



Ankara Barosu

DERGİSİ

Yıl: 76 Sayı: 2018/3 ISSN 1300-9885



ANKARA BAROSU BAŞKANLIĞI

Adliye Sarayı Kat:5 Sıhhiye/ANKARA **T:** 0.312 416 72 00 **F:** 0.312 309 22 37
www.ankarabarusu.org.tr ankarabarusu@ankarabarusu.org.tr

ABEM-ANKARA BAROSU EĞİTİM VE KÜLTÜR MERKEZİ

Ihlamur Sk. No:1 Kızılay/ANKARA **T:** 0.312 416 72 00

GÖLBAŞI AVUKAT ÖZDEMİR ÖZOK SOSYAL TESİSLERİ

Gazi Osman Paşa Mah. Sahil Cd. No:46 Gölbaşı/ANKARA
T: 0.312 485 03 93-484 46 06

ANKARA BAROSU GELİNCİK MERKEZİ

Ihlamur Sk. No:1 Kızılay/ANKARA **T:** 0.312 444 43 06 (5 Hat)
www.gelincikprojesi.org.tr

Ankara Barosu Dergisi'nde yayımlanmakta olan makaleler
Journal of Ankara Bar Association is being permanently indexed in



hukuk veritabanlarında taranmaktadır.
law databases.

İletişim Adresi | Communication Address

Ankara Barosu Başkanlığı, Adliye Sarayı Kat: 5 Sıhhiye/ANKARA

T: (0.312) 416 72 00 (Pbx) • F: (0.312) 416 72 80

www.ankarabarusu.org.tr

abym@ankarabarusu.org.tr

Grafik – Tasarım | Graphic – Design

Ankara Barosu

Basım Tarihi | Printing Date

2018

Baskı ve Cilt | Printing and Binding

Dergide yayımlanan yazıların herhangi bir bölümü veya tamamı kaynak gösterilmeden başka bir yerde yayımlanamaz.

No part of this publication may be reproduced or published in any form or by any means without reference to the review.



ANKARA BAROSU DERGİSİ | **JOURNAL OF ANKARA BAR ASSOCIATION**
Üç Aylık (Ocak, Nisan, Temmuz, Ekim) is a refereed review, issued quarterly
Hakemli, Bilimsel ve Mesleki Yerel Süreli Yayın (January, April, July, October)

Ankara Barosu Başkanlığı, 2018 | Presidency of Ankara Bar Association, 2018
Tüm Hakları Saklıdır. All Rights Reserved.
ISSN 1300-9885 | ISSN 1300-9885
Dergide ileri sürülen görüşler | Articles published in this review reflect the
yazarlarına aittir. | views of the authors.

Sahibi Ankara Barosu adına | Owner on behalf of Ankara Bar Association

Av. Hakan CANDURAN

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü | Managing Editor

Av. Ramiz Erinç SAĞKAN

Editör | Editor

Av. Dr. Mustafa Bayram MISIR

Eş Editörler | Peer Editors

Av. Dr. Kasım AKBAŞ

Doç. Dr. Elvan KEÇELİOĞLU

Av. Dr. Zeynep BAHADIR

Dr. Öğr. Üyesi Özge OKAY TEKİNSOY

Ankara Barosu Yayınları Merkezi | Ankara Bar Association Publication Center

Koordinatör YK Üyesi | Coordinator Board Member

Av. Ramiz Erinç SAĞKAN

Merkez Başkanı | Head of the Center

Av. Dr. Mustafa Bayram MISIR

Başkan Yardımcıları | Vice Presidents

Av. Doç. Dr. Mustafa Ayhan TEKİNSOY

Av. Dr. Zeynep BAHADIR

Genel Sekreter | General Secretary

Av. Seher KIRBAŞ CANIKOĞLU

Sayman | Accountant

Av. Zeynep TEPEGÖZ

Üyeler | Members

Av. Prof. Dr. Yahya ZABUNOĞLU

Av. Selma ŞAHİN ÇAKIR

Av. Prof. Dr. Metin GÜNDAY

Av. Emre Baturay ALTINOK

Av. Prof. Dr. Ali ERTEN

Av. Behice Bengi GÜMGÜM

Av. Prof. Dr. Mustafa AKKAYA

Av. Bahar KARAKAYA

Av. Prof. Dr. Haluk EMİROĞLU

Av. Bilal KOLBÜKEN

Av. Doç. Dr. Tuğrul KATOĞLU

Av. Mehtap DEMİRHAN

Av. Doç. Dr. Banu ŞİT KÖŞKEROĞLU

Av. Murat TEZCAN

Doç. Dr. Fatih KESKİN

Av. Emrah ALTUNOĞLU

Av. Nurten ÇAĞLAR YAKIŞ

Av. Seda KÖSE

Av. Mustafa Kürşad COŞKUN

Av. Havva Denge AKAL ARDIÇOĞLU

Av. Gençer HAZİR

Av. Hüseyin Umut BÜLBÜL

Av. Hakan AKARKEN

Av. Aysel NARŞAP ANAR

YAYIN DANIŞMANLARI | BOARD OF ADVISORS

(Soyadı sırasına göre)

A		
ABDULHAKİMOĞULLARI,	Erdal	Doç. Dr.
ABDULLAHZADE,	Cavid	Doç. Dr.
ABİK,	Yıldız	Doç. Dr.
AÇAR,	Serkan	Dr.
AKBAŞ,	Kasım	Dr.
AKBULUT,	Olgun	Yrd. Doç. Dr.
AKINCI,	Müslüm	Doç. Dr.
AKINCI,	Ziya	Prof. Dr.
AKKAYA,	Mustafa	Prof. Dr.
AKKAYA,	Tolga	Yrd. Doç. Dr.
AKSAR,	Yusuf	Prof. Dr.
ALTAŐ,	Hüseyin	Prof. Dr.
ARAT,	Tuğrul	Prof. Dr.
ARDIĞOĞLU,	M. Artuk	Yrd. Doç. Dr.
ARSLAN,	Aziz Serkan	Yrd. Doç. Dr.
ARSLAN,	Çetin	Prof. Dr.
ARSLAN,	Ramazan	Prof. Dr.
ARTUK,	Mehmet Emin	Prof. Dr.
ASLAN,	Zehrettin	Prof. Dr.
ASLAN,	Zühtü	Prof. Dr.
AÇIK,	İbrahim	Yrd. Doç. Dr.
ATALI,	Murat	Doç. Dr.
ATAY,	Ender Ethem	Prof. Dr.
ATILGAN,	Eylem Ümit	Yrd. Doç. Dr.
AVCI,	Mustafa	Doç. Dr.
AYDIN,	Ramazan	Yrd. Doç. Dr.
AYDIN,	Ufuk	Prof. Dr.
AYDOS,	OĞuz Sadık	Doç. Dr.
B		

BAŐPINAR,	Veysel	Prof. Dr.
BAŐTERZİ,	Süleyman	Doç. Dr.
BAYAR,	İbrahim Nihat	Yrd. Doç. Dr.
BAYKAL,	Ferit Hakan	Prof. Dr.
BAYKAL,	Sanem	Doç. Dr.
BELEN,	Herdem	Doç. Dr.
BIÇAK,	Vahit	Prof. Dr.
BÜYÜKTANIR,	Burcu	Dr.
C-Ç		
CAN,	Mertol	Prof. Dr.
CAŐIN,	Mesut Hakkı	Prof. Dr.
CENTEL,	Nur	Prof. Dr.
CENTEL,	Tankut	Prof. Dr.
CİN,	Halil	Prof. Dr.
ÇAĞAN,	Nami	Prof. Dr.
ÇAĞLAR,	Hayrettin	Doç. Dr.
ÇALIŐKAN,	Yusuf	Doç. Dr.
ÇEÇEN,	Anıl	Prof. Dr.
ÇETİNER,	Selma	Prof. Dr.
ÇOLAK,	N. İlker	Doç. Dr.
D		
DEĞİRMENCİ,	Olgun	Doç. Dr.
DEMİR,	İsmail	Yrd. Doç. Dr.
DEMİR,	Mehmet	Prof. Dr.
DEMİRAY,	Nezahat	Yrd. Doç. Dr.
DEMİRAYAK,	Ezgi Başak	Yrd. Doç. Dr.
DEMİRBAŐ,	Timur	Prof. Dr.
DEMİRCİOĞLU,	H. Reyhan	Yrd. Doç. Dr.
DOĞAN,	Murat	Prof. Dr.
DÖNER,	İsa	Yrd. Doç. Dr.

YAYIN DANIŞMANLARI | BOARD OF ADVISORS

DÜLGER,	İbrahim	<i>Prof. Dr.</i>
DÜLGER,	Murat Volkan	<i>Doç. Dr.</i>

E

ERDAĞ,	Ali İhsan	<i>Yrd. Doç. Dr.</i>
ERDEM,	Mete	<i>Yrd. Doç. Dr.</i>
ERDEM,	Mustafa Ruhan	<i>Prof. Dr.</i>
EREN,	Fikret	<i>Prof. Dr.</i>
ERGİL,	Doğu	<i>Prof. Dr.</i>
ERİŞ,	A. Uğur	<i>Yrd. Doç. Dr.</i>
ERKAL,	Atila	<i>Yrd. Doç. Dr.</i>
EROĞLU,	Muzaffer	<i>Yrd. Doç. Dr.</i>
ERTEN,	Rifat	<i>Doç. Dr.</i>
ERZURUMLUOĞLU,	Erzan	<i>Prof. Dr.</i>
ESKİYÖRÜK,	Serhat	<i>Yrd. Doç. Dr.</i>

F

FENDOĞLU,	Hasan Tahsin	<i>Prof. Dr.</i>
FEYZİOĞLU,	Metin	<i>Prof. Dr.</i>

G

GEMALMAZ,	Burak	<i>Yrd. Doç. Dr.</i>
GÖKER,	Çenker	<i>Yrd. Doç. Dr.</i>
GÖKTÜRK,	Neslihan	<i>Yrd. Doç. Dr.</i>
GÖLE,	Celal	<i>Prof. Dr.</i>
GÖNENÇ,	Levent	<i>Doç. Dr.</i>
GÜLŞEN,	Recep	<i>Doç. Dr.</i>
GÜNAL,	Nadi	<i>Prof. Dr.</i>
GÜNDAY,	Metin	<i>Prof. Dr.</i>
GÜNEYSU,	Gökhan	<i>Yrd. Doç. Dr.</i>
GÜNEYSU BORAN,	Nilüfer	<i>Yrd. Doç. Dr.</i>
GÜNEŞ,	Ahmet	<i>Doç. Dr.</i>
GÜNGÖR,	Devrim	<i>Doç. Dr.</i>

GÜNGÖR,	Gülin	<i>Prof. Dr.</i>
GÜVEN,	Kudret	<i>Prof. Dr.</i>

H-İ

HACIMAHMUTOĞLU,	Sibel	<i>Doç. Dr.</i>
HAFIZOĞULLARI,	Zeki	<i>Prof. Dr.</i>
HAKERİ,	Hakan	<i>Prof. Dr.</i>
HASPOLAT,	Mehmet Emin	<i>Doç. Dr.</i>
İNAN,	Ali Naim	<i>Prof. Dr.</i>
İŞGÜZAR,	Hasan	<i>Prof. Dr.</i>

K

KABOĞLU,	İbrahim Özden	<i>Prof. Dr.</i>
KANADOĞLU,	Korkud	<i>Prof. Dr.</i>
KAPLAN,	İbrahim	<i>Prof. Dr.</i>
KARAKAŞ,	Fatma	<i>Yrd. Doç. Dr.</i>
KARAKEHYA,	Hakan	<i>Doç. Dr.</i>
KARAN,	Hakan	<i>Prof. Dr.</i>
KATOĞLU,	Tuğrul	<i>Prof. Dr.</i>
KAYA,	Emir	<i>Yrd. Doç. Dr.</i>
KENT,	Bülent	<i>Yrd. Doç. Dr.</i>
KESER,	Hayri	<i>Yrd. Doç. Dr.</i>
KESKİN,	Fatih	<i>Doç. Dr.</i>
KILIÇOĞLU,	Ahmet	<i>Prof. Dr.</i>
KOCA,	Mahmut	<i>Prof. Dr.</i>
KOCAMAN,	Arif B.	<i>Prof. Dr.</i>
KOCAOĞLU,	A. Mehmet	<i>Prof. Dr.</i>
KOCAOĞLU,	N. Kağan	<i>Dr. iur.</i>
KOCAOĞLU,	S. Sinan	<i>Yrd. Doç. Dr.</i>
KORKMAZ,	Fahrettin	<i>Prof. Dr.</i>
KORKUT,	Levent	<i>Yrd. Doç. Dr.</i>
KUÇURADI,	İonna	<i>Prof. Dr.</i>

YAYIN DANIŞMANLARI | BOARD OF ADVISORS

KÜÇÜKGÜNGÖR,	Erkan	<i>Prof. Dr.</i>
M		
MOLLAMAHMUTOĞLU,	Hamdi	<i>Prof. Dr.</i>
MUMCUOĞLU,	Maksut	<i>Prof. Dr.</i>
O-Ö		
ODYAKMAZ,	Zehra	<i>Prof. Dr.</i>
OKUR,	Ali Rıza	<i>Prof. Dr.</i>
ONAR,	Erdal	<i>Prof. Dr.</i>
OZANEMRE YAYLA,	Hatice Tolunay	<i>Yrd. Doç. Dr.</i>
OZANSOY,	Cüneyt	<i>Doç. Dr.</i>
ÖKÇESİZ,	Hayrettin	<i>Prof. Dr.</i>
ÖZBEK,	Mustafa S.	<i>Doç. Dr.</i>
ÖZBEK,	Veli Özer	<i>Prof. Dr.</i>
ÖZBUDUN,	Ergun	<i>Prof. Dr.</i>
ÖZCAN,	Fatma	<i>Yrd. Doç. Dr.</i>
ÖZDAMAR,	Demet	<i>Prof. Dr.</i>
ÖZDAMAR,	Mehmet	<i>Doç. Dr.</i>
ÖZEKES,	Muhammet	<i>Prof. Dr.</i>
ÖZEL,	Çağlar	<i>Prof. Dr.</i>
ÖZEN,	Muharrem	<i>Prof. Dr.</i>
ÖZGENÇ,	İzzet	<i>Prof. Dr.</i>
ÖZKAN,	İşıl	<i>Prof. Dr.</i>
ÖZKAZANÇ,	Alev	<i>Prof. Dr.</i>
ÖZTAN,	Bilge	<i>Prof. Dr.</i>
ÖZTÜRK,	Bahri	<i>Prof. Dr.</i>
ÖZTÜRK,	Kaya Burak	<i>Yrd. Doç. Dr.</i>
R		
RUHİ,	Ahmet Cemal	<i>Yrd. Doç. Dr.</i>

S-Ş		
SARAN,	Biröl	<i>Yrd. Doç. Dr.</i>
SAYGIN,	Engin	<i>Yrd. Doç. Dr.</i>
SAYHAN,	İsmet	<i>Doç. Dr.</i>
SEVGİLİ,	Didem	<i>Yrd. Doç. Dr.</i>
SEZGİNER,	Murat	<i>Prof. Dr.</i>
SIRMA,	Özge	<i>Yrd. Doç. Dr.</i>
SOYASLAN,	Doğan	<i>Prof. Dr.</i>
SÜRAL,	Nurhan	<i>Prof. Dr.</i>
ŞAHİN,	Cumhur	<i>Prof. Dr.</i>
ŞEN,	Ersan	<i>Prof. Dr.</i>
ŞEN,	Murat	<i>Prof. Dr.</i>
ŞEN DOĞRAMACI,	Hayriye	<i>Yrd. Doç. Dr.</i>
ŞENOCAK,	Kemal	<i>Doç. Dr.</i>
T		
TAN,	Ayhan	<i>Prof. Dr.</i>
TANRIVER,	Süha	<i>Prof. Dr.</i>
TAŞKIN,	Ozan Ercan	<i>Yrd. Doç. Dr.</i>
TEKİNSOY,	M. Ayhan	<i>Doç. Dr.</i>
TERCAN,	Erdal	<i>Prof. Dr.</i>
TEZCAN,	Durmuş	<i>Prof. Dr.</i>
TİRYAKİ,	Betül	<i>Yrd. Doç. Dr.</i>
TİRYAKIOĞLU,	Bilgin	<i>Prof. Dr.</i>
TOROSLU,	Nevzat	<i>Prof. Dr.</i>
TUNÇ,	Hasan	<i>Prof. Dr.</i>
TURANBOY,	Asuman	<i>Prof. Dr.</i>
TÜZÜNER,	Özlem	<i>Yrd. Doç. Dr.</i>
U-Ü		

YAYIN DANIŞMANLARI | BOARD OF ADVISORS

ULUŐAHİN,	Nur	<i>Yrd. Doç. Dr.</i>
UYGUR,	Gülriz	<i>Prof. Dr.</i>
ÜÇŐŐİK,	Fehim	<i>Prof. Dr.</i>
ÜNVER,	Yener	<i>Prof. Dr.</i>
ÜYE,	Saim	<i>Yrd. Doç. Dr.</i>
ÜZÜLMEZ,	İlhan	<i>Prof. Dr.</i>
Y		
YAVUZ,	Bülent	<i>Doç. Dr.</i>
YENGİN,	Halisan	<i>Dr. iur.</i>
YILDIRIM,	Turan	<i>Prof. Dr.</i>
YILDIZ,	Gaye Burcu	<i>Doç. Dr.</i>
YILMAZ,	Ejder	<i>Prof. Dr.</i>
YILMAZ,	Süleyman	<i>Doç. Dr.</i>
YİĞİTER,	Cenk	<i>Dr.</i>
YONGALIK,	Aynur	<i>Prof. Dr.</i>
YUSUFOĞLU,	Fülürya	<i>Dr. iur.</i>
YÜCEL,	Mustafa Tören	<i>Prof. Dr.</i>
YÜCEL,	Recep	<i>Doç. Dr.</i>
YÜRÜK,	Ayőe Tülin	<i>Doç. Dr.</i>
Z		
ZABUNOĞLU,	Yahya	<i>Prof. Dr.</i>

ANKARA BAROSU DERGİSİ

YAYIN İLKELERİ

1. Dergiye gönderilen hakemli yazılar başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır.
2. Makale yazarına ait gerekli tüm bilgileri (ORC kimlik numarası -ORCID-, unvan, ad-soyad, iletişim adresi, güncel e-posta adresi, güncel cep telefonu) makalenin son sayfasına nizami bir şekilde eklenmelidir. Makaleyi gönderen yazarın ismini ve/ya ORC kimlik numarasını (ORCID) yazmaması/unutması durumunda makalesi yayımlanmayacaktır.
3. Yazılar "Microsoft Word" programında (.doc veya .docx formatında) sayfa numaraları verilmiş olarak (yazı tipi Times New Roman, 12 punto, normal stil) abym@ankarabarosu.org.tr adresine gönderilmelidir.
4. Makale başlığı büyük harflerle, makale yazarının unvanı kısaltma biçiminde, soyadı ise büyük harflerle yazılmalı, ORC kimlik numarası (ORCID) adın altına yazılmalıdır. Örn. Av. Dr. Mustafa Bayram MISIR. <https://orcid.org/0000-0001-6975-4650>
5. Makale yazarı; makalesindeki yazım hatalarını düzeltip, kontrol ettikten sonra eksiksiz bir şekilde göndermekle yükümlüdür. Hakem tarafınca belirtilen değişikliklerin; makale yazarınca Word belgesinde "Metin Vurgu Rengi (Metnin vurgulayıcı kalemle işaretlenmiş gibi görünmesini sağlar)" SARI renk verilerek ve düzenlenen makalenin isim bölümüne tarih eklenerek yeniden mail aracılığı ile iletilmesi gerekmektedir. Dergiye gönderilen yazıların son denetimlerinin yapılmış olduğu, yazarın gönderdiği şekliyle yazısını "basıma" verdiği kabul edilir. Yazım yanlışlarının olağanın dışında bulunması, bilimsellik ölçütlerine uyulmaması, yazının Yayın Kurulu tarafından geri çevrilmesi için yeterli görülecektir.
6. Hakem denetiminden geçmesi istenen makalelerde en az 100, en çok 120 sözcükten oluşan tek paragraf Türkçe ve İngilizce özetlerin; her iki dilde yazı başlığının ve beşer anahtar sözcüğün de yazının başına eklenerek gönderilmesi gerekmektedir. Yazara ait makale; Makalenin Türkçe Başlığı > Yazarın Unvanı, Adı-Soyadı, ORCID> Öz > Anahtar Kelimeler > Makalenin İngilizce Başlığı > Abstract > Keywords şeklinde sıralanmalıdır.

7. **Dipnotlar Microsoft Word programında otomatik olarak verilerek sayfa altında gösterilmeli, kaynakçaya yer verilmelidir.**
8. Yayın Kurulunca ilk değerlendirmesi yapılan yazılardan yazarı tarafından hakem denetiminden geçmesi istenenler, Editörlerce ULAKBİM kriterleri doğrultusunda hakem incelemesinden geçirecektir. ULAKBİM, en az iki hakem denetimi koşulunu benimsediğinden yazı değerlendirme süreçleri değişken bir zaman aralığına yayılmakta olup, yazarların yazılarını gönderirken bunu göz önüne almaları gerekir. Hakem sürecinin nihai olarak olumsuz olması halinde, ikinci bir hakem denetimi süreci başlatılmayacaktır. Hakem raporlarında düzeltme istendiği takdirde, yazar tarafından sadece belirtilen düzeltmeler çerçevesinde değişiklikler yapılabilecek ve düzeltilmiş metinler için yine hakem onayı alınacaktır.
9. Yazarı tarafından hakem denetiminden geçirilmesi istenmeyen yazılar Yayın Kurulu tarafından değerlendirilecek ve yazının yayımlanmasına, hazırlanan rapor çerçevesinde yazardan düzeltme istenmesine ya da yazının geri çevrilmesine karar verilecek ve yazar durumdan en kısa sürede haberdar edilecektir.
10. Yayımlanması yayın kurulu ya da hakem tarafından uygun bulunmayan yazılar, yazarına geri gönderilmez. Yazarların her yıl dört sayı olarak yayınlanan dergimizin 1. sayısının 15 Nisan'a, 2. sayısının 15 Temmuz'a, 3. sayısının 15 Ekim'e, 4. sayısının gelen yılın 15 Ocak tarihine kadar yayınlanabileceğini gözönüne almaları gerekir.
11. Dergide çeviri, karar, kitap incelemeleri, mevzuat değerlendirmeleri ve bilgilendirici notlara da yer verilecektir. Bu nitelikteki yazıların kabulü veya geri çevrilmesi, Yayın Kurulu'nca yapılacaktır.
12. Ankara Barosu Dergisi, elektronik ortamda tam metin olarak yayımlamak da dâhil olmak üzere, kabul edilen yazıların, tüm yayın haklarına sahiptir. **Yazılar için telif ücreti ödenmez.**

Ankara Barosu Dergisi Yayın İlkeleri'ne şartları uymayan yazılar, TÜBİTAK-ULAKBİM veritabanının gerekliliklerinden dolayı, Editör tarafından yapılacak ön kabul edilebilirlik incelemesi sonrasında hemen reddedilecektir. Bundan dolayı gönderilecek hakemli veya hakemsiz makalelerin yukarıdaki ilkelerdeki bütün şartları şekil ve esas olarak sağlaması gereklidir.

İÇİNDEKİLER | TABLE OF CONTENTS

BAŞKANIN MESAJI | PRESIDENT'S MESSAGES XIV
Av. Hakan CANDURAN

HAKEMLİ MAKALELER (PEER REVIEWED ARTICLES)

LİMİTED ŞİRKETLERDE ORTAKLARIN
ŞİRKETE KARŞI BAĞLILIK YÜKÜMLÜLÜĞÜ 23
Dr. Öğr. Üyesi Ezgi Başak DEMİRAYAK

OTOMOBİL ALIMLARINDA KDV İNDİRİMİ
(TÜRKİYE VE AB UYGULAMALARI) 55
Av. Dr. Hasan ORAL

İDARİ YARGILAMA USULÜ KANUNU'NUN I I. MADDESİNE GÖRE
YAPILAN BAŞVURUYA ZİMNİ RETTEN SONRA GELEN
AÇIK RET CEVABININ DAVA AÇMA SÜRESİNE ETKİSİ 81
Arş. Gör. Ahmet BAĞRIAÇIK

HART-FULLER TARTIŞMASI, NEDEN ANLAŞAMIYORLAR? 103
Dr. E. İrem AKI

MEDENÎ USÛL HUKUKUNDA TANIK VE TANIKLIK 151
Av. Fatih KARAMERCAN

BÜLBÜLÜ ÖLDÜRMEK VE HUKUKÇUNUN İŞİ BAĞLAMINDA
DEĞERLİ EYLEM OLANAĞI 193
Dr. Zeynep İSPİR

AİHM'NİN KÜRTAJLA İLGİLİ KARARLARINDAKİ
ETKİLİLİK İRADESİ VE TOPLUMSAL CİNSİYET İLİŞKİSİ 223
Arş. Gör. Muhammet KOÇAKGÖL

BEKÂR POPÜLASYONLAR İÇİN ÖNERİLEN YASAL DÜZENLEMELER 251
Doç. Dr. Kâmile Bahar AYDIN

MAKALELER (ARTICLES)

OLMAYAN SUÇ: CUMHURBAŞKANINA HAKARET 289
Av. Seçkin TÜRKÖĞLU

BAŞKANIN MESAJI | PRESIDENT'S MESSAGES

Değerli Meslektaşlarım,

Bu köşede, sizlerle ilk buluştuğumda, 2014/4 sayısında, başka deyişle bugünden dört yıl önce, 2017 Referandumu gündeme gelmeden ise üç yıl önce, şu uyarıda bulunmuştum:

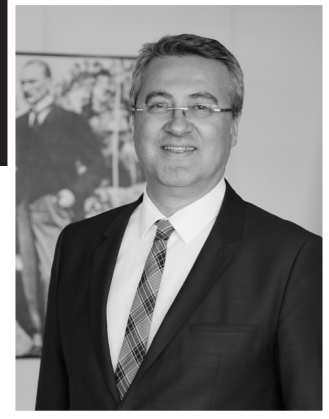
“Türkiye'nin demokrasi tarihi, parlamentonun merkezinde yer aldığı demokratik mücadeleler içinde şekillenmiş, parlamenter demokrasimiz zaman içinde kökleşmiştir. Türkiye için istikrarlı olabilecek ve demokrasiyi otokratik yönelimlerinden koruyacak model de parlamenter demokrasidir. Elbette başkanlık hükümeti sistemi, kendi başına, kurumsal olarak anti-demokratik değildir. Ancak hükümet ve Beştepe çevrelerinden yükselen seslerin içeriği, sistemin daha şimdiden Türk Tipi Başkanlık Hükümeti Modeli olarak başkanlık sisteminin kendi demokratik hususiyetlerinden arındırılarak içindeki fren ve denge sistemi olmaksızın güçlendirilmiş bir Başkan özlemi ile savunulması, parlamenter demokrasimizin selametinin hak ve özgürlüklerimizin güvencesi olduğunu bize düşündürmektedir.”

Artık, arzu edilen, adı Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi olarak konulan, ancak basında Cumhurbaşkanı olarak değil Başkan olarak anılması kural haline gelen Cumhurbaşkanının merkezinde durduğu Başkanlık Sistemi, 4 yıl önce “kendi demokratik hususiyetlerinden arındırılarak içindeki fren ve denge sistemi olmaksızın güçlendirilmiş bir Başkan özlemi ile savunulduğunu” teşhis ettiğimiz sistem içinde yaşıyoruz. Birilerinin özlemi gerçekleşmiş bulunuyor elbette, “fren ve denge sistemi olmaksızın güçlendirilmiş Başkan” özleyenler, istediklerini almış oldular.

Ama ya vaat edilen istikrar ve demokrasi... Demokraside 1876 Anayasası'nın dahi gerisine düştüğümüz ileri sürülüyor, istikrar için de Duyun-u Umumiye idaresini yeniden kurmaya çalıştığımızı söyleyenler var, bu doğrudur ya da değildir, belki de abartılıdır, ama gerçek şu ki, Başkanlık Sistemi ile çok değil 6 ay içinde geldiğimiz yer bu tartışmaların tam göbeğidir... Geçen sayımızda belirttiğim, sistemin yarattığı anayasal, idari ve hukuki sorunları birlikte tartışarak çözebileceğimiz umudunu körelten yapısal bir sorunun açığa çıktığının işaret fişeğidir bu tartışmalar. Elbette, sistemi geriye döndürerek mi demokratik başkanlık sistemi kurum ve kurallarını içerecek şekilde reforma tabi tutarak mı ilerlenmesi gerekeceği siyasi bir tartışma konusudur. Bu tartışma bağlamında, vaktiyle ve durmaksızın yapılması gereken uyarıları, Ankara Barosu Başkanı olarak yapmış olmanın huzuru içinde isem de, bu bir yurttaş olarak karşı karşıya kaldığımız durumdaki şahsımın ve de her birimizin sorumluluğunu azaltmıyor, aksine arttırıyor.

Değerli Meslektaşlarım,

Şahsına bir yargıç tarafından saldırı ile ilgili basın açıklamamı, saldırı sadece şahsıma değil, avukatın hak ve hukukuna yönelik olduğundan paylaşmak isterim:



“Ankara 12.İş Mahkemesi Hakim Abdulvahab Dabakoğlu, 24 Mayıs 2018 tarihinde, duruşma salonunda bulunan meslektaşlarımızı, hukuka ve hakimlik mesleğinin vakarına aykırı bir şekilde kovmuştur. Avukatlık Kanunu'nun “Baro Başkanının Görevleri” başlıklı 97. maddesinin 6. bendi gereğince; “MESLEK ONURU VE BAĞIMSIZLIĞI İLE İLGİLİ İŞLERDE KANUNLAR VE MESLEK KURALLARININ GEREĞİNİ HER TÜRLÜ ORGANLARA KARŞI SAVUNMAK VE BU KONUDA DOĞRUDAN DOĞRUYA VEYA DOLAYISIYLA KENDİSİNİ GÖREVE ZORLAYAN HUSUSLARI YAPMAK”la yükümlü Baro Başkanı sıfatıyla, görülen duruşmanın bitmesi beklenmiş ve hakimle konuşularak soruna çözüm ararken hakimin olumsuz tavırları neticesinde salonun dışına çıkılmıştır. Kısa bir süre sonra hakim yaptığı yanlışın farkına varmış ve duruşmanın aleniyetini sağlamak için avukatları duruşma salonuna davet etmiştir.

Ancak aynı hakim, üzerinde cübbesi ile kürsüsünü ve duruşma salonunu terk etmiş; avukat cübbemle beklerken üzerime yürümüştür. Koridorda bulunan meslektaşlarım araya girmiş; hakimin şahsıma fiziksel saldırıda bulunmasını engellemişlerdir.

Yapılan saldırı, sadece şahsıma yönelikte değildir. Yapılan saldırı, mesleğe, meslektaş ve barolara yöneliktir. Bu saldırıyı bir hakimin bireysel hareketi olarak değerlendirmek, yanlıgı olacaktır. Bu saldırı, savunmasız yargı hayalleri savunmasız yargı hayalleri gören zihniyetin dışı vurumudur.

Türk Milleti adına yargılama yapan ve karar veren bu hakimin, üzerindeki cübbenin ve bulunduğu konumun ağırlığına ve saygınlığına yakışmayan bu saldırısı, tüm yurttan ve yargı camiasında infialle karşılanmıştır. Sadece avukatlar değil yüzlerce hakim ve savcı meslektaşlarımız da üzüntülerini dile getirmişlerdir.

Konu, binlerce avukatın talebiyle, adalete güveni sağlamakla yükümlü ve görevli Hakimler Savcılar Kurulu'na taşınmıştır. Hakimler Savcılar Kurulu önünde yurdun dört bir yanından gelen avukatlar ve baro başkanları, şahsımda tüm avukatlara yapılan bu saldırıyı protesto etmiştir. Bu sırada Hakimler Savcılar Kurulu Başkanı tarafından hakim hakkında derhal soruşturma başlatıldığı ifade edilmiş; avukatların haklı tepkilerinin önüne geçilmeye çalışılmıştır.

Aradan bir buçuk aydan fazla bir zaman geçmiştir. Bu süreçte olaya tanık olan meslektaşlarım tek tek ifadeye çağırılmıştır. Ancak aynı hakim, aynı mahkemede ve

aynı kürsüde Türk Milleti adına karar vermeye devam etmektedir. Hakimler Savcılar Kurulu tarafından sözde yapılan, bize göre ise zamana yayılarak unutturulacağı düşünülen soruşturma tamamlanmamıştır.

Ülkemiz, adalete güven endeksinde bu ve benzeri nedenlerle yerle yeksan olmuştur. Vatandaşlarımız da adalete güvenmemektedir. Bu hakimin mesleki taassup ile korunması ve soruşturmanın tamamlanmaması, tüm avukatlarca esefle karşılanmaktadır. Bu hakim, kim yada kimler tarafından korunmaktadır? Hakimler Savcılar Kurulu bu sorunun cevabını vermek zorundadır.

Hakime dokunmayarak mahkeme kürsüsünü teslim edenler, yüz on bin avukatın aklı ile alay etmek istemektedirler ki; biz buna izin vermeyeceğiz.

Hakimler Savcılar Kurulu tarafından verilen sözün tutulacağına, soruşturmanın tarafsızca ve derhal yapılacağı beyanına inanan biz avukatlar, sabırla sonucu bekledik. Ancak sessizlik hala sürmektedir.

Hakime dokunmayanlar, bu kez şahsımı 'şikayet edilen' sıfatıyla ifadeye çağırılmışlardır. Ben ifademi biraz önce savcılığa yazılı olarak verdim.

Ancak soruşturmayı zamana yayarak unutturmaya çalışanlar bilmelidir ki; biz, bu işin sonuna kadar takipçisiyiz.

Hiçbir baskı, hiçbir gözdağından da korkmuyoruz. Savunmayı savunmaktan da yılmıyoruz. İyi niyetle ve bir kez daha bu hakimin derhal görevden el çektirilmesini istiyoruz. Aksi takdirde vatandaşın ve avukatların gözünde, yaptığı saldırı neticesinde güvenini yitiren hakimin Türk Milleti adına karar vermesini kuşku ile karşılamaya devam edeceğiz ve bu kuşkuyu yaratan da Hakimler Savcılar Kurulu olacaktır. Bu nedenle Hakimler Savcılar Kurulu'nu bir kez daha göreve davet ediyoruz.”

Değerli Meslektaşlarım,

OHAL'in kaldırılmış olması başlı başına önemli bir adımdır. Ancak, OHAL uygulamalarını kalıcı hale getiren yasal düzenlemeler yerinde olmamış, demokrasimizi yaralamaya devam edecek siyasal, hukuki ve sosyal koşulların devamına dayanak oluşturmuştur. Bu konu başlı başına ele alınmayı gerektirecek kadar önemli... Ancak ben bu son söyleşimde, geride bıraktığımız dönemdeki faaliyetlerimize odaklanmak istiyorum.

Değerli Meslektaşlarım,

Biliyorsunuz ben baro başkanlığına adaylık bayrağını, Demokratik Sol Avukatlar Grubu içindeki bayrak yarışından aldım. Görevi ise Baromuzu kurulduğundan beri Atatürk'ün izinde, demokratik katılım mekanizmalarını işleterek, mesleki sorunlara odaklı ancak Kanun'un verdiği insan hakları ve demokrasiyi savunma görevini bir gün bile aksatmayarak yönetmeyi düstur edinen başkanlarımızdan devraldım. Aynı anlayışla yaptıklarım ve varsa yapamadıklarım, önünüzdedir.

Kısaca son dönem faaliyet raporumuzun bir özetini, sizlere olan hesap verme yükümlülüğüm çerçevesinde paylaşmak isterim:

-Seçimlerden önce gerçekleşen 15 Temmuz menfur darbe girişimini lanetledik. Ancak, bunun fırsat bilinerek bir baskı rejimi kurulmasını da doğru bulmayacağımızı açıkça ilan ettik. Bu konudaki tutumumuz nettir. 2 inci yıldönümü vesilesiyle Baromuzun açıklamasını, tutumuzu teyit etmesi bakımından paylaşmak isterim:

“DARBEYE VE ADALETSİZLİKLERE GEÇİT YOK!

Ülkemiz, iki yıl önce, 15 Temmuz günü akşamında; sivil bürokrasiye, yargıya ve orduya, kısaca devletin her kademesine sızan ve çeşitli siyasi destekler ve operasyonlar vesilesiyle sızmasına izin verilen FETÖ'nün, kanlı ve alçak darbe girişimine maruz bırakılmıştır.

Darbe girişimi ile Türkiye Cumhuriyeti'nin; laik, üniter, demokratik parlamenter rejimine ve ilkelerine, hukukun üstünlüğüne ve insan hak ve hürriyetlerine, Cumhuriyet'in erdemlerine ve değerlerine kastedilmiştir.

Ankara Barosu olarak yıllarını darbelerle mücadele ile geçirmiş ve hukukun üstünlüğünü her koşulda savunmuş olan bizler, ülkemizin rejimine kasteden darbecileri ve onların karanlık zihniyetlerini lanetliyoruz.

Demokrasimizin ve parlamenter rejimimizin kurtarılmasında, darbeye ve bu karanlık zihniyetlere karşı kahramanca mücadele verirken yaşamını yitiren kahramanlarımızı saygı ve minnetle anıyoruz.

Ankara Barosu olarak hukukun üstünlüğüne inanıyor ve Atatürk ilke ve devrimlerinin ışığında parlamenter rejimi ve çoğulcu demokrasiyi savunuyoruz. Ülkemizin bir daha böyle darbe girişimlerine sahne olmaması için; çocuklarımızın daha aydın, daha barışçı ve daha umut dolu bir gelecekte aklı ve irfanı hür bir yaşam sürmesi için, FETÖ ve benzeri örgütlerle mücadelede şunları talep ediyoruz:

1) Devlet yönetiminde; hukukun üstünlüğü, adalet, liyakat ve şeffaflık gibi evrensel değerler ölçüt olarak esas alınmalı ve hiçbir mezhebi, dinsel, etnik ve kültürel aidiyete kayırmacılık yapılmamalıdır.

2) Darbeyi gerçekleştirenlerin siyasi ayağı ve aktörlerinin tümü bir an önce açığa çıkartılıp haklarında hukuki işlem başlatılıp, en ağır cezaya çarptırılması gerekmektedir.

3) Hukuki manipülasyonlara yer verilmemesi için darbe ile mücadele adı altında muhalif sesler susturulmamalı, çok sesliliği esas alan daha kaliteli bir demokrasinin inşasına başlanılmalıdır. Çünkü unutulmamalıdır ki çok sesli bir dünyaya TEK sesle ve TEK anlayışla ulaşılamaz.

4) İnsan haklarını ve özgürlüklerini sınırlayan, nice haksızlıklar ve hukuksuzluklar yaratmış olan OHAL gibi hukuk dışı yönetsel uygulamalara derhal son verilmeli, bir daha benzeri uygulamalara izin verilmemelidir.

5) Hukukun üstünlüğüne daha çok önem verilmeli, güçlülerin hukukuna karşı kayıtsız şartsız insan hakları ve özgürlükleri savunulmalı ve güçlendirilmelidir.

Siyasi iktidarın ve tüm kamuoyunun dikkatine sunuyoruz.”

-Ankara Adliyesi'nin parçalara bölünmesine karşı çıktık. Ayrıntısı Faaliyet Raporumuzda yer alan sayısız toplantı, basın açıklaması, protesto vb. eylem gerçekleştirdik. Bu konu tam olarak çözüme kavuşmamış olsa da, çözümünü için Bakanlık ile istişare içinde adımlar atıldığını söyleyebilirim.

-Dönemimizde 6771 sayılı Kanun referandumu yapıldı ve Anayasa değişikliği gerçekleşti. Başkanlık sistemine karşı çıktık, Referandumda hayır dedik. Getireceklerini ve götüreceklerini anlamak ve anlatmak üzere sempozyumlar, basın açıklamaları vb. düzenledik. Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi adı verilen yeni sistemin -ki bu artık yeni bir rejimdir- demokrasi kurumsallaştırma, temel hak ve hürriyetleri koruma, hukukun üstünlüğünü sağlama, sürdürülebilir ve istikrarlı idare kurma, ekonomik gelişme performansını hep birlikte, içinde yaşayarak görüyoruz.

-Yargı sistemi, sorunlar içinde debelenmekle yetinmiyor, bizatihi işleyiş tarzı ve varlığı, demokratik gelişmenin ve temel hak ve hürriyetlerin önünde bir engel haline dönüşmeye başladı. Bu yargı sistemi içinde, OHAL döneminde avukatların rolüne müdahale edilerek savunma hakkı kısıtlandı ve bu müdahaleler kalıcı hale getirildi, ÇHD, ÖHD gibi avukat örgütleri kapatıldı buna karşı çıktık. Sadece avukatlar üzerinde değil, Yargı-Sen gibi hakimlerin uluslararası hukuka uygun demokratik örgütleri üzerinde baskı kuruldu, sürgün uygulamaları geliştirildi. Sadece savunmayı savunmadık, bu uygulamalara da karşı çıkarak hakim meslektaşlarımızın yanında durduk.

-OHAL'i benimsemedik, uygulamalarına temel hak ve hürriyetler zaviyesinden, insan hakları ve demokrasi temel değerlerine dayanarak çeşitli etkinlikler ile karşı çıktık, "OHAL'de Yeter Özgürlük, Adalet, Demokrasi İstiyoruz" dedik.

-Adil bir seçim için, seçim güvenliğinin önemine vurgu yaptık, "her ilde, her okula bir avukat" projesini diğer barolarımızla birlikte, başarıyla yürüttük. Böylece seçimler üzerine düşen gölgelerin aydınlanmasına katkı sunmaya çalıştık.

-Avukatların haklarını ve yurttaşın hukukunu savunmak üzere bir çok davada bizzat taraf olduk. Örneğin, Avukat tarafından UYAP sistemine kaydedilen banka hesabı üzerine vergi dairesi tarafından e-haciz uygulanması işlemine karşı, Baromuzun da müdahil olduğu, Baromuz üyesi meslektaşımız tarafından Ankara 6. Vergi mahkemesinde açılan iptal davasında 28.05.2018 tarihinde yürütmeyi durdurma kararı verildiğini, bir kez de buradan duyurmak isterim.

Değerli Meslektaşlarım,

Bu dönemde de merkez, kurul ve komisyonlarımız başarı ile faaliyetlerini icra etmişlerdir. Her bir merkez, kurul ve komisyonumuzu saymayacağım, bu faaliyetlerin bütünü, toplumsal cinsiyet eşitliği semineri de, sanat müziği konseri de, çıkardığımız dergiler, yayınladığımız kitaplar, yaptığımız panel, konferans ve sempozyumlar, birlikte gezilerimiz, meslek içi eğitimlerimiz, her biri, birlikte baromuzdur, her birinde görev olarak çalışan meslektaşlarımıza teşekkürü borç bilirim.

Tüm başkan adaylarına ve ekiplerine Ankara Barosu 65. Dönem Olağan Genel Kurulunda yapılacak seçimlerde başarılar diliyorum. Görevi onurla devraldığım tüm eski başkanlarımız gibi baronun dışında değil içinde katkı sunmaya, başka vesilelerle sizlerle söyleşimizi sürdürmeye devam edeceğim.

Saygılarımla.

Avukat Hakan CANDURAN

Ankara Barosu Başkanı

Hakemli Makaleler

Peer Reviewed Articles

LİMİTED ŞİRKETLERDE ORTAKLARIN ŞİRKETE KARŞI BAĞLILIK YÜKÜMLÜLÜĞÜ*

Dr. Öğr. Üyesi Ezgi Başak DEMİRAYAK**

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0001-9822-6718>

DOI: 10.30915/abd.470734

Makalenin Geldiği Tarih: 17.05.2018 **Kabul Tarihi:** 24.09.2018

* Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK – ULAKBİM Veri Tabanında indekslenmektedir.

** Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi.

ÖZ

Limited şirketlerde ortakların şirkete karşı bağlılık yükümlülüğü, dürüstlük kuralı ve her ortaklık ilişkisinde mevcut olan *affectio societatis* unsuruna dayalı olarak kabul edilmiştir. Anılan yükümlülük, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 613. maddesinde açıkça düzenlenmiş bulunmaktadır. Anılan maddede bağlılık yükümlülüğünün üç görünüm biçimi olan sır saklama yükümlülüğü, şirketin zararına olan işlerden kaçınma yükümlülüğü ve rekabet yasağı düzenlenmiştir. Hüküm sır saklama yükümlülüğünü emredici biçimde düzenlerken, şirketin zararına olan işlerden kaçınma yükümlülüğünün aksinin kararlaştırılabileceğini hükme bağlamaktadır. Bu iki yükümlülükten farklı olarak rekabet yasağı ancak şirket sözleşmesinde öngörülmüşse mevcuttur. Çalışmada bağlılık yükümlülüğünün dayanağı ile kapsamı değerlendirilmekte ve yükümlülüğün ihlali halinde uygulanabilecek yaptırımlar ele alınmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Sermaye şirketi, limited şirket, bağlılık yükümlülüğü, şirket sırrı, rekabet yasağı.

THE OBLIGATION OF LOYALTY OF PARTNERS TO
THE COMPANY BY LIMITED LIABILITY COMPANIES

ABSTRACT

The obligation of loyalty of partners to the company—that was already relevant for limited liability companies due to both the principle of utmost good faith and the element of *affectio societatis* existing in every company relationship—is explicitly regulated in Art. 613 of the Turkish Commercial Code numbered 6102. The aforesaid provision regulates the three aspects of obligation of loyalty, namely the confidentiality obligation, the obligation to avoid transactions damaging the company and the non-competition rule. The provision regulates the confidentiality obligation in a mandatory way, whereas the obligation to avoid transactions damaging the company has a dispensable character. Contrary to these two obligations, the non-competition rule is to be stipulated by the Articles of Association. In this study, the legal basis and the scope of the obligation of loyalty will be evaluated and the probable sanctions to be imposed by infringement of the obligation will be analyzed.

Keywords: Corporate capital company, limited liability company, loyalty obligation, company secret, non-competition rule.

I. GİRİŞ

Limited şirket ortaklarının şirkete karşı bağlılık yükümlülüğü, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 613'üncü maddesinde hükme bağlanmış bulunmaktadır. "Bağlılık yükümlülüğü ve rekabet yasağı" başlıklı hüküm uyarınca;

"(1) Ortaklar, şirket sırlarını korumakla yükümlüdür. Bu yükümlülük şirket sözleşmesi veya genel kurul kararıyla kaldırılamaz.

(2) Ortaklar, şirketin çıkarlarını zedeleyebilecek davranışlarda bulunamazlar. Özellikle, kendilerine özel bir menfaat sağlayan ve şirketin amacına zarar veren işlemler yapamazlar. Şirket sözleşmesiyle, ortakların şirketle rekabet eden işlem ve davranışlardan kaçınmak zorunda oldukları öngörülebilir.

(3) Müdürler hakkında rekabet yasağı öngören 626'ncı madde hükümleri saklıdır.

(4) Geri kalan ortakların tümü yazılı olarak onay verdikleri takdirde, ortaklar, bağlılık yükümlüne veya rekabet yasağına aykırı düşen faaliyetlerde bulunabilirler. Esas sözleşme birinci cümledeki onay yerine ortaklar genel kurulunun onay kararını öngörebilir."

Tartışmalar daha çok şahıs şirketlerinde mevcudiyeti kabul edilen bağlılık yükümlülüğünün sermaye şirketlerinde de uygulanıp uygulanmayacağı ve uygulanması durumunda kapsamının ne olacağı noktasında odaklanmaktadır^[1]. Esasen şirketler hukukunda bağlılık yükümlülüğü denildiğinde ortakların şirkete karşı olan bağlılık yükümlülüğü ve ortakların birbirlerine karşı olan bağlılık yükümlülüğü olmak üzere iki durumla karşılaşılmaktadır^[2].

Bu çalışmada öncelikle limited ortaklıklarda ortakların şirkete karşı olan bağlılık yükümlününün yasal dayanağı tespit edilecek, ardından yükümlülüğünün kapsamı ile sınırları incelenecek, son olarak da bağlılık yükümlülüğünün ihlal eden ortağa uygulanacak yaptırım ele alınacaktır. Ortakların birbirlerine karşı olan bağlılık yükümlülüğü ise çalışmanın kapsamı dışında bırakılmıştır.

[1] **Franko**, Nisim: Ticaret Şirketlerinde Rekabet Memnuiyeti, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, 1985, C. 13, S. 1, s. 24; **Even**, Sevin: Anonim Şirketlerde Hissedarlara Mütteallik Rekabet Yasağı ve Sır Saklama Mükellefiyeti, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, 1963, C. 2, S.2, s. 258; **Karasu**, Rauf: Limited Şirketlerde İdare Yetkisi Olmayan Ortakların Şirketle Rekabet Etme Yasağı, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. 22, S.3, s. 143; **Akın**, Murat Yusuf: Şirketler Hukukunda ve Özellikle A.Ş.lerde Pay Sahibinin Sadakat Borcu, İstanbul, 2002, s. 36.

[2] Ortakların birbirlerine karşı olan bağlılık yükümlülüğü konusundaki tartışmalar için bkz. **Şener**, Oruç Hami: Limited Ortaklıklar Hukuku, Ankara, 2017, s. 462 ve 463.

II. BAĞLILIK YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN YASAL DAYANAĞI

Bağlılık yükümlülüğü, şirket ilişkisinin niteliğinden kaynaklanan ve her şirket türünde varlığı kabul edilen bir yükümlülüktür^[3]. Yükümlülüğün yasal dayanağı konusunda 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'ndan önceki ve anılan Kanun'un yürürlüğe girmesinden sonraki durumu ayrı ayrı ele almak gerekmektedir.

1. 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun Yürürlüğe Girmesinden Önce Bağlılık Yükümlülüğünün Yasal Dayanağı

6102 sayılı Kanun'dan önce bağlılık yükümlülüğünün dayanağı konusunda farklı düşünceler ileri sürülmüştür. Bu düşünceler, yükümlülüğün dayanağı olarak sıklıkla BK m. 520 (TBK m. 620) ve TMK m. 2 hükümlerine odaklanılmaktaydı^[4].

Bu yükümlülüğün açıkça düzenlenmediği durumlarda hukuki dayanağı olarak öncelikle BK m. 520 hükmü gösterilmekteydi. Zira bilindiği üzere adi ortaklık sözleşmesinin tanımına ilişkin söz konusu hüküm tüm şirket türleri için geçerli kabul edilmekte ve böylelikle şirket sözleşmesi, "kişilerin, ortak amaca ulaşmak üzere mal ve emeklerini bir araya getirmeyi üstlendikleri sözleşme" olarak tanımlanmaktadır. "Ortak amaca ulaşmak üzere birlikte çaba gösterme" olarak açıklanan *affectio societatis* ise söz konusu tanımda yer almamakla birlikte tüm şirketlerde, şirket ilişkisinin doğası gereği varlığı kabul edilen bir unsur olarak karşımıza çıkmaktadır^[5]. Bu unsur, tüm şirketlerde farklı yoğunlukta da olsa şirkete karşı bağlılık yükümlülüğünün varlığının kabulünü zorunlu kılmaktadır.

Bağlılık yükümlülüğünün kabulünü zorunlu kılan bir başka hüküm olarak da TMK m. 2 hükmü gösterilmekte ve böylelikle bağlılık yükümlülüğü, "dürüstlük kuralından doğan bir yan yükümlülük" olarak nitelenmekteydi^[6]. Hukukun genel ilkelerinden biri olan ve TMK m. 2'de ifadesini bulan dürüstlük kuralı, hukuki ilişkilerde taraflar arasında bir güven ilişkisinin doğmasına yol açmakta

[3] **Nomer**, Füsün: Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Sadakat Yükümlülüğü, İstanbul, 1999, s. 17; **Akın**, s. 88.

[4] Bağlılık yükümlülüğünün hukuki dayanağı konusundaki tartışmalar için bkz. **Nomer**, s. 35 vd; **Dreher**, Meinrad: Die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht der GmbH, Deutsches Steuerrecht, 1993, s. 1633; **Karasu**, s. 144 vd; **Akın**, s. 72 vd.

[5] **Nomer**, s. 17; **Akın**, s. 36; **Karasu**, s. 146; **Taşdelen**, s. 185; **Öztürk Dirikkan**, Hanife: Limited Şirket Ortaklığının Ayrılması ve Ayrılma Payı, Ankara, 2005, s. 69.

[6] **Nomer**, s. 47; **Akın**, s. 13; **Şener**, s. 461; **Bağrıaçık**, Safiye Nur: Limited Şirkette Bağlılık Yükümü ve Rekabet Yasağı, Prof. Dr. Iur. Merih Kemal OMAĞ'a Armağan, Cilt I, Ankara, 2017, s. 252.

ve bu güven ilişkisinden de bazı yan yükümlülükler doğmaktadır^[7]. Bağıllık yükümlülüğü işte bu yan yükümlülüklerden biri olarak kabul görmektedir^[8].

2. 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun Yürürlüğe Girmesinden Sonra Bağıllık Yükümlülüğünün Yasal Dayanağı

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu, 6762 sayılı Kanun'un aksine, limited şirket ortaklarının bağıllık yükümlülüğünü açıkça düzenlemiş bulunmaktadır. Hükmün gerekçesine bakıldığında limited şirketlerin kişisel yönüne vurgu yapıldığı görülmektedir.

Bilindiği üzere Türk Ticaret Kanunu, şahıs ve sermaye şirketleri ayrımı yapmakta ve kollektif ve komandit şirketi şahıs, anonim, limited ve sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketi ise sermaye şirketi olarak nitelemektedir (m. 124/2). Ancak limited şirketlerin, diğer sermaye şirketlerinden farklı olarak, şahıs şirketlerine yaklaşan kimi yönleri de bulunmaktadır^[9]. Çalışmanın kapsamını genişletmemek adına burada yer vermediğimiz bu nedenler, limited şirketlerde bağıllık yükümlülüğünün varlığını zorunlu kılmaktadır. Hatta tüm ortakları kapsar biçimde düzenlenen bağıllık yükümlülüğü, limited şirketlerin şahıs şirketlerine benzeyen yönlerinden biri olarak değerlendirilmektedir^[10].

III. BAĞLILIK YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN GÖRÜNÜM BİÇİMLERİ

Doktrinde bağıllık yükümlülüğü kapsamına giren davranışların tespitinde şirketin yapısında ve ortaklar arası ilişkilerde kişisel yönün baskın olup olmamasının belirleyici olduğu ifade edilmektedir. Zira genel olarak kişisel unsurun ön

[7] **Akyol**, Şener: Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, İstanbul, 2006, s. 52 ve 115; **Nomer**, s. 46 ve 47; **Akın**, s. 13.

[8] **Nomer**, s. 40.

[9] Limited şirketin şahıs şirketlerine benzeyen özellikleri için bkz. **Taşdelen**, Nihat: Limited Ortaklıklarda Çıkma, Çıkarılma ve Fesih, Ankara, 2012, s. 67 vd.; **Alışkan**, Murat: Limited Şirket, İstanbul, 2013, s. 218; **Bahtiyar**, Mehmet: Ortaklıklar Hukuku, İstanbul, 2017, s. 409; **Şener**, s. 9-10.

[10] **Alışkan**, s. 218; **Bahtiyar**, s. 409; **Şener**, s. 10; **Jörg**, Florian S./ **Arter**, Oliver: Das Recht der schweizerischen Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Bern, 2015, s. 160; **Siffert**, Rino/ **Fischer**, Marc Pascal/ **Petrin**, Martin: GmbH-Recht Revidiertes Recht der Gesellschaft mit beschränkter Haftung (Art. 772-827 OR), Bern, 2008, s. 2, N. 4; **Böckli**, Peter/ **Forstmoser**, Peter: Das neue schweizerische GmbH-Recht, Zürich, 2006, s. 39.

planda olduğu şirketlerde bağlılık yükümlülüğü de daha yoğun olmaktadır^[11]. Öte yandan kapsamın tayininde “şirketin menfaatlerinin gözetilmesi ve bu menfaatlere zarar verecek davranışlardan kaçınılması, şirketin amacının desteklenmesi” gibi kalıplar kullanılmakta ve bu türden davranışların belirlenmesinde de her bir şirketteki kişisel unsurların yoğunluk derecesinin dikkate alınması gerektiği vurgulanmaktadır^[12]. Böylelikle bir davranış, sermaye unsurunun ağır bastığı bir limited şirkette bağlılık yükümlülüğüne aykırılık oluşturmazken, kişisel unsurların yoğun olduğu bir limited şirkette bağlılık yükümlülüğüne aykırılık olarak nitelenebilecektir.

TTK m. 613 ayrıntılı incelendiğinde maddede bağlılık yükümlülüğünün genel bir düzenlemeyle ele alınması yerine görünüm biçimlerinin ele alındığı gözlenmektedir. Bu görünüm biçimlerinden ilki sır saklama yükümlülüğü, diğeri ise şirketin zararına olan işlerden kaçınma yükümlülüğü olarak düzenlenmiştir. Genel olarak bağlılık yükümlülüğünün görünüm biçimleri arasında değerlendirilen^[13] rekabet yasağının ise TTK m. 613 hükmünde bağlılık yükümlülüğünün sınırı olarak ele alındığı maddenin gerekçesinden anlaşılmaktadır.

Hemen belirtmek gerekir ki bağlılık yükümlülüğünün görünüm biçimleri TTK m. 613’te sayılanlardan ibaret değildir. Bunlar dışında kalan bazı durumların da bağlılık yükümlülüğü kapsamında değerlendirilebileceği doktrinde^[14] isabetli olarak kabul edilmektedir.

1. Sır Saklama Yükümlülüğü

TTK m. 613/1, ortakların, şirketin sırlarını korumakla yükümlü olduklarını hükme bağlamıştır. Hükmün gerekçesine göre sır saklama, “güçlü kişisel

[11] Şener, s. 464; Germann, Sandro: Die personalistische AG und GmbH Unter besonderer Berücksichtigung von Aktionär- und Gesellschafterbindungsverträgen, Schweizerischer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht, Band Nr. 327, 2015, s. 356, N. 851; Verse, Dirk A. (Hennsler, Martin/ Strohn, Lutz): Gesellschaftsrecht, München, 2016, N. 103; Merkt, Hanno (Fleischer, Holger/ Goette, Wulf: Münchener Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Band 1, München, 2015, N. 90; Lieder, Jan (Michalski, Lutz /Heidinger, Andreas/ Leible, Stefan/ Schmidt, Jessica): Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH-Gesetz), Band I, München, 2017, N. 156.

[12] Nomer, s. 15; Şener, s. 462; Dreher, s. 1632.

[13] Akın, s. 67; Nomer, s. 14.

[14] Şener, s. 465.

öğeleri haiz bir şirkette”, “önde gelen ve vazgeçilmez nitelikte” bir bağlılık yükümlüdür^[15].

Söz konusu yükümlülük, ortakların bilgi alma ve inceleme hakkı düzenleyen TTK m. 614 hükmü karşısında özel önemi haizdir. Zira anılan hüküm ortaklara, şirketin bütün işleri ve hesapları hakkında bilgi isteme ve belirli konularda inceleme yapma imkanını sağlamaktadır. Düzenleme kapsamında öğrenilen bilgilerin “şirket sırrı” niteliğinde olması durumunda, şirketin bu sırların açıklanması ihtimaline karşı korunması gerekmektedir. Her ne kadar hükmün ikinci fıkrası ile elde edilen bilgilerin şirketin zararına olacak şekilde kullanılması tehlikesinin varlığı halinde müdürlere bilgi alınmasını ve inceleme yapılmasını engelleme imkanı tanınmış olsa da bu düzenleme, şirket sırlarının ifşasına karşı yeterli bir koruma sağlamamaktadır. Zira kanımızca elde edilen bilgilerin şirketin zararına olacak şekilde kullanılması tehlikesinin önceden farkedilememesi veya farkedilse dahi müdürler tarafından bilgi alınmasının ve inceleme yapılmasının engellenmediği ya da engellenmediği durumların ortaya çıkması ihtimalinin de göz ardı edilmemesi gerekmektedir^[16].

TTK m. 613/I hükmü yakından incelendiğinde, kanımızca da yerinde bir biçimde, sırrın ve özellikle şirket sırrının ne olduğuna dair açıklama yapmakta kaçınıldığı görülmektedir. Hatta madde gerekçesinden, sır kavramının değişkenliğinden bahisle, şirket sırrı kavramının ve sınırlarının belirlenmesinin doktrin ve içtihatlarla bırakıldığı anlaşılmaktadır. Doktrinde, bir olgunun sır olarak nitelenebilmesi için; belirli kişiler dışında bilinmemesi ve erişilememesi,

[15] Doktrinde *Çamoğlu (Poroy, Reha/ Tekinalp, Ünal: Ortaklıklar Hukuku II, İstanbul, 2017, s. 465)*, “sır saklama yükümü” ile “bağlılık yükümü”nün kavram olarak farklı özellikler taşıdığı için kanun koyucu tarafından farklı hükümlerde düzenlendiğini belirtmekte ve iki yükümlülüğü farklı başlıklar altında ele almaktadır. Kanaatimizce gerek madde kenar başlığının “bağlılık yükümlülüğü ve rekabet yasağı” biçiminde olması gerek Gerekeçde sır saklama yükümlülüğünün bir bağlılık yükümü olduğunun açıkça ifade edilmesi karşısında sır saklama yükümlülüğünü bağlılık yükümlülüğünün bir görünüm biçimi olarak ele almak gerekmektedir. TTK m. 613 hükmünün gerekçesi için bkz. <http://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0324.pdf>, s. 223, Erişim Tarihi: 12.07.2018. Nitekim Çamoğlu da sır saklama yükümünün geniş anlamda bağlılık yükümü içinde mütalaa edilebileceğine işaret etmektedir. *Kendigelen'e* (Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, 3. Baskı, İstanbul, 2016, s. 521, dn. 66) göre ise “Her ne kadar madde gerekçesinde sır saklamanın önde gelen bir bağlılık yükümü olduğu belirtilmişse de, madde metinde bağlılık yükümüne aynı anlamın yüklenmediği, aksine sır saklama yükümünün bu kavrama dahil edilmediği tartışmasızdır.”.

[16] Sır saklama yükümünün, bilgi alma ve inceleme hakkından doğan rizikoları ortadan kaldırmak ve azaltmak bakımından önemli olduğu hususunda bkz. *Şener*, s. 476; Ortakların bilgi alma ve inceleme haklarının şirket sırrıyla sınırlanmış olmasının şirket sırlarını korumaya yetmeyeceği görüşünde *Karasu*, s. 158.

muhafaza edilmesinde korunmaya değer bir menfaatin bulunması ve sır sahibi tarafından gizli tutulmasının arzu edilmesi gerektiği kabul edilmektedir^[17]. Buradan hareketle şirket sırrı da “şirketin ekonomik alanına ilişkin belirli kişilerce bilinen, başkaları tarafından kolayca öğrenilemeyen, saklanması şirketin korunmaya değer bir menfaatinin olduğu ve şirket tarafından gizli tutulması arzu edilen olgular” olarak tanımlanabilir^[18]. Bu kavramın şirketin ticari sırlarını (örneğin müşteri portföyü ya da yatırım planları), fabrika sırlarını (örneğin üretim yöntemleri ya da patent bilgileri) ve ayrıca iş fırsatlarını kapsadığı kabul edilmektedir^[19]. Öte yandan şirket sırrı niteliğindeki bilgilerin tayini açısından bir ölçüde Türk Ticaret Kanunu’nun anonim şirketlerde pay sahibinin bilgi alma ve inceleme hakkını düzenleyen 437. maddesinin gerekçesinde rastlanmaktadır. Buna göre “Şirket sırrında, rakip bir şirketin bilmediği, öğrenmemesi gereken, şirketin zararına kullanabileceği, elde etmek için çalıştığı, peşinde olabileceği “bilgi” ölçüsü kabul edilebilir. Rakiplerin ulaşabileceği, çeşitli kaynaklar aracılığı ile elde edebileceği, verileri ve bilgileri kullanarak yorumlama/değerleme ile çıkarabileceği bilgiler sır olamaz.”

TTK m. 613/I’de ortakların “şirket sırlarını korumakla” yükümlü olduklarından bahsedilmektedir. Şirket sırlarının korunmasından şirket sırrı olarak nitelenen bilgilerin üçüncü kişilere açıklanmamasını, bir başka ifadeyle şirketin gizli kalmasını arzu ettiği bilgilerin gizliliğinin korunmasını anlamak gerekir. Bu durumda herhangi bir şekilde öğrendiği şirket sırlarını^[20], bir menfaat karşılığı

[17] **Siffert/Fischer/Petrin**, s. 186, N. 3; **Trüeb**, Hans Rudolf: GmbH, Genossenschaft, Handelsregister und Wertpapiere- Bucheffektengesetz Art. 772-1186 OR und BEG, Zürich, 2012, s. 139, N. 4; **Jörg/Arter**, s. 161; **Karasu**, s. 152; **Şener**, s. 476; **Köksal**, Aytaç: Bağımsız Denetim Sözleşmesi, İstanbul, 2009, s. 333; **Gürbüz Usluel**, Aslı E.: Anonim Şirketlerde Ticari Sırrın Korunması, İstanbul, 2009, s.; **Bağrıaçık**, Safiye Nur: Üretim ve İş Sırlarının Korunması, İstanbul, 2017, s. 7 vd.

[18] **Karasu**, s. 153; Aynı doğrultuda bkz. **Pulaşlı**, Hasan: Şirketler Hukuku Şerhi, Cilt II, Ankara, 2014, s. 1548.

[19] **Karasu** (s. 154) ve **Köksal** (s.338, dn. 202), Almanya ve İsviçre doktrininde Geschäftschancen, tarafımızca iş fırsatları olarak adlandırılan şirketin üçüncü kişilerle iş yapma imkanları ile ilgili bilgileri de yerinde bir biçimde şirket sırrı kavramı altında değerlendirmektedir. **Yıldız** (Limited Şirketler Hukuku, İstanbul, 2007, s. 185) ve **Şener** (s. 477) ise yalnızca ticari sırlarla fabrika sırlarına değinmektedir. Şirket sırrı kavramının iş sırrı kavramına karşılık geldiğini belirten **Bağrıaçık** (Sır, s. 43), bundan şirketin korunması gereken menfaatlerinin anlaşılması gerektiğini ifade etmektedir. Ayan da (Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Sadakat Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüğün İhlalinin Sonuçları, Ankara, 2013, s. 170) üretim sırları, mali sırlar ve teknik sırları şirket sırrı kapsamında değerlendirmektedir. **Gürbüz Usluel** (s. 54) ise şirket sırrının ticari sır içerisinde değerlendirilebileceğini belirtmektedir.

[20] **Yıldız**, s. 186; **Şener**, s. 477.

ya da menfaat elde etmeden herhangi bir şekilde üçüncü kişilere açıklayan ortak, sır saklama yükümlülüğünü ihlal etmiş olur^[21].

Hüküm, sır saklama yükümlülüğünü emredici biçimde düzenlemiştir. Bağıllık yükümlülüğünün diğer görünüm biçimlerinin aksine, bu yükümlülüğün şirket sözleşmesi ya da genel kurul kararıyla kaldırılamayacağı açıkça hükme bağlanmıştır. Gerekçede emrediciliğin yükümlülüğün kaldırılamayacağına ilişkin olduğu ifade edilmiştir. Bu nedenle yükümlülüğün kapsam ve sınırına ilişkin olarak şirket sözleşmesi ya da genel kurul kararıyla yapılan saptamaların yükümlülüğün kaldırılması niteliğinde olup olmadığının her somut olayda değerlendirilmesi gerekmektedir^[22].

2. Şirketin Zararına Olan İşlerden Kaçınma Yükümlülüğü

TTK m. 613 hükmünün ikinci fıkrasında ortakların “şirketin çıkarlarını zedeleyebilecek davranışlarda bulunmaları” yasaklanmıştır. Gerekçeye göre, “şirketin çıkarlarını zedeleyebilecek davranışlar” ibaresi, yükümlülüğün kapsamını geniş tutmak amacıyla seçilmiştir. Böylelikle “şirkete karşı onu engelleyecek, kötüleyecek, güç duruma düşürecek, gelişmesini köstekleyecek, yatırımlarına etki yapacak her çeşit davranış” ve şirketin çıkarlarını zedeleyebilecek başka davranışlar yükümlülüğün kapsamında yer almaktadır.

Fıkranın ikinci cümlesinde yasak davranışlar kapsamında yer alan özel bir hal olarak ortağın kendisine özel menfaat sağlayan ve şirketin amacına zarar veren davranışlarda bulunması yasaklanmıştır. Bu düzenlemede ortağın menfaatleri ile şirketin menfaatlerinin çatıştığı durumlarda şirketin menfaatine üstünlük

[21] Şener, s. 477.

[22] Yıldız (s. 186), TTK m. 613/1 hükmünün son cümlesi ile m. 613/4 hükmünün birbirinden farklı olduğunu, ilk fıkranın son cümlesinde açıklanacak sırrın ne olduğunun bilinmediği bir aşamada sır saklama yükümlülüğünün önceden kaldırılmasından söz edildiğini, buna karşın dördüncü fıkrada genel kurul tarafından hangi sırrın açıklanacağını bilindiği ve yalnızca bu hususta ilgili ortağa izin verildiğini ifade etmektedir. Kanımızca sır saklama yükümlülüğünün şirket sözleşmesi ya da genel kurul kararıyla kaldırılamayacağını açıkça öngören birinci fıkranın ikinci cümlesi karşısında dördüncü fıkranın sır saklama yükümlülüğü konusunda uygulanmasına imkan bulunmamaktadır, aynı doğrultuda **Biçer, Levent/ Hamamcıoğlu**, Esra: 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun Limited Ortaklıklarda Meydana Getirdiği Temel Değişiklikler, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2011, S. 1-2, dn. 36.

tanındığı gözlenmektedir^[23] ^[24]. Hemen belirtmek gerekir ki düzenlemedeki “özellikle” ifadesi, ortağın kendisine özel menfaat sağlayan ve şirketin amacına zarar veren davranışlarda bulunmasının şirketin çıkarlarını zedeleyecek davranışlardan yalnızca biri olarak öngörüldüğünü, bunun da aralarında yer aldığı şirketin çıkarlarını zedeleyecek tüm davranışların yasaklandığını ortaya koymaktadır^[25]. Bu davranışların neler olabileceğinin yine somut olayın özellikleri çerçevesinde tayin edilmesi gerekmektedir.

Bağlılık yükümlülüğünün TTK m. 613/2 hükmünde düzenlenen bu görüşüm biçiminin somutlaştırılması noktasında, Alman ve İsviçre doktrinlerinde ileri sürülen görüşlerin Türk doktrinini de etkilediği görülmektedir. Bu nedenle aşağıda öncelikle bu hususta Alman ve İsviçre doktrinlerindeki görüşler ele alınacak, sonrasında Türk doktrininde ileri sürülen görüşler değerlendirilerek bu konudaki görüşümüz ortaya konulacaktır.

A. Alman Hukukundaki Görüşler

Almanya’da ortakların şirkete ve birbirlerine karşı bağlılık yükümlülüğü pozitif hukukta düzenlenmemiş olduğu için doktrin ve içtihatlar yoluyla gelişmiştir. Gerçekten de Alman hukukunda limited şirket ortaklarının bağlılık yükümlülüğü ortaksal bir yan yükümlülük olarak kabul edilmekte^[26] ve esasen limited şirketlerde ortakların haklarına getirilen bir sınır olarak algılanmaktadır. Bu noktada ortağa tanınan haklar, ortağın şahsi menfaatini doğrudan ilgilendirmeyen haklar ve ortağın şahsi menfaatini doğrudan ilgilendiren haklar olarak

[23] Nitekim *Çamoğlu* (s. 464) da bağlılık yükümünün bir gereği olarak ortakların şirket menfaatlerini kişisel menfaatlerinden üstün tutması gerektiğini ifade etmektedir. Aynı doğrultuda **Öztürk Dirikkan**, s. 68.

[24] Bu noktada *Şener* (s. 465) ve *Bağrıaçık* (Bağlılık, s. 261) tek kişilik limited ortaklıklarda ortağın menfaatinden bağımsız bir şirket menfaatinin bulunmadığından bahisle bu tip ortaklıklarda bağlılık yükümlülüğünün söz konusu olmayacağı görüşündedirler. *Çamoğlu* (s. 464) ise bağlılık yükümlülüğüne ilişkin hükmün niteliğine uygun düştüğü ölçüde tek kişilik limited ortaklıklarda da uygulanacağını isabetli olarak belirtmektedir. Alman hukukunda tek kişilik ortaklıklarda bağlılık yükümlülüğünün bulunmadığı yönünde **Verse**, N. 44 ve N. 100; **Merkt**, N. 106; **Lieder**, N. 146.

[25] Aynı doğrultuda **Çamoğlu**, s. 464; *Can* (Yeni Türk Ticaret Kanunu’na göre Limited Şirket Ortağının Borçları ve Yükümlülükleri, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2011, C. 15, S. 4, s. 12) ise evleviyet prensibi gereği ikinci cümlede yer alan bu ifadenin gereksiz olduğu kanaatinindedir.

[26] **Dreher**, s. 1633; **Winter**, Michael (**Gehrlein**, Markus/ **Ekkenga**, Jens/ **Simon**, Stefan): Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Kommentar, Köln, 2015, s. 441, N. 41.

ikiye ayrılmaktadır^[27]. Şirketi idare ve temsile yetkili olanların belirlenmesi ya da görevden alınması gibi ortağın şahsi menfaatini doğrudan ilgilendirmeyen hakların kullanımında ortağın mutlak şekilde şirket menfaatlerini gözetmekle yükümlü olduğu kabul edilmektedir. Kar payı ya da tasfiye payı hakkı, bilgi alma ve inceleme hakkı ya da iptal davası açma hakkı gibi ortağın şahsi menfaatini doğrudan ilgilendiren hakların kullanımında ise şirket menfaatlerine üstünlük tanınması beklenemez. Böylelikle ortağın şahsi menfaatini doğrudan ilgilendiren hakların kullanımında bağlılık yükümlülüğü daha dar bir kapsama sahipken ortağın şahsi menfaatini doğrudan ilgilendirmeyen hakların kullanımı açısından bağlılık yükümlülüğünün kapsamı da genişlemektedir^[28]. Bağlılık yükümlülüğü yalnızca ortağa tanınan haklar bakımından değil aynı zamanda azlık hakları ve çoğunluk ile azlık arasındaki menfaat çatışmalarının çözülmesi bakımından da sınır olarak değerlendirilmektedir^[29].

B. İsviçre Hukukundaki Görüşler

İsviçre hukukunda limited şirketlerde ortakların şirkete karşı bağlılık yükümlülüğü, TTK m. 613 hükmüne karşılık gelen OR m. 803'te^[30] düzenlenmiştir. Anılan hükme göre:

“(1) Ortaklar, şirket sırlarını korumakla yükümlüdür.

(2) Ortaklar, şirketin çıkarlarını zedeleyebilecek davranışlarda bulunamazlar. Özellikle, kendilerine özel bir menfaat sağlayan ve şirketin amacına zarar veren işlemler yapamazlar. Şirket sözleşmesiyle, ortakların şirketle rekabet eden işlem ve davranışlardan kaçınmak zorunda oldukları öngörülebilir.

(3) Geri kalan ortakların tümü yazılı olarak onay verdikleri takdirde, ortaklar, bağlılık yükümlüne veya rekabet yasağına aykırı düşen faaliyetlerde bulunabilirler. Esas sözleşme bunun yerine ortaklar genel kurulunun onay kararını öngörebilir.

(4) Müdürler hakkında rekabet yasağına ilişkin özel hükümler saklıdır.”

Görüldüğü üzere İBK m. 803 hükmünün içeriği TTK m. 613 hükmünün içeriğinden çok az farklılık arz etmektedir. Bu nedenle TTK m. 613 hükmünün mehazı niteliğindeki hükme ilişkin İsviçre doktrinin de yapılan

[27] Dreher, s. 1633; Winter, s. 441, N. 41; Verse, N. 103; Merkt, N. 92; Lieder, N. 157.

[28] Dreher, s. 1634; Verse, N. 103; Merkt, N. 92.

[29] Dreher, s. 1634; Winter, s. 441, N. 41.

[30] Hüküm için bkz. <https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19110009/201704010000/220.pdf>, Erişim Tarihi: 12.07.2018.

değerlendirmelerin Türk hukuku bakımından özellikle önemli olduğunu düşünmekteyiz.

İsviçre doktrinde *Germann*, konuya ilişkin kapsamlı bir değerlendirme yapmaktadır. Yazar öncelikle bağlılık yükümlülüğünün somut olarak uyuşmazlıkları çözmeye yönelik bir kural olmaktan ziyade soyut bir genel ilke olduğuna işaret etmektedir. Bu soyut ilkenin somutlaştırılması noktasında ise ortağın şahsi menfaatini doğrudan ilgilendiren haklar ve ortağın şahsi menfaatini doğrudan ilgilendirmeyen haklar ayrımını benimsemektedir^[31]. Yazara göre şirket menfaatleri her zaman kişisel menfaatlerin üstünde yer almaz. Gerçekten de ortağın şahsi menfaatini doğrudan ilgilendirmeyen haklar açısından şirket menfaatine üstünlük tanınması ve hatta ortağa şirket menfaatleri için hakkını kullanma yükümlülüğü yüklenmesi söz konusu olmaktadır. Ortağın şahsi menfaatini doğrudan ilgilendiren haklar bakımındansa ortağa şahsi menfaatlerini gözetmek imkanını tanımak gerekir^[32].

C. Türk Hukukundaki Görüşler

Bağlılık yükümlülüğünün kapsamı konusunda 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden önce ve Kanun'un yürürlüğe girmesinden sonra yapılan değerlendirmelerin ayrı ayrı ele alınmasından fayda bulunmaktadır.

a. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun Yürürlüğe Girmesinden Önceki Görüşler

İsviçre hukukunda *Germann* tarafından ileri sürülen görüşün 6102 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden önce Türk doktrinde de kimi yazarlarca benimsendiği görülmektedir. Nitekim bağlılık yükümlülüğünün pozitif düzenlemeden yoksun olduğu 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu döneminde *Karasu*, ortağın şahsi menfaatini doğrudan ilgilendiren ve ilgilendirmeyen haklar ayrımı yapmakta ve ikinci grupta yer alan hakların kullanımı açısından bağlılık yükümlülüğünün önemine dikkati çekmektedir^[33]. *Nomer*, anonim ortaklıklarda bağlılık yükümlülüğünü incelerken “pay sahibinin kendi yararına hakları” ve “pay sahibinin kendi yararına olmayan hakları” ayrımının isabetli olmadığını belirtirken^[34] anılan yükümlülüğün pay sahibinin haklarını sınırlayıcı etkisine

[31] *Germann*, s. 357 ve 358, N. 852-856.

[32] *Germann*, s. 357, N. 855.

[33] *Karasu*, s. 149 ve 150.

[34] *Nomer*, s. 89.

vurgu yapmakta ve pay sahipliğinden doğan hakların şirketin ve diğer pay sahiplerinin haklarına zarar verecek şekilde kullanılmayacağını ifade etmektedir^[35]. *Akın* da bağıllık yükümlülüğünü ortakların haklarına getirilen bir sınır olarak değerlendirmekte ve yükümlülüğün uygulama alanlarını bu doğrultuda ele almaktadır^[36].

b. 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun Yürürlüğe Girmesinden Sonraki Görüşler

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden sonra *Çamoğlu*, 613/II hükmündeki “özellikle kendilerine özel bir menfaat sağlayan” ibaresinden hareketle bağıllık yükümlülüğünü “ortakların şirket menfaatlerini kişisel menfaatlerinden üstün tutması gereği” olarak ifade etmiştir^[37]. *Şener* ise bağıllık yükümlülüğünün ortakların haklarının sınırını oluşturduğunu tespit ettikten sonra özellikle Alman doktrin ve yargısında bağıllık yükümlülüğü kapsamında değerlendirilen kimi örneklerle değinmektedir^{[38] [39]}.

D. Görüşümüz

Kanaatimizce m. 613/2 hükmündeki genel ilke “şirketin çıkarlarını zedeleyebilecek davranışlar” ibaresiyle belirlenmiştir. Bu ibarenin yorumlanması sırasında limited şirketlerin –“kişisel özellikleri” güçlendirilmiş dahi olsa- hala sermaye şirketi oldukları gerçeği unutulmamalı^[40] ve yükümlülüğün kapsamı şahıs şirketlerindeki kadar geniş tutulmamalıdır. Genel ilkenin somutlaştırılması noktasında örnek kabiline hükümde yer alan “kendilerine özel bir menfaat sağlayan ve şirketin amacına zarar veren işlemler” hususunda da aynı esastan hareket edilmeli ve ortaklardan şirket menfaatlerini mutlak olarak kendi

[35] *Nomer*, s. 79.

[36] *Akın*, s. 79.

[37] *Çamoğlu*, s. 464; Öte yandan *Nomer* (s. 88), ortağın kendi menfaatlerini arka plana atmasının sadece şahıs şirketlerinde kabul edilebileceğini ifade etmektedir. *Ayan* (s. 48) ise yönetim kurulu üyelerinin şirketin menfaatini kendi menfaatlerinin önünde tutmaları gerektiği düşüncesindedir.

[38] *Şener*, s. 465 vd.

[39] Alman hukukundan örnekler için bkz. *Dreher*, s. 1634 vd.; *Verse*, N. 103 vd.; *Lieder*, N. 166 vd.; *Merk*, N. 110 vd.

[40] İsviçre limited şirketler hukukunda gerçekleştirilen reform sonrası limited şirketlerin bir “mini anonim şirket” oldukları konusunda bkz. *Trüb*, s. 9, N. 11; Türk hukuku açısından aynı doğrultuda bkz. *Alışkan*, s. 84.

menfaatlerinin üstünde tutmaları beklenmemelidir. Nitekim hüküm, bütün olarak değerlendirildiğinde de bağlılık yükümlülüğünün kapsamı hususunda şahıs şirketlerinden farklı bir yoğunluğun olduğu gözlenmektedir. Zira tüm şahıs şirketlerinde bağlılık yükümlülüğünün önemli bir görünüm biçimi olan rekabet yasağı kanunda açıkça düzenlenmişken limited şirketlerde sözleşmesel olarak öngörülebileceği hükme bağlanmıştır. Bu durum, şahıs şirketlerinde ortakların izni olmadıkça rekabet yasağına işaret eden TTK m. 230 hükmü ile anonim ortaklıklarda yalnızca yönetim kurulu üyeleri için aksine genel kurul kararı olmadıkça rekabet yasağı öngören TTK m. 396 hükmüne göre daha az yoğunluktaki bir rekabet yasağına işaret etmektedir^[41]. TTK m. 613/II hükmündeki ibarenin şirketle rekabet olarak nitelenebilecek yoğunluğa ulaşmamış davranışları kapsadığı^[42] ve kanun koyucunun rekabet yasağı konusundaki tutumu dikkate alındığında şirketin çıkarlarını zedeleyebilecek davranışların belirlenmesi konusunda çok katı davranılmaması gerekmektedir. Bu noktada *Pulaşlı*, şirketle kişisel bağı zayıf olan ortakla güçlü olan ortağın bağlılık yükümlülüğünün kapsamının aynı olmayacağına dikkati çekmektedir. Yazarın da belirttiği gibi bağlılık yükümlülüğü, “şirketin sırlarının ne kadar bilinip bilinmemesiyle orantılı olarak ortaktan ortağa farklı olabilir”^[43]. Ortaktan ortağa dahi farklılaşabileceği belirtilen bir yükümlülüğün sınırlarını tüm limited ortaklıkları kapsayacak kesinlikte belirlemek herhalde isabetli bir yaklaşım olmayacaktır. Bu nedenle bir davranışın şirket çıkarlarını zedeleyebilecek nitelikte ve dolayısıyla bağlılık yükümlülüğüne aykırı olup olmadığı belirlenirken somut olaya konu şirketteki kişisel özelliklerin güçlendirilmiş olup olmadığı da dikkate alınmalıdır.^[44] Kanaatimizce şirket sözleşmesiyle ortaklar için rekabet yasağının öngörülmüş olması da şirkette kişisel unsurların güçlü olduğunun bir emaresi sayılabilir.

[41] Nitekim madde gerekçesinde de “Sınırlı sorumluluk ilkesiyle, ortaklık haklarının sermayeye bağlanmış olması limited şirkette ortağın kanunen rekabet yasağı altına konulmasını, kural olarak haklı gösteremez. Bu sebeple şirket sözleşmesinde öngörülmemişse ortağa yönelik rekabet yasağı yoktur.” denilmiştir.

[42] Aynı doğrultuda **Gasser**, Urs/ **Eggenberger**, Christian/ **Stäuber**, Richard: OR Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht, Zürich, 2016, s. 2125, N. 5.

[43] **Pulaşlı**, s. 2276; Mehaz İsviçre Borçlar Kanunu m. 803 hükmünün gerekçesinde de somut olayın özelliklerine göre farklılaştırmaya gidilebileceği ifade edilmektedir, Botschaft zur Revision des Obligationenrechts (GmbH-Recht sowie Anpassungen im Aktien-, Genossenschafts-, Handelsregister- und Firmenrecht), <https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2002/3148.pdf>, Erişim Tarihi: 12.07.2018, s. 3203.

[44] Hükme kaynak olan İsviçre Borçlar Kanunu'nun 803. maddesinin gerekçesinde de şirket ortakları arasındaki kişisel bağların sıkı olabileceği ve ortakların bilgi alma ve inceleme hakları da dikkate alınarak esnek bir düzenlemenin öngörüldüğü ifade edilmektedir, s. 3203.

Ayrıca müdürlerin özen ve bağlılık yükümü ile rekabet yasağını düzenleyen TTK m. 626 hükmü de ortakların bağlılık yükümlülüğününün kapsamına ilişkin açıklamalarımızı destekler nitelikte kaleme alınmıştır. Anılan maddenin müdürlerin özen borcunu düzenleyen ilk fıkrası ile müdürler “şirketin menfaatlerini, dürüstlük kuralı çerçevesinde, gözetmekle” yükümlü kılınmış ve hükümün gerekçesinde şirket menfaatinin gözetilmesi, “şirketin menfaatinin kişisel menfaatlere ve başkalarının menfaatlerine feda edilmemesi, diğer menfaatlerin arkasına konulmaması” olarak tanımlanmıştır. Bu noktada şirket menfaatinin gözetilmesi, “müdürlük görevinin yapılışına ilişkin doğal bir gereklilik” olarak nitelenmiş ve bunun bağlılık yükümlülüğü içinde değerlendirilemeyeceği açıkça ifade edilmiştir. Şirket menfaatlerini kişisel menfaatlerin üzerinde tutmak, müdürler için dahi bağlılık yükümlülüğü kapsamında değerlendirilmez ve müdürlük görevinin doğasında mevcut bir gereklilik olarak görülürken ortaklardan bağlılık yükümlülüğü kapsamında şirket menfaatlerini her durumda kendi menfaatlerinin üstünde tutmasını beklemek kanaatimizce fazlaca katı bir yorum olur^[45].

Sır saklama yükümlülüğünün aksine, bağlılık yükümlülüğünün m. 613/2’de öngörülen görünüm biçimi dördüncü fıkra uyarınca bağlılık yükümlülüğüne aykırı davranışta bulunan ortak dışındaki ortakların onayıyla (TTK m. 619/3) kaldırılabilir. Bunun yazılı onayla mümkün olması tartışmaları ve belirsizlikleri ortadan kaldırmak^[46] anlamında isabetlidir. TTK m. 613/4 hükmünün son cümlesi uyarınca şirket sözleşmesiyle yazılı onay yerine genel kurulun alacağı bir kararla da ortağın bağlılık yükümlülüğüne aykırı davranışına onay verilebileceği öngörülebilir. Genel kurulun bu konudaki kararı TTK m. 621’de sayılan önemli kararlar arasında yer aldığı için temsil edilen oyların en az üçte ikisinin ve oy hakkı bulunan esas sermayenin tamamının salt çoğunluğunun bir arada bulunması halinde alınabilir^[47].

[45] Alman hukukunda da *Lieder* (N. 139) ve *Merkt* (N. 98), ortakların bağlılık yükümlülüğününün yöneticilerin bağlılık yükümlülüğü kadar kapsamlı ve yoğun olmadığını vurgulamaktadır.

[46] Aynı doğrultuda bkz. İBK m. 803’ün gerekçesi, s. 3204.

[47] Hükümde öngörülen kararların alınabilmesi için toplantıda temsil edilen oyların üçte ikisinin olumlu oy vermesi ve bunların da esas sermayenin salt çoğunluğundan az olmaması gerektiği yolunda bkz. **Yıldız**, s. 231; **Bahtiyar**, s. 427, dn. 751.

IV. BAĞLILIK YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN SINIRI OLARAK REKABET YASAĞI

“Bağlılık yükümlülüğü ve rekabet yasağı” kenar başlıklı TTK m. 613 hükmünde son olarak bağliılık yükümlülüğünün görünüm biçimlerinden rekabet yasağı düzenlenmiştir. Hükmün ikinci fıkrasının son cümlesine göre “şirket sözleşmesiyle, ortakların, şirketle rekabet eden işlem ve davranışlardan kaçınmak zorunda oldukları öngörülebilir”. Ancak anılan hüküm limited şirketlerde rekabet yasağına ilişkin tek hüküm değildir. TTK m. 613/3 hükmünde saklı olduğu belirtilen TTK m. 626 hükmü de rekabet yasağını düzenlemektedir.

Rekabet yasağını düzenleyen TTK m. 613/3 ve m. 626 hükümleri incelendiğinde limited şirketlerde rekabet yasağının yönetim yetkisine sahip ortaklar için bir kuralken yönetim yetkisine sahip olmayan ortaklar açısından bir istisna olduğu görülmektedir. Gerçekten TTK m. 626/2 uyarınca “şirket sözleşmesinde aksi öngörülmemiş veya diğer tüm ortaklar yazılı olarak izin vermemişse”, müdürler şirketle rekabet oluşturan bir faaliyette bulunamazlar. Görüldüğü üzere limited şirkette müdürler bakımından esas olan, bunların rekabet yasağına tabi olmalarıdır^[48]. Ancak bu yasağın şirket sözleşmesi ya da diğer tüm ortakların yazılı izni ile kaldırılması mümkündür. Oysa müdür sıfatına sahip olmayan ortaklar bakımından esas olan, ortağın şirketle rekabet olarak nitelenebilecek işlem ve davranışları yapabmesidir. Eğer şirket sözleşmesiyle öngörülmemişse bu ortaklar rekabet yasağına tabi değildir. Limited şirketlerde müdür sıfatını haiz ortaklar ise aynı zamanda TTK m. 626 hükmünde öngörülen rekabet yasağına da tabi olacaklardır^[49].

TTK m. 613/2 hükmünün son cümlesinde yer alan bu düzenleme tarzı, geçmişte doktrinde^[50] esasen bağliılık yükümlülüğünün bir görünüm biçimi

[48] Limited şirkette müdürlerin rekabet yasağı, çalışmamızın kapsamını sınırlamak adına inceleme dışı bırakılmıştır. Müdürlerin rekabet yasağı konusunda bkz. **Kayar**, İsmail/**Çelikleş**, İlyas: Limited Şirkette Müdür- Ortakların Rekabet Yasağı, Prof. Dr. Fahiman Tekil’in Anısına Armağan, Cilt I, İstanbul, 2003, 309-319; **Ertaş**, Elif Melis: Limited Şirket Müdürünün Rekabet Yasağı, Ankara, 2018.

[49] *Gasser/Eggenberger/Stäuber* (s. 2125, N. 1), kaynak İBK m. 803 hükmünün yalnızca yönetici olmayan ortaklar için geçerli olduğunu, yönetici ortakların rekabet yasağının ise TTK m. 626 hükmüne karşılık gelen İBK m. 812 hükmüne tabi olduğunu ifade etmektedir. Kanaatimizce TTK m. 613/2 (İBK m. 803) hükmünün yönetici olsun olmasın tüm ortaklar için uygulanacağını, yönetici ortakların ayrıca TTK m. 626 (İBK m. 812) hükmü çerçevesinde de rekabet yasağına tabi olduklarının kabulü gerekmektedir.

[50] **Nomer**, s. 132; **Akın**, s. 80; **Bağrıaçık**, Bağliılık, s. 257; **Karasu**, s. 163 ve 164; **Kayar/Çelikleş**, s. 312; Bu noktada **Şener** (s. 482, dn. 220), *Karasu*'nun 6762 sayılı TTK m. 547 hükmünün son cümlesinde yer alan “mukaveleye konacak hüküm” ifadesine rağmen

olarak ele alınan rekabet yasağının artık ortakların bağıllık yükümlülüğünün sınırını oluşturduğunu göstermektedir. Nitekim düzenlemenin gerekçesinde de bağıllık yükümlülüğünün sınırının rekabet yasağı olduğu ifade edilmektedir^[51]. Şu halde şirket sözleşmesinde rekabet yasağının öngörülmemiş olduğu hallerde ortakların şirketle rekabet eden işlem ve davranışlarda bulunmaları, bağıllık yükümlülüğünün ihlali olarak değerlendirilemeyecektir.

Yukarıda ortaya koyduğumuz üzere müdür olmayan limited şirket ortakları, ancak şirket sözleşmesinde öngörülmesi durumunda rekabet yasağına tabidirler^[52]. Rekabet yasağını içeren hüküm, şirketin kuruluşu sırasında sözleşmeye konulabileceği gibi sonradan da ilave edilebilir^[53]. Rekabet yasağı, şirket sözleşmesine sonradan ilave edilecek bir hükümlle öngörülecekse bu durum, şirket sözleşmesinin değiştirilmesi anlamına geleceğinden TTK m. 589 uyarında genel kurulda esas sermayenin üçte ikisini temsil eden ortakların kararı gerekecektir. Ayrıca sözleşmeye eklenecek söz konusu hüküm, “ek ya da yan edim yükümlülükleri öngören veya mevcut yükümlülükleri artıran” bir genel kurul kararı olarak nitelenmekte ve TTK m. 607 uyarınca ancak ilgili tüm ortakların da onayıyla alınabileceği vurgulanmaktadır^[54]. Şu halde eğer şirket sözleşmesine eklenecek hükümlle tüm ortakları kapsayan bir rekabet yasağı öngörülecekse söz konusu sözleşme değişikliğine ilişkin karar ancak oybirliğiyle alınabilecektir.

Rekabet yasağını düzenleyen TTK m. 613/2 hükmünün ikinci son cümlesinde “şirketle rekabet eden işlem ve davranışlar” ifadesi kullanılmaktadır. Hükümde sözü edilen şirketle rekabet eden işlem ve davranışların kapsamının belirlenmesi gerekmektedir. Kaynak İsviçre Borçlar Kanunu'nun aynı içerikteki 803. maddesinin gerekçesinde belirsizliklerden kaçınmak amacıyla rekabet yasağının maddi ve yerel açıdan geçerlik alanının sözleşmeyle açıkça

Alman hukukundaki görüşlerin etkisiyle ortakların ortaklıkla rekabet etmesini sadakat borcuna aykırılık olarak değerlendirmesini eleştirmektedir. *Kararı* ile aynı doğrultuda bkz. **Akın**, s. 80.

- [51] Bkz. madde gerekçesi. 6762 sayılı mülga Türk Ticaret Kanunu döneminde de *Kayar ve Çeliktaş* (s. 312), sermaye şirketlerinde rekabet yasağının sadakat borcuna dayandırılmasının düşünülemeyeceğini ifade etmektedirler.
- [52] Mevzuat İsviçre hukukuna ilişkin olarak hükümdeki açıklığa rağmen aksi görüşte bkz. **Demirkapı**, Ertan/ **Yıldırım**, Ali Haydar, İsviçre Borçlar Kanunu'nda Limited Ortaklıklar Alanında Yapılan Yeni Düzenleme, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, 2008, C. 24, S.3, s. 449, dn. 62.
- [53] **Şener**, s. 483; **Gasser/Eggenberger/Stäuber**, s. 2126, N. 7; **Siffert/Fischer/Petrin**, s. 187, N. 7.
- [54] **Şener**, s. 483; **Siffert/Fischer/Petrin**, s. 187, N. 7; **Jörg/Arter**, s. 161; **Gasser/Eggenberger/Stäuber**, s. 2126, N. 7; **Germann**, s. 390, N. 922.

belirlenmesi gereğinden söz edilmektedir. TTK m. 613 hükmünün gerekçesinde yer alması da rekabet yasağının ticaret özgürlüğüne getirilen bir sınırlama olarak istisnai nitelik taşıdığı^[55] dikkate alındığında Türk hukuku bakımından da aynı hususun geçerli olduğu şüphesizdir. Nitekim doktrinde bu gerekliliğe vurgu yapılmaktadır^[56]. Şirket sözleşmesindeki hükmün kapsam bakımından kesinlik içermemesi durumunda rekabet yasağının yalnızca hiçbir kuşkuya yer bırakmaksızın şirket konusu kapsamında yer alan ve şirketin o ana kadar faaliyet gösterdiği bölgede yürütülen faaliyetleri kapsadığı kabul edilmektedir^[57]. Şu halde bir ortak, şirketin faaliyet gösterdiği bölge içerisinde şirketin konusuna giren işlemler yaptığı takdirde rekabet yasağını ihlal etmiş olacaktır.

İBK m. 803 hükmünün gerekçesinde ayrıca sözleşmede rekabet yasağının yalnızca mevcut ortakları kapsayacak biçimde düzenlenebileceği ifade edilmektedir. Buna göre yasak, ortaklıktan ayrılmadan sonrasını da kapsayacak biçimde düzenlenemez. Gerekçede böylelikle ortakların şirketten ayrıldıktan sonra ekonomik gelişmelerini sürdürmelerine imkan tanındığı belirtilmekte ve ortaklıktan ayrılmadan sonrasını da kapsayacak bir rekabet yasağının şirket sözleşmesi dışında sözleşmesel temelde mevcut sınırlamalara uyularak

[55] **Germann**, s. 385, N. 912; **Kayar/ Çelikleş**, s. 314; **Bağrıaçık**, Bağlılık, s. 262; **Franko** (s. 27 ve 28), bu nedenle rekabet yasağının aşırı genişletilmesinin de şirket amacına aykırı şekilde daraltılmasının da caiz olmadığına dikkati çekmektedir. Rekabet yasağının ortağın ekonomik özgürlüğünü önemli ölçüde sınırladığını vurgulayan **Şener** (s. 486), rekabet yasağı bakımından TBK m. 27 ve TMK m. 23/2'deki sınırlamaların uygulanacağını ifade etmektedir.

[56] **Pulaşlı**, s. 2276; **Şener**, s. 483 ve 484.

[57] İsviçre Borçlar Kanunu m. 803 gerekçesi, s. 3203; **Gasser/Eggenberger/Stäuber**, s. 2126, N. 8; **Jörg/Arter**, s.162; **Siffert/Fischer/Petrin**, s. 187, N. 10 ve 11; **Trüb**, s. 140, N. 9; **Pulaşlı**, s. 2276; **Öcal**, Akar: Limited Şirketlerde Müdür Olan Ortağa Uygulanan Rekabet Yasağı, Eskişehir İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Dergisi, 1982, C. 18, S.1, s. 295; **Şener** (s. 484), belirleyici olanın sözleşmede belirlenen ortaklık konusu olduğunu vurgulamakla beraber, şirketin konusunun fiilen sözleşmede yazılandan daha dar veya geniş olması olasılığında kapsamın fiili konuya göre daralıp genişleyebileceğini ifade etmektedir. **Bağrıaçık** (Bağlılık, s. 262) ve **Karasu** (s. 164) ise şirketin fiilen icra etmediği faaliyetlerin şirket sözleşmesinde gösterilen şirket konusuna dahil olsa bile rekabet yasağı kapsamında yer almayacağını ifade etmektedir. **Germann** (s. 388, N. 918), rekabet yasağının ortaklık sözleşmesinde yazılı faaliyetlerle sınırlı olması gerektiğini vurgulamaktadır. Yazara göre şirkette sadece ortak statüsü olan kişi, şirketin fiilen iştigal ettiği detaylı olarak bilemeyebilir. Bu nedenle rekabet yasağını şirket sözleşmesinde yazılı faaliyetlerle sınırlamak, ortağın yasak olan ve olmayan faaliyetleri önceden kesin olarak bilmesini sağlayacaktır. **Çamoğlu** (s. 463), yasağın kapsam ve sonuçlarına ilişkin olarak sözleşmede açıklık olmaması durumunda anonim ve limited şirket yöneticilerinin rekabet yasağına ilişkin TTK m. 396 ve m. 626 hükümlerinden uygun düştüğü ölçüde yararlanılmasını önermektedir.

kararlaştırılmasının mümkün olduğu vurgulanmaktadır^[58]. Aynı esasın TTK m. 613 hükmünün gerekçesinde yer almamakla birlikte Türk hukuk doktrininde de benimsendiği görülmektedir^[59].

Öte yandan bağlılık yükümlülüğünün diğer görünüm biçimlerinde olduğu gibi rekabet yasağının kapsamının da ortaklıktaki kişisel unsurun yoğunluğuna göre farklılık gösterebileceği unutulmamalıdır. Zira doktrinde de ifade edildiği üzere rekabet yasağı da TTK m. 614'te öngörülen bilgi alma ve inceleme hakkı vesilesiyle elde edilen bilgilerin kullanılarak ortaklığın zarara uğratılmasının önlenmesi amacıyla hizmet etmektedir^[60]. Bu nedenle rekabet yasağına ilişkin şirket sözleşmesi hükmüyle ortaklardan yalnızca bir ya da birkaçı veya tümü için düzenleme yapılmasının mümkün olduğu kabul edilmelidir^[61].

[58] Gerekçe, s. 3204.

[59] **Pulaşlı**, s. 2276 ve 2277; **Şener**, s. 484; **Öcal** (s. 293) ve **Karasu** (s. 164), 6762 sayılı Kanun döneminde limited şirketlerde rekabet yasağına ilişkin değerlendirmelerinde şirket sözleşmesine rekabet yasağının ortaklıktan ayrıldıktan sonra bir süre daha devam edeceğine ilişkin hüküm konulabileceğini ifade etmektedirler. Yargıtay'ın 11. Hukuk Dairesi de 02.03.2000 tarih ve E. 2000/1263, K. 2000/1729 sayılı kararında da "TK'nın 547. maddesinde düzenlenen rekabet yasağının, şirketin ortakları arasında uygulanmasının mümkün bulunmasına ve şirketten fiilen ayrılan bir ortağa kaydı hayat şartıyla çalışmasını engeller şekilde, sözleşmeye konan hükmün, esasen geçersiz olması karşısında, protokolün iptaline karar verilmesi gerekir." denilmektedir. Karar, rekabet yasağının ortaklıktan ayrılmadan sonra da devam edeceğine ilişkin sözleşmelerde sözleşme özgürlüğünün genel sınırlarına uyulması gerektiğini göstermektedir. (Karar metni için bkz. www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 20.09.2017) Limited şirketin kuruluşundan sonra şirkete giren ortakların genel kurulun ayrı bir kararı olmadıkça rekabet yasağı kapsamı dışında kalacakları görüşünde **Bağrıaçık**, Bağlılık, s. 260; 6762 sayılı Kanun döneminde TTK m. 547'de düzenlenen rekabet yasağının müdür olan ortaklara ilişkin olması, yasağın şirkete sonradan giren ortakları kapsamamasının kabulünü zorunlu kılmaktadır. Zira aksi kararlaştırılmamışsa TTK m. 540 gereği ortaklar hep birlikte müdür sıfatıyla şirketi idare ve temsil ederler ve böylelikle rekabet yasağına tabi olurlar. **Öcal**'ın da (s. 292) ifade ettiği üzere "Kuruluştan sonra şirkete giren ortaklar da, umumi heyetin ayrı bir kararı olmadıkça, idare ve temsile mezun ve mecbur olmadığından, rekabet yasağının kapsamı dışındadırlar."; Aynı doğrultuda **Karasu**, s. 141; 6762 sayılı Kanun döneminde ortağın şirketten ya da müdürlükten ayrılmasından sonrası için rekabet yasağının şirket sözleşmesiyle öngörülebileceği gibi ayrı bir sözleşme konusu da yapılabileceği görüşünde bkz. **Kayar/Çelikaş**, s. 313; **Franko**, s. 26; **Karasu**, s. 164.

[60] **Şener**, s. 479; **Karasu**, s. 156 ve 157; **Akın**, s. 80; **Nomer** (s.134), bu hususa değinmekte ve 6762 sayılı Kanun'da anonim ortaklıklarda pay sahibinin şirket sırlarını öğrenmeye ve şirket defterlerini incelemeye yetkili olmamasından hareketle rekabet yasağına tabi olmayacağını ifade etmektedir.

[61] İsviçre Borçlar Kanunu m. 803'ün gerekçesi, s. 3203; **Trüeb**, s. 140, N. 8; **Siffert/Fischer/Petrin**, s. 187, N. 6; **Gasser/Eggenberger/Stäuber**, s. 2126, N. 7; **Germann**, s. 389, N.

TTK m. 613/4 hükmü uyarınca geri kalan ortakların yazılı onay vermesi halinde ortakların rekabet yasağına aykırı faaliyette bulunmaları mümkündür. Hükmün son cümlesi uyarınca şirket sözleşmesiyle yazılı onay yerine genel kurulun alacağı bir kararla da ortağın rekabet yasağına aykırı davranışına onay verilebileceği öngörülebilir. Genel kurulun bu konudaki kararı TTK m. 621’de sayılan önemli kararlar arasında yer aldığı için temsil edilen oyların en az üçte ikisinin ve oy hakkı bulunan esas sermayenin tamamının salt çoğunluğunun bir arada bulunması halinde alınabilir^[62].

V. BAĞLILIK YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN İHLALİNİN HUKUKİ SONUÇLARI

Bağlılık yükümlülüğünü ihlal eden ortağa uygulanacak yaptırım konusunda Türk Ticaret Kanunu’nda herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Yükümlülüğü düzenleyen TTK m. 613 hükmünün gerekçesinin de bu hususta yol gösterici olmaktan uzak olduğu görülmektedir. Bu durumda ihlalin yaptırımının borçlar hukukunun ve ortaklıkları hukukunun genel ilkelerinden hareketle tespit edilmesi zorunluluğu ortaya çıkmaktadır. Zira Kanun’un tüm ticaret ortaklıklarına uygulanacak genel hükümleri arasında yer alan TTK m. 126 hükmü uyarınca “Her şirket türüne özgü hükümler saklı kalmak şartıyla, Türk Medeni Kanununun tüzel kişilere ilişkin genel hükümleri ile bu Kısımda hüküm bulunmayan hususlarda Türk Borçlar Kanununun adi şirkete dair hükümleri her şirket türünün niteliğine uygun olduğu oranda, ticaret şirketleri hakkında da uygulanır.” Bu hüküm, Kanunun uygulama alanını gösteren TTK m. 1 hükmüyle birlikte düşünüldüğünde bağlılık yükümlülüğü ile rekabet yasağının ihlalinin sonuçlarının genel hükümlerden hareketle tespit edilebileceği görülmektedir.

Bu konuda kanun koyucunun aynı ölçüde sessiz olduğu kaynak İsviçre hukukunda ihlalin tespiti, önlenmesi ile sonuçlarının ortadan kaldırılması yanında varsa bağlılık yükümlülüğünün ihlali nedeniyle şirketin uğradığı zararın tazmini ve sözleşmede öngörülmüşse cezai şart ödenmesi talebiyle

921; Yıldız, s. 187.

[62] Hükmünde söz edilen çoğunluğa ilişkin açıklamalar için bkz. yukarıda dn. 42.

mahkemeye başvurulabileceği ifade edilmektedir^[63]. Ayrıca bağıllık yükümlülüğünün ihlalinin ortağın ortaklıktan çıkarılması için haklı neden oluşturacağı ileri sürülmektedir^[64].

