

Av. Semih SIVRİ

ESKİŞEHİR BAROSU DERGİSİ

**Sayı: 6
Şubat 2005**

ESKİŞEHİR BAROSU DERĐİSİ

Sahibi

Eskişehir Barosu adına Baro Başkanı
Av. OĞuz Sezer ARSLAN

Sorumlu M¼d¼r

Av. Altan ULUTAŐ

Yayın Kurulu

Av. Altan ULUTAŐ

Ar. Gör. Mesut AYG¼N

Ar. Gör. Ozan Ercan TAŞKIN

Ar. Gör. UĞur KARA

Av. Emine Cevahir ÇALIKUŞU

Av. Heval YILDIZ

Stj. Av. Seçil KORKUT

Dizgi ve Tasarım

İlter KŐSE

İletişim Adresi

Eskişehir Barosu Adliye İçi No: 79 ESKİŞEHİR

Tel: 0222 2311807 Faks: 0222 2317181

e-mail: eskisehirbarosu@hotmail.com

Basım Yeri

Çağrı Ofset - ESKİŞEHİR

İÇİNDEKİLER

Yayın Kurulu'ndan	VII
Av. Oğuz Sezer ARSLAN BAŞKAN'IN KÖŞESİ	IX
Doç. Dr. Muhammet ÖZEKES ÜLKEMİZDE HUKUKUN VİCDAN VE AHLAK SORUNU	1
Av. Kemal VURALDOĞAN AVUKATIN ÜZERİNİN ARANMASI SORUNU VE AVUKAT VURALDOĞAN DAVASI	17
Av. Gökhan AYDAR FAİZ KARMAŞASI	25
Ar. Gör. Mesut AYGÜN KARAKTERİSTİK EDİM TEORİSİ	29
Av. Emine Cevahir ÇALIKUŞU MİRAS HAKKINDAN İSKAT ÜZERİNE BİR İNCELEME	53
Hâkim Şamil İNAN DAVA SONUNDA VERİLEN AVUKATLIK ÜCRETİ KİME AİTTİR?	65
Stj. Av. Besime Umay KÖKTEN ZIYA NEDENİYLE SENETLERİN İPTALİ	69
Av. Heval YILDIZ 4721 SAYILI TÜRK MEDENİ KANUNUNDA EVLAT EDİNME	81
Av. Esra BAŞBAKKAL KARA AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ'NE BİREYSEL BAŞVURU HAKKI	101
Ar. Gör. Uğur KARA BAŞKANLIK SİSTEMİ VE İÇERDİĞİ SİYASAL GERİLİM POTANSİYELİ	131

Ar. Gör. Ozan Ercan TAŞKIN CEZA HUKUKU BAKIMINDAN YASAL OLMAYAN TIBBİ MÜDAHALE	139
Hâkim Mehmet UĞUR YARGISAL KURUMLARIN İDARİ İŞLEMLERİ	149
Ar. Gör. Ertuğrul UZUN AHLÂKSIZLIĞIN CEZALANDIRILMASI: DEVLİN-HART TARTIŞMASI	157
Öğr. Gör. Atakan YILDIZ HUKUKİ PERSPEKTİFTEN İNSAN HAKLARI VE TÜRKİYE	173
Ar. Gör. Doğuş Taylan TÜRKEL KARAR İNCELEMESİ: MUNZAM ZARARIN İSPATI	177
Ar. Gör. İlker Gökhan ŞEN AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARAR ÇEVİRİSİ: CEYLAN DEMİR VE DİĞERLERİ - TÜRKİYE	195
Ar. Gör. Tolga AKKAYA KİTAP TANITIMI: "İHTİYATİ TEDBİRLER-[GEÇİCİ HUKUKİ HİMAYE (KORUMA) TEDBİRLERİ]"	207

Eskişehir Barosu Dergisi Yayın İlkeleri

1. Eskişehir Barosu Dergisi dört ayda bir yayımlanır.
2. Dergiye gönderilen yazılar başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır.
3. Dipnotların sayfa altında gösterilmesi gerekmektedir.
4. Dergiye gönderilecek yazıların "Times New Roman" karakterinde; ana metnin 1,5 satır aralığında ve 12 punto, dipnotların 10 punto olarak hazırlanması gerekmektedir.
5. Dergide yayımlanan yazılar yazarların kişisel görüşünü yansıtır. Eskişehir Barosu bu görüşlerden dolayı sorumluluk kabul etmez.
6. Dergide yayımlanması için verilen yazıların yayımı, Yayın Kurulu'nun yönetmelik gereği vereceği olumlu kararına bağlıdır.
7. Yayımlanmayan yazılar için gerekçe gösterme zorunluluğu yoktur.
8. Gönderilen yazılar yayımlansın ya da yayımlanmasın geri verilmez.
9. Dergide yayımlanan yazıların ayrı baskı yapılması isteği, Yayın Kurulu'nun yazılı onayına bağlıdır.
10. Dergide yayımlanan yazılar için yazarına telif ücreti ödenmez.

YENİDEN BAŞLARKEN

Eskişehir Barosu Dergisi, yeniden yapılanmış yayın kuruluyla yayın hayatına devam ediyor.

İlk toplantılarında 'yayın ilkelerini' belirleyen ve 'yönetmeliği'ni şekillendiren yayın kurulumuz, derginin gerek nicelik, gerekse nitelik itibariyle yeni bir içeriğe kavuşturulması amacını esas alarak çalışmalarını hızlandırmış, olabildiğince geniş bir katılımı mümkün kılmak üzere gerekli duyurulara bulunmuştur. Derginin altıncı sayısı bu çalışma sürecinin ürünüdür. Elbette nihai takdir okuyucuda olmak kaydıyla, yayın kurulu, "yeni içerik" amacına büyük ölçüde ulaşıldığı kanısını taşımaktadır. Bu sayının, yeniden yapılanmanın ve yeni arayışların ilk ürünü olduğu düşünüldüğünde, her 'ilk' gibi eksiklikler içerebileceği açıktır.

Yayın sürekliliğini sağlamanın ve bu sürekliliği de belirli bir içerik kaygısıyla sürdürmenin, meslektaşlarımızın, hâkimler, savcılar ve akademisyenlerimizin esirgemeyecekleri katkılarının ortak eseri olabileceği kuşkusuzdur. Bu katkıların artarak süreceği yeni sayılarda buluşmak dileğiyle...

Yayın Kurulu

Merhaba Sevgili Okurlar,

Yeni yayın kurulumuzla ilk buluşmamız bu sayımız. Nitelik bakımından daha içerikli bir dergi arayışımızın ilk çalışması. Değişime ayak uyduran baromuzun bu çalışmasını umarım beğenirsiniz.

Bu sayımızdan kısa bir süre, 1 Nisan da “bir nisan şakası” gibi bir çok kanun yürürlüğe girecek ve yıllardır kazandığımız bazı birikimleri alıp götürececek. Bu değişikliklerin bir çoğunun neler getireceği neler götüreceğinden bazılarımız farkında değiliz ne yazık ki.

Cezaların toplanmasının yer almadığı, artık kadınlarında ırza geçme suçunun faili olabileceği bir ceza kanunu bizleri bekliyor. Bu yeni Türk Ceza Kanununu bilmemek mazeret değil. Ancak Hollanda vatandaşı iseniz ve de Türkiye'ye turist olarak geldi iseniz ve örneğin esrar içiyor ve bunun Türkiye'de suç olduğunu bilmiyorsanız cezadan sorumlu değilsiniz. Gerçi bu kanunun uygulamasında kişiler arasında ırk, dil, din, mezhep, milliyet, renk vb. gibi nedenlerden dolayı ayrıcalık tanınamaz ama, olsun.

Yasaların durağanlığı değiştirilip toplumun ihtiyaçları için yeni suçlarda konmuş yeni yasamıza. Örneğin, eziyet. Bir kimsenin eziyet çekmesine yol açacak davranışları gerçekleştiren kişi en az iki yıl ceza alacak. Böylesine muğlak bir kavramın tanımını kim yapacak. Savcıya göre eziyet ne, hâkime göre, avukata göre eziyet ne, vatandaşın çektiği eziyetin cezasını kim verecek. Asgari ücretle geçinmeye alışan kişinin çektiği eziyetin karşılığı cezayı kim alacak.

Yine toplumumuzu muhbirliğe soyunduracak olan, işlenmekte olan suçu yetkili makamlara bildirmezsensiz 1 yıla kadar hapis cezası öngörülmüş. Yine imar planına aykırı, ruhsatsız bina yapmakta suç. Türkiye'nin her yerinde imar planına aykırı inşaatlar yükseldiğine göre, siz de yetkili makamlara bunu bildirmediğinizden yatağınızı yorganınızı hazırlayın. Haydi Türkiye toptan toptaşı cezaevine. Ya da yaşasın muhbir Türkiye 'li.

Hani adam doktora gitmiş ve doktor bey demiş, nereme dokunsam acıyor, vücudumun her yeri acıyor. Doktor muayene etmiş adamın parmağı kırık çıkmış o hesap, taksirdi, kusurdu daha fazla kurcalamayalım en iyisi.

Tanrı biz hukukçulara kolaylık, vatandaşa sabır versin demekten başka yol göremiyorum. Kısa zamanda çare ise uygulayıcıların iyi niyetle hareket etmesinde yatıyor. Yazımı tamamlarken radyomu açtım ve bir şarkı söylüyor bir sanatçı mikrofonda “çal kanunum çal, derdini söyle bana”, tesadüfün böylesi.

Bir daha ki sayımızda görüşmek üzere sevgiler, saygılar.

Av. Oğuz Sezer ARSLAN

ÜLKEMİZDE HUKUKUN VICDAN VE AHLAK SORUNU

Doç. Dr. Muhammet ÖZEKES*

GİRİŞ

Hukuk kurallarıyla ahlak kuralları arasındaki temel farklılık, hukuk kurallarının ahlak kurallarına göre yaptırım gücünün yüksekliği, hukuk kurallarına aykırı davranıldığında devletin zor kullanma yoluyla bu aykırılığı gidermesi veya hakkı yerine getirmesidir. Bunun dışında, hukuk da ahlak da toplumsal düzen kurallarıdır; her ikisi de toplumun birlikte yaşamasını sağlamaya, toplum düzenini ayakta tutmaya yarar.

Her ne kadar hukuk ve ahlak arasında farklılıklar bulunsa da, bu iki kural türü birbirini yok sayamaz. Her şeyden önce ahlak, meşru oldukları sürece hukuk kurallarına uygun davranmayı emretmekte, bir çok hukuk kuralının temelinde de tüm insanlığa veya o topluma mal olmuş ahlaki anlayışlar yatmaktadır.

Hukuk ve ahlakın kesiştiği diğer bir nokta ise vicdandır. Zira, ahlak kişinin vicdani ile hesaplaşmasını; hatta toplumsal vicdan toplumun kendisi ile hesaplaşmasını gerekli kılar. Hukuk ise, bir mahkeme kararına ihtiyaç duyulduğunda, kurallar ve objektif ölçüler içerisinde de olsa hâkimin vicdanının hakem kılınmasıdır.

Bu yazıda, özellikle günümüzde, hukuk kurallarını koyarken, hukuku öğretirken, hukuku uygularken hukuk, vicdan ve ahlak ilişkisinin neresinde olduğumuz hakkındaki düşüncelerimizi ortaya koymaya çalışacağız. Yazının başlığı olan hukuk uygulamasında vicdan ve ahlak sorunundan kasıt, yalın anlamda sadece günlük uygulamalar olmayıp kuralın konulmasından uygulamasına kadar geçen tüm süreçlerdir. Bu çalışmada, hukuk eğitiminden başlayarak, kural koyma ve uygulama aşamasına kadar, ülkemizde hukukun etik sorunları üzerine bir bakışı ve düşüncelerimizi ortaya koymaya çalışacağız.

*Dokuz Eylül Üniversitesi ve Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usûl ve İcra-İflâs Hukuku Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi.

I. GENEL OLARAK VİCDAN VE AHLAKIN HUKUK İÇERİSİNDE DOĞAL VE POZİTİF TEMELİ

Hukukun ilk ortaya çıktığı günden bugüne kadar, belki de en önemli sorunu, bir uyumsuzluğun içinde yer alan, tarafı olan ve uyumsuzluğu çözenlerin, bu uyumsuzluk süreci içerisinde ortaya koydukları davranışların ahlakiliği sorunudur. Bir hukuk kuralını koyarken ve bu kuralı uygularken bunun toplum vicdanında da kabul görebilir olması, sorunun çözümünde, kuralların içerisinde kalınıyor görünse dahi ahlaka aykırı davranılmaması gerekir. Bu sebeptedir ki, hukuk felsefesi ve genel kamu hukuku anlayışı ve anayasa hukuku ile insan hakları bakımından, kanunî olma, hukukî olma ve meşru olma arasında ayırım yapılmıştır. Bu, doğal hukuk anlayışının da bir yansımasıdır. Ayrıca, meşru olmayan, insan haklarına aykırı kurallara karşı, kişilerin sivil itaatsizlik veya direnme haklarını kullanarak karşı koymaları da kabul edilmektedir.

Yukarıdaki kısa açıklamadan vicdan, ahlak ve hukuk ilişkisinin doğal hukuk anlayışı içerisinde kalan salt bir ideal olduğu sonucuna varılmamalıdır. Bu konuda, gerek iç hukuk gerekse özellikle insan hakları çerçevesinde uluslararası düzenlemelerde bir çok pozitif temel bulmak mümkündür. Ancak, burada ayrıntısına girmeden basit ve ilkesel bazı noktalarda, vicdan ve ahlakın hukuk içerisindeki pozitif yerine değinmeye çalışacağız.

Anayasanın 138. maddesinin I. fıkrasında “Hâkimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak *vicdanî kanaatlerine göre* hüküm verirler.” denilmektedir. Dikkat edilirse burada vurgu yapılan, kanun ve hukuk değil, vicdani kanaattir. Çünkü, hâkimin hüküm verirken kendi vicdanı ile baş başa kalacağı ve ona göre bir değerlendirme yapacağı açıktır. Kanun ve hukuk ise, vicdani kanaat oluşturulurken dikkate alınacak ölçü ve bir noktada da sınırdır. Yani, vicdani kanaate göre karar vermek, keyfi karar vermek değildir. Bu sebeptedir ki, hukukun kabul ettiği vicdani kanaat, objektifleştirilmiş, keyfilige izin vermeyen bir sübjektivitedir; soyut ve genel olan hukuk kuralları, sübjektif bir husus olan vicdani kanaatin mümkün olduğunca en objektif şekilde ortaya çıkmasını sağlamaya çalışır. Yine bu sebeptedir ki, mahkeme kararları gerekçeli olmalı, hem de hukuki ve mantiki örgü korunup, neden sonuç ilişkisi açıklanarak bir gerekçe oluşturulmalıdır. Görüldüğü üzere, sınırları ve ölçüsü belirtilse de, hukukun son noktası, temel hukuk metni olan Anayasa'ya göre dahi vicdandır.

Benzer şekilde, hukukun vazgeçilmez temel ilkelerinden birisi dürüstlük kuralıdır. Dürüstlük kuralı, Türk Medeni Kanununun 2.maddesinde, hukukun tüm alanlarında

geçerli olacak şekilde bir düzenlemeye kavuşturulmuştur. Maddenin I. fıkrasında, “Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kuralına uymak zorundadır.” Denilerek bu konuda bir zorunluluk getirilmekte, ardında da II. fıkrada “Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz.” denilerek yaptırımını da ortaya konulmaktadır. Dürüstlük, aslında bir ahlaki ölçüdür ve bu ölçünün hukuka doğrudan yansımadır.

Çok basit bir şekilde Anayasa ve Türk Medeni Kanunu hükümleri dikkate alındığında vicdan ve ahlakın bizatihi hukuk kurallarının gereği, hatta emri olduğu ortaya çıkmaktadır. Vicdan ve ahlakın hukuk içerisindeki önemi sebebiyledir ki, hukukun temel meslek alanlarının kendine özgü meslek ilkeleri vardır. Avukatlar, hâkimler, noterler kendileri için bağlayıcı olan bu meslek ilkelerine uygun davranmak zorundadırlar; bu ilkelere aykırı davranışın ağırlığına göre, basit bir takım disiplin cezalarından başlayıp meslekten çıkarmaya kadar varan yaptırımlar söz konusu olacaktır. Bu meslek ilkelerinin özünde meslek ahlakını korumak, daha güncel ifadesi ile hukuk etiğini yerleştirmek yatmaktadır. Hukukun karar merciinde olan hâkimlerin sahip olmaları gereken vasıfları eski hukukumuzda Mecelle’de (m. 1792) “Hâkim, hâkim, fehim, müstakim ve emin, mekin, metin olmalıdır.” denilerek bugün de geçerli olan ölçülerde özel olarak sayılma ihtiyacı duyulmuştur. Yine hukukun temel meslek alanlarında yer alacak kişiler, hukuka bağlılıkları için yemin ederler; yemin ise, bir ahlaki bağlılık ve yükümlülük doğurur.

Şimdi soru ve bu soruya bağlı çözülmesi gereken sorun şudur: Biz bugün, hukuk kurallarını koyarken, hukuku öğrenip öğretirken ve uygularken bu kadar önemli olan vicdan ve ahlak ölçüsünün neresindeyiz? Aşağıda önce bu soruyu ve sorunu kısa ancak mümkün olduğunca net bir şekilde ortaya koymaya çalışacağız, daha sonra çözümünü aramaya çalışacağız.

II. ÜLKEMİZDE BUGÜN HUKUKUN HER YÖNÜ İLE VİCDAN VE AHLAK SORUNU VARDIR

Belki yukarıdaki başlık çok ağır ve incitici gelebilir. Ancak sorunla acı bir şekilde yüzleşmeden ve gerçeği kavramadan, sorun çözülemez. Sorunu görmezlikten gelmek ve ertelemek mümkündür; ancak sorun, bir gün altından kalkılamayacak bir çığa dönüşerek, onu harekete geçirecek ilk küçük titreşimle, hem o sorunu yaratanları hem de onlarla birlikte masumları da içine alarak yutacaktır. Bu konuda bir sorun yok denilecekse, hukukun, kural konulması aşamasından başlanarak, eğitimi ve uygulaması içerisinde

karşılaştığımız aşağıda verilecek birkaç örneği nasıl nitelendirmemiz gerektiğine cevap bulunması gerekir. Ayrıca sorun yoksa, neden ülkemizde yargı organları en yüksek güvenilirliğe sahip olması gerekirken daha aşağılarda yer almaktadırlar?

Şüphesiz hukuk kuralları belirli ihtiyaçlarla konulur, gerekirse yeniden düzenlenir. Ancak bugün ülkemizde, hukuk kuralları konulurken, toplumun gerçek ihtiyaçları dikkate alınmakta mıdır? Her zaman çok da makul ve meşru olmayan etkilerden uzak kurallar koyabilmekte miyiz? Toplumun tümünü etkileyen kurallar, gereği gibi tartışılabilen, menfaat dengesi tam olarak kurulabilmekte midir? Bir bütünü ve sistemi içinde barındırması gereken kuralların, bazen bütünlüğü ve sistematigi neden bozulmaktadır? İstisnalar, kimler ve ne için getirilmekte veya neden bazen istisnalar kurallara dönüştürülmektedir? Kurallar konulurken menfaat ve hak dengesi yeterince gözetilip korunabilmekte midir? Bazı kurallar ihtiyaç olmadığı halde neden çok sık değişmektedir; bazı kuralların değişmesi gerekirken neden değişmemektedir? Neden kanunların sistematigi, kavramları ve bütünlüğü, hukuk doktrinine aykırı popüler sebeplerle bozulmaktadır? Tüm bu sorulara vereceğimiz cevaplar, kurallar konulurken vicdan ve ahlakın neresinde olduğumuzu da belirleyecektir.

Hukuk eğitimini, hukuk fakültelerinden başlayıp mesleğin staj ve meslek içi eğitimi olarak bir bütün olarak düşündüğümüzde, hukuk eğitimimiz içinde vicdan ve ahlak boyutunun tam sağlandığı söylenebilir mi? Eğer tamsa şu sorular anlamsız sorular mıdır? Hukuk fakültelerini açarken, öğretim üyesi yetiştirirken hangi amaca hizmet ettiğimizin gerçekten farkında mıyız? Eğer farkındaysak neden öğretim üyesi olmayan, kütüphanesi bulunmayan ve öğretim üyesi yetiştirmek yerine hazır öğretim üyelerini kullanan fakülteler açmaktayız? Neden özel üniversitelerin bir çoğu tıp, mühendislik gibi yatırım gerektiren fakültelerden önce, bir hoca bir bina anlayışı ile hukuk fakültesi açmaktalar? Hukuk fakültesine başlayan öğrenci hangi hayallerle gelmekte, hangi hayallerle mezun olmakta, hangi hayallerle avukat, savcı, hâkim olmaktadır? Bu genç insanların, hukuk fakültesine başlarken taşıdıkları idealleri biz canlı tutabiliyor muyuz, geliştirip olgunlaştırabiliyor muyuz veya gerçek bir hukuk ideali sunabiliyor muyuz? Eğer cevabımız evetse, bu genç insanların önüne model olarak koyabilecek öğretim üyesi, avukat, hâkim ve savcılarımızın oranı nedir? Kaç öğretim üyesi, kuru hukuk kurallarını aktarmanın ötesinde, öğrencilerine hukuk bilincini aşılamanın telaşı ve çabasını göstermekte, kaç öğretim üyesi duruşu, söylemi ve davranışıyla bu konuda inandırıcı bir örnek olabilmektedir? Öğrenciler kaç öğretim üyesinin, öğrettiklerinden ve öğrencilerini değerlendirmesinden gereği gibi emin olmakta? Kaç öğrenci makul ve meşru sınırlar

İNİNDE hakkını aradığında dahi, en azından çatılmış kaşlarla karşılaşmamakta? Kaç öğretim üyesi, kendini ve işini sorgulayabilmekte, bu sorgulamayı meslektaşları ve öğrencileri ile birlikte paylaşabilmekte? Kaç öğretim üyesi, yarın başkalarının hayatları üzerinde rol oynayacak ve karar verecek insanlar yetiştirdiğinin farkında? Kaç öğretim üyesi, sabah derse girdiğinde, akşama daha iyi bir insan kazanmanın telaşını taşımakta? Kaç öğretim üyesi bunlar için sorumluluk alabilmekte? Kaç avukat ve hâkim, stajyerini, tahakküm edeceği veya gönüllü köle olarak kullanacağı insan olarak değil, yarınki meslektaşları olarak görmekte? Kaç avukat, hâkim ve savcı, kendi cahilliğini, “uygulama başka teori başka” yalanının arkasında gizleyerek, genç hukukçuları baştan yanlış bir kabulle mesleğe hazırlamakta? Kaç avukat stajyeri, ilk mesleğe başladığında biri isterse ben nasıl rüşvet veririm endişesini taşımakta? Kaç stajyer, “bu işler senin bildiğin ve fakültede öğretildiği gibi yürümez” sözünü duymakta? Kaç baro, erdemli olmanın gerçek kavgasını vermekte? Kaç meslek kuruluşu ideolojik ve politik saplantılar ve bir yerleri tutma telaşı dışında, gerçek hukukçular, avukatlar yetiştirmeyi, önce meslek ilkelerini ayakta tutmanın çabasını göstermekte? Adalet Bakanlığı, daha bilgili, daha insan, daha ahlaklı hâkim, savcı, icra memuru, yazı işleri personeli yetiştirmek için hangi plan ve projeleri hazırlamakta, hazırlıyorsa bunları nasıl uygulamakta? Bu soruları zihnimizde rahatlıkla çoğaltabiliriz.

Şüphesiz bu soruları ülkemizdeki hukuk uygulamasına taşıdığımızda adeta sonsuz soru ve sorun yumağı ortaya çıkacaktır. Biz sadece, başlığa dönerek önce tespiti yapıyoruz: Ülkemizde hukukun vicdan ve ahlak sorunu vardır. Bu tespit bir yalansa, o zaman, neden yargının en üstündeki insanlar dahi, vicdanları ile cüzdanları arasında sıkıştıklarını söylerken bunun etkisini düşünmemekte? Bu tespit yalansa, neden bir mahkeme kaleminden, bir icra dairesinden başlayarak yukarılara kadar her yeni günle, hukukun meşru sınırlarını zorlayarak bir şeyler yapma çabası sürdürülmekte? Neden, hâkimler, aslında aynı sıralardan geçerek meslek sahibi olduğu avukatları, kapısının önünde saatlerce bekletmekte ve daha yüksek duran kürsünün arkasından, gereğinde onları azarlarken ne yaptığını düşünmemekte? Neden hâkimler, makul gerekçelerle kendine açıklama yapıldığında, yanlış bir karar verdiğini zihninde tartışmak yerine, “kararı beğenmiyorsan temyiz et!” kolaycılığına kaçmakta? Neden, bir avukat, yine aynı sıralardan geçerek geldiği hâkimin çabasını küçümsemekte? Neden, bir avukat kendisinin iş seçme şansı varken, hâkimin önüne gelen her sorunu çözmek mecburiyetinde olması gibi, insanı aşan bir mesleği icra ettiğini düşünerek ona yardımcı olmamakta? Neden, hâkim, avukatın yargılama içinde yer almakla birlikte, müvekkiline karşı da meram

anlatmak zorunda olduğunu; neden avukatlar hâkimlerin kendileri için değil, doğru bir karar vermek için çalıştığını unutmakta? Neden hâkimler, savcılar, avukatların; avukatlar, hâkimler ve savcıların, hatta birbirlerinin işini kolaylaştırmamakta? Neden en iyi avukat, sadece en iyi parayı kazanan avukat sayılmakta? Neden hâkimler tayinlerinde dahi bazı kapıları aşındırmak zorunda kalmakta? Neden avukatlar müvekkillerinden ücretlerini almak için farklı yollar arama çabası içine girmekte? Neden müvekkiller sürekli avukatların emek ve çabalarını yok saymayı bir pazarlık aracı olarak görmekte? Neden, hâkimler, sadece eksik teknik bilgileri tamamlamak için değil, bilirkişi denilen insan üstü varlıklara dosyaların kaderini terk etmekte? Ve neden bilirkişiler hâkimler kadar önemli olmakta? Neden “koridor bilirkişisi” kavramı dahi, hukuk dilimize girmekte? Neden avukatlar için, bazen icra memuruna meram anlatmak, deveye hendek atlatmaktan zor olmakta? Neden, haksız yere davayı kaybeden bir avukat, durumu müvekkiline izah edemeyince “davayı kaybettik ama temyiz hakkını kazandık” demekte? Neden, mahkeme kaleminde köyünden getirdiği sebze yi meyveyi, fındığı fıstığı satan personeline, hâkim engel olmamakta? Neden mahkeme ve icra kalemlerinin ihtiyacını gidermek için avukatlardan yardım istenmekte? Neden bazen hâkimler, avukat dilekçelerinde gözyaşı dolu hikayeler yerine, yararlanabilecekleri sorunu çözecek gerçek hukuki bilgi bulamamakta? Ve neden, vatandaş, kararın gerekçesinden davayı hangi sebeple kazanıp ve kaybettiğini anlamamakta? Neden, dünyanın hiçbir yerinde yokken “dosya münderecatına ve toplanan delillere göre” sihirli kalıbı, yerel mahkemelerden başlayıp en üst yargı organlarına kadar bir kararın gerekçesi ve formülü sayılmakta? Neden bazen hâkime dilekçeyi okutabilmek için bin bir beceri gerekmede, neden işin niteliği ne olursa olsun uzun dilekçeler okunmaz inancı yaygınlaşmakta? Neden, avukatlar sürekli mazereti olan insanlar olarak mazeret sebebiyle yargılamayı erteletmekte? Neden “tapuya yazılan yazının gelmediği anlaşıldığından...” sözünü duymak için duruşma kapısının önünde avukatlar saatlerce beklemekte ve beklemediğinde de her ne kadar tapudan yazı gelmemiş olsa dahi “dosya müracaata bırakılmakta”? Ve neden avukat, hâkim, savcı, kalem personeli, icra memuru, infaz memuru, kendileri için günlük mutad sayılan işlerin, aslında yargı organları önüne gelen insanlar için, hayatlarının en önemli işi olduğunu ve belki de doğrudan hayatları olduğunu düşünmemekte?

Ve neden kimse bu soruların arkasına gereği gibi düşmemekte? Neden Adalet Bakanlığı, Hâkimler Savcılar Yüksek Kurulu, Barolar, hukuk fakültesi öğretim üyeleri bu soruları hukuk hayatımızın en önemli sorunu sayıp bu sorular tükeninceye kadar gecesini gündüzüne kadar çalışmamakta? Neden kötünden daha kötü olanın kötüyü kanıksamak

olduğu unutulmakta? Neden bu soruları soran insanlar, gerçekleşmesi mümkün olmayan hayallerin peşindeymiş gibi, biraz da hafife alınarak dinlenmekte, hatta dinlenmemekte ve belki de cezalandırılmakta?

III. HUKUKUN VİCDAN VE AHLAK SORUNUNUN ÇÖZÜMÜ

1. Gerçekten Bu Sorunu Çözmek İstiyor muyuz?

Yukarıda ortaya konulan sorunlar, çözümsüz sorunlar mıdır? Çok açık ve kısa cevap verilecekse hayır; her sorun gibi, eğer çözülmek istenirse yukarıdaki sorunların da çözümü vardır, hem de çok kısa sürede çözümlenebilir. Burada mesele şudur: Biz bu sorunu gerçekten çözmek istiyor muyuz istemiyor muyuz? Eğer gerçekten bu sorunu çözmek istiyorsak sorunu çözmek kolaydır; sorunu çözmek istemiyor, sadece göstermelik bazı çabalar sergileyerek sorunu çözüyormüş gibi yapıyorsak, bu daha da tehlikelidir. Çünkü, o zaman sorun çözülmeyecek ve daha sonra gerçekten sorun çözmek isteyenler için de, bu sorunun çözümü imkansızdır, mesajı vererek ümitsizlik kaynağı olacaktır.

Ülkemizdeki hukuk, daha doğrusu hukukun etik sorunu neden çözülmemektedir veya çözülememektedir? Kanaatimizce bunun çok basit bir cevabı vardır: Mevcut sistem neredeyse herkesin işine gelmektedir. Bir ülkede eğer yargıya bütçeden ayrılan pay, yüzdelerle değil bindelerle ifade ediliyorsa, o ülkenin siyasetçileri ve ülkeye yön veren yöneticileri adalet sorunu çözmek istemiyor demektir. Çünkü, sağlam bir adalet, keyfi davranan bürokratin, hesap vermek istemeyen siyasetçinin işine gelmemektedir. Sağlam bir yerde durmayan adalet, ne vatandaşına karşı hoyrat, amirine karşı kurnaz, kendi menfaatini ve konumunu her şeyin önünde tutan bürokrati, ne de siyaseti hizmet değil itibar, kazanç ve menfaat kapısı gören siyasetçiyi sorgulayıp yargılayabilir. Maalesef, bugün artık siyaset, bürokrat, yargı üçlüsü içinde dönen bozuk çark her gün ülke gündemini işgal eder hale gelmiştir. Bu o kadar ağır tahribat yaratmaktadır ki, bir yandan halkın devlete ve yargıya güveni azalmakta, diğer yandan hukuksuzluklar nasıl olsa başkaları da yapıyor şeklinde meşruluk kazanmakta, ayrıca kural ihlal etmek ve kural dışı davranmak hayatın her alanında alışkanlık haline gelmekte, bu hukuk kargaşası, ülkemize yapılacak yatırımları dahi etkilemektedir.

Acaba sorunun çözülmemesinin tek suçlusunu, siyasetçi ve bürokratlar mıdır? Şüphesiz hayır. Maalesef bizzat yargının say, savunma ve karar üçgeninde ciddi sorunlar bulunmaktadır. Şunu kabul etmek gerekir ki, ülkemizdeki hukukçuların önemli bir kısmının bilgisizlik ve ilgisizlik sorunu vardır. Özellikle son on, on beş yılda gerek teknolojik yeniliklerin gerek dünyadaki gelişmelerin hızlanması, gerekse ülkemizde arka

arkaya yapılan -bazen gereğinden fazla hızlı- kanun değişiklikleri karşısında buna intibak edecek kalitede hukukçu yetiştirilememiş, bilgi eksikliği giderilemediği gibi, bunlara neredeyse ilgisiz kalan önemli bir hukukçu kitlesi de oluşmuştur. Bunun sonucudur ki, sorunu çözmek kendilerini gelişmelere uydurmak istemeyen hukukçular, “*uygulama başka teori başka*” şeklinde, deyim yerindeyse bir hukuki safsata ihdas etmiş ve bunun arkasına sığınmışlar; ayrıca bununla da yetinmeyerek genç ve idealist hukukçuların da zihinlerini bulandırmışlardır. Eğer bir alanda kanun tekse, teori başka uygulama başka olamaz. Şayet bir farklılık varsa ya teori yanlıştır ya uygulama yanlıştır. Bunun ötesinde, bir yorum farklılığı söz konusu ise, o da ancak yorumun mümkün olduğu alanlarda ve durumlarda, bir görüş farklılığı olarak algılanmalıdır. Bu, teori başka uygulama başka safsatı yüzünden neredeyse ülkemizde Usul Kanunları metruk hale gelmiş, her hâkimin her avukatın kendine göre bir usul uygulaması oluşmuştur. Yani, önce bilgisiz ve ilgisiz hukukçu kitlesi, sistemi bozup uygulamamış sonra da “*teori başka uygulama başka*” hurafesini uydurmuştur. Bunun hurafe yönünden, cahil insanların türbelere çaput bağlayıp dilek tutmasından hiçbir farkı yoktur. Ancak tehlikeli olan, genç hukukçuların bu ilkel hurafeye inanması ve gereğini yapmaması durumunda, mesleklerini icra edemeyecekleri inancını, bu hurafeyi çıkarıcılar ve inananların sürekli beyinlerine işlemeye çalışmasıdır. Ayrıca bu hurafeye neredeyse iman etmiş kişiler, ancak bu hurafe kabul edilip gereği yapılırsa, çarkın içinde yer edinilebileceği söylentisini de yayarak genç hukukçuları da olumsuz yönde etkilemektedirler.

Şüphesiz bugün gelinen noktada, Cumhuriyetin kuruluşundan bugüne kadar, ülkemizde ciddi bir doktrin ve içtihat zenginliği oluşmuştur. Özellikle son yıllarda bir kısmı bilineni tekrar etse, bilimsel yeterliliği bulunmasa, hatta yanlışlarla dolu olsa da, gerek doktrinde gerekse uygulamada bir çok kitap, makale yayınlanmaktadır. Bunun anlamı, her hukukçunun bir şey söylerken, yazarken ve bir sorunu çözerken ciddi bir araştırma yapması zorunluluğunun bulunduğuudur. Bu ise şüphesiz zahmetli bir iştir. İşte bu zahmetli işle uğraşmak istemeyen kişiler alıştıkları sistemi sürdürme çabası içindedirler. Çünkü, bir kitap karıştırmadan, kanuna bakmadan hikayeler anlatılan dilekçeler, gerçek bir hukuki dayanağı olmayıp “karakuşu yargı” ürünü kararlar yazmak kolaydır ve caziptir; hukuki çabanın ve bilginin ise değeri kalmamıştır. Böylece, günlük rutini bozmak istemeyen hâkim, alıştığı yöntemleri sürdürmekte, yeni bir şey var mı diye araştırmamakta; icra memuru veya mahkeme kalemiyle olan ilişkileriyle bazı günlük işleri rahatlıkla yürüten avukat, yeni bir şey araştırma ihtiyacı duymamakta; eski köye yeni adet getirmek istemeyen kalem ve icra görevlileri “biz yıllardır bunu uyguluyoruz,

yeni mi çıktı” kolaycılığına kaçarak, değişen bir kanun hükmünü veya yeni çıkan içtihadı bile görmezlikten gelebilmektedir. Sonunda, bilirkişilerin elinde kalan dosyalar, tapudan gelecek yazıyı aylarca bekleyen mahkemeler, kalem ve icra görevlisinin iki dudağına bakan avukatlar, en doğru olduğuna inandığı kararı için dahi Yargıtay'a direnemeyen hâkimlerden oluşan bir hukukçu profili ile karşı karşıyayız.

Değişim zordur ve sancılıdır. Ancak değişip gelişmiyorsanız, çürüyüp ölmekle karşı karşıyasınız demektir. Yukarıda açıklanan kolaycılık, bilgisizlik ve ilgisizlikten kurtulmadıkça sorunları da çözmek mümkün değildir. Tekrar başa dönecek olursak, sorunu çözmek istiyorsak çözeriz; çözmek istemiyorsak çözmeyiz.

Burada iş çokluğu, imkân kıtlığı vs. şeyler bahane değildir. Gerçekten insanlar yüreğinde hissediyor, gerekli çabayı gösteriyorsa iki şey ağaç gölgesinde dahi yapılabilir: Adalet ve bilim. Tarih bunun nice örneği ile doludur. Ayrıca bugün söylendiği kadar kötü durumda olduğumuzda gerçek değildir. Örneğin, duruşmalar ve dosyalar çok denilmektedir. Bir durumu gözden geçirelim. Bu dosya bolluğunun önemli bir kısmı da devletle vatandaşlar arasındaki uyumsuzluklardır. Örneğin, bir memur hakkında verilen standart yanlış karar yargıda bozulduktan sonra ilgili idari birimin veya bakanlığın artık o konudaki uygulamasını değiştirmesi gerekirken, aynı durumda olan yüzlerce memur için idare, hukuka aykırı uygulamasını sürdürdüğünden o durumda olan her kamu görevlisi dava açmak zorunda kalmaktadır. Bunun sonucu ise, yargıya iş yükü, idareye yargılama masrafı, kamu görevlisine çalıştığı kuruma karşı güvensizlik, ülkemiz bakımından iş, zaman, para ve itibar kaybı olarak dönmektedir. Bu tür örnekler çoğaltıldığında görülecektir ki, aslında çok olan işlerin önemli bir kısmı, iş olmaması gerektiği halde iş çıkartılan gereksiz işlerdir. Gerçekten dosya çokluğu, duruşma fazlalığı olan yerler büyük şehirlerdir. Bunun dışında yargı çevrelerinin büyük bir kısmında, iş çokluğu değil, bilakis iş azlığı vardır. Hatta hâkimler çıkardıkları dosya sayısını artırıp terfi edebilmek için özel çaba göstermektedirler. Büyük şehirlerde ise, özellikle duruşmaların büyük çoğunluğu hâkimlerin ve avukatların özellikle kanun ve usûl hükümlerini uygulamamalarından, davaları uzatıcı işlemlerinden kaynaklanmaktadır. Adliyelerdeki duruşmalar iyi izlenirse, günde 60-70 duruşması olan bir mahkemenin, dosyalarının neredeyse 2/3'ü bir yerden evrak gelmemesi, belge ve bilgi gelmemesi sebebiyle yapılan şekli göstermelik duruşmalardır ve çoğunlukla “davacı vekili geldi davalı vekili geldi, açık duruşmaya başlandı, nüfusa yazılan yazının gelmediği görüldüğünden duruşmanın . tarihine ertelenmesine” şeklinde geçmektedir. Acaba, tapudan, nüfustan, karakoldan bir yazının gelmesi için duruşma açmaya gerek var mıdır? Duruşmalar delillerin toplandığı değil,

delillerin tartışıldığı ve tarafların meramlarını anlattıkları yargılama kesitleridir. Bunun dışında, zaten duruşmalar işlevini yitirmiş, ismi ile mütenasip durulan yerler haline gelmiş, getirilmiştir. Avukatlar ne söylerse söylesin, hâkimler “dilekçemi tekrar ediyorum dedi” şeklinde zabıt tutmakta, çoğunlukla da avukatlar da işi çözecek etkili bir söz ve konuşma yerine dilekçelerini tekrar etmektedirler. Bunun sebebi, hâkimin de avukatın da duruşmalara yeterli hazırlıkla çıkmaması, etkili ve doğru konuşma ile etkin dinleme alışkanlığının oluşmamasıdır. Oysa adil yargılanma hakkının temel unsurlarının başında hukuki dinlenilme hakkı gelmektedir. Eğer duruşmada dilekçeler tekrar edilecekse neden duruşma yapılmaktadır? Bu söylenenler dikkatle incelenir, gereği yapılırsa sorun çözülecek 60-70 duruşma sayısı 10-20'ye düşecektir. Ancak bunun için usul kanunlarını bilen, anlayan, uygulayan avukat ve hakimler, bunun arkasında duracak bir Yargıtay, denetimlerde buna dikkat eden adliye müfettişleri gereklidir. Yani, çözüm bilgili ve ilgili hukukçuda yatmaktadır. Yine aynı soruya dönüyoruz, gerçekten sorunu çözmek istiyor muyuz?

2. Sorunu Çözmek İçin Öneriler

Ülkemizdeki hukukla ilgili sorunların çözümü için, önce hukuk bilincini taşımak, sonra da hukukun ve hukukçu olmanın önemini ve değerini kavramak gerekir. Bunlardan önce insan olmanın bilinci içerisinde olunmalıdır. Zira, mahkemelere gelip gidenler dosyalar, tutanaklar ve kağıtlar değildir; yargılamanın tarafı insanlar, onları savunan ve onlar hakkında karar verenler de yine insanlardır. Bu sürekli hatırlanırsa sorunlar daha kolay çözümlenecektir.

Hukuk fakültesinden başlayarak hukuk bilinci içerisinde olan hukukçular yetiştirilmeli; stajda bu işin üzerinde ciddiyetle durulmalı; meslek içinde bu denetlenmeli, aykırı davranışlar hemen gerekli yaptırımla karşılaşmalıdır.

Ülkemizde hukuk fakültelerinin kuruluşundan başlayarak, bir etik sorunu vardır. Bugün hukuk fakültelerinin sayısı neredeyse kırka yaklaşmasına rağmen, istenen standartta öğrenci alıp mezun eden fakülte sayısı dördü beşi geçmemektedir. Özellikle bir siyasi yatırım olarak olur olmaz yerde kurulan devlet üniversitelerinin açtıkları hukuk fakülteleri ve özel üniversitelerin en az maliyetle ancak en çok itibar gören fakülte olarak hukuk fakülteleri açmaları sonucu, bilgi yönünden eksik, ilgi yönünden zayıf, etik değerler yönünden hiç irdelenmeyen hukukçular yetişmeye başlamıştır. Bunun etkisi özellikle önümüzdeki birkaç yılda daha da fazla görülecektir. Bu sebeple, avukatlık, hâkimlik gibi alanlarda mesleğe başlarken yapılacak ciddi, ancak objektif sınavlar ve

doğru bir staj eğitimi daha da önemli hale gelmiştir. Her isteyen belki hukuk fakültesi bitirebilir; ancak her isteyenin layık değilse avukat ve hâkim olmasına engel olunması gerekir. Avukat ve hâkim olmak, basit hukuki bilgilerin ve eğitimin ötesinde daha ciddi bir alt yapıyı gerektirir; bazı insanlara iş bulmak, toplumun geleceği ve kaderinden daha önemli hale getirilmemelidir. Bir hukuk fakültesi kurulurken kaç öğretim üyesinin olacağı, kütüphanesinde yeterli kitabının bulunup bulunmadığı, araştırma görevlisi yetiştirme potansiyeli gibi hususlar neredeyse dikkate alınmamaktadır. Bazı fakültelerde, öğrenciler öğretim üyelerini dahi tanımadan, bir kez olsun yazılı bir metin üretip, kendini sözlü olarak ifade etmeden fakülteden mezun olabilmektedir. Sonuçta kanun kullanma alışkanlığı olmayan, kütüphaneye sınırlı sayıda giren, bir sorunu çözmek için araştırma yapmasını bilmeyen, eksik içtihat kitaplarına mahkum olmuş, klişe kalıplarla, form dilekçeler, matbu kararlar yazabilen, yaratıcılığı ve araştırmacılığı olmayan, yazılı ve sözel olarak kendisini eksik ifade eden hukukçular yetiştiriyoruz. Eğer bu yanlışsa, kendimize kaç dava ve cevap dilekçesini, kaç mahkeme kararını bir edebi metni okur gibi akıcı bir şekilde okuyabildiğimizi, kaç dilekçe ve karardan tatminkâr hukuki bilgiye rastlayabildiğimizi soralım. Öğretim üyesi ile kanunla, hukukla, diğer hukukçularla iletişim içinde olmayan bir öğrencinin vicdan, ahlak, etik değerleri tam olarak kazandığı söylenebilir mi?

Bugün bir çok alanda olduğu gibi hukuk alanında da yüksek lisans ve doktora programlarının bir kısmı hatır için unvan dağıtılan yerler haline gelmiştir. Osmanlı imparatorluğu'nda yarı gerçek yarı rivayet, hafife alarak ifade ettiğimiz “beşik ulemasından” sonra, yetersiz şekilde, alt yapısı olmadan kurulan yüksek lisans ve doktora programları ve bazen de özenli öğrenci seçilmeyen ya da bilimsel yetersizliklere göz yumularak yürütülen bu programlardan “hatır uleması” yetiştirilmekte, hatta bu kişiler bazen yardımcı doçent daha sonra doçent ve profesör olarak öğrencilerin ve diğer hukukçuların kaderine yön vermektedir. Öncelikle burada durup düşünmek gerekir.

Endisi hak etmeyerek bir yerlere gelen bu tür öğretim elemanlarının yetiştireceği hukukçuların kalitesi ne olacaktır? Hak etmediği halde bir takım unvanları alanlar, sadece bunları paraya tahvil etme çabasından öte ne yapacaklardır? Bu kişiler öğrencilerinin ve diğer hukukçuların karşısında nasıl bir duruş sergileyecektir? Belirtilen bu yanlışlıkların mutlaka düzeltilmesi gerekir.

Hukuk fakültelerinde birinci sınıftan başlayarak, öğrencinin vicdani kanaat oluşumunu olumlu etkileyecek dersler konulmalı ve uygulamalar yapılmalıdır. Örneğin, kaç hukuk fakültesinde tarihin ve ülkemizin büyük ve önemli davaları öğretilmekte ve

tartışılmaktadır; kaç hukuk fakültesinde öğretim üyeleri bunlardan gereği gibi söz etmektedir, kaç hukuk fakültesinde öğrenciler bir uyuşmazlığı kendi sorumluluklarında araştırıp inceleyerek çözmekte ve bunun sonucuna katlanabilmeyi öğrenmektedir? Hukuk, bilgi ve vicdanla olgunlaşır, söz ve yazıyla kendini ifade eder. Ülkemizde, genel olarak bu dört unsurdan, sadece hukuki bilgi yüklemesi yapılmaktadır. Onun da ne kadar doğru bir yöntemle olduğu gerçekten tartışmalıdır. Bunun dışında öğrencilerin vicdani kanaat oluşturma ve etik değerlere bağlı hukukçular olarak yetiştirilmesi için ne bir ders ne de ciddi bir çaba söz konusudur. Eğer ortada bir çaba varsa o da birkaç öğretim üyesinin idealist davranışları ve çabasıdır. Ayrıca, öğrencilerin bilgilerini doğru bir şekilde ifade edecekleri yazı ve söze yönelik sistematik çalışmalar yaptıkları söylenemez. Öğrenciler sınav kalabalığı, geçme-kalma ikilemi arasında sıkışıp kalmış durumdadırlar. Mutlaka hukuk etiği gibi derslerin, adli yazışma, kurgusal duruşma gibi ders ve uygulamaların yapılması ve öğrencilere bu konuda sorumluluklar verilerek sonuçlarına da katlanmaları sağlanmalıdır. Ayrıca, öğrencilerin özellikle ilk dört yarıyıldan sonra, adliyede zaman zaman staj yapmaları sağlanarak öğrenciyken bu ortamı ve sorunlarını yerinde anlamalarına çaba gösterilmelidir.

Hukuk fakültesi öğretim üyelerinin kısmen sistemden kısmen kendilerinden kaynaklanan bir eksiliğini de burada vurgulamak gerekir. Maalesef bazı öğretim üyeleri neredeyse dışarıdaki gerçeklerden habersiz, olmayan sorunlar için çözüm üreten insanlar konumundadır. Bu çerçevede özellikle hukuk fakültesi öğretim üyelerinin fil dışı kulelerde oturup sürekli uygulamayı eleştiren insanlar olmaktan çıkarılıp uygulamanın içerisine girerek hem uygulamada yoğunlaşan sorunlara çözüm üretmelerinin sağlanması hem de onların bilgileriyle uygulamaya doğru yön verilmesine yardımcı olunmasının yolu açılmalıdır. Bunun yanında, uygulamada başarı göstermiş hukukçulardan, üniversiteler hukuk eğitiminin sürekli olmasa da belirli aşamalarında yararlanmalıdırlar. En azından mesleğinde zirve noktaya ulaşmış avukat ve hâkimlerin öğrencilere bilgi ve tecrübelerini aktarmaları, hem öğrencilerin önlerine model koymak hem de bu yönde etik değerlerin olgunlaşmasına katkıda bulunacak örnekler sunmak bakımından yararlı olacaktır.

Şüphesiz bu çaba sadece hukuk fakültelerinde değil, mesleğin staj eğitiminde çok ciddi şekilde de sürdürülmeli; hâkimlikte ve avukatlıkta, meslek içi eğitimde bu çaba süreklilik kazanmalıdır. Hukuk fakültelerinde staj eğitimi, stajda hukuk fakültelerindeki eğitim verilemez, verilmemelidir; ancak bu iki eğitimin bir birinin devamı ve tamamlayıcı olması mutlaka sağlanmalıdır. Bunun için de adliye ve hukuk fakültesi

işbirliği olmalıdır. Bir hukukçu hukuk fakültesine kayıt olduğu andan, staj yapıp meslek edininceye kadar hukukçu olmanın sorumluluğunu hissetmeli, hukuk bilincine sahip olmanın önemini kavramalı, mesleğini yaparken de bunu koruyacak bir duyguya sahip olmalıdır. Deyim yerindeyse hukukçunun bu konuda olumlu anlamda beyni yıkanmalı, kişiliği bir kalıba sokulmalıdır.

Eğer bugün hukukumuzda bir etik sorun varsa, sorunlu insanlar da var demektir. Ancak, kaç hukuk fakültesi öğretim üyesinin, kaç avukatın, kaç hâkimin işini gereği gibi yapmadığından veya bu etik değerlere önem vermediğinden bir yaptırımla karşılaştığını soracak olursak neredeyse hiç demek gerekecektir. Yani, burada sorun büyük, ancak onu yaratan sorunlu insanlar yokmuş gibi davranılmaktadır. Üniversitelerin, Baroların, Adalet Bakanlığının, Hâkimler Savcılar Yüksek Kurulunun bu konuda daha hassas davranması, hatta önceliği bu konuya vermesi gerekir. Meslek taassubu ve koruyuculuğu içerisinde davranıldığı sürece, hiçbir sorun çözülemez. Bu sebeptendir ki, 30-40 yıl önce öğretim üyelerinin, avukatların, hâkimlerin, savcılarının sahip oldukları saygınlık bugün artık yoktur. Sirke artık başkalarına değil, küpüne de zarar vermeye başlamıştır.

Hukukun ilk çıkış noktası savunmadır. Çünkü, hukuk uygulaması, önce bir insanın başkasına haksızlık yapmasıyla ve haksızlığa uğrayanın da kendini savunmasıyla başlar, kendini savunmayan kendisi yerine daha iyi savunacak birini aradığında da avukatlık mesleği ortaya çıkmıştır. Bu sebeple avukatlık gerçekten çok önemli bir meslektir; haksızlığın karşısında duruşu sergiler. Acaba bunu gerçekten idrak etmiş avukatlar yetiştiriyor muyuz? Maalesef barolar gittikçe daha politize olan, belirli grupların seçim kavgası yaptıkları yerlere dönüşmüş, özellikle mesleğin gelişmesi için istenen bir duruş sergileyememiştir. Şayet ülkemizde bir adliye kirlenmesinden söz ediyorsak, baro ve avukatları bunun dışında tutamayız. Eğer barolar, ciddi ve kararlı bir tutumla, her şeyi bir kenara bırakarak el birliği ile bu kirlenmişlik çarkından ne pahasına olursa olsun çıkma kararı alsın ve bunu ciddi bir şekilde uygulasa, buna aykırı davranan meslektaşlarına gerekli cezaları verebilse, bu konuda işbirliği yapmayan adliye personelinin gerekli yaptırımlarla karşılaşması için tüm çabasını gösterse bu sorun çözülmez mi? Şüphesiz önemli ölçüde çözülür. Bu çaba diğer çabaları da zaten arkasından getirecektir.

Avukatlık stajı daha ciddi yapılmalı, hem hukuki bilgiyi uygulama, hem de meslek etiğini kazanma aşaması olarak düşünülmelidir. Mümkünse avukatlık ve hâkimlik stajının önemli bir kısmı birleştirilmelidir. Ayrıca, stajını bitiren bir avukatın, bağımsız bir şekilde dava alması belirli bir zamana yayılmalı; aynı şekilde ruhsatını aldığıının ertesi

günü Yargıtay'da duruşmaya çıkmak gibi, aslında zaman ve olgunluk isteyen işlerde belirli zaman dilimleri konulması gereklidir.

Kanaatimizce hâkimlik ve savcılık mesleği de birbirinden ayrılmalıdır. Çünkü, hâkimlik hukukun vicdani kanaat bakımından zirve noktasıdır. Yukarıda açıklanan hukuk uygulaması içinde, uyuşmazlığa düşen iki taraf, uyuşmazlığı çözmek için sonunda bir üçüncü kişinin vicdanını hakem kılma ihtiyacını duyar, o kişi de adeta insanüstü bir iş yapan hâkimdir. Bu sebeptir ki, bir düşünürün ifadesi ile “hâkimler hukukun hem kölesi hem de efendisidir”. Hâkimler hukukun kölesidir; çünkü, onların ağır bir manevi yük altında buldukları açıktır. Hâkimler hukukun efendisidir; çünkü, onlar sözünü söyledikten sonra, bu söz ne kadar yanlış olursa olsun, artık söylenecek başka bir söz yoktur. Bu ağırlık, onların sadece yeterli hukuk bilgisini değil, gerekli insani donanımı taşımalarını da zorunlu kılmaktadır. Hâkimlere ilk öğretilmesi gereken şeylerden biri de, devletin değil milletin hâkimi olduklarıdır. Çünkü, hâkim devlet adına değil, millet adına karar verir. Ayrıca, devletle vatandaş karşı karşıya geldiğinde de hâkimin tarafsız ve bağımsız olması, bu bilinci taşımasına bağlıdır. Hâkim devletin değil, devlet hâkimin hizmetindedir.

Bugün ülkemizde, 22 yaşında hukuk fakültesi bitiren, iki yıl staj yaptıktan sonra 24 yaşında hâkim olan genç insanlardan, diğer insanların kaderleri hakkında karar vermesini bekliyoruz. Belki insanoğlu 24 yaşında, ülkeler fethedebilir, etmiştir de; ancak bu yaşta insanların kaderi hakkında karar verecek olgunlukta mıdır? Zira, ülkeleri fethedenler hakkında da, karar verecek olanlar yine hâkimlerdir. Bu sebeptir ki, hâkim olacak kişilerin mutlaka belirli bir olgunluğa da erişmiş olmaları gerekir. 30 yaşından önce bu olgunluğa ulaşmanın ne kadar güç olduğu da açıktır. Bu sebeple özellikle hâkimlerin, belirli bir süre, kanaatimizce en az beş yıl avukatlık yaptıktan ve bir süre de hâkim yardımcısı olarak çalıştıktan sonra, bağımsız bir şekilde karar verecek olgunluğa ulaşacaklarını düşünüyoruz. Bunun bir çok faydası olacaktır: Öncelikle, avukatlık yaparak hukukun ilk aşaması olan savunma alanında çalışan hâkim, bir insanı savunmanın zorluğunu yaşayarak öğrenecektir. Bunun dışında, yargılamada avukatlarla hâkimlerin birbirini anlaması daha kolay olacaktır. Ayrıca, avukatlık yaparken yaşadığı olaylar, hâkimde ciddi bir hukuk ve hayat olgunluğu ve tecrübesi doğuracaktır.

Hâkimlerin daha bağımsız ve yaratıcı karar verebilmeleri bakımından önemli bir engel de kanaatimizce hâkimlerin yükselme ve ilerlemelerinde uygulanan sistemdir. Bu sistemin mutlaka gözden geçirilmesi gereklidir. Hâkim, tayin terfi için Bakanlıktan ve

Hâkimler Savcılar Yüksek Kurulundan himmet bekleyen insan olmaktan çıkarılmalıdır. Hâkimlerin içtihat yaratmasının önünde neredeyse bir engel olarak duran, kararları hakkında verilen not sisteminin de gözden geçirilmesi bir zorunluluktur. Bu sebeptir ki, bazen üst mahkemelerin yanlış kararlarına karşı dahi, hâkimler direnme cesaretini göstermemektedirler.

Hâkimlikle savcılık da birbirinden ayrılmalıdır. Çünkü, hâkimin taşıması gereken vasıflar farklıdır. Hâkim bağımsız ve tarafsız bir noktada dururken, savcı aslında taraftır; kamu adına hareket eder, gereğinde devleti temsil eder. Bu sebeple uzun süre savcılık yapan bir hukukçunun, daha sonra hâkimlik yapmaya başlaması, kişilik de rol kayması veya sapmasına yol açabilecektir. Kaldı ki, uzun süre savcılık yapan birinin de hâkimliğin düşünce tarzını kabullenmesi kolay olmayacaktır. Oysa, bir savcının daha çok bir avukat gibi yetişmesi ve sorunlara o gözle bakması gereklidir. Bu açıdan hâkimlerle savcılarının eğitimlerinden başlayarak mesleği icralarına kadar farklılaşması gereklidir.

Bu kısa sayılabilecek değerlendirmeden varılması gereken en önemli sonuç, hukukçular yetiştirilirken ve mesleklerini uygularken, öncelikle hukukçu bilincini taşımalarının öğretilmesi zorunluluğudur. Bu bilinci kazanmaları için azami çaba gösterilmeli, bu bilinci korumaları için sürekli bu konuya dikkat çekilmeli, uyarılmalı ve bu bilinci kaybettikleri an hukukla bağlantıları da kesilmelidir. Eğer adalet mülkün temeliyse, temelin su almamasına, sarsıntıya karşı sağlam durmasına dikkat edilmelidir. Bazı şeyler vardır ki, üzerinde en küçük tereddüdü dahi taşıyamaz; adalet o şeylerdendir.

Hukuk bilincini sağlamak için eğitim önemlidir, ancak bu yan faktörlerle de mutlaka desteklenmeli, korunmalıdır. Örneğin, bir masa ve sandalyeden oluşan bir hukuk fakültesinde eğitim alan öğrenci mi, yoksa binasından girerken hukuku algılayabileceği bir mimariye sahip hukuk fakültesinde okuyan bir öğrenci mi bu duyguya daha çok sahip olur? Keza, boş ve soğuk duvarları olan hukuk fakültelerinde okuyan öğrenciler mi, yoksa her bir duvarında bir temel hukuk metnini görerek geçeceği ve dört yıl içinde bunlara aşinalık kazanacak öğrenciler mi daha çok hukuka sahip çıkar? Hâkim, depodan bozma bir yerde duruşma yapınca mı, yoksa adalet sarayı ismine yakışan, o şehrin en görkemli binasında yargılama yapınca mı daha sağlıklı karar verir? Şüphesiz bir hâkime milyarlarca lira verseniz de, trilyonlarca liralık davalara bakacaktır; ancak en azından gelecek endişesi taşımayan bir hâkim mi, yoksa yarın ne giyeceği konusunda tereddüdü olan bir hâkim mi daha doğru karar verir? Davasının akıbeti konusunda tereddüdü olmayan bir avukat mı, yoksa acaba dilekçem okunur mu, duruşmada söylediklerim ciddiye alınır mı diyen bir avukat mı mesleğini daha iyi yapar?

SONUÇ

Yukarıda yazılanlardan çıkarılabilecek sonucu özetlersek: Hukukun, vicdan ve ahlak, daha güncel ifade ile etik temeli bir kenara bırakıldığında aslında işlevini yerine getirmesi mümkün değildir. Maalesef bugün ülkemizde, hukukun çok ciddi bir şekilde etik sorunu vardır. Bu sorunun çözülmemesinin en önemli sebebi, herkesin, özellikle de hukukçuların bu sorunu gerçekten çözmek istememeleridir. Şayet bu sorun çözülmek isteniyorsa, önce hukukun her aşamasında bulunanların, öğrencisinden öğretim üyesine, avukatından hâkimine kadar kendisini gözden geçirmesi gerekir. Kendimize ve birbirimize bu konuda yalancı değil, samimi sorular sormalı ve acı cevaplarından da korkmamalıyız. Önce hukukçu gibi hukukçu yetiştirmeli, sonra bu bilinci korumak için çaba göstermeli, bu çabayı göstermeyenlerin hukukçu kimliğini taşımasına izin verilmemelidir. Almanların “güven iyidir, ancak kontrol daha da iyidir” sözünü burada hatırlamak yararlı olacaktır.

AVUKATIN ÜZERİNİN ARANMASI SORUNU VE AVUKAT VURALDOĞAN DAVASI

Av. Kemal VURALDOĞAN*

Ankara 3. İdare Mahkemesi'nce verilen bir kararla, üzeri ve çantası aranan Avukat Kemal VURALDOĞAN'a İçişleri Bakanlığı tarafından 2.500.000.000 TL manevi tazminat ödenmesine karar verilmesiyle¹, avukatların üzerinin aranıp aranmayacağı konusu tekrar gündeme gelmiş, karar avukatlar ve barolar nezdinde olumlu karşılanırken², kararı olumsuz bulduğunu ifade edenler de olmuştur³. Çalışmamızda, Avukat VURALDOĞAN davası çerçevesinde, avukatların üst araması sorunu incelenecek ve avukatlara tanınan bu hakkın sınırları çizilmeye çalışılacaktır. Özellikle 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun yürürlüğe girmesiyle, konunun daha da önemli bir hale geleceğini düşünmekteyiz. 1 Nisan 2005'te yürürlüğe girecek yeni Türk Ceza Kanununun 120. maddesi uyarınca, hukuka aykırı olarak bir kimsenin üstünü ve eşyasını arayan kamu görevlisine 3 aydan bir yıla kadar hapis cezası verilecektir.

1 Mayıs 2004 günü Ankara Adliyesinden çıkan Avukat VURALDOĞAN, adliye çıkışındaki bulvarda 1 Mayıs gösterileri nedeniyle, Ankara Valiliği'nden aldıkları genel arama izni çerçevesinde miting alanı ve çevresinde arama yapan polisler tarafından aranmak istenmiş, avukat olduğunu belirtmesine rağmen polisler arama konusunda ısrar ederek kendisini aramışlar, yapılan arama, Ankara Barosu Başkanlığı tarafından kameraya alınmıştır. Avukat VURALDOĞAN, kanuna aykırı olduğuna inandığı arama nedeniyle Ankara Valiliği görevlileri aleyhinde suç duyurusunda bulunmuş, ayrıca manevi tazminat istemiyle İçişleri Bakanlığına başvurmuştur.

* Ankara Barosu, Avukat.

¹E. 2003/1192, K. 2004/978, k.t. 11.6.2004. Kararın tam metni için bkz. Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 55 (Kasım-Aralık 2004), s. 482-483. Kararla ilgili gazete haberleri için bkz. **Radikal**, 12.10.2004, **Akşam** 12.10.2004, **Cumhuriyet**, 12.10.2004.

²Davacı yanında davaya müdahale talebi kabul edilen Ankara Barosu, Avukat VURALDOĞAN davasının gerekçeli kararının tüm barolara duyurulmasına karar vermiştir. İstanbul Barosu Avukat VURALDOĞAN davasını haber olarak duyurmuş, <http://www.istanbulbarosu.org.tr/Detail.asp?CatID=1&SubCatID=1&ID=765>, Türkiye Barolar Birliği ise, Cumhuriyet Gazetesinde yayımlanan habere internet sitesinde yer vermiştir, http://www.barobirlik.org.tr/calisma/basinda_yargi/2004/10/12.htm (en son yararlanma, 26.01.2005).

³**Sabah**, 14.10.2004 (Aşlı AYDINTAŞBAŞ'ın köşe yazısı).

Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı, Ankara Valisi açısından gereğinin takdiri için dosyayı Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'na göndermiş, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından Ankara Valisi hakkında şikayet dilekçesinin işleme konulmamasına karar verilmiş, arama emrini veren polis memurları açısından gereğinin yapılması için dosya Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı'na iade edilmiştir⁴. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı Nuri Ok imzalı kararda, Ankara Valiliği tarafından 1 Mayıs Mitingi nedeniyle kamu düzeninin sağlanması, suç işlenmesinin önlenmesi amacıyla suç aletlerinin toplantının yapıldığı yer ve çevresine sokulmaması için toplantı mahal ve çevresine gelen kişilerin özel kağıtlarının ve eşyalarının aranması konusunda Ankara Valiliği'nin oluru ile genel arama izni verildiği, genel arama için verilmiş bulunan iznin 1136 sayılı Avukatlık Kanununun tanıdığı hakkı ortadan kaldırmaya nitelik taşımadığı ifade edilmiştir. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına göre mülki amirin vereceği yazılı genel arama izniyle, avukatların üzerlerinin aranması mümkün değildir.

Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı, ilgili kamu görevlilerin soruşturulması izni verilmesi için Ankara Valiliği'ne başvurmuş, Ankara Valiliği tarafından soruşturma izni verilmemiştir⁵. Karara Avukat VURALDOĞAN tarafından Ankara Bölge İdare Mahkemesi nezdinde itiraz edilmiş; Ankara Bölge İdare Mahkemesi itirazı reddetmiştir⁶. Ankara Bölge İdare Mahkemesi kararında avukatın üst araması konusuna değinilmediği için, Ankara Bölge İdare Mahkemesi'nin avukatların üst araması konusunda ne düşündüğü konusunda açıklama yapamamaktayız.

Avukat VURALDOĞAN'ın manevi tazminat istemli dilekçesine cevap verilmemesi üzerine, Avukat VURALDOĞAN tarafından Ankara 3. İdare Mahkemesi'nde tam yargı davası açılmış, Ankara Barosu davacı yanında davaya müdahale talebinde bulunmuştur. Davalı İçişleri Bakanlığı, bilirkişi olarak Prof. Dr. Feridun YENİSEY'e başvurmuş, savunmasını büyük ölçüde YENİSEY'in görüşlerine dayandırmıştır.

YENİSEY'e göre, Avukatlık Kanunu madde 58'de yer alan yasak, maddede geçen suç teriminden anlaşılması gerektiği üzere sadece adli aramalar için geçerlidir. Avukatın müdafaa görevini garanti altına alan hüküm, avukatın suç isnadı altında bulunduğu durumlarda geçerlidir. Resmi Gazetede, 24.5.2003 tarihinde yayımlanan Adli ve Önleme

⁴Karar no: 2003/35 Karar, Karar Tarihi: 02.06.2003.

⁵Ankara Valiliği İl İdare Kurulu Müdürlüğü'nün 29.07.2003 tarihli ve 4483/K133 numaralı kararı. Avukat VURALDOĞAN'ın ilgili kamu görevlisi hakkında disiplin soruşturması açılması talebi de, Ankara Valiliği'nin 25.7.2003 tarihli onayıyla işlemden kaldırılmıştır. Her iki kararın gerekçesinde, makalemizde YENİSEY'in görüşleri olarak aktardığımız nedenler belirtilmiştir.

⁶E. 2003/313, K. 2003/329, K.T. 15.10.2003.

Aramaları Yönetmeliği, önleme araması ve adli arama ayrımı yapmıştır. Önleme araması yakın bir tehlikenin önlenmesi amacıyla yapılan bir arama olup, tehlikeyi önleme aramalarında herkes aramaya tâbidir. Yine, İl İdare Kanununun Ek 1. maddesi uyarınca, hava meydanlarına girişte yapılan aramalarda pilot dahil herkes aranacaktır. Avukatların üstünün aranmaması müdafaa görevinin serbestçe yerine getirilmesi için kabul edilen bir meslek ayrıcalığı olup, önleme aramalarında geçerlidir. Yine, 5.2.2003'te yürürlüğe giren Hapishane ve Tevkifhanelerin İdaresi Hakkında Kanunun 6. maddesindeki değişikliğin de gösterdiği gibi infaz kurumlarına giren herkes gibi avukatlar da aranacaktır. Avukatlık Kanunu madde 58 bu önleme aramasında da geçerli değildir. Avukat VURALDOĞAN olayında, vali emri ile Anayasa'nın 20. maddesine ve hukuka uygun olarak yapılan bir önleme araması vardır. Önleme aramasında herkesin aranmasına rağmen avukatların hariç tutulması hukuka aykırı olur⁷.

Ankara 3. İdare Mahkemesi, 11.6.2004 tarihli kararıyla, davayı kabul etmiş, Avukat VURALDOĞAN'ın talebiyle bağlı kalarak 2.500.000.000 TL'nin Avukat VURALDOĞAN'a ödenmesine karar vermiştir. Tek hâkimli olarak Hâkim Vehbi KOZİK tarafından verilen kararın gerekçesinde, kamu idarelerinin yürütmekle yükümlü buldukları kamu hizmetlerini gereği gibi yerine getirmek, bu hizmetin işleyişini sürekli olarak kontrol etmek ve hizmetin yürütülmesi sırasında gerekli önlemleri almakla yükümlü olduklarına işaret edilmiş, anılan yükümlülüğün yerine getirilmemesi suretiyle hizmetin kötü veya geç işlemesi, gereği gibi işlememesi durumunda idarenin hizmet kusuru oluşacağı ve bu kusur nedeniyle bir zarar verilmiş olması durumunda ise meydana gelen zararın tazmin edilmesi gerekeceği belirtilmiştir. Hâkim KOZİK, avukatların demokratik hukuk devletinin işleminde, yargılama ve hak arama özgürlüğünün sağlanmasında emeği geçtiği, davacı avukatın vatandaşlar önünde üst aramasına maruz kalmasının meslek onurunu zedelediği, adaletin tam tecellisi olarak önem ve öncelik kazanan manevi tazminata hükmedilmesi gerektiği gerekçesiyle davayı kabul etmiştir⁸. Karara Ankara Bölge İdare Mahkemesi nezdinde mahkeme kararının yürütülmesinin durdurulması istemiyle itiraz edilmiş, Ankara Bölge İdare Mahkemesi tarafından

⁷Prof. Dr. Feridun YENİSEY imzalı, 23.7.2003 tarihli 1 sayfalık görüş. Davalı İçişleri Bakanlığı davaya cevap dilekçesinde YENİSEY'in görüşlerinden alıntı yapmış, YENİSEY imzalı 1 sayfalık görüş, Bölge İdare Mahkemesine sunulan itiraz dilekçesine eki olarak dava dosyasına girmiştir. Anılan görüşte, Avukat VURALDOĞAN olayının 1 Mayıs 2003'te yaşandığı, Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliğinin 24 Mayıs 2003'te yürürlüğe girdiği gözden kaçırılmıştır.

⁸Kararın künyesi için bkz. 1 numaralı dipnot.

mahkeme kararının yürütülmesinin durdurulması talebi reddedilmiştir⁹. Davalının itirazının esası hakkında henüz bir karar verilmemiştir.

