sözleşmesi arasındaki yakın ilişki gözden kaçırılmış ve hükmün isabeti konusunda şüphe doğmasına neden olunmuştur. Borçlar Kanununun rekabet yasağına ilişkin hükümlerinin içeriğine bakıldığında, ticaret mahkemelerinden daha çok iş mahkemelerinin görevli kılınmasını haklı gösterdiği, iş sözleşmesinin devamı sırasında rekabet teşkil eden davranışlardan dolayı ortaya çıkacak uyuşmazlıkların iş mahkemelerinde, rekabet yasağı sözleşmesinden doğan davaların ise ticaret mahkemelerinde görülmesi haklı gerekçeye dayanmayan bir ayırımdır. Gene yazara göre, rekabet yasağı sözleşmelerinden doğan davalarda görevli mahkeme olarak İş mahkemelerinin belirlenmesi, hem

⁷ KURU-ARSLAN-YILMAZ, s. 13-14.

⁸ ARKAN, Sabih. Ticari İşletme Hukuku, 13. Baskı, Ankara 2009, s.98-99; Benzer yönde eleştiriler için bkz. KARAYALÇIN, Yaşar., Ticaret Hukuku, 3. Baskı, Ankara-1968, s. 252.

uyuşmazlığın içeriğine hem de iş mahkemelerinin kurulması gerekçelerine⁹ uygun olacaktır¹⁰.

Görüldüğü üzere, TTK. m.4/3 hükmü, öğreti tarafından da eleştirilmekte ve hükmün isabetsiz olduğu ifade edilmektedir. Sonuç olarak, rekabet yasağı iş ilişkisinden kaynaklanan bir borçtur. Bu nedenle İş Mahkemeleri Kanununun 1. maddesinin açık hükmü karşısında, iş mahkemelerinin rekabet yasağı sözleşmesinden kaynaklanan davalarda görevli olduğu sonucuna varılmalıdır¹¹. Dolayısıyla Hukuk Genel Kurulunun göreve ilişkin ulaştığı sonuç yerindedir.

2- İşçinin Rekabet Etmeme Borcu

a) İş İlişkisinin Devamı Sırasında Rekabet Etmeme Borcu

İşçi ile işveren arasında iş sözleşmesi ile kurulan ilişkiden doğan borçlar sadece iş görme ve karşılığında ücret ödeme borcu değildir. İş sözleşmesinin aynı zamanda taraflar arasında kişisel ilişki kurması bazı ek yükümlülükleri de beraberinde getirmiştir¹². İnceleme konumuz açısından ana hatlarıyla işçinin sadakat borcu üzerinde durmak gerekirse, sadakat borcu kısaca, işçi tarafından işverenin çıkarlarını koruma ve gözetme borcu olarak tanımlanabilir. O halde bu borcun kapsamı, işverenin meşru çıkarlarını korumak için dürüstlük kuralının gereklerine uygun davranmak ve bu çıkarları ihlal edici davranışlardan kaçınmak şeklinde özetlenebilir¹³.

⁹ İş mahkemelerinin kurulmasının gerekçeleri hakkında bkz. ÇENBERCİ, s. 1-2; NARMANLIOĞLU, Ünal., İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri, 3. Baskı, İzmir-1998, s. 56.

¹⁰ SOYER, s.24.

¹¹ Türkiye Büyük Millet Meclisi Adalet Komisyonu tarafından kabul edilen Türk Ticaret Kanunu Tasarısında öğretilerdeki eleştirilere rağmen TTK. m.4/3 hükmü muhafaza edilmiş ve Borçlar Kanununda düzenlenmiş olan rekabet yasağı sözleşmesi yine ticari iş olarak sayılmıştır. Hatta “ila” olması gereken maddeler arasındaki mevcut “ve” bağlacı dahi düzeltilmemiştir.

¹² Ayrıntılı bilgi için bkz. ERTAŞ, Kudret., Türk Hukukunda İşçinin Sadakat Borcu, Ankara 1982, s.20 vd.

¹³ Ayrıntılı bilgi için bkz. ERTAŞ, s. 20 vd; YAVUZ, Cevdet., Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul-2007, s.457.

Rekabet yasağı sözleşmesi hükümlerini iş sözleşmesinin sona ermesinden sonra doğurmakla birlikte, iş ilişkisinin devamı süresince de işçi, işverenle rekabet teşkil edecek davranışlardan kaçınmakla yükümlüdür. Dolayısıyla işçi iş ilişkisinin devamı süresince, aynı türden başka bir işletmede çalışamayacağı gibi, kendi adına da benzer faaliyette bulunamaz¹⁴. Bu türlü rekabet teşkil edecek davranışlar sadakat borcuna aykırılık oluşturur¹⁵ ve işverene İş K. m.25/2e hükmünce haklı nedenle derhal fesih hakkı verir. İşveren, iş sözleşmesini haklı nedenle feshettikten sonra ayrıca, uğramış olduğu zararların tazmini amacıyla genel hükümler çerçevesinde dava açılabilir. Zira İş K. m.26/2 hükmü, haklı nedenle iş sözleşmesini fesheden tarafın, diğer taraftan tazminat hakkının saklı olduğu hükmünü içermektedir.

İşçinin iş sözleşmesinin devamı sırasında işverenle rekabet teşkil edecek davranışlarda bulunmamakla birlikte, işverene ve işyerine ait sırları açıklamak suretiyle de işverenin zarara uğramasına neden olması mümkündür. Bu nedenle işçi, işveren veya işyeri ile ilgili öğrenmiş olduğu sır teşkil eden ve saklanması gerekli bilgileri üçüncü kişilere açıklamamakla yükümlüdür¹⁶. Sır saklama borcuna aykırı davranışlar sadakat borcuna aykırılık teşkil edeceğinden, işveren açısından haklı nedenle derhal fesih nedeni oluşturacaktır. Ayrıca, iş sözleşmesinin yapılması ile işçinin fiilen işe başlaması arasında geçen sürede dahi, şayet işçi bazı iş sırlarına vakıf olmuş ise, yine sır saklama yükümlülüğü söz konusu olacaktır¹⁷.

¹⁴ ERTAŞ, s.66 vd; TUNCAY, s.1062.

¹⁵ TUNCAY, s.1060; ÇELİK, Nuri., İş Hukuku Dersleri, 22. Baskı, İstanbul 2009, s.139; NARMANLIOĞLU, s.207; YAVUZ, s.457; UŞAN, s.119-120; AKYİĞİT, Ercan., İsviçre ve Türk İş Hukukunda İşçinin Hizmet Akdi Sonrasına Yönelik Rekabet Yasağı, KAMU-İŞ, Ocak 1991, s.4 vd.

¹⁶ ERTAŞ, s.50; SÜZEK, s.276; TUNCAY, s.1067; UŞAN, s.36; KARAGÖZ, s.241.

¹⁷ UŞAN, s.87 vd; DOĞAN YENİSEY, Kübra / ÖZTÜRK, Özgür., İşçinin Sözleşme Sonrası Ticari Sırları Saklama Yükümlülüğü, Devrim ULUCAN'a Armağan, İstanbul 2008, s.423

b) İş İlişkinin Sona Ermesinden Sonra Rekabet Etmeme Borcu¹⁸**aa) Genel Olarak**

Borçlar Kanununun 348 ila 352. maddeleri arasında düzenlenmiş olan rekabet yasağı sözleşmesi, iş sözleşmesinin sona ermesinden sonrasını esas almaktadır. Rekabet yasağı, iş sözleşmesinden kaynaklanan doğal bir borç değildir. Bu nedenle, rekabet etmeme borcunun kaynağını mutlaka bir sözleşme hükmü oluşturmaktadır. Rekabet yasağına ilişkin hüküm, ayrı bir sözleşmeye konu olabileceği gibi, iş sözleşmesi içerisinde sözleşme kaydı olarak da yer alabilir¹⁹.

Rekabet yasağı sözleşmesi ile sözleşmenin üstün tarafı olan işveren tarafından ağır şartların kabul ettirilmesi olasıdır. Bu nedenle Borçlar Kanununda rekabet yasağı sözleşmesinin geçerlilik şartlarının ayrıntılı sayılabilecek şekilde düzenlendiğini görüyoruz. Bu şartları kısaca ele almakta fayda görüyoruz.

bb) Geçerlilik Şartları

Rekabet yasağı sözleşmesinin öncelikle, yazılı yapılması gerekir. Konuya ilişkin BK. m.350 hükmüne göre: “*Rekabet memnuiyeti, sahih olmak için tahriri mukaveleye merbut olmak lazımdır*”. Anılan düzenleme ile işçinin sözleşmenin içeriği konusunda bilgi sahibi olmasının sağlanması suretiyle korunması amaçlanmıştır²⁰. Rekabet yasağı sözleşmelerinin yazılı yapılmasına ilişkin yazılı şekil şartının, ilgili düzenlemenin (..sahih olmak için..) ifade tarzı karşısında, geçerlilik şartı olduğu açıktır²¹. Kanunun

18 Şu anda meclis gündeminde bulunan Borçlar Kanunu tasarısında özü itibarıyla eski düzenlemelerin korunmuş olduğunu görüyoruz. Bkz. Borçlar Kanunu Tasarısı m.443-447.

19 AKYİĞİT, s.7 vd.; SÜZEK, s.277; TUNCAY, s.1065; NARMANLIOĞLU, s.208; KARAGÖZ, s.243. Basın İş K. m.13/2 hükmü, gazetecilerle rekabet yasağı sözleşmesi yapılamayacağına ilişkin açık hüküm içermektedir.

20 AYİTER, Nuşin: Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre Fer’i Rekabet Memnuiyeti Muka-velesi, A. Esat ARSEBÜK’e Armağan, Ankara-1958, s.470; SOYER, s.41-42; UŞAN, s.59.

21 SOYER, s.44; UŞAN, s.59; KARAGÖZ, s.248.

aradığı şekil, adi yazılı şekildir²². Rekabet yasağına ilişkin hükümlerin bağımsız bir sözleşmenin konusunu oluşturmayıp, iş sözleşmesinin hükümleri arasında yer alması durumunda da yine yazılılık şartının aranması gerekir.

Borçlar Kanununda rekabet yasağı sözleşmesinin geçerliliği açısından öngörülen diğer bir şart ise, işçinin sözleşmeyi yaptığı sırada reşit olmasıdır. BK. m.348/3 hükmüne göre: “İşçi, akdin yapıldığı zamanda reşit değil ise rekabet memnuiyetine dair olan şart batıldır”. Düzenlemenin yapılmasında, reşit olmayan kimselerin rekabet yasağı sözleşmesinin kendileri aleyhine doğurabileceği sakıncaları yeterince kavrayamayacakları düşüncesi etkilidir²³. Kanun, yaş sınırı aramadığından, işçinin evlenme veya hakim kararıyla on sekiz yaşından önce reşit olması durumunda da, rekabet yasağı sözleşmesi yapılabilir²⁴.

İnceleme konumuzu oluşturan HGK. Kararına konu olan rekabet yasağına ilişkin hükümlere bağımsız bir sözleşmede değil, iş sözleşmesinde yer verildiğini görüyoruz. İş sözleşmesinin yazılı yapılmış olması nedeniyle, rekabet yasağı sözleşmesinin geçerliliği açısından gerekli olan şekil şartına uyulmuştur. Aynı şekilde işçinin sözleşmenin yapıldığı sırada reşit olup olmadığı konusunun gündeme getirilmemiş olmasından bu konuda da bir problem olmadığı sonucuna varıyoruz.

İşçi ile rekabet yasağı sözleşmesi yapabilmek için, işverenin hukuken korunmaya değer haklı bir menfaatinin olması gerekir. Rekabet yasağı sözleşmesinin amacı, işçinin iş ilişkisinin devamı sırasında öğrenmiş olduğu bilgileri, daha sonra işverene zarar verecek tarzda kullanmasının engellenmesidir²⁵. Nitekim Borçlar Kanununun 348/2. maddesinde düzenlenen; “Rekabet memnuiyetine dair olan şart, ancak işçinin müşterileri tanımasından ve esrara nüfuzundan istifade ederek iş sahibine hiss olunacak derecede bir zarar husulüne sebebiyet verebilecek ise, caizdir”. hükmü ile bu düşünce dile getirilmiş olmaktadır. O halde, işçinin işverene ait müşteri çevresini veya iş sırlarını öğrenme olanağına sahip olması ve işverene

22 AYİTER, s.470; SOYER, s.42; UŞAN, s.59.

23 SOYER, s.44.

24 Bkz. AYİTER, s.467; AKYİĞİT, s.10; SOYER, s.45; KARAGÖZ, s.250.

25 SOYER, s.47; UŞAN, s.228-229.

önemli bir zarar verme olasılığının bulunması durumunda rekabet yasağı sözleşmesi yapılabilecektir²⁶.

İnceleme konumuzu oluşturan Hukuk Genel Kurulu kararında da anılan husus vurgulanmıştır. Kararda, işçinin müşteri çevresi veya iş ve üretim sırlarına sahip olmasının tek başına yeterli olmadığı, bu bilgilerin işçi tarafından kullanılması durumunda işverene önemli zarar verebilecek nitelikte bilgiler olması gereği üzerinde durulmuş, aksi takdirde rekabet yasağı sözleşmesinin geçersiz olduğu ifade edilmiştir.

Her somut uyuşmazlıkta, rekabet yasağı sözleşmesi yapılmasını haklı kılan nedenlerin bulunup bulunmadığı hususunun hakim tarafından ortaya konması gerekir ki, bu konuya da kararda işaret edilmiştir. Ancak konunun uzmanlık gerektirdiği de açıktır. Bu nedenle Daire kararının bozma gerekçesinde konunun uzmanı olan bir bankacı bilirkişiden rapor alınması²⁷, Genel Kurul kararında ise konunun araştırılarak açıklığa kavuşturulması gereğine işaret edilmiştir.

Sonuç olarak, konunun uzman bilirkişiler aracılığıyla tespit ettirilmesine ilişkin Yargıtay uygulamasının yerinde olduğunu söyleyebiliriz.

Rekabet yasağı sözleşmesinin esasa ilişkin diğer bir geçerlilik şartı Borçlar Kanununun 349. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre: “*Rekabet memnuiyeti ancak işçinin iktisadi istikbalinin hakkaniyete muhalif olarak tehlikeye girmesini menedecek surette zaman, mahal ve işin nevi noktasından hal icabına göre münasip bir hudut dahilinde şart edilmiş ise muteberdir*”. Rekabet yasağı sözleşmesi şüphesiz ki, işçinin ekonomik açıdan zorda kalması sonucunu doğurmaktadır. Burada önemli olan husus, işçinin sözleşme sona erdikten sonra çalışma imkanının tamamen elinden alınmaması ve ekonomik geleceğini sürdürme şansının tanınmasıdır. O halde, rekabet yasağı sözleşmesi ile yapılacak olan sınırlandırma hakkaniyete aykırı olmamak kaydıyla geçerlidir²⁸. Anılan düşünce ile kanun

²⁶ Müşteri çevresi ve iş sırlarına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. SOYER, s.50 vd.; UŞAN, s.230 vd.

²⁷ Benzer yönde Yargıtay kararı için bkz.Y. 9.HD, 08.06.2004 T, E.2004/18581, K.2004/14299 Sayılı kararı, Legal İHD, 2005/5, s.331-332.

²⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. SOYER, s.59 vd.; UŞAN, s.235 vd.

koyucu, rekabet yasağı sözleşmesinin geçerliliğini zaman²⁹, yer ve konu itibariyle sınırlandırılmış olmasına bağlamıştır. O halde, rekabet yasağı sözleşmesinde işçinin ne kadar süre ile hangi türden işleri nerede veya nerelerde yapamayacağı konuları düzenlenmiş olmalıdır. Sözleşmenin sayılan sınırlamaları içermesi, geçerliliği açısından tek başına yeterli değildir. Ayrıca bu sınırlamaların hakkaniyete aykırı olmaması, diğer deyişle amaca uygun nitelikte olması gerekir³⁰. Sözleşmede yer alan sınırlandırmaların hakkaniyete aykırı olup olmadığı her somut olayda hakim tarafından ele alınıp değerlendirilecektir³¹.

İncelediğimiz karara konu olan uyuşmazlığı ele alacak olursak, sözleşmede konu yönünden yapılan sınırlandırma “bankalar ile finans sektöründeki faaliyet konuları” bakımından yapılmıştır. Kararda bu husus tartışılmadığına göre, konu bakımından yapılan sınırlandırmanın geçerli olduğu örtülü olarak ifade edilmiştir. Sözleşmede öngörülen iki yıllık süre konusunda da aynı sonuca varılmıştır³². Yine sözleşmede, rekabet yasağının Marmara, Ege ve İç Anadolu Bölgesi kapsamına giren illerde geçerli olduğu hükme bağlanmıştır. Yer itibariyle yapılan bu sınırlandırma da Yargıtay

29 Borçlar Kanunumuz süre konusunda herhangi bir hüküm içermemektedir. Dolayısıyla makul süreyi belirleme yetkisi tamamen hakime bırakılmıştır. Şu anda meclis gündeminde olan Borçlar Kanunu tasarısında ise, rekabet yasağı sözleşmesinin süresinin özel durumlar dışında iki yılı aşamayacağı ifade edilmektedir (m.444/1). Bu düzenleme oldukça yerindedir. Özellikle kesin süre öngörülmemiş olması, hakime somut olayın özelliklerini dikkate alarak makul süreyi belirleme yetkisi tanınması anlamına gelir ki, bu çözüm tarzı hakkaniyete daha uygundur. Ancak hakim makul süreyi belirlerken iki yıllık süreden ayrılmasını gerektiren gerekçeleri de ortaya koymalıdır.

30 SOYER, s.59; UŞAN, s.236.

31 Borçlar Kanunu Tasarısında, hakimin aşırı nitelikte sınırlandırmalar içeren rekabet yasağını, tüm koşulları birlikte değerlendirerek hakkaniyete uygun olarak sınırlandırabileceği ifade edilmiştir. O halde tasarıya göre, hakim rekabet yasağı sözleşmesine müdahale etmek suretiyle, sözleşme şartlarını işçi lehine olmak üzere değiştirebilecektir (Tasarı m.444/2).

32 Yargıtay başka bir kararında da iki yıl süre ile yapılan sınırlandırmayı geçerli kabul etmiştir (Y. 9.HD, 29.5.1997 T, E.1997/6252, K.1997/10506, GÜNAY, Cevdet İlhan, Şerhli İş Kanunu C.II, 2.Baskı, Ankara 2001, s.1437). Başka bir olayda ise, altı aylık süre içeren sözleşme hükmünü geçerli kabul etmiştir (Y. 9.HD, 18.5.1999 T, E.1999/5784, K.1999/9049, KAZANCI İBB).

tarafından hukuka aykırı bulunmamış olmalıdır ki, kararda konu üzerinde durulmamıştır³³.

3- Rekabet Yasağı Sözleşmesinde Cezai Şart

a) Genel Olarak

Borçlar Kanunu m.351 hükmü gereğince, rekabet yasağına aykırı davranışta bulunmak suretiyle işverenin zarara uğramasına neden olan işçinin, işverenin uğramış olduğu zararı tazmin etmesi gerekir. Rekabet yasağına aykırılık nedeniyle işçi aleyhine dava açılması durumunda, tazminat hukukunun genel prensipleri uygulama alanı bulacaktır³⁴. Bunun sonucu olarak işverenin öncelikle rekabet yasağına aykırı davranışlar sonucunda zarara uğradığını ve miktarını ispat etmesi gerekir. Ancak pratikte işverenin uğramış olduğu somut zararları ispat edebilmesi büyük zorluk gösterecektir. Bu nedenle tazminat hukukunun güçlüklerinden kurtulmak isteyen işverenler, rekabet yasağı sözleşmesini cezai şart yoluyla güvence altına almak isteyeceklerdir³⁵.

Nitekim Yargıtay kararına konu olan somut olayda, rekabet yasağı sözleşmesine aykırılığın yaptırımını olarak cezai şart öngörülmüştür.

b) İşverence Cezai Şartın İstenebilmesi

“Cezai şart, borçlunun alacaklıya karşı mevcut bir borcu hiç veya gereği gibi ifa etmemesi halinde ödemeyi vaad ettiği, hukuki işlem ile belirlenmiş ekonomik değeri olan bir edimdir³⁶”. Cezai şartın istenebilmesi için alacaklının sözleşmeye aykırı davranış nedeniyle zarara uğraması gerekmez (BK. m.159/1). Aksi sözleşmede öngörülmedikçe, cezai şartın muaccel

³³ Yargıtay, benzer bir olayda, işçinin tüm Türkiye çapında hiçbir bankada çalışamayacağına ilişkin sözleşme hükmünü; yer itibarıyla sınırlandırmanın mahal ve banka açısından yapılması gerektiği, tüm ülkeyi kapsar şekilde yapılamayacağı ve aksinin kabulünün işçinin ekonomik geleceği bakımından ağır sonuçlar doğuracağı gerekçesiyle, anılan kararlaştırmanın geçersiz olduğuna hükmetmiştir. Yine aynı kararda iki yıllık süreye ise karşı çıkılmamıştır (Y. 9.HD, 6.7.1999 T, E.1999/8262, K.1999/12073, EKONOMİ, Emsal Kararlar 1999, s.30-31).

³⁴ SANTORO, Dimitri, Die Konventionalstrafe im Arbeitsvertrag, Bern 2001, s.56; Ayrıntılı bilgi için bkz. SOYER, s.77 vd.; UŞAN, s.265-266; KARAGÖZ, s.244 vd.

³⁵ AYİTER, s.475; SOYER, s.80; UŞAN, s.267; ENGEL, s.33.

³⁶ KARAGÖZ, s. 23-24.Cezai şartın unsurları konusunda bkz. Aynı yazar, s. 24 vd.

olabilmesi için borçlunun borca aykırı davranışta kusurlu olması gerekir. Ancak sözleşme ile aksinin kararlaştırılması mümkündür (BK. m.161/2). O halde, borçlunun sorumluluğunun ortadan kalkması, sözleşmeye aykırı davranışta kusursuz olduğunu ispat etmesi şartına bağlıdır³⁷.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, rekabet yasağı sözleşmesinde yer alan cezai şartın muaccel olabilmesinin ön şartlarından birisi de, işçinin rekabet yasağının konusuna giren bir faaliyette bulunmasıdır. Dolayısıyla cezai şart talebi karşısında, hakim tarafından bu konunun da dikkate alınması gerekir. Nitekim bir Yargıtay kararında, sonradan çalışılan işin sözleşme kapsamında olup olmadığının belirlenmesi gerektiğine hükmedilmiştir³⁸.

Kural olarak bir sözleşmede kararlaştırılan cezai şart, seçimlik cezai şarttır (BK. m.158/1). Yani sözleşmeye aykırılık halinde alacaklı ya borcun ifasını ya da cezai şartı talep edebilir. Ancak kanun koyucu BK. m.351/2 hükmü ile, genel kuraldan ayrılmış ve rekabet yasağı sözleşmesinde öngörülen cezai şartın kural olarak dönme cezası olduğu yönünde düzenleme yapmıştır. O halde işçi, cezai şartı ödemek suretiyle, rekabet etmeme borcundan kurtulabilir³⁹. Ayrıca, işverenin uğramış olduğu zarar, cezai şart miktarını aştığı takdirde işveren fazla zararın tazmin edilmesini de isteyebilir (BK. m.351/2). Bu düzenleme ile, dönme cezası kararlaştırılan durumlarda, cezai şart miktarını aşan zararların istenemeyeceğine ilişkin kurala istisna tanınmış olmaktadır⁴⁰. İşverenin cezai şartı aşan fazla zararını tazmin ettirebilmesi için, hem işçinin sözleşmeye aykırı davranışta kusurlu olduğunu, hem de cezai şart tutarını aşan zarara uğramış olduğunu ve tutarını ispat etmesi gerekir⁴¹.

³⁷ Cezai şartın kusur ve zararlar ilişkisi konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. KARAGÖZ, s.46 vd.

³⁸ Y. 9.HD, 13.9.1999 T. E.1999/11359, K.1999/12864, YKD, Mart 2002, s.383-384.

³⁹ TUNÇOMAĞ, Kenan, Türk Hukukunda Cezai Şart, İstanbul 1963, s.47; AYİTER, s. 475; SOYER, s.80-81; UŞAN, s.267; KARAGÖZ, s.244.

⁴⁰ TUNÇOMAĞ, s.47; KOCAAĞA, Köksal., Türk Özel Hukukunda Cezai Şart, Ankara 2003, s.156; KARAGÖZ, s.244-245.

⁴¹ SOYER, s.85; KOCAAĞA, s.157; UŞAN, s.268; KARAGÖZ, s.245.

c- Rekabet Yasağına Aykırılık Halinde Aşırı Cezai Şartın İndirilmesi**aa- Genel Olarak**

Rekabet yasağı sözleşmesinin yukarıda bahsedilen geçerlilik koşullarına sahip olması mutlak anlamda sözleşme hükümlerine geçerlilik tanınacağı anlamı taşımamalıdır. Özellikle, sözleşmede yer verilen cezai şarta ilişkin kayıtların da hakim tarafından denetlenmesi gerekir. Çünkü, iş sözleşmesinin üstün tarafı olan işveren tarafından, işçiye aşırı tutarda cezai şart hükümlerinin kabul ettirilmesi olasıdır. Bu nedenle, hakime aşırı gördüğü cezai şartı indirme görevi veren BK. m.161/3 hükmü, sözleşmenin işçi bakımından taşıdığı tehlikelerin ortadan kaldırılması ve işçinin ekonomik yönden zor duruma düşmesinin engellenmesi bakımından önemlidir⁴².

Öncelikle ifade etmek gerekir ki, BK. 348 ila 350. maddelerinde düzenlenmiş olan rekabet yasağına ilişkin geçerlilik şartlarının bulunmaması durumunda, diğer deyişle sözleşmenin geçersiz olması durumunda artık cezai şartın aşırı olup olmadığı konusu üzerinde durmaya gerek yoktur. Çünkü, bu durumda asıl sözleşmeye bağlı olarak fer'i nitelik taşıyan cezai şartta geçersiz olup, işverence talep edilmesi mümkün değildir. O halde, rekabet yasağı sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklar öncelikle geçerli olup olmadıkları yönünden ele alınmalı, geçerli olduğuna hükmettikten sonra ise, cezai şart miktarının aşırı olup olmadığı konusu üzerinde durulmalıdır.

bb) Aşırılığın Belirlenmesinde Dikkate Alınabilecek Hususlar

Sözleşmede öngörülen cezai şart miktarının aşırı olup olmadığının belirlenmesine ilişkin olarak önceden kesin kriterler belirlenemez. Hakim, somut olayın özelliklerini dikkate almak ve aşağıda ifade edeceğimiz kriterlerden de yararlanmak suretiyle bu konuda takdir yetkisini kullanmak suretiyle karar verecektir⁴³. Hakime cezai şartın aşırılığının belirlenmesinde yardımcı olabilecek kriterler; alacaklının çıkarları yani uğranılan zararın

⁴² KARAGÖZ, s.246; Ayrıca bkz. BOHNY, Peter, Das Arbeitsvertragliche Konkurrenzverbot, Zürich 1989, s.155; SOYER, s.82.

⁴³ TUNÇOMAĞ, s.144; SOYER, s.82-83; KARAGÖZ, s.246.

miktarı, borca aykırılığın ağırlığı, borçlunun kusurunun ağırlığı ve tarafların ekonomik durumu gibi hususlar olabilir⁴⁴.

Burada aşırılığın belirlenmesinde sadece rekabet yasağı sözleşmesi açısından dikkate alınabilecek bazı somut olgular üzerinde duracağız. İşçinin sözleşmeye aykırı davranışta kusurunun ağır olması durumunda cezai şartın indirilmemesi mümkündür. Eski işyerine yakın bir yerde aynı türden işyeri açmak⁴⁵, eski işverene rakip işletmede çalışmak⁴⁶, işverenin müşteri çevresini kaybetmesi için aktif çaba harcamak⁴⁷ gibi davranışlar öğretide konuya ilişkin örnekler olarak gösterilmiştir.

Rekabet yasağı sözleşmesinin geçerlilik koşullarından birisi de süre itibariyle sınırlandırılmış olmasıdır. Sözleşmede öngörülen yasağa aykırı davranışın sözleşmenin süresinin hangi anında ortaya çıktığı konusu üzerinde de durulabilir. Özellikle, sözleşmeye aykırı davranışın sözleşmede öngörülen sürenin sonuna doğru ortaya çıkmış olması durumunda cezai şartın indirilmesi mümkündür⁴⁸.

BK. m.159/1 hükmüne göre, cezai şartın istenebilmesi için alacaklının zarar uğraması gerekmez ise de, sözleşmenin tarafları dikkate alındığında, işverenin uğramış olduğu zarar miktarı da indirimde dikkate alınabilir. Çünkü, uğranılan zararın miktarı, işçinin sözleşmeye uygun davranmasında işverenin ne ölçüde menfaati olduğunun belirlenmesi açısından önemli olabilir⁴⁹.

Tarafların ekonomik durumu, cezai şartın aşırılığının belirlenmesinde, özellikle işçinin ekonomik durumu dikkate alındığında öncelikle başvurulabilecek kriterdir. Çünkü, rekabet yasağı sözleşmesine ilişkin düzenlemelerin temelinde, işçinin ekonomik geleceğinin tehlikeye düşürülmemesi düşüncesi bulunmaktadır. Bu nedenle somut olayda hakim,

⁴⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. TUNÇOMAĞ, s.145 vd; KARAGÖZ, s.52 vd.

⁴⁵ TUNÇOMAĞ, s.47. Yazarca, işçinin sözleşmeye aykırı davranışının kendisine menfaat sağlamayıp, sadece başkasına yardım etmekte iken ortaya çıkması halinde, hafif kusurlu sayılacağı ve bu hususun indirimde dikkate alınabileceği ifade edilmektedir. Aynı yer.

⁴⁶ SOYER, s.83.

⁴⁷ BOHNY, s.156, dn.67.

⁴⁸ BOHNY, s.158.

⁴⁹ BOHNY, s.156; SOYER, s.84; KARAGÖZ, s.247.

cezai şart miktarının işçinin ekonomik geleceğini hakkaniyete aykırı olarak tehlikeye düşürüp düşürmediği üzerinde durmalıdır. Bu hususun belirlenmesinde, işçinin rekabet yasağına aykırı faaliyetleri sonucunda elde etmiş olduğu menfaatler de dikkate alınmalıdır⁵⁰.

İncelediğimiz Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararında, cezai şartın aşırılığında dikkate alınabilecek kriterlerden sadece işverenin uğramış olduğu zarar miktarı üzerinde durulmuştur. Aşırılığın belirlenmesinde yalnızca bu kriterden yararlanmak, ancak işverenin uğramış olduğu zarar miktarının cezai şarttan daha az olması durumunda işçi lehine sonuç doğurabilir. Aksi durumda ise, cezai şartın aşırı olmadığı gibi bir sonuca varılabilecektir. Dolayısıyla, aşırılığın belirlenmesinde, diğer kriterler üzerinde de durulması gerekir. Kısaca ifade etmek gerekirse, tüm unsurlar birlikte değerlendirilerek sonuca ulaşılmalıdır. Şunu da önemle ifade etmek gerekir ki, rekabet yasağı sözleşmesinde öngörülen cezai şart miktarında aşırı indirim yapılmak suretiyle, işverenin haklı menfaatleri diğer deyişle cezai şart kurumunun temel esprisi de gözden kaçırılmamalıdır. Özellikle de cezai şart ile, öncelikle sözleşmenin ifasının güvence altına alınmasının amaçlandığı unutulmamalıdır.

SONUÇ

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararında, rekabet yasağı sözleşmesinin iş ilişkisinden doğması nedeniyle, sözleşmeden kaynaklanan cezai şart talepleri bakımından da iş mahkemelerinin görevli olduğu sonucuna varılmıştır. Kararın gerekçesi İş Mahkemeleri Kanunu m.1 hükmüne dayandırılmış olup, TTK. m.4/3 hükmünün görev açısından olayda uygulanamayacağına, dolayısıyla ticaret mahkemesinin görevsiz olduğuna hükmedilmiştir. Kararın göreve ilişkin kısmına tamamen katıldığımızı ifade edelim. Ayrıca bu sonuç yerindelik açısından da doğrudur. Ancak görev konusundaki tartışmaların sona ermesi açısından, bu konuda açık düzenleme yapılarak, rekabet yasağı sözleşmesinden doğan davalarda münhasıran iş mahkemeleri görevli kılınmalıdır. Anılan açık düzenlemenin yapılması, işçinin korunması ilkesine uygun düşeceği gibi, bu konudaki ikililiği de ortadan kaldıracaktır.

⁵⁰ BOHNY, s.156; SOYER, s.84; KARAGÖZ, s.247.

Kararda, rekabet yasağı sözleşmesinin yapılmasında, işverenin korunmaya değer menfaatinin bulunması gerektiği ifade edilerek, işçinin işverene ait sırları elde etmesi ve bu bilgileri kullanarak işverene önemli zarar verme olasılığının bulunması durumunda ancak sözleşme yapılabileceği isabetle ifade edilmiştir.

Kararda, işçinin yeni işyerinde ne türlü faaliyette bulunduğu, bu faaliyetlerin eski işyerindeki görevi nedeniyle öğrenmiş olduğu bilgileri kullanmaya elverişli olup olmadığı noktaları üzerinde durulmamış olması eksiklidir. Yine, rekabet yasağı sözleşmesinde konu yönünden yapılan (somut olayda yapılmayan) sınırlandırmanın tartışılmamış olması, örtülü olarak, “banka ve finans sektöründe yapılan tüm işler” in yasağın konusu olduğuna ilişkin düzenlemeye örtülü olarak geçerlilik tanındığı anlamına gelmektedir ki, bu sonucun hakkaniyete aykırı olduğu açıktır.

Rekabet yasağı sözleşmesinde öngörülen cezai şartın aşırı olup olmadığının belirlenmesinde, işverenin uğramış olduğu zarar miktarının dikkate alınması, bu amaçla da rekabet yasağına aykırı davranışın işverene önemli derecede zarar verip vermediği konusunda araştırma yapılması gereğine isabetle işaret edilmiştir. Ancak, cezai şartın aşırılığının belirlenmesinde, yukarıda ifade etmiş olduğumuz diğer kriterler üzerinde durulmamış olması eksiklidir.

Sonuç olarak, karara sonucu itibarıyla katıldığımızı ifade etmekle birlikte, gerekçelerinin biraz daha ayrıntılandırılması ve kuvvetlendirilmesi yerinde olurdu. Son olarak ifade etmek gerekir ki, kararın gerekçesi hazırlanırken öğretideki görüşlerden de geniş ölçüde yararlanılmış olması memnuniyet vericidir.

İŞ GÜVENCESİNİN ULUSLARARASI DAYANAKLARI

Dr. Semih AKTUĞ

A- Genel Olarak

İşgücü piyasalarını düzenleyen uluslararası normlar, iş imkânlarının daha yaygın kitlelere ulaşmasını sağlamayı ve niteliklere uygun arz ve talebi bir araya getirmeyi amaçlamaktadır. Uluslararası normlar bunu yaparken, işletmelerin gereksinimleri ile işçilerin korunması arasında bir denge sağlamaya çalışmaktadır¹.

Uluslararası alanda iş güvencesi konusunda mevcut olan düzenlemeler üç grupta ele alınabilir. Bunlar sırasıyla Birleşmiş Milletler (BM), Uluslararası Çalışma Örgütü (UÇÖ), Avrupa Birliği (AB) tarafından düzenlenen sözleşme ve alınan kararlardır.

B- Birleşmiş Milletler Normları

1- İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi

İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi, BM İnsan Hakları Komisyonu'nun Haziran 1948'de hazırladığı ve birkaç değişiklik yapıldıktan sonra 10 Aralık 1948'de, BM Genel Kurulu'nun Paris'te yapılan oturumunda kabul edilen 30 maddelik bildirgedir. İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi, ilk defa uluslararası düzeyde klasik hakların yanı sıra ekonomik ve sosyal haklara da yer veren bir belgedir. Bildirgenin, 1-21 inci maddeleri arasında kişi hakları ve siyasi haklar üzerinde durulmakta, 22-28 inci maddelerinde de ekonomik, sosyal ve kültürel haklara yer verilmektedir².

Türkiye'nin 1949 yılında onayladığı bu Bildirgenin 23 üncü maddesinin 1 inci bendine göre, “herkesin çalışma, işini serbestçe seçme, adaletli ve uygun koşullarda çalışma ve işsizliğe karşı korunma hakkı vardır”. Söz konusu maddenin 2 nci bendine göre “herkesin, herhangi bir ayırım gözetmek-

¹ **Sayın, Ali Kemal**, “Emek Piyasalarını Düzenleyen Uluslararası Normlar”, Sosyal Siyaset Konferansları, 48. Kitap, İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Yayını, İstanbul, 2004, s. 53.