Türk doktrininde de limited şirket ortağının bağıllık yükümlülüğünü ihlal etmesi durumunda ortaya çıkan zararın tazmininin^[65] talep edilmesinin yanında cezaî şart^[66] ile ortağın haklı nedenle ortaklıktan çıkarılması^[67] ya da ortaklığın haklı nedenle feshinin^[68] talep edilebileceği belirtilmektedir. Ayrıca bir ortağın bağıllık yükümlülüğünü ihlal etmesinin diğer ortaklar açısından şirketten çıkma için haklı sebep oluşturabileceği de isabetli olarak ifade edilmektedir^[69]. Bunun yanında rekabet yasağına aykırılık halinde TTK m. 231 hükmünün kıyasen uygulanmasıyla rekabet yasağının ihlali halinde ortaktan tazminat istenmesi, ortağın kendi adına yaptığı işlerin şirket adına yapılmış sayılması ya da üçüncü kişilerin hesabına yapmış olduğu işlerden doğan menfaatlerin şirkete bırakılması seçeneklerinin söz konusu olabileceği ileri sürülmektedir^[70].

Kanaatimizce de TTK m. 613 hükmünün ihlali halinde doktrinde sözü edilen yaptırımların uygulanması mümkündür. Söz konusu yaptırımlar aşağıda incelenmektedir.

-
- [63] **Gasser/Eggenberger/Stäuber**, s. 2127, N. 11; **Jörg/Arter**, s. 161; **Germann**, s. 396, N. 938-939; Söz konusu taleplerin ortaklar tarafından da ileri sürülebileceği görüşü için bkz. **Siffert/Fischer/Petrin**, s. 189, N. 18; Ortakların dava hakkının bulunmadığı görüşünde **Germann**, s. 399, N. 943.
- [64] **Siffert/Fischer/Petrin**, s. 186, N. 20; İhlalin ortağın temsil yetkisinin kaldırılması ve ortaklığın feshi için de haklı neden oluşturabileceği görüşünde **Gasser/Eggenberger/Stäuber**, s. 2127 ve 2128, N. 12.
- [65] **Şener**, s. 472 ve 479; **Bağrıaçık**, Bağıllık, s. 266 ve 267; **Yıldız**, s. 186; **Çamoğlu**, s. 465; **Akın**, s. 82.
- [66] **Bağrıaçık**, Bağıllık, s. 267.
- [67] **Franko**, s. 60; **Öcal**, s. 299; **Karasu**, s. 165; **Şener**, s. 472 ve 479; **Bağrıaçık**, Bağıllık, s. 264. Yazar ayrıca diğer ortakların ortaklıktan çıkma davası açabileceğini ifade etmektedir, s. 265; **Yıldız**, s. 186; **Çamoğlu**, s. 465; **Nomer**, s. 145; **Akın**, s. 82.
- [68] **Franko**, s. 60; **Şener**, s. 472 ve 479; **Bağrıaçık**, Bağıllık, s. 266; **Nomer**, s. 143; **Akın**, s. 82.
- [69] **Bağrıaçık**, Bağıllık, s. 265; **Taşdelen**, s. 185.
- [70] **Franko**, s. 59; **Şener**, s. 487; **Bağrıaçık** (Bağıllık, s.263), TTK m. 231 hükmüne değinmeden aynı sonuca ulaşmaktadır. *Karasu* (s. 165) ise mülga 6762 sayılı Kanunda anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin rekabet yasağına ilişkin m. 335 hükmünün limited şirketlerde rekabet yasağına aykırılık için de uygulanması gerektiği görüşündedir.

1. Tazminat

Bağlılık yükümlülüğünü ihlal eden ortağa karşı uygulanabilecek yaptırımların başında ihlalden doğan zararın tazmini gelmektedir. Bu husus Türk Ticaret Kanununda düzenlenmemiş olsa da hukukun genel prensiplerinden kaynaklanmaktadır^[71]. Gerçekten de Türk Borçlar Kanunu'nun borcun yerine getirilmemesinin sonuçlarını düzenleyen hükümleri arasında yer alan 112. maddesine göre "Borç hiç veya gereği gibi yerine getirilmezse borçlu, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür." TTK m. 613'te düzenlenen limited şirket ortağının bağlılık yükümlülüğü ve rekabet yasağı da limited şirketlerde ortakların hak ve borçlarını düzenleyen altıncı kısmının üçüncü bölümünde yer almaktadır. Bu nedenle hem sözleşmeden hem de kanundan doğan borçlarının yerine getirilmemesi halinde uygulanabilecek olan TBK m. 112 hükmü limited şirket ortaklarının bağlılık yükümlülüğü ile rekabet yasağını ihlal etmeleri durumunda da uygulanabilir ve şirket veya diğer ortaklar^[72] bağlılık yükümlülüğünün ihlali nedeniyle şirketin uğradığı zararın tazminini talep edebilecektir^[73]. Elbette tazminat talebinde bulunulabilmesi için borcun yerine getirilmemesi

[71] **Bağrıaçık**, Bağlılık, s. 266.

[72] Bağlılık yükümlülüğünün ihlali halinde ortakların da açabileceği davanın temeli Roma hukukundaki *actio pro sociodan* esinlenen *ortak davası* kavramına dayanmaktadır. Ortak davasının varlığı, şahıs şirketlerinde şüphesiz kabul edilmekte ve hatta ticaret şirketlerinde sermaye koyma borcunun yerine getirilmemesinin yaptırımlarını düzenleyen TTK m. 128/7 hükmünde şahıs şirketleri açısından açıkça düzenlenmektedir. "Bir ortağın şirket ilişkisinden kaynaklanan yükümlülüklerinin şirkete ifasını sağlamaya yönelik olarak diğer bir ortağa karşı açtığı dava" olarak tanımlanan ortak davasının artık sermaye şirketlerinde de kabul görmeye başladığı görülmektedir, **Yongalık**, Aynur, Şahıs Şirketlerinde Ortak Davası (Actio Pro Socio), Ankara, 2010, s.129; Limited şirket ortağının bağlılık yükümlülüğünü ihlal etmesi halinde ortakların da dava açabileceği yönünde bkz. **Siffert/Fischer/Petrin**, s. 186, N. 4; **Winter**, s. 442, N. 44; **Verse**, N. 118; **Şener**, s. 479 ve s. 487; **Bağrıaçık**, Bağlılık, s. 266; **Merkt**, N. 210.

[73] *Nomer* (s. 153), aynı sonuca anonim ortaklıklarda pay sahibinin sadakat yükümlülüğüne ilişkin olarak değinmektedir. Yazara göre mevcut bir yükümlülüğün ihlali sonucunda oluşan zararın giderilmesi yükümlülüğü, hukuk düzeninin en temel prensiplerinden biridir. Yazarın da kabul ettiği görüş uyarınca "sadakat yükümlülüğünün tarafları arasında hukuki ilişkinin ana sözleşmeye dayanması ve bu ilişkiden doğan bir yükümlülüğün ihlali söz konusu olduğu için, bu sorumluluk, sözleşmeden doğan borca aykırılık sonucu oluşan sorumluluktan başka bir şey değildir." Aynı doğrultuda **Akın**, s. 246. Bu noktada limited şirket ortaklarının bağlılık yükümlülüğü ile rekabet yasağının TTK m. 613 hükmünden kaynaklandığını ve değerlendirmemizde bu hususun göz önünde tutulduğunu tekrar vurgulamak isteriz.

nedeniyle bir zararın ortaya çıkması ve borçlunun kusurlu bulunması gerektiği unutulmamalıdır^[74].

2. Cezai Şart

Bağıllık yükümlülüğünü ihlal eden ortaktan ortaklık sözleşmesinde öngörülmüş olması halinde cezai şart talep edilmesi de mümkündür. Zira Türk Ticaret Kanunu'nun şirket sözleşmesinde öngörülmeleri şartıyla bağlayıcı olan hükümlere ilişkin 577. maddesinde cezai şarta da yer verildiği görülmektedir. Gerçekten de maddenin f bendine göre “kanunda veya şirket sözleşmesinde öngörülmüş bulunan yükümlülüklerin hiç ya da zamanında yerine getirilmemeleri halinde uygulanabilecek sözleşme cezası hükümleri” şirket sözleşmesinde öngörülmeleri halinde bağlayıcı hükümlerdendir. Bu noktada hemen belirtmek gerekir ki burada belirtilen sözleşme cezasının talep edilebilmesi için bir zarar doğmuş olması gerekmez. Bu nedenle bağıllık yükümlülüğünün ihlali nedeniyle ayrıca bir zarar doğmuşsa sözleşme cezasının yanında bu zararın tazmini de talep edilebilir^[75].

3. Çıkarma

Bağıllık yükümlülüğünün ihlali halinde ortağın şirketten çıkarılması da uygulanabilecek yaptırımlar arasında yer almaktadır. Limited şirketlerde ortaklıktan çıkarma TTK m. 640 hükmünde düzenlenmiştir. Anılan maddenin ilk fıkrası uyarınca şirket sözleşmesinde bir ortağın genel kurul kararıyla şirketten çıkarılabileceği haller düzenlenebilir. Nitekim “ortağın şirketten çıkarılmasına ilişkin özel sebepleri gösteren hükümler”, TTK m. 577 hükmünde şirket sözleşmesinde öngörülmeleri şartıyla bağlayıcı hükümler arasında gösterilmiştir. Şu halde bağıllık yükümlülüğünün ihlalinin de bu anlamda ortağın şirketten

[74] **Bağrıaçık**, Bağıllık, s. 266 ve 267; **Şener**, s. 472; **Nomer**, s. 154; **Akın**, s. 250.

[75] *Bağrıaçık'a* (Bağıllık, s. 267) göre tazminat talebinin saklı tutulmamış olması halinde cezai şart kapsamında yapılan ödeme tazminat talebini sona erdirir; Gerçekten de TBK m. 180/II gereği, zararın kararlaştırılan cezai şarttan daha yüksek olması durumunda cezai şarttan fazla olan kısmının tazminat olarak istenmesi mümkündür. Şu halde meydana gelen zararın cezai şart ile karşılanması mümkünse ayrıca tazminat ödenmeyecektir. Aynı doğrultuda **Oğuzman**, Kemal/ **Öz**, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt II, 13. Baskı, İstanbul, 2017, s. 547 ve 548; **Eren** (Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 21. Baskı, Ankara, 2017, s. 1211), anılan hüküm uyarınca ceza miktarının zarardan düşülmesi gerektiğini ifade ederken, *Kılıçoğlu*'na (Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 18. Baskı, Ankara, 2014, s. 790) göre cezai şart, alacaklının uğradığı ve ispat ettiği zarar miktarından tenzil edilemez.

çıkartılmasına ilişkin özel bir sebep olarak şirket sözleşmesinde düzenlenmesine herhangi bir engel bulunmamaktadır^[76]. Şirket sözleşmesinde bu yönde bir hüküm bulunması halinde bağıllık yükümlülüğünü ihlal eden ortak, genel kurul kararıyla şirketten çıkarılabilecektir. Anılan genel kurul kararı, TTK m. 621’de sayılan önemli kararlar arasında yer almaktadır. Bu nedenle genel kurulda bir ortağın şirket sözleşmesinde öngörülen nedenlerle şirketten çıkartılmasına karar verilebilmesi için temsil edilen oyların en az üçte ikisinin ve oy hakkı bulunan esas sermayenin tamamının salt çoğunluğunun bir arada bulunması gerekir.

Bundan başka TTK m. 640/3 hükmüne göre şirketin talebi üzerine ortağın mahkeme kararıyla haklı sebebe dayanılarak şirketten çıkartılması mümkündür^[77]. Doktrinde bağıllık yükümlülüğünün ihlal edilmesi, bu anlamda haklı sebebe örnek gösterilmektedir^[78]. Yargıtay’ın da kimi kararlarında^[79], bağıllık yükümlülüğüne doğrudan değinmese de, şirket menfaatlerinin ihlal edilmesini haklı neden olarak değerlendirdiği görülmektedir.

[76] Çıkartılma nedenlerine ilişkin hükmün şirket sözleşmesine sonradan konulmasının sözleşme değışikliği gerektirdiği ve bu değışikliğin de TTK m. 621/3 hükmü uyarınca ortakların oybirliği ile alacakları bir kararla mümkün olabileceği unutulmamalıdır.

[77] Bu hükme uygun olarak haklı sebeple çıkartma talebinde bulunulabilmesi için genel kurul kararı gerektiği TTK m. 621 hükmünden anlaşılmaktadır.

[78] **Baştuğ**, İrfan: Limited Şirkette Ortağın Çıkma ve Çıkartılması, İzmir, 1966, s. 48, dn. 147; **Çamoğlu**, s. 440; **Şener**, s. 472 ve s. 909; **Bağrıaçık**, Bağıllık, s. 264; **Yıldız**, s. 159 ve 186; **Erdem**, Ercüment H.: Yargıtay Kararları Işığında Limited Şirketin Haklı Nedenle Feshi, Türk Ticaret Kanunu ile İlgili Makaleler (2009-2016), İstanbul, 2017, s. 464; **Üçışık**, Güzin: Limited Şirkette Ortağın Ortaklıktan Çıkartılması, Prof. Dr. Fahiman Tekil’in Anısına Armağan, Cilt I, İstanbul, 2003, s. 200, dn. 61; **Çamoğlu** (Kolektif Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi ve Ortağın Haklı Sebeple Çıkartılması, İstanbul, 2008, s. 45 ve s. 46), kolektif şirketlere ilişkin olarak sadakat borcunun ihlalini ve ortaklık sırlarının açıklanmasını ortağın şirketten çıkartılması ve şirketin feshinde haklı sebebe örnek göstermektedir. Yazarın kolektif şirketlerde haklı nedenle fesih ve çıkartmaya ilişkin hükümlerin örneksene yoluyla limited şirketlere de uygulanabileceği görüşünde olduğunu belirtmek isteriz. Bu konuda bkz. a.g.e. s. 9; **Öztürk Dirikkan**, s. 67; **Erdil** (Limited Şirketlerde Ortaklıktan Çıkartılma, İstanbul, 2010, s. 69) rekabet yaşağının ihlalini ve sadakat borcuna aykırı hareketleri çıkartma nedeni olarak değerlendirmektedir. **Taşdelen**, bağıllık yükümlülüğünün ihlalini, affectio societatis unsurunun eksikliği olarak değerlendirmektedir, s. 224.

[79] 11. Hukuk Dairesi’nin, 11.06.2001 tarih, E. 32197, K. 5291 sayılı kararında “limited ortaklığın faaliyetlerini önleyecek, ortakları zarara uğratabacak veya karşılıklı güveni ortadan kaldıracak” nitelikteki davranışlar, ortağın şirketten çıkartılması için haklı sebep olarak değerlendirilmiştir. Karar için bkz. **Taşdelen**, s. 224, dn. 45.; Aynı Dairenin 03.06.2003 tarih ve E. 2003/492, K. 2003/5870 sayılı kararında da rekabet yaşağına aykırı davranılmış olması, ortağın şirketten çıkartılması için haklı neden olarak değerlendirilmiştir. Karar metni için bkz. **Erdil**, s. 173-175.

4. Çıkma

Bir ortağın bağıllık yükümlülüğünü ihlal etmesi halinde ilgili ortağın şirketten çıkarılmasının yanında diğer ortakların şirketten çıkma talebinde bulunmaları da uygulanabilecek bir diğer yaptırım olarak karşımıza çıkmaktadır. TTK m. 638/2 hükmü uyarınca her ortak, haklı nedenlerin varlığı halinde şirketten çıkmasına karar verilmesi için mahkemeye başvurma imkanına sahiptir. Bu durumda somut olayda bağıllık yükümlülüğünün ihlal edilip edilmediği ve bunun ortağın şirketten çıkması için haklı bir neden oluşturup oluşturmadığı mahkemece takdir edilecektir^[80]. *Bağrıaçık*, bir ortağın haklı nedenle şirketten çıkma talebiyle mahkemeye başvurması halinde diğer ortakların da TTK m. 639 hükmüne uygun olarak çıkmaya katılma hakkına sahip olduğuna haklı olarak işaret etmektedir^[81].

5. Fesih

Bir ortağın şirkete karşı bağıllık yükümlülüğünü ihlal etmesi halinde şirketin haklı nedenle feshi yoluna gidilmesi de mümkündür^[82]. Gerçekten TTK m. 636/3 hükmüne göre haklı sebeplerin varlığı halinde her ortak mahkemeye başvurarak şirketin feshine karar verilmesini isteyebilecektir. Ortağın ileri sürdüğü durumun haklı neden oluşturup oluşturmadığı burada da hakim tarafından takdir edilecektir^[83].

[80] **Taşdelen**, s. 181; **Çamoğlu**, s. 429; Ayrıca *Taşdelen* (s. 183) ve *Eriş* (Ticari İşletme ve Şirketler, Cilt III, Ankara, 2017, s. 3137), çıkmaya dayanak oluşturacak haklı sebeplerin şirket sözleşmesinde öngörülebileceğini belirtmektedirler. TTK m. 639/2 hükmünün a bendinde yer alan “şirket sözleşmesinde öngörülen haklı sebep” ifadesi yazarların görüşünü destekler nitelikte görünse de, *Kendigelen*’in de belirttiği gibi, buradaki “haklı sebep” ifadesini “çıkma sebebi” olarak anlamak gerekir. Bu konuda bkz. **Kendigelen**, s. 554, dn. 136. *Öztürk Dirikkan* (s. 42) da haklı sebebin şirket sözleşmesiyle belirlenebileceği görüşündedir.

[81] **Bağrıaçık**, Bağıllık, s. 265.

[82] Bağıllık yükümlülüğünün ihlalinin şirketin feshi için haklı neden oluşturduğu görüşünde bkz. **Taşdelen**, s. 242; **Erdem**, Nuri: Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi, İstanbul, 2012, s. 71ve s. 159;

[83] **Çamoğlu**, s. 559; **Taşdelen**, s. 243; Yargıtay’ın bir kararında da açıkça bağıllık yükümlülüğü anılmamakla birlikte “Yasada haklı nedenler açıkça belirtilmemiş ise de, ortaklık anlayışını ortadan kaldıran, bireysel çıkarlara yönelik, ortaklar arasında kişisel ve grupsal çıkarların ön plana çıktığı ve ortaklık amacının gerçekleşmesi olanağının bulunmadığı durumların varlığı halinde, haklı nedenlerin oluştuğunun kabulü gerekir” denilmiştir. (11.HD., 29.09.2005 tarih ve E. 20217/ K. 8962 sayılı kararı için bkz. **Eriş**, s. 3132)

Şunu belirtmek gerekir ki haklı nedenin varlığı halinde dahi ortaklığın feshi yoluna son çare olarak başvurulmalıdır. Zira TTK m. 636/3 hükmünün ikinci cümlesinde mahkemenin, istem yerine, davacı ortağa payının gerçek değerinin ödenmesine ve davacı ortağın şirketten çıkarılmasına veya duruma uygun düşen ve kabul edilebilir diğer bir çözüme hükmedebileceği belirtilmiştir^[84].

6. Sözleşmede Öngörülen Yaptırımlar

Son olarak rekabet yasağına aykırılık halinde uygulanacak yaptırımın şirket sözleşmesinde öngörülmesi mümkündür. Belirttiğimiz gibi, limited şirket ortakları ancak şirket sözleşmesinde öngörülmesi halinde rekabet yasağına tabi olurlar. İşte şirket sözleşmesinde yer alan rekabet yasağına ilişkin hükmün aynı zamanda yaptırımı da içermesi olasıdır. Şirket sözleşmesinde yaptırım öngörülmemesi durumunda doktrinde yukarıda belirttiğimiz yaptırımlardan başka rekabet yasağına ihlal eden ortağın kendi adına yaptığı işlerin şirket adına yapılmış sayılmasının yanında üçüncü kişilerin hesabına yapılmış işlemlerden doğan menfaatlerin şirkete bırakılmasının istenebileceği belirtilmektedir. Bu sonuca, limited şirketin kişisel unsurları güçlendirilmiş bir şirket olduğu göz önünde bulundurularak kollektif şirket ortaklarının rekabet yasağının yaptırımını düzenleyen TTK m. 231 hükmünün kıyasen uygulanması yoluyla ulaşmak mümkündür. Öte yandan TTK m. 126 gereği adi şirket hükümlerinden niteliğine uygun düştüğü ölçüde yararlanmak da mümkündür. Bilindiği üzere adi şirkette ortakların rekabet yasağı BK m. 626'da düzenlenmiş, ancak adi ortaklığa ilişkin hükümler arasında da rekabet yasağına aykırılığın yaptırımı gösterilmemiştir. Bu hususta da doktrinde bağlı tacir yardımcılarının rekabet yasağına ilişkin BK m. 553 hükmünün kıyasen uygulanabileceği belirtilmektedir^[85]. Anılan hükmün kıyasen uygulanması da bizi rekabet yasağına aykırılık halinde tazminat yanında ortağın kendi adına yaptığı işlerin şirket adına yapılmış sayılması ya da üçüncü kişilerin hesabına yapılan işlemlerin şirket hesabına yapılmış sayılması sonucuna götürmektedir.

[84] Çamoğlu, s. 561; Taşdelen, s. 238; Şener, s. 1003; Erdem, E. H., s. 456; Erdem, N., s. 72 ve s. 212.

[85] Poroy, Reha (Tekinalp, Ünal/ Çamoğlu, Ersin): Ortaklıklar Hukuku I, İstanbul, 2014, s. 63.

SONUÇ

Şahıs şirketlerinde varlığı kabul edilen, ancak sermaye şirketlerinde esasen sıklıkla yalnızca yöneticiler açısından elen alınan bağıllık yükümlülüğü, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 613. maddesinde limited şirket ortakları açısından da düzenlenmiş bulunmaktadır. Maddede sır saklama yükümlülüğü, şirketin zararına olan işlerden kaçınma yükümlülüğü ve rekabet yasağı olmak üzere bağıllık yükümlülüğünün üç görünüm biçimi düzenlenmektedir.

Her üç görünüm biçiminin kapsamının belirlenmesi noktasında somut olaydaki limited şirkette kişisel unsurların ne kadar yoğun olduğu göz önünde bulundurulmalıdır. Bu nedenle bir şirkette kişisel yön ne kadar baskınsa bağıllık yükümlülüğü de o kadar yoğun biçimde karşımıza çıkmaktadır.

Güçlü kişisel öğeleri haiz bir şirkette bir zorunluluk olarak ele alınan sır saklama yükümlülüğü gereği ortaklar, şirket sırlarını korumakla yükümlüdürler. Bağıllık yükümlülüğünün diğer görünüm biçimlerinin aksine sır saklama yükümlülüğünün şirket sözleşmesiyle ya da genel kurul kararıyla kaldırılmayacağı hükme bağlanmıştır.

Limited şirkette ortaklar, bağıllık yükümlülüğü kapsamında TTK m. 613/2 gereği şirketin çıkarlarını zedeleyebilecek davranışlardan kaçınmakla da yükümlüdürler. “Şirketin zararına olan işlerden kaçınma yükümlülüğü” olarak açıkladığımız bu yükümlülüğün kapsamının belirlenmesinde çok katı davranılmamalı ve kişisel yönü ne kadar baskın olsa da limited şirketin hala bir sermaye şirketi olduğu gerçeği unutulmamalıdır. Şirketin zararına olan işlerden kaçınma yükümlülüğünün şirket sözleşmesiyle ya da ortakların yazılı onayı ile kaldırılması mümkündür.

Bağıllık yükümlülüğünün son görünüm biçimi olan rekabet yasağı ise TTK m. 613/2 hükmünde diğer görünüm biçimlerinden farklı bir nitelikte düzenlenmiştir. Gerçekten de sır saklama yükümlülüğü ve şirketin zararına olan işlerden kaçınma yükümlülüğü doğrudan kanundan kaynaklanan yükümlülükler olarak düzenlenmişken rekabet yasağı ancak şirket sözleşmesinde açıkça öngörülmüş olması halinde söz konusu olmaktadır. Bu nedenle şirket sözleşmesinde açıkça düzenlenmemişse limited şirkette ortaklar rekabet yasağına tabi değildirler. Bu yönüyle rekabet yasağı aynı zamanda bağıllık yükümlülüğünün sınırını oluşturmakta ve şirketin zararına olan işlerin kapsamının belirlenmesinde de önem arz etmektedir. Şirket sözleşmesinde öngörülse dahi ortakların rekabet yasağına aykırı faaliyetlerde bulunmalarına yazılı olarak onay verilebilir.

Bağıllık yükümlülüğünün ihlali halinde uygulanabilecek yaptırımlar konusunda Türk Ticaret Kanunu'nda herhangi bir düzenlemeye rastlanmamaktadır.

Bu nedenle genel hükümlerden ve hukukun genel ilkelerinden hareketle limited şirket ortağının bağlılık yükümlülüğünü ihlal etmesi durumunda ortaya çıkan zararın tazmininin talep edilmesi yanında cezai şart ile ortağın haklı nedenle ortaklıktan çıkarılması ya da ortaklığın haklı nedenle feshinin talep edilmesi mümkündür. Yine bir ortağın bağlılık yükümlülüğünü ihlal etmesinin diğer ortaklar açısından şirketten çıkma için haklı sebep oluşturabileceği unutulmamalıdır. Ayrıca rekabet yasağına aykırılık halinde TTK m. 231 hükmünün kıyasen uygulanmasıyla rekabet yasağının ihlali halinde ortaktan tazminat istenmesi, ortağın kendi adına yaptığı işlerin şirket adına yapılmış sayılması ya da üçüncü kişilerin hesabına yapmış olduğu işlerden doğan menfaatlerin şirkete bırakılması seçenekleri söz konusu olabilecektir.

KAYNAKÇA

Akın, Murat Yusuf: Şirketler Hukukunda ve Özellikle A.Ş.lerde Pay Sahibinin Sadakat Borcu, İstanbul, 2002.

Akyol, Şener: Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, İstanbul, 2006.

Alışkan, Murat: Limited Şirket, İstanbul, 2013.

Ayan, Özge: Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Sadakat Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüğün İhlalinin Sonuçları, Ankara, 2013.

Bağrıaçık, Safiye Nur: Limited Şirkette Bağlılık Yükümü ve Rekabet Yasağı, Prof. Dr. Iur. Merih Kemal OMAG'a Armağan, Cilt I, Ankara, 2017, s. 251-271. (*Bağlılık*)

Bağrıaçık, Safiye Nur: Üretim ve İş Sırlarının Korunması, İstanbul, 2017. (*Sır*)

Bahtiyar, Mehmet: Ortaklıklar Hukuku, İstanbul, 2017.

Baştuğ, İrfan: Limited Şirkette Ortağın Çıkma ve Çıkarılması, İzmir, 1966.

Biçer, Levent/ **Hamamcıoğlu**, Esra: 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun Limited Ortaklıklarda Meydana Getirdiği Temel Değişiklikler, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2011, S. 1-2, s. 229-248.

Böckli, Peter/ **Forstmoser**, Peter: Das neue schweizerische GmbH-Recht, Zürich, 2006.

Can, Mustafa Erdem: Yeni Türk Ticaret Kanunu'na göre Limited Şirket Ortağının Borçları ve Yükümlülükleri, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2011, C. 15, S.4, s. 1-23.

Çamoğlu, Ersin: Kollektif Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi ve Ortağın Haklı Sebeple Çıkarılması, İstanbul, 2008. (*Haklı Sebep*)

Demirkapı, Ertan/ **Yıldırım**, Ali Haydar: İsviçre Borçlar Kanunu'nda Limited Ortaklıklar Alanında Yapılan Yeni Düzenleme, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, 2008, C. 24, S.3, s. 435-466.

Dreher, Meinrad: Die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht der GmbH, Deutsches Steuerrecht, 1993, s. 1632-1636.

Erdem, Ercüment H.: Yargıtay Kararları Işığında Limited Şirketin Haklı Nedenle Feshi, Türk Ticaret Kanunu ile İlgili Makaleler (2009-2016), İstanbul, 2017, s. 451-477. (*Erdem, E. H.*)

Erdem, Nuri: Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi, İstanbul, 2012. (*Erdem, N.*)

- Erdil**, Engin: Limited Şirketlerde Ortaklıktan Çıkarılma, İstanbul, 2010.
- Eren**, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 21. Baskı, Ankara, 2017.
- Eriş**, Gönen: Ticari İşletme ve Şirketler, Cilt III, Ankara, 2017.
- Ertaş**, Elif Melis: Limited Şirket Müdürünün Rekabet Yasağı, Ankara, 2018.
- Even**, Sevin: Anonim Şirketlerde Hissedarlara Müteallik Rekabet Yasağı ve Sır Saklama Mükellefiyeti, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, 1963, C. 2, S. 2, s. 254-263.
- Fleischer**, Holger/ **Goette**, Wulf: Münchener Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Band 1, München, 2015.
- Franko**, Nisim: Ticaret Şirketlerinde Rekabet Memnuiyeti, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, 1985, C. 13, S.1, s. 21-64.
- Gasser**, Urs/ **Eggenberger**, Christian/ **Stäuber**, Richard: OR Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht, Zürich, 2016.
- Gehrlein**, Markus/ **Ekkenga**, Jens/ **Simon**, Stefan: Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Kommentar, Köln, 2015.
- Germann**, Sandro: Die personalistische AG und GmbH Unter besonderer Berücksichtigung von Aktionär- und Gesellschafterbindungsverträgen, Schweizerischer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht, Band Nr. 327, 2015, s. 354-384.
- Gürbüz Usluel**, Aslı E.: Anonim Şirketlerde Ticari Sırrın Korunması, İstanbul, 2009.
- Hennsler**, Martin/ **Strohn**, Lutz: Gesellschaftsrecht, München, 2016.
- Jörg**, Florian S./ **Arter**, Oliver: Das Recht der schweizerischen Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Bern, 2015.
- Karasu**, Rauf: Limited Şirketlerde İdare Yetkisi Olmayan Ortakların Şirketle Rekabet Etme Yasağı, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, 2004, C. 22, S. 3, s. 141-174.
- Kayar**, İsmail/ **Çelikleş**, İlyas: Limited Şirkette Müdür- Ortakların Rekabet Yasağı, Prof. Dr. Fahiman Tekil'in Anısına Armağan, Cilt I, İstanbul, 2003, s. 309-319.
- Kendigelen**, Abuzer: Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, 3. Baskı, İstanbul, 2016.
- Kılıçoğlu**, Ahmet: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 18. Baskı, Ankara, 2014.
- Köksal**, Aytaç: Bağımsız Denetim Sözleşmesi, İstanbul, 2009.

Michalski, Lutz /**Heidinger**, Andreas/ **Leible**, Stefan/ **Schmidt**, Jessica: Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH-Gesetz), Band I, München, 2017.

Nomer, Füsün: Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Sadakat Yükümlülüğü, İstanbul, 1999.

Oğuzman, Kemal/ **Öz**, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt II, 13. Baskı, İstanbul, 2017.

Öcal, Akar: Limited Şirketlerde Müdür Olan Ortağa Uygulanan Rekabet Yasağı, Eskişehir İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Dergisi, 1982, C. 18, S.1, s. 290-299.

Öztürk Dirikkan, Hanife: Limited Şirket Ortağının Ayrılması ve Ayrılma Payı, Ankara, 2005.

Poroy, Reha/ **Tekinalp**, Ünal/ **Çamoğlu**, Ersin: Ortaklıklar Hukuku I, İstanbul, 2014.

Poroy, Reha/ **Tekinalp**, Ünal/ **Çamoğlu**, Ersin: Ortaklıklar Hukuku II, İstanbul, 2017.

Pulaşlı, Hasan: Şirketler Hukuku Şerhi, Cilt II, Ankara, 2014.

Siffert, Rino/ **Fischer**, Marc Pascal/ **Petrin**, Martin: GmbH-Recht Revidiertes Recht der Gesellschaft mit beschränkter Haftung (Art. 772-827 OR), Bern, 2008.

Şener, Oruç Hami: Limited Ortaklıklar Hukuku, Ankara, 2017.

Taşdelen, Nihat: Limited Ortaklıklarda Çıkma, Çıkarılma ve Fesih, Ankara, 2012.

Trüeb, Hans Rudolf: GmbH, Genossenschaft, Handelsregister und Wertpapiere- Bucheffektengesetz Art. 772-1186 OR und BEG, Zürich, 2012.

Üçışık, Güzin: Limited Şirkette Ortağın Ortaklıktan Çıkarılması, Prof. Dr. Fahiman Tekil'in Anısına Armağan, Cilt I, İstanbul, 2003, s. 189-207.

Yıldız, Şükrü: Limited Şirketler Hukuku, İstanbul, 2007.

Yongalık, Aynur: Şahıs Şirketlerinde Ortak Davası (Actio Pro Socio), Ankara, 2010.



OTOMOBİL ALIMLARINDA KDV İNDİRİMİ (TÜRKİYE VE AB UYGULAMALARI)*

Av. Dr. Hasan ORAL**

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-4366-4988>

DOI: 10.30915/abd.470756

Makalenin Geldiği Tarih: 30.05.2018 **Kabul Tarihi:** 19.06.2018

* Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK – ULAKBİM Veri Tabanında indekslenmektedir.

** Ankara Barosu.

ÖZ

KDVK, KDV’de indirimine bazı sınırlamalar getirmiştir. Bu sınırlandırmalardan birisi, binek otomobillere ait KDV’nin indirim konusu yapılmasına ilişkindir. Buna göre, faaliyetleri kısmen veya tamamen binek otomobillerinin kiralanması veya çeşitli şekillerde işletilmesi olanların bu amaçla kullandıkları hariç olmak üzere işletmelere ait binek otomobillerinin alış vesikalarında gösterilen KDV, mükellefin vergiye tâbi işlemleri üzerinden hesaplanan KDV’den indirilememektedir. KDVK’da getirilen bu sınırlama, indirim mekanizması üzerine kurulu olan KDV’nin amacına aykırılık teşkil etmektedir.

Avrupa Birliği’nde ise mükelleflerin ekonomik faaliyetleri gereği satın aldıkları mal ve hizmete ait KDV’nin tamamı indirim konusu yapılabilmektedir. AB’ye göre binek otomobillere ait KDV’nin indirim konusu yapılabilmesi için mükellefin binek otomobili ekonomik faaliyetler için kullanıyor olması ve iktisabın kişisel tüketim amaçlı olarak gerçekleştirilmemiş olması yeterli görülmektedir.

Anahtar Kelimeler: Katma Değer Vergisi, Katma Değer Vergisinde İndirim, Avrupa Birliği, Binek Otomobil, Uyumlaştırma.

VALUE-ADDED TAX DEDUCTION FOR
PASSENGER CARS IN TURKEY AND
THE EUROPEAN UNION'S APPROACH

ABSTRACT

VAT Law has imposed certain restrictions on VAT deduction. One of such restrictions pertain to VAT deduction concerning passenger cars. As per the said restriction, VAT expressed in purchase documents of passenger cars owned by enterprises, save for passenger cars used by enterprises that fully or partially operate in renting and various other utilisation of passenger cars, cannot be deducted from VAT calculated on the taxpayer's operations subject to taxation. This restriction stipulated by the VAT Law constitutes a breach of the VAT rationale, which is indeed based on a deduction mechanism.

On the other hand, in the European Union, entire VAT amounts for goods and services purchased by taxpayers in the context of their business operations can be subject to deduction. According to the EU approach, the taxpayer's use of the passenger car in business operations and the lack of any motive for personal use in acquisition of such passenger cars are considered to be pretexts sufficient to allow VAT deduction.

Keywords: Value Added Tax, Value Added Tax Deduction, European Union, Passenger Car, Harmonisation.

ÖNSÖZ

Katma değer vergisi (KDV), genel tüketim vergilerinin en gelişmiş şekli olup, başta Avrupa Birliği olmak üzere, dünyanın çok sayıda ülkesinde uygulanmaktadır^[1]. KDV'nin diğer gider vergilerinden ayıran en önemli özelliği, kuşkusuz ki indirim mekanizmasıdır. İndirim mekanizması ile satın alınan mal ve hizmet için ödenen KDV, satış esnasında ödenecek KDV'den indirilmekte ve bu satıştan doğan değer üzerinden vergi alınmaktadır^[2]. Böylece mükellef, malı alırken ödemiş olduğu katma değer indirim konusu yaparak ikinci kez vergilendirmenin önüne geçmektedir.

Genel prensip uyarınca KDV'de indirim hakkı, malın teslimi veya hizmetin ifası ile doğmaktadır^[3] ve KDV'de indirim mekanizmasının uygulanabilmesi genel kuraldır. Ancak Katma Değer Vergisi Kanunu (KDVK), bazı mal teslimi ve hizmet ifalarına ilişkin KDV indirimini kabul etmemektedir. KDVK'nın 30. maddesinde mükellefin vergiye tabi işlemleri üzerinden hesaplanan KDV'den bazılarını indirim konusunun dışında tutmuştur^[4]. İndirim konusu dışında tutulan kalemlerden birisi, faaliyetleri kısmen veya tamamen binek otomobillerinin kiralanması veya çeşitli şekillerde işletilmesi olanların bu amaçla kullandıkları hariç olmak üzere işletmelere ait binek otomobillerinin alış vesikalarında gösterilen KDV'dir.

Ülkemizde belli koşulları taşımaları halinde ancak binek otomobillere ait KDV indirim konusu yapılabilmektedir. Çalışmamızın ilk bölümünde, ülkemizde satın alınan binek otomobillere ilişkin KDV'nin hangi koşullarda indirim konusu yapılabileceği, vergi idaresinin ve Danıştayın görüşleri çerçevesinde incelenmeye çalışılacaktır. Ayrıca binek otomobillerin giderlerine ait KDV'nin durumu da bu bölümde tartışılacaktır.

Çalışmamızın ikinci bölümünde Avrupa Birliği'nin (AB), binek otomobillere ait KDV indirimi konusuna yaklaşımı ele alınacaktır. Avrupa Birliği Adalet Divanınının (ABAD), genelde vergilendirmeye, özeldede ise KDV'de indirim hakkına ilişkin içtihatları, AB ve Üye Ülkelerin mevzuatına önemli katkılar

-
- [1] BİLİCİ Nurettin, "Türk Vergi Sistemi", Savaş Yayınevi, 39. Baskı, Şubat 2017, s. 136
- [2] AKMAZ Kemal, "Yargı Kararları ve Özelgeler Işığında KDV'de İndirim", İzmir, Kasım 2013, s. 79
- [3] EBRİL Liam, BODIN Jean Paul, SUMMERS Michael Keen-Victoria, "**The Modern VAT**", IMF, Washington, 2001, s. 4 "Başlangıçta imalat aşamasında uygulanan KDV, 1954 yılından itibaren tüketim tipi katma değer vergisine dönüştürülmüştür."
- [4] TOLU Abdullah, ŞİMŞEK Arif, "Katma Değer Vergisinde İndirim", Yaklaşım Yayınları, Nisan 2002, s. 159

sağlamıştır. Binek otomobillerin KDV indirimlerine ilişkin KDV Direktifi çerçevesinde verilen ABAD kararları ile AB'nin konumuza ilişkin bakışına ışık tutmaya çalışacağız. Yine bu bölümde AB'ye üye bazı ülkelerin mevzuatlarını inceleyerek, binek otomobillere ait KDV'nin indirilmesine ilişkin hükümleri çalışmamıza yansıtmaya çalışacağız.

Sonuç bölümünde ise, AB ve Ülkemizin binek otomobillere ait KDV indirimine yaklaşımlarına ilişkin genel bir değerlendirme yapılarak, AB standartlarının yakalanması için, ülkemizin gerçekleştirmesi gereken yasal düzenlemelere dair düşüncelerimiz yer alacaktır.

I. Türkiye’de Binek Otomobillere Ait Katma Değer Vergisi İndirimi

KDV esas itibarıyla, indirim mekanizmasına dayanan bir vergileme şekli olmakla birlikte, mevzuatta belirtilen bazı durumlarda bu hak sınırlandırılmıştır. KDVK'nın 30. maddesi “İndirilemeyecek Katma Değer Vergisi” başlığıyla, indirim konusu yapılamayacak mal teslimi ve hizmet ifalarını belirlemiştir.

KDVK'nın, KDV indirimine sınırlama getirdiği konulardan birisi, binek otomobillere ait KDV'dir. KDVK'nın 30. maddesinin b bendinde, faaliyetleri kısmen veya tamamen binek otomobillerinin kiralanması veya çeşitli şekillerde işletilmesi olanların, bu amaçla kullandıkları binek otomobillerinin alış belgelerinde gösterilen KDV hariç olmak üzere, KDV mükelleflerinin binek otomobili alımında yükledikleri KDV indiriminin mümkün bulunmadığı ifade edilmiştir. Çalışmamızın bu bölümünde KDVK 30/b maddesinin hariç tuttuğu binek otomobillere ve bu otomobillerin giderlerine ait KDV'nin indirim durumunu tartışacağız.

1. Binek Otomobilleri Alımında Yüklenilen Katma Değer Vergisinin İndirimi

KDVK'nın indirilemeyecek KDV'yi düzenleyen 30. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde, faaliyetleri kısmen veya tamamen binek otomobillerinin kiralanması veya çeşitli şekillerde işletilmesi olanların bu amaçla kullandıkları hariç olmak üzere işletmelere ait binek otomobillerinin alış vesikalarında gösterilen KDV'nin, mükellefin vergiye tâbi işlemleri üzerinden hesaplanan KDV'den indirilemeyeceği hüküm altına alınmıştır.

KDVK'nın 30/b maddesindeki bu düzenleme ile özel otomobillerin muvazaalı olarak işletmeye sokulması suretiyle özel tüketicimin teşvik edilmemesi ve vergi kaybına sebebiyet verilmemesi hedeflenmiştir^[5].

Binek araçlara ait KDV indiriminin kabulü için KDVK'daki düzenleme, binek araçların işletmeye ait olması gerektiği yönündedir. Ayrıca faaliyetleri kısmen veya tamamen otomobillerin kiralanması veya işletilmesi olan mükellefler, binek otomobil alımındaki KDV'yi indirebilecektir. KDVK'nın öngördüğü bu şartlara daha detaylı bakmakta fayda görüyoruz.

1.1. Binek Araçların İşletmeye Dâhil Olması

Binek araçların işletmeye dâhil olması, işletmenin aktifinde yer alması veya envanterine kayıtlı olmasını ifade etmektedir.^[6] Bu araçlar amortismanına tâbi iktisadi kıymet niteliğindedir. Zira bu araçlar işletmenin aktifinde kayıtlı veya envanterine dâhil olan ve yalnızca insan taşımaya elverişli motorlu taşıtlardır. Binek otomobillerinin çeşitli şekillerde işletilmesinden kastedilen, binek otomobilinin fiilen iktisadi bir işletme oluşturmasıdır. Binek oto kiralama şirketleri (rent a car) sürücü kursları ve taksi işletmeciliği bu kapsama girmektedir.

Binek otomobilin işletmeye ait olabilmesi ve amortismanına tâbi tutulabilmesi için, trafik ve diğer işlemlerin işletme adına yapması, alış faturasının da işletme adına düzenlenmesi gerekmektedir.^[7] Danıştay vermiş olduğu kararlarında, binek otomobil giderlerine ait KDV'nin indirim konusu yapılabilmesi için, binek otomobilin işletmeye ait olması gerektiğini kararlarında vurgulamıştır.^[8]

1.2. Faaliyetleri Kısmen veya Tamamen Otomobillerin Kiralanması veya İşletilmesi Olan Mükelleflerin Binek Otomobil Alımındaki Katma Değer Vergisini İndirebilecekleri

Binek otomobillerin kiralanması veya çeşitli şekillerde işletilmesinden kastedilen husus, binek otomobilin fiilen iktisadi işletme oluşturmasıdır. Faaliyetleri kısmen veya tamamen binek otomobillerin kiralanması veya çeşitli şekillerde

[5] KDVK'nın 30. maddenin (b) bendinin gerekçesi

[6] Danıştay 9. Dairesi, 2001/851 E., 2002/526 K. ve 07.02.2002 Tarihli Kararı; "Şirket aktifinde kayıtlı olan ve şirketin faaliyetlerinde kullanıldığı kesin olan binek otomobillere ait giderler indirim konusu yapılabilecektir."

[7] KIZILOTLU Şükrü, "Açıklamalı ve İçtihatlı Katma Değer Vergisi Kanunu ve Uygulaması", Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş 6. Baskı, Ankara, Yaklaşım Yayıncılık, 2012, s. 1361

[8] Danıştay 11. Dairesi, 1995/1944 E., 1995/2648 K. ve 18.10.1995 Tarihli Kararı

işletilmesi olan mükellefler, bu amaçla satın aldıkları binek otomobillere ait KDV'yi indirim konusu yapabileceklerdir. Bu amaçlar gözetilmeden, işletmede kullanmak üzere satın alınan binek otomobillerine ait KDV ise, KDVK'nın 30/b hükmü uyarınca indirilemeyecektir.^[9]

60 Nolu KDV Sirküleri'nin konuyla ilgili açıklamasında gerçek usulde vergilendirilen taksi işletmecisi, sürücü kursu ve otomobil kiralama şirketi gibi işletmelerin faaliyetleri ile ilgili satın aldıkları binek otomobilleri nedeniyle ödenen KDV'yi indirim konusu yapılabilecektir. Bu mükelleflerin binek otomobilinin alış belgesinde gösterilen KDV'yi, ait olduğu takvim yılı aşmamak kaydıyla, ilgili belgelerin kanuni defterlere kaydedildiği vergilendirme döneminde, bu araçların fiilen faaliyette kullanılmaya başlanılıp başlanılmadığına bakılmaksızın indirilebilecektir.

Danıştay, otomobil kiralanması ya da işletilmesi işi ile uğraşsa da mükelleflerin, işletme amacı dışında iktisap ettikleri binek otomobillerinin alış vesikalarında gösterilen KDV'nin, indirim konusu yapılamayacağına hükmetmektedir.^[10]

Görüleceği üzere binek otomobilin iktisadi işletmenin faaliyetlerinde kullanılmış olması, binek otomobile ait KDV'yi indirim konusu yapmaya yetmemektedir. İdare binek otomobilin kendisinin işletilmesini kıstas almaktadır. Özel sürücü kurslarında binek otomobillerin işletildiğinin tespiti, binek otomobillerin kiralanması kadar açık değildir. Zira ekspertiz hizmeti faaliyetinde kullanılması gibi sürücü kursu hizmetinde de otomobilin kullanılması hizmet maliyetinin bir parçasını ifade etmektedir. Ancak idare, özel sürücü kurslarında

[9] Danıştay 3. Dairesi, 2008/815 E., 2009/78 K. ve 22.01.2009 Tarihli Kararı; “*Yasa koyucu, işletmeye ait binek otomobillerden sadece kiralanana veya işletilenler için indirim hakkı tanımış, bu amaç dışında iktisap edilenler için yüklenilen katma değer vergisinin indirimini ise yasaklamıştır.*”

[10] Danıştay 9. Dairesi, 1995/884 E., 1996/77 K. ve 16.01.1996 Tarihli Kararında, Katma Değer Vergisi Kanunu'nun 30/b maddesinde indirim konusu yapılmamasının otomobilin özel işlerde kullanılması şartına bağlanmadığı, işletmeye ait olması ve binek otomobili olarak kullanılmasının yeterli görüldüğü, söz konusu otomobilin şirketin alacaklarının tahsilinde ve pazarlama faaliyetlerinde kullanılmasının binek otomobili olma vasfını ortadan kaldırmayacağı, bu nedenle binek otomobili olduğu konusunda ihtilaf bulunmayan otomobilin alımı sırasında ödenen katma değer vergisinin indirime tâbi tutulması nedeniyle ikmalen salınan katma değer vergisinde kanuna aykırılık bulunmadığına hükmetmiştir. Danıştay 9. Dairesi, 2005/697 E., 2006/3400 K. ve 26.09.2006 Tarihli Kararında, “*Araba kiralama işi ile uğraşan şirketin, oto kiralama faaliyetinde kullanmadığı binek otomobillerine ilişkin olarak yüklendiği KDV'yi indirim konusu yapması mümkün değildir*” hükmüne varmıştır.

kullanılmak üzere alınan binek otomobillere ait KDV'nin indirim konusu yapılmasını kabul etmektedir^[11].

KDV Genel Uygulama Tebliği'nin "2. İndirilemeyecek KDV" bölümünde; mükelleflerin işletme amacı dışında iktisap ettikleri binek otomobillerinin alış vesikalarında gösterilen KDV'nin indirim konusu yapılamayacağı, indirim konusu yapılamayan bu verginin, Gelir ve Kurumlar Vergisi Kanunları çerçevesinde işin mahiyetine göre gider veya maliyet unsuru olarak dikkate alınabileceği belirtilmiştir.

2. Binek Otomobillerin Giderlerine Ait Katma Değer Vergisinin İndirimi

Binek otomobilin giderlerinden, binek otomobillere ait akaryakıt, tamir, bakım, onarım vb. giderler kastedilmektedir. Bu giderlerin KDV indirimine tabi olup olmayacağına ilişkin uygulama, Gelir Vergisi Kanunu'nun (GVK) 40/5. maddesindeki parantez içindeki hükmün, 4369 sayılı Kanun ile 01.01.1999 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere kaldırılması ile boyut değiştirmiştir^[12]. GVK'da yapılan değişiklikle, kiralama yoluyla edinilen veya işletmeye dahil olan ve işte kullanılan taşıtların giderlerinin indirimine ilişkin sınırlama kaldırılmış, mükellef üzerindeki vergisel yükümlülüğün hafifletilerek kayıt dışılığın azaltılması ve vergi gelirinin arttırılması hedeflenmiştir.

GVK'nın 40/5. maddesindeki bu sınırlandırma esas olarak, işletmelerin esas faaliyet konularına giren işlerin yürütülmesi bakımından kullanımı zorunlu olmayan ya da işletme sahipleri ve yöneticileri, personeli tarafından makam veya servis aracı olarak kullanılan binek otomobillerin tamir, bakım, onarım, yakıt vb. giderlerine ilişkindir. Esas faaliyet konuları binek otomobillerin kiralanması olan kiralanma şirketleri, sürücü kursları, taksi işletmeciliği vb. işletmeler, GVK'nın 40/5. maddesi kapsamı dışındadır.

İşletmeye dahil olan ve kiralama yoluyla edinilen binek otomobillerin yakıt, tamir, bakım, onarım ve benzeri giderlerinin yarısını, safi kazancın tespitinde indirilecek gider olarak öngören GVK'nın 40/5. maddesinin 4008 sayılı Kanunla eklenen parantez içi hükmü, 4369 Sayılı Kanun'un 82/3. maddesiyle 01.01.1999 tarihinden itibaren yürürlükten kaldırılması ile binek otomobillerin

[11] Maliye Bakanlığı, 25835 Sayılı ve 11.06.1996 Tarihli Özelgesi

[12] GVK'nın 4369 sayılı Kanunla değişmeden önceki 40/5. maddesine göre işletmeye dahil olan veya kiralama yoluyla edinilen binek otomobillerin tamir, bakım, akaryakıt, onarım vb. giderlerinin ancak yarısı safi kazancının tespitinde indirilecek gider olarak, diğer yarısı ise kanunen kabul edilmeyen gider olarak nitelendirilmekteydi.

giderlerine ait KDV indiriminin yarısı ile sınırlı olması durumu da ortadan kalkmış olmaktadır.

GVK'nun 40/5. maddesinde kiralama yolu ile edinilen veya işletmeye dahil olan ve işte kullanılan taşıtların giderlerinin ticari kazancın tespitinde gider olarak dikkate alınacağı, yine GVK'nun 57/5. maddesinde zirai tesisat, makine ve taşıtların çalıştırılması ve bakımı için yapılan giderler ve tamir giderlerinin zirai kazançtan düşüleceği belirtilmişti. Bu düzenlemelere ek olarak GVK'nun 68/5. maddesinde de kiralanen ve envantere dahil olan ve işte kullanılan taşıtlara ait giderlerin, serbest meslek kazancında gider olarak dikkate alınacağı belirtilmiştir^[13].

Bu kanuni düzenlemelerden de anlaşılacağı üzere işletmeye dahil olan veya işletmede kullanılmak üzere kiralanen binek otomobillerin tamir, bakım, onarım, yakıt ve benzeri giderlerine ait KDV'nin tamamı indirim konusu yapılabilecektir. Ancak mevzuatta aksine bir düzenleme olmamasına rağmen, vergi idaresince işletmenin aktifine dahil olmayan binek otomobillerin giderlerine ait KDV'nin indirim konusu yapılması kabul edilmemektedir^[14].

Danıştay da, idarenin özeldesini teyit etmektedir. Danıştay vermiş olduğu kararlarında, binek otomobile ait yakıt, tamir ve benzeri giderlerine bağlı vergi indirimini KDVK'nın 30. maddesinde göre değerlendirilmemesi gerektiği, bu giderlerin bütünüyle indirim konusu yapılabileceği belirtilmiştir^[15]. Danıştay, binek otomobilin giderlerine ait KDV'nin indirim konusu yapılabilmesi için, binek otomobilin işletmeye ait olması gerekmediğine ilişkin karar^[16] vermiş ise de, daha ileri tarihlerde, binek araçlara ait giderlerin indirim konusu yapı-

[13] Danıştay 7. Dairesi, 1987/188 E., 1988/320 K. ve 03.02.1988 Tarihli Kararı; “*Şirket aktifinde kayıtlı binek otomobillerin amortisman, servis ve bakım masraflarının gider yazılmasının yerinde olduğu, akaryakıt satıcılarının fireden dolayı uğradıkları zararı karşılamak üzere, fire payı malı alırken peşin olarak ödendiğinden ayrıca fire nedeniyle kayıtlara gider veya zarar yazılması söz konusu değildir.*”

[14] Maliye Bakanlığı, GİB, B.07.0.GEL.0.44/4405-1380/6984 Sayılı ve 20.02.2004 Tarihli Özelge

[15] Danıştay 7. Dairesi, 1987/1535 E., 1990/987 K. ve 13.04.1990 Tarihli Kararı; Danıştay 9. Dairesi, 2001/851 E., 2002/526 K. ve 07.02.2002 Tarihli Kararı; “*Şirket aktifinde kayıtlı olan ve şirketin faaliyetlerinde kullanıldığı kesin olan binek otomobillere ait giderler indirim konusu yapılabilecektir.*”

[16] Danıştay 9. Dairesi, 1994/1807 E., 1994/5100 K. ve 15.12.1994 Tarihli Kararı; “*...1992 yılında anılan sözleşme gereği pazarlama satış ve dağıtım faaliyetinde kullanılan 13 aracın toplam ... lira tutarındaki benzin, motorin, tamir ve bakım giderlerine ilişkin katma değer vergisinin; araçlar yükümlü şirketin aktifinde kayıtlı olmasa dahi yükümlü şirketle ilgili işlerde kullanılmış olmaları karşısında giderlerin aracın değil işletmenin giderleri olarak kabulü*

labilmesi için binek aracın işletmeye ait olması gerektiğini vurgulamıştır^[17]. Yine işletmede kullanılmak üzere binek otomobillere ait giderlerin de indirim konusu yapılabileceği Danıştay kararlarında belirtilmiştir^[18].

Danıştay kararlarında, işletmede kullanılan binek otomobillerin giderlerine ait KDV'nin indirim konusu yapılabilmesi için, bu araçların işletmede kullanılması, ortakların şahsi işlerinde kullanılmaması vurgusunu yapmaktadır^[19].

Danıştayın binek otomobillere ait KDV indiriminin kabulüne ilişkin kıstas aldığı bir diğer konu da, değer artırıcı giderlerdir. Bu giderler, bir iktisadi kıymetin maliyet bedelini artıran giderlerdir^[20].

Özbalcı'ya göre değer artırıcı giderler, vergi hukuku bakımından ilk iktisap gibi değerlendirilmek durumundadır. İlk iktisapta ödenen KDV'nin indirilmesi kabul edilmeyince, binek otomobile ait ve Vergi Usul Kanununun 272. maddesinde belirtilen nitelikte bulunan değer artırıcı giderlere ait KDV'nin de indirilmesinin mümkün olmaması gerekir^[21]. Nitekim Danıştay da, binek otomobillerde meydana gelen hasarların giderlerine ait KDV ile binek otomobilin çalışmasını temin etmek için yapılan bakım ve onarım giderlerine ait KDV'yi, binek otomobilin değerini artırıcı nitelik taşımaması halinde indirim konusu yapılabileceğini kabul etmiştir^[22].

II. Avrupa Birliği'nin, Avrupa Birliği Adalet Divanının ve Bazı Üye Ülkelerin Binek Otomobillere Ait KDV İndirimine Yaklaşımı

KDV'de indirimin AB mevzuatında ve yargı kararlarında en göze çarpan özelliği, bir "hak" olarak ifade edilmesidir. KDV indiriminin bir hak olduğuna

gerektiğinden ve söz konusu giderlere ilişkin katma değer vergisinin indirilmesi ticari icaplara uygun bulunduğundan mahkemece yazılı gerekçeyle tesis edilen kararda isabet görülmemiştir."

[17] Danıştay 11. Dairesi, 1998/4966 E., 1999/4971 K. ve 13.12.1999 Tarihli Kararı

[18] Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu, 1997/385 E., 1998/459 K. ve 25.12.1998 Tarihli Kararı;

Danıştay 3. Dairesi, 1999/1875 E., 2000/3855 K. ve 23.11.2000 Tarihli Kararı

[19] Danıştay 9. Dairesi, 1997/4349 E., 1998/3801 K. ve 21.10.1998 Tarihli Kararı

[20] VUK'nun 272. maddesinde, normal bakım, tamir ve temizleme giderleri dışında, gayrimenkulü genişletmek veya iktisadi kıymetini devamlı olarak artırmak maksadıyla yapılan giderlerin maliyet bedeline ekleneceği belirtilmiştir.

[21] ÖZBALCI Yılmaz, "Katma Değer Vergisi Kanunu Yorum ve Açıklamalar", Oluş Yayıncılık A.Ş., Şubat 2012, s. 737

[22] Danıştay 11. Dairesi, 1997/2526 E., 1999/1160 K. ve 25.03.1999 Tarihli Kararı

ilişkin vurgu, AB'nin yasal dayanağını teşkil eden direktiflerinde, ABAD kararlarında, Üye Devletlerin mevzuatlarında sıklıkla vurgulanmaktadır.

KDV indiriminin mevzuatta bir hak olduğuna ilişkin vurguya paralel olarak, AB'nin mahkemeleri olan ABAD ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ile Üye Devletlerin yargı içtihatlarında, KDV indiriminin bir hak olduğu ölçütü özellikle dikkate alınmıştır. Dolayısıyla AB'de KDV indiriminin amacını ve kapsamını belirlemeye çalıştığımızda karşımıza çıkan en önemli unsur, KDV indiriminin mükellef lehine kullanılan bir hak olduğudur.

Binek otomobillere ait KDV'de de AB'nin yaklaşımı yine, KDV indiriminin hak olduğu ölçütü üzerinden şekillenmiştir. Bu bölümde, AB'nin binek otomobillere ait KDV indirimine yaklaşımını, Katma Değer Vergisi Direktifi (KDV Direktifi), ABAD kararları ve Üye Ülkeler perspektifinden değerlendirmeye çalışacağız.

1. Katma Değer Vergisi Direktifi'nin Yaklaşımı

KDV Direktifi'nin 168. maddesi, mükellef sıfatıyla hareket edilen ekonomik faaliyetleri KDV'de indirim kapsamında görmüştür^[23]. Madde hükmüne göre mal ve hizmet iktisap eden kişi öncelikle, bunları ekonomik faaliyetleri için kullanıyor olmalıdır. İktisabın kişisel tüketim amaçlı olarak yapılması gibi ekonomik faaliyetler dışında, yalnızca yatırımcı sıfatıyla hareket edilen işlemler için yapılması da, KDV indirim hakkının doğmadığı halleri oluşturacaktır. Ayrıca bu ekonomik faaliyetlerin, KDV yönünden mükellef sıfatıyla hareket edilen, dolayısıyla indirim hakkını gündeme getirebilecek niteliğe sahip olması gerekir.

[23] Katma Değer Vergisi Direktifi'nin 168. Maddesi: "Mallar ve hizmetler mükellefin vergilendirilmiş işlemleri amacıyla kullanıldığı ölçüde, mükellef aşağıdaki kalemleri bu işlemleri yürüttüğü üye devlette ödemekle yükümlü olduğu katma değer vergisinden indirme hakkına sahip olacaktır:

- (a) Bir diğer mükellef tarafından yürütülen veya yürütülecek mal veya hizmet temini nedeniyle o üye devlette ödeme yükümlülüğü bulunan veya ödenmiş katma değer vergisi,
- (b) Madde 18(a) ve 27 kapsamında mal veya hizmet iktisabı olarak kabul edilen işlemler nedeniyle ödeme yükümlülüğü bulunan katma değer vergisi,
- (c) Madde 2(1)(b)(i) kapsamında Topluluk içi mal iktisabı nedeniyle ödeme yükümlülüğü bulunan katma değer vergisi,
- (d) Madde 21 ve 22 kapsamında Topluluk içi mal iktisabı nedeniyle ödeme yükümlülüğü bulunan katma değer vergisi,
- (e) O üye devlete mal ithali nedeniyle ödeme yükümlülüğü bulunan veya ödenmiş katma değer vergisi."

KDV’de indirim hakkına dayanak teşkil eden metinler, direktiflerdir. AB’ye Üye Devletler, indirim hakkına ilişkin düzenleme içeren 1.^[24], 2.^[25], 6. Direktifler^[26] ve KDV Direktifi’ni^[27] mevzuatlarında kriter almakta ve KDV’de indirim hakkına ilişkin uygulamalarını direktif hükümlerine göre şekillendirmektedir^[28]. Yine ABAD da, KDV’de indirim hakkına ilişkin kararlarında Direktif hükümlerini esas almaktadır.

KDV Direktif’inde, KDV indirimi düzenlemelerine 167 ila 171. madde kapsamında yer verilmiştir. İndirim hakkının yanı sıra iade mekanizması/hakkı da Direktif’in bu kısmında düzenlenmektedir. Temel hükümler olarak, KDV Direktifi’nin 167. maddesi indirim hakkının kaynağını, bir başka deyişle vergi indirim hakkının maliye yönünden hangi olayla doğacağını, KDV Direktifi’nin 168. maddesi indirim hakkının kapsamını, bir başka deyişle indirim hakkının hangi işlemler yönünden KDV için kullanılabileceğini belirlemektedir.

Bunlara ek olarak, KDV Direktifi’nin 169. maddesi hükmü, indirim hakkının 168. madde çerçevesindeki genel düzenleme dışında doğacağı bazı özel halleri düzenlemektedir. Bu yönden, KDV Direktifi’nin esas olarak 6. Direktif’in sistematüğini koruduğı, genel düzenlemenin (6. Direktif’te Madde 17(2)) ardından yine indirim hakkı doğuran özel haller (6. Direktifte 17(3)) yer verdiği söylenebilir. Ancak burada temel farklılık 6. Direktif’in özel haller yönünden indirim veya iade hakkından bahsetmesine karşılık, KDV Direktifi’nin bu haller yönünden yalnızca indirim hakkının tanınması yönünde hüküm içermesidir.

KDV Direktifi’nde, KDV’nin indirim hakkının kapsamına ilişkin temel kıstas getirilmiştir. Üye Devletler mevzuatlarında bu kıstasları dikkate alarak, temin edilen mal ve hizmete ait KDV’nin indirim konusu yapıлып yapılamayacağı, indirim hakkını kullanmak isteyen kişi/tüzelkişinin bu hakka sahip olup olmadığının tespitini yapacaktır.

KDV Direktifi’nin getirmiş olduğu kıstasların ilki, mükellef sıfatıyla hareket edilen ekonomik faaliyetlerin KDV kapsamına alınmasıdır. Buradaki mükellef kavramı ile kast edilen husus, kişinin KDV mükellefi olmasıdır.

[24] 11.04.1967 Tarihli 67/227/EEC Sayılı Konsey Direktifi

[25] 11.04.1967 Tarihli 67/228/EEC Sayılı Konsey Direktifi

[26] 17.05.1977 Tarihli 77/388/EEC Sayılı Konsey Direktifi

[27] 01.01.2007 Tarihli 2006/112/EC Sayılı Konsey Direktifi

[28] BİLİCİ Nurettin, “Türkiye Avrupa Birliği İlişkileri, (Genel Bilgiler, İktisadi–Mali Konular, Vergilendirme)”, Seçkin Yayınları, Ankara 2007, s. 207

Diğer kıstas ise, mükellefin vergilendirilmiş işlemlerinin niteliğidir. Mükellefin gerçekleştirmiş olduğu işlemin KDV'den istisna olması halinde, indirim hakkı doğmamaktadır.

KDV Direktifi'nin belirlemiş olduğu kıstaslar, Binek otomobillere ait KDV açısından da kuşkusuz geçerlidir. Binek otomobil satın alan kişi, KDV Direktifi'nin getirmiş olduğu kıstas gereği, mükellef sıfatıyla ve KDV mükellefiyetinin gerektirdiği iş için binek otomobili satın almış olması gerekmektedir. KDV mükellefi, söz konusu binek otomobili ekonomik faaliyetleri için kullanmalıdır. Aksi halde, binek otomobilin KDV mükellefiyeti gereği satın alınması ya da satın alan kişinin/şirketin KDV mükellefi olmasına rağmen binek otomobili ekonomik faaliyetinin dışında kullanması halinde KDV Direktifinin 168. maddesi, binek otomobile ait KDV'nin indirimine imkan tanımamaktadır.

KDV Direktifi'nin belirlemiş olduğu diğer bir kıstas ise, mükellefin gerçekleştirmiş olduğu işlemin KDV'den istisna tutulmasıdır. KDV Direktifi 168. maddesi içeriğinde kullanılan "vergilendirilmiş işlemler" ifadesi, KDV'de indirim hakkının kapsamının belirlenmesinde bir diğer temel kıstası gündeme getirmektedir. Bu düzenlemeye göre kişiler, mükellef sıfatıyla ekonomik faaliyetlerde bulunabilirler. Bir başka deyişle, mükelleflerin vergiye tâbi işlemleri söz konusu olacaktır. Ancak vergiye tâbi bu işlemler çeşitli nedenlerle bilfiil vergilendirilmeyebilir, istisna kapsamına alınabilirler. KDV Direktifi'nde kullanılan ifadeden yola çıkıldığında, iktisap edilen mal ve hizmetlerin ekonomik faaliyetler amacıyla kullanılmaları durumunda dahi, istisna kapsamındaki işlemler söz konusu olması halinde, mükelleflerin bunlar üzerinde KDV indirimi hakkından yararlanamayacakları sonucuna ulaşılmaktadır^[29].

KDV Direktifi'nin 2(1)(a) maddesi uyarınca, mükelleflerin Üye Devletler sınırları içinde vergilendirilebilir mal ve hizmet tedarikleri KDV kapsamına dâhil olmaktadır ve bu tedarikler vergiye tâbi işlemler olarak nitelendirilirler. Vergiye tâbi işlemlerin çoğunluğu vergilendirilir. Diğer bir bölümü ise örneğin KDV Direktifi'nin 132. maddesi hükmünce öngörülen kamu yararına faaliyetler gibi işlemler, istisna kapsamında yer alırlar. Vergiye tâbi bulunmayan, bir başka

[29] Avrupa Birliği Adalet Divanı, Uudenkaupungin Kaupunki, C-184/04 Esas, ECR I-3039 Sayılı ve 30.03.2006 Tarihli Kararı (Paragraf 24), <http://curia.europa.eu/>; "İktisap edilen mal ve hizmetler üzerindeki vergilerde indirim sonuç işlemler üzerindeki vergilerin tahsil edilebilir olmasıyla bağlantılıdır. Mükelleflerin mal ve hizmetleri katma değer vergisinden istisna bulunan veya katma değer vergisine tâbi bulunmayan işlemleri amaçlayarak kullanmaları halinde, bu işlemlerden kaynaklı vergi tahsil edilemeyeceği gibi, bu işlemler için iktisap edilen mal ve hizmetler üzerinde vergi indiriminden de söz edilemez. Mal ve hizmetlerin ancak vergilendirilebilen işlemler amacıyla kullanılmaları halinde bunlar üzerindeki vergi indirime tâbi olur ki, mükerrer vergilendirme önlenir."

deyişle ne vergilendirilen, ne de vergiden istisna olan işlemler ise vergilendirilebilir olmayan işlemler olarak nitelendirilirler. KDV yönünden ifade edildiğinde ise, bu işlemler KDV düzenlemelerinin kapsamı dışında yer alan işlemlerdir.

Görüleceği üzere KDV Direktifi, mal ve hizmetlerin KDV'den istisna tutulmalarını, Üye Devletlerin takdirine bırakmıştır. Vergiden istisna tutulacak mal ve hizmetlerin kapsamı ise, KDV Direktif'inin 132. maddesinde "kamu yararı" kısıtı ile sınırlandırılmıştır. Dolayısıyla KDV Direktifi, Üye Devletlerce istisna kapsamına alınmaması halinde, mükellef sıfatıyla ve KDV mükellefiyetinin gerektirdiği iş için satın alınan binek otomobillere ilişkin KDV'nin indirim konusu yapılmasına imkan tanımaktadır.

2. Avrupa Birliği Adalet Divanının Yaklaşımı

KDV'de indirim hakkının kapsamına ilişkin ABAD'ın belirlemiş olduğu kıstaslar bulunmaktadır. Bu kıstaslar, her ne kadar KDV Direktif'indeki kıstaslardan farklılık içermese de, KDV Direktif'inde belirtilen kıstaslara açıklık getirmekte, yorumlamakta ve ciddi katkı sağlamaktadır.

ABAD içtihatlarında, KDV Direktif'inin içeriğine aykırı olmayan, tersine KDV Direktif'inin belirlemiş olduğu çerçeve içerisinde kalan ve KDV indiriminin kapsamını belirleyen en önemli ölçüt, "doğrudan ve dolaysız bağlantı"nın varlığıdır.^[30] ABAD, bu kıstas çerçevesinde nedensellik bağı, KDV'de indirimin kabulü açısından ölçüt olarak getirmiştir.

Her bir aşamada hesaplanan KDV'den, bir önceki aşamanın vergisinin düşürülmesi olarak ifade edilen indirim hakkına ancak belirli ve sınırlı hallerde sınırlama getirilebileceği, ABAD'ın yerleşmiş içtihatlarıyla saptamıştır.^[31]

[30] Avrupa Birliği Adalet Divanı Investrad BV – Hollanda Maliye Müsteşarlığı, C-435/05 Esas, 08.02.2007 Tarihli Kararı, <http://curia.europa.eu/>; Investrad BV – Hollanda Maliye Müsteşarlığı kararında, salt yatırım şirketi olarak faaliyet gösterirken danışmanlık hizmetleri vermeye başlayan ve bu suretle KDV mükellefi konumuna geçen şirketin, yatırım şirketi döneminde yaptığı hisse satışı üzerindeki uzlaşmazlığa ilişkin tahkim hizmetleri giderlerinin katma değer vergisi indirimi kapsamına alınması gerektiği görüşüne karşı Avrupa Birliği Adalet Divanı "... Investrad'ın bu hizmetlere ilişkin olarak masraflarının, şirketin vergiye tâbi işlemleri amacıyla ve bu işlemler gözetilerek yapılmış olduğunu varsaymak mümkün olmayacaktır. Yapılan masrafların münhasır nedeni bu türden işlemler arasında bulunmadığı için, masraflar ile ekonomik faaliyetler arasında doğrudan ve dolaysız bir bağlantı bulunmamaktadır" gerekçesiyle indirim hakkının doğmayacağına hükmetmiştir.

[31] Avrupa Birliği Adalet Divanı, BP Supergas–Yunanistan, C-62/93, ECR I-1883 Sayılı ve 06.07.1995 Tarihli Kararı; <http://curia.europa.eu/> Avrupa Birliği Adalet Divanı, Gabalfrisa ve Diğerleri, C-110/98 to C-147/98, ECR I-1577 Sayılı ve 21.03.2000 Tarihli Kararı; <http://curia.europa.eu/>

AB’de ilke olarak, KDV indirimi hakkına sahip olan mükellefler, yalnızca üretim amaçlı olarak ekonomik faaliyetlerinde kullanılmak üzere mal ve hizmet iktisap edenlerdir. Buradaki en önemli amaç üretimin teşvik edilmesidir. Üretime yönelik olmayan türde, kişisel tüketime yönelik mal ve hizmet iktisap edenler indirim hakkından yararlanamamaktadır. Böylece üretim amaçlı olarak ekonomik faaliyet gösteren mükellefler, bu amaçlarla iktisap ettikleri mal ve hizmetler üzerinde tahakkuk eden KDV yönünden indirim hakkına sahip olacaklardır.

İndirim hakkının üretime yönelik olarak iktisap edilen mal ve hizmetler yönünden oluşturulmasının amacı, mükellefleri ekonomik faaliyetleri çerçevesinde gerçekleşen KDV’nin yükünden tamamen kurtarmaktır. Bu nedenle esas olan, KDV’nin tam indirim hakkının konusu haline getirilmesidir^[32].

ABAD kararlarında, mükellefin ekonomik faaliyet amaçlı iktisap edilen mal ve hizmetlere ait KDV’nin indirim hakkını kullanması, KDV Direktifi 167. maddesinde de hükmedildiği üzere, ancak vergiye tâbi işlemler için kullanıldığı kapsamlı sınırlanmaktadır. ABAD’ın binek otomobillere ait KDV’nin indirimi hakkındaki temel kararı, Hansgeorg Lennartz – Finanzamt München kararıdır.^[33]

Söz konusu karara göre, mali müşavir otomobil satın almış, bunu önceleri tamamen kişisel amaçlı olarak kullanmıştır. Ancak ertesi yıl otomobili daha çok iş amaçlı kullanmaya başlamış ve bu nedenle, otomobilin satın alınmasından kaynaklı olarak KDV’den indirim konusu edilmesini talep etmiştir. Vergi dairesi bu talebi otomobilin kişisel kullanım amacıyla satın alındığı, mükellefin iktisap edilen malı kendi kararıyla ekonomik faaliyetlerde kullanmaya başlamasının vergi hukuku açısından bir farklılık doğurmayacağı gerekçesiyle reddetmiştir.

Avrupa Birliği Adalet Divanı, *Securenta Göttinger Immobilienanlagen und Vermögenmanagement AG v Finanzamt Göttingen*, C-437/06 Sayılı ve 13.03.2008 Tarihli Kararı; <http://curia.europa.eu/>

Avrupa Birliği Adalet Divanı, *Finanzamt Düsseldorf-Stüd v SALIX Grundstücks-Vermietungsgesellschaft mbH & Co. Objekt Offenbach KG*. C-102/08, ECR I-0001 Sayılı ve 14.06.2009 Tarihli Kararı; <http://curia.europa.eu/>

Avrupa Birliği Adalet Divanı, *Avrupa Komiteleri Komisyonu-İtalya*, C-78/00, ECR I-8195 Sayılı ve 25.10.2001 Tarihli Kararı. <http://curia.europa.eu/>

[32] Avrupa Birliği Adalet Divanı D.A. *Rompelman ve E.A. Rompelman-Van Deelen – Hollanda Maliye Bakanlığı*, 268/83 Esas, ECR 655 Sayılı ve 14.02.1985 Tarihli Kararı (Paragraf 19). <http://curia.europa.eu/>; “...*indirim sisteminin amacının taciri, ticari faaliyetleri çerçevesine ödenebilecek veya ödenmiş KDV yükünden tamamen kurtarmak olduğu sonucuna ulaşılabılır*”, ifadesiyle Avrupa Birliği’nde katma değer vergisi indirimi hakkının amacını açıkça ifade etmiştir.

[33] Avrupa Birliği Adalet Divanı, *Hansgeorg Lennartz – Finanzamt München III*, C-97/90 Esas Sayılı ve 11.07.1991 Tarihli Kararı. <http://curia.europa.eu/>

Ortaya çıkan uyumsuzlukta ABAD, mükellefin otomobili ilk yıl münhasıran kişisel ihtiyaçlar için kullanmasının değerlendirme için yeterli olmadığını ifade etmiştir. ABAD'a göre "... vakadaki tüm haller dikkate alınarak, bu kapsamda, ilgili malların nitelikleri, malların iktisabı ile mükellefin ekonomik faaliyetlerinde kullanılmaları arasında geçen süre gözetilerek değerlendirme yapılmalıdır."^[34] Görüleceği üzere ABAD, Üye Devletin indirim konusu yapılmak istenen binek otomobilin geçmiş yıllarda mükellefin ekonomik faaliyetinde kullanılmadığı gerekçesiyle indirim hakkını kısıtlamasını hukuka aykırı bularak, binek otomobile ait KDV'nin indirim konusu edilmesi gerektiğine hükmetmiştir.

3. Avrupa Birliği'ne Üye Bazı Devletlerin Yaklaşımı

AB'ye Üye Devletlerin hukuki düzenlemeleri, KDV Direktifi ve ABAD kararlarıyla paralellik göstermektedir. KDV Direktifi'nde, KDV'nin indirim hakkının kapsamına ilişkin temel kıstas çerçevesinde Üye Devletler, mevzuatlarını şekillendirecektir. Üye Devletler, temin edilen mal ve hizmete ait KDV'nin indirim konusu yapıp yapılamayacağını, indirim hakkını kullanmak isteyen kişi/tüzelkişinin bu hakka sahip olup olmadığını tespitini, bu temel kıstaslar çerçevesinde yapacaktır.

Çalışmamıza açıklık getirmesi açısından AB'de önemli statüye sahip gördüğümüz İngiltere, Fransa ve Almanya gibi bazı ülkelerin KDV kanunlarındaki indirim hakkına ilişkin düzenlemeleri ve binek otomobillere ait KDV indirimine yaklaşımını aktarmaya çalışacağız.

3.1. İngiltere'nin Yaklaşımı

İngiltere Katma Değer Vergisi Kanunu'nun 102. maddesi ve devamında "Vergi İndirim Hakkı" başlığı ve "Genel İndirim Hakkı" alt başlığı ile indirim hakkının düzenlendiğini görüyoruz. İngiltere Katma Değer Vergisi Kanunu'nun 102. maddesinde, vergi mükellefi bir kişi vergiye tâbi ekonomik faaliyetleri için,

- Mükelleften alınan mallar veya hizmetlerden doğan KDV'yi,
- İthal edilen mallara ilişkin KDV'yi,
- Topluluk içi alımlara ilişkin KDV'yi,
- Otomobil Vergisi Yasası gereğince otomobile ödenen KDV'yi indirim konusu yapabilir denilmektedir.

[34] Avrupa Birliği Adalet Divanı, Hansgeorg Lennartz – Finanzamt München Kararı, (Paragraf 21)

İngiltere Katma Değer Vergisi Kanunu'nun 102. maddesi yanında, binek otomobillere ait KDV'den indirimini düzenleyen hükmü 114. maddedir. Bu hükme göre, maksimum kalkış ağırlığı 1,550 kiloyu geçmeyen uçak ve yapıları itibariyle asıl olarak eğlence veya spor amaçlarına yönelik binek araçlar, motosikletler, karavanlar, gemilere ait KDV indirim konusu yapılmamaktadır^[35].

Ekonomik faaliyetleri nedeniyle iktisap edilen binek otomobillere ait KDV'nin indirilmesine ise İngiltere Katma Değer Vergisi Kanunu herhangi bir sınırlama getirmemiştir.

3.2. Almanya'nın Yaklaşımı

Almanya Katma Değer Vergisi Kanunu'nda KDV'de indirim hakkına ilişkin düzenlemeler, Kanunu'nun 15. ve 15 (a) maddelerinde yer almaktadır. Almanya Katma Değer Vergisi Kanunu'nun 15. maddesinin 1. fıkrasına göre; mal teslimi ve hizmet ifası nedeniyle yüklenilen ve fatura ile belgelenen KDV, mükellef tarafından indirim konusu yapılabilir. Ayrıca, ithal edilen mallara ve topluluk içinde iktisap edilen mallara ait KDV indirim konusu yapılabilecektir.

Görüleceği üzere Almanya Katma Değer Vergisi Kanunu da ilgili maddesinde, KDV indirimini hak kavramı üzerine kurmuştur. Kuşkusuz ki yasal düzenlemelerde "indirim hakkı" olarak tanımlanması KDV'yi tek başına bir hak statüsüne sokmaya yetmemektedir. Ayrıca getirilen kısıtlamalar da, KDV indiriminin hak niteliğine zarar verecek nitelikte olmamalıdır. Nitekim Almanya Katma Değer Vergisi Kanunu'nun 15. maddesinde mükellefin, kendi iktisadi faaliyetinde % 10'dan az kullandığı malın iktisabı, ithalatı veya Topluluk içi iktisabı, mükellefin kendi iktisadi faaliyeti kapsamında değerlendirilemeyeceğine ilişkin hüküm, Almanya Katma Değer Vergisi Kanunu'nun indirim hakkı kavramına yaklaşımı konusunda bize önemli bir fikir vermektedir. Zira mükellefin iktisap ettiği malın % 10'unu kendi iktisadi faaliyetlerinde kullanıyor olması halinde bile bu mala ilişkin KDV'nin indirim konusu yapılabilir olması, ülkemizdeki düzenlemelerle karşılaştırıldığında Almanya'nın KDV'de indirim hakkı kavramına mükellef lehine oldukça geniş yaklaştığının önemli bir göstergesi olmaktadır.

[35] İngiltere Katma Değer Vergisi Kanununun 114. maddenin son hükmünde indirim hakkına getirilen sınırlamaya sınırlama getirilmektedir. Buna göre indirim hakkı sınırlamaları, sürüş öğretimi, ticari yolcu taşımacılığında kullanım veya kiralama veya satış amaçları için alınmış olan araçlara ve gemilere uygulanmayacaktır. Ayrıca yalnızca indirim hakkı tanıyan kullanım için alınmış olan binek otomobillere de, KDV'de indirim hakkı sınırlamaları uygulanmaz.

Almanya Katma Değer Vergisi Kanunu'nun 15. maddesinin dördüncü fıkrasına göre, sadece yeni taşıtların sevkiyatından, ithalatından veya Birlik için iktisabından doğan KDV, indirim kapsamındadır. İkinci el otomobillerin ithal edilmesi ile Birlik içi iktisapları, KDV indirimi kapsamı dışına çıkarılmıştır. Dolayısıyla yeni ve ikinci el taşıtların yurt içi iktisapları ve yeni otomobillerin ithalatı ve Birlik içi iktisapları nedeniyle doğan KDV indirim konusu yapılabilecektir.

3.3. Fransa'nın Yaklaşımı

Fransa'da KDV'de indirim hakkı, Fransa Genel Vergi Kanunu'nun 271. maddesinde düzenlenmiştir. Hükmün birinci fıkrasının ilk bendine göre vergilendirilebilir işlemin fiyat unsurlarında yer alan KDV, ekonomik faaliyet neticesinde gerçekleşen KDV'den indirilebilir.

Fransa Genel Vergi Kanunu'nun 271. maddesinin birinci fıkrasının ikinci bendinde ise, KDV'nin doğma anı düzenlenmiştir. Buna göre mükellefin talebi halinde KDV'den indirim hakkı doğar. İkinci bendin ikinci paragrafı ise, ilk paragrafta istisna getirmiştir. Buna göre, mükellefler, KDV'ye tâbi işlemleri sürekli yapmıyorlar ise KDV indirim hakkı sadece teslim esnasında doğar denilmektedir.

Mal ve hizmetlerin satın alınması nedeniyle yüklenilen KDV indirimi, Fransa Genel Vergi Kanunu'nun 271. maddesinin birinci fıkrasının üçüncü bendine göre, indirim hakkının doğduğu ayda mükellefin hesabına geçirilebilir.

Fransa Genel Vergi Kanunu'nun 271. maddesinin ikinci fıkranın birinci bendinde hangi işlemlere ait KDV'nin indirim konusu yapılabileceğini düzenlemiştir. Buna göre vergilendirilebilir mal ve hizmetlerin ekonomik faaliyetlerde kullanılması halinde mükellef, bu mal ve hizmetlere ait KDV'yi indirim hakkına sahiptir. Buna göre; mal teslimi, hizmet ifası neticesinde ödenen, Kanuna uygun olarak düzenlenen ve faturada gösterilen KDV, ithalattan doğan KDV, Topluluk içi satın almalardan doğan ve faturada gösterilen KDV, indirim konusu yapılabilecektir.

Fransa vergi mevzuatında, ekonomik faaliyet kapsamında iktisap edilen otomobillere ilişkin KDV'nin indirim konusu yapılabileceği düzenlenmiştir. Ancak mükellefin şahsi kullanımına tahsis ettiği binek otomobillere ilişkin, ara sıra ticari faaliyetlerinde kullanılsa bile, KDV indirim konusu yapılmasına Fransa vergi mevzuatı izin vermemektedir. Ayrıca bu otomobiller için yapılan hizmetler (taşıma, kiralama, tamir v.b.) de indirim konusu yapılamaz. Ancak Fransa Genel Vergi Kanunu'nun 273 B maddesi, binek otomobillerle ilgili sınırlamaya sınırlama getirerek, mükelleflerin, şahsi ihtiyaçları için kullandıkları kara

taşıtlarının elektrik enerjisiyle çalışmaları halinde, normalde indirim hakkından yararlanamayan bu taşıtlar tarafından tüketilen elektrikle ilgili KDV'yi indirim konusu yapabileceklerine hükmetmiştir. Bu türden araçlar kiralandığında ve bu kiralamaya ilişkin vergi indirilebilir olmadığında da KDV indirim konusu yapılabilecektir.

SONUÇ

Mal ve hizmet alışlarındaki her aşamada, yüklenilen değer vergisinin ödenmesi, indirim müessesesi sayesinde gerçekleşmektedir. Zira KDV, vergi indirimi müessesesi ile mükellefin mal ve hizmet alırken yüklenmiş olduğu vergiyi, satarken elde ettiği gelir için ödeyeceği vergiden indirerek, sadece elde ettiği artı değer vergisini ödemesi amaçlanmıştır.

KDV indirimi ile çifte vergilendirmenin önüne geçilebilmekte, mükelleflerin mal ve hizmet alış verişinin otokontrolünü sağlamaktadır. Ancak KDV indirimine mevzuatımızda bazı sınırlamalar getirilmiştir. KDV İndirim kalemlerine getirilen sınırlamalardan birisi de, binek otomobillerdir.

3065 KDVK'nın 30/b maddesine göre, faaliyetleri kısmen veya tamamen binek otomobillerinin kiralanması veya çeşitli şekillerde işletilmesi olanların bu amaçla kullandıkları hariç olmak üzere işletmelere ait binek otomobillerinin alış vesikalarında gösterilen KDV, mükellefin vergiye tâbi işlemleri üzerinden hesaplanan KDV'den indirilememektedir. Binek otomobillere ait KDV indiriminin kabulü için KDVK'daki düzenleme, binek araçların işletmeye ait olması gerektiği yönündedir. Ayrıca faaliyetleri kısmen veya tamamen otomobillerin kiralanması veya işletilmesi olan mükellefler, binek otomobil alımındaki KDV'yi indirebilecektir.

Binek araçlara ait KDV indiriminin kabulü için KDVK'daki düzenleme, binek araçların işletmeye ait olması gerektiği yönündedir. Ayrıca faaliyetleri kısmen veya tamamen otomobillerin kiralanması veya işletilmesi olan mükellefler, binek otomobil alımındaki KDV'yi indirebilecektir

KDVK'nın 30/b maddesindeki bu düzenleme ile özel otomobillerin muvazaalı olarak işletmeye sokulması suretiyle özel tüketimin teşvik edilmemesi ve vergi kaybına sebebiyet verilmemesi amaç edinilmiştir. Binek otomobillerin indirim konusunda getirilen bu kısıtlayıcı düzenleme, her ne kadar vergi indiriminin kötüye kullanımını engelleme amaçlı olsa da, KDV'nin genel amacına aykırı bir durum oluşturmaktadır.

Zira binek otomobilin satın alınması esnasında; satıcı firma tarafından ilgili oranda KDV hesaplanmakta, alıcı firmadan tahsil edilmekte ve hesaplanan

KDV olarak beyan edilmektedir. Alıcının da satın almış bulunduğu binek otomobilini ticari işinde kullanması sonucu alış sırasında ödediği KDV'yi indirim konusu yapamaması, KDV'nin indirim ilkesine uymamakta ve ticari işlemlerde haksızlığa yol açmaktadır.

Ayrıca binek otomobil işletme malvarlığına dâhil edildiğine göre, bu otomobil ileride satıldığında KDV hesaplamasına konu edilecek ve daha önce hiçbir indirim yapılmadan hesaplanan KDV'nin tamamı beyan edilip ödenecektir. Nitekim kamyon olarak tasarlandığı halde, binek araca çevrilen araçlara ait KDV indirimi, Danıştay tarafından kabul edilmemiştir.^[36] Bu durumun KDV'nin işleyişine aykırı olduğu söylenebilir.

Binek araçların alımları sırasında KDV'nin indirim konusu yapılamamasını tartışmalı kılan bir diğer konu da, işletmenin faaliyetlerinin yürütülmesinde kullanılmakta olan binek otomobilin yakıtına, tamir ve bakımına ilişkin KDV'nin indirilmesine rağmen, binek otonun alımında ödenen KDV'nin indirilememesidir. Binek aracın giderlerine ait KDV indirim konusu yapılabiliyor iken, aracın kendisine ait KDV'nin indirim konusu yapılamıyor olmasının anlaşılır bir yönü bulunmamaktadır.

AB'nin, binek otomobillere ilişkin KDV indirimine bakışı, Ülkemizin düzenlemesine göre farklılıklar içermektedir. Bu farklılıklar öncelikle KDV mükellefi kavramına yaklaşımda kendisini göstermektedir. KDV Direktifi 9 (1)de mükellef "*herhangi bir ekonomik faaliyeti herhangi bir yerde, amaçları ile sonuçlarının ne olduğuna bakılmaksızın bağımsız şekilde yürüten kişiler*" şeklinde tanımlanmıştır. Bu şekilde AB, mükellef sıfatını belirlerken, kişinin sıfat ve statüsünden çok ekonomik hayatın gerçeklerini ön plana çıkarmıştır. Böylelikle Ülkemizdeki uygulamayla karşılaştırıldığında, AB'de daha geniş mükellef kesimi, KDV indiriminden yararlanmaktadır

AB Direktiflerinde ve Üye Devlet mevzuatlarında, KDVK'nın 30. maddesinin (c) ve (d) fıkralarında belirtildiği hükümler çerçevesinde, KDV indirim hakkını kısıtlayan bir düzenleme bulunmamaktadır. AB'ye göre bir mal ve hizmete ait KDV'nin indirim konusu yapılabilmesi için öncelikle, mal ve hizmet iktisap eden mükellefin, bunları ekonomik faaliyetler için kullanıyor olması ve iktisabın kişisel tüketim amaçlı olarak gerçekleştirilmemiş olması gerekmektedir. Bu nedenle AB, Ülkemizdeki gibi "binek araçların işletmeye dâhil olması" ve "faaliyetleri kısmen veya tamamen binek otomobillerinin kiralanması veya çeşitli şekillerde işletilmesi olanların ancak KDV indirim hakkına sahip olmaları" gibi indirim hakkının kullanılmasını daraltıcı şartlar getirmemiştir. Bu nedenle KDV

[36] Danıştay 7. Dairesi, 2000/1671 E., 2001/3315 K. ve 30.10.2001 Tarihli Kararı

indiriminden beklenen vergilendirmede otokontrolün sağlanması, mükerrer ve şelale tipi vergilendirmenin önlenmesi gibi hedeflere, Ülkemize nazaran AB'ye Üye Devletlerin daha fazla yaklaştığı söylenebilir.

Ülkemizle karşılaştırıldığında AB'nin yaklaşımı, KDV indiriminin bir hak olarak görülmesi ve KDV indirimini mükelleflerin rahatça gerçekleşmesinin sağlanması yönündedir. Ancak bu hak elbette ki sınırsız değildir. AB'de ilke olarak, KDV indirimi hakkına sahip olan mükellefler, yalnızca üretim amaçlı olarak ekonomik faaliyetlerinde kullanılmak üzere mal ve hizmet iktisap edenlerdir. Ancak bazı AB Üyesi Ülkeler, KDV Direktifi'nde çizilen sınırların da ötesine geçerek, sosyal ve çevresel nedenlerle KDV indiriminden daha da geniş kesimlerin yararlanmasına olanak sağlayabilmektedir. Nitekim Fransa'da, ara sıra ticari faaliyetlerde kullanılmakla beraber, şahsi ihtiyaçlar için kullanılan elektrikle çalışan binek otomobillere ait KDV, indirim konusu yapılabilmektedir.

Kamu gelirinde önemli bir yeri olan KDV'nin daha verimli bir şekilde toplanması; otokontrolün sağlanması, çifte vergilendirmenin önlenmesi gibi KDV'den beklenen hedeflere ulaşılması, KDV indirim mekanizmasının sağlıklı bir şekilde işletilmesine bağlıdır. AB uyum sürecinin bir parçası olan KDVK'nın kabulü önemli bir adım olmakla beraber, indirim mekanizmasının önündeki sınırlayıcı düzenlemelerin kaldırılması hem uyum sürecini hem de KDV ile amaçlanan hedeflere ulaşılmasına imkan sağlayacaktır.

KAYNAKÇA**KİTAPLAR**

Kemal AKMAZ, “Yargı Kararları ve Özelgeler Işığında KDV’de İndirim”, İzmir, Kasım 2013

TOLU Abdullah, ŞİMŞEK Arif, “Katma Değer Vergisinde İndirim”, Yaklaşım Yayınları, Nisan 2002

Liam EBRİL-Jean Paul BODIN-Michael Keen-Victoria SUMMERS, “The Modern VAT”, IMF, Washington, 2001

Nurettin BİLİCİ, “Türk Vergi Sistemi”, Savaş Yayınevi, 39. Baskı, Şubat 2017

Nurettin BİLİCİ, “Türkiye Avrupa Birliği İlişkileri, (Genel Bilgiler, İktisadi-Mali Konular, Vergilendirme)”, Seçkin Yayınları, Ankara 2007

Şükrü KIZILOĞLU, “Açıklamalı ve İçtihatlı Katma Değer Vergisi Kanunu ve Uygulaması”, Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş 6. Baskı, Ankara, Yaklaşım Yayıncılık, 2012

Yılmaz ÖZBALCI, “Katma Değer Vergisi Kanunu Yorum ve Açıklamalar”, Oluş Yayıncılık A.Ş., Şubat 2012

ÖZELGE

Maliye Bakanlığı, GİB, B.07.0.GEL.0.44/4405-1380/6984 Sayılı ve 20.02.2004 Tarihli Özelge

DANIŞTAY KARARLARI

Danıştay 9. Dairesi, 2001/851 E., 2002/526 K. ve 07.02.2002 Tarihli Kararı
Danıştay 11. Dairesi, 1995/1944 E., 1995/2648 K. ve 18.10.1995 Tarihli Kararı

Danıştay 3. Dairesi, 2008/815 E., 2009/78 K. ve 22.01.2009 Tarihli Kararı

Danıştay 9. Dairesi, 1995/884 E., 1996/77 K. ve 16.01.1996 Tarihli Kararı

Danıştay 9. Dairesi, 2005/697 E., 2006/3400 K. ve 26.09.2006 Tarihli Kararı

Danıştay 7. Dairesi, 1987/1535 E., 1990/987 K. ve 13.04.1990 Tarihli Kararı

Danıştay 9. Dairesi, 2001/851 E., 2002/526 K. ve 07.02.2002 Tarihli Kararı

Danıştay 9. Dairesi, 1994/1807 E., 1994/5100 K. ve 15.12.1994 Tarihli Kararı

Danıştay 11. Dairesi, 1998/4966 E., 1999/4971 K. ve 13.12.1999 Tarihli Kararı

Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu, 1997/385 E., 1998/459 K. ve 25.12.1998 Tarihli Kararı;

Danıştay 3. Dairesi, 1999/1875 E., 2000/3855 K. ve 23.11.2000 Tarihli Kararı

Danıştay 9. Dairesi, 1997/4349 E., 1998/3801 K. ve 21.10. 1998 Tarihli Kararı

Danıştay 7. Dairesi, 1987/188 E., 1988/320 K. ve 03.02.1988 Tarihli Kararı

Danıştay 7. Dairesi, 1987/1535 E., 1990/987 K. ve 13.04.1990 Tarihli Kararı

Danıştay 9. Dairesi, 2001/851 E., 2002/526 K. ve 07.02.2002 Tarihli Kararı

Danıştay 9. Dairesi, 1994/1807 E., 1994/5100 K. ve 15.12.1994 Tarihli Kararı

Danıştay 11. Dairesi, 1998/4966 E., 1999/4971 K. ve 13.12.1999 Tarihli Kararı

Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu, 1997/385 E., 1998/459 K. ve 25.12.1998 Tarihli Kararı

Danıştay 3. Dairesi, 1999/1875 E., 2000/3855 K. ve 23.11.2000 Tarihli Kararı

Danıştay 11. Dairesi, 1997/2526 E., 1999/1160 K. ve 25.03.1999 Tarihli Kararı

Danıştay 7. Dairesi, 2000/1671 E., 2001/3315 K. ve 30.10.2001 Tarihli Kararı

AVRUPA BİRLİĞİ ADALET DİVANİ KARARLARI

Avrupa Birliği Adalet Divanı, Uudenkaupungin Kaupunki, C-184/04 Esas, ECR I-3039 Sayılı ve 30.03.2006 Tarihli Kararı <http://curia.europa.eu/>

Avrupa Birliği Adalet Divanı Investrad BV – Hollanda Maliye Müsteşarlığı, C-435/05 Esas, 08.02.2007 Tarihli Kararı, <http://curia.europa.eu/>

Avrupa Birliği Adalet Divanı, BP Supergas–Yunanistan, C-62/93, ECR I-1883 Sayılı ve 06.07.1995 Tarihli Kararı; <http://curia.europa.eu/>

Avrupa Birliği Adalet Divanı, Gabalfrisa ve Diğerleri, C-110/98 to C-147/98, ECR I-1577 Sayılı ve 21.03.2000 Tarihli Kararı; <http://curia.europa.eu/>

Avrupa Birliği Adalet Divanı, Securenta Göttinger Immobilienanlagen und Vermögensmanagement AG v Finanzamt Göttingen, C-437/06 Sayılı ve 13.03.2008 Tarihli Kararı; <http://curia.europa.eu/>

Avrupa Birliği Adalet Divanı, Finanzamt Düsseldorf-Süd v SALIX Grundstücks-Vermietungsgesellschaft mbH & Co. Objekt Offenbach KG. C-102/08, ECR I-0001 Sayılı ve 14.06.2009 Tarihli Kararı; <http://curia.europa.eu/>

Avrupa Birliği Adalet Divanı, Avrupa Komiteleri Komisyonu–İtalya, C-78/00, ECR I-8195 Sayılı ve 25.10.2001 Tarihli Kararı. <http://curia.europa.eu/>

Avrupa Birliği Adalet Divanı D.A. Rompelman ve E.A. Rompelman-Van Deelen – Hollanda Maliye Bakanlığı, 268/83 Esas, ECR 655 Sayılı ve 14.02.1985 Tarihli Kararı (Paragraf 19). <http://curia.europa.eu/>

Avrupa Birliği Adalet Divanı, Hansgeorg Lennartz – Finanzamt München III, C-97/90 Esas Sayılı ve 11.07.1991 Tarihli Kararı. <http://curia.europa.eu/>

Avrupa Birliği Adalet Divanı, Hansgeorg Lennartz – Finanzamt München Kararı; <http://curia.europa.eu/>

İDARİ YARGILAMA USULÜ
KANUNU'NUN 11. MADDESİNE GÖRE
YAPILAN BAŞVURUYA ZİMNİ RETTEN
SONRA GELEN AÇIK RET CEVABININ
DAVA AÇMA SÜRESİNE ETKİSİ*

Arş. Gör. Ahmet BAĞRIAÇIK**

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0001-9288-2343>

DOI: 10.30915/abd.470771

Makalenin Geldiği Tarih: 28.12.2017 **Kabul Tarihi:** 01.10.2018

* Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK – ULAKBİM Veri Tabanında indekslenmektedir.

** Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi.

ÖZ

Bu çalışmada, Danıştay'ın, İdari Yargılama Usulü Kanunu (İYUK) 11. madde başvurusu sonucunda oluşan zımni retten sonra idarenin verdiği açık ret cevabının dava açma süresini canlandırmayacağı yönündeki yerleşik içtihadı incelenmiştir. Zımni reddin varlık nedeni ve Danıştay'ın zımni redde verdiği mutlak önem ortaya konulmaya çalışılmıştır. Aynı hususla ilgili doktrinde yer alan görüşlere de yer verilmiştir. Daha sonra Danıştay'ın İYUK 11. madde başvurusu sonucunda oluşan zımni retten sonra idarenin verdiği açık ret cevabının dava açma süresini canlandıracağına ilişkin, yerleşik içtihadından dönmesine örnek olarak gösterilebilecek yeni bir kararı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadı da gözetilerek değerlendirilmiştir. Bu yeni içtihat, hukuk devleti ve hak arama özgürlüğü ilkeleri bağlamında Danıştay'ın bakış açısını değiştiren olumlu bir gelişmedir.

Anahtar Kelimeler: İYUK madde 11, dava açma süresi, zımni ret, hak arama özgürlüğü, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi madde 6.

ACCORDING TO APPLICATION ON ADMINISTRATIVE
PROCEDURE LAW ARTICLE 11, THE EFFECT
ON TERM OF LIGATION OF CLEAR REJECT
RESPONSE UPON IMPLICIT REFUSAL

ABSTRACT

This article contains a settled but controversial case-law on the duration of the Council of State's proceedings. It has been tried to put forth the absolute importance of rejection of the implied existence and rejection of the Council of State. Views from the doctrine on the same issue are also included. Then a new decision was made to change the old case-law of the Council of State. This decision was also included in the case law of the European Court of Human Rights. This new decision is a positive development in the sense of the rule of law and freedom of right seeking.

Keywords: Article 11 of Administrative Procedure Law, the time of filing a lawsuit, implicit refusal, freedom to seek rights, Article 6 of the European Convention on Human Rights.

1- Genel Olarak

Hukuk devletinin bir gereği olarak idarenin yaptığı her türlü işlem ve eylemin yargı denetimine tabi olması gerekir. 1982 Anayasası'nın 125. maddesine göre, “İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır.” Bu denetimin etkinliği evleviyetle hiçbir idari işlemin yargı denetiminden kaçmamasına bağlıdır. Diğer taraftan idari yargılama hukukunda yargı denetimi belirli usul kurallarına tabidir. Nitekim 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun (İYUK) 14. maddesi^[1], idari yargı yerlerinde açılan davalarda dilekçelerin, ilk incelemede belirli usul kurallarına uygunluk denetimine tâbi tutulmasını düzenlemektedir. Bu usul kurallarından birisi de süredir.

İdari yargıda dava açma süresinin hukuki niteliği üzerine yapılan tartışmalarda sürenin hak düşürücü nitelikte olduğu yönünde görüş birliği olduğu söylenebilir^[2]. Sürenin hak düşürücü olarak gerek doktrin in çoğunluğu gerekse Danıştay^[3] tarafından kabulü, dava açma süresinin geçmesine bağlanan hukuki sonuçlar yönünden telafisi imkânsız zararların doğmasına sebep olmaktadır. 1982 Anayasasının 125. maddesine göre, “İdari işlemlere karşı açılacak davalarda süre, yazılı bildirim tarihinden başlar.” Benzer bir düzenleme İYUK'ta da vardır^[4]. Ayrıca yine Anayasanın, “Dilekçe, bilgi edinme ve kamu denetçisine başvurma hakkı” başlıklı 74. maddesine göre, “(1) Vatandaşlar ve karşılıklılık

[1] Dilekçeler üzerine ilk inceleme: Madde 14/3: “Dilekçeler, (...) a) Görev ve yetki, b) İdari merci tecavüzü, c) Ehliyet, d) İdari davaya konu olacak kesin ve yürütülmesi gereken bir işlem olup olmadığı, e) Süre aşımı, f) Husumet, g) 3 ve 5 inci maddelere uygun olup olmadıkları, Yönlerinden sırasıyla incelenir.”

[2] İdari yargıda dava açma süresinin “hak düşürücü” nitelikte olduğu yönünde bkz. ONAR, Siddik Sami; **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, C. III, s. 1961-1962; SARICA, Ragıp; **İdari Kaza**, Hukuk Fakültesi Talebe Cemiyeti Yayını, Kenan Basımevi ve Klişe Matbaası, 1942, İstanbul, s. 110. Sürenin “sui generis” nitelikte olduğu yönünde bkz. DURAN, Lütfi; **İdari Kazada Dava Açma Süresi**, İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 11, Sayı 1-2, 1945, s. 261 (DURAN, Dava Açma Süresi) (*Bütün bu karakterler, dâva açma müddetinin “sui generis” bir müessese olarak kabulünü icap ettirir kanaatindeyiz.*) (İtalik bana aittir). Sürenin niteliği konusunda yapılan tartışmaların sonuç itibarıyla hak düşürücü süre olduğu noktasında buluştuğunu ve görüşlerdeki farklılığın terminolojiden kaynaklandığı hakkında bkz. KAPLAN, Gürsel; **İdari Yargıda Dava Açma Süreleri**, 3. Bası, Ankara 2011, s. 72-84.

[3] Danıştay kararı için bkz. D. 3. D. E. 2015/11248, K. 2015/8282, T. 18.11.2015 (Kazancı) (*İdari yargılamada dava açma ve kanun yollarına başvurma süreleri kendine özgü hak düşürücü süreler olup...*). Benzer yönde karar için bkz. DVDDGK, E. 1996/244, K. 1998/45, T. 13.3.1998 (Kazancı)

[4] Madde 7/2-a: “Dava açma süresi: İdari uyumsuzluklarda; yazılı bildirim yapıldığı (...) tarihi izleyen günden başlar.”

esasî gözetilmek kaydıyla Türkiye’de ikamet eden yabancılar kendileriyle veya kamu ile ilgili dilek ve şikayetleri hakkında, yetkili makamlara ve Türkiye Büyük Millet Meclisine yazı ile başvurma hakkına sahiptir. (2) Kendileriyle ilgili başvuruların sonucu, gecikmeksizin dilekçe sahiplerine yazılı olarak bildirilir.”

Her ne kadar İYUK, yargılama usulü kanunu olsa da, bünyesinde idari usule ilişkin hükümler de barındırmaktadır. Bunlardan bazıları İYUK madde 10 ve 11’dir. İYUK madde 10’a göre, “İlgililer, haklarında idari davaya konu olabilecek bir işlem veya eylemin yapılması için idari makamlara başvurabilirler. (...)” İYUK madde 11’e göre ise, “İlgililer tarafından idari dava açılmadan önce, idari işlemin kaldırılması, geri alınması değiştirilmesi veya yeni bir işlem yapılması üst makamdan, üst makam yoksa işlemi yapmış olan makamdan, idari dava açma süresi içinde istenebilir. Bu başvurma, işlemeye başlamış olan idari dava açma süresini durdurur.”

Tüm bu yasal düzenlemeler birlikte değerlendirildiğinde, ilgililer haklarında idari davaya konu olabilecek bir işlem yapılmasını isteyebilirler. Ayrıca ilgililer haklarında idari davaya konu olabilecek bir işlem yapıldığında, üst makama, üst makam yoksa aynı makama işlemin kaldırılması, geri alınması, değiştirilmesi, yeni bir işlem yapılması için başvurabilirler. Anayasanın 74. maddesine göre idare kendisine yapılan başvurulara cevap vermek zorundadır. Hatta idare, Anayasanın 40. maddesi uyarınca kişilerin hangi kanun yollarına ve mercilere başvuracağını ve sürelerini de belirtmek zorundadır^[5]. Dolayısıyla asıl olarak idarenin kendisine yapılan başvurulara yazılı olarak cevap verme zorunluluğu bulunmaktadır^[6].

İYUK madde 11, hakkında idari davaya konu olabilecek işlem ya da eylem yapılan ilgilinin, işlemi yapan makamın üstüne yoksa aynı makama yapılabilecek ihtiyari başvuru yolunu düzenlemektedir. İhtiyari bir başvuru yolu olması hasebiyle zorunlu itiraz başvurusundan^[7] ve İYUK madde 13’te düzenlenen ön

[5] 1982 Anayasası Madde 40: “Devlet, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır.”