Avukatlık Kanunu 58/1 maddesinin son cümlesi, “*Ağır cezayı gerektiren suçüstü halleri dışında avukatın üzeri aranamaz.*” hükmüne yer vermektedir¹⁰. Madde başlığının, “Soruşturmaya Yetkili Cumhuriyet Savcısı” olması, bu maddenin sadece avukatların görevleri ile ilgili suç işlemleri durumunda geçerli olacağı iddia edilmekteyse de¹¹, avukatın ağır cezayı gerektirmeyen suç isnadı altında bulunduğu durumda dahi üzerinin aranması için hâkim kararı istenirken, daha hafif bir durum olan önleme aramalarında aranma yasağının evleviyetle geçerli olduğunu düşünmekteyiz. Adli Önleme Aramaları Yönetmeliğinin 14. maddesi incelendiğinde, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde mahallin en büyük mülki amirinin vereceği yazılı emirle, kolluğa, halkın topluca bulunduğu veya toplanabileceği yerlerde, yerleşim yerlerinin giriş ve çıkışlarında ve her türlü toplu taşıma veya seyreden taşıt araçlarında dahi kişilerin üstlerini, araçlarını, özel kâğıtlarını ve eşyasını arama yetkisi verildiği görülecektir. Tekrar, Avukatlık Kanunu 58. maddeye dönersek, avukat ağır cezayı gerektiren bir suç işlese bile, suçüstü hali yoksa üzeri aranamayacaktır. Suçüstü hali olsa bile, eğer işlendiği iddia edilen suçüstü ağır cezalı değilse üzeri yine aranamayacaktır. Göreviyle ilgili suç işlemesi durumunda dahi, işlendiği iddia edilen suçun ağır cezalı olmaması, ağır cezalı olsa bile suçüstü hali olmaması halinde avukatın üzerinin aranması için hâkim kararı istenirken, mahalli en büyük mülki amirinin vereceği emirle, toplu taşıma araçlarında, yerleşim yerlerinin girişinde ve çıkışında avukatın aranmasının mümkün olmadığını düşünmekteyiz. Bir an için Yönetmelik hükmünün avukatları da kapsadığı düşünülse dahi (kanımızca anılan Yönetmeliğe dayanılarak avukatların aranması mümkün değildir); Avukatlık Kanunu ile Yönetmelik hükmü arasında çelişki olduğu için, normlar hiyerarşisi gereğince Avukatlık Kanunu uygulanacaktır.

Avukatın önleme aramasından muaf olduğu iddiamızın diğer bir dayanağı Hapishane ve Tevkifhanelerin İdaresi Hakkında Kanununun, “*Ancak milletvekilleri, mülki amirler, hâkim, Cumhuriyet savcıları ve bu sınıftan sayılanlar, müdafî ve avukatlar ... ağır cezayı gerektiren suçüstü halleri dışında elle aranamaz. Duyarlı kapı cihazının ikazının sürmesi*

⁹Ankara Bölge İdare Mahkemesi'nin 2004/3869 E. Sayılı dosyada verdiği 8.12.2004 tarihli kararı.

¹⁰ **Hâkimler ve Savcılar Kanunu Madde 88 ise**, “*Ağır cezayı gerektiren suçüstü halleri dışında suç işlediği ileri sürülen hâkim ve savcılar yakalanamaz, üzerleri ve konutları aranamaz, sorguya çekilemez.*” hükmüne yer vermektedir. Bu nedenle avukatların üst araması ile ilgili görüşümüzün, hâkim ve savcılarının üst araması içinde geçerli olduğunu belirtmekte fayda görüyoruz.

¹¹İçişleri Bakanlığı Avukat VURALDOĞAN davasına sunduğu 28.8.2003 tarihli davaya cevap dilekçesinde bu iddiayı dile getirmiştir.

halinde bu kişiler elle aramayı kabul ettikleri takdirde kuruma girebilirler." hükmüne yer 6. maddesidir. Kanun koyucu, Avukatlık Kanunu uyarınca avukatların üzeri aranmayacağı için, cezaevleri açısından ayrıksı bir hüküm getirmiştir. Anılan hüküm Avukatlık Kanununa göre daha özel ve sonraki tarihli kanun olduğu için sadece hapisane ve tevkifhanelerle sınırlı kalmak kaydıyla uygulanma kabiliyetine sahiptir. Eğer çıkarılacak bir yönetmelikle avukatlarının üzerinin aranması mümkün olsaydı, kanun değişikliğine gitmeden, ilgili yönetmelikte yapılacak bir değişiklikle avukatların hapisane ve tevkifhane girişlerinde aranması sağlanabilirdi. Kanımızca bu durum da, Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliğine dayanılarak avukatın üzerinin aranmasının mümkün olmadığını göstermektedir.

Avukatların üst araması sorunu incelenirken, avukatlara neden ayrıcalık tanındığı sorusunun cevabının da problemin çözümünde işlevsel olduğunu düşünmekteyiz. Arama yasağı getirilmesi de makul ve anlaşılır sebeplere dayanmaktadır. Avukatlık Kanunu 1. madde uyarınca avukatlık kamu hizmetidir. Yine aynı Kanunun 2. maddesince avukat yargının kurucu unsuru olan bağımsız savunmayı serbestçe temsil etmektedir. Avukatlık Kanunu, avukatlık mesleğine kabul edilmeyi birtakım zor koşullara bağlamış¹²; avukatlara birçok sorumluluk ve ödev yüklemiştir.¹³ Yine, Avukatlık Kanunu madde 36'ya göre avukatların sır saklama yükümlülüğü vardır. Avukat müvekkil ilişkilerinin kapsamı düşünüldüğünde, avukatın çoğu zaman müvekkiline ait ailevi ve ticari sırlara vakıf olduğu, bu konulara ilişkin belge ve resim gibi ispata yönelik eşyalara sahip bulunduğu görülecektir. Bu bilgi ve belgelerin sır saklama yasağına rağmen el değiştirmesi, başkaları tarafından bilinir hale gelmesi avukatı mesleğini yapamaz hale getirecek, avukat müvekkil ilişkisinde güvensizliği hâkim kılacaktır. Dolayısıyla, hak arama özgürlüğünün etkin kullanılmasında en önemli işleve sahip olan avukatlık mesleğinin etkili sonuç doğurabilmesi için, avukat müvekkil ilişkisinde güvenin sağlanması, avukata verilen bilgi ve belgelerin her türlü müdahaleden uzak bir şekilde korunmasının sağlanması gerekmektedir. Avukat mesleğini icra ederken, kimi zaman yaşadığı kent mülki erkanının veya onların kimi yakınlarının rahatsız olduğu davaları da takip edecektir. Belki açacağı dava bir hükümetin düşmesine; büyük menfaat gruplarının çökmesine yol açacaktır. Mahallin en büyük mülki amirinin vereceği yazılı emirle, avukatın üzerinin aranması imkânının kolluk kuvvetlerine tanınması, avukatlık mesleğinin gereği gibi yerine getirilmesini engelleyecektir. Yargının diğer kurucu

¹²Bkz. Avukatlık Kanunu madde 3,5 ve 11.

¹³Bkz. Avukatlık Kanunu madde 34 ve devamı.

unsurları olan hâkim ve savcılarının da üzerlerinin aranmaması aynı nedene dayanmaktadır.

Avukatların üst araması sorunu ile sır saklama yükümlüğü ve hak arama özgürlüğünün etkin kullanılması arasındaki bu yakın ilişkinin tespiti, avukatlara tanınan bu hakkın sınırının belirlenmesi açısından önemlidir. Avukatın üzerinin aranmaması avukatlık mesleğinin niteliği gereği tanındığı için, avukatın mesleğini yapmadığı zamanlarda bu haktan yararlanmaması gerekir. Bu hakkın tanınış amacı, avukatlık mesleğinin en etkin şekilde icrasını sağlamak olduğu için, avukatın mesleğini yapmadığı durumlarda diğer kişilerle aynı hukuksal statüde bulunması gerekmektedir. Bu görüşümüzün konuyu tam olarak çözmediği düşüncesindeyiz. Avukatlık mesleğinin zamana ve mekana bağlı kalarak yapılan bir meslek olmadığı gözetildiğinde, önleme araması yapılmak istenen ve mesleği avukat olan kişinin o an mesleğini yapıp yapmadığının belirlenmesi gerekmektedir. Avukatın o an mesleğini yapmasından, dilekçe yazmak gibi mesleğin tipik görünümünü kastetmediğimizi de belirtmek isteriz. Adliyeden bürosuna dönen, bürosundan çıkıp otobüse binen, elinde evrak çantasıyla herhangi bir yere giden avukatın da mesleğini yaptığının kabulü gerekmektedir. Yine avukatlık mesleği sadece mesai saatleri içerisinde yapılan bir meslek değildir. Özellikle Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu uyarınca barolar tarafından atanan müdafilerin gece 24'e kadar görevlendirildikleri düşünüldüğünde iddiamızın doğruluğu anlaşılacaktır. Yine, avukatın müvekkiliyle mesai saatleri dışında görüşmesini, ondan belge almasını engelleyen hüküm ve meslek kuralı olmadığı gibi, anılan davranış hayatın olağan akışına uygundur. Dolayısıyla, görevi ile ilintili bir iş yaptığına inanan avukatın, avukat olduğunu belirtmesi durumunda, zaman ve mekan ayrımı gözetilmeksizin önleme aramasından muaf olduğunu düşünmekteyiz. Avukatın beyanı ile görüntü arasında önemli bir çelişki varsa; bu durumda avukatın mesleğini yapmadığının kabulü gerekmektedir. Miting alanı çevresinde elinde pankartla gezen, stadyum önünde bir spor takımına ait elbise ile bekleyen, şortla uçağa binen, tenis raketi ile spor alanına giden, mayo ile plajda gezen avukatın, o an mesleğini yaptığının kabulü hayatın olağan akışına aykırıdır. Bu durumdaki bir avukatın, önleme aramasını kabul etmesi gerektiğini düşünmekteyiz.

Avukatın üst araması konusunu, sadece mesleği ile ilintili durumlarla sınırlamamızın diğer bir nedeni, bu hakkı mutlak kabul etmemiz durumunda, avukatın yükümlülüklerinin de mutlak anlaşılabilirliği kaygısını taşımamızdır. Kanımızca, avukat sadece mesleğini icra ederken Avukatlık Kanunu ve meslek kuralları ile bağlıdır. Bilindiği üzere, avukatlık meslek kurallarından biri de, “avukat hasım tarafın ancak avukatı ile görüşebilir” kuralını

getirmektedir. Eğer aranmama yasağını, avukatın meslek dışındaki özel yaşamına da taşırsak, anılan meslek kuralının özel yaşamımızda da geçerli olduğunu kabul etmemiz gerekecektir. Dolayısıyla, aranmama yasağı avukatlık mesleğinin niteliği gereği tanınmış bir hak olduğu için, avukatın tam anlamıyla özel yaşamını surdrdğ durumlarda geçerli olmaması gerekir.

Sonuç olarak, avukatlık mesleği ile ilintili bir durumdaki avukatın üzerinin aranması için hâkim kararı gerekmektedir. Avukatlık Kanunu madde 58 uyarınca, ağır cezayı gerektiren suçüstü hallerinde hâkim kararına gerek yoktur. Avukatın mesleği ile ilintili olduğu iddiası ile görüntüsü arasında önemli bir çelişki olması durumunda, nleme araması yapılması mümkündür. Bu durumda aramayı yapan kolluk görevlisinin hukuka uygun davrandığının kabulü gerekmektedir. Avukatın beyanı ile görüntüsü arasında çelişki olmakla beraber, kolluk görevlisi avukatın mesleği ile ilintili bir durumda bulunmadığından emin değilse, Avukatlık Kanunu madde 2 uyarınca yargının kurucu unsuru olan, aynı Kanununun 1. maddesi uyarınca kamu hizmeti yürüten avukatın beyanını esas alacak ve arama yapmayacaktır. 1 Nisan 2005'ten sonra hukuka aykırı şekilde avukatın üzerini arayan kamu görevlisi hakkında, Türk Ceza Kanunu'nun 120. Maddesi uyarınca kamu davası açılması gerekecektir. Mağdur avukat ayrıca hukuk mahkemesine başvurarak manevi ve varsa maddi zararlarının tazminini de talep edebilecektir.

FAİZ KARMAŞASI

Av. Gökhan AYDAR*

Neden bu başlığı seçtik?... Gerçekten en basit konuları içinden çıkılmaz hale getirmede üstümüze yoktur. Hatırlanacağı üzere, faizle ilgili 3095 sayılı yasa çıkmadan önce, gayet basit bir-iki işlemle uygulanacak yasal ya da o zamanki tabiriyle (ticari) faizi bulmak ve olaya uygulamak işten bile değildi. Elbette ki, süregelen enflasyon, uyumsuzlukların ve mevzuatın çok çeşitli hale gelmesi, ülkemizin giderek ekonomik açıdan büyümesi, ithalat-ihracat ve kambiyo işlemlerinin çokluğu, 3095 sayılı yasanın çıkarılmasını kaçınılmaz yapmıştır. Ancak, bu yasanın 1 ve 2. maddeleri Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir. İptalden sonra 4489 sayılı yasa ile 26.11.1999 tarihinde yasanın 1. ve 2. maddeleri yeniden düzenlenmiştir ki, (karmaşanın ayak izleri) kendini göstermeye başlamıştır, bu süreç devam ederken, BÜTÇE KANUNLARINA konan YASAL FAİZ düzenlemeleri, karmaşıklığa büyük çapta neden olmuştur. Birkaç hukukçu arkadaşımız bu konuda araştırma yaparak bazı fikirleri ortaya atmışlardır. Biz de (özellikle duyarlılık) gösterdiğimiz konuyu sade bir biçimde anlatmayı ve ilgililerin dikkatine sunmayı düşündük.

2003 yılı bütçe kanunu ile faiz kavramına müdahale edilince, bakınız Yargıtay'dan birbirleriyle çelişen şu iki karar nasıl çıktı: Yargıtay 10. Hukuk Dairesi bir kararı ile YASAL FAİZİN 11.1.2000 tarihinden sonrası için Merkez Bankasının saptadığı % 60 faiz oranında olduğunu belirtirken, Yargıtay 12. Hukuk Dairesi ise görüşünü, 2003 yılı Bütçe Kanununun ilgili maddesi gereğince, 1.4.2003 tarihinden itibaren YASAL FAİZİN aylık %2.5 yani yıllık %30 oranında uygulanmasının gerekeceği yönünde kullanmıştır (2004 Bütçe Kanunu ile de bu oran yıllık % 15 tir).

İnceleme olanağı bulduğumuz Şişli 2. İcra Mahkemesinin kararındaki şu satırlar oldukça ilginçtir: (... Davacı vekili yasal faizin Bütçe Kanunu hükmü uyarınca 1.1.2004 ten itibaren yıllık % 15 olduğunu iddia etmektedir. Oysa, Bütçe Kanununa dayandırılan yasal faiz BÜTÇE KANUNU İLE İLGİLİ ALACAKLARI kapsamaktadır. Bu nedenle

*Eskişehir Barosu, Avukat.

¹Anayasa Mahk. 15.12.998 T.1997/34 E. 998/79 K.

²27.1.2003 T. 2003 /296 K.Yarg.10.HD.

³6.11.2003 T. 2003 /19352 E. - 2003 /21842 K.Yarg.12.HD.

yasal faiz, %43 tür..)⁴. Şişli 1. İcra Tetkik Mercii Hâkimliğinin 2003/1483 E. ve 2003/1302 K. no'lu ilamı ise farklı mizansenleri içermekte olup, yasal faizin (Bütçe Kanunu tartışılmaksızın) 25.8.2003 tarihi itibariyle % 64 olmayıp, %50 oranında olduğu doğrultusundadır.⁵ Bu karar da Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 2004/216 K. no'lu dosyasıyla 15.1.2004 tarihinde ONANMIŞTIR.⁶ Peki, 12. Hukuk Dairesinin yasal faizin yıllık %30 olduğunu belirten 6.11.2003 tarihli kararı ile %50 olduğunu belirten 15.1.2004 tarihli onama kararı arasındaki çelişki her halde gözden kaçmamıştır.

Yıllar geçip ve uygulamalar da devam ettikçe bu kez basit bir niteleme ile TİCARİ İŞLERE UYGULANACAK FAİZİN ÖZELLİKLE KAVRAMINDA VE TANIMINDA karmaşıklıklar meydana gelmiştir. Dürüstçe belirtelim ki, bu kavram karmaşasında sade vatandaşın yanı sıra HUKUKÇULAR da duraksamalara düşmüşlerdir. Basit bir anlatımla, davasını açan bir ticaret erbabı dava dilekçesinde (ticari faizi istiyorum) dediği zaman, kuşkusuz ilk anlaşılacak olan (ticari işlere uygulanan faiz) akla gelecektir. Oysa, Sayın Yargıtay'da yıllar itibariyle farklı görüşler ortaya çıkmıştır. Yargıtay 1990'lı yıllara kadar (ticari faizden) kastedileni reeskont (avans) faizi olarak kabul ederken, görüşünden dönmüş ve bu kez (ticari faiz) tanımlamasından (yasal faizin) anlaşılması gerektiğini vurgulamıştır. 1997 tarihli bir Hukuk Genel Kurulu kararında ise daha ayrıntılı/değişik içerikli tanımlamalara yer verilmiştir. Örneğin, alacaklı (kanuni faiz - kanuni temerrüt faizi - Ticari temerrüt faizi) gibi Genel Kurula göre SOYUT (Bize göre ticari temerrüt faizi soyut değil, çok SOMUT bir taleptir) ibareler kullanılmışsa, talebi reeskont (avans) faizi olarak kabul edilemeyecek, yasal faiz prosedürü işletilecektir. Bu karara göre alacaklı veya vekilinin (reeskont faiz oranında temerrüt faizini) talep etmesi veya reeskont (avans) faizi oranında bir miktarı, örneğin % 75, % 92 gibi somut oranları göstermelidir. Bu kararda da (karmaşıklığın giderilemediği) görülmektedir..

Bilindiği gibi, iş mahkemelerinde istenen KIDEM TAZMİNATINA (vadeli mevduata uygulanan en yüksek faiz) kavramı dikkatini ve güncelliğini korumaktadır. Yazıyı kaleme aldığımız bu tarihte mevduata uygulanan en yüksek faiz yanılmıyorsa yüzde 18 veya 20 dir. Ancak, bu tarihteki Yargıtay'ın tanımına uygun olan reeskont (avans) faiz oranı ise 1.7.2004 ila 31.12.2004 tarihleri arasında % 42 dir. Bu fark nasıl izah edilecektir? Her ne kadar, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 5.2.1990 tarihli kararında bu

⁴27.5.2004 T.2004/568 E. - 2004/661 K. Şişli 2. İcra Mahk.

⁵Şişli 1. İcra Hakimliği 2003/1483 E. - 2003/1302 K.

⁶Yarg.12 HD.2004/216 K.

⁷Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 11.6.1997 tarih ve 11-278/529 sayılı Karar (Yargı Dünyası, Ocak 2005, Sayı 109, s. 37).

talepten REESKONT (avans) faizi olarak anlaşılmasını gerektiğini belirtmekte ise de,⁸ bunun doyurucu bir gerekçeye dayanmadığını ve bu alanda da karmaşıklığın devam ettiğini düşünmekteyiz..

Sonuç olarak diyebiliriz ki, eğer Anayasa Mahkemesi bile faizle ilgili yasanın bazı maddelerini iptal ediyorsa, Sayın Yargıtay daireleri arasında bile değişik görüşler varsa (tanımlamalarda dahi), yıllar itibariyle görüş değişikliği beliriyorsa, ülkemizin birçok mahkemelerinde farklı görüşler ortaya çıkmışsa yeniden ve vakit geçirmeden eleştirilerek ve ihtiyaçlara cevap verecek FAİZ YASASI çıkarılmalı ve en önemlisi BİRER YILLIK SÜRELERE TÂBİ BÜTÇE KANUNLARI İLE FAİZE MÜDAHALE EDİLMEMELİDİR.

Ancak, yeni yasanın gündeme gelmesi belki uzun süreceği, belki de yasa çıkarılmayacağı düşünülürse, bu mevzuat içinde şu sonuca varıyoruz:

1 - Faiz istemi yasal faizin dışında TİCARİ KONULARA endekslenmek istenirse kanımızca Yargıtay'ın yorumuna da uygun olarak (... AVANS FAİZİ ..) sözcükleri kullanılmalıdır. Bu oran halen Merkez Bankasının 1.7.2004 - 31.12.2004 için ilân ettiği % 42 AVANS FAİZİDİR.

2 - Yasal faizin, kanımızca (birer yıllık sürelerle tâbi) bütçe kanunlarıyla ilgisi yoktur ve Şişli 2. İcra Mahkemesi'nin isabetle belirttiği gibi, bu hüküm, Bütçe kanunları ile ilgili alacaklar içindir. Kanımızca, YASAL FAİZ OLARAK, Merkez Bankasının ilân ettiği rakamlar ışığında ve örneğin, bugünler için Merkez Bankasının 1.7.2004 - 31.12.2004 tarihleri arasındaki süre için ilân ettiği % 38 ORANINDAKİ FAİZ uygulanmalıdır.

3 - Her ne kadar, %10'lara düşen enflasyon karşısında YASAL FAİZİN %38 olarak algılanmasının çelişki yarattığı düşünülürse de, bugünkü mevzuat karşısında, yukarıda belirttiğimiz rakamların uygulanmasından başka çare yoktur. Çelişkinin giderilmesi isteniyorsa, yeni bir yasal düzenleme getirilmelidir.

⁸11. HD. 5.2.1990 tarih 910/601.

KARAKTERİSTİK EDİM TEORİSİ

Ar. Gör. Mesut AYGÜN*

GİRİŞ

Milletlerarası ticarî ilişkilerin niteliği ve niceliğinin artması, farklı hukuk düzenlerinin daha sık karşı karşıya gelmeleri sonucunu doğurmuş ve bu da yabancı unsur içeren sözleşmelere uygulanacak hukuk sorununun önem kazanmasına neden olmuştur.

Özü itibarıyla, sözleşmesel borç ilişkilerinde, milletlerarası özel hukuka ait menfaatlardan taraf menfaatinin ağır bastığı aşikârdır. Bu nedenle, sözleşmeye uygulanacak hukuk belirlenirken, özellikle tarafların menfaati açısından en uygun hukukun araştırılması gerekmektedir. Yabancı unsur içeren sözleşmelere uygulanacak hukuka ilişkin olarak “sübjektif” ve “objektif” olmak üzere iki yöntemden söz etmek mümkündür. Sübjektif yöntemde, sözleşmeden doğan uyumsuzlıklara uygulanacak hukuk, tarafların iradesine tâbidir. Bu yöntemde, sözleşmeye uygulanacak hukukun temelinde irade muhtariyeti prensibi yatmaktadır. Objektif yöntemde ise, sözleşmeden doğan uyumsuzlıklara uygulanacak hukuk belirlenirken tarafların iradesi dışında, objektif bağlama noktaları göz önünde bulundurulacaktır.

Şu var ki, pek çok hukuk düzeninde sözleşmelere ilişkin kanunlar ihtilâfî sistemi düzenlenirken her iki yöntemden kümülâtif şekilde yararlanılmaktadır. Genelde, ilk plânda sübjektif bağlanma kabul edilmiştir. Sözleşmeden doğan uyumsuzlıklara uygulanacak hukuka ilişkin olarak taraflara hukuk seçme imkânı verilmiştir.

Taraflar sözleşmelerine uygulanmak üzere açık veya zımnî bir hukuk seçimi yapmamışlarsa, bu durumda sözleşmeye uygulanacak hukuk objektif yönetime göre belirlenecektir. Objektif bağlanmaya ilişkin olarak doktrinde iki farklı temayül belirmiştir. Bunlardan ilki, taraflar açık veya zımnî olarak hukuk seçimi yapmamış olsalar bile, “taraflar hukuk seçimi yapmış olsalardı, hangi hukuku seçerlerdi?” yaklaşımından hareketle yine tarafların iradesine yönelen yaklaşımdır. Doktrinde haklı

*Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Devletler Özel Hukuku Ana Bilim Dalı Öğretim Elemanı.

olarak yoğun eleştiri alan varsayılan (mefruz) irade yaklaşımı, aslında tarafların iradesini esas aldığından sübjektif yöntem ile örtüşmekte, aynı şeyi ifade etmektedir. Hatta, bir bakıma tarafların iradesinin de ötesinde hâkimin iradesi ile örtüşmektedir.

Objektif yöntem içerisinde diğer yaklaşım ise, taraflar sözleşmelerine uygulanmak üzere açık veya zımnî bir hukuk seçimi yapmamışlar ise, sözleşmeye uygulanacak hukuku belirleyecek bağlama kuralının, (tarafların iradesi dışında) objektif kriterlerden hareketle oluşturulması gerektiğini ortaya koymaktadır. Aslında, objektif bağlanmanın özünü bu yaklaşım belirlemektedir. Bu yaklaşım çerçevesinde, sözleşmelere uygulanacak hukuk için objektif bağlanmanın temel aldığı bağlama noktalarına, “ifâ yeri”, “in’ikad yeri”, “ikametgâh”, “mutad mesken”, “idare merkezi” örnek olarak verilebilir.

Ancak ne var ki, sözleşmelere uygulanacak hukuka ilişkin olarak objektif bağlanmada, yukarıda örnek olarak verdiğimiz bağlama noktalarına nazaran daha esnek olan “sözleşmenin en sıkı irtibatlı olduğu yer hukuku” ilkesinin uygulanması daha çok kabul görmüştür. Örneğin, günümüzde İsviçre hukukunda objektif bağlanma, sözleşmenin en sıkı ilişki içinde bulunduğu devletin hukukuna işaret etmektedir.

Burada, İsviçre hukukunun örnek olarak verilmesi bir tesadüf veya yanlıgı olarak değerlendirilmemelidir. Bu bilinçli bir yönlendirmedir. Bir kere, çalışmamızın konusunu oluşturan karakteristik edim teorisi, İsviçre doktrin ve uygulamasının bir ürünüdür. Daha da önemlisi ve üzerinde durulması gereken husus, İsviçre hukukunda sözleşmeye uygulanacak hukuka ilişkin objektif bağlanmada kural olarak, karakteristik edim borçlusunun ... hukukunun, sözleşme ile en sıkı ilişkili hukuku karşıladığı yönünde bir karine kabul edilmiştir.

Bu çalışmada, yabancı unsurlu sözleşmelere uygulanacak hukukun tarafların açık veya zımnî iradeleriyle seçilmemiş olduğu hallerde, uygulanacak hukukun tespitine ilişkin objektif bir yöntem sunan ve günümüzde (Türk hukuku dahil) çeşitli hukuk sistemlerinde pozitif hukuka da önemli ölçüde yansıyan ve aynı zamanda özellikle doktrinsel kaynaklar tarafından şiddetle eleştirilen karakteristik edim teorisi genel hatlarıyla incelenecektir.

Plânsal bir çerçeve sunmak gerekirse, “genel olarak karakteristik edim teorisi” üst başlığı altında ilk önce, karakteristik edim teorisinin tarihsel gelişimi, sonra da, karakteristik edimin ve karakteristik edimden hareketle uygulanacak hukukun tespiti üzerinde durulacaktır. Takiben incelenecek olan üst başlık, “karakteristik edim teorisine yöneltilen eleştiriler” olacaktır. Daha sonra, “karakteristik edim teorisinin pozitif hukuka

tesiri” üst başlığı altında, karakteristik edim teorisi ile ilgili olarak İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Hakkında Federal Kanun, 1980 tarihli Sözleşmesel Borçlara Uygulanacak Hukuk Hakkında AT Sözleşmesi (Roma Sözleşmesi) ve Türk Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Hakkında Kanunundaki hükümlere değinilecektir. Bu noktada, Türk hukuku incelenirken, Türk yazarların karakteristik edim teorisi üzerindeki tespitleri üzerinde de durulacaktır. Ve nihayet, ulaşılmış olduğumuz vargıları içeren “sonuç” kısmıyla çalışma sona erecektir.

I. GENEL OLARAK KARAKTERİSTİK EDİM TEORİSİ

A. Karakteristik Edim Teorisinin Tarihsel Gelişimi

Karakteristik edim teorisi, İsviçre hukuku kökenlidir. Teori, İsviçre hukuk doktrininde *Schnitzer* tarafından ortaya konmuş ve yine bir İsviçreli *Vischer* tarafından geliştirilmiştir. Karakteristik edim teorisi, Hollanda hukuk doktrininde de *De Winter* tarafından savunulmuştur¹. Karakteristik edim teorisi, İsviçre kanton mahkemeleri ve Federal Mahkemesince de uygulamada geliştirilmiştir².

Daha önceleri İsviçre Federal Mahkemesi, sözleşmeden doğan kanunlar ihtilâfi uyumsuzluklarında, tarafların uygulanacak hukuku seçmemiş olmaları halinde, tarafların farazî iradelerini arama yoluna gitmiş ve 1930'lu yıllara kadar, farazî iradenin sözleşmenin ifâ yeri olarak gerçekleştiğini savunmuştur. Ancak, bir yandan farazî irade kavramına yönelik teorik eleştiriler, diğer yandan da özellikle her iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde ifâ yeri kavramından hareketle sözleşmeye birden fazla hukukunun uygulanma olasılığının varlığı, Federal Mahkemeyi bu düşüncesinden uzaklaştırmıştır. Farazî iradenin ifâ yeri olarak gerçekleşeceğini savunan Federal Mahkeme, zamanla farazî irade görüşünden ayrılmış ve uygulanacak hukuku, önceden belli bazı objektif ölçütler yoluyla belirleme arayışına girmiştir. İşte bu arayış içerisinde, Federal Mahkeme farazî irade yerine, objektif bir bağlama kuralının tespiti için “**en yakın ilişki**” denilen bir

¹Sargın, F.: “Karakteristik Edim Teorisine Eleştirel Bir Yaklaşım”, AÜHFİD, C. L, 2001, S. 2, s. 44 (“Eleştiri”).

²Schnitzer, A. F.: “Les Contrats en Droit International Privé Suisse”, Rec. des Cours, 1968/I, T. 123, s. 566: Lipstein, K.: “Characteristic Performance - A New Concept in the Conflict of Laws in Matters of Contract for the EEC.”, Northwestern Journal of International Law and Business, 1981, Vol. III, n. 2, s. 405 (“Characteristic Performance”).

bağlama ilkesini ortaya koymuştur. Bu ilke aynı zamanda **karakteristik edim** kriterinin bulunmasına yol açmıştır³.

Bu değişimin ürünü olarak, sözleşmeye uygulanacak hukukun tespitinde kural şöyledir: İlk aşamada, tarafların açıkça veya zımnen seçtikleri hukuka bakılır ve böyle bir hukuk seçimi söz konusu ise sözleşmeden doğan uyumsuzluk bu hukuka tâbi olarak çözümlenir. İkinci aşamada, yani, tarafların bir hukuk seçimi yapmamış olmaları halinde, sözleşmenin en sıkı yersel irtibat içinde olduğu ülkenin hukuku uygulanır. Federal Mahkeme, ifâ yerinin diğer coğrafi bağlantılara nazaran üstün bir öneminin bulunduğunu ve kural olarak, sözleşme başka bir ülke hukukuyla daha yakın bir ilişki içinde görünmedikçe, nihaî biçimde ifâ yeri hukukunun uygulanacağını belirtmektedir. Son aşamada, eğer iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme söz konusu ise, iki karşılıklı edim arasında mahkemeler, söz konusu hukukî ilişkinin karakteristik edimini dikkate alacaklardır⁴. Federal Mahkeme, ilk zamanlarda karakteristik edimin ifâ edildiği yerin en sıkı ilişkiyi gerçekleştirdiği görüşüne ulaşmıştır. Ancak, Federal Mahkeme, karakteristik edimin ifa yerinin en sıkı ilişkili hukukun belirlenmesinde ikinci plâna düştüğünü görmüş ve ifâ yeri yerine, ilk önceleri karakteristik edim borçlusunun ikametgâhını, daha sonra da karakteristik edim borçlusunun mutad meskeninin bulunduğu yer hukukunu karine olarak sözleşme ile en sıkı ilişki içinde bulunan hukuk olduğu sonucuna varmıştır⁵.

B. Karakteristik Edim Kavramı ve Teorisi

Karakteristik edim (characteristic performance/characteristic obligation), iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, sözleşmeyi diğer sözleşmelerden ayıran, sözleşmeye tipini veren, yani onu karakterize eden edimdir⁶. Başka bir ifadeyle, hukukî ilişki veya edimin

³Turhan, T.: "İsviçre Devletler Özel Hukuku Federal Kanununda Sözleşmelerden Doğan Borçlara Uygulanacak Hukuk ve Türk Hukuku", AÜHFD., 1989-1990, C. XXXXI, S. 1-4, sh. 133 vd. ("İsviçre-Türk Hukuku"); Tekinalp, G.: Milletlerarası Özel Hukuk - Bağlama Kuralları, B. 7, İstanbul 2002, s. 285 vd. (Bağlama Kuralları). Böylece, hukuk seçimi yokluğunda tarafların farazî iradelerini gerçekleştirdiği savunulan ifa yeri hukuku yerini, her somut ihtilâfın tüm şartları göz önüne alınarak ilişkisi saptanan **en yakın ilişkili hukuka** bırakmıştır. Bu şekilde İsviçre hukukundaki değişim, hangi hukuk sisteminin seçimi en mantıklı seçim olabilirdi sorusuna yanıt arayan sübjektif yaklaşımdan: sözleşmenin en önemli ve yakın ilişki içinde bulunduğu ülke hukuku hangisidir sorusunu esas alan objektif kritere geçilmesi yönünde olmuştur (Sargın, "Eleştiri", s. 39).

⁴Sargın, "Eleştiri", s. 39.

⁵Tekinalp, G.: "Akdî İlişkide Objektif Genel Kural ve En Yakın İrtibatlı Hukuk Uygulaması", Ernst E. Hirsch'e Armağan, Ankara 1986, s. 443 ("Objektif").

⁶Akıncı, Z.: Tarafların Yetkili Hukuku Belirlememeleri Durumunda Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk, Ankara 1992, s. 31 (Yetkili Hukukun Belirlenmemesi).

“özü”nde, “makarri”nda ya da sözleşmenin doğasında var olan özellik olarak adlandırılan karakteristik edim, ontolojik (varlık felsefesiyle ilgili) bir yaklaşıma esas almaktadır⁷.

Daha sonraları, karakteristik edim teorisini geliştiren İsviçre'li yazarlar, karakteristik edimin tayininde sadece sözleşmenin ağırlık merkezini değil, aynı zamanda sosyal fonksiyonunu da dikkate alan bir yaklaşımı ortaya koydular. Bu çerçevede, teorinin nesnesi, söz konusu sözleşme tipine özgü olan ve taraflardan birine yüklenen edimi ayıran; sözleşmenin doğasına işaret eden ve bu şekilde sözleşmeyi bir parçasını teşkil edeceği sosyal ve ekonomik çevreye irtibatlayan bir yaklaşımdan ibarettir⁸.

Teoriye göre, uygulanacak hukukun tespitinde, sözleşmenin ait olduğu özel kategori dikkate alınmadan oluşturulmuş, genel nitelikli, esnek olmayan *a priori* bağlama kurallarından yararlanılamaz. Özellikle, sözleşme hukuku alanında, bu hukukî işlemlerin çeşitliliği göz önüne alınmalı ve önceden belirlenen, dışsal nitelik taşıyan ve bu nedenle borcun özüyle ilgili olmayan “in’ikad yeri”, “ifâ yeri” gibi bağlama noktaları artık kullanılmamalıdır. Bunun yerine, sözleşmenin özü incelenerek, sözleşmenin doğası, ağırlık merkezi kavramları önem kazanmalı ve sözleşmenin farklı unsurları içinde en fazla anlam taşıyan faktör ve bir hukuk düzeniyle en yakın ilişkiyi kuran irtibat araştırılarak, sözleşmenin kendi özündeki anlamı hedefleyen içsel bağlanmayı sağlayan esnek bir yöntem oluşturulmalıdır⁹.

Teorinin ortaya koyduğu bu yaklaşım dahilinde öne çıkan husus, karakteristik edimin, sözleşme kategorilerine göre tayin edileceğidir. Hukukî işlemlerin bir ülkenin ekonomik ve sosyal yaşamı dahilinde meydana getirdiği fonksiyonuna göre sözleşme gruplarının oluşturulacağı şeklinde ifade edilebilecektir¹⁰.

Karakteristik edim teorisinde öne çıkan bir başka husus, iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, para edimi ifâ borçlusunun sözleşmeye uygulanacak hukukun tayininde dikkate alınmayacağıdır. Daha açık bir ifadeyle, karşılıklı edimlerden biri para, diğeri paradan başka bir şeyse, karakteristik edim para dışındaki edimdir¹¹.

Bu çerçevede para edimi sözleşmeyi karakterize eden edim olarak nitelendirilemez. Keza, para edimi karakteristik edim olarak kabul edilmiş olsaydı, pek çok sözleşme tipi

⁷ D'oliveira, H. U. J.: "Characteristic Obligation in the Draft EEC Obligation Convention", American Journal of Comparative Law, 1977, Vol. XXV, s. 306 vd., (Characteristic Obligation).

⁸ Sargın, "Eleştiri", s. 45.

⁹ Sargın, "Eleştiri", s. 45 vd.

¹⁰ Sargın, "Eleştiri", s. 46.

¹¹ Sargın, "Eleştiri", s. 47; Akıncı, Yetkili Hukukun Belirlenmemesi, s. 31.

arasında ayırım yapılamayacaktı. Bu nedenle, karakteristik edim olarak göz önüne alınan, her bir özel sözleşme tipinde yer alan ve konusu para ödemesinden başka bir şey olan edimdir¹². Para ediminin karakteristik edim olarak kabul edilmemesinin bir başka nedeni de öngörülebilirliğin ancak bu şekilde sağlanabilecek olmasıdır. Bir çok somut durumda taraflardan birinin edimi, para ödemesi olması nedeniyle, karakteristik edim çok kolay tayin edilebilmekte ve teorinin ortaya koyduğu bu karine dahilinde öngörülebilirlik sağlanmış olmaktadır¹³.

Yukarıda da belirtildiği üzere, teoriyi ortaya koyan yazarlar, özel nitelikli sözleşme tiplerinin bir araya getirilmesinden oluşan ortalama bir gruplandırma yapmışlar ve karakteristik edimi bu kategorik sınıflandırmalara göre belirlemişlerdir. Bu gruplandırma yapılırken pek çok ülkede sözleşmeler bakımından ortaya çıkan, sözleşmelerin sosyal fonksiyonu dikkate alınmaktadır¹⁴.

Vischer'in yaptığı bir gruplamaya göre, ekonomik amaçlı mülkiyeti devir borcu yükleyen sözleşmeler ile satım, trampa ve hibe sözleşmeleri aynı grupta yer almakta; bu sözleşmeler bakımından **mülkiyeti devreden edimi** karakteristik sayılmaktadır. Örneğin, satım sözleşmesinde, sözleşmenin konusunu oluşturan şeyin mülkiyetini devreden satıcının edimi karakteristik edimdir¹⁵.

Kiralama, leasing, konusu para olsun veya olmasın ödünç sözleşmeleri gibi kullanma hakkı veren sözleşmeler bakımından **hakların kullanımını devreden tarafın edimi** karakteristik sayılmaktadır. Örneğin, adı kira sözleşmesinde taşınmazın kullanım hakkını devreden kiralayanın edimi karakteristik edimdir¹⁶.

Hizmet, özel bir işin ifasını içeren sözleşmeler, taşımacılık, komisyonculuk, acentelik, yayıncılık sözleşmeleri, broker ile yapılan sözleşmeler gibi hukukî işlemlerden meydana gelen iş görme edimi içeren sözleşmelerde karakteristik edimin tayin edebilmek için bu sözleşmelerin bünyesinde bağımlılık ilişkisinin bulunup bulunmadığı araştırılmalıdır. Bağımlılık ilişkisinin bulunmadığı, doktorlar, avukatlar, mühendisler gibi meslek grupları tarafından yürütülen belirli hizmetler bakımından, hizmetin bizatihi kendisi karakteristik edimdir ve bu edimi ifâ edenin işyerinin bulunduğu yer, hukukî işlem ile bağlantılıdır. Buna karşılık hizmet sözleşmeleri, bağımlılık ilişkisi yaratıyorsa

¹²Lipstein, "Characteristic Performance", s. 407 vd.; Sargın, "Eleştiri", s. 47.

¹³Sargın, "Eleştiri", s. 47.

¹⁴Sargın, "Eleştiri", s. 50.

¹⁵Bu gruplandırma içerisinde ödünç ve ariyet sözleşmelerine yer verilmemektedir (D'oliveira, "Characteristic Obligation", s. 316 vd.).

¹⁶D'oliveira, "Characteristic Obligation", s. 316 vd.

karakteristik edimi tayinde varılan sonuç değişir. Bir iş, bağımlılık ilişkisinin üst seviye olduğu hizmet sözleşmelerinde olduğu gibi, sözleşmenin diğer tarafın organizasyonu dahilinde ifâ ediliyorsa ve ifâ, işverenin organizasyonu dahilinde bütünleşmiş faaliyetlerin yönetildiği, işin görüldüğü yer sözleşmenin ağırlık merkezini teşkil etmektedir¹⁷.

Garanti, kefalet gibi teminat borcu doğuran sözleşmelerde, **teminatı veren veya kefil sıfatını taşıyan tarafın edimi** karakteristik edimdir.

Kumar, bahis, talih, sigorta gibi belli bir miktar paranın ödenmesi ve riski üstlenme taahhüdü içeren sözleşmelerde **riski üstlenen ve standart form sözleşmesini hazırlayan tarafın edimi** karakteristik edimdir. Örneğin, sigorta sözleşmelerinde riski üstlenen ve standart form sözleşmesini imzalayan taraf olmaları nedeniyle, sigortacının edimi karakteristik edimdir.

Karakteristik edim kriteri, bir bağlama kuralının bağlama noktası olmaktan ziyade, pek çok sözleşme tipini temel alarak şekillendiren kanunlar ihtilâfı kuralları serisini ortaya koyan bir hukukî ilişkiler kategorisidir. Karakteristik edimden çıkarılan karakteristik ifâ, sözleşmeler tipolojisi yaratmaya hizmet eder. Bağlama noktasına örnek olarak, sözleşmeye karakterini veren edimi ifâ edecek olan borçlunun mutad meskeni, ikamet yeri, idare merkezi, vs. verilebilir. Karakteristik edim teorisine göre, sözleşme ile en sıkı ilişkili ülke hukukunun irtibatlı hale gelebilmesi için, karakteristik edimin tayini yeterli değildir, aynı zamanda karakteristik edim borçlusunun sahip olduğu tâbiyet, mutad mesken yeri, merkez yeri, ifâ yeri gibi bir hukukî ilişkinin dikkate alınması gereklidir¹⁸.

II. KARAKTERİSTİK EDİM TEORİSİNİN ELEŞTİRİLEN YÖNLERİ

A. Karakteristik Edim Teorisi Bir Değer Yargısını İçermektedir.

Karakteristik edimin sözleşmeyi kendi özü ile uyumlu biçimde bağlayan ve evrensel geçerliliği sağlayacak şekilde sözleşmenin objektif olarak yerleştirilmesine imkân veren bir kriter olduğuna inanmak aslında bir aldatmacadır. Teorinin sunmuş olduğu metod, sözleşmenin bünyesinde mevcut ve değişmez olan niteliklerini tayin etmekten ziyade, sözleşmenin ilişkili olduğu diğer sözleşmelerle çeşitli görünümelerini değerlendirmekten

¹⁷Sargin, "Eleştiri", s. 50 vd.

¹⁸Bu bağlamda tespiti zorunlu olan bağlama noktası, doktrin ve uygulamada farklılık arz etmektedir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Sargin, "Eleştiri", s. 52 vd.

ibarettir. Nitekim, karakteristik edim teorisini ortaya atan *Schnitzer* bile, karakteristik edimin tayinini “fiilî unsurların değerlendirilmesi süreci” olarak görmesi nedeniyle, zımnen de olsa belirli ölçüde bir sübjektiviteyi kabul etmektedir¹⁹.

B. Karakteristik Edim Teorisinin Sözleşmeleri Kategorilendirirken İzlediği Metod Hatalıdır.

Karakteristik edim teorisinin sunduğu metod, her bir hukukî ilişkinin karakteristik ediminin tayininden ziyade, her bir sözleşme tipinin birbirine benzerlik gösteren sözleşme gruplarına dahil edilmesi çabasıdır. Başka bir ifadeyle, teori, her özel sözleşmenin en karakteristik ediminin ne olduğunu araştırmamakta; tümdengelimci bir yaklaşımla, aynı gruba dahil farklı türdeki her bir sözleşme tipi için aynı edimi karakteristik saymaktadır. Karakteristik edimlerden hareketle, sözleşmelerin birbirine paralel sonuçlar yarattığı gerekçesine dayanılarak, pek çok sözleşme türüne ortak bir etiket yapılandırılmaktadır. Bu durumda teori, kendi içinde çelişkiye düşmektedir²⁰.

Teori, bir yandan geleneksel *a priori* kanunlar ihtilâfi kurallarını eleştirirken, bir yandan da para ödenmesi ediminin karakteristik edim olarak kabul edilemeyeceğini öngören karinesiyle bizatihi kendisi kapsamlı bir *a priori* genelleştirme yapmaktadır. Öte yandan, teori, kendi içinde sözleşmeleri çeşitli tiplere ayırırken, genelde bir çok hukuk sisteminin kanunlarında yer alan isimli sözleşmelerden hareket etmektedir. Ancak, bu yeterli değildir. Bunun yanında, lisans ya da temsil sözleşmeleri gibi pratik hayatın bir gereği olarak ortaya çıkan isimsiz sözleşmelerin de dikkate alınması gereklidir. Keza, bu husus göz ardı edilirse, sistemin birleştirici yönü ağır darbe alır²¹.

C. Karakteristik Edim Teorisinin Sözleşmenin Sosyal ve Ekonomik Fonksiyonunu Esas Alan Yaklaşımı Doğru Değildir.

Bir sözleşmede, sözleşmenin özü ile fonksiyonunun birbiri ile ilişkili olduğu hususu reddedilemez. Ancak, her ikisinin birbirinden farklı olduğu da göz ardı edilmemelidir. Karakteristik edim yaklaşımı dahilinde, sözleşmenin özü ile fonksiyonu bir arada uyum içinde gözükmemektedir. Ama ne zaman ki, sözleşmenin bir hukuk düzeniyle fonksiyonel anlamda en yakın ilişki içinde olduğu bulunmaya çalışılsın, işte o zaman çelişki kendini ortaya koymaktadır. Teorinin ortaya koyduğu öz fikri, daima bir değişmezlik nosyonu ile

¹⁹D'oliveira, "Characteristic Obligation", s. 308.

²⁰D'oliveira, "Characteristic Obligation", s. 309.

²¹Sargın, "Eleştiri", s. 56.

bağlı iken; fonksiyon değişimi ifade eder. Hukukî ilişkinin özü ve fonksiyonunun bir arada bulunması gerektiği düşünülecek olursa, ya değişebilir bir öz, ya da değişmez nitelikli bir fonksiyonun mevcut olduğu gibi bir çelişki kabul edilmek durumunda kalınacaktır²².

Öte yandan, sözleşmenin ekonomik fonksiyonu, onun sosyal ya da sosyolojik fonksiyonundan farklı bir düzene işaret eder. Ekonominin ve sosyoloji sadece birbirinden farklı ve rakip eğilimler içermekle kalmayıp, sözleşmeye makro ve mikro düzeyde bakıldığında da doğal olarak, farklı sonuçlar ortaya çıkması söz konusu olacaktır. Bu nedenlerden ötürü, karakteristik edim kriterinin sözleşmenin özü ve fonksiyonunu esas alan tanımı abartılıdır ve bu teorinin yaptığı aslında, hukukî ilişkiyi belli bir yerde yoğunlaştırmak için bir ifâ yeri araştırılması yönündeki gerçek amacını gizlemektedir²³.

Modern paraya dayalı ekonomi dahilinde sözleşmeler bakımından uygun bir yöntem sunduğu iddiasında olan teorinin, parasal ekonominin en tipik aracı olan paraya, sözleşmeye uygulanacak hukukun bir parçası olarak neden karakteristik edim niteliği tanımaması oldukça şaşırtıcıdır. Zira, para ödemesinin hukukî ilişkiye karakterini veren bir edim olduğu sözleşmeler de bulunmaktadır. Örneğin, menkul mal rehni sözleşmesinde, rehedilen menkul mal karşılığı verilen para, zorunlu olarak özel bir unsur yaratmaktadır. Bu konuda verilebilecek diğer örnekler, taksitle satım sözleşmeleri ve milletlerarası unsurlu ödünç sözleşmeleridir. Adı geçen sözleşmelerde ayırt edici unsur, mal veya hizmet değil, para edimidir. Şayet para ödemesi karakteristik edimin tayininde dikkate alınmaz ise, paranın tartışmasız ya da rakipsiz olarak en karakteristik edim niteliği taşıdığı bazı özel sözleşme tiplerinin kabulünde tereddüt yaşanacaktır²⁴.

Belli bir ülkeyle fonksiyonel bağlantı kurulurken, karakteristik edim teorisi, ilgili maddî hukuk kurallarının temelinde yatan politikaları dikkate almamaktadır. Bu suretle teori, somut plânda özellikle kanun koyucunun zayıf olanı korumak amacıyla müdahalede bulunduğu durumları kapsayacak biçimde, sözleşmeler hukuku alanının temelinde yatan politikaları göz ardı eden bir yaklaşımı sergilemektedir. Sözleşmeler bakımından fonksiyonel yaklaşım üzerinde önemle duran bu teori, tam tersine işveren, banka, sigorta şirketleri gibi sözleşmenin güçlü olan tarafı lehine bir çözüm sunmaktadır²⁵.

²²Sargın, "Eleştiri", s. 60 vd.

²³Sargın, "Eleştiri", s. 61 vd.

²⁴D'oliveira, "Characteristic Obligation", s. 309 vd.

²⁵Sargın, "Eleştiri", s. 65 vd.

D. Her Sözleşme Tipi İçin Karakteristik Edim Tayini Mümkün Değildir.

Bir kere her tip sözleşmenin karakteristik edimini bulmak ve yerleştirilmesini sağlamak imkânsızdır. Örneğin, trampa gibi karşılıklı edimleri benzerlik gösteren sözleşmelerle, atipik ya da iki veya daha fazla sözleşmenin unsurlarının bir araya getirilmesi suretiyle oluşan karma nitelikli sözleşmelerde (örneğin, lisans sözleşmesi, devre tatil sözleşmesi) bu durum özellikle ortaya çıkmaktadır. Bu kapsamda örneğin, genellikle para ödemesinden başka karşılıklı borçlar içeren dağıtım sözleşmelerinde, üreticinin malı üretmek ve kalitenin sürekliliğini sağlamak borcu ile, dağıtıcının reklamlar vasıtasıyla pazar yaratarak malın satım oranını arttırmak için elinden gelen çabayı göstermek borcu arasında, birini diğerine üstün tutmayı gerektirecek bir neden yoktur. Karma nitelikli bir diğer sözleşme olan lisans sözleşmelerinde de, öylesine karşılıklı edimler mevcuttur ki, taraflar arasında karakteristik edim için herhangi bir kural öngörmek, irrasyonel, gelişigüzel bir yaklaşımın benimsenmesi anlamına gelir. Bu tür sözleşmeler, karakteristik edim teorisinin kırılganlığını ispatlayan ve karakteristik edimin göz ardı edilebilme ihtimalini ortaya koyan örneklerdir²⁶.

E. Karakteristik Edim Teorisi, Her Zaman En Yakın İlişkili Hukuku Gösterememektedir.

Teorinin genel metodu içerisinde, sözleşme tipleri bakımından, karakteristik edime veya yerleştirmeye dair önceden belli (*a priori*) karineler öneren yaklaşım, en yakın ilişkili hukukun tayinine imkân veren bir niteliği bünyesinde barındıramaz. Örneğin, satım sözleşmelerinde, karakteristik edim teorisine göre, karakteristik edim satıcıya aittir. Ancak, bu edimin en yakın ilişkiye işaret etmediği her somut satım sözleşmesinin kendi şartları dahilinde kolaylıkla ortaya konabilir. Buna göre, Almanya'da mutad meskeni olan alıcı, Cezayir'de bulunan malları, Belçika'da mutad meskeni olan satıcıya sipariş etse, teoriye göre satıcının mutad meskeni hukuku olan Belçika hukuku sözleşmeye uygulanacaktır. Eğer, satıcı, alıcıyı Almanya'da ziyaret etmeye karar verir ve ziyaret vesilesiyle Almanya'da mallarını satarsa, artık bu sözleşmenin Belçika ile yakın ilişki içinde olduğunu söylemek zordur. Eğer, alıcı ve satıcı malların bulunduğu Cezayir'de bir araya gelir, sözleşme bu ülkede akdedilir ve bu ülkede ifâ edilirse sözleşme ile Cezayir hukuku arasındaki ilişki, Alman ve Belçika hukuklarına nazaran daha yoğundur²⁷.

²⁶Sargın, "Eleştiri", s. 76.

²⁷Sargın, "Eleştiri", s. 71 vd.

III. KARAKTERİSTİK EDİM TEORİSİNİN POZİTİF HUKUKLARA TESİRİ

A. İsviçre Hukuku

1891 yılından itibaren İsviçre kanunlar ihtilâfi hukukunun temel kaynağını teşkil etmiş olan LRDC (Loi Fédérale sur les Rapports de Droit Civil des Citoyens Etablis ou en Séjour), 1 Ocak 1989 tarihinden itibaren yerini İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Hakkındaki Federal Kanuna (LDIP/Loi Federale sur le Droit International Privé) bırakmış bulunmaktadır. İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Hakkında Federal Kanun 21 madde (m. 112-126, m. 143-148 ve m. 149) ile sözleşmeden doğan kanunlar ihtilâfi kısmını düzenlemiş bulunmaktadır²⁸.

İsviçre doktrin ve tatbikatında uzun yıllardan beri objektif bağlama kuralı olarak uygulanmakta olan karakteristik edim ve uygulanacak hukukun buna göre belirlenmesi, İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Hakkındaki Federal Kanunda varlığını devam ettirmektedir²⁹.

Konumuzla ilgili olarak objektif bağlanma, Federal Kanununun 117. m.sinde düzenlenmiş bulunmaktadır. Federal Kanununun 117. m.si, hukuk seçimi yapılmadığı durumlarda uygulanacak hukuku göstermektedir ve madde metni aynen şöyledir³⁰:

b. Hukuk seçimi yokluğunda

Madde 117

Hukuk seçiminin yapılmamış olması halinde, sözleşme, en sıkı ilişki içinde bulunduğu devlet hukuku tarafından idare edilir.

Karakteristik edim borçlusunun mutad meskeninin bulunduğu veya eğer sözleşme bir mesleğin veya ticarî bir faaliyetin icrasını konu edinmiş ise karakteristik edim borçlusunun iş yerinin bulunduğu devlet ile sözleşme arasında en sıkı ilişkinin varlığı addolunur.

Karakteristik edim ile, örnek olarak şunlar anlaşılır:

a. Temlik borcu doğuran sözleşmelerde, temlik edenin edimi;

b. Bir hakkın veya bir malın kullanılmasına ilişkin sözleşmelerde, kullandıranın edimi;

²⁸Turhan, "İsviçre-Türk Hukuku", s. 119 vd.

²⁹Tekinalp, G.: "Yeni Alman ve İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunlarında Akdî Borç Statüsü ve Türk Kanunu", MHB, 1988, S. 1, s. 60, ("Akdî Borç Statüsü").

³⁰İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Hakkında Federal Kanunun hükümlerine ulaşmak için bkz. "291Loi Fédérale Sur le Droit International Privé (LDIP), Confoederatio Helvetica Les Autorités Federales de la Confédération Suisse: <<http://www.admin.ch/ch/fr/rs/291/index.html>>, (25.01.2005).

- c. Vekâlet ve istisna gibi iş görme sözleşmelerinde, iş görenin edimi;*
d. Vedia sözleşmesinde, müstevdinin (vedia alanın) edimi;
e. Kefalet veya garanti gibi teminat verilmesini konu edinen sözleşmelerde, teminat verenin edimi.

Bu düzenlemeden de anlaşılacağı üzere, Federal Kanun, objektif bağlama ölçütü olarak, karakteristik edim borçlusunun mutad meskeni veya işyerinin bulunduğu yer lehine oluşturulmuş bulunan karine ile desteklenmiş en sıkı ilişki hukuk kriterini kabul etmiştir. En sıkı ilişkili hukukun belirlenmesinde kabul edilen hukukî karine, karakteristik edim borçlusunun mutad meskeni veya iş yerinin bulunduğu yerdir³¹.

Kanun, Federal Mahkeme tarafından verilen kararlara dayanmak suretiyle, belli bazı sözleşme tiplerinde hangi tarafın ediminin karakteristik edim olarak kabul edileceğini de örnek olarak vermiş bulunmaktadır. Böylelikle, Kanun, en sıkı ilişki bağının saptanmasındaki zorluktan kaynaklanabilecek kuşku da yok etmek istemiştir³².

Burada şu husus önemle belirtilmelidir ki, Federal Kanununun 117. m.si uyarınca uygulanacak hukuk tespit edilse bile, yine aynı Kanununun 15. m.sinde yer alan meşhur “genel istisna kuralı” gereğince bu hukuk uygulanmayabilir. Federal Kanununun 15. m.si şöyledir: “Eğer olayın bu Kanununun yollama yaptığı hukuk ile az ama başka bir hukuk ile çok daha sıkı bir ilişkisi olduğu genel şartlardan anlaşılırsa, istisnaen bu Kanununun yollama yaptığı hukuk uygulanmaz. Hukuk seçimi halinde bu hüküm (istisna) tatbik edilmez.” Bu durumda, 117. m. uyarınca sözleşme ile en sıkı ilişki içinde bulunan hukuku karşıladığı karine olarak kabul edilen karakteristik edim borçlusunun mutad meskeni veya iş yerinin bulunduğu yer hukuku, eğer sözleşme ile daha hafif irtibat içindeyse ve aynı zamanda sözleşme, başka bir hukuk ile daha çok sıkı irtibat içinde ise, karakteristik edim borçlusunun mutad meskeni veya iş yerinin bulunduğu hukuk uygulanmaz.

İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Hakkındaki Federal Kanun, bazı sözleşme tipleri hakkında özel bağlama kuralları getirmiş bulunmaktadır. Kanununun 118. m.sinde menkul satımı sözleşmeleri, 119. m.sinde taşınmazlara ilişkin sözleşmeler, 120. m.sinde tüketici sözleşmeleri, 121. m.sinde hizmet sözleşmeleri ve 122. m.sinde de maddi olmayan mallara ilişkin sözleşmeler hakkında özel düzenlemeler getirmiştir. Şu var ki, bu özel bağlama kurallarından bazıları, ilgili olduğu sözleşme tipi için hukuk seçimini ya

³¹Turhan, “İsviçre-Türk Hukuku”, s. 133; Tekinalp, “Akdî Borç Statüsü”, s. 61.

³²Tekinalp, “Akdî Borç Statüsü”, s. 61.

yasaklamış, ya da kısıtlamıştır. Bu nedenle, sözleşme hakkında özel bir bağlama kuralı getirilmiş olsa bile, uygulanacak hukukun saptanması sırasında bakılacak olan ilk husus, özel bağlama kuralı getiren düzenlemenin hukuk seçimini sınırlandırma veya yasaklama yoluna gidip gitmediğidir³³.

İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Hakkındaki Federal Kanunun, sözleşmelerden doğan kanunlar ihtilâfına getirmiş olduğu sisteme bir bütün olarak bakarsak, objektif bağlanmada uygulanacak hukukun tespiti açısından ortaya şu ihtimaller çıkmaktadır:

Eğer sözleşme, hakkında özel bir bağlama kuralı bulunan ve seçme yetkisinin de sınırlandığı veya yasaklandığı bir sözleşme tipi ise (örneğin, hizmet sözleşmesi, m. 121), bu halde hukuk seçimi zaten söz konusu olamayacağından, sözleşme, hakkında getirilen özel bağlama kuralı ile saptanan hukuka tâbi olacaktır.

Buna karşın sözleşme, hakkında özel bir bağlama kuralı bulunmayan bir sözleşme tipi ise ve taraflar da uygulanacak hukuku seçmemişlerse, Federal Kanunun 117. m.sinde yer alan objektif bağlanma çerçevesinde sözleşmenin en sıkı ilişki içinde bulunduğu yer hukukunun belirlenmesi zorunlu hale gelecektir. Bunun için karakteristik edimin tespiti şarttır. Karakteristik edim borçlusunun mutad meskeni veya iş yerinin bulunduğu yer hukuku, sözleşme ile en sıkı ilişki içinde bulunan hukuk olarak uygulanacaktır.

B. Sözleşmesel Borçlara Uygulanacak Hukuk Hakkında AT Sözleşmesi (Roma Sözleşmesi)

1980 tarihinde Roma'da imzalanan Sözleşmesel Borçlara Uygulanacak Hukuk Hakkında AT Sözleşmesi, Avrupa Topluluğuna üye devletler arasında akdî ilişkilerden doğan kanunlar ihtilâfı kurallarının yeknesaklaştırılması amacını taşımaktadır. Sözleşmenin 1. m.sinin I. f.sı uyarınca Sözleşme, farklı devletlerin hukukları arasında bir seçimi gerektiren akdî borçlara uygulanacaktır³⁴.

Sözleşmenin 4. m.sinin I. f.sına göre, taraflarca açık veya örtülü bir hukuk seçimi yapılmadığı takdirde, sözleşme en sıkı irtibatlı olduğu ülkenin hukukuna tâbidir. Aynı maddenin II, III ve IV. fıkralarında en yakın irtibatlı hukuku gösteren bazı karineler bulunmaktadır. Konumuzla ilgili olarak Sözleşmenin 4. m.sinin II. f.sındaki karineye göre, tüketici sözleşmeleri saklı kalmak üzere, sözleşmenin karakteristik ediminin

³³Turhan, "İsviçre-Türk Hukuku", s. 137.

³⁴Tiryakioğlu, B.: Taşınır Mallara İlişkin Milletlerarası Unsurlu Satım Akitlerine Uygulanacak Hukuk, Ankara 1996, s. 135 vd., (Taşınır Mallar).

ifâsında etkili olan tarafın sözleşmenin kuruluşu anında mutad meskeninin veya bir şahıs şirketi söz konusu ise, onun idare merkezinin bulunduğu yer sözleşmenin en sıkı irtibatlı olduğu yer olarak kabul edilecektir. Bununla birlikte, eğer bir sözleşme, ona taraf olanların ticaret veya mesleklerini icra ettikleri anda yapılmış ise, bu yer ana iş yerinin bulunduğu ülke olacaktır, sözleşmenin hükümlerine göre ana iş yerinden başka bir iş yeri vasıtasıyla ifânın yerine getirilmiş olması halinde bu iş yerinin bulunduğu ülke, en sıkı irtibatlı ülke olacaktır³⁵.

Kısaca, yetkili taraflarca bir hukuk seçimi yapılmadığı hallerde, sözleşmenin karakteristik edimini ifâ edecek tarafın, akdın kuruluşu anındaki mutad meskeninin bulunduğu ülke hukukunun sözleşmeye uygulanması gerekecektir.

Sözleşmede karakteristik edim tanımlanmamıştır. Ancak, Sözleşmenin raporunda karakteristik edimin hangisi olacağı hususunda bir açıklama yapılmıştır. Rapora göre, iki tarafa borç yükleyen akitlerde taraflardan birinin karşılık edimi modern ekonomilerde doğal olarak paradan ibarettir. Şu halde bu edim akdi karakterize eden edim değildir. Karakteristik edim, para ile ödemenin karşılığını teşkil eden edimdir. Yani, çeşitli sözleşme tiplerine göre, taşınmaz malın temliki, maddi taşınır malların teslimi, bir eşyanın kullanımının tahsisi, bir hizmetin yerine getirilmesi gibi edimlerdir. Rapora göre, bu edimler ağırlık merkezini teşkil eder ve sözleşme faaliyetinin sosyo-ekonomik işlevini belirler³⁶.

C. Türk Hukuku

1. Kanunî Düzenlemeler Bakımından

Türk kanunlar ihtilâfı hukukunda sözleşmeden doğan borçlara uygulanacak hukuka ilişkin düzenleme, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunun (MÖHUK) 24. m.sinde yer almaktadır. MÖHUK m. 24 şöyledir:

“Sözleşmeden doğan borç ilişkileri, tarafların açık olarak seçtikleri kanuna tâbidir. Tarafların açık olarak bir kanun seçmemiş olmaları halinde borcun ifâ yeri hukuku, borcun ifâ yerinin birden fazla olması halinde borç ilişkisinin ağırlığını teşkil eden edimin ifâ yeri hukuku, bu yerin de tespit edilemediği hallerde ise sözleşmenin en yakın irtibat halinde bulunduğu yer hukuku uygulanır”.

³⁵Tiryakioğlu, Taşınır Mallar, s. 141 vd.

³⁶Tiryakioğlu, Taşınır Mallar, s. 143.

Sözleşmeden doğan borçlara uygulanacak hukukun tespiti açısından, Türk hukukunda da irade muhtariyeti ilke olarak kabul edilmiştir. İlk plânda, taraflara uygulanacak hukuku seçme imkânı verilmiştir. Taraflar aralarındaki sözleşmeden doğan uyumsuzluklar için hukuk seçimi yoluna gitmişlerse, seçtikleri bu hukuk uygulanacaktır (MÖHUK m. 24/I).

Taraflar uygulanacak hukuku seçmemişlerse, ifâ yeri hukuku objektif bağlanmaya esas alınacaktır. Borcun ifâ yerinin birden fazla olması halinde ise, borç ilişkisinin ağırlığını teşkil eden edimin yani karakteristik edimin ifâ yeri hukuku uygulanacaktır. Ancak, bu şekilde de uygulanacak hukuk tespit edilemez ise, sözleşme ile en sıkı ilişkinin bulunduğu yerin hukukunun uygulanması söz konusu olabilecektir.

Görüleceği üzere, özellikle objektif bağlanma açısından İsviçre Federal Kanunu ile MÖHUK arasında önemli farklılıklar bulunmaktadır. Şöyle ki, Federal Kanun, karakteristik edim borçlusunun mutad meskeni veya iş yerinin bulunduğu yer hukuku lehine oluşturulmuş karineler ile desteklenen en sıkı ilişki hukukunu objektif bağlanmaya esas alırken, MÖHUK en sıkı ilişki hukukuna bir imkânsızlığın sonunda yararlanılmak üzere yardımcı bir kural olarak yer vermiştir. Başka bir ifadeyle, en sıkı ilişkili hukuk prensibine verilen önem, her iki kanunda tamamıyla tersine çevrilmiştir³⁷.

2. Doktrindeki Tartışmalar Bakımından

Türk doktrininde, sözleşmelere uygulanacak hukukun tespitine yönelik objektif bağlanmada, karakteristik edim teorisinden hareket edilmesinin, yarattığı sonuçlar açısından, kabul edilebilir, işlevsel veya rasyonel olup olmadığı üzerinde durulmamış, teorik temelleri sorgulanmamıştır. Tartışma daha çok, somut sözleşme tipleri açısından hangi edimin, karakteristik edim sayılacağı veya ifâ yerinden ne anlaşılması gerektiği gibi konular üzerinde yoğunlaşmıştır. Türk hukuk literatüründe MÖHUK m. 24/II. f.dan hareketle uygulanacak hukukun belirlenmesinde, karakteristik edim açısından ulaşılan sonuçları, çeşitli sözleşme tipleri açısından incelemekte fayda vardır.

Hizmet sözleşmesine uygulanacak hukukun tespitine yönelik objektif bağlanmada birbirinden farklı (aslında sonuç bakımından aynı, ancak hareket noktaları farklı) iki görüş ortaya çıkmıştır. Bir görüşe göre, taraflarca bir hukuk seçilmediği takdirde, hizmet sözleşmeleri “borcun ifâ yeri” hukukuna tâbi olur. Borcun ifâ yeri hizmet sözleşmelerinde işçinin borcunu yerine getirdiği yer, yani iş yeridir. İş yerinden maksat,

³⁷Turhan, “İsviçre-Türk Hukuku”, s. 145.

işçinin işini “mutad” olarak yaptığı yerdir. Dolayısıyla, Türk kanunlar ihtilâfi hukukunda, taraflarca hukuk seçimi yapılmadığı takdirde, hizmet akdine mutad iş yeri hukuku uygulanır³⁸. Diğer bir görüşe göre, hizmet sözleşmeleri karşılıklı borç doğuran sözleşmelerdendir. Burada işçinin borcu işverene ait bir işi ifâ etmek, işverenin borcu ise işçinin yapmış olduğu işin karşılığında işçiye belirli bir ücret ödemektir. Bu nedenle, hizmet sözleşmeleri bakımından MÖHUK m. 24/II. f.da yer alan borcun ifâ yeri hukuku yerine, (yine aynı fıkra da yer alan) borç ilişkisinin ağırlığını teşkil eden edimin (karakteristik edimin) ifâ yeri hukukuna bağlanması daha uygun gözükmektedir. Hizmet sözleşmelerinde ve iş ilişkilerinde, borç ilişkisinin ağırlığını teşkil eden edim, işçinin edimidir. Bu nedenle, hizmet sözleşmelerini, işçinin edimini mutad olarak ifâ ettiği yer hukukuna (*lex loci laboris*) bağlamak gereklidir³⁹.

İnşaat sözleşmesinde objektif bağlanma yöntemi ile uygulanacak hukukun belirlenmesinde ilk aşamada karakteristik edimin ifâ yeri hukukundan hareket edilmesi gerektiği ileri sürülmüştür. Bu görüşe göre, milletlerarası inşaat sözleşmeleri, nitelikleri açısından iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerdir. Gerçekten, bu tür sözleşmelerde taraflardan biri (müteahhit) bir şey imalini borçlanırken, diğer taraf (iş sahibi) bunun karşılığında bir bedel ödemeyi borçlanmaktadır. Birden fazla ifâ yerinin söz konusu olduğu bu gibi durumlarda karakteristik edimin ifâ yeri hukuku dikkate alınacaktır. Eser sözleşmesinde müteahhidin üstlendiği edimin bir şey'in imali olduğu, iş sahibinin ise bu sözleşmede bir bedel ödemeyi yüklediği düşünülürse, karakteristik edim borçlusunun paradan başka bir edim üstlenen müteahhit olduğu sonucuna varılacaktır. Bu nedenle, tarafların yetkili hukuku belirlememeleri durumunda, müteahhidin edimini ifâ ettiği yer hukuku, yetkili hukuk olarak esas alınacaktır⁴⁰.

Satım sözleşmesinde de objektif bağlanma yöntemi ile uygulanacak hukukun belirlenmesinde ilk hareket noktasının, karakteristik edimin ifâ yeri hukuku olacağı ileri sürülmüştür. Bu görüş doğrultusunda, alıcının aslî borcu daima belli bir miktar paranın ödenmesi, satıcının ise mülkiyeti devir borcunun bir sonucu olan teslimdir.

³⁸Nomer, E.: Devletler Hususî Hukuku, B. 11, İstanbul 2002, s. 273 vd. (DHH); Tekinalp, Bağlama Kuralları, s. 310.

³⁹Doğan, V.: İş Akdinden Doğan Kanunlar İhtilâfi Alanında Bağlama Kuralının ve Sınırlarının Tespiti, Ankara 1996, s. 79 vd. (İş Akd.); aynı yönde bkz. Çelikel, A.: Milletlerarası Özel Hukuk, B. 6, İstanbul 2000, s. 260.