² **Aydemir, Murteza**, Grev Hakkı ve Lokavtın Sınırları, İstanbul, 2001, s. 47.

sizin eşit iş için eşit ücret hakkı vardır”. Yine aynı maddenin 3 üncü bendi de “herkesin kendisi ve ailesi için insan onuruna yaraşır ve gerekirse her türlü sosyal koruma önlemleriyle desteklenmiş bir yaşam sağlayacak adil ve elverişli bir ücret hakkının varlığını” savunmaktadır. Nihayet aynı maddenin 4 üncü bendine göre ise “herkesin çıkarımı korumak için sendika kurma ve sendikaya üye olma hakkı” güvence altına alınmış bulunmaktadır³.

Çalışmanın da bir hak olarak nitelendirildiği, ücret hakkının ve sendika özgürlüğünün güvence altına alındığı bu madde, iş güvencesi bakımından bir “ilk adım” oluşturmakta; ayrıca, söz konusu olguları bir “insan hakkı” olarak değerlendirdiği için özellik taşımaktadır⁴.

BM, çalışma yaşamına ilişkin sorunları doğrudan ele almayı bu konudaki yükümlülükleri UÇÖ’ye bıraksa da günümüzde iş güvencesi sadece bir işçi hakkı değil bir insan hakkı olarak kabul edildiği için bu hak, 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi’nde de yer almıştır. Evrensel Bildirgede, çalışma hakkı siyasal ve ekonomik düzen ayrılığı söz konusu olmaksızın bütün toplumlar için bir insan hakkı olarak öngörülmektedir⁵.

İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi hukuksal bağlayıcılık taşımamakla birlikte, son derece önemli bir belgedir. Bu bildiriyle insan hakları uluslararası boyut kazanmış; ayrıca Evrensel Bildirge, daha sonra kabul edilecek insan haklarına ilişkin uluslararası sözleşmelere esin kaynağı olmuştur⁶. Aynı zamanda Bildirge, devletin kişilere karşı görevlerini belirten genel anlamda ilk uluslararası belgedir⁷. Bununla birlikte Bildirge, ahlaki ve manevi değeri yüksek bir ilke teşkil eder⁸.

³ **Kapani, Münici**, Kamu Hürriyetleri, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 1993, s. 63.

⁴ **Talas, Cahit**, Çalışma Hakkı ve Türkiye’deki Durum, Prof. Dr. Muammer Aksoy’a Armağan, Ankara, 1991, s. 410.

⁵ **Beşikçi, Cevdet**, “Bir Üst Hukuk Kavramı Olarak: İnsan Hakları”, http://www.yayin.adalet.gov.tr/dergi/1_sayi.htm (22.11.2006).

⁶ **Sur, Melda**, İş Hukukunun Uluslararası Kaynakları, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Yayın No. 66, İzmir, 1995, s. 15.

⁷ **Akın, İlhan**, Kamu Hukuku, Üçdal Neşriyat, İstanbul, Tarihsiz, s. 368; **Tuncay, Can**, İşçi Sendikası Üyeliğinin Kazanılması ve Sona Ermesi, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1975, s. 56.

⁸ **Tuğ, Adnan**, Sendikalar Hukuku, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 1992, s. 19; **Kapani**, s. 65.

2- Kişisel ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmesi

16 Aralık 1966 tarihinde 2200 A (XXI) sayılı kararla BM Genel Kurulu'nda kabul edilen ve 23 Mart 1976 tarihinde yürürlüğe giren “Kişisel ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmesi”, genellikle İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nde yer alan insan kişiliğine bağlı klasik hakları ve temel hürriyetleri kapsamakta ve bunları daha etraflı bir şekilde düzenlemektedir. Yaşama hakkı, kölelik yasağı, kişi güvenliği, kanun önünde eşitlik, toplanma ve dernek kurma hürriyeti, yönetime katılma hakkı gibi belli başlı temel hak ve hürriyetler Sözleşmede sayılmaktadır⁹.

Sözleşmenin en önemli özelliği, Sözleşmede yer alan insan haklarına taraf devletlerin saygı gösterip göstermediğini denetlemeyi amaçlayan bir mekanizma kurmuş olmasıdır (md. 28). Bu görev için bir İnsan Hakları Komitesi kurulmuştur. Komite Sözleşmeye taraf devletlerce oluşturulmaktadır¹⁰. Sözleşmeye taraf bütün ülkeler hakların nasıl uygulandığına dair düzenli raporlarını Komiteye sunmakla yükümlüdürler. Devletler Sözleşmeye taraf olduktan bir yıl sonra başlangıç raporunu ve Komitenin talep ettiği dönemlerde (genelde her 4 yılda bir) raporlarını sunmak zorundadırlar. Komite her raporu inceler ve ilgili üye devlete kaygılarını ve tavsiyelerini “nihai izlenimler” şeklinde dile getirir. Raporlama usullerine ek olarak, Sözleşmenin 41 inci maddesi Komitenin ülkelerarası şikâyetleri de incelemesini öngörür. Sözleşmeyi 30 Aralık 2009'a kadar 165 devlet onaylamıştır¹¹.

Türkiye Sözleşmeyi 15 Ağustos 2000 tarihinde imzalamıştır. Fakat Sözleşme, Türkiye Büyük Millet Meclisi ve Cumhurbaşkanı onayından 2009 yılı itibariyle geçmemiştir.

3- Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi

Konumuzla ilgili olarak önem taşıyan bir başka belge, BM Genel Kurulu'nun 16 Aralık 1966 tarihli ve 2200 A (XXI) sayılı kararıyla kabul edilen ve 3 Ocak 1976 tarihinde yürürlüğe giren “Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi”dir.

İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nde sadece altı maddeye sığdırılmış olan ekonomik, sosyal ve kültürel haklar bu Sözleşmede daha geniş ve ayrıntılı

⁹ **Kapani**, s. 66.

¹⁰ **Kapani**, s. 67; **Aydemir**, s. 47.

¹¹ Bkz. **International Covenant on Civil and Political Rights**, http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV4&chapter=4&lang=en (30.12.2009).

tılı olarak ele alınmakta ve açıklanmaktadır¹². Sözleşmenin 6 ncı maddesine göre: “Herkesin çalışma hakkı vardır. Bu hak herkesin serbestçe seçtiği ya da kabul ettiği bir işte çalışarak yaşamını kazanma şansının var olması hakkını da içerir”. Sözleşmeye taraf olan devletler bu hakkın korunması için gerekli önlemleri de alacaklardır. Bu önlemler, Sözleşmenin 2 nci bendine göre şunlardır:

a. Teknik ve mesleksi rehberlik ve eğitim programları,

b. Kişinin temel siyasal ve ekonomik özgürlüklerini korumak koşulu ile sağlam ekonomik, sosyal ve kültürel gelişmeyi ve verimli çalıştırmayı sağlayacak politikalar ve tekniklerdir¹³.

Sözleşmeyi 30 Aralık 2009’a kadar 160 devlet onaylamıştır¹⁴. Sözleşme bir haklar kataloğu özelliğini taşımaktadır. Sözleşmeyi imzalayan devletler, insanların bu haklardan yararlanması için ellerinde bulunan imkânlar ölçüsünde gerekli önlemleri alacaklarını taahhüt etmişlerdir¹⁵. Söz konusu hakların belli bir ekonomik alt yapı ve gelişmişlik düzeyi ile ancak sağlanıp gerçekleştirileceği de esasen yaygın biçimde bilinmektedir¹⁶.

Sözleşmenin uygulanmasının denetimi ile ilgili getirilen mekanizma, Kişisel ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmesi’ndeki mekanizmaya göre çok daha zayıftır. İlkinde bir “İnsan Hakları Komitesi” kurulmuş iken, ikincisinde böyle özel bir denetim organı kurulmamıştır. Özel bir organın yokluğu ve ilgili devletlerin Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu’na Sözleşmenin uygulanmasıyla ilgili gönderdikleri raporların sadece incelenmesi Sözleşmeden arzulanan neticeyi verememektedir¹⁷.

¹² Kapani, s. 68.

¹³ Talas, Cahit: “Sosyal Devlet Miyiz?”, Mülkiyeliler Birliği Dergisi, S. 132, 1991, s. 9.

¹⁴ Bkz. **International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights**, http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtmsg_no=IV-3&chapter=4&lang=en (30.12.2009).

¹⁵ Lee, Eddy, “Globalization and Labour Standards”, *International Labour Review*, Vol. 136, Issue 2, 1997, s. 201.

¹⁶ Büyükbaş, Hakkı – Ören, Kenan, “Küreselleşme, Birleşmiş Milletler ve Uluslararası Sosyal Düzen Arayışı”, *Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, S. 13, 2005, s. 116.

¹⁷ Aydemir, s. 48.

Türkiye tarafından Sözleşme, 15 Ağustos 2000 tarihinde imzalanmıştır. Bu Sözleşme de, Türkiye Büyük Millet Meclisi ve Cumhurbaşkanı onayından 2009 yılı itibariyle geçmemiştir.

C- Uluslararası Çalışma Örgütü Normları

1- Sözleşmeler

a) İş İlişkisine İşveren Tarafından Son Verilmesi Hakkında 158 Sayılı Sözleşme

158 sayılı UÇÖ Sözleşmesi, iş güvencesini somut olarak açık bir biçimde konu edinmekte ve bu yönde “en önemli” temel ilke ve ölçütleri belirlemektedir¹⁸.

1981 ve 1982 yıllarında Uluslararası Çalışma Konferansı’nda özellikle iş güvencesi büyük bir tartışma konusu olmuştur¹⁹. Bu dönemde görüşler ikiye ayrılmıştır; işçi kesiminden gelen delegeler ve birçok hükümet delegesi hem sözleşme, hem de biraz daha ayrıntıya giren bir tavsiye kararının aynı yıl Uluslararası Çalışma Konferansı’nda kabul edilmesini teklif etmişlerdir. Buna karşılık, işveren temsilcileri ve bazı üye devlet temsilcileri sadece tavsiye kararı alınmasını, sözleşmenin daha ileriki yıllara bırakılmasını istemişlerdir²⁰.

Daha sonra işçi ve işverenlerden oluşan ortak komisyon, bir raporu²¹ Uluslararası Çalışma Konferansı’na getirmiştir. Bu öneride hem uluslararası sözleşme, hem de bir tavsiye kararının Uluslararası Çalışma Konferansı’na sunulması kararlaştırılmıştır. Söz konusu öneri, bazı değişikliklerle Uluslararası Çalışma Genel Konferansı tarafından 22 Haziran 1982 tarihinde ve 68 inci toplantı döneminde kabul edilerek “İş İlişkisine İşveren Tarafından Son

18 **Ulucan, Devrim**, İş Güvencesi, 2. Baskı, Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayii İşverenleri Sendikası Yayını, İstanbul, 2003, s. 8.

19 Uluslararası Çalışma Konferansı hakkında bkz. **Alper, Yusuf – Kaya, Pir Ali**, ILO ve Uluslararası Çalışma Standartları, Ezgi Kitabevi Yayınları, Bursa, 1995, s. 52 vd..

20 **Tuğ, Adnan - Başbuğ, Aydın**, İş Güvencesiz İş Hukuku, Öz İplik-İş Sendikası Yayını, Ankara, 1992, s. 45; **Şenkal, Abdülkadir**, “Sosyal Politika ve Uluslararası Sosyal Standartlar”, Prof. Dr. Kamil Turan’a Armağan, Kamu-İş Dergisi, C. 7, S. 2, 2003, s. 225.

21 **ILC**, Termination of Employment at The Initiative of The Employer Report V (I), International Office, Geneva, 1981.

Verilmesi Hakkında 158 Sayılı Sözleşme²² ve 166 sayılı tavsiye kararı ortaya çıkmıştır.

158 sayılı Sözleşme ve 166 sayılı tavsiye kararı, Uluslararası Çalışma Konferansı Teknik Komisyonu'ndaki işçi ve işveren temsilcilerinin uzlaşması ile ortaya çıkan ve özellikle 158 sayılı Sözleşmenin çok sayıda ülke tarafından onaylanmasını sağlamak amacı ile oldukça esnek bir biçimde kaleme alınmıştır²³. 158 sayılı Sözleşme onaylanırken 356 kabul oyu, 9 red ve 54 çekimser oy kullanılmıştır. 158 sayılı Sözleşmenin kabul tarihinin, dünya çapında yeni-liberal politikalarla sosyal devletin, sosyal korumanın ve işçiyi koruma ilkesinin zayıflatılmak istendiği bir döneme rast gelmesi ilginçtir²⁴.

158 sayılı Sözleşmenin amacı birçok ülkede meydana gelen ekonomik güçlükler ve teknolojik değişmelerin iş güvencesi açısından yarattığı sorunlara evrensel bir çözüm bulmaktır²⁵. 158 sayılı Sözleşme ile işverenin keyfiyete bağlı feshi ortadan kaldırılarak, işçiyi iş güvencesi sağlanmaktadır²⁶.

“İş İlişisine İşveren Tarafından Son Verilmesi Hakkında 158 Sayılı Sözleşme”nin 1 inci maddesi Sözleşme hükümlerinin üye ülke iç hukuklarında hangi yoldan geçerlilik kazanabileceklerini belirlemiştir. Buna göre Sözleşme, Sözleşme hükümlerinin toplu iş sözleşmeleri, hakem kararları veya mahkeme kararları ile veya ulusal uygulamaya uygun başka bir yön-

22 158 sayılı UÇÖ Sözleşmesini Mayıs 2007 itibariyle 34 ülke imzalamıştır. Bu ülkeler arasında Fransa, Avusturalya, Portekiz, İspanya ve İsveç gibi ülkeler yer almaktadır. **ILO**, “The Ratifications for C158”, <http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/ratifice.pl?C158> (28.05.2007).

23 **Ulucan, Devrim – Eyrenci, Öner- Taşkent, Savaş- Sağlam, Fazıl**, İşçinin Feshe Karşı Korunması (İş Güvencesi) ve Türkiye İçin Bir Model Önerisi, Türkiye Denizciler Sendikası Eğitim Dizisi No. 14, İstanbul, 1989, s. 103 vd..

24 **Çelik, Aziz**, “İş Güvencesi: İşçinin Feshe Karşı Korunması ve 4773 Sayılı Yasa”, www.ceterisparibus.net/arsiv/a_celik.doc (19.02.2006).

25 **Kutal, Metin**, “İş Güvencesi Kavramı ve Uluslararası Dayanağı”, Mercek, MESS, S. 30, Yıl: 8, 2003, s. 6.

26 Sözleşmenin metni için bkz. **ILO**, C158, <http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/convde.pl?C158>, (11.10.2007); **Şen, Murat**, Türkiye Cumhuriyeti'nin Onayladığı İş ve Sosyal Güvenlik Alanındaki Çok Taraflı Uluslararası Sözleşmeler, Türk Ağır Sanayii ve Hizmet Sektörü Kamu İşverenleri Sendikası Yayını, Yayın No. 41, Ankara, 2003, s. 263 vd..

temle geçerlilik kazanmadığı hallerde, yürürlüğe girmesi ulusal mevzuatla sağlanır, şeklinde düzenleme getirmiştir (md. 1)²⁷.

Sözleşme ilke olarak tüm işkollarını ve tüm işçileri kapsamaktadır (md. 2)²⁸. Ancak, ulusal hukukun, sözleşme ile getirilen korumaya benzer bir korumadan yararlanan veya kapsama alınmaları özel çalışma koşulları ya da işletmenin büyüklüğü ve türü bakımından önemli sorunların ortaya çıkmasına yol açabilecek olan işçileri ayrı tutabileceği de belirtilmiştir. Ulusal hukuk ayrıca, belirli bir süre, belirli bir işte, deneme amacıyla veya zaman zaman kısa bir süre için çalıştırılan işçileri tamamen ya da kısmen sözleşmenin uygulama alanı dışında bırakabilir²⁹.

158 sayılı Sözleşmede, feshin yalnız geçerli bir sebebin varlığında hukuka uygun olacağı; böyle bir sebebin işçinin kapasitesine veya işin yürütümüne veya işyeri gereklerine dayanması gerektiği öngörülmüştür (md. 4).

158 sayılı Sözleşme hangi sebeplerin iş sözleşmesinin feshi için geçerli bir sebep oluşturmayacağını belirtmiştir (md. 5-6). Aşağıdaki sebepler iş sözleşmesinin feshinde özellikle geçerli sebep teşkil edemeyecektir:

- a. Sendika üyeliği veya çalışma saatleri dışında veya işverenin rızası ile çalışma saatlerinde sendikal faaliyete katılmak,
- b. İşçi temsilciliği yapmış olmak, yapmak veya işçi temsilciliğine talip olmak,
- c. İşvereni şikâyet etmek veya işveren aleyhinde mevzuata aykırılık iddiasıyla başlatılmış sürece katılım veya işveren aleyhine idari makamlar nezdinde müracaatta bulunmak,
- d. Irk, renk, cinsiyet, medeni hal, aile sorumlulukları, hamilelik, din, siyasi görüş, etnik veya sosyal köken,
- e. Doğum izni esnasında işe gelmemek,

27 Öte yandan 158 sayılı Sözleşmeye temel oluşturan 166 sayılı tavsiye kararı önceliği hukuki düzenlemelere vermektedir. **Ulucan**, *İş Güvencesi*, s. 9.

28 **Ulucan, Devrim**, "158 Sayılı ILO Sözleşmesi ve Türkiye'nin Uyumu", ILO Normları ve Türk İş Hukuku, Kamu-İş Yayını, Ankara, 1997, s. 161.

29 **Tuğ – Başbuğ**, s. 46; Söz konusu düzenleme, Sözleşmenin esas itibarıyla işveren tarafından yapılan feshin sınırlandırılmasına ilişkin amacıyla uyumludur. **Alpagut, Gülsevil**, *Belirli Süreli Hizmet Sözleşmeleri*, Türk Ağır Sanayii ve Hizmet Sektörü Kamu İşverenleri Sendikası, Ankara, 1998, s. 68; **Ekonomi, Münir**, "Türkiye'de İşçinin Feshe Karşı Korunması Bakımından 158 Sayılı ILO Sözleşmesi ve Yeni Model Arayışı", *Almanya'da ve Türkiye'de İşçinin Feshe Karşı Korunması Semineri*, Alkım Yayınları, İstanbul, 1997, s. 81 vd..

f. Hastalık veya kaza nedeniyle geçici olarak işe gelememek.

158 sayılı Sözleşme madde 5 ve 6'da, "özellikle aşağıdaki hususlar geçerli bir sebep teşkil etmezler" diyerek konunun sayılan sebeplerle sınırlı olmadığını başka sebeplerin de geçerli sebep sayılamayacağını belirtmiş olmaktadır. Nitekim 166 sayılı tavsiye kararı yaş, (emeklilikle ilgili bir kanun ve uygulamaya bağlı olarak) ve geçici süreli askerlik ve kamu hizmeti nedeniyle geçici olarak işe gelmemeyi de iş sözleşmesinin iptalinde geçerli bir sebep saymamaktadır.

Sözleşmenin getirdiği önemli bir temel ilke de işçiye ileri sürülen sebebe karşı kendisini savunma olanağı tanınması ve gerektiğinde bu konuda karar verecek bir mercie başvurulabilmesidir.

Sözleşmede işçinin iş sözleşmesinin o işçinin tutumu ve verimi ile ilgili sebepler dolayısıyla feshediliyor ise, kendisine iddialara cevap verebilme olanağının da tanınması gerektiği ifade edilmektedir (md. 7).

Feshe karşı itiraz yolu ve geçersiz feshin sonuçları da 158 sayılı Sözleşmede düzenlenmiştir. Sözleşme uyarınca işine son verilen işçi uygun bir süre içinde tarafsız bir mercie önünde feshe karşı itirazda bulunabilmelidir (md. 8). Aksi halde işçi itiraz hakkını yitirecektir.

158 sayılı UÇÖ Sözleşmesi, iş sözleşmesinin feshinde ispat yükümlülüğünün ya işverene ya da tarafsız bir mercie bırakılabileceğini öngörmektedir. Şöyle ki; ulusal hukuk, fesih için geçerli bir sebep bulunduğuna ilişkin ispat yükünü bütünüyle işverene yükleyebileceği gibi, her iki taraftan kendi iddialarını kanıtlamalarını isteme olanağını tarafsız mercie bırakan bir yöntemi de benimseyebilecektir (md. 9/a).

İç hukuka göre yetkili kılınan İş Mahkemesi, hakem veya hakem kurulu gibi merciler, itiraz halinde son verme sebeplerini ve davayla ilgili diğer unsurları incelemeye ve iş sözleşmesine son vermenin geçerli bir sebebe dayanıp dayanmadığına dair karar vermeye yetkili kılınacaklardır (md. 9).

Eğer yetkili mercie fesih işleminin geçersiz ve haksız olduğu sonucuna varırsa, feshin geçersizliğinin ve işçinin işe iadesinin uygun görülmediği ya da ulusal hukukun bunu öngörmediği durumlarda, işveren işçiyi işe alma ya da işçiye uygun bir tazminat ya da feshin haksız olduğunun tespiti halinde öngörülen hukuki yaptırımları yerine getirmekle yükümlü olmalıdır (md. 10)³⁰.

³⁰ Sözleşme yaptırım seçenekleri arasında tercihi iç hukukun yapmasına olanak sağlamaktadır. **Ulucan**, İş Güvencesi, s. 15.

158 sayılı UÇÖ Sözleşmesi, işçinin kusuruna dayanan bir derhal fesih sebebi oluşturmayacak bir sebeple, fakat işverenin geçerli bir sebep ile işçinin işine son vermesi hallerinde geçerli olmak üzere, makul bir bildirim süresine uyulmasını veya onun yerine geçecek bir tazminat (ihbar tazminatı) ödenmesini öngörmektedir.

İşçi ciddi bir hizmet kusuru işlemişse, yani işverenin kendisini bildirim süresi içinde çalıştırmaya engel olabilecek türden bir hizmet kusurundan sorumlu tutulabilecekse, o takdirde böyle bir bildirim süresi veya buna ilişkin bir tazminat söz konusu olamayacaktır (md. 11).

Sözleşme hükümleri uyarınca, iş ilişkisine son verilen işçiye ulusal mevzuata ve uygulamaya uygun olarak, hizmet süresine ve ücret seviyesine göre işveren tarafından veya işverenlerin katkıları ile oluşturulan bir fon tarafından kıdem tazminatı veya diğer sosyal güvenlik türlerinden yardımlar veya bu tazminatların ve yardımların birleşiminden oluşan ödemeler yapılacaktır (md. 12)³¹. Fakat iş sözleşmesinin feshine yol açan geçerli sebep, işçinin kusurundan kaynaklanıyorsa, işçi bu haklardan yararlanamayacak ve işçinin işine derhal son verilecektir³².

Bundan başka Sözleşmede, iş ilişkisinin ekonomik, teknolojik, yapısal ve benzer sebeplerle sona erdirilmesi durumunda birtakım ek hükümler daha kabul edilmiştir. Buna göre işveren:

-İlgili işçi temsilcilerine, düşünülen son verme işlemlerinin nedenlerini, bu işlemde etkilenecek işçi sayısını, süresini ve gerekli tüm bilgileri zamanında sağlamakla yükümlü kılınmıştır.

-Aynı şekilde Sözleşme, ulusal mevzuat ve uygulamaya uygun olarak mümkün olduğunca önceden son verme işlemlerini engellemek veya asgariye indirmek amacıyla, alınacak önlemleri ve bunların işçiler üzerindeki olumsuz etkilerini, başka iş bulmak gibi yollarla hafifletmek amacıyla alına-

31 158 sayılı Sözleşme hükümlerini incelediğimizde, uygulamadaki görüşlerin aksine 158 sayılı Sözleşmede, iş güvencesi, kıdem tazminatı ve işsizlik yardımını birbirinin alternatifi olarak değil, birbirinin tamamlayıcısı olarak kabul edilmektedir. Ancak iş güvencesinin benimsendiği sistemlerde ayrıca kötüniyet tazminatının verilmesine gerek yoktur. **Yüksel, Onaran Melek**, “İş Kanunu ve Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Tasarısı ve Türk İş Hukuku Sistemine İşçinin Feshe Karşı Korunması Yönünden Katkısı Hakkında Düşünceler”, Prof. Dr. Mahmut Tevfik Birsnel’e Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir, 2001, s. 412.

32 **Ulucan, Devrim**, “Toplu İşten Çıkarmalar Karşısında İşçinin Korunması”, İş Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri Semineri, Galatasaray Üniversitesi Yayını, İstanbul, 1998, s. 60.

cak önlemleri, önceden işçi temsilcilerine danışma fırsatı tanınmasını düzenlemektedir (md. 13).

Sözleşme bu konuda işçi sayısı yönünden bazı sınırlamalar getirilebileceğini ve söz konusu hükümlerin belirli bir işçi sayısı ölçü alınarak uygulanabileceğini de kabul etmektedir.

Türkiye, UÇÖ'nün 158 sayılı Sözleşmesini 1994 yılında onaylamıştır. Türkiye Büyük Millet Meclisi, yetki kanununu 9 Haziran 1994 tarihinde kabul etmiştir. Bu Kanun da 18 Haziran 1994 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanmıştır³³. Sözleşmenin uygulaması, Dışişleri Bakanlığı'nın 5 Ağustos 1994 tarihli ve EİUE-II/1883-7481 sayılı yazısı üzerine, 31 Mayıs 1963 tarihli ve 244 sayılı Kanunun 3 üncü maddesine göre, 10 Ağustos 1994 tarihli ve 94/5971 sayılı Bakanlar Kurulu kararıyla kabul edilmiştir³⁴. Onay işlemi, kararın Uluslararası Çalışma Bürosu'na 4 Ocak 1995 tarihinde tescil ettirilmesiyle tamamlanmıştır. Nihayet söz konusu karar, 12 Ekim 1994 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanmıştır³⁵.

b) Sendika Özgürlüğü ve Sendikalaşma Hakkının Korunması Hakkında 87 Sayılı Sözleşme

87 sayılı UÇÖ Sözleşmesi dünyada en çok ülke tarafından onaylanmış sözleşmelerden birisidir. Sendikal hak ve özgürlüğü uluslararası çerçevede ele alan ilk ve en önemli belgedir. 87 sayılı Sözleşmenin bir başka özelliği de insan haklarına en vahşi saldırıların yaşandığı 2. Dünya Savaşı'ndan sonra kabul edilen ilk temel sözleşme olmasıdır³⁶.

Uluslararası Çalışma Genel Konferansı tarafından 9 Temmuz 1948 tarihinde ve 31 inci toplantı döneminde kabul edilen "Sendika Özgürlüğü ve Sendikalaşma Hakkının Korunması Hakkında 87 Sayılı Sözleşme" sendika özgürlüğü açısından son derece önemlidir. Öte yandan 87 sayılı Sözleşme, UÇÖ'nün temel haklara ilişkin 8 sözleşmesinden biridir³⁷.

³³ RG. 18.6.1994, No. 21964.

³⁴ Şen, s. 263.

³⁵ **Kaya, Pir Ali**, Uluslararası Çalışma Normları ve Türk İş Hukukuna Etkileri, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Bursa, 1996, s. 84.

³⁶ **Tuncay, Can**, "Türkiye'nin Onayladığı Sendika Özgürlüğüne İlişkin Son Sözleşmeler ve Bunlara Uyumu", Prof. Dr. Halid Kemal Elbir'e Armağan, İstanbul, 1996, s. 507.

³⁷ UÇÖ'nün temel haklara ilişkin diğer sözleşmeleri şunlardır: Zorla Çalıştırma Hakkında 29 Sayılı Sözleşme, Örgütlenme ve Toplu Pazarlık Hakkı Prensiplerinin Uygulanması

87 sayılı Sözleşmede sendika kurma ve sendikalara üye olma hakkının özgür bir biçimde kullanımının güvence altına alınması amaçlanmış ve Sözleşmenin 2 nci maddesinde işçi ve işverenlerin hiçbir ayırım gözetilmeksizin ve önceden izin almaksızın, istedikleri örgütleri kurma ve ana tüzüklerine uymak koşuluyla bunlara üye olma haklarının mevcut olduğu hükme bağlanmıştır³⁸.

Türkiye’de 87 sayılı Sözleşme, Anayasanın 90 ıncı maddesi uyarınca önce bir kanun ile kabul edilmiş³⁹, daha sonra da Bakanlar Kurulu’nun 3 Ocak 1993 gün ve 93/3967 sayılı kararnamesi ile onaylama işlemi tamamlanmıştır⁴⁰.

c) Örgütlenme ve Toplu Pazarlık Hakkı Prensiplerinin Uygulanması Hakkında 98 Sayılı Sözleşme

Uluslararası Çalışma Genel Konferansı’nca 1 Temmuz 1949 tarihinde 32 nci toplantı döneminde kabul edilen “Örgütlenme ve Toplu Pazarlık Hakkı Prensiplerinin Uygulanmasına Hakkında 98 Sayılı Sözleşme” olumlu ve olumsuz sendika özgürlüğünün korunması açısından önemli ilkeler içermektedir. Sözleşme esas itibarıyla UÇÖ’nün “Sendika Özgürlüğü ve Sendikalaşma Hakkının Korunması Hakkında 87 Sayılı Sözleşme”yi tamamlayıcı niteliktedir⁴¹.

98 sayılı Sözleşmenin konumuz açısından önem taşıyan 1 inci maddesine göre;

İşçiler, çalışma hususunda sendika özgürlüğüne halel getirmeye yönelik her türlü fark gözetici harekete karşı tam bir korumadan faydalanacaktır.

Bu koruma, özellikle,

a. Bir işçinin çalıştırılmasını, bir sendikaya girmemesi veya bir sendika-

Hakkında 98 Sayılı Sözleşme, Eşit Ücret Hakkında 100 Sayılı Sözleşme, Zorla Çalıştırmanın Yasaklanması Hakkında 105 Sayılı Sözleşme, İstihdam ve Meslekte Ayrımcılığın Engellenmesi Hakkında 111 Sayılı Sözleşme, Asgari Yaş Hakkında 138 Sayılı Sözleşme, Çocuk İşçiliğinin En Kötü Biçimlerine İlişkin 182 Sayılı Sözleşme.

38 Sözleşmenin metni için bkz. **ILO**, C87, <http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/convde.pl?C087> (11.10.2007); **Şen**, s. 383 vd..

39 25.11.1992 gün ve 3847 sayılı Kanun, RG. 11.12.1992, No. 21432.

40 RG. 22.12.1992, No. 21432; RG. 25.2.1993, No. 21507; **Genel-İş Sendikası**, ILO Sözleşmeleri, Avrupa Sosyal Şartı ve İş Güvencesi, Ankara, 1993, s. 110 vd..

41 Sözleşmenin metni için bkz. **ILO**, C98, <http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/convde.pl?C098> (11.10.2007); **Şen**, s. 353 vd..

dan çıkması şartına bağlı tutmak;

b. Bir sendikaya üye olması yahut çalışma saatleri dışında veya işverenin rızası ile çalışma saatlerinde sendika faaliyetlerine katılmasından dolayı bir işçiyi işinden çıkarmak veya başka suretle ona zarar vermek maksatları güden hareketlere ilişkin hususlarda uygulanacaktır.

Uluslararası Çalışma Örgütü'nün 98 sayılı Sözleşmesi Türkiye Cumhuriyeti tarafından 8 Ağustos 1951 tarihinde 5834 sayılı Kanunla onaylanmıştır⁴².

d) İşletmedeki İşçi Temsilcilerine Sağlanacak Koruma ve İmkânlara İlişkin 135 Sayılı Sözleşme

Uluslararası Çalışma Genel Konferansı, 23 Haziran 1971 tarihinde 56 ncı toplantı döneminde "İşletmedeki İşçi Temsilcilerine Sağlanacak Koruma ve İmkânlara İlişkin 135 Sayılı Sözleşme"yi kabul etmiştir. 135 sayılı Sözleşme esas itibariyle UÇÖ'nün 1949 tarihli "Örgütlenme ve Toplu Pazarlık Hakkı Prensiplerinin Uygulanması Hakkında 98 Sayılı Sözleşme"yle işçilere sağlanan korumanın işçi temsilcileri bakımından da uygulanması amacını taşımaktadır⁴³.

Söz konusu Sözleşmenin 1 inci maddesine göre; işletmedeki işçi temsilcileri, yürürlükteki kanunlara veya toplu sözleşmelere veya üzerinde anlaşmaya varılmış diğer düzenlemelere uygun hareket ettikleri sürece, işten çıkarma da dahil olmak üzere statüleri veya işçi temsilciliği faaliyetleri veya sendika üyeliği veya sendikal faaliyetlere katılmaya dayanan, her türlü önyargılı davranışa karşı etkili bir korumadan yararlanacaklardır.

135 sayılı Sözleşme ülkemizde 25 Kasım 1992 gün ve 3845 sayılı yetki kanununa dayanılarak ve Dışişleri Bakanlığı'nın 17 Aralık 1992 tarihli ve EİUE-II/3563-7884 sayılı yazısı üzerine, 31 Mayıs 1963 tarihli ve 244 sayılı Kanunun 3 üncü maddesine göre, 8 Ocak 1993 tarihli ve 93/3967 sayılı Bakanlar Kurulu kararıyla kabul edilmiştir⁴⁴.

⁴² RG. 14.8.1951, No. 7884.

⁴³ Sözleşmenin metni için bkz. ILO, C135, <http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/convde.pl?C135> (11.10.2007); Şen, s. 307 vd..

⁴⁴ RG. 25.2.1993, No. 22252; Şen, s. 307.

e) Erkek ve Kadın İşçiler Arasında Şans Eşitliği ve Eşit Davranmaya İlişkin 156 Sayılı Sözleşme

Uluslararası Çalışma Örgütü Genel Konferansı, 23 Haziran 1981 tarihinde 67 nci toplantı döneminde “Erkek ve Kadın İşçiler Arasında Şans Eşitliği ve Eşit Davranmaya İlişkin 156 Sayılı Sözleşme”yi kabul etmiştir.

Sözleşme genel olarak kadın ve erkeklerin aile sorumluluklarından dolayı ekonomik faaliyetlere katılımda karşılaştıkları zorlukları ortadan kaldırmak, en aza indirmek için hazırlanmıştır. Sözleşme, kadın ve erkek işçilerin böylesi durumlarda herhangi bir ayrımcılığa maruz kalmadan, ailevi sorumlulukları ve istihdamları arasındaki anlaşmazlıkları çözebilmek için hazırlanmıştır⁴⁵.

Sözleşmeye göre aile sorumlulukları, iş sonlandırmanın geçerli bir nedeni olarak görülmemelidir (md. 4).

Sözleşme Türkiye tarafından henüz onaylanmamıştır.

f) Analığın Korunmasına İlişkin 183 Sayılı Sözleşme

Uluslararası Çalışma Genel Konferansı’nca 15 Haziran 2000 tarihinde ve 88 inci toplantı döneminde “Analığın Korunmasına İlişkin 183 Sayılı Sözleşme” kabul edilmiştir. 183 sayılı Sözleşme 1952 tarihli ve “Analığın Korunmasına İlişkin 103 Sayılı Sözleşme”yi tadil edici niteliktedir.

Sözleşmenin 8 inci maddesine göre hamilelik veya doğum ile ilgili nedenlerden ötürü kadın işçinin işten çıkartılması kanun dışı sayılmaktadır. İşten çıkarmanın hamilelik, doğum ve onun sonuçları veya bakım ile ilgili olmadığını kanıtlama yükümlülüğü de işverene ait olacaktır. Yine aynı maddede bir kadın işçinin annelik izni sonrasında aynı işe veya aynı oranda ücret aldığı eşdeğer bir işe geri dönme hakkı garanti edilmiştir⁴⁶.

Bu Sözleşme de Türkiye tarafından henüz onaylanmamıştır.

2- Tavsiye Kararları

a) 119 Sayılı Tavsiye Kararı

Uluslararası Çalışma Genel Konferansı’nca 26 Haziran 1963 tarihinde 47 nci toplantı döneminde kabul edilen “İşin Sona Erdirilmesi Üzerine 119 Sayılı Tav-

⁴⁵ Sözleşmenin metni için bkz. **ILO**, C156, <http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/convde.pl?C156> (10.11.2007); **Ulucan – Eyrenci – Taşkent – Sağlam**, s. 106.