[6] AKYILMAZ, Bahtiyar; **İdari İşlemin Yapılış Usulü**, Yetkin Yayınları, 2000, s. 188-189; KARAHANOGULLARI, Onur; **Zimni Retten Sonra Gelen Açık Yanıtlarda Dava Açma Süresi**, s. 9. (KARAHANOGULLARI, Dava Açma Süresi), <http://80.251.40.59/politics.ankara.edu.tr/karahan/makaleler/makaleler.htm>, Erişim Tarihi: 17.10.2017.

[7] Zorunlu itiraz başvurusu, hakkında idari davaya konu olabilecek nitelikte bir işlem tesis edilen ilgilinin, mevzuat uyarınca dava açmadan önce zorunlu olarak tüketmesi gereken idari başvuru yollarının olması halidir. Zorunlu itiraz başvurusuna verilebilecek klasik örnek 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu’nun 54. maddesinde düzenlenen şikayet ve itirazın şikayet başvurusudur. Zorunlu idari başvuru hakkında detaylı bilgi için bkz. ÖZTÜRK,

karar başvurusundan^[8] ayrılır. İYUK madde 11 başvurusu üzerine oluşan zımni retten sonra idarenin vereceği açık ret cevabının dava açma süresine etkisi şu hallerde söz konusu olabilir;

- a) İYUK madde 10 uyarınca hakkında idari davaya konu olabilecek bir başvuru yapan ilgilinin başvurusu zımnen veya açıkça reddedilir ise ilgili dava açma süresi içerisinde İYUK madde 11 başvurusu yapabilir^[9].
- b) İYUK madde 12 uyarınca, “İlgililer haklarını ihlal eden bir idari işlem dolayısıyla Danıştaya ve idare ve vergi mahkemelerine doğrudan doğruya tam yargı davası veya iptal ve tam yargı davalarını birlikte açabilecekleri gibi ilk önce iptal davası açarak bu davanın karara bağlanması üzerine, bu husustaki kararın veya kanun yollarına başvurulması halinde verilecek kararın tebliği veya bir işlemin icrası sebebiyle doğan zararlardan dolayı icra tarihinden itibaren dava süresi içinde tam yargı davası açabilirler. Bu halde de ilgililerin 11 nci madde uyarınca idareye başvurma hakları saklıdır.” Bu durumda ilgili, işlem nedeniyle uğradığı zarar nedeniyle dava açmadan önce süresinde, İYUK madde 11 uyarınca üst makama yoksa aynı makama başvurabilir^[10]. Ayrıca açılan iptal davasının karara bağlanması ve bu kararın tebliğinden itibaren tam yargı davası açmadan önce de zararın tazmini için İYUK madde 11 başvurusu yapabilir. Son

K. Burak; **Hak Arama Özgürlüğü Çerçevesinde Zorunlu İdari İtiraz**, Yetkin, Ankara 2015.

- [8] Ön karar başvurusu İYUK 13 gereği, idari bir eylem nedeniyle hakkı muhtel olan ilgilinin, bu kararını dava yoluyla talep etmeden önce, mevzuatta düzenlenen şartlar çerçevesinde idareye başvurarak bir işlem elde etmesini öngören başvuru türüdür. GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref; **Yönetmelik Yargı**, 33. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2013, s. 269-270 (GÖZÜBÜYÜK, **Yönetmelik Yargı**); ÇAĞLAYAN, Ramazan; **İdari Yargılama Hukuku**, Güncellenmiş 8. Baskı, Seçkin, Ankara 2016, s. 591; KAPLAN, Gürsel; **İdari Yargılama Hukuku**, Ekin Basın Yayın Dağıtım, Bursa 2016, s. 243.
- [9] D. 10. D. E. 1985/1899, K. 1985/1989, T. 28.11.1985 (Kazancı), D. 10. E. 2009/7975, K. 2010/4553, T. 20.5.2010 (Kazancı).
- [10] 2/11/2011 tarih ve 28103 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan, Genel Bütçe Kapsamındaki Kamu İdareleri Ve Özel Bütçeli İdarelerde Hukuk Hizmetlerinin Yürütülmesine İlişkin **659 sayılı Kanun Hükmünde Kararname**'nin 12. maddesi hükmüne göre, “İdari işlemler dolayısıyla haklarının ihlal edildiğini iddia edenler idareye başvurarak, uğramış oldukları zararın sulh yoluyla giderilmesini dava açma süresi içinde isteyebilirler.” Buna göre, işlemten kaynaklanan zarar nedeniyle dava açmadan önce süresinde yapılacak olan İYUK madde 11 başvurusu “sulh başvurusu” olarak değerlendirilecektir.

olarak bir işlemin icrası söz konusu olduğunda, icra tarihinden itibaren dava açma süresi içerisinde, İYUK madde 11 başvurusu yapılabilir^[11].

- c) İYUK madde 13 uyarınca, idari eylem nedeniyle hakkı muhtel olan ilgili, zararın tazmini için dava açmadan önce ilgili idareye başvurarak ön karar elde etmek zorundadır^[12]. Yapılan ön karar başvurusuna idarece verilen zımni veya açık cevaptan sonra başlayan dava açma süresi içerisinde İYUK madde 11 uyarınca üst makama yoksa aynı makama ihtiyari itiraz başvurusu yapılmasının önünde herhangi bir engel yoktur^[13].

Dolayısıyla İYUK madde 11 uyarınca yapılan başvuruya zımni retten sonra idare tarafından verilen açık ret cevabının dava açma süresine etkisini, yukarıda bahsedilen tüm ihtimaller çerçevesinde düşünmek gerekmektedir.

2- Zımni ret

İdarenin yapılan başvurulara yazılı olarak cevap verme zorunluluğu karşısında, çeşitli gerekçelerle^[14], idarenin sessiz kalarak dava tehdidinden kurtulmasının önüne geçebilmek için, belirli bir süre idarenin sessiz kalmasına hukuki bir sonuç bağlanmış ve zımni ret kurumu getirilmiştir^[15].

- [11] YILMAZ, Dilşat; **İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 12. Maddesine İlişkin Bir Değerlendirme**, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 4 Sayı:1 Yıl 2013, s. 308.
- [12] **659 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 12. maddesine göre, İYUK madde 13 uyarınca yapılacak olan ön karar başvurusu "sulh başvurusu" olarak değerlendirilir. "İdari eylemler nedeniyle hakları ihlal edilenlerce, idari dava açmadan önce 6/1/1982 tarihli ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 13 üncü maddesinin birinci fıkrası uyarınca yapılan başvurular da sulh başvurusu olarak kabul edilir ve bu maddede yer alan hükümler çerçevesinde incelenir."**
- [13] GÖZÜBÜYÜK, **Yönetmelik Yargı**, s. 417.
- [14] İdarenin işlem yapmada gecikebileceği yönünde bkz. GÖZÜBÜYÜK, **Yönetmelik Yargı**, s. 145; YILDIRIM, Turan-YAŞIN, Melikşah-KAMAN, Nur – ÖZDEMİR, H. Eyüp-ÜSTÜN, Gül-OKAY TEKİNSOY, Özge; **İdare Hukuku**, Güncellenmiş 6. Baskı, İstanbul, Ekim 2015, s. 799, 801 (YILDIRIM vd., İdare Hukuku); İdarenin her müracaata yazılı olarak cevap vermesinin mümkün olmadığı yönünde bkz. DURAN, Lütfi; **İdari Müracaatlar ve Bunlar Karşısında İdarenin Sükutu Meselesi**, İÜHFİM, C. 12, S. 1, s. 183 (DURAN, İdari Makamların Sükutu); SEZGİNER, Murat; **İdari Makamların Sükutu Üzerine Açılan Davalarda Süre**, SÜHFD, Prof. Dr. Şakir Berki'ye Armağan, C. 5, 1996, sy.1-2, s.418.
- [15] İdarenin susmasına talebi kabul ettiği şeklinde sonuç bağlanamayacağı hakkında bkz. DURAN, **İdari Makamların Sükutu**, s. 183.

İdarenin susması üzerine zımni ret oluşumu ve bunun davaya konu edilebilmesi olgusu norm düzeyinde ilk olarak 1938 yılında 3546 sayılı Devlet Şurası Kanunu'nun 33. maddesiyle kabul edilmiştir^[16]. Mamafih bu tarihten önce ve mevzuatta zımni ret kurumu yokken de Danıştay içtihadıyla bu boşluk doldurulmuştur^[17].

İdarenin susması sonucu kişilerin dava açma hakkını önlemesine engel olmak ve idareyi belirli sürede işlem yapmaya zorlamak amacıyla, İYUK'ta da zımni ret kurumu oluşturulmuştur^[18]. İYUK madde 10'a göre, "Altmış gün içinde bir cevap verilmezse istek reddedilmiş sayılır." Yine İYUK madde 11'de de aynı düzenleme mevcuttur. Bu süreler geçtikten sonra idarenin susmasına hukuki bir sonuç bağlanır ve istek reddedilmiş sayılarak dava açma süresi kaldığı yerden işlemeye devam eder. Öncelikle ifade etmek gerekir ki, zımni ret bir idari işlem türü değildir. Tamamen kişilerin dava yolunu tıkamamak üzere dizayn edilmiş olan bu kurum hukukumuzda maalesef idare tarafından bir hak olarak görülmektedir^[19].

Öte yandan Anayasanın 40. maddesine göre, devlet yapacağı işlemlerde kişilerin başvurabileceği kanun yollarını, mercilerini ve sürelerini göstermek zorundadır. Zımni ret ile oluşturduğu varsayılan işlemde idare, işlemin gerekçesini göstermek bir tarafa^[20] Anayasanın ilgili hükmüne de açıkça aykırı davranmaktadır^[21].

[16] 30.12.1938 tarih ve 4098 sayılı Resmî Gazete, Madde 33 — "İdari davaya mevzu olabilecek bir karar verilmesi için alâkâlıların idarî mercilere vukubulacak müracaatleri üzerine bu mercilerin en çok dört ay içinde bir karar itihaz etmeleri lâzımdır. Bu müddet içinde bir karar verilmezse müracaat reddedilmiş sayılır ve bu halde alâkalı, dört ayın inkızasından itibaren yukarıki maddede yazılı müddet zarfında Devlet Şurasına idarî dava açabilir."

[17] "Vakıa, Şurayı Devlette açılacak davalarda dava mevzuunu teşkil eden hadise hakkında hükümetçe lazımlıñfaz muamele ve karar bulunması icap ederse de, davacının mükerrer müracaatları üzerine idarenin bir cevap vermeyerek uzun müddet sükut etmesinin redde muadil bir muamele suretinde telakki" edilmesinin zorunlu olduğu ifade edilmiştir. GÖZÜBÜYÜK, **Yönetmel Yargı**, s. 146; Zımni reddin Fransa'daki gelişimi ve varlık nedeni için bkz. KARAHANOGULLARI, **Dava Açma Süresi**, s.10.

[18] GÖZÜBÜYÜK, **Yönetmel Yargı**, s. 146; AKYILMAZ, s. 163, dpn. 341.

[19] AKYILMAZ, s. 163, dpn 341.

[20] Zımni ret ile oluşan işlemde gerekçe ilkesine uygun davranılmadığı hakkında bkz. AKYILMAZ, s. 163, dpn 341.

[21] Anayasanın 40. maddesiyle getirilen bu kuralın idari işlemler için kesin bir şekil kuralı getirmediği ve salt bu yüzden işlemin iptal edilemeyeceği hakkında bkz. GÜNDAY, Metin; **İdare Hukuku**, 10. Baskı, 2011, s.144-145; İşlemin tamamlanması ve yürürlüğe girmesi aşamalarının farklı olduğu ve Anayasa 40 kuralının yürürlüğe ilişkin bir bildirim usulünü içermesi sebebiyle işlemin şekil unsuruna dahil olmadığı hakkında bkz. ÖZTÜRK, s.155-160; Anayasanın 40. Maddesine aykırı bir idari işlemin asli bir şekil sakatlığı içerdiği ve

Fransa'da, belki de idarelerin zımni reddi bir hak ve işlem türü olarak gören anlayışına tepki olarak, son zamanlardaki düzenlemelerde susmanın kabul anlamına geleceğine yönelik düzenlemeler yaygınlaşmıştır^[22]. Hatta artık denilebilir ki, 16.5.2013 tarihinden sonra Fransa'da zımni kabul “*kural*” zımni ret ise “*istisna*” halini almıştır^[23].

3- Zımni Retten Sonra Gelen Cevabın Dava Açma Süresine Etkisi

İYUK madde 10'a göre, “...*Dava açılmaması veya davanın süreden reddi hallerinde, altmış günlük sürenin bitmesinden sonra yetkili idari makamlarca cevap verilirse, cevabın tebliğinden itibaren altmış gün içinde dava açabilirler.*” Bilindiği üzere, İYUK 10. madde başvurusu ortada idarenin herhangi bir işlemi ve dolayısıyla iradesi olmadığı durumlarda yapılabilmektedir. Davanın açılmadığı veya süreden reddi hallerinde idarenin sonradan verdiği cevap ile dava açma süresinin kaldığı yerden yeniden işlemeye başlaması ilk kez 521 sayılı Danıştay Kanununun 69. maddesinde yer almıştır^[24]. Bu düzenlemeden önce Danıştay sonradan gelen cevap üzerine açılan davaları süre yönünden reddetmekteydi^[25].

iptal edilmesi gerektiği hakkında bkz. KARAHANOĞULLARI, Onur; **İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler**, Turhan Kitabevi 2011, s. 398. Danıştay işlemin şekil unsurundaki sakatlığın iptale yol açabilmesi için ikili bir ayırım yapmakta ve asli şekil sakatlığı halinde işlemin iptaline karar vermektedir. D. 6. D. E. 2009/13899, K. 2010/3076, T. 26.3.2010 (Kazancı) “...*denetim saatinin ikinci kez sehven farklı yazılmasının işlemin esasına etkili olan bir şekil sakatlığı olmadığı sonucuna ulaşıldığından; mahkeme kararında bu gerekçe yönünden de isabet görülmemiştir*”; Şekil kuralları arasında ayırım yapmanın anlamsız olduğu ayrıca asli tali şekil kuralı ayırımı yapmanın kolay olmadığı ve hukuka aykırı bir işlemin çok veya az hukuka aykırılığından bahsedilemeyeceği yönünde görüş için bkz. YILDIRIM vd., **İdare Hukuku**, s. 448.

[22] AKYILMAZ, s. 164; ŞAHİN, Mustafa Emre; **Fransız İdare Hukukunda Yapılan Reform Bağlamında Zımni Kabul Müessesesi**, TBB Dergisi 2016 (127), s. 163.

[23] ŞAHİN, s. 164.

[24] 31.12.1964 tarih ve 11896 sayılı Resmi Gazete, Madde 69 — “*İlgililer, haklarında idari dâvaya konu olabilecek bir işlem veya eylemin yapılması için idari makamlara başvurabilirler. Bu halde yetkili makamlar en çok üç ay içinde bir cevap verirler. Bu süre içinde cevap verilmez ise istek reddedilmiş sayılır ve ilgililer, üç ayın bittiği tarihten itibaren doksan gün içinde Danıştaya dâva açabilirler. Dâva açılmayan haller ile dâvanın doksan günlük süre geçtikten sonra açılması sebebiyle dilekçenin reddi halinde, üç aylık sürenin bitmesinden sonra cevap verilirse, bunun tebliğinden itibaren dâva açma süresi yeniden işlemeye başlar.*”

[25] GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref; **İdari Yargıda Dava Açma Süresi**, Amme İdaresi Dergisi, C. 2, S. 4, Aralık 1969, s. 8.

İYUK madde 11'e göre ise, "İsteğin reddedilmesi veya reddedilmiş sayılması halinde dava açma süresi yeniden işlemeye başlar ve başvurma tarihine kadar geçmiş süre de hesaba katılır." Dolayısıyla 11. madde başvurusunda istek ya açıkça ya da zımni olarak reddedilecektir. İstek reddedildikten sonra işlemeye başlamış ve başvuru nedeniyle durmuş olan dava açma süresi kaldığı yerden işlemeye devam edecektir. 11. madde düzenlemesinde, idarenin zımni retten sonra vereceği açık ret cevabının akıbetinin ne olacağına ilişkin bir açıklama olmadığından savunulmasından ötürü, sonradan verilen açık ret cevabının dava açma süresini kaldığı yerden başlatıp başlatmayacağı noktasında mevcut doktrin görüşlerini ve Danıştay'ın konu ile ilgili kararlarını incelemek gerekmektedir.

a- Doktrin

Doktrinde, İYUK madde 11 başvurusu üzerine oluşan zımni retten sonra idarenin sonradan vereceği açık cevabın dava açma süresini kaldığı yerden yeniden başlatıp başlatmayacağı hususunda görüş birliği yoktur. Her ne kadar görüş birliği olmasa da dikkati çeken durum, İYUK madde 11 düzenlemesinin İYUK madde 10'a kıyasla eksik düzenlendiği noktasında doktrinin birleşiyor olmasıdır.

Zımni retten sonra idarenin açık ret cevabının dava açma süresini canlandırmayacağı görüşünü savunanlara göre^[26]; İYUK 11'de İYUK 10'a benzer bir düzenleme olmadığı ve İYUK 10 genel hüküm niteliğinde olmadığı için İYUK madde 11 başvurusu sonrası zımni retten sonra idarenin vereceği açık ret cevabı dava açma süresini başlatmaz^[27]. Ayrıca sonradan verilen ret cevabının dava açma süresini canlandırabilmesi için, verilen ret cevabının idarenin ilk işlemi olması gerektiğinden, İYUK madde 11 başvurusunda ortada mevcut bir işlem vardır ve zımni ret olduğu andan itibaren dava açma süresi başlar ve sonradan verilecek açık ret cevabının süreye etkisi yoktur^[28].

İdarenin sonradan vereceği açık ret cevabının dava açma süresini kaldığı yerden yeniden başlatacağı yönündeki görüşlere ve gerekçelerine gelince; sürenin

[26] GÖZÜBÜYÜK, **Yönetmelik Yargı**, s. 422.

[27] YENİCE, Kazım – YÜKSEL, Esin; **İdari Yargılama Usulü**, 1983, s. 217; ERDEM KARAHANOGULLARI, Özlem; **İdari Davalarda Süre Sorunları**, İdari Yargı Paneli, 11-12 Nisan 2003, Mersin, Şen Matbaa, s. 112; ÇIRAKMAN, Erol; **İdari Davalarda Süre**, İdare Hukuku ve İdari Yargı İle İlgili İncelemeler I, Danıştay Başkanlığı, Ankara 1976, s. 205; ÖNGÖREN, Gürsel; **Türk Hukukunda İdari Dava Açma Süreleri**, Kazancı, İstanbul 1990, s. 45; CANDAN, Turgut; **İdari Yargılama Usulü Kanunu**, 5. Baskı, Ankara 2017, s. 465.

[28] ARAL, Kenan; **Danıştay Muhakeme Usulü**, Sevinç Matbaası, Ankara 1965, s. 222.

kaldığı yerden yeniden başlayacağı noktasında görüşler ortak olsa da gerekçe yönünden farklılaşmaktadır. Bu gerekçeleri özünde ikiye indirebiliriz: Anayasanın 74. ve 125. maddelerine atıf yaparak dava açma süresinin kaldığı yerden yeniden başlayacağını düşünenler^[29] ile İYUK madde 10 hükmünün genel hüküm olması hasebiyle İYUK madde 11'in eksiklerini giderebileceğini düşünenler^[30].

AKMANSU, 11. madde başvurusu üzerine sonradan verilen açık ret cevabının dava açma süresini kaldığı yerden yeniden başlatacağını düşünmektedir. Bu fikrini 1961 Anayasasının 114. (1982 Anayasası'nın 125. maddesi) ve 1961 Anayasasının 62. (1982 Anayasası'nın 74. maddesi) maddelerine dayandırmaktadır. Yazar İYUK madde 10'daki (521 sayılı kanunda 69. maddesi) sonradan gelen cevabın dava açma süresini kaldığı yerden yeniden başlatacağına dair kanun hükmünün gerekçesine de yer vererek İYUK madde 11 ile aralarında anlamlı bir fark olmadığına dikkat çekmektedir. Hatta yazar bu haliyle İYUK madde 11 düzenlemesinin Anayasaya aykırı olduğunu da düşünmektedir^[31].

YILDIRIM vd. ise yukarıdaki gerekçelerin neredeyse tamamına değinmiş ve dava açma süresinin kaldığı yerden yeniden başlayacağına dair şu farklı değerlendirmeyi yapmıştır. Bazı özellikli ve usullü işlemler söz konusu olduğunda (özellikle Yüksek Öğretim Kurulu'nun ve Büyükşehir Belediyeleri'nin yaptıkları işlemlerde) talebe cevap vermek oldukça uzun zaman almakta ve kişinin açık cevabı beklemesinin altında yatan idareye güven olgusunun bu şekilde zedelenmemesi gerekmektedir. Ayrıca yazarlar, bu haliyle İYUK madde 11 hükmünün Anayasa'ya aykırı olduğunu iddia etmektedir^[32].

[29] SEZGİNER, s. 437.

[30] ULER, Yıldırım; **Yönetmelik Yargıda Dava Süresi**, I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, 1-4 Mayıs 1990 Ankara, Birinci Kitap, Danıştay Matbaası, Ankara 1991, s. 229; SANCAR, Mithat; **İdari Yargılama Usulü Kanununun 10 ve 11. Maddeleri Bağlamında İptal Davaları**, Amme İdaresi Dergisi, Mart/1990, S. 23/1, s. 85; ÖZTÜRK, meseleyi her ne kadar zorunlu itirazlar bağlamında tartışsa da İYUK madde 10 hükmünün genel hüküm olduğu ve diğer düzenlemelerdeki eksikliklerin İYUK madde 10 hükmünün uygulanmasıyla çözülebileceğini ifade etmektedir. ÖZTÜRK, s. 66-68; İYUK madde 10'un genel hüküm niteliğine karşı çıkan görüş için bkz. KARAKOÇ, Yusuf; **Vergi Yargılaması Hukukunda Süreler**, Yetkin Yayınları, Ankara 2000, s. 120.

[31] AKMANSU, Mehmet; **Danıştayda İdari Dava Süresinin Durması ve Uygulama Şekli Üzerine Düşünceler**, Ankara Barosu Dergisi, S. 2, 1978, s. 267-268.

[32] YILDIRIM vd., **İdare Hukuku**, s. 799-803.

Ayrıca, SEZGİNER^[33] ve SANCAR^[34] sonradan gelen açık cevapla dava açma süresinin başlayacağını ancak tebliğ ile idareye başvuru arasında geçen sürenin de dava açma süresinin hesabında dikkate alınacağını belirtirken; AKMANSU^[35], “Kanun üst makamın yoksa aynı makamın konuyu yeniden incelemesini, bunun da bir dava konusu olabileceğini kabul ettiğine, Anayasanın 62. Maddesinde (1981 Anayasası'nın 74. maddesi) dilekçelere yazılı cevap verilmesi öngörüldüğüne nazaran, 70. Maddedeki (İYUK'un 11. maddesi) yeniden inceleme hali üzerine, dava süresi geçtikten sonra açık red cevabı verilmesi halinde de yeni bir dava süresi tanınması gerekirdi kanısındayız” diyerek yeni bir 60 günlük dava açma süresinin başlayacağını ifade etmektedir.

Yukarıda yer verilen ve dava açma süresinin kaldığı yerden yeniden başlayıp başlamayacağı hakkında farklı görüşlere sahip yazarların hepsi İYUK madde 11 hükmünün eksik olduğunda birleşmektedirler. Özünde İYUK madde 11'de İYUK madde 10'dakine benzer olarak sonradan gelen cevaba yer verilmemiş olduğu hususunda hemfikirdirler. Ancak biz öyle düşünmüyoruz. İYUK madde 11 düzenlemesi, sonradan gelen açık cevabın dava açma süresini kaldığı yerden yeniden başlatması noktasında yeterli içeriğe sahiptir. Şimdi bunun nasıl olduğunu aktaralım: Öncelikle 521 sayılı Danıştay Kanunu'nun İYUK'un 11. maddesine denk gelen 70. maddesine göre, “İlgililer tarafından, idari dâva açılmadan önce idari bir işlemin kaldırılması, değiştirilmesi veya yeni bir işlem yapılması üst makamdan ve üst makam yoksa işlemi yapmış olan makamdan idari dâva açmak için belli olan süre içinde istenebilir. Bu müracaat, işlemeye başlamış olan idari dâva süresini durdurur. Üç ay içinde bir cevap verilmez ise istek reddedilmiş sayılır. İsteğin reddi üzerine dâva açma süresi işlemeye başlar ve müracaat tarihine kadar geçmiş olan süre de hesaba katılır. (altını ben çizdim (abç))” Yani 521 sayılı Kanun'da isteğin reddedilmiş sayılması ayrıca düzenlenmemişken ve dolayısıyla açık ret ve zimni ret durumu aynı sonuca bağlanmışken; İYUK madde 11'e göre, “...isteğin reddedilmesi veya reddedilmiş sayılması halinde dava açma süresi yeniden işlemeye başlar ve başvurma tarihine kadar geçmiş süre de hesaba katılır(abç)” şeklinde formüle edilerek açık ret ve zimni ret hususları ayrıca ele alınmıştır. Cümlede “veya” bağlacı kullanıldığına göre “isteğin reddedilmesi” ve “reddedilmiş sayılması” ihtimalleri ayrı ayrı değerlendirmeye müsaittir. İsteğin reddedilmiş sayılması zimni reddin oluşmasına işaret etmektedir. Peki, cümlenin baş kısmındaki “...isteğin reddedilmesi...” ne anlama gelmektedir? Tabiidir ki idarenin açık ret cevabına işaret etmektedir. Dolayısıyla cümleyi şu şekilde

[33] SEZGİNER, s. 437.

[34] SANCAR, s. 85.

[35] AKMANSU, s. 268.

basitleştirir isek, “...*isteğin reddedilmesi (...)* halinde dava açma süresi yeniden işlemeye başlar ve başvurma tarihine kadar geçmiş süre de hesaba katılır (abç).” İsteğin reddedilmesi halinde dava açma süresi kaldığı yerden yeniden işlemeye başlayacaktır ve bu ret cevabı kanunun açık hükmüne göre zımnî ret süresi içinde gelmek zorunda değildir. Sonuç itibarıyla İYUK’un 11. maddesi mevcut haliyle idarenin sonradan vereceği açık ret cevabının dava açma süresini canlandırması hususunda yeterlidir.^[36] Dolayısıyla, idarece sonradan verilen açık ret cevabının dava açma süresini canlandırması ile ilgili olarak, ne genel hüküm niteliğinde olduğu iddia edilen İYUK madde 10 hükmüne atıfta bulunan görüşlere ne de Anayasada yer alan hükümlere atıfta bulunularak (74. ve 125. maddelere) İYUK madde 11 hükmünün bu haliyle Anayasaya aykırı olduğunu iddia eden görüşlere katılıyoruz.^[37]

b- İçtihat

Danıştay 2015 yılına kadar, İYUK 11. madde başvurusu sonrası zımnî ret oluşumundan sonra dava açmayan/açamayan ve daha sonra idarenin açık ret cevabına süresinde dava açan kişilerin davalarını istikrarlı bir biçimde süre aşımı sebebiyle reddetmiştir. İçtihatlar ayrıntılı olarak aşağıda değinilecektir. İncelemeye geçmeden önce vurgulanması gereken nokta, Danıştay’ın zımnî ret süresine atfettiği mutlak önemdir. Zımnî ret, yukarıda da ifade edildiği üzere suskun kalan idareye karşı kişilere getirilmiş bir güvence iken, içtihat yoluyla bu kurum idarenin Anayasa ve kanun hükümlerine aykırı bir tür işlem yapma yolu olarak görülmüştür. Nitekim incelemenin konusunu oluşturan sorun da Danıştay’ın, zımnî ret kurumuna idarenin yüklediği anlama göz yummasından başka bir şey değildir.

Konuyla ilgili olarak Kazancı Hukuk Otomasyonu içeriğinde yapılan taramalar sonucunda erişebildiğimiz ilk karar 1985 yılına aittir. Eksik beyannamede bulunan kişinin beyannamesi re’sen düzenlenmiş ve bu düzenlemenin hatalı olduğunu düşünen vergi yükümlüsü süresinde itiraz etmiştir. İtirazına 1 yıl gibi bir süre sonrasında ret cevabı verilmiş ve ilgili süresinde iptal davası açmıştır. Danıştay İYUK madde 10 ve 11 düzenlemelerini anlatmış ve;

[36] İYUK madde 13 uyarınca idareye yapılan “ön karar” başvurusuna idarenin, 60 günlük zımnî ret süresi içinde cevap vermemesi ve dava açma süresi de geçtikten sonra cevap vermesi halinde de işlemin tebliği ile dava açma hakkının verilmesi gerektiği hakkında bkz. ÇAĞLAYAN, Ramazan; **İdari Eylemden Doğan Tam Yargı Davalarında Dava Açma Süreleri**, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. IX, S. 3-4, s. 30 vd.

[37] Benzer yönde bkz. KARAHANOĞULLARI, **Dava Açma Süresi**, s. 8.

“11. maddede idari işlemlere karşı yapılan idari müracaatlara 60 gün içinde cevap verilmemesi nedeniyle doğan ve süresinde kullanılmadığından düşen dava hakkının idarece bu süreden sonra verilecek cevapla yeniden doğacağı yolunda bir hüküm yer almamıştır. (...) İdarenin altmış günlük bekleme süresinin geçmesinden sonra verdiği 3.9.1984 günlü ret cevabı dava açma süresinin geçirilmesi (nedeniyle) düşmüş olan dava hakkını ihya edemeyeceğinden ve dava süresinin yeniden işlemlerini gerektirmeyeceğinden davanın süre aşımı nedeniyle reddinde kanuna aykırılık yoktur^[38]”

sonucuna ulaşmıştır. Burada mahkeme İYUK madde 10 ve madde 11 kıyaslaması yapmakta ve 10'da hüküm var iken 11'de olmaması nedeniyle dava açma süresi kaldığı yerden yeniden başlamaz demektir.

1992 tarihli başka bir kararda, şube müdürü olarak görev yapan davacı, bölge müdürlüğüne müdür olarak atanması işlemine süresinde itiraz etmiş; yaklaşık 14 ay sonra itirazının reddedilmesi üzerine süresinde iptal davası açmıştır. Danıştay;

“(İYUK 11.) ...maddenin açık hükmüne göre, idari işlemlere karşı üst makama, üst makam yoksa aynı makama yapılacak itirazların 60 gün içinde cevaplandırılmaması halinde, itirazla durmuş olan dava süresi 60 günün bittiği tarihten itibaren yeniden işlemeye başlayacak olup; bu süre geçtikten sonra verilecek cevabın işlemeye başlamış olan dava süresine, başlangıç tarihi yönünden bir etkisi bulunmamaktadır^[39](abc)”

diyerek davayı süre yönünden reddetmiştir. Aslında yukarıda da ifade ettiğimiz gibi maddenin açık hükmü, reddedilmiş sayılma halinde 60 gün içinde dava açmayı düzenlemektedir. İsteğin açıkça reddedilmesi halinde ise dava açma süresi açık ret işleminin tebliği üzerine başlar ve başvuruya kadar geçen süre de hesaba katılır.

İmar planları, yapılması, onaylanması, itiraz süresi ve itirazların değerlendirilmesi aşamalarından oluşan usullü işlemlerdir ve kesinleşmesi zaman almaktadır. Belediye sınırları içerisindeki imar planları belediyece hazırlandıktan sonra belediye meclisi tarafından onaylanır ve yürürlüğe girer. Bu planlar onay tarihinden itibaren belediye başkanlığınca tespit edilen ilan yerlerinde ve ilgili idarelerin internet sayfalarında bir ay süreyle eş zamanlı olarak ilan edilir. İlan edilen planlara bir aylık askı sürecinde itiraz edilirse, bu itirazlar Belediye Başkanlığı tarafından belediye meclisine gönderilir ve belediye meclisi tarafından 15 gün içinde kesin olarak karara bağlanır^[40]. Konuyla ilgili bir Danıştay

[38] D. 4. D, E. 1985/2569, K. 1985/1931, T. 11.7.1985 (Kazancı)

[39] D. 5. D, E. 1991/3142, K. 1992/226, T. 6.2.1992 (Kazancı)

[40] 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 8. maddesi. (9/5/1985 tarih ve 18749 sayılı Resmî Gazete)

kararına göre, ilk derece mahkemesi, dava dosyası içeriğinden 1 aylık askı süresi anlaşılammakla birlikte, davacının son başvuru tarihinden itibaren idarece mevzuatta öngörülen 15 günlük süre içerisinde cevap verilmemesi sebebiyle oluşan zımnî retten itibaren 60 gün içerisinde dava açması gerekirken, idarenin sonradan verdiği açık ret cevabı üzerine dava açmış olması nedeniyle davayı süre aşımından reddetmiştir. Danıştay'a göre;

“...askı süresinin son gününü izleyen günden itibaren 60 gün içinde cevap verilmemek suretiyle itirazların reddedilmiş sayılması sonucunda bu tarihi izleyen günden itibaren 60 gün içerisinde dava açılması gerekirken, bu süre geçtikten sonra itirazların reddedilmesi yolundaki 6.9.1996 günlü, 889 sayılı belediye meclisi kararının tebliği üzerine 6.2.1997 tarihinde açılan davanın süresinde bulunmaması nedeniyle, davanın süre aşımı yönünden reddi yolundaki idare mahkemesi kararında sonucu itibariyle isabetsizlik görülmemiştir.”^[41]

Kararda 6.9.1996 tarihli kararın hangi tarihte tebliğ edildiği ve dolayısıyla açılan davanın süresi içinde açılıp açılmadığı anlaşılammaktadır. Ancak mahkemenin kararda bu noktaya temas etmemesi, davanın tebliğden sonra süresinde açıldığı ve sehven karara geçirilmesinin unutulduğu hissini uyandırmaktadır. Bunun ötesinde asıl olarak yukarıda da ifade edildiği üzere imar planı işlemleri usullü ve kesinleşmesi zaman alan işlemlerdir. Kişinin idarenin cevap vereceğine olan güveni ve inancı ile dava açmamış olması ihtimali ve idarenin 15 ay sonra dahi (belki de incelemeyi ancak tamamlayabilirdi) dava açılmasını da göze alarak cevap vermesi karşısında; mahkemenin mevzuat hükmünü dar ve yanlış yorumlaması bir yandan kişilerin mahkemeye erişim hakkına getirilen önemli bir sınırlama iken diğer yandan uyuşmazlıkların dava öncesi çözüm imkanına olan inancı zedelemektedir.

Yine imar planlarına ilişkin bir kararda, davacı ticaret alanından park alanına dönüştürülen taşınmazlarıyla ilgili imar planı değişikliğine ve parselasyon işlemine karşı, tamamı park yerinde kalan taşınmazlarına karşılık hiçbir yer tahsis edilmediğinden bahisle, süresinde itiraz etmiştir. 5 ay gibi bir süre sonunda idare tarafından davacıya yer tahsisine karar verildiği cevabı verilmiştir. Davacı encümen kararı ve yer tahsisine ilişkin işleme karşı süresinde dava açmıştır. Danıştay davanın imar planı değişikliğine ilişkin kısmını süre aşımı sebebiyle reddetmiştir^[42]. Parselasyon işlemine ilişkin itiraza idare tarafından verilen cevaba ise Danıştay;

[41] D. 6. D. E. 1997/5279, K. 1998/4592, T. 15.10.1998 (Kazancı)

[42] Karardan anlaşıldığı kadarıyla, Danıştay, davanın bu kısmının süreden reddedilmesini sonradan gelen açık cevabın dava açma süresini kaldığı yerden yeniden başlatmadığı savına dayandırmamaktadır. Çünkü idare tarafından itiraza verilen cevapta imar planı

“...dava açma süresi geçtikten sonra aynı nitelikte başvuruların ve idarece verilen cevapların dava açma süresini ihya etmeyeceği açık ise de, süresi geçtikten sonra idarece verilecek olan yanıtın dava açma süresini ihya etmemesi için istemin reddi yolunda bir yanıt olması gerektiği, idare tarafından başvuru değerlendirilerek yeni işlem tesis edilmiş olması halinde ise yeni bir hukuki durum ortaya çıkacağından, önceki işlemden farklı bir hukuki sonuç yaratan bu işleme karşı süresi içerisinde dava açılabilmesi sonucuna^[43]”

varmıştır. Dolayısıyla idare tarafından zımni ret işlemi oluştuktan sonra verilen cevap ret ise dava açma süresi başlamayacak; verilen cevap karşı tarafın talebini tatmin etsin ya da etmesin yeni bir cevap ise dava açma süresi kaldığı yerden yeniden işlemeye başlayacaktır. Danıştay'a göre “yeni bir hukuki durumun ortaya çıkmış olması” halinde dava açma süresi içinde açılan dava süre aşımı sebebiyle reddedilemez^[44].

Ecrimisil ödenmesine ilişkin olan 2007 tarihli başka bir karara göre, davacı ödenmesi istenen ecrimisil ihbarnamesine karşı süresinde itiraz etmiş ve 4 ay gibi bir süre sonunda gelen açık ret cevabı üzerine süresinde iptal davası açmıştır. Yine benzer gerekçelerle Danıştay;

“...dava açılmadan dava açma süresi geçirildikten sonra idarece 20.1.2004 tarihinde itirazın reddi yolunda işlem tesis edilmiş olmasının yeni bir dava açma süresi kazandırmayacağı ve dolayısıyla davacı tarafından 22.3.2004 tarihinde açılan davanın süresinde olmadığı tartışmasızdır”^[45]

diyerek davayı süre aşımından reddetmiştir.

Danıştay'ın yukarıda belirtilen kararlarından İYUK 11. madde başvurusunda zımni ret sonrası idareden gelen açık ret cevabıyla dava açma süresinin kaldığı yerden yeniden işlemeye başlamayacağını, bunun gerekçesi olarak da İYUK madde 10'dakine benzer bir düzenlemenin İYUK madde 11'de olmadığını gösterdiğini, ayrıca zımni ret süresinin geçmesiyle birlikte idarenin vereceği cevaba Anayasada yer alan açık hükümler karşısında itibar etmediğini anlıyoruz.

Danıştay'ın süre hususunu dar yorumlaması hiç şüphesiz Anayasanın 36. ve AİHS 6. maddelerinde düzenlenen adil yargılanma hakkının bir alt başlığı

değişikliğine yapılan itiraza hiç değinilmemiş ve sadece parselasyon işlemiyle ilgili itiraza cevap verilmiştir. Dolayısıyla savunduğumuz üzere idare tarafından zımni ret süresi geçtikten sonra verilen açık cevap burada söz konusu değildir.

[43] D. 6. D, E. 1998/1839, K. 1999/2054, T. 20.4.1999 (Kazancı)

[44] Aynı karar.

[45] D. 10. D, E. 2004/13105, K. 2007/258, T. 31.1.2007 (Kazancı)

olan mahkemeye erişim hakkının da sınırlandırılması anlamını taşımaktadır^[46]. AİHM'e göre mahkemeye erişim hakkı sınırsız değildir ve devletlerin birtakım sınırlamalar getirmeleri takdir yetkileri içerisinde. Ancak bu sınırlamalar meşru bir amaç doğrultusunda, makul ölçüde ve hakkın özünü etkilemeyecek şekilde yapılmalıdır^[47].

Ayrıca mahkemeye erişim hakkıyla ilgili olarak Mesutoğlu – Türkiye kararında AİHM;

“...dava açma hakkının doğal olarak yasayla belirlenen şartları olmakla birlikte, mahkemelerin yargılama usullerini uygularken bir yandan davanın hakkaniyetine halel getirecek kadar abartılı şekilcilikten, öte yandan, kanunla öngörülmüş olan usul şartlarının ortadan kalkmasına neden olacak kadar aşırı bir gevşeklikten kaçınmaları gerektiği...”^[48]

yönünde karar vermiştir.

c- Danıştay'ın içtihat değişikliği

Danıştay, 2015 yılında vermiş olduğu bir kararla^[49], İYUK 11. madde başvurusu sonrasında oluşan zımni ret sonrası idarenin açık ret cevabı üzerine dava açma süresinin kaldığı yerden yeniden başlayacağını kabul etmiştir. Kararın içeriğinden anlaşıldığı kadarıyla Danıştay'ın yerleşik içtihadından dönmesine neden olan gerekçeler arasında incelememizde yer alan neredeyse tüm eleştiriler mevcuttur. Oy çokluğuyla alınan bu karar, Danıştay'ın yukarıda aksi yönde vermiş olduğu kararlardan olan imar planlarına yapılan itiraza ilişkindir. Kararla ilgili eleştirilerimizi kararın detaylarını verdikten sonra yapacağız.

Özetle, davacı askı süresi içerisinde imar planı değişikliği işlemine itiraz etmiş ve yaklaşık 9 ay sonra idare tarafından itirazı reddedilmiştir. Bunun üzerine davacı iptal davası açmıştır. İlk derece mahkemesi eski içtihadı yineleyerek;

[46] Anayasanın 36. Maddesinin mahkemeye erişim hakkını da içerip içermediği konusunda tartışma ve detaylı bilgi için bkz. ÖZTÜRK, s. 77-78.

[47] AİHM, Pérez de Rada Cavanilles v. Spain, T. 28/10/1998, B.N. 28090/95, Paragraf 44. [https://hudoc.echr.coe.int/tur#{“fulltext”:\[“CASE OF PÉREZ DE RADA CAVANILLES v. SPAIN\”\],“documentcollectionid2”:\[“GRANDCHAMBER,”“CHAMBER”\],“itemid”:\[“001-58260”\]}](https://hudoc.echr.coe.int/tur#{“fulltext”:[“CASE OF PÉREZ DE RADA CAVANILLES v. SPAIN\”],“documentcollectionid2”:[“GRANDCHAMBER,”“CHAMBER”],“itemid”:[“001-58260”]}) Erişim Tarihi: 21.10.2017.

[48] Mesutoğlu – Türkiye kararı için bkz. [https://hudoc.echr.coe.int/tur#{“itemid”:\[“001-124030”\]}](https://hudoc.echr.coe.int/tur#{“itemid”:[“001-124030”]}) Erişim Tarihi: 21.10.2017.

[49] D. 6. D, E. 2013/673, K. 2015/1617, T. 18.3.2015 (Kazancı)

“...tarihine kadar dava açılması gerekirken bu süre geçirildikten sonra ve dava açma süresini ihya etmeyecek nitelikte olan ve davalı idarece tesis olunan ... tarihli meclis kararının ... tarihinde tebliği üzerine ... günü açılan davanın süre aşımı sebebiyle reddine”

karar vermiştir. Danıştay 6. Dairesi, yerleşik içtihadından dönerken sırasıyla, Anayasanın 35. (Mülkiyet hakkı), 36. (Hak arama hürriyeti), 40/2. (başvuru yolları ve mercilerle sürelerin belirtilmesi zorunluluğu), 74. (Dilekçe hakkı), 125/3. (sürenin yazılı bildirim ile başlayacağı) ve AİHS'in 6. (Adil yargılanma hakkı), 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 8. ve 5393 sayılı Belediye Kanunu'nun 20. maddelerine değinmiştir.

Mevzuattaki ilgili hükümlere yer verdikten sonra Danıştay kararda öncelikli imar değişiklikleri ile ilgili;

“...belediye meclisinin, kendisine gönderildiği tarihten itibaren on beş gün içinde inceleyerek karar vermesi ve belediye meclisinin yasal olarak olağan ve olağanüstü yapabilecekleri toplantıları dikkate alındığında, itirazlar hakkında belediye meclisi tarafından 2577 Sayılı Kanun'un 11. maddesine göre oluşan zımni ret süresi içerisinde karar oluşturulması ve tebliğ edilmesinin özellikle kapsamlı planlarda her zaman için mümkün olmadığı görülmektedir”

diyerek usullü işlemlerin yapılmasının zaman aldığına ve 60 günlük zımni ret süresi içinde bu tür işlemlerin bitirilemediğine dikkat çekmiştir.

Zımni ret müessesesine de değinen Danıştay, zımni reddin idare için değil kişiler için bir güvence oluşturduğuna ve idarenin yazılı olarak cevap verme yükümlülüğünün kalkmadığına dikkat çekmiştir. Şöyle ki;

“...ilgilinin haklarının zımni ret süresi ile sınırlandırılması yukarıda yer verilen yasal düzenlemelere (Anayasa 40 ve 74) uygun görülmemiştir... zımni ret (...), idarenin keyfi olarak vatandaşın başvurusunu bekletmesine karşı getirilmiş bir güvence olup, idarenin yanıt verme yükümlülüğünü kaldıran bir durum değildir... Zımni ret sonunda dava açma hakkını kullanmayan birinin, idarenin sonradan vermiş olduğu ret cevabı üzerine dava açma hakkını kullanması Anayasa'nın 74 ve 125. maddelerinin vermiş olduğu hakkın bir gereğidir... İdarenin cevap vermemek suretiyle, hak arama özgürlüğünün kullanılmasına engel olması zımni ret müessesesi ile ortadan kaldırılmıştır... Zımni ret süresi sonundan itibaren başlayan dava açma süresi geçtikten sonra idareden gelen açık cevap üzerine süresi içinde dava açılabilir olup, Anayasanın 125. maddesinin üçüncü fıkrası gereği bu duruma herhangi bir yasal engel bulunmamaktadır.”

Hukuk devleti ve mülkiyet hakkına da değinen kararın ilgili kısmına göre;

“(idare tarafından sonradan verilen açık ret cevabının dava açma süresini canlandırmadığını savunmak) ... idarenin zımni ret süresi geçtikten sonra ve bu sürenin geçtiğini bile bile kendiliğinden tesis etmiş olduğu bu işlemi, davaya konu edilebilecek nitelikte işlem olma özelliğinden çıkarır ki, bir hukuk devletinde bu yaklaşımın, mülkiyet hakkına dair işlemin sonuçları da dikkate alındığında kabulü uygun görülmemiştir.”

Danıştay İYUK madde 11’den asıl anlaşılması gerekenin ne olduğu noktasında ise şu yerinde tespitleri yapmıştır;

“... idare dava açma süresi içinde yapılan başvuruya açıkça ret cevabı verebilir. Bu cevap dava açma süresini başlatır. Bu cevabın altmış günlük dava açma süresi içinde verilmemesi sebebiyle oluşan zımni retten sonra idarenin vermiş olduğu açık ret cevabının dava açma hakkı vermeyeceği şeklinde hükmü yorumlamak, hükmün bir kısmını uygulanamaz hale getirmektedir. Böyle yorumlandığında hükmün “veya” bağlacından önceki kısmının anlamı kalmamaktadır. İdari işleme karşı dava açmadan önce idareye başvuran kişilere, Anayasanın 74. maddesine göre idarenin yanıt vermesi zorunlu olduğundan, idarenin açık yanıtının zımni ret süresi içinde gelmesi gerektiğine dair bir sınırlama madde metninde yer almamaktadır. Madde metni bu yorumda bulunulmayacak kadar açıktır.”

Kararın karşı oyunda, sürenin niteliğine ilişkin hukuki değerlendirmeler ve mevcut mevzuat hükümlerine yer verildikten sonra, sürelerin taraflarca veya mahkeme kararıyla uzatılıp kısaltılamayacağına ilişkin eski bir içtihadı birleştirme kararına değinilmiş (DDDGGK, E. 1941/1, K. 1944/138, T. 08.12.1944^[50]), sonuç olarak İYUK madde 10’da bu yönde bir kural öngörülmesine rağmen İYUK madde 11’de bu hususta açık bir hüküm olmaması nedeniyle çoğunluk görüşüne uyulmamıştır.

Sonuç olarak Danıştay zımni retten sonra idarenin açık ret cevabı üzerine dava açma süresinin kaldığı yerden yeniden başlayacağına karar vermiştir. Kararın eleştirisine gelince, öncelikle Danıştay’ın müstakar sayılabilecek bir içtihadından dönmüş olduğunu kararın içeriğinden anlamak mümkün olmakla birlikte bunu açıkça dile getirmesi beklenirdi. İkinci olarak Danıştay, mevzuu mülkiyet hakkıyla ilişkilendirmiş, imar planlarının kendine özgü durumunu vurgulamıştır. Dolayısıyla farklı bir uyuşmazlıkta, uyuşmazlığın kendine özgü durumunu değerlendirerek farklı bir sonuca ulaşabileceği izlenimi uyandırmaktadır. İYUK 11. madde başvurusu sonucunda oluşan zımni ret sonrası idarenin vermiş olduğu açık ret cevabının dava açma süresini kaldığı yerden yeniden başlatması mülkiyet hakkıyla veya imar plan değişikliklerinin kendine

[50] Kararın özeti için bkz. Sayfa 4, dpn. 22.

has durumuyla ilgisi yoktur. Dava açma süresinin başvuruya kadar geçen süre de göz önünde bulundurularak yeniden başlaması İYUK madde 11'e içkin bir husustur.

SONUÇ

İdari yargıda süreler her zaman tartışma konusu olmuş ve Danıştay'ın sürelerle ilişkin dar yorumu bu tartışmaya zemin hazırlamıştır. Hukuk devletinin ve hak arama hürriyetinin doğal sonuçlarından biri olan hukuka aykırılığın yargı yoluyla denetlenmesi olgusu, dava açma sürelerine ilişkin dar yorumla, Danıştay'ın "*idari istikrar*" ve "*sürekli dava tehdidi*" gerekçelerine feda edilmemelidir. Danıştay'ın dava açma süresine ilişkin ve mahkemeye erişim hakkının sınırlanması sonucunu doğuran içtihatlarından birisi de İYUK 11. madde başvurusu üzerine oluşan zımni ret sonrası idarenin sonradan vereceği açık ret cevabının dava açma süresini kaldığı yerden yeniden başlatmayacağına ilişkin olanı idi. Açık Anayasa düzenlemeleri ve AİHM içtihatları karşısında uzun müddet direnen mahkeme sonunda içtihadını değiştirmiş ve söz konusu durumda dava açma süresinin kaldığı yerden yeniden işlemeye başlayacağına karar vermiştir.

Bu içtihat değişikliği Anayasada düzenlenen dilekçe hakkının ifade ettiği başvurulara gecikmeksizin yazılı olarak cevap verilmesi zorunluluğu ile Anayasanın 125. maddesinde belirtilen "*idari işlemlere karşı açılacak davalarda süre yazılı bildirim tarihinden itibaren başlar*" hükümleriyle uyumludur. Ayrıca bu içtihat değişikliği ile Danıştay'ın, İYUK madde 11 hükmünün gerçek anlamını ve dolayısıyla açık ret sonrası dava açma süresinin başvuruya kadar geçen süre de göz önünde bulundurularak hesaplanması gerektiğinin hükmün içinde mevcut bulunduğunu vurgulaması da olumludur.

KAYNAKÇA

AKMANSU, Mehmet: Danıştay'da İdari Dava Süresinin Durması ve Uygulama Şekli Üzerine Düşünceler, Ankara Barosu Dergisi, S. 2, 1978

AKYILMAZ, Bahtiyar: İdari İşlemin Yapılış Usulü, Yetkin Yayınları, 2000

ARAL, Kenan: Danıştay Muhakeme Usulü, Sevinç Matbaası, Ankara 1965

CANDAN, Turgut: İdari Yargılama Usulü Kanunu, 5. Baskı, Ankara 2017

ÇAĞLAYAN, Ramazan: İdari Eylemden Doğan Tam Yargı Davalarında Dava Açma Süreleri, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. IX, S. 3-4

ÇAĞLAYAN, Ramazan: İdari Yargılama Hukuku, Güncellenmiş 8. Baskı, Seçkin, Ankara 2016

ÇIRAKMAN, Erol: İdari Davalarda Süre, İdare Hukuku ve İdari Yargı İle İlgili İncelemeler I, Danıştay Başkanlığı, Ankara 1976

DURAN, Lütfi: İdari Kazada Dava Açma Süresi, İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 11, Sayı 1-2, 1945

DURAN, Lütfi: İdari Müracaatlar ve Bunlar Karşısında İdarenin Sükûtu Meselesi, İÜHFİM, C. 12, S. 1

GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref: İdari Yargıda Dava Açma Süresi, Amme İdaresi Dergisi, C. 2, S. 4, Aralık 1969

GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref: Yönetmelik Yargı, 33. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2013

KAPLAN, Gürsel: İdari Yargıda Dava Açma Süreleri, 3. Bası, Ankara 2011

KARAHANOĞULLARI, Onur: İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler, Turhan Kitabevi 2011

KARAHANOĞULLARI, Onur: Zımni Retten Sonra Gelen Açık Yanıtlarda Dava Açma Süresi, <http://80.251.40.59/politics.ankara.edu.tr/karahan/makaleler/makaleler.htm>

KARAKOÇ, Yusuf: Vergi Yargılaması Hukukunda Süreler, Yetkin Yayınları, Ankara 2000

ONAR, Sıddık Sami: İdare Hukukunun Umumi Esasları, C. III

ÖNGÖREN, Gürsel: Türk Hukukunda İdari Dava Açma Süreleri, Kazancı, İstanbul 1990

ÖZTÜRK, K. Burak: Zorunlu İdari İtiraz, Yetkin Yayınları, Ankara 2015

İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 11. Maddesine Göre Yapılan Başvuruya Zımni Retten Sonra Gelen Açık Ret Cevabının Dava Açma Süresine Etkisi

SANCAR, Mithat: İdari Yargılama Usulü Kanununun 10 ve 11. Maddeleri Bağlamında İptal Davaları, Amme İdaresi Dergisi, Mart/1990, S. 23/1

SARICA, Rağıp: İdari Kaza, Hukuk Fakültesi Talebe Cemiyeti Yayını, Kenan Basımevi ve Klişe Matbaası, 1942, İstanbul

SEZGİNER, Murat: İdari Makamların Sükûtu Üzerine Açılan Davalarda Süre, SÜHFD, Prof. Dr. Şakir Berki'ye Armağan, C. 5, 1996, sy.1-2

ULER, Yıldırım: Yönetmelik Yargıda Dava Süresi, I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, 1-4 Mayıs 1990 Ankara, Birinci Kitap, Danıştay Matbaası, Ankara 1991

YENİCE, Kazım: İdari Yargılama Usulü, 1983

YÜKSEL, Esin:

YILDIRIM, Turan: İdare Hukuku, Güncellenmiş 6. Baskı, İstanbul, Ekim 2015

YASİN, Melikşah:

KAMAN, Nur:

ÖZDEMİR, H. Eyüp:

ÜSTÜN, Gül:

OKAY TEKİNSOY, Özge:

YILMAZ, Dilşat: İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 12. Maddesine İlişkin Bir Değerlendirme, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 4 Sayı:1 Yıl 2013

İNTERNET KAYNAKLARI

www.kazanci.com

hudoc.echr.coe.int

HART-FULLER TARTIŞMASI, NEDEN ANLAŞAMIYORLAR?*

Dr. E. İrem AKI

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-2824-9444>

DOI: 10.30915/abd.470786

Makalenin Geldiği Tarih: 17.05.2018 **Kabul Tarihi:** 21.09.2018

- * **Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK–ULAKBİM Veri Tabanında indekslenmektedir.** 15-18 Mayıs 2017 tarihlerinde İstanbul’da gerçekleştirilen “Hukuka Felsefi ve Sosyolojik Bakışlar VIII” sempozyumunda sunulmuştur. Makale olarak yazarın doktora tezinden türetilmiştir. Ayrıca bkz. E. İrem Akı, “Hukukun İç Ahlakı: Lon L. Fuller’ın Görüşleri Çerçevesinde Bir İnceleme”, *AÜHFĐ*, C.64, S.1, 2015, s. 28-35.

ÖZ

H.L.A. Hart ve Lon L. Fuller arasındaki tartışma hukuk felsefesi alanında önemli bir yerde durmaktadır. Bu tartışma genel olarak 1958 yılında Harvard Hukuk Fakültesi Dergisinde Hart ve Fuller arasında geçen tartışma olarak bilinir. Bununla birlikte Hart ve Fuller arasında başlayan tartışma bu iki düşünürün çeşitli eserleri vasıtasıyla 1969 yılına kadar devam etmiştir. Hukuk felsefesi geleceğinde tartışma daha çok Hart'ın perspektifinden okunmuştur. Bugünse bir Fuller Rönesansı'ndan bahsedebiliriz. Fuller Rönesansı yani Fuller'ın eserlerine karşı gerçekleşen canlanma tartışmayı Fuller'ın perspektifinden okumamıza olanak sağlamaktadır. Dolayısıyla bu makalede 1958 ve 1969 yılları arasında geçen tartışma Fuller'ın perspektifinden de okunmaya çalışılacaktır. Bu doğrultuda bu iki düşünürün hangi noktalarda anlaşamadıkları ortaya konulacak ve daha da önemlisi bu anlaşmazlık noktalarının hukuk felsefesi alanı için ne tür sonuçları olabileceği açıklanacaktır.

Anahtar Kelimeler: H.L.A. Hart, Lon L. Fuller, Fuller Rönesansı, hukuki pozitivism, hukukun iç ahlâkı, ayrılabilirlik tezi, hukuk ve ahlâk ayrımı.

THE HART-FULLER DEBATE,
WHY DO THEY NOT AGREE?

ABSTRACT

The debate between H.L.A. Hart and Lon L. Fuller occupies an important place in the philosophy of law. The debate is generally known as the debate between Hart and Fuller in the Harvard Law Review in 1958. However, the debate continues until 1969 through the works of Hart and Fuller. In the tradition of legal philosophy, the debate has been read through the perspective of Hart. Today we can talk about a Fuller Renaissance, that is, a revival of interest in Fuller's work. Fuller Renaissance gives us the opportunity to read the debate within the framework of Fuller's thought. Therefore, in this article I will read the debate through the perspective of Fuller. Firstly, I will explore the points these two scholars cannot agree upon, and, secondly, I will consider the importance these issues hold for legal philosophy.

Keywords: H.L.A. Hart, Lon L. Fuller, Fuller Renaissance, legal positivism, the inner morality of law, separability thesis, the distinction between law and morality.

GİRİŞ

Hart-Fuller tartışması hukuk felsefesiyle ilgilenenlerin bildiği bir tartışmadır. Bu tartışma Harvard Hukuk Fakültesi'nde başlamıştır. 1958 tartışmasının çıkış noktası 1957'de H.L.A. Hart'ın Harvard Hukuk Fakültesi'ne ziyareti sırasında Oliver Wendel Holmes başlıklı derste yaptığı konuşmasıdır. Lon L. Fuller o dönemde Harvard Hukuk Fakültesi'nde profesör olup Hart'ı konuşma yapmak üzere davet etmiştir. Hart'ın ziyaretinden de büyük beklentileri vardır.^[1] Nicola Lacey'in yazdığı biyografide Hart'ın bu konuşma öncesinde çok stresli olduğu ve konuşmanın başarısı neticesinde rahatladığı belirtilmektedir. Ancak, Fuller açısından neler olup bittiği bilinmemekle birlikte, Lacey'in o sırada derste olan bir öğrenciden aktardığına göre, Fuller, Hart'ın konuşması sırasında, “*sinirli bir aslan gibi*” salonun arka tarafında ileri geri gidip gelmiştir.^[2] Kristen Rundle'in aktardığı başka bir kaynağa göre de Fuller ders bitmeden salonu terk etmiştir.^[3] Daha sonra Fuller bir cevap hakkı talep etmiş ve Fuller'ın Hart'a olan cevabı Harvard Law Review'de, Hart'ın makalesinin peşi sıra basılmıştır.^[4]

Daha sonra Hart, 1961'de, *The Concept of Law*^[5]'ı yazmıştır. Fuller, 1958 tartışmasındaki cevabında Hart'ı tartışmaya davet etmesine rağmen, Hart, *The Concept of Law*'da Fuller'a birkaç satırla cevap verir. Daha da ötesi Hart, Fuller'ın adını bile zikretme gereği duymaz. Hart'ın kısa ve hafife alan eleştirisine karşılık Fuller, *The Morality of Law*^[6]'da Hart'ın *The Concept of Law*'ına geniş yer ayırmıştır. Böylece Hart tartışmayı kapatmak isterken, Fuller buna izin vermemiştir.^[7] Dahası Fuller, Aralık 1963'te Hart'a bir mektup yazmış ve çok yakında basılacak olan *The Morality of Law*'ın kopyasını da gönderip, fikrini

-
- [1] Kristen Rundle, *Forms Liberate: Reclaiming the Jurisprudence of Lon L. Fuller*, Hart Publishing, Oxford, 2012, s. 51.
- [2] Nicola Lacey, *A Life of H.L.A. Hart: The Nightmare and the Noble Dream*, Oxford University Press, Oxford, 2004'den aktaran Rundle, *Forms Liberate*, s. 51.
- [3] Rundle, *Forms Liberate*, s. 51.
- [4] H.L.A. Hart, “Positivism and the Separation of Law and Morals”, *Harvard Law Review*, C.71, S.4, 1958, s. 593-629; Lon L. Fuller, “Positivism and Fidelity to Law: A Reply to Prof. Hart”, *Harvard Law Review*, C.71, S.4, 1958, s. 630-72. 1958 tartışması için bkz. Sevtap Metin, “Lon L. Fuller ve Prosedürel Doğal Hukuk Yaklaşımı”, *Çağdaş Hukuk Düşüncesine Giriş*, Ed. Ertuğrul Uzun, İthaki, İstanbul, 2015, s. 167-175.
- [5] H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford University Press, Oxford, 1961.
- [6] Lon L. Fuller, *The Morality of Law*, Yale University Press, New Haven, 1969.
- [7] Rundle, *Forms Liberate*, s. 87.

sormuştur.^[8] Hart ise daha sonra *The Morality of Law*'a bir kitap eleştirisi^[9] yazmıştır. Fuller kendisine yöneltilen eleştirilere cevap vermek için 1969 yılında yapılan ikinci baskıya *A Reply to Critics* bölümünü eklemiştir. Böylelikle 1958 yılında başlayan tartışma, 1969'da son bulmuştur.

Bu makalede 1958-1969 yılları arasında Hart ve Fuller arasında geçen tartışmada bu iki düşünürün hangi noktalarda anlaşamadıkları ortaya konacak, daha da önemlisi bu anlaşmazlık noktalarının hukuk felsefesi için ne tür sonuçları olabileceği açıklanacaktır.

I. 1958 Tartışması

A. Hart'ın İddiaları

Hart'ın "Pozitivizm ve Hukuk ile Ahlâkın Ayrılması"^[10] makalesi altı bölümden oluşmaktadır. Hart, her bir bölümde hukuk ve ahlâk arasında zorunlu bir bağlantı kurulup kurulamayacağını sorgulamaktadır.^[11]

1. Hart, makalenin **birinci bölümünde** Jeremy Bentham ve John Austin'in *olan hukuk* (law as it is) ve *olması gereken hukuk* (law as ought to be) ayrımındaki ısrarları üzerinde durur. Bununla birlikte, Hart'a göre, pozitivistlerin hukuk ve ahlâkın keşimi olabilecek birçok şeyi kabul ettiklerinin farkında olmak gerekmektedir.^[12]

2. Hart, makalenin **ikinci bölümünde** Austin'in emir teorisini eleştirmektedir. Bu noktada, Hart'ın hukuki pozitivizmin hukuk ve ahlâk ayrımına katılırken, emir teorisine karşı çıktığını belirtmek önemlidir.^[13] Austin'in emir teorisine göre, emir bir insanın diğer bir insandan bir şeyi yapması veya yapmamasını istemesidir. Emiri ayrıca bir ceza korkusu da izlemektedir. Emir teorisine göre, iki şartın yerine gelmesi durumunda emirler hukuk olarak kabul edilir. Emirler genel olmalı ve toplumun çoğunun alışkanlık olarak itaat ettiği kişi veya grup

[8] Fuller'in Hart'a mektubu, 11 Aralık 1963, The Papers of Lon L. Fuller, Harvard Law School Library, Box 3, Folder 14. Aktaran Rundle, *Forms Liberate*, s. 102.

[9] H.L.A. Hart, "Lon L. Fuller: The Morality of Law", *Harvard Law Review*, 1965, C.78, S.6, s. 1281-96. Tekrar basım, H.L.A. Hart, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Clarendon Press, 1983, s. 343-64.

[10] H.L.A. Hart, "Pozitivizm ve Hukuk ile Ahlâkın Ayrılması", Çev. Ertuğrul Uzun, *H.L.A. Hart ve Hukuk-Ahlâk Ayrımı*, Ed. Sercan Gürler, Tekin Yayınevi, İstanbul, 2015, s. 101-51.

[11] Rundle, *Forms Liberate*, s. 54.

[12] Hart, "Pozitivizm ve Hukuk ile Ahlâkın Ayrılması", s. 108.

[13] Rundle, *Forms Liberate*, s. 54.

tarafından emredilmelidir. Buna ek olarak, toplumun çoğunluğunun alışkanlık olarak itaat ettiği kişi veya grubun, diğerlerine itaat etmemesi gerekmektedir. Bu kişi veya grup toplumun egemenidir. Böylece, hukuk egemenin emridir.^[14]

Hart'a göre böyle bir açıklama bazı sorunlu noktalar içermektedir. Her şeyden önce böyle bir teori silahlı bir haydudun "*ya canını, ya malını!*" demesine benzemektedir.^[15] Hukuk sistemi durumunda fark ise hukuk sisteminde silahlı haydudun emrini, itaat etmeye alışmış daha fazla sayıda insana yöneltmesidir. Hart'a göre, "[h]ukuk, kesinlikle, abartılmış bir haydut meselesi değildir ve dolaşısıyla hukuk düzeni de kesinlikle sadece zorlamayla teşhis edilemeyecektir."^[16]

Hart'a göre hukukun emir teorisi, bu sorunlu noktanın yanında, hukukun en temel özelliklerini dışarıda bırakmaktadır. İlk olarak üyeleri değişen kanun koyucuyu, sürekli ve alışkanlık olarak ona itaat edilen bir grup olarak düşünmek yanlıştır. Bu durumda, Austin'in egemeni sadece hayatı boyunca tahtta kalan monark için geçerli olabilecektir. İkinci olarak, Hart'a göre kanun koyucular vazgeçilmez hukuk oluşturma prosedürlerini belirleyen temel nitelikteki kabul edilmiş kurallara uymadıkça, hukuk oluşturmuş olmazlar. Hart'a göre, bu temel kurallar alışkanlık olarak itaat edilen emirler olmayıp, kişilere bağlılık alışkanlığı olarak açıklanamazlar. Hart'a göre kabul edilmiş bu kurallar hukuk felsefesi için merkezi önemde durmaktadır.^[17]

Hart'a göre emir teorisinin bir diğer hatası, hukuku emreden ve emre itaat eden, ast-üst ilişkisi çerçevesinde görmesidir. Böyle bir hukuk teorisi, farklı türde olan kuralların olduğu bir hukuk sistemine yer veremez. Bazı kurallar, insanlardan belirli şekilde davranmasını, bazı hareketleri yapmasını, bazılarını ise yapmamalarını ister. Ceza hukuku kuralları bu türden kurallardır. Toplumdaki diğer kurallar ise bu kurallardan farklılık göstermektedir. Bu kurallar, insanların birbirleriyle ilişkilerine şekil vermelerine olanak sağlayan kurallardır. Bu kurallara örnek olarak sözleşme veya vasiyetname yapmaya ilişkin kurallar gösterilebilir. Bu kurallar çerçevesinde yetki kullanılır ve hak iddia edilir. Yani bu kurallar, hak ve yetki veren kurallardır.^[18]

Bununla birlikte Hart, haklara yer veren bir sistemin zorunlu olarak ahlâkı içerdiği iddiasını eleştirmektedir. Ona göre hakları ileri süren kuralların adil veya ahlâki kurallar olması zorunlu değildir. Bunun en açık örneği de köle sahibinin

[14] Hart, "Pozitivizm ve Hukuk ile Ahlâkın Ayrılması", s. 114.

[15] Hart, "Pozitivizm ve Hukuk ile Ahlâkın Ayrılması", s. 114.

[16] Hart, "Pozitivizm ve Hukuk ile Ahlâkın Ayrılması", s. 115.

[17] Hart, "Pozitivizm ve Hukuk ile Ahlâkın Ayrılması", s. 115.

[18] Hart, "Pozitivizm ve Hukuk ile Ahlâkın Ayrılması", s. 116-7.

kölesi üzerinde sahip olduğu hakttır. Bu nedenle, bir hukuk sisteminin haklara yer vermesi, pozitivizmin olan ve olması gereken hukuk ayrımı üzerindeki ısrarının yanlış olduğunu göstermez.^[19]

Hart için önemli olan bir diğer nokta, emir teorisini kabul etmek ile hukuk ve ahlâk ayrımı üzerinde ısrar etmenin farklı şeyler olmasıdır. Dolayısıyla hukuk ve ahlâk ayrımını kabul edip, emir teorisini yanlışlamak mümkündür. Sonuç olarak Hart, emir teorisinin yetersizliğinin hukuk ve ahlâk arasındaki ayrımın yanlış olduğunu gösterdiği düşüncesini eleştirmektedir.^[20] Ona göre emir teorisini eleştirsek bile bu eleştiri hukuk ve ahlâk ayrımının sürdürülmeyeceği anlamına gelmez.

3. Hart makalenin **üçüncü bölümünde** Amerikan Hukuki Realistleri'nin dilin belirsizliği argümanı üzerinde durur. Hart belirli bir dereceye kadar hukuk kurallarının belirsizliğini kabul etmektedir.

Hart, standart durumların dışında kalan problemlere gölge problemleri adını vermektedir. Bu tür problemler, taşıt örneği gibi önemsiz konularda olduğu gibi, toplumu ilgilendiren ciddi konularda da söz konusu olabilir. Bu nedenle gölge problemleri her zaman karşılaşılabileceğimiz problemlerdir ve bu tür durumlarda artık mantıksal dedüksiyon işlevsel olmamaktadır.^[21] Hart'a göre dedüksiyon aracılığıyla çözümlenemeyen olaylar karşısında rasyonel bir karar verilmelidir.^[22] Hart'a göre bir kararı rasyonel yapan şeyin *olması gereken hukuka* uygunluk olduğu ve bu nedenle hukuk ve ahlâk arasında bir bağlantı kurulabileceği düşünebilir.^[23] Ancak Hart yine hukuk ve ahlâk arasında bir bağlantının kurulamayacağını iddia etmektedir. Hart'a göre, böyle bir bağlantının kurulamamasının nedeni, *olması gerekenin* her zaman ahlâki bir temele dayanmamasıdır.^[24] Daha açık bir ifadeyle, *olması gereken* (the ought) ifadesi, bir eleştiri standardı sunar ve bu standart ahlâki olabileceği gibi olmaya da bilir.^[25] Örneğin, Nazi Almanyası'nda yorum yapmak durumunda kalan bir hâkim için *olması gereken "devletin zorbalığı"*nın^[26] etkili bir şekilde varlığını

[19] Hart, "Pozitivizm ve Hukuk ile Ahlâkın Ayrılması", s. 119.

[20] Hart, "Pozitivizm ve Hukuk ile Ahlâkın Ayrılması", s. 112.

[21] Hart, "Pozitivizm ve Hukuk ile Ahlâkın Ayrılması", s. 121.

[22] Hart, "Pozitivizm ve Hukuk ile Ahlâkın Ayrılması", s. 121.

[23] Hart, "Pozitivizm ve Hukuk ile Ahlâkın Ayrılması", s. 122.

[24] Hart, "Pozitivizm ve Hukuk ile Ahlâkın Ayrılması", s. 128.

[25] Hart, "Pozitivizm ve Hukuk ile Ahlâkın Ayrılması", s. 128.

[26] Hart, "Pozitivizm ve Hukuk ile Ahlâkın Ayrılması", s. 129.

sürdürmesidir. Böyle bir yorum ahlâka değil, Nazi rejiminin varlığını sürdürmesine dayanmaktadır. Sonuç olarak bu örnekle Hart, gölgeli alanlarda, hâkimlerin *olması gerekene* başvurmasının, hukuk ve ahlâk arasındaki ayrımın yanlış olduğu sonucuna varmayacağını göstermiştir.^[27] Yani pozitivistlerin hukuk ve ahlâk arasında zorunlu bir bağlantı kurulamayacağı iddiası sürdürülebilecektir.

4. Makalenin **dördüncü bölümü**, hukuki pozitivism ve doğal hukuk arasındaki klasik tartışmaya yöneliktir. Daha açık bir ifadeyle bu bölümde, adaletsiz hukuk kurallarının geçerli olup olmadığı tartışması yapılmaktadır.^[28] Bu tartışmanın odağında da, II. Dünya Savaşı ve Nazi rejimi sonrası yapılan bir yargılama durmaktadır. Nazi dönemi sonrası Almanya mahkemeleri yargılamalar sırasında özellikle Gustav Radbruch'un görüşlerine yer vermişlerdi. Savaş öncesinde bir hukuki pozitivist olan Radbruch'un görüşleri, Nazi deneyimi sonrasında değişmiştir. Dahası, Radbruch hukuki pozitivismin hukuk ve ahlâk ayrımı konusundaki ısrarını böyle bir dönemin yaşanmasının nedeni olarak görmektedir.^[29] Radbruch'a göre kanun ve adalet arasındaki uyumsuzluk hoş görülemeyecek bir şekilde olmadıkça, pozitif hukuk, adaletsiz ve insanlara fayda sağlamakta başarısız olsa bile, geçerlidir.^[30]

Savaş sonrası yapılan yargılamaların önemi, bu suçlarla suçlanan kişilerin, bu fiilleri gerçekleştirdikleri tarihte yaptıkları fiillerin hukuki olduğunu iddia etmiş olmasından ileri gelmektedir. Burada Hart'ı rahatsız eden temel mesele, gerçekleştirilen fiillere dayanak olan hukukun, daha sonra ahlâki ilkelere aykırılıkları gerekçe gösterilerek geçersiz kılınmasıdır.^[31]

Hart burada somut bir davadan hareket ederek meseleyi irdelemektedir. 1944'te kocasından kurtulmak isteyen bir kadın, cepheden eve gelen kocasını Hitler aleyhinde sözler söylediği gerekçesiyle ihbar eder. Kadının bunu yapmak konusunda hukuki bir yükümlülüğü yoktur; ancak kocasının sarf ettiği sözler

[27] Hart, "Pozitivism ve Hukuk ile Ahlâkın Ayrılması", s. 130.

[28] Rundle, *Forms Liberate*, s. 55-6, 66.

[29] Rundle, *Forms Liberate*, s. 66; Hart, "Pozitivism ve Hukuk ile Ahlâkın Ayrılması", s. 134.

[30] Hart, "Pozitivism ve Hukuk ile Ahlâkın Ayrılması", s. 134; Gustav Radbruch, "Statutory Lawlessness and Supra-Statutory Law", *Oxford Journal of Legal Studies*, C.26, S.1, s. 7'den aktaran Suri Ratnapala, *Jurisprudence*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, s. 164. Radbruch için bkz. Hayrettin Ökçesiz, "Hukukçu Eğitiminde Bir Denek Taşı: Radbruch Formülü", TBB Dergisi, S.56, 2005, s. 167-74; Gülriz Uygur, "Adil Olmayan Kural Karşısında Yargıç: Radbruch Formülü", *Gürğün Çelebican'a Armağan*, AÜHF Yayını, Ankara, 2011, s. 99-114; Sevtap Metin, Altan Heper, *Ceza Hukuku Felsefesine Katkı: Radbruch Formülü*, Tekin Yayınevi, İstanbul, 2014.

[31] Hart, "Pozitivism ve Hukuk ile Ahlâkın Ayrılması", s. 136.

o dönemki kanunlara aykırıdır veya daha doğru bir ifadeyle kanunlara *aykırı görünmektedir*.^[32] Koca tutuklanır ve ölüm cezasına çarptırılır. Ancak ceza infaz edilmez. Kadın, 1949'da, savaş sonrasında, Batı Almanya mahkemeleri tarafından yargılanır ve 1871 tarihli Ceza Kanunu'na göre hukuk dışı olarak birini özgürlüğünden yoksun bırakmaktan dolayı suçlanır. Kadın kocasının mahkûmiyetinin Nazi kanunlarına uygun olduğunu ve kendisinin de suç işlemediğini iddia etmiştir.^[33]

Temyiz mahkemesi ise, koca, o dönemde mahkûm edilmiş olsa da kocanın yargılanmasına dayanak olan kanun "*tüm temiz insanların vicdanlarına ve adalet duygularına*"^[34] aykırı olduğu için, kadını kocasını ihbar edip özgürlüğünden yoksun bırakmaktan dolayı suçlu bulmuştur. Hart bu muhakemenin pek çok davada uygulandığını ve doğal hukuk öğretilerinin bir zaferi ve pozitivizmin yıkılışı olarak görüldüğünü belirtmiştir.^[35] Hart bu durumun, bazıları tarafından alkışlansa da, 1934'te hukuk olarak kabul edilen bir şeyin hukuk olarak kabul edilmemesi sonucuna götürdüğünü belirtir.^[36] Ona göre burada iki seçenek daha vardı. Biri kadını serbest bırakmak yani cezalandırmadan bırakmak, diğeri ise eğer kadın cezalandırılacaksa bunu açık açık geçmişe yürür bir kanunla yapmak ve bunu yaparken de böyle bir kanunla neyin feda edildiğinin farkında olmaktır.^[37] Bu doğrultuda Hart'a göre kadını cezalandırmayı seçmek, bu iki seçenekten veya "*şer*" arasından birini seçmektir.^[38] Diğer bir ifadeyle her iki seçenek de olumsuz sonuçlar içermektedir. Kadını serbest bırakmayı seçtiğiniz takdirde, kadın yaptığı şey karşısında cezasız kalacaktır; kadını cezalandırmayı seçtiğinizde "*pek çok hukuk sisteminin kabul ettiği çok değerli bir ahlâk ilkesi bu cezalandırma eylemine kurban verilecektir.*"^[39]

[32] Fuller'ın Hart'a olan cevabında görüleceği gibi, aslında kocanın davranışı hukuka aykırı değildir; çünkü o dönemin kanunlarına göre, kocanın davranışının suç olarak kabul edilebilmesi için kamuya açık bir yerde icra edilmiş olması gerekmektedir. Dolayısıyla Fuller'a göre, mahkemeler kanunlarda ifade edilenin dışına çıkmış ve keyfi yorum yapmışlardır.

[33] Hart, "Pozitivizm ve Hukuk ile Ahlâkın Ayrılması", s. 136.

[34] Hart, "Pozitivizm ve Hukuk ile Ahlâkın Ayrılması", s. 136.

[35] Hart, "Pozitivizm ve Hukuk ile Ahlâkın Ayrılması", s. 136.

[36] Hart, "Pozitivizm ve Hukuk ile Ahlâkın Ayrılması", s. 136-7.

[37] Hart, "Pozitivizm ve Hukuk ile Ahlâkın Ayrılması", s. 137.

[38] Hart, "Pozitivizm ve Hukuk ile Ahlâkın Ayrılması", s. 137.

[39] Hart, "Pozitivizm ve Hukuk ile Ahlâkın Ayrılması", s. 137. Fuller, "Pozitivizm ve Hukuka Bağlılık"ın girişinde, Hart'ın "*değerli bir ahlâki ideali, hukuka bağlılık idealini kaybedebileceğimiz uyarısında bulunuyor gibi*" olduğunu belirtir. Lon L. Fuller, "Pozitivizm

Hart'a göre kadını geçmişe yürür kanunla cezalandırmak kötü bir şey olabilir. Burada önemli olan şeylerden biri de geçmişe yürür bir kanun yapıldığını açıkça kabul etmektir.^[40] Hart, ahlâk tarihinden öğrendiğimiz herhangi bir şey varsa o da ahlâki bir ikileme (quandary) ilgili bir şeyi saklamamaktır demektir. Bunun anlamı iki kötülükten birini seçmek zorunda olduğumuz zaman, şeyleri olduğu gibi kabul etmek zorunda olduğumuzdur. Hart'a göre Radbruch ve Alman mahkemelerinin ileri sürdüğü gibi “[a]çıkça gayri ahlâki olanın hukuk yahut hukuki olamayacağı” ilkesi, karşı karşıya kaldığımız problemlerin mahiyetini saklar ve tüm değerlerin bir sistem içine oturduğuna ve bunlardan hiçbirinin diğerine kurban edilmek durumunda kalmayacağı bir sisteme, optimistik bir romantizmle inanmamıza neden olur.^[41]

Hart'a göre kadın geçmişe yürür kuralla cezalandırıldığı zaman açıkça bir ilke ihlal edilmektedir. Fakat Radbruch'un formülüyle olay değerlendirildiğinde, bu ilkenin hangi noktada ihlal edildiği tespit edilememektedir. Hart'a göre bu noktada açık yüreklilikle geçmişe yürür kanunla olayın çözümlendiğini kabul etmek çok önemlidir.^[42] Bununla birlikte, çok kısa olarak, bir noktanın üzerinde durmakta fayda vardır. Rundle'in, H.O Pappé'den aktardığına göre, Hart burada önemli bir ayrımı yapılmaktadır. Bu yargılama sırasında, kadın kocasını ihbar etmek yükümlülüğü olmadığı halde ihbar ettiği için yargılanmıştır. Mahkeme, kadının ihbar etme yükümlülüğü olmadığı halde, kocasını ihbar etmesini “*tüm temiz insanların vicdanlarına ve adalet duygularına*” aykırı bulmuştur. Yani mahkeme, Radbruch formülünü uygulayarak, kocanın yargılanmasına dayanak olan kanunları hukuki olarak geçersiz kılmamıştır.^[43]

Sonuç olarak Hart'ın öne sürdüğü çözüm, kadının geçmişe yürür kanunla cezalandırılmasıdır. Bu doğrultuda Hart için, geçerli olan hukuk uyulamayacak kadar kötüdür ifadesi geçerliken, bu hukuk olamayacak kadar kötüdür ifadesi reddedilmektedir.^[44] Hart'ın öne sürdüğü çözümün önemi, kocanın cezalandırılmasına dayanak olan kanunun geçerli olarak kabul edilmeye devam edilmesi ve daha sonra itaat edilemeyecek kadar adaletsiz olan kuralları geçersiz kılan

ve Hukuka Bağlılık – Profesör Hart'a Bir Cevap”, Çev. Sevtap Metin, *H.L.A. Hart ve Hukuk-Ahlâk Ayrımı*, Ed. Sercan Gürler, Tekin Yayınevi, İstanbul, 2015, s. 154.

[40] Hart, “Pozitivizm ve Hukuk ile Ahlâkın Ayrılması”, s. 137.

[41] Hart, “Pozitivizm ve Hukuk ile Ahlâkın Ayrılması”, s. 137.

[42] Hart, “Pozitivizm ve Hukuk ile Ahlâkın Ayrılması”, s. 138.

[43] H. O. Pappé, “On the Validity of Judicial Decisions in the Nazi Era”, *Modern Law Review*, 23, 1960, s. 260, 263'den aktaran Rundle, *Forms Liberate*, s. 81. Ayrıca bkz. Metin, Heper, *Ceza Hukuku Felsefesine Katkı: Radbruch Formülü*, s. 43. Dipnot 41.

[44] Hart, “Pozitivizm ve Hukuk ile Ahlâkın Ayrılması”, s. 138.

geçmişe yürür bir kanunla kadının cezalandırılmasıdır.^[45] Diğer bir ifadeyle, pozitivistlerin hukuk ve ahlâk ayırımıdaki ısrarı korunmaktadır.

5. Hart makalenin **beşinci bölümünde**, bir hukuk sisteminin sahip olması gereken asgari içerik üzerine açıklamalarda bulunur.^[46] Bu doğrultuda Hart, insanların, hayatta kalabilmeleri için bir hukuk sisteminde temel kuralların olduğunu iddia eder. Hart'a göre bu kurallar temeldir; çünkü bu kuralların yokluğunda diğer kuralların bir önemi kalmamaktadır. Bu kurallar, cinayeti, şiddeti ve hırsızlığı yasaklayan temel kurallardır ve bu ilkeler ahlâk ilkeleriyle örtüşmektedir.^[47] Hart bunun “*doğal zorunluluk*” olarak adlandırılabileceğini düşünmektedir.^[48]

Hart'a göre her ne kadar bu durum bir hukuk sisteminin içeriği üzerinde düşünmeye itse de böyle bir yaklaşım insanların birbirleriyle ilişkisinde hayatta kalmaya yöneliktir.^[49] Doğal hukuk teorisi, bununla beraber, çok daha ileriye gitmekte ve yaşamsal olmanın ötesinde insanların bazı amaçları (adalet, bilgi, vb.) hedeflediğini ileri sürmekte ve bu iddia hukuka zorunlu bir içerik dikte ettirmektedir.^[50] Ancak Hart'a göre, insanlar arasında farklılık olduğu ve her biri farklı amaçları hedeflediği için bu tür amaçlar birbirleriyle çelişmektedir. Bu nedenle, asgari içeriğin (şiddet, hırsızlık ve cinayeti önleyen kurallar gibi) üzerindeki/ötesindeki ahlâki talepler (adalet gibi) ve hukuk kuralları arasında zorunlu bir örtüşme olduğunu iddia etmek imkânsızdır.^[51]

Hart, bir hukuk sisteminin sahip olması gereken asgari içeriğe ek olarak genel kurallara da sahip olması gerektiğini belirtir. Burada, genel kuralın anlamı, tek bir eylemi, bir tek davranış biçimini ve tek bir kişiyi değil, birden fazla insanı belirtiyor olmaktadır.^[52] Hart'a göre bu doğrultuda, genel kurallar, benzer durumlarda benzer davranmak ilkesini ifade etmektedir. Hart benzer durumda benzer davranmanın adaletin temel unsurlarından biri olduğunu kabul etmekle birlikte, bunun hukukun *uygulanmasına* ilişkin bir adalet olduğunu da belirtir. Diğer bir deyişle, benzer durumda benzer davranma ilkesi hukukun içeriğine ilişkin

[45] Rundle, *Forms Liberate*, s. 67.

[46] Rundle, *Forms Liberate*, s. 56.

[47] Hart, “Pozitivizm ve Hukuk ile Ahlâkın Ayrılması”, s. 142.

[48] Hart, “Pozitivizm ve Hukuk ile Ahlâkın Ayrılması”, s. 142.

[49] Hart, “Pozitivizm ve Hukuk ile Ahlâkın Ayrılması”, s. 142.

[50] Hart, “Pozitivizm ve Hukuk ile Ahlâkın Ayrılması”, s. 142.

[51] Hart, “Pozitivizm ve Hukuk ile Ahlâkın Ayrılması”, s. 143.

[52] Hart, “Pozitivizm ve Hukuk ile Ahlâkın Ayrılması”, s. 143.

bir ilke değildir.^[53] Bununla birlikte Hart'a göre, hukukun genel kurallardan oluşması durumunda, hukukun ahlâki olarak nötr olmadığı düşünülebilir. Hukukun genel kurallardan oluşması durumunda, hukukun uygulanmasına objektiflik ve tarafsızlık ilkeleri hakim olmakta ve benzer durumdakilere aynı kurallar uygulanmakta ve bu açıdan eşitsizlikler en aza indirgenmektedir.^[54] Ancak Hart'a göre, hukukun asgari bir içeriğe sahip olması ve genel kurallar içermesi dolayısıyla, hukuk ve ahlâk arasında bir örtüşmenin meydana gelmesi, pozitivistlerin olan ve olması gereken hukuk ayrımı üzerindeki ısrarının yanlış olduğunu göstermemektedir. Çünkü bu asgari gerekleri içeren bir hukuk sistemi, tarafsız olarak uygulanırsa bile, “*korkunç ölçüde baskıcı*” olabilir ve hiçbir hakkı olmayan köleleri şiddet ve hırsızlıktan korumayabilir.^[55] Hart'a göre geçmişte bu tür hukuk sistemleriyle karşılaşmıştır. Dolayısıyla hukuk sistemleri *bazıları* için bu korumaları sağlayamazlar da, hukuk sistemi olarak kalmaya devam edeceklerdir. Bununla birlikte, toplumdaki *herkes*, hukukun zorunlu içeriğinin korumalarından (şiddet, cinayet ve hırsızlığı önleyen kurallar gibi) yoksun bırakıldığı zaman, ancak o zaman, hukuk sistemi “*anlamsız tabular toplamı*”na dönüşmüş olacaktır.^[56]

6. Makalenin **altıncı ve son bölümünde** Hart, olgu/değer, araç/amaç arasındaki keskin ayrımın yanlış olduğunu ileri sürenlerin düşüncelerini eleştirir ki bunu ileri sürenlerden bir tanesi Fuller'dır. Fuller olgu/değer veya olan/olması gereken ayrımına karşı düşüncelerini Prof. Nagel ile arasında geçen tartışmada ileri sürmüştür.^[57] Hart burada Fuller'ın ileri sürdüğü görüşleri eleştirmektedir. O nedenle aslında tartışmanın Hart-Fuller değil, Fuller-Hart tartışması olarak adlandırılması gerektiğini iddia edebiliriz.

Hart, bir an için bu teorileri kabul etsek bile bu kabulün “*olan hukuk ile olması gereken hukuk arasındaki bağlantının doğası açısından*” bir sonuç doğurmaya-çağını dile getirir. Zira kanunlar “*ahlâken kınanabilir olsa da, hâlâ (bu noktada dikkate alındığı müddetçe) yasa*^[58] *olmaya devam edecektir.*”^[59]

[53] Hart, “Pozitivizm ve Hukuk ile Ahlâkın Ayrılması”, s. 143.

[54] Hart, “Pozitivizm ve Hukuk ile Ahlâkın Ayrılması”, s. 143.

[55] Hart, “Pozitivizm ve Hukuk ile Ahlâkın Ayrılması”, s. 144.

[56] Hart, “Pozitivizm ve Hukuk ile Ahlâkın Ayrılması”, s. 144.

[57] Bu konuda bkz. E. İrem Akı, *Lon L. Fuller'da Hukukun İç Ahlâkı*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2015, s. 36-40.

[58] Referans verdiğim metinde “yasa” terimi kullanılmaktadır. Aynen alıntı olduğu için değişiklik yapılmamıştır. Aynen alıntılar dışında, metinde “kanun” terimi kullanılmaktadır.

[59] Hart, “Pozitivizm ve Hukuk ile Ahlâkın Ayrılması”, s. 147.

Hart'a göre “[y]asaları değerlendirmek veya kınamak için kullandığımız ilkele-
rin akıl aracılığıyla keşfedilebilir” olması “herhangi bir ölçüde haksız veya ahmak
yasaların bulunduğu ve yasa olmaya da devam ettiği olgusuna helal getirmez.
Bunun karşısında, yasa olabilmek için her türlü ahlâki niteliğe sahip ancak hâlâ
yasa olamamış kurallar da vardır.”^[60]

Hart olan hukuk ve olması gereken hukuk arasındaki ayrım terk edilmek ve
yumuşatılmak isteniyorsa daha çok şeyin söylenmesi gerektiğini düşünüyordur.
Bu konuda düşünenlerden bir tanesi de Fuller'dır. Hart, Fuller'ın meseleyi
açıklığa kavuşturmak için hukuk dışı bir örnek kullandığını belirtir.^[61] Örnek
Wittgenstein'a aittir:

“Birisine bana şöyle der: ‘Çocuklara bir oyun göster.’ Çocuklara zarla oynamayı
öğretirim ve diğeri şöyle söyler: ‘Böyle bir oyunu kastetmemiştim.’ Zarla oynanan
oyunların dışarıda bırakılması gerektiği, onun aklına bana emir vermeden önce
mi gelmişti?”^[62]

Fuller'a göre herhangi bir eylemin amacı etkileşim içinde olduğu örtülü
amaçlara göre belirlenmektedir. Daha açık bir ifadeyle, parçası olduğu sistemin
bütünü göz önünde bulundurularak bir eylemin amacı anlaşılabilir.^[63] Dolayısıyla
“gerçekten ne istediğimizi ve hakiki amacımızın ne olduğunu fark etmemiz
ve dile getirmemiz gerekir.”^[64]

Bununla birlikte Hart'a göre “Fuller'ın söylediklerinin, olan hukuk ile olması
gereken hukuk arasındaki ayrımda ısrar etmenin doğru veya haklı olup olmadığı
meselesi ile pek az ilgisi var”dır.^[65] Dahası, Hart makalenin üçüncü bölümünde
belirttiği gibi böylesi bir durumu olan ve olması gerekenin birleşmesi/kaynaş-
ması olarak görsek bile olması gerekenin ahlâkla bir ilgisi olmadığını belirtir.^[66]

[60] Hart, “Pozitivizm ve Hukuk ile Ahlâkın Ayrılması”, s. 147.

[61] Hart, “Pozitivizm ve Hukuk ile Ahlâkın Ayrılması”, s. 148-9.

[62] Lon L. Fuller, “Human Purpose and Natural Law”, *The Journal of Philosophy*, C.53, S.22, 1956, s. 697, 700'den aktaran Hart, “Pozitivizm ve Hukuk ile Ahlâkın Ayrılması”, s. 149.

[63] Fuller, “Human Purpose and Natural Law”, s. 700.

[64] Fuller, “Human Purpose and Natural Law”, s. 701, 702'den aktaran Hart, “Pozitivizm ve Hukuk ile Ahlâkın Ayrılması”, s. 149.

[65] Hart, “Pozitivizm ve Hukuk ile Ahlâkın Ayrılması”, s. 150.

[66] Hart, “Pozitivizm ve Hukuk ile Ahlâkın Ayrılması”, s. 150.

B. Fuller'ın İddiaları

Fuller, Hart'a cevaben “Pozitivizm ve Hukuka Bağlılık — Professor Hart'a Bir Cevap” başlıklı bir makale kaleme almıştır. Rundle'a göre her ne kadar bu başlık, Fuller'ı eleştirenleri şaşırtsa da, Fuller'ın Hart'a olan cevabında, *hukuka bağlılık* ana temadır. Fuller hukuki pozitivizm eleştirisini de bu ana tema çerçevesinde yapmaktadır.^[67] Fuller'a göre hukuk, bağlılığı hak eden bir şey olarak bir insan başarısı yansıtmalıdır. Hukuk, iktidarın basit bir emri veya yetkililerin davranışının tekrar edilmesiyle görülebilen bir şey olamaz. İnsanların yaptığı kurallara bağlılık borcumuz, yerçekimi kanuna olan bağlılıktan daha fazla bir şeydir.^[68]

Fuller'a göre eğer hukuk kuralları, kötü kurallar olsa bile, saygımızı talep ediyorsalar bizim anlayabileceğimiz ve açıklayabileceğimiz insan çabasının ürünü olmalıdırlar.^[69] Buradaki insan çabası kanun koyucunun çabasıdır. Dahası kanun koyucu, hukukun hedefini kaçırmış görünse bile bu böyledir.^[70] Açıktır ki, hukuka bağlılık idealine böyle bir yaklaşım hukuki pozitivizmin hukuk tanımı karşısında büyük bir farklılık göstermektedir. Bu doğrultuda Fuller, Hart'ın hukuka bağlılık idealine ilişkin zorunlu noktaları göstermek konusunda başarısız olduğunu düşünmektedir. Fuller'a göre bu durum “Pozitivizm ve Hukuk ile Ahlâkın Ayrılması”nın tümü için söz konusu olsa da, özellikle Radbruch ve Nazi rejimine ilişkin tartışmada daha da açığa çıkmaktadır.^[71]

Makalenin girişinde Fuller, “*hukuka bağlılık ideali*” çerçevesini koyduktan sonra “Hukukun Tanımı” başlıklı bölümde, hukuki pozitivistlerin hukuk tanımına karşı eleştirisini dile getirir. Fuller'a göre eğer bir hukuk tanımından beklenen açık bir hukuk tanımı olması olsaydı, hukuki pozitivistlerin ileri sürdüğü hukuk tanımları bu fonksiyonu yerine getirmekteydi.^[72] Bununla birlikte Fuller'a göre, hukuka bağlılık ideali göz önüne alındığında mesele daha farklı bir hal almaktadır. Bu durumda yapılması gereken, “*hukuka bağlılık yükümlülüğünü anlamlı kılacak bir hukuk tanımı*” üzerinde düşünmektir.^[73]

Makalenin ikinci bölümü, “Ahlâkiliğin Tanımı” başlığını taşımaktadır. Bu bölümde Fuller, hukuki pozitivistlerin, ahlâkı, hukuk dışında tutarken, ahlâkın

[67] Rundle, *Forms Liberate*, s. 68.

[68] Fuller, “Pozitivizm ve Hukuka Bağlılık”, s. 156-7.

[69] Fuller, “Pozitivizm ve Hukuka Bağlılık”, s. 156.

[70] Fuller, “Pozitivizm ve Hukuka Bağlılık”, s. 156-7.

[71] Fuller, “Pozitivizm ve Hukuka Bağlılık”, s. 157.

[72] Fuller, “Pozitivizm ve Hukuka Bağlılık”, s. 158.

[73] Fuller, “Pozitivizm ve Hukuka Bağlılık”, s. 160.

ne anlama geldiği üzerinde düşünmemelerini eleştirir. Diğer bir ifadeyle, hukuki pozitivistler için ahlâk, olması gerekene ilişkin, herhangi bir standart anlamına gelmektedir. Bu nedenledir ki Hart, hâkimlerin gölgeli alanlarda, yorum yapmak zorunda kaldıkları zaman, olması gerekene göre karar vereceğini ama *olması gerekenin* her zaman ahlâki ilkelerle örtüşmeyeceğini iddia etmiştir.^[74]

Makalenin üçüncü bölümü “Bir Hukuk Düzeninin Ahlâki Temelleri” başlığını taşımaktadır. Fuller bu bölümde, Hart’ın “*hukuk yapma prosedürünü gösteren kabul edilmiş temel kurallar*” iddiasındaki eksiklere değinmektedir.^[75] Fuller, bu kuralların kabul edilmesi noktasında Hart’la hem fikir olmakla birlikte, böyle bir yaklaşımın eksik noktaları olduğunu düşünmektedir.^[76] Fuller’a göre eksik nokta, bir hukuk düzeninin etkililiğinin ve temelinin, o hukuk düzeninin temel normunun doğru, zorunlu ve iyi olmasına ilişkin genel kabule ve hükümlerinin basit, anlaşılabilir olmasına dayanıyor olmasıdır. Diğer bir ifadeyle, anayasanın doğru, zorunlu ve iyi olmasına ilişkin genel kabul, aynı zamanda, hukuka bağlılık idealinin de temelidir.^[77] Burada sorulması gereken soru ise anayasanın “kimler” tarafından kabul edilmesi gerektiğiyle ilgilidir. Hart, “Pozitivizm ve Hukuk ile Ahlâkin Ayrılması” da, toplumsal grubun ve yetkililerin kabulünden bahsetse de, *The Concept of Law*’da, sadece yetkililerin kabulünden bahseder.^[78] Rundle’a göre, Hart ve Fuller’ı birbirinden ayıran en büyük farklardan biri budur; çünkü Fuller’a göre, bir hukuk sisteminin oluşturulmasında ve sürdürülmesinde hukuki özne yani vatandaş önemli bir konumda durmaktadır.^[79] Daha da ötesi Fuller hukuki pozitivismi, hukuki özneyi, hukuk felsefesinden dışladığı için eleştirmektedir.^[80] Dolayısıyla Fuller’a göre, hukuki pozitivism hukukun doğasına ilişkin eksik bir analiz sunmaktadır. Böyle yaparak, hukuki pozitivism hukuka bağlılığa gereken önemi vermemekte, hukukun otoritesini neden kabul ettiğimize dair yeterli bir açıklama sunmamaktadır.^[81]

Makalenin dördüncü bölümü “Hukukun Kendi Ahlâkiliği” başlığını taşımaktadır. Fuller bu bölümde Hart’a, düzen ve iyi düzen ayrımı çerçevesinde bir cevap verir: Fuller ilk olarak hukukun veya hukuk kavramının yalnızca bir

[74] Fuller, “Pozitivizm ve Hukuka Bağlılık”, s. 160-1.

[75] Rundle, *Forms Liberate*, s. 61.

[76] Rundle, *Forms Liberate*, s. 60-1.

[77] Rundle, *Forms Liberate*, s. 61; Fuller, “Pozitivizm ve Hukuka Bağlılık”, s. 171.

[78] Rundle, *Forms Liberate*, s. 62.

[79] Rundle, *Forms Liberate*, s. 62.

[80] Rundle, *Forms Liberate*, s. 62.

[81] Rundle, *Forms Liberate*, s. 61-2.

düzeni temsil ettiğinin düşünülebileceğini ileri sürer. İyi düzen ise adalet, ahlâk ve olması gerekene ilişkin taleplerle uyumlu olan düzendir.^[82] Ancak Fuller'a göre, düzeni iyi düzenden ayırmak çok kolay değildir.^[83] Zira Fuller'a göre bir düzenden bahsetmek işleyen bir düzenden bahsetmektir. Böyle bir düzen de, en azından bazı standartlar açısından fonksiyonel olmak konusunda yeterli derecede iyi olan bir düzen olmalıdır.^[84] Dahası Fuller'a göre bir düzenin, düzen olabilmesi için en azından bazı noktalarda hareket olanağı ve esneklik sağlaması gerekmektedir. Bunun anlamı bir düzenin çok katı bir düzen olmaması gerektiğidir. Fuller'a göre bu noktalar göz önünde bulundurulduğunda bir düzeni iyi bir düzenden ayırmanın çok da kolay olmadığı anlaşılacaktır.^[85]

Fuller bir hukuk düzeninin hangi standartlar açısından iyi olması gerektiğini bir monark örneği üzerinden açıklar. Örnekteki monarkın ağzından çıkan her şey hukuktur. Bu monark, bencil bir monark olup, tebaasıyla ilişkisinde sadece kendi menfaatini düşünmektedir. Bu monark, emirlerine uyanlara ödül ve uymayanlara ceza vereceğine dair emir vermektedir. Ancak, düzenli olarak, kurallara uyanları cezalandırmakta ve uymayanları ödüllendirmektedir. Fuller'a göre böyle bir monark, verdiği emirler ve uygulamaları arasında bir uyum gerçekleştirmediği sürece kendi bencil *amaçlarını* dahi gerçekleştiremeyecektir.^[86]

Monarkın bu tutumunu değiştirdiği ve verdiği emirlere uygun davrandığını, ancak verdiği emirlerin anlaşılmaz ve duyulmasının mümkün olmadığını düşünelim. Bu durumda, tebaanın kendilerinden hangi davranışların yapılmasının talep edildiğine ilişkin en ufak bir anlayışlarının olmaması söz konusudur. Bu

[82] Fuller, "Pozitivizm ve Hukuka Bağlılık", s. 173.

[83] Fuller, "Pozitivizm ve Hukuka Bağlılık", s. 173.

[84] Fuller, "Pozitivizm ve Hukuka Bağlılık", s. 173. Diğer bir ifadeyle, bir düzenden bahsediliyorsa, bunun düzen olarak adlandırılabilmesi için bazı standartlar açısından iyi bir düzen olması gerekmektedir: "düzen ile kast edilen kesinlikle bir morgun veya mezarlığın düzeni değildir." Fuller, "Positivism and Fidelity to Law", s. 644, çeviri bana ait. Burada, Fuller'ın, *The Law in Quest of Itself*teki buhar makinesi örneği hatırlanabilir: Bir buhar makinesinden bahsediliyorsa, bu iyi bir buhar makinesi olmalıdır. Lon L. Fuller, *The Law in Quest of Itself*, Beacon Press, Boston, 2009, s. 11. Aynı şekilde, bir hukuk düzeninden bahsediliyorsa, bunun bazı standartlar açısından iyi bir hukuk düzeni olması gerekmektedir. Bu noktada Fuller'ın, *olan-olması gereken* ayırımına ilişkin itirazları hatırlanmalıdır. Fuller'a göre, amaçsal bir insan aktivitesi söz konusuysa, burada artık *olan-olması gereken* ayırımı sürdürülemez; amaçsal bir aktivite olarak hukuk, bu amacı gerçekleştirmek açısından iyi bir hukuk düzeni olmalıdır. Bu konuda ayrıca bkz. O. Vaahet İşsevenler, "Hukukun Erdemi ve Fuller'ın Ahlâkları", *İÜHFİM*, C. LXXIV, S.2, 2016, s. 581-2.

[85] Fuller, "Pozitivizm ve Hukuka Bağlılık", s. 173.

[86] Fuller, "Pozitivizm ve Hukuka Bağlılık", s. 174.

şekilde monarkın bir hukuk sistemi yaratmak istiyorsa, bir takım *sorumluluklar* alması gerektiği ileri sürülür.^[87]

Fuller'a göre hukuk, sadece düzen olarak düşünülmüş şekilde, kendisinin iç ahlâkını içermektedir ve bir şeyi hukuk olarak adlandırılabilmesi için, kötü bir hukuk olsa bile,^[88] düzenin bu ahlâkına saygı gösterilmesi zorunludur. Fuller, hukukun kendisinin bu ahlâkı var etmek bakımından güçsüz olduğunu belirtir. Sonuç olarak sözü edilen monark sorumluluklarıyla yüzleşmeye hazır olana kadar, işe yaramaz bir emir daha vermek onun için iyi olmayacaktır.^[89] Bu sorumlulukların da hukukun iç ahlâkının sekiz ilkesi olduğu belirtilmelidir.

Fuller hukukun iç ahlâkından bahsetmekle birlikte, bu makalede, hukukun dış ahlâkına da yer verir. Hukukun dış ahlâkı, hukuk yapma otoritesinin ahlâki tutumlarla desteklenmesiyle ilgilidir. Fuller'a göre, hukukun iç ahlâkı ve dış ahlâkı birbiriyle etkileşim halindedir. Birindeki bozulma diğerini de etkilemektedir.^[90] Fuller hukukun dış ahlâkıyla kuralların içeriğinin ahlâki niteliklerinden bahsetmektedir.

Fuller'ın bu bölümde eleştirdiği nokta, Hart'ın hukukun iç ahlâkına ilişkin problemleri ihmal etmesidir. Fuller'a göre, Hart'ın bir düzenin ahlâkının taleplerini analiz etmeyi görmezden gelmesi bütün makalesi boyunca onu hukuku, “*kendisini beşeri tecrübeye dayatan bir veri*”^[91] olarak görmesine yol açmıştır.^[92] Fuller'a göre bir düzenin kurulabilmesi için bir çaba verilmelidir. Bu husus anlaşıldıktan sonra düzenin kendisi için çalışılması gereken bir şey olduğunu kavradığımızda bir hukuk sisteminin, kötü veya gayri ahlâki (evil) dahi olsa, var olmasının, daima bir derece meselesi olduğu açık hale gelecektir.^[93] Bu nokta fark edildiğinde de, “*Nazi rejimi altında hukuk vardı, kötü bir hukuk olsa bile*”^[94] basit sözüyle Nazi rejimi altında yaşanan problemleri ortadan kaldırmak imkânsız hale gelecektir. Fuller'a göre bunun yerine, Nazi rejiminden geriye bir hukuk sisteminin ne kadarının ayakta kaldığının ve Nazi rejimi altında yaşamak

[87] Fuller, “Pozitivizm ve Hukuka Bağlılık”, s. 174.

[88] Burada Fuller'ın kötü bir hukuk derken sekiz ilkeye riayet etmeyen sistemleri mi yoksa kötü amaçları olan hukuk sistemlerini mi kast ettiği belli değildir.

[89] Fuller, “Pozitivizm ve Hukuka Bağlılık”, s. 174-5.

[90] Fuller, “Pozitivizm ve Hukuka Bağlılık”, s. 175.

[91] Çeviri Sururi Aktaş'a ait. Sururi Aktaş, *Prosedürel Doğal Hukuk Lon L. Fuller'in Hukuk Kavramı*, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2011, s. 96.

[92] Fuller, “Pozitivizm ve Hukuka Bağlılık”, s. 175-6.

[93] Fuller, “Pozitivizm ve Hukuka Bağlılık”, s. 176.