⁴⁰Akıncı, Z.: Milletlerarası Özel Hukukta İnşaat Sözleşmeleri, İzmir 1996, s. 84 vd. Ancak, Yazar, aynı eserinde daha sonra (s. 90 vd.), taraf menfaatleri esas alındığında, karakteristik edim borçlusunun edimini ifâ ettiği yer hukukunun değil, karakteristik edim borçlusunun mutad meskeninin bulunduğu yer hukukunun uygulanmasının daha yerinde olacağını vurgulamaktadır.

Karakteristik edim, para ile ödemenin karşılığını teşkil eden edim olduğundan, taşınır mallara ilişkin satım sözleşmesinde karakteristik edim, satılan malların alıcıya teslimidir. Bu borcu ifâ edecek olan satıcının edimi, akdi karakterize eden, Kanunun ifadesiyle borç ilişkisinin ağırlığını teşkil eden edimdir. Satım akdinde satıcının ediminin karakteristik edim olduğu hususunda Türk hukukunda ve diğer hukuklarda tam bir anlaşma sağlanmıştır. Ayrıca, satım akitlerinde uygulanacak hukuku tespit eden sözleşmelerde satıcının iş yeri veya mutad meskeni hukukunun uygulanmasını öngören bağlama kurallarına yer verilmiş olması da satıcının ediminin akdi karakterize eden edim olması ile açıklanmaktadır⁴¹.

Patent lisansı sözleşmeleri açısından, karakteristik edimin ifâ yeri hukuku belirlenirken hangi edimin karakteristik edim olacağı yönünde farklı görüşler vardır. Bir görüşe göre, lisans sözleşmeleri milletlerarası teknoloji transferinde o kadar çok çeşitli tiplerde ortaya çıkmaktadır ki, karakteristik edim devamlı yer değiştirmektedir. Bu nedenle, lisans sözleşmesi bakımından, bağlama kuralı, karakteristik edimin yer değiştirmesine uygun olarak ya lisans alanın, ya da verenin ticarî ikametgâh hukuku olabilecektir⁴². Diğer bir görüşe göre, patent lisansı sözleşmelerinde, hangi tarafın ediminin karakteristik edim olacağını tayin etmek zordur. Zira, patent lisansı sözleşmesi, son derece komplike ve tarafların karşılıklı olarak bir çok edimi yüklediği ve de bu edimlerin ağırlıklarının çoğu zaman birbirine denk olduğu bir sözleşme haline gelmiştir. Ancak, objektif bir bağlama kuralı tespit edilmesinin getirdiği zorunluluk, bu konuda bir tercih yapmayı da zorunlu kılmaktadır. Bu durumda patent lisansı sözleşmelerinde karakteristik edim, patent lisansını devreden tarafın edimidir⁴³.

Tüketici sözleşmelerine uygulanacak hukuka ilişkin olarak, karakteristik edimin ifâ yeri hukuku bağlama noktasının, tüketici sözleşmelerinin mahiyetine uygun düşmediği yönünde görüşler ağır basmakta, ancak önerilen çözümler tümünden karışıklığa sevk etmektedir. Zira, bir Yazara göre, karakteristik edimin ifâ yeri hukuku, tüketici sözleşmelerine uygulanacak hukuku belirlemede yeterli değildir. MÖHUK 24. m.nin son fıkrasında yer alan “en sıkı ilişkili hukuk” kuralı, “daha sıkı ilişkili hukuk” istisna kuralı şeklinde yorumlanırsa, bir ölçüde çözüme ulaşılabilir. Böylelikle, burada en sıkı ilişkili

⁴¹Tiryakioğlu, Taşınır Mallar, s. 223 vd.

⁴²Tekinalp, G.: “Patent Lisansı Sözleşmesine Uygulanacak Bağlama Kuralı”, İÜHFİM, 1970, C. XXXV, s. 259 vd. (“Patent”). Karakteristik edim borçlusunun lisans sözleşmesinin tipine göre değiştiği fikrinde olan Yazar, teorinin temelini oluşturan, evrensel geçerliliğe sahip, değişmez nitelikli edim kavramı karşısında çelişmektedir.

⁴³Erdem, B.: Patent Hakkının Korunmasına ve Patent Hakkına İlişkin Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk, B. 2, İstanbul 2002, s. 194 vd.

hukuk, sözleşmenin niteliği ile bağlantılı olarak tüketicinin menfaatini en iyi koruyan hukuk (tüketicinin mutad meskeni, ikametgâhı, işyeri hukuku, vs.) olacaktır⁴⁴. Öte yandan, başka bir Yazara göre, tüketicinin mutad meskeni hukuku, tüketiciyi koruma amacı bulunan milletlerarası unsurlu tüketici ve elektronik tüketici sözleşmeleri bakımından milletlerarası özel hukuk adaletini mutlak olarak yerine getirmektedir. Buna göre, karakteristik edimin ifâ yeri ve en yakın ilişkili yer hukuku, tüketicinin mutad meskenini gösteriyorsa uygulanmalı, göstermiyorsa uygulanmamalıdır. Karakteristik edimin ifâ yeri ve en yakın ilişkili yer hukuku, tüketicinin mutad meskenini işaret etmiyorsa, burada örtülü bir hukuk boşluğu söz konusudur; hâkim, Medenî Kanunun 1. m.sinden hareketle, tüketicinin mutad meskeni hukuku lehine hukuk yaratma yetkisini kullanmalıdır⁴⁵.

Ortak girişim (*joint venture*) sözleşmeleri açısından, ifâ yerinin birden fazla olduğu hallerde, karakteristik edimin tespitinin mümkün olmadığı öne sürülmüştür. Zira, ortak girişim sözleşmelerinde kurucu ortakların edimleri farklı olsa da tarafların iradeleri aynı amaca yöneliktir; ve amacın gerçekleşmesinde eşit öneme sahiptir. Tarafların edimlerinin eşit ağırlıkta olduğu bu gibi durumlarda, hangi edimin karakteristik edim olduğu belirlenemediğinden, sözleşmenin en yakın ilişkili olduğu yer hukukunun bağlama kuralı olarak kabul edilmesi gerekir⁴⁶.

Türk hukukunda, yukarıda yer verilen sözleşmelerden başka, kira sözleşmesinde kiraya verenin edimi, istisna sözleşmesinde eseri meydana getirenin edimi, ariyet sözleşmesinde ariyet verenin edimi, karz sözleşmesinde ödünç verenin edimi, acentelik sözleşmesinde acentenin edimi, kefalet sözleşmesinde kefilin edimi, garanti sözleşmesinde garanti verenin edimi, banka sözleşmelerinde ve banka teminat mektuplarında (garanti verenin) bankanın edimi akde ağırlığını koyan, akdi karakterize eden edimlerdir⁴⁷.

SONUÇ

Kanunlar ihtilâfı hukukunun temel amacı, yabancı unsur içeren uyuşmazlıklara, uyuşmazlığın kendisinden doğduğu hukukî ilişkinin olay ve taraflar açısından en sıkı ilişki içinde bulunduğu ülkenin hukukunun uygulanmasını sağlamak suretiyle, söz

⁴⁴Gelgel, G. Ö.: Türk Devletler Özel Hukukunda Tüketici Akitlerine İlişkin Sorunlar, İstanbul 2000, s. 118.

⁴⁵Güngör, G.: Milletlerarası Özel Hukukta Tüketicinin Korunması, Ankara 2000, s. 209 vd.

⁴⁶Öztürk, Pınar: Ortak Girişim (*Joint Venture*) ve Uygulanacak Hukuk, İstanbul 2001, s. 154.

⁴⁷Nomer, DHH, s. 273 vd.

konusu uyuşmazlığın maddî hukuk açısından en doğru ve en âdil çözüme kavuşturulmasıdır.

Sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklara uygulanacak hukukun tespiti açısından, taraflara irade serbestisi tanınması (taraf menfaatleri açısından) en önde gelen tercihtir. Taraflara uygulanacak hukuku seçme imkânı verilmelidir. Taraflar aralarındaki sözleşmeden doğan uyuşmazlıklar için açık veya örtülü olarak hukuk seçimi yoluna gitmişlerse, artık seçtikleri bu hukuk uygulanacaktır. Gerek yabancı mevzuatlarda, gerek Türk hukukunda bu hususa genelde uyulmuştur. İlk ve öncelikli aşamada, yani sübjektif bağlanmada hukuk düzenlerinin yeknesak bir tutum sergiledikleri gözlenmekte, bu konuda sorun pek çıkmamaktadır.

Esas sorun, tarafların uygulanacak hukuku seçmemiş olmaları halinde, yani objektif bağlanmada ortaya çıkmaktadır. Hukuk düzenleri genelde objektif bağlanmaya farklı kriterleri esas almaktadır. Ayrıntıya girmeden belirtmek gerekir ki, sözleşmelere uygulanacak hukuka ilişkin olarak objektif bağlanmada, ifâ yeri, in'ikad yeri, tarafların ikametgâhı gibi bağlama noktalarına nazaran daha esnek olan **“sözleşmenin en sıkı ilişkili olduğu yer hukuku”** ilkesinin uygulanması daha çok kabul görmüştür. Karakteristik edim teorisinin ortaya çıktığı İsviçre hukukunda sözleşmeye uygulanacak hukuka ilişkin objektif bağlanmada kural olarak, karakteristik edim borçlusunun ... hukukunun, sözleşme ile en sıkı ilişkili hukuku karşıladığı yönünde bir karine kabul edilmiştir. İsviçre hukukunda ulaşılan bu çözüm, Alman hukukunda, Sözleşmesel Borçlara Uygulanacak Hukuk Hakkında AT Sözleşmesinde ve bir ölçüde farklı olarak Türk hukukunda da benimsenmiştir.

Türk hukukunda taraflar uygulanacak hukuku seçmemişlerse, ifâ yeri hukuku objektif bağlanmaya esas alınacaktır. Borcun ifâ yerinin birden fazla olması halinde ise borç ilişkisinin ağırlığını teşkil eden edimin yani karakteristik edimin ifâ yeri hukuku uygulanacaktır. Ancak, bu şekilde de uygulanacak hukuk tespit edilemez ise, sözleşme ile en sıkı ilişkinin bulunduğu yerin hukukunun uygulanması söz konusu olabilecektir. Türk hukuku objektif bağlanmaya getirmiş olduğu bu çözüm tarzı ile İsviçre hukukunun çok gerisinde kaldığı rahatlıkla söylenebilir.

Objektif bağlanmada en sıkı ilişkili hukuk kriteri günümüzde en çok benimsenen, milletlerarası özel hukukun ruhuna uygun düşen bir esastır. Şöyle ki, İsviçre Federal Kanunu, karakteristik edim borçlusunun mutad meskeni veya iş yerinin bulunduğu yer hukuku lehine oluşturulmuş karineler ile desteklenen en sıkı ilişki hukukunu objektif

bağlanmaya esas alırken, maalesef, MÖHUK en sıkı ilişki hukukuna bir imkânsızlığın sonunda yararlanılmak üzere yardımcı bir kural olarak yer vermiştir. Başka bir ifadeyle, en sıkı ilişkili hukuk prensibine verilen önem, her iki kanunda tamamıyla tersine çevrilmiştir.

Konumuz açısından ulaştığımız vargıların belki de en önemlisi, objektif bağlanmada bir metod sunan ve bazı hukuk sistemlerinde benimsenmek suretiyle pozitif hukuka giren, pratik uygulaması olan karakteristik edim teorisine ilişkin tespitlerdir. Öncelikle şu husus ifade edilmelidir ki, objektif bağlanmanın temelini, özünü sözleşme ile en sıkı ilişkili hukukun bulunması oluşturur. Ancak, objektif bağlanma yönteminde, sözleşmenin karakteristik ediminin tespit edilip, karakteristik edim borçlusunun (x) hukukunun aynı zamanda en sıkı ilişkili hukuku karşıladığı yönündeki karine irrasyonel bir çıkarsamadır. Çalışmada da somut örneklerle ortaya konulduğu üzere, karakteristik edim teorisi, bir çok yönden kendi içinde bir çelişkiler yumağı olduğu gibi, vazgeçilmez de değildir.

Örneğin, bir yandan sözleşmeler bakımından fonksiyonel yaklaşım üzerinde önemle duran bu teori, tam tersine olarak işveren, banka, sigorta şirketleri gibi sözleşmenin güçlü olan tarafı lehine bir çözüm sunmaktadır. Üstelik bu teori her zaman ve koşulda en sıkı ilişkili hukuku belirlemekten uzaktır. Artık, bu teorinin işlevini yitirdiği şüphesizdir. Objektif bağlanmaya ilişkin getirmiş olduğu çözüm tarzı ile eleştirilen İsviçre Federal Kanununun da gerisinde kalan MÖHUK da, sözleşmelere uygulanacak hukuka yönelik objektif bağlanma için yeni bir düzenleme yapılacaksa, yabancı hukukun tercih ettiği sistemin aynen alınarak kabul edilmesi yanlış olacaktır. Türk hukuku kendi dinamikleri içinde bu soruna bir çözüm getirebilir.

Oluşturulacak yeni sistemin genel hatlarını çizmek gerekirse, bir kere objektif bağlanmanın temelini sözleşme ile en sıkı ilişkili hukukun bulunması oluşturmalıdır. En sıkı ilişkili hukukun bulunmasında, karakteristik edim arayışından kesinlikle vazgeçilmelidir. Bunun yerine, her bir milletlerarası unsurlu sözleşme tipi bakımından önem ve öncelik arz eden, milletlerarası özel hukuk menfaatlerini yansıtabilecek bağlama noktalarını içeren genel bir bağlama kuralı oluşturulmalıdır.

Mahiyeti itibariyle, sadece, tüketici ve hizmet sözleşmeleri için özel bağlama kuralları kabul edilebilir. Yoksa, İsviçre Federal Kanunundaki genel istisna kuralı yokluğunu gerekçe gösterip ve aynı zamanda uygulamaya açıklık kazandırmak amacıyla her bir sözleşme tipi için özel bağlama kuralı kabul etmeye çalışmak kautik bir duruma yol açabilir. İsviçre Kanunundaki genel istisna kuralı uygulaması, diğer hukukî ilişkiler

bakımından elverişli sonuçlar doğursa bile, sözleşmeler bakımından aynı amaca hizmet edemez. Keza, sözleşmelerde objektif bağlanma için kabul edilen kriter, en sıkı ilişkili hukuktur. En sıkı ilişkili hukuk, mahiyeti itibariyle varılacak en son noktadır. Nitekim, MÖHUK'da değişiklik yapılmasına ilişkin tasarıda olduğu gibi, “daha sıkı ilişkili hukuk, çok daha sıkı ilişkili hukuk, en hakiki sıkı ilişkili hukuk” gibi arayışlar, özellikle karakteristik edim teorisinin çöktüğünün bir kanıtı olarak kendini göstermektedir.

KAYNAKÇA

- Akıncı, Ziya:** Tarafların Yetkili Hukuku Belirlememeleri Durumunda Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk, Ankara 1992.
- Akıncı, Ziya:** Milletlerarası Özel Hukukta İnşaat Sözleşmeleri, İzmir 1996 (İnşaat).
- Çelikel, Aysel:** Milletlerarası Özel Hukuk, B. 6, İstanbul 2000.
- Dacey, A. V./Morris, J. H. C.:** The Conflict of Laws, Ed. 12th, Vol. II, (ed. Collins, L.), London 1993.
- D'oliveira, Hans Ulrich Jessurun:** "Characteristic Obligation in the Draft EEC Obligation Convention", American Journal of Comparative Law, 1977, Vol. XXV, s. 303-331, ("Characteristic Obligation").
- Doğan, Vahit:** İş Akdinden Doğan Kanunlar İhtilâfı Alanında Bağlama Kuralının ve Sınırlarının Tespiti, Ankara 1996, (İş Akdi).
- Doğan, Vahit:** "Milletlerarası Özel Hukukta Zayıf Âkit Tarafın Korunması", Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, 1995, S. 1-2, s. 21-43.
- Milletlerarası Özel Hukuk ve Milletlerarası Usul Hukuku Kanunu Öntasarı Sempozyumu (22-24 Kasım 1976), İstanbul 1978.
- Erdem, Bahadır:** Patent Hakkının Korunmasına ve Patent Hakkına İlişkin Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk, B. 2, İstanbul 2002.
- Gelgel, Günseli Öztekin:** Türk Devletler Özel Hukukunda Tüketici Akitlerine İlişkin Sorunlar, İstanbul 2000.
- Güngör, Gülin:** Milletlerarası Özel Hukukta Tüketicinin Korunması, Ankara 2000.
- Lipstein, Kurt:** "Characteristic Performance - A New Concept in the Conflict of Laws in Matters of Contract for the EEC.", Northwestern Journal of International Law and Business, 1981, Vol. III, n. 2, s. 402-414, ("Characteristic Performance").
- Nomer, Ergin:** Devletler Hususî Hukuku, B. 11, İstanbul 2002, (DHH).
- Öztürk, Pınar:** Ortak Girişim (*Joint Venture*) ve Uygulanacak Hukuk, İstanbul 2001.

- Sargın, Fügen:** “Karakteristik Edim Teorisine Eleştirel Bir Yaklaşım”, AÜHFD, C. L, 2001, S. 2, s. 37-95 (“Eleştiri”).
- Sargın, Fügen:** Milletlerarası Unsurlu Patent ve Ticarî Marka Lisans Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk, İstanbul 2001.
- Schnitzer, Adolf F.:** “Les Contrats En Droit International Privé Suisse”, Recueil des Cours, 1968/I, T. 123, s. 541-636.
- Tekinalp, Gülören:** Milletlerarası Özel Hukuk - Bağlama Kuralları, B. 7, İstanbul 2002, (Bağlama Kuralları).
- Tekinalp, Gülören:** “Yeni Alman ve İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunlarında Akdî Borç Statüsü ve Türk Kanunu”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, 1988, S. 1, sh. 59-70, (“Akdî Borç Statüsü”).
- Tekinalp, Gülören:** “Akdî İlişkide Objektif Genel Kural ve En Yakın İrtibatlı Hukuk Uygulaması”, Ernst E. Hirsch'e Armağan, Ankara 1986, s. 439 450, (“Objektif”).
- Tekinalp, Gülören:** “Patent Lisansı Sözleşmesine Uygulanacak Bağlama Kuralı”, İÜHFM, 1970, C. XXXV, s. 249-266, (“Patent”).
- Tiryakioğlu, Bilgin:** Taşınır Mallara İlişkin Milletlerarası Unsurlu Satım Akitlerine Uygulanacak Hukuk, Ankara 1996, (Taşınır Mallar).
- Turhan, Turgut:** “İsviçre Devletler Özel Hukuku Federal Kanununda Sözleşmelerden Doğan Borçlara Uygulanacak Hukuk ve Türk Hukuku”, AÜHFD, 1989-1990, C. XXXXI, S. 1-4, s. 119-150, (“İsviçre-Türk Hukuku”).
- 291Loi Fédérale Sur le Droit International Privé (LDIP):** Confoederatio Helvetica Les Autorités Federales de la Confédération Suisse: <<http://www.admin.ch/ch/f/rs/291/index.html>>, (25.01.2005).

MİRAS HAKKINDAN İSKAT ÜZERİNE BİR İNCELEME

Av. Emine Cevahir ÇALIKUŞU*

I- MİRASTAN İSKATA GENEL BİR BAKIŞ

Yasal mirasçılık ve mahfuz hisse kavramlarına da hayat veren aile bağları, aile kavramının aile fertlerine yüklediği ödev ve görevler, bazen aile üyesinin kanun koyucunun beklediği bağlılığa ve değerlere yakışmayacak bir takım tutumları ile zeminini yitirebilir.

Miras hukukumuzda, mirasbırakanla yakınları arasındaki sosyal, ekonomik ve bilhassa ailevi bağların neticesi olarak kabul edilen mahfuz hisse üzerinde mirasbırakanın tasarrufuna müsaade edilmezken; aile üyeleri arasındaki bağlılık çeşitli sebeplerle ihlal edilmiş yahut tamamen ortadan kalkmış ise, mahfuz hisseli mirasçıyı miras harici bırakmak mümkün hale gelmektedir. İşte medeni Kanunumuzun 510 vd. maddelerinde düzenlenen “Mirasçılıktan Çıkarma” müessesesi, mirasçıların tutum ve davranışlarının mahfuz hisse ile himayeye layık olmadıklarının anlaşıldığı hallerde mirasbırakana, tek taraflı iradesiyle, onları bu haklarından mahrum etmek imkânı veren bir müeyyide mahiyetindedir¹.

Mirastan ıskat, saklı pay sahibi mirasçının saklı payı dahil tüm miras hakkında yoksun bırakılmasıdır². Fakat, mirasbırakan dilerse, saklı pay sahibi mirasçısını mahfuz hissесinin bir kısmından da mahrum edebilir. Saklı pay sahibi olmayan mirasçının miras hissесi üzerinde, mirasbırakan, sağlığında her türlü hukuki tasarrufta bulunabileceğinden; saklı pay sahibi olmayan mirasçılık, mirastan ıskat meselesinin incelenmesinde önem arzetmemektedir.

Mirastan ıskatı birkaç ilke üzerinde temellendirmek gerekirse;

Birinci ilke: Miras hakkında yalnız mahfuz hisseli mirasçılar ıskat edilir.

İkinci ilke: Miras hakkında ıskat ölüme bağlı bir tasarrufla yapılabilir.

*Eskişehir Barosu, Avukat.

¹ Ali Naim İnan - Şeref Ertas, **Miras Hukuku** (Ankara: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fak. Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No:56, 1995) s. 290.

² Esat Şener, **Açıklamalı İçtihatlı Türk Medeni Kanunu** (Ankara: Seçkin Kitabevi, 1989) s. 749.

Üçüncü ilke: Mirastan ıskat kanunda yazılı sebeplerin mevcudiyeti halinde bahse konu olur. Bu sebepler Medeni Kanunumuzun 510 ve 513. maddelerinde belirtilmiştir³.

Mirasbırakan ölüme bağlı tasarrufunda ıskat sebebini açıkça göstermelidir. Zira, ıskat sebebinin belirtilmemesi ya da ıskat sebebinde yanılma gibi durumlar, ölüme bağlı tasarrufun geçerliliği bakımından önemlidir.

II- ISKATIN ŞEKLİ

Mirastan ıskatı düzenleyen Medeni Kanunumuzun 510. maddesi, mirasçılıktan çıkarmanın “ölüme bağlı bir tasarrufla” yapılabileceğini düzenlemektedir.

Ölüme bağlı tasarruflar ise iki çeşittir: Vasiyetname ve miras sözleşmesi.

Her ne kadar kanunumuzda mirasçılıktan çıkarma işleminin hem vasiyetname, hem de miras sözleşmesi ile düzenlenebileceği kabul edilmiş ise de; tasarrufun niteliği bakımından bir değerlendirme yapıldığında, ıskat işleminin olumsuz niteliği gereği, miras sözleşmesi ile mirastan ıskat işleminin yapılabilmesi pek de mümkün görünmemektedir.

Üstelik, miras sözleşmesi yolu ile ıskata imkan verilmiş olmasının da tatbikatta herhangi bir faydası yoktur. Gerçekte mirasbırakanın, bilhassa ailevî ilişkileri ihlal eden ve bu sebeple mahfuz hisse himayesini kayıp etmiş bir mirasçısını, miras mukavelesinde karşı âkit olarak bulması imkânı yoktur. Kaldı ki, tek taraflı bir irade ile gerçekleşebilecek bir hukuki muamelede mirasçının karşı âkit olmasına da lüzum yoktur. Böyle bir mahfuz hisseli mirasçının miras hakkından hariç kalmak istemesi halinde mirasbırakanla miras hissesinden ivazsız feragati tazannum eden bir feragat mukavelesi yapması, daha yerinde olur⁴.

III- MİRASTAN ISKAT EDİLEBİLECEK MİRASÇILAR

Medeni Kanun, mirasçılarının bir kısmını saklı pay gibi bir imkânla donatırken, onları da mirasbırakan ve yakınlarına karşı saygılı olmaya ve yine Kanunda öngörülen yükümlülüklerle bağlı kalmaya zorlamıştır. O halde, saklı payı haklı kılan sebep ortadan kalkarsa ıskat, mirasbırakan için bir hak olacaktır. Bu sebeple mirastan ıskat, ancak saklı pay sahibi mirasçılar hakkında uygulanabilir. Saklı payı olmayan mirasçılarının vasiyet

³İnan-Ertaş, a.g.e., s. 290-292.

⁴İnan-Ertaş, a.g.e., s. 291-292.

yolu ile zaten mirastan yararlanmaları mutlak önlenebileceği için, ıskat zorunluluğu yoktur⁵.

Küçükler ve temyiz kudretinden yoksun olanlar, davranışlarından dolayı kendilerine kusur atfedilemeyeceğinden, mirastan ıskat da edilemezler. Çünkü ıskat, kusurlu bir davranışın müeyyidesidir. Fakat, mümeyyiz küçükler ve ihtiyari hacir altına alınanlar ıskat edilebilirler⁶.

Bir kimse kendi kusuru ile geçici olarak temyiz kudretini yitirmiş ve bu sebeple ıskata yol açan bir davranışı olmuş ise, ıskat olunabilir. Mesela: içki içerek şuuruz hale gelip, suç işleyen saklı pay sahibi mirasçı, şartları varsa bu hareketinden dolayı ıskat edilebilir⁷.

IV- MİRASTAN İSKATIN ÇEŞİTLERİ

Mirastan ıskatı iki ana başlık altında incelememiz mümkündür: Cezaî (alelâde) ıskat (TMK 510) ve koruyucu (aciz sebebiyle) ıskat (TMK 513). İskat sebeplerini kısaca incelemek gerekirse;

A) Cezaî (Alelâde) İskat:

Kanunumuzda cezaî ıskat iki şarta bağlanmıştır. İki ayrı bentte düzenlenen ıskat sebepleri şunlardır:

1- Mirasçının, mirasbırakana veya mirasbırakanın yakınlarından birine karşı ağır bir suç işlemiş olması

Burada suçun ağırlığı, verilecek cezada değil eylemin niteliğinde aranmalıdır. İşlenmiş olan fiilin ağır olması şarttır. Bu ağır kelimesinden maksat suçun ağır cezayı müstelzim bir suç olması değil, işlenen suçun aile ilişkisi bakımından ıskat eden kimseye karşı yaptığı etkinin ağırlığıdır. Kabahatler ıskat sebebi olamaz. Suçtan failin mahkum olmaması ıskat için engel teşkil etmez⁸.

⁵Esat Şener, *Eski ve Yeni Miras Hukuku Şerhi* (Ankara: Seçkin Kitabevi, 1988) s. 235.

⁶Şener, *Eski ve Yeni...*, s. 235.

⁷Şener, *Eski ve Yeni...*, s. 235.

⁸Lütfü Dalamanlı- Faruk Kazancı- Muharrem Kazancı, *İlmi ve Kazai İçtihatlarla Açıklanmış Türk Medeni Kanunu* (İstanbul: Kazancı Matbaacılık, 1991) s. 78.

Murisin hayatına kasteden mirasçı, elinde olmayan sebeplerle bu maksadına vüsul için gerekli işleri tamamlayamamış, fiili teşebbüs derecesinde kalmış olsa bile, mirastan ıskat olunabilir⁹.

Mirastan ıskata ilişkin uygulamada en çok karşılaşılan ağır suç örneklerinin mirasbırakan ve yakınlarına karşı hakaret, iftira ve namusa veya mala karşı işlenen suçlar olduğunun kabul edildiği gözlemlenmektedir¹⁰.

Ağır cürmün mirastan ıskat sebebi kabul edilebilmesi için hukuka aykırı olması gerekir. Eğer cürüm, meşru müdafaa, ızdırar hali, kanunun emri veya vazifesi icabı veyahut temyiz kudretinin bulunmaması gibi sebeplerle faile kabili isnat değilse, ıskat sebebi olamaz¹¹.

Yine ıskata sebep olarak gösterilen ağır suçun mirasbırakanın ölümüne bağlı tasarrufundan evvel işlenmiş olması lazımdır. Zira, henüz işlenmemiş bir cürüm için ihtimale dayalı ıskat işlemi yapılamaz, yapıldığı takdirde geçersizdir.

Mirasbırakanın yakınları kavramına da değinmek gerekirse; kanun “yakınlar” tabirine bir açıklama getirmediğinden, yakınların takdiri hâkime aittir. Kendisine işlenen ağır cürüm dolayısıyla mirasbırakanı ciddi ve haklı bir elem ve teessüre sevkeden kimseler yakın olarak kabul edilmektedir. Bu bakımdan, füruu, ana ve babası, kardeşi, kan ve civar hısımları, sıhri hısımlar, karı-koca, üvey ana-baba, çocuklar ve kardeşler, hatta öğretmen, mürebbiye, yakın arkadaş ve dostlar bu kavrama dahil edilir¹².

2- Mirasçının, mirasbırakana veya mirasbırakanın ailesi üyelerine karşı aile hukukundan doğan yükümlülüklerini önemli ölçüde yerine getirmemesi

Saklı payın kabulünün altında yatan asıl sebebin aile bağlarının kanun nazarında da önemini vurgulayan düşünce olduğunu kabul ettiğimize göre, mirastan ıskatın en geniş uygulama alanını bu hükümde bulduğunu söylemek yanlış olmaz kanaatindeyim. Zira kanun koyucu aile bağlarını hangi fiillerin sarsacağını tek tek belirtmemiş, “... aile hukukundan doğan yükümlülükleri önemli ölçüde yerine getirmemesi” demiştir. O halde,

⁹Mustafa Reşit Belgesay, *Türk Kanunu Medenisi Şerhi - Üçüncü Kita- Miras* (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Fakülteler Matbaası, 1952) s. 41.

¹⁰Örneğin HGK 19.9.1987, E.2/604, K.539 “babanın haram yediği, iş yerinde fuhuş yaptırdığı gibi suçlamalar”: 2.HD. 30.9.1976 E. 2467- K. 2808 “haksız surette dedesinin akli dengesinin bozuk olduğunu ileri sürüp onu adli tıbbı sevkettiren torun, dedeye karşı gereken saygıyı göstermediğinden”: 2. H.D. 30.9.1971 E. 5309- K. 5424 “aile şerefi ortaktır. Hırsızlık yapan reşit çocuk için mirastan ıskat sebebi doğmuş olur.”

¹¹Inan-Ertaş, a.g.e., s. 293.

¹²Inan-Ertaş, a.g.e., s. 294.

mirasbırakan, aile bağlarını, bağlılığa aykırı hareketlerle önemli ölçüde zedeleyen, aile fertlerinin birbirine göstermesi gereken özen yükümünü ihlal eden, aile hukukunun gerektirdiği yükümlülüklere riayet etmeyen mirasçısını mirasından ıskat edebilecektir.

Aileden maksat, altsoy-üstsoy (usul ve füru), eş, kardeşler ve birlikte yaşanan kan ve sıhri hısımlarıdır¹³.

Karı-koca arasındaki sadakat yükümlülüğüne uymamak, aile üyelerinin birbirlerine nafaka ödeme borcuna aykırı hareket, aile şerefini zedeleyici davranışlar, uygunsuz yaşantı, miras bırakana veya yakınlarına karşı fena muamele, hastalık sırasında kasten ziyaret etmemek ve ilgisiz davranmak, yardım görevlerini ve itaat yükümünü aşırı derecede ihmal etmek, ortak hayatın kendisine yüklediği görevleri yapmamak için ısrarlı biçimde sık sık evi terk edip bir süre ayrı yaşamak, savunma hakkı kötüye kullanılarak, sebep yokken miras bırakanın hacir altına alınmasını istemek böylece onurunu kırmak, tanıklıktan çekinme hakkı varken bu hakkını kullanmayıp verdiği ifade ile mirasbırakan veya eşinin mahkumiyetine sebebiyet vermek, malül (sakat) ana babayı eve kabul etmemek, kadının iffetini zedeleyecek isnatta bulunmak, mirasbırakana çirkin sözlerle hakaret etmek ve bu nitelikteki hareket ve sözler ıskata yol açar^{14 15}.

Eğer mirasbırakan uygun bir yaşantı içinde olmadığı için iyi terbiye vermediği çocuk sefih bir hayata alışmışsa, birlikte kusur yüzünden, diğer bir deyimle mirasbırakan sebep olduğu bu durum dolayısıyla artık ıskat hakkını kullanamaz¹⁶.

B) Koruyucu (Aciz Sebebiyle) İskat :

Mirastan ıskatın her zaman cezalandırmak amacıyla yapılmayacağını gösteren müessesedir. Öyle bazı haller olur ki, mirastan ıskat, bir tehlikenin önlenmesi, mirasçılarının korunması amacıyla da yapılabilir¹⁷.

Kanun, borç ödemedi acze düşmüş bir kimsenin çocuklarını veya torunlarını, baba veya anaları vasıtasıyla miras yoluyla intikal edebilecek mallardan, bunların alacaklıları tarafından haczedilmesi yüzünden mahrum kalmalarını muvafık görmediği için,

¹³Şener, *Açıklamalı İctihathı...*, s. 751.

¹⁴Şener, *Açıklamalı İctihathı...*, s. 751-752.

¹⁵Yargıtay 2. HD.12.1.1973 E. 7352- K. 151 "Basit olaylar ıskat sebebi sayıldığı takdirde, mirasçı miras bırakanın baskısı altında tutulmuş olur ki, bu durum insan kişiliğini olumsuz şekilde etkiler. Buna karşılık, aşırı hoşgörü ile olaylara bakılırsa, bu defa miras bırakan arzuladığı saygıdan, yardımdan yoksun bırakılmış olur." HGK. 27.9.1972 E. 730- K. 751 "Arası öteden beri açık olan kızın, anasını hastanede ziyaret etmemiş olması ıskat sebebi sayılmaz"

¹⁶Şener, *Eski ve Yeni...*, s.243.

¹⁷Şener, *Eski ve Yeni...*, s.247.

müteveffaya, borcunu ödemededen âciz olan fûruunu mahfuz hissenin yarısından mahrum etmek salâhiyetini vermiştir. Bu hüküm mirastan mahrum edilen kimsenin çocukları lehine, alacaklıların aleyhinedir¹⁸.

Hükümün suiistimale açık olmasını da öngören kanun koyucu, hükmün uygulanabilirliğini sıkı şekil şartlarına bağlamıştır. Koruyucu ıskatın uygulanabilirlik koşullarını maddelemek gerekirse;

*** İskat edilen mahfuz hisseli mirasçının, mirasbırakanın altsoyu olması gerekir.**

Zira, bu koruma Kanununun açık ifadesinden de (513. m) anlaşılacağı üzere, saklı pay sahibi mirasçılardan sadece mirasbırakanın altsoyu için getirilmiştir. Altsoy tabiri, mirasbırakanın çocuklarını ve evlat edindiği kimseleri içine alır.

*** İskat edilen altsoyun borç ödemededen aciz halinde bulunması ve bu durumun aciz vesikası ile tespit edilmiş olması lazımdır.**

Aczin, ölüme bağlı tasarruf yapılırken mevcut olması şarttır. Aciz belgesinin sonradan alınması ıskata engel değildir. Yani geçmişe yönelik aciz belgesi alınmırsa ıskat geçerliliğini korur¹⁹.

İleride acze düşme ihtimali ile koruyucu ıskat yapılamaz²⁰.

Acze düşmede altsoyun kusurlu olması da ıskata engel değildir²¹.

*** Koruyucu ıskat müessesesi acze düşen fûruun altsoyunu korumak için kabul edildiğinden, ıskat edilen fûruun altsoyunun bulunması şarttır.**

İskat edilen altsoyun en az bir çocuğunun bulunması ya da ıskat işleminin yapıldığı tarihte ana rahmine düşmüş olması şarttır.

Bazı müelliflerin aksi kanaatlerine rağmen²², doğacak çocukların da ıskattan istifade etme olanağının mümkün olduğu Kanunun dili de (513. m.) dikkate alınınca doktrinde hâkim kanıdır. Bu müelliflere göre bu sonuncu halde fevkalade ikamenin hükümleri uygulama alanı bulur²³. Bu halde, müteveffanın tasarruf ettiği mahfuz hisse, ölümü

¹⁸Belgesay, a.g.e., s. 45.

¹⁹Şener, Eski ve Yeni..., s. 249, Yargıtay 2. HD. 19.10.1967 tarihli, E. 3554- K. 3410 sayılı kararı, Y.H.G.K. 18.1.1975 tarihli E. 684- K. 13 sayılı kararı.

²⁰Şener, Eski ve Yeni..., s. 249.

²¹Şener, Eski ve Yeni..., s. 249.

²²Şener, Eski ve Yeni..., s. 248.

²³Inan-Ertaş, a.g.e., s.301., Şener, Açıklamalı İçtihatlı..., s. 762.

gününde mirasçılar arasında taksim olunur. Sonradan doğacak çocuklar kendilerine isabet etmesi lazım gelen mahfuz hisseyi onlardan isterler²⁴.

*** İskat edilen altsoyun mahfuz hissesinin yarısının doğmuş ve doğacak çocuklarına tahsisi gerekir.**

Kanun koyucu böylece, hem alacaklıları, hem de aciz halindeki saklı pay sahibi füruun çocuklarını düşünmüş, böylece belli bir ölçüde yarar dengesi meydana getirmiştir²⁵.

Alacaklılar, ıskat edilmeyen ve füru'a intikali gereken hisse haricinde kalan kısmı alırlar²⁶.

Borcun tutarı miras payının yarısından az ise, ıskat olunan mirasçı, ıskatın hükümsüz olduğunu ileri sürüp, iptalini isteyebilir. Bu yola başvurmazsa ıskat geçerlidir. Alacaklıların böyle bir iptal hakkı yoktur. İskat tasarrufu iptal edilse bile, ölüme bağlı tasarrufta başka şartlar varsa, onlar geçerliliğini korur, yani geçersiz hale gelmezler²⁷.

*** Koruyucu ıskatın da ölüme bağlı tasarruf şekillerinden biri ile yapılması zorunludur.**

V- İSKATIN HÜKÜMLERİ

İskatın hükümleri Medeni Kanunun 511. maddesinde düzenlenmiştir. İnceleme konusu hakkında daha önce bahsettiğimiz hususlar da dikkate alınarak, ıskatın hükümlerini aşağıdaki şekilde maddeleyebiliriz:

* İskat mirasçılık sıfatını sona erdiren ölüme bağlı bir tasarruftur. İskat edilen saklı pay sahibi mirasçı terekeden hiçbir hak talep edemez, tenkis davası açamaz.

* Mirasçının ıskatı halinde, onun saklı payı, kendi füruuna, ıskat edilenin altsoyu yoksa mirasbırakanın yasal mirasçılarına geçer. Mirasbırakan, ıskat ettiği mirasçısının füruuna intikal eden saklı paya dokunmaksızın, tereke üzerinde dilediği tasarruflarda bulunabilir. Mirastan ıskat edilen mirasçının füruunun olmaması halinde, saklı payın

²⁴Belgesay, a.g.e., s. 46., Şener, **Eski ve Yeni...**, s. 249.

²⁵Şener, **Eski ve Yeni...**, s. 249-250.

²⁶Dalamanlı, a.g.e., s. 177.

²⁷Şener, **Eski ve Yeni...**, s. 250.

mirasbırakanın diğer mirasçılara intikal edeceğine ilişkin hüküm tamamlayıcı nitelikte olduğundan, mirasbırakan aksine bir düzenleme yapabilir²⁸.

* İskat ile mirasçı saklı payının tamamından mahrum edilebileceği gibi, bir kısmından da mahrum edilebilir.

* Mirastan ıskat dolayısıyla mirasçı, mirastan tamamen mahrum edilmiş ise, murisin daha evvelce ıskat edilene yaptığı teberruların iadesi gerekmez, ancak şartları mevcut ise diğer mahfuz hisseli davacılar tenkis davası açabilirler²⁹.

* İskat edilen eş ise, ıskat edilen eşin mirasbırakandan olan çocukları, mirasbırakanın saklı pay sahibi mirasçısı olacağından sorun yoktur, miras zaten bu çocuklara intikal eder. Fakat, ıskat edilen eşin başkasından olma çocukları varsa, bu çocuklar mirasbırakana yabancı olduklarından, miras bu çocuklara intikal etmez.

VI- AFFIN İSKATA ETKİSİ

Mirasbırakan hiç bir gerekçe göstermeden af hakkını kullanarak ıskatı, ölüme bağlı tasarruf şekillerinden birisi ile ortadan kaldırabilir³⁰.

Asıl tartışma konusu, mirasbırakanın sağlığında, ıskat ettiği mirasçısına, affettiğine delâlet teşkil edebilecek tavır ve davranışlarda bulunmasına rağmen, ıskatla ilgili tasarrufunu olduğu gibi bırakması halinde kendini gösterir.

Bu husus, doktrinde ve uygulamada tartışmalı olmasına rağmen, hâkim görüş, fîli durumlarda yapılan affin ıskatı hükümsüz kılmayacağı yönündedir. Bu şekilde düşünen müellifler³¹, kanun koyucunun örtülü afla cezaî ıskatın hükümsüz olmasını doğru görseydi, açık bir hüküm koyacağına ısrar etmektedirler. Yine de bir kısım müellifler³² soruna MK 2. ve 3. maddesi çerçevesinde çözüm bulmak gerektiğini belirtmişlerdir.

Yargıtay bir kararında³³ dolaylı olarak affin ıskatı kaldırmayacağı eğilimini göstermiştir.

²⁸Şener, **Eski ve Yeni...**, s. 250.

²⁹Dalamanlı-Kazancı-Kazancı, **a.g.e.**, s. 86.

³⁰Şener, **Eski ve Yeni...**, s. 237.

³¹İnan-Ertaş, **a.g.e.**, s. 297-298., Şener, **Eski ve Yeni...**, s. 237-238.

³²İnan-Ertaş, **a.g.e.**, s. 297-298.

³³2. H.D. 14.6.1971 tarihli E. 3910- K. 3875 sayılı kararı.

VII- İSKATI GEREKTİRMEYEN HALLER³⁴

* Eşlerin sebep varken birbiri hakkında boşanma davası açmış olması ve bunda başarısızlığa uğramaları, yani, ispat edemedikleri için davanın reddedilmesi ıskat sebebi değildir.

* Miras bırakanla birlikte oturmaya yanaşmamak, ıskat sebebi olmaz. Zira, aile ile oturma zorunluluğu rüşt ile sona erer.

* Eş veya ana-baba ile çocukların birbiri hakkında nafaka davası açmış olmaları ıskat sebebi olamaz. Çünkü, vatandaşın meşru yollarla hak araması Anayasa tarafından teminat altına alınmıştır.

* İş hayatında rekabet, ticari hayatın tabii icabıdır. Meşru sınırlar içinde kaldığında buna engel yoktur. Bu sebeple, iyiniyet kuralları içinde kullanılan rekabet hakkı, ıskat sebebi olamaz.

* Kural olarak, bir kimsenin içki ve kumar alışkanlığı veya iş tutmaması gibi davranışı, nihayet kendi ekonomik şartlarını zorlayan ve zedeleyen bir durum olup ıskat sebebi sayılamaz. Bununla beraber, eğer bu tutum, uygunsuz hayat sürme niteliğinde ise ıskat gerekli olur. Borsada spekülasyon sonucu para kaybetmek, kumar gibi haller aile şerefini kırıcı nitelik taşımadığı için, ıskat sebebi değildir.

VIII- İSKATA İTİRAZ

Mirasbırakanın mirasçılıktan çıkarma işlemi maddi veya şekli anlamda sakat olabilir. Bu takdirde Medeni Kanun, ıskat edilen saklı pay sahibi mirasçıya, mirasbırakanının tasarrufuna itiraz etme hakkı tanımıştır. İtiraz iki şekilde olabilir: Tasarrufun iptalini ya da tenkisini isteyerek. İncelersek:

A) Tasarrufun İptalinin İstenebilmesi Halleri

Mirastan ıskat işlemi de bir ölüme bağlı tasarruf olduğu için, ölüme bağlı tasarrufların iptaline ilişkin Medeni Kanunumuzun 557. maddesinde gösterilen sebepler varsa tasarruf iptal edilebilir. Bu sebepler;

* Tasarrufun mirasbırakanın tasarruf ehliyetinin bulunmadığı bir sırada yapılmış olması,

³⁴Bu bölüm Şener'in Eski ve Yeni Miras Hukuku Şerhi adlı eserinden (s. 247) kısaltılarak aktarılmıştır.

- * Tasarrufun yanıltma, aldatma, korkutma veya zorlama sonucunda yapılmış olması,
- * Tasarrufun içeriğinin, bağlandığı koşulların ve yüklemelerin hukuka aykırılığı,
- * Tasarrufun Kanunda öngörülen şekillere uyulmadan yapılmış olmasıdır.

İskatın iptalini istemek hakkı sadece saklı pay sahibi olup da mirastan iskat edilene aittir. Üçüncü kişiler, söz gelimi iskat edilen acze düştüğü zaman alacaklıları ile iflası halinde iflas masası dava açamaz. Medeni Kanunumuzun 562. maddesi bu imkânı vermemektedir. Çünkü, anılan madde ile alacaklılara sadece ve açıkça tenkis davası açmak hakkı verilmiştir³⁵.

B) Tenkisin Talep Edilebildiği Haller³⁶

Mirasbırakan, ölüme bağlı tasarrufu ile saklı pay sahibi mirasçısını mirasından iskat ederken, iskat sebebini de açıkça belirtmek zorundadır. Iskat sebebi belirtilmediği takdirde, tasarrufun iptali söz konusu olabileceği gibi; gösterilen iskat sebebinin gerçeğe uymaması ya da varlığının ispatlanamaması halinde de tenkis davası açılarak, tasarrufun saklı paya kadar çekilmesi sağlanabilir.

İskat edilen mirasçının açacağı tenkis davasında ispat yükü, genel kuralın aksine iskattan yararlanacak mirasçılara ve varsa yararına vasiyet yapılan kişiye düşer³⁷. Iskattan yararlanacak olanların, ölüme bağlı tasarrufta yeralan sebeplerin doğruluğuna, gerçeğe uygunluğuna dair delil göstermediği ya da dayanılan deliller iskat sebeplerini kabule değer ve elverişli bulunmadığı takdirde ölenin arzuları tasarruf nisabı miktarınca geçerli olur. Şayet mirasbırakan, mirastan iskat sebepleri bakımından aşikâr bir hataya düşmüş ise, iskat, tasarruf nisabı hakkında bile hüküm ifade etmez. Bu durumda iskat yok hükmündedir. Bu takdirde, iskat edilmek istenen mirasçı yalnız saklı payını değil, tasarruf nisabından dahi payını alır³⁸. Fakat, mirasbırakan iskat tasarrufu ile birlikte başkası yararına vasiyette bulunmuş ise, iskat edilen kişi, iskatın geçersizliğini sağlasa

³⁵Şener, **Eski ve Yeni...**, s. 252-253.

³⁶"İskat edilen mirasçı, iptali mümkün görememiş veya açtığı iptal davasında başarı sağlayamamış ise tenkis davası açamaz" Şener, **Eski ve Yeni...**, s. 254.

³⁷Zira, miras bırakan tasarrufta bulunurken, iskat sebeplerini sadece ölüme bağlı tasarrufunda göstermek zorundadır. Tespit davaları, arkalarından açılacak eda davalarının öncüsü oldukları ve iskat meselesinde tespit hükmünün arkasından eda davası açılmasının mümkün olmaması sebebiyle, miras bırakan, sağlığında, iskat sebeplerinin tespitine ilişkin bir dava açamaz. Bu sebeple miras bırakanın, saklı pay sahibi mirasçısını mirasından mahrum etmesinin sebebinin ispatı, mirastan pay yiyenlere düşer.

³⁸Şener, **Eski ve Yeni...**, s. 253-254.

dahi, tasarruf nisabından yoksun kalır. Çünkü, mirasbırakan bu konuda mutlak bir yetkiye sahiptir³⁹.

İskat sebebi mutlaka ıskatla ilgili ölüme bağlı tasarrufta açıklanmalıdır. Başka bir belgede bunun belirtilmesi ıskata geçerlilik vermez⁴⁰.

³⁹Şener, *Eski ve Yeni...*, s. 253-254.

⁴⁰Belgesay, *a.g.e.*, s. 44.

KAYNAKÇA

- Belgesay, Mustafa Reşit** : Türk Kanunu Medenisi Şerhi- Üçüncü Kitap- Miras Hukuku, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1952.
- Dalamanlı, Lütfü** : Miras Hukuku Tatbikatı, Ünal Matbaası, Ankara, 1975.
- Dalamanlı, Kazancı, Kazancı** : İlmî ve Kazaî İçtihatlarla Açıklamalı Türk Medeni Kanunu, Kazancı Matbaacılık, İstanbul, 1991.
- Em, Sözen, Yılmaz, Koçak** : Açıklamalı ve Gerekçeli Türk Medeni Kanunu ve Uygulama Kanunu, Adil Yayınevi, Ankara, 2002.
- İnan, Ertaş** : Miras Hukuku, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No: 56, Ankara, 1995.
- Şener, Esat** : Açıklamalı İçtihatlı Türk Medeni Kanunu, Seçkin Kitabevi, Ankara, 1989.
- Şener, Esat** : Eski ve Yeni Miras Hukuku Şerhi, Seçkin Kitabevi, Ankara, 1988.

DAVA SONUNDA VERİLEN AVUKATLIK ÜCRETİ KİME AİTTİR ?

Hâkim Şamil İNAN*

1136 Sayılı Avukatlık Kanununun 164/son maddesi 02.05.2001 gün ve 4667 S.K. nun 77. maddesi ile değiştirilmiştir. Değişiklikten önce “Avukatla iş sahibi arasında aksine yazılı sözleşme bulunmadıkça, tarifeye dayanılarak karşı tarafa yüklenilecek avukatlık ücreti avukata aittir” olan hüküm, değişiklik sonucu bu Kanunla “Dava sonunda, kararla tarifeye dayanılarak karşı tarafa yüklenecek vekalet ücreti avukata aittir. Bu ücret iş sahibinin borcu nedeniyle takas ve mahsup edilemez, haciz edilemez” şeklinde düzenlenmiştir.

HUMK'nın 423/VI. maddesi gereğince; dava sonunda tarifeye dayalı olarak takdir olunan ücreti vekalet, mahkeme masraflarından sayılmıştır. Aynı Kanununun 417. maddesine göre de; mahkeme masraflarının aleyhine hüküm verilen taraftan alınacağı açıklanmıştır. Avukat ile iş sahibi arasındaki sözleşme, Borçlar Kanunu hükümleri çerçevesinde yapılan bir vekalet sözleşmesidir. Bu sözleşme ile vekil, müvekkil nam ve hesabına hukuki işlemleri takip etmekte, müvekkil ise bunun karşılığında bir ücret vermeyi kabul etmektedir. Sözleşmenin ücret kısmı, uygulamada ücreti vekalet olarak adlandırılmaktadır. Avukat ile iş sahibi, ücreti, şüphesiz akit serbestisi çerçevesinde Borçlar Kanununun 19. maddesine aykırı olmamak şartıyla kararlaştırabilirler. Bu sözleşme kendi aralarında hüküm ve sonuçlarını doğurur. Ancak, ücretin miktar olarak belirlenmediği veya kanunların Avukatlık ücreti verilmesini hüküm altına aldığı durumlarda; 1136 sayılı Avukatlık Kanununun 168. maddesi gereğince Barolar Birliği tarafından hazırlanıp Adalet Bakanlığı tarafından yürürlüğe konulan tarifedeki maktu ve nisbi ücretler dava sonunda vekalet ücreti olarak verilmektedir. Buradaki açıklamalar, avukatla iş sahibinin arasında anlaştıkları vekalet ücreti ile ilgili olmayıp tarife üzerinden verilecek olan vekalet ücreti ile ilgilidir. Zira, bu tamamen iş sahibiyle avukat arasında geçerli olan ve sonuçlarını doğuran bir sözleşmedir. Avukatlık asgari ücret tarifesi ise bundan ayrı olarak yargılama giderleri arasında mahkemece re'sen nazara alınması gereken bir durumdur.

* Mahmudiye Hâkimi.

4667 sayılı Kanun değişikliğinden önce, avukatla iş sahibi arasında aksine yazılı bir sözleşme olmadığı sürece, tarifeye dayalı olarak verilen avukatlık ücretinin avukata ait olduğu şeklinde bir düzenleme olmasına rağmen 02.05.2001 tarihinden önce de, hükmün; davanın tarafları açısından geçerli olacağı, vekalet ücretinin de yargılama gideri olarak taraflara verileceği kabul edilerek, hükümde vekalet ücretinin davacıya verilmesine veya davalıya verilmesine şeklinde karar verilmekteydi. Vekalet sözleşmesinin niteliği gereği, yapılan iş karşılığı alınan ücret Borçlar Kanunundan dolayı zaten vekile aittir. Ancak, vekile ait olan ücret, Avukatla iş sahibi arasında serbestçe kararlaştırılan ücrettir. Kanunun lafzi yorumundan tarifedeki ücretin de avukata ait olması gibi bir sonuç çıkmaktadır. Oysa Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununa göre, hüküm davanın tarafları için geçerli olup taraflar leh ve aleyhlerinde sonuç doğurur, davacı vekili veya davalı vekili için hüküm kurulamaz.

4667 sayılı Kanunla, öz itibariyle aynı hükümler getirilmiş, “ancak aksine yazılı düzenleme” hükmü kaldırılarak kesin ve kati bir beyan ile bu ücretin avukata ait olduğu belirtilmiştir. Yani 4667 sayılı Kanunun 77. maddesi ile değişik 1136 sayılı Kanunun 164/son maddesinde, avukatlık ücretinin avukata ait olduğu ve bu ücretin iş sahibinin borcu nedeniyle takas ve mahsup edilemeyeceği ve haczedilemeyeceği düzenlenmiştir. Kanunun yapılan değişikliğinde, sonuç olarak vekalet ücretinin yine avukata ait olduğu belirtilmiştir.

Ücreti vekaletin kime ait olduğu hususunda Yargıtay Daireleri arasında ise Hukuk ve Ceza Daireleri açısından farklılık bulunmaktadır. Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 2004/6312 Esas, 2004/7223 Karar nolu ilamında (YKD Eylül 2004); özetle, **“Yargılama ve hüküm ancak davanın tarafları hakkında verilebilir. Yargılama giderleri de hükmün sonuçlarına göre yanların sorumlulukları ile ilgili bulunduğundan, hüküm ile birlikte karara bağlanması gerekir (29.05.1957 tarih ve 4/16 sayılı İBK). Bu bağlamda yargılama giderleri aleyhine hüküm verilen tarafa yükletilir ve vekalet ücreti de yargılama giderlerindedir (HMUK m. 417/1, 423/b-6). Diğer yandan 4667 sayılı Yasanın 77. maddesi ile değiştirilen 1136 sayılı Avukatlık Yasasının 164/son maddesindeki düzenlemede, dava sonunda karar ile tarifeye dayalı olarak karşı tarafa yüklenecek vekalet ücretinin avukata ait olacağı belirtildiği gibi, bu hükme koşut bir düzenleme de Avukatlık Asgari Ücret Tarifesinde yargı yerlerince avukata ait olmak üzere karşı tarafa yükletilecek vekalet ücreti biçiminde yer almıştır. Yukarıda açıklandığı üzere, gerek Avukatlık Yasası, gerekse de yasaya dayalı olarak hazırlanan Avukatlık Asgari Ücret**

Tarifesinde yer alan düzenlemeler, HMUK'nın davanın taraflarına ve hükmün kimlere yönelik olarak kurulacağına ilişkin hükümlerini kaldırıcı veya değiştirici nitelikte değildir. Aksine, hükmün ve ayrıntısı niteliğindeki yargılama giderlerinin ve bu bağlamda vekalet ücretinin davanın tarafları hakkında kurulması gerekir. Avukatlık Yasasındaki “vekalet ücreti avukata aittir” biçimindeki düzenleme, hükmü kuran mahkemeye değil vekil ile vekil edene yönelik bir kuraldır. Bu yorum ve varılan sonuç, aynı maddedeki bu ücret, iş sahibinin borcu nedeniyle takas ve mahsup edilemez, hacz edilemez biçimindeki düzenleme ile de doğrulanmaktadır. Açıklanan nedenlerle, taraf sıfatı bulunmayan vekil yararına vekalet ücretine hükmedilmesi bozmayı gerektirmiştir” gerekçesiyle mahalli mahkeme kararını bozmuştur. Aynı şekilde Yargıtay 18. Hukuk Dairesinin 2003/5158 Esas, 2003/6056 Karar (YKD Kasım 2003) sayılı ilamında; “**Dava sonunda karşı tarafa yüklenen vekalet ücretinin Avukatlık Yasasının 164/son maddesi hükmünün yorumlanmasında hataya düşülerek taraflar yerine doğrudan ve avukata ödenmesi şeklinde hüküm tesisi bozmayı gerektirmiştir**” şeklindeki içtihadı ile de ücretin avukata değil, taraf yararına verileceği açıklanmıştır. Yargıtay 1. Ceza Dairesinin 2003/1371 Esas, 2003/2062 Karar sayılı ilamında ise (YKD Ocak 2004) “**Vekalet ücretine hükmedilirken ücretin vekile aidiyeti gözetilmelidir**” şeklinde ücretin tarafa değil avukata ait olduğu içtihat edilmiştir. Yargıtay 4. ve 18. Hukuk Dairesi, ücreti vekaletin taraf yararına hükmedileceğini belirtmekte, 1. Ceza Dairesi ise, Avukatlık Kanununun 164/son maddesindeki düzenleme nedeniyle avukata ait olduğunu belirtmektedir. 2797 sayılı Yargıtay Kanununun 45 ve devam eden maddeleri gereğince şüphesiz bu durum İçtihadı Birleştirme yoluyla giderilecek bir durumdur.

Yukarıda ayrıntıları verilen Yargıtay içtihatları ve kanunun birlikte yorumu sonucunda; Avukatlık ücretinin HMUK'nın 417 ve 423. maddeleri gereğince yargılama giderlerinden olması ve yargılama giderlerinin de asıl hükmün ayrıntısı ve eki olması nedeniyle taraflar yararına verilmesi göz önüne alındığında, kanundaki bu düzenlemenin avukat ile iş sahibi arasındaki maddi iç hukuka yönelik olduğu sonucu çıkmaktadır. Hükümde, kural olarak ücreti vekalet taraflar için verilecek, ancak iç ilişki gereği bu ücreti avukata ait olacaktır. Nitekim, son Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 2003/1801 Esas, 2003/11701 Karar sayılı ilamında, “**davacı vekili için takdir olunan 275.000.000.-TL duruşma avukatlık ücretinin davalıya yükletilmesine**” şeklinde hüküm bulunmaktadır (Y.K.D Şubat 2004). Bu husus 4667 sayılı Kanunun 164/son maddesindeki değişiklik ile bu değişiklikte geçen bu ücretin iş sahibinin borcu nedeniyle takas ve mahsup

edilemeyeceği ve haczedilemeyeceği hükmü ile paralel olup aynı durum Avukatlık Asgari Ücret Tarifesindeki yargı yerlerince avukata ait olmak üzere karşı tarafa yükletilecek vekalet ücreti biçimindeki açıklama ile de doğrulanmaktadır. **Bu durumdan çıkan tabii sonuç, hüküm kısmında avukatlık ücretinin taraflara izafeten verileceği, ancak maddi hukuktaki iç ilişkide hak sahibi olarak bu ücretin avukata ait olacağıdır.**

ZIYA NEDENİYLE SENETLERİN İPTALİ

Stj. Av. Besime Umay KÖKTEN*

1) GİRİŞ

Zıya nedeniyle senetlerin iptali davası **Türk Ticaret Kanunumuzda** düzenlenmiş olan uygulamada da yer alan dava çeşitlerinden biridir. Borçlar Kanununun **89. maddesinin birinci fıkrası** adi borç senetleri hakkında uygulanır. Bu konu aşağıda incelenecektir. Bu maddenin ikinci fıkrasında kıymetli evrakın iptaline ilişkin hükümlerin saklı olduğu belirtilmiştir. Bu sebeple kıymetli evrakın zıya ve iptali konusuna ilişkin düzenlemeler Türk Ticaret Kanunumuzda yer alır. Kıymetli evrakın iptali **Türk Ticaret Kanununun 563-565 maddelerinde** genel olarak düzenlenmiştir. **573-591.maddelerinde** hamile yazılı senetlerin iptali; **669-677. maddelerinde** poliçenin iptali; emtia senetleri, ipotekli borç ve irat senetlerinin iptali için ise özel hükümlerle farklı fassillarda ayrıntılı olarak düzenleme yapılmıştır.

2) SENET KAVRAMI

Senet kavramının tanımı kanunlarımızda yapılmış değildir. **HUMK m. 287** ve devamı maddeleri senet ile ilgili olmasına rağmen, senedin tanımı yapılmamıştır. Doktrinde yapılan tanıma göre senet, bir düşüncenin, bir fikrin bir cisim üzerinde yazı ile ifade edilmesidir, senetten söz edebilmek için bir hakkın maddi bir malzeme üzerinde yazıya dökülmüş olması gerekir, yani o maddi varlık üzerinde hak görünür hale gelmiş olmalıdır. Bu cisme örnek olarak kağıt, tahta, metal gösterilebilir. Optik elektronik partörün, örneğin PTT'nin tele-faks veya chipkartıda bu cisme örnektir¹. Senet üzerindeki imzanın elyazısı ile atılması gerekir. **HUMK m. 288'e** göre bir hakkın düşürülmesi, devri, değiştirilmesi, yenilenmesi, ertelenmesi, ikrarı ve itfası amacıyla yapılan hukuki işlemlerin, yapıldıkları zamanki miktar ve değerleri dört yüz milyon lirayı (400 YTL) geçtiği takdirde senetle ispatlanması gerekir. Dolayısıyla her ne kadar kanunda senedin tanımı yapılmamış olsa da bu madde ile senedin ne şekilde yapılacağı

*Eskişehir Barosu, Stajyer Avukat.

¹Gültekin, Özkan: Kıymetli Evrakın Zıya ve İptali, Ankara 2002, s. 23.

konusunda bilgi sahibi olmakla beraber senedin hukuki işlemlerin ispatlanmasına aracılık ettiğini ve bu sebeple önemli delil vasıtalarından biri olduğunu anlamış bulunuyoruz.

3) KIYMETLİ EVRAK NEDİR?

Türk Ticaret Kanununda kıymetli evrakın tanımı **557. maddede** yapılmıştır. Bu maddeye göre *“kıymetli evrak öyle senetlerdir ki, bunlarda mündemiç olan hak senetten ayrı olarak dermeyan edilmediği gibi başkalarına da devredilemez.”*

Öyleyse kıymetli evrak bir senettir ve kıymetli evrakı, adi borç senetlerinden ayıran bir takım özellikler vardır. **557. maddede** de belirtildiği gibi kıymetli evrakta, senet ile senette yer alan hak birbirine sıkı sıkıya bağlı olduğu halde adi borç senetlerinde böyle bir özellik yoktur. Ayrıca kıymetli evrakta adi borç senetlerinin aksine sıkı sıkıya şekle bağlılık söz konusudur. O halde kıymetli evraka ilişkin bir hakkın kullanılabilmesi, ancak bir senedin varlığı halinde mümkündür.

4) ADİ BORÇ SENETLERİ VE İPTALİ

Adi senet, resmi makam veya memurlarının katkısı olmaksızın hazırlanmış olan ve kıymetli evrakın taşınması gereken şekli şartları taşımayan borç senedir. Dolayısıyla yazımın başında da belirttiğim gibi adi borç senetlerinin zayi olması halinde **Borçlar Kanunu 89. madde** uygulanır. Bu maddeye göre alacaklı senedini zayi ederse borçluya başvurur. Borçlunun, alacaklıya ödeme yapabilmesi için alacaklının, senedi zayi ettiğine dair, noter tarafından düzenlenmiş veya onanmış bir belgeyi borçluya vermesi gerekir. Bu belgeyi borçluya vermediği müddetçe borçlu ödeme yapmaktan kaçınabilir. Görüldüğü gibi Kanun, alacaklıya kıymetli evrakta olduğu gibi mahkemeye başvurup da senedin iptalini isteyebilme hakkı vermemiştir. Senedin iptali sadece kıymetli evraklara özgü bir yoldur.

5) ÇEKTEN CAYMA VE ÇEKİN ÖDENMESİNİN MEN OLUNMASI

Çekten cayma ve çekin ödenmesinin men olunması Türk Ticaret Kanununda yer alan ve sadece keşideci lehine düzenlenmiş olan hususlardır. Konumuzla bağlantılı olması sebebiyle, bu hususlardan kısaca bahsetmek doğru olur. **Borçlar Kanununun 461. maddesinin ikinci fıkrasına** göre, muhatap havaleyi kabul ettiğini bildirinceye kadar, havale eden, havaleden cayabilir. Çekte kabul söz konusu olmadığına göre keşideci, havaleden vazgeçtiğini her zaman muhataba bildirebilir. **Türk Ticaret Kanununun 711. maddesinde** de aynı durum düzenlenmiştir. Kanunda çekten cayma ile kastedilen

keşidecinin muhataba karşı havaleden rücuudur; yoksa, lehtar ve cirantalara karşı cayma söz konusu değildir. Lehtarın ve cirantaların kendilerinden önce gelenlere karşı hakları, çekten cayılmış olmasına rağmen, müracaat haklarına ilişkin hükümler çerçevesinde saklı kalır. Keşideci çekten cayabilir ancak bu cayma ancak ibraz müddeti geçtikten sonra hüküm ifade eder.

TTK'nın m. 711/III. fıkrasına göre “*keşideci, çekin, kendisinin veya üçüncü bir kimsenin elinden rızası dışında çıkmış olduğu iddiasında ise, muhatabı çeki ödemekten menedebilir.*” Çekten caymadan farklı olarak burada ibraz süresinin geçmiş olup olmamasının önemi yoktur. Muhatap, keşidecinin bu talebine kesinlikle uymakla yükümlüdür. Bu yasağa rağmen ödemede bulunursa, yapmış olduğu ödemeden dolayı sorumlu olur. Çekin ziyai halinde hamilin senedin iptali yoluna başvurması mümkün iken keşidecinin başvuracağı tek yol 711. maddede düzenlenmiştir. Ancak, buna rağmen uygulamada keşidecinin de iptal davası açtığı görülmektedir. Yargıtay kararlarına da yansıyan bu durum karşısında, **Yargıtayın 18.06.1990 tarihli bir kararında:** “*Türk Ticaret Kanununun 730/20. maddesi uyarınca, çeklerde uygulanması gereken aynı kanunun 669 ve onu izleyen maddelerinde olduğu gibi, çekin ziyai nedeniyle iptal davası açma hakkı lehtar ve hamile tanınmış bir haktır. Keşidecinin bu yasal hükümlere dayanarak iptal davası açmak hakkı yoktur.*” sonucuna ulaşılmıştır.

O halde çekin iptali sadece hamiller lehine tanınmıştır. Keşidecinin, çekin ziyai halinde başvuracağı yollar, çekin ödenmesinin men'i ve çekten caymadır.

6) KIYMETLİ EVRAKIN ZIYAI VE İPTALİ

“Zıya”ya da “zayi olma” kelimeleri kaybolma ve yitirme kavramlarını kapsar. Kıymetli evrakın ziyasından ise ne anlaşılması gerektiği Kanunumuzda açıklanmış değildir. Bazı maddelerde “zıya”, bazı maddelerde “*senedin elden çıkması*” ifadeleri kullanılmıştır (TTK m. 563, m. 669). Ancak, senedin elden çıkmasını da zıya kavramı içinde değerlendirebiliriz. O halde “zıya” senedin hak sahibinin rızası dışında elinden çıkması, yırtılması, harap olması gibi sebeplerle kullanılamaz hale gelmesidir. Kıymetli evrakın zayi olması halini iki başlık altında değerlendirebiliriz:

1) *Senedin zilyetliğini kaybetme*

2) *Senedin hasara uğraması*

²Yargıtay 11. HD 18.06.1990 tarih ve E. 1989/4807. ve K. 1990/4817.

Senedin zilyetliğini kaybetme hallerine senedin çalınması, kaybolması girer. Hamilin senedin zilyetliğini başkasına vermesinde rızası olsa bile bu rıza hata, hile gibi yollarla alınmışsa bunu da ziyanın içinde değerlendirmek gerekir³.

Senedin hasara uğraması ise karalanması, bozulması, yırtılması veya üzerine yazılan yazının mürekkebinin dağılması sonucu senedin içeriğinin ne olduğunun anlaşılmasınıdır.

Bütün bu hallerde hamil, senedin iptali yoluna başvurarak hakkını senetsiz olarak ileri sürme veya yeni bir senet düzenlenmesini isteme hakkına kavuşur. Senedin iptalini istemenin de bir takım şartları vardır. *Bu şartlar:*

a) Senedin zayi olması:

TTK'nun 563. maddesine göre kıymetli evrakın iptaline mahkemece karar verilebilmesi için zayi olması gerekir. Senedin ziyayı, senedin hamilin elinden iradesi dışında çıkmış olduğunu ve kimin elinde olduğunu bilinmediğini ifade eder. Senette nelerin yazılı olduğunu bilinmesi bir şeyi değiştirmez. Hamilin hakkını talep edebilmesi ancak senedin varlığı halinde mümkündür.

b) Senette yer alan hakkın varlığını sürdürüyor olması:

Senedin iptaline karar verebilmek için, senedi zayi eden eden ve iptal talebinde bulunan davacının senette yer alan hakkının sona ermemiş olması lazımdır. Örneğin, bu hak ödeme sonucunda ortadan kalkmışsa, senedin iptali yoluna başvurulamaz. Zayiliğin senette yer alan hakla ilgisi yoktur. Zayi olan senettir, hak varlığını devam ettirir.

c) İptali talep edenin senette yer alan hakkın sahibi olması:

Zayilik neticesinde senedi ibraz edemeyen şahsın, o senette yer alan hakkın sahibi olması lazımdır. Ancak bu durumda iptal davası açabilir. Kural olarak senedin maliki kimse, senette yer alan hakkın sahibi de odur. Hak sahipliğini zilyetliği de kapsayacak şekilde genişletirsek, hırsızın dahi iptali talep edebileceği sonucuna ulaşırız. Ancak, Ticaret Kanununun ilgili hükümlerinde meşru hamillikten söz edildiğinden dolayı, hırsızın bu davayı açması mümkün değildir⁴ (TTK m. 563). **TTK 598. maddesine** göre “bir poliçeyi elinde bulunduran kimse, son ciro beyaz ciro olsa dahi kendi hakkı müteselsil ve birbirine bağlı cirolardan anlaşıldığı taktirde salahiyyətli hamil sayılır”. Buna göre iptal davasını açacak olan meşru hamil, 598. madde de belirtilen hamildir.

³Öztürk, Hanife: Kıymetli Evrakın Ziyayı ve İptali, Ankara 1990, s. 10.

⁴Öztürk, a.g.e., s. 23.

Zayıllık neticesinde senedi eline geçiren, mahkemeye senedi iade edebilir. Bu durumda mahkeme hamile, TTK'nun 675. maddesindeki istirdat davasını açması için süre verir. Hamilin senedi geri alabilmesi için senedi iktisap edenin bu iktisabında kötü niyetli ve ağır kusurlu olması gerekir.