⁴⁶ Sözleşmenin metni için bkz. **ILO**, C183, <http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/convde.pl?C183> (10.11.2007).

siye Kararı” adından da anlaşılacağı gibi, iş ilişkisinin sona ermesine ilişkindir. İş güvencesi konusunda çeşitli ülkelerde, özellikle de sanayileşmiş toplumlardaki ulusal gelişmelere paralel olarak, ilk defa Uluslararası Çalışma Örgütü’nde 1963 yılında 119 sayılı bir tavsiye kararı alınmış ve bu tavsiye kararında, üye ülkelerin işçilerin işveren tarafından işine son verilmesi halinde hangi usul ve esasların geçerli olacağı bu tavsiye kararında yer almıştır⁴⁷.

119 sayılı bu kararda, iş ilişkisine işçinin yeteneksizliğinden, davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden doğan geçerli ya da haklı (uygun görülebilir) bir sebep olmadıkça son verilemeyeceği öngörülmüştür. Tavsiye kararında ayrıca, hangi sebeplerin sözleşmenin sona erdirilmesi bakımından haklı görülemeyeceği de belirtilmiştir. Bunlar arasında özellikle, bir işçinin sözleşmesinin sendikal faaliyetler, işçinin işverene karşı dava açması, dil, din, ırk, cinsiyet, politik düşünce nedenleriyle feshedilemeyeceği yolundaki hükümler dikkati çekmektedir. Kararda feshe karşı başvuru yolları da düzenlenmiştir⁴⁸.

b) 166 Sayılı Tavsiye Kararı

Uluslararası Çalışma Genel Konferansı’nca 22 Haziran 1982 tarihinde 68 inci toplantı döneminde kabul edilen “Geçerli Bir Sebebe Dayanmayan İşten Çıkarılmaya Karşı Korunma Hakkında 166 Sayılı Tavsiye Kararı”, 158 sayılı Sözleşmeyi tamamlamaktadır. Burada, uluslararası belgelerle sağlanan güvencenin belirli süreli sözleşmeler yapılması yolu ile ortadan kaldırılmasının önlenmesine ilişkin olarak ayrıntılı düzenlemeler yer almaktadır⁴⁹. Bunun yanında, söz konusu tavsiye kararında iş ilişkisinin sona erdirilmesi bakımından haklı görülemeyecek üç hususa daha işaret edilmektedir⁵⁰.

Bunlar:

a. İşçinin yaşı (emeklilik konusunda ulusal kanun ve uygulamalarla sınırlı olarak),

47 ILO, “İşverenin İş Sonlandırması: İşten Çıkarma Üzerine Tartışma”, Sendikal Notlar Dergisi, S. 12, 2001, s. 26.

48 ILO, R119, <http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/convde.pl?R119> (11.10.2007).

49 ILO, R166, <http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/convde.pl?R166> (11.10.2007).

50 Taşkent, Savaş, İş Güvencesi (İşçinin Feshe Karşı Korunması), Belediye-İş Sendikası Yayını, İstanbul, 1991, s. 53; Ulucan – Eyrenci – Taşkent – Sağlam, s. 105.

b. Zorunlu askerlik hizmeti veya diğer sivil yükümlülükler (ulusal kanun ve uygulamalarla sınırlı olarak),

c. Hastalık ve kaza nedeni ile geçici olarak işe devamsızlık.

Tavsiye kararında ayrıca, işverenin iş sözleşmesini sona erdirirken gözönünde tutması gereken hususlar belirtilmekte; bu bağlamda olmak üzere, işçiye fesih sebebini öğrenme hakkının tanınması, bildirim süresi içinde ücretli yeni iş arama izni verilmesi gibi önlemler öngörülmektedir. Tavsiye kararı ayrıca sözleşmenin ekonomik, teknolojik, yapısal ve benzeri sebeplerle sona erdirilmesi konusunda da ek hükümler içermektedir. Buna göre⁵¹:

a. Uluslararası sözleşme ile sağlanan iş güvencesinin belirli süreli iş sözleşmeleriyle bozulmasının önlenmesine dair hükümler taşır,

b. Bir veya daha fazla yenilenen belirli süreli iş sözleşmelerinin belirsiz süreli sayılacağını hükme bağlar,

c. İşçinin yaşlı olması veya askerlik hizmeti yüzünden yapılan fesihleri geçersiz fesih sayar,

d. Fesih bildiriminin yazılı olmasını; işçiye fesih sebebini öğrenme hakkı tanınmasını; işçiye bildirim süresi içinde iş arama izni verilmesini ve talebi halinde bir çalışma belgesi verilmesini öngörür,

e. Ekonomik, teknolojik, yapısal ve benzeri nedenlere dayalı fesihten mümkün olduğu ölçüde kaçınılmasını, işçi temsilcisinin önceden dinlenmesini, işçi çıkarmanın ölçütlerinin önceden belirlenmesini ve bu nedenle çıkarılan işçilere, ilerdeki işçi alımlarında öncelik tanınmasını hükme bağlar.

c) 143 Sayılı Tavsiye Kararı

Uluslararası Çalışma Genel Konferansı tarafından 23 Haziran 1971 tarihinde 56 ncı toplantı döneminde kabul edilen “İşletmedeki İşçi Temsilcilerine Sağlanacak Koruma ve İmkânlarla İlişkin 143 Sayılı Tavsiye Kararı”, aynı tarihli 135 sayılı Sözleşmenin tamamlayıcısı niteliğindedir⁵².

Kararın 2 nci maddesinde, “işçi temsilcileri” teriminin ulusal kanun veya uygulama tarafından kabul edilen sendika temsilcilerini veya temsilcileri ifade ettiği, 3 üncü maddesinde ise bu tavsiye kararının sağladığı imkânlar ve imkânlardan hangi tür temsilcilerin yararlanacağını ulusal kanunlar veya

51 **Ünsal, Engin**, “İş Güvencesi”, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yayın No. 15, İstanbul, 2003, s. 191; **Ulucan**, 158 Sayılı ILO Sözleşmesi, s. 160 vd..

52 **ILO**, R143, <http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/convde.pl?R143> (11.10.2007).

toplu sözleşmeler, hakem kararları veya mahkeme kararları ile belirleneceği esaslarına yer verilmiştir.

Tavsiye kararının 3 üncü paragrafı “işçi temsilcilerinin korunması” başlığını taşımakta olup 5 inci maddede işletmedeki işçi temsilcilerinin yürürlükteki kanunlara veya toplu sözleşmelere veya üzerinde anlaşmaya varılmış diğer düzenlemelere uygun olarak hareket ettikleri sürece, işten çıkarma da dahil olmak üzere statüleri veya işçi temsilciliği faaliyetleri veya sendika üyeliği veya sendikal faaliyetlere dayanan her türlü önyargılı davranışa karşı etkili korumadan yararlanacakları belirtilmektedir.

d) 191 Sayılı Tavsiye Kararı

Uluslararası Çalışma Genel Konferansı, Cenevre’de gerçekleştirilen 30 Mayıs 2000 tarihli 88 inci oturumunda “Analgın Korunmasına İlişkin 191 Sayılı Tavsiye Kararı”nı kabul etmiştir⁵³. Karar, Analgın Korunmasına İlişkin 183 Sayılı Sözleşme’yi tamamlayıcı niteliktedir.

Konumuz açıdan kararın önemi; bir kadın işçinin doğum izni bittikten sonra eski işine ya da aynı oranda ücret alacağı eşdeğer başka bir işe dönme hakkına sahip olmasıdır (md. 5).

D- Avrupa Birliği Normları

1- Yönergeler

İş güvencesi konusu Avrupa Birliği İş Hukukunun temel esaslarından birini teşkil etmektedir. Avrupa Birliği İş Hukukunun teknik açıdan iş güvencesini sağlamak amacını içeren yönergeleri çoğunlukla, işyerlerinin, çalışma koşullarının ve iş konularının güvenliğine yöneliktirler. Avrupalı kanun koyucunun getirmiş olduğu hükümler, iş güvencesinin sağlanmasındaki asgari esasların tespit edilmesi şeklindedir⁵⁴.

AB, iş güvencesi sağlamaya yönelik çeşitli yönergeler çıkartmıştır. Toplu olarak işten çıkarılmaya karşı işçinin korunması, işverenin ödemede acze düşmesi halinde işçinin korunmasının yanında işyerinin değişmesi hallerine

⁵³ ILO, R191, <http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/convde.pl?R191> (11.10.2007).

⁵⁴ Güzel, Ali, “Türk İş Hukukunun Avrupa Topluluğu İş Hukuku Açısından Değerlendirilmesi”, Çimento İşveren Dergisi, C. 6, S. 1, Ocak 1992, s. 13 vd..

ilişkin sosyal güvenlik konuları Avrupa Birliği'nin üzerinde önemle durduğu konulardandır⁵⁵.

a) Toplu İşçi Çıkarmaya İlişkin Hukuki Düzenlemelerin Uyumuna İlişkin 75/129 Sayılı Yönerge

1972'de Topluluk (Birlik) Komisyonu, işçi çıkaran işverenin fesih sebebini yazılı olarak işçiye bildirmesi; işçi temsilcisi görüşünün yazılı olarak alınması konularında üye devletlerin İş Hukuku mevzuatını uyumlu hale getirmelerine karar vermiştir. 17 Şubat 1975 tarihinde de Avrupa Topluluğu (Birlik) Bakanlar Konseyi üye ülkelerinde "Toplu İşçi Çıkarmaya İlişkin Hukuki Düzenlemelerin Uyumuna İlişkin 75/129 Sayılı Yönerge"yi kabul etmiştir⁵⁶. Yönerge, işçi sayısı ve işçi çıkarma işlemlerinin süresi ölçütlerine göre toplu işçi kavramını tanımlamakta ve bunun alternatif sayılarını vermektedir⁵⁷. Ayrıca, işveren toplu işçi çıkaracağında, konuyu yönetime katılma organlarıyla görüşmek, orada iyi niyetli bir anlaşmanın yollarını aramak; durumu, sebepleri, çıkarılacak işçi sayısı, mevcut toplam sayı ve çıkarma ile sağlanan iş saati bilgileri ile birlikte resmi makamlara bildirmek, bu bildirim izleyen belirli bir süre içinde fesih işlemini yapmamak zorundadır⁵⁸.

55 **Çelik, Aziz**, "Avrupa Birliği Hukukunda Sendikal Haklar (Toplu İşçi Hakları ve Türkiye'nin Uyum Sorunları)", *Hukuk ve Adalet Dergisi*, S. 3, Temmuz-Eylül 2004, s. 112.

56 Söz konusu Yönergenin kabul gerekçesinde "...yapılanmakta olan ortak ve büyük pazarın bedelinin işçilerce ödenmemesi gerektiği; tam tersine bu oluşumun sosyal etkilerine karşı işçilerin korunmasının zorunlu olduğu" belirtilmektedir. **Aydın, Ufuk**, "Avrupa Birliği, ILO ve Türk Hukukunda Toplu İşçi Çıkarma", A. Can Tuncay'a Armağan, Legal Yayınevi, İstanbul, 2005, s. 654 vd..

57 Kural olarak toplu işçi çıkarma:
-20'den fazla ve 100'den az işçi çıkarılıyorsa en az 10,
-100 ila 300 işçi çıkarılıyorsa en az yüzde 10,
-300'den fazla işçi çalışan işyerlerinde en az 30 işçinin işten çıkarılması veya işyerinde çalışan işçi sayısına bakılmaksızın 90 günlük süre içinde en az 20 işçinin işten çıkarılmasıdır. **Alp, Mustafa**, "Hizmet Akitlerinin Sona Ermesi ve İşçilik Alacaklarının Güvencesi", *Ekonomik Krizin İş Hukukuna Etkisi*, İstanbul Barosu Yayını, İstanbul, 2002, s. 106; Ayrıca bkz. **Ulucan**, *Toplu İşten Çıkarmalar*, s. 61 vd.; Ekleyelim ki Türk Hukukunda da toplu işçi çıkarma, 4857 sayılı İş Kanunu madde 29'da AB Hukuku ile uyum sağlanması açısından ilgili Yönerge çerçevesinde düzenlenmiştir.

58 **Sauret, Alain**, "İstihdamın Korunmasıyla İlgili Avrupa Birliği'nin Yönergeleri", *İş Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri Semineri*, Galatasaray Üniversitesi Yayını, İstanbul, 1998, s. 93; **Ulucan – Eyrenci – Taşkent – Sağlam**, s. 103; **Çelik**, *Avrupa Birliği*, s. 112.

b) Toplu İşçi Çıkarma Konusunda Üye Ülkelerin Mevzuatlarının Yakınlaştırılmasına İlişkin 92/56 Sayılı Yönerge

24 Haziran 1992 tarihli “Toplu İşçi Çıkarma Konusunda Üye Ülkelerin Mevzuatlarının Yakınlaştırılmasına İlişkin 92/56 Sayılı Yönerge” ile 75/129 sayılı Yönerge’de bazı değişiklikler yapılmıştır. Yapılacak fesihler de kural olarak en erken bildirimden otuz gün sonra hüküm doğuracaktır. Bu süre içerisinde yetkili idari makam toplu işten çıkarmanın doğurduğu sorunları ortadan kaldırmaya yönelik çaba sarf edecektir. Ayrıca, üye ülkeler yetkili idari makama bu süreyi kısaltma yetkisi verebilecekleri gibi, bu süreyi altmış güne kadar çıkarma imkânları da bulunmaktadır⁵⁹. Sadece ekonomik sebepli değil; işverence yapılan diğer bazı fesihler de toplu işçi çıkarma kapsamına alınmıştır. Yine Yönerge ile kamu makamlarının toplu işçi çıkarma sürecindeki etkileri zayıflatılmıştır⁶⁰.

c) Toplu İşçi Çıkarma Konusunda Üye Ülkelerin Mevzuatlarının Uyumlaştırılmasına İlişkin 98/59 Sayılı Yönerge

75/129 sayılı Yönerge ve 92/56 sayılı Yönergenin birleştirilmesi ile 1998 yılında “Toplu İşçi Çıkarma Konusunda Üye Ülkelerin Mevzuatlarının Uyumlaştırılmasına İlişkin 98/59 Sayılı Yönerge” kabul edilmiş ve bu yeni Yönerge aynı yıl 1 Eylül 1998 yılında yürürlüğe girmiştir. 98/59 sayılı Yönerge yalnızca önceki iki Yönergeyi birleştiren bir belge olduğu için derhal yürürlüğe konulmuş, üye ülkelere bir hazırlık süreci öngörülmemiştir⁶¹.

d) İşletme, İşyeri veya İşyerinin Bir Bölümünün Devrinde İşçilerin Haklarının Korunması Hakkında Üye Ülkelerin Hukuki Düzenlemelerinin Uyumuna İlişkin 77/187 Sayılı Yönerge

Toplu işten çıkarmayı düzenleyen yukarıdaki yönergeler dışında ayrıca yine Avrupa Birliği Bakanlar Konseyi, 14 Şubat 1977 tarihli “İşletme, İşyeri veya İşyerinin Bir Bölümünün Devrinde İşçilerin Haklarının Korunması Hakkında Üye Ülkelerin Hukuki Düzenlemelerinin Uyumuna İlişkin 77/187 Sayılı Yönerge”yi de çıkarmıştır. Yönergenin yer bakımından uygulanma alanı Avrupa Birliği sözleşmesinin uygulanma alanı ile sınırlı tutulmuştur (md. 1/2). Buna göre, İş Hukuku anlamında işyeri ve işletmenin, yani işçile-

⁵⁹ Sauret, s. 94; Çelik, Avrupa Birliği, s. 112; Eyrenci, s. 185.

⁶⁰ Aydın, s. 656.

⁶¹ Aydın, s. 657.

rin işlerini gördükleri yerin üye devletlerin toprakları üzerinde olması gerekmektedir. Yönergede açıkça belirtilmemekle birlikte, Roma Antlaşması'nın 100 üncü maddesine dayanılarak Yönergenin hem özel kesim hem de kamu kesimi işyerlerini ve burada çalışan işçileri kapsadığı öğretilerde kabul edilmektedir⁶².

Yönerge esas olarak, işyerinin devri halinde işçilerin kazanılmış haklarını korumayı ve iş güvencesini sağlamayı amaçlamaktadır. Bu yüzden 3 üncü maddesinde açık olarak "madde 1/1 anlamında devir esnasında varolan iş sözleşmesinden veya iş ilişkisinden doğan ve devreden işveren için söz konusu olan borçlar ve haklar devir ile devralana geçer" hükmü getirilmiştir. Ancak bunun için devir esnasında sözleşmenin yürürlükte olması gerekmektedir. Buna göre, devirden önce sona ermiş sözleşmelerde devralan işverenin sorumluluğu söz konusu olmayacaktır. Buna karşın, devirden önce iş sözleşmesi feshedilmiş olmasına rağmen, bildirim süreleri içinde bulunuluyorsa, bu kez yönerge hükümleri yine uygulama alanı bulacaktır⁶³.

Yine işçilerin iş güvenliğinin sağlanması amacıyla, Yönergede işyerini devralan işverenin eski işverenin bağlı olduğu toplu iş sözleşmesi ile bağlılığının devam edeceği ilkesi de yer almaktadır (md. 3/II-1). Buna ek olarak Yönerge uyarınca, üye devletler ulusal hukuklarında toplu iş sözleşmesi ile saptanmış çalışma koşullarının korunmasını, bir yıldan az olmamak üzere zaman bakımından sınırlayabileceklerdir⁶⁴.

Yukarıda sözü edilen çalışma koşullarının korunmasına ilişkin düzenlemeler dışında söz konusu Yönerge, işçileri feshe karşı koruyucu hükümler de içermektedir. Buna göre Yönergenin 4 üncü maddesi uyarınca, bir işletmenin, bir işyerinin bir bütün olarak veya bir bölümünün başkasına intikali, hem devreden hem de devralan için iş sözleşmesinin sona erdirilebilmesine olanak veren bir neden oluşturmayacaktır. Ancak Yönergede bu genel bir prensip olarak belirtildikten sonra, bu prensibin istisnalarının da olabileceği belirtilmiştir. Buna göre, çalışma alanında değişiklik, ekonomik, teknik veya

62 **Güzel, Ali**, "AET Hukukunda İşyerinin Devri ve İşçilerin Korunması", Marmara Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, C. 2, S. 2, 1985, s. 87; **Eyrenci, Öner**, "Avrupa Birliği Hukukunda İş İlişkisinin Sürekliliğinin Korunması", Avrupa Birliği'nin Sosyal Politikaları ve Türkiye Semineri, Çimento Müstahsilleri İşverenleri Sendikası Yayını, Ankara, 1997, s. 187.

63 **Çelik**, Avrupa Birliği, s. 113; **Güzel**, AET, s. 87; **Ulucan – Eyrenci – Taşkent – Sağlam**, s. 104.

64 **Çelik**, Avrupa Birliği, s. 114; **Eyrenci**, s. 188.

organizasyondan kaynaklanan nedenlerin devir sonrası ortaya çıkması halinde taraflar iş sözleşmesini feshedebilecektir. Ancak burada söz konusu hükmün, gerekçesinde istisnai olarak belirtilen fesih sebeplerinin, işten çıkarılmaları haklı kılması için, önceden işçilerin işletme içinde uzmanlıklarıyla ilgili başka bir işte çalıştırılıp çalıştırılmayacaklarının araştırılmış olması ve bu konuda işçi ya da sendika temsilcileriyle gerekli görüşmelerin yapılmış olması zorunluluğu belirtilmiştir⁶⁵.

Diğer yandan, Yönergenin 4 üncü maddesinin getirdiği hüküm uyarınca işyerinin devri nedeniyle çalışma koşullarında esaslı değişikliklerin olması sebebiyle iş sözleşmesi işçi tarafından feshedildi ise; bu fesih işveren tarafından yapılmış sayılacak ve sonuçlarına da işveren katlanacaktır (md. 4/2)⁶⁶.

Uluslararası Çalışma Örgütü sözleşmelerinden sonra, Avrupa Birliği'ne üye ülkelerin kanuni düzenlemelerinin birbirinden çok farklılık göstermesi ve özellikle çokuluslu şirketlerde hangi kuralların uygulanacağı konusunda bir görüş ayrılığının ortaya çıkması sonucunda Avrupa Birliği, 1995 yılında toplu işçi çıkarma konusunda bir düzenlemeye gitmiştir⁶⁷.

İlgili düzenlemede toplu işçi çıkarmanın önce bir tanımı yapılmakta ve burada ülkelerdeki farklı uygulamalar da gözönüne alınarak ikili bir tanım yapılmaktadır. Bazı ülkelerde toplu işçi çıkarmada, çıkarılan işçinin sayısı ve işyerinde çalışan işçilere oranı dikkate alınmaktadır. Fransa ve Norveç gibi ülkelerde de çıkarma sebepleri daha fazla ön plana gelmektedir. Bu nedenle ikili bir ayırım söz konusudur⁶⁸.

Bir işyerinde çalışan işçilerin belirli bir oranının işten çıkartılması halinde, toplu işçi çıkarma kabul edilebileceği gibi, oran ne olursa olsun, doksan gün içerisinde toplam otuz işçi çıkarılması hali de, toplu işçi çıkarma olarak kabul edilmiştir⁶⁹.

⁶⁵ Keser, Hakan, "Avrupa Birliği Bünyesinde Bireysel İş Hukukunun Dayandığı Esaslar", İzmir Barosu Dergisi, S. 1, 2002, s. 16.

⁶⁶ Keser, s. 17.

⁶⁷ Keser, s. 17.

⁶⁸ Keser, s. 17.

⁶⁹ Çelik, Avrupa Birliği, s. 115.

3- Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

Çeşitli sözleşmelerle güvence altına alınan hakların etkin denetiminin temini için ise birçok denetim mekanizmaları geliştirilmiştir. Bu belgelerden en önemlisi Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS)'dir⁷⁰. İnsan haklarının korunması amacıyla hazırlanan AİHS'nin oluşumunda 2. Dünya Savaşı ve savaş suçularının yargılanması en önemli nedendir⁷¹.

4 Kasım 1950 tarihinde Roma'da, Avrupa Konseyi'ne üye devletler tarafından kabul edilen ve 3 Eylül 1953'te yürürlüğe giren, Türkiye tarafından da 1954 yılında 6366 sayılı Kanunla kabul edilen AİHS, Avrupa Konseyi çerçevesinde akdedilen normatif bir sözleşmedir. Sözleşmenin tam adı "İnsan Hak ve Özgürlüklerini Korumak İçin Avrupa Sözleşmesi"dir. Çalışma hakkı açısından Sözleşmede kölelik, kulluk ve zorla çalıştırma yasaklanmıştır (md. 4)⁷².

AİHS, BM İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nde açıklanan hakların her yerde etkin olarak tanınmasını ve uygulamasını sağlamayı hedef alarak, BM Bildirgesi'nden daha dar bir alan içerisinde temel bazı hakların "güvence altına alınması" amacını güder⁷³.

AİHS, sadece devletlere yükümlülükler getirmekle kalmaz, bunun yanında doğrudan kişilere haklar ve yükümlülükler getirirler. Zaten, bu Sözleşmenin de öncelikli özelliği, kişilere sağladığı etkili korumadır. Normların "doğrudan uygulanabilir" olması da söz konusu özelliğin ayrılmaz bir unsurudur. Bir başka deyişle, eğer AİHS doğrudan etkili hükümler içermeseydi, sağladığı güvence zayıf kalırdı⁷⁴. Nitekim, Sözleşmenin "doğrudan uygula-

⁷⁰ **Fuchs, Klaus**, "Avrupa Sosyal Şartı: Günümüzdeki Durum ve Perspektifler", Avrupa Sosyal Şartı ve Türkiye Kolokyumu, TODAİE Yayını, Ankara, 1993, s. 25; Sözleşmenin getirdiği koruma mekanizması için bkz. **Kapani**, s. 72.

⁷¹ **Çetintürk, Ekrem**, "Avrupa Konseyi ve İnsan Haklarının Korunması", Adalet Dergisi, S. 19, Tarihsiz, s. 55.

⁷² **Sur**, s. 8.

⁷³ **Sur**, s. 58; **Akın**, s. 378; **Dağ, Rıdvan**, "Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı ve Türkiye", <http://www.jura.uni-sb.de/turkish/RDag.html> (20.11.2006).

⁷⁴ **Gölcüklü, Feyyaz**; "La Hiérarchie des Normes Constitutionnelles et sa Fonction dans la Protection des Droits Fondamentaux", Cour Européenne des Droits de L'homme, 8ème Conférence des Cours Constitutionnelles, Rudh, 1990 - (Nakleden) **Sur**, s. 56.

nabilirlik” niteliğinin normatif dayanağını 1 inci maddede yer alan hüküm oluşturmaktadır⁷⁵.

Bu maddede, sözleşmeci tarafların kendi yetki alanları içindeki herkes için Sözleşmenin 1 inci bölümünde yer alan hak ve hürriyetleri güvence altına alacakları belirtilmektedir. Maddede, sadece devletleri bağlayıcı bir ifade olan “güvence altına almayı üstlenirler” ibaresi yerine daha kesin bir mecburiyeti belirten “güvence altına alırlar” ibaresinin kullanılması, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’ne göre taraf devletlerin, kişilere hakların tanınması ve Sözleşmenin iç hukuk düzenine doğrudan girmesi yönündeki amacı ortaya koymaktadır⁷⁶.

4- Avrupa Sosyal Şartı

Avrupa Sosyal Şartı (ASS), Avrupa Konseyi çerçevesinde kabul edilmiş insan hakları belgelerinin en önemlileri arasında, hatta Avrupa Konseyi’nin anayasası sayılan AİHS’nin ardından ikinci sırada yer alan bir belgedir. Bu iki sözleşme de Avrupa’nın siyasal ve sosyal düzeninin dayandığı ilkeleri gösteren, birbirini tamamlayıcı iki temel sözleşmedir. ASS, genel nitelikte bir toplumsal haklar belgesi olup, UÇÖ Sözleşmelerine konu olan pek çok hakkı bir arada düzenlemektedir⁷⁷.

Çalışma hakkı, adil çalışma koşulları hakkı, örgütlenme hakkı, grev dahil toplu pazarlık hakkı, sosyal güvenlik hakkı vb. gibi “sosyal hakları” içeren ASS da, kişilere sübjektif haklar vermeyip, sadece kamu otoritesine birtakım yükümlülükler getirir. Bu nedenle, oradaki normların da mahkemeler önünde ek bir düzenleme olmaksızın talep edilmeleri büyük zorluk taşımaktadır⁷⁸. ASS hükümleri, genellikle doğrudan uygulamaya uygun olmayan, taraf devletlerin iç hukuklarında uygun etkinlikler sonucunda tedricen gerçekleştirmeleri beklenen kurallar olarak nitelendirilmektedir⁷⁹.

⁷⁵ **Batum, Süheyl**, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasal Sistemine Etkileri, İstanbul, 1993, s. 43.

⁷⁶ **Tunç, Hasan**, “Milletlerarası Sözleşmelerin Türk İç Hukukuna Etkisi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Türkiye ile İlgili Örnek Karar İncelemesi”, Anayasa Yargısı, Ankara, 2000, s. 174 vd..

⁷⁷ **Çetintürk**, s. 58.

⁷⁸ Şartın genel değerlendirmesi için bkz. **Fuchs**, s. 25-41; **Sur**, s. 111.

⁷⁹ **Tuncer, Özkan**, “Avrupa Sosyal Şartı Denetim Mekanizmaları”, http://www.yayin.adalet.gov.tr/dergi/1_sayi.htm (22.11.2006).

AIHS'nin sosyal konularda karşıtı olan ASS'nin hazırlık çalışmalarının ve yürürlüğe girmesinin uzun bir geçmişi vardır. 1954 Mayıs'ında Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin, Parlamenter Danışma Meclisi'ne ilettiği bir mesajla, ASS'nin hazırlanmasında önemli bir adım atılmıştır. Uzun ve çekişmeli müzakereler sonucu uzlaşmaların eseri olarak ancak 18 Ekim 1961'de 13 Avrupa Konseyi üyesi devlet tarafından anlaşma Torino'da imzalanmıştır. Bu hazırlık çalışmalarına UÇÖ Yönetim Konseyi tarafından 1 ve 12 Aralık 1958'de Strasburg'da çağrılan üçlü konferansın çalışmaları esas alınmıştır. Üçlü konferans Avrupa Konseyi üyesi her devletten; iki hükümet, bir işçi ve bir işveren temsilcisinden oluşuyordu. UÇÖ'nün çalışmalara katılmasının nedeni ASS ile UÇÖ normları arasında uyum sağlanması ve ASS'nin hazırlanmasında UÇÖ normlarının dikkate alınmasıydı. Bu konferansta ulaşılan sonuçları değerlendiren Danışma Meclisi'nde yeni bir taslak ortaya çıktı ve bu tasarı 1960 yılı baharında Hükümetler Sosyal Komisyonu'nda son halini aldı. Şart, 1961 yılında imzaya sunulmuş ve üye devletlerden beşi tarafından 1965'te onaylanan bu Sözleşme daha sonra diğer Konsey üyelerinin de onaylaması ile tam bir ortak belge niteliğini kazanmıştır⁸⁰.

Türkiye daha ilk açıklandığında imzaladığı Avrupa Sosyal Şartı'nı aradan 28 yıl geçtikten sonra 1989 tarihli ve 3581 Sayılı Kanunla onaylamıştır⁸¹. Ancak, Şart, giriş bölümü, 38 asıl madde ve 9 ek paragraftan oluşmasına karşın, Türkiye bunlardan bir bölümünü hala onaylamış değildir. Özellikle sendikal örgütlenme ve toplu pazarlık haklarıyla ilgili olan ve henüz onaydan geçmemiş olan maddelerin Türkiye'ye kazandırılmamasının nedeni, anayasanın bu konularda getirmiş olduğu sınırlama ve yasaklamalardır. Ancak, dar anlamdaki iş güvencesi açısından, Avrupa Sosyal Şartı'nın 1 inci maddesi Türkiye tarafından da onaylanmıştır⁸². Bu madde; çalışma hakkının etkin bir biçimde kullanılmasını sağlamak üzere taraf ülkelerin:

80 **Heper, Altan**, Avrupa İş Hukuku ve Türkiye, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 1996, s. 14; İngiltere dışında tüm üye ülkeler Avrupa Sosyal Şartı'nı onaylamıştır. İngiltere'nin kabul etmemesinin sebebi Şart'ın AB'nin tek pazar rekabetinin kurulması çalışmalarına "radikal sosyalist" bir etkisi olacağı görüşüne sahip olmasıdır. **Wise, Mark – Gibb, Richard**, Single Market To Social Europe: The European Community In The 1990's, Harlow Essex, England, 1993, s. 126.

81 **Şen**, s. 181.

82 Bu konuda onayın bulunduğuna dair 3581 sayılı Kanun 16 Haziran 1989 tarihinde TBMM'de kabul edilmiştir. Bakanlar Kurulu da 7 Ağustos 1989 tarihinde 89/14434 sayılı kararı ile Şart'ı onaylamıştır (RG. 14.10.1989, No. 20312). **Kutal, Metin**, "Avrupa

- a. Yüksek ve istikrarlı bir istihdam düzeyine ulaşmayı ve bu düzeyi korumayı,
- b. İşçilerin özgürce edindikleri bir işle yaşamlarını sağlama haklarını etkin biçimde korumayı,
- c. Tüm işçiler için ücretsiz iş bulma hizmetleri sağlamayı,
- d. Mesleğe yöneltme, eğitim ve rehabilitasyon hizmetleri vermeyi taahhüt ettiklerini hükme bağlamaktadır.

Şart'ın "Çalışma Hakkı" başlığını taşıyan 1 inci maddesi işçinin genel olarak feshe karşı korunması açısından önemlidir. Bu nedenle sözleşmeci tarafların "işçilerin özgürce edindikleri bir işle yaşamlarını sağlama haklarını etkin biçimde korumayı" taahhüt etmeleri hükmünde geçen "koruma" ibaresi, iş güvencesini ifade etmektedir⁸³.

5- Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı

Bir yandan belgeler ile ulusal düzenleme ve uygulamalar çerçevesinde sağlanan gelişmeler ve öte yandan da bu belgelerde düzenlenmeyen sosyal sorunlar gözönüne alınarak hazırlanan Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı (GGASS) metni, 1961 tarihli ASS'na benzeyen bir yapısı bulunmasına karşın, ondan tümüyle bağımsız ayrı bir belgedir⁸⁴.

ASS'nda yer verilen hakların gerek kapsam, gerekse düzey bakımından yetersizliğine başlangıçtan beri çeşitli çevrelerce eleştiriler getirilmiştir. Bu bakımdan, 5 Kasım 1990 günü Roma'da, 21 ve 22 Ekim 1991 günleri de Torino'da toplanan Bakanlar Konferansında, ASS'nın maddi içeriğini geliştirme yönünde çalışmalar yapılması istenmiştir. Bunun üzerine Sosyal Şart Komitesi (Charte-rel), ASS'da yer alan hakların içerik ve kapsamını genişleten bir yeni metin üzerinde çalışmış; Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı Tasarısını 14 Ekim 1994'de kabul ederek, tasarımı Bakanlar Komitesine sunmuştur⁸⁵. Bakanlar Komitesinin 3 Mayıs 1996 tarihinde toplanan 98 inci

Sosyal Şartı ve Türkiye'nin Onayı", İktisat ve Maliye Dergisi, C. XXXVI, S. 12, 1989, s. 493; **Taşkent**, s. 50.

83 **Anadolu, Kerim**, İş Güvencesi ve Kıdem Tazminatı, Nobel Yayınları, Ankara, 2002, s. 49.

84 3 Mayıs 1996 tarihli Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı, 9 Nisan 2007 tarih ve 26488 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan Bakanlar Kurulu kararı ile bazı madde ve/veya fıkralar hariç olmak üzere Türkiye tarafından da onaylanmış bulunmaktadır.

85 **Sur**, s. 99 vd..

oturumu sırasında, GGASS imzaya açılmıştır. GGASS, 1 Temmuz 1999 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı'nın 24 üncü maddesi, iş sözleşmesinin sona erdirilmesine karşı korunma hakkı başlığı altında 158 sayılı UÇÖ Sözleşmesine paralel düzenlemeleri içermekte ve geçerli sebepler olmaksızın yapılan iptallere karşı işçinin korunma hakkını tanımaktadır⁸⁶. İlgili madde hükümleri, işçilerin “yeterliliğinden, davranışından veya işletme gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebep olmaksızın” iş sözleşmelerine son verilemeyeceğini, geçersiz fesih halinde işçilere “tazminat veya başka bir giderim” imkânını ve bunu garantiye almak için işçilerin “bağımsız bir makama” başvurma hakkını öngörmektedir.

Anlaşılabacağı üzere, GGASS, işçiyi genel olarak feshe karşı koruma amacı taşımaktadır. Tersine durumda yani geçerli sebep olmadan işten çıkarılan, iş sözleşmesi sona eren işçilerin zararları giderilecektir.

6- Avrupa Birliği Temel Haklar Bildirgesi

Avrupa Birliği'nin Aralık 2000 tarihinde Nice Zirvesi'nde onayladığı “Avrupa Birliği Temel Haklar Bildirgesi”nin 30 uncu maddesi iş güvencesi bakımından büyük önem taşımaktadır⁸⁷.

“Geçersiz Sebep İsten Çıkarmaya Karşı Koruma” başlığını taşıyan bu maddede şu ifadeler yer verilmektedir:

“Her işçi, topluluk hukuku ve ulusal kanunlar ve uygulamalara göre, geçersiz sebeple işten çıkarmaya karşı korunma hakkına sahiptir.”

2000 yılında Nice Zirvesi'nde ilân edilen AB Temel Haklar Bildirgesi, Nice Antlaşması'nda yer almamıştır. Almanya ve Fransa, Bildirgenin kurucu antlaşmalara ithal edilmesi gerektiğini savunurken; İngiltere Bildirgenin yalnızca siyasi bir bildirme olarak kalması gerektiğini ifade etmiştir. Ancak Bildirge, hiçbir değişikliğe gidilmeden, Avrupa Birliği Anayasası'nın 2 nci bölümüne olduğu gibi aktarılmıştır⁸⁸.

86 **Alp, Mustafa**, “Avrupa Birliği Temel Sosyal Hakları ve Türk İş Hukuku”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 6, S. 1, İzmir, 2004, s. 27.

87 **Çelik, Aziz**, “Yeni İş Yasasının Anlamı”, www.kristalis.org.tr/aa_dokuman/yeni_is_yasasinin_anlami.pdf (20.11.2006); Bu düzenleme ile iş güvencesinin, çalışma hakkının zorunlu bir unsuru olmanın ötesinde, ayrı bir temel hak olarak kabul edilmesi ve tanınması modern bir anlayışın göstergesidir. **Alp**, Avrupa Birliği, s. 26.