[94] Fuller, “Positivism and Fidelity to Law”, s. 646. Çeviri bana ait.

zorunda bırakılan bilinçli vatandaşlar için bu bozulmuş sistemin hangi ahlâki çıkarımlara sahip olduğunun araştırılması gerekmektedir.^[95]

Fuller bu konuyu, “Hukuka ve Adaletle Saygı Duymayan Bir Rejimin Yıkılışının Ardından Her İkisine Saygının Onarımı Problemi”^[96] başlığı altında tartışır. Fuller’ın bu bölümde, Hart’la olan temel tartışması da Nazi Dönemi’nde *hukuk sistemi* olarak nitelendirilebilecek bir hukuk düzeni olup olmadığı ve böyle bir sistemde yaşamak zorunda olanlar için hukuka bağlılık idealinin ne anlama geldiğiyle ilgilidir. Hart bir pozitivist olarak Nazi döneminde hukuk olarak kabul edilen kuralların daha sonra Almanya mahkemeleri tarafından yapılan yargılamalarda hukuk olarak kabul edilmemesini eleştirmiştir. Fuller ise Hart’ın bu tutumunu eleştirmektedir.^[97] Bununla birlikte Fuller’ın Nazi dönemi hukukunun hukuk olarak kabul edilip edilmeyeceği tartışmasında, hukuk kurallarının içeriğine odaklanmadığını belirtmek gerekmektedir.^[98]

Fuller, savaş sonrası mahkemelerin kararlarını ve Radbruch’u savunur. Bu doğrultuda savaş sonrası mahkemelerin kararlarının aslında Hart’ın iddia ettiği gibi insanlığın kabul ettiği önemli ilkeyi (hukuka bağlılık veya kuralların geçmişe yürümezliği ilkesi) ihlal etmek anlamına gelmediğini belirtir. Fuller’a göre mahkemelerin kararlarını bu şekilde görebilmek için kararların arka planına ve Hart’ın görmezden geldiği hukukun iç ahlâkına ilişkin problemlere daha yakından bakılmalıdır.^[99]

Fuller bu doğrultuda, Nazi döneminde, hukukun iç ahlâkının ilkelerinin ne şekilde ihlal edildiğini ortaya koyar. Bu çerçevede, Nazi dönemi boyunca geçmişe yürür, yayımlanmamış, gizli kanunlar söz konusu olmuş ve hatta bu gizli emirlerle insanlar gaz odalarına gönderilmiştir.^[100] Ayrıca Nazilerin mahkemeler üzerinde etkileri de söz konusu olmuştur.^[101] Sonuç olarak, Nazilerin kendi yaptıkları kanunları bile görmezden gelmesi, Radbruch’u harekete geçiren faktör olmuştur. Fuller’a göre hukukun iç ahlâkına ilişkin bu ihlalleri

[95] Fuller, “Pozitivizm ve Hukuka Bağlılık”, s. 176.

[96] Fuller, “Positivism and Fidelity to Law”, s. 648. Çeviri bana ait.

[97] Fuller, “Pozitivizm ve Hukuka Bağlılık”, s. 180-1.

[98] Nazime Beysan, “Hart-Fuller Tartışması: “Kinci Muhabir” Davaları Ekseninde Ayrılabilirlik Tezi”, Yayımlanmamış bildiri metni, Antalya Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ernst Hirsch Enstitüsü’nün Açılış Sempozyumu, s. 9’dan aktaran Metin, Heper, *Ceza Hukuku Felsefesine Katkı: Radbruch Formülü*, s. 39, Dipnot 40.

[99] Fuller, “Pozitivizm ve Hukuka Bağlılık”, s. 180.

[100] Fuller, “Pozitivizm ve Hukuka Bağlılık”, s. 182-5.

[101] Fuller, “Pozitivizm ve Hukuka Bağlılık”, s. 185.

göz önünde bulundurmadan, savaş sonrası mahkemelerin kararlarını değerlendirmek imkânsızdır ve Hart bu noktayı görmezden gelmiştir.^[102] Hart'ın ilgilendiği tek mesele Nazi hukukunun ahlâki içeriğidir.^[103] Sonuç olarak Nazi rejimi döneminde çeşitli şekillerde hukukun iç ahlâkı görmezden gelinmiş ve Hart da bu noktayı ihmal etmiştir.

Fuller, Nazi dönemi Almanyası'nın hukukun iç ahlâkını nasıl görmezden geldiğini ortaya koyduktan sonra, Hart'ın bahsettiği somut örnek üzerinden eleştirilerini dile getirir. Hart'ın davayı incelemesine karşın, Fuller'ın ilgisi davaya dayanak olarak gösterilen kurallara yöneliktir.^[104] Örnekteki kocanın yargılamasına dayanak olan Nazi dönemi kuralları 1938 ve 1934 yıllarına aittir.^[105] Fuller ilk olarak 1938 tarihli kanunu ele alır:

“Almanya ordusunda veya Almanya'yla müttefik ordularda hizmet yükümlülüklerini yerine getirmeyi reddetmeyi alenen teşvik veya tahrik edenler veya düşmanlara karşı kendini kararlı bir şekilde savunan Almanya veya müttefiklerin halklarının iradelerine alenen zarar vermek veya yok etmek arayışında olan kişiler, direnişin ulusal gücünü yıkmaktan suçlu olup, ölümlü cezalandırılacaklardır.”^[106]

Fuller'a göre bu kural çerçevesinde, kocanın sözlerini hukuka aykırı olarak nitelendirmek pek mümkün görünmemektedir. Bu gerekçeyle, o dönemde uygulanan yorumlayıcı ilkeler neticesinde kocanın suçlu bulunduğu ileri sürülebilir. Buna ek olarak, kanunda belirtilen suçun kamusal alanda işlenmesi gerektiği göz önünde bulundurulduğunda, kocanın davranışının hukuka aykırı olmadığı daha net bir biçimde ortaya çıkmaktadır.^[107]

1934 tarihli kanuna göre:

“1. Ulusun veya Nasyonal Sosyalist Alman İşçi Partisi'nin önde gelen kişilerinin bizzatı kendilerine yahut aldıkları tedbirlere veyahut da oluşturdukları kurumlara karşı kamuya açık bir şekilde kin dolu veya kışkırtıcı ifadeler kullanan ya da küçük düşürücü sözler ifşa eden ve bu tavırları, halkın siyasi liderlere yönelik güvenini zedelemek üzere sergileyen hapis cezasıyla cezalandırılır.”

[102] Fuller, “Pozitivizm ve Hukuka Bağlılık”, s. 185.

[103] Rundle, *Forms Liberate*, s. 68.

[104] Rundle, *Forms Liberate*, s. 68.

[105] Fuller, “Pozitivizm ve Hukuka Bağlılık”, s. 187-8

[106] Fuller, “Positivism and Fidelity to Law”, s. 653. Çeviri bana ait.

[107] Fuller, “Pozitivizm ve Hukuka Bağlılık”, s. 187.

2. Dile getirenler kamuya ulaşacağını biliyor veya bilmesi gerekiyorsa kamu önünde dillendirilmeyen kötü niyetli sözlü ifadelere de tıpkı kamu önünde açıklananlar gibi muamele edilir.

3. Bu sözler aleyhine ancak Ulusal Adalet Bakanlığı'nın emri ile kovuşturma açılabilir; söylemin Alman Sosyalist İşçi Partisi'nin ileri gelen bir şahsiyetine yöneltmiş olması durumunda Adalet Bakanlığı, ancak liderin temsilcisinin rızası ve tavsiyesiyle birlikte kovuşturma izni verebilir.

4. Adalet Bakanlığı, yukarıda I. kısımdaki amaçlar açısından önde gelen kişiler sınıfına girenleri, liderin temsilcisinin rıza ve tavsiyesiyle belirler.^[108]

Fuller bu kanunu “*yasal gaddarlık*”^[109] olarak nitelendirmiştir. Fuller’in eleştirdiği nokta, “*kontROLSÜZ idari takdir yetkisi*”dir.^[110] Diğer yandan Fuller’a göre, bu kanun kocanın ölüm cezasıyla cezalandırılması bakımından haklı neden sunmamaktadır.^[111] Bu kanun da, 1938 tarihli kanun gibi, suç olarak kabul edilen davranışın kamusal alanda yapılmasını ön görmektedir. Fuller’ın da işaret ettiği gibi, koca suç olarak kabul edilen sözleri, evde söylemiştir. Bu durumda Fuller’a göre, “*karısının ihbarı, kocasının sözlerini ‘kamuya açık’ hale getiriyorsa bu yasa*^[112] *bağlamında özel alanda dile getirilen söylem diye bir şeyden bahsedilmez.*”^[113]

Fuller’in analizi göstermiştir ki, kocanın davranışları, o dönemin kanunları açısından suç teşkil etmemektedir. Kanunların keyfi yorumlanmaları neticesinde koca suçlu bulunmuştur. Bu durum, henüz, o dönemde Fuller tarafından dile getirilmese de, sekizinci ilke olan yayımlanmış kurallar ile yetkililerin davranışları arasındaki uyum ilkesine aykırılık teşkil etmektedir. Kanun çok açık bir biçimde *kamusal* olmayı öngörmektedir. Ayrıca, Rundle’ın da belirttiği gibi,

[108] Fuller, “Pozitivizm ve Hukuka Bağlılık”, s. 188.

[109] Fuller, “Positivism and Fidelity to Law”, s. 654. Çeviri bana ait.

[110] Fuller, “Positivism and Fidelity to Law”, s. 654. Çeviri bana ait. Rundle’a göre, bu kanun maddesinde “*lider kişiler*” sınıfına kimin dahil edileceğinin önceden belirli olmaması, hukuki özne açısından önceden bilinmeyeceği için geçmişe yürür kanun tehlikesi ortaya çıkmaktadır. Rundle, *Forms Liberate*, s. 69.

[111] Fuller, “Pozitivizm ve Hukuka Bağlılık”, s. 189.

[112] Referans verdiğim metinde “yasa” terimi kullanılmaktadır. Aynen alıntı olduğu için değişiklik yapılmamıştır. Aynen alıntılar dışında, metinde “kanun” terimi kullanılmaktadır.

[113] Fuller, “Pozitivizm ve Hukuka Bağlılık”, s. 189.

1934 tarihli kanunun, özellikle dördüncü fıkrası bir keyfilik içermektedir. Bu durum da hukukun iç ahlâkı açısından bir problem teşkil etmektedir.^[114]

Fuller, bundan sonraki aşamada, Hart'ın Radbruch'a yönelttiği eleştiriler üzerinde durur. Fuller'ın eleştirdiği nokta, Hart'ın, Radbruch ve savaş sonrası mahkemelerin karşılaştıkları ahlâki ikilemi (moral dilemma) görmediğini iddia etmesidir. Yukarıda da belirtildiği gibi, Hart'a göre, Radbruch ve savaş sonrası mahkemeler, Nazi döneminde yapılan hukuki düzenlemeleri “[e]ğer bir yasa yeterince kötü ise hukuk olmaya devam edemez”^[115] diyerek aslında yüzleşmeleri gereken bir problemden kaçmışlardır. Fuller'a göre Radbruch'un bu ikilemi fark etmediğini söylemek haksızlık olacaktır; çünkü savaş sonrası Radbruch'un yazdıkları Alman mahkemelerinin karşı karşıya kaldığı çelişki (antinomy) üzerinedir.^[116]

Dahası, Fuller'a göre Radbruch, Hart'tan çok daha fazla savaş sonrası Alman mahkemelerinin karşı karşıya kaldığı ikilemi görmüştür:^[117] Almanya, hem hukuka hem de adalete karşı saygıyı tekrar inşa etmek zorundaydı ve bunlardan birinin diğeri olmaksızın inşası mümkün değildi.^[118] Fuller'a göre, acı verici çelişki her ikisini de inşa etme zorunluluğunda ortaya çıkmaktadır ve Radbruch da bunun farkındadır. Fuller, Radbruch'un ikilemi düzenin talepleri ve iyi düzenin talepleri arasında gördüğünü, fakat pozitivizmin sunduğu gibi bunun birbiriyle bağlantı içinde olmayan çatışan talepler olmadığını belirtir. Fuller'a göre düzen arayışında bulunduğu zaman, bu düzenin bir şeyler için iyi olmadıkça bizim için de iyi olmayacağını fark etmeli ve iyi bir düzen arayışında olduğumuz zaman adaletin düzen olmadan imkânsız olduğunu da kabul etmeliyiz.^[119]

Makalenin bir sonraki bölümü “Hukuki Pozitivizmin Ahlâki Sonuçları”dır. Bu bölümde Fuller, Almanya'da hukuki pozitivizmin kabulünün diktatörlüğün yükselmesine yardımcı olup olmadığını tartışır. Nazi dönemi öncesi Almanya'da hukuki pozitivizm çok güçlüdür. Fuller'a göre, Almanya'daki hukuki pozitivizm sadece kuralların ahlâki içeriğine karşı değil, aynı zamanda, hukukun iç ahlâkına ilişkin problemlere de kayıtsız kalmıştır. Böyle bir anlayışın sonucunda Almanya'da hukukçular arasında, hukuk olarak adlandırılan her şeyin hukuk

[114] Rundle, *Forms Liberate*, s. 69.

[115] Fuller, “Pozitivizm ve Hukuka Bağlılık”, s. 189.

[116] Fuller, “Pozitivizm ve Hukuka Bağlılık”, s. 189.

[117] Fuller, “Pozitivizm ve Hukuka Bağlılık”, s. 192.

[118] Fuller, “Pozitivizm ve Hukuka Bağlılık”, s. 192.

[119] Fuller, “Pozitivizm ve Hukuka Bağlılık”, s. 192-3.

olduğu düşüncesi kabul görmüştür.^[120] Bütün bunlar göz önünde bulundurulduğunda, Fuller'a göre, hukuk olarak adlandırılan her şeyin hukuk olduğu düşüncesinin kabul görmesi, Nazilere yardımcı olmuştur. Bu doğrultuda Fuller, Hitlerin iktidara seçimle geldiğini, başbakan ve sonrasında lider olduğunu belirtmiştir. Nazilerin hukuki formları istismarı dikkatlice başlamış ve iktidar pekiştikçe de bu durum artmıştır.^[121]

Bu noktadan sonra Fuller, hukuki geçerliliğe ilişkin görüşlerini dile getirir. Bu noktada yine savaş sonrası yargılamalara döner. Bu yargılamalarda Radbruch üstün hukuk (higher law) kavramına başvurmuştur. Dolayısıyla Nazi döneminde yapılanlar, adaletsiz olduğu için, adalete çok büyük oranda aykırı olduğu için hukuk değildir. Oysaki Fuller'a göre, burada üstün hukuka başvurmaya gerek yoktur; çünkü hukukun iç ahlâkının gerektirdikleri açısından o dönemin düzenlemelerine bakıldığında, Nazilerin kurduğu ve devam ettirdiği sistemin hukuk sistemi olmadığı görülecektir.^[122] Sonuç olarak Fuller'a göre, bu hukuk olamayacak kadar kötüdür demektense, bu hukukun ahlâkını o kadar ihmal etmektedir ki hukuk olamaz denilebilirdi.^[123] Rundle'a göre Fuller'ın bu iddiası, Radbruch ve Fuller arasındaki 'doğal hukuk' anlayışının farklılığını göstermek bakımından önemlidir.^[124]

Bununla birlikte Fuller, Nazi döneminde, hukukun iç ahlâkından ciddi kopmaların yanında, hukuk kurallarının içeriğinde de ahlâka aykırılıklar olduğunu belirtir. Fuller'a göre, bu bir tesadüf değildir. Nazi döneminde hukukun iç ahlâkından kopuşlar da ihbarcılarla ilgili kanunlarda söz konusu olmuştur. Bu çerçevede Fuller'a göre, adaletten ayrılmak, hukukun ahlâkında da kopuşlara yol açacaktır. Bununla paralel olarak, Fuller Nazi döneminde özel hukuka ilişkin alanlarda hukukun iç ahlâkına ilişkin bozulmaların, görece çok fazla olmadığını belirtir.^[125] Fuller, burada hukukun iç ahlâkı ve dış ahlâkı arasındaki ilişkiye vurgu yapmaktadır.^[126]

[120] Fuller, "Pozitivizm ve Hukuka Bağlılık", s. 196.

[121] Fuller, "Pozitivizm ve Hukuka Bağlılık", s. 196.

[122] Fuller, "Pozitivizm ve Hukuka Bağlılık", s. 196.

[123] Fuller, "Pozitivizm ve Hukuka Bağlılık", s. 198.

[124] Daha açık bir ifadeyle, Radbruch'un doğal hukuk anlayışı hukuk kurallarının içeriğine dayanırken, Fuller'ınki hukukun iç ahlâkının problemleriyle ilgilidir. Rundle, *Forms Liberate*, s. 70,73. Tırnak işareti Rundle'a ait.

[125] Fuller, "Pozitivizm ve Hukuka Bağlılık", s. 198.

[126] Rundle, *Forms Liberate*, s. 71.

Bu bölüm, Fuller’ın ihbarcılar davasına ilişkin önerisiyle son bulur. Fuller’ın önerisi de geçmişe yürür kanundur. Ancak Fuller, Hart ve Radbruch’dan farklı bir yerde durduğunu belirtir. Fuller’ın geçmişe yürür kanunu çözüm olarak görmesinin nedeni, geçmişten kesin bir kopuşu sağlamaktır.^[127]

Bir sonraki bölüm, “Yorum problemi: Çekirdek Alan ve Yarı Gölge Alan” başlığını taşımaktadır. Bu bölümde Fuller, Hart’ın gölge alanına ilişkin görüşlerini eleştirmektedir. Fuller’a göre, Hart’ın teorisinin temel problemi, yorum meselesini her bir kelime çerçevesinde ele almasıdır. Bir kanun söz konusu olduğunda da bir kelimenin anlamını değil, cümlenin, paragrafın veya bütün bir metnin anlamını belirlemek gerekmektedir. Eğer bir kanun, amacına uygulanabileceğimiz bir çekirdek anlama sahipse, bunun nedeni çekirdek anlamın kanunun amacı çerçevesinde anlaşılabilmesidir.^[128]

Fuller’a göre, yoruma ilişkin sorunların tek bir kelimeyle sınırlı olduğu alanlarda bile, Hart’ın açıklamaları bu tür durumlarda ne yapılması gerektiğine ilişkin bir açıklama sunmamaktadır. Hart sunduğu taşıt örneğinde, taşıt kelimesinin çekirdek anlamı olduğunu ve bu anlamın tüm bağlamlarda geçerli olan bir dizi objeyi tanımladığını iddia etmiştir; ancak Fuller’a göre kelimelerin çekirdek anlamı hangi nesnelere taşıt olarak kabul edilebileceğini söylemez. Fuller’a göre, araçları parklardan yasaklayan kural, bazı davalara kolayca uygulanıyor görünse de, bunun nedeni kuralın neyi amaçladığının açıkça biliniyor olmasıdır. Eğer bazı davalarda, kuralın amacını sormadan o kuralı uygulayabiliyorsak, bunun nedeni kuralın amacının olmaması değildir. Örneğin, parkta sakinliği amaçlayan bir kuralın, otomobili yasakladığı, düşünmeksizin bilinebilir.^[129] Dolayısıyla Fuller’a göre, bir kanunda geçen kelimelerin anlamını belirlemek o kanunun amacına, ne için getirildiğine bakarak ortaya konulabilir denilebilir.

Makalenin son bölümü “Pozitivizmin Ahlâki ve Duygusal Temelleri”dir. Bu bölümde Fuller, hukuki pozitivizmin, hukuk ve hukuki kurumların amaçsal yorumunun korkusu, en azından böyle bir yorumun ileriye götürülebileceği korkusu üzerine kurulmuş olduğunu belirtir.^[130] Fuller her ne kadar pozitivizmi bu korku nedeniyle eleştirse de, bu korkunun haksız veya önemsiz olduğunu düşünmemektedir. Örneğin, baskıcı rejimlerde yani kanunların veya hukuki kurumların amacının baskıyı arttırmak olduğu rejimlerde, bu korku daha iyi

[127] Fuller, “Pozitivizm ve Hukuka Bağlılık”, s. 198.

[128] Fuller, “Pozitivizm ve Hukuka Bağlılık”, s. 201.

[129] Fuller, “Pozitivizm ve Hukuka Bağlılık”, s. 201-2.

[130] Fuller, “Pozitivizm ve Hukuka Bağlılık”, s. 210-1. Hukuk pozitivizm “[a]rıya vardırılmış bir amaçsal yorumda insan özgürlüğüne ve onuruna yönelik bir tehdit görür.” Fuller, “Pozitivizm ve Hukuka Bağlılık”, s. 212.

anlaşılabilir.^[131] Ancak Fuller'a göre çözüm amaçsal yorumdan korku duymak yerine, uygulayıcılardan uygun davranışı (the proper attitude) beklemektir.^[132]

C. 1958 Tartışması Çerçevesinde Fuller'ın Hukuki Pozitivizme Yöneltiği Sorular

1958 tartışması her ne kadar hukuk felsefesiyle ilgilenenler ve hukuk fakültesi öğrencileri için bilinen bir tartışma olsa da, bu tartışmanın Hart'ın gözünden okunduğu iddia edilebilir. Hart'ın sunduğu çerçeve ise hukukun iç ahlâkının sekiz ilkesinin çok kötü amaçlarla uyum içinde olup olmadığı ve bu ilkelerin etkili bir kanun koyuculuğun ilkeleri olup olmadığıdır.^[133] Oysaki Rundle'a göre, bu tartışma Fuller'ın perspektifinden okunursa, Fuller tarafından Hart'a yöneltilmiş ve hukuk felsefesi için önemli sorular olarak görülebilir.^[134]

Yukarıda belirtildiği gibi Nazi hukuku tartışması, 1958 tartışmasında önemli bir yerde durmaktadır. Fuller'un Nazi hukuku üzerinde düşünürken amacı, yine yukarıda belirtildiği gibi, Nazi hukukunun çok acımasız ve adaletsiz olduğu üzerinde durmak değildir. Fuller, hukukun iç ahlâkı adını verdiği, bir hukuk sistemini hukuk sistemi yapan özelliklerle ilgilidir. Nazi döneminde de hukukun iç ahlâkının sekiz ilkesinin nasıl ihlal edildiğini^[135] ortaya koymuştur. Fuller'ın sorusu hukuki pozitivizmin bu tür bir durum (hukuki patoloji) için anlamlı bir cevap sunabilip sunamayacağıdır.^[136] Rundle'a göre, Hart bu konuyu tartışmaktan kaçınmıştır.^[137] İlerleyen yıllarda ise, *The Morality of Law*'da, Fuller bu soruyu, kanun yapma yetkisinin kötüye kullanılması halinde geri alınıp alınmayacağı şeklinde formüle etmiştir.^[138] Bu soruya da Hart'ın verdiği cevabın tatmin edici olduğu söylenemez.^[139]

Rundle'a göre, bir diğer önemli nokta ise Nazi hukuku gibi bir rejimin, “o rejim altında yaşamak zorunda olanlar” yani vatandaşlar (hukuki özne) için ne

[131] Fuller, “Pozitivizm ve Hukuka Bağlılık”, s. 211-2.

[132] Fuller, “Pozitivizm ve Hukuka Bağlılık”, s. 214.

[133] Rundle, *Forms Liberate*, s. 85.

[134] Rundle, *Forms Liberate*, s. 85.

[135] Rundle Nazi döneminde hukukun iç ahlâkının ihlalinin çok yoğun derecede olmasını “hukuki patoloji” olarak adlandırır. Rundle, *Forms Liberate*, s. 73.

[136] Rundle, *Forms Liberate*, s. 73.

[137] Rundle, *Forms Liberate*, s. 74.

[138] Rundle, *Forms Liberate*, s. 74; Fuller, *The Morality of Law*, s. 137-8.

[139] Rundle, *Forms Liberate*, s. 74.

ifade ettiğidir. Diğer bir ifadeyle, sekiz ilkeden büyük bir oranda taviz vermiş olan Nazi hukuku, vatandaş tarafından hukuk olarak kabul edilecek midir ve böyle bir rejime bağlılık söz konusu olacak mıdır? Diğer bir ifadeyle hukuka bağlılık Nazi rejimi altında yaşamak zorunda olan hukuki özne için ne ifade etmektedir? Rundle'a göre, Hart'ın aksine, Fuller'ın perspektifinden bakıldığı zaman bu sorular önem kazanmaktadır.^[140]

Rundle'a göre, 1958 tartışmasının üzerinde durulması gereken bir diğer yönü ise hukuki geçerlilik ve bir hukuk sisteminin varlığının koşullarına yöneliktir. Yine, 1958 tartışmasına Fuller'ın perspektifinden bakılacak olursa, Fuller'ın, Nazi rejimi tartışmasıyla, bir hukuk sisteminin hukuk sistemi olabilmesi için gerekli şartlar üzerinde düşündüğü ortaya çıkmaktadır. Bu doğrultuda hukuki pozitivistlerin, hukuk sisteminin bu yönünü açıklayıp açıklayamadığı da üzerinde düşünülmesi gereken bir sorudur. Hukuki pozitivistler için bir hukuk sisteminin var olmasında söz etmek sadece sosyal kaynak tezine mi bağlı mıdır^[141] veya bir hukuk sisteminin nasıl var olduğu ya da tanıma kuralında açığa çıkmış kriterler bunun için yeterli midir gibi sorular, Fuller'ın üzerinde düşündüğü sorulardır.^[142] Daha açık bir ifadeyle, Nazi döneminden yaşananlardan hareketle, yetkililer, yayımlanmamış, geçmişe yürür, genel olmayan herhangi bir düzenlemenin hukuk olarak kabul edileceğini kabul ettikleri zaman, böyle kurallar hukuk olarak kabul edilecek midir? Edilmeyecekse hukukun içeriğinden bağımız olarak, hukuk oluşturmak için bir takım zımni kısıtlamaların var olduğundan bahsedilebilir mi? Nazi hukuku tartışmasında da Fuller'ın sorduğu soru, kısaca, yetkililerin geçerli bir hukuk olduğunu iddia ettiği her şey hukuk mudur sorusudur.^[143]

Rundle'a göre Hart yine bu sorulardan kaçmış ve bir hukuk sisteminin var olması için gerekli şartları tartışmaktansa hukukun iç ahlâkına uygunluğun adaletsiz rejimlerle uyumlu olup olmadığını tartışmıştır.^[144] Rundle'ın işaret ettiği bir diğer önemli nokta, bir hukuk sisteminin var olması için gerekli

[140] Rundle, *Forms Liberate*, s. 75.

[141] Alexander P. D'Entreves'ten Fuller'a mektup, 8 Nisan 1958, The Papers of Lon L Fuller, Harvard Law School Library, Box 3, Folder 15, Aktaran Rundle, *Forms Liberate*, s. 77.

[142] Rundle, *Forms Liberate*, s. 77.

[143] Rundle, *Forms Liberate*, s. 77.

[144] Rundle, *Forms Liberate*, s. 77.

koşulların Joseph Raz'ın "Hukuk Devleti ve Erdemi"^[145] makalesine kadar tartışılmamış olmasıdır.^[146]

Bununla birlikte, Fuller'in hiçbir zaman bir geçerlilik kriteri sunmadığının farkında olmak gerekmektedir. Rundle'a göre Fuller da bunun farkındadır ve bu durumdan rahatsız değildir; çünkü Fuller'a göre, bir hukuk sisteminin tam olarak ne zaman oluştuğunu belirleyecek bir noktanın veya kriterin olmaması kaçınılmazdır.^[147] Bu nokta, Fuller'in hukuku bir veri değil ancak insan başarısı olarak görmesi ve hukukun varlığının derece meselesi olduğu iddiasıyla da örtüşmektedir.^[148] Ancak Rundle'a göre, Fuller'in hukuki geçerlilik meselesine tümüyle kayıtsız olduğunu düşünmek de yanlıştır. Fuller, Nazi hukukunun geçerliliği konusu üzerine düşünmüştür. Bu çerçevede, Nazi döneminde hukukun iç ahlâkından büyük sapmalar olduğu için yapılan bütün hukuki düzenlemeler geçersiz mi kabul edilecektir, yoksa bu dönemdeki özel hukuk düzenlemeleri (evlilik, miras, sözleşme) geçerli kabul edilecek midir? Rundle'a göre bu noktada Fuller'in görüşü, bu kuralların geçerliliğinin belirli bir duruma ve ilişkiye bağlı olmasıydı. Diğer bir ifadeyle Fuller'in görüşleri çerçevesinde, hukuk kurallarının geçerliliğinin somut duruma göre değerlendirilmesi gerektiği ileri sürülebilir.^[149]

Sonuç olarak Fuller bu makaleyle hukukun iç ahlâkının sekiz ilkesinin bir hukuk sistemi için önemini ortaya koymaya çalışmaktadır. Fuller, sekiz ilkenin hukuk sistemi için önemini ortaya koyarken, aynı zamanda da hukuki pozitivizmin sekiz ilkenin ihlali durumunda ortaya çıkan problemlere bir çözüm sunmak konusunda yetersiz olduğunu da göstermiştir. Rundle'ın da belirttiği gibi Fuller'a göre, Hart'ın pozitivizmi tamamlanmamış bir hukuk görüşü olup, bu eksik olan noktaları hukuk felsefesine katmak gerekmektedir. Dolayısıyla 1958 tartışmasına Fuller'in perspektifinden bakıldığında, Nazi döneminde ve bu tür olağanüstü dönemlerde karşılaşılan problemler daha farklı ve zengin bir bakış açısıyla ele alınabilir.^[150]

[145] Joseph Raz, "Hukuk Devleti ve Erdemi", çev. Bilal Canatan, *Hukuk Devleti, Hukuki Bir İlke Siyasi Bir İdeal*, Ed. Ali Rıza Çoban, Bilal Canatan, Adnan Küçük, Adres Yayınları, Ankara, 2008, s. 149-66.

[146] Rundle, *Forms Liberate*, s. 77. Bu konuda ayrıca bkz. Akı, *Lon L. Fuller'da Hukukun İç Ahlâkı*, s. 172-82.

[147] Rundle, *Forms Liberate*, s. 78.

[148] Rundle, *Forms Liberate*, s. 78.

[149] Hukuki geçerlilik ve Fuller için ayrıntılı olarak bkz. Rundle, *Forms Liberate*, s. 76-84.

[150] Rundle, *Forms Liberate*, s. 59-60.

II. *The Morality of Law* ve Hart-Fuller Tartışması

A. *The Morality of Law* çerçevesinde Fuller'ın Görüşleri

Fuller'ın, 1958'de Hart'la olan tartışmasından sonra, hukukun iç ahlâkına ilişkin görüşlerini geliştirdiği kitabı *The Morality of Law*'dır. Bu kitap Yale Law School'da verdiği dört dersin ürünüdür.^[151] Bu kitap dört bölümden oluşmaktadır.

The Morality of Law'ın ilk bölümünün başlığı “İki Ahlâk”tır. Fuller bu bölümde ahlâk kavramı üzerinde durur. Bu doğrultuda ödev ahlâkı (the morality of duty) ve özlem ahlâkı (the morality of aspiration) olmak üzere ikili bir ayırım ortaya koyar.

Kitabın ikinci bölümü “Hukuku Mümkün Kılan Ahlâk” başlığını taşır. Fuller bu bölümde Rex'in hikâyesi aracılığıyla bir kanun koyucunun sekiz açıdan nasıl başarısız olabileceğini ortaya koyar.^[152] Fuller bu başarısızlıklardan bir hukuk sistemi oluşturmak için kanun koyucuların riayet etmesi gereken sekiz ilkeye ulaşır; kurallar genel, yayımlanmış, geleceğe yönelik, anlaşılabilir, tutarlı olmalı, diğer kurallarla çelişmemeli ve yetkililerin eylemleri ile yayımlanmış kurallar arasında bir uyum olmalıdır. Fuller'a göre “[b]u sekiz noktanın herhangi birinde bütünüyle (total) başarısızlık, sadece kötü bir hukuk sistemine yol açmayacaktır; tam anlamıyla hukuk sistemi olarak adlandırılabilir (is not properly called legal system) bir şey dahi yoktur.”^[153] Zira “bir insanın var olamayan bir kurala veya ondan gizlenen ya da o filini gerçekleştirdikten sonra oluşturulan veya anlaşılmayan ya da hukuk sistemi içindeki diğer kurallarla çelişen veya imkânsız talep eden veya her dakika değişen bir kurala uymasına ilişkin ahlâki bir yükümlülüğü yoktur.”^[154] Sonuç olarak Rex'in hikayesi çerçevesinde, kanun koyucular bu ilkelere uymadıkları zaman bir hukuk sistemi oluşturmaları mümkün olmamaktadır. Ayrıca, vatandaş açısından da kurallara uymak sadece imkânsız olmamakta, vatandaşın hukuka uygun davranması için ahlâki bir yükümlülüğü söz konusu olmamaktadır. Aynı zamanda vatandaş ve kanun koyucu arasındaki karşılıklı ilişki de kırılmaktadır.^[155]

[151] Fuller, *The Morality of Law*, s. vii. (Birinci baskıya önsöz)

[152] Bu konuda bkz. Akı, “Hukukun İç Ahlâkı: Lon L. Fuller'ın Görüşleri Çerçevesinde Bir İnceleme”, s. 10-6.

[153] Fuller, *The Morality of Law*, s. 39.

[154] Fuller, *The Morality of Law*, s. 39.

[155] Akı, “Hukukun İç Ahlâkı: Lon L. Fuller'ın Görüşleri Çerçevesinde Bir İnceleme”, s. 15.

Fuller bir hukuk sistemi oluşturmak için gerekli olan sekiz ilkeyi “*hukukiliğin ilkeleri*” (principles of legality) veya “*hukuk iç ahlâkının gerekleri*” (the demands of the inner morality of law) olarak adlandırır.^[156] Fuller bu bölümde ayrıca her bir ilkenin anlamı ve ilkelere ilişkin karşılaşılabilecek problemler üzerinde durur.^[157]

Üçüncü Bölüm “Hukuk Kavramı” başlığını taşımaktadır. Fuller bu bölümde hukukun iç ahlâkı ve doğal hukuk akımı arasındaki ilişki açısından önemli açıklamalarda bulunur. Fuller’a göre, hukukun iç ahlâkı bir tür doğal hukuku temsil etmektedir. Bu doğrultuda hukukun iç ahlâkı “*insan davranışını kuralların yönetimine tabi kılma girişiminin*” doğal kurallarını ortaya koymakla ilgilidir.^[158] Fuller hukukun iç ahlâkını maddi doğal hukuktan ayırmak için de, hukukun iç ahlâkı olarak ileri sürdüğü kavramı “*doğal hukukun prosedürel versiyonu*” olarak adlandırır. Fuller “*prosedürel*” terimiyle hukuk kurallarının *maddi içerikleri ve amaçlarıyla* ilgili olmadığını da açıkça ortaya koyar.^[159] Fuller’ın ilgilendiği şeyi insan davranışlarını düzenlemek, yönlendirmek ve hukukun amaçladığı şeyi gerçekleştirmek ve etkili bir kurallar sistemi oluşturmak için ilkelerdir.^[160] Ki Fuller’a göre hukukun amacı da insan davranışını kurallarını yönetimine tabi kılmaktır.^[161]

Fuller’ın bu bölümde üzerinde durduğu bir diğer konu hukuku güçle açıklayan teorilerdir. Fuller fiziksel güç kullanma yetkisinin hukuku tanımlamada ve onu diğer sosyal düzenleme modellerinden ayırmada kullanılmasını eleştirir.^[162]

Bu bölümle ilgili olarak üzerinde durulması gereken son nokta Fuller’ın Hart’a olan eleştirilerini dile getirdiği kısımdır. Zaten *The Morality of Law*’ın üçüncü bölümünün başlığı Hart’ın kitabıyla aynı adı taşımaktadır. Fuller’ın kendisi de üçüncü bölümün başlığı için Hart’ın kitabının başlığını ödünç aldığını belirtir.^[163] Fuller’ın, *The Morality of Law*’da, Hart’a olan en büyük eleştirisi de bu bölümdedir. Fuller Hart’ın tanıma kuralına karşı olmadığını belirtir. Fakat

[156] Fuller, *The Morality of Law*, s. 41,42.

[157] Fuller, *The Morality of Law*, s. 46-91.

[158] Ayrıca bu kurallar dünyevi kurallardır ve daha yüksekte olan kurallar da değildirler. Fuller, *The Morality of Law*, s. 96.

[159] Fuller, *The Morality of Law*, s. 97. Ayrıca bkz. Aktaş, *Lon L. Fuller’in Hukuk Kavramı*, s. 10-2.

[160] Fuller, *The Morality of Law*, s. 97.

[161] Fuller, *The Morality of Law*, s. 106.

[162] Fuller, *The Morality of Law*, s. 108.

[163] Fuller, *The Morality of Law*, s. 133.

Fuller'in karşı çıktığı şey, tanıma kuralının yetki verici kurallar başlığı altında görülmesi ve bu yetkinin kötüye kullanılması halinde geri alınamamasıdır; yani kanun koyucunun sınırsız olması denilebilir.^[164] Bu noktada Fuller, Hart'a karşı çok önemli bir eleştiri dile getirir. Hart, Austin'in teorisine karşı tanıma kuralını öne sürerken, hukuk kavramını zorlayıcılıktan kurtarmaya çalışmakta olduğunu, bir hukuk sisteminin silahlı haydut durumu olmadığını iddia etmiştir. Fuller'a göre, eğer tanıma kuralı kanun koyucu tarafından hukuk olarak adlandırılan herhangi bir şeyin hukuk olarak kabul edilmesiyse, vatandaşın içinde bulunduğu durum silahlı bir haydut karşısındaki konumundan çok daha kötüdür.^[165] Fuller'a göre, Hart'ın silahlı hayduta ilişkin analizi, “*zımnî karşılıklılığa*” ilişkin olarak hiçbir şey söylememekte, meseleyi sadece formel veya yapısal terimler açısından ele almaktadır. Bu durumda silahlı haydut tehdidini yüze yüze sunarken, kanun koyucu bunu kendisi ve vatandaş arasında hiçbir iletişim kurmayan genel emirlerle yapmaktadır. Sonuç olarak, Fuller'a göre Hart'ın analizi, vatandaş açısından kanun koyucudan beklenebilecek bir takım haklı beklentinin kanun koyucu tarafından ihlal edilebileceği durumları dışlamaktadır.^[166]

Kitabın dördüncü bölümü “Hukukun Maddi Amaçları” başlığını taşımaktadır. Fuller bu bölümde Hart'ın hukukun iç ahlâkına riayet eden rejimlerin çok adaletsiz rejimlerle uyum içinde olabileceği iddiasına cevap verir. Yukarıda belirtildiği gibi, Fuller 1958'de Hart'ı tartışmaya davet etmesine rağmen, Hart *The Concept of Law*'da Fuller'a birkaç satırla cevap verir. Daha da önemlisi, Hart, Fuller'ın adını bile zikretme gereği duymadan biraz da dalga geçen ve küçümseyen, ciddiye almayan bir havayla^[167] “*yine de eğer hukukun iç ahlâkı, hukuk ve ahlâk arasındaki zorunlu bağlantı anlamına geliyorsa bunu kabul edebiliriz. Ne yazık ki bu çok adaletsiz durumlarla uyum içindedir*” der.^[168] Rundle'a göre, Hart'ın Fuller'ı hafife alan ve önemsemeyen eleştirisi Fuller'ın gözünden kaçmamıştır.^[169] Fuller *The Morality of Law*'da bu alıntıya yer verir ve hukukun iç ahlâkı ve dış ahlâkı arasındaki herhangi bir mümkün etkileşimin bu eleştiriden

[164] Fuller, *The Morality of Law*, s. 137; Kenneth Einar Himma, *Hukukun Ahlâki Kriterleri Kapsayıcı ve Dışlayıcı Pozitivistler Arasındaki Tartışma*, çev. Saim Üye, Bilge Su Yayınları, Ankara, 2010, s. 32.

[165] Fuller, *The Morality of Law*, s. 139.

[166] Fuller, *The Morality of Law*, s. 139-40.

[167] Rundle, *Forms Liberate*, s. 95

[168] Hart, *The Concept of Law*, s. 202.

[169] Rundle, *Forms Liberate*, s. 95.

(Hart'ın yaptığı eleştirisi) daha açık bir reddi olamayacağını söyler.^[170] Rundle'a göre, Fuller'ın bu iddiası haklı olmakla birlikte, Hart'ın *The Concept of Law*'daki iddiası çok etkili olmuş ve hem hukuk-ahlâk ilişkisi hakkındaki tartışmaları hem de Fuller hakkındaki XX.yüzyıl'ın yarısı boyunca geliştirilen analizleri gölgede bırakmıştır.^[171]

Fuller'ın dördüncü bölümdeki bir diğer önemli iddiası ise hukukun iç ahlâkında saklı olan insan görüşüdür.^[172] *The Morality of Law*'ın ilk baskısı dört bölümden oluşmakla birlikte Fuller kendisine yöneltilen eleştirilere cevap vermek için 1969 yılında yapılan ikinci baskıya *A Reply to Critics* bölümünü eklemiştir. Fuller'ın bu bölümdeki iddiaları da aşağıda ele alınacaktır.

B. *The Morality of Law*'a Hart'ın Eleştirileri

Yukarıda belirtildiği gibi, Fuller, Aralık 1963'te Hart'a bir mektup yazmış ve çok yakında basılacak olan *The Morality of Law*'ın kopyasını da gönderip, fikrini sormuştur.^[173] Hart ise daha sonra *The Morality of Law*'a bir kitap eleştirisi yazmıştır.

Hart'ın yazdığı kitap eleştirisinin özünün, bu eleştirinin son cümlelerinde yatmakta olduğu belirtilebilir: “*Yazar hayatı boyunca amaç kavramına sevdalıydı ve bu tutku, tıpkı diğer tutkular gibi, insana hem esin kaynağı olmakta hem de insanı kör etmektedir.*”^[174] Hart'ın belirttiği gibi Fuller'ın *The Morality of Law*'da ve ilk dönem eserlerinde^[175] üzerinde ısrar ettiği konulardan bir tanesi de, hukukun amaçsal bir girişim olmasıdır. Fuller, hukukun amaçsal bir girişim olduğunda ısrar ediyor ve hukuki pozitivistleri de hukuku amaçsal bir girişim olarak görmedikleri için eleştiriyordu.^[176]

[170] Fuller, *The Morality of Law*, s. 154.

[171] Rundle, *Forms Liberate*, s. 95.

[172] “*İnsan davranışını kuralların yönetimine tabi kılma girişimine kalkışmak insanın sorumlu bir eyleyen olduğu, kuralları anlayabilen, takip edebilen ve hatalarına karşı cevap verebildiği veya verebileceği görüşüne bağlılık gerektirir. Hukukun iç ahlâkından her bir ayrılış, sorumlu bir eyleyen olarak insanın onuruna hakaret etmektir. Onun davranışlarını yayımlanmamış veya geçmişe yürür kurullarla yargalamak ya da ona yerine getiremeyeceği emirler vermek onun özerkliğine karşı kayıtsızlık ortaya koymaktır.*” Fuller, *The Morality of Law*, s. 162.

[173] Fuller'ın Hart'a mektubu, 11 Aralık 1963, The Papers of Lon L. Fuller, Harvard Law School Library, Box 3, Folder 14. Aktaran Rundle, *Forms Liberate*, s. 102.

[174] Hart, “Lon L. Fuller: *The Morality of Law*”, s. 363.

[175] Bkz. Akı, *Lon L. Fuller'da Hukukun İç Ahlâkı*, s. 25-40.

[176] Fuller, *The Morality of Law*, s. 106.

Hart, bu kitap eleştirisinde, Fuller'ın *The Morality of Law*'da hukuki pozitivistlere yani Austin, Hans Kelsen ve kendisine yönelttiği eleştirilere yanıt verir. Fuller'ın, Austin ve Kelsen'i hukuku müeyyide ve hiyerarşiyle açıkladıkları için eleştirmesine karşılık Hart, Austin ve Kelsen'in organize olmuş müeyyideyi diğer sosyal normlardan ayrı olarak, hukukun emredici karakterini açıklamak için kullandıklarını belirtir.^[177] Daha açık bir ifadeyle, Hart'a göre, bu yazarlar müeyyideyi hukukun *tanımlayıcı karakteri* olarak değil, fakat hukuku diğer sosyal düzenleme modellerinden *ayırıcı özellik* olarak görmüşlerdir.^[178] Diğer yandan, Fuller'ın hukukun tanımlayıcısı olarak Kelsen'in normlar hiyerarşisini eleştirmesine karşılık, Hart, (Kelsen'in teorisini yeterli bulmasa da), Kelsen'in hukuk sistemi, geçerlilik kavramı, yetki, özel hukuk-kamu hukuku ayrımı gibi konular üzerine düşündüğünü belirtir. Buna karşılık, Hart'a göre, Fuller amaç kavramıyla o kadar meşguldü ki, bu amaçların gerçekleştiği yapısal çerçevenin analiziyle ilgilenmemişti. Sonuç olarak Hart'a göre, Fuller, amaç kavramına saplandığı için eleştirdiği teorilerin özelliğini ve amacını görememişti.^[179]

Hart'ın bir diğer eleştirisi Fuller'ın kendi teorisini (hukuku amaçsal bir girişim olarak kabul etme) haklı (right) görüp, hukuki pozitivizmin yanlış olduğunu ve hukuk üzerinde çalışmak için sadece bir doğru yol olduğunu ileri sürmesiydi. Fuller'a göre hukuk kavramı hukuki pozitivistler gibi açıklandığında, kuralların tamamıyla geçmişe yürür olmasının neden bir problem olduğu veya hukuk kurallarının neden genel olması gerektiği konusunda yeterli bir açıklama yapılamayacaktır.^[180] Bu iddiaya karşılık Hart'a göre, Fuller'ın iddia ettiği gibi, hukuki pozitivistlerin bu meselelerle ilgilenmedikleri düşüncesi yanlıştı. Hart, Bentham'ın da hukuk kurallarının belirsizliği ve hukuk kurallarının geçmişe yürür olmasıyla ilgilendiğini, aynı şekilde kendisinin ve Kelsen'in de hukuk kurallarının genelliği üzerinde durduğunu belirtir.^[181] Bununla birlikte, Hart'a göre, kendisi ve Fuller'ın eleştirdiği pozitivistler, Fuller'dan farklı olarak bu ilkeleri "*ahlâk başlığı altında onurlandırmamışlardı*" ve ilkeleri "*kendileri açısından*" (for their own sake) değerlendirmemişlerdi. Bu ilkeler insan mutluluğuna veya hukukun maddi amaçlarına hizmet ettikleri ölçüde değerli görülmuşlerdi.^[182]

[177] Hart, "Lon L. Fuller: *The Morality of Law*", s. 353.

[178] Hart, "Lon L. Fuller: *The Morality of Law*", s. 354.

[179] Hart, "Lon L. Fuller: *The Morality of Law*", s. 354.

[180] Hart, "Lon L. Fuller: *The Morality of Law*", s. 356; Fuller, *The Morality of Law*, s. 147.

[181] Hart, "Lon L. Fuller: *The Morality of Law*", s. 357.

[182] Hart, "Lon L. Fuller: *The Morality of Law*", s. 357.

Hart, her ne kadar Fuller kendisini amaç kavramını önemsiz görmekte suçlasa da, *The Concept of Law*'da bu amaçların sürdürülebileceği bir hukuki yapı oluşturmaya çalıştığını ifade eder. Hart, *The Concept of Law*'da Fuller'ın “*çan-tada keklik*” (takes for granted) gördüğü birçok konuyu açıklamaya çalışmıştır ki bu konulardan bir tanesi de *bir kuralın*^[183] *ne anlama geldiği meselesidir ve bu konu Fuller tarafından analiz edilmemiştir.*^[184] *Hart, yaptığı kural analizinde yetki verici (rules which confer legal powers) ve görev verici (rules which impose legal obligations or duties) kurallar olmak üzere bir ayırım yapmıştır. Hart, bu ayırım yeni olmasa bile, bu ayırım sayesinde, hukuk felsefesinde karanlıkta kalan bazı noktaların açıklanacağı fikrinin yeni olduğunu belirtir. Her ne kadar Fuller bu ayırım konusunda şüpheli olsa da, Hart'a göre bu ayırım, Fuller'in kitabındaki bazı karanlık noktaları aydınlatmak için yardımcı olmaktadır.*^[185]

Hart, Fuller'i bir kural analizi yapmamak bakımından eleştirirken, Fuller The Morality of Law'da Hart'ın tanıma kuralını eleştirmiştir. Fuller'a göre, Hart tanıma kuralı aracılığıyla sosyolojik olgulara ilişkin sorulara hukuki cevaplar vermektedir.^[186] Hart ise tanıma kuralını bir hukuk sistemindeki birincil nitelikteki kuralları belirleyen kural olarak açıklamasına rağmen, bazı düşünürlerin bu fenomeni politik bir gerçeklik olarak tanımlamayı tercih ettiğini belirtir. Buna göre bir anayasa yazılı bir metinden ziyade, hayatın bir parçasıdır. Fakat Hart, bu görüşün kabul edilmesi durumunda dahi, tanıma kuralının dışlanması zorunlu olmadığını iddia etmektedir.^[187] Buna uygun olarak da Hart kitabında tanıma kuralının karmaşık (complex) ve açık metinlere (open-textured) sahip olduğunu kabul etmiştir. Ancak Hart'a göre böyle karmaşık ve belirsiz bir şeyi kurallar terminolojisiyle açıklamak hata değildir. Ayrıca Hart'a göre, bu meseleyi ortadan kaldırmaktansa, neye genel olarak kural dendiği ve neyin kural olarak adlandırıldığıyla, hukuk kurallarının geçerliliğini belirleyen kriterler arasındaki benzerlik ve farklılıklar üzerine düşünülmesi gerekmektedir.^[188]

Fuller'ın tanıma kuralına olan bir diğer itirazı ise, tanıma kuralının yetki verici kurallar başlığı altında görülmesi ve bu yetkinin kötüye kullanılması halinde de *hukuki olarak* geri alınamamasıydı.^[189] Dahası Fuller'a göre Hart

[183] İtaliye Hart'a ait.

[184] Hart, “Lon L. Fuller: *The Morality of Law*”, s. 358.

[185] Hart, “Lon L. Fuller: *The Morality of Law*”, s. 358.

[186] Fuller, *The Morality of Law*, s. 141.

[187] Hart, “Lon L. Fuller: *The Morality of Law*”, s. 359.

[188] Hart, “Lon L. Fuller: *The Morality of Law*”, s. 360.

[189] Fuller, *The Morality of Law*, s. 138.

“mantıksal düşüncenin bir zorunluluğu”^[190] olarak, yetki verici ve görev verici kurallar arasındaki kesin ayrımı sürdürmek istiyorsa, tanıma kuralı tarafından yetkili görülen bir otoritenin, daha sonra bu yetkisinin geri alınabileceği iddiasından da hoşnut olmayacaktı.^[191] Hart ise bu iddiaya karşılık, teorisinin böyle bir sonuca çıkmadığını, tanıma kuralının içeriğine dair mantıksal sınırlamanın olmadığını belirtir. Hart’a göre, hukuki yetkililer dilerse, ahlâki olarak itiraz edilebilecek bir kanunun tanıma kuralındaki kriterle uygun olması halinde, bu kriterleri artık kriter olarak kabul etmeyebilir. Dolayısıyla Hart’a göre, bir anayasa, kanun yapan güç üzerinde kanuni prosedüre (due processe) ilişkin sınırlamalar getirebileceği gibi, bu kanun koyucunun ahlâka ve adalete aykırı kanun yapması halinde de kanun yapma yetkisinin düşebileceğini belirtebilir. Böyle bir kriter getiren bir anayasa ise mantığa aykırı olamayacaktır, ama belirsiz bir geçerlilik kriteri getirmiş olacaktır.^[192]

Hart’ın Fuller’a yönelik bir diğer önemli eleştirisi, hukukun iç ahlâkının sekiz ilkesine yönelik olmuştur. Hart’ın itirazının temelinde, hukukun iç ahlâkının sekiz ilkesinin ahlâk olarak nitelendirilmesi vardır. Hart’a göre bu ilkeler, insan davranışlarına kurallar aracılığıyla rehber olma amacının *etkili* bir şekilde yürütülmesi için olan ilkelere, Hart, Fuller’a atıfla,^[193] bu ilkelerin “*iyi zanaatkârlığın ilkeleri*” (principles of good craftsmanship) olduğunu belirtir. Hart’a göre, bu ilkeler, hukukun maddi amaçlarından bağımsız olan ilkelere, tıpkı marangozun hastane için yatak veya bir işkence sehпасı yapmasından bağımsız olarak, marangozluğun ilkelerinin var olması gibi.^[194]

Hart’a göre “*iyi zanaatkârlığın ilkeleri*” olan bu ilkelerin, ahlâk olarak kabul edilmesine itirazın temel nedeni, ayrı tutulması gereken iki kavram arasında karışıklığa yol açmasıdır. Daha açık bir ifadeyle Fuller, Hart’a göre, amaçsal aktivite ve ahlâki birbirine karıştırmaktadır. Hart’a göre bir kişiyi zehirleme de amaçsal bir aktivitedir. Zehirleme aktivitesinin amacı üzerinde düşünüldüğü zaman bu aktivitenin de iç ilkeleri olduğu görülecektir. Örneğin kendini belli eden, zehir olduğu dışarıdan anlaşılan zehirleri kullanmama veya kurbanın kusmasına neden olan zehirleri kullanmama ilkeleri gibi.^[195] Daha açık bir ifadeyle eğer bir kişi bir diğer kişiyi zehirleyerek öldürmek istiyorsa, bu amaca ulaşmak

[190] Fuller, *The Morality of Law*, s. 138.

[191] Fuller, *The Morality of Law*, s. 138.

[192] Hart, “Lon L. Fuller: *The Morality of Law*”, s. 361.

[193] Fuller, *The Morality of Law*, s. 96, 43.

[194] Hart, “Lon L. Fuller: *The Morality of Law*”, s. 347; Fuller, *The Morality of Law*, s. 96.

[195] Hart, “Lon L. Fuller: *The Morality of Law*”, s. 350.

için kullandığı zehir kendini belli etmemelidir, kasmaya neden olmamalıdır. Fakat, Hart'a göre, bu ilkeler zehirlemenin ahlâkı olarak adlandırıldığı zaman, bir amaç için etkililikle ve amaçlar hakkındaki nihai değerlendirmeye ilgili olan ahlâk birbirine karışmış olmaktadır.^[196] Dahası Hart, Fuller'ın hukukun iç ahlâkının ilkelerinin ödev ahlâkıyla ilgili olmaktan çok, özlem ahlâkıyla ilgili olduğunu iddia etmesini de eleştirir. Hart, kanun koyucunun düşüncesizce geçmişe yürür kanun yapması halinde ödev ahlâkını ihlal edip etmediğini sorar. Hart'a göre, Fuller'ın temel hatası, yine amaçsal aktivite ile ahlâkı birbirine karıştırmasında yatmaktadır. Hart'a göre, özlem ahlâkını ahlâka dönüştüren şey, belirli bir amacın emredici olmayan ilkelerle gerçekleştirilmesi değil, fakat amacın kendisinin insan yetilerinin gelişimiyle ilgili olmasıdır. Hart'a göre kuralların içeriğine bakılmaksızın insan davranışlarını kuralların yönetimine tabi kılma amacının kendisi nihai değer olduğu zaman, kural koymaya ilişkin ilkeler ahlâk olarak nitelendirilecek ve bunun ödev ahlâkı mı yoksa özlem ahlâkı olup olmadığı sorgulanabilecektir.^[197]

Hart'a göre, Fuller, bunu tartışmak yerine hukukun iç ahlâkı ve dış ahlâkı arasında önemli bir ilişki olduğunu ve bu ilişkinin hukukun iç ahlâkının sekiz ilkesini ahlâk olarak kabul etmeyi haklılaştırdığını iddia etti. Fuller'ın bu iddiası ise, Hart tarafından Fuller'a karşı çok güçlü bir karşı argüman olarak kullanıldı.^[198] Sonuç olarak Hart, hukukun iç ahlâkının sekiz ilkesinin iyi veya çok kötü amaçlar karşısında nötr olmadığını destekler bir argümanın bulunmadığını iddia etti.^[199]

Fuller, bu iddiasını aslında, Hart'ın *The Concept of Law*'daki “[y]ine de eğer hukukun iç ahlâkı, hukuk ve ahlâk arasındaki zorunlu bağlantı anlamına geliyorsa bunu kabul edebiliriz. Ne yazık ki bu iddia, adaletsiz durumlarla uyum içindedir.”^[200] iddiasına karşı ileri sürmüştü. Fuller, bu iddiaya karşılık, hukukun iç ahlâkı ve dış ahlâkı arasındaki etkileşimin bundan daha büyük bir reddi olamayacağını iddia etmiştir. Dahası Hart'a şu soruyu yöneltmişti: “*Acaba Hart insani refah ve adalete karşı vahşice kayıtsız ama aynı zamanda hukukun iç ahlâkına tam olarak bağlı olan rejimlerin önemli örneklerinin tarihte olduğunu mu kast etmektedir?*”^[201] Fuller'ın sormuş olduğu bu sorunun, hukukiliğin ilkelerine

[196] Hart, “Lon L. Fuller: *The Morality of Law*”, s. 350.

[197] Hart, “Lon L. Fuller: *The Morality of Law*”, s. 351.

[198] Rundle, *Forms Liberate*, s. 95.

[199] Hart, “Lon L. Fuller: *The Morality of Law*”, s. 351.

[200] Hart, *The Concept of Law*, s. 202; Rundle, *Forms Liberate*, s. 95.

[201] Fuller, *The Morality of Law*, s. 154.

saygılı, ama aynı zamanda çok büyük adaletsizliklere hizmet eden sistemlerin kolayca bulunmasının mümkün olamayacağını ima ettiği düşünülebilir.^[202] Fuller, *The Morality of Law*'da da örnek olarak Güney Afrika ırkçı rejimini göstermektedir. Fuller Güney Afrika'daki ırkçı rejimde, hukuk kurallarının açık olmadığı ve hukukun iç ahlâkından büyük kopuşların olduğunu iddia etmektedir.^[203] Hart'a göre bu iddia Fuller'ın teorisi açısından hiçbir şey ifade etmemektedir. Zira Hart'a göre, Fuller'ın iddia ettiği gibi kuralların açık olması etik olarak onların nötr olmadığını göstermemekte ve sonuç olarak açık kurallar ve kötülük arasında bir uyumsuzluk söz konusu olmamaktadır.^[204]

Hart'ın bu iddiasına karşılık Rundle, Fuller'ın hiçbir zaman hukukun iç ahlâkının ilkeleri ile çok kötü, adaletsiz hukuki sonuçların zorunlu olarak uyummadığını iddia etmediğini belirtir. Fuller'ın söylediği *pratikte* çok kötü sonuçları elde etmek için hukukun iç ahlâkının sekiz ilkesinden sapmaların olabileceğidir. Rundle'a göre bu konuda Fuller'ın konumu bellidir: Fuller, *The Morality of Law*'da hukukun iç ahlâkının sekiz ilkesinin ahlâki sonuçlara karşı nötr olduğunu, fakat hukukun iç ahlâkında saklı olan insan görüşüne karşı nötr olmadığını açıkça dile getirmiştir.^[205] Fuller'ın Cohen ve Dworkin'e cevabı da aynı yönde olmuştur. Fuller hukukiliğin tüm taleplerini yerine getirmeye çok kötü ve adaletsiz sonuçlar arasında mantıksal bir çelişki olmadığını, fakat bir hukuk sisteminde “*insan onuruna saygının yerleşik (built-in) olduğunu*” iddia etmiştir.^[206] Böylece Fuller'a göre, sağduyulu bir şekilde (conscientiously) oluşturulmuş bir hukuk sisteminde insan onuruna saygı, hukukun maddi amaçlarına doğru bir eğilim içinde olacaktır.^[207] Rundle'a göre, *The Morality of Law*'dan çıkarılabilecek argüman budur. Yoksa hukukun iç ahlâkı ve çok kötü sonuçlar arasında zorunlu bir bağlantı olmadığı veya hukukun iç ahlâkıyla çok adil sonuçlar arasındaki zorunlu ilişki değildir.^[208]

Hart'ın hukukun iç ahlâkının ilkelerini etkililiğin ilkeleri olarak görmesine karşılık, Rundle, bunun Fuller'dan çok Hart'ın hukuk felsefesiyle ilgili olduğunu ileri sürmektedir. Hart'ın belirttiği gibi Fuller ve kendisi arasındaki en büyük

[202] Fuller, *The Morality of Law*, s. 154.

[203] Fuller, *The Morality of Law*, s. 160.

[204] Hart, “Lon L. Fuller: *The Morality of Law*”, s. 352.

[205] Rundle, *Forms Liberate*, s. 104. İtalik Rundle'a ait.

[206] Lon L. Fuller, “Reply to Professors Cohen and Dworkin”, *Villanova Law Review*, C.10, 1965, s. 665.

[207] Fuller, “Reply to Professors Cohen and Dworkin”, s. 665-6.

[208] Rundle, *Forms Liberate*, s. 105.

fark, Fuller'ın hukukun iç ahlâkının sekiz ilkesini kendileri bakımından (for their own sake) değerlendirmesidir. Oysaki faydacılar ve diğer pozitivistler bu ilkelere insan mutluluğunu sağladığı veya belirli maddi amaçları elde etmeye yardımcı olduğu müddetçe değer vermiştir. Rundle'a göre burada tamamen araçsal bir eleştiri söz konusudur; yani hukuk, belirli amaçları gerçekleştirmenin aracı olarak görülmektedir.^[209]

Hart'ın, Fuller'ın amaçsal aktivite ve ahlâkı birbirine karıştırdığı iddiasına karşılık olarak da Fuller'ın ileri sürdüğü ilkelerin rol ahlâkına ilişkin olduğu iddiası ileri sürülebilir. Daha açık bir ifadeyle, David Luban'a göre bir buhar makinesinin iyi bir buhar makinesi olmasında ahlâki bir yön yoktur, ancak amaçsal olan kavram bir mesleğin icra edilmesiyle ilgiliyse durum değişmektedir. Çünkü bu mesleğin amaçladığı şeyin gerçekleştirilmesi diğer insanlarla ahlâki bir ilişki kurulmasına neden olmaktadır. Bu gibi durumlarda amaçsal kavrama özgü olan başarı standardı, sadece mesleği icra edenin amacının gerçekleştirilmesiyle ilgili değildir. Zira bu başarı standardı bir ahlâki ilişki sürdürecektir şekilde amaçların yerine getirilmesidir. Luban'a göre mesleği icra eden düzenli olarak bu ahlâki ilişkiye aykırı davranırsa, karşı taraf bu ilişkiye son verecektir.^[210]

C. A REPLY TO CRITICS

Fuller'a göre *The Morality of Law*'ın ilk baskısındaki görüşler kendi pozisyonunu (yani Hart'la girdiği tartışmada kendi pozisyonunu) açıklığa kavuşturmaktadır.^[211] Bununla birlikte, bu kitabın, özellikle ilk baskısının, Fuller'ın kendi pozisyonunu açıklığa kavuşturmuş olduğu iddiası şüpheyle karşılanmalıdır. Bu kitabın çok eleştirilmesi karşısında Fuller'ın kitabın ikinci baskısına yazdığı *A Reply to Critics*'te belki düşünceleri biraz daha açıklığa çıkmıştır ama Rundle'ın da belirttiği gibi Hart'la ve diğerleriyle girdiği tartışmada, bu cevap çok da yeterli olmayan, gecikmiş bir cevap olma özelliğini taşımaktadır.^[212]

Fuller, *A Reply to Critics*'te eleştirilere cevap verirken yetkililerin eylemleri ile yayımlanan kurallar arasındaki uyum ilkesi ve genellik ilkesi üzerinde durmuştur. Dolayısıyla bu iki ilke, kendisini eleştirenlere yönelik fikirlerini geliştirirken

[209] Rundle, *Forms Liberate*, s. 105.

[210] David Luban, *Legal Ethics and Human Dignity*, Cambridge University Press, 2008, s. 109.

[211] Fuller'dan Walter F. Berns'e mektup, 21 Eylül 1964, Papers of Lon L. Fuller, Harvard Law School Library, Box 11, Folder 17 (*The Morality of Law*). Aktaran Rundle, *Forms Liberate*, s. 86, dipnot 2.

[212] Rundle, *Forms Liberate*, s. 5.

hukukun iç ahlâkını açıklamada önemli bir yer tutmaktadır. Zira Fuller *A Reply to Critics*'te, onu eleştirenlere, yani hukukiliğin ilkeleri etkililiğin ilkeleridir argümanına, genel kurallarla yönetim ve idari emir ayrımını ortaya koyarak cevap verir.^[213] Rundle'a göre Fuller'ın etkililik iddialarına karşı bu ayrımla cevap vermesi iki bakımdan önemlidir. Birincisi bu ayrımla Fuller, hukukun nasıl ve niçin diğer sosyal düzenleme modellerinden^[214] ayrılması gerektiğini belirtmektedir. Bunu yaparken de kendisinin ve hukuki pozitivistizmin temel noktaları arasındaki farkları açıklamaktadır. İkincisi bu ayırım aracılığıyla Fuller'ın kendi hukuk felsefesini daha da derinleştirdiğini ve hukuki pozitivistizme olan eleştirisini daha da geliştirdiğini görebiliriz.^[215]

Yukarıda belirtildiği gibi *The Morality of Law*'da Fuller kanun koyucu ve hukuki özne arasındaki karşılıklı ilişki ve kanun koyucunun gücünün kötüye kullanması halinde kanun yapma yetkisinin geri çekilmesi hususunda, hukuki pozitivistizmin hiçbir şey söylemediği üzerinde durmuştur.^[216] *A Reply To Critics*'te yeni olan husus, Rundle'a göre, kanun koyucu ve vatandaş arasındaki karşılıklı ilişkinin varlığı iddiasının daha derin bir analizidir. Buna göre hukukun iç ahlâkının ilkelerinin etkililiğe hizmet ettiği iddiası, ancak hukuki öznenin tek rolünün kanun koyucuya hizmet etmek olduğu idari emir için söz konusudur. Fuller'a göre, hukuki pozitivistler hukuku otoritenin tek yönlü yansıması olarak gördükleri ve hukuki özne ve kanun koyucu arasındaki etkileşimi göz önünde bulundurmadıkları için hukukun iç ahlâkının ilkelerini etkililiğin ilkeleri olarak görmüşlerdir.^[217] Sonuç olarak Fuller'a göre hukuki pozitivistlerin hukuk anlayışı, idari emre yakındır.^[218]

[213] Rundle, *Forms Liberate*, s. 121.

[214] Fuller çeşitli sosyal düzenleme modelleri ve bunların her birinin iç ahlâkıyla ilgilenmiştir. Fuller'ın ilgilendiği sosyal düzenleme modellerini bir liste olarak sunmak mümkün olmasa da, bunlar arasında hüküm verme (adjudication), arabuluculuk, kanun koyma, sözleşme ve idari emir (managerial direction) belirtilebilir. Sosyal düzenleme formları/modelleri için bkz. Kenneth I. Winston, "Introduction", *Principles of Social Order Selected Essays of Lon. L. Fuller*, Ed. Kenneth I. Winston, Hart Publishing, Oxford-Portland Oregon, 2001, s. 41.

[215] Rundle, *Forms Liberate*, s. 121-2.

[216] Rundle, *Forms Liberate*, s. 122.

[217] Rundle, *Forms Liberate*, s. 127.

[218] Rundle, *Forms Liberate*, s. 122.

Bu doğrultuda Fuller, *A Reply to Critics*'te hukuk yani genel kurallar yönetim ve idari emrin birbirine karıştırılmaması gerektiğini belirtmiştir.^[219] Dolayısıyla Fuller için sekiz ilkenin etkililiğinin ilkeleri olmadığı tartışmasında, idari emir ve hukuk arasındaki ayırım büyük önem taşımaktadır. Zira hukuk ve idari emir arasındaki en büyük fark, hukuk kurallarının genel kural formunda olması ve kuralları koyanların bu kurallarla bağlı olmasıdır.

Fuller'a göre idari emirde söz konusu olan şey ise kural koyucunun amaçlarının gerçekleştirilmesidir. Bu nedenle idari emirle yönetimde sekiz ilke etkililiğinin ilkeleridir.^[220] Bu hususu açıklamak için Fuller sekiz ilkenin idari emir için ne ifade ettiğini açıklar. Buna göre idari emrin söz konusu olduğu düzenleme formunda üst, astın araç olması aracılığıyla istediklerini gerçekleştirmeyi güvence altına almak istiyorsa, emirleri yayımlanmış olmalı, açık olmalı, birbirine zıt olmamalı, uygulanabilir olmalı ve çok sık değişmemelidir. Bu ilkelere uyulmaması durumunda üstün idari emre ilişkin girişiminin “*etkililiği*” tehlikeye girecektir.^[221] Fakat, kalan üç ilke için yani genellik, yayımlanan kurallar ile yetkililerin eylemleri arasındaki uyum ve geçmişe yürümezlik ilkeleri için aynı şey söylenemez.^[222] Zira idari emir açısından genellik ilkesi sadece kural koyanın işini kolaylaştıran bir ilke işlevini görmektedir. Kural koyan sık sık emir vermektense, astına emirlerini genel kurallar aracılığıyla iletebilir. Yayımlanan kurallarla yetkililerin eylemleri arasındaki uyum ilkesi ise idari emir formunda bir şey ifade etmemektedir. Çünkü kural koyanın koyduğu kurallara bağlılığı söz konusu değildir.^[223]

İdari emir açısından geçmişe yürür kanun yapma yasağına bakıldığında, üst için geçmişe yürür kanun yapması bir şey ifade etmemektedir; çünkü asta bugün bir önceki gün için emir vermek saçmadır.^[224] Rundle'a göre Fuller'ın bu analizindeki temel nokta yöneten ve yönetilen arasındaki ilişki ve beklentidir. İdari emir söz konusu olduğunda astın üstün vermiş olduğu direktiflere uyacağına ilişkin bir beklentisi yoktur. Bununla birlikte bunun anlamı idari emirde bu beklentinin kendisine hiç yer bulamayacağı da değildir.^[225]

[219] Fuller, *The Morality of Law*, s. 208. Bu konuda bkz. Akı, “Hukukun İç Ahlakı: Lon L. Fuller'ın Görüşleri Çerçevesinde Bir İnceleme”, s. 24-8.

[220] Fuller, *The Morality of Law*, s. 209.

[221] Fuller, *The Morality of Law*, s. 208.

[222] Rundle, *Forms Liberate*, s. 127.

[223] Fuller, *The Morality of Law*, s. 209.

[224] Fuller, *The Morality of Law*, s. 209.

[225] Rundle, *Forms Liberate*, s. 128; Fuller, *The Morality of Law*, s. 209.

Fuller'a göre bir hukuk sistemi açısından bakıldığında ise durum büyük farklılık gösterir; çünkü vatandaş ve kanun koyucu arasındaki etkileşim, işleyen bir hukuk sisteminin özünü oluşturmaktadır.^[226] Fuller bu iddiasını açıklayabilmek için sekiz ilkenin bir hukuk düzeni için ne ifade ettiğini açıklar. Fuller'a göre her ne kadar hukukun iç ahlâkının sekiz ilkesi birbirleriyle ilişkili ise de idari emri hukuktan ayırmada anahtar ilke, yetkililer tarafından yapılan eylem ve yayımlanmış kural arasındaki uyumdur. Ona göre hukukun üstünlüğünün özü burada yatmaktadır. Dolayısıyla hükümetler vatandaşa bir kuralı uygularken (örneğin onu hapse gönderirken), önceden yayımlanmış oldukları kurallara (ki vatandaşlar bu kurallara göre haklara ve de yükümlülüklerle sahiptir) uygun olarak bunu yapmalıdırlar. Fuller'a göre “[e]ğer bu Hukuk Devleti anlamına gelmiyorsa hiçbir anlama gelmiyordur.”^[227] Yetkililerin kurallara uygun davranması, bugün bir kanun yapılıp onun uygulanması anlamına da gelmemektedir. Örneğin bugün John hapse girecek gibi. Bu doğrultuda yetkililerin yayımlanmış kurallara uygun davranmasının anlamı kuralların genel kurallar olmasıyla ilgilidir. Bu nedenledir ki Fuller bu ilkeleri “*ikiz ilkeler*” olarak adlandırır.^[228]

Fuller, *A Reply to Critics*'te olmasa bile daha sonra yazmış olduğu “Human Interaction and the Law” makalesinde idari emir ve hukuk ayrımı üzerindeki düşüncelerini bir adım daha ileri götürür. Fuller'a göre idari emir ve hukuk arasındaki fark anlaşılacak isteniyorsa, hukukun *neden*^[229] *genel kural formunda olması gerektiği sorgulanmalıdır.*^[230] Fuller'a göre “*cevap görece basittir*”. Fuller'a göre hukuk kuralları genel olmalıdır çünkü “[h]ukuk bir insana kanun koyucu tarafından yüklenen belirli amaçları başarması için ne yapması gerektiğini söylemez; insanın hem cinsleriyle birlikte kendi yaşamını düzenlemesi için yol işaretleri inşa eder.”^[231] Daha açık bir ifadeyle hukukun amacı veya genel kurallarla yönetimin amacı, vatandaşların birbirleriyle etkileşime girebilmeleri için yol işaretleri sağlamaktır.^[232] Bu nedenle, Fuller'a göre, hukukla yönetim söz konusu olduğunda, genellik ilkesi ve yetkililerin eylemleri ile yayımlanmış kural arasındaki uyum

[226] Fuller, *The Morality of Law*, s. 209.

[227] Fuller, *The Morality of Law*, s. 210.

[228] Fuller, *The Morality of Law*, s. 210.

[229] İtaliye Fuller'a ait.

[230] Lon L. Fuller, “Human Interaction and Law”, *Principles of Social Order Selected Essays of Lon. L. Fuller*, Ed. Kenneth I Winston, Hart Publishing, Oxford-Portland Oregon, 2001, s. 254.

[231] Fuller, “Human Interaction and Law”, s. 254.

[232] Winston, “Introduction”, s. 53. Yine hukukun fonksiyonu için Fuller, *The Morality of Law*, s. 229.

ilkesi bir menfaat meselesi olmayıp, hukukla yönetimin özüdür. Hukuk, idari emir gibi, emir veren bir üst tarafından oluşturulmuş amaçlara nasıl ulaşılabileceğine dair diğer insanlara komut veren bir şey değildir; fakat temel olarak bütün vatandaşların bir diğer vatandaşla etkileşimini sağlayan güçlü bir çerçevedir. Hükümetlerin görevi de bu sistemin bütünlüğünün koruyucusu olmaktır.^[233]

Böylelikle idari emir ve hukuk arasındaki *temel fark*, bu iki yönetim modelinin elde etmeye çalıştığı amaçlarda yatmaktadır. Fuller'in pek çok kez söylediği gibi, hukuk amaçsal bir aktivitedir ve hukukun amacı insan davranışını kuralların yönetimine ve kontrolüne tabi kılmaktır. Hukukun fonksiyonu da vatandaşlar arasında düzenli, sistemli bir etkileşim yaratmak ve insanların eylemleri (self-directed action) için güvenilir yol işaretleri inşa etmektir.^[234] Daha da ötesi, Kenneth I. Winston'un belirttiği gibi bu amacı gerçekleştiremeyen kurallar, bu amacı gerçekleştiremedikleri derecede hukuk olmayacaklardır.^[235] Bu noktada da yine Winston'un yaptığı her bir sosyal düzenleme modelinin iç ve dış amacı ayrımı önemlidir. “*Sosyal düzenleme modelinin iç amacı, idari emir ve hukuk arasındaki farkla ilgilidir. Sosyal düzenleme modelinin iç amaçlarından bahsedildiği zaman sorulması gereken soru, bu süreci kullanmadaki amaç (point) nedir sorusudur. Örneğin hangi durumda neden o hukuki sürecin yani neden arabuluculuk veya idari emrin değil de kanun yapmanın kullanıldığı meselesidir. Fakat eğer hukuki sürecin dış amacını sorgularsak bu defa soru bu süreci kullanarak neyin elde edilebileceğidir. Mesela dar gelirli öğrencilere üniversite eğitimini gerçekleştirmek için burs sağlanması gibi.*”^[236]

Bütün bunlar açıklandıktan sonra, hukukun iç ahlâkının ne anlama geldiğinin ortaya konulması gerekmektedir. Fuller'in hukukun iç ahlâkının sekiz ilkesi olarak adlandırdığı sekiz ilke, bir düzenleme modeli olarak hukukun amacından hareketle, hukuk sistemi oluşturmak isteyen kanun koyucunun izlemesi gereken sekiz ilkedir. Bu nedenle hukukun iç ahlâkı, kanun koymanın sekiz ilkesi olarak da görülebilir.

Hukuk sistemi oluşturmak isteyen kanun koyucunun izlemesi gereken ve hukukun iç gereklilikleri olan (idari emrin değil) sekiz ilke, kanun koyucu ve vatandaş arasında karşılıklı bir ilişki ve beklenti yaratır. Daha da önemlisi Fuller'a göre, bir hukuk sisteminin var oluşu veya olmayışı bu ilişkiye bağlıdır

[233] Fuller, *The Morality of Law*, s. 210.

[234] Fuller, *The Morality of Law*, s. 229.

[235] Winston, “Introduction”, s. 53.

[236] Winston, “Introduction”, s. 53'ten aktaran Akı, “Hukukun İç Ahlâkı: Lon L. Fuller'in Görüşleri Çerçevesinde Bir İnceleme”, s. 19-20 dipnot 87.

ve bu ilişki hukuk sisteminin *ahlâki temelidir*.^[237] Diğer bir ifadeyle, bir hukuk sisteminin ahlâki temeli, kanun koyucu ve vatandaş arasındaki *ilişkiye ve etkileşime* dayanmaktadır. Bu etkileşim şu şekilde belirtilir:

(1) Bu etkileşim bir sosyal düzenleme modeli olarak hukukun amacından kaynaklanmaktadır. Hukukun amacı insanların birbirleriyle etkileşime girebilmesi için öngörülebilir bir çerçeve yaratmaktır. Amacı bu olan bir sosyal düzenleme modelinde kurallara tabi olanlar, kuralların bu amaca uygun olarak oluşturulması beklentisi içindedirler.

(2) Bu beklentiye göre, kanun koyucular hukuk oluştururken sekiz ilkeye uygun olarak oluşturma yükümlülüğü içerisindedirler. Kanun koyucuların böyle bir yükümlülüğünün olması, her şeyden önce, kanun koyucunun gücünün sınırsız olmadığı anlamına gelmektedir. Fuller'ın hukuk felsefesi açısından kanun koyucunun gücü üzerinde herhangi bir sınırlama getirmeyen bir hukuk anlayışı hiçbir şey ifade etmemektedir.^[238] Fuller'a göre hukuki pozitivistler ise kanun koyucunun ona has özel bir rolü olduğuna ilişkin herhangi bir şey düşünmemişlerdir. Fuller'a göre kanun koyucunun kendine özgü bir rolü olduğunu düşünmek, bu role ilişkin sınırlamaları da düşünmektir. Fuller kanun koyucuya özgü rolü ve sınırlamaları *rol ahlâki* olarak adlandırır.^[239] Daha da önemlisi, kanun koyucunun gücü üzerindeki bu sınırlamalar, dışarıdan dayatılan bir takım gerekliliklerden kaynaklanmamakta, bizatihi bir yönetim modeli olarak hukukun amacından^[240] ve formundan kaynaklanmaktadır^[241]. Sonuç olarak, Fuller'a göre, hukuki pozitivistlerin ileri sürdüğü hukuk kavramı eksik (deficient) bir hukuk kavramıdır; çünkü "*hukuku mümkün kılan şartlar hakkındaki pek çok şeyi gözden kaçırmaktadır*."^[242]

(3) İşleyen bir hukuk sistemi kanun koyucu ve vatandaş arasındaki karşılıklı çaba, etkili ve sorumlu bir etkileşime dayanmaktadır. Yani kanun koyucuların yaptıkları kurallara uymasının yanında, vatandaşlar da davranışlarını bu kurallara göre belirleyeceklerdir.^[243] Nasıl kanun koyucular yaptıkları kurallara uymayınca vatandaş için bu kuralları takip etmek için neden kalmıyorsa, aynı

[237] Fuller, "Human Interaction and Law", s. 255.

[238] Rundle, *Forms Liberate*, s. 140.

[239] Fuller, *The Morality of Law*, s. 192-3.

[240] Akı, "Hukukun İç Ahlâki: Lon L. Fuller'ın Görüşleri Çerçevesinde Bir İnceleme", s. 19-20.

[241] Rundle, *Forms Liberate*, s. 140.

[242] Rundle, *Forms Liberate*, s. 129.

[243] Fuller, "Human Interaction and Law", s. 254-5.

şekilde kanun koyucu da kuralları takip etme yetisi olmayan bir kitleyle karşı karşıya kaldığında, kendisini hukukun üstünlüğünün sınırlamalarıyla sınırlamak konusunda bir isteksizlik hissedecektir. Örneğin bir akıl hastanesindeki kişilerin ilişkilerini genel kurallarla veya hukukla düzenlemek çok bir şey ifade etmeyecektir.^[244] Eksikliğin de ötesinde bu durumun gerekleri başka bir düzenleme gerektirmektedir.

(4) Hukukla yönetim, belirli bir insan görüşünü içermektedir. Bu insan da sorumluluklarının bilincinde olan insandır. Fuller'a göre aksi düşünüldüğünde (akıl hastanesi örneğindeki gibi) hukuki ahlâksallık (legal morality) ve hukukun iç ahlâkı anlamını kaybedecektir.^[245] Kanun koyucular da hukuki özneye sorumluluklarının farkında olan bir birey gibi davranmaktansa, yani sekiz ilke aracılığıyla onların birbirleriyle etkileşime geçebilmeleri için yol işaretleri sağlamaktansa, her durumda ne yapmalarını belirten direktifler vermeleri halinde, artık hukukla yönetim değil, başka bir düzenleme modeli olan idari emirle yönetim söz konusu olacaktır.^[246]

[244] Fuller, *The Morality of Law*, s. 219. Fuller'ın bu örneği verirken söylemek istediği, akıl hastanesinde keyfi bir yönetimin olması gerektiği şeklinde değil, genel kurallardan ziyade idari emre dayanan bir yönetim olması gerekliliği olarak yorumlanabilir.

[245] Fuller, *The Morality of Law*, s. 162,163.

[246] Luban, *Legal Ethics and Human Dignity*, s. 112.

SONUÇ

Yukarıda 1958-1969 yılları arasında geçen tartışmanın ana hatlarını, bu iki düşünürün birbirine yönelttikleri eleştirileri sunmaya çalıştım. Ancak sorumuz hâlâ baki. Neden anlaşıyorlar? Hart ve Fuller'in anlaşamamalarının sebebi elbette ki başlangıç noktaları olabilir.^[247] Hart 1958'teki tartışmanın başında açıklığın büyük bir erdem olmasından bahseder. Hart'a göre kaçınılması gereken açıklığın zıddı olarak muğlaklıktır.^[248] Bununla paralel olarak Hart için kurallar ve onların geçerlilikleri de açık olmalı, şüpheye yer vermemelidir. Diğer yandan Fuller ise hukukun varlığının derece meselesi olduğunu iddia eden bir düşünürdü. Dolayısıyla anlaşamamalarından daha doğal ne olabilir ki? Ancak anlaşamamalarının tek sebebinin başlangıç noktaları olduğunu söylemek bazı noktaları kaçırmamıza neden olabilir. Anlaşamamalarının en önemli sebeplerinden birinin Hart'ın ona Fuller tarafından yöneltilen soruları cevaplamaktan kaçınıp tartışmayı hukukun iç ahlâkının sekiz ilkesinin etkili bir kanun koymanın ilkeleri olup olmadığına indirgemesi olduğu iddia edilebilir. Bununla birlikte hukukun iç ahlâkının ilkelerinin etkililiğinin ilkeleri olarak görülmesine biraz da Fuller'in kendisinin yol açtığını kabul etmek gerekir.^[249] Fuller hukukun iç ahlâkının ilkelerinin “*marangozluğun doğal kuralları*”^[250] gibi olduğunu belirtmişti. Dolayısıyla bu analogjiye göre marangozluğun doğal kurallarının, evi inşa edenin amaçlarına hizmet etmesi gibi, hukukun iç ahlâkının sekiz ilkesi de kanun koyucunun peşinde olduğu şeylere hizmet eder *görünmektedir*.^[251] Yine aynı bağlamda Fuller, insan davranışlarını yönlendirmek için etkili bir kurallar sisteminden bahsederken ve Rex'in hikâyesini kanun koyucunun perspektifinden aktarırken de benzer izlenimi uyandırmaktadır.^[252] Rundle'a göre, Fuller'in kullanmış olduğu bu ifadelerle rağmen bütün teorisini buna indirgemek yanlış olacaktır.^[253]

Fuller *The Morality of Law*'a gelen eleştirilerin ve hukukun iç ahlâkının etkililiğe indirgenmesinin nedeni olarak, Hart'ın kitap eleştirisini görmekte-dir.^[254] Fuller, Philip Selznick'e yazdığı mektupta da Hart'ın, meseleyi etkililik

[247] Hart, “Lon L. Fuller: *The Morality of Law*”, s.343; Fuller, *The Morality of Law*, 189.

[248] Hart, “Pozitivizm ve Hukuk ile Ahlâkın Ayrılması”, s.101-2.

[249] Rundle, *Forms Liberate*, s. 105-6.

[250] Fuller, *The Morality of Law*, s. 96.

[251] Rundle, *Forms Liberate*, s. 106.

[252] Rundle, *Forms Liberate*, s. 106. Fuller, *The Morality of Law*, s. 96-7.

[253] Rundle, *Forms Liberate*, s. 106.

[254] Rundle, *Forms Liberate*, s. 107.

meselesine indirgediğini, fakat kendisinin hukukun iç ahlâkını hukuku etkili kılmak için bir reçete ve hukukun kendisinin ahlâki olarak nötr olduğunu kabul edemediğini belirtir.^[255]

Hart'ın meseleyi etkililik meselesine indirgemesine rağmen, bugün için tartışma etkililik meselesinin ötesine geçmiştir ve tartışmaya Fuller'in perspektifinden bakan düşünürler vardır. Dolayısıyla, hukuk felsefesi literatüründe her ne kadar, Hart'ın görüşleri hâkim olsa da, Fuller'in görüşlerine ilişkin bir canlanmadan^[256], bir *Fuller Rönesansı*^[257]'ndan bahsetmek mümkündür. Bugün bunu gösteren pek çok çalışma bulunmaktadır: *The Principles of Social Order*,^[258] *Rediscovering Fuller*,^[259] *The Hart-Fuller Debate in the Twenty-First Century*,^[260] *Legitimacy and Legality in International Law*,^[261] *Forms Liberate*,^[262] *The Dynamics of Law and Morality*.^[263] Sururi Aktaş'ın 2011 yılında yayımlanmış olan “*Prosedürel Doğal Hukuk Lon L. Fuller'in Hukuk Kavramı*” kitabı, O. Vahdet İşsevenler'in^[264] ve Sevtap Metin^[265]'in makaleleri de *Fuller Rönesansı*'nın Türkiye'deki yansıması olarak görülebilir.

Sonuç olarak tartışmaya bugün baktığımızda, Fuller'in sekiz ilkenin kanun koyucunun amaçlarını daha etkili bir şekilde yerine getirmesine yarayan ilkeler olup olmadığını tartışmaktan ziyade farklı soruları olduğunu görebiliriz. Dahası Fuller'in teorisi açısından, önemli olan hukuki pozitivizmin, tanıma kuralında

[255] Rundle, *Forms Liberate*, s. 107.

[256] Akı, “Hukukun İç Ahlâkı: Lon L. Fuller'in Görüşleri Çerçevesinde Bir İnceleme”, s. 28-9.

[257] 2011 yılında, IVR Frankfurt'ta, Jutta Brunnee tez konumu duyduğunda, Fuller çalışmalarının gittikçe arttığını bir çeşit *Fuller Rönesansı*'ndan söz edebileceğimizi belirtmişti. Brunnee, her hangi bir eserinde *Fuller Rönesansı* terimini kullanmasa da, bu konuşmadan hareketle *Fuller Rönesansı* ifadesini kullandığımı belirtmek istiyorum.

[258] Winston, *Principles of Social Order*.

[259] *Rediscovering Fuller, Essays on Implicit Law and Institutional Design*, Ed. Willem J. Witteveen ve Wibren van der Burg, Amsterdam University Press, 1999.

[260] *The Hart-Fuller Debate in the Twenty-First Century*, Ed. Peter Cane, Hart Publishing, 2010.

[261] Brunnee, Toope, *Legitimacy and Legality in International Law: An International Account*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010.

[262] Rundle, *Forms Liberate*.

[263] Wibren van der Burg, *The Dynamics of Law and Morality A Pluralist Account of Legal Interactionism*, Ashgate, 2014.

[264] İşsevenler, “Hukukun Erdemi ve Fuller'in Ahlâkları”, s. 573-587.

[265] Metin, “Lon L. Fuller ve Prosedürel Doğal Hukuk Yaklaşımı”, s. 167-194.

zorunlu olarak ahlâka yer verip vermemesi de değildir. Fuller için önemli olan nokta bir hukuk sistemi oluştururken kanun koyucu veya anayasa koyucunun sekiz ilkeyle sınırlı olup olmamasıdır. Daha açık bir ifadeyle, Fuller sekiz ilkeyi, yetkililer tarafından kabul edilsin veya edilmesin bir hukuk sisteminin varlığı için zorunlu bir unsur olarak görürken, hukuki pozitivistler sekiz ilke ve bir hukuk sistemi arasında zorunlu bir ilişki görmemektedirler. Hukuki pozitivizm açısından sekiz ilkeyi ihlal eden bir hukuk sistemi kötü bir hukuk sistemi olacaktır; ancak hukuk sistemi olacaktır. Sonuç olarak, Fuller'ın teorisinin ayırma ve ayrılabilirlik tezine değil ama sosyal kaynak ve konvansiyonellik tezine bir itiraz olduğu ileri sürülebilir. Daha açık bir ifadeyle hukuki pozitivizm hukuku onu koyan kaynakla (yetkililerle) açıklarken,^[266] Fuller için yetkililerin ancak sekiz ilkeye uygun olarak oluşturdukları hukuk olarak kabul edilebilecektir.

Fuller'ın getirdiği bu eleştirinin önemli olduğu düşünülmektedir. Zira eğer ki kanun koyucunun yaptığı için hukuk olabilmesi için sekiz ilkeye uygun olarak oluşturulması gerektiğini kabul edersek, hukuk pozitivizm temel iki tezi sarsılacaktır. Dahası, Fuller'ın ileri sürdüğü bu sekiz ilke, maddi ilkeler kadar olmasa bile, kanun koyucunun rolü üzerinde bir takım kısıtlamalar getirmektedir. Bu kısıtlamalar ise bizatihi hukuk kavramının kendisinden kaynaklanan kısıtlamalardır. Bu kısıtlamalar ise vatandaş korku ve tedirginlikten uzak tutan, ona hayatını planlamasını için öngörülebilir bir çerçeve kurma olanı sağlayan kurallardır. Dolayısıyla, hukuk kavramının kendisinden kaynaklanan bir takım kısıtlamalarla vatandaş korku ve tedirginlikten uzak tutmasının önemli bir sonuç olduğu düşünülmektedir.^[267]

[266] Gülriz Uygur, “Hukuki Pozitivizmin Değişen Yüzü Mü?”, AÜHFİD, C.52, S.3, s. 149.

[267] Akı, “Hukukun İç Ahlâkı: Lon L. Fuller'ın Görüşleri Çerçevesinde Bir İnceleme”, s. 29.

KAYNAKÇA

Akı, E. İrem, *Lon L. Fuller'da Hukukun İç Ahlâkı*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2015.

Akı, E. İrem, "Hukukun İç Ahlâkı: Lon L. Fuller'ın Görüşleri Çerçevesinde Bir İnceleme", AÜHFD, C.64, S.1, 2015, s. 28-35.

Aktaş, Sururi, *Prosedürel Doğal Hukuk Lon L. Fuller'in Hukuk Kavramı*, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2011.

Brunnee, Toope, *Legitimacy and Legality in International Law: An International Account*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010.

Fuller, Lon L., "Human Purpose and Natural Law", *The Journal of Philosophy*, C.53, S.22, 1956, s.697-705.

Fuller, Lon L., "Positivism and Fidelity to Law—A Reply to Professor Hart", *Harvard Law Review*, C.71, S.4, 1958, s. 630-672.

Fuller, Lon L., "Reply to Professors Cohen and Dworkin", *Villanova Law Review*, C.10, S. 4 1965, s. 655-666.

Fuller, Lon L., *The Morality of Law*, Yale University Press, New Haven, 1969.

Fuller, Lon L., "Human Interaction and the Law", *Principles of Social Order Selected Essays of Lon. L. Fuller*, Ed. Kenneth I Winston, Hart Publishing, Oxford-Portland Oregon, 2001, s. 231- 266.

Fuller, Lon L., *The Law in Quest of Itself*, Beacon Press, Boston, 2009.

Fuller, Lon L., "Pozitivizm ve Hukuka Bağlılık – Profesör Hart'a Bir Cevap", Çev. Sevtap

Metin, *H.L.A. Hart ve Hukuk-Ahlâk Ayrımı*, Ed. Sercan Gürler, Tekin Yayınevi, İstanbul, 2015, s.153-215.

Hart, H.L.A., "Positivism and The Separation of Law and Morals", *Harvard Law Review*, C. 71, S.4, 1958, s. 593-629.

H.L.A. Hart, "Lon L. Fuller: The Morality of Law", *Harvard Law Review*, 1965, C.78, S.6, s. 1281-1296.

Hart, H.L.A., "Lon L. Fuller: *The Morality of Law*", *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Clarendon Press, 1983, s. 343-364.

Hart, H.L.A., *The Concept of Law*, Oxford University Press, 1997.

Hart, H.L.A., “Pozitivizm ve Hukuk ile Ahlâkın Ayrılması”, Çev. Ertuğrul Uzun, *H.L. A Hart ve Hukuk-Ahlâk Ayrımı*, Ed. Sercan Gürler, Tekin Yayınevi, İstanbul, 2015, s. 101-151.

Himma, Kenneth Einar, *Hukukun Ahlâki Kriterleri Kapsayıcı ve Dışlayıcı Pozitivistler Arasındaki Tartışma*, çev. Saim Üye, Bilge Su Yayınları, Ankara, 2010.

İşsevenler, O. Vahdet “Hukukun Erdemi ve Fuller’in Ahlâkları”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C.LXXIV, S.2, 2016, s. 581-2.

Luban, David, *Legal Ethics and Human Dignity*, Cambridge University Press, 2008.

Metin, Sevtap, Heper, Altan, *Ceza Hukuku Felsefesine Katkı: Radbruch Formülü*, Tekin Yayınevi, İstanbul, 2014.

Metin, Sevtap, “Lon L. Fuller ve Prosedürel Doğal Hukuk Yaklaşımı”, *Çağdaş Hukuk Düşüncesine Giriş*, Ed. Ertuğrul Uzun, İthaki, 2015, s. 167-194.

Ökçesiz, Hayrettin, “Hukukçu Eğitiminde Bir Denek Taşı: Radbruch Formülü”, *TBB Dergisi*, S.56, 2005, s. 167-174.

Ratnapala, Suri, *Jurisprudence*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009.

Raz, Joseph, “Hukuk Devleti ve Erdemi”, çev. Bilal Canatan, *Hukuk Devleti, Hukuki Bir İlke Siyasi Bir İdeal*, Editörler: Ali Rıza Çoban, Bilal Canatan, Adnan Küçük, Adres Yayınları, Ankara, 2008, s. 149-166.

Rediscovering Fuller, Essays on Implicit Law and Institutional Design, Ed. Willem J. Witteveen ve Wibren van der Burg, Amsterdam University Press, 1999.

Rundle, Kristen, *Forms Liberate*, Hart Publishing, Oxford, 2012.

The Hart-Fuller Debate in the Twenty-First Century, Ed. Peter Cane, Hart Publishing, 2010.

Uygun, Gülriz, “Hukuki Pozitivizmin Değişen Yüzü Mü?”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.52, S.3, 2004, s.145-176.

Uygun, Gülriz, “Adil Olmayan Kural Karşısında Yargıç: Radbruch Formülü”, *Gürkan Çelebican’a Armağan*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, Ankara, 2011, s. 99-114.

Van der Burg, Wibren, *The Dynamics of Law and Morality A Pluralist Account of Legal Interactionism*, Ashgate, 2014.

Winston, Kenneth I, "Introduction", *Principles of Social Order Selected Essays of Lon. L. Fuller*, Editör: Kenneth I Winston, Hart Publishing, Oxford-Portland Oregon, 2001, s. 25-58.

MEDENÎ USÛL HUKUKUNDA TANIK VE TANIKLIK*

Av. Fatih KARAMERCAN**

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-1135-8756>

DOI: 10.30915/abd.471201

Makalenin Geldiği Tarih: 08.02.2018 **Kabul Tarihi:** 15.05.2018

* **Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK – ULAKBİM Veri Tabanında indekslenmektedir.**

** İzmir Barosu. Yaşar Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Bölümü Tezli Yüksek Lisans Öğrencisi.

ÖZ

Hukuk yargılamasında taraflarca en çok başvurulan delillerin başında tanık delili yer almaktadır. Tanık delili, takdiri bir delil olmasına rağmen hukuk yargılaması açısından vazgeçilemeyecek bir delildir. Konunun izahı bakımından tanıklığın diğer kurumlar ile ilişkisi incelenmiştir. Sonrasında tanıklığın bağlı olduğu kurallar sayılmıştır. Son olarak ise tanıklığın deliller içerisindeki yeri irdelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Tanık, tanıklık, tanıkların gösterilmesi, tanıkla ispat, takdiri delil.

WITNESS AND TESTIMONY IN CIVIL PROCEDURAL LAW

ABSTRACT

Evidence of witness is at the beginning of the proofs most frequently applied in law judgment by the parties. Despite the fact that evidence of witness is a discretionary proof it is indisputable proof in terms of law judgment. In order to explanation of the subject the relation of testimony with other concepts has been examined. Thereafter the rules that testimony tied to have been considered. Lastly the place of testimony within evidences has been scrutinized.

Keywords: Witness, testimony, submission of witnesses, proof through witness, discretionary proof.

GİRİŞ

Hukuk yargılamasında taraflarca en çok başvurulmuş delillerin başında tanık delili yer almaktadır. Tanık delili, takdiri bir delil olmasına ve tanıklık yapacak kişinin tanık olduğu olayı zaman içerisinde unutmama ihtimalinin de bulunmasına rağmen hukuk yargılaması açısından vazgeçilemeyecek bir delildir.

Çalışmanın anlaşılabilmesi için öncelikle, tanık ve tanıklık kavramına yer verilmiştir. İkinci kısımda, tanıklık kurumunun ilişkili olduğu kurumlar ile bağlantısına değinilmiş olup üçüncü kısımda tanık ve tanıklık kurumunun bağlı bulunduğu kurallar incelenmiştir. Son kısımda ise, tanıklığın delil sistemindeki yerine değinilmiş olup tüm kısımlarda konu ile ilgili Yargıtay Hukuk Genel Kurulu ve Yargıtay Hukuk Daireleri tarafından verilmiş en güncel kararlara da yer verilmiştir.

I. TANIK VE TANIKLIK

A. Genel Olarak

Tanıklık, davanın tarafları dışındaki kişilerin davayla ilgili bir vakia hakkında, dava dışında bizzat edinmiş oldukları bilgiyi mahkemeye bildirmeleridir^[1]. Tanık ise, davada taraflar arasında çekişmeli^[2] olan, geçmişte meydana gelmiş olaylar ve durumlarda ilgili sahip olduğu bilgi ve algılarını^[3] mahkemeye aktaran kişidir^[4]. Görüldüğü üzere tanık, mutlaka davanın tarafları dışında üçüncü bir

[1] **ERTANHAN, Mesut**, Medeni Yargılama Hukukunda Tanık ve Tanıklık, Ankara, 2005, s. 48; **KURU, Baki; ARSLAN, Ramazan; YILMAZ, Ejder**, Medenî Usul Hukuku, 22. Baskı, Ankara, 2011, s. 431; **KURU, Baki**, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usul Hukuku, İstanbul, 2016, s. 399; **YILMAZ, Ejder**, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 3. Baskı, Ankara, 2017, s. 2664; **TANRIVER, Süha**, Medenî Usûl Hukuku, C: I, Ankara, 2016, s. 869; **GÖRGÜN, L. Şanal; BÖRÜ, Levent; TORAMAN, Barış; KODAKOĞLU, Mehmet**, Medenî Usul Hukuku, 6. Baskı, Ankara, 2017, s. 554.

[2] Dava konusu olmayan veya üzerinde uyuşmazlık bulunmayan konularda tanık dinlenmez (**ERTANHAN**, s. 70).

[3] Tanığın insan olması, insan hafızasının özellikle kendisi için özel bir ilgi konusu olmayan olayları zihninde muhafaza etmek hususunda güven verici bir araç olmaması nedeniyle tanıklık güvenilir bir delil vasıtası olmaktan uzaktır (**ERTANHAN**, s. 51). Bu konudaki tartışmalar için bkz. **ERTANHAN**, s. 50-53.

[4] **ATALAY, Oğuz**, Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku, 15. Bası, İstanbul, 2017, s. 1887; **ERTANHAN**, s. 48; **TANRIVER**, s. 869.

kişi konumunda bulunmalıdır^[5]. Tanık, kural olarak^[6] davanın tarafı değildir^[7]. Tanık, sadece gördükleri ve duyduklarını aktarır; yoksa görüşü^[8] sorulmaz^[9]. Bu nedenle tanık olayları yorumlayamaz ve bu yönüyle bilirkişiden ayrılmaktadır^[10]. Doktrinde **ERTANHAN** tarafından, tanıklığın, kamusal bir ödev ve mecburi olarak yapılması zorunlu olduğundan bahisle “davacı tanığı” veya “davalı tanığı” kavramlarının kullanılmasının sanki o tarafın lehine açıklamalarda bulunacağı sonucunu ortaya çıkaracağı, bu hususun da gerçeğin ortaya çıkarılması ile bağdaşmayacağı ve bu yüzden “davacı tarafından çağrılan tanık” veya “davalı tarafından çağrılan tanık” denilmesinin daha uygun olacağı belirtilmektedir^[11]. Görülen ve duyulan olayların zaman içinde unutulması mümkündür. Yine tanığın objektif olması gibi bir husus aranmadığından, tanık, diğer delillere

[5] **TANRIVER**, s. 869; **KURU/ARSLAN/YILMAZ**, s. 431; **KURU**, s. 399.

[6] Taraf olarak davada dinlenmiş olan kişi tanık olamaz; ancak taraf olarak dinlenmemiş ise tanık olabilir. Örneğin, kanunî temsilci taraf değildir; fakat isticvap edilmiş ise artık tanık olarak dinlenemez. Bunun aksine, davada taraf olarak yer alan kişi 16 yaşında ise, dava ehliyetine sahip olmadığından isticvap edilemez; fakat tanık olabilir (**ATALAY**, [Pekcanitez Usûl] s. 1887; **KURU/ARSLAN/YILMAZ**, s. 431; **ERTANHAN**, s. 55). Doktrinde **ERTANHAN**, kanunî temsilcinin davada, tarafın kanunî temsilcisi sıfatıyla hareket etmediği durumlarda tanık olarak dinlenebileceği yönünde görüş bildirmektedir (**ERTANHAN**, s. 55). Tüzel kişide, yönetim ve temsil organının üyesi olmayan yönetici ve temsilci olarak görev yapanların (örneğin avukatların), tanık olarak dinlenebileceğine ilişkin olarak bkz. **GÖRGÜN/BÖRÜ/TORAMAN/KODAKOĞLU**, s. 555, 556. İsviçre Hukuku'nda tüzel kişilerde fiili organın taraf gibi değerlendirileceği belirtilmektedir. Bu konudaki ayrıntılı açıklamalar için bkz. **YARDIMCI, Taner Emre**, Hukuk Yargılamasında Somutlaştırma Yükü, İstanbul, 2017, s. 187, 188. Ayrıca bu konu ile ilgili olarak **AlHM**'in Dombo Beheer/B.V./Hollanda, 1993) ve silahların eşitliği ilkesi çerçevesinde ayrıntılı değerlendirmesi için bkz. **HANAĞASI, Emel**, Medeni Yargılama Hukukunda Silahların Eşitliği İlkesi, Ankara, 2016, s. 404-406; **YARDIMCI**, s. 187-191.

[7] **ERTANHAN**, s. 53; **KURU/ARSLAN/YILMAZ**, s. 431; **KURU**, s. 399; **YILMAZ, Ejder**, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 3. Baskı, Ankara, 2017, s. 2664; **BUDAK, Ali Cem; KARAASLAN, Varol**, Medenî Usul Hukuku, Ankara, 2017, s. 243.

[8] Uygulamada, doktor hatasına dayalı açılmış olan tazminat davalarında, davalı doktorun tanıkları, gördükleri ve yaşadıkları durumu mahkemeye aktarırken, mahkeme önüne olayın “*her zaman yaşanabileceği veya davalı doktor yerinde olsam ben de aynı şekilde müdahale ederdim*” şeklinde görüş bildirmeleri tanıklık kurumu ile bağdaşmamaktadır. Tanığın/tanıkların bu beyanı, taraflı bir şekilde verilmiş bilirkişi görüşüne yaklaşmakta olup dolaylı yoldan da olsa mahkemece bilirkişi olarak atanacak kişilere görüşlerini, davalı doktor lehine baskı altında vermeleri sağlanmaktadır.

[9] **ATALAY**, (Pekcanitez Usûl) s. 1887.

[10] **ATALAY**, (Pekcanitez Usûl) s. 1887.

[11] **ERTANHAN**, s. 54.

nazaran gerçekten uzaklaşmaya neden olabilecek zayıf, ancak vazgeçilmesi de mümkün olmayan bir delildir^[12].

B. Diğer Kurumlar İle Karşılaştırılması

1. Bilirkişi İle Karşılaştırılması

Bilirkişi deliline başvurulabilmesi için kural olarak, tanıklığın caiz olduğu durumlarda tanık ifadelerinden yararlanılması, daha sağlıklı kararların verilebilmesi açısından gereklidir. Bu yüzden tanık ifadeleri ile bilirkişi incelemesi arasında da sıkı bir bağ olduğu yadsınamaz.

Bilirkişinin tanıkla karşılaştırması gerekirse, birtakım tespitler yapmak mümkündür.

- Tanık, beş duyu organı ile edinmiş olduğu bilgileri mahkemeye sunarken, bilirkişi duyu organları ile değil sahip olduğu özel ya da teknik bilgisini mahkemeye sunmaktadır^[13].

- Tanık, geçmişte yaşanan maddî vakıalara ilişkin gözlemlerini anlatırken, bilirkişi şimdiki gözlemlerini teknik bilgisine dayandırarak mahkemeye bildirir^[14].

- Tanığın yerine çoğu kez bir başkasının ikamesi mümkün olmadığından, taraflara yakın olmasına rağmen reddi düzenlenmemiş ve objektif olması aranmamıştır. Bilirkişinin yerine ise, başka bir kişinin ikamesi mümkün olduğundan reddi mümkün olmakla birlikte bilirkişinin doğru rapor verebilmesi için objektif olması gerekir^[15].

- Tanıklık yapmak zorunludur. Özel ve teknik bilgiyi gerektirdiği için, herkes bilirkişi olamaz ve bu nedenle herkes bilirkişiliği kabul etmeye zorlanamaz^[16].

[12] ATALAY, (Pekcanitez Usûl) s. 1887; TANRIVER, s. 869, 870; GÖRGÜN/BÖRÜ/TORAMAN/KODAKOĞLU, s. 554.

[13] ATALAY, (Pekcanitez Usûl) s. 1915; KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 440; KURU, s. 409; TANRIVER, s. 881; TANRIVER, Süha, Medenî Yargıda Bilirkişilik, Ankara, 2016, s. 27; KARAKOÇ, s. 461.

[14] KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 440; KURU, s. 409; KARAKOÇ, s. 461.

[15] ATALAY, (Pekcanitez Usûl) s. 1915.

[16] KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 440; KURU, s. 409, 410. Ancak, HMK m. 270 hükmü gereği, meslek ve sanat dolayısıyla bilirkişilik görevini kabul etmek zorunda olanlar, bilirkişilikten kaçınmazlar.