Yargıtayın 01.02.2001 tarihli bir kararında bu duruma değinilmiştir⁵:

“Davacı tarafın istirdadını istediğı çeklerde, ciranta olarak imzasının bulunduğu anlaşılmalıdır. Davalıda araya başka cirantalar girmek suretiyle ve ciro silsilesinde bir kopukluk olmaksızın bu çeklerin yetkili hamili görünümündedir. TTK'nun 704.maddesi uyarınca, çek herhangi bir surette hamilin elinden çıkarsa, ister hamile yazılı olsun, ister ciro suretiyle nakledilebilen bir çek bahis mevzuu olup da, hamil, hakkını 702.maddeye göre ispat etsin, çek eline geçen yeni hamilin çeki kötü niyetle iktisap ettiğı veya iktisapta ağır kusuru olduğu ispat edilmedikçe çeki geri vermek yükümlülüğü bulunmamaktadır. Bu konudaki ispat yükü ise, kötü niyet veya ağır kusur vakıalarının varlığını iddia eden tarafa düşmektedir”.

d) Senedin zilyetliğinin yeniden iktisabının mümkün olmaması:

Senedin iptali, senedin kaybı halinde alacaklı lehine öngörülen bir çaredir. Bu sebeple, senedin kaybının geçici olmaması gerekir. Eğer senedin kimin elinde olduğu biliniyorsa yani zilyetliğinin yeniden kurulabilmesi mümkünse iptal davası açılmaz. Ancak, bu kimseye karşı istirdat davası açılabilir. İstirdat davası TTK' nın 675. maddesinde belirtilen davadır. Yukarıda da belirttiğim gibi, bu davanın açılabilmesi için senedi elinde bulunduranın kötü niyetli ve ağır kusurlu olması gerekir. Çünkü, kıymetli evrakın diğerk menkul mallara göre tedavülünün kolay olması sebebiyle iyi niyetli kimselere de bu davanın açılmasını sağlamak kıymetli evraka duyulan güveni sarsar. Dolayısıyla senedin kimin elinde olduğunun bilinmediğı hallerde başvurulacak yol senedin iptali yoludur.

e) Senedin iptalinin mümkün olması:

Bütün senetlerin Türk Ticaret Kanunundaki hükümlere göre iptali istenemez. Daha önce de bahsettiğim gibi adi borç senetlerinin zayıllığında Borçlar Kanunu 89. madde uygulanır. Türk Ticaret Kanunu yalnızca kıymetli evrakın iptalini düzenlemiştir. Ancak bazı kıymetli evraklarda iptal edilemez. Örneğin hamile yazılı bir senet olan milli piyango biletinin iptali istenemez.

⁵ Öztürk, a.g.e., s. 23.

Senedin iptali davasında bu şartların varlığının ispatı, davacıya aittir. Mahkeme senedin zayi olduğunu kuvvetle muhtemel görürse senedin iptaline karar verecektir.

İptal davalarının hasımsız açılması zorunludur. Bunun mahkeme tarafından re'sen gözetilmesi gerekir. **03.05.1993 tarihli Yargıtay kararında** da bu konuya değinilmiştir:

“TTK'nın 563 ve devamı maddelerine göre açılan zayi nedeniyle iptal davasının hasımsız açılması doğrudur. Verilen iptal kararı, keşideci müdahil yönünden maddi hukuk itibarıyla kesin hüküm niteliği taşımadığından ve davacının bu iptal kararı ile keşideci müdahile müracaat etmesi halinde müdahilin davaya cevap ve savunma hakkı doğacağından ve verilen iptal kararı halen müdahil aleyhine bir sonuç hasıl etmediğinden
....”⁶

7) KIYMETLİ EVRAK TÜRLERİNE GÖRE KIYMETLİ EVRAKIN İPTALİ

a) Emre yazılı senetlerin iptali:

TTK'nın 736. maddesine göre emre yazılı senet, emre yazılı olan veya kanunen böyle sayılan kıymetli evrağa denir. Kanunda doğrudan doğruya emre yazılı senetlerin iptalini düzenleyen hükümler yoktur. Türk Ticaret Kanunu emre yazılı senetlerin iptaline poliçe, bono, çek ile ilgili hükümlerde yer vermiştir. TTK'nın 743. maddesinin birinci fıkrası uyarınca cirosu kabil senetlerde iptal kararı ve senedi elinde bulunduranın onu iade ile mükellef olması hususlarında poliçelere ilişkin hükümlerin uygulanacağı belirtilmiştir. Buna göre **TTK'nın 743. maddesinde** belirtildiği gibi emre yazılı olmak koşulu ile konişmento, makbuz senetleri, taşıma senedi, varant, emre yazılı olarak düzenlenmiş deniz ödincü senedi, emre yazılı havele, emre yazılı ödeme vaadleri, bono, çek, emre yazılı menkul kıymetler poliçenin iptali hakkındaki hükümlere tâbidirler.

Bir emre yazılı senet zayi olduğunda hamilin yapacağı ilk iş; mahkemeye başvurarak borçlunun ödemededen men' i hususunda bir karar almaktır (TTK m. 669/1). Ödemededen men kararı bir tür önleyici tedbirdir ve önleyici tedbir talep edildiğinde hamilin, senedin niteliklerini mahkemeye bildirmesi ve eğer varsa suret veya fotokopilerini eklemesi gerekir yani senedi ferdileştirmelidir. Önleyici tedbiri talep etme hakkı senet üzerinde hak sahibi olan şahsa aittir. Mahkeme kendiliğinden önleyici tedbire karar veremez. Çünkü, senedin iptali ve önleyici tedbir talebi kamu düzenine ilişkin bir durum değildir. Önleyici tedbir kararı ile senedin hak sahipliğini teşhis fonksiyonu kalkmış olur. Borçlu senedi elinde bulunduran fakat hak sahibi olmayan şahsa karşı ödemedede bulunamaz.

⁶Yargıtay 11. HD 03.05.1993 tarih ve E. 1992/3032 ve K. 1993/3074.

Bulduğu takdirde borcundan kurtulmuş sayılmaz. Ancak, ödemenin men'i için dava açan şahsın hak sahibi hamil olmadığını ispat ederse borcundan kurtulmuş olur⁷.

Önleyici tedbirin devam süresi hakkında da Kanunda açık bir düzenleme yoktur; yani bu süreyi belirleme yetkisi mahkemenin taktirindedir. Eğer, emre yazılı senedin kimin elinde olduğu biliniyorsa mahkeme bu kimseye "*istirdat davası*" açılması için süre verir, bu süre boyunca önleyici tedbir devam eder. Sürenin sonunda dava açılmamışsa "*ödeme yasağı*" mahkeme tarafından kaldırılır. Eğer kimin elinde olduğu bilinmiyorsa, mahkeme ilan yoluyla senedi eline geçireni, belirli bir müddet içinde senedi getirmeye davet eder. Bu süre boyunca da önleyici tedbir devam eder.

Eğer senedi elinde bulduran gelirse, mahkeme senet alacaklısına dava açması için süre verir. Bu süre boyunca dava açılmazsa, mahkeme bu önleyici tedbiri kaldırır. Görüldüğü gibi önleyici tedbirin devam süresi kanun maddelerini yorumlamak suretiyle mahkemenin taktirine bırakılmıştır.

Senedin kimin elinde olduğu bilinmiyorsa, açılacak olan dava senedin iptali davasıdır. TTK 675. madde de düzenlenen istirdat davası, ancak senedin çalınması veya kaybolması hallerinde açılırken iptal davası senedin herhangi bir kimsenin eline geçmesinin mümkün olmadığı zayıf hallerinde de açılabilir. Örneğin, senedin yanması veya harap olması hallerinde istirdat davası açmanın anlamı yoktur. Ama iptal davası açılabilir. **İptal davası TTK'nın 669 ve devamı maddelerinde** düzenlenmiştir. İptal talep edebilmek için hak sahibi, senedin elinde iken zayi olduğunu kuvvetle muhtemel gösteren delilleri mahkemeye sunmalıdır (TTK.m. 671/II). Bu davada ispat yükü davacıya aittir. Çünkü, iptal davası çekişmesiz yargıya ait bir davadır ispat yükünün davacıda olması son derece doğaldır. Bu davada yetkili mahkeme ise, ödeme yeri mahkemesidir. Çünkü, en güvenilir ve kuvvetli deliller ödeme yerinde bulunur.

Davacının senedin zayi olduğunu inanılır şekilde ispatlaması gerekir. Mahkemeye sunulan delillerle, davacının iddiasının kesinlikle doğrulanması şart değildir. Mahkemenin senedin zayi olduğunu kuvvetle muhtemel görmesi yeterlidir. Senette para ile ifade edilebilir bir hak, bir hukuki işlem olduğundan **HUMK madde 288 ve devamı** burada da uygulama alanı bulacak ve senetle ispat zorunluluğu geçerli olacaktır. Bu davada davalı taraf olmadığından mahiyeti icabı yemin delili mahkemede geçerli olmayacaktır. Ancak, hukuki işlem niteliğinde olmayan fiili durumların her türlü delille ispatı mümkün olduğuna göre senedin hamilin rızası dışında elinden çıkması da fiili bir

⁷ Öztan, Fırat: Kıymetli Evrak Hukuku, B. 2, Ankara 1997, s. 291 vd.

durum olduğundan bunun ispatında tanık deliline başvurulabilir. Yargıtay da bir kararında bonoların düzenlenmeleri ve yırtılmaları olgularının tanıklarca doğrulanmasını kararına dayanak yapmıştır⁸.

Davacının ileri sürdüğü delillerden mahkeme senedin zayı olduğunu kuvvetle muhtemel görürse senedi eline geçirenin belirli bir süre içinde senedi mahkemeye getirmesi için ilan yapar (TTK m. 672).

İlanda senedin getirilmediği takdirde iptal edileceği ihtar edilir. Bu ilan üzerine senet mahkemeye getirilebilir. Bu durumda mahkeme davacıya senedi getiren aleyhine istirdat davası açması için süre verir. Davacı istirdat davası açmaz veya açarda reddedilirse senet getirene geri verilir. Eğer ilanda verilen süre içinde senet getirilmezse mahkeme senedin iptaline karar verir (676/I). Verilen bu karar senedin içerisindeki hakkı etkilemez sadece senedin teşhis fonksiyonunu kaldırır.

b) Hamile yazılı senetlerin iptali:

Türk Ticaret Kanununun 570. maddesine göre hamile yazılı senet, senedin metin veya şeklinden, hamili kim ise o kimsenin hak sahibi sayılacağı anlaşılan kıymetli evrak çeşididir. Bu senetlerin iptali **TTK'nın 573-581. maddeleri** arasında düzenlenmiştir.

Hamile yazılı senetlerde emre yazılı senetlerden farklı olarak ancak iptal talep edilmişse önleyici tedbir istenir. Yani ilk olarak senedin iptali istenmelidir, sadece ödeme yasağı kararı verilmesi istenemez. **TTK m. 574'de "dilekçe sahibinin talebi üzerine"** denildiğine göre iptal talebini içeren bir dilekçe ile başvuruda bulunmak gerekir. Önleyici tedbir talebinin en erken iptal talebi ile birlikte yapılabilmesi uygulamada bir takım sıkıntılar çıkarmaktadır. Buna göre senedin kimde olduğunun bilinmesi halinde istirdat davası açmak gerekeceğinden, iptalin talep edilememesi dolayısıyla da önleyici tedbir kararının alınamaması sonucunu doğuracaktır. Ancak, Ticaret Kanununun 574.maddesi çok açık olduğundan iptal talebinden önce önleyici tedbir alınması mümkün değildir. Hamile yazılı senetlerde, senedin kimde olduğunun bilinmesi halinde, istirdat davası açılması konusunda bir hüküm yoktur. Ancak, bu tür senetler içinde, bu imkânın tanınması ve emre yazılı senetlerde olduğu gibi, davanın açılması için süre verilmesi uygun olur⁹.

Senedin sahibi, senede zilyet olduğunu ve zayı ettiğini kuvvetle muhtemel gösterecek delilleri mahkemeye sunmalıdır. (TTK m. 573/III) Mahkeme davacının

⁸Yargıtay 11 HD 22.10.1981 tarih ve E. 1981/3917 ve K. 1981/4331.

⁹Poroy, Reha/ Tekinalp, Ünal: Kıymetli Evrak Hukuku Esasları, B. 15, İstanbul 2001, s. 10.

senede zilyet olduğunu ve onu zayi ettiğini kuvvetle muhtemel görürse, belli olmayan hamili ilan yolu ile senedi belli bir süre içinde mahkemeye iade etmesini aksi halde senedi iptal edeceğini ihtar eder. Bu sürenin altı aydan az olması mümkün değildir (TTK m. 575). Bu süre içinde senet getirilirse, dilekçe sahibine dava açması için süre verir. Bu dava istirdat davasıdır ve sadece kötü niyetli hamillere karşı açılır. Senet getirilmezse mahkeme iptal kararı verir ve bu karar emre yazılı senetlerin aksine ilan edilir. Hamile yazılı senetlerde yetkili mahkeme borçlunun ikamet ettiği yer mahkemesidir. Hamiline yazılı bazı senetlerin iptali istenemez. Yani genel şartlar arasında saydığımız senedin iptalinin mümkün olması şartı özellikle hamile yazılı senetlerde kendini gösterir. Örneğin, milli piyango biletleri, banknotlar hamile yazılı olmalarına rağmen iptal edilemezler.

c) Nama yazılı senetlerin iptali:

TTK'nın 566. maddesine göre nama yazılı senet, belli bir şahıs namına yazılı olup da onun emrine kaydını ihtiva etmeyen ve kanunen de emre yazılı senetlerden sayılmayan kıymetli evraka denir.

Nama yazılı senetlerin zıya halinde senedin hak sahibinden başka birine ödenmesi tehlikesi hamiline yazılı senetlere göre daha azdır. Çünkü, senedin ödenmesi için borçluya başvuran kimsenin hak sahibi olduğunu da ispatlaması gerekir. (TTK m. 567/II)

Nama yazılı bütün kıymetli evraklar iptal edilebilir. Hamile yazılı senetlerin aksine kanun koyucu nama yazılı senetlerde böyle bir sınırlama getirmemiştir. Ancak, nama yazılı senetlerin iptalinde, kanunun atfı ile hamile yazılı senetlerin iptali ile ilgili hükümler uygulanır. Bu kuralın uygulanmadığı hallerde vardır. Örneğin, kanunen emre yazılı olan poliçe, bono, çek gibi kıymetli evraka "*emre değildir*" kaydı konularak nama yazılı hale getirilebilir. Ancak, buna rağmen bu tip senetlerin iptali hamiline yazılı senetlerin iptaline ilişkin hükümler değil, poliçenin iptaline ilişkin hükümler uygulanır.

Nama yazılı senetlerde senedin iptalini isteyen kişinin hâkimi sadece senet üzerinde bir ayni hakkı bulunduğu değil aynı zamanda senedin kendi veya halefi olduğu bir şahıs namına düzenlendiğini de ikna etmesi lazımdır¹⁰. Bunun dışında bu senetlerin iptalinde uygulanacak yöntem, yukarıda bahsettiğim gibi hamile yazılı senetlerde uygulanan yöntem gibidir.

¹⁰ Öztan, Kıymetli Evrak Hukuku, s. 291 vd.

8) KIYMETLİ EVRAKIN İPTALİNİN SONUÇLARI

Mahkeme tarafından verilen kıymetli evrakın iptal kararı üzerine, **TTK'nın 564. maddesinde de** belirtildiği gibi, hak sahibi hakkını senetsiz olarak ileri sürebilir veya kendisine yeni bir senet düzenlenmesini isteyebilir. Bu durumda iptal kararının biri **olumlu** biri de **olumsuz** olmak üzere iki sonucu vardır:

a) İptal kararı borçluya karşı, davacının hak sahipliğinin teşhis imkânı verir. Davacı hakkını senetsiz olarak da ileri sürebilir. Bu olumlu sonucudur.

b) İptal kararı ile senedin teşhis fonksiyonu ortadan kalkmaktadır. Borçlu kendisine senet verilse bile ödeme yapmaktan bu karara dayanarak kaçınabilecektir. Bu da olumsuz sonucudur.

Mahkemenin vermiş olduğu bu karar maddi anlamda kesin hüküm oluşturmaz. Bu kararlar hakkın niteliğinde ne bir azalma, ne de bir artma gerçekleşir. İptal kararı sadece şekli bakımdan hüküm ve sonuç doğurur yani şekli bakımdan iptali talep edenin hak sahipliği sıfatını tespit eder. Ayrıca bu karar, davacıya, senet içeriği hakkında ayrıca kanıtlamak kaydı ile sadece senet borçlusuna başvuru hakkı sağlar, senetten dolayı çeşitli sıfatlarla (lehtar, ciranta, v.b) rücu mekanizmasında sorumluluk altına girmiş kişilere başvuru hakkı sağlayamaz¹¹. Alınan iptal kararına veya ödemenin men'i kararına rağmen borçlu üçüncü kişiye ödemedede bulunmuş ise bundan dolayı sorumlu olur ve borcundan kurtulmuş sayılmaz.

İptal kararı verildikten sonra piyasada halen tedavül etmekte olan senedin *iyi niyetli iktisabı* mümkün olabilir. Bu durumda ne olacağı tartışmalıdır. Zayi eden hamil ile iyi niyetli üçüncü kişinin menfaatleri çatışır, böyle bir durumda iyi niyet tercih edilmeli ve bu iktisap geçerli sayılmalıdır. Bu nedenle iyi niyetli üçüncü kişi, borçlu ile iptal kararı alan kişiye karşı eğer yeni senet verilmişse istihkak; yeni senet verilmemişse ifanın kendisine yapılmasını isteyebilir. Eğer ifa yapılmış, borçlu iptal kararı alan hamile ödemedede bulunmuşsa iyi niyetli müktesip sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre hamile başvurarak ifanın kendisine iadesini isteyebilir¹².

Sonuç olarak kıymetli evrakın zayi olması sebebiyle iptali, zayilik neticesinde doğacak olan tüm olumsuz sonuçları ortadan kaldıracak bir yöntemdir ve ticari hayatta kıymetli evraka duyulan güvenin sarsılmasını engelleyecek bir rol üstlenir. Hazırladığım

¹¹ İmregün, Oğuz: Kıymetli Evrak Hukuku, İstanbul 1995, s. 32 vd.

¹² Öztürk, Kıymetli Evrakın Ziyai ve İptali, s. 96.

bu yazı ile ticari hayatta çabukluğu ve güvenilirliği sağlayacak olan kıymetli evrakların, her hangi bir sebeple zayi olmaları halinde ne tür yollara başvurulacağı konusunda, kanundaki düzenlemeler doğrultusunda bilgi vermeye çalıştım¹³.

¹³ Bu yazıyı hazırlamamda bana yardımcı olan 2. Asliye Hukuk Hâkimi Sayın Fuat Türker'e teşekkür ederim.

4721 SAYILI TÜRK MEDENİ KANUNUNDA EVLAT EDİNME

Av. Heval YILDIZ*

Evlât edinme; bir çocukla durumu evlat edinmeye uygun bir kişi arasında hukuki bağlar sağlanarak çocuk-ebeveyn ilişkisinin kurulmasıdır¹. Bir aile hukuku sözleşmesi olan evlat edinme sonucunda, evlat edinen ile edinilen arasında kurulan soybağı ilişkisi, doğumla kendiliğinden oluşan soybağı gibi “kan bağına” değil, taraflar arasında gerçekleşen evlat edinme olgusuna dayanmaktadır. Bu sebeptendir ki, evlat edinmeden doğan soybağına *yapay soybağı* denilmektedir².

Genel bir anlayışla evlat edinmenin amacı, çocuğu olmayan kimselerin çocuk sevgisini karşılama, onlara ebeveyn olma sevincini yaşatma ve çocuk için de sıcak bir yuva temin ederek gelişimini sağlama olarak kabul edilmektedir. Fakat, özellikle 20. yüzyılın son çeyreğinden itibaren bu kurumun amacı kişilere çocuk sevgisini tattırmaktan çok, her türlü sosyal çalkantıların, savaşların, doğal afetlerin vs. ortada bıraktığı öksüz ve yoksullar ile sayıları gün geçtikçe artan evlilik dışı çocukların sıcak bir aile ortamına kavuşturulması, korunmaya muhtaç çocukların himaye ettirilmesi olarak kabul edilmeye başlanmıştır³. Ülkemizin içinde bulunduğu sosyo-ekonomik durumun evlatlık kurumuna yansımalarının bir göstergesi olan aşağıdaki bilgiler evlat edinmedeki amacın nasıl koşullara göre değiştiğinin bir ifadesidir⁴.

* Ülkemizde çocuğu olmayan 2 bin 638 aile, Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu yurtlarında barınan çocukları evlat edinmek için sırada bekliyor.

*Eskişehir Barosu, Avukat.

¹“Evlât Edinme Hizmetleri” <<http://www.google.com.tr/search?q=evlat+edinme+hizmetleri>>; <http://www.shcek.gov.tr/portal/dosyalar/hizmetler/cocuk/hizm_ee.asp>, (05.02.2005).

²ÖZMEN İsmail, Evlat Edinme Davaları, Kartal Yayınevi, Ankara 2004, s. 4; AKINTÜRK Turgut, Yeni Medeni Kanuna Uyarlanmış Aile Hukuku, Beta Yayınları, 9. Bası, İstanbul 2004, s. 359.

³BAYGIN Cem, Evlat Edinmenin Koşulları, Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, cilt: VII, Sayı: 3-4, s. 591; ARAT Tuğrul, Prof. Dr. Osman F. Berki'ye Armağan, Ankara, 1977, s. 116-117.

⁴<http://www.shcek.gov.tr/portal/dosyalar/hizmetler/cocuk/hizm_ee.asp>; “Evlât Edinme Hizmetleri”, <<http://www.google.com.tr/search?q=evlat+edinme+hizmetleri>>, (05.02.2005).

*SHÇEK' na bağlı yuva ve yurtlarda barınan 18 bin çocuk bulunuyor. Bunların yüzde 50'si ekonomik yoksulluk nedeni ile yurtlara aileleri tarafından ilerde tekrar geri alınmak üzere bırakılıyor. Yurtlarda barınan diğer çocukların yüzde 19'unu istismar edilmiş, yüzde 20'sini parçalanmış aile, yüzde 12'sini ise terk edilmiş çocuklar oluşturuyor. Evlatlık olarak sadece son gruptaki terk edilmiş ve annesi ya da babası belli olmayan çocuklar verilebiliyor.

* 2004 yılında aile yanına yerleştirilen çocuk sayısı 288 olup, 133 çocuk evlat edinilerek aile yanına yerleştirilmiştir. Her yıl ortalama 450-500 civarında çocuk evlat indirilmek üzere aile yanına yerleştiriliyor.

* Evlatlık edinmek için sırada bekleyen iller arasında İstanbul birinci, İzmir ikinci, Adana üçüncü, Ankara dördüncü durumda.

* Aileler evlatlık edinmek için ortalama 3 yıl bekliyor.

* Evlat edinmek isteyen aile fertlerine sıra 45 yaşından sonra gelirse, bu ailelere bebekle aile arasında 45 yaş fark olur kuralı işliyor. 50 yaşında evlatlık almaya hak kazanan bir aileye beş yaşında bir çocuk evlatlık veriliyor.

* Ancak, Bakırköy Ruh ve Sinir Hastalıkları Hastanesinde yapılan bir araştırma, ailelerin yaşlandıklarında kendilerine bakması için çocuk istediklerini ortaya çıkarmış.

* Evlat edinmek isteyen çiftler arasında yapılan araştırmaya göre başvuranların dörtte üçü ilköğretim mezunu ya da eğitimsiz, çoğu alt gelir düzeyinde, yaş ortalaması 39.

* Evlat edinilecek çocuklarda en çok 0-2 yaşında bebekler tercih ediliyor.

* Ailelerin çoğu kız evlat istiyor. Kız evlat istemelerinin başlıca nedeni de yaşlandıklarında yalnız ve çaresiz kalmaktan korkmaları.

Eski dönemlerdeki dini, siyasi veya ekonomik amaçlı evlat edinmelerde ve hatta çocuksuz ailelerin salt duygusal nedenlere dayanan evlat edinmelerinde, evlat edinenin ve ailesinin menfaatleri büyük önem taşımaktaydı. Buna karşılık evlatlığın menfaatleri arka plâna itilmiş bulunuyordu⁵. Günümüzde ise çocuğun korunmasına yönelik toplumsal amaçlı evlat edinmeler de, **çocuğun güvenliğinin korunması**, çocuk hukukunun tümünde olduğu gibi evlat edinme hukukunda da temel ilke olarak benimsenmiştir. Çocuğun güvenliği ilkesi, çağdaş toplumlarda evlat edinmeyi

⁵BAYGIN, a.g.e., s. 592.

4721 SAYILI TÜRK MEDENİ KANUNUNDA EVLAT EDİNME

Av. Heval YILDIZ*

Evlât edinme; bir çocukla durumu evlat edinmeye uygun bir kişi arasında hukuki bağlar sağlanarak çocuk-ebeveyn ilişkisinin kurulmasıdır¹. Bir aile hukuku sözleşmesi olan evlat edinme sonucunda, evlat edinen ile edinilen arasında kurulan soybağı ilişkisi, doğumla kendiliğinden oluşan soybağı gibi “kan bağına” değil, taraflar arasında gerçekleşen evlat edinme olgusuna dayanmaktadır. Bu sebeptendir ki, evlat edinmeden doğan soybağına *yapay soybağı* denilmektedir².

Genel bir anlayışla evlat edinmenin amacı, çocuğu olmayan kimselerin çocuk sevgisini karşılama, onlara ebeveyn olma sevincini yaşatma ve çocuk için de sıcak bir yuva temin ederek gelişimini sağlama olarak kabul edilmektedir. Fakat, özellikle 20. yüzyılın son çeyreğinden itibaren bu kurumun amacı kişilere çocuk sevgisini tattırmaktan çok, her türlü sosyal çalkantıların, savaşların, doğal afetlerin vs. ortada bıraktığı öksüz ve yoksullar ile sayıları gün geçtikçe artan evlilik dışı çocukların sıcak bir aile ortamına kavuşturulması, korunmaya muhtaç çocukların himaye ettirilmesi olarak kabul edilmeye başlanmıřtır³. Ülkemizin içinde bulunduğu sosyo-ekonomik durumun evlatlık kurumuna yansımalarının bir göstergesi olan aşağıdaki bilgiler evlat edinmedeki amacın nasıl koşullara göre değiştiğinin bir ifadesidir⁴.

* Ülkemizde çocuğu olmayan 2 bin 638 aile, Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu yurtlarında barınan çocukları evlat edinmek için sırada bekliyor.

*Eskişehir Barosu, Avukat.

¹“Evlât Edinme Hizmetleri” <<http://www.google.com.tr/search?q=evlat+edinme+hizmetleri>>: <http://www.shcek.gov.tr/portal/dosyalar/hizmetler/cocuk/hizm_ee.asp>, (05.02.2005).

²ÖZMEN İsmail, Evlat Edinme Davaları, Kartal Yayınevi, Ankara 2004, s. 4; AKINTÜRK Turgut, Yeni Medeni Kanuna Uyarlanmış Aile Hukuku, Beta Yayınları, 9. Bası, İstanbul 2004, s. 359.

³BAYGIN Cem, Evlat Edinmenin Koşulları, Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, cilt: VII, Sayı: 3-4, s. 591; ARAT Tuğrul, Prof. Dr. Osman F. Berki'ye Armağan, Ankara, 1977, s. 116-117.

⁴<http://www.shcek.gov.tr/portal/dosyalar/hizmetler/cocuk/hizm_ee.asp>; “Evlât Edinme Hizmetleri”, <<http://www.google.com.tr/search?q=evlat+edinme+hizmetleri>>, (05.02.2005).

*SHÇEK' na bağlı yuva ve yurtlarda barınan 18 bin çocuk bulunuyor. Bunların yüzde 50'si ekonomik yoksulluk nedeni ile yurtlara aileleri tarafından ilerde tekrar geri alınmak üzere bırakılıyor. Yurtlarda barınan diğer çocukların yüzde 19'unu istismar edilmiş, yüzde 20'sini parçalanmış aile, yüzde 12'sini ise terk edilmiş çocuklar oluşturuyor. Evlatlık olarak sadece son gruptaki terk edilmiş ve annesi ya da babası belli olmayan çocuklar verilebiliyor.

* 2004 yılında aile yanına yerleştirilen çocuk sayısı 288 olup, 133 çocuk evlat edinilerek aile yanına yerleştirilmiştir. Her yıl ortalama 450-500 civarında çocuk evlat indirilmek üzere aile yanına yerleştiriliyor.

* Evlatlık edinmek için sırada bekleyen iller arasında İstanbul birinci, İzmir ikinci, Adana üçüncü, Ankara dördüncü durumda.

* Aileler evlatlık edinmek için ortalama 3 yıl bekliyor.

* Evlat edinmek isteyen aile fertlerine sıra 45 yaşından sonra gelirse, bu ailelere bebekle aile arasında 45 yaş fark olur kuralı işliyor. 50 yaşında evlatlık almaya hak kazanan bir aileye beş yaşında bir çocuk evlatlık veriliyor.

* Ancak, Bakırköy Ruh ve Sinir Hastalıkları Hastanesinde yapılan bir araştırma, ailelerin yaşlandıklarında kendilerine bakması için çocuk istediklerini ortaya çıkarmış.

* Evlat edinmek isteyen çiftler arasında yapılan araştırmaya göre başvuranların dörtte üçü ilköğretim mezunu ya da eğitimsiz, çoğu alt gelir düzeyinde, yaş ortalaması 39.

* Evlat edinilecek çocuklarda en çok 0-2 yaşında bebekler tercih ediliyor.

* Ailelerin çoğu kız evlat istiyor. Kız evlat istemelerinin başlıca nedeni de yaşlandıklarında yalnız ve çaresiz kalmaktan korkmaları.

Eski dönemlerdeki dini, siyasi veya ekonomik amaçlı evlat edinmelerde ve hatta çocuksuz ailelerin salt duygusal nedenlere dayanan evlat edinmelerinde, evlat edinenin ve ailesinin menfaatleri büyük önem taşımaktaydı. Buna karşılık evlatlığın menfaatleri arka plâna itilmiş bulunuyordu⁵. Günümüzde ise çocuğun korunmasına yönelik toplumsal amaçlı evlat edinmeler de, **çocuğun güvenliğinin korunması**, çocuk hukukunun tümünde olduğu gibi evlat edinme hukukunda da temel ilke olarak benimsenmiştir. Çocuğun güvenliği ilkesi, çağdaş toplumlarda evlat edinmeyi

⁵BAYGIN, agc., s. 592.

taflardan birince feshedilebilirse, evlatlık sözleşmesinin de aynı şekilde ortadan kaldırılabilceği öngörölmüştü.

Yeni yasa, evlatlık ilişkisinin sözleşme ile kurulan bir ilişki olmadığını, yargı kararıyla kurulan kamu düzeniyle ilgili bir ilişki olduğunu kabul ettiğinden, sebep ne olursa olsun, ne kadar haklı olursa olsun, evlatlık ilişkisinin ne tarafların anlaşmasıyla, ne de haklı sebeplerle birisinin açacağı bir davayla ortadan kaldırılamayacağını kabul etmiştir. Bu düzenleme de özellikle evlatlık olarak alınan küçüklerin "haklı sebepler" iddiasıyla evlatlıktan atılmalarını ve mağdur olmalarını önleyen bir yeniliktir¹³. Fakat, bu yenilik aralarında sevgi ve saygı bağı kalmayan evlat edinen ve edinilen için zor ve içinden çıkılamayacak sakıncaları da beraberinde getirmektedir.

Yeni yasada evlat edinme kurumu (305-320) maddeleri arasında düzenlenmiştir. Bu yazıda maddeleri tek tek irdeleyerek konuya açıklık getirmeye çalışacağım.

A. Küçüklerin Evlat Edinilmesi

I. Genel Koşulları

MADDE 305- *Bir küçüğün evlât edinilmesi, evlât edinen tarafından bir yıl süreyle bakılmış ve eğitilmiş olması koşuluna bağlıdır.*

Evlât edinmenin her hâlde küçüğün yararına bulunması ve evlât edinenin diğer çocuklarının yararlarının hakkaniyete aykırı bir biçimde zedelenmemesi de gerekir.

Bu madde önceki yasanın 253. maddesini karşılamaktadır. Bu düzenlemede, henüz ergin olmayanların evlat edinilmelerini, onların evlat edinen tarafından en az bir yıl süreyle bakılmış ve eğitilmiş olmaları koşuluna bağlamaktadır. Böylece, bir kimsenin bakmadığı ve eğitimine herhangi bir katkısı olmadığı küçüğü evlat edinmesi önlenmekte ve bir çeşit deneme ve uyum süresiyle taraflara birbirlerini tanıma olanağı sağlanmaktadır¹⁴.

Olmazsa olmaz koşul, evlat edinmenin, evlat edinilen küçüğün yararına olması gerekliliğidir. Yine evlatlık alacakların gerçek kişiler olması gerekir. Tüzel kişiler evlat edinemezler. Yeni düzenlemede önceki düzenlemeden farklı olarak alt soyu olan kişilerin de, küçükleri evlat edinebileceği esası getirilmiş, ancak evlat edinmede, evlat

¹³KILIÇOĞLU, age., s. 127-128.

¹⁴BAŞÖZ Lütfü - ÇAKMAKÇI Ramazan, Gerekçeli Yeni Türk Medeni Kanunu, Legal Yayıncılık, İstanbul 2001, s. 248-249.

edinenin diğer çocuklarının yararlarının hakkaniyete aykırı bir şekilde zedelenmemesi koşulu öngörülmüştür¹⁵.

Yeni medeni yasaya göre artık alt soyu bulunan kişi, küçükleri evlat edinebilecektir. Buradaki küçük kavramına, 1) ister normal yolla (on sekiz yaşını doldurması ile) 2) ister evlenme ile (henüz on sekizini doldurmadığı halde, evlenme yaşına eriştiği için evlenenler ile) 3) isterse yargı kararıyla (TMK m. 12) gereğince on beş yaşını dolduran kişinin mahkeme kararıyla ergin kılınması ile ergin olmayan kişiler girerler. Eski yasadaki “alt soyun bulunması yasağının” küçüklerin evlat edinilmesinde aranmamasının sebebi, bunların ana ya da baba sevgisine muhtaç olmaları, evlat edinenin ise, alt soyu bulunmasına karşın, küçüklerde çocuk sevgisini giderme ihtiyacını giderebileceği düşüncesidir. Erkek çocuğu bulunanların kız çocuğa sahip olma ya da kız çocuğu bulunanların erkek çocuğa sahip olma istekleri mevcuttur. Bu isteğin giderilmesi küçüklerin evlat edinilmesi ile olanaklıdır¹⁶.

Evlat edinmede öncelikle küçüğün yararı temel ilke olarak benimsenmiştir. Evlat edinmek isteyen kişilerin çocuğun güvenliği için yeterli koşullara sahip olmaları, küçüğün beslenmesi, sağlığı, eğitimi ve barınması (kendine ait bir oda ve yatağa sahip olması) konularıyla ilgilenmeleri gerekir¹⁷.

O halde hâkim izin verirken, öncelikle bu evlat edinmede olmazsa olmaz şeklinde küçüğün menfaatini ve en az bir yıldan beri küçüğe bakılıp bakılmadığını ve evlat edinmenin, evlat edinenin başka çocukları varsa onların yararlarının hakkaniyete aykırı bir biçimde zedelenip zedelenmediğini araştırarak, yarar yoksa, bir yıl bakım yoksa, diğer çocukların yararı açıkça zedeleniyorsa, küçük bir menfaat karşılığı evlatlık veriliyorsa, evlat edinenin yaşam biçimi küçüğün sosyal ve ahlaki gelişimini olumsuz etkileyecekse evlatlık kararı vermeyecektir. Ayrıca, öz çocukların ya da diğer evlatlıkların ruhsal, bedensel ve ekonomik açıdan önemli derecede tehlikeye düşecekleri anlaşılıyorsa, hâkim evlat edinmeye izin vermeyecektir. Burada dikkat edilecek husus öz çocukların bu evlat edinme dolayısıyla miras hisselerinin azalması, hakkaniyete aykırı biçimde yararlarının zedelenmesi anlamında değerlendirilmemesi hususudur¹⁸.

¹⁵ÖZUĞUR Ali İhsan, Velayet-Vesayet-Soybağı ve Evlat Edinme Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara 2003, s. 282.

¹⁶ÖZMEN, age., s. 68.

¹⁷ŞİPKA, age., s. 308.

¹⁸ÖZUĞUR, age., s. 282; ŞİPKA, age., s. 309.

II. Birlikte evlât edinme

MADDE 306- *Eşler, ancak birlikte evlât edinebilirler; evli olmayanlar birlikte evlât edinemezler.*

Eşlerin en az beş yıldan beri evli olmaları veya otuz yaşını doldurmuş bulunmaları gerekir.

Eşlerden biri, en az iki yıldan beri evli olmaları veya kendisinin otuz yaşını doldurmuş bulunması koşuluyla diğerinin çocuğunu evlât edinebilir.

Ancak birbiriyle evli olan kişiler evlat edinebilir, birbirleriyle evli olmayan kişiler birlikte evlat edinemezler, eğer evlat edinen evli ise bir küçüğü tek başına evlat edinemeyecektir. Eşlerin evlat edinebilmeleri en az beş yıldan beri birbirleriyle evli olmaları veya otuz yaşını doldurmuş bulunmaları koşuluna bağlıdır. Örneğin, iki yıldan beri evli olmakla birlikte otuz yaşını doldurmuş bulunan eşler evlat edinebilecekleri gibi; otuz yaşını doldurmuş olmamakla beraber en az beş yıldır evli olan eşler de evlat edinebilirler. Burada amaçlanan eşlerin ya evlenme yoluyla, ya da yaş itibarıyla belli bir olgunluğa erişmelerini evlat edinme için gerekli kılmaktadır. Bunun istisnası ise eşlerden birinin diğerinin çocuğunu tek başına evlat edinebilmesi için en az iki yıl evli bulunmaları ya da evlat edinecek eşin otuz yaşını doldurmuş olmasıdır¹⁹.

306/I. f'da getirilmek istenen yasak, fiili evlilik ilişkisi ya da evlilik dışı yaşam beraberliği sürdüren ayrı veya aynı cinsten kişilerin birlikte evlat edinmeleri hususudur.

306/I. f'da düzenlenen üvey çocuğun evlat edinilmesi ile eşlerden birinin, diğer eşin önceki evliliğinden veya evlilik dışı bir ilişkisinden olan çocuğunu evlat edinmesiyle bir taraftan öz evlat üvey evlat ayrımı giderilmiş olurken, diğer taraftan da üvey çocukların ev hayatında gerçek bir ana- baba şefkatine kavuşması sağlanmak istenmiştir. Fakat, evlilik ilişkisinin sona ermesi rahatça boşanma davalarıyla çözümlenebilirken, evlilik ilişkisinin ön ayak olduğu evlatlık ilişkisi aynı rahatlıkla çözümlenememektedir²⁰. Evlat edinen ve edinilen arasındaki bağ aynen öz evlat - ana baba ilişkisi arasındaki ilişkiye benzer bir soybağı yarattığı için eski yasadaki gibi "haklı sebeplerle" evlatlık ilişkisi kaldırılamayacak ve mirastan mahrum kalma hükümleri uygulanacaktır.

Ayrıca, üvey evladın velayeti konusunda da çelişkili bir durum ortaya çıkmaktadır. Şöyle ki, üvey çocuğun velayetinin evlat edinen kişiye geçmesi esastır. Böylece çocuğun

¹⁹BAŞÖZ; ÇAKMAKÇI, age., s. 250.

²⁰BAYGIN, age., s. 609; AKINTÜRK, age., s. 364.

öz ana babayla velayet bağı ortadan kalkar. İsviçre Medeni Kanunu duruma özgü istisnai bir hüküm getirmiştir. Buna göre üvey çocuğun evlat edinilmesinde velayet hakkına sahip olan ana veya baba velayet hakkını çocuğu evlat edinen eş ile birlikte yürütürler²¹. Medeni Kanunumuzda böyle bir istisnanın düzenlenmemiş olmasının büyük sıkıntılar yaratacağı düşüncesindeyim.

III. Tek başına evlât edinme

MADDE 307- Evli olmayan kişi otuz yaşını doldurmuş ise tek başına evlât edinebilir.

Otuz yaşını doldurmuş olan eş, diğer eşin ayırt etme gücünden sürekli olarak yoksunluğu veya iki yılı aşkın süreden beri nerede olduğunun bilinmemesi ya da mahkeme kararıyla iki yılı aşkın süreden beri eşinden ayrı yaşamakta olması yüzünden birlikte evlât edinmesinin mümkün olmadığını ispat etmesi hâlinde, tek başına evlât edinebilir.

Bir kimse ancak tek başına evlat edinebilir. Bunun tek istisnası bir kimsenin evli olan kişiler tarafından birlikte evlatlık olarak alınmasıdır. Başka bir anlatımla bir kimse iki kişi tarafından evlatlık olarak alınamaz, bu kuralın tek istisnası eğer evlatlık alan kişiler karı koca ise aynı kişiyi birlikte evlat edinebilirler²². Ancak, otuz yaşını doldurmuş bulunan bir eş için bir kimseyi diğer eşyle birlikte evlat edinmesi imkânsız hale gelmişse, kanun koyucu istisnai olarak bu eşe tek başına evlat edinebilme hakkını tanımaktadır. Bu maddeye göre, otuz yaşını doldurmuş olan eş eğer diğer eşin; a) ayırt etme gücünden sürekli yoksun bulunması veya b) iki yılı aşkın süreden beri nerede olduğunun bilinmemesi yahutta c) mahkeme kararıyla iki yılı aşkın süreden beri kendisinden ayrı yaşamakta olması yüzünden birlikte evlat edinmesinin mümkün olmadığını ispat ederse, tek başına evlat edinme hakkını elde eder²³.

Böylece, bir kimse evli ise evliliği de beş yılı doldurmuş ise, otuz yaşını doldurmamış olsa bile eşyle birlikte evlat edinebilecekken; tek başına evlat edinme için her zaman otuz yaşının dolmuş olması gerekmektedir²⁴.

Önceleri evlat edinme yaşının 35, 40 gibi ilerlemiş yaşlar olmasının sebebi evlilik içinde doğan çocuğun menfaatlerinin korunması ve ahlaki bakımdan hoş görülmeyecek

²¹ŞİPKA, age. s. 310-311.

²²ÖZÜĞÜR, age., s. 284.

²³AKINTÜRK, age., s. 364-365.

²⁴ÖZÜĞÜR, age., s. 284.

bir takım gayelerin gerçekleştirilememesi gibi evlat edinenin ve ailesinin menfaatlerini ön plânda tutmak idi. Fakat, artık muhtaç çocukların korunmasına yönelik olan evlat edinme kurumunun yeni düzenlenmesinde yaş aşağıya çekilmiştir²⁵. Böylece evlatlık ile evlat edinen arasında kurulan hukuki ilişkinin gerçek bir ana baba ile çocukları arasındaki ilişkiye benzetilmesi hedeflenmiştir.

IV. Küçüğün rızası ve yaşı

MADDE 308- *Evlât edinilenin, evlât edinenden en az on sekiz yaş küçük olması şarttır.*

Ayırt etme gücüne sahip olan küçük, rızası olmadıkça evlât edinilemez.

Vesayet altındaki küçük, ayırt etme gücüne sahip olup olmadığına bakılmaksızın vesayet dairelerinin izniyle evlât edinilebilir.

Eski ve yeni medeni yasalar 18 yaş farkını, “evlat edinen ve edinilen arasında akran sayılacak kadar yaş benzerliğinin bulunması evlat edinmenin ciddiyetiyle bağdaşmaz” görüşüyle zorunlu tutmuştur. Her iki Kanun da bu hükümle evlat edinmeyi gerçek ve doğal evlat bağına benzetmek için, evlat edinen ile edinilen arasındaki zaman arasını ana baba ile çocuk arasındaki yaş farkına benzetmek istemiştir. Bu fark İsviçre’de kanun değişikliği sırasında on altı yaşa indirilmiştir²⁶.

Evlat edinilen küçük ayırtım gücüne sahip ise evlat edinmenin diğer koşulları oluşsa dahi kendi rızası olmadıkça evlat edinilmeyecektir. Ayırtım gücü için herhangi bir yaş sınırı yoktur (Bkz. TMK m. 13). Küçük, evlat edinme işleminin amaç ve sonuçlarını anlayabilecek, görüşlerini açıklayabilecek olgunlukta ise mutlaka ve mutlaka rızası alınacaktır²⁷.

Eğer evlatlık alınacak küçük ayırtım gücünü taşıyorsa hâkim onu mutlaka dinleyecek, işleme rızası olup olmadığını soracak, eğer küçük evlatlık verilmesine rıza göstermezse istem reddedilecektir. Küçük ayırtım gücünü taşıyamıyorsa rızasının alınmasına gerek olmayacaktır. Vesayet altındaki küçüğün evlat edinilebilmesi için küçük ayırtım gücü taşısın taşımamasın mutlaka vesayet makamının izni ve denetim makamının da izni ve onamı gerekmektedir. Vesayet makamından kastedilen sulh hukuk mahkemesi, denetim mahkemesinden kastedilen asliye hukuk mahkemesidir. O halde

²⁵BAYGIN, age.,s. 612

²⁶AKINTÜRK, age., s. 365

²⁷ÖZÜĞÜR, age., s.284-285

vesayet altındaki küçük ayırtım gücü olsun olmasın vesayet ve denetim makamının izni ile evlat edinilebilecek bunlardan sadece vesayet makamının veya sadece denetim makamının izni yeterli olmayacaktır. Tabii küçük, ayırtım gücünü taşıyorsa mutlaka küçük de dinlenecektir. Evlat edinmeye rıza gösteren çocuk, yargılama esnasında yeni vakıalar ortaya çıktığında, rızasını geri alabilir²⁸.

V. Ana ve babanın rızası

1. Şekil

MADDE 309- *Evlât edinme, küçüğün ana ve babasının rızasını gerektirir.*

Rıza, küçüğün veya ana ve babasının oturdukları yer mahkemesinde sözlü veya yazılı olarak açıklanarak tutanağa geçirilir.

Verilen rıza, evlât edinenlerin adları belirtilmemiş veya evlât edinenler henüz belirlenmemiş olsa dahi geçerlidir.

Ana baba rıza göstermedikçe küçükler evlat edinilemezler. Küçüğün ana ve babası rızalarını küçüğün veya kendilerinin oturdukları yer mahkemesinde sözlü veya yazılı olarak açıklayabilir ve ana babanın rızaları tutanağa geçirilerek imzaları alınır. Küçüğün evlat edinilebilmesi için ana ve babanın rızası gerekir. Rıza yazılı veya sözlü olarak mahkemeye bildirilir. Ana ve baba tarafından verilen rıza hâkim tarafından tutanağa geçirilir ve imzalatılır. Bu şekilde verilen rıza, evlat edinenlerin adları belirtilmemiş veya evlat edinenler henüz belirlenmemiş olsa dahi geçerli olacaktır²⁹.

Rıza almakla görevli mahkeme aile mahkemesi veya HSYK'ca görev verilen asliye hukuk mahkemesidir. Evlat edinme kararlarında yetkili mahkeme, evlat edinenin oturma yeri veya eşler birlikte evlat ediniyorsa bunlardan birinin oturma yeri mahkemesi olmasına karşın, ana babanın rızası küçüğün veya ana babanın oturdukları yer mahkemesince evlat edinmeden önce veya evlat edinme sırasında alınabilecektir. Yeter ki rızanın verildiği tutanağa geçirildikten sonraki altı hafta içinde geri alınmasın, geri alınma yazılı veya sözlü olarak tutanağa geçirilmesin veya yeniden rıza verilsin³⁰.

²⁸RUHİ Ahmet Cemal, Türk Hukukunda Evlat Edinme ve Evlat Edinme ile İlgili Yabancı Mahkeme Kararlarının Türkiye'de Tanınması, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2003, s. 34; ÖZÜĞÜR, age., s. 299-300; BAYGIN, age., 613.

²⁹RUHİ, age., s. 35.

³⁰ÖZÜĞÜR., age., s. 300.

2. Zamanı

MADDE 310- *Rıza, küçüğün doğumunun üzerinden altı hafta geçmeden önce verilemez.*

Rıza, tutanağa geçirilme tarihinden başlayarak altı hafta içinde aynı usulle geri alınabilir.

Geri almadan sonra yeniden verilen rıza kesindir.

Küçüğün doğumundan itibaren altı hafta geçmeden ana ve baba rızalarını bildiremezler. Eğer bildirmişlerse bu rıza hukuki bir sonuç doğurmaz. Ana ve baba küçüğün veya kendilerinin oturduğu yer mahkemesine rızalarını sözlü veya yazılı olarak verdikten ve bu husus tutanağa geçirildikten sonra rızanın tutanağa geçirildiği tarihten başlayarak altı hafta içinde bu rızalarını yine sözlü veya yazılı olarak tutanağa geçirttikten sonra geri alabilirler ancak altı hafta geçmişse rızalarını geri alamazlar. Rıza geri alındıktan sonra küçüğün evlat edinmesi konusunda yeniden rıza vermişlerse bu rızalar yine aynı usulle tutanağa geçirilir fakat artık bu rıza kesindir, ana ve baba bir daha bu rızalarını geri alamazlar. Yasa altı haftalık sürelerle ana ve babaya düşünme süresi tanımıştır.

3. Rızanın aranmaması

A. Koşulları

MADDE 311- *Aşağıdaki hâllerde ana ve babadan birinin rızası aranmaz:*

- 1. Kim olduğu veya uzun süreden beri nerede oturduğu bilinmiyorsa veya ayırt etme gücünden sürekli olarak yoksun bulunuyorsa,*
- 2. Küçüğe karşı özen yükümlülüğünü yeterince yerine getirmiyorsa.*

Madde eski medeni yasanın 254. maddesinin kısmen yeniden kaleme alınmış şeklidir. Buna göre ana babanın kim olduğu veya uzun süreden beri nerede oturduğu bilinmiyorsa o ana ve babanın rızası alınmayacaktır.

Ana ve baba küçüğün bakım, eğitim ve gözetimine özen göstermekle yükümlüdür. Eğer ana ve babanın her ikisi de küçüğe karşı özen görevlerini yerine getirmiyorlarsa her ikisini de rızası aranmayacaktır Bu halde durum ana ve babaya yazılı olarak bildirilecektir³¹.

³¹ÖZUĞUR, age., s. 287.

Ana babanın küçüğe karşı özen yükümlülüğünü yeterince yerine getirmemesi sebebine dayanarak rıza aramama kararı verebilmek için bu durumun onların kusurundan ileri gelmesi şart değildir. Ana babadan biri özellikle kendi riziko alanından kaynaklanan sebeplerden dolayı kanunun aradığı özen gösterme yükümlülüğünü yerine getirememişse onun rızasından vazgeçebilir. Çünkü, önemli olan ana babanın cezalandırılması değil, çocuğun menfaatlerinin korunmasıdır. Dolayısıyla ana baba deneyimsizliği, hastalığı, özürli olması ve başka bir yerde olması gibi nedenlerle özen yükümlülüğünü yerine getirmemiş olsa bile rıza aramama kararı verilebilmelidir³².

b. Karar

MADDE 312- *Küçük, gelecekte evlât edinilmek amacıyla bir kuruma yerleştirilir ve ana ve babadan birinin rızası eksik olursa, evlât edinenin veya evlât edinmede aracılık yapan kurumun istemi üzerine ve kural olarak küçüğün yerleştirilmesinden önce, onun oturduğu yer mahkemesi bu rızanın aranıp aranmamasına karar verir.*

Diğer hâllerde, bu konudaki karar evlât edinme işlemleri sırasında verilir.

Ana ve babadan birinin küçüğe karşı özen yükümlülüğünü yeterince yerine getirmemesi sebebiyle rızasının aranmaması hâlinde, bu konudaki karar kendisine yazılı olarak bildirilir.

Bunun dışında kalan hallerde ana babanın rızasının aranıp aranmayacağı hususunda evlat edinme usulüne ilişkin maddelere yollama yapılmaktadır.

B. Erginlerin ve kısıtlıların evlât edinilmesi

MADDE 313- *Evlât edinenin altsoyu bulunmaması koşuluyla, ergin veya kısıtlı aşağıdaki hâllerde evlât edinilebilir:*

- 1. Bedensel veya zihinsel özrü sebebiyle sürekli olarak yardıma muhtaç ve evlât edinen tarafından en az beş yıldan beri bakılıp gözetilmekte ise,*
- 2. Evlât edinen tarafından, küçükken en az beş yıl süreyle bakılıp gözetilmiş ve eğitilmiş ise,*
- 3. Diğer haklı sebepler mevcut ve evlât edinilen, en az beş yıldan beri evlât edinen ile aile hâlinde birlikte yaşamakta ise.*

Evli bir kimse ancak eşinin rızasıyla evlât edinilebilir.

³²BAYGIN, age., s. 619.

Bunlar dışında küçüklerin evlât edinilmesine ilişkin hükümler kıyas yoluyla uygulanır.

Yasa erginlerin ve kısıtlıların evlat edinilmesinde, eski yasadaki yasağı korumuştur. Ancak, eski yasada bu yasak “sahih nesepli füru” yani “düzgün soybağı olan altsoylar” olarak kabul edilmişken, yeni 313. maddede sadece “altsoyun bulunmaması” ifadesiyle yetinmiştir. Zira, yeni TMK ana ve baba ile çocuklar arasında eski yasadaki “sahih ve gayri sahih neseplere” ayrımını kaldırmıştır. Erginlerin ve kısıtlıların evlat edinmesinde, evlat edinen kişinin “altsoyunun bulunmaması” yasağının korunmasının sebebi, bu yaştaki kişilerin evlat edinilmesi halinde evlat edinenin “çocuk sahibi olma” ihtiyacını gidermesinin söz konusu olmadığı gibi, bu yaşta ve konumda olan kişilerin artık bir aile ortamında yetişme ve barınma ihtiyacına sahip olmama düşüncesidir. Küçüklerin evlat edinilmesinde bir yıllık süre içinde “bakılmış ve eğitilmiş” olma koşulu arandığı halde, erginlerin ve kısıtlıların evlat edinilmesinde beş yıllık süre, bakılma ve eğitilme dışındaki ilişkileri de kapsayabilmektedir. TMK madde 313, b1, 5 yıllık süreyi bedensel ve zihinsel özürlü evlatlık için yardıma muhtaç olması ve evlat edinen tarafından bu süre içinde bakılıp gözetilmesi; b-2’de ergin ve kısıtlı kişinin küçükken, evlat edinen tarafından bu süre içinde bakılıp gözetilmiş ve eğitilmiş olması; b-3 ise haklı sebepten evlatlığın, evlat edinen ile birlikte bu süre içinde aile halinde birlikte yaşamış olmasını da yeterli görmüştür. Küçüklerin evlat edinilmesinde ana ve babanın rızası koşuluna yer verilmiştir. Buna karşın erginlerin ve kısıtlıların evlat edinilmesinde buna benzer bir hükme yer verilmemiştir. Ancak, kısıtlıların evlat edinilmesinde yasal temsilsinin rızasının alınması gerekir. Çünkü, TMK m. 313/f.III’de “bunlar dışında küçüklerin evlat edinilmesine ilişkin hükümler kıyas yoluyla uygulanır” hükmü yer almakta olup, bu hüküm karşısında kısıtlıların, ana babanın rızasına muhtaç küçüklere benzer hükümlere tâbi olduğu anlaşılmaktadır. Nitekim, yeni TMK m. 463.b.1 hükmü “vesayet altındaki kişinin evlat edinmesi veya edinilmesi”nin ancak denetim makamından alınacak izinle mümkün olduğunu hükme bağlamıştır. Buna göre kısıtlılar denetim makamının (asliye hukuk mahkemesinin) izni olmadan evlat edinemeyeceklerdir³³.

Evlat edinenin alt soyunun bulunmaması koşulu için evlat edinme anı dikkate alınır. Bu bakımdan, daha önce ölmüş ya da gaipliğine karar verilmiş alt soyun bulunması evlat edinmeye engel olmadığı gibi, evlat edinme kararından sonra evlat edinenin bir alt soyunun doğması da evlatlık ilişkisini ortadan kaldırmaz³⁴. Ceninin engel olup

³³ÖZMEN, age., s. 68-69.

³⁴BAYGIN, age., s. 621.

olmayacağı hususunda Yargıtay “her ne kadar cenin sağ doğmak koşulu ile ana rahmine düştüğü andan itibaren medeni haklardan yararlanma imkânını elde eder ise de bu kural çocuğa ananın gebeliği sırasında altsoy olmak gibi bir nitelik vermez.” görüşünü bildirmiştir³⁵.

Evlât edinme kararının verildiği tarihte aslında mevcut olup da nüfusa kaydedilmemiş bulunan evlilik içi alt soyun varlığı evlatlık ilişkisinin kaldırılmasına yol açar. Evlât edinenin evlât edinme kararından sonra evlilik dışı çocuğunu tanınması veya aleyhine açılan babalık davası sonucu babalığına hükmedilmesi, evlât edinmenin hukuksal sonuçlarını etkilemez. Evlât edinme evlatlığın eşi ile evlât edinen arasında bir hısımlık ilişkisi kurmayacaksa da, evlât edinen ile evlatlık arasında kurulan hısımlık ilişkisi zorunlu olarak onu da etkileyeceğinden evlât edinilenin eşinin rızası da alınmalıdır. Bu rıza kesindir, geri alınmaz ve şarta bağlanamaz³⁶.

C. Hükümleri

MADDE 314- *Ana ve babaya ait olan haklar ve yükümlülükler evlât edinene geçer.*

Evlâtlık, evlât edinenin mirasçısı olur.

Evlâtlık küçük ise evlât edinenin soyadını alır. Evlât edinen isterse çocuğa yeni bir ad verebilir. Ergin olan evlâtlık, evlât edinilme sırasında dilerse evlât edinenin soyadını alabilir.

Eşler tarafından birlikte evlât edinilen ve ayırt etme gücüne sahip olmayan küçüklerin nüfus kaydına ana ve baba adı olarak evlât edinen eşlerin adları yazılır.

Evlâtlığın, miras ve başka haklarının zedelenmemesi, aile bağlarının devam etmesi için evlâtlığın naklen geldiği aile kütüğü ile evlât edinenin aile kütüğü arasında her türlü bağ kurulur. Ayrıca evlâtlıkla ilgili kesinleşmiş mahkeme kararı her iki nüfus kütüğüne işlenir.

Evlât edinme ile ilgili kayıtlar, belgeler ve bilgiler mahkeme kararı olmadıkça veya evlâtlık istemedikçe hiçbir şekilde açıklanamaz.

Küçük olan evlatlık vatansız ise, ana babası bulunmuyorsa, ana babasının nerede olduğu bilinmiyorsa bir Türk tarafından evlatlığa alınmakla Türk vatandaşı olur³⁷.

³⁵Yargıtay 2. HD'nin 13.12.1979 T., E. 7244, K. 9146 sayılı kararı.

³⁶BAYGIN, age., s. 621-622.

³⁷ÖZMEN, age., s. 38.

Evlat edinmenin doğurduğu hüküm ve sonuçları kısaca özetlersek; evlat edinmekle ana babaya ait olan haklar ve yükümlülükler evlat edinene geçer, evlat edinilen edinenin mirasçısı olur, evlatlık küçükse edinenin soyadını alır, evlat edinen isterse çocuğa yeni bir ad verebilir, ergin olan evlat edinilen isterse edinenin soyadını alabilir, evlatlık küçük, eşler tarafından birlikte evlat edinilmişse, küçük fark ve ayırtım gücüne sahip değilse nüfusa ana baba adı olarak evlat edinenlerin ismi yazılır fakat çocuk mümeyyizse öz ana babanın isimleri değiştirilmez (Çocuk mümeyyiz olup edinenlerin isimlerine rıza gösterirse ne olacağı tartışmalıdır), evlatlığın gerçek ana babayla olan bağları korunur mirasçılığı ve diğer hakları yok edilemez, aile bağlarının sürdürülmesi için evlatlığın naklen geldiği aile kütüğü ile evlat edinilen aile kütüğü arasında her türlü bağ kurulur, hısımlık ilişkisi sadece edinen ile edinilen arasında olur; Örn: edinenin doğacak olan çocuğu evlatlığın kardeşi olamaz, evlatlığın kendi ailesindeki mirasçılığı devam eder, ancak evlat edinen ve hısımları evlatlığa mirasçı olamazlar³⁸.

Eski yasadan farklı olarak yapılan bu düzenlemeye göre evlat edinme kararı ile birlikte, evlatlık evlat edinene mirasçı olabilecektir; tarafların bunun aksine bir anlaşma yapabilmeleri olanağı yasadan çıkarılmıştır. Çünkü, bu evlat edinmeyi pazarlıklar zinciri haline dönüştürmeyi sağlayan bir gidiştir. Evlatlığın mirastan mahrum kalması TMK m. 510 ve m. 520'ye göre değerlendirilmelidir.

D. Şekil ve usul

I. Genel olarak

MADDE 315- *Evlât edinme kararı, evlât edinenin oturma yeri; birlikte evlât edinmede eşlerden birinin oturma yeri mahkemesince verilir. Mahkeme kararıyla birlikte evlâtlık ilişkisi kurulmuş olur.*

Evlât edinme başvurusundan sonra evlât edinenin ölümü veya ayırt etme gücünü kaybetmesi, diğer koşullar bundan etkilenmediği takdirde evlât edinmeye engel olmaz.

Başvurudan sonra küçük ergin olursa, koşulları daha önceden yerine getirilmiş olmak kaydıyla küçüklerin evlât edinilmesine ilişkin hükümler uygulanır.

Evlat edinme kurumunun düzenlenmesinde karşımıza çıkan en büyük yeniliklerden birini düzenleyen bu maddeye göre evlatlık ilişkisi mahkeme kararıyla birlikte kurulmuş olur. Kararın kesinleşmesi yeterlidir. Nüfusa işlenmesi şekli bir işlemdir. Böylece eski

³⁸ÖZMEN age., s. 39-40; AKINTÜRK, age., s. 373-375.

düzenlemedeki noterde yapılacak resmi sözleşme ortadan kalkmış, evlat edinme artık taraflar arasında yapılan bir sözleşme olmaktan çıkmakta yargı, kararına dönüşmektedir.

Görevli mahkeme: aile mahkemesi olmadığı yerlerde asliye hukuk mahkemesi; yetkili mahkeme: evlat edinenin, birlikte evlat edinmede eşlerden birinin oturma yeri mahkemesi; davacı: evlat edinmek isteyen, birlikte evlat edinmede karı ve koca, evlat edinmek isteyen kısıtlı ise yasal temsilcisi (vasisi), davalı: evlat edinilecek kişi, küçükse ana babası, evlat edinilecek vesayet altında ise vasisidir³⁹.

II. Araştırma

MADDE 316- *Evlât edinmeye, ancak esaslı sayılan her türlü durum ve koşulların kapsamlı biçimde araştırılmasından, evlât edinen ile edinilenin dinlenmelerinden ve gerektiğinde uzmanların görüşünün alınmasından sonra karar verilir.*

Araştırmada özellikle evlât edinen ile edinilenin kişiliği ve sağlığı, karşılıklı ilişkileri, ekonomik durumları, evlât edinenin eğitime yeteneği, evlât edinmeye yönelten sebepler ve aile ilişkileri ile bakım ilişkilerindeki gelişmelerin açıklığa kavuşturulması gerekir.

Evlât edinenin altsoyu varsa, onların evlât edinme ile ilgili tavır ve düşünceleri de değerlendirilir.

Hâkim kararından önce evlat edinmenin evlatlığın yararına ve esenliğine uygun olup olmadığını, evlat edinenin ekonomik durumunu, evlat edinme sebepleri, eğitime yeteneği, aile ve bakım ilişkilerini araştırarak ve ayrıca evlat edinenin alt soyu varsa onlarında evlat edinmeyle ilgili düşüncelerini değerlendirecektir⁴⁰. Hakim bu araştırmayı yaparken örneğin, Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme gibi koruyucu kurum ve kuruluşların bu konudaki yazılı görüşlerinden de yararlanabilecektir⁴¹.

³⁹ÖZKAN Hasan, Açıklamalı - İçtihatlı Aile Hukuku Davaları ve Tatbikatı, Legal Yayınları, İstanbul 2004, s., 1221.

⁴⁰ÖZÜĞÜR, age., s. 292-293.

⁴¹BAŞÖZ, ÇAKMAKÇI, age., s. 257.

E. Evlâtlık ilişkisinin kaldırılması

I. Sebepleri

1. Rızanın bulunmaması

MADDE 317- *Yasal sebep bulunmaksızın rıza alınmamışsa, rızası alınması gereken kişiler, küçüğün menfaati bunun sonucunda ağır biçimde zedelenmeyecekse, hâkimden evlâtlık ilişkisinin kaldırılmasını isteyebilirler.*

Küçüklerin evlat edinilmesinde ayırt etme gücüne sahip küçüğün rızası alınmamış ise, aynı şekilde TMK'nun 311 ve 312 nci maddeleri oluşmamış olmasına rağmen küçüğün ana veya babasının veya bunlardan rızası alınması gereken birinin rızası alınmamışsa, rızası alınması gereken kişiler evlatlık ilişkisinin kaldırılmasını, evlatlık ilişkisinin kaldırılması sebebini öğrendikleri tarihten itibaren bir yıl ve her halde evlat edinme işleminin üzerinden beş yıl geçmeden isteyebileceklerdir. Bu süreler hak düşürücü süreler olduğundan hâkim tarafından kendiliğinden nazara alınacak süreler geçirilmiş ise dava reddedilecektir. Rızanın alınmış olmasına rağmen evlatlık ilişkisinin kaldırılması sonucu, evlatlık kararı alınan küçüğün menfaatleri ağır biçimde zedeleniyorsa, hakim bunu gerekçe göstererek rıza alınmamış olsa dahi davayı reddedebilecektir⁴².

2. Diğer noksanlıklar

MADDE 318- *Evlât edinme esasa ilişkin diğer noksanlıklardan biriyle sakatsa, Cumhuriyet savcısı veya her ilgili evlâtlık ilişkisinin kaldırılmasını isteyebilir.*

Noksanlıklar bu arada ortadan kalkmış veya sadece usule ilişkin olup ilişkinin kaldırılması evlâtlığın menfaatini ağır biçimde zedeleyecek olursa, bu yola gidilemez.

Bu maddede noksanlıkların nelerden ibaret olduğu sayılmamıştır. Yargıç öne sürülen durumların esaslı bir öge olup olmadığını değerlendirecektir. Bunlara örnek olarak şunlar sıralanabilir: ergin ve ayırtım gücünü taşıyan kısıtlının rızasının alınması koşulu, tek başına evlat edinilecek ergin kişi veya kısıtlı ile arasında on sekiz yaş fark bulunması koşulu, vesayet altındaki kısıtlının evlat edinilmesi için diğer koşullar yanında vesayet dairelerinin de izninin alınması koşulu, yine vesayet altındaki kişinin evlat edinmesi içinde vesayet dairelerinin izni esaslı koşuldur, ergin veya kısıtlı kişinin birden fazla kişi tarafından birlikte evlat edilmesi koşulu, evli bir kimsenin ancak eşinin rızasıyla evlatlık olması koşulu v.s.

⁴²ÖZÜĞÜR, age., s. 306.

Esasa ilişkin bir noksanlık varsa, Cumhuriyet Savcısı veya her ilgili, evlatlık ilişkisinin kaldırılmasını isteyebilecektir. Esasa ilişkin noksanlıklar bu arada ortadan kalkmış veya sadece usule ilişkin olup ilişkisinin kaldırılması evlatlığın menfaatini ağır biçimde zedeleyecek olursa, yargıç bu durumları değerlendirip göz önünde bulundurarak evlatlık ilişkisinin kaldırılması cihetine gitmez, davayı sırf bu açıdan reddedebilir⁴³.

Görevli mahkeme: aile mahkemesi, olmadığı yerlerde asliye hukuk mahkemesi; yetkili mahkeme: evlat edinenin, birlikte evlat edinmede eşlerden birinin oturma yeri mahkemesi; davacı: yasal sebep bulunmaksızın rızasının alınmaması halinde rızası alınması gereken kişi veya kişiler, Cumhuriyet Savcısı, evlatlık ilişkisinin kaldırılmasında yararı olan kişiler; davalı: Evlat edinen ve evlatlık, evlatlık küçükse kayyım veya vasi, vesayet altında ise vasi, birlikte evlat edinmede; eşler ve evlatlık, evlatlık küçükse kayyım veya vasi, vesayet altında ise vasi⁴⁴.

II. Hak düşürücü süre

MADDE 319- *Dava hakkı, evlâtlık ilişkisinin kaldırılması sebebinin öğrenilmesinden başlayarak bir yıl ve her hâlde evlât edinme işleminin üzerinden beş yıl geçmekle düşer.*

Davacı davayı hak düşürücü süreler içinde açmamış ise, hak düşürücü süreler yargılamanın her safhasında kendiliğinden nazara alınacağından dava reddedilecektir. Burada sürelerin başlangıcı sebebin öğrenilmesinden itibaren 1 yıl ve kararın kesinleşmesinden itibaren 5 yıl olarak hesaplanmalıdır.

F. Evlâtlık işlemlerinde aracılık

MADDE 320- *Küçüklerin evlât edinilmesine ilişkin aracılık faaliyetleri, ancak Bakanlar Kurulu'nca yetki verilen kurum ve kuruluşlarca yapılır.*

Aracılık faaliyetlerinin yürütülmesine ilişkin hususlar tüzükle düzenlenir.

Aracı kurumların özel veya resmi nitelikte olmaları, bunların yapılandırılmaları, işlev, görev ve denetlenmeleri oldukça önemli konulardır. Çünkü, evlatlık araştırması yapılması uygun bir evlatlığın aranıp bulunması herkesin yapacağı bir işlem değildir. Yapılacak bir yanlışlık ve hatanın doğuracağı sonuçlar her iki taraf açısından da iyi olmayabilir. Aracı kurumların yanlış, hatalı kasti işlemlerine karşı genel ilkeler doğrultusunda cezai ve hukuksal takipler yapılabilir. Kanımca bu işin devlet gözetiminde

⁴³ÖZMEN, age., s. 49.

⁴⁴ÖZKAN, age., s. 1221; ÖZUĞUR, age., s. 309-310.

ve denetiminde olması gerekir⁴⁵.

İncelediğimiz bu maddelerde evlat edinme kurumuna dair, “tam evlat edinme” ve “kısmi evlat edinme” sistemlerinin her ikisinden de kabul edildiği ve buna göre karışık bir sistem uygulandığı görülmektedir. Ortaya çıkacak tutarsızlıklar ve karışıklıklar Yargıtay içtihatlarıyla çözümlenebilecektir.

⁴⁵ÖZMEN, age., s. 50-51.

KAYNAKÇA

- AKINTÜRK** Turgut, Yeni Medeni Kanuna Uyarlanmış Aile Hukuku, Beta Yayınları, 9. Bası, İstanbul 2004.
- AKYÜZ** Emine, Evlat Edinmeye İlişkin Uluslararası Sözleşmeler, Çağdaş Hukuk Sistemleri ve Türk Medeni Kanunu, Prof. Dr. Hamide Topçuoğlu' na Armağan, Ankara, 1995.
- ARAT** Tuğrul, Prof. Dr. Osman F. Berki' ye Armağan, Ankara 1977.
- BAŞÖZ** Lütfü - **ÇAKMAKÇI** Ramazan, Gerekçeli Yeni Türk Medeni Kanunu, Legal Yayıncılık, İstanbul 2001.
- BAYGIN** Cem, Evlat Edinmenin Koşulları, Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, cilt: VII, Sayı: 3-4.
- DİNÇ** H., **BİÇKİN** İ., **AYCI** E., Uygulamada Aile Hukuku ve Çocuk Haklarına İlişkin Uluslararası Sözleşmeler, Adalet Yayınevi, Ankara 2004.
- “Evlat Edinme Hizmetleri”** <<http://www.google.com.tr/search?q=evlat+edinme+hizmetleri> > shcek.gov.tr/portal/dosyalar/hizmetler/cocuk/hizm_ee.asp>, (05.02.2005).
- Kılıçoğlu** Ahmet, Kadın ve Çocuk Hakları Açısından Yeni Türk Medeni Kanunu, T.C. Başbakanlık Kadın Statüsü ve Sorunları Genel Müdürlüğü, Ankara 2003.
- Özkan** Hasan, Açıklamalı- İctihatlı Aile Hukuku Davaları ve Tatbikatı, Legal Yayınları, İstanbul 2004.
- Özmen** İsmail, Evlat Edinme Davaları, Kartal Yayınevi, Ankara 2004.
- Özğür** Ali İhsan, Velayet-Vesayet-Soybağı ve Evlat Edinme Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara 2003.
- Ruhi** Ahmet Cemal, Türk Hukukunda Evlat Edinme ve Evlat Edinme ile İlgili Yabancı Mahkeme Kararlarının Türkiye'de Tanınması, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2003.
- Şıpka** Şükran, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Mecmuası, Cilt LVII, Sayı 1-2.