88 AB Temel Haklar Bildirgesi'nin Anayasanın 2 nci bölümüne aynen aktarılması sonucu ortaya çıkan biçimsel tutarsızlık ve uyumsuzluk konusunda Bkz. **Oder, Bertil Emrah**,

Böylelikle AB Anayasası'nın yürürlüğe girmesi halinde Bildirge, Birlik mevzuatı açısından bağlayıcı bir özellik kazanacak ve Adalet Divanı tarafından yapılan yargılamalarda esas alınacaktır. Bir başka ifadeyle Anayasanın yürürlüğe girmesi durumunda Birlik, "İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Avrupa Konvansiyonu"⁸⁹ ile "Çalışanların Temel Sosyal Haklar Topluluk Şartı"⁹⁰nda yer alan özgürlüklerden çok daha kapsamlı ve bağlayıcılığı olan bir *temel haklar kataloğuna* sahip olacaktır⁹¹.

Avrupa Birliği'nde Anayasa ve Anayasacılık, Anahtar Kitaplar Yayınevi, İstanbul, 2004, s. 319 vd..

- 89 İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Avrupa Konvansiyonu, 4 Kasım 1950 tarihinde imzalanmış ve Birliğe üye tüm ülkeler tarafından onaylanmıştır.
- 90 Çalışanların Temel Sosyal Hakları Topluluk Şartı, Avrupa Konseyi'nin 8-9 Aralık 1989 tarihinde Strasbourg'da yaptığı toplantıda İngiltere'nin karşı oyuna rağmen 11 oyla kabul edilmiştir. Şart, hukuki bağlayıcılığı olmayan siyasi bir bildirge niteliğindedir. Şart'ın değerinin azaltan en önemli etken de budur. AB düzeyinde işçilerin sosyal haklarını ilk kez düzenleyen belge olması açısından ise önem taşımaktadır. İlgili düzenlemenin 11 nci maddesine göre; "Avrupa Topluluğu işverenleri ve işçileri, ekonomik ve sosyal menfaatlerini savunmak amacıyla istedikleri mesleki veya sendikal örgütleri kurmak için serbestçe bir araya gelme hakkına sahiptirler. Her işçi ve işveren mesleki ve kişisel zarara maruz kalmaksızın bu örgütlere üye olma ya da olmama özgürlüğüne sahiptir". **Aydemir**, s. 60.
- 91 **Uçkan, Banu**, "Avrupa Anayasası'nın Genel Çerçevesi ve Sosyal Politikalara İlişkin Düzenlemeler", Çalışma ve Toplum, S. 3, 2005, s. 109.

KAYNAKLAR

- Akın, İlhan**, Kamu Hukuku, Üçdal Neşriyat, İstanbul, (Tarihsiz).
- Alp, Mustafa**, “Hizmet Akitlerinin Sona Ermesi ve İşçilik Alacaklarının Güvencesi”, Ekonomik Krizin İş Hukukuna Etkisi, İstanbul Barosu Yayını, İstanbul, 2002.
- Alp, Mustafa**, “Avrupa Birliği Temel Sosyal Hakları ve Türk İş Hukuku”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 6, S. 1, İzmir, 2004.
- Alpagut, Gülsevil**, Belirli Süreli Hizmet Sözleşmeleri, Türk Ağır Sanayii ve Hizmet Sektörü Kamu İşverenleri Sendikası, Ankara, 1998.
- Alper, Yusuf – Kaya, Pir Ali**, ILO ve Uluslararası Çalışma Standartları, Ezgi Kitabevi Yayınları, Bursa, 1995.
- Anadolu, Kerim**, İş Güvencesi ve Kıdem Tazminatı, Nobel Yayınları, Ankara, 2002.
- Aydemir, Murteza**, Grev Hakkı ve Lokavtın Sınırları, İstanbul, 2001.
- Aydın, Ufuk**, “Avrupa Birliği, ILO ve Türk Hukukunda Toplu İşçi Çıkarma”, A. Can Tuncay’a Armağan, Legal Yayınevi, İstanbul, 2005.
- Batum, Süheyl**, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasal Sistemine Etkileri, İstanbul, 1993.
- Beşikçi, Cevdet**, “Bir Üst Hukuk Kavramı Olarak: İnsan Hakları”, http://www.yayin.adalet.gov.tr/dergi/1_sayi.htm (22.11.2006).
- Büyükbaş, Hakkı – Ören, Kenan**, “Küreselleşme, Birleşmiş Milletler ve Uluslararası Sosyal Düzen Arayışı”, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, S. 13, 2005.
- Çelik, Aziz**, “Avrupa Birliği Hukukunda Sendikal Haklar (Toplu İşçi Hakları ve Türkiye’nin Uyum Sorunları)”, Hukuk ve Adalet Dergisi, S. 3, Temmuz-Eylül 2004.
- Çelik, Aziz**, “İş Güvencesi: İşçinin Feshe Karşı Korunması ve 4773 Sayılı Yasa”, www.ceterisparibus.net/arsiv/a_celik.doc (19.02.2006).
- Çelik, Aziz**, “Yeni İş Yasasının Anlamı”, www.kristalis.org.tr/aa_dokuman/yeni_is_yasasinin_anlami.pdf(20.11.2006).
- Çetintürk, Ekrem**, “Avrupa Konseyi ve İnsan Haklarının Korunması”, Adalet Dergisi, S. 19, (Tarihsiz).

Dağ, Rıdvan, “Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı ve Türkiye”, <http://www.jura.uni-sb.de/turkish/RDag.html> (20.11.2006).

Ekonomi, Münir, “Türkiye’de İşçinin Feshe Karşı Korunması Bakımından 158 Sayılı ILO Sözleşmesi ve Yeni Model Arayışı”, Almanya’da ve Türkiye’de İşçinin Feshe Karşı Korunması Semineri, Alkım Yayınları, İstanbul, 1997.

Eyrenci, Öner, “Avrupa Birliği Hukukunda İş İlişkisinin Sürekliliğinin Korunması”, Avrupa Birliği’nin Sosyal Politikaları ve Türkiye Semineri, Çimento Müstahsilleri İşverenleri Sendikası Yayını, Ankara, 1997.

Fuchs, Klaus, “Avrupa Sosyal Şartı: Günümüzdeki Durum ve Perspektifler”, Avrupa Sosyal Şartı ve Türkiye Kolokiyumu, TODAİE Yayını, Ankara, 1993.

Genel-İş Sendikası, ILO Sözleşmeleri, Avrupa Sosyal Şartı ve İş Güvencesi, Ankara, 1993.

Güzel, Ali, “Türk İş Hukukunun Avrupa Topluluğu İş Hukuku Açısından Değerlendirilmesi”, Çimento İşveren Dergisi, C. 6, S. 1, Ocak 1992.

Güzel, Ali, “AET Hukukunda İşyerinin Devri ve İşçilerin Korunması”, Marmara Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, C. 2, S. 2, 1985.

Heper, Altan, Avrupa İş Hukuku ve Türkiye, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 1996.

ILC, Termination of Employment at The Initiative of The Employer Report V (I), International Office, Geneva, 1981.

ILO, “İşverenin İş Sonlandırması: İşten Çıkarma Üzerine Tartışma”, Sendikal Notlar Dergisi, S. 12, 2001.

ILO, “The Ratifications for C158”, <http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/ratifce.pl?C158> (28.05.2007).

ILO, C87, <http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/convde.pl?C087> (11.10.2007).

ILO, C98, <http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/convde.pl?C098> (11.10.2007).

ILO, C135, <http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/convde.pl?C135> (11.10.2007).

ILO, C156, <http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/convde.pl?C156> (10.11.2007).

ILO, C158, <http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/convde.pl?C158>, (11.10.2007).

ILO, C183, <http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/convde.pl?C183> (10.11.2007).

ILO, R119, <http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/convde.pl?R119> (11.10.2007).

ILO, R143, <http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/convde.pl?R143> (11.10.2007).

ILO, R166, <http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/convde.pl?R166> (11.10.2007).

ILO, R191, <http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/convde.pl?R191> (11.10.2007).

International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-3&chapter=4&lang=en (30.12.2009).

International Covenant on Civil and Political Rights, http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-4&chapter=4&lang=en (30.12.2009).

Kapani, Münci, Kamu Hürriyetleri, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 1993.

Kaya, Pir Ali, Uluslararası Çalışma Normları ve Türk İş Hukukuna Etkileri, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Bursa, 1996.

Keser, Hakan, “Avrupa Birliği Bünyesinde Bireysel İş Hukukunun Dayandığı Esaslar”, İzmir Barosu Dergisi, S. 1, 2002, s. 16.

Kutal, Metin, “Avrupa Sosyal Şartı ve Türkiye’nin Onayı”, İktisat ve Maliye Dergisi, C. XXXVI, S. 12, 1989.

Kutal, Metin, “İş Güvencesi Kavramı ve Uluslararası Dayanağı”, Mercek, MESS, S. 30, Yıl: 8, 2003.

Lee, Eddy, “Globalization and Labour Standards”, International Labour Review, Vol. 136, Issue 2, 1997.

Oder, Bertil Emrah, Avrupa Birliği’nde Anayasa ve Anayasacılık, Anahtar Kitaplar Yayınevi, İstanbul, 2004.

Sauret, Alain, “İstihdamın Korunmasıyla İlgili Avrupa Birliği’nin Yönergeleleri”, İş Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri Semineri, Galatasaray Üniversitesi Yayını, İstanbul, 1998.

Sayın, Ali Kemal, “Emek Piyasalarını Düzenleyen Uluslararası Normlar”, Sosyal Siyaset Konferansları, 48. Kitap, İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Yayını, İstanbul, 2004.

Sur, Melda, İş Hukukunun Uluslararası Kaynakları, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Yayın No. 66, İzmir, 1995.

Şen, Murat, Türkiye Cumhuriyeti’nin Onayladığı İş ve Sosyal Güvenlik Alanındaki Çok Taraflı Uluslararası Sözleşmeler, Türk Ağır Sanayii ve

Hizmet Sektörü Kamu İşverenleri Sendikası Yayını, Yayın No. 41, Ankara, 2003.

Şenkal, Abdülkadir, “Sosyal Politika ve Uluslararası Sosyal Standartlar”, Prof. Dr. Kamil Turan’a Armağan, Kamu-İş Dergisi, C. 7, S. 2, 2003.

Talas, Cahit, “Sosyal Devlet Miyiz?”, Mülkiyeliler Birliği Dergisi, S. 132, 1991.

Talas, Cahit, Çalışma Hakkı ve Türkiye’deki Durum, Prof. Dr. Muammer Aksoy’a Armağan, Ankara, 1991.

Taşkent, Savaş, İş Güvencesi (İşçinin Feshe Karşı Korunması), Belediye-İş Sendikası Yayını, İstanbul, 1991.

Tuğ, Adnan, Sendikalar Hukuku, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 1992.

Tuğ, Adnan - Başbuğ, Aydın, İş Güvencesiz İş Hukuku, Öz İplik-İş Sendikası Yayını, Ankara, 1992.

Tuncay, Can, İşçi Sendikası Üyelığının Kazanılması ve Sona Ermesi, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1975.

Tuncay, Can, “Türkiye’nin Onayladığı Sendika Özgürlüğüne İlişkin Son Sözleşmeler ve Bunlara Uyumu”, Prof. Dr. Halid Kemal Elbir’e Armağan, İstanbul, 1996.

Tuncer, Özkan, “Avrupa Sosyal Şartı Denetim Mekanizmaları”, http://www.yayin.adalet.gov.tr/dergi/1_sayi.htm (22.11.2006).

Tunç, Hasan, “Milletlerarası Sözleşmelerin Türk İç Hukukuna Etkisi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Türkiye ile İlgili Örnek Karar İncelemesi”, Anayasa Yargısı, Ankara, 2000.

Uçkan, Banu, “Avrupa Anayasası’nın Genel Çerçevesi ve Sosyal Politikalara İlişkin Düzenlemeler”, Çalışma ve Toplum, S. 3, 2005.

Ulucan, Devrim – Eyrenci, Öner- Taşkent, Savaş- Sağlam, Fazıl, İşçinin Feshe Karşı Korunması (İş Güvencesi) ve Türkiye İçin Bir Model Önerisi, Türkiye Denizciler Sendikası Eğitim Dizisi No. 14, İstanbul, 1989.

Ulucan, Devrim, “158 Sayılı ILO Sözleşmesi ve Türkiye’nin Uyumu”, ILO Normları ve Türk İş Hukuku, Kamu-İş Yayını, Ankara, 1997.

Ulucan, Devrim, “Toplu İşten Çıkarmalar Karşısında İşçinin Korunması”, İş Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri Semineri, Galatasaray Üniversitesi Yayını, İstanbul, 1998.

Ulucan, Devrim, İş Güvencesi, 2. Baskı, Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayii İşverenleri Sendikası Yayını, İstanbul, 2003.

Ünsal, Engin, “İş Güvencesi”, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yayın No. 15, İstanbul, 2003.

Yüksel, Onaran Melek, “İş Kanunu ve Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Tasarısı ve Türk İş Hukuku Sistemine İşçinin Feshe Karşı Korunması Yönünden Katkısı Hakkında Düşünceler”, Prof. Dr. Mahmut Tevfik Birsnel’e Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir, 2001.

Wise, Mark – Gibb, Richard, Single Market To Social Europe: The European Community In The 1990's, Harlow Essex, England, 1993.

EŞLERDEN BİRİNİN MÜLKİYETİNDEKİ TAPUYA KAYITLI AİLE KONUTU ÜZERİNDE ÜÇÜNCÜ KİŞİLERİN MÜLKİYET VEYA SINIRLI AYNI HAK İKTİSABI

*Dr. Özcan GÜNERGÖK**

GİRİŞ

1 Ocak 2002 tarihinde yürürlüğe giren Türk Medeni Kanunu'nun 194. maddesi ile hukukumuzda aile konutu kavramı yasal düzenlemeye konu olmuştur. 3 Aralık 2001 tarihli Türk Medeni Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 9. maddesi Türk Medeni Kanununun evliliğin genel hükümlerine ilişkin düzenlemelerinin bu kanunun yürürlüğe girmesinden önce kurulmuş olan evlilikler hakkında da uygulanacağını belirtmiştir. Bundan dolayı aile konutu kavramı sadece 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun yürürlüğe girdiği tarihten sonra kurulmuş evlilik birliklerini değil, yürürlük tarihinden önce kurulmuş evlilikleri de ilgilendirmektedir.

TMK.m.194 –aşağıda inceleneceği üzere- tek başına malik de olsa aile konutu üzerinde eşin tasarrufunu kısıtlamıştır. Tapu sicilinde hakkında aile konutu şerhi bulunmayan konutların satımı halinde alıcılar aradan uzunca süre geçmesine rağmen satım işleminin geçersiz olduğu iddiaları ile karşı karşıya kalabilmektedirler.

TMK.m.1023 maddesi tapu kütüğüne güveni düzenlemektedir. Tapu kütüğündeki tescile iyiniyetle dayanarak mülkiyet veya başka bir ayni hak kazanan bir üçüncü kişinin bu kazanımı korunur. TMK.m.194 hükmüne aykırı olarak diğer eşin rızası alınmadan aile konutunun satılması ya da üzerinde bir sınırlı ayni hak tesis edilmesi durumunda TMK.m.1023 uygulama alanı bulacak mıdır? Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 04.10.2006 tarihli kararından sonra bu konu özellikle daha bir önem kazanmıştır.

Bu çalışmamızda TMK.m.194'te düzenlenen aile konutu üzerinde üçüncü kişilerin mülkiyet ya da sınırlı ayni hak iktisabı ele alınacaktır. Çalışmamızın başında aile konutu kavramı ve aile konutu şerhi hakkında bilgiler verildikten sonra, TMK.m.194 hükmü ile getirilen sınırlamalar ve bu sınır-

* İstanbul Barosu Avukatı.

lamaların hukuksal niteliği açıklanacaktır. Bilahare aile konutu üzerinde üçüncü kişilere tapuda hak sağlanması ele alınacaktır. Bu kısımda Yargıtay'ın uygulaması hakkında bilgi verildikten sonra, öğretilerdeki görüşler aktarılacak, akabinde görüşümüz belirtilecektir. Sonuç kısmında ise bu çalışmamızda varılan sonuçlar sıralanacaktır.

I. Aile Konutuna İlişkin Olarak Türk Medeni Kanunun Getirdiği Sistem

1- Aile Konutu Kavramı

Kanunda aile konutunun hukuki durumu düzenlenmekle birlikte, aile konutunun ne olduğu hakkında herhangi bir tanıma yer verilmemiştir.

TMK.m.194'ün gerekçesinde “Aile konutu eşlerin bütün yaşam faaliyetini gerçekleştirdiği, yaşantısını buna göre yön verdiği, acı ve tatlı günleri içinde yaşadığı, anılarla dolu bir alandır” denmektedir.

Öğretilerde aile konutu “eşlerin evlilik birliğinin devamı sırasında ortak yaşamı sürdürmenin gerekli kıldığı, bir yerde ortak yaşama ihtiyacının giderilmesinde kullanmak üzere, sürekli olarak seçtikleri, kısaca aile yaşamının merkezi haline getirdikleri, konut olarak kullanmaya elverişli taşınır veya taşınmaz yer”¹; “aile içinde eşlerin yaşam merkezi olup, kaybedildiğinde aile birliğini maddi ve manevi yönden sarsacak olan, ailenin ve diğer eşin barınma hakkını kaybedeceği konutlar”²; “Eşlerin beraberce seçmiş oldukları ve varsa çocukları ile birlikte eylemli olarak içinde yaşadıkları ortak konut”³; “sürekli barınma ihtiyacını karşılayan ve ailenin merkezi olan konut”⁴; “eşlerin iradeleri ile sürekli olarak oturmak için tahsis ettikleri, bütün yaşam faa-

1 DURAL Mustafa/ ÖĞÜZ Tufan/ GÜMÜŞ Alper, Türk Özel Hukuku, C. III., Aile Hukuku, İstanbul, 2005, s. 204; BAYGIN, Cem, 4721 Sayılı Yeni Medeni Kanunun Evlenme, Boşanma ve Evliliğin Genel Hükümleri Konusunda Getirdiği Değişiklikler, Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp'e Armağan, İstanbul, 2003, s. 437; HAVUTÇU, Ayşe, Evli Kadının Yerleşim Yeri, DEÜHFD, C. 7, S. 1, yıl: 2005, s. 41.

2 UÇAR, Ayhan, 4721 Sayılı Medeni Kanun İle İhdas Edilen Yeni Bir Müessesesi: Aile Konutu Müessesesi. e-akademi.org, Ocak 2006.

3 AKINTÜRK, Turgut, Aile Hukuku, İstanbul, 2002, C. II, Yenilenmiş 8. bası, s. 114; ACAR, Hakan, Türk Medeni Kanunu m.194 Kapsamında Aile Konutu Üzerinde İyiniyetli Üçüncü Kişilerin Hak Kazanımı, Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, No:45-46, Haziran 2008, s. 9.

4 DOĞAN, Murat, Medeni Kanunun Getirdiği Yeni Bir Müessesesi: Aile Konutu, AÜEHFD, 2002, C.VI, S. 1-4, s. 286 (“Aile Konutu” olarak kısaltılacaktır).

liyetlerinin ve ailenin merkezi olan konutlar⁵”; “eşlerin sürekli biçimde evlilik ve aile hayatlarının mekan olarak merkezi olan, ortak yaşadıkları ya da yaşamaları gereken konut⁶”; “eşlerin iradelerine göre, sürekli olarak birlikte oturmak için kullanılan ve belirlendiği üzere kullanılması gereken ortak konut⁷” olarak tanımlanmaktadır. Bu tanımlarda ortak olan nokta, aile konutunun eşlerin aile yaşamını sürekli olarak geçirdikleri yer olmasıdır.

Aile konutu tektir⁸. Tatil amaçlı kullanılan ikinci konutlar; aile yaşamına hizmet etmeyen, aksine bir mesleğin ya da ticari faaliyetin icrası amacıyla kullanılan konutlar aile konutu sayılmazlar⁹ ¹⁰. Hakim görüş aile konutunun tek olduğu yönünde olmakla birlikte, öğretide istisnai durumlarda (eğitim, sağlık vs. amaçlı olarak) birden fazla konutun aile konutu olarak kabul edilebileceği de savunulmaktadır¹¹.

5 BÜYÜKAY, Yusuf, Yeni Türk Medeni Kanunu'nun 194. Maddesinde Yer Alan Aile Konutuna İlişkin Sınırlamanın Hukuki Niteliği, e-akademi.org, Eylül 2006.

6 WEBER, Roger, Der zivilrechtliche Schutz der Familienwohnung, AJP/PJA 2004, s. 30.

7 HAUSHEER, Heinz/ REUSSER, Ruth/ GEISER, Thomas, Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band II, 1. Abteilung, Das Eherecht, 2. Teilband, Die Wirkungen der Ehe im Allgemeinen Art. 159-180 ZGB, Bern, 1999, s. 376.

8 BÜYÜKAY, e-akademi.org, Eylül 2006; WEBER, s. 30; DOĞAN, Murat, Tapu Sicilinde Tasarruf Yetkisi Kısıtlamasının Şerhi, Ankara 2004, s. 87 (“Tasarruf Yetkisi Kısıtlaması” olarak kısaltılacaktır); GÜMÜŞ, Teoride ve Uygulamada Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri, İstanbul 2008, s.67, 109; KAMANCI, Mahmut, “Aile Konutu ve Hak Sahibi Eşin Bu Konutla İlgili Tasarruflarına Karşı Diğer Eşin Katılma Hakkı”, Y.D., 2004, S. 1-2, s.117.

9 WEBER, s. 30.

10 “Aile Konutu, eşlerin bütün yaşam faaliyetlerini gerçekleştirdiği ve düzenli yerleşim amacıyla kullandıkları mekanları ifade ettiğinden, zaman zaman ya da hafta sonu kullanmak amacıyla edinilen yazlık konut, dağ evi gibi konutlar Türk Medeni Kanununun 194 üncü maddesi kapsamına girmediğinden, bu yönde gelecek taleplerin karşılanmaması” demek suretiyle TC. Başbakanlık Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü'nün 01.06.2002 tarih ve 2002/7 sayılı Genelgesinde de bu esas benimsenmiştir.

11 ŞİPKA, Şükran, Aile Konutu ile İlgili İşlemlerde Diğer Eşin Rızası (TMK.m.194), 2. Bası, İstanbul 2004, s. 83 vd. Yazara göre, ikincil konutlar eğer aileye ya da eşlerden birine meslek, sağlık, okul gibi yaşamsal önem doğuran bir yerleşim yeri sağlıyorsa, istisnai olarak bu konut da, asıl aile konutunun yanında TMK.m.194 hükmünün korumasından yararlanabilecektir (s. 87). Bu görüş eleştirilmekte, istisnai durumlarda, örneğin eğitim ve sağlık gibi, birden fazla konutun aile konutu sayılabilemesinin kabul edilmesinin, özellikle malik eş açısından asla kabul edilemeyecek sonuçlara yol açabileceği ifade edilmektedir (BÜYÜKAY, e-akademi.org, Eylül 2006). Yazar, bu görüşün kabulü halinde eşlerin bizzat yaşamlarını devam ettirdikleri eve ilave olarak, eğitim nedeniyle başka

Ailenin birden fazla konuta sahip olması ve bunlardan hangisinin aile konutu olduğu hususunda belirsizliğin söz konusu olduğu durumlarda, aile konutunun belirlenmesinde, eşlerin sosyal faaliyetlerinin yoğunlaştığı yer, eşlerin ikametgâhı, çocukların eğitim gördükleri yer vb. gibi kriterler esas alınarak bir sonuca varılmalıdır¹².

Bir konutun aile konutu olarak sayılabilmesi için, bunun tapuya kayıtlı olup olmadığının bir önemi yoktur¹³. Karavan örneğinde olduğu gibi aile konutu bir taşınır da olabilir¹⁴.

Bir taşınmazın Türk Medeni Kanununun yürürlüğe girdiği tarihten önce alınıp alınmadığı, hakkında aile konutu rejiminin uygulanması bakımından önemli değildir. Taşınmazın iktisap tarihine bakılmaksızın aile konutu koşullarını taşıyan her taşınmaz hakkında TMK.m.194 hükmü uygulanacaktır¹⁵.

2- Aile Konutu Şerhi

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu ile hukukumuzda giren yeniliklerden biri de “Aile Konutu Şerhi”dir. TMK.m.194/f.3 hükmüne göre, “Aile konutu olarak özgülünen taşınmaz malın maliki olmayan eş, tapu kütüğüne konutla ilgili gerekli şerhin verilmesini isteyebilir”. Bu hüküm malik olmayan eş diğer eşin rızasına ihtiyaç olmaksızın tapu kütüğünde taşınmazın aile konutu olduğuna dair şerh konulmasını isteme hakkı sunmaktadır.

Aile konutuna ilişkin TMK.m.194 hükmü, İsviçre Medeni Kanununun 169. maddesi esas alınarak hazırlanmış olmakla birlikte, mehzadan farklı

bir şehirde bulunan çocuklarının oturduğu ev ve aile fertlerinden birinin tedavisi için zaman zaman kullanılan evin de aile konutu sayılabileceğini ve bu istisnai durumların hiç bitmeyeceğini, oysa düzenlemenin amacının, malik olmayan eşin ve çocukların korunması, onların rahatça barınmalarının sağlanması olduğunu, Kanunun amacının, malik olan eşin tasarruf yetkilerinin bütünüyle sınırlandırılması olmadığını, aile konutunda teklik ilkesinin kabul edilmemesi durumunda, konut sayısının sınırlandırılmasında zorluklar ortaya çıkabileceğini, üçüncü veya dördüncü konutların da aile konutu sayılmalarının mümkün olabileceğini görüşüne gerekçe olarak göstermektedir. Biz de, bu gerekçelere katılıyor ve aile konutunun tek olması gerektiğini düşünüyoruz.

¹² BÜYÜKAY, e-akademi.org, Eylül 2006.

¹³ Yarg. 2. HD., 03.05.2005 T., 2005/4553 E.-2005/7237 K. s.lı ilamı (www.kazanci.com.tr).

¹⁴ GÜMÜŞ, Evliliğin Genel Hükümleri, s. 67.

¹⁵ Yarg. 2. HD. 03.05.2005 T., 2005/2547-2005/7234; Yarg. HGK., 04.10.2006 T., 2006/2-591 E.-2006/624 K. sayılı kararları.

olarak aile konutu şerhi tamamen hukukumuzda has olarak Türk Medeni Kanununa konmuştur.

Aile konutu şerhinin nasıl uygulanacağına ilişkin düzenleme, 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun yürürlüğe girmesi nedeniyle T.C. Başbakanlık Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü tarafından çıkarılan 01.06.2002 tarih ve 2002/7 sayılı Genelgede yer almaktadır. Bu genelgeye göre; malik olmayan eş evlilik birliğinin resmen devam ettiğini kanıtlayan nüfus kayıt örneği ile, bu konutta birlikte yaşantılarını sürdürdüklerini kanıtlayan muhtarlıktan alınmış belgeyi tapu sicil müdürlüğüne ibraz ettiği takdirde “Aile Konutudur” şerhi tapu kütüğüne işlenecektir. Taşınmaz mal maliki olan eşin ya da eşlerden her ikisinin birlikte talep etmesi halinde, evlilik cüzdanı veya nüfus kayıt örneğinin ibrazı yeterlidir. Bu halde başkaca bir belge aranmaksızın “aile konutudur” şerhi işlenecektir¹⁶.

Mevcut aile konutu şerhinin terkinine ilişkin olarak 2002/7 sayılı genelgeye göre, şerh malik olmayan eşin talebiyle işlenmiş ise, yine malik olmayan eşin talebiyle terkin edilir. Şerh her iki eşin birlikte talebiyle işlenmiş ise, terkin için her ikisinin de talebi aranır. Eşlerin birlikte malik olduğu paylı taşınmaz mallarda şerh eşlerden birinin talebiyle işlenmiş ise; şerhi işlettiren eşin talebiyle, malik olan eşin talebiyle şerh verilmiş ise malik olmayan eşin de talep ya da muvafakatiyle terkin işlemi gerçekleştirilir. Ancak malik olmayan eşin ya da eşlerin birlikte malik olduğu paylı taşınmaz mal-

¹⁶ Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğünün 2002/7 nolu genelgesiyle, malik olmayan eşin talebi yanında, “taşınmaz mal maliki olan eşin ya da eşlerden her ikisinin birlikte talebiyle de bu şerhin gerçekleştirilebilmesinin mümkün görülmesi eleştirilmiştir (GÜMÜŞ, Mustafa Alper, Türk Medeni Kanunu’nun Getirdiği Yeni Şerhler, Birinci Basıdan İkinci Tıpkı Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2007, s. 55 (Şerhler olarak kısaltılacaktır). Yazara göre, Kanunun lafzından hareket edildiğinde TMK.m.194/f. 3 şerh talep yetkisini malik olmayan eşe tanımıştır. Kanunun bu ifadesi karşısında bir genelge ile aile konutu olarak özgülünen konutun maliki olan eşe de bu olanağı tanımak mümkün olmasa gerektir. Malik olan eşin, işlem tarafı olan üçüncü kişiye yönelik işlem konusu taşınmazın aile konutu olduğuna dair aydınlatma yükümünden kaynaklanan akdi sorumluluğunun giderilmesi kapsamında, malik olan eşe de böyle bir şerh olanağının tanınması, olması gereken hukuk bakımından uygun bir sonuç olabilir. Ancak mevcut hukuk bakımından mülkiyet sahibi eşin böyle bir şerh talebi olanağı bulunmamaktadır (GÜMÜŞ, Şerhler, s. 55). Kanunimizce, TMK.m.194/f.3’ün aile konutu olarak özgülünen taşınmazın maliki olmayan eşin tapu kütüğüne konutla ilgili gerekli şerhin verilmesini isteyebilmesi şeklindeki düzenlemeden, malik olan eşin şerhi talep edemeyeceği sonucuna varılamaz. Lafza göre yapılacak yorumla, sanki sadece malik olmayan eşin şerhin verilmesini isteyebileceği düşünülebilirse de, kanunun amacının malik olmayan eşin, taşınmaz malikinin onayı gerekmeksizin şerh verilmesini isteyebilmesini temin etmek olduğu açıktır. Bu nedenle kanunun amacı dikkate alınarak, malik olmayan eşin de aile konutu şerhi verilmesini isteyebilmesinde bir engel olmadığını düşünmekteyiz.

larda şerh talebinde bulunan eşin ölümü ya da bu konuda alınmış mahkeme kararının ibrazı halinde diğer eşin tek taraflı talebiyle de terkin işlemi gerçekleştirilmelidir.

Aile konutu şerhi eşlerden herhangi birinin tek taraflı talebiyle işlenmiş ise, TMK.m.1019 gereğince malik olan eşe durum tebliğ edilmelidir. TMK.m.1019 hükmüne göre, tapu memuru, ilgililerin bilgisi dışında yapmış olduğu işlemleri onlara tebliğ etmekle yükümlüdür. İlgililerin bu işlemlere karşı itiraz süresi, kendilerine yapılan tebliğ tarihinden itibaren başlar.

Genelgeye göre, üzerinde “aile konutudur” şerhi bulunan taşınmazlarda eşlerin rızaları alınmadıkça tapu kütüğü üzerinde tasarruf işlemleri yapılmayacaktır.

Bir konutun aile konutu olarak sayılması, onun aile konutu olarak şerh edilmiş olmasına bağlı değildir. Yani, aile konutu şerhi kurucu özellikte olmayıp, açıklayıcı mahiyettedir^{17 18}. Bu şerh ile eşler bir taşınmazı fiilen ortak yaşamın merkezi haline getirdiklerini üçüncü kişilere duyurmaktadırlar¹⁹. Bu nedenle, tapuda aile konutu şerhi konulmamış olsa da, fiilen aile konutu olarak tahsis edilmiş konut TMK.m.194 hükmüne tabi olacaktır.

Aile konutu şerhinin gerçek anlamda bir şerh olmadığı, burada bir “beyan” söz konusu olduğu, aile konutu üzerindeki bazı işlemlerin yapılmasına getirilen sınırlamaların doğrudan doğruya kanundan doğduğu da savunulmaktadır²⁰.

3- Aile Konutuna İlişkin Getirilen Sınırlamalar

TMK.m.194/f.1 hükmüne göre, eşlerden biri diğer eşin açık rızası bulunmadıkça, aile konutu ile ilgili kira sözleşmesini feshedemez, aile konutunu devredemez veya aile konutu üzerindeki hakları sınırlayamaz.

17 GÜMÜŞ, Evliliğin Genel Hükümleri, s. 91.

18 “Aile konutu olarak özgülünen taşınmaz malın maliki olmayan eş tarafından tapu kütüğüne konutla ilgili gerekli şerhin verilmesi istenilmemiş olsa bile işlem tarafı iyiniyetli üçüncü kişinin aynı hak kazanımı 4721 sayılı TMK'nın 1023. maddesi hükmü ile korunmuştur. Şerhin etkisi ise eşin rızası alınmadan gerçekleştirilen kazandırıcı işlemlerin üçüncü kişinin iyiniyetine rağmen geçersiz sayılacağına yöneliktir” (Yarg. HGK., 04.10.2006 T., 2006/2-591 E.-2006/624 K. s.lı kararı), (www.kazanci.com.tr).

19 GÜMÜŞ, Evliliğin Genel Hükümleri, s. 91-92.

20 HATEMİ, Hüseyin, Aile Hukuku I (Evlilik Hukuku), İstanbul 2005, s. 78.

Aile konutuna ilişkin getirilen sınırlamalar hukuksal işlemlere ilişkindir²¹. Kanunun bu formülü fiili veya pasif davranışları kapsam dışı bırakmaktadır²². Örnek vermek gerekirse, hak sahibi eş konutta tadilat yapmak, binayı bağımsız bölümlere ayırmak gibi fiili davranışları için diğer eşin muvafakatini sağlamak zorunda değildir. Bu tarz işlemlerden aile konutu zarar görse dahi, TMK.m.194 hükmü burada uygulama alanı bulamayacaktır²³. Kanunda sayılan hukuksal işlemler tasarruf işlemleridir. Mülkiyeti devretme veya sınırlı ayni hak kurma işlemlerinin tasarruf işlemi olduğunda duraksama yoktur. Kira sözleşmesinin feshi işlemi de sonucu bakımından geniş anlamda tasarruf işlemi olarak görülmelidir²⁴.

Aile konutu olarak özgülünen taşınmazın maliki olan eş, diğer eşin açık rızası olmaksızın kira sözleşmesini feshedemez. Kira sözleşmesinin feshinin yanı sıra, kira sözleşmesinin devri, alt kira sözleşmesi kurulması, tapu kütüğünde kayıtlı kira sözleşmesinin terkinde de diğer eşin rızasına bağlıdır²⁵.

TMK.m.194 gereğince, aile konutu olarak özgülünen taşınmazın maliki olan eş, diğer eşin rızası olmaksızın konutu devredemez. Konutu devretmekten kasıt, taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkının devredilmesidir. Bu anlamda mülkiyetin devrine yönelmiş olan her türlü hukuki işlem diğer eşin rızasını gerektirir. Satış, bağışlama, trampa, bir ortaklığa sermaye olarak koyma vs. arasında diğer eşin rızasının aranması bakımından herhangi bir fark bulunmamaktadır²⁶.

TMK.m.194 kapsamına giren mülkiyetin devrine yönelik işlemler hak sahibi eşin iradesine dayanan işlemlerdir. Onun iradesi dışında gerçekleşen olaylar kapsam dışıdır. TMK.m.194 hükmü aile konutunun icra yolu ile satılmasına ya da kamulaştırma suretiyle mülkiyetin kaybına engel teşkil etmez²⁷.

21 BRAEM/HASENBOEHLER, N. 47.

22 BRAEM/HASENBOEHLER, N. 46.

23 ŞIPKA, s. 116.

24 HATEMİ, s. 77-78. "Harcama işlemlerini: "Bir hakkı başka bir malvarlığına aktaran, bir hakkı ortadan kaldıran, bir hakkı sınırlı ayni hak ile kayıtlayan işlemler" olarak tanımlıyoruz. Kira sözleşmesinin feshi ve sonuçta konutun tahliyesi ile, zilyetliğin sağlandığı nisbi hak güçlenmesinden feragat edilmiş olmaktadır (Hakka son verme)" (s. 78).

25 BRAEM/HASENBOEHLER, Art. 168, N. 49; Botschaft 217.221.

26 BRAEM/HASENBOEHLER, N. 51.

27 HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 169, N. 35.

Hak sahibi olan eşin TMK.m.194 kapsamına giren mülkiyeti devir borcu doğuran işlemleri sağlar arası işlemlerdir. Kanunun bu hükmü malik olan eşin ölüme bağlı tasarruf özgürlüğüne herhangi bir kısıtlama getirmemektedir²⁸.