2. Uzman Görüşü^[17] İle Karşılaştırılması

Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 293 hükmü ile yasal bir kimlik kazanmış olan uzman görüşünün tanık/lık ile karşılaştırılması sonucu şu sonuçlara varmak mümkündür.

- Uzman görüşü, resmi bilirkişi raporu gibi delil olmayıp, tarafın mahkemeye sunduğu yazılı belgeye bağlı beyanı, açıklamasıdır^[18]. Tanık ise, takdiri bir delildir.

- Tarafların tanıkları arasında çelişkinin mevcut olması durumunda mahkemenin aradaki çelişkiyi gidermesi nasıl zorunluysa, tarafların sunmuş oldukları uzman görüşleri arasında da çelişki mevcutsa bu çelişkiyi mahkemenin bizzat atayacağı bilirkişi ile gidermesi gerekir^[19]. Ayrıca, uzman görüşü ile mahkeme tarafından atanan bilirkişinin raporu arasında çelişki çıkması durumunda

[17] Anglo-Sakson yargılama sisteminde “uzman tanık” olarak nitelendirilmekte ve çoğu özelliği uzman görüşü ile benzeşmektedir. Ancak uzman görüşünün delil niteliğinde olmaması, hâkim tarafından taraf beyanı olarak değerlendirilmesi, bilirkişilik kurumu ile birlikte değerlendirilmemesi gerekliliği, buna karşın Amerikan yargılama sisteminde bilirkişilerin çoğunlukla taraflarca serbestçe tayin edilmesi, bu nedenle bilirkişilik uygulamasında en geniş yeri uzman tanıkların işgal ettiği, uzman tanık ifadesinin ise bugün halen Amerikan yargılama sisteminde delil olarak değerlendirilmesi en temel farkları teşkil etmektedir. (YAZICI TIKTIK, Çiğdem, HMK m. 293'teki Uzman Görüşü Kurumu İle Anglo-Sakson Hukuk Sistemindeki Uzman Tanık Kurumunun Karşılaştırılması, MİHDER, C: 7, S: 20, Y: 2011, s. 96, 97); Bilirkişi tanıklığına olan güvensizlik ortamı İngiliz ve Amerikan hukukunda yarışmaktadır. İngiliz sisteminde bilirkişiler adli alandan uzak tutulmaya çalışılmakta, Amerikan mahkemeleri ise, bilirkişilere karşı olmamakla birlikte onları çok da güçlü bir pozisyona taşımamaktadırlar. (TEOMETE YALABIK, Fulya, Bilirkişi Görüşünün/Tanıklığının Delil Olarak Kabul Edilebilirliği, Prof. Dr. Ejder YILMAZ'a Armağan, C: 2, Ankara, 2014, s. 1893)

[18] PEKCANITEZ, Hakan, Özel Uzman (Bilirkişi) Görüşü ve Değerlendirilmesi, Makaleler, C: II, İstanbul, 2016, s. 395; AKİL, Cenk, Medeni Yargılama Hukukunda Mahkeme Tarafından Atanan Bilirkişi-Uzman Tanık Ayrımı, ABD, Y: 69, S: 2011/2, s. 174.

[19] AKİL, s. 175.

da mahkemenin bu çelişkiyi gidermesi gerekir^[20]. Yargıtay, bilirkişi raporları arasındaki çelişkinin uzman görüşü ile de giderilebileceğini belirtmektedir^[21].

- Tarafın kendisinin gösterdiği tanığın vermiş olduğu ifade aleyhine delil teşkil ettiği gibi uzman görüşünde de kendisini görevlendiren tarafın aleyhine verdiği bir takım beyanlar o tarafın aleyhine dikkate alınabilir^[22].

- Tanığı da uzman görüşünü verecek kişiyi de taraflar seçmektedir.

- Uzman görüşünü veren kişi, tanık gibi yemin eda ettirilmeye zorlanamaz^[23].

- Tanık sayısında sınırlama olmadığı gibi uzman görüşü verecek kişilerin de sayısında bir sınırlama söz konusu değildir^[24].

- Tanık, tanıklık ücretini, kendisini gösteren tarafın mahkeme vizesine yatırdığı hesaptan alır. Uzman görüşünde de, uzman, görüşüne başvuran kimseden ücretini alır. Ancak, bu ücret, mahkeme haricinde alınmaktadır.

- Tanıklık yapmak mecburîdir. Ancak, uzman görüşü vermek mecburî değildir.

3. Tarafların Kendi Tanıklıkları İle Karşılaştırılması

Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 169 hükmü çerçevesinde, tarafın ve kanunî temsilcinin bilgisinden isticvap (sorguya çekme) yoluyla yararlanılır.

[20] AKİL, s. 175. Aynı yönde; "... 2- Dava, davalı adına çoklu tasarım belgesi ile tescilli tasarımların hükümsüzlüğü istemine ilişkin olup, mahkemece benimsenen bilirkişi raporu doğrultusunda dava konusu çoklu tasarım belgesinde yer alan 1 ve 2 no'lu tasarımların da hükümsüzlüğüne karar verilmiştir. Ancak, davalı tarafça bilirkişi raporuna itiraz dilekçesi verilmiş ve ekinde uzman görüşüne dayanılmıştır. Bu durumda, mahkemece, uyumsuzluk konusu 1 ve 2 no'lu tasarımlar bakımından davalının rapora itirazlarının karşılanması ve bilirkişi raporu ile uzman görüşü arasındaki çelişkinin giderilmesi için 6100 sayılı HMK'nın 293. madde hükümleri de nazara alınmak suretiyle inceleme ve değerlendirme yapılarak sonucuna göre bir karar vermek gerekirken, yazılı şekilde hüküm tesisi doğru olmamış, bozmayı gerektirmiştir." (Y. 11. HD. 04.05.2016, 2015/10467 E.-2016/5052 K.)

[21] "... 2- Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına, dosyaya sunulan bilirkişi raporları arasındaki çelişkilerin, yine dosyada mevcut uzman görüşlerinden de faydalanılmak suretiyle 551 sayılı KHK hükümleri çerçevesinde hakimnin hukuki bilgisi ile giderilmiş olmasına göre taraf vekillerinin tüm temyiz itirazları yerinde değildir." (Y. 11. HD. 24.12.2015, 2014/18840 E.-2015/13906 K.)

[22] AKİL, s. 176.

[23] PEKCANITEZ, s. 397; AKİL, s. 178.

[24] AKİL, s. 178.

Ancak, davanın tarafı, kendi davasının tanığı olamayacağı gibi, karşı tarafı da tanık olarak çağırılmaz. Yani, kendi davasının tanığı olarak gösteremez^[25].

Bir kimse, taraf olarak isticvap edileceği yerde, hataen tanık olarak dinlenmiş ve gerekli açıklamaları yapmışsa, bu takdirde, onu taraf olarak yeniden isticvap etmeye gerek yoktur; onun beyanının, taraf beyanı olarak değerlendirilmesi mümkündür^[26]. Ancak, tanık olarak dinlenilmesi gereken kimse taraf olarak isticvap edilmişse; tanık olarak yeniden dinlenilmelidir. Çünkü, tanığın dinlenmesi usulü farklıdır^[27].

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 2015 yılında vermiş olduğu bir kararda^[28] şu ifadelerle yer vermiştir.

“... Mahkemece, yanlar arasındaki akdi ilişkinin varlığının sabit olmadığı, davacı tarafça, sunulan ve davalının mimarı olan Y.K.A. isimli kişinin, davacının davalı için yaptığı işleri açıklayan yazısına davalı vekilince iddianın genişletilmesi olarak karşı çıkıldığı, ayrıca anılan kişinin davalı şirketin temsilcisi olmayıp bir dönem çalışanı olduğunun ve düzenlediği belgenin yazılı delil başlangıcı olamayacağına bildirildiği, davacı tarafça bu şahsın tanık sıfatıyla dinlenilmesinin istenildiği, alınan bilirkişi raporu ile bu kişinin davalı şirket çalışanı olduğuna dair bir tespitin yapılamadığı, davalı şirketin temsilcisi olmayan bir şahsın düzenlediği belgenin yazılı delil başlangıcı olarak kabul edilemeyeceği, davacı tarafça davalıya yemin de teklif edilmediği, buna göre HUMK'nın 288. maddesi anlamında davalıdan sadır olmuş yazılı bir belge ile akdi ilişkinin varlığının ispatlanamadığı, davalı tarafın tanık dinlenilmesine muvafakat etmemesi ve tanık dinlenilmesini mümkün kılacak türden yazılı delil başlangıcı bulunmaması nedeniyle davacı tarafın tanık dinletme talebi kabul edilmediğinden bahisle, davanın reddine dair verilen karar, davacı vekilinin temyizi üzerine, Özel Dairece yukarıda açıklanan nedenlerle bozulmuştur.

Mahkemece, şirket temsilcisi olmayan, sadece bir dönem şirket çalışanı olan bir kişinin düzenlediği belgenin şirket için bağlayıcı olmasının ve bu belge dolayısıyla anılan kişinin isticvabının mümkün bulunmadığı, HMK'nın 169. maddesi uyarınca isticvabın davada taraf olanlar için sözkonusu olabileceği, yine HMK'nın 170. maddesi uyarınca tüzel kişiler adına temsil yetkisine sahip kimselerin isticvap

[25] ERTANHAN, s. 55; SARISÖZEN, s. 114.

[26] ERTANHAN, s. 55; SARISÖZEN, s. 114.

[27] ERTANHAN, s. 55. Zira tanık duruşmaya gelmek ve hazır bulunmak, yemin etmek, sorulara cevap vermek ve doğruyu söylemek zorundadır. İlave olarak tanığa taraflar da soru sorabilecek ve dinlenmesi esnasında hazır bulunabilecektir. (ERTANHAN, s. 55)

[28] Y. HGK. 01.04.2015, 2013/15-1606 E.-2015/1142 K.

olunabileceğinden, davalı tüzel kişiliğın temsilcisi olmayan Y.K.A. isimli kişinin isticvabının hukuken mümkün bulunmadığı gerekçesiyle direnme kararı verilmiştir.

Direnme kararı, davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; “İ. Mimarı Y.K.A.” imzalı belge altında imzası bulunan ve bir dönem davalı şirket çalışanı olup davanın taraflarından olmayan Y.K.A.’ın isticvap edilip edilemeyeceği noktasında toplanmaktadır.

Mevzuatımızda isticvabın düzenlendiği 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun (HMK) 169. maddesi; “Mahkeme, kendiliğinden veya talep üzerine taraflardan her birinin isticvabına karar verebilir. İsticvap, davanın temelini oluşturan vakıalar ve onunla ilişkisi bulunan hususlar hakkında olur” hükmünü içermektedir.

Madde metninden de anlaşılacağı üzere, davanın tarafları dışındaki üçüncü kişilerin isticvap edilmeleri mümkün değildir. Üçüncü kişilerin davada bilgilerine başvurulması istenirse, onlar ancak tanık olarak dinlenebilirler (TERCAN, Erdal; Medeni Usul Hukukunda Tarafların İsticvabı, Ankara 2001, s. 138; YILMAZ, Ejder; Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 2012, s. 945 vd.).

Yargıtay uygulamasında da, davanın tarafları dışındaki üçüncü kişilerin isticvap olunamayacağı ancak tanık sıfatıyla dinlenebileceği kabul edilmiştir (Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 24.03.2010 gün ile 2010/14-154 E., 2010/177 K. ile 25.02.2015 gün ve 2013/15-1523 E., 2015/853 K. sayılı kararları).

Bu açıklamalar ışığında somut olay incelendiğinde, davacı tarafından dava konusu edilen alacağın varlığını ispatlamak için ibraz edilen delillerden olan “A. Evlerindeki Villaya Yapılan İşler”, “B Blok Yapılan İşler” ve “C Blok Yapılan İşler” başlıklı, “İ.’in mimarı Y.K.A.” imzalı, 01.01.2006 ile 30.06.2007 tarihleri arasında davacı tarafından yapılan işlerin listesini gösteren belgeler dosyaya sunulmuş, davalı tarafça 22.03.2011 tarihli dilekçesinde anılan mimarın şirketlerinde çalıştığı kabul edilmiş, ancak belgede geçen tarihlerde çalışmadığı, bu nedenle belgelerin sonradan düzenlendiği belirtilerek itiraz edilmiştir. Tüm bu hususlar gözetildiğinde, davanın tarafı olmayan Y.K.A.’ın isticvap hükümlerine göre celbi mümkün olmadığından ancak tanık olarak dinlenebilecektir.

Bunun yanında taraflar arasında davaya konu uyuşmazlıktan daha önce başlayan sözleşme ilişkisinin varlığı da çekişmesizdir. Davacı tarafça 23.07.2009 tarihli dilekçe ile anılan mimarın, tanık olarak dinlenilmesi talep edilmiş, mahkemece bu talep yerinde görülünerek reddedilmiştir.

Bu nedenlerle, hakimin davayı aydınlatma ödevi (HMK, m. 31) bulunduğu hususu da gözetildiğinde mahkemece; davacı taraf delilleri arasında

bulunan “A. Evlerindeki Villaya Yapılan İşler”, “B Blok Yapılan İşler” ve “C Blok Yapılan İşler” başlıklı belgelerde düzenleyen olarak imzası bulunan davalı çalışanı mimar Y.K.A.’ın, belgeler altındaki imzanın kendisine ait olup olmadığı ile dava konusu alacağın dayanağı olan işlerin davacı tarafça yapılıp yapılmadığı konusunda tanık sıfatıyla beyanı alınarak uyuşmazlığın buna göre değerlendirilmesi gereklidir.

O halde, davalı çalışanı Y.K.A.’ın üzerinde imzasının bulunduğu ileri sürülen belgeyle ilgili olarak tanık sıfatıyla dinlenip sonucuna göre bir karar verilmesi gerektiğinden kararının bu değişik gerekçe ile bozulması gerekmektedir.”

C. Bağlı Bulunduğu Kurallar

1. Tanıkların Gösterilmesi

Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 240/2 “*Tanık gösteren taraf, tanık dinletmek istediği vakıyı ve dinlenilmesi istenen tanıkların adı ve soyadı ile tebliğ elverişli adreslerini içeren listeyi mahkemeye sunar. Bu listede gösterilmemiş olan kişiler tanık olarak dinlenemez ve ikinci bir liste verilemez.*” hükmünü içermektedir.

Doktrinde, dilekçelerin teatisi aşamasında tanık deliline dayanılması durumunda^[29] sadece bunun belirtilmesinin yeterli olduğu tanık listesinin^[30] daha sonra, tanıkların dinlenmesi aşaması geldiğinde verilebileceği belirtilmektedir^[31].

[29] “... Olayda “*Taraflarca Hazırlama İlkesi*” uygulanacağından bu ilkenin gereklerinden en önemlisi dava malzemelerinin toplanması ve mahkemeye sunulması taraflara ait bir görev olduğundan **tanık deliline başvurma görev ve yetkisi de taraflara aittir. Davacı vekili gerek dava dilekçesinin deliller bölümünde ve gerekse 04.05.2009 tarihli delil listesinde tanık deliline başvurmamıştır. Hal böyle olunca, mahkemenin bu yöne ilişkin direnmesi yerindedir.” (Y. HGK. 26.03.2014, 2013/13-637 E.–2014/397 K.)**

[30] Tanıkların isim ve adreslerinin dilekçede belirtilmesine tanık listesi denir.

[31] PEKCANITEZ, Hakan, Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku, 15. Bastı, İstanbul, 2017, s. 1146; ATALAY, (Pekcanitez Usûl) s. 1892; KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 295; KURU, s. 233, TANRIVER, s. 872. Aynı yönde; “*Dava, Hukuk Muhakemeleri Kanununun yürürlüğe girmesinden sonra 22.03.2012 tarihinde ikame edilmiş, davacı dava dilekçesinde tanık deliline dayanmış ancak isim ve adreslerini bildirmemiş, ön inceleme duruşmasından önce 20.04.2012 tarihinde tanıkların isim ve adreslerini gösteren tanık listesi ibraz etmiştir. Mahkemece, davacının dava dilekçesinde tanıkların belirtilmemesi gerekçesiyle tanıkların dinlenmesine ilişkin talebi reddedilmiş, davalı tanıkları dinlenmiş ve davacının ayrı yaşamakta haklılığı ispat edilemediği gerekçesiyle davası reddedilmiştir. Delil, tarafların üzerinde anlaşamadıkları ve uyuşmazlığın çözümünde etkili olabilecek çekişmeli vakıalar için gösterilir (HMK. m. 187/1). Tahkikat, ön incelemede saptanan çekişmeli hususlar üzerinden yürütüleceğine (HMK. m. 140/3) göre, bu tespit yapılmadan tarafların herhangi bir delile dayanmaları ve dayandıkları delilleri sunmaları beklenemez. Bu*

Tanık listesi, dava ve cevap dilekçesine eklenecek belge niteliğinde değildir^[32]. Nitekim, doktrinde, HMK m. 140/5 hükmünün içerisinde geçen, “delillerin gösterilmesi” ile “delillerin sunulmasının” kavramlarının farklı oldukları, HMK m. 140/5 hükmünün, delillerin sunulmasının, delillerin gösterilmesi faaliyetinin kapsamının dâhilinde değerlendirilemeyeceğini açıkça gözler önüne serdiğini, aynı şekilde, tarafların dilekçelerinde tanık deliline dayanmaları yani delil olarak tanık göstermeleri ile tanık dinletmek istedikleri vakiyi, dinlenilmeleri istenilen tanıkların adları ve soyadları ile tebliğe elverişli adreslerini içeren “tanık listesi” adı verilen listeyi mahkemeye sunarak, yani ibraz ederek tanıklarının kimler olduğunu bildirmelerinin de “delillerin gösterilmesi” ile “delillerin sunulmasının” farklı kavramlar olduklarını ortaya koyduğu^[33] belirtilmektedir.

Dava veya cevap dilekçesinde tanık deliline dayanılması durumunda, tanıkların hangi vakıya veya hangi hususta dinletileceği de HMK m. 194 düzenlemesinde yer alan somutlaştırma yükü açısından belirtilmelidir^[34].

açıklamalar çerçevesinde taraflar ön inceleme aşamasından önce delil göstermişlerse bu deliller çekişmeli hususlar çerçevesinde toplanmalı, daha önce delil gösterilmemişse taraflara delil göstermeleri için süre verilmeli ve bu deliller toplandıktan sonra karar verilmelidir. Davacı ön inceleme duruşmasından önce tanık listesini ibraz etmiştir. O halde mahkemece, davacı tanıkları da dinlenilerek tüm deliller birlikte değerlendirilip sonuca ulaşılması gerekirken eksik inceleme sonucu hüküm tesisi doğru görülmemiş ve bozmayı gerekmiştir.” (Y. 2. HD. 21.01.2014, 2013/19835 E.–2014/1007 K.)

“... Davacı taraf da dava dilekçesinde tanık deliline dayanmış, ancak isimlerini bildirmemiştir. 6100 sayılı HMK'nun 190. maddesi ile 4721 sayılı TMK'nun 6. maddesi uyarınca herkes iddiasını ispatla mükelleftir. Bir başka ifade ile taşınmazdaki binaların davalı tarafından yapıldığının davacı tarafından ispatlanması gerekmektedir.

Hâl böyle olunca, 6100 sayılı HMK'nun 140/5. maddesi gereğince davacıya tanık isimlerini bildirmesi için süre verilmesi, bildirdiği takdirde tanıklara, dava konusu binaların kim tarafından yapıldığının sorulması, davalı tarafından bildirilen tanığın usulünce duruşmaya davet edilerek dinlenilmesi, tecavüzlü binaların davalı tarafından mı yoksa dava dışı kişiler tarafından mı yapıldığının açıklığa kavuşturulması ve sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken eksik araştırma ile yazılı olduğu şekilde karar verilmesi doğru değildir.” (Y. 1. HD. 25.04.2016, 2014/16825 E.–2016/5011 K.)

[32] YILMAZ, (Şerh) s. 1839; ERDÖNMEZ, Güray, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre Delillerin Gösterilmesi ve İbrazi, İBD, C: 87, Y: 2013, S: 5, s. 25.

[33] BOLAYIR, Nur, Hukuk Yargılamasında Delillerin Toplanmasında Tarafların ve Hâkimin Rolü, İstanbul, 2014, s. 92.

[34] PEKCANITEZ, (Pekcanitez Usûl) s. 1138, 1139; KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 432; TANRIVER, s. 872. Taraflar, somutlaştırma yükü (m. 194) çerçevesinde, dilekçelerinde hangi delillere dayandıklarını bildirmek zorunda olduklarından, tanık deliline dayanmak isteyen taraf bu hususu dava veya cevap dilekçesinde (yazılı yargılama usulünde en son cevaba cevap ya da ikinci cevap dilekçesinde) belirtmelidir. Ancak

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 2017 yılında vermiş olduğu bir kararda^[35], kendiliğinden araştırma ilkesinin uygulandığı bir davada, mahkemece tahkikat duruşması olarak görülen birinci celseye kadar tanık isimlerinin bildirilmemesi ve duruşmada da hazır edilmemesi gerekçesiyle davalının tanık dinletme talebinin reddine karar verilmesini doğru bulmamıştır.

Doktrindeki bir görüşe^[36] göre, mahkeme, tarafların tanık olarak göstermedikleri kişileri kendiliğinden (re'sen) tanık olarak dinleyemeyeceği belirtilmiştir. Doktrindeki diğer bir görüşe göre^[37] ise, hâkimin davayı aydınlatma ödevi gereği,

taraflar, tanıkların isim ve adreslerini (tanık listesini) bu dilekçelerinde vermek zorunda değillerdir. Tanık listesi, tahkikat aşamasında, hâkim tarafından tanınacak süre içinde verilmelidir. (ATALAY, (Pekcanitez Usûl) s. 1892)

[35] “... velayetin kamu düzeni ile ilgili olması ve çocuğun üstün yararı da dikkate alındığında değişen şartlara göre her zaman yeniden değerlendirilmesi ve yargılamanın her aşamasında ileri sürülen hususların nazara alınması mümkündür. Bu durumda somut olayda, mahkemece tabkikat duruşması olarak görülen birinci celseye kadar tanık isimlerinin bildirilmemesi ve duruşmada da hazır edilmemesi gerekçesiyle davalının tanık dinletme talebinin reddine karar verilmesi doğru görülmemiştir.” (Y. HGK. 14.06.2017, 2-1887/1196 sayılı Kararı)

[36] KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 432; ATALAY, (Pekcanitez Usûl) s. 1888; BUDAK/KARAASLAN, s. 243; KARAASLAN, Varol, Medenî Usûl Hukukunda Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi, Ankara, 2013, s. 151. Yazar, dava dosyasına usulüne uygun bir şekilde girmiş bulunan bilgi ve belgelerden anlaşılabilir, kişilerin hâkim tarafından re'sen tanık olarak davet edilmelerinin mümkün olmadığı kanaatinde.

[37] KURU, s. 401-403; Aynı yönde; “... Mahkemece, olay gece saatlerinde meydana gelmiş olup birden fazla aracın karıştığı ve yaralananların da olduğu bir kazada Yalçın E. ve Damla'nın sigortalı araç sürücüsünü tespit etmesinin hayatın olağan akışına uygun olmayacağı kanaatiyle, araç sürücüsünün farklı gösterilerek ihbar yükümlülüğünün doğru gerçekleştirilmediği ispat edilemediğinden davanın kısmen kabulüne karar verilmiş ise de, **kaza tespit tutanağında**ki tutanak müzmiri (polis memurları M.G. ve N.A.) ile karşı araçtaki Yalçın Enis I. ile Damla E.'in tanık sıfatıyla dinlenerek tutanak ve hazırlık ifadeleri de okunmak suretiyle sigortalı araç sürücüsünün Çağla Öksüz P. olup olmadığı hususundaki çelişkinin giderilerek sonucuna göre karar vermek gerekirken, eksik incelemeye dayanılarak karar verilmesi doğru görülmemiştir.” (Y. HGK. 22.06.2016, 2014/17-1186 E.-2016/844 K.). Aydınlatma ödevi gereği, dava dosyasındaki belgeden anlaşılan tanığın dinlenilmesinin istenip istenmediği hakkında hâkimin ilgili tarafa soru sorulması gerektiği yönünde bkz. YARDIMCI, s. 252.

“... Hal böyle olunca, mahkemece kaçak elektrik tutanağına konu taşınmazın tapu kaydı Tapu Sicil Müdürlüğünden getirilerek taşınmazın davacı adına kayıtlı olup olmadığının tespit edilmesi, tutanak düzenlenen taşınmazda davacının faaliyetinde bulunup bulunmadığı, faaliyette bulunuyor ise faaliyetin hangi tarihten itibaren başladığı, davacının destekleme alıp almadığı desteklemeden yararlanıyorsa sözkonusu ödemeye esas çiftçi kayıt formu ve ilgi belgelerin İlçe Tarım Müdürlüğünden celbiyle, niza konusu kuyunun bulunduğu taşınmaz üzerinde **zabıt müzmi tanıklar da refakate alınarak keşif icrası suretiyle kaçak kullanma fiilinin**

hâkimin dava dosyasına usulüne uygun biçimde girmiş olan belgelerde isimleri yazılı olan kişileri kendiliğinden tanık olarak dinleyebileceği ileri sürülmüştür.

2. Tanıklıkla İspat Yasağı

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 200. maddesi "*Bir hakkın doğumu, düşürülmesi, devri, değiştirilmesi, yenilenmesi, ertelenmesi, ikrarı ve itfası amacıyla yapılan hukuki işlemlerin, yapıldıkları zamanki miktar veya değerleri ikibinbeşyüz Türk Lirasını geçtiği takdirde senetle ispat olunması gerekir. Bu hukuki işlemlerin miktar veya değeri ödeme veya borçtan kurtarma gibi bir nedenle ikibinbeşyüz Türk Lirasından aşağı düşse bile senetsiz ispat olunamaz.*

Bu madde uyarınca senetle ispatı gereken hususlarda birinci fıkradaki düzenleme hatırlatılarak karşı tarafın açık muvafakati hâlinde tanık dinlenebilir." hükümlerini içermektedir.

Tarafın tanık dinletme talebi üzerine hâkim, uyuşmazlığın öncelikle tanıklarla ispat edilmesinin caiz olup olmadığına karar verir^[38]. Eğer kesin delille ispat

kim tarafından işlendiğinin şüpheye yer vermeyecek şekilde belirlenmesi, daha sonra toplanan ve toplanacak deliller birlikte değerlendirilerek sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, eksik araştırma ve inceleme ile yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup, bu husus bozmayı gerektirmiştir." (Y. 3. HD. 20.01.2016, 2015/1419 E.–2016/370 K.)

[38] **KURU/ARSLAN/YILMAZ**, s. 432; **ATALAY**, (Pekcanitez Usûl) s. 1894; **KURU**, s. 402; **TANRIVER**, s. 872. **Aynı yönde**; "... Bir kira sözleşmesi, o yolda açık bir sözleşme hükmü bulunmasa dahi, kira süresi bitmeden tarafların karşılıklı anlaşmalarıyla sona erdirilebilir; buna hukuken herhangi bir engel yoktur. Böylesi bir sona erdirmeye hukuki işlem niteliğindedir ve aşağıda açıklanacağı üzere, **tanıklarla ispat edilip edilemeyeceği hususu, kira bedelinin yıllık tutarına göre belirlenir.**" (Y. HGK. 29.05.2013, 2012/6-1704 E.–2013/774 K.)

edilmesi gereken bir konuda^[39], kesin delille ispata ilişkin bir istisna^[40] bulun-

[39] “... *Dava, mal satışına dayalı 3 ayrı faturaya dayanılarak girişilen ilamsız icra takibine itiraz üzerine açılan itirazın iptali davası olup, davalı faturalar kapsamındaki malların teslim edilmediğini savunarak davanın reddini istemiştir. Bu durumda davacı, dava konusu faturalar kapsamındaki malları davalıya teslim ettiğini yazılı delille kanıtlamak zorundadır.* 306,80 TL miktarlı fatura davalı defterlerinde kayıtlı olduğundan bu fatura kapsamındaki malların davalıya teslim edilmiş olduğunun kabulünde isabetsizlik bulunmamakta ise de, *diğer faturalar ve irsaliyelerde teslimle ilgili teslim alan imzası bulunmadığından davacının malları davalıya teslim ettiğini yazılı delillerle kanıtlaması gerekmektedir. Teslim hukuki sonuçlar doğuran bir işlem olduğundan bu konuda karşı tarafın açık muvafakati olmadıkça tanık dinlenilemez.* Dava dışı bir şirketin mal teslimi ile ilgili beyanları üzerine yapılan keşif ve bu keşif sonucunda düzenlenen raporun da somut olay bakımından davacının iddialarını kanıtlamasına elverişli delil olarak kabulü doğru değildir. Mahkemece bu yönler gözetilmeksizin eksik araştırma ve inceleme sonucunda yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup, hükmün bu nedenlerle bozulması gerekmektedir.” (Y. 19. HD. 11.04.2016, 2015/17110 E.–2016/6247 K.)

[40] “... *Eldeki davada davacı kardeşi davalıya ödünç para verdiğini ileri sürmüştü ancak bu ilişkiyi herhangi bir yazılı belgeye dayandırmamıştır.* Dolayısıyla taraflar arasında hukuki ilişkiyi kanıtlayan, yazılı bir sözleşme ya da belge bulunmamaktadır. *Taraflar arasındaki hukuki ilişki, değerce senetle ispat sınırında kalmakla birlikte, yakın akrabalık bağının (kardeşlik ilişkisinin) varlığı nedeniyle yine yukarıya metni aynen alınan HUMK.’nun 293. maddesinin 1. bendi uyarınca tanıkla ispatı olanaklıdır.*” (Y. HGK. 23.10.2015, 2014/13-225 E.–2015/2355 K.)

“... *Eldeki davada davacılar 30/08/2003 tarihli sözleşmede “ekte bulunanlar” ve “demirbaşlar” ibarelerinin davalılar tarafından bile sonucu eklendiğini ileri sürmüştü olup, bile iddiası senede bağlanması mümkün olmayan iddialardan olduğundan, senetle ispat edilmesinde maddi imkansızlık bulunmamaktadır. Bu nedenle davacıların bile iddialarında yukarıya metni aynen alınan HUMK.’nun 293. maddesinin 5. bendi (HMK’nun m. 203/ç) uyarınca tanık dinletmeleri olanaklıdır.*” (Y. HGK. 06.11.2013, 11-200/1540 sayılı Kararı)

“... *Davalı, yargılamanın her aşamasında çekişmeli bağımsız bölümün toplamda 110.000,00 TL karşılığında kendisine satışı konusunda davacı ve dava dışı paydaşlar ile anlaşmış, temlikten davacının haberdar olduğunu ve davacı ile diğer paydaşların payına düşen satış bedelini Sidney’e gidişinde yanında yurt dışına çıkarmak suretiyle bizzat elden ödediğini, bu hususu tanık beyanları ile ispat edebileceğini savunmuştur.*

Bilindiği üzere, tanıkla ispat sınırı 6100 s. HMK’nun 200. maddesi uyarınca 2012 yılında 2.500.-TL olmuştur. Bu düzenlemelere göre, bu miktarın üzerindeki hukuki işlemlerin senetle ispatı zorunlu olup, tanık dinletme olanağı bulunmamaktadır. Ancak, aynı yasanın 203. maddesinde senetle ispat zorunluluğunun istisnaları sayma yöntemi ile belirlenmiştir. Bunlardan biri de altsoy ve üstsoy, kardeşler, eşler, kayınbaba, kaynana ile gelin ve damat arasındaki işlemler olup, Kanun koyucu bu kişiler arasındaki işlemlerin ispatı için tanık dinletme olanağı vermiştir.

Somut olayda, davalı vekilinin süresinde verdiği delil dilekçesi ile toplanmasını istediği delilleri ve dinlenilmesini istediği tanıkları bildirerek gerekli delil avansını yatırdığı anlaşılmaktadır.

mamasına rağmen, tanık dinletilmek istenirse, hâkim diğer tarafa bu hususu hatırlatarak muvafakat vermediğini sorar. Eğer diğer taraf, açıkça muvafakat verirse hâkim tanık dinleyebilir; aksi takdirde tanık dinleyemez^[41]. Kendiliğinden araştırma ilkesine tabi bir davada tanıkla ispat yasağı uygulanmaz^[42].

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 2016 yılında vermiş olduğu bir kararda^[43] şu ifadelerle yer vermiştir.

“... Dava, Türk Medeni Kanunu'nun 724. maddesi gereğince tapu iptali ve tescil, olmadığı takdirde tazminat istemine ilişkindir.

Davacı vekili, dava konusu 2761 parsel sayılı taşınmaz üzerindeki binada bulunan üç numaralı dairenin davacı tarafından, davalı tarafın murisi Bilal Ö.'nin izniyle yaptırıldığını öne sürerek dairenin tapu kaydının iptali ile adına tescilini,

Ne var ki, mahkemece davalının savunmalarını dayandırdığı delillerin toplandığından ve bildirdiği tanıkların dinlendiğinden söz edilemeyecektir.

Hal böyle olunca, davalının savunması doğrultusunda yurt dışına çıkıp çıkmadığının araştırılması (Avustralya'ya çıkış), yurtdışına çıkmış ise; çıkış işlemleri esnasında yanında satış bedeli miktarındaki bir parayı götürüp götürmediğinin ilgili birimden sorularak, varsa ilgili kayıtların celp edilmesi, ayrıca 6100 sayılı HMK'nun 203/1-a bendi gözetilerek davalının bildirdiği tanıkların usulünce dinlenilmesi, payına düşen miktarın davacıya ödenip ödenmediği hususunun tanıklardan sorulması, toplanacak deliller ile hasil olacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken eksik araştırma ile yazılı olduğu şekilde karar verilmiş olması hatalıdır.” (Y. 1. HD. 04.04.2016, 2014/15547 E.–2016/4063 K.)

[41] KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 432; ATALAY, (Pekcanitez Usûl) s. 1894.

[42] “... Bir davada sağlıklı bir sonuca varılabilmesi için, taraflardan delillerinin sorulup saptanması, gösterilecek ve davanın sonucunu etkileyecek tüm delillerin eksiksiz toplanması, ilgili yerlerden gerekli belgelerin getirilmesi, daha sonra toplanan tüm deliller birlikte değerlendirilerek istemine göre bir hüküm verilmesi gerekir. **Bunun yanında mirasçılık belgesi verilmesi istemiyle açılan davaların çekişmesiz yargıya tabi olması nedeniyle re'sen araştırma prensibinin uygulanacağı,** mirasçılar tarafından açılmış bu tür davalarda davalının sadece kendisinin mirasçı olduğunu, başka bir deyişle kendisi ile muris arasındaki soybağını kanıtlamak zorunda olduğu, başka mirasçı bulunup bulunmadığının ve miras paylarının ise mahkemece re'sen belirleneceği de kuşkusuzdur.

... Davacı tarafından murisin oğlu Yalçın T.'nin vefat ettiği ileri sürüldüğü halde mahkemece bu husus araştırılmadan murisin oğlu Yalçın T.'ye miras hissesi olarak bir pay verilmiştir. Murisin diğer mirasçılarının belirlenmesinin mahkemenin görevine girdiği gözetilerek davada sağlıklı bir sonuca varılabilmesi için mahkeme tarafından Yalçın T.'nin yaşayıp yaşamadığı araştırılmalı, ölmüşse çocuklarının kimler olduğu saptanmalıdır. Bu saptamanın yapılabilmesi için öncelikle davacı ve kimliği belirlenen diğer mirasçılardan bu hususlar sorulmalı, **gerekirse re'sen tanık dinlenmeli** ve zabita araştırması yapılmalı, nüfusta kayıtlı iseler nüfus aile kayıtları getirilmelidir.” (Y. 14. HD. 20.01.2016, 2015/8281 E.–2016/540 K.)

[43] Y. HGK. 22.01.2016, 2014/14-236 E.–2016/72 K.

olmadığı takdirde daireye isabet eden bedelin tahsilini talep etmiş, mahkemece temlikten tescil koşullarının oluşmadığı gerekçesi ile tapu iptali ve tescil isteminin reddine, davaya konu daire bedeli yönünden ise davanın kabulüne karar verilmiştir.

Davalı Sevim Ö. (K.) ve Sebahat Ö. (K.) vekilinin temyizi üzerine karar, Özel Dairece yukarıda başlık bölümünde gösterilen nedenlerle bozulmuştur.

Yerel Mahkemece, “dinlenen davacı tanıklarının davacının, muris Bilal Ö.’in sağlığında ve onun rızasıyla davaya konu olan üç numaralı daireyi yaptığını ve tüm yapım masraflarının davacı tarafından karşılandığını açık bir şekilde yeminli ifadelerinde beyan ettiklerini, tanık ifadeleri arasında bu yönde bir çelişki bulunmadığı, dava konusu daire bedelinin davacı tarafından karşılandığının duraksayama yer vermeyecek şekilde somut olarak tanıklarca ortaya konulduğu” gerekçesiyle önceki kararda direnilmesine karar verilmiştir.

Direnme hükmünü temyize davalılardan Sevim Ö. (K.) ve Sebahat Ö. (K.) vekili getirmiştir.

Direnme yolu ile Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; davaya konu edilen dairenin inşaat masraflarının davacı tarafından karşılandığının ispat edilip edilemediği noktasında toplanmaktadır.

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) “İspat Yükü” başlıklı 190. maddesinin 1. fıkrası “İspat yükü, kanunda özel bir düzenleme bulunmadıkça, iddia edilen vakıya bağlanan hukuki sonuçtan kendi lehine hak çıkaran tarafa aittir” hükmünü içermekte olup 4721 sayılı TMK’nın 6. maddesindeki karşılığı ise “Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, taraflardan her biri, hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür” şeklindedir.

Dava konusu yapılan hakkın (meselâ alacağın) gerçekten var olup olmadığının anlaşılması, maddî hukukun o hakkın doğumunu veya sona ermesini kendisine bağladığı vakıaların doğru olup olmadığının tespit edilmesi sonucunda mümkün olur. İşte dava konusu hakkın ve buna karşı yapılan savunmanın dayandığı vakıaların var olup olmadıkları hakkında mahkemeye kanaat verilmesi işlemine ispat denir (KURU Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, B. 6, C.I., İstanbul 2001, s. 1966).

İspat yükü ise yukarıda HMK’nin 190. maddesinde ve TMK’nin 6. maddesinde de ifade edildiği gibi iddia edilen vakıya bağlanan hukuki sonuçtan lehine hak çıkaran yana ait külfettir. Bununla birlikte ispat için bir yükümlülük olduğunu söyleyemeyiz.

Genel olarak ispat vasıtalarından olan tanık deliline ise HMK’nin senetle ispat zorunluluğunu düzenleyen 200. maddesi ve senede karşı ispat yasağı başlıklı 201. maddesinde düzenlenen haller dışında başvurulabileceği

söylenbilir. Bu bakımdan maddi bir vakianın ispatı için de tanık deliline başvurulabilecektir.

*Somut olayda davaya konu edilen üç numaralı dairenin kendisi tarafından yapıldığını iddia etmesi bakımından ispat yükünün davacıda olduğu ve **bu maddi vakianın tanık delili ile ispatlanabileceği hususlarında uyumsuzluk bulunmamaktadır.***

*Dosya içeriği ve toplanan delillerden; davacı sözkonusu dairenin yapım işinin kendisi tarafından icra edildiğini dokuz tanık dinleterek ispata çalışmış olup dinlenen tüm tanıklar dava konusu dairenin inşaat masraflarının davacı tarafından karşılandığını doğrular yönde beyanda bulunmuşlardır. Buna karşın davalılarca aksi yönde delil ortaya konulamamıştır. **Bu bakımdan dava konusu dairenin inşaat masraflarının davacı tarafından karşılandığının başvurduğu tanık delili ile ispat etmiş olduğu yönündeki yerel mahkeme direnme kararı yerindedir.***

Ne var ki, işin esasına yönelik diğer temyiz itirazları Özel Dairece incelenmediğinden dosya Özel Daireye gönderilmelidir.”

3. İkinci Tanık Listesi Yasağı

Bu yasak, yargılamanın sürüncemede bırakılmasını önlemek ve mahkemelerin işini azaltmak amacıyla konulmuştur^[44]. Tanık listesinde gösterilmemiş olan kişiler kural olarak tanık olarak dinlenemez ve ikinci bir tanık listesi verilemez^[45]. Bu yasak kamu düzeninden olup, davanın hâkimi bunu kendiliğinden dikkate almak zorundadır^[46]. Karşı taraf, ikinci tanık listesine muvafakat etse bile, mahkeme ikinci tanık listesindeki tanıkları dinleyemez^[47]. Taraf, yanlış bir tanık listesi verdiğini bildirerek, ıslah yolu ile dahi, ikinci bir tanık listesi veremez; verdiği tanık listesi ile bağlıdır^[48].

Tarafların, dava ve cevap dilekçesinde tanık listesini vermelerinde de bir engel bulunmamaktadır. Ancak, böyle bir hamleyle, daha sonra ikinci tanık

[44] KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 433; ATALAY, (Pekcanitez Usûl) s. 1889.

[45] KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 432; ATALAY, (Pekcanitez Usûl) s. 1889; KURU, s. 402; TANRIVER, s. 872.

[46] KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 433; ATALAY, (Pekcanitez Usûl) s. 1889; TANRIVER, s. 872; YILMAZ, (Şerh) s. 2675.

[47] ERTANHAN, s. 193; KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 433.

[48] ERTANHAN, s. 196; KURU, s. 402. **Aynı yönde;** “... İslah ile vakıalar, dava konusu ve talep sonucu değiştirilebilir. İslah yoluyla ikinci tanık listesi verilemez.” (Y. 9. HD. 09.09.2014, 25790/25766 sayılı Kararı)

listesi yasağı ile karşılaşabilmekle birlikte karşı tarafın sunulacak tanıklara göre de davada taktik geliştireceği de unutulmamalıdır^[49]. Doktrindeki bir görüşe^[50] göre, böyle bir durumda, davanın başında tanık listesini veren tarafın, tahkikat aşamasında tanık gösterme imkânından mahrum etmenin ispat hakkının ihlali sonucu doğurabileceği ve tanık listesini daha önce vermemiş tarafın hâkimin vereceği kesin süre içerisinde tanıklarının gösterebilecekken; tanıklarının önceden bildirmiş tarafın yeni tanık gösteremeyecek olmasının kabulünün eşitlik ilkesine de aykırı olduğu, bu yüzden de tarafların dilekçelerinde tanıklarının isimlerini ve adreslerini bildirsınler veya bildirmesınler, dilekçeleriyle tanık listesini de ibraz etsınler veya etmesınler, hâkimin tahkikat aşamasında tanık listesinin ibrazı için kesin süre vermesinin taraflara ispat hakkının tanınması bakımından uygun olacağı belirtilmektedir.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi^[51], bu görüş doğrultusunda bir karar da vermiştir.

“6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununda tanıkların ne zaman gösterileceği belirtilmemiştir. Ön inceleme duruşmasında taraflar arasındaki uyumsuzluk konusu belirlendikten sonra taraflara delillerini bildirmeleri için süre verilir. Davacı dava dilekçesinde tanık deliline dayanmış bir tanık ismi bildirmiştir. Ön inceleme duruşmasından önce de 27.04.2012 tarihli delil listesiyle diğer tanıklarının isimlerini bildirdiğinden bu liste ikinci tanık listesi olarak kabul edilemez. Davacı açıkça tanıklarının dinlenmesinden de vazgeçmemiştir. Mahkemece davacı tanıklarının 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 243 ve devamı maddeleri gereğince usulen celp edilip dinlenmesi ve tüm delillerin birlikte değerlendirilerek sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirmiştir.”

İkinci tanık listesi yasağının birtakım istisnaları da bulunmaktadır.

- Davanın tamamen ıslah edilmesi^[52],

[49] KARAMERCAN, Fatih, Basit Yargılama Usulünde Tanık Deliline Başvurulması, THD, C: 10, Y: 2015, S: 102, s. 61.

[50] BOLAYIR, Nur, Medenî Usûl Hukukunda İspat Hakkı ve İspat Hakkının Sınırları, Prof. Dr. Ejder YILMAZ’a Armağan, C: 1, Ankara, 2014, s. 575; YILMAZ, (Şerh) s. 2668.

[51] Y. 2. HD. 21.01.2014, 2013/19835 E.–2014/1007 K.

[52] *“Davacı, ıslah yoluyla, dayandığı vakıaları değiştirebilir veya davaya yeni vakıaları dahil edebilir. Evvelce göstermiş olsa bile, davaya kattığı bu yeni vakıalara ilişkin delil de gösterebilir. Bu halde, ikinci tanık listesi verilemeyeceğine ilişkin yasağa (HMK. m. 240/2) dayanılarak, gösterilen bu tanıkların dinlenmesinden kaçınılamaz. Davacı, 7.1.2013 günü verdiği ıslah dilekçesiyle, yeni vakıalar ileri sürmüş ve bununla ilgili tanık da göstermiştir. Yapılan ıslah kanuna uygundur. O halde, davacının 7.1.2013 günü verdiği ıslah dilekçesinde gösterdiği tanıklar usulünce dinlenmeli ve tüm deliller birlikte*

- Gösterilen tanığın ölmesi^[53],
- Kendiliğinden araştırma ilkesinin uygulandığı bir davanın bulunması^[54].

Ayrıca doktrinde **ERTANHAN**^[55] tarafından ileri sürülen bir görüşe göre, tanığın herhangi bir şekilde kendisinden tanık olarak istifade edilemez hale gelmesi, tarafın iradesi dışında meydana gelen bir olay olduğundan, ikinci bir liste ile yeni tanıkların dinletilmesi, kanunun öngördüğü amaca aykırılık teşkil etmeyeceği gibi, tarafın kötü niyetli olduğu da iddia edilemez.

4. Tanıklık Yapma Mecburiyeti

Kural olarak (Türk yargısına tâbi olmak şartı ile) tanıklık yapmak mecburidir^[56]. Davada maddî gerçeğin tespiti için ve tanığın yerine de başka bir kimsenin ikame edilmesi mümkün olmadığından bu zorunluluk HMK

değerlendirilerek hasıl olacak sonucuna göre karar verilmelidir. Bu yön nazara alınmadan eksik inceleme ile hüküm kurulması doğru bulunmamıştır.” (Y. 2. HD. 03.04.2015, 2014/21030 E.–2015/6532 K.)

- [53] “... Davacı, tanıklarını 09.06.1989 günlü liste ile mahkemeye sunduğu halde daha sonra her iki tanığın öldüğünden bahisle yeni liste vermiştir. HUMK. nun 274. maddesi hükmü uyarınca bir dava nedeni ile birden ziyade tanık listesi verilemez. **Ancak, ilk listedeki tanıkların ölmesi veya herhangi bir nedenle dinlenilmelerinin mümkün olamayacağına belgelendirilmesi halinde ancak ikinci tanık listesi verilebilir.**” (Y. 8. HD. 09.05.2000/3243/3945 sayılı Kararı)
- [54] **ERTANHAN**, s. 197; **KURU**, s. 403. Aynı yönde; “... Davalı işverene ait işyerinde 29.10.2000-30.07.2008 tarihleri arasında kesintisiz hizmet akdine tabi olarak geçen ve 29.10.2000-30.12.2001 ile 01.04.2002-30.12.2003 tarihleri arasında davalı Kuruma bildirilmeyen çalışma sürelerinin tespitine ilişkin davanın yasal dayanağı 506 sayılı Kanunun 79/10. maddesi olup anayasal haklar arasında yer alan sosyal güvenliğinin yaşama geçirilmesindeki etkisi gözetildiğinde, **sigortalı konumunda geçen çalışma sürelerinin saptanmasına ilişkin bu tür davalar kamu düzeni ile ilgili olduğundan özel bir duyarlılıkla ve özenle yürütülmeleri zorunludur.** Bu bağlamda, hak kayıplarının ve gerçeğe aykırı sigortalılık süresi edinme durumlarının önlenmesi, temel insan haklarından olan sosyal güvenlik hakkının korunabilmesi için, tarafların gösterdiği kanıtlarla yetinilmeyip gerek görüldüğünde kendiliğinden araştırma yapılarak delil toplanabileceği açıktır. **Yargılama sırasında resmi belge veya yazılı delil esas ise de; somut bilgilere dayanması ve inandırıcı olmaları koşuluyla tanık beyanları ile de ispatı mümkündür.**” (Y. 10. HD. 09.06.2016, 6977/9685 sayılı Kararı)
- [55] **ERTANHAN**, s. 200; aynı yönde; **KURU**, s. 403.
- [56] **ERTANHAN**, s. 72; **KURU/ARSLAN/YILMAZ**, s. 434; **ATALAY**, (Pekcanitez Usûl) s. 1897; **KURU**, s. 400; **TANRIVER**, s. 870.

m. 245/1 hükmü ile kabul edilmiştir^[57]. Kamu hukukundan kaynaklanan^[58], toplumsal ve kamusal nitelikte olan tanıklık yapma ödevi, mahkeme tarafından yapılan davet^[59] üzerine mahkemeye gelerek^[60] davada hazır bulunma, yemin etme^[61], beyanda bulunma ve doğruyu söyleme ödevlerini^[62] kapsar^[63]. Ayrıca, yalan tanıklık^[64] yapmak da suçtur. Hiç kimse, uyuşmazlık ilgili bilgisi olmadığını düşünerek veya böyle bir değerlendirme yaparak, tanık olarak davada hazır olmasını emreden bir mahkeme davetiyesine uymayarak, tanıklık yapmama kararı alamaz^[65]. Usulüne uygun olarak çağrıldığı halde mazeret bildirmeksizin gelmeyen tanık zorla getirilir, gelmemesinin sebep olduğu giderlere ve disiplin cezasına HMK m. 446 hükmü gereği hükmolunur^[66]. Zorla getirilen tanık, evvelce gelmemesini haklı gösterecek sebepleri sonradan bildirirse, aleyhine hükmedilen giderler ve disiplin para cezası^[67] HMK m. 245/1 hükmü gereği kaldırılır. Tanık olarak mahkemeye gelmek zorunluluğuna karşılık tanığa Tanık Ücret Tarifesi'ne göre ücret ve giderlerini ödenir^[68].

[57] **ERTANHAN**, s. 72; **ATALAY**, (Pekcanitez Usûl) s. 1897; **KURU/ARSLAN/YILMAZ**, s. 434; **KURU**, s. 400; **TANRIVER**, s. 870.

[58] **TANRIVER**, s. 870.

[59] **ATALAY**, (Pekcanitez Usûl) s. 1897. Tanıklık yapma zorunluluğu, mahkeme tarafından yapılmış geçerli bir tebligat ile doğar. (**ERTANHAN**, s. 174)

[60] **ATALAY**, (Pekcanitez Usûl) s. 1897; **KURU/ARSLAN/YILMAZ**, s. 434; **TANRIVER**, s. 870.

[61] **ATALAY**, (Pekcanitez Usûl) s. 1897; **KURU/ARSLAN/YILMAZ**, s. 434; **TANRIVER**, s. 870.

[62] **ATALAY**, (Pekcanitez Usûl) s. 1897; **KURU/ARSLAN/YILMAZ**, s. 434; **TANRIVER**, s. 870.

[63] **ERTANHAN**, s. 72, 73.

[64] İfadesi karara esas alınan tanığın, karardan sonra yalan tanıklık yaptığının sabit olması durumu, HMK m. 373/1-e) hükmü gereği yargılamanın iadesi sebebidir. HMK m. 373/1-e) hükmü hakkındaki detaylı açıklamalar için bkz. **NAMLI, Mert**, Türk ve Fransız Hukuku'nda Yargılamanın Yenilenmesi, İstanbul, 2014, s. 297-318.

[65] **ERTANHAN**, s. 73.

[66] **KURU/ARSLAN/YILMAZ**, s. 434; **ATALAY**, (Pekcanitez Usûl) s. 1898; **KURU**, s. 400; **TANRIVER**, s. 870.

[67] Disiplin para cezası HMK m. 245/1 hükmü gereği 500 Türk Lirasına kadardır.

[68] **KURU/ARSLAN/YILMAZ**, s. 434; **KURU**, s. 400; **TANRIVER**, s. 871.

a. Tanıklıktan Çekinme Hakkı

Tanıklık yapmak, ispat edilmek istenen olayın ispatı ve gerçeğin tespiti bakımından zorunlu olarak kabul edilmekle beraber, eğer bu konuda bir istisna getirilmemiş olsaydı, bu tanıklık yapmak zorunda kalan kişileri son derece zor bir duruma sokabilir ve belki de yalan söylemelerine veya en azından bildiklerini söylemelerine neden olurdu^[69]. Bu nedenle de HMK m. 247-250 hükümleri ile tanıklıktan çekinme kabul edilmiştir.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu 247. maddesi “*Kanunda açıkça belirtilmiş olan hâllerde, tanık olarak çağrılmış bulunan kimse, tanıklık yapmaktan çekinebilir.*

Kişisel nedenlerle tanıklıktan çekinme sebeplerinin varlığı hâlinde, hâkim tanık olarak çağrılmış kimsenin çekinme hakkı bulunduğunu önceden hatırlatır.”

Hukuk Muhakemeleri Kanunu 248. maddesi “*Aşağıdaki kimseler tanıklıktan çekinebilirler:*

İki taraftan birinin nişanlısı.

Evlilik bağı ortadan kalkmış olsa dahi iki taraftan birinin eşi. c)

Kendisi veya eşinin altsoy veya üstsoyu.

Taraflardan biri ile arasında evlatlık bağı bulunanlar.

Üçüncü derece de dâhil olmak üzere kan veya kendisini oluşturan evlilik bağı ortadan kalkmış olsa dahi kayın hısımları.

Koruyucu aile ve onların çocukları ile koruma altına alınan çocuk.”

Hukuk Muhakemeleri Kanunu 249. maddesi “*Kanun gereği sır olarak korunması gereken bilgiler hakkında tanıklığına başvurulacak kimseler, bu hususlar hakkında tanıklıktan çekinebilirler. Ancak, 19/3/1969 tarihli ve 1136 sayılı Avukatlık Kanunu hükmü saklı kalmak üzere sır sahibi tarafından sırrın açıklanmasına izin verildiği takdirde, bu kimseler tanıklıktan çekinemezler.”*

Hukuk Muhakemeleri Kanunu 250. maddesi ise “*Aşağıdaki hâllerde tanıklıktan çekinilebilir:*

Tanığın beyanı kendisine veya 248 inci maddede yazılı kimselerden birine doğrudan doğruya maddi bir zarar verecekse.

Tanığın beyanı kendisinin veya 248 inci maddede yazılı kimselerden birinin şeref veya itibarını ihlal edecek ya da ceza soruşturmasına veya kovuşturmasına sebep olacaksa.

[69] ATALAY, (Pekcanitez Usûl) s. 1901.

Tanığın beyanı, meslek veya sanatına ait olan sırların ortaya çıkmasına sebebiyet verecektir.” hükümlerini içermektedir.

Hâkim, kişisel nedenlerle tanıklıktan çekinme hakkı bulunan kişilere, HMK 247/2 maddesi gereği, çekinme hakkı olduğunu önceden hatırlatır. Tanıklıktan çekinen kimse, HMK 252/1 maddesi gereği, çekinme sebebini ve delilini dinleneceği günden önce, zabıt kâtibine yazdırmak suretiyle sözlü olarak veya yazılı olarak mahkemeye bildirmek zorundadır.

aa. Tanıklıktan Çekinme Hakkının İstisnaları

Yukarıda sebeplerin varlığı hâlinde tanıklıktan çekinme mutlak değildir^[70]. HMK 251. maddesi “248 ve 249 uncu maddeler ile 250 nci maddenin (a) bendindeki hâllerde;

Bir hukuki işlemin yapılması sırasında tanık olarak bulundurulmuş olan kimse o işlemin esası ve içeriği hakkında,

Aile bireylerinin doğum, ölüm veya evlenmelerinden kaynaklanan olaylar hakkında,

Aile bireyleri arasında, ailevi ilişkilerden kaynaklanan mali uyumsuzluklara ilişkin vakıalar hakkında,

Taraflardan birinin hukuki selefi veya temsilcisi olarak kendisinin yaptığı işler hakkında, tanıklıktan çekinilemez.” hükmünü içermektedir.

b. Çekinmenin Kabul Edilmemesinin Sonucu

HMK 253. maddesi “*Tanık, kanuni bir sebep göstermeden tanıklıktan çekinir, yemin etmez veya göstermiş olduğu sebep mahkemece kabul edilmemesine rağmen tanıklık yapmaktan çekinirse beşyüz Türk Lirasından **beşbin Türk Lirasına kadar** disiplin para cezasına ve bu yüzden doğan giderleri ödemesine hükmedilerek, yeniden dinlenilmek üzere yargılama başka güne bırakılır.*

Tanık kendisine sorulan sorulara cevap vermez veya yemin etmemekte direnirse o mahkemece iki haftayı geçmemek üzere disiplin hapsine mahkûm edilir.” hükümlerini içermektedir.

Burada dikkati çekmek istediğimiz husus, tanıklığa icabet etmeyen kişiye HMK m. 245/1 hükmü gereği 500 Türk Lirasına kadar disiplin para cezası verilirken, tanıklıktan çekinme hakkı kabul edilmeyen kişinin tanıklığa icabet

[70] ATALAY, (Pekantitez Usûl) s. 1903.

etmemesi durumunda HMK m. 253/1 hükmü gereği 5000 Türk Lirasına kadar disiplin para cezası verilebilmesidir.

5. Tanıklıkların Dinlenilmesi

Tanık HMK m. 259/1 gereği, hâkim tarafından ve kural olarak davaya bakan mahkemede dinlenir. Bu kural doğrudanlık ilkesinin^[71] de bir gereğidir^[72]. HMK m. 259 hükmü ile tanıkların nerede dinleneceği açıkça belirtilmiştir.

HMK 259. maddesi “*Tanıklar davaya bakan mahkemede dinlenir.*”

Mahkeme, gerçeğin ortaya çıkması için gerekliyse, tanığın olayın gerçekleştiği veya şeyin bulunduğu yerde^[73] dinlenilmesine karar verebilir.

Mahkeme, hasta veya engelli olmasından dolayı gelemeyen tanığı bulunduğu yerde dinler.

Mahkemenin yargı çevresi dışında bulunan tanığın, bulunduğu yer mahkemesi tarafından dinlenmesine karar verilebilir. İstinabe yolu ile dinlenilmesine karar verilen tanığın, nerede, hangi gün ve saatte dinleneceği hususu, talepleri hâlinde taraflara tebliğ edilir. Bu durumda, tanığın, hangi hususlardan dolayı dinleneceğini hâkim belirler.” hükümlerini içermektedir.

Tanıklara dinlenmeden önce HMK m. 254 gereği, kimlik tespiti yaptırılır. Tanığın davada yararı bulunmak gibi tanıklığının doğruluğu konusunda

[71] Doğrudanlık ilkesi, yargılamanın, araya başka bir makam veya kişi girmeden, kararı verecek olan mahkeme önünde yapılmasını ve o mahkemeyi oluşturan hâkim veya hâkimler tarafından yürütülmesini, karara bağlanmasını konu edinen bir yargılama ilkesidir. (ARSLAN, Aziz Serkan, Medeni Usul Hukukunda Delillerin Toplanması ve Doğrudanlık İlkesi, Ankara, 2012, s. 6)

[72] ATALAY, (Pekcanitez Usûl) s. 1904. Her ne kadar, hâkim değişikliği, doğrudanlık ilkesinin istisnası olarak kabul edilse de tarafın, dava dosyasını inceleyecek yeni hâkimin dikkatini daha önce dinlenmiş olan tanığın/tanıkların ifadeleri arasındaki çelişkiler ve/veya belirsizliklere çekmesi ve bu istemin de yargılamayı uzatma amacı taşınamaması durumunda yeniden dinletme talebi kabul edilmelidir. (KARAMERCAN, Fatih, Aynı Tanıklar/Tanıkların Yeniden Dinlenilmesinin Yargılamaya Hâkim Olan İlkeler Çerçevesinde Değerlendirilmesi, İzBD, Y: 79, S: 2014/1, s. 114, 115)

[73] “... Mahkemece, taraf iddia ve savunmaları dikkate alınarak mahallinde keşif yapılarak, kadastro tutanak bilirkişileri ve mahkemece tespit edilecek mahalli bilirkişiler ayrıca taraf tanıkların dinlenerek, davacının sunduğu köy senetleri uygulanarak, kadastro tutanağında belirtilen “taksim” ifadesi bilirkişi ve tanıklara sorularak, taşınmazlarla ilgili mülk edinme koşullarının kimin lehine gerçekleştiğinin saptanıp sonucu dairesinde hüküm tesisi gerekirken eksik araştırma ve inceleme ile hüküm tesisi doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir.” (Y. 3. HD. 25.05.2016, 4062/8183 sayılı Kararı)

kuşkuyu gerektiren sebepler varsa, bunu iki taraftan biri HMK m. 255 gereği ispat edebilir.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu 256. maddesi gereği, “*Tanığa dinlenmeden önce;*

Gerçeği söylemesinin önemi,

Gerçeği söylememesi hâlinde yalan tanıklık suçundan dolayı cezalandırılacağı,

Doğruyu söyleyeceği hususunda yemin edeceği,

Duruşmada mahkeme başkanı veya hâkimin açık izni olmadan mahkeme salonunu terk edemeyeceği ve gerekirse diğer tanıklarla yüzleştirilebileceği, anlatılır.”

Hukuk Muhakemeleri Kanunu 256. maddesi gereği, dinlendiği sırada onbeş yaşını bitirmemiş olanlar ve yeminin niteliğini ve önemini kavrayamayacak derecede ayırt etme gücüne sahip olmayanlar, yeminsiz dinlenir.

Tanığın yemini HMUK m. 261 hükmüne göre, dinlenilmesinden sonra eda ettirilirken, HMK m. 258/1 hükmü ile bu kural “*Yemin, tanığın dinlenilmesinden önce eda edilir.*” şeklinde değiştirilmiştir^[74].

Tanığın eda edeceği yeminin zamanı ve şekli, HMK m. 258 hükmünde şu şekilde belirtilmiştir.

“Yemin, tanığın dinlenilmesinden önce eda edilir.

Yemin eda edilirken, hâkim de dâhil olmak üzere hazır bulunan herkes ayağa kalkar.

Hâkim tanığa, “Tanık sıfatıyla sorulacak sorulara vereceğiniz cevapların gerçeğe aykırı olmayacağına ve bilginizden hiçbir şey saklamayacağınıza namusunuz, şerefimiz ve kutsal saydığınız bütün inanç ve değerler üzerine yemin ediyor musunuz?” diye sorar. Tanık da cevaben, “Sorulacak sorulara, hiçbir şey saklamadan doğru cevap vereceğime namusum, şerefim ve kutsal saydığım bütün inanç ve değerlerim üzerine yemin ediyorum.” demekle yemin eda edilmiş sayılır.”

Daha önce HMUK’da olmayan ve HMK m. 241. maddesi ile yargılama sistemimize giren “*Mahkeme, gösterilen tanıklardan bir kısmının tanıklığı ile ispat edilmek istenen husus hakkında yeter derecede bilgi edindiği takdirde, geri kalanların dinlenilmemesine karar verebilir.*” hükmü, Yargıtay Kararları’nda sıkça tartışma konusu olmaktadır.

[74] **YILMAZ, Ejder**, Medenî Yargılama Hukukunda Yemin, 2. Baskı, Ankara, 2012, s. 196.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 2015 yılında vermiş olduğu bir kararda^[75] şu ifadelere yer vermiştir.

“... Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; mahkemenin HMK'nın 241.maddesi gereğince davalının bir kısım tanıklarının dinlenilmesiyle yetinip bir kısım tanıklarının dinlenmesinden vazgeçmesinin usule uygun olup olmadığı, davalı tarafın delil listesinde belirttiği bir kısım tanıkların dinlenmesinin gerekip gerekmediği; bunun sonucu olarak davalının hukuki dinlenme hakkının kısıtlanıp kısıtlanmadığı noktasında toplanmaktadır.

Uyuşmazlığın çözümü için öncelikle tanık kurumu üzerinde durulması gerekir:

Tanık, uyuşmazlık hakkında bilgi ve görgüsü bulunan üçüncü kişidir. Davada üçüncü kişi olması şartıyla, yaşına, hukukî durumuna, taraflarla akrabalık derecesine bakılmaksızın, kural olarak, davada herkes tanık olarak dinlenebilir. Tanık gösteren taraf, dinleteceği tanıkların ad soyadı ile (tebligat) adreslerini içeren listeyi (bu listeyi içeren dilekçesini) mahkemeye verir ve her bir tanığı hangi vakıa hakkında dinleneceğini de dilekçesinde bildirir (Ejder Yılmaz Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi Ankara-2012, sayfa 1140). Tanık listesinde gösterilecek olan tanık sayısı hakkında herhangi bir sınırlama yoktur. İsteyen taraf, istediği sayıda tanığın dinlenmesini isteyebilir. Ancak, hâkim gösterilen çok sayıda tanığın dinlenmesinin gereksiz olduğu veya davayı uzatma amacıyla yapıldığı sonucuna varırsa, gerekçeli kararında göstermek şartıyla bütün tanıkları dinlemeyebilir (Ejder Yılmaz, a.g.e., sayfa 1141).

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununda hâkimin tanıkların bir kısmının dinlenilmesi ile yetinmesine ilişkin 241. maddede yeni bir düzenleme getirilmiştir. Buna göre, “Mahkeme, gösterilen tanıklardan bir kısmının tanıklığı ile ispat edilmek istenen husus hakkında yeter derecede bilgi edindiği takdirde, geri kalanların dinlenilmemesine karar verebilir”. Madde gerekçesinde şöyle denilmektedir: “Tanıklardan bir kısmının dinlenilmesiyle yetinilmesi” başlığını taşıyan bu madde, davayı uzatma niyetiyle hareket etmek isteyen tarafın bu konudaki çabalarını önleme yolunda, mahkemeye tanınmış bir imkânı ifade etmektedir. HMK'nın m.240/2 ile tanıkların hangi vakıa hakkında dinleneceklerini açıklama görevinin tanığı gösteren tarafa yüklenmiş olduğu da dikkate alınarak, eğer, taraflarca tanık listesinde gösterilen tanıklardan bir kısmının dinlenmesiyle yeterli derecede sonuç alınmış ise diğerlerinin dinlenmesinden vazgeçilmiş sayılmasına karar verilebilecektir (Abdurrahim Karslı, Medeni Muhakeme Hukuku, 6100 sayılı HMK Hükümlerine Göre Yargıtay Kararları İşlenmiş ve Gözden Geçirilmiş 3.baskı, sayfa 623).

[75] Y. HGK. 10.06.2015, 2014/2-10 E.-2015/1523 K.

Somut olayda; davalı vekili, mahkemenin 05.04.2011 tarihli ara kararı uyarınca 25.4.2011 tarihli delil listesinde tanık olarak; altı kişiyi adresleri ile birlikte bildirmiş ve 26.04.2011 tarihinde mahkeme veznesine davetiye giderleri ve tanık ücretlerini yatırmıştır.

Davalı tanıklarından üç kişi 09.06.2011 tarihli celse dinlenmiştir. Diğer üç tanık usulüne uygun davetiye tebliğine rağmen 09.06.2011 tarihli duruşmaya icabet etmeyince, mahkemece aynı tarihli duruşmada gelmeyen üç tanığın ihzaren celplerine karar verilmiş ve duruşma 21.07.2011 tarihine ertelenmiştir, ihzar müzekereleri tanıkların ikametlerinin kapalı olması gerekçesi ile ikmal edilememiştir. Mahkemece 16.03.2012 tarihli celsede; HMK'nın 241. maddesi gereğince taraf tanıklarının dinlenmesinden vazgeçildiği bildirilmiştir.

Dava 04.03.2011 tarihinde açılmış ise de, mahkemece 16.03.2012 tarihli celsede yani 6100 sayılı HMK'nın döneminde ve HMK'nın 241. maddesi gereğince davalının bir kısım tanıklarının dinlenilmesinden vazgeçilmiştir. Ortada henüz tamamlanmamış bir işlem olduğunu göre 6100 sayılı HMK'nın 448. maddesi gereğince 6100 sayılı HMK hükümlerinin uygulanması gereklidir.

Davalı, cevap dilekçesinde davacının iddialarının doğru olmadığını, şiddet olayının yaşanmadığını ve 30 yıldır süren evliliklerinde bir sorun olmadığını savunmakla beraber davacıya yönelik somut bir kusur isnadında bulunmamıştır. Davalının 25.04.2011 tarihli tanık listesi verdiği tarihte yürürlükte bulunan HMK'nın 274. maddesinin birinci cümlesi "Şahit ikame edecek kimse evveleminde bunların isim ve şöhreti ve mahalli ikametleriyle hüviyetlerini tayine medar olacak evsafi sairelerini muhtevi listeyi mahkemeye takdim eder" hükmünü taşımaktadır. Yine 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 240/1. maddesinde, tanıkların hangi vakıalarla ilgili dinleneceğini bildirme yükümlülüğünü açıkça tanığı dinletecek tarafa yüklemiştir. Davalı tanıklarını hangi vakıa için dinleteceğini dilekçesinde belirtmemiş ve dinlenen davalı tanıkları davalının savunması doğrultusunda taraflarla nadiren görüşüklerini, taraflar arasında herhangi bir kavga, tartışma veya şiddet olayına şahit olmadıklarını belirtmişlerdir.

Yukarıdaki açıklamalar doğrultusunda; tarafların dinlenen tanıklarının beyanı ile iddia ve savunma kapsamında ispat edilmek istenen hususlarda mahkemece karar vermek için yeterli kanaate ulaşıldığı, bu nedenle mahkemenin davalının gösterilen tanıklarından bir kısmının tanıklığı ile ispat edilmek istenen husus hakkında yeter derecede bilgi edinildiği gerekçesi ile geri kalanların dinlenilmemesine karar verilmesine ilişkin direnme kararı yerindedir.

Görüşmeler sırasında bir kısım üyeler tarafından, 6100 sayılı HMK'nın 241. maddesindeki düzenlemenin gerekçesi göz önüne alındığında mahkemece davalının diğer tanıklarının dinlenmesi gerektiği, davalı cevap dilekçesinde çok açık vakıa

belirtme de hakim in davayı aydınlatma yükümlülüğünün bulunduğu, davalıya tanıklarını hangi vakıalar için dinleteceğinin sorulabileceği, adreslerinin kapalı olması nedeniyle haklarındaki ihzar müzekkerelerinin gereği yerine getirilemeyen davalı tanıkları yönünden davalıya HMK'nın 240/3 maddesi gereğince süre verilmesi gerektiği gerekçesi ile direnme kararının bozulması gerektiği ileri sürülmüş ise de, bu görüş kurul çoğunluğu tarafından kabul edilmemiştir.

Ne var ki, Özel Daire işin esasını incelememiş bulunduğundan, işin esasının incelenmesi için dosyanın Özel Daireye gönderilmesi gerekir.

SONUÇ

*Açıklanan gerekçeyle direnme uygun bulunduğundan, davalı vekilinin diğer temyiz itirazlarının incelenmesi için dosyanın **2. HUKUK DAİRESİNE GÖNDERİLMESİNE**, 10.06.2015 gününde yapılan ikinci görüşmede oyçokluğu ile karar verildi.”^[76]*

“... Mahkemece 08.12.2014 tarihli celsede davacı erkeğin süresinde verdiği delil listesinde yer alan ve dinlenilmesinden açıkca vazgeçilmeyen tanıkları Bilgehan A., Yasin V., Sefa K.'ın “Hukuk Muhakemeleri Kanununun 241. maddesi gereğince dinlenen tanıkların beyanı dikkate alındığında dinlenilmelerine yer olmadığına” karar verilmiş ve bu tanıklar dinlenilmeden hüküm kurulmuştur. Hukuk Muhakemeleri Kanununun 241. maddesi “mahkeme, gösterilen tanıklardan bir kısmının tanıklığı ile ispat edilmek istenen husus hakkında yeter derecede bilgi edindiği takdirde, geri kalanların dinlenilmemesine karar verebilir” hükmünü düzenlemiş, maddenin gerekçesinde de “davayı uzatma niyetiyle hareket etmek isteyen tarafın bu konudaki çabalarını önleme yolunda, mahkemeye tanınmış bir imkan olduğu, taraflarca tanık listesinde gösterilen tanıklardan bir kısmının dinlenilmesiyle yeterli derecede sonuç alınmış ise diğerlerinin dinlenmesinden vazgeçilmiş sayılmasına karar verilebilecektir” denilmiştir. Hukuk Muhakemeleri Kanununun 241. maddesinin amacı, gerekçesinde de belirtildiği üzere kanıtlanan hususlar ile ilgili davanın gereksiz uzamasının önlenmesidir. Adı geçen tanıkların dinlenecekleri vakıa hakkında bir sınırlama yapılmadığı ve Hukuk Muhakemeleri Kanununun 241. maddesi koşullarının gerçekleşmediği de dikkate alınarak tüm tanıkların beyanı tespit edilip, tüm deliller birlikte değerlendirilip hasul olacak sonuca göre

[76] Y. HGK.'da bulunan 47 üyenin 25'i ONAMA, 22'si ise BOZMA yönünde oy kullanmışlardır.

bir karar verilmesi gerekirken, eksik incelemeyle yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirmiştir.”^[77]

[77] Y. 2. HD. 24.10.2016, 2015/20684 E.–2016/14024 K. **Aynı yönde;** “*Davalı koca delil listesinde tanık deliline dayanmış, on üç tanık ismi bildirmiştir. Mahkemece 04.07.2011 tarihli oturumda tanık sayısının fazla olduğu gerekçesi ile beşinin dinlenmesi yönünde ara kararı oluşturulmuştur. **Hakkın suistimali niteliğinde olmadıkça tanık adedini hakim belirleyemez.** Gösterilen tanıkların hangi vakıalar için dinletilmek istendiği hususunda mahkemece davalıdan bir açıklama istenilmediğine ve davalı tarafından da dinlenilmeyen tanıklar konusunda açık bir vazgeçmesi bulunmadığına göre davalı kocanın dinlenilmeyen tanıklarının usulüne uygun çağrılıp dinlenilmesi ve tüm deliller birlikte değerlendirilip sonucu uyarınca karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ile hüküm tesisi doğru olmamıştır.” (Y. 2. HD. 14.11.2012, 7424/27144 sayılı Kararı)*

“... Davalı taraf süresinde vermiş olduğu **delil listesinde 12 tanık bildirmiş**, tanıklardan Hülya A., Necla A., Muzaffer A., Belgin A. ve Ali E. dinlenilmeden hüküm kurulmuştur. Davalı taraf aşamalarda bu tanıkların dinlenmesinden vazgeçmediği gibi, mahkemece de bu tanıkların dinlenilmeme gerekçesi (HMK m. 241) açıklanmadan dava sonuçlandırılmıştır. Bu durum davalının hukuki dinlenilme hakkının ihlali niteliğinde olup hükmün bu nedenle bozulması gerekmiştir.” (Y. 2. HD. 13.06.2016, 2015/19174 E.–2016/11628 K.)

“... Davacı-karşı davalı kadın **delil listesinde altı tanık ismi bildirilmiştir. Mahkemece bu tanıklardan üçü dinlenilmiş, diğerlerinin de dinlenilmesi talebi, iddiaların kısmen aydınlandığından bahisle reddedilmiştir. Davacı-karşı davalı taraf delil listesinde isimlerini bildirdiği diğer tanıklarının, dinlenilmelerinden açıkça vazgeçmediği gibi, davacı-karşı davalının boşanma davaları yönünden tüm iddiaları da dinlenen tanıklarla ispat edilememiştir.** O halde davacı-karşı davalı kadının delil listesinde gösterilen ve dinlenilmesinden açıkça vazgeçilmeyen tanıkların Hukuk Muhakemeleri Kanununun 240. ve devamı maddeleri gereğince usulüne uygun olarak çağrılıp dinlenilmesi, toplanan tüm delillerin birlikte değerlendirilip sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, **savunma hakkını kısıtlar şekilde eksik araştırma ve inceleme ile hüküm tesisi doğru görülmemiştir.**” (Y. 2. HD. 28.03.2016, 2015/16627 E.–2016/6170 K.)

“... Her iki taraf tanıklarının dinlenmesinden açıkça vazgeçmedikleri halde, her iki tarafın tanıklarının sayısı sınırlandırılmıştır. **6100 sayılı HMK.’un 241. maddesi uyarınca mahkeme, gönderilen tanıklardan bir kısmının tanıklığı ile ispat edilmek istenen husus hakkında yeter derecede bilgi edindiği takdirde geri kalanların dinlenilmemesine karar verebilir. Bu maddeye dayanılmadan tanık sınırlandırılması** 6100 sayılı HMK’nun 27. maddesinde “Davanın tarafları, müdahiller ve yargılamanın diğer ilgilileri, kendi hakları ile bağlantılı olarak hukuki dinlenilme hakkına sahiptirler. (2) Bu hak; a) Yargılama ile ilgili olarak bilgi sahibi olunmasını, b) Açıklama ve ispat hakkını, c) Mahkemenin, açıklamaları dikkate alarak değerlendirmesini ve kararların somut ve açık olarak gerçekleştirilmesini, içerir.” şeklinde ifade edilen “**hukuki dinlenilme hakkının**” ihlali niteliğindedir.” (Y. 9. HD. 09.06.2016, 2015/1999 E.–2016/13808 K.)

“... 01.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 Sayılı HMK.’un 27. Maddesinde hukuki dinlenilme hakkı kurala bağlanmıştır. Hukuki dinlenilme hakkı, Anayasanın 36 ncı maddesinde ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6 ncı maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkının en önemli unsurudur. Hukuki Dinlenilme Hakkı” gereğince davanın

Hukuk Muhakemeleri Kanunu 261. maddesi ise, “Tanıklar, hâkim tarafından ayrı ayrı dinlenir ve biri dinlenirken henüz dinlenmemiş olanlar salonda bulunamazlar^[78]. Tanıklar gerektiğinde yüzleştirilirler.

Tanık, bildiğini sözlü olarak açıklar ve sözü kesilmeden dinlenir. Dinlenilme sırasında, tanık, yazılı notlar kullanamaz. Şu kadar ki, tanık tarihleri ve rakamları tespit etmek veya bazı hususları açıklamak ya da hatırlayabilmek için yazılarına bakmak zorunda olduğunu hâkime söylerse, hâkim derhâl yazılarına bakmasına veya belirleyeceği duruşmada yeniden dinlenmesine karar verebilir.

Hâkim, tanık sözünü bitirdikten sonra, ifade ettiği hususların açıklanması veya tamamlanması amacıyla başka sorular da sorabilir.

tafafları, müdabiller ve yargılamanın diğer ilgilileri, kendi hakları ile bağlantılı olarak hukuki dinlenilme hakkına sahip olup, bu hakkın yargılama ile ilgili olarak bilgi sahibi olunmasını, açıklama ve ispat hakkını, mahkemenin, açıklamaları dikkate alarak değerlendirmesini ve kararların somut ve açık olarak gerekçelendirilmesini içermektedir.

*Somut uyuşmazlıkta **davalı tanık listesinde 8 tanık bildirmiştir**. Mahkemece davalı iki tanıkla sınırlandırılmıştır. Her tanık aynı bilgiye sahip değildir. **Bir tanık işçinin çalışma şeklini bilirken diğer tanık sadece feshe konu olayı bilebilir. Tutanak tanıkları ise tanık oldukları olay hakkında aydınlatıcı bilgi verebilir. Bu noktadan bakıldığında mahkemece tanık sayısının sınırlandırılması adil yargılanma, bu çerçevede hukuki dinlenilme hakkının ihlâli olup, kararın bozulması gerekmiştir.**” (Y. 9. HD. 01.03.2016, 2014/29711 E.–2016/4407 K.)*

[78] Bu konu hakkında Yargıtay 2. Hukuk Dairesi şu şekilde bir çözüm tarzi bulmuştur.

“Mahkemece, davalının gösterdiği tanıklardan Ruşen ve Necibe dinlenmemiş, buna gerekçe olarak “bu tanıkların, diğer tanıklar dinlenirken duruşma salonunda buldukları” gösterilmiştir.

*Tanıkların hakim tarafından ayrı ayrı dinlenmesi, biri dinlenirken henüz dinlenmemiş olanların salonda bulunmaması temel usul kuralıdır. (HMK md. 261/1) Kuralın amacı, tanığın gerçek bilgisini saptamaktır. Zira, tanıklardan biri dinlenirken, henüz dinlenmemiş olan tanık veya tanıklar, duruşma salonunda bulunuyor iseler, bunların ifadelerini taraflardan biri lehine değiştirme ihtimali mevcuttur. Bu sebeple birden fazla tanık aynı duruşmaya çağırılmış ise, hakimnin oturumu açıktan sonra, öncelikle tanık yoklaması yapması, bundan sonra tanıkları sırayla duruşma salonuna alıp, her birini ayrı ayrı dinlemesi, aynı olaya ilişkin tanık beyanları arasında çelişki ortaya çıkması halinde tanıkları yüzleştirmesi gerekir. **Ne var ki, hakimnin düştüğü bu usulü bata, gösterilen tanığın dinlenmemesi için yasal sebep de değildir. Bu hal, olsa olsa yüzleştirme ile bir neticeye ulaşılamaz ise, tanığın beyanının takdir ve değerlendirilmesinde göz önünde tutulabilir. Bu bakımdan adı geçen tanıklar Ruşen ve Necibe usulünce çağırılıp dinlenmeli ve beyanı diğer delillerle birlikte değerlendirilerek sonucuna göre hüküm kurulmalıdır.** Bu yön gözetilmeden eksik inceleme ile hüküm kurulması doğru bulunmamıştır.” (Y. 2. HD. 06.02.2014, 2013/19601 E.–2014/2014 K.)*

Toplu mahkemede başkan, hâkimlerden her birinin tanığa doğrudan doğruya soru sormasına izin verir.

Tanığın sözleri tutanağa yazılarak önünde okunur ve tutanağın altı kendisine imza ettirilir.” hükümlerini içermektedir.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 2016 yılında vermiş olduğu güncel bir kararında^[79],

“... Yurt içi tır şoförü olduğu dosya kapsamından anlaşılan davacının çalışma saatlerinin tanığa sorulmasını davacı vekili 11/02/2014 tarihli celsede talep etmiştir. Mahkeme ise davacının işinin mahiyeti gereği çalışma saatlerinin takeometre kayıtları ile ispatının gerektiği, tanıkla ispatın mümkün olmadığı gerekçesi ile davacının çalışma saatlerinin tanığa sorulmasına ilişkin davacı vekilinin talebini reddetmiştir.

6100 sayılı HMK'nun 152 maddesinde “ Soru yöneltme MADDE 152- (1) Duruşmaya katılan taraf vekilleri; tanıklara, bilirkişilere ve duruşmaya çağrılan diğer kişilere, duruşma disiplinine uygun olarak doğrudan soru yöneltebilirler. Taraflar ise hâkim aracılığıyla soru sorabilirler. Yöneltilen soruya itiraz edildiğinde, sorunun yöneltilmesinin gerekip gerekmediğine hâkim karar verir. (2) Toplu mahkemelerde, hâkimlerden her biri, birinci fıkrada belirtilen kişilere soru sorabilir.” hükmü getirilmiştir.

Tanığa soru sorulması talebinin açıklanan gerekçe ile reddi hukuki dinlenme hakkının ihlali olup, tanığa soru sorulması yönündeki talebin yerine getirilmesi gerekmektedir.” şeklinde içtihat oluşturmuştur^[80].

D. Deliller İçerisindeki Yeri

Tanıklık, delil araçları içinde en genel^[81] delil aracı olarak nitelendirilmektedir^[82]. Tanık delili usul hukukunun amacı olan gerçeğin ortaya çıkarılması için, özellikle başka deliller ile ispatın güç olduğu durumlarda başvuru bir ispat aracıdır^[83]. Tanık beyanının değeri, tanığın edindiği bilgiyi her türlü bozucu tesirlerden uzak olarak tam ve dürüst bir şekilde alma kabiliyetine ve

[79] Y. 9. HD. 28.04.2016, 2015/27131 E.–2016/10745 K.

[80] Tanığa soru yöneltilmesi hakkında detaylı açıklamalar için bkz. **SARISÖZEN, M. Serhat**, Medeni Usul Hukukunda Soru Yöneltilme ve Çapraz Sorgu, Ankara, 2016, s. 136-156.

[81] Tanık, mahkemeler için en çok karşılaşılan ve fakat dikkatle takdiri gereken delil olarak ifade edilmektedir. (**ATALAY**, (Pekcanitez Usûl) s. 1909); (**TANRIVER**, s. 870).

[82] **ERTANHAN**, s. 50.

[83] **MERİÇ, Nedim**, Türk ve Alman Hukukunda Tanık İfadesinin Değerlendirilmesi, MİHDER, Y. 2005, S: 1, s. 89.

gerçeği olduğu gibi söyleme niyet ve iradesine bağlıdır^[84]. Bir tanığın doğruyu söyleyip söylemediğinin değerlendirilmesi uygulamada tamamen mahkemenin takdirindedir^[85]. Tanık takdiri bir delildir^[86] ve tanık beyanı hâkimi bağlamaz^[87]. Tanık delili, zayıf bir delildir. Tanığın bir vakıayı tamamen hatırında tutması ve gerçeği olduğu gibi anlatması zordur^[88]. Hâkim, tanığın beyanının doğruluğunu tespit için, onu titizlikle sorgulamalı ve çelişkili^[89] hususların giderilmesini sağlamalıdır^[90]. Hâkim, tanığın ifade ettiği olayların, hayat akışına, düşünce ve tecrübe kurallarına uygun olup olmadığına dikkat etmelidir^[91]. Mahkeme kararında neden bazı delillere (tanık ifadelerine) inandığını, neden bazı delillere (tanık ifadelerine) inanmadığını gerekçelendirme kısmında açık bir şekilde belirtmek zorundadır^[92]. Tanık ile davanın tarafları arasında, yakınlık veya akrabalık ilişkisinin bulunması, tanık beyanının geçersiz sayılabilmesi için tek başına bir ölçüt olamaz^[93].

[84] **KARAKOÇ, Yusuf**, Vergi Yargılaması Hukukunda Tanık Beyanının Delil Olması, Prof. Şükrü POSTACIOĞLU'na Armağan, İzmir, 1997, s. 485.

[85] **KIZIL, Muhammet**, Tanık İfadesi ve İnanırcılık, ABD, Y: 72, S: 2014/2, s. 399.

[86] **ATALAY**, (Pekcanitez Usûl) s. 1909; **KURU/ARSLAN/YILMAZ**, s. 438; **KURU**, s. 407; **TANRIVER**, s. 869.

[87] **SARISÖZEN**, s. 107.

[88] **KURU**, s. 399.

[89] Tanıkların ifadeleri arasındaki çelişkilerin giderilmesi ve özellikle terditli davalar açısından daha da titiz davranılması gerektiği hakkında detaylı açıklamalar için bkz. **KARAMERCAN**, (Yeniden Dinlenilmesi) s. 101-120.

[90] **ATALAY**, (Pekcanitez Usûl) s. 1909, 1910.

[91] **MERİÇ**, s. 102; **ERTANHAN**, s. 277, 278.

[92] **MERİÇ**, s. 104; **ERTANHAN**, s. 281; **ATALAY**, (Pekcanitez Usûl) s. 1909, 1910; **KURU/ARSLAN/YILMAZ**, s. 439; **KURU**, s. 408.

[93] "... 28.12.2011 tarihli oturumda davacı tanığı sıfatıyla hazır edilen ve sigortalı aracın sürücüsü olan Çiğdem G.'nin olayın tarafı olduğundan bahisle mahkemeye tanık olarak dinlenmemiş olması adı geçen kişinin dosya kapsamı itibarıyla olayın tek görgü tanığı durumunda bulunması ve mahkemenin görevinin maddi gerçekliğin ortaya çıkartılması olduğundan, usul ve yasaya uygun görülmemiştir." (Y. HGK. 11.03.2015, 2013/17-1605 E.-2015/1001 K.)

"... İşçinin çalışma olgusunun tespitinde işyerinde veya komşu işyerinde çalışanların tanıklığı önemli olduğu gibi **tanık olarak dinlenecek kişinin tanıklığına güveni etkileyebilecek bir durumun olup olmadığı da araştırılmalıdır. Tanıklar belirli bir dönem çalışmışlarsa ve başkaca delil yok ise beyanlarının belirttikleri dönemle sınırlandırılması gerekir.**" (Y. 9. HD. 10.03.2016, 2014/33936 E.-2016/5674 K.)

"... Dava, trafik kazasından kaynaklanan maddi tazminat istemine ilişkindir. Somut olayda, davalı Hüseyin kendisinin yeşil, davacının kırmızı ışıktaki geçtiğini savunmuş, bu iddiasının

Uygulamada, tanıkların beyanları alınmadan bilirkişi görüşüne başvurulduğu veya hüküm kurulduğu gözlemlenmektedir. Böylesi bir durum, hem bilirkişi raporunun gerçeği yansıtmaması ihtimalini yükseltmekte hem de usul ekonomisine zarar vermektedir. Aşağıda, yer verilecek Yargıtay Hukuk Daireleri tarafından verilmiş kararlarda da belirtildiği üzere bu yaklaşımla verilmiş yerel mahkeme kararları haklı olarak bozma konusu yapılmaktadır.

“... Somut olaya gelince; her ne kadar mahkemece 12.11.2012 tarihinde yapılan keşifte davacı tanıkları ile mahalli bilirkişi beyanına başvurulmuş ise de; davalılar vekili tanıklarının isimlerini bildirmiş olmasına rağmen davalı tanıkları dinlenmeden sonuca gidilmiştir. Hal böyle olunca, davalı tanıkları da dinlenilerek iddia ve savunmanın yukarıdaki ilkeler çerçevesinde değerlendirilmesi, varılacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken noksan soruşturma ile yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir.”^[94]

“... Dosyanın incelenmesinde; davacılar vekili tarafından vasiyetnamenin, murisin erkek kardeşlerinin etkisi sonucunda kız kardeşlerinden mal kaçırma maksadına yönelik, yanılma, psikolojik baskı ve zorlamayla düzenlendiğinin iddia edildiği, belirtilen hususların ispatına yönelik dava dilekçesinde tanık deliline dayanıldığı ve tanık listesi ibraz edildiği, yargılama sırasında tanık dinlenilmesinin talep edildiği, ancak olumlu veya olumsuz karar verilmediği görülmektedir. Böylelikle davacı tanıklarının dinlenmesi için imkan tanınmadan hukuki dinlenilme hakkı kısıtlanarak karar verildiği hususu her türlü duraksamadan uzaktır. (HMK. Madde 27)

Vasiyetname tarihinde murisin 63 yaşında olduğu anlaşılmaktadır. Murisin mal kaçırma maksadına yönelik yanılma, psikolojik baskı ve zorlamayla vasiyetname düzenlendiği ve vasiyetname düzenlendiği tarihte ayırt etme gücünün olumsuz etkilendiği ileri sürüldüğüne göre, davacı tanıklarının iddialar doğrultusunda dinlenilmesi sonrasında murisin tüm hastane kayıt ve belgeleri, varsa film ve grafileri, raporları getirtilip, vasiyetname tarihinde murisin tasarruf ehliyetinin bulunup bulunmadığı konusunda Adli Tıp Kurumundan rapor alınıp sonucu uyarınca karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ile davanın reddine karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir.”^[95]

ispatına yönelik olarak kaza sırasında aracında bulunan annesi Bedriye A'u tanık olarak bildirmiştir. Ancak mahkemece bu kişinin davacının yakını olduğu ve bilirkişi raporları alındığı gerekçesiyle tanık olarak dinlenilmemesi doğru olmamış, davalının savunma hakkı kısıtlanmıştır. Eksik inceleme ile karar verilemez.” (Y. 17. HD. 23.10.2013, 13566/14161 sayılı Kararı)

[94] Y. 1. HD. 12.01.2015, 2014/1925 E.–2015/74 K.

[95] Y. 3. HD. 03.06.2015, 2014/16728 E.–2015/10163 K.

“... Yapılan keşif sonrası düzenlenen bilirkişi raporunda, davacının iki bitişik işyerini birleştirerek geniş bir iş yeri haline getirdiğinde günün şartları gereği bay bayan giyim, tuhafiyeye, oyuncak ve kırtasiye gibi birden fazla malzeme satışı için kullanıma uygun olacağı belirtilmiştir. Bilirkişi raporunda iki ayrı işyerinin birleştirilerek davacının yapmak istediği işe uygun olacağı belirtilmiş ise de dava dışı olan ve davacının malik olduğu 3 numaralı bağımsız bölümün tek başına yapılacak işe uygun olup olmadığı belirlenmemiştir. Bu durumda mahkemece öncelikle davacı tanıkları adına davetiye çıkarılarak davacı tanıklarının dinlenilmesi, sonrasında fen bilirkişi ve alanında uzman bilirkişilerce keşif yapılarak davacının maliki olduğu dava dışı 3 bağımsız numaralı işyerinin davacının yapacağı işe uygun olup olmadığı belirlenmesi ve sonucuna göre karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde eksik inceleme ile davanın kabulüne karar verilmesi doğru değildir.”^[96]

“... Somut olayda davacı dava dilekçesinde tanık deliline dayanmış ve 19.02.2014 tarihli dilekçe ile delil ve tanık listesini mahkemeye sunmuştur. Davacı vekili 13.05.2014 tarihli duruşmadaki beyanında davacı işçinin fiilen giderek yasal süresi içerisinde davalı şirkete başvuruda bulunduğunu tanık dinleme deliline başvurduklarını beyan ettiği halde tanıklar davet edilip dinlenmeden 2. oturumda davanın reddine karar verilmiştir.

Mahkemece, davacının fiili olarak işe başlama talebinde bulunup bulunmadığı veya ne zaman başvuruda bulunduğu hususlarının araştırılması için davacı tanıkları usulüne uygun davet edilip dinlendikten sonra talep hakkında karar verilmesi gerekirken hak arama özgürlüğü kapsamında ve adil yargılanma ve hukuki dinlenilme hakkı ihlal edilerek gösterilen deliller toplanmaksızın ve tanıklar dinlenmeksizin eksik inceleme sonucu yazılı şekilde hüküm kurulmuş olması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.”^[97]

“... Davalı savunmasını ispat etmek için tanıklarının dinlenmesi talebinde bulunmuş ise de, mahkemece davalı tanıkları dinlenmeksizin sözleşmenin davalı tarafından haklı bir neden olmadan feshedildiği gerekçesiyle, kıdem ve ihbar tazminatı taleplerinin kabulüne karar verilmiştir. Davalı tanıklarının dinlenilmemesi HMK'nun 27. maddesinde düzenlenen hukuki dinlenilme hakkının ihlalidir. Mahkemece davalının hukuki dinlenilme hakkının ihlali bozmayı gerektirmiştir.”^[98]

[96] Y. 6. HD. 08.04.2015, 1313/3500 sayılı Kararı.

[97] Y. 7. HD. 19.02.2015, 2014/15967 E.-2015/1911 K.

[98] Y. 9. HD. 13.01.2014, 2011/50223 E.-2014/125 K.

“... Somut olayda, davalı, tanık listesi sunmuş, tanıklarının adreslerinin tespiti için U. firmasına müzekkere yazılmasını ve adresleri belirlendikten sonra dinlenmesi hususunda mahkemeye dilekçe vermiştir. Mahkemece davalı tanıklarının adresi tespiti için yazılan müzekkere cevabı gelmemesi üzerine yeniden müzekkere yazılmadan ve tanıkların adresleri belirlenip dinlenmeden karar verilmiştir. Bu husus hukuki dinlenilme hakkının ihlali olup, anılan tanıkların dinlenerek ifadeleri tüm dosya içeriğiyle birlikte bir değerlendirmeye tabi tutularak karar verilmesi gerekirken eksik incelemeyle hüküm kurulması hatalıdır.”^[99]

“... Öte yandan, davalı B. Özel Güvenlik ve Eğitim Hizmetleri San. ve Tic. Ltd. Şti. tanık deliline dayandığı, delil listesinde tanık isimleri bildirdiği, tanıkların davalının yükümlülüklerini gereği gibi yerine getirip getirmediği, hangi şartlarda görev yaptığı, davalının kusur ve ihmalinin bulunup bulunmadığı yönünden dinlenmesini talep ettiği halde, mahkemece davalının bildirdiği tanıklar dinlenmeden, yazılı şekilde karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir.”^[100]

“... Mahkemece, müfettiş raporunda beyanlarına başvuru diğer tanıklar dinlenilmeden, davalı kurumun bilirkişi raporuna karşı itirazları dahi karşılanmadan eksik inceleme ve yetersiz bilirkişi raporuna dayalı olarak hüküm kurulması doğru değildir. O halde, müfettiş tarafından bu konuda dinlenen ancak mahkemece dinlenmeyen diğer tanıklarında beyanları alındıktan sonra aralarında eczacı bilirkişide bulunan alanlarında uzman üç kişilik bilirkişi heyetine dosyanın tevdi ile taraf ve yargı denetime esas bilirkişi raporunun tanzimi sağlanarak hasil olacak sonuca uygun bir karar verilmesi gerekirken mahkemece eksik inceleme ile yazılı şekilde davanın kabulüne karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir.”^[101]

“... Mahkemece, davacı vekilinin 09.01.2013 tarihli delil listesindeki delillerin tamamı toplanmadan ve tanıklar dinlenmeden karar verildiği anlaşılmıştır. Bu nedenle tarafların delil listesinde gösterdikleri tanıklar dinlendikten sonra sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiş, bu sebeple hükmün bozulması gerekmiştir.”^[102]

“... mahkemece davalı tarafça bildirilen tanıkların usulüne uygun şekilde dinlenilmeleri, daha sonra tarafların iddia ve savunmalarını karşılayacak şekilde tüm dosya kapsamı davacı tarafın iddiaları, davalının savunması, fotoğraflar,

[99] Y. 9. HD. 15.01.2015, 2013/7569 E.–2015/738 K.

[100] Y. 11. HD. 24.02.2015, 2014/4956 E.–2015/2474 K.

[101] Y. 13. HD. 04.06.2014, 2013/28965 E.–2014/17596 K.

[102] Y. 14. HD. 15.06.2015, 2113/6691 sayılı Kararı.

araçlardaki hasarlı kısımlar birlikte değerlendirilerek tarafların olayın meydana gelmesindeki kusur durumları ve davacı aracındaki ve donanımlarındaki hasar miktarının irdelendiği gerekçeli, ayrıntılı, denetime elverişli bir rapor alınarak sonucuna göre karar verilmesi gerekirken yazılı olduğu biçimde hüküm kurulması doğru görülmemiştir.”^[103]

“... davalı tarafça bildirilen tanığın usulüne uygun şekilde dinlenilmesi, daha sonra gerektiğinde bilirkişiden tarafların kusur oranları yönünden ek rapor alınması, meydana gelebilecek çelişkilerin giderilmesi ve sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, Anayasa ve HMK’nin ilgili maddeleri ile koruma altına alınan hukuki dinlenme ve savunma hakkı kısıtlanarak hüküm kurulması doğru görülmemiştir.”^[104]

“... Mahkemece, davadan feragata yönelik işlemin irade bozukluğuna dayanıp dayanmadığı meselesinin 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 163 ve 164. maddeleri uyarınca ön sorun olarak incelenmesine karar verilmesi yerinde ise de, bu ön sorun çözümünde davalı tarafın gösterdiği tanıkların “davanın niteliği, bulunduğu aşama ve usul ekonomisi” şeklinde açıklanan ve yerinde olmayan gerekçelerle dinlenilmemesi suretiyle, davalı tarafın delillerinin toplanılmadan karar verilmesi hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir.”^[105]

“... davacı vekilince 08.02.2013 tarihli keşife tanıklarının isimleri bildirilerek duruşmada dinletecekleri açıklanmış, mahkemece de davacı tanıklarının duruşmada dinlenmesine karar verilmiştir. Davacı vekilince, bilirkişi ek raporunun sunulmasından sonra 17.09.2013 ve 26.11.2013 tarihli duruşmalarda tanıkların dinlenmesi talep edilmesine rağmen, mahkemece bu konuda herhangi bir karar oluşturulmaksızın, davacı tanıkları dinlenmeden hüküm kurulmuştur.

Bu durumda mahkemece, bilirkişi rapor ve ek raporunun uyuşmazlığın esasının çözümünde yeter derecede kanaat verici olmadığı kabul edilerek, davacı vekiline tanıklarının isim ve adreslerini ve davetiye masrafı ile tanıklık ücretini yatırması için kesin süre verilerek, kesin sürede işlem yapılması halinde davacı tanıklarının dinlenmesi, bilirkişi ek raporunda eksik olduğu ileri sürülen bilgi ve belgelerin davacı kooperatiften istenmesi, gerekirse mahallinde keşif ve inceleme yapılarak ayrıntılı, gerekçeli, denetime elverişli ve tarafların itirazlarını karşılar nitelikte ve gerek Sulh Ceza Mahkemesinde alınan rapor gerekse de Bakanlık müfettişince sunulan rapora da katılma ve ayrılma sebeplerini açıklayan, ek rapor alınıp sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, eksik incelemeye

[103] Y. 17. HD. 29.01.2015, 2014/12049 E.–2015/1207 K.

[104] Y. 17. HD. 12.01.2015, 2014/23734 E.–2015/32 K.

[105] Y. 22. HD. 26.11.2013, 33878/26779 sayılı Kararı.

yetersiz ve çelişkili bilirkişi ek raporuna dayanılarak yazılı olduğu şekilde hüküm kurulması doğru olmamıştır.”^[106]

Tanık beyanı tek başına^[107] bir delil olamayacağı gibi başka deliller ile desteklenmesi gerekmektedir^[108]. Uygulama açısından bir davada tanığın verdiği

[106] Y. 23. HD. 27.03.2015, 2014/4490 E.–2015/2034 K.

[107] “... Somut olayda, davacı vekilince davacının trafik kazasından önce taksi şoförü olarak çalıştığı belirtilmiş, davacı tarafından işi ve geliri konusunda herhangi bir belge ibraz edilmemiş, mahkemece alınan bilirkişi raporunda **davacının geliri tanık beyanları doğrultusunda 2.000 TL kabul edilip, asgari ücretin 3.65 katına göre tazminat hesabı yapılmıştır. Böyle bir davada gerçek zararın belirlenmesi için, davacının gelirinin daha net ve ispata yarar somut delillerle ortaya konulması gerekmektedir.**

Öncelikle davacıya bu konuda ispat imkanı verilmesi, kazadan önce yaptığı işi araştırılarak, çalıştığı işyerine ait defter, vergi, muhasebe kayıtları, Sosyal Güvenlik gibi kayıtların getirilmesi ve davacının işkolu ile ilgili kuruluşlara yazı yazılarak muhtemel gelirin tespit edilmesi ve bu miktara göre tazminatın belirlenmesi gerekirken, yazılı olduğu şekilde eksik incelemeye dayalı olarak karar verilmesi doğru görülmemiştir.” (Y. 17. HD. 16.02.2016, 2014/5387 E.–2016/1759 K.)

[108] “... Dairemizin temyiz incelemesi sonucu mahalline geri çevrilmesi üzerine dosya arasına konulan tapu kaydı ve devir sözleşmesinde ise taşınmazın dava dışı, Tahirhan K. tarafından görülmekte olan dosyanın davalısı Ösmetullah A. 'a satıldığı, satış bedelinin nakden ve tamamen alındığı, A. T.A.Ş lehine ipotek tesis edildiği belirtilerek 27.05.2010 tarihinde davalı adına tescil edildikten sonra mal rejiminin sona erdiği boşanma dava tarihinden 10 gün önce 12.11.2012 tarihinde davalı tarafından önceki malik Tahirhan K. 'ın oğlu Şerafettin K. 'a satıldığı anlaşılmaktadır. Dinlenen davalı tanıkları Tahirhan, Şerafettin, Cevdet ve Murat davalının savunmasını doğrulamışlardır. **Ne var ki, davalının savunmasında belirttiği kredi sözleşmesi ile ödeme takvimi ve davalının belirttiği davacıya ait Vakıfbank İğdır Şubesindeki hesap dökümü bulunduğu yerden getirilmek suretiyle davalının savunması ve tanık beyanlarının doğruluğu irdelenmeden yazılı şekilde eksik araştırma ile karar verilmiştir.**” (Y. 8. HD. 29.09.2016, 13250/12757 sayılı Kararı)

“... Mahkemece, aracın bedelinin davacı-davalının annesi tarafından ödenerek alınması ve bedelsiz olarak davalıya devredilmesi nedeniyle davacı-davalının kişisel malı olduğundan davanın reddine karar verilmiş ise de; dosya kapsamından anne ve davacı-davalı arasında yapılan devre ilişkin olarak yeterli araştırma yapılmadan **sadece tanık beyanları ile yetinilerek hüküm tesis edildiği anlaşılmaktadır.** Davacı taraf, aracın devredilmesinden önce davalının annesinin SGK borcunun ödendiğini ve aracın bu şekilde devrinin sağlandığını ileri sürmüştü ve delil listesinde de bu hususu belirtmiştir. Mahkemece yapılması gereken, iddia edildiği şekilde yapılan bir ödeme varsa aracın devrinin başlı olamayacağı ve dolayısıyla davacı lehine katılma alacağı hakkı doğacağından, davanın taraflarınca davacı-davalı Emel'in annesinin SGK borcunun olup olmadığı, var ise borcun aracın alındığı tarihlerde kapatılıp kapatılmadığının tespiti için **varsa ödeme kayıtlarının ilgili kurumlardan temin edilerek araştırma yapılması, sonrasında tüm delillerle birlikte değerlendirilerek sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde eksik araştırma ve inceleme ile hüküm tesisi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.**” (Y. 8. HD. 03.05.2016, 2015/18789 E.–2016/8167 K.)

bir beyan diğer dava dosyasının kapsamına uygun olmak kaydıyla^[109] delil değerini kazanabilir.

“... mahkemece davalı hakkında yapılan sosyal ekonomik durum araştırmasına göre yönetici olarak çalıştığı, 9.000,00 TL geliri olduğunun, 3.750,00 TL kira ve 1.600,00 TL aidat ödediğinin tespit edildiği, daha sonra davalı tarafça iş akdinin sona erdirildiğinin ve gayrimenkul danışmanlığı işine başladığının, bu işin de askıya alındığının belirtildiği, davacı tarafça da davalının taşınmazları olduğunun ve gelir elde ettiğini ileri sürüldüğü belirlenmektedir. **Mahkemece; davalının taşınmaz bilgilerinin ve gelir elde edip etmediğinin araştırılmadığı, tanık beyanları ile yetinildiği görülmektedir.**

O halde; mahkemece; davalının anlaşmalı boşanma protokolünde müşterek çocuğun öğrenim hayatı süresince özel okul masraflarını karşılayacağını taahhüt ettiği gözetilerek ve hükmedilen nafaka miktarının kendi kayıt yaptırdığı okul masrafını dahi karşılamadığı dikkate alınarak, **davalının şahsi ve taşınmazlarına ilişkin geliri ile müşterek çocuğun özel okul masraflarının araştırılması neticesinde oluşacak sonuca göre müşterek çocuğun yaşı, eğitim durumu, ihtiyaçları, davacı anne ile nafaka yükümlüsü babanın ekonomik durumuna istinaden daha fazla nafakaya hükmedilmesi gerekirken, eksik araştırma ve inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir.** (Y. 3. HD. 01.06.2016, 4087/8682 sayılı Kararı)

[109] “...öncelikle; davalı borçlu ve davalı 3. kişinin ticari defterleri ile aralarında düzenlenmiş oldukları faturalar ve banka kayıtları getirtilerek ve bundan sonra gerekiyorsa bu bilgi, belge ve kayıtlar üzerinde bilirkişi incelemesi yaptırılarak davalılar arasındaki devrin gerçek bir devir olup olmadığına **Mersin 11. Asliye Ceza Mahkemesi'nin 2013/732 Esas sayılı dosyasındaki tanık ifadeleri de değerlendirilerek belirlenmesi, bundan sonra dosyadaki diğer bilgi ve belgeler de dikkate alınarak, uyumsuzluk hakkında bir karar verilmesi gerekirken eksik araştırma ve inceleme neticesinde yazılı şekilde karar verilmesi doğru olmamış, hükmün bozulmasına karar vermek gerekmiştir.**” (Y. 8. HD. 15.06.2016, 11162/10495 sayılı Kararı)

“... Toplanan delillerden ve tüm dosya kapsamından; dava konusu 2056 ada 20 parsel sayılı taşınmazın 2010 yılında yapılan 2/B çalışmasıyla Hazine adına orman dışına çıkarıldığı, beyanlar hanesindeki ziyetlik şerhine itiraz edilmesi nedeniyle işlemin henüz kesinleşmediği ve tapu kaydının oluşmadığı anlaşılmaktadır. Mahkemece bozma kararına uyulmuş ise de; TMK'nın 981 vd. maddeleri uyarınca tarafların gösterdiği delillere göre tabkikatın yürütülüp tamamlanması ve gerçekleşecek sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, taraflarca bildirilen deliller toplanmadan **dosya kapsamına uymayan Beykoz 2. Asliye Ceza Mahkemesi'nin 2009/1450 Esas-2011/175 Karar sayılı dosyasındaki tanık beyanlarına ve Beykoz 2. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2012/153 Esas-2013/328 Karar sayılı dosyasına dayanılarak hüküm kurulması doğru olmamıştır.**” (Y. 8. HD. 29.02.2016, 2014/19190 E.-2016/3572 K.)