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ'NE BİREYSEL BAŞVURU HAKKI

Av. Esra BAŞBAKKAL KARA*

I- GİRİŞ

Bireyin, sırf insan olduğu için sahip olduğu haklar olarak tanımlanabilecek insan haklarının uluslararası alana geçişi oldukça yeni sayılmaktadır. On dokuzuncu yüzyıl içinde, bu konuda atılan adımların en önemlisi, köleliğin ve köle ticaretinin yasaklanmasını amaçlayan sözleşmelerin imzalanmasıdır. Bu dönemde üzerinde durulan başka bir konu da, azınlıkların korunması olmuştur. Din, dil ve etnik farklılıkların oluşturduğu azınlıkların korunması kaygısı yirminci yüzyılda Birinci Dünya Savaşı sonrasında imzalanan uluslararası antlaşmaların çoğuna yansımıştır; ancak, bu antlaşmalar azınlık kişiler lehine doğrudan bir hak tanımıyor, yalnızca taraf devletlere bazı yükümlülükler getiriyordu. Bu bağlamda, uluslararası hukuk bu dönemde kişiyi henüz “**hak sujesi**” olarak kabul etmiyordu¹. İnsan haklarının korunması ve güvence altına alınması, İkinci Dünya Savaşı yaşanıncaya dek, bir iç hukuk , bir anayasa sorunu olarak görülmüş, insan hak ve özgürlüklerinin anayasal güvenceye kavuşturulması için çaba sarf edilmiştir. Yirminci yüzyıl, kendi özgüllüğünde değerlendirildiğinde, bu dönemki en kayda değer gelişme, bireyin ulusal hukuk öznesi olması yanında, İkinci Dünya Savaşı sonrası uluslararası hukuk öznesi haline de gelmiş olmasıdır. Bu savaşın yarattığı yıkıcı sonuçların, insan değerini ve eşitliğini hiçe sayan görüşü, yeniden tarih sahnesine çıkarmaması için , insan haklarına saygılı bir düzenin kurulması gerekmiştir². Bu süreçte, insan haklarının uluslararası düzenekte korunması bağlamında bir çok devlet tarafından, uluslararası kurumlar yapılandırılmış ve yine uluslararası sözleşmelere imza atılmıştır. Bu sözleşmelerden biri olan “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi”, Avrupa Konseyinin kurulmasından kısa bir süre sonra, 4 Kasım 1950'de, aralarında Türkiye'nin

*Eskişehir Barosu, Avukat.

¹ Münci Kapani, **İnsan Haklarının Uluslararası Boyutları** (Üçüncü Basım. Ankara: Bilgi Yayınevi, 1996), s. 20.

² Feyyaz Gölcüklü-Şeref Gözübüyük, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması** (Üçüncü Basım. Ankara: Turhan Kitabevi, 2002), s. 4.

de bulunduğu on beş devlet tarafından Roma'da imzalandı. Sözleşme (66. maddesi uyarınca), on devletin onay vermesiyle 3 Eylül 1953 tarihinde yürürlüğe girdi. Türkiye, sözleşmeyi 18 Mayıs 1954'te hiçbir çekince koymadan onayladı³. Bu sözleşmenin önemi, ortak güvence sistemine dayanan uluslararası bir yargısal denetim mekanizması kurmasından ve bireye sağlanan güvenceyi bir yaptırıma bağlamasından kaynaklıdır. Bu yönüyle sözleşme, insan haklarının korunması sorununu ulusal düzeyden uluslararası düzeye taşıması ve bu şekilde birey, uluslararası hukukun sujesi haline gelmiştir⁴.

II- AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ İLE KURULAN KORUMA MEKANİZMASI

A) Ek 11 No'lu Protokol'den Önceki Geleneksel Koruma Sistemi:

Bu koruma sistemi, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi olmak üzere üç ayrı organın bir araya gelmesiyle oluşmaktaydı. Başvuruyu, kabul edilebilirlik açısından inceleyen komisyon, başvurunun kabul edilemez olduğuna kanaat getirirse, bunu bağlayıcı ve davayı sona erdiren bir kararla tespit etmekteydi. Diğer denetim organları, komisyon kabul edilebilirlik kararı vermiş ve sözleşmenin ihlali sorunu hakkında ayrıntılı rapor hazırlamış ise, devreye girebilmekteydi. Bu rapor, bağlayıcı ve kesin değildi ve sadece diğer organlardan birinin kesin kararını vermesinde hazırlayıcı role sahipti. Öngörülen süre içerisinde mahkemeye gidilmiş olup olmamasına göre karar, ya komisyon tarafından tespit kararı ya da komite tarafından 'resulation' şeklinde verilmekteydi. Divana gitme yetkisi, komisyon dışında sadece katılan devlete tanınmıştı ve bireylerin divana gitme yetkisi yoktu. Başvuru üzerine ilk incelemeyi yapan AİHK, kabul edilebilirlik kararı vermesi ve bunun da başarısızlıkla sonuçlanması halinde, olayları belirleyen ve bunların esası hakkında görüşünü ifade eden bir rapor hazırlamaktaydı. Bu rapor, komisyonca AİHM oluşturulmadan önce ve oluşturulduktan sonraki dönemde mahkemenin zorunlu yargı yetkisini kabul etmeyen ülkeler bakımından Bakanlar Komitesi'ne gönderiliyordu. Mahkemenin yetkisini kabul eden ülkeler söz konusu olduğunda ise, komisyon ve ilgili üye devlet, raporun komiteye intikal ettirilmesinden itibaren üç ay içerisinde, olayı bu konuda nihai ve uyulması zorunlu bir karar vermek üzere mahkeme önüne götürebilirken, bireysel başvuru sahibi bu haktan yoksundu. Bir olayın, komisyon veya ilgili üye devlet

³ Safa Reisoğlu, *Uluslararası Boyutlarıyla İnsan Hakları* (İstanbul: Beta Yayınları, 2001), s. 33.

⁴ Gölcüklü-Gözübüyük, a.g.e., s. 11.

tarafından mahkeme önüne götürülmemesi ya da üye ülkenin mahkemenin zorunlu yargı yetkisini kabul etmeyişi durumunda, komite sözleşmenin ihlal edilip edilmediğinde karar kılıyor, ihlalin olduğuna karar vermesi halinde de mağdura uygun bir tazminat verilmesine hükmediyordu. Komitenin başka bir görevi de mahkeme kararının yerine getirilmesini denetlemektir⁵.

Komisyonun yapısı ise, her sözleşen devlet adına bulunan bir üyeden oluşmaktaydı. Bu üyeleri, devletlerin Danışma Meclisindeki temsilci parlamenterlerin gösterdiği üç aday arasından birini, altı yıl için Bakanlar seçmekteydi. Kendi adlarına bağımsız olarak görev yapan bu üyelere, bazı dokunulmazlık ve ayrıcalıklar tanınmıştı. Komisyon, kendi üyeleri arasından üç yıl için başkan ve yardımcısı konumundaki daire başkanlarını kendi iç tüzüğüne göre seçmekteydi. Komisyonun sekreteryası işleri ise, komisyonda yapılan öneri üzerine Avrupa Konseyi Genel Sekreterin'ce atanan komisyon sekreterinin yönetiminde yürütülmekteydi⁶.

Bakanlar Komitesi de, Avrupa Konseyinin siyasal organlarından biridir. Konseyin karar ve yürütme organı olan komite, konsey üyesi devletlerin Dışişleri Bakanlarından oluşur. Daha çok siyasal konular için bir araya gelir ve toplantı - toplantıları genel olarak gizlidir- halinde olmadığı zamanlarda görevlerini, üye devletlerin konseyde bulunan daimi temsilcilerinden oluşan Delegeler Komitesi yerine getirir⁷.

Bir davanın divanın önüne gidebilmesi için ise, bireysel başvuruda olduğu gibi, taraf devletin ayrı bir beyanla divanın yargı yetkisini tanımış olması gerekiyordu. Taraf devlet sayısında yargıçtan oluşan divanda yargıçlar, hükümetin gösterdiği üç aday arasından dokuz yıl için seçiliyordu. Tekrar seçilmek mümkün olduğu gibi, divan kararları kesindi⁸.

Son derece karmaşık ve artan iş yoğunluğunun altından kalkamayan bu yöntem karşısında, tamamıyla yargısal bir incelemeye yer verilmemiş olması, başvuruçunun zayıf konumu, bireysel başvurunun üye devlet açısından kabul edilmesinin zorunlu olmaması gibi sakıncalar 11. Protokol'ün reformlarını beraberinde getirmiştir.

⁵Durmuş Tezcan - Mustafa Ruhan Erdem - Oğuz Sancakdar, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu** (Ankara: Seçkin Yayınları, 2002), s. 82.

⁶Göletüklü-Gözübüyük, a.g.e., s. 25.

⁷Aynı, s. 30.

⁸Aynı, s. 25.

B) Ek 11 No'lu Protokol'le Getirilen Yeni Koruma Sistemi:

Bir değişiklik protokolü olan bu protokol, onaylamayı geciktiren Türkiye (11.07.1997) ve İtalya'nın (01.10.1997) onayıyla 1 Kasım 1998'de yürürlüğe girmiştir. Komisyon-divan ayırımını kaldırıp yerine her ülkeden bir hakim seçilerek tek bir AİHM uygulamasına, protokolün 5/3 maddesi gereğince başlanmıştır. Mahkemenin çalışabilmesi için yönetime ve usule ilişkin kararlar alınmış, iç tüzük hazırlanmış ve bir mahkeme başkanı ve iki yardımcısı, mahkeme baş katibi, iki baş katip yardımcısı seçilerek, Kasım 1998'de göreve başlamıştır. Komisyon da bir yıl daha çalışarak 31 Ekim 1998'e kadar görevine devam edebilmiştir. Bakanlar Komitesi'nin fonksiyonu ise, mahkeme kararının yerine getirilmesini izlemek ve bu amaçla ilgili işlemlerde bulunmaktan ibaret kalmıştır⁹.

III- AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKESİ'NE BAŞVURU YOLLARI

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesiyle (AİHS) getirilen uluslararası koruma mekanizması, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne (AİHM) yapılacak başvuru ile başlar. Bu bağlamda, AİHM'nin 'devlet başvurusu' ve 'bireysel başvuru' olmadan re'sen, bir devletin AİHS'ne aykırı davranıp davranmadığını inceleme ve karara bağlama yetkisi yoktur.

1- DEVLET BAŞVURUSU (AİHS m. 33):

AİHS'ne taraf bir devletin, bu sözleşmeye taraf diğer bir devletin sözleşmeye ve protokollere aykırı davrandığı iddiasıyla AİHM'ne yaptığı başvuru devlet başvurusudur. Başvurunun konusu, hakkında şikayette bulunulan devletin yargı yetkisi alanındaki kişi ya da kişilerin sözleşmeyle tanınan hak ve hürriyetlerinin ihlali veya o devletin yasaları ya da idari uygulamalarının sözleşmeye aykırılığı olabilir. Sözleşen devletlerin, kişilerin hak ve özgürlüklerinin diğer sözleşen devletlerce çiğnenmesini engellemek amacıyla nesnel bir sorumluluk altına girdiği bu durum, devlet başvurusunun özelliği olan '*ortaklaşa güvence sistemini*' beraberinde getirmiştir. Bu sistem, sözleşen devletlerin öznel haklarına ve karşılıklılık ilkesine dayanmayan hak ve özgürlükleri korumasına yönelik objektif yükümlülüğü esas alır¹⁰. Bir devletin diğer bir devlet aleyhine AİHM'ne başvurabilmesi için, AİHS'ne aykırı davranılmış olmasından kendisinin, doğrudan doğruya ve dolayısıyla zarar görmüş olması ve mutlaka kendi vatandaşlarının haklarının

⁹ Tezcan-Erdem-Sancakdar, a.g.e., s. 86-87.

¹⁰ Naz Çavuşoğlu, "Avrupa Konseyi: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin Denetim Sistemi", Cogito 'İnsan Hakları' (İstanbul: Yapı Kredi Yayınları, 2000), s. 461.

ihlal edilmesi gerekmediği gibi, bu başvuru yolunda somut bir menfaatin varlığını da aramaya gerek yoktur. 33. madde, soyut olarak ulusal mevzuatın (ya da uygulamasının) sözleşmeye aykırılığı iddiasının soyut surette incelenmesine olanak vermektedir. Taraf devletler için hem bir hak, hem de görev olan devlet başvurusu sözleşmenin uygulanması açısından ikincil niteliktedir. Uygulamada devlet başvurusunun azlığı, başvurunun siyasal niteliğini göstermektedir ve devletler sözleşmeden doğan sorunlarını, diplomatik yollarla ve gizlilik içinde çözmeyi seçmektedir¹¹.

2-BİREYSEL BAŞVURU (AİHS m. 34)

Değişikliklerden önce '*seçimlik yetki*' iken, 11. Protokol ile devlet başvurusu gibi '*zorunlu yetki*' haline gelen bireysel başvuru yoluyla başvurucu ile aleyhine başvuru yapılan devlet arasındaki uyumsuzluk, iç hukuktan uluslararası arenaya intikal etmekte ve birey, aleyhine başvuruda bulunduğu devlet karşısında eşit haklara sahip bir taraf konumuna gelmektedir. Uluslararası hukukun süjesi haline gelen birey için, şikayete bulunduğu devletin vatandaşı olması aranmadığı gibi, kişinin o ülkede ikamet ediyor olması da gerekmemektedir. AİHS'nin 34. maddesine göre; '*sözleşme ve protokollerinde tanınan hak ve hürriyetlerin sözleşmeye taraf bir devlet tarafından ihlal edildiğinden dolayı mağdur olduğunu iddia eden her kişi, hükümet-dışı kuruluş veya birey topluluğu AİHM'ne başvurma hakkına sahiptir. Sözleşmeye taraf devletler, bu hakkın etkin kullanımını hiçbir şekilde engellememe yükümlülüğü altına girmişlerdir.*'¹²

11 No'lu Ek Protokol ile bireysel başvuruyu, bireyler yanında tüzel kişiler, hükümet dışı örgütlerle (dernekler, sendikalar, vakıflar, siyasal partiler, ticari ortaklıklar vb.) birey topluluklarının yapması da kabul edilmiştir; ancak tüzel kişiler, sözleşmede öngörülen bir çok hakkın gerçek kişiler için mümkün olabilmesi (yaşama hakkı, evlenme ve aile kurma hakkı gibi) dolayısıyla sınırlı olarak sözleşmedeki haklardan yararlanabilmektedir; çünkü, sözleşmenin 34. maddesinde belirtilen tüzel kişiler, üyelerinin hakkını korumak için değil, kendi haklarının ihlale uğraması halinde başvuruda bulunabilir¹³. Komisyon ve mahkeme içtihadında '*potansiyel ve dolaylı*' mağdur kavramlarıyla bireysel başvuru hakkının kullanımı genişletilmiştir. AİHM'ne göre, bireysel başvuru hakkı, kişilere haklarında bir uygulama işleminin yokluğunda bile, bir yasanın doğuracağı sonuçlardan doğrudan etkilenme tehlikesi ile karşı karşıya olduklarında o yasanın haklarını ihlal ettiğini ileri sürme hukuki imkanını vermiştir. Dolaylı mağdur kavramı ise, doğrudan

¹¹Gölcüklü-Gözübüyük, a.g.e., s. 31-33.

¹²Çavuşoğlu, a.g.e., s.459.

¹³Tezcan - Erdem - Sancakdar, a.g.e., s. 97.

zarar gören kişi ile arasında yakın bağ bulunan kişinin, kendi hakları ihlal edilmiş olmasa da, bu nedenle mağdur olması ile ilgilidir. Burada önemli olan, kişinin haklarının ihlalden dolayı yakınının da zarar görmesidir¹⁴.

Bireysel başvuru hakkının kötüye kullanılmasını engellemek amacıyla bir takım önlemler alınmıştır. Bunlardan ilki, sözleşmenin 17. maddesindeki kuraldır: “Sözleşmenin hiçbir hükmü, sözleşme ile getirilmiş olan haklar ve özgürlüklerin yok edilmesine yönelik herhangi bir eyleme girişilmesi hakkını verir biçimde yorumlanamaz.”. Diğer önlem ise, bir başvurunun mahkemece ele alınıp incelenmesi için açıkça esastan yoksun olmaması ve başvuru hakkının kötüye kullanılmış bulunmaması gerekir. Bu koşullara uymayan başvurular, kabul edilirlilik aşamasında mahkemece reddedilir. (m.35) Sözleşmenin 15. maddesinin koyduğu kural da, savaş veya ulusun varlığını tehdit eden diğer bir genel tehlike durumunda sözleşen devletlerin, durumun gerektirdiği ölçüde olmak üzere ve uluslararası hukuktan doğan yükümlülükleriyle bağdaşmak koşulu ile bu sözleşmeye göre üstlendikleri yükümlülüklerine, geçici olarak, aykırı önlemler alabileceklerini ifade eder. Devlet başvurusu için de geçerli olan bu durum, yaşama hakkı, işkence ve kölelik yasağı, kanunsuz suç ve ceza olmaz kuralı için geçerli değildir. Dördüncü önlem olan, bireysel başvurunun seçimlik yetki olarak tanınması bugün için geçerli değildir¹⁵.

A) BİREYSEL BAŞVURUDA MAHKEMENİN YETKİSİ

Mahkemenin yargı yetkisi, 33., 34. ve 37. maddelerine göre kendisine intikal eden ve sözleşmenin ve protokollerin yorum ve uygulanmasına ilişkin tüm konuları kapsar (m.32/1). Mahkemenin yargı yetkisinin olup olmadığı hakkında ihtilâf durumunda, karar mahkemeye aittir(m.32/2).

a) Kişi yönünden yetki:

i-Mahkemeye başvuracak kişiler: Bireysel başvuru bölümünde ele alındığı üzere, sözleşmenin uygulama alanı içinde bulunan (yer itibarıyla) kişiler, kişi toplulukları, hükümet dışı kuruluşlar menfaat unsurunun bulunması koşuluyla mahkemeye başvurabilir. Gerçek kişinin ulusal hukuka göre, reşit ve mümeyyiz olması gerekmez; yani, kısıtlı, akıl hastası ya da tutuklu olması doğrudan başvurmasına engel değildir. Gerçek kişiler, yasal temsilcileri eliyle de başvurabilir. Özel hukuk tüzel kişileri de, (hükümet dışı kuruluşlar) tüzel kişi olarak bizzat kendi haklarını korumak için başvurabilir. Tüzel kişilerin haklarını koruma ehliyeti ve temsili sorunu ulusal hukuk

¹⁴Çavuşoğlu, a.g.e., s. 461.

¹⁵Gölcüklü-Gözübüyük, a.g.e., s. 34.

uyarınca saptanır. Kamu tüzel kişileri ise, 'hükümet dışı' kavramı içinde olmadığı için bireysel başvuruda bulunamaz. Tüzel kişiliği olmayan kişi topluluklarının başvurabilmesi için, ya topluluğu oluşturan kişilerin başvuruyu imzalaması ya da kişi topluluğu adına başvuran kişinin, adına başvurduğu kişilerden temsil yetkisi alması istenmiştir¹⁶.

Bireysel şikayet için, 'mağdur' sıfatına sahip olmak şarttır. Devlet başvurusunda, mevzuat ve uygulamanın soyut biçimde sözleşmeye aykırı bulunması yeterli iken, bireysel başvuruda somut mağdur aranır. Mağdur sıfatını kazanabilmek için aranan koşullar¹⁷:

1- Menfaatin kişisel olması: Sözleşmenin ihlalden ve kendisi hakkındaki işlemde bizzat bireyin kendisi etkilenmelidir; ancak kimi zaman doğrudan mağdur ile mahkemeye başvuran kişi (dolaylı mağdur) arasındaki yakın ilişki menfaat koşulu için yeterli sayılır.

2- Menfaatin doğrudan olması: Menfaatin varlığı ulusal hukuka göre değil, sözleşmeye göre belirlenecektir. İhlale neden olan eylem veya işlemle sonuç (sözleşme hükmünün ihlali) arasında nedensellik bağı bulunmalıdır.

3- Menfaatin doğmuş ve güncel olması: Başvurunun devamı süresince ihlal geçerli olmalı, giderilmemiş olmalıdır. İhlalin, ulusal mercilerce kabul edilip durumun düzeltilmesi halinde mağdur niteliğinin kaybı, ancak bu tamirin fiilen sonuç doğurması halinde mümkündür. İleride doğması muhtemel ihlaller için bireysel başvuruda bulunulamaz; ancak, bir ülkeden sınır dışı edilecek veya ülkesine geri verilecek kişilerin durumunda olduğu gibi, sözleşme ile güvence altına alınmış hakların, geri verilen devletçe çiğnenmesi olasılığı çok güçlüyse, AİHM başvurunun kabulü için ihlalin gerçekleşmesi koşulunu aramaz. Bununla beraber, belli bir eylem ve işlemin gerçekleşmesi halinde sözleşmenin belli bir hükmünün ihlal edilmiş olacağını saptayan geçici tedbir kararıyla muhtemel ihlali önlediği, böylece ulusal mercilerce bazı işlemlerin yapılmasının durdurulduğu görülmüştür (Öcalan/Türkiye davasında idam cezasının infazı için, AİHM davanın esası hakkında karar verinceye kadar tedbir kararı almış ve hükümet bu karara uymuştur.).

4- Zarar koşulunun gerekmemesi: Uğranılan bir zarar olmasa dahi mağdur sıfatı ortaya çıkabilir. Zararın varlığı maddi-manevi tazminat istemlerinde gereklidir.

¹⁶Aynı, s. 36-39.

¹⁷Aynı, s. 41-43.

Son olarak ifade edilmesi gereken, başvuranın ölümünün ne başvuruyu kendiliğinden işlemekten kaldırdığı, ne de kendiliğinden takip hakkını mirasçılara geçirdiğidir. Mirasçılar, doğrudan veya dolaylı maddi- manevi menfaat sahibi ve söz konusu ihlal mirasçılara geçen haklardan (mahkeme bunun yorumunda ulusal hukukla bağlı değildir), takip hakkını elde ederler; yani, başvuru sahibinin başvurudan sonra ölmesi halinde, mirasçısının haklı bir çıkarı varsa, özellikle de mirasçı olması nedeniyle ihlal yoluyla ortaya çıkan dezavantajlı durum, onun bakımından rahatsız edici görülüyorsa veya başvuru özel bir öneme sahipse, başvuru sahibinin yakın akrabaları ve mirasçıları tarafından davaya devam edilmesi mümkündür. Mirasçıların herhangi bir istemi olmasa da, başvurunun incelenmesine devam edilmesi sözleşmeye riayetinin bir gereği ise, başvurunun incelenmesine devam olunur ve başvuru sonuçlandırılır¹⁸.

ii- Mahkemeye aleyhine başvurulacaklar: Başvurular, taraf sıfatı kazanmış Avrupa Konseyi üyesi sözleşmecî devlete (dikey uygulama) karşı yapılır. Bu nedenle, birey aleyhine yapılan başvurular yetkisizlik nedeniyle reddedilir. Bununla birlikte, bireyden bireye yönelik işlenmiş ihlalin kaynağında devletin bir tasarrufu varsa, kısaca ihlal birey aracılığıyla devlete yüklenebiliyorsa, devlet aleyhine şikayette bulunulabilir. Bu hal, devletin sözleşmenin 1. maddesiyle *sözleşme ile üstlenilen bir taahhüdün yerine getirilmesi, bazı hallerde devlet tarafından pozitif tedbirlerin alınmasını gerektirir; bu gibi durumlarda devlet pasif bir tutum yüklenmekle yetinemez - üstlendiği pozitif yükümlülüğün -bu yükümlülüğün, ihlali iddia edilen hak ve özgürlüğün cins ve özelliğine göre derece ve sınırı değişir- bir sonucudur; ancak, bu yüküm bir sonuç yükümü değil, olanak yükümüdür. Hakları korumak yönünde yasal düzenlemelerde boşluk bulunması dahi, devletin sorumluluğu nedenidir. Devletin elinden geleni yaptığı durumda sonuç alınmaması sorumluluğu doğurmaz. Bir de, sözleşmecî devletin eyleminin sınırları ulusal sınırları aşabilmektedir. Bu durumda, devletin kendi sınırlarını aşan eylem ve işlemleri, bir antlaşmadan doğsa bile, sözleşmecî devlet sözleşmeye aykırılık açısından sorumluluktan kurtulamaz. Gene, taraf ülkenin bir işleminin sözleşmeye taraf olmayan bir ülkede de olsa büyük olasılıkla ve doğrudan sözleşmenin bir hükmünün ihlali riskini doğurması halinde, taraf ülke bu ihlalden sorumludur (AİHM'nin 7.7.1989 tarihli &85ve son sayılı kararı)¹⁹.*

Devlet, tüm organları (yasama, yürütme, yargı erkleri) ile sözleşmeye saygılı olmak zorundadır. Kamu tüzel kişileri yanında, kamu hizmeti yürüten kamu kurumu

¹⁸Tezcan-Erdem-Sancakdar, a.g.e., s. 98.

¹⁹Gölcüklü-Gözübüyük, a.g.e., s. 45-46.

niteliğindeki meslek kuruluşları, hukuk tüzel kişilerinin işlemlerinden de devlet sorumludur. Sözleşmeyi ihlal eden bir devlet görevlisinin devlet örgütü içindeki yeri ne olursa olsun ve hatta, üst kademe sözleşmeye aykırı davranışı onaylamamış olsun, bu davranış devletin sorumluluğunu getirir. Bütün bu yönleriyle ele alındığında, sözleşmeciler devletler, bireysel başvuru hakkına bireyin başvurması konusunda da, etkin bir şekilde kullanımına hiçbir şekilde engel olmamayı taahhüt etmiştir(AİHS m.34)²⁰.

b) Konu yönünden yetki:

Mahkemenin konu bakımından yetkisi, AİHS ve Ek Protokolleri'nde yer alan hak ve özgürlüklerle sınırlıdır. Bunun dışındaki hakları konu alan başvurular, mahkemece konu yönünden yetkisizlik nedeni ile reddedilir(m. 35/5). Mahkemenin konu bakımından yetkisini saptarken göz önünde tutulması gerekli başka bir husus, taraf devletlerin sözleşmeye katılırken koydukları çekincelerdir. AİHM, bireysel başvuruları incelerken ilk olarak, başvurunun konusunu oluşturan şikayetin kendi yetki alanına girip girmediğini inceler (m.32/2). Bu saptama için sözleşmeyi yorumlayan mahkeme, konu karmaşık değilse ve konu yönünden kendini yetkisiz görüyorsa, başvuruyu kabul edilirlilik aşamasında, buna istinaden reddeder; fakat konu karmaşıkta, başvuruyu bu aşamada reddetmeyip, yetkisizlik sorununu esasla birlikte ele alabilir. Sözleşmede, yakınıcı kimsenin, sözleşmenin hangi maddelerinin veya hangi hakların ihlal edildiğini açıkça belirtmesini zorunlu kılan bir kural olmadığından, başvurucunun maddelerde yaptığı yanlışlık, mahkemenin ileri sürülen olayları değerlendirerek kendi görev alanına giren bir konu olup olmadığını saptamasına engel teşkil etmez. Ulusal yargının olayda ve hukuk kurallarında hata yapmasını inceleme, sözleşme organlarının yetki alanına girmese de, böyle bir hata sözleşme ile garanti altına alınmış hak ve özgürlüklerin ihlali sonucunu doğurabileceğinden, bu durumda mahkeme başvuruyu inceler. AİHM, yetki alanına girmeyen konularda (sözleşme kapsamına girmeyen hak ve özgürlükler) inceleme yapmamakla beraber, şayet bu tür bir hakkın sözleşen devletçe çiğnenmesine yol açan olay, dolaylı olarak sözleşmenin başka bir maddesinin çiğnenmesi sonucunu doğuracaksa, mahkeme konu yönünden yetkisizliğine karar vermeyip başvuruyu kabul edebilir²¹.

c) Yer yönünden yetki:

Sözleşen devletler, 'kendi yetki alanlarındaki' herkese sözleşmedeki hak ve özgürlükleri tanıdığından (m.1), mahkemenin yer bakımından yetkisi taraf devletlerin

²⁰ Aynı, s. 47.

²¹ Aynı, s. 49-52.

yetki alanında geçerlidir. Bu yetki alanı, taraf devletlerin ülkesiyle sınırlı olmayıp, ülke dışındaki devlet otoritesinin (ülke dışında kuvvet bulundurma veya işgal, diplomatik temsilcilerin ülke dışında yetkilerini kullanarak yaptığı işlemler, uçak ve gemi gibi kamu araçları) olduğu yerleri de içerir; ancak bu yetkiye, bir sınırlama da getirilmiştir. AİHS. m. 56'nın belirlediği bu sınırlama, *'her sözleşen devletin, Avrupa Konseyi Genel Sekreterine yapacağı bildirimle, sözleşmenin uluslararası ilişkilerini yürüttüğü bütün ülkelere, ya da bunlardan birine uygulanacağını, ayrıca gerekli gördüğü zaman, bu ülkeler için bireysel başvuru hakkını da tanıdığını bildirebileceği'*dir. Bu şekilde sözleşme, devlet sınırları dışında sözleşmenin uygulamasını ve bireysel başvuru hakkının tanınmasını, ilgili devletin takdirine bırakmıştır²².

d) Zaman yönünden yetki:

Sözleşme ve protokollerin yürürlüğe girişi her devlet açısından farklı zamanlara tekbül ettiğinden, bu yetki, sözleşme ve protokollerin yürürlüğe girmesi ile başlar. Uluslararası hukukun belirlediği *'antlaşmaların geriye yürümezliği ilkesi'* burada da geçerlidir ve sözleşme, yürürlüğe girmesinden evvelki olaylara uygulanamaz. Sözleşmenin ilgili devlet bakımından yürürlüğe girmesinden önce yapılmış olan, ancak sözleşme yürürlüğe girdikten sonra da devam etmiş ya da devam etmekte olan şikayete ilişkin başvuru, yürürlük öncesi aşama için zaman bakımından yetkisizlik nedeni ile reddedilmekte, yürürlük sonrası kısmı içinse zaman yönünden yetki içinde kabul edilmektedir. Yargı yerinin kararını sözleşmenin yürürlüğe girmesinden sonra vermesi halinde, bu merciin karar alırken izlediği yöntemin sözleşmeye uygunluğunu incelemek de zaman yönünden yetki içindedir. Sözleşme hükmünün ihlali süreklilik arz ediyorsa (mülkiyet hakkını kaldırmayan, ama kullanımını engelleyen işgallerde olduğu gibi) *'antlaşmaların geriye yürümezliği ilkesi'* uygulama alanı bulmaz. Bu şekildeki devamlı ihlalde, sözleşmenin yürürlük tarihinden önce başlayan işlem ve uygulamayı, yürürlük tarihinden sonra şikayet mümkündür. Bütün bu durumlar, 11. Protokol'ün bireysel başvuruyu zorunlu yetki haline getirmesiyle, pratik değerlerini kaybetmiştir ve ancak sözleşmeye yeni katılan devletler için, sözleşmenin yürürlüğe girmesi düzeyinde söz konusu olmaktadır. Genel olarak zaman bakımından yetki için aranan başka bir koşul da, mahkemeye başvurunun iç başvuru yollarının tüketilmesinden itibaren altı ay içinde yapılmasının gerekliliğidir. Mahkemenin zaman yönünden yetkisinin sona ermesi ise, AİHS'nin 58. maddesine göre, sözleşen devletin, sözleşmeyi kendisi için yürürlüğe girdiği tarihten itibaren beş yıl geçtikten sonra, altı ay önce haber verme şartıyla bozması

²²Aynı, s. 53.

ile mümkündür: ancak sözleşmenin bozulması, ilgili devletin bozulmanın yürürlüğe girdiği tarihten önceki ihlallerden doğan sorumluluğunu ortadan kaldırmaz²³.

B) MAHKEMEYE BAŞVURU VE BAŞVURUNUN KABULEDİLİRLİLİK AÇISINDAN İNCELENMESİ

1- Mahkemeye Başvuru:

AİHM tarafından yapılan 4.11.1998 tarihli iç tüzüğe göre, yazılı olarak yapılan ve başvuru veya temsilcisi tarafından imzalanan (m. 45) bireysel başvuruda, gerektiğinde başvuru sahibinin kimliği gizli tutulabilir (m. 47/3). Başvuruyu, posta ile gönderme (ispat için iadeli taahhütlü) mümkündür ve başvuruyu konseyin resmi dili ile yazma olanağı yoksa, başvuru, açık bir dille, Türkçe (veya Avrupa Konseyi üyesi devletlerin birinin diliyle) yapılabilir (m. 34). Başvurular herhangi bir masrafı gerektirmez ve başvurunun bu aşamasında avukatla temsil şart değildir (m. 36). Mahkemeye başvuru için adli yardım talebinde bulunulamaz; ancak, prosedürün belli bir aşamasından sonra hemen, istem üzerine ya da mahkemece re'sen ilgiliye adli yardımda bulunulabilir (m. 91 ve sonrası). Başvurular doğrudan mahkeme başkanlığına yapılır (m. 51) ve başvurular herhangi bir şekil şartına bağlı değildir; başvuruda olması gerekli bilgi ve belgeleri kapsayan bir yazı yeterlidir (m. 45, 46, 47). Mahkeme başkanı, başvurunun incelenmesi için bunu bölümlerden birine gönderir (m. 51) ve başvuruların bölümlere dağıtılmasında, bölümlerin iş yükü ve yargılama faaliyetine katılacak ulusal yargıcın hangi bölümde olduğu göz önünde tutulur; şayet başvuru ulusal yargıcın olmadığı bölüme havale edilirse, ulusal yargıç o dava için bölüm değiştirerek davayı görecek bölüme katılır (m. 52)²⁴.

Geçici dosya, bireysel başvurunun yapılmasından sonra oluşturulur. Mahkeme veya yazı işleri müdürü (veya onun yerine görevlendirilen), işlem için bir bölüme gönderilmiş olan her başvuru ve başvuru amaçlı yazı için geçici bir dosya açar ve ön inceleme yapar. Gerekli görürse sekreter, başvuru ile yazışır ve başvuru koşulları nedeniyle ortaya çıkan sorunlar hakkında açıklamada bulunup ek bilgi ve belge ister. Başvurunun kabul edilirliliği konusunda açık bir engel varsa, bunu da ilgiliye bildirir. Bu aşamadan sonra, başvuru kayda alınır. **Esas kaydın** yapılmasıyla birlikte, mahkeme başkanı başvuruyu dairelerden birine gönderir (m. 52). Bu daire kural olarak, ulusal hâkimin görev yaptığı yer olacaktır. Kaydı yapılan başvuru için görevlendirilen dairedeki başkan, bir veya

²³Aynı., s. 54-56.

²⁴Aynı., s. 57.

birden fazla yargıcı raportör olarak görevlendirir (m. 49). **Raportör yargıç başvuru incelerken**, taraflardan gerekli gördüğü her türlü bilgi ve belgeyi isteyebilir. Raportör, kabul edilebilirlik konusundaki kararın üç kişilik komitece mi, yoksa daire tarafından mı alınacağına karar vermeye yetkilidir. Bu halde, raportörün kendisi, başvurunun kabul edilemez olduğunu düşünüyorsa, ya başvuru hakkında bir rapor hazırlayarak bu raporu komiteye gönderir veyahut başvuruyu doğrudan daireye gönderir²⁵. Kabul edilirlilik incelemesini komite yapacaksa, raporda; maddi olayların özeti, kabul edilemezlik veya davanın düşmesi önerisinin gerekçesi yer almalıdır. İnceleme, şayet dairece yapılacaksa, raporda maddi olayların özeti yanında, başvurunun sözleşme düzeyinde ortaya çıkardığı hukuki sorunlar, esas hakkındaki geçici görüş ile kabul edilirlilik hususundaki öneri yer alır. Komite veya daire başvurunun kabul edilemez olduğuna karar verirse yargılama sona erer. Komitenin rapora dayanarak vereceği kabul edilirlilik kararı, duruşmalı da verilebilir; ancak, zorunlu değildir. Her halükarda, başvuru konusundaki kararın olumlu olması üzerine, raportör dava dosyasını, tüm belgeleriyle birlikte, dava dairesine sunar (m. 51). Eğer dava, Büyük Daire'ce görülecekse, bölüm başkanınca yapılacak işlemler, mahkeme başkanınca yerine getirilir (m. 50)²⁶.

Bireysel başvuru sahibine **adli yardımda** bulunulması, başvuruda bulunan bu kişinin mali yetersizliğini, yetkili ulusal makamlar eliyle belgelemesine bağlıdır. Adli yardım verilmesinin amacı, davanın gereği gibi görülmesi için olmalıdır ve adli yardımda bulunulması, başvurunun başarı şansının belli ölçüde belirginlik kazanması ile mümkündür. Bu yardım, dava kesin kararla sonuçlanıncaya dek devam eder. Adli yardımda bulunmaya karar verme veya bu konudaki kararı kaldırma yetkisi, daire başkanına aittir. Adli yardım, avukat ücreti, yolculuk, iaşe ve diğer giderleri kapsar ve saptanmış olan bir tarife göre yapılır²⁷.

Telafisi mümkün olmayan zararlar söz konusu olduğunda (mahkemeye başvuru veya yargılamaya geçilmesi yürütmeyi durdurmadığı için), daire veya daire başkanı talep üzerine ya da re'sen **geçici önlem** kararı alabilir (m. 39). Bu karar, konunun özelliğine göre süreli veya süresiz olabilir. Alınan önlemler, taraflara ve Bakanlar Komitesi'ne bildirilir²⁸

²⁵ Tezcan-Erdem-Sancakdar, a.g.e., s. 91.

²⁶ Gölcüklü-Gözübüyük, a.g.e., s. 58.

²⁷ Aynı, s. 59.

²⁸ Aynı, s. 59-60.

Mahkeme, acele durumlarda başvuru ile ilgili olarak, her türlü araçla, gerekli özenin gösterilmesi adına ilgili devleti bilgilendirir (m. 40). Davalı devlet, eğer varsa, başvuru konusundaki inceleme aşamasında, kabul edilemezlik hususundaki ilk veya yetki itirazlarını başvurunun kabul edilebilirliği hakkındaki görüşlerini sunarken ileri sürmelidir (m. 55). Bir başvurunun, mahkeme başkanınca bölüme gönderilmesi üzerine, bölüm başkanının vazifesi, kabul edilirlilik incelemesini yapmak ve yargılamayı yapacak dava dairesini, bölüm içinde oluşturmaktır. Duruma göre, daire başkanı veya raportör hakim tarafından cevap veya cevaba cevap için belirtilen süreler geçince, dava dosyasına hiçbir yazılı beyan ve belge konamaz (m. 38); ancak 31. maddeye göre, usule ilişkin genel kurallara istisna getirilebilir²⁹.

2- Başvurunun kabul edilirlilik koşulları (AİHS m. 35):

a) *İç başvuru yollarının tüketilmesi*: Hem bireysel, hem de devlet başvurusu için geçerli olan ve devletler hukukunda tanınan bir ilke olan bu kurala göre, başvuru için yakınılan devletin hukukunca öngörülen tüm başvuru yollarının tüketilmiş olması ve olumlu sonuç alınmamış olması gerekir. Bunun doğurduğu en önemli sonuç, hak ve özgürlükleri korumada sözleşme organlarının görevinin ikincil, ulusal devletinkinin ise, asıl olduğudur. Tüketilmesi gereken iç hukuk yolları, yapılmış olan ihlalin giderilmesine elverişli ve ulusal hukukça öngörülen, etkili ve yeterli her türlü başvuru yoludur. Bu başvuru yolları, yargısal, yönetsel ve siyasi yollardır. Bir yolun tüketilmesi gereken yollar arasında yer alması için, *sorunu yasal olarak çözümlenmiş başvuru yollarının görevi içinde olması, yani sorunu çözüp çözmemenin kurumun takdiri içinde olmaması* gerekir. Bu anlamda, kimi durumlarda ulusal hukuk, yönetsel başvuru yollarını da öngörmüş olabilir; ancak siyasi yollar (yasama organına dilekçe vermek, af isteminde bulunmak gibi), genelde sözleşme açısından tüketilmesi gereken yollar arasında sayılmaz³⁰.

Yargısal yolların tüketilmesi, iç hukukun öngördüğü bütün yolların tüketilmesi anlamına gelir. İç hukuk, ilk derece mahkemesinden karar alma dışında istinaf ve temyizi de öngörmüşse -sözleşme taraf devletleri istinaf ve temyiz mahkemesi kurma konusunda yükümlü tutmamıştır-, bu yolların da tüketilmesi şarttır; fakat, bu yollara başvuru herkesin karşılayamayacağı olağanüstü bir harcamayı gerektiriyorsa, yol etkisiz sayılmakta ve tüketilmesine gerek görülmemektedir. Ayrıca, yasayla belli bir konu da özel bir iç hukuk yolu saptanmışsa, bu da tüketilmelidir, ancak ulusal yasa, şikayet

²⁹ Aynı, s. 60.

³⁰ Aynı, s. 63-64.

konusunda birden çok yolu barındırıyorsa ve kişi seçmekte serbestse, bunların hepsi tüketilmek zorunda değildir. Bunlardan ayrı olarak karar düzeltme yolu, özellikle Türk hukuku açısından değerlendirildiğinde, hukuk ve idari davalarda iç yolların tüketilmesi için bu yolun kullanılması gerekir; çünkü hukuk ve idari davalarda, kararın biçimsel açıdan kesinlik kazanması için karar düzeltmenin sonucunun beklenmesi veya başvuru için sürenin kaçırılmış olması şarttır. Ceza davalarında ise, karar düzeltme kesinleşmiş bir karar için olağanüstü bir yargı yolu olarak benimsendiğinden, ceza yargılamasında bu yolun tüketilmesine gerek yoktur. Hukuk davasında AİHM'ne başvuru için altı aylık süre, karar düzeltme isteminin reddinin tebliğinden itibaren, ceza davalarında da, temyiz kararının tebliğinden itibaren başlar. Yargılanmanın yenilenmesi, anayasa mahkemesine başvurma ve kanun yararına temyiz de Türkiye için tüketilmesi gerekli iç hukuk yollarından değildir³¹.

İç hukuk yollarının tüketilmiş olması için aynı zamanda, başvuru ulusal merciler önünde, çığnendiği iddia edilen sözleşme hükmünün zımnen de olsa, özü itibariyle ileri sürülmüş olması gerekir. Öz olarak iç hukuk yollarında ileri sürülemeyen hususlar, AİHM önünde de ileri sürülemez. Öngörülen iç hukuk yolları, yöntem, biçim, süre ve diğer şartlara uygun olarak tüketilmelidir; aksi taktirde, bu yol tüketilmiş sayılmaz. Yetkisiz veya görevsiz mahkemeye başvuru, süreler geçtikten sonra başvuru, başvuruyu geri alma, yetkisiz kişice yapılan başvuru bunlara örnek olarak verilebilir. Kural olarak, iç başvuru yolunun tüketilmesi aransa da, bunu yapmadan AİHM'ne başvurma durumunda, başvurunun kabul edilirliliği konusunda karar verilmeden önce iç hukuk yolu tüketilmiş olursa, mahkeme başvuruyu iç hukuk yollarının tüketilmediği nedeni ile reddedemez ve başvuruyu ön koşullar açısından inceleyip karara bağlar. Ayrıca, bu yola başvurulmadan AİHM'ne gidilmesi ve onun da başvuruyu reddetmesi halinde, ilgilinin iç yolları tüketerek tekrar başvurmasına engel bulunmamakla birlikte, uygulamada sürenin genelde geçirilmiş olması buna engeldir. *İç hukuk yollarının tüketildiğinin kanıtlanması* ise, başvuru buna ilişkin bilgi ve belgeleri AİHM'ne sunmasıyla mümkündür. Tüketilmesi gereken başka bir iç hukuk kuralı varsa, bunu kanıtlama yükümü ilgili devlete düşer; şayet devlet, iç hukuk yolunun tüketilmediği savında bulunmazsa, mahkeme, bunu kendiliğinden incelemeyişinden, bu sorun yokmuş gibi başvuruyu karara bağlar³².

³¹Aynı, s. 65-67.

³²Aynı, s. 68-70.

AİHM, iç hukuk yollarının tüketilmesinin makul olarak istenemeyeceği ya da amaca uygun düşmeyeceği veya soruna çözüm getiremeyeceği açıkça belli olan hallerde, bu yola başvurmanın şart olmadığını belirtmiştir. *İç hukuk yolunun tüketilmesini gerektirmeyen durumlar* ise, iç hukuk yolunun etkisiz olması (Güneydoğu Anadolu'daki köy yakmalarına ilişkin davalarda olduğu gibi), açık bir ulusal yasa hükmünün bulunması (sözleşmenin çiğnenmesinin yasadaki kaynaklandığı haller), yerleşmiş bir yargı içtihadının bulunması, sözleşmeye aykırı yerleşmiş yönetsel uygulamalar (işkence uygulayıcılarına devletçe gösterilen hoşgörü) -bu hale gelmesi için bu uygulamaların benzer türden ve sayılarının dikkati çekecek derecede olması gerekir-,davanın sürüncemede kalması (makul süreyi aşması), kişinin iç hukuk yolunu tüketmesinin kamu görevlilerince engellenmesidir. Bunun dışında, içtihatlarla saptanmış gerekçeler olduğu gibi, iç hukuk yolunun etkili ve uygun olduğu hususundaki kuşku, bu nedenler arasında sayılamaz³³.

b) *Başvurularda süre: altı ay kuralı*: Başvurunun, bir süreye bağlanmasının en önemli nedeni, hukuk güvenliğinin sağlanmak istenmesidir. Başvuru, iç hukuk yollarını tüketen son kararın alındığı tarihten itibaren altı ay içinde yapılmalıdır. Bu süre, kamu düzeni ile ilgili olduğundan hak düşürücü bir süredir ve bunun sonucu olarak mahkeme, süre koşuluna uyulup uyulmadığını kendiliğinden inceler, süresi içinde yapılmayanları reddeder ve bu ret kararı kesindir. İç hukuk yolunun bulunmaması ya da yasayla bu yolun kapatılması veya bu yolun etkisiz olması halinde süre, sözleşmenin ihlaline neden olan eylem veya işlem den itibaren başlar. Sürenin başlaması için önemli olan husus, kararın yazılı olarak bildirimini değil, kararın herhangi bir yolla öğrenilmesidir; ancak, bazı durumlarda kararın yalnızca hüküm fıkrasının öğrenilmesi, başvuru için yeterli görülmemiş ve sürenin başlaması için yazılı bildirim olması istenmiştir. Bunun nedeni olarak gösterilen de, yalnızca hüküm fıkrasının bildirilmesinin, işi mahkemeye götürmenin gerekliliğini değerlendirmek açısından ve yapılacak başvurunun dayanağını belirtme yönünden yeterli olmayacağı düşüncesidir. Ayrıca, kararın duruşmada açıklanmaması ve sonradan yazılı olarak bildirilmesi durumunda da, sürenin başlangıcı için yazılı bildirim aranmaktadır. Sürekli ihlalde (tek fiilin devam etmesi) de, eğer iç hukuk yolu yoksa, başvuru süresi, hakkın çiğnenmesinin sona ermesinden itibaren başlar. Bu ihlal bir yasadaki doğuyorsa ve iç hukuk yolu da yoksa, bu durumda altı ay kuralı uygulanmaz. Sürekli ihlalde yine de başvuru, makul bir sürede yapılmalıdır. Hakkı sürekli çiğnenen kişinin, şikayet başvurusunda bulunma olanağı varken bunu

³³ Aynı, s. 71-73.

kullanmaması, başvurunun süre aşımından reddine neden olabilir. Gene, önlem olarak alınan tutuklama kararlarının sözleşmeye aykırılığı halinde itiraz edilecek yer öngörülmemişse, başvuru süresi en geç tutuklama kararının kaldırıldığı ya da kişinin serbest bırakılmasından itibaren başlar. Ceza kovuşturmasının takipsizlikle sonuçlanmasında da, bir itiraz yolu yoksa, bu karardan itibaren süre işler. Birden çok çığnemenin olduğu hallerde ise, gerek iç hukuk yolunun tüketilmesi, gerekse altı aylık başvuru süresinin hesabı için her ihlal ayrı ayrı değerlendirilir³⁴.

Kural olarak, başvuru süresinin kesilmesi ve durması söz konusu olmasa da, başvuruyu engelleyecek nitelikte bedeni veya ruhi hastalık, kanıtlanması koşulu ile süreyi durdurur; ancak, sözleşme ve başvuru süresini bilmemek mazeret olarak kabul edilmez. Eski uygulamada, kişinin komisyona yakındığı konuyu içeren bir mektup yollaması, altı ay kuralı açısından komisyona yapılan bir başvuru olarak kabul gördüğü ve süreyi kestiğinden ve şimdiki uygulamada da AİHM buna tezat bir uygulamayı benimsemediğinden, bu teamül bugün için de geçerliliğini korumaktadır³⁵.

c) *Başvuruda kimliğin belirtilmesi*: Somut mağdur kavramının zorunlu gereği olan bu kurala istinaden, kimliği belli olmayan kişilerce yapılan başvurular kabul edilmez ve işleme konmaz (m.35/2-a); ancak başvuru sahibi kimliğinin kamuya açıklanmamasını isteyebilir. Bu durumda, kişinin kimliği temsili harflerle gösterilir ve kararlarda da açıklanmaz³⁶.

d) *Başvurunun daha önce mahkemece incelenmiş bir başvuru ile esas itibarıyla aynı olmaması*: Başvuru, mahkemece daha önce incelenmiş bir başvurunun konusuyla esas itibarıyla aynı ise ve yeni olaylar içermiyorsa reddedilir (m.35/2-b). Bu kural, her başvurunun kendi özel koşulları değerlendirilerek, esnek bir şekilde uygulanmaktadır. Ayrıca bireysel başvuruda, devlet başvurusundan farklı olarak, yeni başvurunun daha önce incelenmiş başvuruyla esas bakımından aynı olup olmadığı saptanırken, ilk başvurunun kabul edilirlilik aşamasında reddedilmiş olması kafidir; esasın karara bağlanmış olmasına gerek yoktur. Devlet başvurusunda ise, bunun işin esası incelenirken ele alınması şarttır. Yeni başvurunun kabul görmesi için daha önce sunulmamış yeni olayları içermesi gerekliliğiyle kastedilense, sunulan yeni vakaların ilk başvuruda alınan kararı hukuki açıdan değiştirecek nitelikte olmasıdır³⁷.

³⁴ Aynı, s. 87-90.

³⁵ Tezcan-Erdem-Sancakdar, a.g.e., s. 104.

³⁶ Gölcüklü-Gözübüyük, a.g.e., s. 94.

³⁷ Aynı, s. 95.

e) *Aynı hususta daha önce başka bir uluslararası mercie başvurulmamış olması:* Mahkemeye yapılmış bir başvuru, başka bir uluslararası yere yapılmış olan diğer bir başvuruyla esas bakımından aynı olmamalıdır (m.35/2-b). Bu halde, mahkeme kendisine yapılan bireysel başvuruyu, kabul edilirlilik aşamasında reddeder. Başka merci ile kastedilen şey, sözleşme tarafından öngörülen usuli sistem benzeri adli veya yarı adli inceleme biçimidir. Uluslararası merciden kasıt ise, devletlerce oluşturulan kurumlar ve yöntemlerdir³⁸.

f) *Başvurunun sözleşme ile bağdaşır nitelikte olması:* Yapılan başvuruyu inceleme, kişi, yer, konu ve zaman yönünden mahkemenin yetkisi içinde olmalıdır (m.35/3-b).

g) *Başvurunun açıkça temelden yoksun olmaması:* Özellikle, şikayetin kanıttan yoksun olması ve başvuru konusu yapılan olay veya olayların sözleşmenin ihlali sonucunu doğuran cinsten olmaması halinde mahkeme, bu tür başvuruları temelsiz bularak, kabul edilirlilik safhasında reddetmektedir (m.35/3)³⁹.

h) *Başvuru hakkının kötüye kullanılmaması:* Başvurunun siyasal propaganda niteliği taşıması, başvuruda gerek davalı devlet ve temsilcilerine, gerekse mahkeme ve üyelerine karşı hakaret niteliği taşıyan sözlerin olması, sözleşme organına gerçek dışı bilgi verilmesi gibi hallerde, başvuru hakkının kötüye kullanıldığı kabul görür (m. 35/3); ancak, başvurunun siyasal propaganda amacıyla yapılmış olması reddi için başlı başına yeterli değildir. Bu başvurunun aynı zamanda, sözleşmenin amacına ve ruhuna ters düşmesi, sözleşmenin kapsamı dışına çıkması gerekir. Başvurudaki hakaret niteliğindeki sözler ise geri alındığında, başvuru, mahkemenin inisiyatifıyla bazen kabul edilebilmektedir⁴⁰.

3- Başvurunun kabuledilirlilik bakımından incelenmesi:

Başvuru dosyasının, kabul edilirlilik konusunda bir karar vermeye yetecek kadar oluşmasından sonra (ön inceleme safhası), mahkeme başkanlığınca bir bölümün yapılan başvuru ile görevlendirilmesi üzerine, bölüm başkanı bölüm içindeki oluşumlardan birini dava dairesi olarak tayin eder. Bireysel başvuruda daha önce söz edildiği gibi, kabul edilirlilik incelemesini üç kişilik komite veya daire yapmaktadır. Müzakerede, raportör yargıcın raporunu göz önünde tutan komite, başvuru hakkında daha fazla inceleme yapmadan kabul edilmezlik veya davanın düşmesi kararı verebilecek halde ise, bu kesin

³⁸ Aynı, s. 96

³⁹ Aynı, s. 97.

⁴⁰ Aynı, s. 98-100.

nitelikteki kararı oybirliği ile verebilir. Komitece böyle bir karar alınmaması durumunda, daire, yine rapora dayanarak ve dosyadan edinilen bilgi buna yeterli ise, kabul edilemezlik ve düşme kararı alır; aksi halde ise, başvurunun davalı devlete tebliği kararı olarak görüşlerini bildirmesini ister. Davalı devlet, herhangi bir itirazını, yazılı veya sözlü halde başvurunun kabul edilirligi hakkındaki görüşlerini sunarken ileri sürmelidir. Yakınılan devletin görüşü, başvurana bildirilir ve başvuran isterse devletin cevabına cevap verebilir. Bu süre hak kaybı süresidir. Dosyanın bu şekilde tamamlanması üzerine daire, başvurunun kabul veya reddinde karar kılar. Bazı hallerde mahkeme, başvurunun kabul edilirlilik incelemesi ile esasın incelemesini birlikte yürütür. Bu taktirde, önce kabul edilirlilik konusu karara bağlanır ve kabul edilirlilik önkoşullarının davanın esasına ilişkin incelemeye bağlandığı kararda belirtilir; davanın esası açıklığa kavuştuktan sonra ise ön koşullar açısından karar almak kolaylaşacaktır⁴¹.

Mahkemenin kabul edilemezlik kararı kesindir ve aynı konuda yeniden mahkemeye başvurabilmek için, redde neden olan eksikliklerin giderilir cinsten olması ve başvuranın da bunları gidermesi şarttır. Başvurunun kabulüne ilişkin karar ise, taraflar arasında dostça çözüme neden olan veya başvurunun incelenmesi aşamasını başlatan niteliktedir. Mahkeme bu kararını, kabul edilemezlik nedenlerinden birinin kabul kararından sonra ortaya çıkması halinde, yargılamanın hangi safhasında olunursa olunsun kaldırabilir (m.35/4). 11. Protokol öncesi dönemde, maddi hata sonucu verilen kabul edilemezlik kararı da, başvuranın yazılı istemiyle komisyonca incelenip, gerektiğinde kaldırılabiliyor ve yerine kabul kararı verilebiliyordu. Bugün de, bu uygulamaya engel bulunmamaktadır. Değnilmesi gereken başka bir husus da, sözleşmenin 37. Maddesine göre, mahkemenin, yargılamanın herhangi bir aşamasında, başvuru sahibi başvurusunu takip niyetinde değilse, sorun çözülmüşse ve başka herhangi bir nedenden dolayı başvurunun incelenmesine devam edilmesi konusunda artık haklı bir gerekçe görmezse, başvurunun kayıttan düşürüleceğine karar verebileceğidir. Mahkeme, koşulların haklı gösterdiği kanaatine varırsa, kayıttan düşürülen bir başvurunun eski haline getirilmesine, yani yeniden kayda alıp incelenmesine karar verebilir. Kabul edilirlilik incelemesi sonucu ortaya çıkan gerekçeli kararın oy çokluğuyla mı, yoksa oy birliğiyle mi alındığı kararda belirtilir. Oy çokluğu ile alınan kararın olumsuz oy sahibi yargıçları, son karar aşamasının aksine, karşı oy açıklamasında bulunamazlar. Verilen karar kamuoyuna

⁴¹Aynı, s. 101-102.

açıktır, ilgililere gönderilir ve karar resmi dillerin her ikisi veya biriyle yazılır, gerekirse yayımlanır⁴².

C) BAŞVURUNUN ESAS AÇISINDAN İNCELENMESİ (m. 38)

1- Olayların Saptanması:

Mahkeme, başvurunun kabulüne karar verdiği takdirde, ihlal iddiasının incelemesine geçer ve söz konusu olayları ve bunların doğruluğunu saptamak adına, tarafların karşılıklı görüşlerini alır ve gerektiğinde soruşturma açar. İlgili devletler, soruşturma için her türlü kolaylığı sağlamakla mükelleftir. Bireysel başvurularda, kabulün hemen ardından taraflar, daha başka delillerini sunmaya davet edilebilirler. Tarafların birinin istemiyle veya re'sen, daire, duruşma yapılmasında da karar kılabilir; ancak daire istisnai olarak bir duruşma yapılmasının gerekmediğine karar verebilir. Daire başkanı, gerektiğinde, izlenecek yazılı ve sözlü usulü tayin eder (İç. t. m. 59)⁴³. Devlet başvurusunda da, yapılan işlemler hemen hemen aynıdır (İç. t. m. 58) ve hakkaniyete uygun tatmin talepleri de bu aşamada belgelenecek yapılmalıdır. Yargılama, Konsey'in resmi dili ile olmakla birlikte, özel hükümlerin izin verdiği hallerde başka dilde de yapılabilir. Duruşmalar, kural olarak kamuya açıktır (Söz. m. 40). Bununla birlikte AİHM, kamu düzeninin, milli güvenliğin, ahlaki yararın, kişisel hayatın gizliliğinin gerektirdiği hallerde, basın ve dinleyicilerin, duruşmanın tamamında veya bir kısmında salona alınmasını yasaklayabilir⁴⁴.

AİHM, olayları saptamak için soruşturma yaparken, önce tarafların yazılı olarak sunduğu kanıt ve görüşlerden yararlanır, karmaşık konularda duruşma yapar. Bilirkişi, tanık dinleme, yerinde inceleme ve soruşturma yollarından da istifade edebilen mahkeme, bu tür soruşturmaları kendi adına görevlendirdiği üye veya üyeler eliyle yapar (İç. t. 42/2). Bu üyeler, soruşturma sonucu oluşan raporlarını mahkemeye sunar. Soruşturma aşamasında karşılaşılan güçlükler, ilgili devletçe giderilmek zorundadır. Başvuranın mahkeme önündeki temsili sorunu ise, daire başkanınca aksine karar verilmedikçe, duruşmalarda başvuranın bir avukat veya yetkili bir kişice temsili kuralı ile aşılmaktadır. Başvuru sahibini, devletin engellememe yükümü olduğu ve bu kişinin dokunulmazlığa sahip bulunduğu gibi, hükümet temsilcileri, danışmanlar, avukatlar,

⁴² Aynı, s. 103-104.

⁴³ Aynı, s. 495.

⁴⁴ Reisoglu, a.g.e., s. 182.

tanıklar da yargılamadaki rolleri nedeniyle, yargı dokunulmazlığına sahiptir ve bunu ancak, AİHM kaldırabilir⁴⁵.

2-Dostane Çözüm:

Kaynağında, AİHM'ne verilen yetkinin tali nitelikte olması yatan bu çözüm şekli, başvurunun kabul edilirlğine karar verildikten sonra, anlaşmazlığın dostça çözüme bağlanabilmesi için, ilgili dairenin taraflarla temas etmesi ve dostça çözüme ulaşabilmesini kolaylaştıracak girişimlerle mümkündür (Söz. 38/1-b)⁴⁶. Yazı işleri müdürü, daire ve daire başkanının talimatıyla taraflarla ilişkiye geçer (İç. t. m. 62/1), mahkemenin yardımcı olacağını taraflara bildirir. Olumlu yanıt halinde mahkeme, tarafların arasını bulmaya çalışır, taraf temsilcileri ile ortak toplantı yapar. Kimi hallerde de taraflar, kendi aralarında görüşmeleri sürdürür ve uzlaşma halinde mahkemeye bildirir. Bu süreç, tamamen gizlidir ve bu görüşme ve öneriler davanın incelenmesi ve sonuçlanması aşamasında ileri sürülemez (S. m. 38/2-İç. t. m. 62/2)⁴⁷.

Taraflar, anlaşmazlığın giderilmesinde dostça çözüme varabilirlerse, AİHM, bu çözümün AİHS'nde öngörülen insan hak ve özgürlüklerine saygı esasına dayanması halinde, olaylarla ve benimsenen çözümle sınırlı bir açıklama yapar ve başvuruyu kayıttan düşürür (S. m. 38/1-b ve 39). Anlaşmazlık, davanın her aşamasında dostça çözüme bağlanabilir ve tarafların anlaşmazlığı bu şekilde gidermesi, ilgili devletin ihlali kabul ettiği anlamını taşımaz⁴⁸. Devletler, başvuranın uğradığı zarardan ötürü tazminat ödeyebileceği veya bazı işlemlerini geri alabileceği ya da düzeltebileceği (kişisel nitelikte olan dostça çözümler) gibi, başvuruya neden olan ve mahkemece sözleşmeye aykırı bulunan mevzuatta değişiklik yapma yükümlülüğü (genel sonuçları olan dostça çözümler) altına da girebilirler. Aksine bir tutum, devletlerin mahkumiyetine neden olur. Dostça çözüme ilişkin mahkeme kararı, uygulanmasının denetlenmesi amacıyla Bakanlar Komitesi'ne gönderilir (S.m.46) ve uygulama esnasında bir anlaşmazlık doğması halinde, bunun çözümü Bakanlar Komitesi'ne aittir⁴⁹.

3- Soruşturmanın Tamamlanması:

Davanın dostça çözüm yoluyla sonuçlandırılmaması halinde mahkeme, soruşturmaya devam ederek, dava dosyasını tamamlar. Sözleşen devletler, mahkemenin

⁴⁵Gölcüklü-Gözübüyük, a.g.e., s. 105-108.

⁴⁶Reisoğlu, a.g.e., s. 182.

⁴⁷Gölcüklü-Gözübüyük, a.g.e., s. 110.

⁴⁸Reisoğlu, a.g.e., s. 183.

⁴⁹Gölcüklü-Gözübüyük, a.g.e., s. 113.

yargı yetkisini ancak, sözleşmeye katılırken 57. madde⁵⁰ uyarınca, koyacakları çekince ile kısıtlayabilirler, fakat, çekincenin sözleşme ile bağdaşıp bağdaşmadığı mahkemece karara bağlanacaktır. Uygulanan yargılama usulü çelişmeli (yüz yüze) yöntemdir ve davada, karşı tarafın bilgi ve incelemesine sunulmayan hiçbir belge, ispat aracı olarak kullanılamaz. Soruşturmanın son aşamasını oluşturan duruşmaya karar verilmiş olması durumunda, daire başkanı, duruşmadan hemen önce taraf temsilcilerini bürosunda kabul ederek, birlikte, duruşma düzenini kararlaştırır. İlk itirazlar öncelikle çözülecek ve gerektiğinde, bunlar için ayrı duruşma da yapılabilecek veya bunlar davanın esasına bağlanarak davanın esası ile birlikte de çözülebilecektir. İç başvuru yollarının tüketilmediği ilk itiraz olarak ileri sürülürken, iddianın açıkça dayanaktan yoksun olması ve mahkemenin konu yönünden yetkisizliği, esasa ilişkin olduğundan, ilk itiraz olarak ileri sürülemez. Müzakereler kapalı ve gizli, son kararın açıklanması ise alenidir. Yeterli sebep göstermeksizin taraflardan biri duruşmaya gelmezse, daire, duruşmaya devam etmenin adaletin gereği gibi yerine getirilmesinin koşulu olarak görürse, davaya devam eder (İç. t. m. 64). Tanık, bilirkişi ve öteki kişiler mazeretsiz olarak duruşmaya gelmezlerse, bu hal, bu kişilerin egemenliğine tâbi olduğu devlete bildirilir ve onlarda kendi ulusal mevzuatlarındaki yöntemleri kullanarak bunun gereğini yerine getirir⁵¹.

4- Karar Safhası:

AİHM'nin esasa ilişkin kararı, ilke olarak, davalı devletin, eylem ve işlemleriyle, mahkeme kararlarıyla, AİHS'nde öngörülen temel hak ve özgürlüklere aykırı davranıp davranmadığını (tazminata hükmedebilme olanağı hariç) belirlemeye yöneliktir. Bunun dışında, mahkemenin bu belirleme doğrultusunda, ilgili devletin alması gereken önlemleri tespit edip yerine getirme hak ve yetkisi yoktur; yani, mahkemenin kararı beyan edici niteliktedir, inşai değildir. Aykırılığın nasıl giderileceğini, ilgili devlet, tercih ve takdir hakkını kullanarak tayin eder⁵².

A) *Esasa ilişkin son karar*: Mahkemenin davayı sonuçlandıran kararları üç gruptur: Kabul edilmezlik kararı, davanın düşürülmesi kararı ve davanın esasına ilişkin son karar. Esasa ilişkin son karar, duruşma yapılan davalarda mahkemenin duruşmadan hemen sonra gizli müzakereye çekilmesi (raportör yargıcın raporu dikkate alınır) ve bunun akabinde oylamaya geçmesi ile (eğilim belirleme oylaması), oybirliği veya oy

⁵⁰ AİHS m. 57/1: Bu sözleşmenin imzası ve onaylama belgesinin sunulması sırasında her devlet, sözleşmenin belirli bir hükmü hakkında, o sırada kendi ülkesinde yürürlükte olan bir yasanın bu hükme uygun olmaması ölçüsünde bir çekince kaydı koyabilir. Bu madde, genel nitelikte çekinceler konmasına izin veremez.

⁵¹ Aynı, s. 114.

⁵² Reisoğlu, a.g.e., s. 183.

çokluğuyla verilir. Varılan sonuca göre, gereğinde raportör yargıcın nezaretinde, mahkeme yazı işleri müdürlüğü tarafından bir 'karar taslağı' hazırlanır ve bu işlem duruşmasız yargılamalarda soruşturma tamamlandıktan sonra yapılır. Daire başkanınca atanan iki ya da üç yargıçlı yazım komitesi, gerektiğinde bu taslağı, 'karar tasarısı' haline getirir. Duruşma yapılmış davalarda, ikinci müzakere, hazırlanmış olan karar tasarısı üzerinden yapılır ve kesin oylamaya sunulur. Duruşmasız işlerde de, tek müzakere sonunda oylamayla karar verilir. Dairenin yedek üyeleri müzakerelere katılmakla birlikte, son oylamaya katılmazlar⁵³.

Mahkeme kararının içeriği (m. 42-44); ilgili daireyi oluşturan başkan ve yargıçların, yazı işleri müdürü ve yardımcısının adlarından, kararın alındığı ve açıklandığı tarihlerden, davanın taraflarından, devlet temsilcileri ve taraf avukat ve danışmanlarının isimlerinden, izlenen usul ve davanın maddi olaylarından, tarafların savlarının özeti ve hükmün hukuki gerekçelerinden, hüküm fıkrasından, eğer hükmedilmişse, yargılama giderleri ve tazminat uygulamasına ilişkin kararlardan, çoğunluğu oluşturan yargıçların sayısından ve gerekiyorsa, hangi metnin orijinal olduğunun belirtilmesinden oluşur. Davanın görülmesinde yer alan her yargıç, kendi aykırı görüşünü, kısa bir beyan veya karşı oy yazısı ile belirtme hakkına sahiptir⁵⁴.

b) *Hakkaniyete uygun tatmin (S. m. 41)*: Mahkeme, davalı devletin, AİHS'ne veya protokollere aykırı davrandığı sonucuna varırsa, bunun yol açtığı ve iç hukuk yoluyla tamamen ve kısmen karşılanmayan sonuçlarını gidermek üzere, davalı devletin, zarar gören başvurana adil bir karşılık ödemesine hükmedebilir (S. m. 41). AİHM, bu tazminata, başvuruda bulunanın talebi halinde karar verir ve talepte istenilen tazminat miktarı ve türü belirtilmeli, uğranılan zararı gösteren belgeler mahkemeye sunulmalıdır (İç. t. m. 60). Maddi tazminata hükmetmek için, ihlalle zarar arasında sıkı nedensellik bağı aranır ve maddi tazminat konusunda ilgili kişi, taleplerini belgeleyemez veya bunun hesabının yapılmasında güçlük çıkarsa, mahkeme 'adilane' yöntemle başvurarak tazminat miktarını saptar. Mahkeme, sadece maddi tazminata değil, onunla birlikte veya tek başına manevi tazminata da hükmedebilir. Hakkaniyete dayalı tatmin, maddi ve manevi tazminat yanında, eski hale iade ile davacının ödediği yargılama giderlerini de kapsar. Bu giderler hususunda mahkeme, giderlerin, gerekli, gerçek ve makul olduğuna ikna edilmelidir. Yargılama giderleri ve avukat ücreti konusunda mahkeme, ulusal hukukun saptadığı tarifelerle bağlı değildir ve davanın niteliğine göre kendi takdir hakkını

⁵³Gölcüklü-Gözübüyük, a.g.e., s. 116.