TMK.m.194/f. 1’de diğer eşin rızası olmaksızın kira sözleşmesinin feshedilemeyeceğini ve aile konutunun devredilemeyeceğini belirttikten sonra, son olarak aile konutu üzerindeki hakların sınırlanamayacağını da düzenlemiştir. Diğer eşin rızası olmaksızın sınırlanamayacak olan aile konutu üzerindeki hakların neler olduğu Kanunda sayma suretiyle gösterilmemiştir. Bu nedenle bunların hangi haklar olduğu incelenmelidir.

Mehaz Kanunda (sadece diğer eşin açık rızasıyla) “başkaca hukuki işlemlerle aile konutu üzerindeki hakları sınırlayabilir” (durch andere Rechtsgeschäfte die Rechte an den Wohnraeumen der Familie beschaenken) ifadesi kullanılmıştır.

Kanun genel kloz tarzında formül getirmiştir. Kanunun bilinçli şekilde açıkça seçtiği bu formül aile konutu korumasının geniş bir temele yayılmasını mümkün kılmaktadır²⁹. Aile konutu üzerindeki hakları sınırlayan işlemlerin ne olduğunun somutlaştırılması normun amacından çıkarılabilecektir. Aile konutunun kullanımına devamı imkansız kılan ya da önemli ölçüde zarar veren hak sahibi eşin tek başına yaptığı her işlemde diğer eşin rızasının aranması gerektiği söylenebilecektir³⁰.

Bir hakkın diğer eşin rızasına bağlı olup olmadığı hususunda belirleyici olan, hak sahibi olan eşin yapmak istediği işlemin aile konutu kullanımını engellemesi ya da önemli ölçüde güçleştirmesidir. Burada bir aynı hak mı yoksa nisbi hak mı söz konusu olduğu hiçbir şekilde rol oynamaz³¹.

Hak sahibi olan eş diğer eşin rızası olmaksızın aile konutu üzerinde oturma hakkı ya da intifa hakkı tesis edemez. Hak sahibi olan eşin diğer eşin rızası olmaksızın aile konutu üzerinde bu tarz hakları tesis edebilmesi halinde, aile konutu ile getirilen koruma düşüncesi temelsiz kalacaktır.

28 HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 169, N. 36; BRAEM/HASENBOEHLER, Art. 169, N. 47; ŞIPKA, s. 119.

29 BRAEM/HASENBOEHLER, N. 52.

30 HASENBOEHLER, Franz, Verfügungsbeschaenkungen zum Schutze eines Ehegatten, BJM 1986, s. 71).

31 GROSSEN, Jaques-Michel, Le statut patrimonial de base. Les effets generaux du mariage, in: Le nouveau droit du mariage, Lausanne 1986, s. 23 (BRAEM/HASENBOEHLER, N. 52’den naklen).

Üzerinde aile konutunun bulunduğu arazi veya tesiste üçüncü kişi lehine süreli veya süresiz bir üst hakkı tanınması durumunda da diğer eşin rızası aranması amaca uygun olacaktır³². Üçüncü kişiye tanınacak olan üst hakkı aile konutunun dışındaki bir kısma ilişkin ise ve tesis edilmek istenen hakka rağmen diğer eş aile konutu üzerindeki kullanma imkanını önemli ölçüde koruyabiliyor ise TMK.m.194 uygulama alanı bulmaz, hak sahibi olan eş diğer eşin rızası olmaksızın bu işlemi gerçekleştirebilir³³.

Belçika ve Fransız Hukuklarında aile konutu üzerinde ipotek tesisi açıkça diğer eşin rızasına bağlanmıştır (Belçika MK.m.215; Fransız MK.m.215). Aynı açıklık İsviçre ve Türk Hukukunda mevcut değildir. Bu da beraberinde tartışmaları getirmektedir. İsviçre Hukukunda ve Türk Hukukunda tartışmalıdır³⁴. Belçika ve Fransız Hukuklarındaki düzenleme örnek gösterilerek İsviçre Hukukunda da ipotek işleminin diğer eşin rızasına bağlı olması gerektiği savunulmuştur³⁵. İpotek işleminde aile konutu için tehlike potansiyeli bulunduğu, ancak bu tehlike potansiyelinin her zaman eşit ağırlıkta olmadığı, ipotek işleminin prensip olarak diğer eşin rızasına tabi olduğunu söylemenin orantısız olacağı, ipoteğin diğer eşin açık rızasına tabi olmasının ana kural olmadığı, bunun istisnai durumlarda söz konusu olacağı belirtilerek, istisnai bir durum söz konusu olduğunda ve aile konutu için ciddi bir risk bulunduğu, konutu kaybetme riski bulunan eşin rızasının alınmasının nesnel olarak haklı görülebileceği de İsviçre öğretisinde savunulan görüşler arasındadır³⁶. Bir görüşe göre, tapu memuru aile konutunda diğer eşin oturma hakkının ileride ciddi bir tehlikeye maruz kalıp kalmayacağını değerlendirmelidir. Bu değerlendirme sonucunda tehlikenin varlığına kanaat getirilmesi halinde diğer eşin rızasının aranması gerekir³⁷. İsviçre Federal Mahkemesi bazı istisnai hallerde, somut olayın özellikleri de dikkate alınarak ipotek işlemlerinde diğer eşin rızasının aranabileceği görüşündedir³⁸.

32 ŞİPKA, s. 124.

33 GÜMÜŞ, Evliliğin Genel Hükümleri, s. 77. Aile konutu üzerinde hak sahibi eşin hakkının sınırlı aynı bir hakka dayanması durumunda, bu haktan feragat etmenin ya da bu hakkı başkasına devretmenin de, diğer eşin rızasına tabi olduğu ifade edilmektedir (ŞİPKA, s. 129).

34 Bu tartışmalar için bkz. ŞİPKA, s. 124 vd.

35 GROSSEN, s. 23 (ŞİPKA, s. 125'ten naklen).

36 BRAEM/HASENBOEHLER, N. 56.

37 HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 169, N. 46, 46 a.

38 BGE 118 II 489.

Türk Hukukunda bir görüşe göre, ülkemizin ekonomik şartları nedeniyle her tür ipoteğin aile konutunun kaybedilmesi konusunda ciddi bir tehlike olduğu yadsınamayacağından, ayrıca diğer eşin rızasının aranmaması durumunda hak sahibi eş tarafından kötüniyetli ve muvazaalı işlemler ile aile konutunun bu yolla elden çıkarılması tehlikesinin bulunması nedeniyle, daha işlem yapılırken diğer eşin rızası aranmalıdır³⁹. İpotek hakkının mutlak surette diğer eşin rızasına tabi olduğu da savunulmaktadır⁴⁰.

Üçüncü kişiye koşulsuz bir alım hakkı tanınması halinde diğer eşin rızasının alınması şarttır⁴¹.

4- Aile Konutuna İlişkin Sınırlamaların Hukuksal Niteliği

TMK.m.194 hükmü ile getirilen sınırlamaların hukuksal niteliği tartışmalıdır. Tartışmalarda eşlerin fiil ehliyetinin sınırlandığı, bunun bir katılma hakkı olduğu, kanundan doğan bir sınırlama olduğu ve tasarruf yetkisi sınırlaması olduğu yönünde görüşler mevcuttur.

Hak sahibi olan eşin aile konutu üzerinde işlem özgürlüğünü kısıtlayan Art. 169 ZGB hükmünün eşin fiil ehliyetini sınırlandığı görüşü savunulmaktadır⁴². Art 168 ZGB (TMK.m.193) hükmünün kanunda aksi düzenlenmedikçe eşlerden her birinin diğeri ve üçüncü kişilerle her türlü hukuki işlemi yapabilmesini düzenlemesi, bunun akabinde bir sonraki maddede (Art. 169 ZGB/TMK.m.194) aile konutu sınırlamasına yer verilmesi birlikte değerlendirilerek, aile konutuna ilişkin sınırlamanın eşlerin hukuki işlem yapma özgürlüğünü sınırlandığı ifade edilmektedir⁴³. Aile konutuna ilişkin düzenleme-

39 ŞİPKA, s. 127. Yazar, Fransız ve Belçika Medeni Kanunlarındaki düzenlemelerin kendi fikrini destekleyici örnekler olduğunu, ayrıca işlem yapan eşin aile konutu için ciddi bir tehlike doğurmadığı ve diğer eşin haklı bir sebep olmaksızın rızasını açıklamaktan kaçındığını iddia ederek, her zaman TMK.m.194/III kapsamında hakime başvurabileceğini belirtmektedir (. 126-127).

40 GÜMÜŞ, Evliliğin Genel Hükümleri, s. 77. Yazar, aksi görüşün kabulü halinde de, ciddi tehlikeye ilişkin değerlendirmenin tapu memuruna bırakılmaması gerektiğini ifade etmektedir (s. 77).

41 BRAEM/HASENBOEHLER, N. 52.

42 GROSSEN, s. 106 (ŞİPKA, s.39, dn. 131'den naklen); HEGNAUER/BREITSCHMID, Art. 169, N. 17; ZOBL, Dieter, Die Auswirkungen des neuen Eherechts auf das Immobiliarsachenrecht, SJZ, 1988, s. 132, 134.

43 BRAEM/HASENBOEHLER, Art. 169, N. 11. Aile konutuna ilişkin düzenlemenin eşlerin fiil ehliyetine yönelik sınırlama olduğu görüşü İsviçre'de baskın görüştür (N. 11).

nin eşlerin fiil ehliyetini sınırladığı görüşünün kabulü halinde, hem borçlandırıcı işlem, hem de tasarruf işlemi geçersiz sayılacaktır.

Bir görüş yasakoyucunun eşlerin ve onlarla hukuki işlemler kuran üçüncü kişilerin serbest davranış alanını gereğinden fazla sınırlamak istememesinden hareketle, aile konutuna ilişkin düzenlemeyi bir tasarruf sınırlaması olarak görmekte⁴⁴. Aile konutuna ilişkin sınırlama tasarruf yetkisi sınırlaması olarak görüldüğü takdirde, sadece tasarruf işlemi geçersiz sayılırken, tasarruf işleminin dayanağı olan borçlandırıcı işlem hukuken geçerli olarak kurulmuş olacaktır. Tasarruf yetkisindeki geçersizlik butlan benzeri kendine özgü bir hükümsüzlük olarak değerlendirilmektedir⁴⁵.

Başka bir görüşe göre ise, aile konutuna ilişkin düzenlemenin bir tasarruf sınırlaması mı yoksa fiil ehliyeti sınırlaması mı olduğu sorusunun ortaya atılması isabetli değildir. Burada kamusal ya da özel çıkarlardan dolayı hukuki işlemlerin meydana gelmesinin bazı ilgili kişilerin katılımına veya rızasına bağlanması söz konusudur. Bu tarz normlar fiil ehliyetini ya da tasarruf yetkisini sınırlayan normlardan farklı bir düzlemedirler⁴⁶. Aile konutu yasakoyucu tarafından evlilik birliği için vazgeçilmez bir malvarlığı olarak görülmüştür. Bu nedenle aile konutu üzerinde hak sahibi olmayan eşe bir katılım hakkı tanınmakta ve o, konut üzerinde kanundan doğan bir nevi birlikte hak sahibi sayılmaktadır⁴⁷. Bu görüşe göre de, katılma hakkı olan eşin rızasının alınmamış olması hem borçlandırıcı işlemin, hem de tasarruf işleminin geçersizliği sonucunu doğuracaktır⁴⁸. Diğer eşin rızasının alınmamış olması nedeniyle yapılan satış işlemine rağmen intikalin gerçekleşmemesinden dolayı, işlemin karşı tarafı aile konutu hakkında kendisinin bilgilendi-

44 HAUSHEER/REUSSER/GEISSER, Art. 169, N. 37 ve 38; GÜMÜŞ, Evliliğin Genel Hükümleri, s. 82; DOĞAN, Tasarruf Yetkisi Sınırlaması, s. 109; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, Eşya Hukuku, 11. Bası, İstanbul 2006, s. 215; ERTAŞ, Şeref, Yeni Türk Medeni Kanunu Hükümlerine Göre Eşya Hukuku, 5. Bası, Ankara 2004, s. 193..

45 GÜMÜŞ, Evliliğin Genel Hükümleri, s. 82. Örneğin aile konutunun satımına ilişkin tapuda yapılan sözleşme geçerli olacak, ancak satıcı eşin tek taraflı tescil talebine bağlı olarak gerçekleştirilecek olan tescil, diğer eşin rızası olmaması nedeniyle tasarruf yetkisi eksikliğinden dolayı mülkiyetin intikalini sağlamayacak, alıcı adına yapılan tescil yolsuz tescil oluşturacaktır (s. 82-83).

46 PIOTET, Paul, La nature des regles protegant le logement familial suisse, in: FS, H. GIGER, Bern 1989, s. 547 vd. (BRAEM/HASENBOEHLER, Art. 169, N. 13'ten naklen); ŞİPKA, s.41

47 ŞİPKA, s. 51.

48 ŞİPKA, s. 53.

rilmemiş olması nedeniyle hak sahibi olan eşin culpa in contrahendo sorumluluğu yoluna gidebilecektir⁴⁹.

Aile konutu hakkında getirilen sınırlamanın sözleşme özgürlüğünün kanundan doğan bir sınırlaması olduğu da savunulmaktadır⁵⁰.

II- Diğer Eşin Rızası Alınmaksızın Aile Konutunun Devri Ya Da Aile Konutu Üzerindeki Hakların Sınırlandırılmasında Üçüncü Kişilerin İyiniyetinin Korunup Korunmayacağı

1- Genel Olarak

Hak sahibi olan eşin, diğer eşin rızasını almaksızın kanunun yasakladığı işlemlerden birini gerçekleştirilmesi durumunda yapılan işlem geçersizdir. Diğer eş rızasını açıklayana kadar işlem askıda hükümsüzdür. Rızanın daha sonra elde edilmesi durumunda askıda hükümsüzlük sona erer ve verilen icazetle işlem geçerlilik kazanır. Aile konutu üzerinde yapılan işlemin konusunun mülkiyetin devri ya da bir sınırlı aynı hak tesisi olması durumunda tapu sicilinin aleniyeti ekseninde bazı tartışmalar söz konusu olabilecektir.

Burada öncelikle Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 2006 yılında vermiş olduğu karara değinilecek, daha sonra öğretilerdeki görüşler aktarılacak, nihayetinde kanaatimiz açıklanacaktır.

2- Yargıtay'ın Uygulaması

Yargıtay 1. HD. bir boşanma davası sırasında hak sahibi eş tarafından satılan taşınmazın tahliye edilmemesi nedeniyle, malik olmayan eşe karşı açılan el atmanın önlenmesi davasında, aile konutunun iyiniyetle iktisabının mümkün olmayacağı yollu yerel mahkeme kararını gerek davacının mülkiyet hakkına değer verme, gerekse davalının muvazaa iddialarının incelenmesi gerektiği gerekçesiyle bozmuştur⁵¹. Her ne kadar bahsi geçen kararda

⁴⁹ DURAL, Mustafa/ÖĞÜZ, Tufan/GÜMÜŞ, Mustafa Alper, Türk Özel Hukuku Cilt III, Aile Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 2005, s. 211.

⁵⁰ KILIÇOĞLU, Ahmet, Medeni Kanunu'muzun Aile-Miras ve Eşya Hukukunda Getirdiği Yenilikler, 2. bası, Ankara 2004, s. 40 ("Yenilikler" olarak kısaltılacaktır); KILIÇOĞLU, Ahmet, Türk Medeni Kanununda Diğer Eşin Rızasına Bağlı Hukuksal İşlemler ve Yasal Alım Hakkı, Ankara 2002, s. 5 (Diğer Eşin Rızası" olarak kısaltılacaktır).

⁵¹ "Davacı, davalı Mustafa'dan 7.1.2005 tarihinde satın alarak kayden maliki olduğu 206 ada 40 parsel 4.kat 6 nolu dairenin, tahliye taahhüdüne rağmen, halen davalılar tarafından işgal edildiğini ileri sürüp; elatmanın önlenmesi ve ecrimisil isteğinde bulunmuştur.

iyinlikle iktisap tartışmalarına girilmemiş ise de, bir yandan davacıların mülkiyet hakkına değer verilmesi gerektiğine, öte yandan muvazaalı iddialarının da araştırılmasının zorunlu olduğuna işaret edilmiş olması, Yarg. 1.

Davalı Mustafa, çekişmeli taşınmazı davacıya sattığını, tahliye taahhüdünü süresinin sona ermesinden önce yerine getirdiğini ve evden ayrılmış olduğunu, halen dava konusu dairede, aralarındaki boşanma davası devam eden diğer davalı eşi Meryem'in oturduğunu belirtip, davanın reddini savunmuştur.

Diğer davalı Meryem, davacı ve diğer davalı eşi Mustafa arasında muvazaalı temlik yapıldığını, dava konusu dairenin aile konutu olup, füzuli şağil olmadığını beyan ederek, davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, dava konusu dairenin aile konutuna özgülendiği ve Türk Medeni Kanununun 194/1 maddesi karşısında izinsiz devredilemeyeceği, tapu kaydında şerh bulunmasa dahi Türk Medeni Kanununun 2. maddesi gereğince bu niteliği taşıyan evin davacı tarafından iyinlikle kazanıldığı sonucuna varılamayacağı; çekişmeli yerde davalı Meryem'in çocuklarıyla birlikte kaldığı, davalı Mustafa'nın ise boşanma davasıyla birlikte evi terk ettiği, ancak infak, işe ve bakım yükümlülüğünün devam ettiği gerekçesiyle; elatmanın önlenmesi davasının her iki davalı yönünden de reddine, ecrimisil bakımından ise, davalı Meryem hakkındaki davanın reddine, davalı Mustafa yönünden kısmen kabule karar verilmiştir.

(...) Toplanan delillerden ve tüm dosya içeriğinden, çekişmeli kat mülkiyeti kurulu 40 parsel sayılı taşınmazdaki 6 numaralı bağımsız bölümü davacının, davalı Mustafa'dan satın alım yolu ile 7.1.2005 tarihinde edindiği, önceki malik Mustafa'nın Kadıköy 2. Noterliğinde düzenlenen belge ile bağımsız bölümü 10.4.2005 tarihinde boşaltmayı taahhüt ettiği, halen bu yerde davalı Meryem'in çocukları ile birlikte oturduğu ve adı geçen davalının, çekişmeli yerin aile konutu niteliği taşıdığı, eşi tarafından davacıya satışının muvazaalı olduğu yolunda savunma getirdiği anlaşılmaktadır.

Bilindiği ve Türk Medeni Yasasının 683. maddesinde düzenlendiği üzere, bir şeye malik olan kimse, hukuk düzeninin sınırları içinde, o şey üzerinde dilediği gibi kullanma, yararlanma ve tasarrufta bulunma yetkisine sahiptir.

Malik, malını haksız olarak elinde bulunduran kimseye karşı istihkak davası açabileceği gibi, her türlü haksız elatmanın önlenmesini de dava edebilir.

Öte yandan, Türk Medeni Yasasının 194. maddesinde aile konutu ile ilgili hükümler getirilmiştir. 194. maddesinin gerekçesinde yapılan tanımlamadan da anlaşılacağı üzere aile konutu, eşlerin ve varsa çocuklarının bütün yaşam faaliyetlerini gerçekleştirdiği, yaşantısına buna göre yön verdiği acı ve tatlı günleri içinde yaşadığı, anılarla dolu bir alandır.

Bu durumda, davacının mülkiyet hakkına değer verme yanında, davalının taşınmazın aile konutu olduğu ve davacıya muvazaalı biçimde temlik edildiği savunmasının irdelenmesinde zorunluluk vardır.

Hal böyle olunca, davalı Meryem'e, çekişmeli taşınmaz bakımından aile konutundan kaynaklanan haklarını kullanması ve bu yönde dava açması için önel verilmesi açıldığı taktirde sonucunun belirlenmesi ve varılacak sonuç çerçevesinde bir karar verilmesi gerekirken, mülkiyet hakkını bertaraf eder nitelikte yazılı biçimde hüküm kurulması doğru değildir" (Yarg. 1. HD. 09.11.2006 T., 2006/8764 E.-2006/10972 K. -İBD, C. 81, S. 3, Yıl 2007, s. 1153 vd.-).

HD.'nin TMK.m.194 hükmünü diğer eşin rızasının alınmadığı hallerde işlem tarafı olan alıcılara mülkiyet hakkının hiçbir şekilde geçmeyeceği şeklinde algılamadığını açıkça ortaya koymaktadır. Bunun doğal sonucu olarak, işlemin muvazaalı olmadığı hallerde, mülkiyetin devrinin gerçekleşip gerçekleşmediğini tespit bakımından işlem tarafının iyiniyetli olup olmadığının araştırılması gerekecektir.

Yargıtay 2. HD. önüne gelen bir olayda aile konutunu satın alan alıcıların satıma konu taşınmazın aile konutu olduğunu bildiği gerekçesiyle, davacı eşin açtığı tapu iptali ve tescil davasının kabul edilmesi gerektiğine karar vermiş ve TMK.m.194'te öngörülen aile konutu şerhini tasarruf sınırlaması şerhi olarak gören ve bu şerhin kurucu şerh olduğunu, bu nedenle şerh bulunmayan hallerde üçüncü kişilerin iyiniyetli olup olmadığına da bakılmaksızın devri geçerli görerek davayı reddeden ilk derece mahkemesinin kararını⁵² bozmuştur⁵³. Yargıtay 2. HD.'nin bahse konu kararından, aile konutu

52 Sivas Aile Mahkemesi, 28.10.2004 gün ve 609-1142 sayılı kararı. Davacı, üzerinde aile konutu şerhi bulunmayan dava konusu meskenin, tapuda kayden malik olan eşi tarafından, kendisinin rızası alınmadan davalılara satıldığını, dava konusu meskenin 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 194. maddesinde ifadesini bulan aile konutu olduğunu ileri sürerek; davalılar üzerinde bulunan tapu kaydının iptali ile eşi adına tesciline ve tapu kütüğüne taşınmazın aile konutu olduğuna ilişkin şerh konulmasına karar verilmesini talep ve dava etmiştir. Davalılar; 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun satıştan altı ay sonra yürürlüğe girdiğini, bu itibarla geçmişe etkili olamayacağını savunarak, davanın reddine karar verilmesini cevaben bildirmişlerdir. Mahkemece, "davanın kabulüne" dair verilen ilk karar; Yarg. 2. HD tarafından "husumetin malik eşe de yöneltilmesi gereğine" işaretle bozulmuştur. Bu karar üzerine yerel mahkeme bozma kararına uymuş ve yapılan yargılama sonucunda, davalıların tapu kaydına güvenle, aile konutu olduğunu bilmeden taşınmazı satın aldıkları ve meskenin davacı eşin rızası hilafına satıldığını bilmedikleri gerekçesiyle davanın reddine karar vermiştir.

53 "4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu 1.1.2002 tarihinde yürürlüğe girmiş, yeni kanunda 194, 240, 254, 279 ve 652. maddelerde "aile konutu" adı altında yeni bir hukuki kavram getirmiştir. Türk Medeni Kanununun 194/1. maddesi " eşlerden biri diğer eşin açık rızası bulunmadıkça, aile konutu ile ilgili kira sözleşmesini feshedemez; aile konutunu devredemez veya aile konutu üzerindeki haklarını sınırlandıramayacağını " hükmüne bağlamıştır. Bu düzenleme ile Tapu Sicilinde konutun maliki olarak gözüken eşin, hukuki işlem özgürlüğü diğer eşin katılımına onamına bağlanmıştır. Amaç aile konutunun ve bu konutla ilgili kanuni hakları koruma altına almaktır. Bu koruma evlilik birliği devam ettiğine göre 4721 sayılı kanunun yürürlüğe girişi 1.1.2002'den önceki edinilmiş aile konutları içinde geçerlidir. Toplanan delillerden dava konusu taşınmazın eşler tarafından kendilerine aile konutu olarak özgülendikleri tartışmasızdır. Davalılar Harun ve Hadi'nin taşınmazı satın alırken bu yerin aile konutu olduğunu ve davacının da satış rızasının bulunmadığını bildikleri sabittir. Türk Medeni Kanununun 1023. maddesi koşulları da gerçekleşmemiştir. Bu açıklamalar karşısında davanın kabulü gerekirken yazılı şekilde reddi uygun görülmemiştir" (Yarg. 2. HD. 03.05.2005 T., 2005/2547-2005/7234), (www.kazanci.com.tr).

şerhi konulmamış bulunan hallerde, alıcıların iyiniyetli olması durumunda aile konutunun devri ile mülkiyetin intikal edeceği görüşünde olduğu anlaşılmaktadır.

Yargıtay 2.HD.'nin bu kararına karşı yerel mahkemenin direnme kararı vermesi üzerine⁵⁴, dava dosyası Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nda görülmüş ve direnme kararı gerekçeye ilişkin bir karşı oy ile bozularak, daire kararına uyulması gerektiğine karar verilmiştir⁵⁵. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Yarg. 2. HD. Kararına uyulması gerektiği yönünde görüş bildirmiş ve yerel mahkemenin direnme kararını bozmuştur. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu aile konutu şerhinin kurucu şerh olmadığını, TMK.m.194 hükmünün TMK.m.1023 kapsamında tapuya güven ilkesini ortadan kaldırmadığı, iyiniyetli alıcıların taşınmazın mülkiyetini kazanabileceklerini, somut olayda davalıların taşınmazın aile konutu olduğunu bilmeleri nedeniyle iyiniyetli sayılmayacaklarına hükmetmiştir⁵⁶. Karşı oy beyan eden üyeye göre, aile

54 Yerel mahkemenin direnme gerekçesi "Türk Medeni Kanununun 194/1. maddesinde ifadesini bulan aile konutunun devir ve buna ilişkin malikin işlem yasağının, taşınmaza daha önceden aile konutu olduğuna yönelik bir şerh konulması halinde mümkün olacağı ve ancak bu halde, üçüncü kişilerin ve dolayısıyla davalıların taşınmazın devrine ilişkin iyiniyetli olup olmadıklarının değerlendirilebileceği" şeklindedir.

55 Yarg. HGK., 04.10.2006 T., 2006/2-591 E.-2006/624 K. s.lı kararı.

56 Madde gerekçesinde de ifade edildiği üzere, aile konutu eşlerin bütün yaşam faaliyetlerini gerçekleştirdiği, yaşantısına buna göre yön verdiği, acı ve tatlı günleri içinde yaşadığı, anılarla dolu bir alandır.

Bu kadar önemli olduğu açık olan bir malvarlığıyla ilgili olarak eşlerin tek başlarına hukuki işlem yapması, diğer eşin önemli yararlarını zedeler. Bu nedenledir ki, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 194. maddesi hükmü ile bu konutun başkalarına devri diğer eşin rızasına bağlanmıştır. Başka bir anlatımla, aile konutu olarak özgülenen taşınmazın mülkiyetinin devri diğer eşin rızasına bağlı bir hukuki işlem olarak kabul edilmiştir. (Bilge ÖZTAN, Aile Hukuku, Ankara-2004, s. 207; Ahmet M. KILIÇOĞLU, Türk Medeni Kanunu'nda Diğer Eşin Rızasına Bağlı Hukuksal İşlemler ve Yasal Alım Hakkı, Ankara-2002, s. 18)

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 194. maddesi III. fıkrası hükmü ile rıza alınmadan yapılacak işlemleri önleyebilmek amacıyla tapu kütüğüne şerh verilmesi olanağı getirilmiştir. Ancak, hemen belirtmek gerekir ki, anılan madde ile tapuya güven ilkesine bir istisna getirilmiş değildir (KILIÇOĞLU, s. 20).

Aile konutu olarak özgülenen taşınmaz malın maliki olmayan eş tarafından tapu kütüğüne konutla ilgili gerekli şerhin verilmesi istenilmemiş olsa bile işlem tarafı iyiniyetli üçüncü kişinin aynı hak kazanımı 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 1023. maddesi hükmü ile korunmuştur.

Şerhin etkisi ise eşin rızası alınmadan gerçekleştirilen kazandırıcı işlemlerin üçüncü kişinin iyiniyetine rağmen geçersiz sayılacağına yöneliktir. Bu sebeple, yerel mahkemenin tasarruf yetkisi sınırlamasının şerh ile doğacağı; eş söyleyişle, şerhin bir "kurucu

konutu olarak özgülenen taşınmaz malın maliki olan eş, diğer eşin "açık rızası bulunmadan" üzerinde şerh bulunmayan aile konutunu devretmişse, işlem tarafı üçüncü kişinin iyiniyeti hiçbir şekilde korunmaz⁵⁷. Karşı görüşe göre TMK.m.194 ile getirilen sınırlama fiil ehliyetine ilişkin bir sınırlamadır⁵⁸. Gene bu görüşe göre, Kanun eşin rızasından değil, açık rızasından

şerh" olduğuna ve işlem tarafı üçüncü kişinin iyiniyetli olmasının aranmasına gerek kalmaksızın kazanımının korunması gerekeceğine ilişkin belirlemesi yerinde değildir.

Bilindiği üzere 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 1023. maddesi, tapuya güven ilkesini öngörmektedir. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 194. maddesi III. fıkrası ise, tapuya güven ilkesinin aynen sürdürülmekte olduğunun bir ifadesidir. (KILIÇOĞLU, s. 20)

Bu açıklamalar ışığında somut olaya bakıldığında; dava konusu taşınmazın eşler tarafından kendilerine aile konutu olarak özgülendiği tartışmasızdır. İşlem tarafı olan davalılar Harun ve Hadi'nin taşınmazı satın alırken bu yerin aile konutu olduğunu ve davacı malik olmayan eşin satışa rızasının bulunmadığını bildikleri de kuşku ve duraksamadan uzaktır.

Şu hale göre, tapuya güven ilkesini esas alan Türk Medeni Kanununun 1023. maddesi koşulları da işlem tarafı olan üçüncü kişiler yönünden gerçekleşmemiştir.

Hal böyle olunca; Yerel mahkemece, Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen ve davanın kabulü gereğine işaret eden Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Direnme kararı bu nedenlerle bozulmalıdır".

57 "Değerli çoğunluk, aile konutu olarak özgülenen taşınmaz malın maliki olan eş, diğer eşin "açık rızası bulunmadan" üzerinde aile konutu şerhi bulunmayan taşınmazını devretmişse işlem tarafı üçüncü kişinin varsa "iyiniyeti korunur" düşüncesindedir. Düşüncemize göre aile konutu olarak özgülenen taşınmaz malın maliki olan eş, diğer eşin "açık rızası bulunmadan" üzerinde şerh bulunmayan aile konutunu devretmişse hiçbir şekilde işlem tarafı üçüncü kişinin "iyiniyeti korunmaz."

Başka bir anlatımla, değerli çoğunluk, aile konutu olarak özgülenen taşınmazın maliki olmayan eş tarafından, tapu kütüğüne konutla ilgili gerekli şerhin verilmesini istememişse işlem tarafı üçüncü kişinin "kötüniyetini kanıtlamak" (TMK m. 1023) zorundadır. Düşüncemize göre; aile konutu olarak özgülenen taşınmazın maliki olmayan eş tarafından tapu kütüğüne konutla ilgili gerekli şerhin verilmesi istenmemiş olsa bile taşınmazın aile konutu olduğu ve malik olmayan eşin rızasının bulunmadığı gerçekleşmişse hiçbir şekilde üçüncü kişinin iyiniyeti korunmaz".

58 "4721 sayılı Türk Medeni Kanunu m. 193 hükmüne göre "Kanunda aksine hüküm bulunmadıkça", eşlerden her biri diğeri ve üçüncü kişilerle "her türlü hukuki işlemi" yapabilir. Başka bir anlatımla "kural olarak" eşlerden her biri diğeri ile her türlü hukuki işlemi yapabileceği gibi eşlerden her biri üçüncü kişilerle de her türlü hukuki işlemi yapabilir. Eş "kural olarak" herhangi bir yetkili makamın onayına bağlı olmadan ve "eşinin rızasını almadan" her türlü hukuki işlemi yapabilir. Bu konularda hakim kararına gereksinim yoktur. (Ömer Uğur GENÇCAN, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu, Bilimsel Açıklama-İçtihatlar-İlgili Mevzuat, Yetkin Yayınevi: I. Cilt, (TMK m. 1-351), Ankara 2004 (1614 sayfa), II. Cilt, (TMK m. 352-1030) Ankara 2004 (1628 sayfa). Kısaltma: GENÇCAN-TMK s. 1091)

bahsetmiştir. Bu nedenle rızanın da resmi şekilde alınması gerekmektedir⁵⁹. Karşı görüşe göre, diğer eşin rızası alınmaksızın yapılan işlem kesin hükümsüzdür⁶⁰.

Ne var ki, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu m. 193 hükmünde yer alan "Kanunda aksine hüküm bulunmadıkça" ifadesine dayanılarak 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu m. 194 hükmü ile eşlerden birinin aile konutu ile ilgili sadece aşağıdaki işlemlerle sınırlı olarak "fiil ehliyeti sınırlandırılmıştır";

- Aile konutu ile ilgili kira sözleşmesinin feshedilmesi,
- Aile konutunun devredilmesi,
- Aile konutu üzerindeki hakların sınırlandırılması,

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu m. 194 hükmünde yer alan tapu kütüğünü kitleleme "kendiliğinden" gerçekleşmişken 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu m. 199 hükmünde bir "hakim kararı" gereklidir.

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu m. 194 hükmü ile eşlerin "fiil ehliyetinin sınırlandırılması" gerçeği ve gerekçesi "...Madde eşlerin aile konutlarıyla ilgili hukuki işlemlerde eşlerin serbestliği ilkesine istisna getirmiş ve böylece aile konutu ile ilgili bazı hukuki işlemlerin diğer eşin rızasına bağlı olduğu kabul edilmiştir. Aile konutu eşlerin bütün yaşam faaliyetlerini gerçekleştirdiği, yaşantısına buna göre yön verdiği, acı ve tatlı günleri içinde yaşadığı, anılarla dolu bir alandır. Bu nedenle bu denli önemli bir malvarlığıyla ilgili olarak eşlerin tek başlarına hukuki işlemleri yapması diğer eşin önemli yararlarını etkileyebilir. Bunun sonucu olarak madde, konutla ilgili kira sözleşmesinin feshini, bu konutun başkalarına devrini ya da konut üzerindeki hakları ve buna benzer diğer hukuki işlemlerle tamamen ya da kısmen sınırlandırmasını diğer eşin rızasına bağlamıştır...." sözleriyle ifade edilmiştir.

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu m. 194 f. I hükmü ile eşlerin "fiil ehliyetinin sınırlandırılması" ise "Eşlerden biri, 'diğer eşin açık rızası bulunmadıkça,' aile konutu ile ilgili kira sözleşmesini feshedemez, aile konutunu devredemez veya aile konutu üzerindeki hakları sınırlayamaz." sözleriyle biçimlendirilmiştir.

"Fiil ehliyeti sınırlamasına" yönelik düşüncemiz aynı zamanda İsviçre öğretisindeki "çoğunluk görüşü" olduğu gibi Türkiye öğretisinde de kabul gören bir düşüncedir. (TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO, S. 205, HEGNAUER/BREİTSCHMID, N. 17.17, s. 183, HAUSHEER/GEISER/KOBEL, N. 08.103. s. 89, ÖZTAN, s. 205-206.) Amaç aileyi bir bütün olarak korumaktır. (HAUSHEER/REUSSER/GEİSER, Art. 169, nr. 37a, HASENBÖHLER, Art.169, nr. 11, AKINTÜRK, s. 352-354, ÖZTAN, s. 205-206.)

Eşlerin "fiil ehliyetinin sınırlandırılması" olgusu 'diğer eşin açık rızası bulunmadıkça, vurgusu ile seslendirilmiştir. Başka bir anlatımla, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun m. 194 f. I hükmü ile aile konutunun başkalarına devri "diğer eşin açık rızasına" bağlanmıştır. Böylece aile konutu olarak özgülünen taşınmazın mülkiyetinin devri diğer eşin "rızasına bağlı" bir hukuki işlem olarak kabul edilmiştir. (Şükran ŞİPKA, Aile Konutu ile İlgili İşlemlerde Diğer Eşin Rızası (TMK m. 194), Doçentlik başvuru eseri, İstanbul-2004, s. 137, Bilge ÖZTAN, Aile Hukuku, Ankara-2004, s. 207, Ahmet M. KILIÇOĞLU, Türk Medeni Kanunu'nda Diğer Eşin Rızasına Bağlı Hukuksal İşlemler ve Yasal Alım Hakkı, Ankara-2002, s. 18)".

59 "4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun m. 194 f. I hükmü ile aile konutunun başkalarına

Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun bu kararından sonraki tarihli bir kararında da Yargıtay 2. HD. aynı yönde karar vermiştir⁶¹. Aile konutunun şerh edilmediği hallerde, iyiniyetle iktisabın mümkün görüldüğü hususunun Yargıtay'ın yerleşik görüşü olduğu söylenebilecektir.