KISALTMALAR CETVELİ

ABD	: Ankara Barosu Dergisi
bkz.	: bakınız
C	: Cilt
E.	: Esas
HD.	: Hukuk Dairesi
HMK	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu (6100 sayılı)
HMUK	: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu (1086 sayılı)
İBD	: İstanbul Barosu Dergisi
İzBD	: İzmir Barosu Dergisi
K.	: Karar
m.	: madde
MİHDER	: Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Dergisi
S	: Sayı
s.	: sayfa
THD	: Terazi Hukuk Dergisi
Y	: Yıl
Y.	:Yargıtay

KAYNAKÇA

AKİL, Cenk, Medeni Yargılama Hukukunda Mahkeme Tarafından Atanan Bilirkişi–Uzman Tanık Ayrımı, ABD, Y: 69, S: 2011/2.

ARSLAN, Aziz Serkan, Medeni Usul Hukukunda Delillerin Toplanması ve Doğrudanlık İlkesi, Ankara, 2012.

ATALAY, Oğuz, Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku, 15. Bası, İstanbul, 2017. (Pekcanitez Usûl)

BOLAYIR, Nur, Hukuk Yargılamasında Delillerin Toplanmasında Tarafların ve Hâkimin Rolü, İstanbul, 2014.

BOLAYIR, Nur, Medenî Usûl Hukukunda İspat Hakkı ve İspat Hakkının Sınırları, Prof. Dr. Ejder YILMAZ'a Armağan, C: 1, Ankara, 2014.

BUDAK, Ali Cem; KARAASLAN, Varol, Medenî Usul Hukuku, Ankara, 2017.

ERDÖNMEZ, Güray, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre Delillerin Gösterilmesi ve İbrazı, İBD, C: 87, Y: 2013, S: 5.

ERTANHAN, Mesut, Medeni Yargılama Hukukunda Tanık ve Tanıklık, Ankara, 2005.

GÖRGÜN, L. Şanal; BÖRÜ, Levent; TORAMAN, Barış; KODAKOĞLU, Mehmet, Medenî Usul Hukuku, 6. Baskı, Ankara, 2017.

HANAĞASI, Emel, Medenî Yargılama Hukukunda Silahların Eşitliği İlkesi, Ankara, 2016.

KARAASLAN, Varol, Medenî Usûl Hukukunda Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi, Ankara, 2013.

KARAKOÇ, Yusuf, Vergi Yargılaması Hukukunda Tanık Beyanının Delil Olması, Prof. Şükrü POSTACIOĞLU'na Armağan, İzmir, 1997.

KARAMERCAN, Fatih, Aynı Tanığın/Tanıkların Yeniden Dinlenilmesinin Yargılamaya Hâkim Olan İlkeler Çerçevesinde Değerlendirilmesi, İzBD, Y: 79, S: 2014/1. (Yeniden Dinlenilmesi).

KARAMERCAN, Fatih, Basit Yargılama Usulünde Tanık Deliline Başvurulması, THD, C: 10, Y: 2015, S: 102.

KIZIL, Muhammet, Tanık İfadesi ve İnanırcılık, ABD, Y: 72, S: 2014/2.

KURU, Baki, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usul Hukuku, İstanbul, 2016.

KURU, Baki; ARSLAN, Ramazan; YILMAZ, Ejder, Medenî Usul Hukuku, 22. Baskı, Ankara, 2011.

MERİÇ, Nedim, Türk ve Alman Hukukunda Tanık İfadesinin Değerlendirilmesi, MİHDER, Y: 2005, S: 1.

NAMLI, Mert, Türk ve Fransız Hukuku'nda Yargılamanın Yenilenmesi, İstanbul, 2014.

PEKCANİTEZ, Hakan, Özel Uzman (Bilirkişi) Görüşü ve Değerlendirilmesi, Makaleler, C: II, İstanbul, 2016.

PEKCANİTEZ, Hakan, Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku, 15. Bası, İstanbul, 2017. (Pekcanitez Usûl)

SARISÖZEN, M. Serhat, Medeni Usul Hukukunda Soru Yönelme ve Çapraz Sorgu, Ankara, 2016.

TANRIVER, Süha, Medenî Usûl Hukuku, C: I, Ankara, 2016.

TANRIVER, Süha, Medenî Yargıda Bilirkişilik, Ankara, 2016.

TEOMETE YALABIK, Fulya, Bilirkişi Görüşünün/Tanıklığının Delil Olarak Kabul Edilebilirliği, Prof. Dr. Ejder YILMAZ'a Armağan, C: 2, Ankara, 2014.

YARDIMCI, Taner Emre, Hukuk Yargılamasında Somutlaştırma Yükü, İstanbul, 2017.

YAZICI TIKTIK, Çiğdem, HMK m. 293'teki Uzman Görüşü Kurumu İle Anglo-Sakson Hukuk Sistemindeki Uzman Tanık Kurumunun Karşılaştırılması, MİHDER, C: 7, S: 20, Y: 2011.

YILMAZ, Ejder, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 3. Baskı, Ankara, 2017. (Şerh).

YILMAZ, Ejder, Medenî Yargılama Hukukunda Yemin, 2. Baskı, Ankara, 2012.

BÜLBÜLÜ ÖLDÜRMEK VE HUKUKÇUNUN İŞİ BAĞLAMINDA DEĞERLİ EYLEM OLANAĞI*

Dr. Zeynep İSPİR**

ORCID ID: 0000-0002-6220-4645

DOI: 10.30915/abd.470789

Makalenin Geldiği Tarih: 26.09.2018 Kabul Tarihi: 01.10.2018

* Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK-ULAKBİM Veri Tabanında indekslenmektedir. Bu çalışma, Maltepe Üniversitesi İnsan Hakları Merkezi ve Kadıköy Belediyesi'nin işbirliğiyle hazırlanan "Edebiyat ve Felsefe Dizisi" kapsamında, 27 Aralık 2017 tarihinde gerçekleştirilen "*Bülbülü Öldürmek* ve Değerli Eylem Olanağı Üzerine" başlıklı sunumun metni ile Türkiye Felsefe Kurumu Derneği ve Türk-İngiliz Kültür Derneği'nin işbirliğiyle düzenlenen "Edebiyat ve Felsefe Konferansları" dizisinde, 28 Nisan 2018 tarihinde gerçekleştirilen aynı isimli sunum metninin geliştirilmiş halidir.

** Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı.

ÖZ

Bir insan etkinliği olarak değerlendirme, eylemlerimizin temel oluşturucularındandır. Bu etkinlik birbirinden farklı üretim kaynaklarından hareket edilerek ve farklı amaçlara yönelerek gerçekleştirilebilir. Değerlendirme etkinliğinin bilgisine, hukuk alanındaki akıl yürütmelerin amacı ve gerekleri açısından da ihtiyaç duyulmaktadır. Bu çalışmada, İoanna Kuçuradi'nin değer teorisi ve etik görüşü ışığında, hukuk yargılamasındaki değerlendirmeler ve eylemler ile etik kişi değerleri–değerlendirme etkinliği ilişkisi tartışılacaktır. Değerlendirme kavramı, farklı değerlendirme türleri ve etik kişi değerlerine ilişkin teorik tartışmayı somutlaştırmak üzere Harper Lee'nin yapıtı *Bülbülü Öldürmek* romanına başvurulacaktır.

Anahtar Kelimeler: Değer, değerlendirme, doğru değerlendirme, etik kişi değerleri, *Bülbülü Öldürmek*.

TO KILL A MOCKINGBIRD AND THE
POSSIBILITY OF VALUABLE ACTION IN THE
CONTEXT OF LEGAL PROFESSION

ABSTRACT

Evaluation as a human activity is one of the basic components of our actions. This activity might take its origin from different kinds of sources and might have different purposes. The knowledge of evaluation as an activity has been required for the aims and necessities of legal argumentation. In this paper, evaluations and actions during jurisdiction and also the relation between ethical values of the person and evaluation activity will be discussed in the light of İoanna Kuçuradi's value theory and ethics. Harper Lee's *To Kill a Mockingbird* will be used to concretize the theoretical debate on the concept of evaluation, different types of evaluation and ethical values of the person.

Keywords: Value, evaluation, right evaluation, ethical values of the person, *To Kill a Mockingbird*.

GİRİŞ

Felsefi bir etkinlik olarak değerlendirme etkinliğinin ve farklı biçimlerinin bilgisi, hukuksal faaliyetlerin amacına ve gereklerine ilişkin tartışmalara katkı sunmaktadır. Bir normun hazırlanması, yorumlanması, hükmün oluşturulması gibi etkinliklerle, bir değer olarak adaleti gerçekleştirmesi beklenen bu faaliyet alanındaki değerlendirme etkinliğinin yapısı hakkındaki bilgi, hukukçunun işiyle doğrudan ilgilidir.

Bu çalışmada, doğru değerlendirme etkinliğinin nasıl gerçekleşebileceğini göstermek ve hukuk yargılaması içerisindeki önemine dikkati çekebilmek üzere bir edebiyat eserinin, *Bülbülü Öldürmek*^[1] romanının, sunduğu olanaklardan yararlanılacaktır. Romanın kahramanlarından avukat Atticus'un kişi olarak kendinden gelen belirleyicilerin^[2] doğru değerlendirme ve etik eylem olanağına etkileri de aynı çerçevede içerisinde incelenecek ve bir diğer tartışma konusu olacaktır.^[3]

I. Değerlendirme Etkinliğinin Farklı Gerçekleşme Biçimleri ve Bülbülü Öldürmek

“Değerlendirme” kavramının bir felsefe terimi olarak anlamını belirleme, farklı değerlendirme türlerini ortaya koyma ve bunların değer koruyan eylemle ilişkisini kurma Kuçuradi'nin değer felsefesi yaklaşımı içerisinde esaslı bir yer

[1] Harper Lee, *Bülbülü Öldürmek*, çev.: Ülker İnce, Sel Yayıncılık, Yirminci Baskı, İstanbul, 2017.

[2] Bir kişide bu belirleyiciler, o kişinin değer koruyan belirli türden özellikleri ve olanakları olabileceği gibi, kişinin egosu, türlü inançları v.b. farklı kaynaklardan beslenen belirleyiciler de olabilir.

[3] Edebi metinlerin felsefi düşünme etkinliği içerisindeki yeri ve sağladığı olanaklar ile felsefenin bir edebi metne kendinden verebilecekleri, felsefe ve edebiyat ikilisini merkezine alan çalışmalar açısından iki yönlü bir düşünme imkânının kapılarını açarlar. Bu konudaki değerlendirmelerinin bir örneği için bkz. İoanna Kuçuradi, “Değer, Değerler ve Yazın”, *Sanata Felsefeyle Bakmak*, Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, Dördüncü Baskı, Ankara, 2009, s. 91-112. Benzer bir alışveriş hukuk ve edebiyat arasında da vardır. “Hukuk ve Edebiyat” çalışmaları bugün pek çok hukuk fakültesinde bir disiplin olarak ayrıca ele alınmakta, özellikle yukarıda değinilen ilk imkân, yani edebi metinlerin felsefi düşünme ve akıl yürütmeye etkisi, hukuk eğitimi programlarına edebiyat eserleri ve bunlara ilişkin tartışmalar dahil edilerek canlı tutulmaktadır. Bu çalışmada da söz konusu yöntemle başvurularak hukuk felsefesi, insan hakları-hukuk ilişkisi ve yargı etiği alanlarının temel tartışmalarından birisi olan, hukuk alanındaki değer ve değerlendirme sorunları için, bir edebiyat eserinin sağladığı, “yaşantı ve eylem olanaklarının bilgisi”nden faydalanılacaktır. (İlgili ifade için bkz. Kuçuradi, “Değer, Değerler ve Yazın”, s. 112.)

tutmaktadır. İnsana özgü bir etkinlik olarak değerlendirme, değerlendirilenin değerinin bilgisine götürmeyi amaçlayan bilgisel bir etkinliktir.^[4] Bir eylem, bir sanat eseri, bir yasa maddesi, bir mahkeme kararı gibi insan ürünü olan her şey değerlendirme konusu yapılabilir. Aşağıda değinilecek olan ve başka başka biçimlerde gerçekleştirilen değerlendirme türlerinin her birinin odağı farklıdır. Buna bağlı olarak –rastlantısal olarak aynı sonuca ulaşabildiği durumlar dışında– ilgili değerlendirme sonucu gerçekleştirilen eylemler de değer bakımından farklılaşabilmektedir.

Bu çalışma açısından değerlendirme nesnellerimiz çeşitli eylemler, *Bülbülü Öldürmek*'teki Atticus karakterinin ve romanda yer alan diğer kasaba sakinlerinin “eylem”leri olacağından, öncelikle “eylem”den neyi anladığımızı değinmek gerekli görünmektedir. Eylem, genellikle ortaya konan bir davranışla sınırlı şekilde anlaşılmalıdır. Oysa bu, eylemin öğelerinden sadece bir tanesini oluşturmaktadır. Şöyle ki, bütününe bakıldığında, oluşturucuları öncelikle değerlendirme, yaşantı ve en sonunda da yapma olan “eylem”^[5], ancak bu birbirinden farklı üç öğenin beraberce ele alınmasıyla gerçekten anlaşılabilir. Bu, eylemin oluşturucularından olan değerlendirmelerden ayrı ele alınamaması gerekir, demektir. Aksi halde sadece davranışa bakılmakta ve eylemin nedenleri gözden kaçırılmış olmaktadır.^[6] Bunun yol açtığı sorun ise “genel olarak bir eylemi değerlendirme” ile “belirli tek bir eylemi değerlendirme” arasındaki farkın görülebilmesidir.^[7] Sayılan unsurlarla (değerlendirme, yaşantı ve yapma) dile getirilen eylemleri (ya da değerlendirilen her ne ise onu) farklı değerlendirmelere tabi tutmak mümkündür. Kuçuradi'nin değer biçme, değer atfetme ve doğru değerlendirme şeklinde ifade ettiği bu farklı tarz değerlendirme biçimlerine değinmeden önce, her birini açıklarken içerisindeki örneklerden yararlanılacak olan *Bülbülü Öldürmek*'ten kısaca söz etmek uygun görünmektedir.

Bülbülü Öldürmek, Harper Lee'nin 1960 yılında yayımlanan ilk romanıdır.^[8] Eser Amerika'nın Alabama eyaletinin Maycomb kasabasında yaşayan Finch

[4] Bkz. İoanna Kuçuradi, *İnsan ve Değerleri*, Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, Üçüncü Baskı, Ankara, 2003, s. 15.

[5] Kişi ile kişi ilişkisinde eylemin bu oluşturucuları hakkında detaylı bilgi için bkz. İoanna Kuçuradi, *Etik*, Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, Dördüncü Baskı, Ankara, 2006, s. 15-77.

[6] Bkz. Kuçuradi, *Etik*, s. 125.

[7] Kuçuradi, *Etik*, s. 126.

[8] *Bülbülü Öldürmek*, 1962 yılında Robert Mulligan yönetmenliğinde aynı isimle sinemaya da uyarlanmıştır. Filmin özellikle Amerika'daki ırk ayrımcılığıyla ilgisinde “artık ‘sistem’e katılmak yerine onu ortadan kaldırmak için savaşmayı isteyecek yeni bir tür hukukçuya

ailesini merkeze alırken, kasaba sakinlerinin başından geçenlerden kesitler aracılığıyla Maycomb'un genel bir görünümünü de sunar. Romanın arka planında, Amerikan İç Savaşı'nın ardından, 1900'lerin ilk yarısında Amerika'da yaşanan toplumsal, siyasal, ekonomik kırılmalar vardır.

Romanın kahramanlarından Scout Finch (Jean Louise Finch) ve ağabeyi Jem Finch (Jeremy Atticus Finch) henüz çok küçüklerken annelerini kaybetmişlerdir. Avukatlık yapan babaları Atticus Finch ile birlikte yaşamaktadırlar. Ailenin bir diğer üyesi, evin idaresi için gerekli sorumlulukların yerine getirilmesine ve çocukların bakımına yardımcı olan Calpurnia'dır.

İki bölümden oluşan eserin ilk bölümünde, ağırlıklı olarak, romanın çocuk kahramanı Scout'un dilinden hem kendi ailesinin, hem Maycomb'da yaşayan diğer kasaba sakinlerinin başından geçenleri okuruz.

Tüm kasabayla birlikte Scout ve Jem'in yaşamında önemli etkisi olan olaylar, babalarının üstlendiği bir davadaki avukatlık faaliyeti etrafında gelişir. İkinci bölüm ağırlıklı olarak bu yargılama sürecine ayrılmıştır. Tom Robinson isimli sanığın, kasaba sakinlerinden Mayella Violet Ewell'e tecavüzdən suçlanması sebebiyle yargılandığı davaya, Robinson'u savunmak üzere avukat olarak Atticus'un atanmasıyla, Finch ailesinin ve neredeyse kasabanın tümünün yaşamı, bu yargılama sürecinin bir parçası haline gelmiştir. Kasabalılar Atticus'un söz konusu yargılamada savunmayı üstlenmesini hiç hoş karşılamazlar. Çünkü sanık bir "siyah"tır ve bu nedenle başkaca hiçbir delil aranmaksızın, sadece suçlamayı yapanların beyanlarına dayanılarak, suçu işlediğine kesin gözüyle bakılmaktadır.

Babalarının bir "siyah"ın savunmasını üstlenmiş olması nedeniyle çocuklar üzerinde de baskı oluşmuştur. Bu, eşit ve tarafsız muamele görerek ve böyle muamelelerde bulunmaları öğretilerek büyüyen Scout ve Jem için oldukça güç bir durumdur. Maycomblulara göre Atticus yapılmaması gereken bir şeyi yapmaktadır, ayrıca bir hakaret yerine kullanılan ifadeyle, "zenci hayranı" olmakla "itham edilmekte"dir. Scout ve Jem okulda, sokakta pek çok kez bu nedenle gösterilen tepkiyle karşılaşır. Dava, Atticus ve çocukların üzerindeki Maycomb baskısı eşliğinde yürür. Atticus dava boyunca suçu desteklediği ileri sürülen şeylerin gerçeği yansıtmadıklarını, delil niteliği taşıyamaları gerektiğini ortaya koymaya çalışır. Okur bir yandan davayı izleyip davanın kendisinin gösterdikleri ve öğrettiklerinin muhatabı olurken, bir yandan da kendini Scout

ihtiyaç duyulduğunu gösteren, 1960'ların ilk en iyi filmi" olduğunu belirten kısa bir değerlendirmesi için bkz. John Jay Jr. Osborn, "Atticus Finch—The End of Honor: A Discussion of *To Kill a Mockingbird*", *University of San Francisco Law Review*, Vol. 30, 1996, p. 1139-1142.

ve Jem'in babalarıyla olan ilişkileri izleğinde kişinin eyleminin değeri üzerine düşünürken bulur.

Esere ilişkin bir hatırlatma olması bakımından sunulan bu kısa özeti ardından, hukukçunun işi üzerine yürütülecek bir tartışma çerçevesinde ele alınmak üzere bu romanın seçilme nedeni şu şekilde dile getirilebilir: *Bülbülü Öldürmek*, değerli bir edebiyat eseri olmasının yanı sıra^[9], değer felsefesi alanı içerisinde önemli bir yer tutan değerlendirme etkinliğinin, hangi türlerde gerçekleşebileceğine dair, özellikle aşağıda üzerinde durulacak iki tarz değerlendirmenin –elbette bu değerlendirmelerin sonuçlarının da– görülmesini kolaylaştıran bir yapıttır. Bu sayede ayrıca kişinin eyleminin değeri ve etkileri üzerine de düşünme imkânı vermektedir.^[10] Romanda her bir kişinin yaptığı değerlendirmelerin o kişinin kendi yaşamındaki bazı sonuçlarını görmek mümkündür –tıpkı bizlerin değerlendirmelerimizin sonuçlarıyla şu ya da bu şekilde karşı karşıya kaldığımız, bunlarla hesaplaşmakta olduğumuz gibi. Bu çalışmada tartışmanın odağını

[9] Kuçuradi, sanat eserlerinin değerlendirilmesi meselesi üzerinde dururken önemli bir ayrıma, bir yapıtın değerli olması ile başarılı olması arasındaki ayrıma dikkatimizi çekmektedir. Buna göre sanat eserinin değerlendirilmesi açısından eseri anlama ve o yapıtın değerini ortaya koyma – ki bu, yapıtın “yeni”liğini göstermek veya yapıtın kendi alanındaki yerini göstermek için o yapıtın başka yapıtlarla karşılaştırılmasını da gerektiren bir adımdır–adımlarını izleyen bir üçüncü adıma ihtiyaç vardır. Bu üçüncü adım, değerlerin, özellikle de etik değerlerin felsefi bilgisini gerektiren, söz konusu yapıtın yaratımının insan için, dünya için anlamının ne olduğunu göstermeyi içeren adımdır. (Bkz. Kuçuradi, “Değer, Değerler ve Yazın, s. 95-97.)

[10] *Bülbülü Öldürmek* özellikle ırkçılık, ayrımcılık, eşitlik, insan hakları tartışmaları açısından yardımcı kaynak olarak kendisine sıkça göndermelerde bulunulan bir eserdir. Romanın ana kahramanlarından avukat Atticus Finch'in en azından bu eserde ve yaşadığı dönemin koşullarında bir Afro-Amerikan'ın savunmasını üstlendiği mesleki faaliyetindeki duruşu sebebiyle, genç hukukçulara ilham veren bir rol model olduğunu dile getiren çalışmalar üretilmeye devam edilmektedir. (Bir örneği için bkz. Jonathan A. Rapping, “It’s a Sin to Kill a Mockingbird: The Need for Idealism in the Legal Profession, *Michigan Law Review*, Vol. 114, 2016, p. 847-865.) Bununla birlikte son yıllarda Amerika’da bazı eyaletlerde, eserde kullanılan dilin –özellikle eserde Türkçe’de ‘zenci’ ile karşılanan ‘negro’ sözcüğü geçiyor oluşunun– insanları rahatsız ettiği, aynı şeylerin başka kitaplar aracılığıyla da öğretilebileceği iddiasıyla kitabın okullarda zorunlu okuma listelerinden çıkarılması gündeme gelmiştir. (Bir örneği için bkz. “To Kill a Mockingbird by Harper Lee taken off Mississippi school reading list”, <https://www.theguardian.com/books/2017/oct/14/to-kill-a-mockingbird-harper-lee-mississippi-school-reading-list>, Erişim Tarihi: 01.09.2018.) (Eserin ırk ayrımcılığı konusunda ileri sürüldüğü gibi güçlü bir eser olmadığını ve neden referans kitaplar arasında gösterilmemesi gerektiğini Lee'nin yayımlanan iki eserini de eleştirerek ortaya koyan bir değerlendirme için bkz. Naa Baako Ako-Adjei, “Why It’s Time Schools Stopped Teaching *To Kill a Mockingbird*”, *Transition*, No. 122, 2017, p. 182-200.

oluşturması planlanan değerlendirme etkinliği için örnekler, hem eserdeki gündelik yaşamdan kesitlerden, hem de romanın bir insan hakları sorunu çerçevesinde incelenmesine de zemin teşkil eden, ceza davasına ilişkin yargılama faaliyeti içerisinde gerçekleşen eylemlerden seçilmiştir. Bu faaliyetin bir parçası olan Avukat Atticus'un eylemleri de işte burada, kişiden gelen belirleyicilerin bir olanak olan doğru değerlendirmeye etkisini, bu yolla da etik haklar olarak insan haklarının hayata geçirilebilmesine, dolayısıyla adaletin gerçekleşmesine katkısını örneklendirmesi bakımından, hukuki akıl yürütmeler üzerine yapılan tartışmalar için faydalı olabileceği düşünülerek ortaya konmaya çalışılacaktır.^[11]

a. Değer Biçme

Değerlendirme türlerinden biri, değer yargılarına bağlı olarak gerçekleştirilen değer biçmedir.^[12] Değer yargıları, yüklemeleri farklı kültürlere göre başkalık gösterebilecek nitelikteki (iyi-kötü, güzel-çirkin v.b. olan) yargılardır.^[13] Değişik ve değişken olan değer yargılarının bu farklılıklarından dolayı, bunlara dayalı olarak yapılan değerlendirmelere bakıldığında, bir şeyin değerinin görelî olduğu sonucuna varılır.

Değer biçmede değerlendirmeden, değerlendirilen şeyin değerini göstermek değil de, geçerli ilkeler, kurallar, normlar bakımından onu nitelendirmek

[11] Harper Lee, 2015 yılında yayımlanan ve Türkçe'ye *Tesbih Ağacının Gölgesinde* (*Go Set a Watchman*) olarak çevrilen ikinci kitabının okuyucusuyla buluşmasının hemen ertesinde, 2016 yılında hayatını kaybetmiştir. (İlkinci kitabın yayımlanma sürecinin detayları; Lee'nin ikinci kitabının yayımlanması için gerçekten onayı olup olmadığı yönündeki aktüel tartışmalar ile bu ikinci kitabın aslında Bülbülü Öldürmek'ten önce yazıldığı; fakat yayıncının bu eseri reddetmesi sebebiyle Lee'nin Bülbülü Öldürmek'i kaleme aldığı bilgisi için bkz. Daniel J. Morrissey, "Where Have You Gone, Atticus Finch?", *Gonzana University School of Law- Legal Studies Research Papers*, No: 2016-10, 2015, p. 2., Derek Fincham, "Is Go Set A Watchman Authentic?", *Cumberland Law Review*, Vol. 47/1, 2016, s. 45-52. Ayrıca bkz. Ed Pilkington, "Go Set a Watchman: mystery of Harper Lee manuscript discovery deepens", <https://www.theguardian.com/books/2015/jul/02/harper-lee-go-set-a-watchman-manuscript-discovery>, Erişim Tarihi: 01.09.2018.) Bu çalışmada sadece *Bülbülü Öldürmek* ve bu eserde çizilen karakterler üzerinden değerlendirmeler yapılacaktır ve eserler arasında sıklıkla yapılan bir karşılaştırmaya gidilmeyecektir; ancak konu ve karakterler arasındaki bağlantı nedeniyle, ikinci kitabın yayımlanmasının, sadece edebiyat çevrelerinin değil, *Bülbülü Öldürmek* aracılığıyla yapılan etik ve insan hakları alanındaki çalışmaların da gündemine düştüğünü belirtmek gerekmektedir.

[12] Bkz. Kuçuradi, *İnsan ve Değerleri*, s. 28-31.

[13] Kuçuradi, *İnsan ve Değerleri*, s. 29.

anlaşılır.^[14] Bu nitelendirmeler nitelendirmeyi yapanın benimsemiş olduğu değer yargılarına göre şekillenirler. Eserde Maycomb kasabası bu türden değer biçmelerin örnekleri bakımından adeta bir vahadır. Örneğin Maycomb'da kasabalılara benzememek, iyi-kötüyü belirlerken bir kriter olarak karşımıza çıkar. Kasaba sakinlerinden Radleyler kasabada sevilen insanlardır, “ancak kendi içlerine kapanmak gibi Maycomb'da asla bağışlanmayacak bir şey” yapmaktadırlar. Kasabadaki kiliseye gitmek yerine ibadetlerini evde yaparlar. Bayan Radley komşularına pek ender gider, hiçbir dini toplantıya da katılmaz.^[15]

Maycomb kasabası sakinlerinden Bayan Dubose'un, Atticus'un Tom Morrison'un avukatlığını üstlenmesi nedeniyle Scout ve Jem'e söylenirken dile getirdikleri, Atticus'un yetiştiği çevrenin beklentilerinden başka türlü davranmasına gösterilen bir tepki olarak, “kötüye” işaret etme şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Bayan Dubose'a göre Finch ailesine mensup biri olarak Atticus, kendi yetişme tarzına uygun davranmamaktadır, bu nedenle de “avukatlığını yaptığı o zencilerden, o beş para etmez adamlardan daha hırslı değil”dir.^[16]

Eserde Barber kız kardeşlerin yaşadıkları, ön yargılar, değer biçmeler ve birtakım dayanaksız kabullerin, yapılan değerlendirmeyi ne şekilde belirlediğini göstermesi bakımından, değer biçme çerçevesi içerisinde ele alınabilir. Bir Cadılar Bayramı şakası yapmak isteyen Maycomblu çocuklar, kasabalılardan Sarah ve Francis isimli iki kardeşin uyuduğu esnada salonlarına girerler. Bulabildikleri bütün mobilyaları kız kardeşlerin evinin bodrumuna saklarlar. Ertesi sabah kasaba, faili çoktan teşhis etmiş, aslında kulakları da pek iyi duymayan iki kardeşin feryatlarıyla çınlar. İddia ettiklerine göre iki kardeş ön kapıya bir kamyon dayandığından, at gibi küt küt yürüdüklerini duyduklarını haykırdıkları soyguncuların kim olduklarından da emindirler, birkaç gün önce kasabaya gelen gezici kürk satıcısı “kapkara Suriyeliler”. İz sürüp hırsızları yakalaması için getirilen tazılar dönüp dolaşıp aynı evin bodrum kapısında havlarlar ve gerçek böylece ortaya çıkar.^[17]

Namus, şeref, iffete ilişkin değer yargılarıyla içeriklendirilen ve neyi dile getirdikleri hesap edilerek kullanılmadıklarında, değer harcayan eylemlerin sorumlusu görülen bu kavramlardan bir tanesi eserde, değer biçmeye örnek olacak şekilde çocuklar Calpurnia ile “siyah”ların kilisesine gittiklerinde vaazdaki

[14] Kuçuradi, *İnsan ve Değerleri*, s. 28.

[15] Lee, *Bülbülü Öldürmek*, s. 15.

[16] Lee, *Bülbülü Öldürmek*, s. 131.

[17] Lee, *Bülbülü Öldürmek*, s. 318-319.

“ıffetsiz kadın” vurgusuyla Scout’ın dikkatini çeker.^[18] Eserde benzer bir değer biçmeyi, “kötü” saymayı ve buna göre değerlendirmeyi, romanın kahramanlarından Scout’un karşı karşıya kaldıkları üzerinden ve toplumsal cinsiyet algısını gösteren kabuller aracılığıyla da okuruz.^[19]

“Siyah”ların kötü, güvenilmez, tehlikeli olduğu ön yargıları sonucuyla varılan değer biçme örnekleri eserin pek çok yerinde dikkati çeker. Örneğin bir kasaba sakinine göre onlar [“siyahlar”], “iyice azıtlı kırsal bölgede yaşayan ve ülkeyi yönetenlerin hiç umursamadıkları herkesin ırzına geçebilirler.”^[20] Bu kabuller ve değer biçmeler eserde Atticus’un evinden yükselen seslerin içerisinde de görülmektedir. Değer bilgisine sahip değilseniz, değer biçmeler incitcidir, katlanılması imkânsız hale getirir yaşamımızı. Tıpkı Scout’un Alexandra Halasının içini kemiren hisler gibi çaresiz bırakır bizleri. Bu hislerin dile getirdiği biçimiyle “zenci hayranı” olmak, her ne demekse^[21], katlanılmaz bir şeydir ve Atticus bu özelliğiyle ailesinin üyelerini kasaba sokaklarında insan içine çıkamaz hale getirmiştir.

[18] “...Rahip Sykes hastalar ve acı çekenler için Tanrı’dan yardım diledi, bizim kilisemizde de aynı şey yapılırdı ancak rahip Sykes, Yüce Tanrı’nın dikkatini bazı özel durumlara çekti. Vaazi açıkça bir suç duyurusuydu, arkasındaki duvarda yazan özlü sözün sade bir şekilde ilanıydı: Sarhoş edici içkilerin, kumarın ve tuhaf kadınların kötülüklerine karşı sürüsünü uyardı. Kaçak içki satanlar bölgede yeterince sorun yaratmışlardı ama kadınlar daha kötüydü. Kendi kilisemde tanık olduğum gibi yine burada da bütün din adamlarının Kadınların İffetsizliği öğretisini takıntı haline getirdiklerine tanık oldum.” (Lee, *Bülbülü Öldürmek*, s. 153-154.)

[19] “Alexandra Hala benim giyim kuşama takmıştı. Pantolon giydiğim sürece kibar bir hanım olamazdım: elbise giydiğim zaman bir şey yapmadığımı söyledim, o da pantolon giymeyi gerektiren şeyler yapmazsın, olur biter, dedi. Alexandra Hala’nın yapmamı istediği şeyler arasında küçük fırınlarla, çay takımlarıyla oynamak, doğduğum zaman armağan ettiği inci kolyeyi takmak vardı; ayrıca babamın yalnızlık hayatında bir güneş ışığı olmalıydım. Pantolon giyerek de bir güneş ışığı olunabileceğini söylediğim zaman halam, insanın bir güneş ışığı gibi davranmak zorunda olduğunu belirtti, iyi bir insan olarak doğmuş ama giderek her yıl biraz daha kötü biri olmuştum. Duygularımı incitiyor, beni sinirlendiriyordu ama bu konuyu Atticus’a sorduğumda ailede yeterince güneş ışığının bulunduğunu ve aldırmanmamı söyledi, nasıl davranmam gerektiği konusunda pek ilgilenmiyordu.”

(Lee, *Bülbülü Öldürmek*, s. 105.)

[20] Lee, *Bülbülü Öldürmek*, s. 171.

[21] Lee, *Bülbülü Öldürmek*, s. 107. Bu soru romanın kahramanlarından Scout’un da zihnini meşgul etmektedir ve eserde Atticus ve Scout arasında geçen bir diyalogla aşağıdaki şekilde karşımıza çıkar:

“... “Zenci hayranı tam olarak ne demek?”

Atticus’un suratı ciddileşti. “Birisi size böyle bir şey mi dedi?”

Bazı genellemelerin ardında da değer biçmelerin varlığı görülebilir. Değişik ve değişken ön kabuller ulaşılan sonucu belirlerler. Eserde örneğini gördüğümüz şekliyle, bazı ailelerin sahip olduğuna inanılan “hastalıklı damarlar”, kişinin kendisinden gelen belirleyicilerin kolaylıkla önüne geçebilirler örneğin.^[22]

Yukarıda tamamen eserdeki gündelik hayattan seçilen sınırlı sayıda örnekle gösterilmeye çalışılan değer biçmeler, kimi zaman hukuktaki akıl yürütmelerin belirli bir kısmını da etkilediğini gözlemleyebileceğimiz değer biçmelerdir. Bu türden değer biçmelere, türetim kaynağındaki değer yargıları aracılığıyla

“Hayır, babacım, Bayan Dubose senin için söylüyor bunu. Her öğleden sonra bunu söyleyerek ısınma hareketlerine başlıyor. Geçen Noel’de Francis de aynı şeyi söylemişti, ilk kez o zaman duydum.”

“Bu yüzden mi onun üzerine saldırdın?” dedi Atticus.

“Evet...”

“O zaman neden bana ne demek olduğunu soruyorsun?”

Beni asıl kızdıran şeyin Francis’in söyleyiş tarzı olduğunu Atticus’a söylemeye çalıştım. “Sümüklü falan dermiş gibi söyledi bunu.”

“Scout,” dedi Atticus, “zenci hayranı, ‘sümüklü’ gibi hiçbir anlamı olmayan deyimlerden biridir. Açıklaması çok zor; beş para etmez, cahil adamlar bir insanın zencileri kendilerinden üstün gördüğünü düşündükleri zaman söylerler bunu. Birini bayağı, çirkin bir etiketle yaftalamak isteyen bizim gibi bazı insanlar yüzünden bu deyim dilimize girdi.”

“Yani sen o zaman gerçekten bir zenci hayranı değilsin, öyle mi?”

“Niye olmayayım? Ben herkesi sevmek için elimden geleni yapıyorum... bazen açıklamakta zorlanıyorum; bak yavrum, birinin kötü olduğunu düşündüğü bir şeyle seni nitelendirme hiçbir zaman hakaret değildir. O kişinin ne kadar zavallı olduğunu gösterir sana, seni incitmez. Yani Bayan Dubose’un canını sıkmasına izin verme. Zaten onun kendi derdi kendine yeter.” (Lee, *Bülbülü Öldürmek*, s. 139-140.)

[22] “Alexandra Hala, genç Sam Merriweather’ın intiharından çıkan ahlâk dersinin altını çizirken, bu intihara ailedeki hastalıklı bir damarın yol açtığını söylemişti. Sözelimi, on altı yaşında bir kız koroda kıkırdamaya görsün, “İşte görüyorsunuz, bütün Penfield kadınları böyle hoppadır,” derdi. Öyle görünüyordu ki Maycomb’daki herkeste bir Damar vardı: İçkicilik Damarı, Kumarcılık Damarı, Kötülük Damarı, Gülünçlük Damarı.

...Onun kalıtım takıntısını hiç anlamıyordum. Bende şöyle bir izlenim doğmuştu: Üstün nitelikli aileler sahip oldukları sağduyuyla yapabilecekleri en iyi şeyi yaptılar ama Alexandra Hala, biraz dolambaçlı yoldan ifade etse de, bir ailenin bir toprak parçasının üzerinde ne kadar uzun süredir çöreklenmiş oturuyorsa o kadar iyi olduğu düşüncesindeydi.” (Lee, *Bülbülü Öldürmek*, s. 164 -165.)

bir hukuk normunda ^[23] ya da bir mahkeme kararının gerekçesinde de ^[24] rastlanabilmektedir.

b. Değer Atfetme

İkinci tür değerlendirme tarzında, değerlendirilenin değerini belirleme, değerlendirmede bulunanın kendisinden kaynaklanan çeşitli nedenlerden etkilenerek gerçekleşmektedir. Değer atfetme olarak ifade ettiği bu türden değerlendirme için Kuçuradi şunları söylemektedir:

“Bir eyleme değer atfetme, değerlendirenin o eylemi, kendisiyle rastlantısal özel ilgisinden –kendi özel koşullarıyla ilgisinden– dolayı değerli-değersiz (iyi-kötü) sayması olarak karşımıza çıkar.

Bu bir eylemin, onu değerlendirenle ilgili sonuçları açısından değerlendirilmesidir: eylemin değerlendirene sağladığı yarar ya da yol açtığı zarar, eylemin değeri olarak eyleme a t f e d i l i r.” ^[25]

Eserde Atticus’un oğlu Jem’e hediye ettiği saatin onun için anlamı; ya da Radley’lerin oğlunun ağaç kovuğuna çocuklar için bıraktığı hediyeler; kasaba sakinlerinden Bayan Dubose’un ölümünün ardından çocuklara bıraktığı şekerlemeler ve kopardığı çiçeklerin öğrettiği her şeyi Jem’in avucuna sığdıran, yine Bayan Dubose’dan Jem’e kalan tek bir kamelya çiçeğinin Jem için değeri, hep değer atfetmeler olarak görülebilir. O ilişkinin kendi örüntülerinin tortusu bu nesnelere işlemiştir. Ağaç kovuğundaki saat “bozuk bir saat” olmaktan, eski bir nişan “bir metal parçası” olmaktan, bir kamelya çiçeği “ertesi gün solacak bir dal çiçek” olmaktan çıkmıştır. Bu nesnelere ve onlar aracılığıyla ulaşılan değerlendirmelerin her biri, dokunduğu kişinin yaşamına bağlı ve bağımlı değeriyle var olurlar.

Değer atfetmeler, yukarıda eserden seçilen örneklerde görüleceği üzere, her zaman değer harcayan sonuçlar doğurmazlar, ancak değerlendirilenin değerini

[23] Şu an yürürlükte olmayan 765 sayılı Türk Ceza Kanununun 453. maddesinde yer alan ve “öldürme fiilinin şerefini kurtarmak saikiyle yeni doğmuş bulunan çocuğa karşı işlenmiş” olması halinde faile daha az ceza verilmesini öngören düzenleme bu şekilde türetilen bir norm olarak örnek verilebilir.

[24] “Toplumsal ahlak”ın gerekçedeki argümanları belirlediği kararların pek çoğu bu türden değer biçme örneklerini barındırır. Bir örneği için bkz. Anayasa Mahkemesi 12.01.1989 tarih ve E. 1988/4, K.1989/3 sayılı kararı, *Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi*, Sayı 25, s. 3-24.

[25] Kuçuradi, *Etik*, s. 18.

görmeye yardımcı olamayacakları gibi, değer harcama olasılıkları da bulunan ezbere değerlendirmelere götürebilirler. Söz konusu olan kişi-kişi ilişkisinde bir eyleme değer atfetme ise, doğru değerlendirmenin ilk adımının, eylemin nedenlerini anlamının, gözden kaçırıldığı görülür.^[26] Bu türden değerlendirmede:

“...değerlendirmedeki ilk adım atlanarak, yani eylemin nedenlerine bakılmaksızın, o eylemin değ er l e n d i r e n i ç i n rastlantı sonucu doğurduğu yarar ya da zarar, yani eylemin bir dolaylı etkisi, değerlilik ölçüsü olarak kullanılıyor, bir özel değer yargısında bulunuluyor, sonra da bu özel değer yargısı eylemin özelliği olarak –“değeri” olarak– eyleme atfediliyor.

Böylece, bir eyleme değer atfetme, eylemden kopuk, ezbere bir değerlendirme oluyor; yani bir eylemin kendisi bakımından rastlantısal etkilerinden bir tanesinin sonucu olarak değerlendirenin yaşadığı bir değerlilik ya da değersizlik yaşantısının, o eyleme değeri olarak yansıtılması oluyor.”^[27]

Bu şekilde gerçekleşen bir değerlendirme, değerlendirilenin değerinin, değerlendiren kişiden kaynaklanan şeylerden bağımsız şekilde ortaya konamaması sonucunu doğurması bakımından ezbere gerçekleşmektedir.

c. Doğru/Yanlış Değerlendirme

“Değer yargılarından veya çıkarlarından/kişisel bağlardan bağımsız şekilde değerlendirme imkânı var mıdır?” sorusuna verilecek olumlu yanıt, bizi üçüncü türden bir değerlendirmeyi incelemeye götürmektedir. Bir kişinin eylemini doğru değerlendirmek için –ki ancak bu yolla değerlendirilen şeyin değerinin bilgisine ulaşılabilecek, dolayısıyla değerlendirme etkinliğinin amacı gerçekleştirilebilir– izlenmesi gereken adımları şu şekilde sıralamak mümkündür: anlama, eylemin değerini görme (benzer eylem olanakları arasındaki yerini bulma), insanın değeri ile, eylemin insan dünyası için neyi ifade ettiğiyle bağlantı kurma.^[28]

Bülbülü Öldürmek doğru/yanlış değerlendirmeye ilişkin yukarıda değinilen adımları incelemeye imkân veren örneklerden çok sayıda içermektedir. Aşağıda bu örneklerden bazılarına yer verilecektir.

İlk adım olarak dile getirilen anlama, eylemde bulunan kişinin ne türden değerlendirmelerde bulunduğunu görmemizi sağlamaktadır. Ne tarz değerlendirmelerde bulunulduğunu anlamaya ek olarak yaşantıyı, hangi amacı

[26] Kuçuradi, *Etik*, s. 18.

[27] Kuçuradi, *Etik*, s. 18.

[28] Bkz. Kuçuradi, *Etik*, s. 16-17.

gerçekleştirmek üzere eylemde bulunulduğunu da görürüz bu adımda. Dolayısıyla anlama aşaması, doğru değerlendirmenin ana oluşturucularının görüldüğü bir aşama olmaktadır.

Atticus yargılama sırasında jürinin, gerçekleştiği iddia edilen “eylemi” anlamasını sağlamaya çalışmaktadır. Tecavüzü kanıtlayabilecek somut delillerden birisi bir doktor raporu olabilir, bunun olup olmadığını öğrenmek için gayret gösterir. Çünkü ancak böylece konusu tecavüz olan bir ceza yargılamasının ana sorusu olan “tecavüz gerçekleşmiş mi?” sorusuna bilgiye dayalı bir yanıt verebilmek mümkün olabilecektir. Bunun için sorgunun bir kısmını, öncelikle, böylesi bir rapor alınıp alınmadığını soruşturmaya ayırır ve bir doktor çağırılmadığını “anlar”.^[29]

Anlama faaliyeti yargılama boyunca sürer. Eser açısından sıradaki anlama faaliyeti, atılı suçun sanık tarafından gerçekleştirilip gerçekleştirilemeyeceğini “anlama”ya ilişkin olandır. Atticus, çapraz sorguda bunu da jüriye göstermek için çabalar. Mayella Ewell’in yaralarının nasıl yaralar olduğunu sorgular örneğin, bu yaraların yeri dikkatle incelenince *anlaşılacaktır* ki yaralayan kişi çok büyük bir olasılıkla solaktır.^[30]

Eserde anlamak ve jürinin “anlama” sını sağlamak için atılan adımlar Atticus’un düğümü çözmeye yardım edecek ilmekleri yakalamasına imkân vermektedirler. Mahkeme salonunda olan herkesin değerlendirmesine yardım edecek bir “anlama”ya yarayabilecek ilmeklerdir bunlar. Şikayetçi babanın sorgusu sırasında, Atticus ondan bir şeyler yazmasını isteyerek bu kişinin sol elini de sağ eli gibi kullanabildiğini jüriye gösterecektir.^[31] Bu tespit yargılamayı doğrudan etkileyen bir soru işaretine de sebep olmuştur. Sorunun yanıtı mahkeme salonunda, Thomas Robinson sanık olarak yemin etmek üzere elini İncil’e uzattığında açıklığa kavuşacaktır. “İşe yaramaz” sol el, Robinson denedikçe üzerine uzandığı İncil’den sıyrılıp düşecektir ve okur, jüriyle beraber, sanığın geçirdiği bir kaza sonrası sol elini kullanamadığını *anlayacaktır*.^[32]

Bir eylemin değerlendirilmesinin ikinci adımı söz konusu eylemin değerini, yani başka eylem olanakları arasındaki, benzerleri arasındaki yerini görmektir.^[33] Bu adım, gerçekleştirilmiş eylemler ile başka benzer eylemlerin ya da gerçekleştirilmesi muhtemel eylemlerin karşılaştırıldığı adımdır. Bu ikinci adımda,

[29] Lee, *Bülbülü Öldürmek*, s. 211-212.

[30] Lee, *Bülbülü Öldürmek*, s. 212-213.

[31] Lee, *Bülbülü Öldürmek*, s. 223-225.

[32] Lee, *Bülbülü Öldürmek*, s. 240.

[33] Bkz. Kuçuradi, *Etik*, s. 16-17.

değerlendirilen eylemin özelliği, kendine özgü yanı görülür. Tekrar etmek gerekirse, eylemin değerinin, “kendi alanı veya benzerleri arasındaki yeri”nin görüldüğü aşamadır bu.^[34]

Aşağıda eserden farklı bağlamlarda karşımıza çıkan değişik eylem olanaklarından örnekler seçilmiştir.

Eserdeki Tom gibi bazen çeşitli sebeplerle başka türlü eylemlerde bulunuruz. Herhangi bir suç işlemediğini bile bile, kendini kalmak yerine kaçmak zorunda hisseden Tom’un yaptığı gibi.^[35]

Bir davayı kabul edip etmemek son kertede avukatların iradesine bırakılmıştır. Belirli koşullarda zorunlu müdafilikten dahi çekilme hakkı bulunmaktadır. Atticus avukatlık yapıp yapmamak arasında kalınabilecek bir durumda sanık Tom Robinson’un savunmasını üstlenmeyi seçmiştir.^[36] Atticus bu seçiminin gerekçesini şöyle ifade eder: “...bu adam, destekleyici herhangi bir kanıt olmadan cezası ölüm olan bir suçla suçlanıyor ve şu anda ölümlle yargılanmakta...”^[37]

[34] Kuçuradi, *İnsan ve Değerleri*, s. 26. Değer sözcüğü Türkçe’de olumlu bir çağrışımla yüklü olarak anlaşılabilir. Oysa buradaki değer “yükli” olmayan bir anlam taşır. (Bkz. Kuçuradi, *İnsan ve Değerleri*, s.26.) Bu karıştırma özellikle değer atfettiğimiz durumlarda belirgin şekilde görülebilir. Çünkü değerlendiren, değerlendirdiği şeyle aralarındaki özel ilişkiden dolayı bir değer atfediyorsa, yalnız atfeden için o şeyi değerli yapacak şekilde, bu olumlu bir anlam taşımaktadır. Kuçuradi, *İnsan ve Değerleri*, s. 27.) Elbette burada bir şeyin “değer”i ile “değerliliği” arasındaki ayrımı da göz ardı etmemek gerekir. (Bkz. Kuçuradi, *İnsan ve Değerleri*, s. 26-27.)

[35] Eserde sanığın sorgulanması sırasında, neden kalmak yerine kaçmayı tercih ettiğini şu diyalog aracılığıyla öğreniriz:

“...“Bu konuda bu kadar dürüstsen, neden o kadar hızlı koşun?”

“Çok korktuğumu söylüyorum, efem.”

“Eğer vicdanın rahattıysa, neden o kadar korktun?”

“Daha önce söyledim ya, bir zencinin böyle...zor bir duruma düşmesi tehlikeliydi.”

“Ama sen zor durumda değildin. Bayan Mayella’ya direndiğini söyledin ifadende. Senin gibi koca bir zenciye kızın yaralayacağından çok korktuğun için mi kaçtın?”

“Hayır efem, şimdiki gibi mahkemeye çıkmaktan korktum ben.”

“Tutuklanmaktan mı korktun, yaptığın şeyi kabullenmek zorunda kalmaktan mı?”

“Hayır efem, yapmadığım şeyi kabullenmek zorunda kalmaktan.” (Lee, *Bülbülü Öldürmek*, s. 249-250.)

[36] Davayı daha az tecrübeli bir avukatın değil de Atticus’un üstlenmesini sağlamayı seçen yargıcın yaptığı da iki eylem olanağından birisinin seçilmesine örnek olmuştur.

[37] Lee, *Bülbülü Öldürmek*, s. 254.

Buraya kadar doğru değerlendirmenin iki adımı üzerinde durulmuştur. Öncelikle bir eylemi anlar, sonrasında onun başka eylem olanakları arasında nasıl bir yerde durduğunu görürüz. Bir eylemi doğru değerlendirmenin son adımı ise bir kişinin tek bir eyleminin değeri ile insan dünyasına kattıkları arasında bağlantı kurarak, bu eylemin değerliliği/değersizliği hakkında belirlemede bulunduğumuz adımdır. İnsan dünyasına kattıklarıyla bağlantı kurmakla kastedilen, insanın değeri ile, insana özgü olanakların ürünü olan başarılar ile bağlantı kurmaktır. Burada akıllara insanın olanakları ile ne kastedildiği gelebilecektir. Bizi diğer canlılardan ayıran insana özgü etkinlikler, yaşamımıza katılan etik değerler (sevgi, dürüstlük, güven gibi) bunlara örnek olarak belirtilebilir. Atticus doğru değerlendirmenin izlemiş olduğu diğer adımlarından elde ettiği sonuçları da hesaba katarak, bu bağı savunmasının çeşitli aşamalarında jürinin dikkatine sunmaya gayret eder:

“...Atticus jüriye seslenen konuşmasının yarısına gelmişti...”

...“Baylar” diyordu, “kısa keseceğim, ama zamanımın geri kalanını bu davanın zor bir dava olmadığını sizlere hatırlatmaya harcayacağım, birtakım karmakarışık gerçekleri ince eleyip sık dokumanızı gerektiren bir dava değil bu, yeter ki davalının suçluluğu konusunda hiçbir kuşkunuz kalmamasın. Her şeyden önce böyle bir davanın açılmaması gerekirdi. Siyahla beyaz kadar açık bir dava bu.

Mahkeme, Tom Robinson’ın davaya konu olan suçu işlediğini gösteren en küçük tıbbi bir kanıt ortaya koyamadı. Bunun yerine iki tanığın ifadelerine dayanmakla yetindi, bu iki tanığın ifadeleriye çapraz sorgulama sırasında ciddi şekilde kuşkulu hale geldiği gibi davalı tarafından da reddedildi. Davalı suçlu değildir ama bu salonda bir suçlu vardır.

Mahkemenin en baş tanıkları olan kişilere yalnızca acıyorum ama bu duygum bir adamın hayatını tehlikeye atan o kızı da kapsıyor çünkü o kendi suçundan kurtulmak için bunu yapıyor.

...

Bizler bunun başlı başına bir yalan, Baylar, Tom Robinson’ın derisi kadar kara bir yalan olduğunu biliyoruz, size göstermek zorunda olmadığım bir yalan. Gerçeği biliyorsunuz, gerçek şudur: Bazı zenciler yalan söyler, bazı zenciler ahlaksızdır... Ama bu her türlü insan soyu için geçerlidir, belli bir insan soyu için değil...^[38]

[38] Lee, *Bülbülü Öldürmek*, s. 256-258. (Koyultmalar bana aittir.)

Atticus aracılığıyla yargılamadan ne beklediğimizi, bir hukuk yargılamasını neden önemsedüğimizi de düşünme fırsatı buluruz. Acaba avukat neden güvenmektedir mahkemelere? “Neyi gerçekleştirmesi bekleniyor da tüm kusurlarına rağmen önemseniyor, değerli görülüyor hukuk kurumu?” sorusunu sordurur roman kahramanı. Bir çapraz sorgunun ardından jüriye “ulaşmaya” çalışan Atticus’un şu sözleri bu bakımdan önemli görünmektedir:

“...Hepimiz biliyoruz ki, bazı insanların bizi inandırmaya çalıştıkları gibi insanlar eşit yaratılmamıştır...bazıları ötekilere göre daha zekidir, bazı insanlar doğuştan kazanılmış daha fazla olanağa sahiptir, bazı insanlar ötekilere göre daha fazla para kazanır, bazı kadınlar başka kadınlara göre daha iyi kek yapar...bazı insanlar pek çok başka insanın normal kapsama alanı içine girmeyen yeteneklere sahiptir.

Ama bu ülkede insanlar ancak bir tek durumda eşit yaratılmış kişiler haline gelirler –bir yoksulu Rockefeller Ailesi’nin bir ferdiyle, bir budalayı Einstein ile, cahil bir kişiyi bir kolej müdürüyle eşit gören bir tek kurum vardır. Bu kurum da, Baylar, hukuk kurumudur. Birleşik Amerika’nın Yüksek Mahkemesi gibi ya da ülkenin en basit herhangi bir Sulh Ceza Mahkemesi gibi, ya da sizin de hizmet verdiğiniz bu onurlu mahkeme gibi. İnsanlarca kurulmuş bütün kurumlar gibi bunların da kusurları vardır ama bizim ülkemizde mahkemeler insanlar arasında en üst düzeyde eşitliğin gözetildiği kurumlardır, bizim mahkemelerimiz açısından insanlar eşit yaratılmıştır.

Mahkemelerimizin dürüstlüğüne ve jüri sistemine fazlaca inanan bir idealist değilim –bunları kusursuz bulduğumu söyleyemem, benim açımdan somut ve işleyen bir gerçekliktir. Baylar, mahkeme bu jüride yer alan ve karşımda oturan sizlerin tek tek hiçbirinizden daha iyi değildir. Bir jüri ne kadar güvenilirse mahkeme de o kadar güvenilirdir, jüriyi oluşturan insanlar ne kadar güvenilirse bir jüri de o kadar güvenilirdir. Sizlerin size sunulan kanıtları öfkeye kapılmadan değerlendireceğinize, bir karara varacağınıza ve davalıyı ailesinin yanına göndereceğinize güveniyorum. Yüce Tanrı adına görevinizi yapın.”^[39]

II. Kişiden Gelen Belirleyiciler ve Doğru Değerlendirme Olanakları

Kuçuradi’nin etik görüşü içerisinde kişi ile kişi ilişkisinde bir eylemin doğru değerlendirilebilmesi için gerçekleşmesi beklenen birtakım koşullardan söz edilmektedir. Buna göre öncelikle “o eylemin içinde yapıldığı gerçeklik koşullarını

[39] Lee, *Bülbülü Öldürmek*, s. 258-259. (Koyultmalar bana aittir.)

yeterince bilmek ve eylemi yapan kişiyi yeterince tanımak” gerekmektedir.^[40] Doğru değerlendirmenin değerlendiren açısından koşulu ise değerlendiren kişinin “keskin bilme yeteneklerine sahip olması ve değerlendirme konusunda kendi kendine ya da bir başkasının yol göstericiliğiyle eğitim görmüş olmasıdır”.^[41] Değerlendiren kişiden beklenenler “çeşitli yalın ya da karmaşık yaşantı olanaklarını bilmesi”, “ana değer sorunlarıyla hesaplaşmış olması” ve “bu donanımıyla karşı karşıya olduğu eyleme bakması”dır.^[42] Bu nitelikleri taşıyan kişiler doğru değerlendirme yapabilirler ya da en azından daha az değer harcarlar.

Bu bölümde, değerlendirenin sahip olduğu özellik ve olanakların değerlendirme etkinliğinin adımlarının doğru gerçekleşmesine etkisi ele alınacaktır. Dürüst olma, sorumlu olma, güvenilir olma, hakkaniyeti gözetme, adil olma, özgür olma, etik bütünlükle eyleyebilme böylesi özellik ve olanaklara örnek gösterilebilirler. Bu sayılan olanakların bir tanesi tek başına doğru değerlendirme yapmaya çoğu zaman yetmediği gibi, kimi zaman da değerlendirme için izlenen yol doğru olmakla birlikte çeşitli sebeplerle gerçekleşemez ve sonuçta yanlış bir değerlendirmeye ulaşılabilir. Tüm bunlara rağmen, kişinin etik değerlere sahip olması doğru değerlendirmeler yapma olanağını artırır.

Hukukçunun yaptığı işte de doğru değerlendirme yapmasının sonucu olarak değer koruması olasılığı artmaktadır. Bu sayede mesleğin ifasıyla ortaya konan her ne ise (bir mahkeme kararı, türetilmiş bir norm, geliştirilmiş bir kuram v.b.) onun mesleğin amacına uygun olması sağlanabilmektedir. Burada ortaya konmak istenen, belirli kişi değerlerini ve karakter erdemlerini edindikleri alışkanlıkla yaşamlarının farklı alanlarına katabilen kişilerin, işlerini yaparken de değerlendirmenin adımlarını doğru gerçekleştirmeye daha yatkın olabildikleridir. Aşağıda, Bülbülü Öldürmek’te Atticus’un birtakım yapıp ettikleriyle örnekleri serimlenen bazı insansal olanaklar ve bunların hukuk yargılamasına etkisi bu açıdan irdelenmeye çalışılacaktır.

[40] Kuçuradi, *Etik*, s. 21. Kuçuradi, bu koşullardan ilkiyle yani “eylemin içinde yapıldığı gerçeklik koşullarıyla”, “eylemin içinde olduğu olay ve kişinin o andaki koşulları (bu olayla ilgisi, biopsişik durumu v.b.)”; “kişiyi tanımakla” ise “kişinin bilme ve yaşantı olanaklarını ve neleri ‘değerli’ olarak kabul ettiğini bilmeyi” kastettiğini belirtir. (Bkz. Kuçuradi, *Etik*, s. 21.)

[41] Kuçuradi, *Etik*, s. 22.

[42] Bkz. Kuçuradi, *Etik*, s. 22.

a. “Atticus sokakta neyse mahkeme salonunda da odur.”^[43]

Kişinin değerleri ve erdemleri, sadece mesleğinin icrası sırasında değil, bu alanın dışında kalan yaşamında da ezbere olmayacak şekilde hayatına katıyor oluşu, etik bakımdan doğru eyleyebileceğinin önemli işaretlerinden birisi olarak görünmektedir. Lee'nin yarattığı dünyada romanın kahramanlarından Atticus'u Maycomb'da bir evin salonunda, sokakta, mahkeme salonunda görürüz; farklı kişi, durum ve eylemler karşısındaki tutumlarına tanıklık ederiz. Lee'nin bu eserinde^[44] Atticus karakterinin ana unsurları aracılığıyla okura gösterilenler, büyük oranda, kişinin eylemlerinde etik bakımdan bütünlüklü, tutarlı oluşunun^[45], değerlendirmelerini etkileyebileceğini düşündürmektedir.^[46] Özellikle

[43] Lee, *Bülbülü Öldürmek*, s. 251.

[44] Lee'nin elli beş yıl sonra yayımlanan ikinci eserinde Atticus karakteri bu kez ırk ayrımcılığının yansıması olan bazı kabulleri onayladığını düşündüren tutumlarıyla da resmedilmektedir. (Bu kez okur, Finch ailesinin ve Maycomb'un aradan geçen yıllardan sonraki halleriyle karşı karşıya kalır. Scout (Jean Louise), yirmi altı yaşında genç bir kadın olarak New York'tan Maycomb'a ailesini ziyarete gelmiştir ve özellikle Afro-Amerikanların hakları çerçevesinde yürütülen tartışmalar içinde kasabaya, ama en çok da babası Atticus'da gözlemledikleriyle hesaplaşır. Bkz. Harper Lee, *Tespîh Ağacının Gölgesinde*, çev.: Püren Özgören, Sel Yayıncılık, Üçüncü Baskı, İstanbul, 2015.)

[45] Bütünlük (integrity) kavramı birbirinden farklı anlamlarda kullanılabilir. Örneğin nesnel söz konusu olduğunda sözcük tamlık (wholeness), eksiksizlik (intactness), saflık (purity) anlamlarına gelebilir. El değmemiş bir bölgenin bütünlüğünden (integrity) söz edilirken kalkınmadan ya da kalkınmanın olumsuz yanlarından etkilenmemiş olma anlamında bir tamlık kastedilirken; müzikal yapısı tam, eksiksiz bir eserden bahsedilirken yine bütünlük sözcüğüne başvurulabilir. (Bkz. Damian Cox, Marguerite La Caze, Michael Levine, “Integrity”, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, ed.: Edward N. Zalta, 2017, <https://plato.stanford.edu/archives/spr2017/entries/integrity/>, Erişim tarihi: 01.09.2018.) Belirli bakımlardan ortaklaşan yanları olmakla birlikte, bu çalışmada sözü edilen etik bütünlükle, yargı etiği çalışmalarında kendisine yer verilen, “Bangalor Yargı Etiği İlkeleri” içerisinde de yer alan ve “doğruluk”, “dürüstlük” şeklinde de Türkçe'ye çevrilen ilkenin (integrity) dile getirdikleri aynı şey kastedilmemektedir. Bangalor Yargı Etiği İlkeleri içerisinde üçüncü sırada yer alan söz konusu ilke, yargı görevinin olması gerektiği şekilde ifası için esas alınması gereken bir ilke olarak belirtilmiştir. Yargıcın davranışlarının makul bir gözlemcinin nazarında uygun bulunacak nitelik taşıması; ayrıca davranış ve hareketlerinin, insanların, yargılamanın doğruluğuna güvenlerini destekler nitelikte olması; adaletin sağlanmasının yanı sıra, sağlandığı görüntüsünün de verilmesi gerektiği yine bu ilke çerçevesinde ilgili kodda yer almıştır. (Bkz. The Bangalore Principles of Judicial Conduct, https://www.unodc.org/pdf/crime/corruption/judicial_group/Bangalore_principles.pdf, Erişim tarihi: 10.09.2018) İlkenin dürüstlük kavramıyla karşılandığı çalışmadaki açıklamaları ve örnekleri için bkz. Sibel İnceoğlu, *Yargı Bağımsızlığı ve Yargıya Güven Ekseninde Yargıcın Davranış İlkeleri*, Beta Yayınları, İstanbul, 2008, s. 48-53 ve s. 88-95.

[46] Esasında *Bülbülü Öldürmek*'te, karakterinin diğer herkesin üzerinde “bir aziz gibi, erdem abidesi olarak” yükseldiği iddia edilse de (bkz. Andrew B. Ayers, “The Half-Virtuous

erdemle ilgisinde kullanıldığında kişinin karakterine ilişkin bir niteliğe işaret ettiği belirtilen^[47] etik bütünlük ile bu çalışmada kastedilen, değişik ve değişken durum ve koşullarda yaslanılacak bir mihenk taşı aradığında, değerlere ve onların bilgisine başvuran kişilerin sahip oldukları bir özelliktir; zira böyle bir bilgidен hareket edilmiyorsa, kişiler değer harcayan eylemlerini tekrarlamak bakımından da pekâlâ tutarlı olabilirler.

Belirli bir tek durumda neye, nasıl tepki verileceği, ne türden bir eylemde bulunulacağı farklılık gösterebilir, ama tereddüt yaşanan anlarda korunmaya çalışılan değerler, kişiye değerlendirmelerinde yardımcı olabilirler. Bu ölçüyü yaşamının farklı alanlarında aynı şekilde gözeten kişiler, çoğunlukla söz konusu bütünlüğe sahip kişiler olarak karşımıza çıkmaktadırlar. Eserde Atticus'un

Integrity of Atticus Finch”, *Mississippi Law Journal*, Vol. 86:1, 2017, p.36.), eserin bazı bölümlerinde Atticus'un “mükemmel” olmadığını gösteren örnekler de rastlanır. Örneğin Scout'un sorusu üzerine jürilerde kadınların yer almasının [mevcut kurallar gereği] mümkün olmadığını söyleyen Atticus, kadınların jürilerde yer almaları halinde “durmadan araya gireceklerini ve –başlayan bir davanın bitip bitemeyeceğini bilemez kılacak şekilde– çok soru soracaklarını” sözlerine ekler. Lee, burada kasabadaki cinsiyetçiliğin bir örneğini de Atticus'un ağzından sunar. (İlgili kısım için bkz. Lee, *Bülbülü Öldürmek*, s. 279.) Tom Robinson'un yargılandığı 1935 yılında Alabama eyaleti, kadınların jüri üyesi olmalarının hukuken mümkün olmadığı eyaletlerdendir. (Bkz. Ayers, “The Half-Virtuous Integrity of Atticus Finch”, p. 44.) Ayers karakterin etik özelliklerini vurgularken bazı eksiklikleri olduğunu belirtmeyi ihmal etmediği çalışmasında, avukatlık faaliyeti açısından da Atticus'un eksikliklerinden örnekler ortaya koyar. (Bkz. Ayers, “The Half-Virtuous Integrity of Atticus Finch”, p. 44.). Kasaba sakinlerinden Bayan Dubose'un morfin bağımlısı olduğu bilgisini çocuklarıyla paylaşmasını avukatlık meslek etiği bakımından güven değerine yönelik bir ihlal olarak gören çalışmalara yollamada bulunur. (İlgili kısım için bkz. Ayers, “The Half-Virtuous Integrity of Atticus Finch”, p. 51.) Atticus karakterine yöneltilen en esaslı eleştirilerden biri, eserin sonunda yer verilen Bob Ewell'in ölümü olayında, bu ölümün aydınlatılmayıp üstünün örtülmesine göz yummasının karakterin “değerlerine ihanet ettiğini” gösteren bir örnek olduğu şeklindedir. (İlgili kısım için bkz. Lee, *Bülbülü Öldürmek*, s. 330 ve devamı.) Mahkemedeki savunması sebebiyle Atticus'a karşı öfkeli olan Bob Ewell, bir gece Atticus'un çocuklarına saldırır ve Radley ailesinin hiç evden çıkmayan oğulları Arthur Radley, Scout ve Jem'i Ewell'in elinden kurtarır. Ewell, ölü bulunur. Kasabanın şerifi, Ewell'in kendi bıçağı üzerine düştüğünü söyler ve olayın üzerine gidilmemesi için Atticus'u ikna eder. Eser üzerine yapılan çalışmaların bazılarında, bu yapmama eylemiyle Atticus'un başta hukuk devleti olmak üzere inandığı değerlere ihanet ettiği ileri sürülmektedir. (Bu eleştiriler ve Ayers'in itirazları için bkz. Ayers, “The Half-Virtuous Integrity of Atticus Finch”, p. 51-55. Ayers burada değerlerden bir vazgeçiş olmadığını, daha üstün olan değere uygun hareket etme bakımından bir değerlendirme yapıldığını dile getirir. Buna göre değerlere bağlılık anlamında tutarlı, bütünlükle eyleyen kişiler “mutlak önermeler olarak kurallara” değil de çatıştığında aralarından seçim yaptıkları değerlere bağlılık gösterirler.)

[47] Bkz. Cox, La Caze, Levine, “Integrity”, s. 1.

çocuklarıyla ilişkisinden kesitler okurken eşitliğin, adil olmanın, güvenin, sorumluluk bilincinin şekillendirdiği eylemlere tanıklık ederiz. Mahkeme salonunda ise, bu kez bir baba olarak değil de avukat rolüyle eylemler ortaya koyan roman kahramanının, savunmasını şekillendirirkenki çabasında da aynı değerlerin etkisi görülebilmektedir.^[48]

Andrew B. Ayers, *Bülbülü Öldürmek* romanında Atticus karakteri aracılığıyla iki türden bütünlük/tutarlılık (integrity) sergilendiğini ve bunlardan sadece bir tanesinin bir erdem olduğunu ileri sürer.^[49] Buna göre birinci anlamıyla sergilenen tutarlılıktan kişinin değer verdiği şeylere sadık olacak şekilde eylemlerde bulunması anlaşılırken, ikinci anlamıyla tutarlılıktan kişinin değişik sosyal rolleri ve kimlikleri arasındaki uyumu anlaşılır. Bu tür bir tutarlılığa sahip hukukçular mesleki yaşamlarındaki kendileri ile (professional selves) kişisel yaşamlarındaki kendilerini (their personal selves) tamlık ve birlik içinde bütünleştirmenin yollarını bulurlar.^[50] Hukukçu olarak deneyimledikleri kimlikleriyle diğer kimlikleri arasında (örneğin ebeveyn, yurttaş veya ahlaki kişi olarak taşıdıkları kimlikleri arasında) bir çatışma bulunmaz.^[51] Ayers, bu ikinci anlamdaki tutarlılığın bir erdemden ziyade, bir iyi olma (well-being) formu olarak değerlendirilmesi gerektiği düşüncesindedir; zira ona göre, farklı rollerinden kaynaklanan kimlikleri arasındaki uyum, kişinin kendisini iyi hissettirebilir ve psikolojik sağlığın bir görünüm biçimi de olabilir; ancak bir erdem olarak övgüye değer olan bu değildir.^[52] Erdem olarak sayılması gereken, değerlere bağlı olma anlamında

[48] Eylemler açısından böylesi bir tutarlılık ve bütünlük etik bakımdan kişinin kendisiyle ilişkisinde olup bitenlerle de ilgili görünmektedir. Kuçuradi değerlendiren ile değerlendirilenin aynı insan olduğu bu etik ilişki türüyle ilgili şunları söylemektedir: “Kişinin kendisiyle ilişkisi de kendine özgü bir etik ilişkidir. Kişinin kendine yönelik eylemleri, kendine ilişkin kararları, kendine yaptığı muamele, yaşamına yön vermesi, hep bu ilişki çerçevesi içinde oluşur. Bu ilişki, aynı zamanda kişinin başkalarına yönelik eylemlerinin oluşmasında, en belirgin şekilde de bir eylemin değerini belirleyen noktalarda rol oynar.” (Kuçuradi, *Etik*, s. 149.)

[49] Bkz. Ayers, “The Half-Virtuous Integrity of Atticus Finch”, p. 34.

[50] Ayers, “The Half-Virtuous Integrity of Atticus Finch”, p. 34.

[51] Ayers, “The Half-Virtuous Integrity of Atticus Finch”, p. 34. Ayers, Atticus karakterinin daha çok bu ikinci anlamıyla bütünlüğe sahip olması sebebiyle hukukçular ve meslek etiği üzerine çalışanlarca methedildiğini ileri sürer. Oysa yazara göre, öncelikle bir iç değer olarak bütünlük ile bir erdem olarak bütünlük şeklinde iki farklı anlamı ortaya koymak gerekmektedir. (Bu konudaki tespiti için bkz. Ayers, “The Half-Virtuous Integrity of Atticus Finch”, p. 40.)

[52] Ayers, “The Half-Virtuous Integrity of Atticus Finch”, p. 35. Ayers’e göre, katı bir şekilde bütünleşen kimlikleri, kişinin, bütünlüğünü korumak adına kendi kendini kandırmasına yol açabileceği gibi, önemli etik seçimleri görmekten de alıkoymayacaktır. Bu nedenle

tutarlı olmaktadır ki Atticus'un bu bakımdan da bütünlükle hareket ettiği söylenebilir. Ayers, böyle bakıldığında eserde sadece Atticus'un değil diğer başka kahramanların da bütünlüğünden söz edilmesi gerektiğini vurgular.^[53]

b. “Başka insanların yüzüne bakabilmek için ilk önce kendi yüzüme bakabilmeliyim.”^[54]

Kişi değerlerinin bir türü kişinin bilgisel yetenekleridir.^[55] Bir başka türü ise çalışmanın bu başlığı altında vurgulanmak istenen, “kişinin kendisiyle ilişkisinde edindiği belirli karakter özellikleri: ölçülü, dayanıklı, sabırlı, cesur, sorumlu olma gibi kişilik özellikleridir.”^[56] Burada özellikle üzerinde durulmak istenen, özgürlük ve cesaretle ilgisinde sorumluluk kavramı olacaktır.

Atticus işini, haksız yere suçlanan bir kişinin adil yargılanmasını sağlamaya çalışarak yapmaktadır. Bundan başka türlüünü yapmanın bir yandan kendindeki imgesine, bir yandan da çocuklarındaki imgesine zarar vereceğini düşünmektedir. Kişinin kendisi hakkındaki imgesi değer biçme ve değer atfetmelerle de belirlenebilir, bu imgenin ne şekilde içeriklendirildiğine bakılmadan ona peşinen olumlu bir anlam yüklenmesi de problemlidir. Bununla birlikte burada söz konusu vurgu, eserde, kişinin önce kendisine, sonra çevresine ve mesleğine duyduğu bir sorumluluk bilincine dikkati çekmek için yapılmıştır.

Kişinin kendi eylemini değerlendirirken –eyleminin oluşturucularını ve bunların belirleyicilerini ortaya koyup eylemin değerini ortaya koyduğu ikinci aşamadan sonra^[57]– kendine “hesap verdiği” üçüncü aşamaya geçilmektedir.

bu ikinci anlamıyla bütünlüğün etik bakımdan dezavantajlı olabileceğini iddia eder. Çünkü farklı kimlikleri arasındaki gerilimin kişi için birtakım faydaları, etik avantajları bulunduğunu düşünmektedir. Bu bakımdan kitaptaki diğer bazı kahramanların –örneğin Calpurnia'nın– kimlik çatışmaları aracılığıyla içinde yaşadıkları baskın değer sistemlerini eleştirebildiklerini, onlardan kopabildiklerini iddia eder. (Bkz. Ayers, “The Half-Virtuous Integrity of Atticus Finch”, p.100-101.)

[53] Bkz. Ayers, “The Half-Virtuous Integrity of Atticus Finch”, p. 36.

[54] Lee, *Bülbülü Öldürmek*, s. 135.

[55] Zekâ, dikkatli bakabilme, hızlı bağlantı kurabilme, güçlü bir belleğe sahip olma bunlar arasında sayılmıştır. (Bkz. Kuçuradi, *Etik*, s. 174.)

[56] Kuçuradi, *Etik*, s. 174. Kuçuradi bu iki çeşit kişi özelliğini, kişi yaşamının bütününde rol oynayan ama eylem ve tutumlarının etik değerini doğrudan doğruya belirlemeyen özellikler olarak belirtir. Kişinin etik ilişkilerinde değer korumaya, en az değer harcanmasını sağlamaya çalışan kişinin özellikleridir, dürüst, saygılı, adil, özgür olma gibi. (Bkz. Kuçuradi, *Etik*, s. 174-175)

[57] Bkz. Kuçuradi, *Etik*, s. 150-151.

Kuçuradi'nin “kendine hesap verme adımı” ismini verdiği bu aşamanın doğru gerçekleştiği yerde “sorumluluk” değeri karşımıza çıkmaktadır.^[58] Bu sorumluluk kavramı, *Etik*'te şu şekilde ifadesini bulur:

“Sorumluluk ya da sorumlu olma, genellikle kişinin her çeşit etik ilişkide olduğu insanlarda insanın değerinin d o l a y l ı o l a r a k korunmasına veya zarar görmesine-harcanmasına n e d e n olması demektir. Kişi açısından pozitif belirlenmesinde sorumluluk, kişinin içinde bulunduğu ya da girdiği bir etik ilişkide, o ilişki içinde olmakla ya da o ilişkiye girmekle üstlendiği yükümlülüğün belirli koşullarda insanın değerinin korunması için yapılmasını gerektirdiği şeyi, kendisinin yapması gerektiği bilinci; negatif belirlenmesinde ise, bu yükümlülüğün yapılmasını gerektirdiği şeyi yapmayıp başka bir şey yapmış olmasının, yapabileceğini yapmamış olmasının ya da başkalarında bu değer harcanmasına göz yummasının v.b. bilinci olarak ortaya çıkar.”^[59]

Bir avukat olarak, bir baba olarak, bir işveren olarak, bir kasaba sakini olarak farklı rolleriyle karşımıza çıkan Atticus, eylemleriyle sorumluluğun gerekçesini, kime karşı sorumlu olduğunu düşünmeye de imkân sunar. Bu imkân, kişinin nasıl bir kişi olduğunun yaptığı işi belirleyişi açısından hukukta değerlendirme ve meslek etiği tartışmaları için önemli görünmektedir. Bir değeri korumak için “sorumlu olmak” ile “sorumlu duymak” olarak kişinin vicdanına karşı kendini sorumlu duyması arasındaki farka da burada dikkati çekmek gerekir.^[60] İkincisi, kendimizle ilişkimizde dahi yukarıda içeriklerinden söz edilmiş olan değer biçmelerden ve değer atfetmelerden kaynaklanabilir. Eserde kimi zaman bu ayrımın belirsizleştiğini de gözden kaçırmamak gerekmektedir.^[61]

Bu başlık altında son olarak değinilebilecek bir husus ise, bir kişi değeri olarak sorumluluğun belirli bir özgürlük anlayışıyla da desteklenmesinin önemidir. “Eylemlerini oluşturan d e ğ e r l e n d i r m e l e r i n d e insan olmanın değerinin bilgisini hesaba katan, y a ş a n t ı l a r ı ve tutumları değer bilgisinden kaynaklanan inançları tarafından belirlenen, çeşitli istedikleri de anlamlarca belirlenen kişi”^[62] özgür kişi olabilmektedir.^[63] “Özgür olmaya cesaret etmek”

[58] Bkz. Kuçuradi, *Etik*, s. 152.

[59] Kuçuradi, *Etik*, s. 152.

[60] Bu ayrım hakkında bkz. Kuçuradi, *Etik*, s. 154-156.

[61] Bir örneği için Bkz. Lee, *Bülbülü Öldürmek*, s. 134-135.

[62] Kuçuradi, *Etik*, s. 176.

[63] Özgürlüğü tür olarak insanın bir değeri, bir kişi değeri ve toplumsal bir değer olarak üç farklı şekilde ele alarak incelediği bir başka çalışmada Kuçuradi, bir kişi özelliği olarak

de bir insan olanağıdır. Bu bakımdan burada ele alınan sorumluluk, belirli bir cesareti değer bilgisiyyle aydınlanan özgürlüğün hizmetine sunmak olarak da ifade edilebilir. Cesaretten ne anlaşılabilceğini ortaya koyabilmek için ise Aristoteles'in erdemler hakkında söylediklerine başvurmak mümkündür. Aristoteles, *Nikomakhos'a Etik*'te alışkanlıkla edinilen erdemler olarak karakter erdemlerinden söz etmektedir.^[64] Aşırılığın ya da eksikliğin olmadığı bir "orta olma" ile hayata geçirilebilen bu erdemler, örneğin yiğitlik, korkaklık ile cüretkârlık arasında bir orta olmadır.^[65] Eserde etik, hukuki ve mesleki sorumluluğunun gereğini yerine getirmek üzere avukatın yaptıkları, cesaretin bu anlamı çerçevesinde değerlendirilebilir.

En azından ilk derece mahkemesinde istediği sonucu elde edemeyeceğini düşünen bir avukattır Atticus; fakat bu durum savunmayı gereği gibi yapmasına engel değildir. Üstelik karşı karşıya kalabileceği tehlikeler konusunda da sık sık uyarılmaktadır. Ailesi ve çocukları da kendisi kadar bu yargılamanın baskısını hissetmektedirler. Morrison'un savunmasını üstlenmesi, kasabanın çoğunluğunu karşısına almak demektir. Halkın galeyana gelerek Morrison'a zarar vermesi ihtimaline karşı hazırlıklı olmak, tutuklunun Maycomb'da bir gece daha güvenle uyuyabilmesini sağlamak için bir hapisanenin duvarı önünde nöbet tutması gerektiğinde bunu da yapacaktır.^[66]

etik özgürlük için şunları dile getirir: "Özgür kişi, yaşarken, insanlarla ilişkilerinde, yapabildiği kadar çok, doğru değerlendirmelere dayanarak ve değer bilgisini de (bu felsefi bilgiyi de) hesaba katarak eylemde bulunan kişidir. Yaşarken (olayları, ilişkide olduğu insanların eylemlerini, durumları v.b.) doğru değerlendirebilen ve yaptığı böyle değerlendirmelere dayanarak, içinde bulunduğu somut –bir defalık– koşullarda gerekeni yapan (:eylemleriyle, o b e l i r l i s o m u t k o ş u l l a r d a değer koruyan, ya da en az değer harcanmasını sağlayan) kişinin özelliğidir, etik özgürlük." (Ioanna Kuçuradi, "Özgürlük ve Kavramları", *Uludağ Konuşmaları–Özgürlük, Ahlak, Kültür Kavramları*, Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, Ankara, 1998, s. 6.)

[64] Aristoteles bunu, erdem örneklerinden hareketle şu şekilde ifade eder: "Adil şeyler yapa yapa adil insan, ölçülü davrana davrana ölçülü, yiğitçe davrana davrana da yiğit insanlar oluruz." (Bkz. Aristoteles, *Nikomakhos'a Etik*, çev.: Saffet Babür, Kebikeç, Ankara, 2005, s. 30.) Ayrıca düşünce ve karakter erdemleri hakkında söyledikleri için bkz. Aristoteles, *Nikomakhos'a Etik*, s. 29-43.)

[65] Bkz. Aristoteles, *Nikomakhos'a Etik*, s. 32.

[66] Bkz. Lee, *Bülbülü Öldürmek*, s. 190-196. Ayers, kasabanın linç girişimiyle de karşı karşıya kalan Atticus'un bu eylemini değerlendirirken şunları söylemektedir: "Bu [eylem] herhangi bir meslek etiğinin yapılmasını beklediğinin ötesine geçmektedir. Avukatlar 'koruma' değildirler, ve bir müvekkilin fiziksel güvenliği de bizim mesleki sorumluluğumuzun bir parçası değildir. Dolayısıyla Atticus'un kahramanlığı *mesleki* bütünlük çerçevesinde ele alınamaz. O kişisel değerlerini savunmaktadır." (Ayers, "The Half-Virtuous Integrity of Atticus Finch", p. 51.)

Atticus, hayatını kaybeden komşuları Bayan Dubose hakkında çocuklarıyla konuşuyorken, cesareten söz eder. Ona göre “gerçek cesaret eli tüfekli bir adamla ilgili değildir”.^[67] Avukat olarak, bu erdemin gereğini belirli bir değer için verebileceği emeği ortaya koymakla ve bunu kasabadan dışlanmayı, kimi zaman hayatını tehlikeye atmayı göze almakla, ama bunlara ek olarak suçun sanık tarafından işlenmiş olmadığını göstermeye ve sanığın aleyhine olması muhtemel hükmü değiştirmeye çabalamakla yerine getirmektedir.

c. “İnsanların çoğu iyidir, Scout, yeter ki sen onları bir gün gör.”^[68]

İşiniz bir mahkeme salonundaki hâkim ya da avukat gibi yaptığınız değerlendirme ile bir karara varmak ya da varılmasını sağlamaksa, etik sorumluluklarınız hukuki sorumluluklarınıza da yön verirler. Bunlar çoğu zaman birbiriyle örtüşür ve işinizin gereğini oluştururlar. Ancak hakkında değerlendirmelerde bulunulan kişilerin hayatlarına “karışarak”^[69] hükmün oluşumuna katkıda bulunabilirsiniz. Burada üzerinde durulan etik sorumluluk, Gülriz Uygur’un vurguladığı “görmek” kavramı ile doğrudan ilişkilidir. Uygur, belirli bir biçimde “ilgilenmek” ve Aristoteles’in *phronesis*’i aracılığıyla insanın ve adaletsizliğin görülmesi üzerinde durur.^[70] Uygur’un üzerinde durduğu “görme” kavramı, bakmanın ve algısal olarak görmenin ötesinde değer ve değerler bilgisinden hareket etmeyi gerektiren etik bir görmeye işaret etmektedir.^[71] Bu bilgiyle bakılırsa, eserde sanık Tom Morrison’un Maycomb’da kendileriyle aynı sokakta yürüdüğü pek çok kasaba sakini ve jüri koltuğunda oturanlar tarafından “görülmediğini” söylemek hatalı olmayacaktır.

Karşımızdaki kişi kadar kendimizi de görmemiz gerektiğini dile getiren Uygur, bunu “kişi” den hareketle şu şekilde belirtmektedir:

[67] Lee, *Bülbülü Öldürmek*, s. 143-144.

[68] Lee, *Bülbülü Öldürmek*, s. 357.

[69] Yargıcın işi bakımından seyirciden ayrılmasını sağlayan bu “karışma”nın anlamı ve gerekleri için bkz. Kuçuradi, *Etik*, s. 124-148.

[70] Bkz. Gülriz Uygur, *Hukukta Adaletsizliği Görmek*, Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, Ankara, 2013, özellikle s. 25-83. Çalışmanın devamında ise hukukta adaletsiz görülmeleri ve yargıcın bu bağlamdaki faaliyeti, “görme”nin gerekleriyle bağlantılı olarak incelenmektedir.

[71] Bkz. Uygur, *Hukukta Adaletsizliği Görmek*, s. 28.

“...öncelikle kendimizden başlayarak yüzümüz olduğunun, kişi olduğumuzun ve karşımızda da kişilerin olduğunun farkında olmamız gerekir. Bu noktada karşımıza çıkacak soru, ‘kişi olmanın’ anlamıyla ilgilidir. Kişi olmanın anlamını, kişinin kendiyile etik ilişkisinden hareketle belirlemek mümkündür. Kuçuradi’nin belirttiği gibi, kişinin kendiyile ilgili aldığı kararlar, eylemleri, kendine yönelik muamelesi bu ilişkiyle ilgilidir. Bu ilişki, kişinin başkalarıyla da ilişkilerinde belirleyici rol oynar. Kendiyile ilişkisinde kişinin önemli özelliği, hesap soran ve hesap veren rolünde olmasıyla ilgilidir. Kişinin kendiyile hesaplaşması, onun dünyadaki yeri ve eylemlerinin değeriyle ilgilidir.”^[72]

Bu başlık altında görmek üzerinde özellikle durulmasının nedeni, değerlendirilmek için kendimizi ve başkalarını görmeyen, bunun aracılığıyla anlamamanın önemine dikkati çekmektir. Başka türlü de eyleme imkânı olduğunu bilmek, neyi korumaya çalıştığımızı sürekli hatırlayabilmek için Uygur’un belirttiği şekliyle “ilgilenecek”^[73] ve “açık fikirlilikle”^[74] görmek gerekir. Scout ve Jem, Calpurnia’nın şefkat ve güven veren gölgesinde, Afro Amerikanlardan oluşan cemaatiyle, bir kilisenin koridorunda biraz da ürpererek yürürlerken, okura böylesi bir görme imkânını da düşündürürler. “Beyaz” oldukları için saygılarını göstermek adına onlara yol veren “siyah”ların açtıkları insandan bir koridordur bu. Çocukların bildiklerine bazı bakımlardan hiç benzemeyen bu kilise içinde ayın bitene kadar olan bitenleri okuruz. Eşitsizlik, ırk ayrımcılığı ve bunların insan haklarına aykırılığını görebilecek durumda olan gözler eğitebilmek için mevzuat kitaplarından belki de daha kuvvetli ışık tutar bize bu sayfalar. Bu

[72] Uygur, *Hukukta Adaletsizliği Görmek*, s. 35.

[73] Uygur, ilgilenmenin nötr bir kavram olmadığını vurgular. Bu bakımdan ortaya koyduğu “görme”nin adil olarak görme anlamını taşıdığını özellikle belirtir. Sonrasında bunu özen etigiyle ilgisinde bir kavram olarak “ilgili durumun ayrıntıları konusunda farkında olmakla” da ilişkilendirerek açıklar. (Detaylı açıklama için bkz. Uygur, *Hukukta Adaletsizliği Görmek*, s. 35 ve devamı.)

[74] Uygur, “görmeyle ilgisinde ve aklı başındalığın bir parçası olarak” ortaya koyduğu açık fikirliliğin “kendi görüş ve inançlarını haklı nedenler karşısında değiştirmeye hazır olma” anlamına da geldiğini dile getirmektedir. Buna göre böyle bir açık fikirlilik, “ön yargıların farkında olunmasını sağladığı gibi, görmek için de yolu açmaktadır.” (İlgili kısım ve açık fikirlilikle ilgili daha detaylı açıklamaları için bkz. Uygur, *Hukukta Adaletsizliği Görmek*, s. 70-75.) “Kişisel ya da mesleki olarak açık fikirli olmanın avukatların en önemli vasfı olduğunu, [avukatlık] ruhsatının, bu yetkinin gerektirdiği sorumluluğu en iyi şekilde yerine getirmek için yaşam deneyimleri aracılığıyla yavaş yavaş içimize işleyen ön yargılarımızdan arınmamız gerektiğini” *Bülbülü Öldürmek*’ten yola çıkarak dile getiren çalışması için bkz. Robert W. Jr. Mayhue, “Crisis of Consciences: Lessons Learned from Legal Literature through an Analysis of *To Kill a Mockingbird* and *Intruder in the Dust*”, *South Dakota Law Review*, Vol. 46, 2001, p. 813-829.

kanun kitaplarını değer gözeterek yazmalarını ve uygulamalarını sağlayacak bilgiyi edinmek isteyenlere de yol gösterirler. Başka türlü bilgilerin varlığına ve desteğine ihtiyaç duyduğundan tek başına değer korumaya ve doğru değerlendirme yapabilmeye yetemeyecek olsa da bu bilgilerin içerisinde “empati”nin bilgisi de bulunmaktadır.^[75]

[75] *Bülbülü Öldürmek*'te bazı yazarlarca ileri sürüldüğünün aksine ırkçılık karşıtı bir empatinin uygun bir şekilde gösterilmediğini ve eserin sonunda okurda kalan bir “duygusal uzaklık” olduğunu ileri sürdüğü çalışmada Katie Rose Guest Pryal, nihayetinde sanık Tom Robinson'ın bir “zenci” olarak kalmaya devam ettiğini, okurun Tom'la empati kurmaya zorlanmadığını, sadece Atticus'la empati kurmaya ihtiyaç duyduğunu belirtir. (Katie Rose Guest Pryal, “Walking in Another's Skin: Failure of Empathy in *To Kill a Mockingbird*”, *Harper Lee's To Kill a Mockingbird- New Essays*, ed.: Michael Meyer, The Scarecrow Press, 2010, p. 175-177, 188.) Pryal, Atticus'un “empati” kurmamız gerektiğini salık verirken aslında kendisinin “sempati”ye model olduğunu ileri sürdüğü yazısında bu iki kavramdan neyi anladığını da belirtir. Ona göre empati diğer kişinin durumunu o kişinin bakış açısından anlama yeteneğini ve isteğini gerektirirken; sempati ise diğer kişinin perspektifini anlamaya ihtiyaç duymayan bir kavramdır. Bu görüşe göre sempatinin beklediği, sadece diğer kişinin durumuna ilişkin bir merhamet duygusudur ki bu da empatinin beklediklerine kıyasla daha risksiz bir perspektiftir. Oysa empati, sadece hissettiğimiz bir şey değil, yapmamız gereken bir şeydir. (Bu görüşü için bkz. Pryal, “Walking in Another's Skin...”, p. 176-177.) “Görmek için ilgilenmek” ile bağlantısında ve yargıcın işi çerçevesinde sempati ve empati kavramlarından söz eden Uygur ise bu iki kavramı Pryal'dan daha başka türlü açıklamaktadır. Uygur'a göre: “Empati başkasının duygularını hissetmektir. Sempati ise başkasının duygularını anlamaktır”. (Uygur, *Hukukta Adaletsizliği Görmek* s. 163.) Hakimin sempati göstermesi yargılamada yer alanların etkisinde kalmak olarak değil de “onların hissettiklerini ve kendi hissettiklerimizi anlamak” olarak ortaya koyan Uygur bu durumu şöyle ifade etmektedir: “...sempati yargısı, yargılamada yer alanın deneyimi ve hissettikleri ile hâkimin kendisinininkilere ilgi göstermesini gerektirir. Bunun anlamı, mevcut durumu bütün yönleriyle kavramakla ilgilidir.” (Bkz. *Hukukta Adaletsizliği Görmek* s. 160.) Bu durumdan hareket edildiğinde ise avukat Atticus'un özellikle tecavüze uğrayan Mayella Ewell'in içine düştüğü durumu sorgulamak ve jüriye göstermek için benzer bir yol izlediği söylenebilir. (Bu sorgulamada Atticus'un empatisinin, avukatı, aynı anda Mayella Ewell'a hem en çok merhamet duyan kişi hem de onun yalanını ifşa ederek ona zarar veren kişi yaptığını dile getirdiği çalışması için bkz. Richard H. McAdams, “Empathy and Masculinity in Harper Lee's *To Kill a Mockingbird*”, *American Guy: Masculinity In American Law And Literature*, ed.: Saul Levmore, Martha C. Nussbaum, Oxford University Press, 2014, p. 239-261.

SONUÇ

Bülbülü Öldürmek değerlendirmenin yapısal özellikleri ve bunların etik eylemlere etkisi üzerine yapılacak tartışmalara katkı sunan bir eserdir. Değer felsefesi alanının bu türden tartışmaları, özellikle insan hakları alanında, hukukçuların yapması beklenen akıl yürütmeler için de yol gösterici olmaktadır. Zira eserde, diğer etik sorunların yanı sıra, bir insan hakları sorunu olarak ayrımcılığın “görülebilmesi”, yine belirli tür bir değer ve değerlendirme bilgisiyle mümkün olabilmektedir. Bu nedenle etik temelli hukuk ve insan hakları eğitiminde böylesi eserlerin sağladıkları imkânların, “değerli” olmalarına sebep olan öğeleri aracılığıyla ele alınabileceğini söylemek yanlış olmayacaktır.

Bu çalışmada farklı türden değerlendirme biçimleri ve doğru değerlendirmelerde bulunabilmek için atılması beklenen adımlar, hukukçunun yapacağı değerlendirmeler üzerine düşünmeye fırsat vermesi açısından, Lee'nin eserinden örnekler yardımıyla incelenmeye çalışılmıştır. Üzerinde durulan bir diğer husus, çalışmada dile getirilenlerle sınırlı olmamakla birlikte, kişiden gelen belirleyicilerin değerlendirmeye ve bir hukuk yargılamasına etkisidir. Bu yolla, söz konusu özelliklerin, kişinin belki de kendisini tek başına bulduğu anlarda, değer koruyan eylemler ortaya koyarak işini yapmasına yardımcı olabileceği savını gerekçelendirmek amaçlanmıştır.

Edebi eserin yazarının tercihlerinin ve önceliklerinin renk verdiği bir metne, etik ya da hukuk felsefesine dair bir el kitabı muamelesi yapılmaması gereği elbette gözden kaçırılmamalıdır. Bununla birlikte eserin ortaya koyduğu çeşitli imkânların, belirli bir felsefi problemin –burada hukuk yargılaması için zorunlu bir etkinlik olarak doğru değerlendirmenin– daha rahat görülmesini sağlayabildiği düşünülmektedir.^[76]

[76] Olanak kavramının yazın yapıtıyla ilgisi hakkında söyledikleri ile kurmaca bir metnin yaşantı ve eylem olanaklarımız bakımından değeri konusunda bkz. Abdullah Kaygı, *Edebiyat ve Varlık*, Kebikeç Yayınları, İkinci Baskı, Ankara, 1998, özellikle s. 269-330.

KAYNAKÇA

Ako-Adjei, Naa Baako, “Why It’s Time Schools Stopped Teaching *To Kill a Mockingbird*”, *Transition*, No. 122, 2017.

Aristoteles, *Nikomakhos’a Etik*, çev.: Saffet Babür, Kebikeç, Ankara, 2005.

Ayers, Andrew B., “The Half-Virtuous Integrity of Atticus Finch”, *Mississippi Law Journal*, Vol 86:1, 2017.

Fincham, Derek, “*Is Go Set A Watchman Authentic?*”, *Cumberland Law Review*, Vol. 47/1, 2016.

İnceoğlu, Sibel, *Yargı Bağımsızlığı ve Yargıya Güven Ekseninde Yargıcın Davranış İlkeleri*, Beta Yayınları, İstanbul, 2008.

Kaygı, Abdullah, *Edebiyat ve Varlık*, Kebikeç Yayınları, İkinci Baskı, Ankara, 1998.

Kuçuradi, İoanna, *Uludağ Konuşmaları*, Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, Ankara, 1988.

Kuçuradi, İoanna, *İnsan ve Değerleri*, Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, Üçüncü Baskı, Ankara, 2003.

Kuçuradi, İoanna, *Etik*, Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, Dördüncü Baskı, Ankara, 2006.

Kuçuradi, İoanna, *Sanata Felsefeyle Bakmak*, Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, Dördüncü Baskı, Ankara, 2009.

Lee, Harper, *Bülbülü Öldürmek*, çev.: Ülker İnce, Sel Yayıncılık, Yirminci Baskı, İstanbul, 2017.

Lee, Harper, *Tespîh Ağacının Gölgesinde*, çev.: Püren Özgören, Sel Yayıncılık, Üçüncü Baskı, İstanbul, 2017.

Mayhue, Robert W. Jr., “Crisis of Consciences: Lessons Learned from Legal Literature Through An Analysis of *To Kill a Mockingbird* and *Intruder in the Dust*”, *South Dakota Law Review*, Vol. 46, 2001.

McAdams, Richard H., “Empathy and Masculinity in Harper Lee’s *To Kill a Mockingbird*”, *American Guy: Masculinity In American Law And Literature*, ed.: Saul Levmore, Martha C. Nussbaum, Oxford University Press, 2014.

Morrissey, Daniel J., “Where Have You Gone, Atticus Finch?”, *Gonzana University School of Law- Legal Studies Research Papers*, No: 2016-10, 2015.

Osborn, John Jay Jr., “Atticus Finch—The End of Honor: A Discussion of *To Kill a Mockingbird*”, *University of San Francisco Law Review*, Vol. 30, 1996.

Rapping, Jonathan A., “It’s a Sin to Kill a Mockingbird: The Need for Idealism in the Legal Profession”, *Michigan Law Review*, Vol. 114, 2016.

Uygur, Gülriz, *Hukukta Adaletsizliği Görmek*, Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, Ankara, 2013.

İnternet Kaynakları

The Bangalore Principles of Judicial Conduct, https://www.unodc.org/pdf/crime/corruption/judicial_group/Bangalore_principles.pdf, Erişim Tarihi: 01.09.2018

Cox, Damian, La Caze, Marguerite and Levine, Michael, “Integrity”, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2017, Edward N. Zalta (ed.), <<https://plato.stanford.edu/archives/spr2017/entries/integrity/>>, Erişim Tarihi: 01.09.2018

Ed Pilkington, “Go Set a Watchman: mystery of Harper Lee manuscript discovery deepens”, <https://www.theguardian.com/books/2015/jul/02/harper-lee-go-set-a-watchman-manuscript-discovery>, Erişim Tarihi: 01.09.2018

“To Kill a Mockingbird by Harper Lee taken off Mississippi school reading list”, <https://www.theguardian.com/books/2017/oct/14/to-kill-a-mockingbird-harper-lee-mississippi-school-reading-list>, Erişim Tarihi: 01.09.2018



AİHM'NİN KÜRTAJLA İLGİLİ KARARLARINDAKİ ETKİLİLİK İRADESİ VE TOPLUMSAL CİNSİYET İLİŞKİSİ*

Arş. Gör. Muhammet KOÇAKGÖL**

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-1406-2427>

DOI: 10.30915/abd.470793

Makalenin Geldiği Tarih: 20.06.2018 **Kabul Tarihi:** 14.07.2018

* **Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK – ULAKBİM Veri Tabanında indekslenmektedir.**

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

ÖZ

Kürtaj etik, hukuk ve toplumsal cinsiyet gibi birçok bağlamda uzun yıllardır üzerinde tartışılan bir konu olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu tartışmalar kadının hakları ve ceninin yaşamı ikileminde ele alınabilen bir konu olarak görülebilmektedir. AİHM'in de kürtajla ilgili Yaşama Hakkı ve Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Hakkı çerçevesinde verdiği kararlar bulunmaktadır. Bu çalışmada mahkemenin kürtajı hak olarak mı, yasaklanması gereken bir fiil olarak mı yoksa gereksinim olarak mı gördüğü tartışılmıştır. Mahkemenin tutumu ise toplumsal cinsiyet eşitsizliğiyle ilişkili olarak değerlendirilmiştir. Bu kapsamda AİHM'in kürtajı nereye konumlandığı ele alınmış, bu konuda toplumsal cinsiyet eşitliğine duyarlılık çerçevesinde etkili olma iradesine sahip olup olmadığıyla ilgili ulaşılan sonuca yer verilmiştir.

Anahtar Kelimeler: AİHM, Kürtaj, Etkililik İradesi, Toplumsal Cinsiyet, Kadın.

ECHR'S EFFICIENCY WILL ON DECISIONS ABOUT
ABORTION AND ITS RELATIONS WITH GENDER

ABSTRACT

Abortion is a topic which has been discussed for years in different contexts such as ethics, law and gender. These discussions are made within the scope of women rights and life of the foetus. There are decisions of ECHR about abortion within the frame of Right to Life and Right to Respect for Private and Family Life. In this study, it has discussed whether it is a right or should it be considered as a forbidden act or is abortion a necessity. Attitude of the court toward abortion has been evaluated in the light of gender inequalities. In this context, how ECHR approaches to abortion is handled. The results achieved about court's efficiency will on abortion in the context of sensibility for gender equality have been shared.

Keywords: ECHR, Abortion, Efficiency Will, Gender, Woman.

GİRİŞ

Kürtaj gebeliğin bilerek ve istenerek sona erdirilmesini, normal doğum süresi beklenmeden ana rahmindeki ceninin birtakım müdahalelerle alınmasını ifade eder.^[1] Ancak kürtaj sözcüğü esasında “*Döl yatağının içini kazıyıp cenini alma işi*”^[2] olarak tanımlanmaktadır ve sıkça kullanılan bir yöntem olması nedeniyle gebeliğin doğum dışında sonlandırılması anlamını da kapsayacak şekilde kullanılmaktadır. Bu yazıda da “*gebeliğin doğum dışında sonlandırılması*” yerine “*kürtaj*” kelimesi kullanılacaktır.

Dünyada her yıl milyonlarca kadın istenmeyen gebelikler yaşamakta ve bu gebelikler toplam gebeliklerin %28'lik kısmını oluşturmaktadır. Bu gebeliklerin her yıl yaklaşık 20 milyonu ise güvensiz kürtajla sonlandırılmaktadır. Uygun olmayan koşullarda yapılan kürtajlar nedeniyle dünyada ortalama her bir dakikada bir kadın yaşamını yitirmektedir. Dünya nüfusunun %26'lık kısmı kürtajın yasak olduğu ülkelerde yaşamakta ve her yıl binlerce kadın güvenli kürtaj olanaklarına erişemediği için hayatını kaybetmektedir.^[3] Diğer taraftan kadın meselesi olmanın yanında fetüsün de hayatı söz konusu olduğu için en derin şekilde fetüs de kürtajdan etkilenmekte ve başarılı bir kürtajda ceninin hayatı son bulmaktadır.^[4] Bu nedenle kürtaj etik, toplumsal cinsiyet ve haklar dâhil birçok kapsamda tartışılan bir konu olarak karşımıza çıkmakta, bu tartışmalar ikili ilişkilerin yapısından fetüsün ontolojik durumuna kadar uzanmaktadır.

Kürtaj konusu uzun yıllardan beri kadınların yaşam hakkı, sağlık hakkı ve kendi bedenleriyle ilgili hakları ile ceninin hakları ikileminde tartışılmaktadır. Bu tartışmalar istenilmeyen gebelikler ile istenilmeyen cinsellik arasında ilişki kurularak yürütülebilmektedir. Çünkü istenilmeyen gebeliklerin nedeni sadece kadının yeterli şekilde korunmaması olarak değil partnerlerinin arzuları ön planda tutularak cinsellik yaşamak zorunda kalmalarıyla da ilişkili olarak ele alınmaktadır. Hatta kürtaj konusunun sadece kadın bedeniyle ilgili olmadığı, kadınların kürtaj kararı verirken ceninin cinsiyeti, ceninin doğacağı sosyal ve ekonomik ortamın elverişliliği, kadının partneriyle olan ilişkisi, sahip olunan

[1] Ahmet **CEVİZCI**, *Uygulamalı Etik*, Say Yay, İstanbul 2013, s. 90.

[2] http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5aa6ed54445d30.13129057 (Erişim Tarihi: 12/03/2018).

[3] Tatyana A. **MARGOLIN**, ‘*Abortion as a Human Right*’, *Women’s Rights Law Reporter* içinde, S. 29, C. 2-3, 2007-2008, s. 77-78.

[4] K. Mark **MCCOURT**, ‘*Abortion*’, *Legal Medical Quarterly* içinde, S. 12-16, 1988, s. 2.

çocuk sayısı ve ceninin sağlıklı olup olmadığı gibi birçok faktör bu kararın alınmasında etkili olabilmektedir.^[5]

Ulusal hukuklar kürtajı tamamen yasaklama, kürtaj yapılması için suç sonucu oluşan gebelik olma, fetüsün yaşı, kadının veya kadın-erkeğin birlikte iradesinin varlığını arama gibi şartlar getirebilmekte ve bu durum haklar bağlamında ele alınabilmektedir. Dolayısıyla kürtajın engellenmesi veya bu engelleme sonucu uğranılan zararlar yaşam hakkı, ayrımcılık yasağı, üreme hakkı ve ailenin korunması hakkı gibi gerekçelerle yargıya taşınabilmektedir. İç hukuk yollarının yanında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvurular yapılmakta ve hâlihazırda bu konuyla ilgili AİHM'nin çeşitli kararları bulunmaktadır.