⁵⁴Aynı, s. 117.

yargı yetkisini ancak, sözleşmeye katılırken 57. madde⁵⁰ uyarınca, koyacakları çekince ile kısıtlayabilirler, fakat, çekincenin sözleşme ile bağdaşıp bağdaşmadığı mahkemece karara bağlanacaktır. Uygulanan yargılama usulü çelişmeli (yüz yüze) yöntemdir ve davada, karşı tarafın bilgi ve incelemesine sunulmayan hiçbir belge, ispat aracı olarak kullanılamaz. Soruşturmanın son aşamasını oluşturan duruşmaya karar verilmiş olması durumunda, daire başkanı, duruşmadan hemen önce taraf temsilcilerini bürosunda kabul ederek, birlikte, duruşma düzenini kararlaştırır. İlk itirazlar öncelikle çözülecek ve gerektiğinde, bunlar için ayrı duruşma da yapılabilecek veya bunlar davanın esasına bağlanarak davanın esası ile birlikte de çözülebilecektir. İç başvuru yollarının tüketilmediği ilk itiraz olarak ileri sürülürken, iddianın açıkça dayanaktan yoksun olması ve mahkemenin konu yönünden yetkisizliği, esasa ilişkin olduğundan, ilk itiraz olarak ileri sürülemez. Müzakereler kapalı ve gizli, son kararın açıklanması ise alenidir. Yeterli sebep göstermeksizin taraflardan biri duruşmaya gelmezse, daire, duruşmaya devam etmenin adaletin gereği gibi yerine getirilmesinin koşulu olarak görürse, davaya devam eder (İç. t. m. 64). Tanık, bilirkişi ve öteki kişiler mazeretsiz olarak duruşmaya gelmezlerse, bu hal, bu kişilerin egemenliğine tâbi olduğu devlete bildirilir ve onlarda kendi ulusal mevzuatlarındaki yöntemleri kullanarak bunun gereğini yerine getirir⁵¹.

4- Karar Safhası:

AİHM'nin esasa ilişkin kararı, ilke olarak, davalı devletin, eylem ve işlemleriyle, mahkeme kararlarıyla, AİHS'nde öngörülen temel hak ve özgürlüklere aykırı davranıp davranmadığını (tazminata hükmedebilme olanağı hariç) belirlemeye yöneliktir. Bunun dışında, mahkemenin bu belirleme doğrultusunda, ilgili devletin alması gereken önlemleri tespit edip yerine getirme hak ve yetkisi yoktur; yani, mahkemenin kararı beyan edici niteliktedir, inşai değildir. Aykırılığın nasıl giderileceğini, ilgili devlet, tercih ve takdir hakkını kullanarak tayin eder⁵².

A) *Esasa ilişkin son karar*: Mahkemenin davayı sonuçlandıran kararları üç gruptur: Kabul edilmezlik kararı, davanın düşürülmesi kararı ve davanın esasına ilişkin son karar. Esasa ilişkin son karar, duruşma yapılan davalarda mahkemenin duruşmadan hemen sonra gizli müzakereye çekilmesi (raportör yargıcın raporu dikkate alınır) ve bunun akabinde oylamaya geçmesi ile (eğilim belirleme oylaması), oybirliği veya oy

⁵⁰ AİHS m. 57/1: Bu sözleşmenin imzası ve onaylama belgesinin sunulması sırasında her devlet, sözleşmenin belirli bir hükmü hakkında, o sırada kendi ülkesinde yürürlükte olan bir yasanın bu hükme uygun olmaması ölçüsünde bir çekince kaydı koyabilir. Bu madde, genel nitelikte çekinceler konmasına izin veremez.

⁵¹ Aynı, s. 114.

⁵² Reisoğlu, a.g.e., s. 183.

çokluğuyla verilir. Varılan sonuca göre, gereğinde raportör yargıcın nezaretinde, mahkeme yazı işleri müdürlüğü tarafından bir 'karar taslağı' hazırlanır ve bu işlem duruşmasız yargılamalarda soruşturma tamamlandıktan sonra yapılır. Daire başkanınca atanan iki ya da üç yargıçlı yazım komitesi, gerektiğinde bu taslağı, 'karar tasarısı' haline getirir. Duruşma yapılmış davalarda, ikinci müzakere, hazırlanmış olan karar tasarısı üzerinden yapılır ve kesin oylamaya sunulur. Duruşmasız işlerde de, tek müzakere sonunda oylamayla karar verilir. Dairenin yedek üyeleri müzakerelere katılmakla birlikte, son oylamaya katılmazlar⁵³.

Mahkeme kararının içeriği (m. 42-44); ilgili daireyi oluşturan başkan ve yargıçların, yazı işleri müdürü ve yardımcısının adlarından, kararın alındığı ve açıklandığı tarihlerden, davanın taraflarından, devlet temsilcileri ve taraf avukat ve danışmanlarının isimlerinden, izlenen usul ve davanın maddi olaylarından, tarafların savlarının özeti ve hükmün hukuki gerekçelerinden, hüküm fıkrasından, eğer hükmedilmişse, yargılama giderleri ve tazminat uygulamasına ilişkin kararlardan, çoğunluğu oluşturan yargıçların sayısından ve gerekiyorsa, hangi metnin orijinal olduğunun belirtilmesinden oluşur. Davanın görülmesinde yer alan her yargıç, kendi aykırı görüşünü, kısa bir beyan veya karşı oy yazısı ile belirtme hakkına sahiptir⁵⁴.

b) *Hakkaniyete uygun tatmin (S. m. 41)*: Mahkeme, davalı devletin, AİHS'ne veya protokollere aykırı davrandığı sonucuna varırsa, bunun yol açtığı ve iç hukuk yoluyla tamamen ve kısmen karşılanmayan sonuçlarını gidermek üzere, davalı devletin, zarar gören başvurana adil bir karşılık ödemesine hükmedebilir (S. m. 41). AİHM, bu tazminata, başvuruda bulunanın talebi halinde karar verir ve talepte istenilen tazminat miktarı ve türü belirtilmeli, uğranılan zararı gösteren belgeler mahkemeye sunulmalıdır (İç. t. m. 60). Maddi tazminata hükmetmek için, ihlalle zarar arasında sıkı nedensellik bağı aranır ve maddi tazminat konusunda ilgili kişi, taleplerini belgeleyemez veya bunun hesabının yapılmasında güçlük çıkarsa, mahkeme 'adilane' yöntemle başvurarak tazminat miktarını saptar. Mahkeme, sadece maddi tazminata değil, onunla birlikte veya tek başına manevi tazminata da hükmedebilir. Hakkaniyete dayalı tatmin, maddi ve manevi tazminat yanında, eski hale iade ile davacının ödediği yargılama giderlerini de kapsar. Bu giderler hususunda mahkeme, giderlerin, gerekli, gerçek ve makul olduğuna ikna edilmelidir. Yargılama giderleri ve avukat ücreti konusunda mahkeme, ulusal hukukun saptadığı tarifelerle bağlı değildir ve davanın niteliğine göre kendi takdir hakkını

⁵³Gölcüklü-Gözübüyük, a.g.e., s. 116.

⁵⁴Aynı, s. 117.

sunmaya çağrılır. Başkan bunun için duruşma yapılmasına karar verirse, gün tayin eder ve yorum son karar şeklinde olur (İçt. m. 79)⁶⁰.

g) *Kararlar ve son kararlardaki yanlışlıkların (yazım ve hesap hataları) giderilmesi:* AİHM'nin kararlarında söz konusu olan yazım veya hesap hataları ya da açık yanlışlıklar, mahkemece re'sen veya kararın verilmesini izleyen bir ay içinde, taraflardan birinin talebi üzerine düzeltilir (İçt. m. 81)⁶¹.

h) *Yargılamanın yenilenmesi:* Mahkemece hükme bağlanmış bir davanın sonucunu kesinlikle etkileyecek nitelikte ve kararın verilmesi sırasında bilinmeyen bir olayın öğrenilmesi halinde, taraflardan biri, bunu öğrendiği tarihten itibaren altı ay içinde AİHM'ne başvurarak bu kararın yeniden oluşturulmasını (bir yargılama ile yeniden gözden geçirilerek) isteyebilir⁶². Bu talepte, düzeltilmesi istenen karar belirtilir ve gerekli koşulların oluştuğuna dair bilgilerle talebi destekleyen tüm belgelerin bir kopyası başvuruya eklenir ve talep, ekleriyle Yazı İşleri Müdürlüğü'ne teslimle dosyaya konur. İlgili kararı veren daire -bu dairenin oluşturulamaması halinde mahkeme başkanı kura ile daireyi tamamlar veya yeniden oluşturur-, talebin incelenmesine gerek olmadığı düşüncesiyle istemi reddedebilir. Daire talebi reddetmezse, yazı işleri müdürü bunu ilgili bütün taraflara bilgi için yollar ve kendilerini daire başkanıca belirlenen sürede yazılı görüşlerini bildirmeye davet eder. Daire duruşmaya karar verirse, daire başkanı gün tayin eder. Daire, hüküm biçiminde karar verir⁶³.

D) MAHKEME KARARLARININ NİTELİĞİ, UYGULANMASI, DENETİMİ

1- Kararların niteliği ve bu kararları uygulama yükümlülüğü:

Mahkeme kararları, sözleşmenin 44. maddesinin 2. fıkrasına göre kesinleşir ve Büyük daire kararları da kesindir. Kesinleşmiş kararlara karşı, olağanüstü bir kanun yolu mevcut değildir. Bu kesinleşmiş kararların bağlayıcılığı, sadece dava konusu ve davanın taraflarıyla sınırlı olduğundan, nisbidir. Bu kararların, herkes açısından geçerli etkisi yoktur; yani, diğer kişiler, kesin hüküm niteliği kazanmış bu kararlardan hukuken sonuç doğurur şekilde yararlanamazlar. Sözleşmeye taraf devletler ise, taraf oldukları davalarda, AİHM'nin kesin kararlarına uymakla yükümlüdür (S. m. 46/1)⁶⁴.

⁶⁰ Aynı, s. 122.

⁶¹ Reisoğlu, a.g.e., s. 185.

⁶² Aynı, s. 185.

⁶³ Gölcüklü-Gözübüyük, a.g.e., s. 123.

⁶⁴ Aynı, s. 123.

2- Kararların taraf devletlerin hukukuna etkisi, uygulanması ve öngörülen siyasal yaptırım:

Mahkeme, ilgili devletin işleminin ya da eyleminin sözleşmeye aykırılığının beyanıyla yetindiğinden, bu karar, kendiliğinden iç hukuku etkilemez. Mahkeme kararları, iç hukukta doğrudan infaz kabiliyeti olan kararlar da olmadığı için devlet, kararın yerine getirilmesi adına gereken yol ve yöntemini kendisinin belirlediği önlemleri almalıdır. İhlal kararının yerine getirilmesi, maddi imkânsızlıklar hariç, saptanan ihlal ve ihlalden doğan sonuçların ortadan kaldırılıp silinmesini ifade eder. Uluslararası hukukta 'cebri icra'nın yeri olmadığı düşünülürken, ne mahkeme, ne de denetimle görevli Bakanlar Komitesi, taraf devlete bağlayıcı emirler verip ihlali gidermesi noktasında zorlayıcı olamaz; ancak, mahkeme yol gösterici telkinlerde bulunabilir. Ayrıca mahkeme kararında, saptanan ihlalden o devletin hangi organının mesul olduğunu belirtmekten de kaçınılmalıdır; keza, mahkeme için önemli olan, tüm organlarıyla devletin uluslararası sorumluluğudur⁶⁵.

Sözleşmeciler devletler, kararın yerine getirilmesi için çeşitli uygulama ve yasal düzenlemelere gitmektedir. Ulusal hukukla mahkeme kararı arasında uyumsuzluk bulunması halinde AIHM kararının uygulanması için devletler, çoğu zaman bu kararı, kendi iç hukuklarındaki yargı kararının olağanüstü yargı yoluyla (kararın düzeltilmesi, yargılamanın yenilenmesi gibi) düzeltilmesi için bir neden kabul ederek uyumlaştırmaya gitmişlerdir. Mahkeme, devlet başvurusundaki kararıyla şayet, ulusal mevzuatın soyut olarak sözleşmeye aykırılığını tespit ederse davalı devlet ancak bu yasa değişiklikle mevzuatını sözleşmeye uygun hale getirir. Bireysel başvuruya konu olan ihlal, somut olarak yasanın uygulanmasından doğuyorsa -bireysel başvuruda soyut olarak yasaların sözleşmeye aykırılığı ileri sürülemez ve mahkeme somut olarak yasanın başvurana uygulanmasının aykırılık olup olmadığını inceler ve karara bağlar- mahkeme ihlal kararının davalı devletçe yerine getirilebilmesi için önce, ihlalin kaynağını tespit eder ve ancak bu safhadan sonra kararın nasıl yerine getirilmesi gerektiği açıklığa kavuşur. Eğer, ihlalin nedeni doğrudan yasa hükmüyse, karar ancak yasa hükmünün değiştirilmesi ile yerine getirilebilir ve devlet başvurusundaki soyut mevzuat incelemesi durumunun aynısı yaşanır. Bazı hallerde davalı devletin mahkeme önünde, ilgili yasanın değiştirilmesi için meclise tasarı sunacağını ve başvurusunun uğradığı diğer zararlar varsa karşılayacağını beyan etmesi durumunda, kararın uygulanabilmesi, bu beyanın yerine getirilmesine bağlıdır. Kimi durumlarda da ihlal uygulama sonucu değil, yasa hükmü doğrudan

⁶⁵Aynı, s. 125.

uygulanmasa bile kanun hükmünün soyut mevcudiyetinden doğabilir ve kişi devamlı mağdur olabilir. Mahkeme bu halde, yasanın sözleşmeye uygunluğunu inceler ve aykırılığa karar vermesi durumunda kararın yerine getirilmesi için yasa hükmünün değiştirilmesi gerekir. İhlale, yalnızca mevzuattaki boşluk neden oluyorsa, devlet bu boşluğu doldurmalıdır. Nihayet, ihlalin kanun hükmünün yanlış yorumlanıp uygulanmasından doğmasında ise kararın infazı sadece birey açısından sonuç doğuracaktır; ancak, bu konuda yapılacak bir içtihat değişikliği şüphesiz, daha etkili bir sonuca neden olacaktır⁶⁶.

Zikredilen bu yolları kullanarak kararı infaz etmeyen bir devlet muhakkak ki, insan haklarına aykırı davranmada direnen bir devlet konumuna düşecektir. Kararlara uymayan her devlet, Avrupa Konseyi Statüsü'nün, insan haklarının korunmasına ilişkin 8. maddesinde yer alan yaptırım göz önünde bulundurulmalıdır. Bu madde; *'insan haklarını ciddi biçimde çiğneyen herhangi bir Konsey üyesinin temsil hakları askaya alınabilir ve Bakanlar Komitesi tarafından Konseyden çekilmesi istenebilir. Üye bu isteğe uymazsa, Bakanlar Komitesi, belirleyeceği bir tarihten itibaren bu üyenin konsey üyeliğinin sona erdiğine karar verebilir'*, diyerek, taraf devletler için siyasal anlamda, etkili bir yaptırım öngörmüştür⁶⁷. Ancak, insan haklarına saygı yükümlülüğünü ihlal eden bir taraf devlete karşı öngörülen bu siyasal yaptırım dışında, Sözleşme, AİHM kararlarını yerine getirmemekte direnen bir devlete karşı hiçbir yaptırım öngörmemektedir. Bu durum, sözleşmenin önemli bir boşluğu olarak değerlendirilmektedir. Nitekim, uygulamada bazı AİHM kararlarının yerine getirilmemesinde ısrar edilmesi, Avrupa Konseyi organlarını AİHM kararlarının uygulanmasını sağlamak amacıyla girişimde bulunmaya yöneltmiştir. Bu bahisle, Avrupa Konseyi Parlamenter Meclisi bir tavsiye kararıyla, Bakanlar Komitesi'ne kararların yerine getirilmesi sistemini güçlendirecek önerilerde bulunmuştur. Bunun sonucu olarak Bakanlar Komitesi çeşitli kararlar almıştır. Nitekim, Roma Konferansının sonuçlarına uygun olarak, Bakanlar Komitesi 10 Ocak 2001'de AİHM kararlarının uygulanmasıyla ilgili yeni kurallar kabul etmiştir. Bakanlar Komitesi'nin AİHS'nin 46/2 maddesinde öngörülen yetkisini kullanma usulünü yeniden belirleyen bu kurallar, Komitenin AİHM kararlarını yerine getirilip getirilmediğini denetlerken, yapacağı incelemenin kapsamına da açıklık kazandırmıştır. Buna göre Bakanlar Komitesi, AİHM'nin tazminata hükmettiği kararlardan gecikme faizi de dahil olmak üzere, tazminatın ödenip ödenmediği ve eğer gerekiyorsa ihlalin durdurulması ve

⁶⁶Aynı, s. 124-127.

⁶⁷Reisoğlu, a.g.e., S. 186.

zarar gören tarafın mümkün olduğu kadar ihlalden önceki durumuna kavuşması için bireysel önlemlerin alınıp alınmadığı ve son olarak da, benzer yeni ihlalleri önlemek ya da devam eden ihlalleri sona erdirmek için genel önlemlerin alınıp alınmadığını denetleyecektir⁶⁸.

AİHM kararlarının yerine getirilmesi hususunda Sözleşme sisteminin güçlendirilmesi, bugün AİHM'nin ikinci bir reformdan geçirilmesi amacıyla yürütülen çalışmaların gündemindedir. Bakanlar Komitesi, 15.05.2003 tarihli bildirisinde, AİHM'nin uzun vadeli etkinliğini sağlamak için, AİHS'ni değiştirici nitelikte protokol taslağını ele alma isteğinde olduğunu açıklamıştır. Bu yeni protokolün hazırlık çalışmalarının ana başlıklarından biri de, AİHM kararlarının uygulanmasının iyileştirilmesi amacıyla alınacak önlemlerdir⁶⁹.

3- Kararların uygulanmasının denetimi:

Bakanlar Komitesi, sözleşme tarafından mahkeme kararlarının yerine getirilmesini denetlemekle görevlendirilmiştir (m. 46/2) ve bu denetim yetkisi, kararın yerine getirildiğini saptayan bir son kararla son bulur. Buna göre, son karar, mahkeme başkanı tarafından Bakanlar Komitesi'ne gönderilir ve organ bu kararı gündemine alır. Mahkemenin ihlal kararı vermesi halinde, Bakanlar Komitesi, davalı devletin bu hükmü yerine getirmesi için ne gibi önlemleri aldığını bildirmesini ister (10.01.2001'de Bakan Temsilcilerinin kabul ettiği kurallardır). Bu organ yalnızca, mahkeme kararlarının sözleşmeyi çiğnemiş olan devletçe yerine getirilmesini denetler. Bu doğrultuda, davalı devlete kararın yerine getirilmesi için bildirimde bulunurken, kararın yerine getirilmesi sırasında izlenecek yol ve yöntem konusunda öneride bulunamaz. Yerine getirmenin içeriğini belirleme yetkisi davalı devlete aittir. Davalı devlet, kararın yerine getirildiğinin komitece saptanabilmesi için, aldığı önlemleri (bireysel veya genel) bu organa ayrıntılı olarak bildirmekle mükelleftir. Komite, davalı devletten yeterli bir sonuç alana dek konuyu gündeminde tutar. Alınan önlemler yeterli bulunduğu takdirde, Bakanlar Komitesi alacağı bir kararla durumu saptar ve böylece denetim görevini yerine getirmiş olur. Komitenin, denetim konusunda aldığı her türlü karar kesindir ve bu kararlara karşı, herhangi bir organa başvurma olanağı yoktur⁷⁰.

⁶⁸Yasemin Özdek, *Avrupa İnsan Hakları Hukuku ve Türkiye: AİHS Sistemi, AİHM Kararlarında Türkiye* (Ankara:Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü İnsan Hakları Araştırma ve Derleme Merkezi Yayınları, 2004), s. 74-75.

⁶⁹Aynı, s. 76.

⁷⁰Gölcüklü- Gözübüyük, a.g.e., s. 128-129.

IV-SONUÇ

İnsan Hakları'nın tarihsel serüveni göz önüne alındığında, 'insan hakları ya da kamu özgürlükleri, insan onurunu korumayı, insanın maddi ve manevi gelişmesini sağlamayı amaçlayan haklara verilen isim olarak son birkaç yüzyıllık tarihi süreci içerisinde insanın en doğal hakları olarak düşünülmüştür'⁷¹. İnsan haklarına biçilen bu tarihi değer beraberinde, hak ve özgürlükleri güvence altına alacak ulusal ve uluslararası kurumsal ağı getirmiştir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi bu noktada, uluslararası düzeyde getirilmiş en önemli koruma sistemi olarak kabul görmektedir ve bu sözleşmenin koruma mekanizmasındaki birçok eksiklik 11. Protokol değişiklikleriyle giderilmiştir. Türkiye özgüllüğü ele alındığında, bu mekanizmanın kısmen de olsa ülkedeki insan hakları ihlallerinin sonuçlarını giderici etkiye sahip olması ve tarihsel olarak çok da gerileye gitmeyen, ulusal mevzuatta sözleşmeye aykırı olarak görülen hususlarda yapılan bazı değişiklikler, insan haklarının korunması noktasında atılan önemli bir adım olarak kabul edilmektedir; ancak, bu yapısal ağı, ihlallerin sonuçlarını gidermekten ve mevzuat değişikliklerinden önce ihlallerin önüne geçebilecek bir demokrasi anlayışına işlerlik kazandırması gerekmektedir. Öncelikle, hukuk devleti anlayışının tam olarak içselleştirilmesi ve buna işlerlik kazandırılması, sonra da yasalarda yapılan birçok değişikliğin, somut olarak uygulanmasını sağlayacak mekanizmaların yapılandırılması, bu yolda atılacak en önemli ve kaçınılmaz adım olacaktır.

⁷¹Tekin Akılhoğlu, **İnsan Hakları**, C.I, (Ankara: AÜSBF İnsan Hakları Merkezi Yayınları, 1995), s. 1.

KAYNAKÇA

- Akıllıoğlu, Tekin. **İnsan Hakları**, C.I. Ankara: AÜSBF İnsan Hakları Merkezi Yayınları, 1995.
- Çavuşoğlu, Naz. "Avrupa Konseyi: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin Denetim Sistemi", **Cogito 'İnsan Hakları'**, İstanbul: Yapı Kredi Yayınları, 2000.
- Gölcüklü, Feyyaz- Gözübüyük, Şeref. **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması**. Üçüncü Basım. Ankara: Turhan Kitabevi, 2002.
- Kapani, Münci. **İnsan Haklarının Uluslararası Boyutları**. Üçüncü Basım. Ankara: Bilgi Yayınevi, 1996.
- Reisoğlu, Safa. **Uluslararası Boyutlarıyla İnsan Hakları**. İstanbul: Beta Yayınları, 2001.
- Özdek, Yasemin. **Avrupa İnsan Hakları Hukuku ve Türkiye: AHİS Sistemi, AIHM Kararlarında Türkiye**. Ankara: Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü İnsan Hakları Araştırma ve Derleme Merkezi Yayınları, 2004.
- Tezcan, Durmuş- Erdem, Mustafa Ruhan- Sancakdar, Oğuz. **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu**. Ankara: Seçkin Yayınları, 2002.

BAŞKANLIK SİSTEMİ VE İÇERDİĞİ SİYASAL GERİLİM POTANSİYELİ

Ar. Gör. Uğur KARA*

I. Giriş

Türkiye'de başkanlık sistemi tartışmasının zaman zaman gündeme oturduğuna tanık olunmaktadır. Yakından bakıldığında tartışma zamanlamasının rastlantısal olmadığı görülebilmektedir. Gerçekten de, başkanlık sistemine dönük arayışların siyasal yaşamda sivrilmiş ve başbakanlık da yapmış isimlerin cumhurbaşkanlığında veya güçlü bir tek parti iktidarının söz konusu olduğu dönemde gündeme yerleştiği gözlenmektedir. Açık ki, daha güçlü yetkilerle donatılmış bir 'yürütme' arzusu, arayışların nedenidir. Bu arayışlarda, 'yürütme istikrarı' veya genel olarak 'siyasal sistemin istikrarı' gerekçelerine sığıldığı rahatlıkla seçilebilmektedir; ne var ki, başkanlık sisteminin 'serin kanlı' bir tahlilinin, yaygınlaştırılmaya çalışılan bu savlara kuşkuyla yaklaşmak gereğine işaret ettiği söylenebilecektir.

II. Başkanlık Sisteminin Ayırt Edici Özellikleri

Anayasa hukukunun temel ilgi alanlarından olan 'hükümet sistemleri' konusunun, demokratik esasları (siyasal çoğulculuk, siyasal katılma) benimsemiş olan siyasal sistemleri şart koştuğunu varsaydığını- belirtmek gerekir. Bu çerçeve içinde başkanlık sistemi, hükümet biçimleri sınıflandırmasının 'kuvvetler ayrılığı' ilkesini eksen alan kesimine dahil olan, *yasama ve yürütme kuvvetlerinin "daha yumuşak ve dengeli biçimde ayrıldığı parlamenter rejim"*den farklı olarak, *söz konusu iki kuvvetin "kesin ve sert biçimde ayrıldığı"*¹ bir hükümet sistemidir.

Başkanlık rejiminin soyutlamaya konu olabilecek özelliklerinin ABD esas alınarak yapılması gerektiği vurgulanmalıdır; çünkü, belirtildiği gibi başkanlık rejiminin, günümüze dek, *klasik biçimi ile tek uygulama alanı ABD'dir*². ABD uygulaması gözetilerek başkanlık sisteminin ayırt edici özelliklerine ilişkin şu belirlemelerde bulunulabilir:

*Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı Öğretim Elemanı.

¹Ergun Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku** (Dördüncü Basım. Ankara: Yetkin Yayınları, 1995), s. 301.

²Erdoğan Teziç, **Anayasa Hukuku** (Üçüncü Basım. İstanbul: Beta Yayınları, 1996), s. 421.

i- Tek başlı yürütme görülür; yürütme yetkisi başkanda toplanmıştır. Başkan, yürütme yetkisini doğrudan doğruya ya da yardımcıları (sekreterleri) aracılığı ile dolaylı olarak kullanır. Parlamenter rejimin özelliği olan iki başlı yürütme (devlet başkanı ve başbakan), başkanlık rejiminde yoktur; başkan hem devlet başkanı hem de başbakanın fonksiyonlarını yüklenmiştir³.

ii- Çifte meşruluk. Bu özellik, yürütmenin kendisinde cisimleştiği başkanın ve yasama organının ayrı ayrı seçimle belirlenmesi, diğer bir anlatımla ve de parlamenter sistemden farklı olarak yürütme organının da yasama organı gibi, meşruluğunun kaynağını doğrudan halkta bulmasıdır. Başbakanların yasama organınca seçilmesine karşılık, başkanların *ya doğrudan doğruya veya bir seçim heyeti yoluyla* halk tarafından seçilmesi, başkanlık sistemini parlamenter sistemden ayıran temel bir fark olarak belirmektedir⁴.

iii- Sabit görev süresi. Bu özelliğin, çifte meşruluğun doğal sonucu olduğu rahatlıkla ileri sürülebilecektir. Gerek yürütmenin, yani başkanın ve sekreterlerinin, gerekse yasamanın, yani meclislerin görev süreleri boyunca yetkilerine bütünü ile sahip olmaları, başkanlık rejiminin ayırt edici özelliği olarak resmedilmektedir⁵. Başkanlık sisteminde yürütmenin başı (başkan), anayasanın belirlediği bir dönem için seçilir ve normal olarak, yasama organının bir güvensizlik oyuyla istifaya zorlanamaz; bununla birlikte, bir başkanı, suç teşkil eden eylemlerinden dolayı, *impeachment* süreciyle görevden uzaklaştırmak mümkündür⁶. Başkanlık sisteminde yasama organının başkanı düşürememesinin paraleli, başkanın da yasama organını feshedememesidir⁷. Salt yürütmenin değil iki organın da sabit görev süresine sahip olmasının sistemin ayırt edici özelliği olarak belirlenmesinin genel kabul gördüğünü belirtmek gerekir⁸.

III. Başkanlık Sisteminde Potansiyel Siyasal Gerilim Dinamiği

Siyasal gerilim boyutu irdelenmeden hemen şu belirtilebilir ki, başkanlık sistemi yürütmenin ve yasamanın keskin ayrılığından kaynaklanan bazı kurumsal güçlükler de

³ Aynı, s. 424.

⁴ Arend Lijphart, **Çağdaş Demokrasiler**. Çev.: Ergun Özbudun ve Ersin Onulduran (k.y.: Türk Demokrasi ve Siyasi İlimler Derneği Ortak Yayını, t.y.), s. 45.

⁵ Teziç, a.g.e., s. 425.

⁶ Lijphart, a.g.e., s. 44-45.

⁷ Aynı, s. 47.

⁸ Nur Uluşahin'e göre, *başkanın yasama organını feshi kuvvetler ayrılığı ilkesinden önemli bir sapma olmakla birlikte, başkanın yasama organını fesih yetkisine sahip olması diğer tanımlayıcı kriterlerin de gerçekleşmesi halinde- başkanlık sistemini bir başka sisteme dönüştürmeyecektir*: Nur Uluşahin, **Anayasal Bir Tercih Olarak Başkanlık Sistemi** (Ankara: Yetkin Yayınları, 1999), s. 39.

içermektedir. Bu güçlük kendini en açık şekliyle, yürütmenin 'yasa yapım' sürecine katılamaması gerçeğinde gösterir: bununla birlikte bu güçlüğü yumuşatan bazı mekanizmalar da söz konusudur. Başkan ile Kongre arasındaki ilişkileri sağlayan bir araç olarak 'sürekli komiteler', başkanın Kongre'ye dönük 'mesajlar'ı bu bağlamda değerlendirilebilir. Öte yandan, başkanın Kongre karşısındaki en etkili aracı olan 'veto' yetkisi de anılmalıdır⁹. Şu halde, esas sorunun *siyasal güçlüklerle*, diğer bir anlatımla siyasal gerilim potansiyeliyle ilgili olduğu söylenebilecektir.

Lijphart'ın özlü anlatımıyla, "*parlamenter sistemle başkanlık sisteminin kendilerine özgü güçlü ve zayıf tarafları üzerindeki bilimsel tartışmalar, iki nokta üzerinde yoğunlaşmıştır. Bunlar, parlamenter sistemlerde yürütmenin istikrarsızlığı sorunu ile başkanlık sistemlerinde yasama ve yürütmenin kilitlenmesi sorunudur. Bu sorunlar, iki sistemin bünyelerinde hiç değilse potansiyel olarak mevcuttur ve büsbütün ortadan kaldırılmaları mümkün değildir*"¹⁰.

'Saf başkanlık sistemi' olarak tanımlanabilecek ABD başkanlık sistemi uygulamasında belirip belirmediği sorunu bir an için ihmal edilecek olursa, başkanlık sisteminin siyasal gerilim potansiyeliyle malûl olduğu söylenebilecektir. Bu potansiyelin, başkanlık sistemindeki 'çifte meşruluk' olgusundan ve bu olgunun yansıması olarak da değerlendirilebilecek 'sabit görev süresi'nden kaynaklandığı belirtilmelidir; bu bakımdan, isabetle vurgulandığı gibi, başkanlık sistemindeki çift meşruluğu sorun haline getiren, yürütmenin de yasama gibi seçimle iş başına gelmesi değil, *her iki organın da diğerinin görevden uzaklaştırma tehdidi altında olmaksızın varlığını koruyabilmesidir*¹¹.

'Başkanın ve meclislerin karşılıklı bağımsızlıkları'nın iki sonucundan sözü edilebilmektedir: Birincisi, organlardan hiçbirisi ötekinin yetki alanına karışmamaktadır; ikincisi, organlardan hiçbirinin ötekine baskı yapabilme ya da onu etkileme olanağı yoktur. Organlar arasında olası bir uyuşmazlık halinde, anayasal açıdan bir çözüm öngörölmüş değildir¹². Şu halde başkanlık sisteminin üstün yanı olarak anılan yürütmenin istikrarı olgusuna, yasama-yürütme ilişkisinin tıkanabileceği gerçeği eşlik etmektedir. Lijphart'ın anlatımıyla,

"Başkanlık sistemleri, başkanı yasama organından bağımsız kılmak, ona belli bir görev süresi tanımak ve halk tarafından seçilme yoluyla

⁹ Teziç, a.g.e., s. 426-427.

¹⁰ Lijphart, a.g.e., s. 48. Vurgu bizimdir.

¹¹ Uluşahin, a.g.e., s. 107.

¹² Teziç, a.g.e., s. 422-425.

otoritesini meşrulaştırmak suretiyle, yürütmenin istikrarı sorununu çözmektedir. Öte yandan, yürütme ve yasamanın birbirinden bağımsızlığı, bunlar arasında ciddi uzlaşmazlıklar ve kilitlenmeler ihtimalini ortaya çıkarır; bunlar, parlâmenter hükümet şekillerinde olduğu gibi, yürütme organının başını düşürmek ve yasama organının çoğunluğunun tercihleriyle daha uyumlu bir yenisini atamak yoluyla ortadan kaldırılamaz”¹³.

Açıktır ki, siyasal gerilimin potansiyel olmaktan çıkıp somut gerçeklik biçimini alabilmesinin olağan ön koşulu, başkanın ve parlamento çoğunluğunun aynı partiden olmamaları halidir. Böyle bir ön koşul, uzlaşmazlıklarla taçlandırıldığında, uyumsuzluğu açacak anayasal kanallar yoktur. Böyle bir durum ifadesini “uzlaşmadan bir arada yaşamak zorunda kalmak”¹⁴ tanımlamasında bulmaktadır. Soruna yürütme cephesinden bakıldığında şu söylenebilir: “Başkanın güçlü kurumsal konumu ile, sağlam ve tutarlı bir yasama çoğunluğunun desteğinden yoksun kalması halinde ortaya çıkan zayıf siyasal konumu arasındaki uyumsuzluk, başkanın otoritesini anayasal düzen dışında gerçekleştirme eğilimini artırmaktadır”¹⁵. Yasama cephesinden bakılacak olursa aynı anayasal düzen dışı eğilimin belireceği kuşkusuzdur; bu kez, eğilim en uç noktasını 'hükümet darbesi'nde bulur. Şili-Allende olayı, bu durumu örnekler¹⁶.

Öte yandan, siyasal tıkanmanın alabileceği olası biçimlerden biri de yasama yürütme arasında herhangi bir sürtüşme veya uzlaşma olmaksızın- görev süresi boyunca meşruluğu geniş halk kesimleri nezdinde aşman başkanın veya parlamentonun kendilerine seçilmiş olmayla tanınan süre sonuna kadar görevde kalacak olmalarıdır. Böyle bir meşruluk krizinin aşılması sorunu da 'sabit görev süresi' gerçeğine takılmaktadır. Başkanlık sisteminde meclisler de sabit dönemler için seçilmiştir ve başkanlarla birlikte, meclislerin de görev süreleri siyasal nedenlerle kısaltılmamaktadır¹⁷.

Bütün bu anlatımların 'saf başkanlık' veya 'klasik başkanlık' sistemi olarak değerlendirilebilecek ABD uygulamasında sadece soyutlama olarak kaldığını

¹³Lijphart, a.g.e., s. 50.

¹⁴Teziç, a.g.e., s. 427.

¹⁵Uluşahin, a.g.e., s. 141.

¹⁶Kuşkusuz, Şili örneği verilirken iç dinamik, diğer bir anlatımla başkanla yasama arasındaki gerilim ve bu gerilimin biçimsel boyutu esas alınmış ve bu siyasal gerilimi teşvik eden/tetikleyen dış unsurlar ABD müdahalesi- çözümleme dışı tutulmuştur.

¹⁷Uluşahin, a.g.e., s. 96-97.

vurgulamak gerekir. Bu durumun, biçime *partilerin iç işleyişi*- ve öze *siyasal kültür*, ABD liberalizminin özgün niteliği gibi- ilişkin bazı nedenlerinin olduğu savunulabilir. Bir kere, “ABD siyasi partilerinin yapısal özelliği, serbest partiler olmalarıdır. Başka anlatımla, partili parlamenterler, parlamento çatısı altında parti grupları kararları ile bağlı olmadıkları için, Başkanın ve parlamento çoğunluğunun farklı partilerden olması, yasama ve yürütme arasında, çoğu kez, bir uzlaşma zemini kurulmasını kolaylaştırabilmektedir”¹⁸. Öte yandan, ABD siyasi hayatında egemen olan iki büyük parti (Cumhuriyetçi/Demokrat) arasında, kesin ideolojik ayrılıklar olmadığı için her partide karşı eğilimleri taşıyanlar vardır¹⁹. Sorunun can alıcı kısmının burada yoğunlaştığı ileri sürülebilir. Bu durumu çözümlerken konuyu ABD siyasal kültürü, ABD liberalizminin özgün gelişimi ve giderek başkanlık sisteminin gerçek bir siyasal çoğulculuğa uygun olup olmadığı tartışmalarına vardırılmak mümkündür.

ABD liberalizmi 'saf' liberalizm tanımlamasını hak eder görünmektedir. Gerçekten de sosyal vurguların ABD liberalizmine çok cılız biçimde yansımış olduğu görülebilir. Bu durum sosyal vurgular etrafında saflaşmak gibi köklü bir kutuplaşmaya izin vermemekte ve olası ayrılıklar nüanslar üzerinde kendini gösterebilmektedir. Bu durumla bağlantılı diğer bir konu, ABD siyasal kültürünün şekillenmesinde, olası toplumsal saflaşmaların modern fenomenlerden ziyade, cemaat aidiyetleri ekseninde biçimlenmiş olmasıdır. Bu durum Avrupa örneğinde gördüğümüz türden parti saflaşmalarının da önünü kesmiş görünmektedir.

Önemli diğer bir nokta, bizzat başkanlık sisteminin bu verili siyasal kültürün yeniden üretilmesinde bir etken olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceğidir. Başkanlık sistemini bu gözle ele alan ve ABD'nin özgün siyasal kompozisyonuyla harmanlayan çözümlerlerin ABD için “iki tek parti” ve başkanlık sistemi içinse “doğası gereği muhafazakar” nitelemelerinde bulunduğu görülmektedir²⁰. Başkanlık sisteminin sözcüğün gerçek anlamında bir siyasal çoğulculuğa engel olduğu kanısını taşıdığı görülen bir değerlendirmeye göre,

“Başkanlık sistemi, fikirler arasında tercih yerine, fikirlerin taşıyıcısı olan şahsiyetleri ve onların programını ikame ederek, politik tartışmayı çarpıtıyor. Daha da ötede, seçim tartışmasını kaçınılmaz olarak- iki

¹⁸Teziç, a.g.e., s. 427.

¹⁹Aynı, s. 427.

²⁰Samir Amin, *Liberal Virüs: Sürekli Savaş ve Dünyanın Amerikanlaştırılması*. Çev.: Aynur Mert, Aydın Ördek, Fikret Başkaya (Ankara: Maki Basın Yayın, 2004), s. 62.

politik şahsiyete indiriyor, bu şahsiyetlerden her birinin olabildiğince geniş bir oy tabanına ulaşmak, bu amaçla da merkezdeki daha az politize olmuş kararsızların oyunu almak için mücadele etmesi gerekiyor. Bu da son tahlilde, radikalleşmenin önünü kesip, muhafazakarlığı besliyor... Başkanlık sistemi, farklı çıkarlar koalisyonunu özendirerek, başkanlık yarışında iki rakibin arkasında toplanmasına neden oluyor. Bu da alternatif toplum projesine sahip, gerçek siyasi partilerin... oluşmasını engelliyor²¹”.

IV. Sonuç

Yürütmenin istikrarı işleviyle sivrilen başkanlık sisteminin yasama-yürütme ilişkileri bakımından bir siyasal gerilim potansiyeliyle malûl olduğu açıktır. İsbetle belirtildiği gibi, “...*hükümet istikrarından da önemli olan rejim istikrarıdır. Başkanlık sisteminin ise, demokratik sistemin istikrarını sağlama yolunda parlamenter sistemin sağladığı esnekliği sağlayamadığı ve kilitlenmeleri aşacak kurumsallaşmış araçlara sahip olmadığı görülmektedir*”²². Kilitlenmeler noktasında başkanlık sisteminin, anayasal olmayan uç noktalara savrulma eğilimi gösterdiği söylenebilecektir. Uç çözümlere yol açmadığı ABD uygulamasında ise denge sağlayıcı olarak 'uzlaşma geleneği' veya 'uzlaşma kültürü' ön plana çıkmaktadır. Diğer yandan, ABD uygulamasındaki uzlaşma kültürünün irdelenmesinde, *başkanlık sisteminin gerçek anlamda siyasal bir çoğulculuğa izin vermediği* savını dillendiren görüşlerin de tartışmaya değer göründüğünü belirtmek gerekir.

²¹ Aynı, s. 62-63.

²² Uluşahin, a.g.e., s. 99.

KAYNAKÇA

- Amin, Samir. **Liberal Virüs: Sürekli Savaş ve Dünyanın Amerikanlaştırılması**. Çev.: Aynur Mert, Aydın Ördek, Fikret Başkaya. Ankara: Maki Basın Yayın, 2004.
- Lijphart, Arend. **Çağdaş Demokrasiler**. Çev.: Ergun Özbudun ve Ersin Onulduran. (k.y.) Türk Demokrasi ve Siyasi İlimler Derneği Ortak Yayını, (t.y.)
- Özbudun, Ergun. **Türk Anayasa Hukuku**. Dördüncü Basım. Ankara: Yetkin Yayınları, 1995.
- Teziç, Erdoğan. **Anayasa Hukuku**. Üçüncü Basım. İstanbul: Beta Yayınları, 1996.
- Uluşahin, Nur. **Anayasal Bir Tercih Olarak Başkanlık Sistemi**. Ankara: Yetkin Yayınları, 1999.

CEZA HUKUKU BAKIMINDAN YASAL OLMAYAN TIBBİ MÜDAHALE

Ar. Gör. Ozan Ercan TAŞKIN*

GİRİŞ

Yaşam hakkı, başta anayasalar olmak üzere, ulusal ve uluslararası belgelerde koruma altına alınmıştır. Nitekim yaşam hakkı, bütün diğer temel hak ve özgürlüklerin hayata geçebilmeleri açısından da bir çeşit varlık koşuludur. Anayasa'nın 17. maddesi şu şekildedir: "*Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir. Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz...*". Yaşam hakkı, vazgeçilemez, devredilmez nitelikteki haklardandır. İnsanın temel hakkı olan yaşam hakkının sağlanabilmesi, sağlık hakkının varlığına bağlıdır. Bu hak ilk kez Evrensel İnsan Hakları bildirgesinde vurgulanmıştır. Ülkemizde bu hakkın mevzuata girmesi ilk 1961 Anayasası ile olmuştur. 1982 Anayasası'nda ise bu hak, 17 ve 56. maddelerde düzenlenmiştir. Yaşam ve sağlık haklarının gerçekleştirilmesinde en önemli bilim alanlarından birisi, tıp bilimidir.

Hukuk düzeni, "yaşam hakkı"nı, hiç kimseye, yaşam üzerinde hiçbir şekilde tasarrufta bulunma izni vermeyecek kadar önemser. Ancak bütün olası risklere rağmen çok eski çağlardan itibaren sağlığı tehlikeye giren kimselere karşı tıbbi müdahalelerde bulunmaya izin verilmiştir ve bu müdahalede bulunacak kimseler özel olarak yetiştirilmiştir. Tıbbi müdahalede bulunmanın, sağlık hakkına dolayısı ile yaşam hakkına yönelmesi sebebiyle, bu müdahalede bulunma hakkı çok sıkı koşullara bağlanmıştır. Tıbbi müdahalede bulunacak kişinin alacağı eğitimden, müdahalenin yapılış biçimine ve sağlığı bozulan kişinin rızasının şekline kadar her türlü husus ayrıntılı bir şekilde ilgili yasalarda düzenlenmiştir. Biz bu çalışmada ülkemizde pek sık rastlanılan, '*yasadışı tıbbi müdahalede bulunmanın cezai sorumluluğunu*'nu inceleyeceğiz. Gerek insanların içinde buldukları çaresizlikten, gerekse birtakım hurafelerden dolayı her yıl ülkemizde çok sayıda hasta, ehil olmayan kimselerin yaptıkları tıbbi müdahaleler sonucunda mağdur olmaktadır. Bu mağduriyetlerin giderilmesinde, yapılacak denetimler ve yasaya aykırı

* Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usûl Hukuku Ana Bilim Dalı Öğretim Elemanı.

olarak hekimlik yapanlara yönelik uygulanacak müeyyideler yanında, toplumun bu konuda bilinçlendirilmesi de çok önemlidir.

BİRİNCİ BÖLÜM

TIBBİ MÜDAHALE KAVRAMI VE KOŞULLARI

1. TIBBİ MÜDAHALE KAVRAMI :

Hekimin, hastasını sağlığına kavuşturma için yaptığı her şey, hukuki olarak tıbbi müdahale¹ kavramı içinde değerlendirilir². Tıbbi müdahale şu şekilde de tanımlanabilir, “*Hastalıkları ve sakatlıkları önlemek, tedavi etmek veya hafifletmek amacını taşıyan bilimsel ve teknik fiillerin bütünü*”³. Konuyu düzenleyen kanuni hükümlerde de tıbbi müdahale kavramı ortaya konmaya çalışılmıştır⁴. Tıbbi müdahale birçok farklı şekilde tanımlanabilirken, hekim tanımı çok daha basit şekilde verilmektedir. Bu tanıma göre hekim: tıbbi müdahalede bulunan kimsedir⁵.

2. TIBBİ MÜDAHALEDE BULUNMANIN KOŞULLARI :

2.1. Tıbbi Müdahalenin, Tıp Mesleğini İcraya Kanunen Yetkili Kimseler Tarafından Gerçekleştirilmesi

Her şeyden önce yapılan müdahalenin hukuki sayılabilmesi için, hukuki müdahalede bulunacak kimsenin kanunen yetkili olması gerekir”. Bu şekilde hekim, kanundan doğan yetkisini kullanarak birtakım hukuki fiillerde bulunabilecektir. Bu husus bir hakkın

¹Biz, bu çalışmada tıbbi müdahale kavramını ‘tababet’ kavramının yerine geçecek şekilde de kullanmayı tercih edeceğiz.

²SÜTLAŞ, Mustafa: **Hasta ve Hasta Yakını Hakları**, İstanbul 2000, s.42.: Kişinin hayatını kurtarmak ve sağlığına kavuşturmak amacıyla uzman bir hekim eliyle gerçekleştirilen müdahaleye tıbbi müdahale denir. Bu konuda bkz. DERYAL, Yahya: **İnsan Sağlığına Ve Vücut Bütünlüğüne Yönelik Tıbbi Müdahalelerde Hastanın Rızası**, <http://www.saglikhukuku.net/bilgi/hh.asp>.

³BAYRAKTAR, Köksal: **Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu**, İstanbul 1972, s. 23.

⁴Tıbbi deontoloji Nizamnamesi Madde 13 - Tabip ve dış tabibi, ilmi icapları uygun olarak teşhis koyar ve gereken tedaviyi tatbik eder. Bu faaliyetlerinin mutlak surette şifa ile neticelenmemesinden dolayı, deontoloji bakımından muaheze edilemez. Tababet prensip ve kaidelerine aykırı veya aldatıcı mahiyette teşhis ve tedavi yasaktır. Tabip ve dış tabibi: teşhis, tedavi veya korunmak gayesi olmaksızın, hastanın arzusuna uyarak veya diğer sebeplere, akli veya bedeni mukavemetini azaltacak her hangi bir şey yapamaz. Aynı şekilde 1982 Anayasası'nın 17 maddesi, “*Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir. Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz.*” şeklinde ifadeler kullanarak tıbbi müdahalenin çerçevesini oluşturmuştur.

⁵BAYRAKTAR: s. 23.

⁶BAYRAKTAR: s. 111.: DÖNMEZER, Sulhi/ ERMAN, Sahir: **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım**, C.II. 5.Bası, İstanbul 1974, s. 51.

kullanılması olarak da ifade edilebilir⁷. Bu hakkın kullanılması da tıp mesleğinin icrası ile söz konusu olabilecektir. Bu mesleği kullanacak kişinin sahip olması gereken özellikler, 11.4.1928 tarih ve 1219 sayılı “*Tababet Ve Şu’abatı Sanatların Tarzı İcrasına Dair Kanun*” ile 23.1.1953 tarih ve 6023 sayılı “*Türk Tabipler Birliği Kanununda*” düzenlenmiştir.

Bu düzenlemeler dikkate alındığında, tıp bilimini icra edebilmek için:

- a) Tıp fakültesi mezunu olup, hekimlik diploması sahibi olmak,
- b) Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olmak,
- c) Tabip Odasına kayıtlı olmak,
- d) Hekimlik yapmaya engel halin olmaması gerekir⁸.

a) Tıp Fakültesi Mezunu Olup, Hekimlik Diploması Sahibi Olmak:

Tıp fakültesinden mezun olan kimsenin yeterli bilimsel donanuma sahip olduğu gösteren belge diplomadır⁹. Tıbbi müdahaleler oldukça karmaşık ve ciddi riskler taşıyan müdahalelerdir, bu nedenle bu tür müdahalelerin gerekli eğitimi almış kişiler tarafından gerçekleştirilmeleri gerekir. Yani müdahalede bulunacak kimsenin ehil olması gerekir. Diplomanın geçerli olması için, diplomanın Sağlık Bakanlığınca onaylanması gerekir¹⁰. Hangi düzeyde sağlık personelinin, ne tür müdahalelerde bulunabileceği kanunda ayrıntılı olarak düzenlenmiştir¹¹.

b) Türkiye Cumhuriyeti Vatandaşı Olmak:

1219 sayılı Kanunun 1. maddesi tıbbi müdahalede bulunmak için Türk vatandaşı olmayı arar¹². Bu ilkeyi koymaktaki amaç, ülke hekimlerini yabancı hekimlere karşı

⁷BAYRAKTAR: s. 111.

⁸Tıbbi müdahalede bulunacak kişiler 1219 sayılı Kanunda sayılı olarak gösterilmiştir. Buna göre, tıbbi müdahalede bulunacak kişiler, hekimler, diş hekimleri, ebeler, sağlık memurları, sünnetçiler, ve hastabakıcı hemşirelerdir.

⁹1219 sy. Kanun'un 1. maddesi bu hususu düzenlemiştir. Buna göre: “*Türkiye Cumhuriyeti dahilinde tababet icra ve her hangi surette olursa olsun hasta tedavi edebilmek için Türkiye Darülfünunu Tıp Fakültesinden diploma sahibi olmak ve Türk bulunmak şarttır*”.

¹⁰1219 sy. Kanun, m.2 : Bu işlem kurucu değil bildirici niteliktedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. BAYRAKTAR: s. 113.

¹¹1219 sy. Kanun, m.3 ve 23. Tıp eğitiminin şekline ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. BAYRAKTAR: s. 113-117.

¹²Türk vatandaşı olmaya ilişkin esaslar 403 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu'na göre belirlenecektir. Bkz.ÇAKMUT, Özlem: *Tıbbi Müdahaleye Rızanın Hukuku Açısından İncelenmesi*, İstanbul 2002, s. 30.

koruma kaygısıdır¹³. Bu ilke diğer taraftan mutlak bir ilke değildir. Kanuni bir düzenleme olması koşuluyla yabancı hekimlerin de Türkiye'de çalışmaları olanaklıdır¹⁴.

c) Tabip Odasına Kayıtlı Olması:

Hekimlik mesleğini yerine getirebilmenin diğer bir koşulunda Tabip Odasına kayıtlı olmaktır. Oda bir yandan mesleki dayanışmayı, meslek içi eğitimi sağlarken diğer yandan da bir disiplin mekanizması olarak çalışmaktadır¹⁵. Hekimliği serbest olarak icra edenlerin odaya kayıt olmaları zorunlu iken, serbest olarak hekimlik mesleğini icra etmeyenler açısından böyle bir zorunluluk yoktur¹⁶.

d) Hekimlik Yapmaya Engel Halinin Olmaması Gerekir:

Bu haller, geçici olarak mesleğin icra edilememesi ve sürekli olarak hekimlik mesleğinin icra edilememesidir.

i) Geçici olarak mesleğin icra edilememesi:

Türk Tabipler Birliği Kanununun 38. maddesi, "*Haysiyet Divanı, odaya girmeyen veya kanunun kendisine tahmil ettiği diğer vecibeleri yerine getirmeyenler inzibati ceza verir*" hükmünü getirirken diğer maddelerinde Haysiyet divanınca verilecek cezalar 15 günden 6 aya kadar geçici olarak meslekten çıkarma olarak gösterilmiştir. Haklarında meslekten men cezası verilmiş hekimler hiçbir şekilde mesleklerini icra edemezler.

ii) Sürekli olarak hekimlik mesleğinin icra edilememesi:

1219 sayılı Kanunun 28. maddesinde belirtilmiştir. Burada söz konusu olan aslında belli bir meslek ve san'atın icrasının tatili cezasıdır. Ancak, mevcut düzenlemede yer alan hekimlik dışı faaliyetlerden dolayı da alınan cezaların, hekimlik mesleğini yapamamaya yol açması eleştirilmiştir¹⁷.

¹³BAYRAKTAR: s. 117.

¹⁴BAYRAKTAR: s. 119.

¹⁵BAYRAKTAR: s. 119.; ÇAKMUT: s. 32.

¹⁶Bkz. Türk Tabipler Birliği Kanunu m.7 ve m.15.

¹⁷BAYRAKTAR: s. 121.

İKİNCİ BÖLÜM

YASA DIŞI HEKİMLİK YAPMA

1. Genel Olarak

Birinci bölümde, ana hatları ile kimlerin, hangi koşullarda ve nasıl hekimlik yapabileceklerini belirtmeye çalışmıştık. Bu durumda olan kimselerin, tıbbi müdahalelerde bulunmaları onlar açısından bir yetkidir¹⁸. Bu yetki, kaynağını hukuka uygunluk nedenleri arasında bulur. Bu hukuka uygunluk nedeninin kuramsal çerçevesi noktasında, doktrinde, çok farklı yaklaşımlar vardır. Biz bu çalışmada bu tartışmalara girmeyeceğiz. Ancak bu tartışmaların merkezinin kanunun tanıdığı yetki ve/veya mağdurun (hastanın) rızasının oluşturduğunu söylemekle yetinelim¹⁹.

Tıbbi müdahaleler konusunda yapılan bilimsel çalışmaların neredeyse tamamı, bir kimsenin hekim olduğu halde, bazı yapması yasak faaliyetlerde bulunması halini incelemektedir. Bir kimsenin hekim olmadığı halde tıbbi müdahalede bulunması durumunda ortaya çıkan mesele, temel olarak 1219 Sayılı Kanun'un, 25 ila 26. maddelerine ve Türk Ceza Kanununun ilgili maddeleri çerçevesinde çözümlenmektedir.

1219 Sayılı Kanun 25. madde, “*Diploması olmadığı halde cerrahi menfaat için olmasa dahi her hangi suretle olursa olsun hasta tedavi eden veya tabip unvanını takınan şahıs bir aydan altı aya kadar hapis ve yirmi beş liradan beş yüz liraya kadar ağır cezayı nakdi ile mücazat olunur. Bu suretle icrayı sanat neticesinde Türk Ceza Kanunu itibariyle daha ağır cezayı müstelzim bir fiil işlenilmiş olduğu takdirde o fiile mahsus ceza verilir.*” Hükümünü getirirken, aynı kanunun 26. maddesi ise tabip olduğu halde, yetkisiz müdahalede olan kimseye ilişkin şu düzenlemeyi getirmiştir, “*Bu kanunun ahkâmına tevfikân icrayı sanat salahiyeti olmayan veya her ne suretle olursa olsun icrayı sanattan memnu bulunan bir tabip sanatını icra ederse yirmi beş liradan iki yüz liraya kadar hafif cezayı nakdi ile cezalandırılır*”.

¹⁸Yetki kavramının hak kavramı ile karıştırılmaması gerekir. Yetkinin karşılığında görev vardır. Yetki ve görev birbirlerinden beslenen kavramlardır. Hak ise sübjektif bir değer bildirmektedir ve bir hakka sahip olan isterse o hakkını kullanmayabilir. Bu anlamda hekimlerin, tıbbi müdahalede bulunmalarının hukuksal karşılığının, hak kavramının çerçevesinde değil de, görev-yetki kavramının çerçevesinde değerlendirilmesi gerekir.

¹⁹Ayrıntılı bilgi için bkz. ÇAKMUT: s. 81-113.

2. 1219 Sayılı Kanun'un 25. Maddesinde Belirtilen Suç ve Görüşümüz

1219 Sayılı Kanunun 25. maddesinde belirtilen hususlar kanaatimizce iki ana başlık altında incelenmelidir. Bu anlamda üzerinde ilk olarak düşünülmesi gereken husus 25. maddenin ilk kısmıdır. 25. maddenin ilk kısmı, TCK'da ayrıca bir suç olarak gösterilmese dahi, tıp diploması olmayan bir kimsenin tedavi maksadı ile olsa bile, tıbbi müdahalede bulunmasını veya sadece tabip unvanını takınmasını dahi cezalandırmaktadır. Buna göre bu tür bir faaliyet içerisinde bulunan kimse para cezasına ve bir aydan altı aya kadar hapis cezasına çarptırılır.

1219 Sayılı Kanunun 25. maddesinin, ilk kısmında belirtilen suçun ortaya çıkması için bir kimsenin olmadığı halde tabipmiş gibi davranması yeterlidir. Ortaya zararlı bir sonucun çıkmış olması gerekmez. Bize göre tabip olmayan bir kişinin ister davranışlarıyla, isterse sözleriyle, tabip izlenimi yaratmış olması yeterli olmalıdır. Yasanın lafından bu anlaşılır. Söz konusu maddenin ikinci kısmında ise, ortaya, TCK'nın anladığı anlamda bir zararlı sonucun çıkması halinde, TCK'da belirtilen cezaların uygulanacağı belirtilmiştir. Yani bu anlamda müessir fiil ya da adam öldürme ile ilgili TCK maddelerine gidilmek gerekir. Ancak, burada tartışılması gereken husus bu yönelmenin, kusurluluğun hangi kalıbına göre olacağıdır. Bir başka söyleyiş ile failin sorumluluğu kast kalıbına göre mi yoksa taksir kalıbına göre mi belirlenecektir²⁰.

Kanun, diploması olmayan ehliyetsiz kişinin, herhangi bir hastalığı tıbbi ya da özel yöntemlerle teşhis ettikten sonra, iyi edecek araçları uygulama veya önermeyi yasaklamış ve cezalandırmıştır. Böyle bir halde uygulamaya maruz kalmış olan kişinin (mağdurun) rızasının hiçbir önemi yoktur. Bu anlamda rıza fiili uygun hale getirmez²¹. Elbette yanılma durumunun esaslı sayılması gerekir.

Ülkemizde çok sık görülen meslek icrası sayılamayacak telkin ve tavsiyelerin tıbbi müdahale olarak görülmemesi icap eder. Bu anlamda örneğin reçetesiz olarak satılan, ilaçların tavsiyesi suç oluşturmaz²².

Tıbbi müdahalede bulunan kimsenin hekim olup olmadığı hususunda bir kuşkunun bulunması halinde bu durumu, Yüksek Sağlık Şurası belirgin hale getirecektir. Böyle kuşkulu bir durumda Yargıtay Ceza Dairesi konuyu Şuraya sormaya karar vermiştir²³.

²⁰Bu sorunun yanıtını son paragrafta vermeye çalışacağız.

²¹DÖNMEZER/ERMAN: s. 55.

²²Zira, böyle bir durumda ortaya zararlı sonuç çıkmadığı gibi, satılan ilacın (reçetesiz satılabilmesi anlamında) önerilmesi, tıbbi bir öneri olarak düşünülmemelidir.

²³www.kazanci.com.tr/kho2/belediye/kararlar/S.htm.

Kişinin yaptığı faaliyetin sahte hekimlik kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceğine ilişkin hususlarda da Yüksek Sağlık Şurası'ndan görüş alınır²⁴.

Mağdurun rızasının, yetkisiz hekim bakımından bir geçerliliği yoktur. Rıza ancak, yetkili kimseye karşı verildiğinde bir anlam taşır. Kaldı ki yetkili kimsenin tıbbi müdahalesinde rızanın rolü de bir noktaya kadardır. Rızanın olmadığı hallerde dahi tabip tıbbi müdahalede bulunabilir.

Yetkisiz hekimlik yapma suçuna ilişkin bir önemli konu da bu tür faaliyetin bir zaruret sonucu olup olmadığıdır. Bu anlamda eğer somut olay TCK. kapsamında yer alan hukuka uygunluk nedenlerinden, “zaruret hali” kapsamında görülebilirse, sorunun bu kalıp dahilinde çözümlenmesi gerekir²⁵.

SONUÇ

Kimlerin tıbbi müdahale bulunma ehliyeti olduğunu yasa koyucu ayrıntıları ile düzenlemiştir. Bu düzenleme ile tıbbi müdahalede bulunma yetkisi ve görevi oldukça sınırlandırılmıştır. Bu sınırlama, sadece geleneksel bazı müdahaleler, tıbbi müdahale kapsamında sayılamayacak tavsiyeler ve hukuka uygunluk nedenlerinden birisi olan zaruret halinin varlığı halinde aşılabilecektir. Bu sayılan üç hal dışındaki her türlü tıbbi müdahale 1219 Sayılı Kanunun 25. maddesi uyarınca cezalandırılacaktır.

Bu noktada aydınlatılması gereken husus, yetkisiz hekimlik yapan kimsenin hangi kusur kalıbına göre sorumlu tutulacağıdır. Maddenin ilk kısmı açısından bu konuda bir sorun yoktur. Bu anlamda TCK'nın suç olarak saydığı hususlar dışında, hekimlik anlamında bir faaliyette bulunan kimsenin bir aydan altı aya kadar hapis ve bir miktar para cezası ile cezalandırılmasında manevi unsur bakımından bir tartışma yürütmeye gerek yoktur. Kişinin somut olay bakımından yasanın öngördüğü faaliyeti yürütmesi yeterlidir.

TCK'na giren suçlar bakımından ise ortaya çıkan sonuçla, hareket arasında maddi bir nedensellik bağının kurulmasından sonra failin kusuru nasıl belirlenecektir. Başka bir söyleyiş ile müessir fiil veya adam öldürme suçu kapsamında taksir mi yoksa kast kalıbı mı esas alınacaktır.

²⁴7. CD. E. 1998/7454, K. 1998/8007 (YKD. şubat 1999): Doktorluk yapmadığını öne süren sanığın eyleminin sahte tabiplik yapma niteliğinde bir eylem olup olmadığı Yüksek Sağlık Şurasından sorulup saptanarak sonucuna karar verilmelidir. Bkz. www.angelfire.com/mt/prohtm/SUBAT99.

²⁵CENTEL, Nur: **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, İstanbul 2003, s. 244: Örneğin: bir dağ geçişi sırasında düşerek kayaların arasına sıkışan bir kimseyi, başka türlü bir müdahale olasılığı da yoksa, kurtarabilmek için diplomasız kimsenin tıbbi müdahalede bulunması.

Yetkisiz hekimlik yapan kimsenin, ortaya çıkan zararlı sonuçtan kastından mı yoksa taksirinden mi sorumlu tutulacağı konusunda, Dönmezer/Erman yaklaşımı şu şekildedir; suçlar bakımından manevi unsur yani, isnat edilebilirlik ile saik birbirine karışmaktadır. Kişinin, hangi saik ile tıbbi müdahalede bulunduğu önemi yoktur. Bu husus ceza hukukunun şu çok bilinen örneği ile açıklanmaya çalışılır. Zenginden alıp fakire veren kimse, bir suç işleme saiki ile değil sosyal adaleti gerçekleştirme saiki ile hareket eder, fakat hukuksal anlamda kendisinde hırsızlık kastının bulunduğu şüphe edilemez. Manevi unsur ile maksat birbirlerine karıştırılmamalıdır. Yetkisiz hekimlik yapanın saiki iyileştirme olabilir, fakat müessir fiil veya adam öldürme bakımından neticeyi biliyordur²⁶. Dönmezer/Erman'ın sorunu bu örnekten hareketle kast kalıbı içinde değerlendirdikleri sonucuna varılabilir. Ancak, kanaatimizce söz konusu meselede en azından doğrudan kasttan bahsetmek olanaklı değildir.

Yetkisiz hekimlik yapma suçunda, sorunun kastı aşan suçlar kapsamına girip giremeyeceği tartışmasında ise, suçun bu bağlamda değerlendirilemeyeceği açıktır. Bir suçun kastı aşan suç kapsamında değerlendirilmesi için şu hususların varlığı aranır: *Failin işlemiş olduğu temel suç kasıtlı olmalıdır. Failin istemiş olduğundan daha ağır bir netice gerçekleşmelidir. Gerçekleşen netice ile temel suçun davranışı arasında maddi nedensellik bağı olmalıdır. Meydana gelen ihlal, aynı hukuksal değer ya da menfaat üzerinde gerçekleşmelidir. Ağır neticeden failin sorumlu tutulacağına dair açık bir kanun hükmü bulunmalıdır.* Bu unsurlardan bahsetmek yetkisiz hekimlik suçu bakımından olanaklı değildir.

Bize göre sorun, dolayısıyla kast ya da öngörülü taksir kalıpları içerisinde ya da bunların arasında yer alan bir sorumluluk biçimi ile aşılmalıdır. Dolaylı kast durumunda fail suçun gerçekleşmesinin olanaklı olduğunu görmekte ancak bunu umursamamakta, "olursa olsun" demektedir. Bu kast türünde fail sonucu meydana getirmek için çaba göstermediği gibi, sonucun meydana gelip gelmeyeceğinden emin değildir. İşini olurlu bırakmıştır. Öngörülü (bilinçli) taksirde ise fail tehlikeyi bilmekte ancak özen ve dikkat yükümlülüğüne aykırı olarak sonucun meydana gelmeyeceğine güvenmektedir. Bizce, yetkisiz hekimlik yapan bakımından da sorun bilinçli taksir kalıbı ile dolayısı ile kast arasında değerlendirilmelidir. Bu anlamda bize, dolayısıyla kastından dolayı sorumluluk fikir daha yakın gelmektedir. Nitekim, ortaya zararlı bir sonuç çıkmayıp da, örneğin hasta yasadışı tıbbi müdahale sonucunda 'iyi' olmuşsa ortada TCK anlamında bir suçtan

²⁶DÖNMEZER/ERMAN: s. 50.

bahsetmek olanaklı değildir, kişi, sadece 1219 Sayılı Kanun çerçevesinde sorumlu olacaktır. Ayrıca bilinçli taksir durumunda, ilk hareketin, örneğın kalabalık içerisinde süratli araç kullanmanın ceza kanunları bağlamında cezai bir müeyyidesi yoktur. Ancak ortaya zararlı bir sonuç çıkarsa, TCK devreye girmektedir. Yetkisiz hekimlikte ise eylemin kendisi zaten suçtur. Ortaya çıkan sonucun daha ağır olması halinde ise devreye TCK'nın hükümleri girecektir.

KAYNAKÇA :

- BAYRAKTAR, Köksal: **Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu**, İstanbul 1972.
- CENTEL, Nur: **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, İstanbul 2003.
- ÇAKMUT, Özlem: **Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi**, İstanbul 2002, s. 30.
- DERYAL, Yahya: **İnsan Sağlığına Ve Vücut Bütünlüğüne Yönelik Tıbbi Müdahalelerde Hastanın Rızası**, <http://www.saglikhukuku.net/bilgi/hh.asp>.
- DÖNMEZER, Sulhi/ ERMAN, Sahir: **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım**, C.II. 5.Bası, İstanbul 1974.
- SÜTLAŞ, Mustafa: **Hasta ve Hasta Yakını Hakları**, İstanbul 2000.
www.angelfire.com/mt/prohtm/SUBAT99.
- www.kazanci.com.tr/kho2/belediye/kararlar/S.htm.

YARGISAL KURUMLARIN İDARİ İŞLEMLERİ

Hâkim Mehmet UĞUR*

1- YARGI İŞLEVİ NEDİR

Yargı işlevi, hukuksal uyumsuzlukların veya hukuka aykırılık savlarının yargısal yöntemlerle çözülerek kesin hükme bağlanması olarak tanımlanabilir¹. *Bir makamın yargı organı olarak kabul edilebilmesi için, yasa ile kurulması, yargısal yöntemler kullanması ve yargıç güvencesine sahip olan üyelerden oluşması gerekmektedir*².

İdarenin de bazen kendi alanı içinde bazı hukuksal uyumsuzlukları çözümlendiği ve yaptırım uyguladığı görülmekte ise de, bu tür faaliyetleri yargı işlevi ile özdeşleştirmek doğru değildir.

Anayasa Mahkemesi, zilyetliğe tecavüzün önlenmesi konusunda mülki idare amirlerine yetki veren 5917 sayılı yasa ile ilgili kararında idari makamların kararlarının yargı yetkisinin kullanılması anlamına gelmeyeceğine³ ve idari para cezalarının da ceza mahkemelerince uygulanan cezai yaptırımlarla aynı nitelikte olmadıklarına⁴ karar vermiştir.

1982 Anayasasının 9. maddesi uyarınca yargı yetkisi bağımsız mahkemelerce kullanılır. Buna göre, *yargının tek bir organdan oluşmadığı, bir organlar topluluğu olduğu söylenebilir*. Bir organlar topluluğu olan yargının ayırt edici özelliği, bağımsız mahkemelerden oluşmasıdır⁵. Bağımsız mahkemeler de, Anayasanın 138. maddesinde düzenlenmiştir. *Bağımsız mahkemelere, görevlerinin yerine getirirken, hiçbir organ, makam, merci veya kişi tarafından kendilerine emir ve talimat verilemez, genelge gönderilemez, tavsiye ve telkinde bulunulamaz*. Bağımsız mahkemelerin kararları

*Ula Hâkimi.

¹ GÖZÜBÜYÜK, Şeref-TAN, Turgut, İdare Hukuku, Genel Esaslar C. I, Turhan Kitabevi, Ankara 2001, s.8.

² Nitekim Anayasa Mahkemesi 1961 Anayasası döneminde verdiği bir kararında Vergiler Temyiz Komisyonunun yargısal bir kurum olmadığına karar vermiştir. GİRİTLİ, İsmet-BİLGİN, Pertev- AKGÜNER, Tayfun, İdare Hukuku, Der Yayınevi, İstanbul 2001, s. 803.

³ Anayasa Mahkemesi, 21.02.1963 tarih ve 1962/274 Esas, 1963/40 sayılı karar, Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi, Sayı 1, s. 104.

⁴ Anayasa Mahkemesi, 06.01.1970 tarih ve 1969/46 Esas, 1970/2 sayılı karar, Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi, Sayı 8, s. 169.

⁵ GÜNDAĞ, Metin, İdare Hukuku, İmaj Yayınevi, Ankara 2003, s. 5.

yasama ve yürütme organını bağlar, kararları bu organlarca değiştirilemez, yerine getirilmeleri geciktirilemez. Mahkemelerin yargıçları, görevlerinde bağımsızdırlar ve yargıç güvencesi ile donatılmışlardır.

2- YARGISAL KURUMLAR ve YÖNETSEL KURUMLARLA KARŞILAŞTIRILMASI

Yargı işlevi, adli yargı, idari yargı, anayasa yargısı, seçim yargısı ve uyuşmazlık yargısı olarak beş başlık altında toplanabilir.

Adli yargı, kişiler arasında özel hukuk uyuşmazlıklarını çözümlmek ve ceza yarasını uygulamakla görevli mahkemelerden oluşur. Adliye mahkemeleri hukuk ve ceza mahkemeleri olarak ikiye ayrılır. Ceza mahkemeleri sivil ve askeri ceza mahkemeleri olarak ikiye ayrılır. Sivil ceza mahkemeleri ve hukuk mahkemelerince verilen kararların son inceleme makamı Yargıtay'dır. Askeri ceza mahkemelerinin kararları ise Askeri Yargıtay'da temyizen incelenir (Anayasanın 154. maddesi).