3- Öğretideki Görüşler

Diğer eşin rızası alınmaksızın aile konutunun devredilmesi ya da üzerinde bir sınırlı ayni hak tesis edilmesi durumunda yapılan işlemin geçersiz olacağına tereddüt etmemek gerekir. Böylesi bir işlem sonucunda tapudaki tescil yolsuz tescil sayılmalıdır.

Diğer eşin rızasının alınmamış olması nedeniyle oluşan yolsuz tescile dayanarak, -diğer eşin rızasını almaksızın aile konutunu devreden yahut üzerinde sınırlı ayni hak tesis eden- eş ile işlem yaparak tapuda hak sahibi görünen kişiden mülkiyet ya da sınırlı ayni hak elde eden iyiniyetli üçüncü kişinin iktisabı korunur⁶². Bu husus zaten tapuya güven ilkesinin doğal sonucudur.

Burada tartışılması gereken ve özellik arz edebilecek olan şey, bizzat hak sahibi eşle sözleşme ilişkisine giren işlem tarafı kişinin yolsuz tescile rağmen hak sahibi olup olamayacağı hususudur.

devri diğer eşin "rızasına" değil de "açık rızasına" bağlanmıştır. Rızanın sözlü olarak verilmesi yeterli görülse idi "rızasına" deyişi maksadı anlatmaya yeter de artardı bile. Oysa, özellikle "açık rıza" deyişiyle maksadın farklı olduğu gösterilmiştir. Biz, bu sebeple "açık rıza" deyişini rızanın "resmi şekilde" olarak alınması olarak yorumladık. (Ömer Uğur GENÇCAN, Boşanma Hukuku, Yetkin Yayınevi, Ankara 2006, Kısaltma: GENÇCAN-Boşanma-2, s. 564, GENÇCAN-TMK s. 1095) Nitekim, İsviçre Tapu Tüzüğü (GBV) Art. 13a hükmü ile ZGB m. 169 gerekçesinde "yazılı rıza" deyişi varken İsviçre tapu uygulamasında da yazılı şeklin "resmi makam" tarafından onaylanması aranmaktadır. (SCHMID, s. 609, ŞIPKA, s. 143)".

60 "Rıza alınmadan yapılan işlemin ise "kesin hükümsüz" (GENÇCAN-TMK s. 1096, 3036; GENÇCAN-Boşanma-2, s. 565) olduğu hemen hemen bütün bilimsel görüşlerde ve uygulamada kabul edilmektedir. (ŞIPKA, s. 153)".

61 "Toplanan delillerden dava konusu taşınmazın aile konutu olduğu sabittir. Davalılardan Bülent'in taşınmazın aile konutu olduğunu ve davacının da satışa rızasının olmadığını bildiği sabittir. Türk Medeni Kanunu'nun 1023. maddesi koşulları da gerçekleşmemiştir. Bu açıklamalar karşısında davanın kabulü gerekirken yazılı şekilde reddi uygun görülmemiştir" (Yarg. 2. HD., 12.10.2006 T., 2006/5117 E.-2006/13186 K. sayılı ilamı), (www.kazanci.com.tr).

62 HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 169. 60; BRAEM/HASENBOEHLER, Art. 169, N. 72; GÜMÜŞ, Şerhler, s. 48-49.

Hak sahibi eşin sözleşme yaptığı kişinin, devredilen ya da üzerinde sınırlı aynı hak tesis edilen taşınmazın aile konutu olduğunu bilmesi durumunda, onun hiçbir şekilde hak sahibi olamaması gerektiği açıktır.

Hak sahibi eşle sözleşme ilişkisine giren kişinin iyiniyetli olması durumunda, tapuda taşınmazın aile konutu olduğuna dair bir kayıt bulunmaması nedeniyle tapuya güven çerçevesinde iyiniyetin korunup korunmayacağı tartışmalıdır. Konuya olumlu ve olumsuz olarak yaklaşan görüşlerin mevcut olduğu görülmektedir. Şimdi bu konuda beyan edilen görüşleri aktarmaya çalışacağız.

AKINTÜRK, aile konutuna ilişkin olarak, malik olmayan eşin korumasız bırakılmadığını, ona aile konutu şerhi verme imkanı tanındığını belirtilirken, söz konusu eşin tapu kütüğüne gerekli şerhi verdirme suretiyle aile konutuyla ilgili hukuki işlemlere girişmek isteyen üçüncü kişilerin iyiniyet iddialarının da önceden önleneceğini belirtmektedir. Yazar doğrudan tartışmaların detayına girmemiş olmakla birlikte, bu ifadelerinden onun TMK.m.1023 kapsamında iyiniyetin korunacağı görüşünde olduğu anlaşılmaktadır⁶³.

KILIÇOĞLU tapuya güven ilkesi çerçevesinde iyiniyetin korunacağı, TMK.m.194 hükmünün bu ilkeye bir istisna getirmediği görüşündedir. Yazar görüşlerini şu şekilde ifade etmektedir: “Bizim 194. maddenin üçüncü fıkrası karşısında özellikle TMK md. 1023 (TKM.m.931) gereğince tapu kaydına güvenerek aynı bir hakkın kazanılmasında iyiniyetin korunacağı tartışmaya yer vermeyecek biçimde saklı tutulmuştur. Türk Yasa koyucusunun amacı TMK.m.194/ f. I hükmüne dahil olan işlemlerde tapuya güven ilkesine bir istisna getirmek olsaydı, üçüncü fıkra hükmünü getirmeye gerek görmezdi. Bu fıkra hükmü getirilmek suretiyle tapuya güven ilkesinin 194. maddedeki işlemler için aynen devam ettiği kabul edilmiştir. Zira 3. fıkra hükmü, tapuda konutla ilgili gerekli şerhin verilmesi olanağını getirmekle, bu şerhin verilmediği hallerde, aile konutu üzerinde tapu kaydına iyiniyetle güvenerek aynı hak kazanan kişinin iyiniyetinin korunacağını öngörmüştür. Madde, bu tehlikeyi öngördüğü için, tapuya şerh olanağını getirmiştir. Diğer eş üçüncü kişilerin iyiniyetle hak kazanmasını önlemek istiyorsa, bu şerhi verdirme zorundadır. Ancak üçüncü kişinin iyiniyeti sadece tapu kayıtlarına göre tayin edilmez. Üçüncü kişi tapu kayıtları dışında, hukuksal işlem konusu konutun aile konutu olduğunu bilebilir ya da bilmesi gerekebilir. Örneğin: Koca konutu ipotek göstererek bir kredi almak istediğinde, krediyi verecek olan

⁶³ AKINTÜRK, s. 113.

Banka tapu kayıtlarından bunun aile konutu olduğunu öğrenmemişse, diğer eşin rızasını aramadan bu konut üzerinde ipotek kurabilir ve yapılan hukuksal işlem geçerlidir. Ancak tapuda bu konutun aile konutu olduğu hususunda bir şerhin bulunmamasına rağmen, üçüncü kişi, üzerinde aynı hak kazanacağı konutun aile konutu olduğunu ve diğer eşin bu aynı hakkın kurulmasına karşı çıktığını biliyorsa, iyiniyet korunmayacaktır. Örneğin: Kocası “A’nın yakın tarihte tek varlıkları olan aile konutunu ipotek vererek yüksek faizle X bankasından bir kredi çekeceği duyumunu alan B, Bankaya A’nın alacağı krediye karşılık göstereceği konutun aile konutu olduğunu ve buna rızası bulunmadığını” bir ihtar çekerek ya da resmi kayıtlara giren mektup göndererek bildirmiş ve belgeleriyle bu konutun aile konutu olduğunu kanıtlamışsa Banka iyiniyet iddiasında bulunarak A’ya verdiği kredide aile konutu üzerinde aldığı ipoteğin geçerli olduğunu savunamayacaktır”⁶⁴.

Türk Medeni Kanununun Bankaları ilgilendiren hükümler bakımından getirdiği farklılıkları inceleyen REİSOĞLU da, tapuya güven ilkesinin aile konutu bakımından bertaraf edilmediği, işlem konusu taşınmazın aile konutu olduğuna dair bir bilgisi olmayan işlem tarafının iyiniyetinin korunacağı görüşündedir⁶⁵.

AYAN, konuya olumlu yaklaşan yazarlar arasındadır. Yazar, konuyu şerhin hukuki niteliği tartışması dahilinde incelemiş ve işlem tarafı olan karşı tarafın taşınmazın aile konutu olduğunu bilmemesi bakımından, tapu sicilinin doğruluğuna ilişkin olarak iyiniyetin korunacağını, taşınmazın aile konutu olduğunu bilen alıcının diğer eşin rızasının bulunduğu konusundaki

64 KILIÇOĞLU, Yenilikler, s. 58-59.

65 “Aile konutu ile ilgili düzenleme; Tapu sicline itimat prensibini bertaraf etmez. MK 1023 maddesine göre: “Tapu Kütüğü’ndeki sicile iyiniyetle dayanarak mülkiyet veya aynı hak kazanan üçüncü kişinin bu kazanımı korunur. Örneğin taşınmazın maliki eş şerh bulunmayan bir aile konutu üzerinde bir banka lehine ipotek tesis ederse, bankanın iyiniyeti korunur ve ipoteği geçerli olur. Bankanın iyiniyeti MK 3 maddesine göre belirlenir. Bu maddeye göre “Kanunun iyiniyete hukuki sonuç bağladığı durumlarda asıl olan iyiniyetin” varlığıdır. Ancak durumun gereklerine göre kendisinden beklenen özeni göstermeyen kimse iyiniyet iddiasında bulunamaz.

Banka, bir gerçek kişinin konut olarak maliki olduğu taşınmazını bankaya devretmesi veya üzerinde ipotek tesis etmesi halinde bu kişinin evli olup olmadığını veya evli olduğunu bilse dahi konutun aile konutu olup olmadığını araştırmak zorunda değildir. Ancak kişinin evli olduğunu bilmesi halinde “iyiniyet” tartışmalarından kaçınmak için diğer eşin yazılı iznini istemesi uygun olur. Keza diğer eşin bankaya başvurup konutun aile konutu olduğunu, satılmasına veya üzerinde ipotek tesisine rızasının olmadığını bildirmesi halinde artık bankanın iyiniyetinden söz edilemez” (REİSOĞLU, Safa, Yeni Medeni Kanun’un Bankaları İlgilendiren Başlıca Farklı Düzenlemeleri, Bankacılar Dergisi, 2002, S. 40, s. 69).

iyiniyetinin ise tapu siciline güven çerçevesinde görülememesi nedeniyle korunmayacağını ifade etmiştir⁶⁶. Yazara göre, bir üçüncü kişinin tapu sicilinde aynı hakkın sahibi olarak görünen kişinin tasarruf yetkisine sahip olduğuna dair iyiniyeti korunmalıdır⁶⁷. Gene yazar, TMK.m.194'ün amacından hareket ederek, bu maddenin TMK.m.1023'e istisna getirmek amaçlı olmadığını, aksi halde Yasakoyucunun ZGB'nin aksine aile konutu şerhi olanağını kabul etmeyeceğini belirtmekte, Türk Yasakoyucusunun İsviçre'dekinden farklı amaç gözettiğini savunmaktadır⁶⁸. AYAN, TMK.m.194 hükmünün hak sahibi eşin aile konutu üzerindeki tasarruf yetkisini sınırladığını, bu nedenle bu maddedeki şerhin de tasarruf sınırlaması şerhi olduğunu, bu nedenle TMK.m.1010 hükmü gereğince şerh ile üçüncü kişilerin iyiniyet iddialarının önlenebileceğini belirtmektedir⁶⁹. AYAN'a göre, TMK.m.194/f. 3 hükmü ile şerh imkanı getirilmesinin amacı, hak sahibi olmayan eşe, taşınmazın aile konutu olduğuna dair şerh verdirilmesi suretiyle üçüncü kişilerin iyiniyet iddialarının önüne geçmektir. Bu madde ile hak sahibi olmayan eşe tanınan bu şerh imkanı bir hukuki külfet niteliğinde olup, o kanunun tanıdığı bu korumadan yararlanmak istiyorsa bu külfeti yerine getirmek zorundadır. Yani tapuda gerekli şerhi sağlamalıdır⁷⁰.

BÜYÜKAY'a göre, TMK. m. 194'de yer alan sınırlama bir tasarruf yetkisi sınırlaması olup, bu sınırlamanın üçüncü kimselere karşı hüküm ifade etmesi için tapu siciline şerh verilmesi gereklidir. Tapu siciline şerh verilmeyen aile konutlarının üçüncü kimselere satılmasından veya sınırlı aynı hak

66 “Medeni Kanun’un 3. maddesinde düzenlenen iyiniyet, bir hakkın doğumuna engel olan bir durumun varlığı veya kazanma için gerekli bir unsurun yokluğu hakkında, hakkı kazanacak olan kişideki hoş görülebilen bilgisizlik veya yanlış bilgidir. Bu tanımdan da anlaşılacağı gibi, 194. maddeye ilişkin iyiniyet, aile konutu olarak kullanılan bir taşınmazın, üçüncü bir kişi tarafından kazanılmasında, farklı şekillerde karşımıza çıkabilir. Mesela, aynı hakkı kazanacak olan kişi tapuda işlem yaptığı taşınmazın bir aile konutu olarak kullanıldığını bilmeyebilir veya taşınmazın aile konutu olduğunu bilmekle birlikte, diğer eşin rızasının bulunduğu konusunda yanılmış olabilir... Bu nedenle konumuz açısından, tapuda aynı hak kazanan üçüncü kişinin, tapu sicili dışındaki bir konuya ilişkin iyiniyeti, mesela diğer eşin rızasının bulunduğuyla ilişkin iyiniyeti Kılıçoğlu'nun da haklı olarak ifade ettiği gibi, hiçbir şekilde korunmaz. Çünkü burada üçüncü kişinin iyiniyeti, tapu siciline değil, rızanın verilmiş olmasına ilişkindir ve 1023. madde, sadece tapu sicilinin doğruluğuna ilişkin iyiniyeti korur” (AYAN, Serkan, Evlilik Birliğinin Korunması, Ankara 2004, s. 99-100).

67 AYAN, s. 100.

68 AYAN, s. 101.

69 AYAN, s. 102.

70 AYAN, s. 104 vd.

tesis edilmesinden sonra, kural olarak bu kimselere karşı hiç bir şekilde hak iddia edilmesi mümkün olmamalıdır. Tapu siciline güven ilkesi bu sonucu gerektirmektedir. Kural bu olmakla birlikte, istisnai olarak, konutu satın alan veya üzerinde sınırlı bir ayni hak tesis eden kimsenin işlem konusu taşınmazın aile konutu olduğunu bilmesi, bu kimsenin iyiniyetini bertaraf edeceğinden, bu kimsenin ayni hak kazanmasına engel olacaktır. Yazara göre, tapu siciline şerh verilmeden aynı etkinin sağlanabileceğinin ileri sürülmesi ve şerhin sadece, yolsuz tescile dayalı olarak hak iktisap etmek isteyen kimselere karşı hüküm ifade edeceğinin kabul edilmesi doğru değildir. Aile konutu şerhi verilmesinin son derece basit işlemler üzerine, örneğin muhtardan alınacak belgeye dayanılarak verilecek olması da görüşünü destekler niteliktedir. Tasarruf yetkisi sınırlaması görüşü kabul edilmeyecek ve tapu siciline güven ilkesine sınırlama getirilecek olursa, bir konut satın alacak kimseye, satın almak istediği konutun boş durumda olması, kesinlikle içinde malikinin oturduğu konutları satın almaya yönelmemesi ve şayet konut maliki tarafından boşaltılmış ise, taşınmanın diğer eşin rızası ile yapılıp yapılmadığını araştırması tavsiye edilmek zorunda kalınacağı yazar tarafından ifade edilmektedir. BÜYÜKAY, bunlara ilaveten TMK. m. 194'deki düzenlemenin ZGB Art. 169 ile tamamen aynı olmadığını da dikkate alınması gerektiğini belirterek, şu ifadelerle yer vermektedir: “Şayet TMK. m. 194/3, açıkça, aile konutunun tapuya şerh verilmesinden bahsetmese idi, doktrindeki diğer görüşler (“kanundan doğan sınırlama”, “fiil ehliyeti sınırlaması” ve “katılma hakkı”) haklılık kazanabilirdi. Burada, 194. maddesinin 3. fıkrasının tasarıya sonradan eklendiğinin, ilk haliyle tasarıda bulunmadığının ileri sürülmesi, diğer görüşlere haklılık kazandırmamakta, aksine Kanun Koyucunun iradesini ortaya koyması açısından, açıkça görüşümüzü desteklemektedir”⁷¹.

Konuya olumsuz yaklaşan yazarlardan DOĞAN'a göre, TMK.m.194 ile aile konutuyla ilgili olarak getirilen düzenleme hak sahibi olan eşin tasarruf yetkisini sınırlandırmaktadır. Böyle olunca, diğer eşin rızası alınmaksızın tapu sicilinde yapılacak işlem yolsuz tescil sayılacaktır. Bu halde, konut üzerinde hak sahibi olan eş ile işlem yapan şahıs tapu siciline güven ilkesinden yararlanamayacaktır. Aksinin kabulü halinde, hükmün koruma amacına ulaşılması son derece güçlük arzedecektir. Burada tasarruf yetkisinin kanundan doğan bir sınırlaması söz konusu olduğundan, üçüncü kişilerin iyiniyeti bakımından tapu sicilinde aile konutu olduğuna dair şerh bulunup bulunmaması önem taşımaz. Ancak, bu suretle ortaya çıkan yolsuz tescile iyiniyetle dayanarak mülkiyet veya bir başka ayni hak kazanan üçüncü şahsın bu ikti-

⁷¹ BÜYÜKAY, e-akademi.org, Eylül 2006.

sabı korunur. Kanun koyucu, üçüncü şahısların iyiniyetle iktisaplarının önüne geçilebilmesi için eşlere taşınmazın aile konutu olduğuna dair şerh imkanı tanımıştır⁷².

UÇAR, hak sahibi olan eşin, diğer eşin rızasını almaksızın bir üçüncü bir kişiyle, TMK.m.194'te sayılan türde, aile konutuna ilişkin hukuki bir ilişkiye girmesi durumunda, üçüncü kişinin menfaatleri ile aile bireylerinin; hak sahibi olmayan eş ve çocukların menfaatlerinin çoğunlukla çatışacağını, doğal olarak bu durumda, evlilik birliği içerisinde, eş ve çocukların barınma hakkının, üçüncü kişilere ve devletin müdahalelerine karşı etkin bir şekilde korunmasını amaçlayan, aile konutunun getirilmesindeki özel amacın daha da büyük bir önem kazanacağını, her ne kadar kanun koyucu, eşlere, konut üzerinde tapuya şerh koydurabilme yetkisi tanımış olsa dahi, çeşitli sebeplerden ötürü (örneğin, kocanın tehdit ve baskısından ya da eşin bilgisizliğinden vs.) bu şerhin konulmamış veya konulmasına müsaade edilmemiş olabileceğini, bu esnada da konutun, rıza alınmaksızın, art niyetli eş tarafından devredilmiş olabileceğini belirterek, her halükarda böylesi bir durumda, Kanun'un amacının göz önünde tutulması gerektiğini, eş ve çocukların menfaatlerinin, üçüncü şahsın menfaatlerine tercih edilmesi suretiyle üçüncü şahsın bu husustaki iyiniyet iddialarının dinlenmemesi gerektiğini savunmaktadır. Yazara göre, burada hak sahibi eşin, rıza almaksızın, düşüncesizce böyle işleme girişmesi sonucunda doğacak olası zararlı neticelere neden üçüncü şahsın katlanması gerektiği tarzında bir düşünce akla gelebilirse de, üçüncü şahsın, sözleşmenin geçersiz olmasından dolayı uğrayacağı her türlü zararlarını, rıza almaksızın işlem yapan eşten tazmin edebileceği dikkate alınmalıdır. Yazar, konutun, hak sahibi eşin düşüncesiz ve art niyetli davranışı sonucu elden çıkması durumunda, diğer eş ve çocukların uğrayacakları zararların telafisinin çok zor hatta işlemi yapan eşin niyetine göre de çoğu zaman imkansız olabileceğini, TMK.m.194'teki temel amacın, aile konutunu korunması olup, işlem hayatını korumak olmadığını belirtmekte, bu gerekçeler doğrultusunda, rıza alınmaksızın yapılan işlemlerde üçüncü şahsın iyiniyet iddialarının dinlenmemesi gerektiğine dair ileri sürülen görüşlerin, aile konutu uygulaması bakımından daha da uygun olduğunu ifade etmektedir⁷³.

Aile konutu şerhini TMK.m.1010 anlamında gerçek olmayan bir tasarruf sınırlaması olarak gören GÜMÜŞ, bu şerhin açıklayıcı şerh olduğunu, bu şerhin etkisinin salt aile konutuna ilişkin olarak hak sahibi eş ile yapılan

⁷² DOĞAN, Tasarruf Yetkisi Sınırlaması, s. 110.

⁷³ UÇAR, e-akademi.org, Ocak 2006.

işlemin tarafı olmayan üçüncü kişinin, hak sahibi eş ile yapılan işlem sonucu oluşan tescilin yolsuzluğuna ilişkin iyiniyetin ortadan kaldırılmasından ibaret olduğunu ifade etmektedir. Yazara göre, işlem tarafı üçüncü kişi bakımından aile konutu şerhi konulmuş olsa da, olmasa da diğer eşin rızası alınmaksızın aile konutuna ilişkin tasarruf işlemi (tescil talebi ve tescil), tasarruf yetkisi eksikliği nedeniyle geçersizdir. Aile konutu şerhinin işlem tarafı üçüncü kişinin taşınmazın aile konutu niteliği veya diğer eşin rızasının varlığına yönelik iyiniyetini ortadan kaldırma işlevinden hiçbir şekilde bahsedilmesi mümkün değildir. Yazara göre, söz konusu hükmün tarihsel arka planı da bu görüşü desteklemektedir⁷⁴. GÜMÜŞ, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun kararını eleştirmekte ve bir an önce bu karardan dönülmesi gerektiğini savunmaktadır. Yazara göre, TMK.m.1023'ün temelini oluşturan kamusal güven sadece tapu kütüğünde tescil edilmiş kişiye ilişkin yolsuz kayda yönelik olup, ilgili kişinin fiil ehliyetinin veya tasarruf yetkisinin var olup olmadığına ilişkin değildir. Bu kapsamda bir şerh zorunluluğu bulunmaksızın hak sahibi olmayan eşin isteğine bağlı olarak yapılan ve esasında bir beyan işlevi gören aile konutu şerhinin yapılmamış olması aile konutuna ilişkin tapu kütüğünde yolsuz kayıt teşkil etmez. İşlem tarafı olan kişinin tapu kütüğünde aile konutu maliki olarak hak sahibi görünen kişinin tasarruf yetkisine dair güveni, TMK.m.1023 anlamında tapu kütüğündeki bir yolsuz kayda yönelmiş bir güven olarak görülemeyeceğinden, özel koruma eksikliği nedeniyle (TMK.m.3) iyiniyete dayalı iktisabı sağlamaya yeterli olamaz. “Diğer bir deyişle TMK194, öngördüğü şerh imkanı dışında, işlem tarafı üçüncü kişilerin TMK 1023'ten farklı olarak “tescilin (kaydın) yolsuzluğu” dışında, salt tapu kütüğüne kayıtlı taşınmazın aile konutu niteliğine yönelik iyiniyetini koruyan bir hüküm içermemektedir. Oysa iyiniyet ancak kanunun açıkça öngördüğü hallerde korunur (TMK 3)”. Yazar eleştirisine devamla şu ifadelerle yer vermektedir: “İşlem tarafı üçüncü kişinin taşınmazın aile konutuna yönelik iyiniyetinin korunacağı yönündeki görüş ve buna paralel son Yargıtay kararı sadece, bir konutun aile konutu niteliğinin tapu kütüğüne şerh edilmesi TMK tarafından zorunlu tutulsaydı “ve” yapılacak şerh kurucu nitelik taşıyaydı belki bir anlam taşıyabilir ve tapu kütüğünde yer alması gereken bir kaydın mevcut olmadığı kabul edilerek işlem tarafı üçüncü kişinin iyiniyeti TMK 1023 kapsamında yapılacak genişletici bir yorumla korunabilirdi. Fakat pozitif hukukumuz bakımından ne aile konutu şerhinin tapu

74 GÜMÜŞ, Evliliğin Genel Hükümleri, s.92.

kütüğüne yapılması gibi bir zorunluluk bulunmaktadır, ne de bu şerh taşınmazın aile konutu niteliği kazanması için kurucu bir işlev görmektedir”⁷⁵.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararına ilişkin olarak ACAR, bu karar ile ilk bakışta TMK.m.194 hükmünün tamamen etkisiz hale geldiğinin düşünülebileceğini, Yargıtay’ın vermiş olduğu bu karar ile, üçüncü kişilerin iyiniyetinin korunmasındaki menfaatin, diğer eşin rızası alınmadan yapılan tescil işleminde ailenin kaybedeceği menfaatten daha üstün olduğunu kabul ettiğini, bu kararla TMK.m.1023 hükmüne dayanılarak üçüncü şahısların rahatlıkla aile konutu üzerinde aynı hak kazanmalarının mümkün hale geldiğini belirtmektedir. Yazara göre, TMK.m.1023 hükmünün lafzına bakıldığında Yargıtay’ın daha farklı bir yorumda bulunmasının mümkün olmadığını savunmaktadır. Yazar bu görüşüne gerekçe olarak, TMK.m.1023 hükmündeki “Tapu kütüğündeki tescile iyiniyetle dayanarak mülkiyet veya bir başka aynı hak kazanan üçüncü kişinin bu kazanımı korunur” ibaresini göstermektedir. ACAR, TMK.m.1023 hükmünün sadece yolsuz kayıtlara ilişkin güveni koruma gayesi taşıdığına ilişkin görüşün, kanunun açık hükmü karşısında yerinde olmadığını, kanunun açıkça sadece yolsuz tescillere değil, tapu kütüğündeki her türlü tescile ilişkin olarak iyiniyetin korunacağını belirttiğini, TMK.m.194 hükmünün bu genel kurala istisna teşkil edebilmesi için açıkça böyle bir işlemde üçüncü kişilerin iyiniyetinin korunmayacağını ifade etmesi gerektiğini, bu şekilde aynı konuda özel bir hüküm niteliğini kazanacak olan TMK.m.194 hükmünün öncelikli olarak uygulanacağını (lex specialis) ve üçüncü kişilerin iyiniyetinin korunmayacağını, istisna hükümlerinin dar yorumlanmasının genel kabul görmüş bir kural niteliğinde olduğunu, Yargıtay’ın yorum yoluyla TMK.m.194 hükmünü bir istisna hükmü olarak değerlendirmesinin bu genel kurala zıt olacağını savunmaktadır⁷⁶.

HATEMİ, aile konutu şerhinde gerçek anlamda bir şerh değil, bir beyanın söz konusu olduğu görüşündedir. Yazara göre, bu şekilde getirilen kayıtlar da doğrudan doğruya kanundan doğmaktadır. Gene bu hükümle hak sahibi eşin tasarruf yetkisine veya fiil ehliyetine ilişkin herhangi bir sınırlama

⁷⁵ GÜMÜŞ, Evliliğin Genel Hükümleri, s.104.

⁷⁶ ACAR, s. 17. Yazar, ayrıca verilmiş olan bu kararlar, aile konutu üzerinde hak kazanan kişinin, taşınmazın aile konutu olduğu konusunda bilgisinin olduğunu ispat yükünün de eşe ait olduğunun kabul edildiğini, bunun da hükmün konuluş amacıyla bağdaşmadığını, bu olumsuzluğun giderilmesi için mehz kanunla paralel olarak konutun aile konutu olup olmadığının araştırılması yükünün tapu memurlarına yükletilmesinin sorunu büyük oranda çözeceğini, satış sözleşmesinin yapılması sırasında böyle bir belgenin tapu memuruna ibraz edilme mecburiyetinin genelge ile rahatlıkla yapılabileceğini belirtmektedir (s. 17).

getirilmemiştir. Burada sadece emredici nitelikteki bir kural ile diğer eşin açık rızasını alma yükümü söz konusudur. Diğer eşin açık rızası alınmadığı takdirde işlem batıl olmayıp, askıda hükümsüzdür. Aile konutunu ilk devralan kişi aile konutu şerhi tapu kütüğüne işlenmemiş olsa dahi, iyiniyetli olup olmamasına bakılmaksızın işlemin hukuka aykırılığı nedeniyle malik olamayacaktır. Ancak tapudaki kayda güvenerek aile konutunu elde eden –işlem tarafı olmayan- üçüncü kişiler devir anında taşınmaza malik olacaklardır. Yazar, işlem tarafı olan üçüncü kişinin iyiniyetinin korunmadığı, işlem tarafı olan üçüncü kişiden sonradan devralanların iyiniyetinin korunacağı görüşündedir⁷⁷.

ŞİPKA, kanun koyucunun amacının şerh olanağı ile işlemin karşı tarafı olan üçüncü kişinin iyiniyetini engellemek olduğu ileri sürülse de, bu sonucun getirilmek istenen düzenlemenin ve korumanın esas amacının gerçekleşmesini engelleyecek bir uygulamaya götüreceği görüşündedir. Yazar, TMK.m.194 kapsamında kabul edilen ve bazı hukuki işlemleri diğer eşin rızasına bağlayan düşüncenin temelinde hak sahibi olmayan eşe kanundan dolayı tanınmış katılma hakkı (birlikte hak sahipliği) tanıma fikri bulunduğunu belirtmektedir. Diğer eşin ve ailenin barınma hakkına yönelik olarak yasakoyucu tarafından tanınan bu birlikte karar verme hakkı, ailenin ve diğer eşin zorunlu ve üstün bir menfaati dolayısıyla, üçüncü kişinin iyiniyetinin önüne geçebilmelidir⁷⁸. Yazar, işlemin karşı tarafı olan üçüncü kişinin iyiniyetinin korunacak olursa, karşı tarafın ekseriya tapuda devralacağı konutun ne amaçla kullanıldığı konusunda bilgi sahibi olduğunu, hiç kimsenin görmediği bir konutu yüksek bedeller ödeyerek satın almayacağını, satın

⁷⁷ HATEMİ, s. 78-79.

⁷⁸ ŞİPKA, s. 159. Yazara göre, zaten mehz kanunda ve diğer tüm hukuk düzenlemelerinde bu maddenin böyle anlaşıldığını, konut gereksinimi ve barınma hakkının Anayasa tarafından bile koruma altına alındığı bir ülkede, bu hakka karşılık, işlemin karşı tarafı olan üçüncü kişinin haklarını savunmak hukuk güvenliğini –hakkaniyet sınırları içinde- zedeleyecektir. Bu nedenle bu hüküm ile getirilen korumanın etkili ve seri uygulanabilir olması, bunu kanundan doğan bir sınırlama olduğu ve bu nedenle herkesçe bilinmesi gerektiğinden dolayı, işlemin karşı tarafı olan üçüncü kişinin iyiniyetinin korunmaması kabul edilmelidir. Aksi düşüncenin kabulü, hukuk uygulamamızda, ispat gücünün de dikkate alındığında, bu maddenin uygulanabilirliğine çok zarar verecektir. TMK.m.199 hükmü ile zaten bu yönde bir tasarruf yetkisi kısıtlaması sağlanması mümkündür. O halde ayrıca TMK.m.194 böyle etkili ve çabuk uygulanmayacaksa bu düzenlemeye hiç gerek yoktu. İsviçre’de ZGB 169. maddenin hazırlık çalışmaları sırasında yapılan bu yönlü eleştiriler dikkate alınmamış ve ZGB 169’un ZGB 178 (TMK.m.199) hükmünden çok daha etkili uygulanması gerektiği öne sürülerek, eşlerin hukuki işlem ehliyetine getirilmiş bir sınırlama sayılmıştır. Bunun sonucu olarak da, öğreti ve uygulamada baskın görüş, üçüncü kişilerin iyiniyetinin korunmayacağı şeklinde belirlemiştir (s. 159-160).

alınan taşınmazı görmediği, bilmediği yollu bir iyiniyet iddiasının çoğu zaman gerçeği yansıtmayacağını, buna karşılık onun gördüğünü, bildiğini diğer eşe ispat ettirmeye çalışmanın da normun koruma amacı ile bağdaşmayacağını, şerh olanağı getirilerek, diğer eşin bundan yararlanmadığı durumlarda ona bu ispat külfetini yüklemenin onu cezalandırmak anlamına geleceğini, ona maddi ve manevi yük yüklenmiş olacağını, iyi giden evliliklerde eşlerden hiç birinin aklına gidip tapuda şerh verdirmek gelmeyeceğini, kaldı ki böyle bir şeyi hak sahibi eşle konuşmayı bile istemeyeceğini, buna karşılık eşler anlaşmazlığa düştüğünde ve özellikle de boşanma aşamasına gelindiğinde bu şerh olanağından yararlanmanın akıllarına geleceğini, bu durumda alıcıya iyiniyetle hak kazanma imkanının tanınması halinde, aile konutunun maliki olmayan diğer eşin aile konutu üzerindeki hakkını korumak isteyen TMK.m.194 hükmünün çöpe atılmış olacağını ifade etmektedir⁷⁹. Yazar, aile konutu şerhinin kanundaki yerini de eleştirmekte ve şu ifadelerle yer vermektedir: “194/III hükmü, kanundaki yer itibari ile, KILIÇOĞLU’nun da belirttiği gibi, bu hüküm olmamalıydı. Ayrıca üçüncü fıkrada getirilen düzenleme ile eşe tanınan ŞERH hakkı, SELİÇİ’nin belirttiği üzere AÇIKLAYICI ŞERH olarak kabul edilmelidir. Zira yukarıda da belirttiğim gibi, zaten 199. madde de aile konutu korumasını içine alabilecek bir tasarruf yetkisi sınırlaması yaratan mahkemenin şerh olanağı, bu sonucu sağlamaya yetiyordu. Böylece uygulamada 194. maddenin üçüncü fıkrasında düzenlenmiş olan şerh olanağının sadece, işlemin karşı tarafından yolsuz tescile güvenerek bir ayni hak kazanan iyiniyetli üçüncü kişilerin bu kazanımlarını (MK.m.1023 gereği) engellemek için getirildiği kabul edilmelidir. Bu sonuç 194. madde-deki “normun koruma amacına” en uygun olan çözümdür”⁸⁰.

4- Görüşümüz

Aile konutu üzerinde hak sahibi olan eşe getirilen kısıtlamanın hukuki niteliği, açık rızanın alınmaması durumunda işlemin geçerli olup olmadığı, aile konutu şerhinin gerçekleştirilmemesi halinde tapu siciline güven bağlamında, tapuda mevcut olması gerekli bir kaydın var olmaması ve bu mevcut olmayan kayıttan bağımsız olarak kazanımın söz konusu olup olmadığı birbirinden bağımsız olarak görülemeyecek, iç içe geçmiş hususlardır.

Her şeyden önce ŞİPKA’nın da belirttiği gibi TMK.m.194 hükmünde belirtilen sınırlamaların TMK.m.199 ile birlikte tek madde halinde düzenlenmiş olması durumunda hukuksal durum daha belirgin olabilirdi.

⁷⁹ ŞİPKA, s. 160.

⁸⁰ ŞİPKA, s. 160.

Bizce TMK.m.194'te düzenlenen aile konutuna ilişkin sınırlamalar, hak sahibi eşin tasarruf yetkisinin sınırlanmasına ilişkindir. Bu düzenleme hak sahibi eşin fiil ehliyetini sınırlamamaktadır. TMK.m.199'da tasarruf yetkisinin sınırlanmasına ilişkin bir düzenlemenin varlığı aile konutuna ilişkin sınırlamaların tasarruf yetkisi sınırlaması olarak kabulüne engel değildir. TMK.m.194'te aile konutuna has özel bir düzenleme söz konusudur. Bu maddede hak sahibi eşin aile konutuna ilişkin olarak herhangi bir mahkeme kararı alınmasına lüzum olmaksızın tasarruf yetkisinin kanun gereği sınırlanması söz konusudur. TMK.m.199 hükmü ise, hakkında özel düzenleme bulunmayan konularda ailenin korunmasına hizmet eden bir yasa hükmüdür. Ailenin ekonomik varlığının korunması veya evlilik birliğinden doğan mali bir yükümlülüğün yerine getirilmesi gerektirdiği ölçüde, eşlerden birinin isteği üzerine hakim, belirleyeceği malvarlığı değerleriyle ilgili tasarrufların ancak onun rızasıyla yapılabileceğine karar verebilir. Burada aile konutu dışındaki malvarlığı değerleriyle ilgili tasarruflar kısıtlanmaktadır. Oysa aile konutuna ilişkin olarak herhangi bir şekilde mahkemeye başvurulmasına, eşin tasarruf yetkisinin kısıtlanmasına karar verilmesini talep etmeye gerek yoktur. Bu nedenlerle TMK.m.199'un varlığının aile konutuna ilişkin düzenlemenin tasarruf sınırlaması olarak kabulüne engel olmadığı kanaatindeyiz.