Bu çalışmada AİHM'nin kürtajla ilgili kararlardaki tutumu etkililik iradesi ve toplumsal cinsiyet kapsamında ele alınacaktır. Bu kapsamda özellikle *Parrillo/İtalya, Vo/Fransa* ve A,B,C/İrlanda davalarındaki argümanlardan hareket edilecektir. Bunun için öncelikle kürtajın hak olup olmadığı tartışılacak, AİHM'nin hangi haklarla bağlantılı olarak ihlal kararı verdiğinden bahsedilecektir. Daha sonra mahkemenin tutumu etkililik iradesi ve toplumsal cinsiyet eşitliğine duyarlılığı ekseninde değerlendirilecektir. Bu değerlendirme sonucunda mahkemenin "*Kürtaj hak mıdır, yasaklanmalı mıdır, gereksinim midir?*" sorusuna verilebilecek yanıtlar bağlamında hangi noktada durduğu belirlenecek, AİHM'nin bu konudaki toplumsal cinsiyet eşitliğine duyarlılığı ve etkili olma iradesi bakımından ulaşılan sonuca yer verilecektir. Bu yapılırken AİHM'nin tartışmalı olarak kabul edebildiği eşcinsel evlilikler ve terörizm gibi konularda bağlayıcı kararlar vermekten kaçınması şeklindeki mahkemenin genel politikaları irdelenmeyecek, kürtaj kararlarında *yaşama hakkı* ve *özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı kapsamında* tartıştığı argümanlarla sınırlı kalınacaktır.

1. Kürtaj Hakkındaki Görüşler

Hukuki yönden kürtaj hakkındaki görüşleri "*Kürtaj hak mıdır?*" sorusu ekseninde tartışmak mümkündür. Bir taraftan kadının kürtaj yaptırmaya hakkı olduğu söylenmekte, diğer taraftan ceninin de yaşam hakkı olduğu iddia edilmektedir. Ancak hak olsun veya olmasın toplumsal koşullarda eşitlik sağlanmadan bu tür tartışmaların soyut ve anlamsız olduğu da öne sürülmektedir. Yürütülen tartışmalar özellikle etik açıdan ceninin yaşına göre ahlaki statüsünü belirleme, kadın bedeni ve cinsellikle ilişkilendirmeye dayalı feminist görüşler gibi farklı biçimlerde sınıflandırılabilir. Böyle bakıldığında cenin kadın

[5] Olcay KARACAN, İhtimam Etiği Bağlamında Hukuk Eğitimi, AÜSBE Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara 2017, s. 110-112.

rahmine düştüğü andan itibaren kişiyle eşit haklara sahip görülebilmekte, doğumdan itibaren fetüs kişi sayılabilmekte veya fetüsün belli bir aşamaya (haz ve acıyı hissetme, bilinçlilik durumu, hareket etme) gelmesinden sonra kişi haklarına sahip olması gerektiği savunulabilmektedir.

Bu görüşlerin yanında kürtajı kadının kendisiyle ilişkisinde bir etik sorun olarak gören ve her tek durumu kendi içerisinde değerlendirmek gerektiğini öne süren görüş de literatürde yer almaktadır.^[6] Kişinin kendisiyle ilişkisinde etik bir sorun olarak gören görüş harici belirtilen diğer görüşler kürtajın hak olması ve yasak olması şeklinde iki uçta veya bu uçlar arasında bir yerde bulunma niteliği taşımaktadır. Bu nedenle kürtajı üreme hakkı, kadının kendi bedeni üzerindeki hakkı ve özel yaşama saygı hakkı gibi birçok bağlamda tartışmak mümkündür. Ancak burada kürtajın bir hak olup olmadığı kürtajı savunanlar ve kürtaja karşı çıkanlar şeklinde sınıflandırılmıştır. Çeşitli haklar bakımından ise AİHM sadece *yaşama hakkı* ve *özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı* üzerinden tartışma yaptığı için sadece bu haklar bakımından tartışmalara ileride yer verilecektir. Bu nedenle toplumsal cinsiyetle ilgisi bakımından kürtaja ilişkin görüşleri kürtajı hak olarak savunan ve yasaklanması gerektiğini savunan görüş şeklinde iki ana başlıkta toplamak mümkündür. Sonrasında bu iki görüşün dışında kalan ve literatürde pek yer almayan kürtajın kişinin kendisiyle ilişkisinde etik bir problem olarak gören görüşle de ilişkilendirilebilecek olan kürtajın bir gereksinim olduğu şeklindeki görüşten söz edilebilir. Kürtajın gereksinim olduğunu savunan görüşün tam özerk birey tasarımına büyük ölçüde karşı çıktığı da şimdiden belirtilmelidir.

1.1. Kürtajın Yasaklanmasını Savunan Görüş

Kürtajın yasaklanması gerektiği fikri ceninin ahlaki bir statüye sahip olmasıyla ilişkili olarak ileri sürülmektedir. Bu görüşün en uç kısmında ise döllenmeyle birlikte embriyonun yetişkin bir kişiyle aynı haklara sahip olduğu düşüncesi bulunmaktadır. Bu düşünce bakımından embriyo veya fetüsün^[7] normal gelişimi engellenmediği sürece gelişimini tamamlayıp bebek olarak doğacağı için bir insanı öldürmekle kürtaj özdeş olarak görülmektedir.^[8] Diğer taraftan ceninin

[6] Funda KAYA, Peter Singer'ın Faydacı Etik Görüşü Çerçevesinde Kürtajın Değerlendirilmesi, AÜSBE Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2014, s. 65-81.

[7] Embriyo fetüs kelimesine göre gebeliğin başlangıcını ve daha erken dönemlerini ifade etmekle birlikte AİHM bu kelimeleri birbirinin yerine kullanmıştır. Bu çalışma bakımından iki kelime arasında fark bulunmadığı için alıntı yapılan kaynaklara sadık kalınarak birbiri yerine kullanılmıştır.

[8] KAYA, 2014, s. 65 ve 66.

belli bir aşamaya gelmesi de kürtajın yasaklanması için yeterli görülebilmektedir. Ancak bunda da cinsiyete göre ayırım yapılabilmektedir. Örneğin *Thomas Aquinas* Aristoteles'i takip ederek ruhun erkek bedenini 40 günde kadın bedenini ise 90 günde doldurduğu görüşüne katılmaktadır.^[9] Bu nedenle de cenin hareket kabiliyeti kazandıktan sonra ruhun bedene girmiş olduğu kabul edilmekte ve bu aşamadan sonra ceninin ahlaki statüsü değişmektedir. Tıbbi olarak da 40 günle uyumlu şekilde gebeliğin altıncı haftasından itibaren cenin hareket kabiliyeti kazanmaktadır.^[10]

Hıristiyanlıktakine benzer şekilde İslam dininde de ruhun kırkıncı günde bedene üflendiğini kabul edenler olmakla birlikte bu süreyi yüz yirmi gün olarak kabul eden İslam bilginleri de bulunmaktadır. Ancak genel olarak dört aydan sonra gebeliğe son verme cinayet olarak kabul edilmekte, dört aydan önce yapılacak kürtajlarda da bir zaruretin bulunması aranmaktadır. Kırk günden önce yapılacak kürtajı günah saymayan daha ılımlı görüşler istisnai olarak da olsa bulunmaktadır.^[11]

Kürtaj karşıtlığıyla ilgili güçlü argümanlardan birisi de fetüsün ahlaki bakımdan masum olduğu şeklindedir. Kürtajı savunmakla ilgili verilen en güçlü örneklerden biri işgal zamanı askerlerin kadınlara tecavüz etmeleri ve bunun sonucunda oluşan gebelikler verilmektedir. Ancak bu örneklerde dahi doğacak çocuklar kadın için ağır bir yük olmasına rağmen, fetüsün işlenen eylemlerde hiçbir katkısı olmadığı için masum oldukları belirtilmektedir.^[12] Tecavüz sonucu oluşan gebelikler bakımından kürtaj daha rahat savunulmakla birlikte, fetüsün tecavüzün nedeni yani faili değil sonucu olduğu düşünüldüğünde kürtaj karşıtı bu argümanın kendi içinde tutarlı olduğu belirtilebilir. Ancak bu tür bir gebeliğin kadın üzerindeki doğurabileceği olumsuz etkilerin de gözden uzak tutulmaması gerekmektedir. Bu bakımdan tecavüz, anne yaşamının veya sağlığının etkilenmesi, fetüsle ilgili deformite olması ve ensest gibi zor durumlarda ne yapılacağına ilişkin kürtaj karşıtlarının bir cevap vermesi beklenmektedir.^[13] Bu konuda başkasının sağlığını tehdit etse de bir çocuğun yaşamaya hakkı varsa bu

[9] John HALDANE/Patrick LEE 'Aquinas on Human Ensoulment Abortion and the Value of Life' Philosophy içinde S. 78/2, 2003, s. 266-267.

[10] KAYA, 2014, s. 69.

[11] Sevtap METİN, Biyo-tıp Etiği ve Hukuk, On İki Levha Yay, İstanbul 2010, s. 23-24.

[12] Jacek HOLOWKA, "Abortion", 20 JRE içinde, 2012, s. 286.

[13] Christopher KACZOR, The Ethics of Abortion: Women's Rights, Human Life, and the Question of Justice, Routledge Press, 2011, s. 177.

durumda fetüsün de yaşamaya hakkı olduğu söylenmektedir.^[14] Bu argümanın fetüsün doğmuş bir çocukla aynı haklara sahip olduğu görüşüyle de bağdaştığı^[15] ve daha önce belirtilen tecavüz ve ensest gibi diğer zor durumlara uyarılmanın mümkün olduğu belirtilebilir. Çünkü bu durumlara da fetüsün hiçbir katkısı bulunmamaktadır. Ancak bu tür bir akıl yürütmenin insan hayatının döllenmeyle başladığı varsayımına dayandığı belirtilmelidir.^[16]

Ceninin masumluluğu dışında kürtajı ceninin belli bir aşamaya geldikten sonra yasaklanması gerektiğini savunan bir görüşe göre ceninin bilinçlilik durumundan hareket edilmelidir. Bu görüşe göre bilincin başlama noktası gebeliğin sekizinci haftasındaki beynin elektriksel faaliyetlere başlaması olarak alınabilmektedir.^[17] Diğer taraftan sekiz haftayı bilinçlilik için yeterli görmeyip haz ve acıyı duyumsama gibi yetilerin de gelişmiş olması da aranabilmektedir. Bu durumda beyin aktiviteleri altıncı haftada başlamakla birlikte sinirlerle omurilik ve beyin sapındaki bağlantıların tam olarak gebeliğin otuzuncu haftasına kadar uzanabildiği de iddia edilmektedir.^[18] Dolayısıyla gebeliğin hangi noktasından sonra kürtaj yasaklanmalı sorusuna verilen yanıtlar çeşitlilik göstermektedir. Bu durum kürtajı hak olarak gören görüş çerçevesinde de benzer şekilde karşımıza çıkabilmekte, kürtajı her aşamada hak görmenin dışında belli durumlarda ve ceninin yaşından hareketle de temellendirmeler yapılabilmektedir.

1.2. Kürtajın Hak Olduğunu Savunan Görüş

Kürtajı hak olarak savunan görüşlerin çeşitli feminist düşünürler tarafından fetüsün ahlaki statüsünden bağımsız olarak ele alınabildiği görülmektedir. Bununla ilgili olarak *Judith Jarvis Thomson* kürtajı net bir şekilde hak olarak savunmakta ve görüşlerine sıkça referans yapılmaktadır. Bu nedenle kürtajın hak olduğunu savunan görüş onun düşünceleri çerçevesinde ele alınabilir. *Thomson* fetüsün döllenme anından itibaren toplumun üyesi bir kişi olduğunu, toplumdaki herhangi bir üyeyi öldürmenin ilk bakışta ahlaki açıdan yanlış olduğunu, başarılı bir kürtajla ceninin de öldürülerek bir toplum üyesinin öldürüldüğünü,

[14] Mary Anne **WARREN**, "Abortion", A Companion to Bioethics (Ed. Helga KUHSE and Peter SINGER) içinde, Blackwell Publishing, 2009, s. 142-143.

[15] Bonnie **STEINBOCK**, "Mother-Fetus Conflict", A Companion to Bioethics (Ed. Helga KUHSE and Peter SINGER) içinde, Blackwell Publishing, 2009, s. 151.

[16] **WARREN**, 2009, s. 143.

[17] Saliha **ALTIPARMAK**/Meltem **ÇİÇEKLIOĞLU**/Gülay **YILDIRIM**, 'Abortus ve Etik', Cumhuriyet Tıp Dergisi içinde, S. 31, 2009, s. 86.

[18] **KAYA**, 2014, s. 70.

dolayısıyla kürtajın ilk bakışta ahlaken yanlış olduğu şeklindeki argümanın kürtaj konusuyla alakasız olduğunu söylemektedir.^[19]

Hatta bu argüman doğru kabul edilse dahi kadının kürtaj yaptırmaya hakkı olduğunu bir örnek yoluyla açıklamaya çalışmıştır. Verdiği örnekte bir kişinin Müzik Sevenler Cemiyeti tarafından kaçırıldığını ve uyandığında kan dolaşımı bilinci yerinde olmayan ünlü bir viyolonistin dolaşım sistemine bağlandığının düşünülmesini istemektedir. Viyolonistin kanıyla sadece bu kişinin kanı uyumlu olsa ve iyileşmesi için sadece dokuz ay bağlı kalmaları gerekse bu durumda kaçırılan kişinin buna rıza göstermesi büyük bir iyilik olacaktır. Ama kadının bu iyiliği yapmaya bir mecburiyeti var mıdır?^[20] Bu noktada kadının ‘*Bu beden benim bedenim!*’ demesi de haklı görülmelidir.^[21] Çünkü Thomson’a göre yaşam hakkına sahip olmak başkasının bedenini kullanma hakkı vermemektedir.^[22] Dolayısıyla haksız öldürmeler hariç insanların yaşam hakkı olmasına rağmen bundan onların asla öldürülemeyeceği anlamı çıkarılmamalıdır. Bu nedenle de istenmeyen bir fetüsün ortadan kaldırılması Thomson’a göre adaletsiz değildir.^[23]

Kürtajı gebeliğin herhangi bir yerinde hak olarak görmenin yanında belli durumlarda kürtajı kadına verilen yetki anlamında hak olarak görmekten söz edilebilir. Bu durumlara gebeliğin kadın sağlığını tehdit etmesi, gebeliğin tecavüz sonucu oluşması, ceninin belli bir haftaya ulaşmamış olması, ceninin acıyı hissetmemesi ve ceninin sağlıklı olması gibi örnekler verilebilir. Örneğin Peter Singer, ceninin acı çekmemesine dikkat çekmiştir ve Thomson’ı kürtaja hak temelli yaklaşmasından ötürü eleştirmektedir. Çünkü Thomson’ın görüşüne göre kişi en iyi sonuçları verecek davranışları sergilemek zorunda değildir ve bu özellikle ceninin masum olduğunu söyleyen muhafazakâr görüşler karşısında kürtajı haklı göstermede yetersiz kalmaktadır.^[24]

Singer hak temelli yaklaşımı eleştirmekle birlikte gebeliğin her aşamasında kürtaja izin verilebileceğini düşünmekte, kürtaj tartışması yapılacaksa bunun 18. haftadan itibaren yapılması gerektiğini belirtmektedir. Bu durumda da kişilerin geleceklere dair menfaatleri ceninin hayatına üstün tutulmalıdır.

[19] Francis J. BECKWITH, ‘Thomson’s “Equal Reasonableness” Argument for Abortion Rights: A Critique’, *American Journal of Jurisprudence* içinde S. 49, 2004, s. 186.

[20] Judith Jarvis THOMSON, ‘A Defense of Abortion’, *Philosophy and Public Affairs* içinde, S. 1, C. 1, 1971, s. 48-49.

[21] THOMSON, 1971, s. 53.

[22] KAYA, 2014, s. 79.

[23] Stephen LAW, *Büyük Filozoflar* (Çev. Feza Çakır), İnkılap Yay, İstanbul 2011, s. 247.

[24] Peter SINGER, *Pratik Etik* (Çev. Nedim Çatlı), İthaki Yay, İstanbul 2015, s. 206-207.

Ayrıca bu aşamadan sonra cenin acıyı hissedebilmektedir. Bu yüzden ceninin acı çekmemesi için gerekli önlemler *Singer*'a göre mutlaka alınmalıdır.^[25] *Singer* hak temelli yaklaşımı eleştirmekle birlikte aynı sonuca ulaştığı görülmektedir. Bu yüzden hukukun verdiği yetki açısından kürtajı hak olarak gördüğünü söylemenin doğru olacağı belirtilebilir. Çünkü *Singer* kürtajın kendisini kadına yönelik şiddet olarak görmemektedir. Dolayısıyla onun görüşü hak olmayla bağdaştırılabilir niteliktedir.

Kürtajın yasaklanmasını savunan görüş gebeliğin hangi noktasından sonra yasak getirilmeli sorusuna yanıt ararken kürtajı hak olarak gören görüş hangi noktadan önce kürtaj haktır sorusuna cevap aramaktadır. Kürtajı hak olarak savunan görüşün temelinde ise sorunun kadının kendi bedeniyle sınırlı olduğu düşüncesinin yattığı iddia edilebilir. Bu durumda kürtaj yaptırmanın cenin doğmadan önce herhangi bir zamanda gebe kadının hakkı olması gerektiği *Thomson* ve *Singer* gibi düşünürler tarafından savunulmaktadır. Bunun yanında belli koşullar çerçevesinde yine kürtajın hak olması gerektiği iddia edilmektedir. Bu anlamda yukarıda sözü edilen ceninin belli bir aşamaya gelmesinden önceki aşamalar göz önüne alınarak gebe kadına kürtaj yapma hakkının belli bir haptadan önce ve/veya belli durumlarda (tecavüz sonucu oluşan gebelik, ceninin sağlıksız olması, kadın sağlığının tehdit altında olması, vb.) tanınması gerektiği savunulabilmektedir. Ancak bu iki uç görüş arasında bir yerde bulunmanın anlamlı olmadığını, sorunun eşitlik ve adaletsizlik sorunu olduğuna vurgu yapan düşünürler de bulunmaktadır. Onların düşüncelerini kürtajı gereksinim olarak gören görüş kapsamında ele almak mümkündür.

1.3. Kürtajın Gereksinim Olduğunu Savunan Görüş

Kürtajı gebeliğin sonuna kadar hak olarak algılayan görüşle gebeliğin sonuna kadar yasaklanmasını savunan görüşler dışında kalan birçok görüş bulunmaktadır. Bu görüşler tecavüz, özürülü olma gibi koşullarda hukuk tarafından kürtaj yetkisi tanınması ile belli koşullarda kürtaja yasak getirilmesini savunmaktadırlar ki bütün bu görüşler neticeleri itibarıyla birbiriyle örtüşmektedir. Sadece gerekçelendirmeler farklılık göstermektedir. Oysa bu tür yaklaşımlar soruna bir çözüm getirmediği için kürtajın kendine özgü koşullarını göz önüne alan ve kürtajı gereksinim olarak gören görüşten bahsetmek gerekmektedir.

Kürtajı hak olarak gören ve kürtaja karşı olan görüşe bakıldığında her ikisinde de ortak birtakım özellikler görülmektedir. Örneğin her ikisi de gebeliğin belli bir döneminde kürtaja izin verilmesi gerektiğini veya belli bir aşamadan sonra

[25] KAYA, 2014, s. 117-119.

kürtaja izin verilemeyeceğini savunabilmektedir. Bunun istisnasını gebelik boyunca kadının istediğinde kürtaj yaptırmasını hak gören görüşle gebeliği kesintisiz bir süreç olarak ele alan, belli bir noktadan sonra fetüse ahlaki statü tanımayı keyfi olarak gören ve bu yönüyle sağlam temellere dayanan muhafazakâr görüşler oluşturmaktadır.^[26] Bu görüşlerden hangisi hukuki düzenlemelerde yer alırsa alsın adaletli bir çözümün pek mümkün olmadığı söylenebilir. Yapılan sadece adaletsizliğin daha çok kadın bedenine mi külfet getireceği yoksa cenine mi getireceği şeklinde bir tartışmaya dönüşmekte ve çözümü olmayan kısır bir hal alabilmektedir. Buna örnek olarak fetüsün ahlaki statüsüne bağlı olarak kürtaja karşı olanlarla karşı olmayanların örtüşen düşünceleri verilebilir. Örneğin her iki görüş de ceninin insan potansiyeli olduğunu gerekçe göstererek kürtajı hak olarak veya yasaklanması gereken bir fiil olarak görebilmektedir.^[27]

Bahsedilen bu görüşlerden farklı olarak kürtajın ne kadar yasaklanıp ne kadar serbest bırakılması gerektiğinden ziyade neden kürtaj diye bir sorunun var olduğu sorusuna da yanıt aranmaya çalışılmaktadır. Böyle bir sorunun var olmasının temelinde özgürlük değil de iki cins arasındaki politik ve toplumsal eşitsizliğin yer aldığı iddia edilmektedir.^[28] Cinselliğin erkek tarafından veya en azından erkeklerin daha büyük oranda katılımıyla gerçekleştiği düşüncesi de bunu destekler niteliktedir.

Bu konuda *Catharine A. MacKinnon* çoğu kadının gebeliği ne istediğini ne de planladığını iddia etmektedir. Gebe kalmadan önce yaşanan cinsel ilişkinin genellikle gönüllü olduğu varsayımını eleştirmektedir.^[29] Ona göre cinselliği erkekler denetlemektedir. Bu durumda kürtaj hakkı da erkeklerin kendi aralarında cinsel ilişkinin yeniden üretilebilmesi için, cinselliğin sonuçlarını da denetleyebilmek için düzenledikleri yollardan biridir. Böylece kürtajın mümkün olmasıyla cinsel ilişkinin ulaşılabilir olma şansı da arttırılmaktadır. Bu noktada *MacKinnon* liberal devletin kendisini kısıtlayarak da olsa bedene ve yatak odasına yönelik müdahalede bulunduğunu belirtmektedir.^[30] Bu görüşe bakıldığında kürtaj kadınlara sunulan bir '*ayrıcalık*' olarak görülmektedir ve erkeklerin daha rahat cinsellik yaşamaları için kullanılan araçlardan biridir. Çünkü kürtaj sayesinde cinsellik yaşamamak için öne sürülebilecek tek geçerli

[26] KAYA, 2014, s. 71.

[27] KAYA, 2014, s. 71.

[28] Catharine MACKINNON, *Feminist Bir Devlet Kuramına Doğru*, Metis Yay, İstanbul 2003, s. 218; KAYA, 2014, s. 81.

[29] MACKINNON, 2003, s. 213 ve 214.

[30] MACKINNON, 2003, s. 216 ve 217.

bahane olan gebe kalma riski de ortadan kaldırılmış olmaktadır.^[31] Diğer taraftan kürtajın yasaklanması da bu görüş çerçevesinde kadın bedeni üzerinde bir denetim olacağı için kürtajın özgürlük veya hak temelli tartışılmasının yersiz olduğu iddia edilebilir. Bu konuda hak tartışması yapmanın adaletsizliği derinleştirebileceği iddia edilmektedir. Örneğin tecavüze uğrayan bir kadının sesini duyurması ve yaşadıklarının görülmesi ‘*Ceninin yaşam hakkı mı kadının bedeni mi?*’ tartışması yüzünden engellenebilmektedir. Bu yüzden kadının çığlığını duymak ve uğranılan adaletsizliği görmek için haklar tartışmasının dışına çıkmak gerekmektedir.^[32]

Bu konuda *Uygur* anne-cenin ikileminde yapılan tartışmaların kürtajın gerisindeki adaletsizliği görmeyi engellediğini iddia etmektedir. Örneğin kadın kürtaj kararı alma sürecinde yoğun düşünsel zorluklarla karşılaşmaktadır. Ancak cenin-kadın tartışması bu adaletsizliği görmeyi engelleyebilmektedir. Bu karar alınırken kadının özgür iradesiyle hareket ettiğini söylemek ise cinsiyetçilik üzerine inşa edilmiş toplumsal koşullarda mümkün değildir. Dolayısıyla cinsiyetçi ikilemlerin yarattığı adaletsizlikleri bu şekilde çözmek de mümkün değildir.^[33] Bu tartışma yüzünden kadının yaşadıkları ise unutulmaktadır.^[34] MacKinnon’a göre kürtaj erkeğin daha rahat cinsel ilişkiye girmesi, yani çocuk olasılığını ortadan kaldırması için bir “*hak*” şeklinde sunulmaktadır.^[35] Burada kadın ise unutulmaktadır. Yüzlerin silinmesi, insanın görülmemesi ise adaletsizliği doğurmaktadır.^[36] Dolayısıyla hem *Uygur* hem de *MacKinnon* kürtaj probleminin varlığını eşitsiz toplumsal koşullara ve özellikle cinselliğin inşası bakımından toplumsal cinsiyet eşitsizliğine bağlamaktadır. Bu noktada bu görüş açısından kürtajın bir hak veya yasak olmasından ziyade mevcut eşitsiz koşullarda başvuru olan bir yöntem ve gereksinim olduğu belirtilebilir.

Kürtajı hak olarak sunmak da yasaklamak da şiddet olarak görülecekse bu durumda kürtajın nasıl değerlendirilmesi gerektiği sorunu ortaya çıkmaktadır. Bununla ilgili her tek durumu kendi içerisinde değerlendirme gereğinden bahsedilebilir. Bununla ilgili *Ioanna Kuçuradi* kürtajı haklar bağlamında değil de

[31] MACKINNON, 2003, s. 219 ve 222.

[32] Gülriz UYGUR, Hukukta Adaletsizliği Görmek, Türkiye Felsefe Kurumu Yay, Ankara 2013, s. 48-49.

[33] Seda ORBAYYÜCEL, “*Kürtaj Tartışmalarının Görünmez Kaldığı Adaletsizliği Görmek*”, Gaile içinde, S. 410, 2017.

[34] UYGUR, 2013, s. 48.

[35] Catharine MACKINNON, *Toward a Feminist Theory of The State*, Harvard University Press, 1989, s. 188-189.

[36] UYGUR, 2013, s. 113.

etik bir sorun olması açısından ele almaktadır. Sorunun çözümü içinse her tek durumda ayrı değerlendirme yapılmalı, çünkü kadının kendi kendisiyle ilişkisinde bir etik sorundan söz edilmektedir.^[37] Kuçuradi bunu yaşama hakkıyla ilişkili olarak şöyle ifade etmektedir:

“Yaşama hakkıyla ilgisinde tartışılan konulardan biri de isteyerek çocuk düşürmektir. Oldukça eski bir tartışmadır bu. Aslında etik bir sorun olan bu sorun, karşı çıkanlarca insan haklarıyla bağlantılanıyor.

Bu konuda yine insan hakları sorusundan çok, bir etik sorunla karşı karşıyayız: bir insanın (annenin) kendi kendisiyle ilişkisinde bir sorunla. Ve bütün etik sorunlar gibi bu da, her tek durumu ayrı ayrı değerlendirmeyi gerektirir.”^[38]

Kişinin kendisiyle ilgili bir etik sorundan bahsedildiğinde artık bununla ilgili hak tartışmasına girilemeyecektir. Çünkü fetüs-kadın şeklinde iki ayrı taraf söz konusu olmamaktadır. Dolayısıyla bu yaklaşım açısından kürtaj hak değildir, hatta kadına yönelik şiddet olarak görülmektedir. Aynı zamanda kürtajı yasaklamak da bu görüş bakımından kabul edilemeyecektir. Ancak mevcut politik ve toplumsal eşitsizliklerden ötürü kürtajın bir gereksinim olduğu söylenebilecektir. Çünkü *Adrienne Rich*'in belirttiği gibi kadınların cinsel ilişkiye kendi arzularıyla girdiği, gebelikten yeterince korunmanın gerçek bir öncelik olduğu bir toplumda ‘*kürtaj sorunu*’ diye bir sorun da olmayacaktır.^[39] Mevcut durumda kürtaj gereksinimi kullanıp kullanmamanın sonucuyla ise kendisiyle ilişkisinde aldığı karar nedeniyle kadın yüzleşecektir. Bu yüzleşme ise haklar bağlamında değil etik kapsamda ortaya çıkacaktır.

Kürtajı gereksinim olarak gören görüş bakımından tartışılması gereken cinsler arası toplumsal ve politik eşitsizliklerdir. Bu noktada AİHM'nin kürtajla ilgili verdiği kararlarda nasıl bir tutum izlediği önemlidir. Çünkü ulusal hukuk çerçevesinde ihlal edilen insan haklarıyla kürtaj yasağı arasında ilgi kurmak mümkündür. AİHM'nin bu konuda nasıl bir yol izlediğine daha detaylı bakılabilir. Böylece ‘*AİHM için kürtaj hak mıdır, yasaklanmalı mıdır, gereksinim midir?*’ sorusu cevaplanabilir.

[37] İoanna **KUÇURADİ**, “*Yaşama Hakkı ve Yirmi Birinci Yüzyılda Bazı Gerekirdikleri*”, İnsan Hakları Kavramları ve Sorunları (İoanna **KUÇURADİ**) içinde, Türkiye Felsefe Kurumu Yay, Ankara 2011, s. 122.

[38] **KUÇURADİ**, 2011, s. 122.

[39] **MACKINNON**, 2003, s. 213.

2. AİHM'nin Kürtajla İlgili Kararları ve Gereçekçeleri

Avrupa'da birçok ülke gebeliğin ilk üç ayında kürtaja izin vermektedir. İkinci üç ayda kürtaj yapılması ise kadın sağlığının tehlikede olması gibi gerçekçelerin varlığına bağlanmıştır.^[40] İrlanda, Malta ve Andorra gibi birkaç ülkede ise kadın hayatının risk altında olması gibi istisnalar dışında kürtaj yaptırmak hapis cezasını bile gerektirebilmektedir.^[41] Kürtaj AİHS'de yer almamakla birlikte AİHM'e kürtajla ilişkili olarak özellikle ceninin yaşam hakkı ve kürtaj yasağından kaynaklı uğranılan zararlarla ilgili olarak çeşitli başvurular yapılmıştır. Mahkeme ise bu konuyu genel olarak kadının sağlığı ve özel yaşamı kapsamında ele almıştır.^[42] Zorunlu kürtaj ve embriyoların korunmaması gerçekçeleriyle de yaşam hakkı kapsamında mahkemeye başvurular yapılmıştır. Bu nedenle çeşitli hak ihlalleri bağlamında mahkemeye yapılan başvurulardan ve mahkeme tarafından yürütülen tartışmalardan 'yaşam hakkı'^[43] ve 'özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı'^[44] kapsamında bahsedilebilir.

[40] <http://abortion-clinics.eu/abortion-europe/> (Erişim Tarihi: 24.03.2018).

[41] <http://abortion-clinics.eu/abortion-europe/abortion-prohibited/> (Erişim Tarihi: 24.03.2018).

[42] Gökhan **ALBAYRAK**/Didem **ÖZDEMİR**, 'Fetüs v. Kadın Hakları İnsan Hakları ve Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Kürtaj Sorunu' Güncel Hukuk Dergisi içinde, S. 7-103, 2012, s. 46.

[43] Yaşam Hakkı AİHS 2. maddede "1. Herkesin yaşam hakkı yasayla korunur. Yasanın ölüm cezası ile cezalandırdığı bir suçtan dolayı hakkında mahkemece hükmedilen bu cezanın infaz edilmesi dışında, hiç kimsenin yaşamına kasten son verilemez. 2. Ölüm, aşağıdaki durumlardan birinde mutlak zorunlu olanı aşmayacak bir güç kullanımı sonucunda meydana gelmişse, bu maddenin ihlaline neden olmuş sayılmaz: a) Bir kimsenin yasa dışı şiddete karşı korunmasının sağlanması; b) Bir kimsenin usulüne uygun olarak yakalanmasını gerçekleştirme veya usulüne uygun olarak tutulu bulunan bir kişinin kaçmasını önleme; c) Bir ayaklanma veya isyanın yasaya uygun olarak bastırılması" şeklindedir. Ayrıca 13 Numaralı Protokolle cezanın infazı amacıyla da olsa ölüm cezasının verilmeyeceği belirtilmiştir.

[44] Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Hakkı AİHS 8. Maddede "1. Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve yazışmasına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir. 2. Bu hakkın kullanılmasına bir kamu makamının müdahalesi, ancak müdahalenin yasayla öngörülmüş ve demokratik bir toplumda ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli bir tedbir olması durumunda söz konusu olabilir." şeklinde ifade edilmiştir.

2.1. Yaşam Hakkı Bakımından

Embriyonun veya fetüsün yaşam hakkının ihlali gerekçesiyle AİHM'e yapılan başvurular yapılmış ve mahkeme hiçbir kararında yaşam hakkının ihlal edildiğine hükmetmemiştir. Mahkemeye yapılan başvurularda yaşam hakkı dışında embriyo için mülkiyet hakkının ihlali gerekçesiyle de başvuru yapılmıştır. *Parrillo/İtalya* davasında başvuru ve partneri *in vitro fertilisation* (IVF) tedavisiyle hastanede embriyo oluşturulmasını talep etmiş ancak embriyolar oluşturulduktan sonra başvuranın partneri ölmüştür. Bu nedenle başvuru çocuk yapmaktan vazgeçip hastanede tutulan embriyoların bilimsel araştırmalarda kullanılması için bağış yapmak istemiştir. Ancak embriyoların araştırma amaçlı kullanımı İtalyan yasalarına göre suç teşkil etmektedir.^[45] AİHM, kararında embriyoların mülkiyet hakkı kapsamında ele alınamayacağını, çünkü sözleşme bakımından embriyoların ekonomik ve maddi değere konu olamayacağını belirtmiştir. Aynı zamanda yaşam hakkı bakımından da embriyoların yaşam hakkından söz edilemeyeceği ifade edilmiştir.^[46] Dolayısıyla bu davada yaşam hakkı bakımından embriyolar değerlendirme konusu dahi yapılmamıştır. Özel hayata ve aile hayatına saygı hakkını ihlal bakımından da başvuru iddiası olmuş ve mahkeme bu iddiayı kabul edilebilir bulmuştur. Mahkemenin yaptığı değerlendirmeye bir sonraki başlıkta yer verilecektir. Ancak mahkemenin kadın bedeni söz konusu değilken salt embriyoları yönelik tutumunun onların mal mülk olamayacağı ve aynı zamanda yaşam haklarından da söz edilemeyeceği yönünde olduğunu belirtmek gerekir.

Kadın bedeni söz konusu olduğunda, yani tüpteki bir organizmadan değil de kadın bedeni içerisindeki bir organizmadan bahsedildiğinde mahkemenin embriyo veya fetüsün yaşam hakkı iddialarında nasıl bir tutum izlediğine ayrıca bakılabilir. *Vo/Fransa* davası bu durumun örneklerinden biri olarak karşımıza çıkmaktadır. Dava konusu olayda başvuru *Vo* gebeliğinin altıncı ayında hastaneye gitmiştir. Hastanede isim karışıklığı nedeniyle tedavi amaçlı kürtaj yaptırmak zorunda kalmıştır. Bu sebeple de çocuğun kasıtsız öldürülmesi gerekçesiyle ceza davası açılması talep edilmiştir.^[47] Dava sonucunda AİHM idare mahkemelerinin söz konusu eylemin tazmini için başvuran bakımından mümkün ve etkili olduğunu belirtmiştir. Bu yüzden ceza davasına gerek olmadığı ifade edilmiştir. Ancak yine de yaşam hakkını hüküm altına alan 2. maddenin bu olay bakımından kabul edilebilir olduğu belirtilmiştir. Fakat bu olayda yaşam hakkının ihlalinin söz konusu olmadığı sonucuna oy çokluğuyla

[45] Case of Parrillo v. Italy, Application no. 46470/11, 27.08.2015, par. 12-16.

[46] Case of Parrillo v. Italy, Application no. 46470/11, 27.08.2015, par. 214-216.

[47] Case of Vo v. France, Application no. 53924/00, 08.07.2004, par. 10-14.

ulaşmıştır.^[48] Doğmamış çocuğun yaşam hakkının 2. madde kapsamında olup olmadığı sorusunu yanıtlamanın ise mevcut durumda mümkün olmadığı belirtilmiştir.^[49]

Vo/Fransa davasında yaşam hakkı *Parrillo/ İtalya* davasının aksine fetüs bakımından tartışma konusu yapılmıştır. Bunun nedeninin kadın bedeninin ve üçüncü kişinin (doktorun) olaya dâhil olması olduğu iddia edilebilir. Çünkü muhalefet şerhlerinden ilkinde dava yargıçlarından *Ress* 'çocuğunu kaybeden bir annenin' söz konusu olduğunu ve bunun maddi veya manevi tazminatla giderilemeyeceği belirtilmiştir. Bu konuda ceza hukukunun birincil tazmin edici hukukun ikincil konumda olduğunu iddia etmiştir. Doğmamış çocuğun yaşam hakkının ihlal edildiğini ve benzer olayların önüne geçmek bakımından idari değil cezai bir yaptırımın etkili olabileceğini ifade etmiştir.^[50] Yaşamın döllenmeyle başladığının da hukukçular tarafından yorum yoluyla kabul edildiği, kadın ve fetüsün iki ayrı '*insan (human being)*' olarak korunması gerektiği, genetik manipülasyonlarla kontrolsüz embriyo üretiminin de bir tehlike olduğu göz önünde bulundurularak '*insan yaşamı*' kavramının günümüz koşulları göz önünde bulundurularak geniş yorumlanıp 2. maddenin doğum öncesi yaşamı da kapsamaya gerektiğinden hareketle yaşam hakkının bu olayda ihlal edildiğini belirtmiştir.^[51]

Diğer muhalefet şerhinde de benzer şekilde AİHS'nin günümüz koşullarına göre yorumlanması gerektiği, genetik manipülasyonlarla insan onurunu baltalayacak risklerin farkında olunması gerektiği ifade edilmiş, somut olaydaki fetüsün mevcut bilimsel gelişmişlik seviyesinde nerdeyse kadından ayrı olarak yaşayabilecek durumda olduğunun gözden kaçırılmaması gerektiği ve artık annesinden ayrı bir varlık olduğu savunulmuştur. Ayrıca *İnsan Hakları ve Biyo-tıp Sözleşmesi*'nin de insan onurunu korumak maksadıyla imzaya açıldığı ve doğumdan önceyi de kapsayan bir yapıda olduğu belirtilerek sözleşmenin 2. maddesinin ihlal edildiği sonucuna ulaşılmıştır.^[52]

İki davadaki argümanlardan hareketle fetüsün yaşı, kadın bedeninin, kadın iradesinin yönünün ve üçüncü kişinin olaya dâhil olmasının fetüsün yaşam

[48] Case of *Vo v. France*, Application no. 53924/00, 08.07.2004, par. 94-95.

[49] Case of *Vo v. France*, Application no. 53924/00, 08.07.2004, par. 85.

[50] Case of *Vo v. France*, Application no. 53924/00, Dissenting Opinion of Judge *Ress*, 08.07.2004, par. 1-2.

[51] Case of *Vo v. France*, Application no. 53924/00, Dissenting Opinion of Judge *Ress*, 08.07.2004, par. 4-5, 9.

[52] Case of *Vo v. France*, Application no. 53924/00, Dissenting Opinion of Judge *Mularoni* Joined by Judge *Straznicka*, 08.07.2004.

hakkını koruma bakımından önem arz ettiği söylenebilir. Çünkü *Parrillo/İtalya* davasında tartışma konusu dahi yapılmayan embriyo, bu davada tartışma konusu yapılmıştır. Muhalefet şerhleri de *Vo/Fransa* davasında 2. maddenin ihlal edildiği yönündedir. Bu konuda yargıçlardan Ress mevcut davanın gebeliğin iradi olarak sonlandırılması anlamındaki kürtajla bir ilgisinin olmadığını, çünkü annenin iradesine karşı, anne-çocuk ilişkisi dışında bir müdahalenin söz konusu olduğunu söylemiştir.^[53] Oysa kürtaj konusuna gelindiğinde ise mahkemenin değerlendirmelerini 8. madde kapsamında yaptığı görülmektedir.

2.2. Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Hakkı Bakımından

Bu hakkın ihlal edildiği *Parrillo/İtalya* davasında kadın bedeni dışındaki embriyoların kadının istediği şekilde (bilimsel araştırmalarda) kullanması engellendiği için iddia edilmişti. Mahkeme de *Parrillo/İtalya* davasında 8. maddenin bu olaya uygulanabileceğini ancak 8. madde kapsamında bir ihlal olmadığına karar vermiştir. Çünkü bu olay bakımından üye devletlerden birkaçının bilimsel araştırma için embriyo kullanımına izin vermesine rağmen devletin geniş bir takdir yetkisine sahip olduğu belirtilmiş ve embriyoları bilimsel araştırmada kullanılma talebinin reddi başvuruçunun varlığına ve kimliğine yönelik önemli bir husus olarak görülmemiştir.^[54] Dolayısıyla bu davadan hareketle kadının kendi bedeni dışındaki embriyoların kaderini tayin etmesi mahkeme tarafından bir anlamda yasaklanmıştır. Aynı tutumun 8. madde bakımından kadın bedeni söz konusu olduğunda sürdürülüp sürdürülmediğine *A,B,C/İrlanda* davasından hareketle ulaşılabilir.

A,B,C/İrlanda davasında *A* partnerinin kısır olduğunu zannederek istemeden gebe kaldığını ifade etmiştir. Alkolik olduğu için dört çocuğunun da koruma altına alındığı, ilk dört gebeliği süresince depresyonda olduğu ve beşincide de depresyonla savaşmakta olduğu belirtilmiştir. İrlanda'da kürtaj şartları gerçekleşmediği için İngiltere'ye gitmek zorunda kalmıştır. Kürtajı üç hafta ertelenmiş, İrlanda'ya döndüğünde tüm hafta boyunca baş dönmesi, ağrısı, kanaması ve en az 650 Euro'luk masrafı olmuştur. Başvuru yapıldığı tarihte *A* yeniden hamile kalmış ve depresyonla uğraşmaktadır.^[55] Diğer başvuranlardan *B* de ertesi gün hapı almasına rağmen istemeden gebe kalmış, benzer şekilde İngiltere'ye gitmek zorunda kalmıştır. Döndüğünde geçici kanaması olmuş ülkesinde kürtaj

[53] Case of *Vo v. France*, Application no. 53924/00, Dissenting Opinion of Judge Ress, 08.07.2004, par. 7.

[54] Case of *Parrillo v. Italy*, Application no. 46470/11, 27.08.2015, par. 159, 174-177

[55] Case of *A,B and C v. Ireland*, Application no. 25579/05, 16.12.2010, par. 13-17.

yasal olmadığı için tekrar İngiltere'ye gitmesi gerekmiştir.^[56] *A* ve *B* ülkelerinde cenini korumaya yönelik düzenlemenin yapıldığını ancak kürtajın yasal olduğu ülkelerle İrlanda'nın kürtaj oranının denk olduğunu belirtmiş söz konusu yasağın amaca hizmet etmediğini iddia etmişlerdir. Ayrıca bu konuda kullanılan araçların orantısız olduğunu söylemişler ve kürtaja yapılan sınırlamaları eleştirmişlerdir. Devletin doğum öncesi hayatı korumasının mutlak olmadığını belirtmişlerdir. Bu nedenle de söz konusu kısıtlamaların fiziki bütünlüklerine, özel hayat ve aile hayatlarına zarar verdiğini belirtip bunun 8. maddeyi ihlal kapsamında değerlendirilmesini talep etmişlerdir.^[57] AİHM her iki başvuru için de ihlal olmadığına karar vermiştir. Kürtaj konusunda çocuğun yaşam hakkı için uygulanan korumanın ülkenin takdir yetkisini aşmadığını, itiraz edilenin aslında devletin takdir etme konusundaki tercihi olduğunu, ancak başvuruçunun başka ülkede tedavi alabildiği gerekçe olarak gösterilmiştir.^[58]

Üçüncü başvuru *C* de diğer iki başvuru gibi istemeden hamile kaldığını, bunu öğrenir öğrenmez doktora gittiğini, ancak mevzuatın caydırıcı niteliğinden dolayı yeterli bilgi alamadığını ve kürtaj için sekizinci haftayı beklemek zorunda kaldığını, İrlanda'ya döndükten sonra ise uzun süren kanamalar ve enfeksiyon gibi sorunlar yaşadığını belirtmiştir.^[59] *C* diğer iki başvuruçunun iddialarına ek olarak gebeliğinin hayatını tehdit ettiğini belirtmiştir. Ancak ülkede kürtaj yapma hakkını göstermeye yarayan herhangi yasal mevzuatın olmadığını ve bu yüzden İngiltere'ye gitmek zorunda kaldığını ifade etmiş, mevzuatta kürtaj için aranan '*gerçek ve ciddi bir risk*' kavramının muğlak olduğunu ve bunun da doktorlar üzerinde caydırıcı nitelikte olduğunu belirtmiştir. Çünkü bu risk doktorlar tarafından yanlış takdir edilirse doktorların sonradan uğrayacakları cezai yaptırımlar bulunmaktadır. Bu durum da doktorların kürtaj yapması konusunda caydırıcılık arz etmektedir.^[60] AİHM *C*'nin 8. madde kapsamında hak ihlaline uğradığı sonucuna ulaşmıştır.^[61] Ancak kürtaj yasağının kendisi ihlal gerekçesi olarak gösterilmemiştir. Başvuruçunun İrlanda yasaları kapsamında kürtaj olması gerektiğini ispatlamak için etkili ve ulaşılabilir bir prosedür yokluğu iddiasını haklı bularak ihlal kararı vermiştir.^[62]

[56] Case of A,B and C v. Ireland, Application no. 25579/05, 16.12.2010, par. 18-21.

[57] Case of A,B and C v. Ireland, Application no. 25579/05, 16.12.2010, par. 168, 170-172.

[58] Case of A,B and C v. Ireland, Application no. 25579/05, 16.12.2010, par. 240-242.

[59] Case of A,B and C v. Ireland, Application no. 25579/05, 16.12.2010, par. 22-26.

[60] Case of A,B and C v. Ireland, Application no. 25579/05, 16.12.2010, par. 177-179.

[61] Case of A,B and C v. Ireland, Application no. 25579/05, 16.12.2010, par. 268.

[62] Case of A,B and C v. Ireland, Application no. 25579/05, 16.12.2010, par. 267.

A, B, C/İrlanda kararı AİHM'nin kürtaj konusundaki temel tutumunu yansıtmakla birlikte *Parrillo/İtalya* ve *Vo/Fransa* davalarıyla birlikte bir değerlendirme yapılabilir. Böylece AİHM'nin cenin ve kadın arasında nerede durduğu, bu şekilde iki nokta arasında durmanın '*Kürtaj hak mıdır, yasaklanmalı mıdır, gereksinim midir*' sorusunun cevabı açısından nereye denk düştüğü ve bu durumun toplumsal cinsiyet eşitliği yönünden ne anlama geleceğini ortaya koymak mümkün olur.

3. Kürtajla İlgili Kararların Ceninin Yaşam Hakkı, Toplumsal Cinsiyet ve Etkililik Açısından Değerlendirilmesi

AİHM'in verdiği kararlara bakıldığında kürtajı nereye konumlandığı sorusu karşımıza çıkmaktadır. '*AİHM'e göre kürtaj hak mıdır, yasaklanmalı mıdır yoksa eşitsizlikten kaynaklı bir gereksinim midir?*' sorularının cevabı ancak yorum yoluyla çıkarılabilir. Bu noktada mahkemenin kürtajı ne ölçüde savunduğu veya kürtaja karşı durduğu sorusuna bakılabilir. Bunun içinse öncelikle kürtaj yasağını savunan ve kürtajı hak olarak gören iki görüşün ceninin yaşam hakkı olup olmadığı tartışmalarına yönelik mahkemenin nasıl bir tutum izlediğine bakılmalıdır. Çünkü buna verilen cevap kürtaja yönelik tutumun temelini ortaya koymaya yardım edecektir. Bunun ardından kadına yönelik şiddet ve cinsler arası ayrımcılık konularına kürtaj bağlamında ne kadar yer verildiği kürtaj konusundaki toplumsal cinsiyet eşitliğine duyarlılığı ve bu bağlamdaki etkili olma iradesi çerçevesinde değerlendirilebilir.

3.1. AİHM Ceninin Yaşam Hakkı Konusundaki Genel Yaklaşımı

Kürtaj yasağına bakıldığında temelde ceninin yaşam hakkının savunulduğu görülmektedir. Kadının bedenine yapılan müdahale de ceninin yaşaması için yapılmaktadır. Bu iddianın yerindeliği bu yazının tartışma konusu olmamakla birlikte AİHM'nin ceninin yaşam hakkı bakımından nerede durduğunu belirlemek gerekmektedir. Çünkü bu konuda nerede durduğu kürtaj konusunda nerede durduğunun temelini oluşturacaktır.

Parrillo/İtalya davasına bakıldığında bu kararlar kadının embriyo üzerindeki mutlak kontrolünün kaldırıldığı iddia edilmektedir.^[63] Çünkü embriyolar mülk konusu olarak değerlendirilmemiştir. Ancak diğer taraftan yaşam haklarından

[63] Palmer E. HURST/ Christina A. HURST, '*Baby Steps: The European Court Of Human Rights Moves Closer to Protecting the Unborn in Parrillo v. Italy*' Journal of Global Justice and Public Policy içinde, S. 2/155, 2015, s. 156.

da söz edilemeyeceği net olarak belirtilmiştir.^[64] Dolayısıyla *Parrillo/İtalya* davası bakımından bu iddia yerinde değildir. Bu tür bir iddia *Vo/Fransa* davasındaki argümanlar kapsamında ise tartışılabilir. Çünkü *Vo/Fransa* davasının muhalefet şerhlerinde embriyo kelimesi yerine 'çocuk' ve 'anne-çocuk ilişkisi' gibi kelimeler geçmekte ve yaşam hakkı geniş yorumlanarak ceninin yaşam hakkının ihlal edildiği belirtilmektedir. *Parrillo/İtalya* davasındaki aksine yaşam hakkının tartışılabilir olduğu ise kabul edilmiştir.^[65] Burada anne karnı dışındaki embriyonun yaşam hakkı gibi bir hakkın tartışılmayacağı ifade edilirken, anne karnındaki embriyo için bunun tartışıldığı, hatta ceninin yaşam hakkının ihlal edilmediğine oybirliğiyle değil oyçokluğuyla karar verildiği görülmektedir. Burada AİHM'nin ceninin yaşam hakkı konusunda çelişkili davrandığı görülmektedir. Çünkü bir olayda tartışma konusu yapmadığını diğerinde tartışmış, hatta muhalefet şerhleri düşülmüştür. Her iki olayın kendi içinde farklı dinamikleri olduğu ileri sürülerek çelişkili davranmadığı iddia edilebilir. Bu iddiayı temellendirmek için *Parrillo/İtalya* davasında kadının embriyoları bilimsel amaçlı kullanmak istediği, *Vo/Fransa* davasında ise kadının kasıtsız öldürülen embriyo için başvuruda bulunduğu söylenebilir. Ancak bu temellendirme doğru olmaz, çünkü mahkeme kadının iradesini göz önüne almamaktadır. Örneğin *Evans/Birleşik Krallık* kararında kadının çocuk sahibi olmasını sağlayacak tek olanağı daha önce tüp bebek yöntemiyle oluşturulan embriyolar olmasına rağmen erkek daha sonradan rızasını çektiği için embriyoların yaşam hakkının ihlal edildiğine yönelik yapılan başvuru reddedilmiştir. Doğumdan önce yaşam hakkından bahsedilip bahsedilemeyeceğinin ülkelerin takdirine kaldığı ise *Vo/Fransa* davasına atıf yapılarak belirtilmiştir.^[66] Buradan da kadın iradesinin cenini yaşatmaya veya öldürmeye yönelik olmasının mahkemece bir fark yaratmadığı çıkarılabilir. Mahkeme için fark edenin ancak dölleme metodu olduğu söylenebilir. Çünkü IVF yöntemiyle elde edilen embriyoların söz konusu olduğu *Parrillo/İtalya* ve *Evans/Birleşik Krallık* davalarında 2. maddenin ihlali iddiasının kabul edilebilir olmadığı sonucuna varılırken, *Vo/Fransa* davasında cinsel ilişkiyle elde edilen anne karnındaki ceninin yaşam hakkının ihlal edildiği iddiası kabul edilebilir görülmüş, hatta ihlal olduğunu savunan yargıçlar olmuştur.

AİHM'nin ceninin yaşam hakkı konusunu kürtaj konusundan bağımsız ele aldığına ülkelerin takdirine bıraktığına yukarıda bahsedilen davalardan hareketle ulaşılabılır. Kürtaj yasağının temelinde de ceninin yaşam hakkı olduğu

[64] Case of *Parrillo v. Italy*, Application no. 46470/11, 27.08.2015, par. 214-216.

[65] Case of *Vo v. France*, Application no. 53924/00, 08.07.2004, par. 94-95; Case of *Vo v. France*, Application no. 53924/00, Dissenting Opinion of Judge Ress, 08.07.2004, par. 4, 9; Dissenting Opinion of Judge Mularoni Joined by Judge Straznicka, 08.07.2004.

[66] Case of *Evans v. The United Kingdom*, Application no. 6339/05, 10.04.2007, par. 54-56.

iddiası yer aldığına göre kadının gebeliği sonlandırmaya yönelik iradesinin yine devletlerin takdirine bıraktığı iddia edilebilir. Bu iddianın doğru olduğuna ise *A, B, C/İrlanda* davasından ulaşılmak mümkündür. Çünkü bu davada başvuruculardan *A* ve *B*'nin kürtaj yasağına yönelik yaptıkları başvuru reddedilmiş, *C*'nin ihlal iddiası ise yasağın kendisinden dolayı değil kürtaj yapmaya olanak veren yasal düzenlemenin eksik bırakılması nedeniyle kabul edilmiştir. Dolayısıyla ulusal yargının iradesi ne yöndeysen AİHM de o yönde hareket etmiştir. Söz konusu devlet hak olarak görüyorsa buna bir şey demediği gibi kürtajı yasaklıyorsa yine bir şey dememektedir. O halde '*Kürtaj hak mıdır, yasaklanmalı mıdır, gereksinim midir?*' sorusunun AİHM tarafından hak ve yasak ikiliği üzerinden cevaplandırıldığı ve söz konusu devlet hangi noktadaysa o noktada durulduğunu söylemek yanlış olmaz. Bu durumda AİHM'nin kürtaj konusunda ulusal yargılar üstünde etkili olma iradesinin olmadığını söylemek mümkündür. Hatta etkili olmamak adına ulusal takdir marjına sığınarak mahkemenin elinden geleni yaptığı iddia edilebilir. Bunun nedeni olarak ise eşitlik temelli yaklaşmama, yani kadın-erkek arasındaki toplumsal eşitsizlikleri görmezden gelme tutumu, üzerinde durulması gereken bir husus olarak karşımıza çıkmaktadır.

3.2. Eşitlik Temelli Yaklaşmamanın Etkililik İradesi ve Toplumsal Cinsiyetle İlişkisi

Toplumsal cinsiyet kavramı kadın-erkek ilişkileri, cinsel yönelim, cinsiyet kimliği ve bunlara ilişkin toplumsal güç ilişkileri gibi birçok kavramı içerebilmektedir. Ancak bu çalışmada toplumsal cinsiyet, toplumsal olarak oluşturulma, kadın-erkek güç ilişkileri ve kadına yönelik ayrımcılık^[67] bağlamında konuyla ilişkisi bakımından nispeten dar anlamıyla ele alınmaktadır. Dolayısıyla kadına sırf kadın olmasından ötürü bir ayrımcılığa uğrayıp uğramadığının AİHM tarafından nasıl değerlendirildiği bahsi geçen üç karar çerçevesinde incelenebilir.

AİHM'nin verdiği kararlardan hareketle fetüs ve kadının hakları üzerinde bir denge sağlamaya yönelik tartışmaların yoğunluk kazandığı kadının kendi bedeni üzerinde karar verme hakkının ise fetüsün yaşam hakkıyla sınındığı iddia edilebilmektedir.^[68] Ancak bu tür bir yaklaşımın AİHM tarafından benimsendiğini söylemek doğru olmaz. Çünkü AİHM kürtaj konusunu ve fetüsün yaşam hakkı konusunu ulusal takdire bırakmaktadır. Yani bir devlet kürtajı hak olarak tanıdığına veya cenin öldürüldüğünde ne yapılacağı konusunda yukarıda bahsi geçen kararlarda olduğu gibi ulusal düzenlemeleri onaylar nitelikte hareket

[67] Gülriz UYGUR, '*Toplumsal Cinsiyet ve Adalet: Hukuk Adaletsizdir*' Ankara Barosu Dergisi içinde, S. 4, 2015, s. 123.

[68] ALBAYRAK/ÖZDEMİR, 2012, s. 46.

etmektedir. Dolayısıyla AİHM ceninin yaşam hakkı ile kadının kendi bedeni üzerinde tasarrufta bulunması arasında bir denge sağlamaya çalışmamaktadır. Fakat ulusal hukukların kurduğu denge kadının da lehine olsa ceninin de lehine olsa buna uygun davranılmaktadır. Bunu 'başarabilmek' içinse bazen kendi kararlarını verebilen özerk birey anlayışından hareket ettiği, *A, B, C/İrlanda* örneğinde olduğu gibi kürtajın yasaklandığı durumlarda ise kadının kendisiyle ilişkisine müdahaleyi hak ihlali olarak görmediği söylenebilir. Bu durum da AİHM'nin kürtaj konusunda etkili olmamaktan ziyade etkili olma iradesinin dahi olmadığını kanıtlar niteliktedir.

AİHM'nin etkili olma iradesinden kaçınmak için '*Kürtaj hak mıdır yasaklanmalı mıdır?*' tartışmasının dışına çıkmadığı iddia edilebilir. Çünkü kürtajla ilgili kararlarında kürtaj diye bir konunun varlık nedeni olarak toplumsal ve politik eşitsizliklerden söz edilmemiştir. Elbette mahkemeden yapısal denebilecek bir sorunu çözmesi beklenemez, ancak mevcut eşitsizlik koşullarında -ki bu koşullar kendini cinsel, tıbbi, politik, sosyal ve eğitim gibi birçok alanda göstermekte- bir şeyler yapması beklenebilir. Yapılabilecek şey de kadının sırf kadın olmasından ötürü hak ihlaline uğramaması yönünde irade göstermektir. Doğurganlık sırf kadına özgü bir özellik olduğuna göre -toplumsal koşullar dikkate alınmadığında ise kadınla erkek arasındaki tek temel fark doğurganlık olarak kabul edilebilmektedir- kadının sırf bu özelliğinden ötürü şiddete uğraması açıkça ayrımcılık anlamına gelecektir. Bunun en bariz örneklerinden biri ise kürtaj olarak karşımıza çıkmaktadır. Çünkü kadın eşitsiz şartlarda cinsellik yaşamakta ve istenmeyen gebeliklere maruz kalabilmektedir. Cinsel açıdan eril iktidar toplumsal cinsiyet bağlamında erkeğin istekleri doğrultusunda biçimlenmektedir. Kadın özellikle eril arzuların tahrik edilmesi ve tatmininin sağlanması bağlamında tanımlanmaktadır.^[69] Bunun sonucunda kalınan istenmeyen gebeliklerde de *A, B, C/İrlanda* davasında olduğu gibi kürtaj yasağı kabul edilmekte, kürtajın hak olduğu durumlarda da kürtajın kendisi şiddet olarak kadına dönmektedir. Çünkü *MacKinnon*'ın ifade ettiği gibi kürtaj taraftarları da karşıtları da sanki kadın cinselliğini denetliyormuş gibi bir varsayımı paylaşmaktadırlar. Oysa cinselliğe iki tarafın eşit katılımıyla karar verilmemektedir.^[70] Kürtaj bu durumda erkeklerin kadınlarla cinsel ilişkiyi cinsel ilişkide bulunduğu koşullarda yaşama sözü vermektedir.^[71]

O halde kürtaj şiddettir ve toplumsal olarak oluşturulmuş eşitsizliklerden kaynaklı kadına kadın olmasından ötürü uygulanan ve özgür olmayan bir

[69] MACKINNON, 2003, s. 154.

[70] MACKINNON, 2003, s. 213-214.

[71] MACKINNON, 2003, s. 219.

cinsellikten kaynaklı bir şiddettir. Çünkü kürtaj kadınlar için acı dolu, sar-sıcı, bazen yasadı, tehlikeli ve yaşamı tehdit edici bir olgu olarak karşımıza çıkmaktadır. Buna rağmen romantizm ve cinsel ritim uğruna kürtaj, önceden korunmaktan daha az maliyetli gibi geliyorsa bu durumda cinselliğin özgür-lüğünden de bahsedilemez. Toplumsal cinsiyet eşitsizliği koşullarında oluşan gebelikse tartışılmazken, tartışılan konu gebelikten sonrası olmaktadır.^[72] *Kürtaj hak mıdır yasaklanmalı mıdır?* ikileminden kurtulamamanın nedeni de budur. Devletlerin bu konuda hangi noktada olduğu ise yukarıda da belirtildiği gibi kürtajın tüm gebelik süresini kapsayan bir hak olmasıyla tüm gebelik boyunca yasaklanması gerektiği noktaları arasında bir yerde bulunmaktadır. AİHM'nin tutumu da bu konuda özellikle etkisiz kalma şeklindedir. Çünkü gebelik öncesi eşitsiz koşullar mahkemece tartışılmamaktadır. Bir tartışma yapılacaksa bunun ne şekilde olabileceğine sonuç kısmında yer verilmiştir.

[72] MACKINNON, 2003, s. 214-215.

SONUÇ

AİHM'nin kürtaj konusunu ulusal takdire bıraktığı görülmektedir. Bu konuda devletler üzerinde etkili olmak istemediği, hatta etkili olma iradesini dahi göstermediği söylenebilir. Özellikle gebelik öncesi eşitsiz şartları göz önünde bulundurmadan karar vermesinden ise bu sonuç çıkarılabilir. Gebelik öncesi eşitsiz koşulları tartışmanın kürtajın yasaklanmasının veya hak olarak tanınmasının kadına yönelik şiddetle sonuçlandığı ekseninde yapılabileceği belirtilebilir. Hatta yasaklandığı durumlarda birçok kadının hayatını kaybettiğinden hareketle tartışma yürütmek mümkündür. Kürtajın kendisinin şiddet olduğu göz önünde bulundurulduğunda ise sağlıklı kürtaja erişimin yasaklanmasının yaşam hakkını dahi ortadan kaldıracak sonuçlara yol açtığı belirtilmelidir. Bu durumda şiddete maruz kalmaya 'rıza' göstermenin hak olamayacağı kabul edilirse kürtajın kendisi hak olarak değerlendirilemeyecektir. Ancak kürtaja erişimin yasaklanmasının hak ihlallerine yol açtığı açıkken bu konunun ulusal takdire bırakılması eleştirilebilecektir. Bu durumda kürtaj hak ihlallerini önlemek veya azaltmak bakımından bir araç veya yöntem olarak değerlendirilmelidir. Böylece şiddete uğramanın kendisine hak demekten kaçınılabilecek, kadının yaşam hakkı gibi daha büyük hak ihlallerinin önüne geçilmesi de daha mümkün olabilecektir.

Kürtajın etik, dini ve ahlaki bakımlardan çok farklı şekillerde ele alındığı doğrudur ve bu görüşler kabul edilir olsun veya olmasın bir adaletsizliği dile getirmeye çalışmaktadırlar. Ceninin mutlak yaşam hakkı olduğunu söyleyen veya kadının kendi bedeni üzerinde istediği gibi tasarruf edebileceği kapsamına cenini de sokan uç görüşler dâhil iki nokta arasındaki bütün görüşler bir '*tarafın*' adaletsizliğe uğramaması uğruna bu düşüncelerini dile getirmektedirler. Ancak her bir görüşün kendi haklı nedenlerinin olması kürtaj konusunu devletlerin takdirine bırakmasını gerektirmemektedir. Çünkü söz konusu görüşler kürtajı hak olarak da görse kürtajın yasaklanmasını da savunsa kürtajda bir ikilem söz konusu olduğu için adaletsizliği ortadan kaldıracak bir tutum mümkün görünmemektedir. Ancak bu durum adaletsizliği görmeyi engellememelidir. Bunun için de toplumsal cinsiyet eşitsizliğini destekleyen veya sürdüren önyargı ve klişe gibi bütün engellerin farkında olarak hukukun uygulanması gerekmektedir.^[73] Ancak kürtaj yasağının kadınların ölümüne neden olduğu çok açıkken AİHM'nin konuyu ulusal takdire bırakması ancak kadına karşı ayrımcı ve cinsiyetçi uygulamaları görmezden gelmesiyle açıklanabilir. Kürtaj yasak olduğunda kadın bunu canıyla ödeyebilmektedir. Hak olarak tanındığında ise erkeklerin daha rahat cinsel yaşamasına hizmet ettiği için bu kez kürtajın

[73] UYGUR, 2015, s. 131-132.

kendisi şiddet olarak kadına dönmektedir. Bu da kadına hak olarak sunulunun kadına müstahak olacak şekilde sonuçlanmasına katkıda bulunmaktadır. Bu durum kürtajın bir ikilem olduğunu da göstermektedir.

Kürtaj hak veya yasak her iki ihtimalde de kadının aleyhine ise AİHM'nin kararları neden eleştirilsin sorusu sorulabilir. Bu soruya hukuk uygulayıcılarının toplumsal cinsiyet eşitsizliğine dayalı adaletsizliği en aza indirmek için bağlama bağlı hareket etmeleri gerektiğiyle cevap verilebilir.^[74] Kürtaj konusundaki bağlam kadınların en az şiddete uğraması ve ceninin salt kadın bedeninin bir parçası olarak görülmemesi gerektiği eksenindedir. Kürtajın yasakken de yapıldığı AİHM kararlarının kendisinde de görülmektedir. O halde hak ve yasak ikileminden çıkılarak kürtajın bir gereksinim olarak değerlendirilip, bu konuda değerlendirme yapması gereken kişinin kadın olması gerekmektedir. Çünkü kürtaj *Kuçuradı*'nin belirttiği gibi kadının kendisiyle ilişkisinde etik bir sorundur ve her tek durumda ayrı değerlendirmeyi gerektirmektedir.^[75] Kadının bu konuda hesap vereceği kişiyse yine kendisidir. Bu konuda kadının doğru bir değerlendirme yapması içinse özellikle cinsiyete dayalı eşitsiz koşulların ortadan kaldırılması gerektiği belirtilmelidir.

AİHS sisteminde olabildiğince fazla üye ülke tutmak için eşcinsel evlilikler ve kürtaj gibi konularda ulusal takdire sığınılması başka bir tartışmanın konusu olarak ele alınabilir. Bu tür politikaların doğruluğu kesin değilken ve tartışmaya açıkken yapılabilecek doğru bir değerlendirme ancak mahkemenin kararları ve gerekçeleri ışığında mümkündür. Kararlara ve gerekçelerine bakıldığında ise kürtajı hak veya yasak olarak görmenin kadına yönelik şiddete katkı sağladığını ve durumun AİHM tarafından görmezden gelindiğini görmek mümkündür. Sonuç olarak mahkeme kürtajı bir yöntem ve gereklilik olarak görmekten kaçınarak hak ve yasak eksenindeki ulusal düzenlemeleri onaylayan tavrıyla kürtaj konusunda kadına yönelik şiddete sessiz kalmaktadır.

[74] UYGUR, 2015, s. 132.

[75] KUÇURADI, 2011, s. 122.

KAYNAKÇA

ALBAYRAK Gökhan / **ÖZDEMİR** Didem: 'Fetüs v. Kadın Hakları İnsan Hakları ve Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Kürtaj Sorunu' Güncel Hukuk Dergisi içinde, S. 7-103, 2012, ss. 44-46.

ALTIPARMAK Saliha / **ÇİÇEKLİOĞLU** Meltem / **YILDIRIM** Gülay: 'Abortus ve Etik', Cumhuriyet Tıp Dergisi içinde, S. 31, 2009, ss. 84-90.

BECKWITH Francis J.: 'Thomson's "Equal Reasonableness" Argument for Abortion Rights: A Critique', American Journal of Jurisprudence içinde S. 49, 2004, ss. 185-198.

CEVİZCİ Ahmet: Uygulamalı Etik, Say Yay, İstanbul 2013.

HALDANE John / **LEE** Patrick: 'Aquinas on Human Ensoulment Abortion and the Value of Life' Philosophy içinde S. 78/2, 2003, ss. 255-278.

HOLOWKA Jacek: "Abortion", 20 JRE içinde, 2012, ss. 285-310.

HURST Palmer E. / **HURST** Christina A.: 'Baby Steps: The European Court Of Human Rights Moves Closer to Protecting the Unborn in Parrillo v. Italy' Journal of Global Justice and Public Policy içinde, S. 2/155, 2015, ss. 155-163.

KACZOR Christopher: The Ethics of Abortion: Women's Rights, Human Life, and the Question of Justice, Routledge Press, 2011.

KARACAN Olcay: İhtimam Etiği Bağlamında Hukuk Eğitimi, AÜSBE Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara 2017.

KAYA Funda: Peter Singer'in Faydacı Etik Görüşü Çerçevesinde Kürtajın Değerlendirilmesi, AÜSBE Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2014.

KUÇURADİ İoanna: "Yaşama Hakkı ve Yirmi Birinci Yüzyılda Bazı Gerektir-dikleri", İnsan Hakları Kavramları ve Sorunları içinde, Türkiye Felsefe Kurumu Yay, Ankara 2011, ss. 113-125.

LAW Stephen: Büyük Filozoflar (Çev. Feza Çakır), İnkılap Yay, İstanbul 2011, s. 247.

MACKINNON Catharine: Feminist Bir Devlet Kuramına Doğru, Metis Yay, İstanbul 2003.

MACKINNON Catharine: Toward a Feminist Theory of The State, Harvard University Press, 1989.

MARGOLIN Tatyana A.: 'Abortion as a Human Right', Women's Rights Law Reporter içinde, S. 29, C. 2-3, 2007-2008, ss. 77-97.

MCCOURT K. Mark: ‘*Abortion*’, Legal Medical Quarterly içinde, S. 12-16, 1988, s. 1-15.

METİN Sevtap: Biyo-tıp Etiği ve Hukuk, On İki Levha Yay, İstanbul 2010.

ORBAYÜCEL Seda: “*Kürtaj Tartışmalarının Görünmez Kıldıği Adaletsizliği Görmek*”, Gaile içinde, S. 410, 2017.

SINGER Peter: Pratik Etik (Çev. Nedim Çatlı), İthaki Yay, İstanbul 2015.

STEINBOCK Bonnie: “*Mother-Fetus Conflict*”, A Companion to Bioethics (Ed. Helga KUHSE and Peter SINGER) içinde, Blackwell Publishing, 2009, s. 151.

THOMSON Judith Jarvis: ‘*A Defense of Abortion*’, Philosophy and Public Affairs içinde, S. 1, C. 1, 1971, ss. 47-66.

UYGUR Gülriz: ‘*Toplumsal Cinsiyet ve Adalet: Hukuk Adaletsizdir*’ Ankara Barosu Dergisi içinde, S. 4, 2015, ss. 121-132.

UYGUR Gülriz: Hukukta Adaletsizliği Görmek, Türkiye Felsefe Kurumu Yay, Ankara 2013.

WARREN Mary Anne: “*Abortion*”, A Companion to Bioethics (Ed. Helga KUHSE and Peter SINGER) içinde, Blackwell Publishing, 2009, ss. 140-148.

AIHM KARARLARI

Case of A,B and C v. Ireland, Application no. 25579/05, 16.12.2010.

Case of Evans v. The United Kingdom, Application no. 6339/05, 10.04.2007.

Case of Parrillo v. Italy, Application no. 46470/11, 27.08.2015.

Case of Vo v. France, Application no. 53924/00, 08.07.2004.

İNTERNET KAYNAKLARI

<http://abortion-clinics.eu/abortion-europe/> (Erişim Tarihi: 24.03.2018).

<http://abortion-clinics.eu/abortion-europe/abortion-prohibited/> (Erişim Tarihi: 24.03.2018).

http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&xarama=gts&guid=TDK.GTS.5aa6ed54445d30.13129057 (Erişim Tarihi: 12/03/2018).



BEKÂR POPÜLASYONLAR İÇİN ÖNERİLEN YASAL DÜZENLEMELER*

Doç. Dr. Kâmile Bahar AYDIN**

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-7936-1487>

DOI: 10.30915/abd.471188

Makalenin Geldiği Tarih: 02.08.2017 **Kabul Tarihi:** 23.07.2018

* Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK – ULAKBİM Veri Tabanında indekslenmektedir.

** Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi İnsan ve Toplum Bilimleri Fakültesi Psikoloji Bölümü.

ÖZ

Türkiye’de Atatürk İlke ve İnkılaplarının hayata geçirilmesiyle birlikte, “halka hizmet” ve “eğitim” önemli değerler haline geldi. Zaman içinde kentleşme arttı ve köyden kente göçler başladı. Kadının, eğitim düzeyinin yükselmesi ve çalışma hayatına atılması, aile yapısında ve medeni statülerde büyük değişim yarattı. Eğitime öncelik verildiği için evlenmeler ertelendi. Bu da, evlenme yaşını yükseltti, bekâr sayısını artırdı ve doğurganlığı azalttı. Yüksek öğrenim görmüş kadının bilinçli, özerk ve gelir sahibi olması boşanmalarda etkili oldu. Türkiye’de çeşitli nedenlerle erkek ölümlerinin artması dul kadın sayısını artırdı. Türkiye İstatistik Kurumu’nun son birkaç yıla ait istatistiklerine göre, toplam nüfusun %25’inden fazlası bekârdır. Bekâr sıfatıyla; son adolesan, genç yetişkinlik, orta yetişkinlik ve ileri yetişkinlik dönemlerindeki “hiç evlenmemiş, boşanmış ve eşi ölmüş” bireyler kastedilmektedir. Farklı gelişim dönemlerine ve farklı bekârlık statülerine ait bekâr popülasyonların her birinin kendine özgü kronik stresleri ve ihtiyaçları vardır. Bu durum, spesifik yardımları ve hizmetleri gerektirmektedirler. Bekâr popülasyonlara yönelik psiko-eğitsel-sosyal yardımlar için “Bekâr Danışmanlığı” kavramı kullanılmaktadır. Türkiye’de Devlet politikalarında, yasal düzenlemelerde, bilimsel araştırmalarda ve hatta psikolojik yardım uygulamalarında bekâr popülasyonlara ve bekâr yaşantısına yeterince yoğunlaşılmamaktadır. Derleme niteliğindeki bu çalışmada; bilimsel literatür, yasal uygulamadaki eksiklikler, bekâr popülasyonların ihtiyaçları ve sorunları ve Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın bazı maddeleri gerekçe gösterilerek bekâr popülasyonlar için bazı yasal öneriler sunuldu.

Anahtar Kelimeler: medeni statü, bekâr yaşamı, bekârlık statüsü, bekâr popülasyonlar, bekâr danışmanlığı, gelişim dönemleri, insan ihtiyaçları, kronik stres, sosyal destek, Türkiye Cumhuriyeti. Anayasası, yasal düzenlemeler.

THE LEGAL REGULATIONS FOR BACHELOR POPULATIONS

ABSTRACT

Thanks to the implementation of the principles and reforms of Atatürk, “public service” and “education” have become important values. Over time, urbanization increased and migrations from the village to the city began. The increase in the level of education and employment of women has especially given way to great changes in the family structure and in the marital status. Marriages started being postponed as education was given priority. This raised the age of marriage, contributed to an increase in the number of bachelors and led to a reduction in fertility. The fact that a woman with a higher education became knowledgeable, autonomous and financially independent had an impact on divorces. Increase in male deaths in Turkey for various reasons has enhanced the number of widows. According to recent statistics of the Turkey Statistical Institute, over 25% of the total population is single. We refer to as single the category of individuals in their late adolescence, young adulthood, middle adulthood, and advanced adulthood, who have never been married, divorced and widowed. The single populations of different developmental periods and different bachelor status reveal the existence of their own chronic stress and needs. This requires specific assistance and services. I have defined the concept of “Singles Counselling” as psycho-educational-social-benefits for single populations. In state policies, legal regulations, scientific research and even provided psychological assistance, single populations and single life are not sufficiently considered in Turkey. Based on a justification of scientific literature, deficiencies in existing applications, the needs and problems of single populations, and certain provisions of the The Constitution of the Republic of Turkey, some legal recommendations for single populations were presented in this compilation study.

Keywords: marital status, single life, bachelor status, single populations, singles counseling, developmental periods, human needs, chronic stress, social support, The Constitution of the Republic of Turkey, legal regulations.

GİRİŞ

Bu çalışmada; önerilen yasal düzenlemelere temel oluşturması açısından, Psikoloji, Psikolojik Danışmanlık ve Rehberlik, sosyoloji, sosyal çalışma gibi bilim dallarına ait literatürlerden yararlanarak bekâr yaşamının bazı spesifik yönleri açıklanmaya çalışılmaktadır. Türkçe literatürde, bekâr popülasyonlar üzerinde yoğunlaşan araştırmalar yok denecek kadar azdır. Bu nedenle, daha çok yurt dışı literatürden yararlanıldı. Bekâr bireyler için yoksunluk veya memnuniyetsizlik (tatminsizlik) sebebi olarak değerlendirilebileceği için, insanları evlenmeye iten nedenler açıklandı. Çoğunlukla toplulukçu kültürlerde stresli durumlarda en sık başvurulan, ruh ve beden sağlığını etkileyen sosyal destek kavramı medeni statü ile ilişkilendirilerek ele alındı. Bekâr yaşamının spesifik yardımlar gerektiren kronik stres yaşantılarına yer verildi. Kültürel, toplumsal, politik ve yasal nedenlerle bekâr bireylerin bazı ihtiyaçlarının karşılanmadığı varsayımından hareketle; bekârlık kavramı bilimsel literatürün ortaya koyduğu insan ihtiyaçları ile ilişkilendirilerek açıklandı. Medeni statü ve sağlık arasındaki ilişkiyi konu alan literatüre yer verildi. T.C. Anayasasının bazı maddeleri temel alınarak, bekâr popülasyonlar için bazı yasal önerilerde bulunuldu.

İNSANLARI EVLENMEYE İTEN NEDENLER BEKÂRLAR İÇİN MEMNUNİYETSİZLİK SEBEBİ

Evlilik, tüm dünyada en yaygın ilişki şeklidir. Özgürlükler ülkesi olarak bilinen Amerika Birleşik Devletleri'nde bile, insanların %90'ından fazlası evlenmektedir^[1]. Çünkü insanları evlenmeye iten bir çok neden vardır. İnsanların bazı bireysel, evrensel/doğal ve gelişimsel ihtiyaçları ve amaçları evlilik ilişkisi içinde karşılanabilmektedir. Örneğin; çocuk sahibi olmak hem evrensel, hem de gelişimsel bir ihtiyaçtır. En önemli nedenler şöyle sıralanabilir: Sevdiği kişi ile birlikte olma, cinsel doyum sağlama, karşılıklı dayanışma, çocuk sahibi olma, toplumun beklentilerini yerine getirme ve içinde bulunduğu aileden bağımsızlaşma^[2]. Evlilik doyumunu (tatmini, memnuniyeti) büyük oranda bu nedenlerin veya ihtiyaçların karşılanmasına bağlıdır.

Sağlıklı bir evlilik ve aile ilişkisindeki bu doyum etkenleri, bekâr yaşamında memnuniyetsizlik ve kronik stres kaynaklarıdır. Bekâr insanlar; bireysel yeter-sizliklerden değil, evliliğin sunduğu zevklerin, samimiyetin, paylaşımın (ortak

[1] **Doherty, W.J./Jacobson, N.S.:** Marriage and the family. In B.B. Wolman (Ed.) Handbook of developmental psychology, Englewood Cliffs 1982, s. 667-680.

[2] **Freedman, E.:** Neurotik problem in marriage, G.P. Sholever (Ed.), Handbook of marriage and marital therapy, New York 1981.

aktivitelerin, yaşantılarının), saygının ve dostça temasın yokluğundan dolayı mutsuzdurlar^[3].

Evlilik ilişkisinin doğasında bulunan “süreklilik” (continuity), taraflara güven vermektedir. Bekârlıkta kurulan ilişkilerde, ilişkinin devam etmeyebileceği yönündeki beklenti, kaygı verici olabileceği gibi, ilişkiye bağlanmayı ve yeterince kaynak yatırımında bulunmayı da engelleyebilir. Kültürümüzde, “Bekâra karı boşamak kolaydır.” atasözü ilişkilerdeki “sürekliliğin” önemini vurgulamaktadır. Dolayısıyla, resmi ve duygusal “bağlılık”, ilişkinin doğasını ve kalitesini etkileyen en önemli etkidir.

Sağlıklı bir evlilik ilişkisinde birçok gereksinimin karşılanması, yalnızca “tatmin” duygusu değil, “sosyal destek” etkisi de sağlamaktadır. Sosyal destek evlilik ve aile ilişkilerinin en değerli yönüdür. Sosyal desteğin olmadığı ilişkiler, çoğu zaman boşanmayla sona ermektedir.

Sosyal destek, Türkiye’nin toplulukçu kültürel dokusundan dolayı, bireylerin stresle başa çıkmada en sık başvurdukları yollardan biridir. Sosyal destek yetersizliği, bekâr yaşamında kronik streslerin ve sağlık durumunun en önemli yordayıcısıdır. Bu nedenle, kaliteli bir bekâr yaşam stili için yasal öneriler belirlerken sosyal destek anahtar bir kavramdır.

SOSYAL DESTEK VE KORUYUCU ETKİSİ

Destek kavramı; birey, grup ve kurumlar tarafından bireylere sunulan duygusal, psikolojik, entelektüel, maddi ve manevi bakım veya yardımları ifade etmektedir^[4]. Sosyal destek ise, kişilerarası ilişkilerde ifade edilen davranış ve tutumların onaylanması ve sunulan maddi ve sembolik yardımlardır. “Olumlama, onaylama ve yardım” destekleyici davranışlardaki üç temel unsurdur^[5].

[3] **Gubrium, J.F.:** Being single in old age, International Journal of Aging and Human Development, 1975.

[4] **Robertson, J.F.:** Women in Midlife: Crisis, Reverberations and Support Networks, The Family Coordinator 1977, 27, s.375-382.

[5] **Kahn, R. L.:** Aging and Social Support, in Aging from Birth to Death, M. W. Riley (ed.), Colorado 1979.

Sosyal Destek Türleri

Sosyal destek dört farklı nitelikte sunulmaktadır^[6]. Bunlar:

1) Araçsal/Elle tutulur destek: Alet, eşya, para, zaman ve iş gibi meta cinsinden yardımların yanı sıra; çocuk bakımı, alışveriş yapma, ev içindeki ve dışındaki işleri üstlenme, özürllülere, hastalara, yoksullara, kimsesizlere ve yaşlılara karşılıksız olarak yapılan yardımlardır.

2) Duygusal destek (değerlilik, yakınlık desteği): Bir insanın sevildiğini, değerli olduğunu, anlaşıldığını, kabul edildiğini, korunduğunu, güven ve emniyet altında olduğunu hissetmesine yol açan davranışlardır. Örneğin; sevilen ve güven duyulan bir insana içini dökmek, başarılarından, amaçlarından, hayallerinden, korkularından, zayıf ve güçlü yanlarından olabildiğince özgürce bahsetmek, dostça sarılmak ve dokunmak duygusal destektir.

3) Yaygın destek: Boş vakitlerde insanlarla zaman geçirmek, eğlenmek, çevre ve kültür gezilerine, kulüp faaliyetlerine katılmak ve sosyal arkadaşlık yapmak bu türden yardımlardır.

4) Bilgisel/Profesyonel destek: Sorunların çözümü ve ihtiyaçların karşılanması amacıyla; bilgilendirici, eğitici, geliştirici ve terapötik yardımlardır. Örneğin; özürllü ve hasta bireye özü ve hastalığı hakkında bilgi vermek, stres altındaki bir insanı dinlemek, onunla çözüm önerileri üzerinde konuşmak gibi profesyonel yardımlardır. Psikiyatrist, psikolojik danışman, psikolog, hekim, hemşire, avukat, öğretmen gibi profesyonellerden alınan yardımlardır.

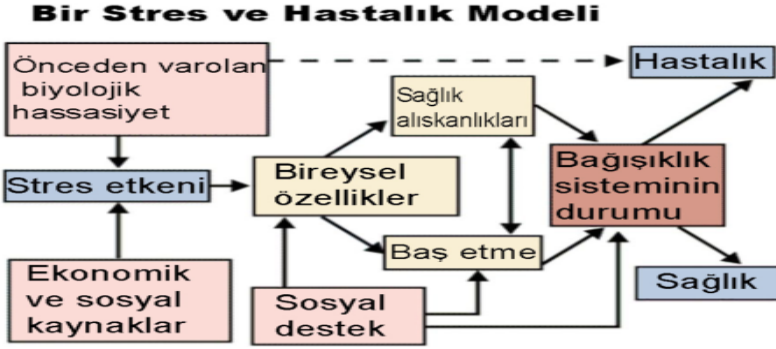
Sosyal Destek Kaynakları

Aile üyeleri, sevgili, nişanlı, akrabalar, arkadaşlar, komşular ve profesyoneller (doktor, hemşire, psikolojik danışman, avukat, öğretmen) gibi destek veren kişiler sosyal destek kaynaklarıdır. Sosyal destek kaynakları gelişim dönemlerine göre değişebilmektedir. Örneğin; bebeklik ve çocukluk dönemlerinde anne baba, yetişkinlik dönemlerinde eş ve yetişkin çocuklar en önemli sosyal destek kaynaklarıdır.

[6] Cohen ve Wills, 1985; Akt: **Aydın, K.B.:** Sosyal destek ve önemi. In Kurtman Eranlı (Ed), Hedefe Doğru İnsan:Psikolojik Danışmanlık ve Rehberlik Sempozyumu, Samsun 2016, s. 506-522.

Sosyal Desteğin Etkileri

Sosyal destek, yaşam olaylarının olumsuz etkilerine karşı tampon işlevi görmekte ve sağlığı korumaktadır^{[7], [8], [9], [10]}.



Şekil 1: Stres ve Sağlık Arasındaki İlişkide Sosyal Desteğin Rolü^[11].

Şekil 1'de görüldüğü gibi; bireyin ekonomik ve sosyal kaynaklarının yetersizliği ve biyolojik yatkınlığı, uyarıcıları (olaylar, durumlar) tehdit edici olarak algılamasında ve stres yaşantısının ortaya çıkmasında rol oynamaktadır. Sürekli ve yoğun olarak yaşanan stres; önce bağışıklık sistemini bozmakta, sonra psikosomatik hastalıklara yol açmaktadır. Sosyal destek, strese karşı bireyin başa çıkma gücünü ve sağlık alışkanlıklarını olumlu etkileyerek bağışıklık sistemini korumakta ve hastalıkların oluşumunu önlemektedir. Sağlık alışkanlıkları da stresle başa çıkma gücünü etkilemektedir. Sağlıklı beslenme, kaliteli uyku, spor yapma, sigara, alkol vb. maddeleri kullanmama gibi sağlığı doğrudan olumlu etkileyen davranışlar sağlık alışkanlıklarıdır. Dolayısıyla, sosyal destek stresin zararlı etkilerine karşı tampon işlevi görmektedir. Sosyal desteğin yokluğunda ise, sürekli ve yoğun olarak yaşanan stres, fiziksel ve psikolojik sağlığı bozmaktadır.

- [7] **Antonucci, T.C.:** Social supports and social relationships. In R. Binstock/L. George (Ed.), Handbook of aging and the social sciences, New York: Wiley, 1990, s. 205-227.
- [8] **Chiriboga, D.:** Social supports. In G.L. Maddox (Ed.), The encyclopedia of aging, New York 2001, s. 962-965.
- [9] **Mireault, M./de Man, A.F.:** Suicidal ideation among the elderly: Personal variables, stress and social support, Social Behavior and Personality 1996, 24, 4, 385-392.
- [10] **Wilcox, B.:** Social support, life stress, and psychological adjustment: A test of the buffering hypothesis, American Journal of Community Psychology 1981, 9, 4, 371-386.
- [11] **Aydın, K.B.:** Sosyal destek ve önemi. In Kurtman Ersanlı (Ed), Hedefe Doğru İnsan:Psikolojik Danışmanlık ve Rehberlik Sempozyumu, Samsun 2016, s. 506-522.

Stres yaşantıları, genel olarak üç türdür. Bunlar; gündelik, gelişimsel ve travmatik streslerdir. Travmatik streslerin yaşam üzerindeki etkileri çok yüksektir. Aniden sevilen bir yakının kaybı travmatiktir. Sosyal destek, bilhassa fiziksel ve psikolojik travmatik yaşantıların başlangıcında akut stresi azaltarak ve bireyin zorunlu ihtiyaçlarının karşılanmasını sağlayarak, bireyin gevşemesine, rahatlamasına ve böylelikle daha iyi düşünmesine yol açmaktadır. Daha iyi düşünebilen birey, stresiyle daha etkin başa çıkabilmektedir. Sosyal destek, yalnızca travmatik streslerle değil, gelişimsel ve gündelik streslerle de başa çıkmayı kolaylaştırmaktadır. Gelişimsel ve gündelik stresler de süreklilik kazandıklarında, bireyin hayatında travmanın yarattığı etkilere yol açabilmektedir ^[12]

Sosyal Destek ve Medeni Statü

Uzun zamandır bilinmektedir ki, evli insanlar, bekârlardan daha uzun ve daha sağlıklı yaşamaktadırlar. Yedi yıl süren bir Harvard Üniversitesi araştırmasına göre, sağlıklı yaşlanmayı; 50 yaşındayken iyi bir evliliğe sahip olmak, 50 yaşındayken düşük bir kolesterol seviyesine sahip olmaktan daha güçlü yordamaktadır^[13]. Araştırmalar göstermektedir ki, evlilik; “hayatta kalma umutlarını” artırmakta^[14] ve insanlara daha sağlıklı ve daha uzun bir ömür sunmaktadır^[15]. Ancak; pozitif, mutlu ve destekleyici evlilikler sağlığa götürürken, çatışmalı evlilikler bunu sağlayamamaktadır ^[16].

Stres yaşantısını ortaya çıkaran faktörlerden biri değişimdir. Bireyin yaşamında değişim yaratan olumlu ve olumsuz durumlar, olaylar strese neden olmaktadır.

Holmes ve Rahe ^[17], yetişkin bireyler üzerinde yaptıkları bir çalışmada, katılımcılardan yaşamlarında *değişim* yaratan olayları en yüksekten en düşüğe doğru sıralamalarını istemişlerdir. İnsanlar; birinci sıraya eşin ölümünü, ikinci sıraya

[12] **Baltaş, A./Baltaş, Z.:** Stres ve başa çıkma yolları, 18. Bastı, İstanbul 1998.

[13] **Vaillant, G.E.:** Aging well: Surprising guideposts to a happier life from the landmark Harvard study of adult development, Boston 2002.

[14] **Murray, J.E.:** Marital protection and marital selection: Evidence from a historical-prospective sample of American men, *Demography* 2000, 37, 511-521.

[15] **Wilson, C.M./Oswald, A.J.:** How does marriage affect physical and psychological health? A survey of the longitudinal evidence. Working paper, University of York and Warwick University 2002.

[16] **Kiecolt-Glaser, J.K./Newton, T.L.:** Marriage and health: His and hers. *Psychological Bulletin* 2001,127, 472-503.

[17] Holmes ve Rahe (1967); Akt: **Morris, C.G.:** Psikolojiyi Anlamak (H.B. Ayvaşık, M. Sayıl, Çev. Ed.). Ankara 1996.

boşanmayı koymuşlardır. Yani, önemli bir ilişkinin veya en önemli sosyal destek kaynağının kaybı, en yüksek strese neden olmaktadır. Bu bulgu, boşanma ve eşin ölümünün çoğu zaman travmatik deneyimler olduğu ve spesifik yardımlar gerektirdiğini göstermektedir. Bununla birlikte; Türkiye koşullarında hiç evlenmemiş ve eş desteği olmayan bireylerin kronik stres yaşantılarının neler olduğu, bu streslerle nasıl başa çıktıkları, en çok kimlerden destek aldıkları incelenmeye değer konular olup, spesifik danışmanlığa ve yardımlara ihtiyaç duyulduğunu göstermektedir.

Coan, Schaefer ve Davidson^[18], 16 evli kadın üzerinde “Bir el vermek: Tehdide karşı sınırsal tepkinin toplumsal düzenlenmesi” konulu bir araştırma yapmışlardır. Bir başka deyişle, sosyal temasın sağlık ve psikolojik iyilik hali (well-being) üzerindeki etkisini değerlendirmişlerdir. Bu deneyde, kadınlara elektrik şoku verilmiştir. Şok esnasında kadınlar üç farklı durum içine sokulmuşlardır: Bir defasında kocalarının elini tutmuşlar, bir başka seferde bir yabancıнын (deneyi yapan kişinin) elini tutmuşlardır ve son olarak elleri hiç tutulmamıştır. O esnada kadınların beyinlerinin fonksiyonel manyetik rezonans görüntülemesi (functional magnetic resonance imaging-FMRI) yapılmıştır. Bulgular şöyledir: Şoklanma anında eşin (sevilen kişinin) eli tutulduğunda hipotalamusta stresin azaldığını gösteren önemli ipuçları elde edilmiştir. Bu sonuç, diğer durumlarda elde edilmemiştir. Bu deneyin sonuçları şöyle yorumlanabilir: Kadınlar, sevilen kişiyle temas halindeyken, şoku daha az tehditkâr algılamaktadırlar. Sosyal destek, ağrıyı ve acıyı ketleyen mutluluk hormonları salgılanmasına yol açmaktadır.

Tüm bunlar göstermektedir ki; özellikle orta yaş ve ileri yaştaki bekâr bireylerin yaşamlarındaki önemli sosyal destek boşluğunu doldurmak için yasal düzenlemelere ihtiyaç duyulmaktadır. Bununla birlikte; romantik ilişkiler, evlenme ve doğurganlık açılarından kritik zamanlar olan, son ergenlik ve genç yetişkinlik dönemlerinde “önleyici ve gelişimsel” çalışmalara ağırlık verilmelidir.

[18] Coan J.A./Schaefer, H.S./Davidson, R.J. Lending a hand: Social regulation of the neural response to threat. Psychol Sci., 2006,17 (12):1032-9.

BEKÂR POPÜLASYONLARDA KRONİK STRESLER

Stres Süreci Modeline^{[19],[20]} göre, bekârlara özgü gerginlikler (single strains) vardır. Bekâr gerginlikleri, psikolojik sıkıntıları (distress) artıran kronik stres kaynaklarıdır. Medeni durum ve ruhsal sağlık üzerinde yapılan araştırmaların bulgularına göre, bekâr popülasyonlarda psikolojik iyilik halini olumsuz etkileyen geniş bir gerginlik yelpazesi vardır. En güçlü gerginlikler arasında; ekonomik zorluklar^{[21], [22],[23], [24]}, sosyal izolasyon^{[25],[26]}, komşularla ilişkiler^[27] ve ev işleriyle ilişkili gerginlikler^[28] yer almaktadır. Türkçe literatürde bekâr popülasyonların stres yaşantılarına yoğunlaşan bir çalışmaya rastlanmamaktadır. Türkiye koşullarında; kültürel, toplumsal ve yasal engeller nedeniyle evlenmeyen bir insan kendi genetiğinden çocuk sahibi olamadığından, hiç evlenmemiş bireylerin orta yaş ve ileri yaşta yetişkin çocuk desteği de olamamaktadır. Halbuki, Türk kültürünün doğası gereği, sosyal destek en önemli maddi ve manevi kaynaktır. Temel sosyal destek kaynaklarının yokluğu, yalnızlığı ve aşırı iş yükünü de beraberinde getirmektedir. *Kronik yalnızlık ve yoğun iş yükü* kronik strese neden olmaktadır. Türkiye koşullarında yalnız insan, savunmasız algılandığından, daha fazla toplumsal strese maruz kalmaktadır. Bunlara ek olarak; *aile ve toplum baskısı*, özel hayata (örn. romantik ilişkilere, bireysel tercihlere) aşırı müdahale, *gelecek kaygısı, güvenlik sorunları ve damgalanma* da kronik stresler arasında yer almaktadır. Farklı yaş gruplarından hiç evlenmemiş bireylerin en önemli stres

-
- [19] **Pearlin, L.I.:** Role Strains and Personal Stress, Psychosocial Stress 1983, 3-32.
- [20] **Pearlin, L.I.:** The Stress process revisited: Reflections on Concepts and Their Interrelationships." Pp. 395-416 in Carol S. Aneshensel and Jo C. Phelan (eds.), Handbook of the Sociology of Mental Health, New York 1999.
- [21] **Pearlin, L.I./Joyce S.:** Marital Status, Life-Strains, and Depression, American Sociological Review 1977, 42:704-715.
- [22] **Gerstel, N./Riessman, C.K./Rosenfield, S.:** Explaining the Symptomatology of Separated and Divorced Women and Men: The Role of Material Conditions and Social Networks." Social Forces 1985, 64:84-101.
- [23] **Menaghan, E.G./Lieberman, M.A.:** Changes in Depression Following Divorce: A Panel Study." Journal of Marriage and the Family 1986, 48, 319-328.
- [24] **Ross, C.E.:** Reconceptualizing Marital Status as a Continuum of Social Attachment, Journal of Marriage and the Family 1995, 57, s.129-140.
- [25] Pearlın ve Joyce, 1977
- [26] Gerstel ve diğ. 1985
- [27] Pearlın, 1999
- [28] Aseltine ve Kessler, 1993

yaşantıları sırasıyla şöyledir^[29]: Birinci sırada “başkalarına muhtaç olmaktan duyulan endişe”, ikinci sırada “hukukun etkinliğinin azalmasına bağlı olarak yaşanan sorunlar”, üçüncü sırada “toplum baskısı”, dördüncü sırada “yaranılmaktan, sakatlanılmaktan, ciddi düzeyde hastalanılmaktan duyulan korku”, beşinci sırada ise “yalnız ölmekten duyulan korku”.

Kalıp Yargılar (stereotypes) ve Damgalanma (Stigmatize). Yabancı kültürlerde yaygın kalıp yargılara örnekler şöyledir: Rastgele cinsel ilişkiye girme, çaresizlik, intihara eğilimli olma, bencillik, sorumsuzluk, acizlik, cinsel soğukluk, haz yönelimli olma, olgunlaşmamış ve patolojik kişilik^[30]. Kalıp yargılarla yapılan damgalanma da kronik stres kaynağıdır. Damgalanma, bireyin toplum ile olan ilişkilerini, benlik kavramını ve benlik saygısını olumsuz etkileyebilir.

Türk kültüründe de bekârlık konusunda olumsuz kalıp yargılar mevcuttur. Bunu, aşağıdaki atasözlerinden anlamak mümkündür.

“Bekâr gözü kör gözü”.

“Bekârın parasını it yer, yakasını bit”.

“Bekârlık maskaralıktır”.

“Varsa eşin rahattır başın, yoksa eşin zordur işin”.

“Evlenenle ev alana (yapana) Allah yardım eder”.

“Bekâra karı boşamak kolaydır.”

Eğitimin ve çalışma hayatının kadınlar için önem kazanmadığı zamanlarda ve halen de devam eden geleneksel çevrelerde 20 yaşına gelmiş bir kız için “evde kalmış” damgası kullanılmaktadır. Çoğu zaman; 20 yaşını geçmiş kızlar dezavantajlı olarak değerlendirilen (örn. daha yaşlı, dul, engelli) erkeklerle evlendirilmektedir. Türk kültüründe birçok insan; damgalanmamak, aile ve toplum baskısına maruz kalmamak için hemen evlenmeyi tercih etmektedir. Doğru olmayan kararlar kurulan sağlıklı ve mutsuz evliliklerin bazıları boşanmayla, hatta cinayetle sonlanmaktadır. Sağlıklı ailelerde sağlıklı çocuklar yetişmekte ve sağlıklı bir toplum orataya çıkmaktadır.

Türk kültüründe diğer bir yanlış yargı, evlenme çağını geçmiş bekâr insanın “bireysel özelliklerindeki yetersizliklerden” dolayı bekâr kaldığıdır. Eğitim düzeyi, özgüveni, yaşam becerileri yüksek çalışan birçok kadın seçme özgürlüğünü de

[29] Aydın, K.B. (2018), [Farklı gelişim dönemlerindeki hiç evlenmemiş bireylerin ihtiyaçları ve stres yaşantıları]. Yayınlanmamış çalışma.

[30] Garfield, S.L./Sundland, D.M.: Prognostic scales in schizophrenia, Journal of Consulting Psychology 1966, 30, 18-24.

kullanabildiğinden karşısına çıkan her erkekle evlenmeyi tercih etmemektedir. Yanlış yargının tam aksine, üstün niteliklerinden dolayı bekârdırlar. Bu yoruma, Robert F. Winch'in^[31] "Eş Seçiminde Tamamlayıcı İhtiyaçlar Teorisi (A Theory of Complementary Needs)" iyi bir kanıttır. Bu teoriye göre; eş seçiminde, bir eşin ihtiyaç deseninin, diğer eşin ihtiyaç desenine benzer olmasından ziyade tamamlayıcı olması önemlidir. Eş seçiminde her birey, kendisine en üst düzeyde doyum sağlama potansiyeline sahip kişiyi tercih etmektedir. Buna göre, en çok ihtiyaç duyan kişi, en az ihtiyacı olandan daha fazla evlenmeye yönelmektedir. Başka bir deyişle; evlilik, daha az yetkin, daha fazla benlik sorunları (ego deficient) olan, olgunlaşmamış ve uyum düzeyi (well-adjusted) düşük insanlar için en fazla cazibe merkezidir. Bu teori, evli olmayan kişinin, evli olana göre daha iyi uyumlu olduğunu gösteren çalışmalara da dayanak sunmaktadır^[32].

Bekâr bireylerin kronik stres yaşantılarını; yaş, eğitim düzeyi, gelir düzeyi ve cinsiyet gibi demografik değişkenler de etkilemektedir.

Yaş. Bireylerin maruz kaldıkları stresler, yaşa bağlı olarak değişmektedir. Bazı gerginlikler yaşlılık döneminde giderek artmaktadır. Örneğin; fiziksel bozulmaya bağlı sıkıntılar, eşin ve akranların kaybı ve yalnızlık yaşlılık döneminin en önemli stres yaşantılarıdır. Psiko-sosyal risk faktörleri yaşla birlikte sağlık üzerinde daha fazla etki yaratmaktadır^[33]. Yaşam sürecinin (life course) ilerleyen aşamalarında sosyal destek, hakimiyet (mastery) ve benlik saygısı gibi dengeleyici kaynaklar azaldığından, bireylerin kronik ve olaya bağlı stres vericilerle (eventful stressors) etkili bir şekilde başa çıkma yeteneği azalmaktadır^[34].

[31] **Winch, R.W.:** Mate-Selection: A Study of Complementary Needs, New York 1958.

[32] **Johnston, M.W./Eklund, S.J.:** Life-Adjustment of the Never-Married: A Review with Implications for Counseling. Journal Of Counseling And Development 1984, 63, S. 230-236.

[33] **House, J.S./Lepkowski, J.M./Kinney, A.M./Mero, R.P./Kessler, R.C./Herzog, A.R.:** The Social Stratification of Aging and Health, Journal of Health and Social Behavior 1994, 35:213-234.

[34] **Miech, R.A./Shanahan, M.J.:** Socioeconomic Status and Depression over the Life Course, Journal of Health and Social Behavior 2000, 41,162- 176.

Yaşın ilerlemesiyle birlikte sağlığın ve fiziksel işlevselliğin azaldığı^{[35];[36], [37]} ve gelirin düştüğü^[38] göz önüne alındığında, yaşlılıkta daha yüksek düzeyde bekâr gerginliğinin ve bunun etkilerine karşı daha yüksek hassasiyetin oluştuğu söylenebilir. Orta yaş ve yaşlılık dönemlerinde eş ve çocuk yokluğuna bağlı olarak, yalnızlık en yaygın kronik stres kaynağıdır. Yaşlılık döneminin kronik stresleri, duygusal ve araçsal sosyal destekleri daha fazla önemli hale getirmektedir.

Eğitim düzeyi. Yüksek eğitim; insanları mantıksal ve analitik olarak düşünme, bir konuyu farklı perspektiflerden ele alma ve sorunları rasyonel olarak çözme yönünde geliştirir. Ayrıca; eğitim, kontrol hissini ve destekleyici ilişkileri geliştirme ve sürdürme imkanı sunmaktadır Bu nedenle, yüksek öğrenim ve gelir sahibi bireyler, daha düşük düzeyde bekâr gerginliklerine maruz kalma eğilimindedirler: Stres Süreç Modeline göre; gelir ve eğitim, olaya bağlı (eventful) ve kronik stres kaynaklarının zararlı etkilerine karşı yaşam boyu koruyucu olmaktadır^[39].

Gelir düzeyi. Bireylerin evlilik statüsü ile ekonomik kaynakları^[40] ve sağlık profilleri^[41] arasında orta ve yüksek düzeylerde ilişki vardır. Evlilik statüsü, özellikle yaşlılık döneminde ekonomik kaynakları^[42] ve sağlık koşullarını^[43] etkilemektedir. Yaşlılık döneminde hiç evlenmemiş kadınların ekonomik sıkıntıları boşanmış ve dul kadınlardan ve erkeklerden daha yüksektir^[44].

[35] **Mirowsky, J.:** Age and the Sense of Control, *Social Psychology Quarterly* 1995, 58,31-43.

[36] Miech ve Shanahan, 2000

[37] **Smith, J./Borchelt, M./Maier, H./Jopp, D.:** Health and Well-Being in the Young Old and Oldest Old, *The Journal of Social Issues* 2002, 58:715-732.

[38] **Atkins, G.L.:** The Economic Status of the Oldest Old, *Milbank Memorial Fund Quarterly/Health and Society* 1985, 63:395-419.

[39] **Ross, C.E./Mirowsky, J.:** Refining the Association between Education and Health: The Effects of Quantity, Credential, and Selectivity, *Demography* 1999, 36, s. 445-460.

[40] **Waite, L.J./Gallagher, M.:** The case for marriage Why married people are happier, healthier, and better off financially, New York 2000.

[41] **Schoenborn, C.A.:** Marital status and health: United States, 1999–2002. *Advance Data from Vital and Health Statistics No. 351*. National Center for Health Statistics, United States 2004.

[42] **Butrica, B.A./Iams, H.M.:** Divorced women at retirement: Projections of economic well-being in the near future. *Social Security Bulletin* 2000, 63(3): 3–12.

[43] **Lillard, L.A./Panis, C.W.A.:** Marital status and mortality: The role of health. *Demography* 1996, 33, 3, s. 313–327.

[44] **Pudrovska, T.:** Being Single In Late-Life: Single Strain, Moderating Resources, And Distress, *Master of Arts* 2004.

Cinsiyet. Kadınlar, erkeklerden daha fazla strese maruz kalma eğilimindedirler^{[45],[46],[47]}. Yaşlı erkekler, yaşlı kadınlara kıyasla eğitim ve gelir gibi daha fazla kaynak birikimine ve ömür boyu sosyo-ekonomik avantajlara sahiptirler. Erkekler aynı zamanda yüksek seviyede hakimiyet (mastery) ve benlik saygısına sahip olma eğilimindedirler^{[48],[49],[50]}, daha ödüllendirici sosyal roller üstlenmektedirler^[51] ve kadınlara göre özlemlerini yerine getirmeleri ve hedeflerini gerçekleştirmeleri daha muhtemeldir^[52].

MEDENİ STATÜ VE SAĞLIK

Evli olmak; ekonomik, sosyal ve psikolojik açılardan bazı riskli davranışlara karşı koruyucu etkilere sahiptir. Örneğin, sigara ve alkol gibi olumsuz sağlık davranışlarından koruyan bir sosyal düzenleyicidir^[53]. Evli emekliler, evli olmayanlara göre, sağlığı riske atan davranışlara daha az yönelmektedir^[54]. Psikolojik iyilik hali üzerinde yapılan bir çalışmada^[55], iyilik hali en yüksek olan kadınların evli oldukları, çocukları olduğu ve daha yüksek prestijli işlerde çalıştıkları bulunmuştur. Evliler, evli olmayanlara (boşanmış, dul ve hiç evlenmemişlere) göre daha iyi bir sağlık profiline sahiptirler, daha uzun süre yaşamaktadırlar.