İdari yargı ise, idarenin yargısal denetimi ile görevlidirler ve bu da, demokratik yönetim sistemlerinde ifadesini bulan hukuk devleti ilkesinin bir sonucudur. İdari yargı, kişiler ile idare arasında çıkan uyuşmazlıklar ile idare hukuku ile vergi hukukunun uygulanmasından kaynaklanan uyuşmazlıkları çözümler. Kural olarak idare ve vergi mahkemelerinin son kararlarına karşı Danıştay'a temyiz başvurusu yapılır (Anayasanın 155. maddesi). Askeri kişiler hakkındaki uyuşmazlıklar ile askeri hizmete ilişkin uyuşmazlıklar Askeri Yüksek İdare Mahkemesi tarafından çözümlenir, bu mahkeme hem ilk derece hem de temyiz mercii olarak davalara bakar. Sayıştay'ı da idari yargı düzeni içerisinde kabul etmek gerekir, zira genel ve katma bütçeli kuruluşların hesap ve işlemlerini kesin hükme bağlamakla görevlendirilmiş, kararlarına karşı yasa yoluna başvurulamayan ve Anayasada düzenlenmiş bir kurumdur (Anayasanın 160. maddesi).

Anayasa yargısı, yasaların, yasa hükmündeki kararnamelerin ve TBMM İçtüzüğünün anayasaya aykırılığı hakkındaki savları karara bağlamakla görevli Anayasa Mahkemesi tarafından yerine getirilir (Anayasanın 146. maddesi). Anayasa Mahkemesi ayrıca bazı yüksek devlet görevlilerinin görevleri ile ilgili suç işlemleri durumunda Yüce Divan sıfatıyla ceza yargılaması da yapar (Anayasanın 148. maddesi).

Seçim yargısı, seçimlere ilişkin şikayet ve itirazları karara bağlamakla görevli ilçe ve il seçim kurulları ile bu kurulların kararlarının kesin olarak incelemekle görevli Yüksek Seçim Kurulu tarafından yerine getirilir (Anayasanın 79. maddesi).

Uyuşmazlık yargısı ise, idari yargı ile adli yargı düzeni içerisinde yer alan mahkemeler arasındaki görev ve hüküm uyumalarını çözümlemekle görevli olan ve anayasal anlamda bir başka yüksek mahkeme niteliğindeki Uyuşmazlık Mahkemesi tarafından yürütülür (Anayasanın 158. maddesi).

Bağımsız mahkemeler topluluğundan oluşan yargı organı açıkça anayasada düzenlenmiş olduğundan yargı ile idarenin ayırt edilmesinde sorunla karşılaşmaz. Ancak, hemen belirtmek gerekir ki, *yargı organları sadece yargısal görev yaparlar diyebilmek olanaklı değildir, yargı organları idari (yönetmel) işlemler de ifa edebilmektedirler.*

3- YARGISAL KURUMLARIN İDARİ İŞLEMLERİ

Yargı organlarının yönetmel işlemler tesis etmeleri de olanaklıdır. Yargısal kurumların çekışmesiz yargı adı altında yaptıkları işlemlerin idari işlev taşıdıkları ifade edilmektedir, ancak işlemin idari işlem olduğunun ileri sürülebilmesi için işlemin tamamıyla idare işleviyle ilgili olması gerekir⁶.

Yargısal organların idari işlemlerine örnek olarak yargı organlarının yazı işlerinin yürütülmesi gösterilebilir, bunun yanında hukuk ve ceza yargılamasında kanun yararına temyiz yolunda Adalet Bakanının 'gerekli görmesi' biçimindeki işlemi organik bakımdan idari işlem olmasına rağmen yargısal nitelik taşıdığından idari işlem olduğu ileri sürülemez. Ancak, ceza yargılamasında yazılı emir olağanüstü yasa yolunda Adalet Bakanının yazılı emir yoluna gitme yetkisini kullanıp kullanmaması idari işlem sayılmamıştır⁷.

Yargı organlarının çelişmesiz yargı adı altında yaptıkları işlemlerin idari işlem oldukları da savunulmaktadır. Buna örnek olarak da, boşanmış karı-kocanın, yeniden birbirleri ile evlenmeyi istemeleri durumunda, evlenme yasağının kaldırılması işlemi gösterilmektedir⁸.

Anayasanın 159. maddesinde düzenlenen Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu kararlarına karşı yargı yoluna başvurulamayacağına ilişkin düzenlemenin, atama kararları bakımından, iptali için açılan davada Anayasa Mahkemesi verdiği kararında; anılan kurulumun yapısı gereği hükümetle bağlantılı olmadığını, anayasa koyucunun bu

⁶ GÖZÜBÜYÜK, Şeref-TAN, Turgut, age, s.8.

⁷ Danıştay 10. Dairesinin 25.11.1971 tarih, 1971/1381 esas, 1971/2743 karar sayılı kararı, Danıştay Dergisi, Yıl 1990 Sayı 82, s. 1001.

⁸ GÖZÜBÜYÜK, Şeref, Yönetim Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 1995, s. 8.

kurulu kendi içinde yürütme olarak düzenlediğini dolayısıyla kurul tarafından yapılan atama kararlarının genel yürütme işlemleri biçiminde olmadığına karar vermiştir⁹.

Yargısal kurumlar bünyesinde kurulan adalet komisyonlarının hâkim ve savcılar dışında kalan personelin atanması, disiplin işlemleri ve özlük işleri ile ilgili yaptıkları işlemlerin idari işlem niteliğinde olduğu kanısındayız¹⁰. Dolayısıyla adalet komisyonlarının veya mahkeme hakimlerinin ve cumhuriyet savcılarının kendi kalem personelleri hakkında tesis ettikleri aynı nitelikteki işlemler de idari nitelik taşımaktadırlar. Yargısal kurumların personelle ilgili olan işlemlerin dışında kalan diğer işlemlerin yargısal nitelik taşımaları nedeniyle idari işlem olduğu ileri sürülemeyeceğinden bu işlemler hakkında idari yargı yoluna gidilemez, bu işlemlerin kurumların niteliğine göre kendi usul hukuklarına ilişkin mevzuat uyarınca denetlenmesi söz konusu olmaktadır¹¹.

Yüksek yargı organlarının üyeliklerinin seçimlerine ilişkin işlemlerin niteliği konusuna da değinmek yerinde olacaktır.

Anayasa Mahkemesi üyelerinin seçimi, 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Yasanın 4. maddesinde düzenlenmiştir. Bu hükme göre, cumhurbaşkanı, anayasa mahkemesi üyelerinin iki asıl ve iki yedek üyesini Yargıtay, iki asıl ve bir yedek üyesini Danıştay, birer asıl üyesini Askeri Yargıtay, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi ve Sayıştay genel kurullarınca kendi başkan ve üyeleri; bir asıl üyesini Yükseköğretim Kurulunun kendi üyesi olmayan yükseköğretim kurumlarının hukuk, iktisat ve siyasal bilimler dallarındaki öğretim üyeleri içinden; üye tamsayılarının salt çoğunluğu ile her boş yer için gösterecekleri üçer aday içinden; üç asıl ve bir yedek üyesini ise, Yükseköğretim Kurulu başkan veya üyesi veya Yükseköğretim Kurumu rektör veya dekanı veya müsteşar, müsteşar yardımcısı, general, amiral, büyükelçi, bölge valisi veya vali olarak görev yapan veya mesleğinde avukat olarak fiilen onbeş yıl çalışmış olanlar arasından doğrudan seçer.

2797 sayılı ***Yargıtay*** Yasasının 29. maddesinde Yargıtay üyelerinin nitelikleri ve seçimi düzenlenmiştir. Bu hükme göre, Yargıtay üyeleri, birinci sınıfa ayrıldıktan sonra

⁹Anayasa Mahkemesinin 27.04.1993 tarih, 1992/37 esas, 1993/2718 karar sayılı kararı, Resmi Gazete, tarih 12.10.1995, sayı 12431.

¹⁰Örneğin, idari soruşturma sonucunda mahkeme hâkiminin kalem personeli hakkında verdiği disiplin cezasına ilişkin işlemi idari işlem kabul edilmektedir.

¹¹Örneğin, icra dairesinin ilgilinin istemini yerine getirmemesi veya yanlış yerine getirmesi durumunda idari yargı yoluna değil, icra tetkik mahkemesi nezdinde işlemin niteliğine göre şikayet veya iptal davası açma yoluna gidilmelidir.

en az üç yıl süre ile başarılı görev yapmış ve birinci sınıfa ayrılmayı gerektiren nitelikleri yitirmemiş adli yargı hâkim ve cumhuriyet savcıları ile bu meslekten sayılanlar arasından seçilir. Yargıtay daire başkanlarının seçimi 31. maddede, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı ile Cumhuriyet Başsavcivekilinin seçimi 32. maddede, Yargıtay 1. Başkanlık Kurulu üyelerinin seçimleri ise 33. maddede düzenlenmiştir.

2575 sayılı *Danıştay* Yasasının 8 vd. maddelerinde Danıştay üyelerinin nitelikleri ve seçim yöntemi düzenlenmiştir. Yasanın 8. maddesi uyarınca Danıştay üyeleri; idari yargı hakim ve savcıları, bakanlık, müsteşarlık, müsteşar yardımcılığı, elçilik, valilik, generallik, amirallik, devlet başkanlığı genel sekreterliği, genel ve katma bütçeli dairelerde veya kamu kuruluşlarında genel müdürlük veya en az bu derecedeki tetkik ve teftiş kurulu başkanlığı, yüksek öğrenim kurumlarında hukuk, iktisat, maliye, kamu yönetimi profesörlüğü, bakanlıkların başhukuk müşavirliği veya birinci hukuk müşavirliği veya Maliye Bakanlığında bu derecelerdeki hukuk müşavirliği, müşavir avukatlığı veya muhakemat müdürlüğü görevlerini yapanlar arasından seçilir. İdari yargı hakim ve savcıları Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca, diğer görevlerde bulunanlar ise Cumhurbaşkanınca seçilirler (2572 sayılı yasanın 9/2. maddesi). Danıştay başkanı, başsavcısı, başkanvekilleri ve daire başkanlarının seçim yöntemi yasanın 10. maddesinde düzenlenmiştir.

1600 sayılı *Askeri Yargıtay* Yasasının 12 vd. maddesinde Askeri Yargıtay üyelerinin seçimi düzenlenmiştir. Buna göre, Askeri Yargıtay üyeleri, en az yarbay rütbesinde birinci sınıf askeri hakimler arasından Askeri Yargıtay Genel Kurulunun üye tamsayısının salt çoğunluğu ile her boş yerin üç misli olarak gösterdiği adaylar arasından Cumhurbaşkanınca seçilir.

Askeri Yüksek İdare Mahkemesi üyelerinin seçimi, 1602 sayılı Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Yasasının 8. maddesinde düzenlenmiştir. 8. maddesi hükmü uyarınca, Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin askeri hakim sınıfından olan üyeleri, bu sınıftan olan başkan ve üyeler tam sayısının salt çoğunluğu ile her boş yer için gösterilecek üç aday arasından, Hâkim sınıfından olmayan üyeleri, Genelkurmay Başkanlığınca her boş yer için gösterilecek üç aday arasından, Cumhurbaşkanınca seçilir.

832 sayılı *Sayıştay* yasanın 4 vd. maddelerinde Sayıştay başkan ve üyelerinin nitelikleri ve seçimi düzenlenmiştir. Yasanın 4. Maddesine göre, birinci başkan, Sayıştay Daire Başkanlığı veya üyeliğinde, bakanlık, müsteşarlık, müsteşar yardımcılığı ve valilikte, genel ve katma bütçeli dairelerin veya diğer kamu kurumlarının genel müdürlük

veya başkanlık görevlerinde, bakanlıkların teftiş kurulları ile maliye ve gümrük bakanlığı hesap uzmanları kurulu başkanlıklarında, yüksek öğretim kurumlarında hukuk, iktisat, işletme, muhasebe, maliye ve kamu yönetimi profesörlüklerinde çalışmış olanlar arasından seçilir. Sayıştay üyeleri ise, birinci sınıfa ayrıldıktan sonra en az dört yıl süreyle başarılı görev yapmış ve birinci sınıfa ayrılma niteliklerini kaybetmemiş Sayıştay Meslek Mensupluğu ve savcı yardımcılığında Sayıştay Savcılığında, bakanlık, müsteşarlık, müsteşar yardımcılığı ve valilikte, genel ve katma bütçeli dairelerin veya diğer kamu kurumlarının genel müdürlük veya başkanlık görevlerinde, bakanlıkların teftiş kurulları ile maliye ve gümrük bakanlığı hesap uzmanları kurulu başkanlıklarında, yüksek öğretim kurumlarında hukuk, iktisat, işletme, muhasebe, maliye ve kamu yönetimi profesörlük görevlerinde, lisans düzeyinde yüksek öğrenimi tamamladıktan sonra kamu hizmetinde en az yirmi yıl çalışmış olmak kaydıyla, İçişleri Bakanlığı, Maliye Bakanlığı ve Hazine Müsteşarlığı merkez denetim elemanlığı görevlerinde bulunanlar arasından seçilir. Sayıştay başkan ve üyelerinin seçim yöntemi yasanın 5 ve 6. maddelerinde düzenlenmiştir.

Uyuşmazlık Mahkemesi üyeleri seçimi, 2247 sayılı Uyuşmazlık Mahkemesinin Kuruluş ve İşleyişi Hakkında Yasanın 2. maddesinde düzenlenmiştir. 2. maddenin 6 ve 7. fıkraları uyarınca, Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümüne, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu ile Danıştay Genel Kurulunca kendi Başkan ve üyeleri arasından gösterecekleri iki kat aday arasından ikişer asıl, ikişer yedek üye Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca; Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Genel Kurulunca askeri hâkim sınıfından olan daire başkan ve üyeleri arasından gösterilecek iki kat aday arasından iki asıl, iki yedek üye Devlet Başkanınca seçilir. Uyuşmazlık Mahkemesi Ceza Bölümüne, Yargıtay Ceza Genel Kurulunca kendi başkan ve üyeleri arasından gösterilecek iki kat aday arasından üç asıl, üç yedek üye Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca; Askeri Yargıtay Genel Kurulunca daire başkan ve üyeleri arasından gösterilecek iki kat aday arasından üç asıl, üç yedek üye Devlet Başkanınca seçilir.

Yargılama makamı olmamasına rağmen anayasal olarak yargı kurumu kabul edilen *Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu* 2461 sayılı yasa ile düzenlenmiştir. Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu üyelerinin seçimi, yasanın 5. maddesinde, seçim yöntemi de 6.maddesinde düzenlenmiştir. Yasanın 5. maddesi uyarınca, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun üyelerinden üç asıl, üç yedek üye Yargıtay Genel Kurulunun kendi daire başkan ve üyeleri; iki asıl, iki yedek üye Danıştay Genel Kurulunun kendi daire başkan ve üyeleri arasından, her üyelik için gösterecekleri üçer aday içinden

Cumhurbaşkanınca seçilir. 2461 sayılı yasanın 6. maddesi uyarınca, seçimler, bu kanunda yer alan hükümlere aykırı olmamak koşuluyla Yargıtay ve Danıştay'ın salt çoğunlukla toplanan genel kurullarında yapılan diğer seçim işlerinde uygulanan usuller dairesinde gizli oyla yapılır, seçim işleri dönemin sona ereceği tarihten bir ay önce bitirilecek şekilde, seçim gününün tespiti ve genel kurul üyelerine duyurulması, ilgili Yüksek Mahkeme Başkanınca sağlanır. Oylar, asıl ve yedek üyeler aynı oy pusulasına yazılmak suretiyle kullanılır. Seçimlerin sonucu adayların aldıkları oylar belli edilmeksizin soyadı sırasına göre düzenlenecek liste halinde Adalet Bakanlığı aracılığı ile Devlet Başkanlığına sunulur. Devlet Başkanı, listenin sunulduğu tarihten itibaren onbeş gün içerisinde yeni üyeleri seçer. Devlet Başkanınca seçilenlerin adları Resmi Gazete'de yayımlanır ve seçilenlere duyurulur.

Yargısal kurumların üyelik seçimlerine ilişkin işlemlerinin teknik anlamda idari işlem olmadığı kanısındayız, zira işlem idari nitelikli gibi görünse de sonuçları itibarıyla yargısal alanda sonuç doğuran ve yargısal işleve sahip bir işlemdir. Nitekim Askeri Yüksek İdare Mahkemesi, Askeri Yargıtay'a üye seçimi için yapılan aday belirleme işlemine karşı açılan iptal davasında verdiği kararında, haklı olarak, davaya konu olan işlemin bir idari işlem olup olmadığını tartışırken 'idare işlevine ilişkin bir irade açıklaması olup olmadığı' üzerinde durulması gerektiğini vurguladıktan sonra, bunun 'yargı alanında sonuç doğuracak bir işlemler dizisinin ilk halkası' olduğunu, idari yargı denetiminin ise, 'ancak idare alanında sonuç doğuran işlemleri kapsadığı'nı belirterek yasama ve yargı alanında sonuç doğuran işlemlerin idari işlem sayılmayacaklarını, dolayısıyla idari yargının görev alanı dışında kalacaklarını ifade etmiştir¹².

¹²Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin 10.02.1994 tarih ve 1994/4 esas, 1994/4 karar sayılı kararı, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Dergisi, Sayı 9, s. 95.

KAYNAKÇA

Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi, Sayı 1.

Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi, Sayı 8.

Danıştay Dergisi, Yıl 1990, Sayı 82.

Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Dergisi, Sayı 9.

GİRİTLİ, İsmet-BİLGİN, Pertev- AKGÜNER, Tayfun, İdare Hukuku, Der Yayınevi, İstanbul 2001.

GÖZÜBÜYÜK, Şeref, Yönetim Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 1995.

GÖZÜBÜYÜK, Şeref-TAN, Turgut, İdare Hukuku, Genel Esaslar C. I, Turhan Kitabevi, Ankara 2001.

GÜNDAY, Metin, İdare Hukuku, İmaj Yayınevi, Ankara 2003.

AHLÂKSIZLIĞIN CEZALANDIRILMASI: DEVLIN-HART TARTIŞMASI*

Ar. Gör. Ertuğrul UZUN**

1. Giriş

2004 yılı Ağustosunun sonunda Türk kamuoyu, beklenmedik bir tartışmanın içerisinde buldu kendisini. Tartışmayı başlatan, Türk Ceza Kanunu tasarısına zinanın suç sayılması ile ilgili bir hükmün ekleneceğinin hükümet tarafından açıklanmasıydı. Nihayetinde, zinayı suç sayacak madde, medyada yürütülen yoğun bir muhalefet kampanyasının ama özellikle de, Avrupa Birliği yetkililerinden gelen olumsuz sinyallerin sonucunda yasalaşmadı. Bazı yargı kararları ve mevzuat değişiklikleri, pek tabii olarak, kamuoyunda ve bilimsel yazında yoğun tartışmalar yaratır ve bu tartışmalar, ileride benzer konularda araştırma yapacak kişiler için verimli bir kaynak oluşturur. Ancak zina tartışmasının zengin bir miras bıraktığını söylemek mümkün değil. Zira tartışma, hukukun bir cezalandırma aracı olarak kullanılmasının meşruiyeti sınırlarını belirlemeye yönelmedi. Hangi eylemlerin cezalandırılacağına ilişkin yapılan tartışma, hak ettiği ciddiyetle yürütülmedi. Doğrusu, bu durum şaşırtıcı olmamak gerekir. TCK'da daha önce suç sayılan zinanın suç olmaktan çıkması, kamuoyunda yapılan tartışmalarla ya da meclis iradesi ile olmamıştı. Anayasa Mahkemesi, erkeğin ve kadının zinasını ayrı hükümlere bağlayan düzenlemeyi, kadın erkek eşitliğine uymadığı gerekçesi ile aşamalı olarak iptal etmişti¹. Yani, zinanın suç olmaktan çıkmasının arkasında, zinanın cezalandırılmasına karşı bir görüş yatmamaktaydı.

Bu kısa çalışma, özel olarak zinanın suç sayılması ile ilgilenmiyor. Toplum tarafından ahlâksız olarak kabul edilen bir eylemin cezalandırılmasının meşruiyetini konu edinen İngiltere kaynaklı bir tartışmayı, Devlin-Hart tartışmasını, özetle aktarmayı hedefliyor. Tartışmanın yapıldığı şekliyle ahlâksızlığın kapsamında, eşcinsellik ve

*Bu makalenin temeli, 2002 Güz Dönemi, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuk Yüksek Lisans Programında, Prof. Dr. Özcan UÇKAN'ın yürüttüğü Ceza Hukukunda Yeni Yaklaşımlar dersinde hazırlanmış çalışmaya dayanmaktadır. Ders sırasında görüşlerini belirten arkadaşlarıma ve son okumayı gerçekleştiren meslektaşım Kasım AKBAŞ'a teşekkür ederim.

**Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Ana Bilim Dalı Öğretim Elemanı.

¹TCK md. 441'in iptali için Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı: 23.9.1996 tarih ve E. 1996/15 ve K. 1996/34 sayılı karar. R.G., 27.12.1996, Sayı: 22860. TCK md. 440'ün iptali için Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı: 23.6.1998 tarih ve E. 1998/3 ve K. 1998/28 sayılı karar. R.G., 13.3.1999, Sayı: 23638.

fahişelik bulunuyor. Ancak kavramsal açıdan düşünüldüğünde, zinayı da bu kapsam içerisinde kabul etmemek için hiçbir neden yok².

Giriş içerisinde değinilmesi gereken bir nokta, aktaracağımız tartışmadaki taraflardan birinin, H.L.A. Hart'ın bu konuyla ilgili görüşlerini bir araya getirdiği eserinin, *Hukuk, Özgürlük ve Ahlâk*'in³, Türkçe'ye kazandırılmış olmakla birlikte, hak ettiği dikkati çekmemiş olmasıdır; çekmemiş olduğunu düşündüren, yaşadığımız zina tartışmasında, takip edebildiğim kadarıyla, bu esere ya da dile getirdiği düşüncelere herhangi bir gönderme yapılmamış olmasıdır. Dolayısıyla bu çalışma, yasakoyucunun ahlâksızlığı cezalandırma yönündeki muhtemel teşebbüslerine hazırlıksız yakalanmama amacına da hizmet etme niyetindedir.

İngilizce yapılan hukuk felsefesi tartışmalarında, toplumda kabul edilmiş ahlâkî değerlere uymama durumunda, hukukun cezalandırıcı rolünün olup olmayacağı konusunda, anılmadan geçilmeyen bir tartışmadır, Devlin ve Hart tartışması. Bu tartışmanın bir benzeri, Devlin-Hart tartışmasından yaklaşık yüz yıl önce, J. S. Mill ve Fitzjames Stephen arasında yapılmıştır. Geçen yüzyılın ortalarındaki tartışmada ise, Hart Mill'e, Devlin ise Stephen'a benzer görüşler ileri sürmüştür.

Devlin-Hart tartışmasını tetikleyen, 1954'te Sir John Wolfenden başkanlığında kurulan Eşcinsellik Suçları ve Fahişelik Hakkında Komite'nin (*Committee on Homosexual Offences and Prostitution*, daha çok *Wolfenden Komitesi* olarak bilinir) raporudur. Komite 1957'de sunmuş olduğu raporda, özetle, eşcinselliğin suç olmaması gerektiğini, fahişeliğin ise ancak toplumun diğer bireylerini rahatsız edecek tarzda alenen cinsel ilişki teklifi söz konusu olduğunda suç sayılmasının uygun olacağını belirtmiştir. Sonradan İngiltere Yüksek Mahkeme yargıcı da olan Lord (Patrick) Devlin, 1959 yılında vermiş olduğu bir konferansla⁴ Wolfenden raporunu eleştirmiştir. 1961 tarihli *Ladies'*

²Bununla birlikte, zinayı suç sayan TCK hükümlerinin yer aldığı bölüm de dikkate alındığında, zinanın "Ailenin Korunması" üst başlığı altında incelendiği de bir gerçektir. Ancak gerek başbakanın gerekse hükümet üyelerinin zinanın suç sayılması ile ilgili ifadeleri dikkate alındığında, ailenin korunmasından çok gayri ahlâkî görülen bir eylemin cezalandırılmasının amaçlandığı kolaylıkla görülmektedir. Başbakan Tayyip Erdoğan'ın zinanın suç sayılmasının, "insanlık onurunu kurtarmaya yönelik bir adım" olduğu şeklindeki ifadesi için bkz. "Aldatmayı önlemek hükümetin işi mi?", *Radikal*, 3 Eylül 2004. Zinanın suç sayılmasını, ahlâkî gerekçelerle ve toplumun dağılmasını önlemek amacıyla destekleyen bir yorum için bkz. Ali Bulaç, "Zina toplumu çözüyor", *Zaman*, 3 Eylül 2004.

³H. L. A. HART, *Hukuk, Özgürlük ve Ahlâk*. Çev.: Erol Öz. (Ankara: Dost Kitabevi Yayınları, 2000).

⁴"The Enforcement of Morals" (1959) başlıklı konferans metni, önce *Proceedings of the British Academy*, vol. xiv'de (1959) yayımlanmıştır. Daha sonra aynı metin, 1965'te yayımlanan Devlin'in vermiş olduğu konferansların derlenmesinden oluşan *The Enforcement of Morals*'da "Morals and the Criminal Law" [Ahlâk ve Ceza Hukuku] başlığıyla yayımlanmıştır.

Directory davasıyla (*Shaw v. Director of Public Prosecutions*)⁵, ceza hukukunun geleneksel ahlaktan sapan eylemleri cezalandırabileceği Lordlar Kamarasınınca kabul edilince, Hart, hem Devlin'e cevap verme hem de ceza hukuku alanındaki reformları destekleme ihtiyacı hissederek, 1962 yılında Stanford Üniversitesi'nde verdiği üç konferansta bu konuyu ele almış, konferanslar 1963'te yayınlanan, *Law, Liberty and Morality* (*Hukuk, Özgürlük ve Ahlâk*) başlıklı kitabında bir araya getirilmiştir. Hem Hart hem de Devlin, konuyu başka çalışmalarda da tekrar ele almışlardır⁶.

Devlin'in ve Hart'ın görüşlerini aktarmadan önce, Wolfenden Raporu'nun dayandığı ve Hart'ın da benimsediği Mill'in özgürlük anlayışını kısaca hatırlamak gerekmektedir.

2. Mill ve Özgürlük

John Stuart Mill (1806-73), *Özgürlük Üstüne* adlı yapıtında, klasik liberal anlayışın hukuk ve ahlâk ilişkisi hakkındaki görüşlerini yansıtmaktadır. Mill, zarar ilkesi de denilen bu görüşünü şu şekilde dile getirmektedir:

Uygar bir topluluğun herhangi bir üyesi üzerinde, onun arzusuna rağmen kuvvetin haklı olarak kullanılabilmesi tek ama[ç], başkalarına gelecek zararı önlemek[tir]. Bireyin kendisinin yararlanması, maddi ve manevi olsun, yeterli bir haklı neden değildir. Bir kimse bir şeyi yapmaya veya buna katlanmaya, salt böyle yapması onun hakkında hayırlı olacaktır diye, onu daha yapmak akıllıca ya da hatta doğru olacaktır diye, haklı olarak zorlanamaz. Bunlar, serzenişte bulunmak, onunla tartışmak, onu ikna veya

⁵Dava konusu, Bay Shaw'un yayınladığı *Ladies' Directory* [Hanımefendiler Rehberi] isimli 28 sayfalık broşürdür. Rehber'de, fahişelerin isimleri, adresleri ve telefon numaralarıyla birlikte çıplak fotoğrafları ve sunabilecekleri hizmetler de yer almaktadır. Shaw hakkındaki kovuşturma üç nedene dayanmıştır: (a) fahişelik kazancıyla yaşamak [Shaw'un, fahişelerden para almak suretiyle yayın yaptığı için fahişelik geliriyle yaşamını devam ettirdiği iddia edilmiştir], (b) müstehcen yayın yapmak, (c) kamu ahlâkını bozmaya yönelik komplolar kurmak.

Nihayetinde Lordlar Kamarası, verdiği kararda, mahkemelerin kamu ahlâkının muhafızları olduğunu ve toplumun çözülmesine neden olabilecek bu tarz ahlaksızlıkları hoş görmemesi gerektiği sonucuna varmıştır. Bkz. Yves CARON, "The Legal Enforcement of Morals and the So-Called Hart-Devlin Controversy", *McGill Law Journal* (Vol. 15, 1969, ss. 9-47), s. 17-8 ve Roderick MUNDAY, "İngiliz Hukukunda ve Common Law Ülkelerinde Kanunilik İlkesi", *İÜHFİM* (C. LXI, S. 1-2, 2003, ss. 441-64), ss. 441-4.

Söz konusu dava sadece ahlaksızlığın cezalandırılması konusunda değil, ceza hukuku alanında, mahkemelerin "kanunsuz suç ve ceza olmaz" ilkesini zedeleyerek muğlak yasalarla ya da yeni suçlar ihdas ederek ceza verememesi gerektiği konusunda da tartışma yaratmıştır. Ör. bkz. Noel B. REYNOLDS, "The Enforcement of Morals and the Rule of Law", *Georgia Law Review* (Vol. 11, 1977, ss. 1325-58), passim.; MUNDAY, *Op.cit.*, passim.

⁶Bkz. Patrick DEVLIN, "Mill on Liberty in Morals", *The University of Chicago Law Review* (Vol. 32, 1965, ss. 215-35); H.L.A. HART, "Social Solidarity and the Enforcement of Morality", *The University of Chicago Law Review* (Vol. 35, 1967, ss. 1-13).

ondan rica etmek için haklı nedenlerdir, fakat yine o başka türlü yaptığı takdirde onu zorlamak veya herhangi bir kötülüğe uğratmak için haklı bir neden oluşturmazlar. Bunun haklı olabilmesi için, onun yapmamasını istediğimiz davranışın bir başkasına zarar vereceği saptanmış olmalıdır⁷.

Bireysel özgürlüğü en üst düzeyde gerçekleştirmeyi amaçlamış olan Mill'in teklif ettiği bu ilke, şüphesiz ki, bireysel özgürlük açısından büyük önem taşımaktadır. Mill'in bu görüşlerinden kaynaklanan liberal öğretinin, özellikle ahlâkî çoğulculuk ve tarafsız devlet üzerine vurgu yaptığını söyleyebiliriz. Tarafsız devlet anlayışıyla, devletin *"yurttaşların benimsedikleri amaçlar ve hayat tarzları arasında bir tercih yapmaması, bunlar karşısında tarafsız kalması gerektiği"* savunulmaktadır. Ahlâkî çoğulculuk görüşü ise, *"insanların izleyebilecekleri amaç ve değerlerin çok farklı olup, bunları bir üstün ilkeye göre sıralamaya imkan olmadığı"* nı yansıtmaktadır⁸.

Burada belirtilmesi gereken önemli bir nokta, ne Mill'in ne de ardıllarının böyle bir anlayışı, ahlâken iyi olanın bilenemezliğini savunmak şeklinde ele aldıklarıdır. Ahlâken iyi olanın bilinebileceğine, hatta sahip olunan ahlâkî düşüncelerin mutlaklığına inanmakla birlikte, başkalarının belli bir düşünceyi benimsemeleri ya da belli bir düşünce tarzına göre hareket etmeleri yönünde bir baskı, zorlama yapılmaması gerektiği savunulmaktadır⁹. Ancak aynı zamanda, ahlâkî çoğulculuğu savunmak suretiyle, diğerlerine tamamen kayıtsız kalınması gerektiği de söylenemez. Böyle bir özgürlük anlayışını kabul eden bir kimsenin, aynı zamanda belli ahlâkî düşüncelere sahip olması ve diğerlerini de kendi düşüncelerine inanma konusunda ikna etmesinde ya da bunun için çaba göstermesinde hiçbir sakınca yoktur.

Bu öğretinin bencil bir umursamazlık öğretisi olduğunu sanmak ve bunun, insanoğullarının bizzat kendi çıkarları için içine girmedikçe, yaşamda birbirlerinin davranışlarına hiç karışmamaları gerektiği ve birbirinin iyiliği ya da mutluluğuyla ilgilenmemeleri gerektiğini ileri süren bir öğreti olduğunu sanmak, onu yanlış anlamak olur. Başkalarının iyiliğini korumak için, özverili yardımın, herhangi bir biçimde azalacak yerde, çok artmasına gereksinim vardır. Fakat bu özverili yardımseverlik, insanları kendi iyiliklerine inandırmak için, kamçı ile kırbacın gerek hakikisinden gerekse

⁷ John Stuart MILL, *Özgürlük Üstüne* [1859], Çev. Alime Ertan, Genişletilmiş İkinci Baskı. (İstanbul: Belge Yayıncılık, 2000), s. 21.

⁸ Mustafa ERDOĞAN, *Liberal Toplum Liberal Siyaset* (Ankara: Siyasal Kitabevi, 1993), s. 72-3

⁹ ERDOĞAN, *Ibid.*, s. 73; Melih YÜRÜŞEN, *Liberal Bir Değer Olarak Ahlâkî ve Siyasi Hoşgörü* (İstanbul: YKY, 1996), s. 197-9.

Directory davasıyla (*Shaw v. Director of Public Prosecutions*)⁵, ceza hukukunun geleneksel ahlaktan sapan eylemleri cezalandırabileceği Lordlar Kamarasınınca kabul edilince, Hart, hem Devlin'e cevap verme hem de ceza hukuku alanındaki reformları destekleme ihtiyacı hissederek, 1962 yılında Stanford Üniversitesi'nde verdiği üç konferansta bu konuyu ele almış, konferanslar 1963'te yayınlanan, *Law, Liberty and Morality* (*Hukuk, Özgürlük ve Ahlâk*) başlıklı kitabında bir araya getirilmiştir. Hem Hart hem de Devlin, konuyu başka çalışmalarda da tekrar ele almışlardır⁶.

Devlin'in ve Hart'ın görüşlerini aktarmadan önce, Wolfenden Raporu'nun dayandığı ve Hart'ın da benimsediği Mill'in özgürlük anlayışını kısaca hatırlamak gerekmektedir.

2. Mill ve Özgürlük

John Stuart Mill (1806-73), *Özgürlük Üstüne* adlı yapıtında, klasik liberal anlayışın hukuk ve ahlâk ilişkisi hakkındaki görüşlerini yansıtmaktadır. Mill, zarar ilkesi de denilen bu görüşünü şu şekilde dile getirmektedir:

Uygar bir topluluğun herhangi bir üyesi üzerinde, onun arzusuna rağmen kuvvetin haklı olarak kullanılabilmesi tek ama[ç], başkalarına gelecek zararı önlemek[tir]. Bireyin kendisinin yararlanması, maddi ve manevi olsun, yeterli bir haklı neden değildir. Bir kimse bir şeyi yapmaya veya buna katlanmaya, salt böyle yapması onun hakkında hayırlı olacaktır diye, onu daha yapmak akıllıca ya da hatta doğru olacaktır diye, haklı olarak zorlanamaz. Bunlar, serzenişte bulunmak, onunla tartışmak, onu ikna veya

⁵Dava konusu, Bay Shaw'un yayınladığı *Ladies' Directory* [Hanımefendiler Rehberi] isimli 28 sayfalık broşürdür. Rehber'de, fahişelerin isimleri, adresleri ve telefon numaralarıyla birlikte çıplak fotoğrafları ve sunabilecekleri hizmetler de yer almaktadır. Shaw hakkındaki kovuşturma üç nedene dayanmıştır: (a) fahişelik kazancıyla yaşamak [Shaw'un, fahişelerden para almak suretiyle yayın yaptığı için fahişelik geliriyle yaşamını devam ettirdiği iddia edilmiştir], (b) müstehcen yayın yapmak, (c) kamu ahlâkını bozmaya yönelik komplolar kurmak.

Nihayetinde Lordlar Kamarası, verdiği kararda, mahkemelerin kamu ahlâkının muhafızları olduğunu ve toplumun çözülmesine neden olabilecek bu tarz ahlâksızlıkları hoş görmemesi gerektiği sonucuna varmıştır. Bkz. Yves CARON, "The Legal Enforcement of Morals and the So-Called Hart-Devlin Controversy", *McGill Law Journal* (Vol. 15, 1969, ss. 9-47), s. 17-8 ve Roderick MUNDAY, "İngiliz Hukukunda ve Common Law Ülkelerinde Kanunilik İlkesi", *İÜHFİM* (C. LXI, S. 1-2, 2003, ss. 441-64), ss. 441-4.

Söz konusu dava sadece ahlâksızlığın cezalandırılması konusunda değil, ceza hukuku alanında, mahkemelerin "kanunsuz suç ve ceza olmaz" ilkesini zedeleyerek muğlak yasalarla ya da yeni suçlar ihdas ederek ceza verememesi gerektiği konusunda da tartışma yaratmıştır. Ör. bkz. Noel B. REYNOLDS, "The Enforcement of Morals and the Rule of Law", *Georgia Law Review* (Vol. 11, 1977, ss. 1325-58), passim.; MUNDAY, *Op.cit.*, passim.

⁶Bkz. Patrick DEVLIN, "Mill on Liberty in Morals", *The University of Chicago Law Review* (Vol. 32, 1965, ss. 215-35); H.L.A. HART, "Social Solidarity and the Enforcement of Morality", *The University of Chicago Law Review* (Vol. 35, 1967, ss. 1-13).

ondan rica etmek için haklı nedenlerdir, fakat yine o başka türlü yaptığı takdirde onu zorlamak veya herhangi bir kötülüğe uğratmak için haklı bir neden oluşturmazlar. Bunun haklı olabilmesi için, onun yapmamasını istediğimiz davranışın bir başkasına zarar vereceği saptanmış olmalıdır⁷.

Bireysel özgürlüğü en üst düzeyde gerçekleştirmeyi amaçlamış olan Mill'in teklif ettiği bu ilke, şüphesiz ki, bireysel özgürlük açısından büyük önem taşımaktadır. Mill'in bu görüşlerinden kaynaklanan liberal öğretinin, özellikle ahlâkî çoğulculuk ve tarafsız devlet üzerine vurgu yaptığını söyleyebiliriz. Tarafsız devlet anlayışıyla, devletin "*yurttaşların benimsedikleri amaçlar ve hayat tarzları arasında bir tercih yapmaması, bunlar karşısında tarafsız kalması gerektiği*" savunulmaktadır. Ahlâkî çoğulculuk görüşü ise, "*insanların izleyebilecekleri amaç ve değerlerin çok farklı olup, bunları bir üstün ilkeye göre sıralamaya imkan olmadığı*"⁸ nı yansıtmaktadır⁸.

Burada belirtilmesi gereken önemli bir nokta, ne Mill'in ne de ardıllarının böyle bir anlayışı, ahlâken iyi olanın bilenemezliğini savunmak şeklinde ele aldıklarıdır. Ahlâken iyi olanın bilinebileceğine, hatta sahip olunan ahlâkî düşüncelerin mutlaklığına inanmakla birlikte, başkalarının belli bir düşünceyi benimsemeleri ya da belli bir düşünce tarzına göre hareket etmeleri yönünde bir baskı, zorlama yapılmaması gerektiği savunulmaktadır⁹. Ancak aynı zamanda, ahlâkî çoğulculuğu savunmak suretiyle, diğerlerine tamamen kayıtsız kalınması gerektiği de söylenemez. Böyle bir özgürlük anlayışını kabul eden bir kimsenin, aynı zamanda belli ahlâkî düşüncelere sahip olması ve diğerlerini de kendi düşüncelerine inanma konusunda ikna etmesinde ya da bunun için çaba göstermesinde hiçbir sakınca yoktur.

Bu öğretinin bencil bir umursamazlık öğretisi olduğunu sanmak ve bunun, insanoğullarının bizzat kendi çıkarları için içine girmedikçe, yaşamda birbirlerinin davranışlarına hiç karışmamaları gerektiği ve birbirinin iyiliği ya da mutluluğuyla ilgilenmemeleri gerektiğini ileri süren bir öğreti olduğunu sanmak, onu yanlış anlamak olur. Başkalarının iyiliğini korumak için, özverili yardımın, herhangi bir biçimde azalacak yerde, çok artmasına gereksinim vardır. Fakat bu özverili yardımseverlik, insanları kendi iyiliklerine inandırmak için, kamçı ile kırbacın gerek hakikisinden gerekse

⁷ John Stuart MILL, *Özgürlük Üstüne* [1859], Çev. Alime Ertan, Genişletilmiş İkinci Baskı. (İstanbul: Belge Yayıncılık, 2000), s. 21.

⁸ Mustafa ERDOĞAN, *Liberal Toplum Liberal Siyaset* (Ankara: Siyasal Kitabevi, 1993), s. 72-3

⁹ ERDOĞAN, *Ibid.*, s. 73; Melih YÜRÜŞEN, *Liberal Bir Değer Olarak Ahlâkî ve Siyasi Hoşgörü* (İstanbul: YKY, 1996), s. 197-9.

bazı davranış standartları ya da ahlâkî ilkeler bulunmaktadır ve bunların ihlal edilmesi sadece zarar görene karşı değil, bütün bir topluma karşı işlenmiş bir suçtur²⁰.

Bu görüşünü savunmak için Devlin, döneminde geçerli ceza kanunundan bazı örnekler verir. Buna göre, bazı suçlar, başkalarına zarar vermeden işlenebilir niteliktedir. Örneğin ötenazi, intihar, düello, kürtaj ve ensest suçlarının işlenebilmesi için, başkasını aldatmak, kullanmak veya zarara uğratmak gerekli değildir. "...ceza hukuku, ahlâk ilkesi üzerine bina edilmiştir. Pek çok suçta işlevi, ahlâkî bir ilkeye hukukî zorlama kazandırmaktan başka bir şey değildir"²¹.

Gerek Austin'in ahlâkla hukuku kavramsal olarak ayrı tutması, gerekse Mill'in zarar ilkesi çerçevesinde geliştirdiği yaklaşımla devletin fiziksel güç kullanımının sadece başkalarına zarar verilmesi durumunda meşru olabileceğini savunması, Devlin'e göre, İngiliz ceza hukukunun gelişimine herhangi bir etkide bulunmamıştır. Bunun nedeni ise, pratik sorunun ortaya çıkmamasıdır.

Eğer ahlâkî meseleler konusunda bu ülkede derin bir ayrılık yaşanmış olsaydı örneğin, çokeşli bir yaşam sürmek isteyen büyük bir azınlık bulunmuş olsaydı- ahlâk konusunda yasa yapmanın kuramsal temelleri de inceden inceye tartışılacaktı. Ancak İngiliz insanının, Voltaire'in alay etmesine neden olan yüz farklı dini inancı, ceza hukukunu etkilemek için yeterli bir ahlâkî farklılığı doğurmamıştır. Parlamento ensesti ve eşcinsel suçları, özel alanda işlendikleri takdirde topluma ne zarar vereceklerine bakmaksızın suçlar listesine ekleyebilmiştir; ahlâken yanlış olmaları, yeterli olmuştur. Yargıçlar hukuku İngiltere'nin Hristiyan bir ülke olması temelinde uygulamaya devam etmişlerdir. Hristiyan öğretisinin saygılı bir şekilde eleştirilebilmesini gönülsüz bir şekilde kabul etmişler ve küfür [din hakkında kötü konuşma] suçu ortadan kalkmıştır. Ancak Hristiyan ahlâkî, hukuk içerisinde gömülü bir şekilde kalmıştır²².

²⁰Michael D. BAYLES, *Hart's Legal Philosophy*. (Dordrecht/Boston/London: Kluwer Academic Publishers, 1992), s. 195.

Wolfenden Raporu'nun yaptığı "kamu ahlâkî" ve "özel ahlâk" ayrımı, Raporun en çok eleştirilen kısımlarından birisidir. Nitekim Caron'a göre, "raporun temelinde yatan felsefi açıklama yetersizdir. Özel ahlâk ve kamu ahlâkî ayrımı yapaydır. Özel alanda kalan pek çok hareket cezalandırılabilir... 'Özel ahlâk' diye bir şey yoktur; özel alanda yapılan 'hatalı' eylemler, kamu ahlâkını da ilgilendirir." CARON, *Op.cit.*, s. 16.

²¹BAYLES, *Op.cit.*, s. 195.

²²DEVLIN, "Law, Democracy and Morality", *University of Pennsylvania Law Review* (Vol. 110, 1962, ss. 635-49), s. 636.

Devlin'in Ahlâk ve Ceza Hukuku'ndaki ana tartışması “ceza ve günah arasındaki bağlantının ne olduğu ve, eğer varsa, İngiliz ceza hukukunun ne dereceye kadar ahlâkı dayatması ve günahı ve ahlâksızlığı cezalandırması gerektiği”dir²³.

Devlin için, ahlâk toplumun varlığının devamı için gereklidir ve ahlâkın içeriği Hristiyan inancı ile belirlenmelidir:

Toplum, ahlâk olmaksızın yaşayamaz. Onun ahlâkı, makul bir kimsenin onaylayacağı davranış standartlarıdır. Aynı zamanda iyi bir insan olan rasyonel insanın başka standartları da olabilir. Eğer hiç bir standardı yoksa, onu dikkate almamız da gerekmez zaten. Kişinin sahip olduğu standartlar [toplumun sahip olduğu ahlâk anlayışından] çok farklı olabilir. Örneğin, eşcinselliği ya da kürtajı reddediyor olmayabilir. Bu durumda, ortak ahlâkı paylaşmıyor demektir; fakat bu onun, bunların toplumsal bir ihtiyaç olduğunu inkar etmemesine neden olmamalıdır. Bir asi, böyle bir hakkının olduğunu düşünürken rasyonel olabilir; ancak toplumun kendisine bir asi olarak yaşamasına izin vereceğini düşünüyorsa, irrasyoneldir.

Ahlâkın toplum için gerekli olduğunu düşünen kişi, ahlâkın, onlar olmaksızın sürdürülemez araçların kullanımını desteklemelidir. Bu araçlardan ikisi, eğitim, yani öğretimi ile zorlama, yani hukuktur. Eğer ahlâk eğitimi, sadece onun toplum için gerekli olduğu temelinde yapılabiliyor olsaydı, o zaman dinin toplumsal gerekliliği ortadan kalkardı; salt kişisel bir sorun olarak kalırdı. Fakat ahlâk eğitimi böyle yapılamaz. Sadakati de bu şekilde öğretemezsiniz. Ahlâkın din olmaksızın nasıl öğretilbileceği sorununu çözmüş bir toplum yoktur. Öyleyse hukuk, Hristiyan ahlâkını temel almalıdır ve gücü ölçüsünde onu uygulamalıdır; bunu sırf Hristiyan ahlâkı çoğumuzun sahip olduğu ahlâk anlayışı olduğu ya da sırf Kilisenin öğrettiği ahlâk anlayışı o olduğu için değil -ki bu noktalarda hukukun karşı çıkma hakkı var-, Hristiyan eğitiminin yardımı olmaksızın, hukuk başarısız olacağı için yapmalıdır²⁴.

²³DEVLIN, “Morals and the Criminal Law”, s. 72.

²⁴DEVLIN, *The Enforcement of Morals*, s. 24-5. Aktaran: George ANASTAPLO, “Law and Morality: On Lord Devlin, Plato's Meno, and Jacob Klein”, *Wisconsin Law Review* (1967, ss. 231-51), s. 234.

Devlin bunun arkasından üç soru sormaktadır:

* Toplumun tüm ahlâkî konularda yargıya varma hakkı var mıdır? Yoksa bazı konular özel alana bırakılabilir mi?

* Eğer toplum yargıya varma hakkına sahipse aynı zamanda hukuku bir dayatma aracı olarak kullanma hakkına da sahip midir?

* Eğer ikinci sorunun yanıtı olumlu ise, hukuku kullanma hakkına tüm olaylarda mı, yoksa bazı olaylarda mı sahiptir? Eğer bazı olaylarda sahipse, bu sınırlar nasıl çizilecektir²⁵?

Devlin'e göre, ilk sorunun yanıtı, aynı zamanda bir “kamu ahlâkî”nin olup olmadığıyla ilgilidir. Böyle bir kamu ahlâkînin olduğunu savunmak için, Devlin'e göre, şu *apriori* düşünce kabul edilmelidir:

Toplumunu toplum yapan, fikirler topluluğudur. Bunlar, sadece siyasal fikirlerin değil aynı zamanda toplum üyelerinin nasıl davranmaları ve yaşamlarını nasıl idare etmeleri gerektiğine ilişkin fikirlerdir. Söz konusu edilen bu ikinci tür kurallar, onun ahlâkîdir. Her toplumun siyasal bir yapısı olduğu gibi ahlâkî bir yapısı da vardır: ya da, bu ifade tarzı iki bağımsız sistemin varlığını çağrıştırabileceği için, her toplumun yapısının hem siyasetle ve hem ahlâkla kurulduğunu söylemek daha doğru olacaktır²⁶.

Bunun arkasından İngiliz toplumunun evlilik hakkındaki yargılarını ele alan Devlin, evliliğin Hıristiyan inancıyla önemli bir kurum olarak kabul edildiğini ve bu kabulün toplumun yapısıyla yakından ilişkili olduğunu iddia eder. Hıristiyan olmayan veya evliliği Hıristiyanlık'ta olduğu gibi temel olarak almayan bir kimse de, toplumun bu yargısı çerçevesinde mevcut duruma uymalıdır. Bu gereklilik, Hıristiyan inancının dayatılması anlamında değil, toplumun bu inancı çoğunluk olarak kabul etmiş olmasındandır. Devlin'in deyimiyile, “...eğer bu evde oturmak istiyorsan, onu olduğu şekliyle kabul etmelisin²⁷”.

Aynen evlilikte söz konusu olduğu gibi, zinayı yasaklayan ahlâkî kod da toplumun yapısını oluşturmaktadır. Eğer, zinanın ahlâkîliği konusundaki kişisel yargılara izin

²⁵DEVLIN, “Morals and the Criminal Law”, s. 72.

²⁶*Ibid.*, s. 73.

²⁷*Ibid.*

verilecek olursa, evlilik kurumu önemli derecede tehdit edilmiş olacaktır²⁸. Devlin'e göre,

Toplum, fiziksel olarak bir arada tutulan bir şey olmadığından, ortak düşüncenin görünmez bağlarıyla bir arada tutulur. Eğer bağlar çok gevşetilirse, üyeler kopup gider. Ortak ahlâk, bağın bir parçasıdır. Bağ, toplumun bedelinin bir parçasıdır ve topluma ihtiyacı olan insan, bu bedeli ödemek zorundadır²⁹.

Devlin'e göre, toplumun ahlâkî konular üzerinde ortak bir değer yargısına sahip olduğunun kabul edilmesi, aynı zamanda, onun, toplum tarafından ahlâksızlık olarak nitelendirilen fahişelik, eşcinsellik ya da zina gibi eylemleri cezalandırmak için hukuku bir araç olarak kullanmasının ve toplumun ahlâkını korumasının haklı gerekçesini oluşturmaktadır³⁰. Başka bir yerde, Lordlar Kamarası'nın *Ladies' Directory* davasında vermiş olduğunu kararı değerlendirirken Devlin şöyle diyecektir³¹:

Mahkemeler bu ilkeyi [*contra bonos mores* ahlâka ve adaba aykırılık] ifade etmekle, John Stuart Mill'in öğretisini reddetmiş ve kendilerini ulusun ahlâkının koruyucusu olarak ilan etmiştir. Peki bu yetkiyi nereden almaktadırlar ve zorla uygulatacakları ahlâkî standartları nasıl belirlemektedirler?...

Devlet, ahlâkî meseleleri yasama konusu yapmada iki temele dayanabilir. Platonik ideal, devletin vatandaşların erdemini artırmak için var olduğu şeklindedir. Eğer işlevi buysa, devlet içerisindeki hâkim olan güç her ne ise iktidar tekse otokrat ya da iktidar çoğunlukta ise demokrasi- onun, uyulacak ahlâkî standartları ilan etme hak ve ödevi bulunmaktadır. Bu Anglo-Amerikan düşüncesi açısından kabul edilebilir bir görüş değildir; iyi ve kötünün belirlenmesi yetkisini devlete vermekte, vicdan özgürlüğünü ortadan kaldırmakta ve tiranlığa giden yola yönelmektedir. Mill'in ifadelerinin temelde yöneltildiği devlet iktidarı işte bu düşüncedir.

Diğer temel, toplumun kendisini korumak için yasa yapabileceğidir. Bu, sanırım, Lord Simonds'un, hukukun amacının devletin ahlâkî refahını korumak olduğunu söylerken kabul ettiği şey. [Lordlar] Kamarasındaki

²⁸Ibid., s. 73-4.

²⁹Ibid., s. 74.

³⁰Ibid., s. 75.

³¹Devlin, "Law, Democracy and Morality", s. 638.

tüm konuşmalar da göstermiştir ki,..., mahkemelerin işi devralınan bir mirası korumaktır, yeni bir sistemin yaratılması değil.

Devlin, sormuş olduğu üçüncü soruya ilişkin olarak da, hukukun ahlaksızlığı cezalandırmak için herhangi bir sınır ya da kapsama sahip olmaması gerektiğini ileri sürmektedir. Ahlaksızlığın bir kısmının cezalandırılması diğer bir kısmının ise (ör. özel ahlâk alanında kalan kısmın) cezalandırılmaması kabul edilemez.

Toplumlar, dış etkenlerden daha çok içten parçalanırlar. Ortak bir ahlâkın gözlemlenmediği zamanlar parçalanma söz konusudur. Tarih, ahlâkî bağların genişlemesinin çözümlenme ilk adımı olduğunu göstermektedir. Dolayısıyla toplum, hükümetini ve diğer temel kurumlarını korumada olduğu gibi, kendine ait ahlâkî kodu koruma konusunda da haklı bir gerekçeye sahiptir. Ahlaksızlığın önlenmesi, diğer yıkıcı eylemlerin önlenmesi gibi hukukun işidir. Özel bir yıkıcılık alanı düşünülemez gibi, özel bir ahlâk alanı da düşünülemez³².

5. Ahlâkî Serbest Bırakmak: H.L.A. Hart

Hart, Devlin'in bu iddialarına karşı Hukuk, Özgürlük ve Ahlâk'ta, "Belli bir davranışın ortak standartlara göre ahlâka aykırı olması, bu davranışı hukuk tarafından cezalandırılabilir kılmayı meşrulaştırmaya yeterli midir? Kendi başına ahlâkî dayatmak ahlâken caiz midir? Kendi başına ahlâksızlık suç olmalı mıdır³³?" sorularının yanıtını aramaktadır.

Hart, Mill'in bu soruya vermiş olduğu cevabı hatırlatır: "*Uğrunda uygar bir toplumun herhangi bir üyesine iradesi dışında haklı olarak güç uygulanabilecek tek amaç, başkalarına gelecek zararı önlemektir*³⁴". Bununla birlikte Hart, "*bireye uygulanacak hukukî zorlamanın meşrulaştırılması için, başkalarına verilecek zararın önlenmesinden başka gerekçeler*" de olabileceğini düşündüğünü söyledikten sonra, yine de "*ahlâkan dayatımı meselesinde Mill bana haklı gibi görünüyor*" der³⁵.

Hart, ahlâka aykırılık ile adaba aykırılığın birbirinden ayrılması gerektiğini ve asıl cezalandırılanın adaba aykırılık olduğunu söyler. Bu durumda, bir eyleme şahit olma

³²Ibid., s. 77. Devlin, yıkıcı eylem derken, daha öce vermiş olduğu vatan hainliği örneğine gönderme yapmakta ve ahlaksızlığı vatan hainliğine benzetmektedir.

³³HART, *Op.cit.*, s. 15.

³⁴John Stuart MILL, *On Liberty* (Londra: 1859), Bölüm 1 (aktaran: HART, *Op.cit.*, s. 16.).

³⁵HART, *Op.cit.*, s. 17.

sonucu bireyin maruz kaldığı zarar ile, sırf bir eylemin yapılıyor veya yapılmış olduğunu bilme sonunda maruz kalınacak zarar arasında kesin bir ayırım yapılmalıdır. Bu ayırım için Hart'ın ilk verdiği örnek, karı kocanın cinsel ilişkisidir. Cinsel ilişki karı koca arasında ahlâka aykırı değildir, ancak aleni olarak icra edilen cinsel ilişki, karı koca arasında dahi olsa hem ahlâka hem de adaba aykırıdır. Dolayısıyla burada cezalandırılan ahlâka aykırılık değil, adaba aykırılıktır³⁶.

Ancak, böyle bir cinsel ilişkiden ya da ahlâka aykırı herhangi bir eylemden- ciddi şekilde rahatsız olacak, öfkelenecek insanların da varlığı ve bunların maruz kaldığı zarar söz konusu edilebilir. Bu durumda ise Hart şöyle demektedir:

...bireysel özgürlüğü bir değer olarak tanıyan hiç kimse başkalarının yanlış olduğu düşünülen şekillerde hareket ettiğinin bilinmesinden kaynaklanan üzüntüye karşı korunacak herhangi bir hakkı tanıyamaz. (...) Bireysel özgürlüğün bir değer olarak tanınması, bireyin istediğini, başkaları onun ne yaptığını öğrendiklerinde üzülseler bile, -tabii ki, onu yasaklamak için başka geçerli nedenler olmadıkça-, yapabileceği ilkesinin kabulünü, bir minimum olarak, gerektirir³⁷.

Hart, Devlin'in, "ahlâkî bağların kaybedilmesinin genellikle parçalanmanın ilk aşaması olduğu" şeklindeki inancının,

...tüm ahlâkın öldürme, çalma ve sahtekarlık gibi, başkalarına zarar verici fiilleri yasaklayan ahlâk ile birlikte cinsel ahlâk- yekpare bir kumaş oluşturduğu, bu nedenle herhangi bir bölümden sapanların muhtemelen ya da belki mecburen bütünden de sapacakları³⁸

şeklindeki varsayıma dayandığını söylemektedir. Fakat Hart'a göre:

Tabii ki, toplumun, hukukun başkalarına zarar verici fiilleri yasaklamasını yansıtan ve tamamlayan bir ahlâk olmaksızın var olamayacağı açıktır (ve bu, siyaset kuramının en eski kavramlarından birisidir). Fakat yine de, geleneksel cinsel ahlâktan sapanların, diğer açılardan, topluma düşman oldukları yolundaki kuramı destekleyecek hiçbir kanıt yokken, bu kuramı çürütecek birçok kanıt vardır³⁹.

³⁶Ibid., s. 48-9.

³⁷Ibid., s. 50.

³⁸Ibid., s. 53.

³⁹Ibid.

Hart'a göre, toplumun ahlâkıyla özdeş tutulması saçma olacaktır zira ahlâkın zamandan zamana her toplum içerisinde farklılık gösterdiği bir gerçektir. Ahlâkın değişmesi toplumun yıkılması anlamına gelemez⁴⁰.

Hart'ın söyledikleri ile ilgili olarak değineceğimiz son bir husus, kişinin kendine karşı korunması (paternalizm) hususunda, Mill'in teklif ettiği özgürlükçü düşünceyi eleştirmesidir. Hart, Mill'in hap satışı sınırlamaları örneğine değinerek, bunları satıcınınkinden çok, alıcıların özgürlüğüne müdahale olarak eleştirmesine niçin katılmadığını şöyle açıklar:

Bu eleştiriye artık sıcak bakmıyorsak, bu kısmen, bireylerin kendi çıkarlarını en iyi bildikleri inancının zayıflamasından ve görünüşte özgür bir seçime ya da rızaya yüklenen önemi azaltan büyük bir etkenler dizisinden gittikçe daha çok haberdar olmamızdan kaynaklanmaktadır. Sonuçlar yeterince değerlendirilmeden ya da tartılmadan; sadece geçici arzuların peşinde; ya da muhakemenin bulanıklaştığı çeşitli açmazlarda; ya da iç psikolojik zorlamalar altında; ya da başkalarının, mahkemede kanıtlanması zor olan kurnazca baskıları altında, seçimler yapılabilir ya da rıza gösterilebilir⁴¹.

Dolayısıyla, Hart da, ahlâkın dayatılması için hukukun araç olarak kullanılabileceği bir alanı kabul etmiş bulunmaktadır. Ancak Hart'ın hukuk ve ahlâk ilişkisi hakkındaki düşüncelerinin sınırını paternalizm oluşturmaz. Daha da ileriye giderek, "evrensel değerler" in toplumun temeli olduğunu söyler. Hart'a göre bu değerler "*bireysel özgürlük, yaşam güvenliği ve kasten verilen zarardan koruma vb.*" dir⁴².

...Lord Devlin'le aynı yönde, toplumsal ahlâk bu şeyleri sakındığı ölçüde değerlidir, çünkü toplumun muhafazası için bunlara ihtiyaç duyulur demek yanlıcıdır; aksine, belli bir toplumun muhafazası, diğer şeylerin yanı sıra, insanlar için bu evrensel değerlerin bir güvencesini oluşturduğu için değerlidir. Aslında, ahlâkı içerisinde bu değerlerin hiçbir şekilde tanınmadığı bir insan toplumunun, ne ampirik ne de mantıki bir olasılık

⁴⁰Ibid., s. 54.

⁴¹Ibid., s. 39.

⁴²Ibid., s. 68.

olduğu ve olsa bile, böyle bir toplumun, insanlar açısından hiçbir pratik değer taşımadığı kabul edilebilir⁴³.

6. Değerlendirme

Genel olarak kabul edilmiş bazı ahlâkî standartların, özellikle de cinsellikle ilgili olanların, ihlal edilmesi, toplumun pek çok üyesi için rahatsızlık verici olabilir. Bu rahatsızlığın sonucu olarak, devletin bu eylemleri cezalandırması gerektiği düşüncesi hiç de yeni değildir ve insanlık tarihi, bu tarz ahlâk dışı davranışların en ağır şekilde cezalandırılmasının örneklerini barındırır.

Devletin amacı ve ceza hukukunun işlevi konusunda yapılan tartışmalar, zorunlu olarak, bu meseleyi bir sonuca bağlamak zorundadır. Nitekim, Platon'dan başlatılabilecek bir yazın içerisinde, devletin genel olarak kabul edilen ahlâkî yargıları ya da bizzat devlet yöneticilerinin doğru saydığı ahlâk düşüncesini, bu düşünceleri paylaşmayan vatandaşlarına dayatıp dayatmayacağı tartışma konusu edilmiştir. Bu noktada, gerek devletin (ya da daha doğru bir ifade ile *polis*'in) vatandaşları ahlâklı insan yapma ödevinden bahseden Platon'u, gerekse toplumun ahlâkî bağlarındaki zayıflamasıyla dağılacığını, dolayısıyla kendini korumak için ahlâkını koruma altına alma hakkı olduğunu söyleyen Devlin'i, bir dereceye kadar anlayışla karşılayabiliriz. Zira Yunan medeniyeti içerisinde polis, vatandaşların bireyler olarak varlığının ötesinde, onlara sahip oldukları kimliği kazandıran bir nitelik arz etmektedir. Bu açıdan, erdemli yaşam, erdemli vatandaş ve erdemli *polis*, bireyin ahlâkî tercihlerine müdahale edilebileceği düşüncesiyle çelişmez. Yine, İngiliz hukukunun oluşumu dikkate alındığında, çok uzun bir süre içerisinde oluşmuş ve halkın değer yargılarını yansıttığı kabul edilen *common law*'un, ahlâkî meselelere duyarsız kalamayacağını iddia etmek, en azından anlaşılabilir bir durumdur. Nitekim, Mill'in liberalizminin doğduğu topraklarda ve bu düşüncelerin ortaya konmasından bir asır sonra dahi, toplumun ahlâkını korumak adına fahişeliğin ve eşcinselliğin cezalandırılması gerektiğini söyleyen Devlin'in hem hukuk uygulayıcıları hem de akademisyenler arasında yalnız olmadığını biliyoruz⁴⁴. Ne var ki, 1967'de kabul edilen bir yasayla (*The Sexual Offences Act*), eşcinsel ilişkiler,

⁴³Ibid.

⁴⁴Ör. bkz. Eugene V. ROSTOW, "The Enforcement of Morals", *Cambridge Law Journal*, (1960, ss. 174-98), passim. "Hukukun ortak ahlâkın kolektif bir kodu üzerine kurulmuş olduğunu söylemek, hiçbir şekilde, kişinin ahlâkî yargılara ulaşmadaki bireysel sorumluluğunu ve bunların yerine getirilmesini sağlamaya çalışmadaki yükümlülüğünü azaltmaz" (ibid., s. 198) diyen Rostow, bu makalesinde. Devlin'in görüşlerinin, hukukun gelişimine ya da değişimine de engel olmayacağını savunarak, Devlin'e yöneltilen eleştirilerin yersizliğini göstermeye çalışır.

Wolfenden Komitesi'nin belirlediği çizgide, yani yetişkinler arasındaki rızaya dayalı olmak kaydıyla suç kapsamından çıkarılmıştır⁴⁵.

Türk hukuku açısından düşünülecek olursa, ahlaksızlığın cezalandırılabilmesini savunmak daha zor bir hal alır. Zira, söylediğimiz gibi, İngiltere'de yapılan tartışmada, halkın ahlâkını yansıttığı kabul edilebilecek bir hukuk söz konusudur. Oysa Türkiye Cumhuriyeti'nin kurulmasıyla birlikte hukuk alanında yapılan reformlar, halkın ahlâkî düşüncelerinin temelini oluşturan dinden köklü bir kopuşu gerçekleştirmiştir. Dolayısıyla, devletin ahlâkî konularda düzenleme yapması gerektiğini savunmanın, İngiltere'deki gibi bir temele oturtulması dahi mümkün olmaz. Belki de, zina tartışmasında gördüğümüz gibi, bu konuda geniş bir yazının bulunmaması ve kuramsal tartışmaların yapılmaması, daha baştan hukukun başkalarına zarar vermeyen ahlâkî tercihlerle olan bağlantısını kesmiş olmasında aranmak gerekir.

⁴⁵Oteller gibi kamuya açık konaklama mekanlarında ve özel mülk olan bir evde dahi olsa üçüncü bir kişinin yanında eşcinsel ilişkinin yasaklandığını da belirtmek gerekiyor.

HUKUKİ PERSPEKTİFTEN İNSAN HAKLARI VE TÜRKİYE

Öğr. Gör. Atakan YILDIZ*

İNSAN HAKLARI KAVRAMI

İnsan hakları; tüm insanların hiçbir ayırım gözetmeksizin yalnızca insan oluşlarından dolayı eşit, özgür ve onurlu yaşama hakkına sahip olmasıdır. “Bütün insanlar, hür, haysiyet ve haklar bakımından eşit doğarlar... Herkes, cinsiyet, ırk, renk, din, dil, yaş, tâbiyet, düşünce farkı, ulusal veya toplumsal köken, zenginlik gibi fark olmaksızın kanun karşısında eşittir¹.

Özgür bir şekilde düşüncelerini açıklamak, istediği yere gitmek, yerleşmek, diğer insanlarla ve makamlarla olan ilişkilerinde insanca ve hakça muamele görmek, insanların günlük yaşamında farkına varmadan yararlandığı haklardan bazılarıdır.

Bugün tüm dünyada insan haklarının hukuki temeli olarak kabul gören “Temel Hakların Korunmasına ilişkin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi”nin oluşumuna İkinci Dünya Savaşı² ve savaş suçlularının yargılanması neden olmuş ve gerekçe oluşturmuştur³.

Can ve mal güvenliği, din ve vicdan özgürlüğü, düşünce ve ifade özgürlüğü ve siyasi haklar gibi geleneksel hak ve özgürlükler birinci kuşak, çalışma hakkı, adil ve eşit ücret, insan haysiyetine yaraşır bir yaşam düzeyine kavuşma hakkı ve sağlık hizmetlerinden yararlanma hakkı gibi bir takım ekonomik ve sosyal haklar da ikinci kuşak haklar olarak adlandırılmaktadır. Teknolojik gelişmeye paralel olarak temiz bir çevrede yaşama hakkı, bilgisayar verilerine karşı özel hayatın korunmasını isteme hakkı, sanat ve bilim özgürlüğü, tüketici hakkı, tıbbi ve biyolojik gelişmelere karşı korunma hakkı gibi haklar da üçüncü kuşak haklardır ve bu haklara ilişkin kavramlar sürekli gelişme göstermektedir.

*Fırat Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Öğretim Elemanı.

¹ AİHS m. 1.

² ARIK, Kemal Fikret, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Üzerine Bir İnceleme, 1965, s. 9: SAVCI, B, İnsan Hakları, 1953, s. 52, dipnotu 126: MADRA Ö, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Bireysel Başvuru Hakkı 1981, s. 1.

³ PARTSCH, K.J, Die Rechte und Freiheiten der europaischen Menschenrechtskonvention, s. 11.

İnsan haklarının temelini 10 Aralık 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi ile 04 Kasım 1950 tarihli Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi oluşturmaktadır. Türkiye tarafından 1954'te onaylanmış olan ve iç mevzuatımızın bir parçasını oluşturan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, temel hak ve özgürlükleri: yaşama hakkı, işkence, insanlık dışı veya küçültücü muamele yasağı, kölelik ve zorla çalıştırma yasağı, kişi özgürlüğü ve güvenliği, hak arama özgürlüğü ve adil yargılanma hakkı, suç ve cezaların kanuniliği, özel hayat, aile hayatı ve haberleşmenin gizliliği, düşünce, din ve vicdan özgürlüğü, ifade özgürlüğü, toplantı, dernek ve sendika kurma özgürlüğü, evlenme ve aile kurma hakkı, şikayet hakkı, ayırım yapma yasağı olarak belirlemiştir. Daha sonra toplum yaşamında meydana gelen gelişmelere paralel olarak düzenlenen protokollerle bu haklara: mülkiyet hakkı, eğitim ve öğrenim hakkı, seçim hakkı, yerleşme ve seyahat özgürlüğü gibi yeni haklar eklenmiştir.

TARİHİ SÜREÇ VE İNSAN HAKLARI BİLİNCİ

Batı'da önem itibarıyla ilk bilinen ve klâsik on sekizinci yüzyıl deklarasyonlarının öncülüğünü yapan 15 Haziran 1215 tarihli Magna Karta deklarasyonundan 10 Aralık 1948 tarihli Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'ne kadar bu yönde atılmış önemli adımlar söz konusudur. Bu tarihten sonra da insan haklarına yönelik çalışmalar milli ya da milletlerarası seviyede devam etmektedir. Söz konusu deklarasyonların başlıcaları İngiliz Haklar Belgesi (1668), Amerikan Bağımsızlık Beyannamesi (1776), Fransız Beyannamesi (1791) ve İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi (1948) İnsanların Tanrı tarafından yaratılmış varlıklar olarak eşit oldukları ve vazgeçilmez haklara sahip olduklarını ifade etmektedirler.

İNSAN HAKLARI AVRUPA STANDARTI VE TÜRKİYE

AB üyeliği sürecinde Türkiye'nin 4. uyum paketi içerisindeki ulusal program taahhütlerinden birisi de 7 yıl içerisinde tüm güvenlik güçleri mensuplarının insan hakları alanında eğitilmesi taahhüdüdür. Ayrıca, Türk halkının da bu konuda bilinçlendirilmesi ulusal program taahhütleri içerisinde yer almaktadır. Son dönemde Türkiye insan hakları konusunda Avrupa da bir standart oluşturacak seviyeye yükselmiştir⁴. Gözaltı süreleri, avukatla görüştürülme gibi konularda İtalya, Belçika ve Fransa'yı da geride bırakmıştır. Bu standartların tersi uygulamaları bu ülkelerde bugün görebilmekteyiz.

⁴ Jonathan SUGDEN, İnsan Hakları izleme komisyonu Türkiye Raporörü.

İnsan Hakları İzleme Komisyonu Türkiye raportörü Jonathan Sugden bu iyileşmeyi ve Türkiye'nin kısa zamanda aldığı mesafeyi bizzat kendi ağzı ile ifade etmektedir. İnsan hakları konusuna Türkiye gereken önemi vermiş bu konuda AB standartlarına uygun olarak hızlı bir kurumsal yapılanmaya gitmiştir.