Aile konutuna ilişkin sınırlamalar hak sahibi eşin tasarruf yetkisini sınırlandırdığından, borçlandırıcı işlem geçerli olarak kurulacaktır. Borçlandırıcı işlemi gerçekleştiren hak sahibi eşin, tasarruf yetkisi yasa gereği kısıtlı olduğundan tasarruf işlemi tek başına gerçekleştiremeyecektir. Diğer eşin rızası sağlanana kadar işlem askıda hükümsüz olarak değerlendirilmelidir. Diğer eş tasarruf işlemine rıza göstermeye yanaşmadığı takdirde, işlem tarafı olan üçüncü kişi, kendisi ile işlem tesis eden hak sahibi eşe önel vererek, tanınan bu süre içerisinde diğer eşin rızasının sağlanmasını talep edebilir. Diğer eşin yapılması istenen tasarruf işlemine rıza göstermeyeceğinin netleşmesi durumunda artık işlem askıda hükümsüz olmaktan çıkar ve kesin hükümsüz hale gelir. Bu halde tasarruf işleminin gerçekleşmemesi nedeniyle, üçüncü kişi ile işlem tesis eden hak sahibi eşin culpa in contrahendo sorumluluğuna gidilebilecektir.

TMK.m.194/f.3'te düzenlenen şerhin açıklayıcı şerh olduğu kanaatindeyiz. Yani aile konutuna ilişkin sınırlamaların geçerliliği fiilen ailenin yaşam merkezi olan konutun aile konutu olduğuna dair tapu kütüğüne şerh verilmesi TMK.m.194'te düzenlenen korumanın sağlanması için ön koşul değildir. Diğer eş kendisine yasanın tanıdığı tapuya şerh koydurma hakkından faydalanmış olsun ya da olmasın, TMK.m.194'te düzenlenen koruma kendiliğinden devreye girecektir. Başka bir deyişle, aile konutunun tapuya şerh edil-

memiş olması, eylemli olarak bu amaca tahsis edilmiş bulunan taşınmaz hakkında TMK.m.194 hükmünün uygulanmasına engel değildir.

Hak sahibi olmayan eşin aile konutu şerhi imkanından yararlanması durumunda, artık üçüncü kişilerin TMK.m.1023 hükmüne dayalı iyiniyet iddialarının önüne geçilebilecektir. Bu nedenle aile konutunun üçüncü kişiler tarafından iyiniyetle kazanımının önüne geçilmesi isteniyorsa, hak sahibi eş yasanın kendisine tanıdığı aile konutunun şerhi imkanından mutlaka yararlanmalıdır.

Aile konutu olduğuna dair tapuya şerh verilmemiş bulunan, fiilen aile konutu olarak kullanılan bir taşınmazın tapuda devri sağlandığı ya da üzerinde bir sınırlı ayni hak tesis edildiği durumlarda, hak sahibi olan eş ile işlem yaparak tapuda hak sahibi görünen kişiden bir mülkiyet veya bir sınırlı ayni hak elde eden üçüncü kişinin geçerli şekilde kazanımda bulunması onun iyiniyetli olmasına bağlıdır. Üçüncü kişi iyiniyetli olduğu takdirde onun iyiniyeti korunacaktır.

Diğer eşin rızası alınmaksızın hak sahibi eş ile işlem yaparak, tapuda aile konutu üzerinde mülkiyet veya bir sınırlı ayni hak elde etmiş görünen işlem tarafının iyiniyetli olması durumunda TMK.m.1023'e dayalı olarak kazanımda bulunup bulunmayacağı bu hükmün kapsamının belirlenmesi ile cevaplandırılabilir.

TMK.m.1023 hükmüne göre, "Tapu kütüğündeki tescile iyiniyetle dayanarak mülkiyet veya bir başka ayni hak kazanan üçüncü kişinin bu kazanımı korunur". Buradan da anlaşılacağı üzere, tapu kütüğündeki **tescile iyiniyetle** dayanılması kazanımın korunmasının temel koşuludur.

Yasakoyucu bu hükümlerle hiç kimsenin sahip olduğu haktan daha fazlasını devredemeyeceği kuralını belirli şartlar altında bertaraf etmektedir. Böylesi kuvvetli müdahalenin amacı, özellikle menkul mülkiyetinde ve kıymetli evrak hukuku alanında olduğu gibi özel hukukun değişik branşlarında sağlanan işlem güvenliğinin garanti edilmesidir⁸¹.

Tapu kütüğünde bir tescile iyiniyetle güvenilerek bir hak elde edilmesi durumunda, üçüncü kişinin iyiniyeti korunur. Gerçekte hak sahibi olmayan bir kişi tapu kütüğünde hak sahibi olarak görünüyorsa, bu kişiden iyiniyetle hak elde eden iyiniyetli kişi geçerli olarak kazanımda bulunabilir. Burada iyiniyetli üçüncü kişi tarafından tapu kütüğünün doğru olduğu hususunda güven duyulmaktadır.

81 ZOBL, D., Grundbuchrecht, 2. Auflage, 2004, s. 76.

Tapuya güven ilkesi sadece mevcut bir tescile dayalı olarak hak elde edilmesine ilişkin değildir. Olması gereken bir kaydın tapuda bulunmaması durumunda da, tapuya güven ilkesi devreye girebilir. Bu özellikle nisbi tescil prensibinin geçerli olduğu tapu kütüğü dışında meydana gelen haklarda ya da haksız olarak gerçekleşen terkinlerde durum böyledir. Üçüncü kişi tapu kütüğünün bütünlüğüne güvenebilir ve böylesi durumlarda taşınmazı yükten ari olarak kazanır⁸².

Konu tapu kütüğüne güven ilkesi bakımından değerlendirildiğinde, aile konutunun tapu kütüğüne şerh edilmediği hallerde, tapu kütüğünde bulunması gerekli bir kaydın bulunmadığı, bu nedenle tapu kütüğünün gerçek durumu yansıtmadığı, bu nedenle tapuya güven ilkesi gereğince, işlem tarafı olan kişinin iyiniyetinin korunacağı söylenebilecek midir? Kanaatimizce, bu soruya olumlu cevap verilebilmesi, ancak şerhin kurucu etkiye sahip olduğunun kabulü halinde mümkündür. Şerhe kurucu etkinin tanınması halinde, bir hakkın kazanılmasını engelleyen önkoşul (aile konutu şerhi) tapu sicilinde mevcut olmayacağından, tapu kütüğü işlem tarafı olan iyiniyetli üçüncü kişinin iyiniyetle hak kazanımını engelleyen bir içeriğe sahip olmayacak ve üçüncü kişilere bu yönde bir güven vermiş olacaktır. Ancak biz aile konutu şerhinin açıklayıcı mahiyette olduğunu ve bu tasarruf sınırlamasının şerhe bağlı olmaksızın yasa gereği kendiliğinden devreye gireceğini kabul ettiğimiz için, tapu kütüğünde aile konutu şerhinin bulunmamasının tapuya güven ilkesi bakımından –sadece işlem tarafı olan üçüncü kişiye ilişkin olarak- bir önemi olmadığına inanıyoruz.

Aile konutu şerhinin bulunmadığı hallerde, işlem tarafı olan üçüncü kişinin iyiniyetinin korunup korunmayacağı hususu, aslında Yasakoyucunun tercihinin ne olduğu meselesidir. Burada diğer eş ve aile mi korunacaktır yoksa işlem güvenliği mi tercih edilecektir? TMK.m.194 ile getirilmek istenen düzenleme, ailenin korunmasını amaçlamaktadır. Türk Medeni Kanunu aile müessesesini farklı bir anlayışla ele almıştır. Bu yeni anlayışta evlilik birliğinin korunması için mülkiyet hakkı belli açılardan kısıtlanmıştır. Mülkiyete konu olan bir şeyin maliki o şey üzerinde dilediği gibi tasarruf edebilir. Bir taşınmazın maliki onu kiraya verebilir, mülkiyetini devredebilir veya onun üzerinde sınırlı aynı hak tesis edebilir. Ama mülkiyetin konusu taşınmaz mal, aile konutu olarak özgülenmiş ise, bu durumda kısıtlamalar devreye girer. Aile konutu üzerinde diğer eşin rızası olmaksızın yasada sayılan tasarrufların gerçekleştirilmesi mümkün değildir. Bu düzenlemeyi artık yeni

82 BGE 109 II 102; ZOBL, Grundbuchrecht, s. 77.

bir rejim olarak görmek ve bu özel rejimin Yasakoyucunun önceliği olduğunu kabul etmek gerekir.

İşlem güvenliği bakımından da aslında çok ciddi riskler bulunduğu kanaatinde değiliz. Öncelikle belirtmek gerekir ki, içinde daha önce hiç kimsenin oturmadığı taşınmazı, konut inşa edip satmakla iştigal eden bir kişiden alan kişinin hiçbir riski bulunmamaktadır. Böylesi bir risk sadece ikinci el taşınmaz alımında söz konusu olabilir. Bu durumda da alıcının taşınmazı bizzat kendisi tarafından ya da yetkili kıldığı kişi tarafından görülmeksizin satın alması hayatın olağan akışına aykırı olarak görülebilecektir. Taşınmazın hali hazır durumunu inceleyen alıcının konutun içinde aile bulunduğunu görmesi durumunda, taşınmazın aile konutu olduğunu bilmediği hususunda inandırıcı olması güçtür. Herhalde büyük bedeller ödeyerek taşınmaz satın alan alıcının, satın almak istediği konutun aile konutu olup olmadığını araştırması ve buna göre karar vermesini ondan beklenebilir. Bu araştırmayı yapmaksızın taşınmaz satın alan ya da başkaca aynı hak elde etmek isteyen kişi, inceleme yapılmaması riskine katlanmak zorundadır.

Kanaatimizce bu konunun problem teşkil etmesinde en önemli sebep, toplumda bu hususta bilgisizliğin söz konusu olmasıdır. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu ile artık aile konutu kavramının hukuk dünyamıza girdiği ve aile konutu üzerinde yasada sayılan işlemler bakımından diğer eşin rızasının sağlanması gerektiği bilincinin yerleşmesi durumunda bu konu sorun olmaktan çıkacaktır.

İşlem güvenliğinin sağlanması bakımından İsviçre'deki tapu uygulamasından yararlanarak Tapu Tüzüğü'nün ilgili maddelerinde değişiklik yapılması ve tapu memuruna aile konutu konusunda araştırma yetkisi ve görevi getirilmesi de faydalı olabilecektir⁸³.

SONUÇ

TMK.m.194'te düzenlenen aile konutuna ilişkin sınırlamalar, eşlerin fiil ehliyetine ilişkin olmayıp, aile konutu üzerinde hak sahibi eşin tasarruf yetkisinin sınırlandırılmasına ilişkindir.

83 İsviçre'de tapu uygulamasında tapu memurunun araştırma yükümlülüğü bulunmaktadır. Tapu memuru önüne gelen satış işlemi tarafların evli olup olmadığına, ilgilinin evli olması durumunda konutun aile konutu olup olmadığına ilişkin belge sunması gerekmektedir. Sunulan belgelerden satım konusu taşınmazın aile konutu olduğu anlaşıldığı takdirde, diğer eşin rızası alınmaksızın tapuda işlem yapılmamakta ya da bir süre verilerek geçici tescil yapılmaktadır (ŞİPKA, s. 161).

TMK.m.199'da tasarruf yetkisinin sınırlanmasına ilişkin bir düzenlemenin varlığı aile konutuna ilişkin sınırlamaların tasarruf yetkisi sınırlaması olarak kabulüne engel değildir. TMK.m.194'te aile konutuna has özel bir düzenleme söz konusudur. TMK.m.199 hükmü ise, hakkında özel düzenleme bulunmayan konularda ailenin korunmasına hizmet eden bir yasa hükmüdür.

Aile konutuna ilişkin sınırlamalar hak sahibi eşin tasarruf yetkisini sınırladığından, borçlandırıcı işlem geçerli olarak kurulacaktır. Borçlandırıcı işlemi gerçekleştiren hak sahibi eşin, tasarruf yetkisi yasa gereği kısıtlı olduğundan tasarruf işlemini tek başına gerçekleştiremeyecektir. Diğer eşin rızası sağlanana kadar işlem askıda hükümsüzdür. Diğer eşin yapılması istenen tasarruf işlemine rıza göstermeyeceğinin netleşmesi durumunda artık işlem askıda hükümsüz olmaktan çıkar ve kesin hükümsüz hale gelir. Bu halde tasarruf işleminin gerçekleşmemesi nedeniyle, üçüncü kişi ile işlem tesis eden hak sahibi eşin culpa in contrahendo sorumluluğuna gidilebilir.

TMK.m.193/f.3'te düzenlenen şerh açıklayıcı şerhtir. Aile konutuna ilişkin sınırlamaların geçerliliği fiilen ailenin yaşam merkezi olan konutun aile konutu olduğuna dair tapu kütüğüne şerh verilmesi TMK.m.194'te düzenlenen korumanın sağlanması için ön koşul değildir. Diğer eş kendisine yasanın tanıdığı tapuya şerh koydurma hakkından faydalanmış olsun ya da olmasın, TMK.m.194'te düzenlenen koruma kendiliğinden devreye girecektir.

Hak sahibi olmayan eş aile konutunu tapuya şerh ettirmiş ise, artık üçüncü kişiler TMK.m.1023 hükmüne dayalı iyiniyet iddiasında bulunamazlar.

Aile konutu şerhi bulunmayan hallerde, hak sahibi eş ile tapuda işlem yapan kişiden hak kazanan işlem tarafı olmayan üçüncü kişilerin iyiniyetli olmaları durumunda TMK.m.1023 hükmü çerçevesinde kazanımları korunur.

Şerhin kurucu etkiye sahip olmamasından dolayı, işlem tarafı olan üçüncü kişinin aile konutunun tapuya şerh edilmemiş olmasına duyulan güven nedeniyle hak kazandığı söylenemez. Çünkü ancak şerhe kurucu etkinin tanınması halinde, bir hakkın kazanılmasını engelleyen önkoşulun (aile konutu şerhinin) tapu sicilinde bulunmaması ve tapu kütüğünün işlem tarafı olan iyiniyetli üçüncü kişinin iyiniyetle hak kazanımını engelleyen bir içeriğe sahip olmaması sebebiyle, üçüncü kişilerde bu yönde bir güven doğmuş olacağından bahsedilebilir.

Aile konutu şerhinin bulunmadığı hallerde, işlem tarafı olan üçüncü kişinin iyiniyetinin korunup korunmayacağı hususu, aslında Yasakoyucunun tercihinin ailenin mi yoksa işlem güvenliğinin mi korunması olduğu mesele-

sidir. TMK.m.194 ile getirilmek istenen düzenleme, ailenin korunmasını amaçlamaktadır. Türk Medeni Kanunu aile müessesesini farklı bir anlayışla ele almıştır. Bu yeni anlayışta evlilik birliğinin korunması için mülkiyet hakkı belli açılardan kısıtlanmıştır. Mülkiyete konu olan bir şeyin maliki o şey üzerinde dilediği gibi tasarruf edebilir. Ama mülkiyetin konusu taşınmaz mal, aile konutu olarak özgülennmiş ise, bu halde yasal kısıtlamalar devreye girer. Aile konutu üzerinde diğer eşin rızası olmaksızın yasada anılan tasarruflar gerçekleştirilemez. Bu düzenleme artık yeni bir rejim olarak görülmeli ve bu özel rejimin Yasakoyucunun önceliği olduğunun dikkate alınması gereklidir.

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu ile artık aile konutu kavramının hukuk dünyamıza girdiği ve aile konutu üzerinde yasada sayılan işlemler bakımından diğer eşin rızasının sağlanması gerektiği bilincinin yerleşmesi durumunda bu konunun sorun olmaktan çıkacağını düşünmekteyiz.

BİBLİYOGRAFYA

ACAR, Hakan, Türk Medeni Kanunu m.194 Kapsamında Aile Konutu Üzerinde İyiniyetli Üçüncü Kişilerin Hak Kazanımı, Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, No:45-46, Haziran 2008, s. 9.

AKINTÜRK, Turgut, Aile Hukuku, C. II, Yenilenmiş 8. bası, İstanbul, 2002.

AYAN, Serkan, Evlilik Birliğinin Korunması, Ankara 2004.

BAYGIN, Cem, 4721 Sayılı Yeni Medeni Kanununun Evlenme, Boşanma ve Evliliğin Genel Hükümleri Konusunda Getirdiği Değişiklikler, Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp'e Armağan, İstanbul, 2003, s. 437.

ÖZTAN, Bilge, Aile Hukuku, Ankara-2004.

BÜYÜKAY, Yusuf, Yeni Türk Medeni Kanunu'nun 194. Maddesinde Yer Alan Aile Konutuna İlişkin Sınırlamanın Hukuki Niteliği, e-akademi.org, Eylül 2006.

DOĞAN, Murat, Tapu Sicilinde Tasarruf Yetkisi Kısıtlamasının Şerhi, Ankara 2004 (Tasarruf Yetkisi Sınırlaması).

DOĞAN, Murat, Medeni Kanunun Getirdiği Yeni Bir Müessese: Aile Konutu, AÜEHFD, 2002, C.VI, S. 1-4, s. 286 (Aile Konutu).

DURAL Mustafa/ ÖĞÜZ Tufan/ GÜMÜŞ Alper, Türk Özel Hukuku, C. III., Aile Hukuku, İstanbul, 2005.

ERTAŞ, Şeref, Yeni Türk Medeni Kanunu Hükümlerine Göre Eşya Hukuku, 5. bası, Ankara 2004.

GÜMÜŞ, Mustafa Alper, Türk Medeni Kanunu'nun Getirdiği Yeni Şerhler, Birinci Basıdan İkinci Tıpkı Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2007 (Şerhler).

GÜMÜŞ, Teoride ve Uygulamada Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2008 (Evliliğin Genel Hükümleri).

HASENBOEHLER, Franz, Verfügungsbeschränkungen zum Schutze eines Ehegatten, BJM 1986, s. 71.

HATEMİ, Hüseyin, Aile hukuku I (Evlilik Hukuku), Vedat Kitapçılık, İstanbul 2005.

HAUSHEER, Heinz/ REUSSER, Ruth/ GEISER, Thomas, Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerischen

Zivilgesetzbuch, Band II, 1. Abteilung, Das Eherecht, 2. Teilband, Die Wirkungen der Ehe im Allgemeinen Art. 159-180 ZGB, Bern, 1999.

HAVUTÇU, Ayşe, Evli Kadının Yerleşim Yeri, DEÜHFD, C. 7, S. 1, yıl: 2005, s. 41.

HEGNAUER/BREITSCHMID, Art. 169, N. 17; ZOBL, Dieter, Die Auswirkungen des neuen Eherechts auf das Immobiliarsachenrecht, SJZ, 1988, s. 132.

KAMANCI, Mahmut, “Aile Konutu ve Hak Sahibi Eşin Bu Konutla ilgili Tasarruflarına Karşı Diğer Eşin Katılma Hakkı”, Y.D., 2004, S. 1-2, s.117.

KILIÇOĞLU, Ahmet, Medeni Kanunu’muzun Aile-Miras ve Eşya Hukukunda Getirdiği Yenilikler, 2. bası, Ankara 2004 (Yenilikler).

KILIÇOĞLU, Ahmet M., Türk Medeni Kanunu'nda Diğer Eşin Rızasına Bağlı Hukuksal İşlemler ve Yasal Alım Hakkı, Ankara-2002 (Diğer Eşin Rızası).

OĞUZMAN, M. Kemal/SELİÇİ, Özer/OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe, Eşya Hukuku, 11. bası, İstanbul 2006.

ŞIPKA, Şükran, Aile Konutu ile İlgili İşlemlerde Diğer Eşin Rızası (TMK.m.194), 2. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2004.

UÇAR, Ayhan, 4721 Sayılı Medeni Kanun İle İhdas Edilen Yeni Bir Müessesesi: Aile Konutu Müessesesi. e-akademi.org, Ocak 2006.

WEBER, Roger, Der zivilrechtliche Schutz der Familienwohnung, AJP/PJA 2004, s. 30.

ZOBL, D., Grundbuchrecht, 2. Auflage, 2004.

HABERLEŞMENİN GİZLİLİĞİ VE KİŞİSEL VERİLER

*Dr. Hayrunnisa ÖZDEMİR **

I. GİRİŞ

Haberleşmenin temeli geçmişe dayanmasına rağmen, yaşadığımız çağda, gelişen teknolojinin de etkisiyle elektronik haberleşme, hayatta vazgeçilmez bir unsur olma özelliğini eskiye nazaran daha da artırmıştır. Gerçekten de, günümüzde kişilerin kendilerine ait ve herkesin bilmesini istemedikleri hayat alanları, elektronik haberleşme teknolojileri vasıtasıyla yok edilme tehlikesiyle karşı karşıyadır. Bundan dolayıdır ki Orwell'ın 1984 adlı romanında belirttiği gibi¹, kişiyi her an gözetleyen, ona özel bir alan bırakmayan Büyük Birader sendromu yaşadığımız dönemde aslında çok uzak bir ihtimal değildir.

Kişinin ve kişiliğin korunmasında önem taşıyan hususlardan birisi de “kişisel verilerin” korunmasıdır. Elektronik haberleşme alanında meydana gelen gelişmeler kişi temel hak ve özgürlüklerinin koruma önlemlerinin geliştirilmesi ve özel hayata saygı ilkelerinin belirlenmesini gerekli kılmıştır. Kişisel verilerin korunması, çağımızda, insan hakları kavramı ve korunması bilincinin gittikçe gelişmesine paralel olarak önemini artırmaktadır². Kişisel verilerin korunması Anayasa’da temellerini bulan haberleşmenin gizliliği ile yakından ilgilidir. Gizliliğin sağlanması Anayasa’nın 22. maddesinde özel olarak düzenlenmiştir.

* Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı.

1 George Orwell, yazmış olduğu eserinde kişiyi baskı altında tutan, her an her saniye izleyen ve kendisine ait kişisel verileri kişisel olmaktan çıkaran şeffaf bir insan modelinin yarattığı totaliter bir rejimi konu almakta ve figüratif olarak yer alan “Büyük Birader” motifi günümüzde telekomünikasyon araçlarının izlenmesinde bir deyim olarak kullanılmaktadır.

2 Bkz. Kişisel Verilerin Korunması Kanun Tasarısı’nın Genel Gerekçesi.

II. HABERLEŞMENİN GİZLİLİĞİ

Haberleşme, bilgi, düşünce ve tutumların ortak semboller sistemi aracılığı ile kişiler ve gruplar arasında değiş tokuş edildiği süreci ifade eder³. Haberleşmeler, yazılı ve sözlü gerçekleştirilmektedir. Mektup, telgraf, elektronik posta, tele faks ve cep telefonlarının kullanımıyla gerçekleştirilen kısa mesajlar (sms) yazılı haberleşmeye dâhildirler. Buna karşılık, telefon, telsiz gibi haberleşmenin alıcı-verici arasında gerçekleştirilen bölümü de sözlü haberleşme olarak kabul edilmektedir.

Haberleşmenin gizliliği temel haklardandır. Bunun bir sonucu olarak bireylerin kişisel mahremiyetlerini koruma, devletten ve üçüncü kişilerden ise bu mahremiyetlerine saygı gösterilmesini talep etme hakkı vardır. Haberleşme, anayasal bir özgürlük olarak tanınan ve anayasa üstü hukuk normları ile de korunan düşünce ve ifade özgürlüğünün bir uzantısı olmakla birlikte, özel hayatın sınırları içerisinde de yar almaktadır. Haberleşmenin korunmasındaki bu çift yönlü gereklilik, haberleşme özgürlüğünün de anayasal ve evrensel platformda tanınmasını sağlamıştır. Haberleşmeye yapılacak haksız müdahaleler sadece haberleşme özgürlüğünü ihlal etmekle kalmayacak, hakkın doğasındaki ikili yapı nedeniyle düşünce ve ifade özgürlüğü ile özel hayatın korunması ilkelerinin de aynı zamanda ihlal edilmesine yol açacaktır⁴. Bu gereklilik ışığında Anayasamızın, 22. maddesinde; herkesin haberleşme özgürlüğüne sahip olduğu ve haberleşmenin gizliliğinin esas olacağı, temel hak olarak düzenlenmiştir. Haberleşmenin gizliliği, “*Kişinin dilediği kimselerle, dilediği biçimde haberleşmesinin engellenmemesi ve bu haberleşmelerin, tarafların izni ve rızası olmaksızın, bunlar dışındaki kimselerin, algısından ve müdahalesinden korunması*” olarak tanımlanabilir⁵. Bu tanım, kişinin dilediği kimselerle dilediği biçimde haberleşmesi ilkesiyle, haberleşme özgürlüğünü; haberleşmenin, tarafları dışındaki kimselerce, onların izni veya rızası olmaksızın anlaşılmasına ve bunlara müdahale edilememesi ilkesiyle ise, haberleşmenin gizliliğine işaret etmektedir. Anayasa, haberleşme özgürlüğünü, “*özel hayatın gizliliği ve korunması*” başlığı altında düzenlemiştir. Haberleşme özgürlüğü, daha geniş bir kapsama sahip olan özel hayatın dokunulmazlığının bir yönünü oluşturur. Haberleşme özgürlüğünün korunması,

3 İçel, 4; Tortop, 2.

4 Uçkan, 37.

5 Araslı, 132.

hem haberleşme hakkının hem de haberleşme gizliliğinin korunması anlamına gelir⁶.

Anayasa anlamında haberleşmenin gizliliği; bireylerin haberleşmelerinin yapılabilmesi ve kişisel verilerinin, devlet tarafından gözetlenmeksizin değiştirilebilmesini garanti altına almayı ifade eder⁷. Haberleşme özgürlüğü, aynı zamanda telli vasıtasıyla veya telsiz elektro manyetik dalgalarla gerçekleştirilen haberleşme şekillerini içerir⁸. Bunlar; telefon, tele faks, telgraf, teleks'tir Bunların yanı sıra, bilgisayarla gerçekleştirilen internet haberleşmesi, on-line ve mobil telefon sistemi ile gerçekleştirilen haberleşmeler de, haberleşme özgürlüğünün kapsamına girer. Kanunun koruma kapsamına, sadece haberleşmenin içeriği girmeyip, trafik verileri de dâhildir. Bu veriler, haberleşmenin içeriği ile birlikte ele alınınca, tarafların isimleri, adresleri, taraflar arasında yapılan telefon bağlantıları, arayan numaralar, gerçekleştirilen görüşmelerin süreleri ve içeriğinden oluşurlar⁹. Anayasa anlamında korunan haberleşme hürriyetinin kapsamına, yurtdışında gerçekleşen aramalarda girer. Şöyle ki, eğer aramalar yurt dışında gerçekleşip değerlendirmeleri kişinin mensubu olduğu ülkede gerçekleşecek ise, bu aramalar da korumanın kapsamına dâhildir¹⁰. Haberleşmenin içeriğinin yanı sıra, arayan numaraların gösterimi, sayesinde telefon numarasının tespiti¹¹, arayanın kimlik tespiti¹², aramanın ne kadar sürdüğü gibi hallerde haberleşme özgürlüğünün kapsamında değerlendirilmelidir¹³.

Kişisel verilerin korunması, sadece Anayasa'da yer alan temel haklardan gidilerek etkin bir şekilde korunması hakkı doğrudan doğruya çıkarılmamakta ve bütün boyutlarıyla korunmamaktadır. Söz konusu bu hakların kapsamlı bir biçimde gelişen haberleşme teknolojisi karşısında korunabilme-

6 **Sevük**, 97.

7 **Schaar**, 29; **Şimşek**, 149.

8 **Pieroth/Schlink**, m. 10. pn. 837; **Schefer**, 134.

9 **Jarass/Pieroth**, m.10, pn.9; **Büttgen**, 21; **Elbel**, 17; **BverfGE**, 27, s. 1vd. T. 16.07.1969, Mikrozensus- Kararı; **Şimşek**, 149.

10 **BVerfGE** 100, 313 (363).

11 **BVerfGE** 107, 299 (326); **Weber**, 189.

12 **BGE** 126 I 50 E5b s. 62 (SwissonlineKararı).

13 **Schefer**, 134.

si için kapsamlı ve arz ettiği özellikler göz önünde bulundurularak korunması gerekir. Söz konusu koruma ise, bu alanda kapsamlı bir kanun yapılması ve Anayasa'nın temel haklar kısmında da yer verilerek sağlanabilir. Ülkemizde henüz bir “Kişisel Verileri Koruma Kanunu” bulunmamaktadır. Ancak, kanun niteliğinde olmasa da bazı düzenlemeler ülkemizde de bulunmaktadır.

Türk hukukunda da, modern toplumlar örnek alınarak haberleşme özgürlüğünün esaslılığı ve gizliliği kabul edilmiştir. Bunun yanı sıra, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu tarafından çıkarılan yönetmeliğin¹⁴ 8. maddesinde de, telekomünikasyonunun gizliliği konusunda gerekli düzenleme yapılmıştır¹⁵. Bu düzenlemeyle, diğer ülkelerle aynı düzenlemeye yer verilerek dünyada telekomünikasyon alanında meydana gelen gelişmelere duyarsız kalınmamıştır. Bu konuda, Haberleşme Kanunu m. 51’de, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu, “*elektronik haberleşme alanıyla ilgili kişisel bilgilerin işlenmesi ve gizliliğinin korunmasına yönelik usul ve esasları yönetmelikle belirleyebileceğine*” yer verilmiştir. Bunların yanı sıra, Telekomünikasyon Yoluyla İletişimin Tespiti, Dinlenmesi ve Kayda Alınmasına Dair Usul ve Esasları düzenleyen yönetmeliğin¹⁶ 4. maddesinde de telekomünikasyon gizliliği düzenlenmiştir¹⁷. Ayrıca, Bilgi Edinme Kanunu’nun¹⁸ 22. maddesinde de, haberleşmenin gizliliğini ihlâl edecek bilgi ve belgelerin bu kanun kapsamı dışında sayılacağı belirtilmiştir.

Haberleşmenin gizliliğine Avrupa Birliği tarafından çıkarılan genel veri koruma direktifi (95/46/EG) ile en son çıkarılan, Elektronik Haberleşme ve

14 Telekomünikasyon Sektöründe Kişisel Bilgilerin İşlenmesi ve Gizliliğinin Korunması Hakkında Yönetmelik, 06.02.2004 tarihli, 25365 sayılı RG’ nin, 64. sayfasında yayınlanan Yönetmelik.

15 “Yasaların ve yargı kararlarının öngördüğü durumlar haricinde, haberleşmeye taraf olanların tamamının izni olmaksızın, telekomünikasyonun üçüncü şahıs tarafından dinlenmesi, kaydedilmesi, saklanması, kesilmesi veya gözetimi yasaktır. İlgili trafik verilerinin ise işletmecisi tarafından hizmet amaçları dışında kaydedilmesi, saklanması ve gözetimi yasaktır” (m.8).

16 T. 10.11.2005, 25989 sayılı RG’ de yayınlanan yönetmelik.

17 Haberleşmenin gizliliği esastır. Bu yönetmelikle belirlenen esas ve usuller dışında hiç kimse, bir başkasının telekomünikasyon yoluyla iletişimini tespit edemez, dinleyemez, sinyal bilgilerini değerlendiremez ve kayda alamaz (m.4).

18 KN. 4982, KT.9.10.2003 ve 24. 10. 2003 tarihli 25269 sayılı RG’de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir.

Gizliliğin Korunması Direktifinin (2002/58/EC) (EK-VKD) gerekçesinin 21. maddesinde; “Haberleşmenin gizliliğine yetkisi bulunmayan kişilerce erişilmesini engellemek, kamu telekomünikasyon şebekeleri ve kamuya açık telekomünikasyon servisleri ile sağlanan telekomünikasyonun gizliliğini korumak amacıyla önlemler alınmalıdır” açıklaması yer almıştır. Bu gerekçe direktifin 5. maddesinde hüküm altına alınmıştır¹⁹. Bu son cümle elektronik haberleşmede gizliliğin sağlanmasında önemli bir adım olmuştur²⁰.

Anayasamızda da, haberleşme özgürlüğüne belli durumlarda kısıtlamalar getirilmiştir. Bunlar; “Milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçı mevcut olduğu durumlarda, hâkim kararı ile haberleşme hürriyeti sınırlanabilecektir. Ayrıca, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde kanunun yetkili kıldığı kişilerin yazılı emirleri ile de sınırlanabilir. Ancak bu durum, yirmi dört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulmalıdır. Hâkim kararını kırk sekiz saat içerisinde açıklar, aksi takdirde karar kendiliğinden kalkar” hükmüne yer verilmiştir.

III. KİŞİSEL VERİLER, KİŞİSEL VERİLERİN İŞLENMESİ VE BU ALANA HÂKİM OLAN İLKELER

A. KİŞİSEL VERİ TANIMI

Kişisel verilerin tanımı, veri koruma hukukunun asıl unsuru olmasından dolayı oldukça önemlidir. Anayasada ve öteki kanunlarda temel bir hak olarak bireyin kişisel nitelikli veriler üzerindeki haktan bahsedilmemiştir. Buna karşılık uluslararası kanun ve mevzuatlarda kişisel verilerin tanımına yer verilmiştir. Bunlardan ilki, veri koruması alanında, ilk olma niteliğine sahip Avrupa Birliği Direktifidir²¹. Buna göre, kişisel veriler, “*Kişisel niteliği be-*

19 “Avrupa Birliğine üye ülkeler, ulusal mevzuatlarını kullanarak, kamuya açık haberleşme şebekesi aracılığıyla ilgili trafik verisi ve haberleşmenin gizliliğini garanti altına almakla yükümlüdürler. Özellikle, hukuken yetkilendirildikleri durumlar haricinde, ilgili kullanıcının rızası olmadan bir başkası tarafından iletişimin ve ilgili trafik verisinin dinlenmesini, kaydedilmesini, saklanmasını, takip edilmesini ya da diğer şekillerde gizlice dinlenmesini ve gözetlenmesini yasaklayacaklardır”(EK-VKD, m.5/2)

20 Schütz/Atterndorn/König, 82.

21 24.10.1995 tarihli, “Kişisel Verilerin İşlenmesi Karşısında Gerçek Kişilerin Korunması ve serbest Veri trafiği” hakkındaki Direktif.(95/46/EG).

lirli veya belirlenebilir gerçek kişilere ait bütün bilgileri” ifade eder. Bir gerçek kişinin belirli veya belirlenebilir olması, şifre numarasına göre ya da psişik, psikolojik fiziksel, ekonomik, kültürel veya sosyal benliği ifade eden bir veya birden fazla unsura aidiyeti aracılığıyla doğrudan veya dolaylı olarak teşhis edilebilmesi anlamına gelmektedir (m.2). Bu maddede verilen bilgiler ışığında elektronik posta adresleri ve bilgisayarların kullanılmasında bir nevi bilgisayarın kimliği niteliğinde olan IP adresler de kişisel veri kategorisine dâhildirler. Çünkü bu adresler sayesinde ilgili kişiler tanımlanabilmektedirler.

Son dönemlerde ülkemizde telekomünikasyon alanında kişisel verilerin korunmasına yönelik yürürlükte bulunan yönetmeliğin²² tanımlar kısmında da, kişisel veriler, *“tanımlanmış ya da doğrudan veya dolaylı olarak, bir kimlik numarası ya da fiziksel, psikolojik, zihinsel, ekonomik, kültürel ya da sosyal kimliğinin, sağlık, genetik, etnik, dini, ailevi ve siyasi bilgilerinin bir ya da birden fazla unsuruna dayanarak tanımlanabilen gerçek ve/veya tüzel kişilere ilişkin herhangi bir bilgi”* şeklinde tanımlanmıştır.

İlgili kişi hakkında bilgiler, onun hem kişisel hem de nesnel özelliklerini kapsamalıdır. Kişisel özellikler, ilgilinin kimlik bilgileri ve karakteristik görünümleridir. Meselâ, kişinin adı, adresi, medenî hali, doğum tarihi, mezhebi, mesleği, son halini gösterir resmi, karakter özellikleri, dış görünümü, sağlık durumu bunlar arasındadır²³. Ayrıca, ilgilinin değer yargıları da kişisel özelliklerine dâhildir²⁴. Bunların yanı sıra, kişilerin resimleri²⁵, parmak izleri²⁶, röntgen resimleri²⁷ ve ilgilinin yapmış olduğu yolculukların listesi²⁸ kişisel ilişkilere misâl olarak verilebilir.