-
- [45] **Gove, W.R./Tudor, J.F.:** Adult Sex Roles and Mental Illness, *American Journal of Sociology* 1973, 78: 812-835.
- [46] **Bird, C. E./Fremont, A. M.:** Gender, Time Use, and Health, *Journal of Health and Social Behavior* 1991, 32,114-129.
- [47] **Almeida, D. M./Kessler, R.C.:** Everyday Stressors and Gender Differences in Daily Distress, *Journal of Personality and Social Psychology* 1998, 75:670-680.
- [48] **Hughes, M./Demo, D.:** Self-Perceptions of Black Americans: Self-Esteem and Personal Efficacy, *American Journal of Sociology* 1989, 95:132-159.
- [49] **Mirowsky, J./Ross, C.E.:** Social Patterns of Distress, *Annual Review of Sociology* 1986,12:23-45.
- [50] **Rosenberg, M.:** Self-Concept Research: A Historical Overview, *Social Forces* 1989, 68, s. 34-44.
- [51] Bird ve Fremont, 1991
- [52] **McLeod, J. D./Nonnemaker, J.M.:** Social Stratification and Inequality. Pp. 321-344 in Carol S. Aneshensel and Jo C. Phelan (eds.), *Handbook of the Sociology of Mental Health*. New York 1999.
- [53] **Rogers, R.G./Hummer, R.A./Nam, C.B.:** *Living and dying in the USA*, New York 2000.
- [54] **Elwert, F./Christakis, N.A.:** Widowhood and race. *American Sociological Review* 2006, (71)1,16-41.
- [55] **Baruch, G., Barnett, R./Rivers, C.:** *Lifeprints: neu patterns of love and work for today's women*. New York 1983.

Hiç evlenmemiş erkekler arasında ölüm oranı daha yüksektir^{[56],[57]}. Her yaş-taki evli kadın ve erkek, bekâr olanlara göre daha uzun yaşam beklentilerine sahiptir^[58]. Evli olmayanlar (boşanmış, dul), özellikle hiç evlenmemiş olanlar, ekonomik güvence, fiziksel ve psikolojik sağlık açılarından evlilerle kıyaslandığında, yüksek risk altındadırlar^[59]. Bekârlarda yaşam streslerinin (ekonomik zorluklar gibi) neden olduğu depresyona daha sık rastlanmaktadır^{[60],[61]}. Medeni statü, ciddi kanserleri de içeren birçok hastalık öyküsünde önemli ayırteci bir faktördür. Prostat, göğüs, rahim, baş ve gırtlak kanserli evli hastalar bekâr hastalardan daha iyi bir yaşama sahiptirler^[62]. Testis kanserli bekâr hastalarda ölüm oranı evli olanlardan daha yüksektir. Habis idrar kesesi kanser hastaları (n=5854) üzerinde yapılan bir çalışmaya^[63] göre, zorlayıcı bir tümör ameliyatından sonra evli olanların daha iyi yaşamları olduğu görülmüştür. İdrar kesesi tümörü ameliyatından sonra, evlilere göre bekârlarda ölüm oranı daha yüksektir^[64]. Bekârlarda fiziksel aktivitesizlik daha fazladır, günlük faaliyetleri

[56] Rogers, Hummer ve Nam 2000

[57] Waite ve Gallagher, 2000

[58] **Schulz, R.:** The psychology of death, dying, and bereavement. Reading, MA: Addison-Wesley 1978.

[59] **Tamborini, C.R.:** The Never-Married in old age: Projections and concerns for the near future. Social Security Bulletin 2007, 67, 2.

[60] **Bachrach, L.L.:** Marital status and mental disorder: An analytical review (U.S. Department of Health, Education, and Welfare, Public Health Service, National Institute of Mental Health, Series D., No. 3). Washington, DC: U.S. 1975.

[61] **Glenn, N.D.:** The contribution of marriage to the psychological well-being of males and females. Journal of Marriage and the Family 1975, 37, 594-600.

[62] **Sammon, J.D./Morgan, M./Djhangirian, O./Trinh, Q./Sun, M./Ghani, K.H./Jeong, I.W./Jhaveri, J./Ehlert, M./Schmitges, J./Bianchi, M./Shariat, S.H./Perrotte, P./Rogers, C.G./Peabody, J.O./Menon, M./Karakiewicz, P.I.:** Marital status: A gender-independent risk factor for poorer survival after radical cystectomy 2012, 110, s.1301-1309.

[63] **Gore, J.L., Kwan, L./ Saigal, C.S./Litwin, M.S.:** Marriage and mortality in bladder carcinoma, Cancer 2005, 1, 4, s.1188-1194.

[64] Sammon ve diğ., 2012

daha kısıtlıdır^[65]. Depresyon ve kaygı evli olmayan kişiler için en yaygın ruhsal sorunlardır (Örneğin:^{[66],[67],[68],[69],[70]}).

MEDENİ STATÜ VE İNSAN İHTİYAÇLARI

a) Evrensel/Doğal İhtiyaçlar

İnsancıl yaklaşımın liderlerinden Abraham Maslow'un (1908-1970) öne sürdüğü hiyerarşik bir düzen içinde yer alan ihtiyaçlar, evrensel veya doğal ihtiyaçlardır. Kültür farkı olmaksızın bütün insanlar bu ihtiyaçlara güdülenmektedirler.



Şekil 2: Abraham Maslow'un İhtiyaçlar Hiyerarşisi. Feldman, R.S.'den (2013) uyarlandı; Akt. Aydın (2016^[71])

Şekil 2'de en alt basamaktan başlayıp yukarı doğru dört sırada yer alan ihtiyaçlar “temel ihtiyaçlar”dır. Birinci basamaktaki “su, yiyecek, uyku, hareket, cinsellik” gibi ihtiyaçlar hayati önem taşımakta ve insan neslinin devamını sağlamaktadırlar. İkinci basamaktaki güvenlik ihtiyacı; bireyin hem iç huzur veya psikolojik güven duygusunu, hem de fiziksel ve sosyal çevredeki gerçek

[65] Schoenborn, 2004

[66] **Simon, R. W.:** Revisiting the Relationships among Gender, Marital Status, and Mental Health, *American Journal of Sociology* 2002, 107, 1065-1096.

[67] **Carr, D.S./Utz, R.:** Late-life Widowhood in the United States: New Directions in Research and Theory, *Ageing International* 2002, 27:65-88.

[68] **Turner, R. J./Lloyd, D.A./Roszell, P.:** Personal Resources and the Social Distribution of Depression, *American Journal of Community Psychology* 1999, 27: 643-672.

[69] Menaghan ve Lieberman, 1986

[70] Mirowsky ve Ross, 1986

[71] Feldman, R.S.'den (2013) uyarlandı; Akt. Aydın, 2016.

veya olası tehditlere karşı emniyet duygusunu ifade etmektedir. Üçüncü basamaktaki “karşılıklı sevgi ve bir gruba ait olma” ihtiyacı; evlilik ve aile ilişkileri gibi dostça ilişkileri ifade etmektedir. Dördüncü basamaktaki saygı ihtiyacı ise; öz saygı, özdeğer gibi bireyin kendine karşı duyduğu saygı kadar, başkalarından da saygı görme ihtiyacını ifade etmektedir. Okul başarısı, mesleki başarı, aile kurmak gibi başarılar bireye statü ve saygınlık kazandırmaktadır. Hiyerarşinin en tepesinde yer alan ve üst düzey ihtiyaçları temsil eden “*kendini gerçekleştirme ihtiyacı (self actualization)*” ise şöyle açıklanabilir: Temel ihtiyaçları karşılanan insan, potansiyellerini (kişilik özellikleri, istidatlar, iyi özellikler vb.) gerçekleştirme sürecini (process of fulfilling the potential) başlatabilmektedir. Kendini gerçekleştiren insanlar, psikolojik olarak sağlıklı olup bazı özellikleri şöyledir: Kendini tanır, öz farkındalığı yüksektir, kendini kabul eder, kendine saygı duyar, yeteneklerini en üst düzeyde geliştirmek için çaba gösterir, özgüveni yüksektir, açık görüşlüdür, samimidir, spontandır, sevgi doludur, yardım severdir, diğer insanların fikirlerini çarpıtmadan doğru algılar, adalet anlayışı yüksektir, başkalarını takdir eder, başkalarına saygı duyar. “Aç ayı oynamaz” atasözünde olduğu gibi, temel ihtiyaçları karşılanmayan bir insan, kendini gerçekleştirmeye güdülenemez. Bununla birlikte, öz doğası baskılandığından bazı uyum sorunları da gösterir. Maslow, kendini gerçekleştiremeyen insanların psikolojik olarak sağlıklı olduklarını öne sürmektedir.

Gelişmemiş ve gelişmekte olan ülkelerde yaşayan insanların; temel gereksinimlerini karşılayamamalarından veya bunun için aşırı çaba göstermek zorunda kalmalarından dolayı hiyerarşinin en üst basamağına erişmeleri çok geç, çok güç veya imkansız olmaktadır. Kuramsal olarak, böyle bağlamlarda yaşayan bireylerin kronik stres altında oldukları ve bazı psikolojik belirtiler gösterdikleri yordanabilir. Bu tür insanların sosyal ilişkilerinde de sorunları olduğu tahmin edilmektedir.

TABLO 1- Evli, boşanmış, dul ve hiç evlenmemiş popülasyonların, komşularla, akrabalarla ve arkadaşlarla ilişkilerinden duydukları memnuniyetin yıllara göre dağılımı

MS Yıl	Ev.	Bş.	DL.	He.	Ev.	Bş.	DL.	He.	Ev.	Bş.	DL.	He.
	KOMŞULAR				AKRABALAR				ARKADAŞLAR			
2010	9.6		11.7	9.72	9.05		10.4	9.97	10.17	14.19	11.21	16.13
2011	9.95	9.81	9.63	6.23	9.64	6.67	7.49	6.76	10.57	7.92	8.16	13.45
2012	8.89	5.36	9.24	6.95	7.84 8.07	2.94	7.21	7.43	9.58	5.26	7.73	15.18
2013	8.78	6.91	11.1	7.56		5.75	9.54	7.61	8.87	8.55	10.13	10.91
2014	6.39	7.66	7.19	4.54	5.98	9.76	6.96	5.45	6.58	11.17	7.05	8.52
2015	6.7	4.45	7.5	6.22	6.55	4.74	6.41	6.22	7.37	6.14	6.28	11.2
2016	7.07	5.27	7.07	4.82	6.9	6.12	6.09	5.14				

Ev.: Evli, Bş.: Boşanmış, DL.: Dul, He.: Hiç Evlenmemiş.

Tablo 1’de görülebileceği gibi; Türkiye İstatistik Kurumu’nun (TÜİK) 2010-2016 yılları arasında yaptığı “Yaşam Memnuniyeti” araştırmalarına^[72] göre, insan ilişkilerinden duyulan memnuniyetin hızla azalması, bireysel düzeyde ve insan ilişkilerinde bazı sorunların olduğuna işaret etmektedir. Sosyal ilişkilerden duyulan memnuniyetin yüksek oranda azalması; sosyal destek ve yakın ilişki kurma imkanları kısıtlı olan ortayaş ve yaşlılık dönemindeki bekâr bireylerin ruh sağlığının daha yüksek oranda risk altında olduğunu göstermektedir. TÜİK (2017)^[73] verilerine göre, evlenmelerin azalması ve bekâr sayısının artması, genç yetişkin bekârların da risk altında olduklarını göstermektedir. Temel ihtiyaçların karşılanmaması, bireysel gelişimi engellemekte ve kronik strese yol açmaktadır. Sürekli ve yoğun olarak yaşanan stres, ruh ve beden sağlığını bozmaktadır^[74].

Bir sosyal hukuk devleti olan T.C. Devletinin temelini oluşturan “Temel Hak ve Hürriyetler” açısından “sağlıklı olmak” insanın temel bir hakkıdır. “Sağlık Hakkı; herkes, sağlıklı bir çevrede yaşama ve sağlığını koruyacak tedbirler

[72] TÜİK (2010-2016). Yaşam memnuniyeti araştırmaları sonuçları, <http://www.tuik.gov.tr>, 30 Haziran 2017 tarihinde elde edildi.

[73] TÜİK (2017). Adrese dayalı nüfus kayıt sistemi sonuçları http://www.tuik.gov.tr/PreTablo.do?alt_id=1059# 3 Ocak 2018 tarihinde elde edildi.

[74] Baltaş ve Baltaş 1998

alma hakkına sahiptir.” şeklinde tanımlanmaktadır. “Çevre” fiziksel, toplumsal ve kültürel çevre veya bağlam olarak düşünüldüğünde, bekâr popülasyonların temel ihtiyaçlarını karşılamaları ve en üst düzeyde uyumu gerçekleştirebilmeleri için, toplumsal ve kültürel bağlamlarda iyileştirmelere ihtiyaç duyulmaktadır. Bu da yeni yasal düzenlemeleri gerektirmektedir.

b) Gelişim Dönemleri ve Kritik İhtiyaçlar

Gelişim psikolojisi kuramcısı Robert J. Havighurst’a^[75] göre; insanlar, doğumdan ölüme kadar çeşitli gelişim dönemlerinden geçmektedirler. İnsanların her bir döneme özgü fiziksel, duygusal ve sosyal gelişimsel ihtiyaçları vardır. Döneme ait ihtiyaçlar karşılandığında, insanlar kendilerini güçlü ve değerli hissederek, yaşamdan doyum sağlarlar. Böylece, bir sonraki döneminin gelişim görevlerini karşılamada hazır hale gelirler. Erik H. Erikson’a^[76] göre, insanlar doğumdan ölüme kadar, sekiz gelişim evresinden geçmektedirler. Her bir evrede kritik önem taşıyan psiko-sosyal ihtiyaçlar vardır. Bu ihtiyaçlar karşılandığında, yeterli olgunluğa erişen insan bir sonraki dönemin ihtiyaçlarını karşılamak için hazır hale gelmektedir. Döneme özgü kritik ihtiyaçların karşılanması, bireyi mutlu, doyumlulu ve zorluklara karşı güçlü kılmaktadır. Döneme ait psiko-sosyal ihtiyaçların karşılanmasında, sosyal çevre veya sosyal destek kaynakları büyük öneme sahiptir.

Erikson’un (1980) psiko-sosyal gelişim kuramına göre, evlenme, çocuk sahibi olma, aile kurma gibi “psiko-sosyal” ihtiyaçlar “genç yetişkinlik” dönemine aittir. Gelişim dönemleri ergenlikten sonra şöyle bir sıra izlemektedir: “Genç yetişkinlik, orta yaş ve yaşlılık”. Bu dönemler, Erikson’a (1980) göre aşağıda kısaca açıklanmaktadır.

Genç yetişkinlik dönemi (20-40)–Dostluk veya izolasyon. Genç yetişkinlik döneminde, insanlarla ve özellikle karşı cinsle uzun süreli dostça ilişkiler kurabilmek, evlenmek, çocuk sahibi olmak en önemli psiko-sosyal ihtiyaçlardır. İlişkilerdeki bağlılık, güven ve gösterilen özen mutluluğa yol açmaktadır. Bu aşamadaki başarı, aşkın erdemine götürmektedir (the virtue of love). Dostluk kurmaktan kaçınmak, bağlanmaktan korkmak ise, izolasyona, yalnızlığa ve depresyona yol açmaktadır. Bu ihtiyaçlar en kolay yollardan bu dönemde karşılanmaktadır. Bu dönem kaçırıldıktan sonra, bir sonraki dönemde karşılanması oldukça zor ve hatta imkansızdır.

[75] **Havighurst, R.J.:** Developmental tasks and education (3. Baskı). Michigan Üniversitesi 1972.

[76] **Erikson, E.H.:** Identity and life cycle, New York 1980.

Çocuk sahibi olmak, hem gelişimsel, hem de neslin devamını sağladığından doğal bir ihtiyaçtır. Genç yetişkinlik dönemi bu ihtiyacın karşılanması açısından “kritik” bir dönemdir. Türkiye Nüfus ve Sağlık Araştırması-2008^[77] verilerine göre, en yüksek yaşa özel doğurganlık hızı 25-29 yaş grubunda gerçekleşmektedir. Bu nedenle, 40 yaş çocuk sahibi olmak başta olmak üzere döneme özgü diğer ihtiyaçların karşılanması açısından oldukça geç bir yaştır. 40 yaşlarında evlenip çocuk sahibi olmak isteyen birçok kadın, tüpbebek tedavisi görmek zorunda kalmaktadır. Maddi ve manevi tüm varlığını bu yolda harcamaktadır.

Çocuk sahibi olmayı sınırlandıran en önemli faktör, yaş ilerledikçe döllenmeyi sağlayan yumurta rezervinin azalması ve yumurta “kalitesinin” düşmesidir. Böyle bir riske rağmen, eğitime verilen önemin artmasıyla birlikte, gençler evlenmeyi erteledikleri için ilk evlenme yaşı da yükseldi^[78]. Buna ek olarak, özellikle 1950’lerden sonra hız kazanan köyden kente göç, kentte yaşayan kadınların öğrenimine devam etmesi ve çalışma hayatına atılması ilk evlenme yaşının artışında etkili oldu^{[79],[80]}. İlk evlenme yaşının çeşitli nedenlerle ertelenmesi, evlilikte geçirilen doğurganlık döneminin kısılmasına yol açmaktadır. Dönemin kısılması, doğurganlık örüntüsünde değişikliğe yol açmakta ve olası bir sonuç olarak doğurganlık hızının düşmesine neden olmaktadır. Diğer taraftan kuşaklar arası yaş farkının açılması, nüfusun sayısal olarak artış hızının azalmasına yol açmaktadır. Doğurganlık açısından, Türkiye’nin batı bölgesindeki azalma, doğu bölgelerinden daha fazladır^[81].

Türkiye tarafından 1954’te onaylanmış ve iç mevzuatımızın bir parçasını oluşturan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine göre “evlenme ve aile kurma” insanın temel hak ve özgürlüğüdür. Çocuk sahibi olma ihtiyacı tüm dünyada en yaygın şekilde “evlilik ilişkisi” içinde karşılanmaktadır^[82]. Çocuk sahibi olma veya doğurganlık açısından genç yetişkinlik döneminin etkin bir şekilde değerlendirilmesi, Türkiye’nin doğu bölgeleri ile diğer bölgeleri arasında denge sağlanması, evlenmeyi ertelemiş eğitim düzeyi yüksek ve otalama evlenme yaşını geçmiş bekâr popülasyonların ailelerini kurmalarını kolaylaştırma ve

[77] Türkiye Nüfus ve Sağlık Araştırması-TNSA, Ankara 2008.

[78] **Tezcan, S./Coşkun, Y.:** Türkiye’de 20. yüzyılın son çeyreğinde kadınlarda ilkelvenme yaşı değişimi ve günümüz evlilik özellikleri, Nüfus Bilim Dergisi 2004, 26, 15-34.

[79] **Culpan, O./Marzotto, T.:** Changing Attitudes toward Work and Marriage: Turkey in Transition. Signs, 1982, (8)2, 337-351.

[80] **Erman, T.:** The Impact of Migration on Turkish Rural Women: Four Emergent Patterns, Gender and Society 1998, (12)2, 146-167.

[81] Türkiye Nüfus ve Sağlık Araştırması-TNSA, Ankara 2008.

[82] **Rowland, D.T.:** Demographic Methods and Concepts, New York, USA 2003.

destekleme yönünde yasal düzenlemelerin yapılması gerekmektedir. Türkiye’de evlilik danışmanlığı ve aile danışmanlığı gibi meslekler, Batı kültürü kökenli olup evlendikten sonra uygulanmaktadır. Ama evlenmeden önce, “bekâr” popülasyonlara yönelik hiçbir eğitici ve bilinçlendirici faaliyet yapılmamaktadır. Son ergenlik döneminde başlayıp yaşlılık dönemini de kapsayacak şekilde tüm bekâr bireylere “Bekâr Danışmanlığı” adı altında eğitici, bilinçlendirici, sosyal etkileşime ve destekleşmeye de imkan veren faaliyetler yapılmalıdır.

Orta yetişkinlik dönemi (40-65)–Üretkenlik veya durgunluk. Aile kurulmuştur, kariyerde ilerleme sağlanmıştır. Birey, çocuk yetiştirmekle, kariyerde elde ettiği deneyimlerle ve çeşitli sosyal organizasyonlara, faaliyetlere katılma yoluyla üretici davranır. Daha büyük bir resmin veya varlığın parçası haline gelir. Bu tür amaçlarda ilerleme sağlayamayan kişi, kendini durgunlaşmış (stagnant) veya verimsiz (unproductive) hissetmektedir. Bu aşamadaki başarı, bakım erdemine yol açmaktadır (the virtue of care).

Orta yaşta romantik bir ilişkiyi başlatma ve arkadaşlarla görüşme sıklığı oldukça azalmaktadır. Özellikle bir önceki dönemde ailesini kuramayanlarda, yalnızlık ortaya çıkmaktadır. Bekâr kadınlar, orta yaşta menapoza girdiklerinden doğurganlığın ortadan kalkmasıyla birlikte, yeni romantik ilişkileri başlatma olasılıkları büyük oranda azalmaktadır.

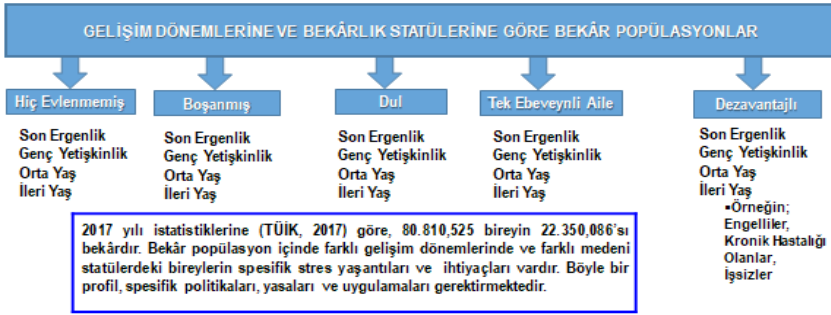
Yaşlılık dönemi (65 ve sonrası)–Bütünleşme veya umutsuzluk. Emeklidir ve üretkenlik yavaş yavaş düşmeye başlar. Birey, geçmişini düşünür, eğer başarılar elde ettiğine ve yaşam amaçlarını gerçekleştirdiğine inanırsa, kendini bütünleşmiş veya tamamlanmış hisseder. Bu aşamadaki başarı, bilgeliğin erdemine (the virtue of wisdom) yol açabilir. Bilgelik, bir kişinin hayatını tamamlanmış görmesine ve ölümü korkusuzca kabul etmesine olanak tanır. Bunların aksine; yaşamını verimsiz olarak görürse, geçmişinden suçluluk duyarsa veya yaşam amaçlarını gerçekleştirmediğine inanırsa, yaşamından memnun olmaz, çaresizlik geliştirir bu da çoğunlukla umutsuzluk ve depresyona yol açar.

Erikson’un öne sürdüklerine ek olarak, yaşlılığın kendi doğasından kaynaklanan başka sorunlar da ön plana çıkmaktadır. Örneğin; yaşa bağlı olarak, fizyolojik değişimlerin neden olduğu hareket kısıtlılığı, sağlık sorunları, bilişsel kapasitenin ve duyu organlarının işlevlerinde ciddi oranlarda düşme, günlük rutin ihtiyaçlarını karşılamada zorlanma, iş yapamama, işe yaramamazlık algısı, evlilerde eş kaybı, akran kayıpları, yalnızlık ve ölüm korkusu birçok yaşlı insanda gözlenebilen gelişimsel streslerdir. Yukarıda anlatılanlar gözönüne alındığında; Türkiye koşullarında, birçok gelişimsel ve doğal ihtiyacını karşılayamamış yaşlı bekârların psikolojik yapılarına umutsuzluk ve depresyon hakim olabilir. Aile yoksunluğuna bağlı olarak, bazı ihtiyaçların karşılanamaması, tek başına

yaşamının getirdiği yorgunluk ve artık yapılacak bir şeyin olmadığı inancı, ıssızlık ve maddi sorunlar kronik depresyon riskini oldukça olası kılmaktadır. 60 veya 65 yaşına gelen bekâr yaşlılara yönelik birçok sosyal, eğitici ve sağlığı geliştirici faaliyet yapılabilir. Yaşlılığa hazırlık, son ergenlik döneminde Bekâr Danışmanlığı faaliyetleriyle başlayarak, denetlenilebilir aktif ve sağlıklı yaşlanma süreci sağlanabilir. Yasal dayanaklarla güçlendirilen “bekâr yaşlılığına” yönelik aktif ve sağlıklı yaşlanma politikalarına ihtiyaç duyulmaktadır.

YASAL TEMELLER

Türkiye’de bekâr popülasyonlara yönelik yasal düzenlemeleri gerektiren geniş bir hedef kitle bulunmaktadır.



Şekil 3: *Gelişim dönemlerine, bekârlık statülerine ve dezavantajlarına göre bekâr popülasyonlar* ^[83]’den uyarlandı.

Şekil 3 incelendiğinde; gelişim dönemlerine, bekârlık statülerine ve dezavantajlı durumlarına göre alt gruplardan oluşan geniş bir bekâr popülasyon olduğu anlaşılmaktadır. Bu profil; sosyo-ekonomik düzeye, cinsiyete, Türkiye’nin bölgelerine göre de çeşitlilik göstermektedir. Bekâr popülasyonların; toplumda daha aktif, daha üretken olmalarını sağlamak ve yaşam standartlarını yükseltmek için yasal düzenlemelere ihtiyaç duyulmaktadır.

Aşağıda yasal düzenlemelere temel oluşturacak Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın bazı maddelerine yer verilmektedir.

[83] **Aydın, K.B.:** Model of autonomous-relational singles counseling (MARSC) in collectivist cultures: Turkey Model. Poster session presented at the 24th Congress of the International Association for Cross-Cultural Psychology: Multiculturalism in a Global Perspective: Benefits and Challenges, The University of Guelph, Canada 2018f, July 1-5.

TÜRKİYE CUMHURİYETİ ANAYASASI'NIN BAZI MADDELERİ^[84]

- *V. Devletin temel amaç ve görevleri: MADDE 5- Devletin temel amaç ve görevleri, Türk milletinin bağımsızlığını ve bütünlüğünü, ülkenin bölünmezliğini, Cumhuriyeti ve demokrasiyi korumak, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri*
- *kaldırmaya, insanın maddî ve manevî varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır.*
- *MADDE 12- Herkes, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir.*
- *MADDE 17- Herkes, yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir.*
- *MADDE 20- Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz. (Mülga cümle: 3/10/2001-4709/5 md.)*
- *Sağlık hizmetleri ve çevrenin korunması: MADDE 56- Herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir. Çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmesini önlemek Devletin ve vatandaşların ödevidir. Devlet, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak; insan ve madde gücünde tasarruf ve verimi artırarak, işbirliğini gerçekleştirmek amacıyla sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini düzenler*

Türk Anayasası'nın temelini "Cumhuriyet", Cumhuriyetin ruhunu Temel Hak ve Hürriyetler, demokrasi gibi yüce değerler oluşturmaktadır. Dolayısıyla, "Cumhuriyet kimsesizlerin kimsesidir" (Mustafa Kemal ATATÜRK).

Bekâr bireylerin; rasyonel olmayan kültürel değerler, toplum baskısı ve yasal boşluklar nedeniyle bazı doğal ve gelişimsel ihtiyaçlarını karşılayamamaları, kendi genetiklerinden çocuk sahibi olamamaları, kriz ve hastalık durumlarında "sosyal destek" imkânı bulamamaları, tek kişilik sosyal güvence ve tek kişilik gelirle yaşamak zorunda kalmaları, ailelerin ön plana çıkarılmasıyla milli gelirden eşit düzeylerde yararlanamamaları, kronik streslere, bağlamsal faktörlerden kaynaklanan risklere ve tehlikelere maruz kalmaları, özel hayata ve kişisel bütünlüğe yoğun toplumsal müdahale, aile kurması için gerekli desteklerin sunulmaması, özellikle eğitimi ön plana çıkarıp aile kurmayı öteleyen iyi eğitilmiş

[84] Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı [TR] https://www.tbmm.gov.tr/anayasa/anayasa_2011.pdf (Erişim Tarihi:01.08.2017).

bekâr kadınların sosyal hayatta atıl kalmaları, aile hayatına ve bekârlık hayatına hazırlayıcı eğitici, geliştirici ve önleyici faaliyetlerin yapılmaması gibi sorunlar T.C. Anayasasının genel ruhuyla ve yukarıdaki maddelerle bağdaşmamaktadır.

Atatürk İlke ve İnkılapları, İnsan Hakları Evrensel Beyanamesi, Temel İnsan Hakları ve Özgürlüklere dayanan Türkiye Cumhuriyeti Anayasası temel alınarak bekâr veya yalnız insanlar için aşağıda bazı öneriler sunulmaktadır.

BEKÂR POPÜLASYONLAR İÇİN ÖNERİLEN YASAL DÜZENLEMELER

1) Her gelişim döneminden (gençlik, orta yaş ve yaşlılık gibi) ve bekârlık statülerinden (hiç evlenmemiş, boşaşmış ve eşi ölmüş olmak gibi) bekâr popülasyonların spesifik kronik stres yaşantıları ve ihtiyaçları vardır. TÜİK^[85] verilerine göre, bu popülasyon toplam nüfusun %25'inden fazlasını oluşturmaktadır. Eğitim düzeyi en yüksek (yüksek lisans ve doktora düzeylerinde) bekâr bireyler, en küçük kitleyi oluşturmakla birlikte beyin gücü en yüksek ve Türkiye'nin gelişmesindeki katkısı en yüksek popülasyondur. Toplam 203.185 lisans üstü düzeyde eğitilmiş bekârların 111.633'ü kadındır. Genetik donanımlarının en iyi olduğu düşünülen üstün nitelikli (yüksek zekalı, iyi eğitilmiş, özel becerileri olan) kadınların ve erkeklerin Türkiye'ye ve Dünya'ya üstün yetenekli çocuklar bırakabilmeleri için, sosyal projelerle en iyi düzeyde desteklenmeleri gerekmektedir. Üstün nitelikli kadınların ve erkeklerin bir arada oldukları gruplar veya sosyal ağlar içinde ortak bilimsel ve sosyal faaliyetlerde bulunmaları, mesleki ve özel becerilerini en üst düzeyde geliştirmeleri, pratik yaşamda karşılaştıkları sorunlara kısa yoldan etkin çözümler bulmaları sağlanabilir. Üstün nitelikli bireyler; özellikle kadınlar gelişmemiş ülkelerde yeterince anlaşılmadıkları ve kıskanıldıkları için yalnız kalmaktadırlar ve daha fazla toplumsal şiddete maruz kalmaktadırlar. Beyin gücü yüksek bireyler; asıl hedefi sosyal destek olan bu ağlar içinde sosyal güç elde edebilirler ve kendilerini emniyet altında hissedebilirler. Bu uygulamayla beyin göçünün de önüne geçilebilir.

2) Çocuk sahibi olmak, doğal bir ihtiyaç ve insan hak ve özgürlüklerine dayanan anayasa kapsamında doğal bir haktır. Evlilik, tüm Dünya'da en yaygın ilişki şeklidir. İnsanları evlenmeye teşvik eden ve evlilikleri devam ettiren en önemli nedenlerden biri çocuk sahibi olmaktır. Bekâr insanlar; evlenmek istemedikleri için veya bireysel yetersizliklerinden dolayı değil, çok çeşitli

[85] TÜİK (2017). Address Based Population Registration System Results (January 3, 2018). On 3 June 2018. http://www.tuik.gov.tr/PreTablo.do?alt_id=1059# was taken from the address.

nedenlerle evli değildirler. Bununla birlikte, evlenmemeyi tercih etmek de doğal bir haktır. Bütün dünya toplumlarında evlenmeyen popülasyonlar vardır. Tüm dünyada olduğu gibi Türkiye’de bekâr sayısı giderek artmaktadır. Kişinin evli olmaması, çocuk sahibi olmasına engel olmamalıdır. Toplumumuzda, birçok insan, çocuk sahibi olabilmek için yanlış kararlar evlenmektedir ve mutsuz bir evliliği sürdürmektedir. Mutsuz aile ortamlarında, sağlıksız çocuklar yetişmekte ve çoğunlukla boşanmayla aile birliği bozulmaktadır. Birçok kadın cinayeti böyle sağlıksız evlilik kararlarıyla ilişkilidir. İnsanlar, evlenmeden de yasal olarak kendi genetiklerinden çocuk sahibi olabilmeliler.

3) Yaşlı, engelli ve hasta ebeveynleriyle birlikte yaşayan ve onların bakımını üstlenen bekâr bireylere Devlet sosyal destek ücreti ödemelidir. Sosyal destek veren kişinin sigortalı bir işi yoksa, sigorta da yapmalıdır. Yaşlı anne ve babaya çoğunlukla, evli olmayan yetişkin çocuklar bakmaktadır. Sıklıkla gözlemlenmektedir ki, evlenen kardeşler kendi ailelerine yoğunlaştıkları için, zamanla anne babalarından ve bekâr kardeşlerinden uzaklaşmaktadırlar. Sosyal destek ücreti ve sigorta uygulaması sayesinde, yaşlılara evde bakım artabilir, yaşlının ve bekâr insanın yaşam kaliteleri yükselebilir, Devletin yaşlı bakımı konusunda yükü de azalabilir. Yapılan araştırmalar, evde yaşayan yaşlıların depresyon düzeyinin, huzurevinde yaşayan yaşlıların depresyon düzeyinden daha düşük olduğunu göstermektedir. Ebeveynlerine sosyal destek veren yetişkin çocuğa, evde bakım, sağlık, güvenlik vb. konularda ücretsiz eğitim verilebilir. Ebeveynlerine sosyal destek hizmeti veren yetişkin çocuğun da tatil yapmaya, kendini geliştirmeye vb. ihtiyacı vardır. Böyle durumlarda, yaşlı ebeveyne geçici olarak huzurevinde bakım verilebilir.

4) Yasal olarak, ailelere eş ve çocuk yardımı, büyükanne ve büyükbabalara torunlarına baktıkları için bakıcı ücreti ödenmektedir. Bekâr insanlara da eşsizlik ve çocuksuzluk parası ödenmelidir. Türk kültüründe ailelerin çoğunluğu çocukları yetiştikten sonra, onlardan sosyal destek alma imkanı bulmaktadırlar. Bekâr insanlar, çoğunlukla orta yaşlarına geldiklerinde anne babalarını da kaybettikten sonra, yapayalnız kalmaktadırlar. Yaş yükseldikçe yalnızlık ve sosyal desteğe duyulan ihtiyaç artmaktadır 45 yaşında ise daha belirgin bir artış olmaktadır^[86]. Bekâr bireylerin, ihtiyaç duydukları yardımları en azından ücret karşılığında alabilmeleri için, ekonomik olarak desteklenmeleri yönünde gerekli yasal düzenlemeler yapılabilir.

5) Bekâr bireylerin, devlete ait huzur evlerinden yararlanabilmeleri için yaşlı olma şartı aranmamalıdır. Her yaşta yetişkin yalnız insan, ihtiyaç duyduğunda ücret ödemedi huzurevinden yararlanabilmelidir. Huzurevleri her yaşta yalnız

[86] Aydın, 2018.

insanın ihtiyacını karşılayacak şekilde düzenlenmelidir. Böylece, “genç-yaşlı dayanışması” (Aydın, 2017a^[87]) da mümkün olabilir. Ayrıca, her yaştan bekâr insanlar için sosyal destek evleri kurulabilir.

6) Devlet; işsiz bekârların işe girene kadar bakımını üstlenebilir, işe girmelerini kolaylaştırabilir. Bekârlara çeyiz yardımı yapabilir. Çünkü; ekonomik yeterlilik evlenmeye ve aile kurmaya temel oluşturmaktadır.

7) Kırk yaş ve üzerindeki bekâr bireyler, işten ve meslekten atılmamalıdır. Hiç kimsesi olmayan 40 yaş ve üstü bekâr bir bireyin (özellikle kadınların) işinden ve/veya mesleğinden atılması hayati riskler taşımaktadır. Kişinin işinden atılmasını gerektiren sorun; tarafsız bir komisyon tarafından objektif ve hızlı bir şekilde değerlendirilebilir, çözüm önerileri ve uygulama planını da içeren bir rapor düzenlenebilir. Gerektiğinde, kişiye yönelik eğitim ve destek programı hazırlanabilir, güvenilir sosyal destek kaynaklarından veya sosyal destek ağlarından yararlanması sağlanabilir.

8) Hiçbir önemli sosyal destek kaynağı (aile üyeleri gibi) olmayan ve yalnız yaşayan bekâr çalışanlar hafta-içi 1 tam gün izin verilebilir. Yazlık izin de artırılabilir.

9) Devlet, bekâr insanın kriz ve önemli hastalık durumlarında anında 7/24 saat canlı sosyal destek (CSD) sunabilir. CSD, kriz yaşayan kişiye yardım sunan, Devletin (ASPB olabilir) sosyal destek ağında kayıtlı olan ve sosyal destek konusunda eğitilmiş olan kişidir. CSD, kriz yaşanan ortama gelip, kriz yaşayan kişiye sosyal destek sunabilir. *Örneğin; bir akşam vakti tek başınıza yürürken kaydınız ve ayağınız kırıldı. Etrafınıza toplanan insanlar, ambulans çağırdılar ve bunlardan hiçbiri sizin için refakatçi olmadan ambulans sizi tek başınıza hastaneye götürdü. Ayağınıza yapılan geçici işlemde sonra, hastanenin ortasında kalakaldınız... Hastanede ayağınızın ameliyatı sebebiyle, geçici olarak yatarken, ilaç içmek için suyunuz bitti. Doktor, hemşire ve diğer personel görevleri olmadığı için size su vermediler. Dışarıdan su alıp getirecek kimseniz yok...* İşte böyle durumlarda, hiç tereddüt etmeden, sosyal destek alınabilmelidir. Ayağınız iyileşene kadar, her türlü ihtiyacınızı Devletin kontrolü altında karşılanabilmelidir. Bununla birlikte; Devlet yalnız insanlar için, ilgi ve ihtiyaçlara göre denetimli sosyal destek ağları kurabilir. Kriz durumlarında bu ağlardan destek alınabilir.

10) Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı (ASPB) yalnızca ailelere değil, bekârlara da hizmetler sunabilir. ASPB, her hafta bekâr popülasyonlar için kişisel gelişim

[87] Aydın, K. B.: *Genç-Yaşlı Dayanışması*. Genç-Yaşlı Dayanışması Panelinde sunuldu. (Üniversite gençleri ve huzurevi yaşlıları birarada gerçekleştirildi.) Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, Ankara 17 Mayıs 2017a.

ve sosyal amaçlı faaliyetler düzenleyebilir. Bu faaliyetler; eğitim, psikolojik destek ve sosyal-kültürel niteliklerde olabilir. Bu faaliyetler sayesinde, ortak ilgiler, ihtiyaçlar ve sorunlara göre sosyal destek ağları kurulabilir. Bu gruplar veya sosyal destek ağları; mesleki becerilerin ve özel becerilerin gelişiminde, günlük yaşamda karşılaşılan sorunlara pratik çözümler bulmada da etkili olabilir.

11) Gelişimsel ve önleyici hizmetler kapsamında, 18 yaş ve üzeri tüm bekâr popülasyonlara “Bekâr Danışmanlığı” hizmeti verilebilir. Üniversiteler, Gençlik ve Spor Bakanlığı’nın gençlik merkezleri, aile yaşam merkezleri, aile hekimi birimleri Bekâr Danışmanlığı için uygun ortamlardır. Bununla birlikte, Bekâr Danışmanlığı üniversitelerin ortak ders havuzunda yer alabilir. Gençlere bu yönde oryantasyon hizmetleri bünyesinde konferanslar verilebilir. Tüm öğrenciler kendilerine açık bu hizmetlerden haberdar edilebilir. T.C. Devlet Bakanlığı Aile Araştırma Kurumu Başkanlığı’nın düzenlediği III. Aile Şûrası’nda^[88] evliliklerdeki sorunların önlenmesi için, evliliğe uyum ve evlilikte iletişim gibi konularda gençlerin ve eş adaylarının bilinçlendirilmesi, eğitim verilmesi, tüm bu çalışmalara halkın katılımının sağlanması için değişik meslek gruplarının öncelikle harekete geçirilmesi gerektiği yönünde öneri sunulmuştur. VI. Aile Şûrası’nda^[89] da Aileye Yönelik Sosyal Yardım Programları ve Aile Yardımları Komisyonunun Raporunda da “önleyici hizmetlere yeterince önem verilmediği” şeklinde rapor düzenlenmiştir.

12) Bekâr Danışmanlığı dersi tüm üniversitelerin Psikolojik Danışmanlık ve Rehberlik, Psikoloji, Psikiyatri ve Sosyal Hizmetlerin ders programlarına zorunlu ders olarak konulabilir. Yükseköğretim programlarında böyle bir dersin yer alması, araştırmacıların dikkatini bekâr popülasyonların ihtiyaçlarına ve sorunlarına çekebilir. İnsanlar evlenmeden önce bekâr oldukları için, toplumun tümünü kapsayan etkin bir hizmet kapasitesi oluşturulabilir. Hizmet sunulacak popülasyonun çok geniş olması ve çeşitliliğinden dolayı, Bekâr Danışmanlığı alanında lisansüstü programlarda bekâr danışmanları yetiştirilebilir. Bekâr Danışmanlığı meslek düzeyine getirilebilir.

13) Engelli ve kronik hastalığı olan bekâr bireylere yönelik, Bekâr Danışmanlığı hizmetleri kapsamında, özel sosyal destek programları uygulanabilir. Bu bireylerin işe girmeleri sağlanabilir.

14) Bekâr birey üzerinde aile ve toplum baskıları azaltılmalıdır.

[88] Türkiye Cumhuriyeti Devlet Bakanlığı Aile Araştırma Kurumu Başkanlığı 1998, III. Aile Şûrası.

[89] Türkiye Cumhuriyeti Devlet Bakanlığı Aile Araştırma Kurumu Başkanlığı 2014, VI. Aile Şûrası

15) Türkiye koşullarında “yalnızlık” ciddi sağlık sorunlarına ve hukuki sorunlara yol açmaktadır. Sağlıkçılara, özellikle aile hekimlerine yalnızlık/bekâr psikolojisi ve Bekâr Danışmanlığı konularında hizmet-içi eğitimler verilmelidir. Hekim uyguladığı tedavinin yanı sıra, hastalığın oluşmasında ve tedavisinde “yalnızlığın” önemli rolü olduğunu bilmelidir, hastayı güvenli sosyal destek ağları hakkında bilgilendirmeli ve bu ağlara yönlendirmelidir. Hukukçulara da (avukat, hakim, savcı gibi) yalnızlık/bekâr psikolojisi ve Bekâr Danışmanlığı konularında hizmet-içi eğitimler verilmelidir. Hukukçular; taraflardan birinin aile desteği yoksa ve yalnız yaşıyorsa, “yalnızlığın” dava konusu sorunun oluşumunda ve doğru mahkeme kararının ortaya çıkmasında “anahtar” bir kavram olduğunu peşinen bilmelidirler, bireyi güvenli sosyal destek ağları hakkında bilgilendirmeliler ve bu ağlara yönlendirmeliler. Dava konusu sorunun oluşması derken, bekâr/yalnız insanın sorunlu birey olduğu kastedilmemektedir. Türkiye koşullarında, (toplulukçu kültür, hukukun etkinliğinin azalması ve diğer bağlamsal faktörler) yalnızlığın savunmasızlık ve zayıflık olarak değerlendirilmesine bağlı olarak daha sık ve yoğun toplumsal şiddete yol açtığı, yalnız veya bekâr insanlara daha fazla sorun yaratıldığı kastedilmektedir.

BEKÂR POPÜLASYONLARA YOĞUNLAŞAN ÇALIŞMALAR

Bekâr Dayanışma Projesi-BEDAP: Bekâr popülasyonlar üzerinde bilimsel araştırmalar yapmak amacıyla, araştırmacı tarafından tasarlanıp 2015 yılından beri yürütülen kapsamlı ve tescilli proje.



Bekâr Dayanışma Derneği (Solidarity Association for Singles)–BEDAD-SAS: BEDAD-SAS, araştırmacı tarafından 2016 yılında kurulmuş bekâr popülasyonlara yönelik sivil toplum kuruluşudur (STK). Amacı; bekâr popülasyonlar üzerinde ulusal ve uluslar arası düzeylerde bilimsel ve sosyal projeler yürütmek, bu popülasyonların ihtiyaçları üzerinde toplumda farkındalık yaratmak, ihtiyaç duydukları sosyal destekleri sunmak ve sunulmasına aracılık etmektir.



Bekâr Danışmanlığı (Singles Counseling) -BD: Araştırmacının, BEDAP kapsamında yaptığı çalışmalar sonucunda geliştirdiği bir kavramdır. Bekâr Danışmanlığı; son ergenlik, genç yetişkinlik, orta yaş ve ileri yaştaki bekâr danışmanların; evlilik, aile ve bekâr hayatına bilinçli ve planlı olarak hazırlanmalarına, içinde buldukları gelişim döneminde sağlıklı ve doyum verici bir yaşam stili geliştirmelerine, bireysel, evrensel ve gelişimsel ihtiyaçlarını karşılayabilmeleri için özgüven ve beceriler kazanmalarına, sahip oldukları medeni statüden doğrudan ve dolaylı olarak ortaya çıkan tüm streslerle etkin yöntemler kullanarak başa çıkmalarına yardımcı olan danışmanlık alanıdır ^[90].

2017 Eğitim Öğretim yılı güz döneminde Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Klinik Psikoloji, Evlilik ve Aile Danışmanlığı Yüksek Lisans Programlarında Bekâr Danışmanlığı adıyla ilk defa seçmeli ders başlatıldı. Bekâr Danışmanlığı dersi öğrencilerin yoğun ilgisiyle devam etmektedir.

[90] Aydın, K.B., 2017b.

KAYNAKÇA

Almeida, D. M./Kessler, R.C.: Everyday Stressors and Gender Differences in Daily Distress, *Journal of Personality and Social Psychology* 1998, 75:670-680.

Antonucci, T.C.: Social supports and social relationships. In R. Binstock/L. George (Ed.), *Handbook of aging and the social sciences*, New York: Wiley, 1990, s. 205-227.

Atkins, G.L.: The Economic Status of the Oldest Old, *Milbank Memorial Fund Quarterly/Health and Society* 1985, 63:395-419.

Aydın, K.B. (2018), [Farklı gelişim dönemlerindeki hiç evlenmemiş bireylerin ihtiyaçları ve stres yaşantıları]. Yayınlanmamış çalışma.

Aydın, K.B.: Model of autonomous-relational singles counseling (MARSC) in collectivist cultures: Turkey Model. Poster session presented at the 24th Congress of the International Association for Cross-Cultural Psychology: Multiculturalism in a Global Perspective: Benefits and Challenges, The University of Guelph, Canada 2018f, July 1-5.

Aydın, K.B.: Bekâr Danışmanlığı ve Özerk-İlişkisel Bekâr Danışmanlığı Modeli: Türkiye’de Yeni Bir Kavram, *Araştırma, Uzmanlık ve Çalışma Alanı. TURAN-SAM* 2017b, 9, 36,707-715.

Aydın, K. B.: *Genç-Yaşlı Dayanışması*. Genç-Yaşlı Dayanışması Panelinde sunuldu. (Üniversite gençleri ve huzurevi yaşlıları birarada gerçekleştirildi.) Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, Ankara 17 Mayıs 2017a.

Aydın, K.B.: Sosyal destek ve önemi. In Kurtman Ersanlı (Ed), *Hedefe Doğru İnsan:Psikolojik Danışmanlık ve Rehberlik Sempozyumu*, Samsun 2016, s. 506-522.

Bachrach, L.L.: Marital status and mental disorder: An analytical review (U.S. Department of Health, Education, and Welfare, Public Health Service, National Institute of Mental Health, Series D., No. 3). Washington, DC: U.S. 1975.

Baltaş, A./Baltaş, Z.: Stres ve başa çıkma yolları, 18. Bası, İstanbul 1998.

Baruch, G., Barnett, R./Rivers, C.: *Lifeprints: neu patterns of love and work for today’s women*. New York 1983.

Bird, C. E./Fremont, A. M.: Gender, Time Use, and Health, *Journal of Health and Social Behavior* 1991, 32,114-129.

Butrica, B.A./Iams, H.M.: Divorced women at retirement: Projections of economic well-being in the near future. *Social Security Bulletin* 2000, 63(3): 3–12.

Carr, D.S./Utz, R.: Late-life Widowhood in the United States: New Directions in Research and Theory, *Ageing International* 2002, 27:65-88.

Coan J.A./Schaefer, H.S./Davidson, R.J. Lending a hand: Social regulation of the neural response to threat. *Psychol Sci.*, 2006, 17 (12):1032-9.

Culpan, O./Marzotto, T.: Changing Attitudes toward Work and Marriage: Turkey in Transition. *Signs*, 1982, (8)2, 337-351.

Chiriboga, D.: Social supports. In G.L. Maddox (Ed.), *The encyclopedia of aging*, New York 2001, s. 962-965.

Doherty, W.J./Jacobson, N.S.: Marriage and the family. In B.B. Wolman (Ed.) *Handbook of developmental psychology*, Englewood Cliffs 1982, s. 667-680.

Elwert, F./Christakis, N.A.: Widowhood and race. *American Sociological Review* 2006, (71)1, 16–41.

Erikson, E.H.: *Identity and life cycle*, New York 1980.

Erman, T.: The Impact of Migration on Turkish Rural Women: Four Emergent Patterns, *Gender and Society* 1998, (12)2, 146-167.

Freedman, E.: Neurotik problem in marriage, G.P. Sholever (Ed.), *Handbook of marriage and marital therapy*, New York 1981.

Garfield, S.L./Sundland, D.M.: Prognostic scales in schizophrenia, *Journal of Consulting Psychology* 1966, 30, 18-24.

Gerstel, N./Riessman, C.K./Rosenfield, S.: Explaining the Symptomatology of Separated and Divorced Women and Men: The Role of Material Conditions and Social Networks.” *Social Forces* 1985, 64:84-101.

Gore, J.L., Kwan, L./ Saigal, C.S./Litwin, M.S.: Marriage and mortality in bladder carcinoma, *Cancer* 2005, 1, 4, s.1188-1194.

Gove, W.R./Tudor, J.F.: Adult Sex Roles and Mental Illness, *American Journal of Sociology* 1973, 78: 812-835.

Gubrium, J.F.: Being single in old age, *International Journal of Aging and Human Development*, 1975.

Glenn, N.D.: The contribution of marriage to the psychological well-being of males and females. *Journal of Marriage and the Family* 1975, 37, 594-600.

Havighurst, R.J.: Developmental tasks and education (3. Baskı). Michigan Üniversitesi 1972.

House, J.S./Lepkowski, J.M./Kinney, A.M./Mero, R.P./Kessler, R.C./Herzog, A.R.: The Social Stratification of Aging and Health, *Journal of Health and Social Behavior* 1994, 35:213-234.

Hughes, M./Demo, D.: Self-Perceptions of Black Americans: Self-Esteem and Personal Efficacy, *American Journal of Sociology* 1989, 95:132-159.

Johnston, M.W./Eklund, S.J.: Life-Adjustment of the Never-Married: A Review with Implications for Counseling. *Journal Of Counseling And Development* 1984, 63, S. 230-236.

Kahn, R. L.: Aging and Social Support, in *Aging from Birth to Death*, M. W. Riley (ed.), Colorado 1979.

Kiecolt-Glaser, J.K./Newton, T.L.: Marriage and health: His and hers. *Psychological Bulletin* 2001,127, 472-503.

Lillard, L.A./Panis, C.W.A.: Marital status and mortality: The role of health. *Demography* 1996, 33, 3, s. 313-327.

Menaghan, E.G./Lieberman, M.A.: Changes in Depression Following Divorce: A Panel Study." *Journal of Marriage and the Family* 1986, 48, 319-328.

Miech, R.A./Shanahan, M.J.: Socioeconomic Status and Depression over the Life Course, *Journal of Health and Social Behavior* 2000, 41,162- 176.

Mireault, M./de Man, A.F.: Suicidal ideation among the elderly: Personal variables, stress and social support, *Social Behavior and Personality* 1996, 24, 4, 385-392.

Mirowsky, J.: Age and the Sense of Control, *Social Psychology Quarterly* 1995, 58,31-43.

Mirowsky, J./Ross, C.E.: Social Patterns of Distress, *Annual Review of Sociology* 1986,12:23-45.

Morris, C.G.: Psikolojiyi Anlamak (H.B. Ayvaşık, M. Sayıl, Çev. Ed.). Ankara 1996.

Murray, J.E.: Marital protection and marital selection: Evidance from a historical-prospective sample of American men, *Demography* 2000, 37, 511-521.

McLeod, J. D./Nonnemaker, J.M.: Social Stratification and Inequality. Pp. 321-344 in Carol S. Aneshensel and Jo C. Phelan (eds.), *Handbook of the Sociology of Mental Health*. New York 1999.

Pearlin, L.I.: The Stress process revisited: Reflections on Concepts and Their Interrelationships.” Pp. 395-416 in Carol S. Aneshensel and Jo C. Phelan (eds.), *Handbook of the Sociology of Mental Health*, New York 1999.

Pearlin, L.I.: Role Strains and Personal Stress, *Psychosocial Stress* 1983, 3-32.

Pearlin, L.I./Joyce S.: Marital Status, Life-Strains, and Depression, *American Sociological Review* 1977, 42:704-715.

Pudrovska, T.: Being Single In Late-Life: Single Strain, Moderating Resources, And Distress, *Master of Arts* 2004.

Robertson, J.F.: Women in Midlife: Crisis, Reverberations and Support Networks, *The Family Coordinator* 1977, 27, s.375-382.

Rogers, R.G./Hummer, R.A./Nam, C.B.: *Living and dying in the USA*, New York 2000.

Rosenberg, M.: Self-Concept Research: A Historical Overview, *Social Forces* 1989, 68, s. 34-44.

Ross, C.E.: Reconceptualizing Marital Status as a Continuum of Social Attachment, *Journal of Marriage and the Family* 1995, 57, s.129-140.

Ross, C.E./Mirowsky, J.: Refining the Association between Education and Health: The Effects of Quantity, Credential, and Selectivity, *Demography* 1999, 36, s. 445-460.

Rowland, D.T.: *Demographic Methods and Concepts*, New York, USA 2003.

Sammon, J.D./Morgan, M./Djahangirian, O./Trinh, Q./Sun, M./Ghani, K.H./ Jeong, I.W./Jhaveri, J./Ehlert, M./Schmitges, J./Bianchi, M./Shariat, S.H./Perrotte, P./ Rogers, C.G./Peabody, J.O./Menon, M./Karakiewicz, P.I.: Marital status: A gender-independent risk factor for poorer survival after radical cystectomy 2012, 110, s.1301-1309.

Simon, R. W.: Revisiting the Relationships among Gender, Marital Status, and Mental Health, *American Journal of Sociology* 2002, 107, 1065-1096.

Schoenborn, C.A.: Marital status and health: United States, 1999–2002. *Advance Data from Vital and Health Statistics* No. 351. National Center for Health Statistics, United States 2004.

Schulz, R.: The psychology of death, dying, and bereavement. Reading, MA: Addison-Wesley 1978.

Smith, J./Borchelt, M./Maier, H./Jopp, D.: Health and Well-Being in the Young Old and Oldest Old, The Journal of Social Issues 2002, 58:715-732.

Tamborini, C.R.: The Never-Married in old age: Projections and concerns for the near future. Social Security Bulletin 2007, 67, 2.

Tezcan, S./Coşkun, Y.: Türkiye’de 20. yüzyılın son çeyreğinde kadınlarda ilkevenlenme yaşı değişimi ve günümüz evlilik özellikleri, Nüfus Bilim Dergisi 2004, 26, 15-34.

Turner, R. J./Lloyd, D.A./Roszell, P.: Personal Resources and the Social Distribution of Depression, American Journal of Community Psychology 1999, 27: 643-672.

TÜİK (2017). Adrese dayalı nüfus kayıt sistemi sonuçları http://www.tuik.gov.tr/PreTablo.do?alt_id=1059# 3 Ocak 2018 tarihinde elde edildi.

TÜİK (2010-2016). Yaşam memnuniyeti araştırmaları sonuçları, (http://www.tuik.gov.tr/PreTablo.do?alt_id=1068), 30 Haziran 2017 tarihinde elde edildi.

Türkiye Cumhuriyeti Devlet Bakanlığı Aile Araştırma Kurumu Başkanlığı. Aileye Yönelik Sosyal Yardım Programları ve Aile Yardımları Sigorta Komisyonu Raporu 2014, VI. Aile Şurası.

Türkiye Cumhuriyeti Devlet Bakanlığı Aile Araştırma Kurumu Başkanlığı 1998, III. Aile Şurası.

Türkiye Nüfus ve Sağlık Araştırması-TNSA, Ankara 2008.

Vaillant, G.E.: Aging well: Surprising guideposts to a happier life from the landmark Harvard study of adult development, Boston 2002.

Ward, R.A.: The never-married in later life, Journal of Gerontology 1979,34, 861-869.

Waite, L.J./Gallagher, M.: The case for marriage Why married people are happier, healthier, and better off financially, New York 2000.

Wilcox, B.: Social support, life stress, and psychological adjustment: A test of the buffering hypothesis, American Journal of Community Psychology 1981, 9, 4, 371-386.

Wilson, C.M./Oswald, A.J.: How does marriage affect physical and psychological health? A survey of the longitudinal evidence. Working paper, University of York and Warwick University 2002.

Winch, R.W.: Mate-Selection: A Study of Complementary Needs, New York 1958.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası: Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı [TR] https://www.tbmm.gov.tr/anayasa/anayasa_2011.pdf Erişim Tarihi: 01.08.2017

Makaleler

Articles

OLMAYAN SUÇ: CUMHURBAŞKANINA HAKARET

Av. Seçkin TÜRKÖĞLU

I- GİRİŞ

Devletin tüm kurumları ve düzenlemeleriyle beraber vasatlığa doğru sürüklendiği bir dönemde bile, hukukçuya yakışan bilimseli hedeflemektir. Vasatlığa teslim olunması halinde kavramların anlamı belirsizleşecektir. Belirsizleşen kavramlar ise siyasi iktidarın elinde adeta bir oyuncak olacaktır. Oysa bilimsel yaklaşım kavramların anlamlarını objektifleştirmeye çalışarak hukuki güvenlik ve hukuki öngörülebilirlik sağlar. Bu anlamda Anayasa'nın dahi sistematikten yoksun bırakıldığı, ruhunun kaybettirildiği bir dönemde Anayasa'yı ve yasaları tekrar savunmak –her ne kadar zor olsa da– adalete hizmet etmektir.

TCK'nın 299. maddesinde tanımlanan cumhurbaşkanına hakaret suçunu işleyen kişi bir yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Suçun alenen işlenmesi halinde verilecek ceza altıda bir oranında artırılır. Bu suçtan dolayı kovuşturma yapılması Adalet Bakanının iznine bağlıdır. Fakat Adalet Bakanı izni tamamen prosedür olup, hakkında izin verilmeyen kimse bugüne kadar olmamıştır.

Cumhurbaşkanı Recep Tayyip Erdoğan'ın göreve başladığı 28 Ağustos 2014 tarihinden itibaren, cumhurbaşkanına hakaret iddiasıyla birçok vatan-
daş hakkında kamu davası açılmaktadır. Öte yandan bu ifadelerin birçoğu Anayasa, Anayasa'nın 90. maddesi uyarınca tarafı olduğumuz uluslararası sözleşmeler ve iç hukuk düzenlemelerimiz uyarınca, ifade hürriyeti kapsamındadır. Yapılan yargılamalar vatandaşlar üzerinde baskı aracına dönüşmüş durumdadır. Şiddet içermeyen veya şiddeti teşvik etmeyen ifadelerin kullanılmasında cezalandırılması yoluna gidilmesinde hukuka uygunluk bulunmamaktadır. Bu yazıda da “İfade Özgürlüğü” ile arasında “Demokrasi” kadar kalın bir çizgi olan “Cumhurbaşkanına Hakaret” suçu ile ilgili olarak; madalyonun iki yüzü anlatılmaya çalışılacaktır. Daha sonrasında ise pozitif hukuk açısından 16 Nisan 2016 referandumu ile siyasetler üstü bir makam olmaktan çıkarılan Cumhurbaşkanlığı makamının siyasi bir makam olduğu anlatılarak suçun hukuki konusunun ortadan kalktığı iddia edilecektir.

II- İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ

a- Devletin İfade Özgürlüğü Karşısında Pozitif ve Negatif Yükümlülükleri

Devletin insan hakları bakımından iki yönlü yükümlülüğü vardır. Olumlu (pozitif) anlamda mali, idari ve hukuki tedbirler almak ve alınan tedbirleri uygulamaya geçirmek zorundadır. Olumsuz (negatif) anlamda da yükümlülükleri vardır ve bu yükümlülük devletin bizzat kendisinin insan hakları ihlallerine yol açmaması gerektiğini ifade eder. İfade özgürlüğünün de içinde yer aldığı ilk kuşak hakların genellikle olumsuz yükümlülük öngördüğü düşünülür. Elbette devletin bu hakkı ihlal etmemek gibi negatif yükümlülüğü vardır. Devlet, ifade özgürlüğü söz konusu olduğunda hareketsiz kalma, karışmama, kaçınma gibi “olumsuz” tutum takınmalıdır. Ancak bu tür bir tutum, hakkın getirdiği yükümlülükler açısından yeterli değildir. Devletin bu özgürlükler söz konusu olduğunda yasal düzenlemeler yapmak, bu özgürlüklerin kullanılmasını kolaylaştıracak yasal önlemler almak, üçüncü kişilerce bu özgürlüklere yönelik gerçekleştirilen müdahalelere karşı kişileri korumak gibi bir dizi önlem alması gerekmektedir.^[1]

Türkiye’de pozitif yükümlülükler açısından temel güvence hükmü Anayasa’nın 5. maddesidir. Madde metnine göre devletin temel amaç ve görevi “... *kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak, temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanların maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır.*” Maddenin gerekçesinde de: “*Temel hak ve hürriyetlerden herkesin yararlanabilmesi, yani bunların herkes tarafından kullanılabilir hale gelmesi için devletin ‘müdahale etmez’ tutumunun yetersizliği nedeniyle, hak ve hürriyetlerin devlet tarafından desteklenmesi yani devletin hak ve hürriyetlerin gerçekleşmesine yardımcı olması gereği de benimsenmiştir*” denilerek 5. madde pozitif yükümlülüklerin güvencesi olarak kabul edilmiştir. Madde diğer hak ve özgürlüklerde olduğu gibi ifade özgürlüğünün korunması, gerçekleştirilmesi ve geliştirilmesini içeren pozitif yükümlülüklerin normatif dayanağını oluşturmaktadır.

Nitekim Anayasa Mahkemesine göre de, devletin pozitif yükümlülük kapsamında, “ifade özgürlüğünün korunması için gerçek ve etkili korunması için gereken tedbirleri almalıdır.”^[2] Mahkeme’ye göre “demokratik çoğulculuğun sağlanmasındaki önemi dikkate alındığında ifade özgürlüğünün kullanılmasında

[1] Ulaş KARAN, İfade Özgürlüğü, “Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitaplar Serisi-2”, s. 89.

[2] AYM, Emin Aydın Kararı, B. No: 2016/2602, 23.01.2014, p. 55, Youtube LLC Corporation Service Company ve diğerleri, B. No: 2014/4705, 29.05.2014, p. 53.

sadece devletin müdahale etmemek şeklindeki negatif bir yükümlülüğünün olduğunun kabulü etkin koruma için yeterli değildir. İfade özgürlüğünün gerçek anlamda ve etkili olarak kullanılabilmesi için devletin müdahale etmeme yükümlülüğünün ötesinde pozitif yükümlülüklerinin de olduğunun kabul edilmesi gerekir.^[3]

b- Türkiye’de İfade Özgürlüğü

İfade özgürlüğü Anayasa tarafından koruma altına alınmıştır:

Anayasa’nın 25. maddesi; “Herkes, düşünce ve kanaat hürriyetine sahiptir. Her ne sebep ve amaçla olursa olsun kimse, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz; düşünce ve kanaatleri sebebiyle kınanamaz ve suçlanamaz.”

26. maddesi; “Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Bu hürriyet resmî makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak ya da vermek serbestliğini de kapsar. Bu fıkra hükmü, radyo, televizyon, sinema veya benzeri yollarla yapılan yayımların izin sistemine bağlanmasına engel değildir.” hükümlerini içermektedir.

Oysa ülkemizde düşünce ve ifade özgürlüğünün giderek gerilediği artık herkesçe bilinen bir gerçektir. Özellikle de Cumhurbaşkanı Recep Tayyip Erdoğan’a yönelik her türlü eleştiri soruşturma, ceza, tutuklama gibi tehditlerle karşı karşıya bırakılmakta, toplum sindirilmeye çalışılmaktadır.

Mahkemelerce de bu konuda verilebilecek bir cezanın düşünce ve ifade özgürlüğü açısından ihlale yol açacağı ve ilerleyen aşamada bu ihlalin tespitiyle birlikte ülkemizin tazminata mahkûm olacağı açıktır. Ancak maalesef ülkemizde bağımsız ve tarafsız bir yargıdan bahsedebileceğimiz günler artık geride kalmıştır. Bu konuda AİHM içtihatları doğrultusunda bir karar veren bir yargıcın inandırıcılıktan yoksun her çeşit suçlamayla karşı karşıya kalabileceği, mesleğinden olabileceği açıktır.

Bu bakımdan 15.02.2017 tarihinde **Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri** tarafından yayınlanan **Memorandum**’a değinmek gerekmektedir.^[4]

Memorandumun II. Kısmı “İfade Özgürlüğünü Kısıtlayan Yargı Tacizi” başlığını taşımaktadır. Burada hükümetin “üzerinde büyük güç sahibi olduğu”

[3] AYM, İter Nur Kararı, B. No: 2013/6829, 14.04.2016, p. 24.

[4] Türkiye’de ifade özgürlüğü ve medya özgürlüğüne ilişkin Memorandum, Nils Muižnieks, Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri, CommDH(2017)5, 15 Şubat 2017.

Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu da değerlendirilmekte ve hâkimlerin ifade özgürlüğünü destekleyen tartışmalı kararlar almak suretiyle dikkat çekmek istememe gibi eğilimlerin ortaya çıktığı not edilmektedir. Komiser raporunda Cumhurbaşkanına Hakaret suçuna özel bir başlık da açmakta ve bir önceki raporunda bu suça ilişkin açıklamalarına yer vermektedir. Buna göre ülkemizdeki uygulamaların 46 Avrupa Konseyi devleti eşi benzeri yoktur ve “*bu maddenin kullanımını Cumhurbaşkanına ve bu vesileyle onun desteklediği her türlü politikanın her türlü eleştirinin bastırılması için bir araç haline gelmiş olduğu ve fark gözetmeksizin emsali olmayan bir seviyede herkese karşı başta gazetecilere, karikatüristlere, akademisyenlere, ünlülere, öğrencilere ve bazıları reşit dahi olmayan öğrencilere yöneldiği görülmektedir.*” Komiser bu hükmün AİHM içtihatlarına aykırı şekildeki uygulamalarının artık yargı tacizine vardığını belirtmektedir. Bu da ifade özgürlüğünün sınırlarından Demokratik bir toplumda gereklilik ilkesinin ne kadar aşındığına delildir.

c- Yerel Mahkemeler Bağlamında İfade Özgürlüğü

Ülkemizde nadir de olsa yerel mahkemelerin de AİHM içtihatları doğrultusunda kararlar verdikleri görülmektedir. Bu nedenlerle tamamen aynı ifadelerin suçlama konusu yapıldığı kararlardan cumhurbaşkanına hakaret dosyalarına emsal sunulmak üzere üç örnek aşağıdadır:

Ankara 10. Asliye Ceza Mahkemesi’nin henüz çok yeni bir tarihte verdiği **2016/682 Esas** ve **2016/763 Karar** sayılı, 01.11.2016 tarihli Gerekçeli Kararı’nda da önce yukarıda da değinilen Anayasa 2. ve 26. maddelerine atıfta bulunulmuş, devamla “*Düşünce özgürlüğü bir olayda hakaret ve kasten yaralamaya dönüştüğünde, düşünce özgürlüğünden bahsedilemez. Olayda sanığın Cumhurbaşkanı’na hakaret ettiğinden bahsedilmiş ise de, halkın temsilcilerinin eleştirilere daha açık olmaları, bireylerin de eleştirilerini güvenli ve daha rahat biçimde dile getirerek sorunlarını açıklayabilmeleridir.* Bu diktatör suçlaması kişiye sövmek ve hakaret etmek kastını taşımayıp eleştiri ve tenkit düzeyinde kaldığından sanığın **BERAATİNE** karar verilmiştir.” denilmiştir.

Çanakkale 2. Asliye Ceza Mahkemesi 2015/247 Esas ve **2015/538 Karar** sayılı ilamında; “*.Cumhurbaşkanının, seçilmeden önce hükümeti kuran ve iktidarda bulunan Adalet ve Kalkınma Partisi’nin genel başkanı ve Başbakan olduğu, yukarıda bahsi geçen tutuklamaların daha önce uzun süre başbakanlık yapan mağdurun ve başında bulunduğu iktidar partisinin uygulamalarından, mağdurun tutum ve davranışlarından kaynaklandığını düşünen sanık ve yanındakilerin, bu durumu eleştirmek ve protesto etmek amacıyla toplantı düzenleyerek basın açıklaması*

yaptıkları, açıklamanın öncesinde ve sonrasında siyasi eleştiri kapsamında bahsi geçen sloganların atıldığı, sloganların grubu oluşturan kişilerin gündemde olan bu konu ile birlikte mağdurun ve daha önce genel başkanı olduğu iktidar partisinin uygulamalarını, mağdurun, kendilerinin de içinde bulunduğu toplumun bir kesimi açısından uygun olmayan tutum ve davranışları ve söylemleri ile ilgili düşünce ve duygularını açıklama niteliğinde olduğu, yapılan toplantı ve atılan sloganların Türkiye tarafından da imzalanmış Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin koruduğu düşünce, düşünceyi yayma ve ifade özgürlüğü kapsamında kaldığı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin yerleşik kararlarına göre, Anayasa ve yasalar ile öncelikle de sözleşmeyle koruma altına alınan ifade özgürlüğü kapsamında taraflı düşüncelerin açıklanabileceği, düşünce ve görüşler açıklarken sözleşme kapsamında kamuoyunu şiddete teşvik etmediği sürece saldırgan, ağır kelimeler kullanabileceği, siyasi kimliği olan kişiler hakkında bu tarz düşünce açıklamalarında bulunulabileceği, mağdur gibi daha önce siyasi kişiliği bulunan ve kamuoyuna mal olmuş kişilerin, siyasi kişilik taşıdıkları dönemde yerine getirdikleri görevlerini yaparken izledikleri yol açısından bu tarz eleştiri ve düşünce açıklamalarını göğüslemek zorunda oldukları, olay günü yapılan toplantıda, tutuklamalarla beraber, Soma'daki maden kazasında ve Gezi Parkı olaylarında yaşanan ölümlerden sorumlu oldukları düşüncesi ile iktidar partisinin ve o dönemlerde partinin başında yer alan mağdur başbakanın, meydana gelen olaylar öncesi ve sonrası tutum ve davranışlarına, izledikleri politikalara karşı protesto mahiyetinde görüşlerin ve eleştirilerin atılan sloganlarla dile getirildiği, mağdurun başbakan olduğu dönemde hakkında yapılan yolsuzluk soruşturmalarına konu olup kamu oyuna yansımış olayların da aynı kasıtlı sloganlarla dile getirildiği, "Hırsız", "Katil" ve "Diktatör" sözlerinin bu bağlamda ifade, düşünce ve düşünceyi açıklama, yayma özgürlüğü kapsamında kaldığı, olay tarihinde gerçekleşen toplantıda herhangi bir şiddet veya kişileri kin ve nefrete sürükleme unsurunun da bulunmadığı, Cumhurbaşkanı hakaret suçu Türk Ceza Kanununda özel olarak düzenlenmiş ve müeyyidelendirilmiş ise de mevcut anayasal düzenlemede devletin başı olan Cumhurbaşkanı'nın tarafsız ve toplumun tüm kesimlerine aynı mesafede olduğunun kabul edildiği ve temsil ettiği maddi ve manevi değerler açısından bu sıfatı taşıyan kişilerin özel olarak korunması yoluna gidilerek, onlara yönelik hakaret suçunun ayrı bir maddede düzenlendiği, mağdurun, Cumhurbaşkanı olduktan sonraki birtakım davranışları ve sözlerinin, toplumun bazı kesimlerinde halen iktidarda bulunan partinin genel başkanı gibi hareket ettiği, eski partisi ile bağlarını kopartmadığı algısını oluşturduğu ve halen siyasi kişilik taşıdığı düşünülerek mevcut olaydaki gibi protestolara konu olduğu, bununla birlikte bahsi geçen sloganları sanıkla beraber atan ve toplantıya katılan diğer şahıslar hakkında herhangi bir işlem yapılmamasının da Anayasa ve yasalar önünde eşitlik ilkesine aykırılık oluşturduğu, tüm bu açıklanan nedenlerle sanığın

atılı suçtan beraatine karar vermek gerektiği kanaatine varılmış, aşağıdaki şekilde hüküm kurulmuştur.” denilerek sanıkların **BERAATİNE** karar verilmiştir.

Sinop 2. Asliye Ceza Mahkemesi ise **2015/340 Esas** ve **2015/473 Karar** sayılı vermiş olduğu beraat kararında “Mahkeme somut davanın kendine has koşulları dikkate alındığında ve devlet başkanına hakaret sebebiyle verilen mahkumiyetin yararını ve başvurana üzerindeki etkisinin tarttıktan sonra kamu yetkililerinin cezalandırma yoluna başvurmalarının hedeflenen amaç ile orantılı olmadığına ve dolayısıyla demokratik bir toplumda gerekli olmadığına karar vermiştir. Nihayet kovuşturmanın Cumhurbaşkanının girişimi ile değil iç hukuk hükümleri uyarınca savcılık tarafından başlatıldığını da vurgulamak gerekir. Somut olayda sanıkların “hırsız katil Erdoğan” şeklinde slogan attıkları sabittir. Ancak AİHM kararlarında da belirtildiği üzere bir siyasetçiye siyasetçi olması dolayısıyla yöneltilen eleştirinin sınırları sıradan bir kişiye yöneltilen eleştirilinin sınırlarından daha geniştir: ikincisinin aksine birincisi zorunlu ve bilinçli olarak fiillerini ve davranışlarını vatandaşların ve gazetecilerin dikkatli bir kontrolüne açık bırakmaktadır dolayısıyla siyasetçinin daha fazla hoşgörülü olması gerekmektedir ve kamu yetkililerinin cezalandırma yoluna başvurmalarının hedeflenen amaç ile orantılı olmadığına ve dolayısıyla demokratik bir toplumda gerekli olmadığına karar vermiştir. ... 5237 sayılı TCK'nun 299/1.maddesine göre cezalandırılması istemiyle kamu davası açılmış ise de sanıklara yüklenen fiilin kanunda suç olarak tanımlanmamış olması nedeniyle 5271 Sayılı CMK'nun 223/2-a maddesine göre **AYRI AYRI BERAATLERİNE...**” ifadelerine yer vererek AİHM içtihatlarına uygun karar vermiştir.

d- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Açısından

i. Genel Olarak

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 90/5. maddesi uyarınca usulüne uygun yürürlüğe giren uluslararası sözleşmeler kanun hükmündedir. Bu kapsamda AİHS'de düzenlenen hak ve özgürlükler iç hukukumuzun bir parçası olarak değerlendirilmelidir. Sözleşme'nin 9. maddesi inanç özgürlüğünü, 10. maddesi ifade özgürlüğünü ve 11. maddesi örgütlenme özgürlüğü hükümlerini düzenlemekte ve güvence altına almaktadır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi sözleşmede düzenlenen bu hakları içtihatlarıyla açıklamış ve evrensel ölçütleri ortaya koymuştur.

İfade özgürlüğü büyük ölçüde eleştiri özgürlüğünün güvence altına alınmasını hedeflemektedir.^[5] AİHM kararlarında en çok yer tutan ifadeler siyasi nitelikli ifadelerdir. AİHM siyasi ifade özgürlüğüne diğer ifade türleri ile karşılaştırıldığında ayrıca bir önem atfetmektedir. AİHM e göre siyasi tartışma özgürlüğü “*Tüm demokratik sistemlerin temel ilkesidir*”.^[6] Mahkemeye göre hükümetler yalnızca yasama organı ve yargı tarafından denetlenmemelidirler, hükümetler aynı zamanda halk ve kitlesel medya tarafından da denetlenmeleri gerekmektedir.^[7] Hükümetler hem ağır eleştirilere hoşgörü göstermeli, hem de öngördükleri sınırlayıcı önlemlerin ifade özgürlüğü üzerinde caydırıcı etki doğurmasını engellemelidirler.^[8]

AİHM’in siyasi ifadeler konusundaki yaklaşımına göre kamusal organların denetimi bir yurttaşlık görevidir ve yurttaşların bu görevi yerine getirirken ağır ve sert bir üslup kullanması mümkündür. Mahkemeye göre hükümet kendisine yöneltilen ağır ve sert eleştirilere etkili bir şekilde cevap verebilecek konumdadır. Özellikle siyasetçilerin ifade özgürlüğünü kullandığı durumlarda daha az sınırlayıcı olabilecek müdahaleye başvurusu beklenmektedir.^[9]

Anayasa Mahkemesine göre hükümetlere ve siyasetçilere yöneltilen eleştirinin sınırı da özel kişilere göre daha geniştir.^[10] “Siyasi tartışma özgürlüğünün ‘tüm demokratik sistemlerin temel ilkesi’ olduğu göz önüne alındığında diğer ifade türlerine nazaran, başvuru konusu konuşmalardaki gibi siyasal politikaları veya açıklamaları muhalif bir tarzda ele alan siyasi ifade özgürlüğüne ayrıca önem vermek gerekmektedir.”^[11]

Bu doğrultuda verilen kararlardan 3 adet emsal göstermek gerekirse:

[5] AYM, Bekir Coşkun Kararı, B. No: 2014/12151, 4/6/2015, p. 64.

[6] AİHM, Lingens/Austria, Appl. No: 9815/82, 08.07.1986, p. 41-42.

[7] AİHM, Şener/Turkey, Appl. No: 26680/95, 17.08.2000, p. 40.

[8] Ulaş KARAN, İfade Özgürlüğü, “Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-2”, s. 8.

[9] D. J. Harris, M. O’Boyle, E. P. Bates, C. M. Buckley, Avrupa İnsan Hakları Hukuku, Çev. Mehveş Bingöllü, Ulaş Karan, Avrupa Konseyi, Ankara, 2013, s. 468

[10] AYM, Bekir Coşkun Kararı, B. No: 2014/12151, 4/6/2015, p. 69.

[11] AYM, Tansel Çölaşan Kararı, B. No: 2014/6128, 7/7/2015, p. 64.

ii. Handyside/Birleşik Krallık Kararı

AİHM yerleşik içtihatlarından **Handyside v. Birleşik Krallık**^[12] kararının 43-53. paragrafları arasında ifade özgürlüğü ve bu özgürlüğe getirilebilecek standartları belirlemiştir. Buna göre ifade özgürlüğünü:

1. “Müdahalenin hukuken öngörülmüş sınırlar içerisinde olması (ifade özgürlüğünü çeşitli durumlarda sınırlayan yasaların mutlaka mevcut olması)”
2. “Müdahalenin meşru bir amaca sahip olması” ve
3. “Müdahalenin demokratik bir toplumda gerekliliği sorunu” çerçevesi içerisine yerleştirmiştir.

Aynı kararda devamla, “*İfade özgürlüğü, toplumun ilerlemesi ve her insanın gelişmesi için esaslı koşullardan biri olan demokratik toplumun ana temellerinden birini oluşturur. İfade özgürlüğü, 10. maddenin sınırları içinde, sadece lehte olduğu kabul edilen veya zararsız veya ilgilenmeye değmez görülen ‘haber’ ve ‘düşünceler’ için değil, ama ayrıca Devletin veya nüfusun bir bölümünün aleyhinde olan, onlara çarpıcı gelen, onları rahatsız eden haber ve düşünceler için de uygulanır. Bunlar, çoğulculuğun, hoşgörünün ve açık fikirliliğin gerekleridir; bunlar olmaksızın demokratik toplum olmaz. Bu demektir ki, başka şeyler bir yana, bu alanda getirilen her ‘formalite’, ‘koşul’, ‘yasak’ ve ‘ceza’, izlenen meşru amaçla orantılı olmalıdır.*” kayıt altına alınmış ve AİHM yerleşik içtihatları da bu doğrultuda şekillendirilmiştir.

iii. Lingens/Avusturya Kararı

AİHM içtihatlarından en önemlilerinden birisi de **Lingens v Avusturya** kararıdır.^[13] Mahkeme bu kararının 35. paragrafında ifade özgürlüğüne kamu makamları tarafından müdahale yapıldığını ifade etmiş; Handyside kararındaki gibi ifade özgürlüğüne getirilecek sınırlamaları aynen sıralamıştır.

Mahkeme Lingens adlı bir gazetecinin Avusturya Başbakanı Kreisky hakkında bir yazısında “*aşağılık oportünist, ahlaksız, onursuz*” ifadelerini kullanmasının cezalandırılması karşısında verdiği kararda 42. paragrafta şu yorumda bulunmuştur:

“*Daha genel olarak siyasal tartışma özgürlüğü, Sözleşme’nin her noktasına ege-men olan demokratik toplum kavramının tam da merkezinde yer alır. O halde, bir siyasetçiye yönelik eleştirilerin kabul edilebilir sınırları, özel bir şahsa yönelik eleştiri sınırına göre daha geniştir. **Bir siyasetçi, özel şahıstan farklı olarak,***

[12] AİHM, Handyside/United Kingdom, Appl No: 5493/72, 07.12.1976.

[13] AİHM, Lingens/Austria, Appl. No: 9815/82, 08.07.1986.

her sözünü ve eylemini bilerek ve kaçınılmaz bir biçimde, gazetecilerin ve halkın yakın denetimine açar; bu nedenle daha geniş bir hoşgörü göstermek zorundadır. Hiç kuşku yok ki, Sözleşme'nin 10/2. fıkrası, başkalarının, yani bütün bireylerin itibarının korunmasına imkân verir; bu koruma, siyasetçileri şahsi sıfatları dışında hareket ettikleri zaman da içine alır. Ancak bu gibi durumlarda söz konusu korumanın gerekleri, siyasi meseleleri açık biçimde tartışmanın yararıyla bağlantılı olarak tartışılmalıdır.

“...Ne var ki olay Kreisky'nin bir siyasetçi sıfatıyla ilgili olduğundan bu yazıların yazıldığı ortama bakılması gerekir. Bu yazılar Ekim 1975 seçimlerinden hemen sonra çıkmıştır. Seçimler öncesinde birçok Avusturyalı Kreisky'nin partisinin mutlak çoğunluğu kaybedeceğini ve hükümet kurabilmek için Peter'in partisyle bir koalisyon oluşturacağını düşünmüştür. Seçimlerden sonra Wiesenthal Peter'in nazi geçmişiyile ilgili açıklamalarda bulununca başbakan da Peter'i savunmuş ve kendisini kötileyenlerin faaliyetlerini “mafya yöntemleri” olarak tanımlamak suretiyle onlara saldırmıştır; işte bunun üzerine Lingens sert bir tepki göstermiştir. O halde tartışma konusu ifadeler seçim sonrası siyasal tartışma ortamı içinde ele alınmalıdır. Başvurucuya verilen Ceza ve buna dair ulusal mahkemelerin gerekçeleri sözleşme bakımından değerlendirilirken bu koşullar göz ardı edilmemelidir...”

“...başvurucunun ifade özgürlüğünü kullanmasına yapılan müdahalenin “başkalarının itibarlarının korunması için demokratik bir toplumda gerekli” bir müdahale olmadığı, izlenen meşru amaçla orantılı olmadığı anlaşılmaktadır. Buna göre sözleşmenin 10. maddesi ihlal edilmiştir...”

iv. Eon/Fransa Kararı

AİHM yakın zamanda da benzer bir olayda ihlal kararı vermiştir. **Eon v. Fransa**^[14] davasında mahkeme Fransa Cumhurbaşkanı Sarkozy hakkında “Defol Git Gerizekali” yazan bir döviz kaldıran başvurulara verilen para cezasının ifade özgürlüğünün ihlali olduğu sonucuna varmıştır.

Mahkeme demokratik bir toplumda gereklilik ölçütü üzerinden gitmiş burada verilen cezanın demokratik bir toplumda gerekli olmadığı sonucuna varmakta bu tarz cezaların **caydırıcı** bir etkisi olduğundan bahsetmiştir. “Mahkeme 10. maddenin 2. fıkrasının, siyasi söylem ve tartışma alanında ifade özgürlüğünün en üst düzeyde önem taşıdığı ve kamuyu ilgilendiren genel nitelikli sorunlara ilişkin alanlarda ifade özgürlüğüne sınırlama getirilmesine kesinlikle izin vermediğini hatırlatmaktadır.” şeklindeki gerekçeyle ifade hürriyetinin sınırlarını açıklamıştır.

[14] AİHM, Eon v. Fransa, Başvuru No: 26118/10, K.T. 14.03.2013.

Bu bakımdan AİHM kararlarında belirtildiği üzere “*siyasi meselelerin açık biçimde tartışılmasının yararıyla bağlantılı olarak tartışılmalıdır*” ve “*bir siyasetçiye yönelik eleştirilerin kabul edilebilir sınırları, özel bir şahsa yönelik eleştiri sınırına göre daha geniştir*” içtihadı kapsamında suç olarak nitelendirilemez. Burada cumhurbaşkanının hukuki ve siyasi sorumluluğuna işaret edildiği tartışmasız şekilde ortadadır. İddia makamı her ne kadar hakaret olarak nitelemiş ise de olay yukarıda anlatılan bütünlükte değerlendirilmelidir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin siyasetçilerin eleştirilere karşı hoşgörülü olması gerektiği yorumu istikrarlı bir içtihattır. Buna göre siyasal tartışmaların sertliği ve siyasetçinin bu tartışmadaki payının da değerlendirildiği ve bir denge unsuru gözetilmektedir. Bu nedenlerle Türkiye Cumhuriyeti’nde aynı zamanda Parti Genel Başkanı da olan Devlet Başkanı hakkındaki ifadelerin söylendiği ortam önem, suçun maddi ve manevi unsurlarının tespiti bakımından arz etmektedir.

III- KANUNİLİK ÖLÇÜTÜ

Anayasa’nın 90. maddesine göre “*usulüne uygun olarak yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır.*”

Anayasa Mahkemesine göre “Anayasa’nın 90. maddesinin 5. fıkrası uyarınca, sözleşmeler hukuk sistemimizin bir parçası olup, kanunlar gibi uygulanma özelliğine sahiptir. Yine aynı fıkraya göre, uygulamada bir kanun hükmü ile temel hak ve özgürlüklere ilişkin olan sözleşme hükümleri arasında bir uyuşmazlığın bulunması halinde, sözleşme hükümlerinin esas alınması zorunludur. Bu kural bir “zımni ilga” kuralı olup, temel hak ve özgürlüklere ilişkin sözleşme hükümleriyle çatışan kanun hükümlerinin uygulanma kabiliyetini ortadan kaldırmaktadır.”^[15]

Anayasa’nın 90. maddesi ve Anayasa Mahkemesinin açık içtihatlarının açık olarak gösterdiği üzere Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarıyla Sözleşme’ye aykırı olduğu şüpheye yer bırakılmayacak şekilde tespit edilmiş olan hükümlerin hukukumuzda uygulanabilirliği yoktur. Çünkü bu hükümler Anayasa Mahkemesi’nin ifadesiyle “zımnen ilga” edilmiştir.^[16]

[15] AYM Sevim Akat Ekşi Kararı, B. No: 2013/2187, 19/12/2013, p. 45.

[16] AYM, Neşe Aslanbay Akbıyık Kararı, B. No: 2014/5836 16/04/2015, p. 44.

Bir suçun varlığı ve şüphesiz suça karşılık uygulanacak cezai yaptırımın haklılığı için, bir suçu hukuk âleminde var eden hukuki ve maddi olguların varlığı aranır ki; bilindiği üzere ceza hukuku öğretisinde bu kavram “suçun kurucu unsurları” olarak adlandırılmaktadır. Suçun kurucu unsurları içinde, her suç tipinde varlığı aranan bir “genel kurucu unsur” olarak da karşımıza, diğer genel kurucu unsurlar yanında “ihlalsiz suç olmaz” ilkesi gereği “suçun hukuki konusu” da çıkmaktadır.

Ceza hukuku öğretisi bu unsur: “Hukukça korunan, tabii bundan ötürü kendisine “hukuki değer” veya “hukuki menfaat” denen varlık, yani ceza normunun bir ceza tehdidi ile olası saldırılardan korumayı amaçladığı “şey” anlaşılmaktadır.^[17]

5237 Sayılı TCK’nın 299. maddesinde tanımlanan “Cumhurbaşkanına Hakaret” suçunun hukuki konusu ise, şüphesiz bir siyasi olgu/makam olarak siyaset üstü makam olan Devlet Başkanlığıdır..

Nevzat Toroslu’nun da doktrindeki görüşüne göre: “*Belirtmek gerekir ki, özeli hakaret hallerinde failin hareketi, bir kişinin şerefini ihlal etmekle kalmamakta, ayrıca başka bir hukuki varlığı da ihlal etmektedir. Kanun, bu hallerde, kişinin şeref varlığından çok başka bir varlığı korumak istemektedir. Bu nedenle özel hakaret suçlarında suçun pasif süjesi şerefi ihlal edilen kişi değil bu suçlarla ihlal edilen diğer bir varlığın hamili, yani çoğu defa devlettir. Şerefi ihlal edilen kişi suçun maddi konusudur. Örneğin cumhurbaşkanına hakaret edilmesi durumunda, onun her insan gibi sahip olduğu şeref varlığından çok, temsil ettiği makamın yani devletin manevi dokunulmazlığı korunmaktadır. Bu nedenledir ki, söz konusu suç kişilere karşı suçlar bölümünde değil <Devlete karşı suçlar> bölümünde düzenlenmiştir.*”^[18]

Madde gerekçesinde de ifade olunduğu üzere yasa koyucu; “Cumhurbaşkanının devleti temsil etmesi ve Anayasada belirtilen görev ve yetkileri göz önüne alınarak onun kişiliğine yöneltilen hakaretin bir bakıma Devlet kuvvetleri aleyhinde cürümlerden sayılması” yoluna gitmiştir. Diğer bir ifade ile yasa koyucu, Cumhurbaşkanının Anayasada tanımlanan siyasi taraflar ve erkler üstündeki manevi konumunu, ayrı bir suç düzenlemesi ile korumayı elzem görmüştür.

Mülga 765 Sayılı TCK lafzında da 158. maddede aynı suç düzenlemesi, aynı gerekçe ve hukuki yarar saiki ile düzenlenmiş bulunmaktadır.

Öğreti ve yerleşik yargı kararlarında da, Cumhurbaşkanının Anayasa 104. maddesi gereği “Devletin başı” olduğu, bu sıfatıyla “Türkiye Cumhuriyetini ve

[17] Zeki HAFIZOĞULLARI, Muharrem ÖZEN, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, US-A Yay., B. 6, Ankara 2012, s.225.

[18] Nevzat TOROSLU, Ceza Hukuku Özel Kısım, Savaş Yay., Ankara 2013, s. 103.

Türk Milletinin birliğini temsil ettiği”, bu özgün konumundan kaynaklı “kamu görevlileri arasında Cumhurbaşkanının istisnai bir konum taşıdığı”, burada bir kişinin yararını korumaktan daha önemli olarak “devlete ilişkin bir hukuki yararın korunmasının amaçlandığı”, ifade edilmektedir. Daha somut bir ifade ile bu suç, **“Cumhurbaşkanı olan kişiye karşı işlenmekte ise de, suçla korunan ve bu nedenle ihlal edilen hukuki değer devletin siyasi iktidar yapısıdır”**.^[19]

Nitekim TCK lafzında yalnızca “Cumhurbaşkanı” için ayrı bir suç düzenlemesi mevcut olup; bunun yanında başbakanı, bakanları ve hatta yasama organı başkanını ve diğer herhangi bir kamu kişisini/makamını ayrıca korumayı amaçlayan/hukuki konu kılan bir başka suç düzenlemesi, ceza yasasında yer bulmamaktadır.

Öte yandan 5237 sayılı TCK’nin 299. maddesinde tanımlanan “Cumhurbaşkanına Hakaret” suçu, 5237 sayılı TCK’nin 125. maddesinde yer alan “hakaret” suçundan farklı olarak, doğrudan “Dördüncü Kısım; Millete ve Devlete Karşı Suçlar” kapsamında, “Üçüncü Bölüm; Devletin Egemenlik Alametlerine ve Organlarının Saygınlığına Karşı Suçlar” bölümünde düzenlenmiştir. Oysa yasa koyucunun, 5237 Sayılı TCK’nin 125. maddesinde yer alan “hakaret” suçuna yönelik tercihi ise, bilindiği üzere “İkinci Kısım; Kişilere Karşı Suçlar” kapsamında, “Sekizinci Bölüm; Şerefe Karşı Suçlar” şeklindedir.

Hatta bütün bu nedenlerle denilebilir ki, 5237 sayılı TCK’nin 299. maddesinde tanımlanan “Cumhurbaşkanına Hakaret” suçu, bizzat bu makamda/konumda bulunan Cumhurbaşkanı tarafından da işlenebilir. Nitekim ceza hukuku öğretene göre fail, maddi konunun sahibi de olabilir, ancak o hukuki konunun sahibi olamayacaktır.

Bilindiği üzere, 6771 Sayılı “Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”, 21.01.2017 günü TBMM’de kabul edilmiş, devamında 16.04.2017 tarihinde gerçekleştirilen halk oylaması sonucu, yasal geçerlilik kazanmıştır.

Bu kapsamda Anayasa lafzında mevcut olan “Cumhurbaşkanının Nitelikleri ve Tarafsızlığı” başlıklı 101. madde, “Görev ve Yetkileri” başlıklı 104. madde, “Sorumluluk ve Sorumsuzluk Halı” başlıklı 105. madde başta olmak üzere, özünde mevcut “Siyasi İktidarın Yapısı”nı ve doğrudan Cumhurbaşkanlığı makamını yeniden belirleyen köklü değişiklikler gündeme gelmiş bulunmaktadır.

[19] Bu bölümde yer verdiğimiz bir kısım hukuki kabul ve alıntılarını; Prof. Dr. Çetin ÖZEK, Prof. Dr. Nevzat TOROSLU, E. Yargıç Osman YAŞAR (Yargıtay 4. CD Onursal Başkanı), Yargıç Hasan Tahsin GÖKCAN (Anayasa Mahkemesi üyesi), Yargıç Mustafa ARTUÇ (Türkiye Adalet Akademisi Başkan Yardımcısı) ve Av. Seçil EGE tarafından yayımlanmış eserlerde yer aldığını belirtmek isteriz.

Özellikle 104. maddenin lafzı dikkate alındığında, her ne kadar Cumhurbaşkanının “devletin başı” olduğu ve “milletin birliğini temsil” ettiği lafzı şeklen korunsun da; **herkesçe kabul** olunduğu üzere onun artık doğrudan bir siyasi aktör, bir siyasi taraf, doğrudan yürütme erkinin bir öznesi kılındığı açıkça görülmektedir.

Hakeza şu an dahi muhalefet partileri ile arasında ciddi çekişme olan mevcut Cumhurbaşkanı Recep Tayyip Erdoğan’ın siyaset yapmadığını iddia etmenin maddi gerçekle bir alakası yoktur.

Söz konusu Anayasa değişikliği neticesi ortaya çıkan hukuki ve maddi tablo; yeni belirlenen siyasi iktidar yapısında, artık Cumhurbaşkanının; her durumda düne kadar 5237 sayılı TCK’nin 299. maddesi tarafından korunan “bedeninde devleti temsil eden” hukuki ve siyasi olgudan farklı bir durumda olduğunu ortaya koymaktadır. Bir anlamda 5237 sayılı TCK 299. maddesinde yer alan suç düzenlemesinin “hukuki konusu”, dolayısıyla bu suçun varlığı, artık ortadan kalkmış, en azından başkalaşmış bulunmaktadır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin (AİHM) bir kararında yer verdiği değerlendirmelere atıf ile, artık ortada, özgün bir suç düzenlemesi ve yaptırım tehdidi ile korunması gereken bir “devlet adamı” değil, bir “politikacı” bulunmaktadır. Bu da Handyside kararındaki ifade özgürlüğünün yasayla kaldırılması ölçütünü ortadan kaldırmaktadır.

Bilinen hukuki tabiri ile 5237 sayılı TCK’nin 299. maddesinde yer alan suç düzenlemesi, 6771 Sayılı “Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”un TBMM’de ve devamında halk oylamasında kabulü ile “zimmen ilga” olmuş durumdadır.

Aksi bir kabul, 5237 Sayılı TCK 299. maddede yer alan suç düzenlemesi ile artık erkler ve siyasi farklılıklar üstünde bulunan “Cumhurbaşkanı”nın değil; onun yerine doğrudan bir siyasi partinin üyesinin, bir siyasetçinin, özünde bir farklı düşünce ve eylemin -üstelik diğer farklı düşünce ve eylemler aleyhinde- yersiz bir korumaya alınması olur ki; ancak bu durumda eşitlik ve hakkaniyetten söz etmek olanaklı olmayacaktır. Kaldı ki Cumhurbaşkanı artık yürütme organının başı olarak siyasi bir aktördür.

Bilindiği üzere çağdaş ceza hukuku disiplininin vazgeçilmezi, hem Anayasa 38. madde, hem de 5237 Sayılı TCK 2. madde lafzında yer bulan “kanunilik ilkesi”dir ve bu ilke aynı zamanda, suçun varlığı için aranan “tipiklik unsuru”nu da karşılamaktadır.

“Kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz” kuralı, şüphesiz hiçbir istinası bulunmayan, temel bir

ilke ve kuraldır. Yine anılan kanunilik ilkesinin bir gereği olarak, “Kanunların suç ve ceza içeren hükümlerinin uygulanmasında kıyas yapılamaz. Suç ve ceza içeren hükümler, kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanamaz”.

Hal böyleyken, halen 5237 sayılı TCK lafzında şeklen yer bulsa da; açıklandığı üzere “zımnen ilga” olmuş, hukuki ve maddi varlığını yitirmiş bulunan bir suç düzenlemesinin uygulanması, ceza hukukun en temel gereklerinin dışına düşmek olacaktır.

Kaldı ki, değinilen güncel tablo karşısında bir ceza yargıcının, hele ki sanık aleyhine, 5237 sayılı TCK 299. maddesinde yer alan suç düzenlemesine yine de bir varlık kazandırma yolundaki çabaları, doğrudan değinilen “kıyas yasağı”nın açık bir ihlali de olacaktır. Zira basit hakaret TCK 125. maddenin konusu olmakla birlikte siyasetçilerin eleştirileri kaldırma yükümü de mevcuttur.

Anayasa değişikliğinden önce açılan davalar bakımından suçun işlendiği andan sonra gelişen söz konusu hukuki ve maddi olguların ve doğan neticenin, “lehe kuralın geçmişe uygulanması ilkesi”nin bir gereği olarak sanık lehine ele alınması da, ceza hukuku disiplinin diğer bir temel gereğidir.

Tüm bu nedenlerle düne kadar yasanın/yasa koyucunun hukuki değer olarak korumayı amaçladığı, bir “cumhurbaşkanı”; artık hukuki ve maddi anlamda mevcut değildir. Cumhurbaşkanına Hakaret, hukuki varlığını, her durumda hukuki meşruluğunu ve geçerliliğini yitirmiştir.

a- Anayasa Mahkemesi Önceki Değerlendirmesi

16 Nisan 2017 tarihinde yapılan Referandumdan önce; cumhurbaşkanına hakaret suçundan açılan davaların görüldüğü iki mahkeme tarafından, itiraz yoluyla, Anayasa’ya aykırılık iddiasıyla Anayasa Mahkemesinden bu suçu düzenleyen TCK’nin 299. maddesinin iptali talep edilmiştir. Anayasa Mahkemesi 14 Aralık 2016 tarihli 2016/25 E numaralı kararıyla Anayasa’ya aykırılık iddiasını reddetmiş, kararın gerekçesi 3 Ocak 2017 tarihinde Resmi Gazete’de yayınlanmıştır.^[20]

Anayasa Mahkemesi Anayasa’ya aykırılık itirazını reddederken, iki aşamalı bir yol izlemiş; eşitlik ve hukuk devleti açısından bir değerlendirme yapmıştır.

Öncelikle Cumhurbaşkanına Hakaret suçunun kamu görevlisine hakarettan ayrı düzenlenmesinde, eşitlik ilkesine ayrı bir durum görülmemiş ve TCK’da “Şerefeye karşı suçlar” düzenlemesi ile korunan hukuki menfaatin ve suçun

[20] AYM 2016/25 E. 2016/186 K. 14/12/2016 KT.

niteliğinin farklı olduğuna dikkat çekilmiştir. Bahse konu düzenlemeyle Cumhurbaşkanının kişiliğine hakaretin yanında Devletin saygınlığının da korunduğu belirtilerek eşitlik ilkesine aykırılık teşkil etmediği ifade edilmiştir.

Akabinde, hukuk devletine aykırılık itirazının reddi ana hatlarıyla şu şekilde gerekçelendirilmiştir.^[21]

1. İtiraz konusu madde ifade özgürlüğüne getirilmiş bir kısıtlamadır.

2. Sınırlamanın meşru amacı başkalarının şöhret haklarının korunmasıdır.

3. Bu sınırlama, başkalarının şöhret ve haklarına zarar verilmediği sürece ifade özgürlüğünün kullanılmasına engel teşkil etmemektedir. Onun kullanılmasını zorlaştıran ve kullanılmaz hale getiren kayıtlara bağlanmamış ve hakkın özüne dokunulmamıştır.

4. Bu suçtan kovuşturma yapılması Adalet Bakanının iznine bağlı olmakla, bu takdir yetkisi ifade özgürlüğünü kullananlar açısından bir güvencedir.

Eşitlik ilkesine aykırılığa itiraz reddedilirken, Anayasa ile Cumhurbaşkanına ayrı bir statü tanındığı, Devlet'in başı olduğu ve birliği temsil ettiği vurgulanmaktadır.^[22]

Oysa eşitlik ilkesine aykırılığın reddedilme gerekçesi Anayasa'da değiştirilmiştir. Artık Partili bir cumhurbaşkanı mevcuttur. Bu kapsamda Anayasa Mahkemesinin bu konu hakkında yeni bir değerlendirme yapması gerekmektedir.

AİHM, özel koruma içeren bu tip kuralların, ifade muhatabının şahsiyetine yönelik zararın dikkate alınmasıyla değil, muhatabın statüsünün aşırı ölçüde korunması yoluyla yapılmasını eleştirmektedir. Konumları sebebiyle kişileri tüm eleştirilerden uzak tutma yönünde özel bir hukuki koruma sağlamanın Sözleşmenin ruhuna aykırı olduğu ifade edilmektedir.^[23] AİHM, hakarete ilişkin genel düzenlemelerin, herkes için olduğu gibi, örneğin devlet başkanları için de şeref ve haysiyetlerine yönelik ucuz bir saldırının cezalandırılması açısından yeterli olduğu kanaatindedir.^[24]

Diğer taraftan yaptırımın ölçülülüğü bakımından, kişilik hakkı ihlali iddialarının tazminat davası ve da tekzip yazısı talepleri kapsamında değerlendirilmesinde prensipte bir engel bulunmamaktadır. Buna karşılık ifade özgürlüğünün kullanılması üzerinde caydırıcı etki oluşturması daha muhtemel bir yol olan

[21] AYM 2016/25 E. 2016/186 K. 14/12/2016 KT, p. 21-22.

[22] AYM 2016/25 E. 2016/186 K. 14/12/2016 KT, p. 12.

[23] AİHM, Columbanı vd./Fransa, B. No: 51279/99 p. 66-69

[24] AİHM, Columbanı vd./Fransa, B. No: 51279/99 p. 67.

ceza mahkûmiyetine başvurulmasından vazgeçilmesinin tavsiye edildiği göz ardı edilmemelidir.^[25]

b- AİHM, Otegi Mondragon/İspanya Kararı

Dava konusu olay Bask bölgesinde ayrılıkçı bir yerel partinin sözcüsünün bir basın açıklamasında Bask Özerk Yönetimi başkanının, ETA ile bağlantılı olduğu iddia edilen bir gazetenin kapatıldığı ve üst düzey yöneticilerinin gözaltına alınıp işkenceye maruz bırakıldığı ileri sürüldüğü olayların ertesinde, kralla birlikte bir elektrik santralının açılışında poz vermesini kınamasıyla ilgilidir. Gazetecilerin konuyla ilgili sorularına cevap verirken, başvurucu yalnız yerel yönetim başkanını sert sözlerle eleştirmekle kalmamış, aynı zamanda kralı, İspanyol ordusunun başkumandanı olarak, “işkencecilerden sorumlu, işkencecileri kollaya, [Bask halkına] şiddet ve işkenceyle monarşiyi dayatan biri” olarak tanımlamıştır. Bu sözler akabinde Devlet Başkanına hakaret suçundan hakkında ceza verilmiştir.

AİHM; Cumhuriyetçi rejimlerde devlet başkanlarının statülerinin aşırı korunmasıyla ilgili içtihadını hatırlatarak, özel yasalarla bazı kişilere hakarete karşı daha fazla koruma sağlanmasının sözleşmenin ruhuna aykırı olduğunu belirtmiştir.^[26] Artun Güvener davasından farklı olarak bu davada devletin taraf-sızlığını temsil eden İspanya Kralı'nın diğer insanlardan ayrıcalıklı bir hakaret hükmüyle korunmasının meşru olup olmadığını tartışan AİHM, Kral'ın bile ayrıcalıklı bir korumadan yararlanamayacağına karar vermiştir.^[27] Ayrıca AİHM, Kral'ın politik tartışmalarda tarafsız bir hakem ve devlet simgesi konumunda olmasının, onun, resmi görevlerinin ifasıyla ilgili ve devletin temsilcisi olarak, bu devletin, monarşi rejimi dahil, anayasal yapısına meşru yollarla itiraz eden kişiler başta olmak üzere, başkaları tarafından eleştirilemeyeceği anlamına gelmeyeceği belirtilmiştir.

[25] Towards decriminalisation of defamation, Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi 1577 (2007) numaralı tavsiye kararı 4 Ekim 2007.

[26] AİHM, Otegi Mondragon, B. No: 2034/07, 15.03.2011, p. 55.

[27] AİHM, Otegi Mondragon, B. No: 2034/07, 15.03.2011, p. 56.

SONUÇ

Tüm bu anlatılanlar dâhilinde Anayasa'nın 2. Maddesine göre laik, demokratik, sosyal bir hukuk devleti olan Türkiye Cumhuriyeti'nde yasalar Anayasa'ya uygun olmalıdır. Bu durumda Türk Ceza Kanunu gibi kişilerin temel hak ve özgürlüklerine direk müdahalesi bulunan bir kanun içerisinde Anayasa'ya aykırı bir suçun olması düşünülemez. Bu bakımdan söz konusu suçun hukuki konusunun ortadan kalkması ve söz konusu durumun ifade özgürlüğü ile can alıcı bir şekilde bağlı olması nedeniyle ilga edilmesi zorunluluktur.

Bu koşullar altında; AİHM tarafından açıkça AİHS'e aykırı olduğu saptanmış olan TCK 299. maddesinin, Anayasa Mahkemesinin içtihadının açıkça gösterdiği üzere, Anayasa'nın 90. maddesi uyarınca AİHS'in 10. maddesi karşısında esas alınması mümkün değildir. Bu madde zımnen ilga edilmiştir. Avrupa Konseyi'ne üye hiçbir ülkede devlet başkanına hakaret edildiği gerekçesiyle soruşturma açılmazken 299. madde dayanak gösterilerek hakkında iddianame düzenlenen, tutuklanan herkesin ifade özgürlüğü sistematik olarak ihlal edilmektedir.