22 Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu tarafından çıkarılan ve halen yürürlükte bulunan “Telekomünikasyon Sektöründe Kişisel Verilerin ve Gizliliğin Korunması” yönetmeliği (KT.06.02.2004, RG. N. 25365).

23 **Sevük**, 785.

24 **Dammann/Simitis**, BDSG § 3 pn.12.

25 VG Hamburg, DuD 1981, 57; **Kautz**, 112.

26 VG Wiesbaden in EDV Recht, 345/51.

27 LG Göttingen, NJW 1979, 601.

28 BAG, RDV 1988, 197.

Kişisel veriler, ilgili kişileri tanımlayan veya tanımlayabilir nitelikte olmalıdır. İlgililerin isimleri onların tanımlanmasını sağlayan araçlardır. İsimler yardımıyla ilgililer doğrudan tanımlanabilirler. Bunun yanı sıra tanımlanabilirlik ise, bazı aracı unsurlar ve imkânlarla ilgili kişilerin tanımlanabilmesidir. Burada ilgililer doğrudan doğruya değil, dolaylı yollarla kişiyi tanıyacak yardımcı materyallerle tanınabilmektedirler. Meselâ, ilgilinin güvenlik maksadıyla alınan parmak izlerinden veya irislerden kendisine ulaşılması durumlarında kişiler doğrudan doğruya değil dolaylı olarak belirlenebilmektedir.

Ötülere ilişkin kişisel veriler, Alman Kişisel Verileri Koruma Kanununda²⁹ ve ülkemizdeki kanun tasarısında da koruma kapsamında değildir. Ancak ölen kişinin kişisel verileri tamamıyla korumasız da değildir. Öyle ki kişisel verilerin korunması temel haklardandır. Bu sebeple kişiler ölseler de bu değerler koruma altındadırlar³⁰. Ölen kişilere ait kişisel verilerin hukuka aykırı ihlalinde Türk-İsviçre Hukukunda, Alman Hukukundan farklı olarak doğrudan bir koruma sağlanmaz. Ancak kişisel verilerin ihlalinde ölenin mirasçılarının kişilik hakları zarar göreceğinden TMK. m. 25’de belirtilen haklara, ilgili mirasçılarda sahiptir. Kişisel veriler, Anayasa’da yer alan haberleşme özgürlüğünün kapsamına da dâhildirler. Öyle ki kişilerin gerçekleştirdikleri haberleşmelerde yer alan kişisel verileri anayasal anlamda korunmaktadır. Aynı zamanda, telekomünikasyon alanında haberleşme özgürlüğünden sadece ilgili kişilerin gerçekleştirdiği haberleşmenin içerikleri değil söz konusu kişilerin yakınları, onların çevresindeki kişiler de yararlanır³¹.

B. KİŞİSEL VERİLERİN İŞLENMESİ

Kişisel verilerin işlenmesi kavramı, nitelik olarak geniş bir içeriğe sahiptir³². İşleme, kişisel verilerin toplanması ile başlar silinmesine kadar devam eder. Kişisel verilerin işlenmesi, uzun ve birçok işlemi içerir niteliktedir.

Kişisel verilerin işlenmesi, Kişisel Verilerin Korunması Kanun Tasarısı’nın m. 3/e’ye göre, “Kişisel verilerin otomatik olan veya olmayan yollarla elde edilmesi, kaydedilmesi, depolanması, değiştirilmesi, silinmesi veya yok

29 **Bergmann/Möhrle/Herb**, BDSG §3, pn. 4vd.

30 BGH, NJW 1990, 1986.

31 **Elbel**, 77; OVG Bremen in DuD 1995, 674.

32 **Gounalakis, G/ Mand, E**, 81; **Geis**, 171; **Rüpke**, 185; **Weber**, 297, 300.

edilmesi, yeniden düzenlenmesi, açıklanması veya başka bir şekilde elde edilebilir hale getirilmesi, üçüncü kişilere aktarılması, kullanılmasının sınırlandırılması amacıyla işaretlenmesi veya tasniflenmesi veya kullanılmasının engellenmesi gibi bu veriler üzerinde gerçekleştirilen bir işlem veya işlemler bütünüdür” şeklinde tanımlanmıştır. Madde gerekçesinde de, kişisel verilerin işlenmesinin geniş bir alanı kapsadığına yer verilmiştir. Madde metninde verilerin toplanmasından başlayarak tüm işlem türleri işlenmenin içerisinde yer almaktadır. Ayrıca kişisel verilerin, bilgisayar gibi otomasyon sistemlerinin kullanıldığı yöntemlerle işlenmesi gibi otomatik sistemler kullanılmadan elden işlenmesi halleri de işlem kapsamına dâhildir³³.

Telekomünikasyon Sektöründe Kişisel Verilerin Korunması Yönetmeliğinde, tasarıda yer alan tanıma paralel bir düzenleme yer almaktadır. Buna göre, “*Otomatik olsun olmasın, toplama, kaydetme, hazırlama, yükleme, uyarılama, değiştirme, geri çağırma, danışma, kullanma, aktarma yoluyla açığa vurma, yayma ya da bunların dışında erişilebilir hale getirme, düzenleme, birleştirme, engelleme, silme gibi yollardan, kişisel bilgiler üzerinden yürütülmekte olan herhangi bir işlem ya da işlemler bütünü*” olarak tanımlanmaktadır.

Her iki düzenleme de, verilerin korunması alanında Avrupa Birliği tarafından çıkarılan ilk olma özelliği bulunan Veri Koruma Yönetmeliği m. 3/f’de yer alan düzenlemeye paralellik arz etmektedir. Madde metninde yer alan bilgisayarlar tarafından gerçekleştirilen otomatik işlemler ve elden işlemler ülkemizde yer alan hukuki metinlerde de yer almıştır.

C. KİŞİSEL VERİLERİN İŞLENMESİNE HÂKİM İLKELER

1. İLGİLİNİN RIZASININ ALINMASI İLKESİ

Kişisel verilerin toplanması, işlenmesi ve saklanması işlemlerinden önce mutlaka ilgili kişinin rızasının alınması gereklidir³⁴. Kişisel verilerin işlenmesinde, rızanın geçerli olabilmesi ilgili kişiye yeterli açıklamanın yapılması ve rızanın ilgili kişi tarafından hiçbir etki altında kalınmadan verilmesine

³³ Bkz. Kişisel Verileri Koruma Kanun Tasarısı’nın m. 3’ün gerekçesi.

³⁴ **Ramponzo, 47; Holznagel/ Enaux/ Nienhaus, 183; Rossnagel, 1274; Brühann, 1, pn. 32; Büttgen, 8; Tortop, 7.**

bağlıdır³⁵. Ancak kişisel verilerin işlenebilirliği, kanuni düzenlemelerde açıkça belirtilmiş veya kişisel verilerin işlenmesinde üstün özel veya kamusal bir yarar söz konusu ise, kişinin ayrıca rızasına gerek yoktur.

Kişisel verileri işlenecek kişiye; ilgili kişi veya makam tarafından, yapılacak işlemin içeriği, amacı, bu işlemin ne kadar süreceği ve öngörülen verilerin nerelerde kullanılacağı hakkında ayrıntılı bilgi verilmelidir. Söz konusu açıklamalar taraflarca yapılmamışsa, ilgili kişi tarafından talep edilmelidir. İlgili kişinin aydınlatılmasında, ortalama bir metin kullanılmalıdır. Bu metin anlaşılır ve kişilere yön vermeye yönelik olmalıdır. Herkesin anlayamayacağı hukuki bir metin niteliğini taşımamalıdır. Ayrıca ilgili kişi, yabancı ise, kişinin kendi ana dilinde açıklama yapılmalıdır³⁶. Aksi takdirde ilgili kişi veya kurumun sorumluluğu söz konusu olur. Rızanın geçerliliğinde uyulması gereken ikinci ilke ise, ilgili kişinin, kimsenin etkisi altında kalmaksızın rızasını özgür iradesi ile bildirmesidir. İlgili kişinin rızasını, hiçbir etki altında kalmaksızın özgürce ve yazılı formda³⁷ beyan etmesi gerekir³⁸. Ayrıca, beyan söz konusu duruma ilişkin olmalıdır. Genel rıza beyanında bulunmak rızanın alınması anlamına gelmez. Kişisel verilerin işlenmesinde, toplu rıza beyanında bulunma yasağı da söz konusudur. Eğer ilgili kişi kendisi hakkında işlenmekte olan veya ileride işlenecek veriler için önceden toplu bir rıza beyanında bulunmuşsa, yapmış olduğu rıza beyanı hukuka aykırılık teşkil eder³⁹.

Rıza beyanının geçerli olabilmesi için ilgili kişinin el yazısı ile rıza beyanında bulunması gerekir. Ancak, rıza beyanında bulunmak için, basılmış formlar da kullanılabilir. Bu durumda da, kişinin bizzat el yazısı ile imza atması gerekir. Ancak, çok acil durumlarda sözlü olarak rıza beyanı da geçerlidir⁴⁰. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin kanun tasarısında, bu ilke hukuka uygunluk nedenleri arasında yer almıştır.

35 **Bizer**, 351; **Atak**, 211.

36 **Bizer**, 351.

37 Form, kişisel verileri işleyecek kurum veya kuruluş tarafından matbu olarak bulundurulur. İçeriğinde, kişisel verilerin işleme amaç, süre, hangi makam tarafından işleneceği yer alır.

38 **Tinnefeld/Ehmann/Gerling**, 319.

39 **Ramponzo**, 48; **Schaar**, 24; **Bizer**, 351.

40 **Bergmann/Möhrle/Herb**, §4, dpn. 54vd.

2. AMACA BAĞLILIK İLKESİ

Amaca bağlılık ilkesi, kişisel verilerin önceden belirlenmiş veya belirlenebilen hukuka uygun amaç veya amaçlar için verilerin toplanması ve bu amaçlarla orantılı olarak işlenmesidir⁴¹. Amaca bağlılık ilkesi gereği, kişisel verileri işleyen ilgili kişi kurum veya kuruluşların ilgilinin verilerinin söz konusu amaç için işlenip işlenmediğini tespit etmesi gerekir. Aksi takdirde, sorumluluğu söz konusu olur. Kişisel verilerin ilk işlenmesi için gereken amaç sonradan değişebilir. Bu durumda da, kişinin yeniden rızasının alınması gerekir. Çünkü ilgili kişi yeni durum için rıza göstermeyebilir. Amaçla bağlılık ilkesi, aynı zamanda, kişisel verilerin meşru amaç ya da amaçlar için işlenebileceği anlamına gelmekte olup, bu haliyle kişisel verilerin işlenmesinde sınırlandırıcı bir etkiye sahiptir. Bu ilke uyarınca, kişisel veriler kural olarak önceden belirlenmiş ve şüpheye yer vermeyecek şekilde belirli olan amaç ya da amaçlar için işlenebilir, fakat gelecekte ortaya çıkma ihtimali olan ve hâlihazırda bilinmeyen amaçlar için kişisel veriler işlenemez⁴².

Amaca bağlılık, Kişisel Verilerin Korunması Kanun Tasarısında da, yer almıştır. Buna göre, “*Kişisel verilerin; belirli, açık ve meşru amaçlar için toplanması ve bu amaçlara aykırı olarak yeniden işlenmemesi*”(m.5/b) hükmüne yer verilmiştir. Bu durumda kişisel verilerin meşru olan amaç dışı toplanması ve işlenmesi halinde, hukuka aykırılık söz konusu olur.

3. VERİLERİN HUKUKA VE OBJEKTİF İYİNİYET KURALLARINA UYGUN İŞLENMESİ

Kişisel verilerin işlenmesine yönelik düzenlemelerde yer alan bir diğer ilke de kişisel verilerin hukuka ve iyi niyet kurallarına uygun bir şekilde toplanması ve işlenmesidir⁴³. Hukuka uygun ve iyi niyet kurallarına uygun işleme, kişisel verilerin işlenmesi sürecinin başından sonuna kadar olması gereken bir ilkedir. Kişisel verilerin işlenmesi, kural olarak, doğruluk ve dürüstlük kurallarına uygun olmalıdır. Bu durum özellikle verilerin işlenme-

⁴¹ Brühann, 140, pn. 29; Guntern, 59; Simitis, 53; Däubler/Klebe/Wedde/Weichert, 220, pn. 39.

⁴² Bizer, 352; Gola/Schomerus, 291, pn. 15.

⁴³ Brühann, Datenschutz, 142, pn. 35; Simitis, 51; Kübler, 69; Türkiye Bilişim Şurası Bildirgesi, 317.

sinin saydamlığı açısından önem arz eder⁴⁴. Kişisel verilerin, kurallara uygun olarak toplanması ve işlenmesi ilkesi; genel olarak kişisel verilerin işleme sürecinde ilgili kişilerin verilerin toplanma ve işleme hususunda yanıtılmaması veya söz konusu amaçla bağdaşmayan ya da kişilerin anlayamayacağı bir amaç için işlenmemesini kapsar. Sözü edilen bu hususlar dürüstlük kuralının temelini oluşturan amaca uygun davranma ve yanıtlanma ile örtüşmektedir. Kişisel verilerin, objektif iyi niyet kurallarına ve hukuka uygun işlenmesi, Kişisel Verilerin Korunması Kanun Tasarısı m.5/a'da "Kişisel verilerin, hukuka ve dürüstlük kurallarına uygun olarak işlenmesi" ilkesi olarak yer almıştır.

4. ORANTILILIK İLKESİ

Orantılılık ilkesi, demokratik ülkelerde özgürlüğün kural ve sınırlamanın istisna olması ilkesi ile yakından ilgilidir. Verilerin işlenmesinde, orantılılık prensibine kişisel verileri işleyecek ilgili makamlar tarafından riayet edilmelidir⁴⁵. Çünkü Genel Veri Koruma Direktifinde, orantılılık ilkesi temel kural olarak düzenlenmiştir⁴⁶. Orantılılık ilkesi, her verinin işlenmesinde, söz konusu verinin işleme amacı için uygun olup olmadığı ve söz konusu verinin işlenmesinin amacın gerçekleşmesi için gerekip gerekmediği her somut olayda incelenmelidir⁴⁷. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin önüne gelen Finlandiya dosyası için verdiği kararında orantılılık ilkesine değinmiştir⁴⁸.

⁴⁴ Maurer, Art.4 N. 9.

⁴⁵ Guntern, 58; Epiney/Hofstötter/Meier/Theuerkauf, 106; Kübler, 71; Dressel, 259; Sağlam, 110 vd; Metin, 125 vd; Şimşek, 98.

⁴⁶ Rossnagel, 140; Brühann, 140, pn. 30; Elbel, 20; EuGH, vrb. Rs. C-465/00, C-138/01 (Rechnungshof/Österreichischer Rundfunk), Slg. 2003, I-4989, Rz. 64 vd.; Schwegler, 143; Däubler/Klebe/ Wedde/Weichert, 220, pn.45.

⁴⁷ Peter, 132 vd; Maurer, Art.4 N.11; DSG Botschaft, 132vd; Bizer, 353; Gola/Schomerus, 293, pn. 19.

⁴⁸ Bayan X ile evli olan Z evliliklerini aralarındaki sorunlar nedeniyle sona erdirmişlerdir. Her ikiside HIV pozitiftir. Bayan, X'e karşı Z tarafından birden fazla cinsel tacizde bulunduğu görgü tanıkları tarafından doğrulanmıştır. Bayan X için kendisini muayene eden doktor ve Psikiyatris tanıklıkta bulunmuşlardır. Bunun yanı sıra Z hakkında tıbbi belgelere de el konulmuştur. Bu takip sonrası Bayan X, on yıl sonra yayınlanan mahkeme kayıtlarına dayanarak mahkûm olmuştur. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, doktorların tanık ifadeleri ve Z'ye ait tıbbi belgelerin el konulmasından dolayı Z'nin AİHS'nin m. 8 anlamında kişiliğinin zedelenmediği kararına varmıştır. Çünkü bu ifadelerin ve belgelerin kamu yararı açısından önem taşıdığına karar vermiştir. Ancak, mahkeme dosyalarının

Orantılılık ilkesi aynı zamanda verilerin işleme sürelerini öngörülen amaçla sınırlanmıştır. Kişisel verilerin işlenmesi ile güdülen amaç gerçekleşmiş ise, ilgili veriler derhal serbest bırakılmalıdır⁴⁹. Kişisel Verilerin Korunması Kanun Tasarısında da, aynı konu düzenlenmiştir. Buna göre, “*Kişisel veriler, toplandıkları amaçla bağlantılı, yeterli ve orantılı*” olmalıdır (KVKKT.m.5/I/c). Belirtilen bu madde ile kişisel verilerin işlenmesinde keyfiliğin önüne geçilmeye çalışılmıştır.

5. VERİLERİN DOĞRULUĞU İLKESİ

Kişisel verileri işlenecek olan kişilerin, kendilerine ait verilerin doğru olmalarını talep etme hakları vardır. Verilerin doğruluğu, kişisel verilerin işleme sürecinin sonuna kadar devam etmelidir. Bunun yanı sıra veri sahiplerinin, kendilerine ait verilerin doğruluklarını periyodik olarak kontrol etme hakları vardır⁵⁰. Öyle ki verilerin, işlenmesi ile ulaşılmak istenilen amaç için, güncel ve doğru kalmaları gerekir⁵¹. Kişisel verilerin doğruluklarını kaybetmeleri durumunda ise, veri sahipleri tarafından söz konusu verilerin kaldırılmaları veya düzeltilmeleri talep edebilir⁵².

Verilerin güncelliği, Kanun Tasarısının 5/ç maddesinde, “*kişisel verilerin, doğru olması ve gerektiğinde güncellenmesi*” ifadesiyle kişisel verilerin işlenmesinde güncelliğinin sağlamamasının önemine vurgu yapılmıştır.

IV. KİŞİSEL VERİLERİ İŞLENEN İLGİLİNİN HAKLARI

A. İLGİLİNİN BİLGİ ALMA HAKKI

Kişisel verileri işlenecek ilgili kişiye, verileri işleyecek özel kişi veya kurumlar önceden kişisel verilerin işlenmesi ile ilgili süreç hakkında ilgili kişiye gerekli bilgileri vermekle yükümlüdürler⁵³. Bu şekilde kişinin hiçbir bas-

on yıl sonra açıklanması sonucu Bayan X’in kişilik haklarının ihlal edildiğine ve kişisel verilerini oluşturan mahkeme belgelerinin kısa bir şekilde açıklanmasında yararının çok az olması ve bu durumun orantılılık ilkesine aykırı olduğuna karar vermiştir. Kişisel verilere yer verilebilmesinde her zaman orantılılık ilkesi göz önünde bulundurulmalıdır.

⁴⁹ Maurer, Art. 4 N.22; Aubert, 175.

⁵⁰ Maurer, Art. 5 N. 5; Türkiye Bilişim Şurası Bildirgesi, 317; Şimşek, 100.

⁵¹ Rossnagel, 141.

⁵² Maurer, Art. 5 N.15.

⁵³ Kautz, 130; Atak, 212; Başalp, 114; Şimşek, 88.

kı altında kalmadan karar vermesi sağlanmaya çalışılmıştır. Kişisel verileri işlenecek kişiler; işlenme tarzı, işleyen kimliği, işleme amacı ve işlemenin ne kadar süreceği konusunda ilgili kişi veya kurumlar tarafından bilgilendirilirler⁵⁴.

Kişisel verilerin işlenmesinden evvel ilgili kişilere, kişisel verileri işleyecek ilgili kişi ve kurumlar tarafından gerekli bilgiler eksiksiz bir şekilde verilmelidir. Bilgi verme yükümlülüğü, veri koruması alanında ilgili kişilere önemli hukuki bir koruma sağlar⁵⁵. Çünkü ilgili kişiler bilgilendirme yükümlülüğü sayesinde, kişisel verilerin işlenme sürecinden haberdar olurlar⁵⁶. Kişisel verileri işleyen kişi ve kurumların işleme hakkında verecekleri bilgiler; hangi verilerin ne zaman, ne şekilde hangi amaçla işleneceği konularını kapsamak zorundadır.

B. DÜZELTME, KALDIRMA VE SİLME HAKKI

Kişisel verileri işleyen gerçek veya tüzel kişiler, işleme sonucunda herhangi bir yanlışlık yapılmışsa, bunu ilgili kişilere bildirmekle yükümlüdürler⁵⁷. Düzeltme, engelleme ve silmeyi talep hakkı genelde telekomünikasyon alanında, yanlış, geçersiz ve hukuka aykırı işleme durumlarında söz konusu olabilir.

Diğer kişisel verilerin işlenmesinde, genelde ortadan kaldırma talep edilir⁵⁸. Eğer kişilere ait dosyalarda, kendileriyle ilgili yanlış veriler bulunuyorsa, bu veriler diğer doğrularıyla değiştirilmeyip kişinin dosyasına eklenirler. Doğruluğu ispat edilemeyen veriler ise, kişinin dosyasına bizzat kaydedilir.

54 Broschüre für das Datenschutz in der Europäischen Union, dialog mit Bürgern und Untepnehmen (Avrupa Birliğinde yer alan vatandaşlar ve firmalar için Veri Koruması ile ilgili bastırılmış küçük kitap), 1–14; **Koch**, 308; **Bergmann/Möhrle/Herb**, § 134 pn. 69; **Brühann**, 142; **Geppert/Ruhle/Schuster/Fischer**, 223, pn. 772; **Rossnagel/Pfitzmann/Garstka**, 261; **Klug**, 75; **Kautz**, 131; **Wedde**, 550, pn.18; **Gola/Schomerus**, 646, pn.18–19; **Dix**, 1162, pn.36; **Däubler/Klebe/Wedde/Weichert**, 346, pn. 1.

55 **Rossnagel/Pfitzmann/Gartschka**, 170; BVerfGE 100, 313, (361).

56 **Rossnagel/Pfitzmann/Garstka**, 171.

57 **Dix**, 1209, pn. 9; **Burgsdorff**, 149; **Däubler/Klebe/Wedde/Weichert**, 365, pn. 4; **Başalp**, 115; **Şimşek**, 90.

58 **Ramponzo**, 50; **Koch**, 316; **Brühann**, 143; **Rossnagel/Pfitzmann/Garstka**, 262; **Klug**, 77; **Kautz**, 132–133; **Wedde**, 559, pn. 57; **Däubler/Klebe/Wedde/Weichert**, 366, pn. 10.

Ayrıca veriler doğruluğunu yitirmiş veya eskimiş iseler, ilgili kişilerde bizzat verileri düzeltebilirler.

Kişisel veriler, meşru olmayan bir şekilde resmi makamlarca toplanmışsa veya toplanan veriler gerçekleştirilmek istenilen amaç için artık gerekli değilse, ilgili kişiler, söz konusu kişisel verilerin ortadan kaldırılmalarını talep edebilirler⁵⁹. Kişisel veriler belli bir amaç için işlendiklerinde, söz konusu amacın artık mümkün olmadığı durumlarda yani ortadan kalktığı veya gerçekleşmiş olduğu hallerde, toplanan verilerin ortadan kaldırılmaları da talep edilebilir⁶⁰.

C. İTİRAZ HAKKI

Kişisel verileri işlenen ilgili kişinin gerçekleşen işlemeye karşı genel olarak iki alanda itiraz hakkı bulunmaktadır. Bunlardan ilki, genel olarak ilgili kişilere tanınan itiraz hakkı diğeri ise, doğrudan pazarlama durumlarına ilişkindir.

1. Genel İtiraz Hakkı

İtiraz hakkı Genel Veri Koruma Direktifi m. 14'te düzenlenmiştir. Söz konusu madde hükmüne göre, ilgili kişinin kendi durumundan kaynaklanan hallede genel olarak itiraz hakkı söz konusudur. Bu durumlar, kişisel verilerin gereken izin alınmadan ve kanunda belirtilen ilkelere uyulmadan işlenmesi durumlarında hukuka aykırı bir işleme söz konusu olacaktır. Bu durumun yanı sıra, kişisel verilerin işlenmesi, hukuka uygun bir şekilde gereken ilkelere uyularak gerçekleşmiştir. Ancak, ilgili kişinin üstün ve korunan değerleri söz konusu olursa bu durumlarda kişisel verilerin işlenmesine ilgili kişi veya kişiler itiraz edebilirler⁶¹.

Genel itiraz hakkı, ülkemizde hazırlanan kişisel Verilerin Korunması Kanun Tasarısı m.6/II'de de düzenlenmiştir. Buna göre, "*Kanunlarda öngörülen yükümlülüklerin yerine getirilmesi dışında, ilgili kişinin bir itirazda bulunması halinde veri işlenemez*". Söz konusu madde ile genel Veri Koruma Direktifi ile uygunluk sağlanmaya çalışılmıştır.

59 Wedde, 560, pn. 65.

60 Gola/Schomerus, 679, pn.10.

61 Kautz, 133; Schaar, 55; Atak, 213.

2. Doğrudan Satışlara Karşı İtiraz Hakkı

İtiraz hakkı, özel olarak Genel Veri koruma Direktifi'nin 14. maddesinde düzenlenmiştir. İlgili kişilerin, kişisel verilerinin doğrudan satışların gerçekleşmesi amacıyla reklâmlarda kullanılması durumlarında, itiraz hakları mevcuttur⁶². Gerçek veya tüzel kişiler, tarafından bir ürünün satılması ya da bir hizmetin sağlanması sırasında aboneye ait elektronik iletişim bilgilerinin elde edilmesi halinde, söz konusu kişiler kendi ürünlerinin ya da hizmetlerinin doğrudan pazarlanması amacıyla söz konusu iletişim bilgilerini kullanabilirler. Ancak, söz konusu iletilerin haberleşmenin her aşamasında abone tarafından basit ve ücretsiz bir işlemle reddedilebilir olmasına imkân tanınmalıdır. Ülkemizde yürürlükte bulunan “Kişisel Bilgilerin İşlenmesi ve Gizliliğin Korunması Hakkında Yönetmelik”⁶³’in 20. maddesinde “.....Söz konusu otomatik arama sistemlerinin doğrudan pazarlama amacıyla kullanılması halinde kullanıcılara gelen her bir mesajı bundan sonrası için almayı reddetme hakkı ücretsiz ve kolay bir yolla sağlanır” hükmünde yer verilmiştir. Son dönemlerde bu alanda hazırlanan yönetmelik taslağında da aynı hükme yer verilmiştir.

D. ZARARIN TAZMİNİNİ İSTEME HAKKI

Kişisel verileri, yanlış veya geçersiz bir şekilde işlenen kişiler, kişisel verileri işleyen görevli gerçek veya tüzel kişilerden zararın tazminini talep edebilirler⁶³. Ülkemizde telekomünikasyon alanında kişisel verilerin korunması yönetmeliğinde de⁶⁴, zararın tazmini konusuna yer verilmemiştir. Ayrıca, son dönemde ülkemizde yapılan Veri Koruma Kanun Tasarısında, hukuka aykırı veri işlenmesinde, işleyenin zararı tazmin etmesine yönelik maddi ve manevi tazminatlar konusunda herhangi bir hüküm yer almamaktadır. Bunun yanı sıra, Tasarının, 5. kısmının I. bölümü m.50’de, hukuka aykırı verilerin işlenmesinde Türk Ceza Kanunu’nun 135, 136, 137 ve 138. maddelerine atıf yapılmakla yetinilmiştir. Cezai sorumluluğun yanı sıra, özel hukuka ilişkin olarak; verilerin yetkisiz makamlar ve kişiler tarafından işlenmesi durumunda da, Türk Medeni Kanununun 24 ve 25. maddelerine atıf yapılmıştır.

⁶² Weber, 297, 302; Dammann/Simitis, Art. 7, pn. 1vd; Garstka, 56 vd.

⁶³ Atak, 214; Şimşek, 109.

⁶⁴ 97/66/EG, 24 Aralık 1997.

Avrupa Birliğinin verilerin korunması alanında çıkarmış olduğu Genel Veri Koruma Direktifi (VKD) m. 23’de hukuka aykırı ve yetkisiz olarak verilerin işlenmesi durumunda, ilgili kişinin tazminat talep edebileceği düzenlenmiştir. Burada öngörülen sorumluluk kusura dayanan bir sorumluluktur⁶⁵. Madde metninde manevi tazminat talebi düzenlenmemiştir. Bundan dolayıdır ki, manevi tazminatın talep edilip edilemeyeceği konusunda açıklık bulunmamaktadır⁶⁶. Ancak, genel hükümler dâhilinde manevi tazminatın da istenebileceği kabul edilmektedir⁶⁷. Bazı yazarlar ise, manevi tazminatın Avrupa Birliğine üye ülkelerin iç hukuklarında farklı düzenlenmiş olduğu, manevi tazminatın iç hukuk tarafından belirlenmesi gerektiği sonucuna varmaktadır⁶⁸.

SONUÇ

Kişisel verilerin korunması Anayasada düzenlenen haberleşmenin gizliliği ilkesiyle yakından ilgilidir. Bundan dolayıdır ki, kişisel verilerin korunması söz konusu anayasal hakkında korunmasını beraberinde getirmektedir. Kişisel veriler, ilgili kişiyi tanımlanabilir hale getiren bilgilerdir. Söz konusu bilgilerin ilgili kişilerin münasebette olduğu kişiler veya kurumlar tarafından işlenmesi durumunda, ilgili kişinin de belli hakları söz konusu olabilmektedir. Kişisel verileri işleyecek olan kişi veya kurumlar, Anayasa’da ve kanunlarda yer alan belli başlı kurallara da uymak zorundadırlar. Söz konusu kurallara uyulmaması halinde hem kamu hukuku alanında hem de özel hukuk alanında ilgili kişi bazı haklara sahip olabilir.

⁶⁵ **Ehmann/Helfrich**, 280, pn.15; 141.

⁶⁶ **Bergmann/Möhrle/Herb**, §7 pn. 9; **Wedde**, pn. 91.

⁶⁷ **Brühann/Zerdick**, 429(435).

⁶⁸ **Wuermeling**, 111(113).

KAYNAKÇA

- Araslı, Oya:** Özel Hayatın Gizliliği Hakkı ve TC. Anayasasında Düzenlenişi, “Yayınlanmamış Doçentlik Tezi” Ankara 1970.
- Atak, Songül:** Kişisel Verilerin Korunmasına İlişkin Avrupa Birliği Yönergesinin Temel Özellikleri, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, T. 2009, S. 59–60, s. 200–222.
- Aubert, Gabriel:** La protection des données dans les rapports de travail, in: Aubert, Gabriel u.a. (Hrsg): Journée de droit et de la sécurité sociale 1995, Zürich 1999, S. 145vd.
- Burgsdorff, Christoph:** Die Umsetzung der EG-Datenschutzrichtlinie im nicht öffentlichen Bereich. Möglichkeit einer zukunftsorientierten konzeption des Datenschutzes in der Privatwirtschaft unter besonderer Berücksichtigung des BDSG 2003 Frankfurt am Main.
- Büttgen, Peter:** In: Hoeren,T/Sieber,U. “Telekommunikationsgesetz Kommentar”, Köln 2000.
- Brühann, Ulf:** In: Rossnagel Handbuch Datenschutzrecht, München 2003.)s.345-353.
- Brühann, Ulf/Zerdick, Thomas:** Umsetzung der EG-Datenschutzrichtlinie, Verwaltung- Verfassungsrecht, CR 7/1996.s.429–436.
- Bizer, Johann:** Sieben Goldene Regeln des datenschutzes, DuD 2007/5. s.350vd.
- Bergmann, M/Möhrle, S/ Herb, K:** Handkommentar zum Bundesdatenschutzgesetz, Stuttgart 1999.
- Dix, Alexander:** Der Entwurf der ISDN Datenschutzrichtlinie, DuD 1997(5), 278 vd.
- Dressel, Christian, Oliver:** Die Gemeinschaftrechtliche Harmonisierung des Europäischen Datenschutzrechts, München 1995.
- Dammann, U/Simitis, S:** EG-Datenschutzrichtlinie, Baden-Baden 1997.
- Däubler, W/ Klebe, T/ Wedde, P/ Weichert, T:** Bundesdatenschutzgesetz, Basiskommentar zum BDSG, 2. Auflage, Bonn 2007.
- Elbel, Thomas:** Die Datenschutzrechtlichen Vorschriften für Diensteanbieter im Neuen Telekommunikationsgesetz auf dem Prüfstand des Europäischen und Deutschen Rechts, Berlin 2005.

Epiney, A/ Hofstötter, B/ Meier, A/ Theuerkauf, S: Schweizerisches Datenschutzrecht vor europa und völkerrechtlichen Herausforderungen, Fribourg 2007.

Ehmann, E/ Helfrich M: EG- Datenschutzrichtlinie, Kommentar, Köln 1999.

Garstka, Hansjürgen: Informationelle Selbstbestimmung und Datenschutz,.: [www. bpb.de/files/YRPN3Y.pdf](http://www.bpb.de/files/YRPN3Y.pdf).

Geis, Ivo: Individualrechte in der sich verändernden europäischen Datenschutzlandschaft CR 1995.

Gounalakis, G./ Mand, E: Die neue EG- Datenschutzrichtliniegrundlagen einer Umsetzung in nationales Recht (II), CR 1997, 497–504.

Gola, P/Schomerus, R: Bundes Datenschutzgesetz, 8.Aufl. München 2005.

Geppert, M/Ruhle, O/Schuster, F: Handbuch Recht und Praxis der Telekommunikation, 2. Auflg. Baden-Baden 2002.

Guntern Odilo: In: Datenschutz im europäischen Umfeld, Zürich 1996.

Holznagel, B/Enaux, C/Nienhaus, C: Grundzüge des Telekommunikationsrecht, Münster 2000.

İçel, Kayıhan: Kitle Haberleme Hukuku, 5. Bası, İstanbul 2001.

Kautz, Iiona: Schandesersatz im Datenschutzrecht, München 2006.

Klug, Christoph: BDSG-Interpretation, 3. Auflage, Köln 2007.

Koch, Frank: Internet-Recht- Praxishandbuch mit dem neuen Medien und Telediensterecht, Checklisten und Mustervertrag, Köln 1998.

Maurer-Lambrou, U: In: Basler Kommentar, Datenschutzgesetz, 2.Auflg.2006.

Metin, Yüksel: Ölçülülük İlkesi, Ankara 2002.

Peter, James Thomas: Das Datenschutzgesetz im Privatrecht, Zürich 1995.

Pieroth, B/Schlink, B: Staatsrecht II. Grundrechte, Heidelberg 1999.

Rampazzo, Natale: Datenschutz und Verbraucherschutz im deutschen und italienischen Telekommunikationsrecht, München 2002.

Rosnagel, A/ Pfitzmann, A/ Hansjürgen, G: Modernisierung des Datenschutzrechts, Gutachten im Auftrag des Bundesministeriums des Inneren Berlin 2001.

Rüpke, Giselher: Aspekte zur Entwicklung eines EU- Datenschutzrechts, C.5 ZRP 1995, 185vd.

Sağlam, Fazıl: Temel Hakların Sınırlanması ve Özü, Ankara 1982.

Schaar, Peter: “Datenschutz in der Telekommunikation Bfd-Info”, Bonn 2003.

Schefer, Markus: Grundrechte in der Schweiz, Bern 2005.

Schütz, R /Atterndorn, T/ König, A: Elektronische Kommunikation, München 2003.

Schwegler, Ivo: Datenschutz im Polizeiwesen von Bund und Kantonen, Bern 2001.

Sevük, Yokuş Handan: Postada El Koyma ve Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, TBBD. S.69, 2007.s.97–124.

Simitis, Spiros: Der verkürzte Datenschutz, Baden-Baden, 2004.

Şimşek, Oğuz: Anayasa Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması, İstanbul 2008.

Tinnefeld, M-T/Ehmann, E/Gerling, R: Einführung in das Datenschutzrecht, Datenschutz und Informationsfreiheit in europäischer Sicht, 4.Auflg. München, Wien 2005.

Tortop, Nuri: Çağımızın Önemli Sorunu: Kişisel Bilgilerin Güvenliği Sorunu, Amme İdaresi Dergisi, C. 33, S. 3, s. 1-14, 200 Ankara.

Türkiye Bilişim Şurası,“Bilgi Toplumuna Doğru” 10-12 Mayıs 2002, Ankara.

Uçkan, Özgür: Bilgi Ekonomisi, Bilgi Toplumu, Mahremiyet ve Güvenlik, Ankara Barosu Hukuk Kurultayı, 3-07 Ocak 2006 Ankara, s. 28-44.

Weber, H. Rolf: In: Neues Fernmelderecht, “Fernmeldegeheimnis und Datenschutz, Zürich 1998.

Wedde, Peter: In: Handbuch Datenschutzrecht, Prof.Dr. Alexander Rosnagel, 2003 München.

Wuermeling, Ulrich: Heun In: Handbuch Telekommunikationsrecht Köln 2002.