İNSAN HAKLARI TÜRKİYE TEŞKİLATI

Başta Başbakanlık İnsan Hakları Başkanlığı olmak üzere İnsan haklarının korunmasını sağlamak, ihlâl iddiaları hakkında gerekli inceleme ve araştırmaları yapmak ve bunların sonuçlarını yetkili mercilere bildirmek; insan hakları ile ilgili olarak toplumu bilgilendirmek, idarenin uygulamalarında vatandaşlara hoşgörü ve nezaketle yaklaşılmasını temin etmek ve uygulayıcıları ve kamu görevlilerini eğitmek üzere 2 Kasım 2000 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanan "İnsan Hakları Kurullarının Görev, Kuruluş ve Çalışmaları Esasları Hakkında Yönetmelik"le 81 il ve 831 ilçede İnsan Hakları İl ve İlçe Kurulları oluşturulmuştur⁵. İnsan hakları kavramına ait teknik mevzuatın ülkemizde oluşmaya başladığını söyleyebiliriz, bu oluşum Türkiye'yi insan hakları alanında hak ettiği noktaya hızla taşıyacaktır. Türk hukuk sistemi içerisinde insan hakları alanındaki temel kurumsal mevzuat şu şekildedir:

- 1-Başbakanlık İnsan Hakları Başkanlığı Hakkında Kanun,
- 2-İnsan Hakları Üst Kurulunun Kuruluş Görev ve İşleyişi İle İlgili Usul ve Esaslar Hakkındaki Yönetmelik,
- 3-İnsan Hakları Danışma Kurulunun Kuruluş Görev ve İşleyişi İle İlgili Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik,
- 4-İnsan Hakları İhlal İddiaları İnceleme Heyetlerinin Kuruluş Görev ve İşleyişi İle İlgili Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik,
- 5-İnsan Hakları İl ve İlçe Kurullarının Görev Kuruluş ve Çalışma Esasları Hakkındaki Yönetmelik.

Regulation on the Establishment, Duties and Working Principles of Provincial and Sub-provincial Human Rights Boards

- 6-İnsan Hakları Eğitimi On yılı Ulusal Komitesi Yönetmeliği.

Bu gün İnsan hakları hukuki yaklaşımlarının temelinde yatan birtakım sorunlar vardır bunlardan en önemlisi toplumun genel yararını gözeten devletin egemen genel duruşu ile insanı merkeze koyan öznel insan hakları yaklaşımının, nasıl bir sosyal

⁵ Bkz www.basbakanlik.gov.tr.

sözleşme ile uzlaştırılacağı sorunudur. Devlet mi, birey mi sorusuna getirilecek çözüm basittir; insan hakları savunuculuğunun temelinde devlet kurumsalının keyfi ve gayri insani tutumlarına karşı bireyi önemsemek ve korumak bilinci vardır. Bu kriter yerleştiğinde devlet, otoritesini gelişi güzel uygulamaktan cayacaktır. **Auto Limitation**⁶ dolayısıyla sorun devletin insan hakları konusunda kabul edilmiş uluslararası insani normlara uygun mevzuat düzenlemeleri yapması ve bunu kamuda hayata geçirmesiyle aşılabacaktır, bugün Türkiye bu süreci hızla kat etmektedir.

Bir diğer sorun ise insan hakları kavramının taraflarından birinin mutlaka devlet olduğu yanlış kanaattir oysa toplumsal hayatta özellikle küçük çocuklara karşı anne baba tarafından yöneltilen şiddetten tutun da eğitim camiası içinde hatta çalışma hayatı içerisinde usta çırak ilişkilerine varıncaya kadar geniş bir yelpazede insan hakları ihlalleri tespit edilebilmektedir. Bunların önüne geçilmesi ve toplumda insan haysiyet ve onuruna yakışmayan tutumların iyileşmesi İnsan hakları alanında bilinçlenme bu ve benzeri gayretlerle daha da azalacaktır, çünkü insan hakları herkese lazımdır, ayrıca bilinmelidir ki önemli olan insan haklarını savunmaktan öte insan haklarını sağlamaktır.

⁶Auto Limitation: Devletin kendini bireye karşı sınırlaması.

KARAR İNCELEMESİ

MUNZAM ZARARIN İSPATI

Ar. Gör. Doğuş Taylan TÜRKEĻ*

I. İNCELEME KONUSU KARAR

HGK, E. 2002/2-138, K. 2002/532, T. 19.6.2002

Taraflar arasındaki "tazminat" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Denizli Asliye 3. Hukuk Mahkemesince davanın reddine dair verilen 24.12.1999 gün ve 1999/118-930 sayılı kararın incelenmesi davacı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 22.5.2000 gün ve 2000/4720-6693 sayılı ilamı ile; (... Bir davada öne sürülen maddi olgulara uygulanacak yasa maddelerini bulmak ve uygulamak ve davanın hukuki nitelendirmesini belirlemek hakimnin doğrudan görevidir (HUMK md.76).

Dava hukuksal nitelikçe kaynaklanan Borçlar Kanununun 105. maddesinden kaynaklanan "munzam zarar" istemine ilişkindir.

Anılan yasa maddesine göre "alacaklının duçar olduğu zarar, geçmiş günler faizinden fazla olduğu surette borçlu kendisine hiçbir kusur isnat edilemeyeceğini ispat etmedikçe bu zararı dahi tazmin ile mükelleftir."

Munzam zarar borçlu temerrüde düşmeden borcunu ödemiş olsaydı, alacaklının mal varlığının kazanacağı durum ile temerrüt sonucunda ortaya çıkan ve oluşan durum arasındaki farktır. Başka bir anlatımla munzam zarar temerrüt faizini aşan ve kusur sorumluluğu kurallarına bağlı bir zarar şeklinde tanımlanabilir.

Munzam zarardan kaynaklanan tazminat borcunun doğması için aranan kusur borçlunun temerrüde düşmekteki kusurudur. Kural olarak munzam zarar alacaklısı öncelikle temerrüde uğrayan asıl alacağının varlığını, bu alacağın geç veya hiç ifa edilmemesinden dolayı temerrüt faizi ile karşılanmayan zararını, zarar ile borçlu temerrüdü arasındaki uygun nedensellik bağını kanıtlamakla yükümlüdür. Alacaklı,

*Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Deniz Hukuku Ana Bilim Dalı Araştırma Görevlisi.

borçlunun temerrüde düşmekte kusurlu olduğunu kanıtlama ile yükümlü değildir. Borçlu ancak, temerrüdündeki kusursuzluğunu kanıtlama koşuluyla sorumluluktan kurtulabilir.

Munzam zarar davalarında alacaklının kanıtlama yükümlülüğü çok sıkı kurallara bağlanmamalıdır. Yaşayan hayatın gerçekleri ve deneyimlerinin zorunlu kıldığı herkesçe bilinen normal durumlar ile fiili karineler ispat hukuku açısından alacaklı yararına değerlendirilmeli, bunların aksini iddia eden borçluya kanıtlama yükünün düştüğü kabul edilmelidir (YHGK. 10.11.1999 tarih, 1998/13-353 esas, 1999/929 sayılı karar).

Ülkemizde süregelen enflasyonist ortamda paranın alım değerinin büyük ölçüde azaldığı yaşanan tartışmasız bir gerçektir. Böyle bir ortamda kişinin parasını atıl biçimde elde tutmayacağı, gelir getirici bir yatırıma dönüştüreceği insan yapısının doğal bir sonucudur.

Enflasyonist ekonominin getirdiği olumsuz etki ve sonuçları herkesin az veya çok bildiği, en önemlisi, gerekli olduğu takdirde bilinebilmesinin kolayca gerçekleştirilebileceği ve mahkemelerinde bilgisi altında olan vakıalar olarak kabulü gerekir. Yasal deyimi ile "maruf ve meşhur" vakıalardır ve bunların kanıtlanmasına gerek yoktur (HUMK md. 238/2).

Mahkemece 250.000.000 TL'nin 10.11.1995 tarihinden itibaren yasal faizi ile tahsiline dair verilen karar 22.6.1999 tarihinde kesinleşmiştir. Davacının daha sonra işbu davayı açarak temerrüt tarihi ile ödeme tarihi arasında geçen zaman zarfında enflasyonun etkisiyle para değerinin düşmesi, alım gücünün azalmasıyla oluşan munzam zararın ödetilmesini istediği anlaşılmaktadır.

Davalının 10.11.1995 tarihinde ödemesi gereken asıl borcu ödemeyerek temerrüde düştüğü, kesinleşen hükümle sabittir. Bu durumda mahkemece yapılacak iş; 10.11.1995 temerrüt tarihinden 4.2.1999 ödeme tarihine kadar geçen süre zarfında, her yıl itibarıyla gerçekleşen yıllık enflasyon artış oranını, bu oran eşya fiyatlarına yansımada durumunu, mevduat ve devlet tahvillerine verilen faiz oranlarını, TL karşısında döviz kurlarını gösteren listeyi, davacıdan istemek gerektiğinde ilgili resmi kurul ve kuruluşlardan araştırmak, konusunda uzman bilirkişi düşüncesinden de yararlanmak suretiyle, bu süre içinde para değerinin düşmesi, alım gücünün azalması nedeniyle davacı alacaklının maruz kaldığı ortalama zarar miktarını, Borçlar Kanununun 43/II. maddesi hükmü de dikkate alınmak suretiyle tespit etmek, sonra bulunan zarar miktarından davacının icrada tahsil ettiği temerrüt faizini mahsup ederek, bakiyesini davacının munzam zararı olarak hükmetmekten ibarettir.

Mahkemece belirtilen şekilde, inceleme ve araştırma yapılmadan yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır..) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüşüldü:

KARAR: Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere göre, Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

SONUÇ: Davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile direnme kararının Özel Daire bozma kararında gösterilen nedenlerden dolayı HUMK'nun 429. maddesi gereğince **BOZULMASINA**, istek halinde temyiz peşin harcının geri verilmesine, ilk görüşmede çoğunluk sağlanamadığından, 19.6.2002 gününde ikinci görüşmede oyçokluğu ile karar verildi.

II. OLAYIN ÖZETİ

Karara konu olan uyuşmazlık, Borçlar Kanununun 105. maddesinden kaynaklanan munzam zararın tazminine ilişkindir. Davacının, açtığı alacak davasında, yerel mahkeme (Denizli Asliye 3. Hukuk Mahkemesi) dava konusu alacağın, 10.11.1995 tarihinden itibaren yasal temerrüt faiziyle birlikte tahsiline karar vermiş ve bu karar 22.6.1999 tarihinde kesinleşmiştir. Davacı daha sonra, karara konu olan tazminat davasını açarak, temerrüt tarihi ile ödeme tarihi arasında geçen zaman zarfında enflasyon etkisiyle para değerinin düşmesi ve alım gücünün azalması sonucu uğradığı munzam zararın (BK m. 105) giderilmesini talep etmektedir.

III. ÇÖZÜLMESİ GEREKEN HUKUKİ SORUN

Kural olarak, davacının munzam zarar talebiyle birlikte; temerrüde uğrayan asıl alacağın varlığını, bu alacağın geç veya hiç ifa edilmemesinden dolayı temerrüt faizi ile karşılanamayan zarar miktarını, zarar ile borçlunun temerrüdü arasındaki uygun illiyet bağını kanıtlaması gerekir. Davacının munzam zarar talebinin kabulü için, talebini haklı göstermeye yarayan vakıa iddialarının, uygulanacak hukuk normunun (BK m. 105) koşul vakıasını karşılamaya yetecek şekilde ispatlanacağı, çözülmesi gereken hukuki sorun

olarak karşımıza çıkmaktadır. Karşılaşılan sorunun esasen bir ispat sorunu olduğu ve ispat hukuku çerçevesinde uyuşmazlığın aydınlatılması gerekmektedir. Hukuki sorunun çözümünde öncelikle munzam zarar talebinin koşul vakıaları genel olarak incelenecek ve bu vakıaların ne şekilde ispatlanması gerektiği ortaya konulacaktır.

IV. MERCİLERİN ÇÖZÜMTARZI

A. Yerel Mahkeme

Denizli (3.) Asliye Hukuk Mahkemesi, davacı tarafından açılan ilk alacak davasını kabul etmiş ve 250.000.000 TL'nin, 10.11.1995 tarihinden itibaren yasal (temerrüt) faiziyle birlikte tahsiline karar vermiştir. Ancak, davacının daha sonra açtığı ve temerrüt faiziyle karşılanamayan zararının tazminine ilişkin ve karara konu olan dava, mahkemenin 24.12.1999 gün ve 1999/118-930 sayılı kararıyla reddedilmiştir.

Yerel mahkemenin, munzam zararın tazmin talebini reddederken, hangi gerekçeleri kararına esas aldığı (karar metninden) anlaşılammaktadır. Buna karşın, yerel mahkemenin Yargıtay 2. HD tarafından bozulan kararında direnmesi, mahkemenin 2. HD'nin aşağıda açıklanacak görüşlerini paylaşmadığını göstermektedir.

B. Yargıtay Hukuk Dairesi

Yargıtay 2. HD, uyuşmazlığı değerlendirirken, ispat hukuk kuralları çerçevesinde hareket ederek, munzam zararın ne şekilde ispat edilmesi gerektiğini ortaya koymaya çalışmaktadır. Yargıtay 2. HD, somut olayın özelliklerinden ziyade, geçmiş dönemlerde de munzam zarar konusunda ortaya çıkan sorunların dikkate alarak, sorunun çözümüne dair belli bir yol çizmekte ve yerel mahkeme tarafından munzam zararın bu şekilde hesaplanmasını istemektedir.

Yargıtay 2. HD 22.5.2000 gün ve 2000/4720-6693 sayılı ilamı ile şu hususları belirtmektedir:

a. "...Bir davada öne sürülen maddi olgulara uygulanacak yasa maddelerini bulmak ve uygulamak ve davanın hukuki nitelendirmesini belirlemek hâkimin görevidir (HUMK m. 76)".

b. "Munzam zarardan kaynaklanan tazminat borcunun doğması için aranan kusur borçlunun temerrüde düşmekteki kusurudur. Kural olarak munzam zarar alacaklısı öncelikle temerrüde uğrayan asıl alacağın varlığını, bu alacağın geç veya hiç ifa edilmemesinden dolayı temerrüt faiziyle karşılanamayan zararını ve zarar ile borçlu temerrüdü arasındaki uygun nedensellik bağıını kanıtlamakla

yükümlüdür. Alacaklı, borçlunun temerrüde düşmekte kusurlu olduğunu kanıtlama ile yükümlü değildir. Borçlu ancak, temerrüdündeki kusursuzluğunu kanıtlama koşuluyla sorumluluktan kurtulabilir".

c. "*Munzam zarar davalarında alacaklının (zararını) kanıtlama yükümlülüğü çok sıkı kurallara bağlanmamalıdır. Yaşayan hayatın gerçekleri ve deneyimlerinin zorunlu kaldığı herkesçe bilinen normal durumlar ile fiili karineler ispat hukuku açısından alacaklı yararına değerlendirilmeli, bunların aksini iddia eden borçluya kanıtlama yükünün düştüğü kabul edilmelidir* (YHGK 10.11.1999 tarih, 1998/13-353 esas, 1999/929 sayılı karar)".

d. "Ülkemizde süregelen enflasyonist ortamda paranın alım değerinin büyük ölçüde azaldığı yaşanan tartışmasız bir gerçektir. Böyle bir ortamda kişinin parasını atıl biçimde elde tutamayacağı, gelir getirici bir yatırıma dönüştüreceği insan yapısının doğal bir sonucudur".

e. "Enflasyonist ekonominin getirdiği olumsuz etki ve sonuçları herkesin az veya çok bildiği, en önemlisi, gerekli olduğu takdirde bilinebilmesinin kolayca gerçekleştirilebileceği ve mahkemelerinde bilgisi altında olan vakıalar olarak kabulü gerekir. *Yasal deyimi ile maruf ve meşhur vakıalardır ve bunların kanıtlanmasına gerek yoktur* (HUMK m. 238/11)".

Yargıtay 2. HD yukarıdaki ilkeleri ortaya koyduktan sonra, davalının temerrüde düştüğü tarih ile ödeme tarihi arasındaki dönemde, davacının elde etmesi gereken para alacağını kullanabileceği yatırım araçları araştırılarak, bu yolla elde edebileceği gelirle işleyen temerrüt faizi arasındaki farkın munzam zarar olarak hükmedilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Ayrıca 2. HD, alım gücünün azalması sonucu alacaklı davacının maruz kaldığı ortalama zararın BK m. 42/II hükmü dikkate alınmak suretiyle değerlendirilmesi gerektiğini belirtmektedir¹.

C.Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

Yerel mahkemenin, kararında direnmesi ve bu kararında süresinde davacı tarafından temyiz edilmesi üzerine, uyuşmazlık Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun önüne gelmiştir.

¹ Karar metninde "*Borçlar Kanununun 43/II maddesi'nden*" bahsedilse de, asıl kastedilmek istenen BK'nın 42. maddesi olmalıdır. Somut olaydaki veriler ve ibarenin bulunduğu tümce dikkate alındığında bu sonuç ortaya çıkmaktadır. BK m. 43/II'de "*Zarar ve ziyan, irat şeklinde tayin olunduğu takdirde borçludan icap eden teminat*" alınacağı ifade edilirken; BK m. 42/XI şu hükmü getirmektedir: "*Zararın hakiki miktarını ispat etmek mümkün olmadığı takdirde hâkim, hâlin müted cereyanını ve mutazarrır olan tarafın yaptığı tedbirleri nazara alarak onu adalete tevfikân tayin eder*".

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 19.6.2002 tarih, E. 2002/2-138, K. 532 sayılı kararında, yerel mahkemenin kararında direnmesi üzerine yaptığı incelemede, 2. HD.'nin verdiği kararın hukuka uygun olduğuna ve yerel mahkemenin buna uygun olarak hareket etmesi gerektiğine oyçokluğu² ile karar vermiş ve direnme kararını bozmuştur.

V. DEĞERLENDİRME

Davacı, munzam zararını tazmin etmek amacıyla karara konu olan davayı açmıştır. Davacının talebinin kabul edilebilmesi için, öncelikle munzam zarar talebi için hangi koşul vakıaların ispat edilmesi gerektiği incelenmelidir. Bu inceleme sonucunda, ispatı gereken koşul vakıaların ne şekilde ispat edileceği açıklanarak, ispat hukuku kurallarıyla kararda ifade edilen ilkelerin uyuşup uyuşmadığı tespit edilmeli ve kararın hukuka uygunluğu değerlendirilmelidir.

A. Munzam Zarar

1. Kavram

Para borcunun zamanında ödenmemesi durumunda alacaklı zarara uğramış olur. Bu zarar, hem ana alacağın ödenmemesi, hem de geç ödemedi dolay meydana gelmektedir. Alacağını alamayan alacaklı, bunun tahsili için bir takım yasal yollara başvurup, tahsili sağlayabilir. Bu ödeme sağlanmış olsa bile vade gününden daha sonraki bir tarihte ödeme gerçekleşmiş olacaktır. İşte bu geciken süre için alacaklının zararının karşılanması düşünülerek temerrüt faizinin ana alacağa ilave edilerek ödenmesi gerektiği yasal olarak düzenlenmiştir. Yasa koyucu, ilk plânda doğan zararın temerrüt faizi ile giderilebileceğini öngörmüştür. Ancak alacaklının uğradığı zarar, öngörülen temerrüt faizi ile karşılanamıyorsa, bu halde alacaklı, faizi aşan zararın da ödenmesini ayrıca isteyebilecektir. İşte bundan dolayı alacaklının temerrüt faizi ile karşılanamayan zararı, "faizi aşan zarar" veya "munzam zarar" adı altında belirlenerek ödetilmesi yoluna gidilmektedir². Bu ilke Borçlar Kanunumuzun 105. maddesiyle hüküm altına alınmıştır.

Burada altını çizerek değinilmesi gereken nokta; faizi aşan zarardan söz edebilmemiz için, borçlunun geç de olsa edim yükümlülüğünü yerine getirmiş olmasıdır. Munzam zararda amaçlanan nokta; temerrütten doğan zararın tazmini ile güdülen, alacaklının ifaya olan çıkarını korumak değil, ifa için öngörülen zamana olan çıkarını sağlamaktır.

²KARTAL, s. 506.

2. Unsurları

a. *Temerrüt Faizi ile Karşılanmayan Bir Zararın Bulunması*

BK m. 105 çerçevesinde borçludan tazmini istenebilecek zarar, para borcunun zamanında ifa edilmemesi yüzünden meydana gelen ve temerrüt faizi ile karşılanamayan eksilme tarzında kendini gösterir. Borçlu borcunu temerrüde düşmeksizin ödeseydi alacaklının malvarlığı ne durumda olacak idiye, bu farazi durum ile temerrüt sonucunda ortaya çıkan mevcut durum arasındaki farkın temerrüt faizi tutarını aşan kısmı BK m. 105 uyarınca giderilmesi gerekli olan zararı teşkil eder³.

Alacaklının zararı ilk plânda, götürü bir tazminat niteliği taşıyan temerrüt faizi ile giderildiğinden, zarar miktarı temerrüt boyunca işlenmiş olan toplam temerrüt faizi tutarından az veya ona eşit ise esasen ortada tazmini gerekli bir aşkın zarar da bulunmayacaktır. Zararın temerrüt faizi toplamından fazla olması ve temerrüt faizinin bu zararı tümüyle karşılamaya yetmemesi halindedir ki, BK m. 105 anlamında bir aşkın zararın varlığından söz edilir⁴.

b. *Munzam Zarar ile Temerrüt Arasında Uygun İlliyet Bağının Bulunması*

Sorumluluk hukukunda bugün genel kabul gören uygun illiyet bağı teorisine göre borçlu, fiile herhangi bir şekilde bağlantısı bulunan tüm zararların değil, ancak uygun illiyet bağı ile bağlı olan zararların tazmini ile yükümlüdür. Genel hayat tecrübeleri ve olayların olağan akışı dikkate alınarak hâkim tarafından yapılacak objektif değerlendirme sonucunda fiilin nitelik itibarıyla bu zararı meydana getirmeye elverişli olduğu kanısına varabiliyorsa fiil ile zarar arasında uygun illiyet bağı mevcut demektir. Bu esas BK m. 105 açısından da geçerlidir⁵.

BK m. 105'den kaynaklanan talep hakkı da gerçek bir tazminat talebi olduğuna göre, alacaklı uğradığı aşkın zarar ile borçlu temerrüdü arasındaki uygun illiyet bağı bulunduğunu ortaya koyan tüm olguları ispat etmek zorundadır. Bazı aşkın zarar kalemleri bakımından illiyet bağının ispatında alacaklı lehine birtakım kolaylıklar sağlanması Yargıtay kararlarında belirtildiği gibi borçlar hukuku öğretisinde de dile getirilmiştir⁶. Ancak, somut olayda olduğu gibi munzam zararlarla ilgili bir ispat sorunu ortaya çıkacak ise, bu illiyet bağından değil; bizzat munzam zararın kendisinden kaynaklanacaktır. Davacı öncelikle, munzam zararını ispatlayabilmeli ve bu zararlar

³ BARLAS, s. 189.

⁴ BARLAS, s. 190.

⁵ DOMANIÇ, s. 74; BARLAS, s. 192; KARTAL, s. 508.

⁶ BARLAS, s. 192-193.

borçlunun temerrüdü arasında uygun bir illiyet bağı kurmalıdır. Borçlunun temerrüdü ve munzam zararın başarılı bir şekilde ortaya koyulduğu durumlarda, illiyet bağı kolaylıkla ispatlanabilecektir; bu hususta bir ispat sorunun gündeme gelmesi pek mümkün gözükmemektedir. Asıl sorun, munzam zararın ispatı aşamasında çıkabilir ki, aşağıdaki bölümlerde esas olarak bunun üzerinde durulmuştur.

c. Borçlunun Kusursuzluğunu Kanıtlayamamış Olması

Borçlunun temerrüt faizinden sorumlu olabilmesi için kusurlu olması şart olmadığı gibi, kusursuzluğunu kanıtlayarak da sorumluluktan kurtulamaz. Ancak, munzam zarardan dolayı tazminat ödemekten kurtulabilmesi için borçlunun, kusuru olmadığını kanıtlaması gerekir. Aksi halde sorumlu olacaktır. Bu husus BK'nın 105. maddesinde açıkça belirtilerek, alacaklı yararına bir kusur karinesi kabul edilmiştir.

B. MUNZAM ZARARIN İSPATI SORUNU

1. Munzam Zarar Talebinin Koşul Vakıaları Açısından Somut Olayda İspatlanması Gereken Vakıalar

Yukarıda da açıklandığı üzere, davacının, para alacağını; bu alacağın zamanında ödenmemesi sebebiyle borçlunun temerrüde düştüğünü; temerrüt faiziyle karşılanamayan zararının bulunduğunu ve nihayet bu munzam zarar ile borçlunun temerrüdü arasında uygun illiyet bağı bulunduğunu ayrı vakıalar halinde ispat etmesi gerekmektedir. Öte yandan, davacı, munzam zararının giderilmesini talep etmeden önce, borçluya (davalıya) karşı açtığı dava lehine sonuçlanmış ve dava konusu alacağın temerrüt faiziyle birlikte tahsiline karar verilmiştir. Böylece, para alacağı ve bu alacağın ödenmemesi sebebiyle borçlunun temerrüde düştüğüne ilişkin vakıalar, *kesin hüküm* ile ispat edilebilecektir. HUMK m. 237'de düzenlenen ve *adli bir gerçeği* ifade eden kesin hüküm, kesin deliller arasında yer almaktadır. Para alacağının ve borçlunun temerrüdüne ilişkin vakıalar kesin hükmün konusunu oluşturduğundan, karara konu olan davada davacının bu vakıalar hakkında bir kez daha ispat faaliyetine girmesine gerek yoktur; kesin hükmün varlığı bu vakıaların ispatı için yeterli olacaktır (HUMK 237/I)⁷. Bunun dışında davacının tazminat talebinin kabul edilebilmesi için, munzam zararının varlığını ve bu zarar ile borçlunun temerrüdü arasındaki uygun illiyet bağını ispatlaması

⁷PEKCANITEZ/ ATALAY/ ÖZEKES, s. 407; ALANGOYA, s. 342-345. Dar ve teknik anlamda delil kavramı, ispat faaliyetinde kullanılan ve dava öncesinde oluşmuş bir vakıayı temsilen yargılamaya aktarılmasını sağlayan ve bu vakıaları temsil eden inandırma araçlarıdır. Kesin hüküm her ne kadar (geniş anlamda) kesin deliller arasında sayılsa da, vakıayı temsil özelliğini haiz değildir. Buna karşın, hukuki istikrarın sağlanması amacıyla, kesin hükmün (gerçek anlamda olmasa da), vakıayı kazai ve mutlak şekilde temsil ettiği kabul edilmektedir (ATALAY, Emare İspatı, s. 8; KONURALP, s. 12).

gerekmektedir. Ancak, bu vakıaların *tam olarak* ispat edilmesi -yani varlığı hususunda hâkimde *tam bir kanaat*⁸ oluşturulması- durumunda munzam zarara ilişkin koşul vakıalar somut olayda gerçekleşmiş olacaktır.

2. Munzam Zararın İspatı

Alacaklı munzam zararın varlığı hakkında tam ve doğru bir şekilde ispat faaliyeti yürütmek istiyorsa açtığı davada öncelikle munzam zararın varlığını iddia etmelidir (*iddia yükü*⁹) ve soyut olarak ortaya attığı bu iddiayı somutlaştırmalıdır (*somutlaştırma yükü*¹⁰). Başka bir anlatımla, davacının, malvarlığında hangi munzam zarar kaleminin oluştuğunu somut bir biçimde dile getirmesi gerekmektedir.

Uygulamada munzam zarar çeşitli durumlarda meydana gelebilir. Zararın ortaya çıkış şekli her somut olaya göre değişecektir¹¹. Genel olarak istenebilecek aşkın zarar kalemleri arasında; alacağın tahsili için yapılan giderler, yoksun kalınan kazanç, para değerindeki azalma nedeniyle oluşan zararlar, yabancı para borçlarında kur değişikliği sonucu doğan zararlar sayılabilir¹². Davacı sadece munzam zarar iddiasında bulunmakla yetinmeyecek, bu sayılan kalemlerin hangisinin gerçekleştiğini de ortaya koymalıdır. Böylece, davacı üzerine düşen *somutlaştırma* yükünü yerine getirmiş olacaktır. Karar metninde davacının bu somutlaştırma yükünü ne şekilde yerine getirdiği açık bir şekilde anlaşılmasına karşın, kararda "para değerindeki azalma nedeniyle oluşan zarar"¹³ üzerinde durulduğu görülmektedir. Buradan hareketle davacının somutlaştırma yükünü bu doğrultuda yerine getirdiği varsayılacaktır. Ancak şunu da belirtmek gerekir ki, davacının böyle bir somutlaştırmaya girişmeden tazminat iddiasında bulunması, talebinin

⁸PEKCANİTEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 324; ALANGOYA, s. 299; ATALAY, s. 37; ATALAY, Emare İspatı, s. 5.

⁹PEKCANİTEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 317-319; ATALAY, s. 22 vd.; UMAR/YILMAZ, s. 17 vd.

¹⁰PEKCANİTEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 320-321; ATALAY, s. 31 vd.

¹¹KARTAL, s. 504.

¹²BARLAS, s.197-218; KARTAL, s.509-512.

¹³Türk doktrinde de hâkim olan görüşe uygun olarak *Kılıçoğlu* şunları belirtmektedir: "*Para borçlarında temerrüt nedeniyle, temerrüt faiziyle karşılanamayan en kapsamlı ve yaygın zarar hali, enflasyondan kaynaklanmaktadır. Para borçları dışındaki borçlarda, temerrüde rağmen aynen ifanın söz konusu olduğu hallerde, alacaklı enflasyondan ve yarattığı zarardan etkilenmez. Ancak, borçlunun borcu para olduğu ya da para dışındaki bir borç olduğu halde tazminata dönüştüğünde borçlunun temerrüdü nedeniyle gecikilen her gün para değerindeki azalmalardan alacaklı büyük zarar görmektedir. Borçlunun ödemekle yükümlü olduğu temerrüt faizi, enflasyon nedeniyle para değerindeki kayıpları karşılayacak nitelikte değilse, alacaklının bunu tazmin etmesi gerekir. Aksinin kabulü, enflasyondan borçlunun zararlı çıkması sonucunu doğurur. Tazminatın amacı, borçlunun borca aykırı davranışını cezalandırmak olduğuna göre, enflasyon bu amacın ortadan kalkmasına yol açmamalıdır. Aksi halde, enflasyon borçlular tarafından arzu edilen bir araç haline gelir ve enflasyon devam ettiği sürece, borçlu ifadan kaçınmanın tüm yollarını kullanarak, borca aykırı davranıştan kazanç temin etmeye çalışır (KILIÇOĞLU, s. 479)". Aynı yönde BARLAS, s. 212; KARTAL, s. 512).*

daha baştan reddedilmesine neden olacaktır. Böyle bir somutlaştırma olmadan, Yargıtay'ın munzam zarar talebini genel tutuma uygun olarak, "para değerindeki azalma nedeni"ne dayandırması hukuka uygun olmayacaktır¹⁴.

İddia ve somutlaştırma yükünün somut olayda değerlendirilmesinden sonra davacının ispat yükünü taşıyıp taşımadığı incelenmelidir.

İspat yükü, tarafların iddia ve savunmalarını dayandırdıkları bir olayın gerçekleşmiş olup olmadığının ispat edilememesi halinde aleyhe bir kararla karşılaşmak tehlikesidir¹⁵. Bu tehlike, somut olayda olduğu gibi açılan davanın kaybedilmesi şeklinde de oluşabilir¹⁶. Hâkim ispat yükü kurallarına, ancak ispatın konusunu oluşturan vakıaların tam olarak ispat edilememesi durumunda başvuracaktır. Taraflar kendi lehine hak çıkardıkları vakıaları tam olarak ispatlayamaz ise, o vakıa hakkında bir belirsizlik doğacak ve bu belirsizliğin kimin aleyhine olacağından ispat yükü kurallarıyla belirlenecektir. Böylece hakim ancak, ispat yüküne dayanan kararını belirsizlik halinde verebilir ve bu aşamaya da ancak delillerin toplanması aşamasından sonra geçilebilir¹⁷. Zaten taraflar ispat yükü kendilerinin üzerinde olsun ya da olmasın vakıa iddiaları hakkında mahkemeye delil sunmak zorundadır. Hâkim bir vakıa hakkında ikame edilen delillerden bu vakıanın varlığını ya da var olmadığını tam olarak anlayabiliyorsa ispat yükü o vakıa için işlevini göstermeyecektir¹⁸. Ne zaman ki, sunulan delillere rağmen, o vakıa belirsiz kalır, o vakit hâkim ispat yükü kuralını uygulayarak ispat yükünü taşıyan taraf aleyhine karar verecektir.

İspat hukuku teorisi, genel olarak ispat yükü olarak adlandırdığımız kavramı kendi içinde *objektif* ve *sübjektif* ispat yükü olarak ikiye ayırmaktadır¹⁹. İspat yükünün

¹⁴Bir talebin koşul vakıası, o talebi haklı gösteren hukuk normunda genel ve soyut biçimde tarif edilmiştir. Bu koşul vakıanın, somut olayda gerçekleştiği hususunda hakimin inandırılabilmesi için - başka bir ifadeyle ispat faaliyetine girilebilmesi için- iddia edilen vakıanın tam olarak algılanması, somutlaştırılması gerekmektedir. Ancak bundan sonra, vakıanın ispat edilip edilemeyeceği ortaya çıkacaktır. Somutlaştırma yüküne girilmeden bir vakıanın, çekişmeli olduğu ya da herkesçe bilinen ve ünlü bir vakıa olduğu anlaşılacaktır. Bu itibarla somutlaştırma yükü, genel anlamda tarafların açıklama ödevinin bir parçası ve bunun lahiyalar teatisi aşamasındaki görünümüdür (PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 320-321).

¹⁵PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 312; KURU, s. 1972; UMAR/YILMAZ, s. 3; ATALAY, s. 9; ATALAY, Emare İspatı, s. 17; ÜSTÜNDAĞ, s. 613; ALANGOYA, s. 304-305; POSTACIOĞLU, s. 533-534; POSTACIOĞLU, İspat Külfeti, s. 495; UMAR, s. 792; ANSAY, s. 213; BİLGE/ÖNEN, s. 498-499; KESER, s. 242; KARAFAKİH, s. 168; KARAFAKİH, Beyyine Mükellefiyeti, s. 8; TAŞPINAR, s. 159; TUĞSAVUL, s. 1061; YAVUZ, s. 382; ERTEM, s. 746.

¹⁶PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 312; UMAR/YILMAZ, s. 3.

¹⁷ATALAY, s. 10-11; TAŞPINAR, s. 161.

¹⁸ATALAY, s. 12; UMAR/YILMAZ, s. 5.

¹⁹PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 312; ATALAY, s. 17; UMAR, s. 792; TAŞPINAR, s. 162-163.

yukarıda verilen tanımı, objektif ispat yükü içi kullanılmaktadır. Delil ikame yükü olarak da adlandırılan sübjektif ispat yükü ise, objektif ispat yükü kuralları sebebiyle hâkimin aleyhte karar verme tehlikesini bertaraf etmek amacıyla tarafların, delil ikamesi faaliyetleriyle kendi vakıa iddialarının doğruluğu veya karşı taraf iddialarının yerinde olmadığı yolunda hâkimde yeterli derecede bir kanaat oluşturma yükü olarak tanımlanabilir²⁰. İspat yükü ile delil ikame yükü birbirinden farklı kavramlardır: ispat yükü ispat edilmeme riskinin kime ait olduğunu tayin ederken; delil ikame yükü yerine getirilmesinin yönü ve şekliyle ilgilidir. Kural olarak, delil ikame yükünü de ispat yükü belirler²¹. Ancak bazı durumlarda, ispat yükünü taşıyan taraf delil ikame etmek yükü altında olmayabilir. Örneğin, vakıa iddiasının ispatlanabilmesi için ancak karşı tarafın ticari defterlerinin incelenmesi gerekiyorsa, ispat yükü üzerinde bulunan taraf delil gösterme zorunda değildir²². Zira, göstereceği yegane deliller kendi hâkimiyet sahasının dışındadır. Bu durumda, ispat yükü değişmemesine karşın, delil ikame yükü ticari defterleri elinde bulunan tarafa geçmektedir. Öte yandan ispat ve delil ikame yükü kavramları organik bakımdan da birbirinden farklıdır: Delil ikame yükü şekli hukuku ilgilendiren bir sorun iken, ispat yükünü maddi hukuk kuralları belirlemektedir²³.

Somut olayda davacının ispat yükünü ne şekilde taşıdığı sorusuna cevap vermek istersek, öncelikle, ispat yükünü belirleyen maddi hukuk kurallarını tespit etmemiz gerekecektir ve bu husustaki genel kural MK m. 6'da ifadesini bulmuştur: "Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, taraflardan her biri, hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür²⁴". Buna göre, tazminat talebi munzam zararın varlığına bağlı olan davacı, somut olarak belirlediği munzam zararını ispatla yükümlü olacaktır. TMK m. 6, genel ispat kuralı olup, maddede belirtildiği gibi kanundaki istisnalar saklı olacaktır. BK m. 98/XI atfıyla munzam zarar hakkında da geçerli olan BK m. 42/I ispat yükünü şu şekilde belirlemektedir: "Zararı ispat etmek müddeiye (davacıya) düşer". Böylece, gerek genel, gerekse özel ispat yükü kuralları, munzam zararın ispatını davacıya yüklemektedir.

²⁰PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 315-317; ATALAY, s. 16-22; UMAR/YILMAZ s. 34-37; UMAR, s. 790-794; TAŞPINAR, s. 164-165.

²¹PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 315; ATALAY, s. 17; UMAR/YILMAZ s. 34; UMAR, s. 790-794; TAŞPINAR, s. 164.

²²ATALAY, s. 20-21; UMAR/YILMAZ, s. 34-36.

²³ATALAY, s. 17; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 316.

²⁴TMK m. 6'nın iyi bir şekilde kaleme alınmadığı ve mevcut haliyle ispat yükü sorununu çözmeye elverişli olmadığı belirtilmektedir. Bu nedenle, bu hükmün, kaynak İsviçre Medeni Kanununda olduğu gibi, "ileri sürdüğü bir vakaadan (olaydan) kendi lehine haklar çıkaran kimse, iddia ettiği vakaları (olayları) ispat etmelidir" şeklinde anlaşılması gerekir (PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 313; UMAR/YILMAZ, s. 86-88; KURU, s. 1975).

Yukarıda açıklandığı üzere, davacı munzam zarar vakiasına ait ispat yükünü üzerinde taşımaktadır. Bu ispat yükünün sonucu olarak bu vakianın belirsiz kalması durumunda (davacının hâkimde tam bir kanaat uyandıramaması halinde), tazminat talebi reddedilecektir. Bu rizikonun bertaraf edilebilmesi için davacının vakia iddiasına ilişkin delil ikame faaliyetinde bulunması ve bu faaliyetin sonucunda hâkimde *tam bir kanaatin* oluşturulması gerekmektedir. Burada hâkimde oluşacak kanaatin ölçüsü de, ispat hukuku teorisinde ayrı bir usulî kavramla açıklanmaktadır: *ispat ölçüsü*²⁵.

İspat ölçüsü, iddia edilen bir vakianın, hâkim tarafından ne zaman ispatlanmış kabul edilerek o vakia hakkında karar verilebileceğini ifade eder. İspat hukukunda kural olarak, bir vakianın ispat edilebilmesi için, o vakianın varlığı hakkında hâkimde tam bir kanaatin oluşturulması gerekir (*tam ispat*)²⁶. Buna karşın bazı istisnai hallerde yasa koyucu (HUMK m. 110, İİK m. 258) veya somut olayın özellikleri (ispat güçlüğü veya imkansızlığı), bir vakianın ispatı için hâkimde tam olmasa da, yaklaşık bir kanaati yeterli sayabilmektedir. Bu ispat ölçüsüne de, *yaklaşık ispat* (gerçeğe yakın ispat) denilmektedir²⁷.

Son olarak yaklaşık ispat kavramını da (genel olarak) açıkladıktan sonra, Yargıtay'ın aşağıdaki görüşünü incelemek ve ne kastettiğini ortaya koymak gerekli olacaktır:

"(1) *Munzam zarar davalarında alacaklının (zararını) kanıtlama yükümlülüğü çok sıkı kurallara bağlanmamalıdır.* (2) *Yaşayan hayatın gerçekleri ve deneyimlerinin zorunlu kıldığı herkesçe bilinen normal durumlar ile fiili karimeler ispat hukuku açısından alacaklı yararına değerlendirilmeli, bunların aksini iddia eden borçluya kanıtlama yükünün düştüğü kabul edilmelidir*".

²⁵PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 324; ALANGOYA, s. 299; ATALAY, s. 37; ATALAY, Emaré İspatı, s. 5; KESER, s. 242.

²⁶Kural olarak bir vakianın ispatlanması için, o vakia hakkında ikame edilen delillerin, hakimde tam bir vicdani kanaat oluşturması gerekmektedir. Öte yandan, Türk ispat hukukuna hakim olan, kesin delillerle ispat zorunluluğu (HUMK 288, 290) hakimde oluşması gereken bu vicdani kanaati tamamiyle objektifleştirmiştir (PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 323; ATALAY, s. 43). Kesin delillerin varlığı durumunda hakimın delilleri takdir yetkisi kısıtlandığı için, bu tür delillerle ispat edilen bir vakianın gerçekliği konusunda hakimde tereddüt oluşması mümkün değildir. Kesin delil, ilişkili olduğu vakia hakkında yargısal gerçekliği ifade edecektir. Bununla birlikte, ispat ölçüsü ile *delillerin değerlendirilmesi* kavramlarının birbiri ile karıştırılmaması da gerekmektedir. Delillerin değerlendirilmesi, hakimın yargılamadaki karar verme sürecinde maddi meseleye (bir vakianın somut olayda gerçekleşip gerçekleşmediğine) ilişkin bir faaliyet olduğu halde: (genel ve soyut kurallar halinde önceden belirlenmiş olan) ispat ölçüsü, bu faaliyetin içeriğine ilişkin olarak hukuki meseleyi ilgilendirir (ATALAY, s. 37; YILDIRIM, s. 72).

²⁷PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 324; ATALAY, s. 44; ATALAY, Emaré İspatı, s. 15.

İspat hukuku teorisi açısından yukarıdaki görüş incelendiğinde, ilk cümlelerin ispat ölçüsüyle ilgili olduğu görülecektir. Burada Yargıtay, munzam zarar davalarında alacaklının tam bir ispat yükü altında olmaması gerektiğini ifade etmekte ve ispat ölçüsünü somut olayın özelliğine göre tam ispattan yaklaşık ispata düşürmektedir²⁸. Bu cümlelerin başka türlü anlaşılmasına imkân yoktur. Ancak bu noktada Yargıtay'ın genel olarak davacının ispat yükünden bahsetmesi yerinde olmamıştır. Zira, yukarıda ortaya konulan usulî kavramlar her bir vakıa için ayrı değerlendirilmelidir²⁹. Dolayısıyla, ancak belli bir vakıanın ispat ölçüsünün düşürülmesinden bahsedilecektir. Yoksa, genel olarak bir davadaki ispat ölçüsünden bahsedilmesi uygun olmayacaktır. Kararın geneli ve munzam zararlarla ilgili tartışmalar göz önüne alındığında, buradaki vakıanın munzam zararın varlığına ilişkin olduğu düşünülmeli ve ancak bu noktada ispat ölçüsünün düşürülmesi söz konusu olmalıdır. Tazminat talebini haklı gösterecek diğer koşul vakıalar (bir alacağın varlığı, borçlunun temerrüde düşmesi ve munzam zararlarla borçlunun temerrüdü arasındaki illiyet bağına ilişkin vakıalar) yaklaşık değil, tam olarak ispatlanmalıdır. Sonuçta, ispat ölçüsünün düşürülmesine ilişkin yukarıda verilen görüş, ancak munzam zararın varlığıyla ilgili olmalıdır.

İkinci cümlede belirtilen "*yaşayan hayatın gerçekleri ve deneyimlerinin zorunlu kıldığı herkesçe bilinen normal durumlar*" ifadesiyle, herkesçe bilinen ve ünlü olan (maruf ve meşhur olan) vakıalar anlaşılması uygun düşecektir (HUMK m. 238/XI). Zira, buradaki ifade *fiili karineyi* çağrışırsa da, aynı cümlede fiili karine kavramını açıkça kullanması bu yorumu engelleyecektir. Gerek maruf ve meşhur vakıalar, gerekse fiili karineler, ispat zorunluluğu olmayan haller olarak görülmektedir³⁰. Ancak burada ispat yükünün mevcut bulunmamasından değil, delil ikame yükünün bulunmamasından söz etmek doğru olacaktır. Çünkü bir taraf maruf ve meşhur dava veya fiili karineye dayansa da, hakkının dayanağı olan vakıaya ilişkin ispat yükü üzerinde kalmaya devam etmektedir³¹. Sadece, delil ikame yükü maruf ve meşhur vakıa ya da karine tarafından yerine getirilmiş sayılmaktadır. Ancak, karşı taraf maruf ve meşhur vakıa yada fiili

²⁸PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 324; ATALAY, s. 44; KESER, s. 239.

²⁹PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 314,321; UMAR/YILMAZ, s. 3.

³⁰PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 309-310,315; KURU, s. 1968,2006; UMAR/YILMAZ, s. 27; ATALAY, s. 47; ATALAY, Emare İspatı, s. 14; ÜSTÜNDAĞ, s. 625; ALANGOYA, s. 302,309; POSTACIOĞLU, s. 538; UMAR, Karineler, s. 183; BİLGE/ÖNEN, s. 505; KESER, s. 242; KARAFAKİH, s. 170-171; TAŞPINAR, s. 154; TAŞPINAR, Fiili Karine, s. 536 vd.; YAVUZ, s. 392; ERTEM, s. 747.

³¹ATALAY, s. 16; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 317.

karinenin *aksini*³² her zaman ispat edebilecektir. Zira, Yargıtay kararında da, herkesçe bilinen normal durumlar ile fiili karinelerin, borçlu tarafından aksinin ispat edileceği belirtilirken, bu hususa işaret edilmektedir. Fakat, burada önemli olan nokta, aynı vakıa hakkında ispat ölçüsünün düşürülmesinden ve sübjektif ispat yükünü kaldıran fiili karine ve mâruf ve meşhur vakıalardan bahsedilmesinin ne derecede doğru olduğudur. Şayet, aynı vakıa hakkında bu açıklamalarda bulunulması çok doğru gözükmemektedir. Bir vakıa iddiası hakkında bir yandan karineye dayanılırken diğer yandan bu vakıanın ispatında, ispat ölçüsünün düşürülmesinden bahsedilmesi uygundur.

Yargıtay kararında belirtilen hukuki gerekçelerin ispat hukuku açısından ne anlama gelebileceğinden ziyade, esasen somut olayda, davacının munzam *zarara* ilişkin vakıa iddiasının ne şekilde ispatlanması gerektiği önem taşımaktadır.

Munzam zararın Türk hukukunda bu kadar çok tartışmaya yol açmasının temel sebebi, temerrüt faizine ilişkin düzenlemelerin (belli dönmelerde) ülkenin ekonomik yapısına uygun olmayışıdır. Her ne kadar, yürürlükteki düzenlemeler tatmin edici gözükmese de, geçmiş dönemlerde temerrüt faiziyle ilgili pek çok sorunun ortaya çıktığı, sabit bir faiz oranının uygulandığı dönmelerde enflasyondaki artışların bu düzenlemeleri felce uğrattığı bilinmektedir. Temerrüt faizinin, enflasyon oranının altında kaldığı dönemlerde, alacaklılar, temerrüt faizi ile enflasyon oranı arasındaki farkı, malvarlıklarında munzam zarar kalemi olarak göreceklerdir. Burada, ortaya çıkan munzam zarar kalemi "*paranın değer kaybetmesi sonucu*" malvarlığında meydana gelen *kaçınılmaz* eksilmedir. Daha işin başında, davacının hangi zarar kalemini talep ettiğini belirlemesi, başka bir ifadeyle munzam zarar iddiasını hangi zarar kalemiyle somutlaştırdığını tespit etmesi gerektiği belirtilmişti. Davacı, tazminat talebinde hangi zarar kalemini talep ediyorsa, ki belli bir zarar kaleminin belirlenmesiyle somutlaştırma yükü de yerine getirilecektir, bu zarar kalemi çerçevesinde ispat faaliyeti sürdürülecektir. Buna bağlı olarak, para değerinin kaybı sonucu, oluşan munzam zarar talep ediliyorsa, davacının ağır bir ispat yükü altında bulunduğunu söylemek yerinde olmayacaktır.

³²Aksini ispat, asıl ispat konusunu oluşturan vakıanın ispat edilmiş sayılmasından sonra (örneğin, yasal karine yoluyla); karşı tarafın, o vakıanın somut olayda gerçekleşmediğini ispata çalışmasıdır (ATALAY, s. 6: PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 325). Buna karşın, karşı ispatta; delil ikame yoluyla bir vakıanın somut olayda gerçekleştiği hususunda hakimde yaratılan kanaatin sarsılması veya çürütülmesi amaçlanmaktadır. Bu açıdan karşı ispat, aksini ispat gibi bağımsız bir ispat faaliyeti olmadığı için, tam bir ispat ölçüsünün yakalanması gerekmez. Karşı ispatta önemli olan, asıl ispat faaliyetiyle hakimde oluşan kanaatin belli bir ölçüde ortadan kaldırılmasıdır. Aksini ispatta ise, esasen ispat yükü üzerine düşen taraf, bu yükün getirdiği rizikoyu karineye dayanarak bertaraf etmiştir. Diğer taraf ise, karine aracılığıyla varlığı kabul edilen vakıanın somut olayda gerçekleşmediğini, sanki bağımsız bir ispat faaliyetine girişiyormuş gibi ispat etmeye çalışacak ve bu hususta delil ikame edecektir.

Bilâkis, enflasyon ile temerrüt faizi oranının farklı olduğu durumlarda, alacaklının munzam bir zarara uğradığı şüphesiz kabul edilmelidir. Bu hususta, kural olarak ispat yükünü üzerinde taşıyan davacının herhangi bir delil göstermesine gerek yoktur. Enflasyon sonucunda para değerinin düştüğü ve temerrüt faizinin bu düşüşe yetişemediği iddia edilerek, davacı, üzerine düşen usulî yükü yerine getirmiş olacaktır. Enflasyonist bir ekonomik düzenin varlığı ve enflasyon oranının herkes tarafından bilinen ve ünlü bir vakıa olduğu; temerrüt faizinin de ilgili mevzuat tarafından tayin edildiği dikkate alınırsa, davacının her hangi bir delil ikame faaliyetine girmesine gerek yoktur. Zira, munzam zararı ortaya koyan bu vakıaların maruf ve meşhur olduğu (HUMK m. 238/XI) ortadadır. Aynı yönde Yargıtay, kararında şunları ifade etmektedir:

"Enflasyonist ekonominin getirdiği olumsuz etki ve sonuçları herkesin az veya çok bildiği, en önemlisi, gerekli olduğu takdirde bilinebilmesinin kolayca gerçekleştirilebileceği ve mahkemelerinde bilgisi altında olan vakıalar olarak kabulü gerekir. Yasal deyimini ile maruf ve meşhur vakıalardır ve bunların kanıtlanmasına gerek yoktur (HUMK m. 238/XI)".

Para değerinin kaybı sonucu oluşan munzam zarar, aynı dönemde munzam zarar iddiasında bulunduğu her alacaklının asgari tazminat miktarını ortaya koymaktadır. Somutlaştırmak gerekirse, Ocak 2000 yılında muaccel olan bir borç ancak Ocak 2002 ödenebiliyorsa, temerrüt faizinin en azından bu dönemdeki enflasyon oranını karşılaması gerekmektedir. Aksi halde, iki yıl sonra tahsil edilen miktarın ekonomik değeri kendiliğinden azalmaktadır. Buna karşın, alacaklı para alacağını zamanında alabilseydi, enflasyon oranının üzerinde dahi parasını yatırım araçlarında değerlendirmesi mümkün olacaktır. Örneğin, alacaklı ilgili dönmedeki mevduat faiz oranlarıyla temerrüt faizi arasındaki farkı munzam zarar olarak talep edebilir. Yahut, ilgili dönemde ödenmeyen para alacağının devlet tahvili ya da döviz satın alınması yoluyla işletileceği ispat edilebilir. Bu hususta örnekleri çoğaltmak mümkündür³³. Bütün bu yatırım araçları munzam zararın hesaplanmasında kullanılacaktır. Ancak burada gerçekten bir ispat güçlüğü doğacaktır. Çünkü, alacaklının aynı piyasa koşullarında farklı gelir getiren birden ziyade yatırım aracından, hangisini, somut olayda seçeceğini ispat etmesi gerekmektedir. İşte bu durumda, alacaklının zarar miktarını tam olarak ispat etmesi

³³Özellikle davacının, yoksun kaldığı kar ile temerrüt faizi arasındaki farkın giderilmesini talep etmesi mümkündür. Bu durumda davacı para alacağını zamanında alsaydı, malvarlığında uğramayacağı zararı ispat edecek ve bu zarardan temerrüt faizini mahsup ederek, munzam zararını ortaya koyabilecektir. Örneğin, ödenmeyen para alacağının yerine temerrüt faizinin (ve ayrıca enflasyon oranının) üzerinden faizle borçlandığı durumlarda davacının bu yolu seçmesi daha uygun olacaktır.

mümkün gözükmemektedir. Başka bir anlatımla, alacaklının uğradığı asgari zarar tutarını para değerindeki azalma oluştururken, bunun üzerindeki zararların tam olarak ispatlanması güç gözükmemektedir. Çünkü alacaklının hangi yatırım yolunu seçeceği genel olarak şüpheyle karşılaşılabilecek; ilgili vakıa belirsiz kalacaktır. Bu durumda ispat teorisi çerçevesinde ispat güçlüğü gibi kurumların işletilmesi mümkün gözükse de, somut olay açısından öncelikle müstakil bir düzenleme getiren BK. m. 42/II'nin dikkate alınması gerekecektir. Bu hükme göre; *"Zararın hakiki miktarını ispat etmek mümkün olmadığı takdirde, hâkim, hâlin mütad cereyanını ve mutazarrır olan tarafın yaptığı tedbirleri nazara alarak onu adalete tevfikân tâyin eder"*. BK. m. 42/II gereğince, Hâkim, davacının ilgili dönemde kullanabileceği yatırım araçlarını dikkate alarak ortalama bir miktar tespit etmeli ve bu miktardan temerrüt faizini mahsup ederek munzam zararı ortaya koymalıdır. İlgili hüküm esas itibariyle ispat ölçüsünü düzenlemektedir. Hâlâ ispat yükü, davacının üzerindeyken, artık hâkim oluşan zarar konusunda tam bir ispat aramamakta; zararın var olduğu ancak tam miktarının tespit edilemediği durumlarda, yasadan aldığı yetkiyi kullanarak, zararın ortalama miktarı hakkında hüküm tesis edecektir. Tabî ki burada hâkimden gerçek zararın ispatı beklenemeyecek ancak hakim somut olayın özelliklerine göre, davacının ekonomik durumunu ve kullanabileceği yatırım yollarını da göz önüne alarak, ortalama bir miktara hükmedecektir.

BİBLİYOGRAFYA

- *ALANGOYA, Y. : Medeni Usul Hukuku Esasları, 3. Bası, İstanbul 2003.
- *ANSAY, S.Ş. : Hukuk Yargılama Usulleri, 7. Bası, Ankara 1960.
- *ATALAY, O. : Medeni Usul Hukukunda Menfi Vakıtların İspatı, İzmir 2001.
- *ATALAY, O. : “Emare İspatı”, Manisa Barosu Dergisi, Yıl: 18, S. 70, s. 7-22.
- *BİLGE, N./ÖNEN, E. : Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, 3. Bası, Ankara 1978.
- *DOMANIÇ H., Faizle Karşılanamayan Zararların Giderilmesini Sağlayan BK 105 ve Diğer Hükümler, Ankara 1998.
- *ERTEM, A.T. : “Beyyine”, AD 1948/6, s. 741-750.
- *KARAFAKİH, İ.H. : Hukuk Muhakemeleri Usulü Esasları, Ankara 1952.
- *KARAFAKİH, İ.H. : “Beyyine Mükellefiyeti”, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuku Enstitüsü Mukayeseli Hukuk Araştırma Dergisi 1958/2, s. 8-13.
- *KARTAL, B. : “Faizi Aşan Zarar (Munzam Zarar)”, Yargıtay Dergisi 1997, C. XXIII, S.4, s. 501-519.
- *KESER, L. : “İlk Görünüş İspatı (Prima Facie Beweis)”, Prof. Dr. Mahmut Birselle Armağan, İzmir 2001, s. 231-248.
- *KILIÇOĞLU, A. : Borçlar Hukuku Genel Hükümleri, 2. Bası, Ankara 2002.
- *KONURALP, H. : “Medeni Usul Hukukunda İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları”, Ankara 1999.
- *KURU, B. : Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. II, 6. Bası, İstanbul 2001.
- *PEKCANITEZ, H./ATALAY, O./ÖZEKES, M. : Medeni Usul Hukuku, 3. Bası, Ankara 2004.
- *POSTACIOĞLU, İ.E. : “İspat Külfeti”, İÜHFM 1974, C. 39, S. 1-4, s. 495-501.
- *POSTACIOĞLU, İ.E. : Medeni Usul Hukuku Dersleri, 6. Bası, İstanbul 1975.
- *TAŞPINAR, S. : “Fiili Karinelerin İspat Yükünün Dağıtılmasındaki Rolü”, AÜHFD 1996/1-4, s. 534-571.

- ***TAŞPINAR, S.** : Medeni Yargılama Hukukunda İspat Sözleşmeleri, Ankara 2001.
- ***TUĞSAVUL, M.** : “İspat Külfeti, Kanuni Deliller ve İkamesi”, AD 1951/7, s. 1060-1095.
- ***UMAR, B.** : “İspat Yükü Kavramı ve Bununla İlgili Bazı Kavramlar”, İÜHFM 1962/3-4, s. 790-798.
- ***UMAR, B.** : “Hususi Hukukta Karineler”, Ord. Prof. Sabri Şakir Ansay'ın Hatırasına Armağan, Ankara 1964, s. 181-195.
- ***UMAR, B./YILMAZ, E.** : İspat Yükü, 2. Bası, İstanbul 1980.
- ***ÜSTÜNDAĞ, S.** : Medeni Yargılama Hukuku, C. I-II, 7. Bası, İstanbul 2000.
- ***YAVUZ, N.** : “Adli İspat”, AD 1977/5-6, s. 381-399.
- ***YILDIRIM, M.K.** : “ Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi ”, İstanbul 1990.

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARAR ÇEVİRİSİ

CEYHAN DEMİR ve DİĞERLERİ TÜRKİYE¹

13 Ocak 2005

(Başvuru No: 34491/97)

Bu karar Sözleşmenin 44 § 2 maddesinde ön görüldüğü usul uyarınca kesinlik kazanacaktır. Karar bir takım şekli değişikliklere tâbi tutulabilir.

Ar. Gör. İlker Gökhan ŞEN*

OLAYLAR

I. DAVAYA İLİŞKİN OLAYLAR

10. Başvuranlar, ölen Kadri Demir'in yakınıdır. Bn. Mecbure Demir Ceyhan,..... Suzan Demir'in annesidir.

Bn. Tenzile Aslan ölenin imam nikahlı eşi ve Mevlüde,... Vedat Demir'in annesidir.

A. Kadri Demir'in Ölümüne İlişkin Olaylar (paragraf 11-27)

24 Eylül 1996'da, K. Demir'in, PKK üyeliğinden on iki yıl altı aylık hapis cezasını çektiği Diyarbakır Cezaevinde, tutuklu ile gardiyan ve güvenlik güçleri arasında meydana gelen çatışmada on tutuklu ölmüş ve bir çoğu yaralanmıştır. Çatışma sonucu yaralanan on dokuz tutuklu devlet hastanesine sevk edilmiş; içlerinde K. Demir'in bulunduğu on dört kişi ise Gaziantep Cezaevine nakledilmiştir. Nakil işleminden önce saat 16:30'da Dr. Serdar Gök'ün gerçekleştirdiği muayene ve hazırladığı rapor sonucunda; adı geçen on dört tutuklunun sağlık durumları nakil işlemine engel teşkil edecek durumda olmadığı tespit edilmiştir.

25 Aralık 1996 tarihi saat 00:35 civarında nakil aracı Gaziantep Cezaevine varmış ve K. Demir orada ölü bulunmuştur. Aynı gün gerçekleştirilen otopsi sonucunda ölenin vücudunda; özellikle baş, kürek kemiği, el ve kollarında olmak üzere çok sayıda yara

¹Karar metninin davanın esasının incelendiği 91-121 paragrafları aynen, geri kalan kısmı özetlenerek çevrilmiştir. Kararın Fransızca asıl metni için bkz: <http://www.echr.coe.int/Fr/Judgments.htm>.

*Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Ana Bilim Dalı Öğretim Elemanı.

ekimoz ve sıyrık tespit edilmiştir. Ayrıca adli tıp uzmanları beyinde ödem tespit etmişlerdir.

27 Aralık 1996 tarihinde K. Demir'le birlikte Gaziantep'e nakledilen tutuklular, savcılığa verdikleri ifadelerinde; gerek Diyarbakır'daki olaylar sırasında gerekse Gaziantep yolunda nakil aracının içinde, gardiyan ve polis tarafından şiddete maruz kaldıklarını belirtmişlerdir. Ayrıca tüm tutuklular yola çıkmadan önce herhangi bir tıbbi yardım almadıklarını da belirtmişlerdir. Bu tutuklulardan K. Demir ile kabinde yolculuk eden I. Korkar'ın ifadesi aşağıdaki gibidir:

“Yola çıkmadan önce hiçbir tıbbi yardım almadık (...) Ben K. Demir ile aynı kabindeydim iki kişiydik. Gaziantep'e yarım saat kala K. Demir hala yaşıyordu ancak can çekişiyordu (...) tüm bağırmalarımıza ve yardım çağrılarımıza rağmen kimse bizimle ilgilenmedi. Kadri Demir ve bana araç içinde dayak attılar. Aldığımız darbeler şiddetliydi. Aslında K. Demir'e Diyarbakır'da atılan cop darbesi onun ölümüne sebebiyet vermiştir. Ayrıca solunum yetmezliğinden muzdaripti. Bu yüzden her iki-üç ayda bir tedavi için hastaneye gönderilirdi”.

B. Ulusal Makamlar Tarafından Gerçekleştirilen İşlemler (paragraf 28-76)

1. Diyarbakır Cezaevinde bulunan tutuklulara karşı açılan ceza davası (No 572)

Bu dava 22 Aralık 2000 tarihinde çıkan 4616 sayılı yasa uyarınca 5 yıllığına ertelenmiştir.

2. 24 Eylül 1996'da olaya ilişkin görevlilere karşı açılan ceza davaları

a) 508 No'lu Ceza Davası

10 Aralık 1996 tarihinde Cumhuriyet savcısı, Diyarbakır Cezaevinin Müdürü, iki müdür yardımcısı, baş gardiyan ve iki gardiyana aleyhine uygulanan şiddet nedeniyle ceza davası açmıştır.

b) 125 No'lu Ceza Davası

Diyarbakır Cezaevinde meydana gelen olayların sorumlularının belirlenmesi amacıyla olayda yer alan altmış beş polis ve jandarma aleyhine 29 Nisan 1997

tarihinde Diyarbakır Ağır Ceza Mahkemesinde ceza davası açılmış olup, bu dava hala devam etmektedir².

c) 4059 No'lu Ceza Davası

12 Temmuz 2001 tarihinde cumhuriyet savcısı, K. Demir'in nakil işlemi sırasında görevli olan jandarmalar aleyhine, işkence yaparak kasten adam öldürme suçundan, ceza yasası (TCK) madde 450 § 3 uyarınca ceza davası açmıştır. Dava hala devam etmektedir.

3. İnsan haklarından sorumlu meclis alt komisyonunun soruşturması

Komisyon yürüttüğü soruşturma sonucunda hazırladığı raporda; Gaziantep'e doğru yola çıkmadan önce hazırlanan doktor raporunda tutukluların sağlıklı olduklarının belirtildiğinden bahisle, tutukluların yolda kötü muameleye maruz kalmış olmalarının ihtimal dahilinde olduğunu ve nakil işlemi esnasında görev alan askeri personel aleyhine takibat yapılması gerektiğini ileri sürmektedir.

HUKUK (ESAS İNCELEMESİ)

I. HÜKÜMETİN İTİRAZLARI (Paragraf 81-90)

A. Bn. Tenzile Aslan ve çocukları Mevlüde, Mehmet, Şükran, Serhat ve Vedat Demir'in mağduriyet sıfatına sahip olmadıkları itirazı.

Hükümet bu itirazını Ölenin imam nikahlı eşi Tenzile Aslan'ın ölenin yasal eşi olmayışından dolayı Bn. Aslan ve çocuklarının yasal olarak davaya taraf olamayacağına dayandırmaktadır. Mahkemeye (AİHM) göre, bu itiraz temelsizdir. Öncelikle adı geçen çocuklar ölen tarafından tanınmış olup, bu kişinin yasal mirasçısıdır. Bn. Aslan'a gelince, Mahkemeye göre daha önce ölenle yaşayan bu kişinin Sözleşmenin ihlalden doğrudan etkilendiği kuşkusuzdur. Bu bağlamda bir kişinin mağduriyet kavramını ulusal hukukun tanımladığından daha geniş ve bağımsız yorumlamak gerekir.

B. İç Hukuk Yollarının Tüketilmediği İtirazı

Hükümet iç hukukta davaların sürdüğünü belirterek bu itirazda bulunmuştur. Mahkeme iç hukukta başvuruçuların şikayetlerini dile getirdikleri ceza ve hukuk davalarının etkili olması gerektiğini ancak somut olayda adı geçen iç hukuk yollarının

²508 ve 125 No'lu ceza davaların TCK'nın hangi maddesine dayanılarak açıldığı karar metninde belirtilmemiştir.

başvurucuların zararlarını telafi etmekten uzak olduğundan bahisle hükümetin bu itirazını da reddetmiştir.

II. SÖZLEŞMENİN 2. MADDESİNİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI

91. Başvuranlar, K. Demir'in ölümünün 24 Eylül 1996 tarihinde meydana gelen olaylar ve Gaziantep Cezaevine nakli esnasında aldığı darbe ve maruz kaldığı şiddet neticesinde meydana geldiğini, bu yüzden Sözleşmenin 2. maddesinin ihlal edildiğini iddia etmektedirler. Anılan madde şu şekildedir.

“ 1. Herkesin yaşama hakkı hukuk tarafından korunur (...) Hiç kimse yaşama hakkından kasten yoksun bırakılamaz.

2. Ölüm, gücün mutlaka kullanılması gerektiği hallerde meydana gelmişse bu maddeye aykırı sayılmaz.:

a) Hukuka aykırı şiddete karşı savunma

(...)

c) Bir (...) ayaklanmayı kanuna uygun olarak bastırma”

A. Tarafların İddiaları :

92. Başvuranlar, yakınlarının, Diyarbakır Cezaevinde meydana gelen olaylar ve Gaziantep Cezaevine nakli esnasında maruz kaldığı şiddet sonucunda öldüğünü ileri sürmektedirler. Bu yüzden ulusal makamların ölüme sebebiyet veren olayları soruşturmada gerekli özen ve çabukluğu göstermediği hususunda da şikayette bulunmuşlardır. Öte yandan başvuranlar, ölenin naklini gerçekleştiren jandarmalara karşı takibatın, Mahkemenin kabul edilebilirlik kararından hemen sonra, yani olaylardan yaklaşık yedi yıl sonra gerçekleştirilmiş olduğuna dikkat çekmektedir. Başvuranlara göre bu son girişim sadece (AİHM'de) açılan davanın kaybettirilmesi amacına yöneliktir.

93. Hükümet ulusal yargı organları önündeki davaların sonuçlarının beklenmesi hususunda ısrar etmiştir. Çünkü (hükümete göre) bu davalar, ileri sürülen iddiaların; özellikle K.Demir'in nakli sırasındaki ölümü ile hapisyanede güç kullanımında ölçünün aşılması arasındaki nedensellik bağının gerçekliğinin ispatı için gerekli olan yegane araçlardır. Bu doğrultuda hükümet, 2 ve 3. maddenin uygulanmasının değerlendirilmesi sırasında yerel yetkili mahkemelerin ulaştıkları sonuçların Sözleşme (AİHS) organları tarafından dikkate alındığı mahkeme içtihatlarına atıfta bulunmuştur (*Kelly - Birleşik*

Krallık, Komisyonun 13 Ocak 1993 tarihli kararı, Kararlar ve Raporlar(KR) 74, s. 139; *Steward Birleşik Krallık*, Komisyonun 10 Temmuz 1984 tarihli kararı, (KR) 39, s. 162; *Klass ve diğerleri- Almanya* 6 Eylül 1978 tarihli karar, A Serisi n° 28, § 29; et *Ribitsch.- Avusturya*, 4 Aralık 1995 tarihli karar, A Serisi n° 336, § 32).

94. Öte yandan, hükümet, ulusal yargı organlarının vereceği kararlara bağlı olmakla birlikte, ulusal makamların, güç kullanımını bir ayaklanmanın bastırılması amacıyla, madde 2/2'de ön görülen şartlara uygun bir biçimde ve yasal sınırları içerisinde gerçekleştirdikleri savını desteklemektedir. Gerçekleşen olaylar; özellikle hapishane personelinin yaralanmış olması, Sözleşmenin 2/2. maddesinde ön görülen “ gayri meşru şiddete” karşı korunmak amacıyla şiddete başvurulduğunu göstermektedir.

B. Mahkemenin Değerlendirmesi

1. K. Demir'in Ölümü

95. Mahkeme konuyu, yargı organları ve parlamento (TBMM) tarafından gerçekleştirilen soruşturmalara ilişkin, hükümetin sunduğu belgeler ve tarafların ifade ettiği gözlemler ışığında inceleyecektir.

96. Mahkeme tarafların, 24 Eylül 1996 tarihinde, Diyarbakır Cezaevinde gardiyan ve tutukluların çatıştıkları ve sonuçta on tutuklunun öldüğü ve bir çok tutuklunun yaralandığı hususunda hemfikir olduklarını gözlemlemektedir (Paragraf 11). K. Demir, her halükarda devletin sorumluluğu altında olduğundan, 24 Eylül'de gerçekleşen olaylar sırasında mı veya daha sonra mı yaralandığının tartışılmasına lüzum yoktur.

97. 24 Eylül 1996'da gerçekleşen çatışmayı doğuran olaylara ilişkin olarak Mahkeme, olayların kökeni ne olursa olsun gardiyanların saldırıya uğrayarak bir çoğunun yaralanması karşısında, güvenlik güçlerinin tepkisinin 2. maddenin 2 a ve c paragrafları bağlamında haklı görülebileceğini gözlemlemektedir (Paragraf 11, 17 ve 20).

Öte yandan Mahkeme, güç kullanımının, 2/2 a, b ve c paragraflarındaki amaçları gerçekleştirmek için “mutlaka gerekli” olması gerektiğini belirtmektedir. Bu açıdan madde 2/2'de yer alan “mutlaka gerekli” kriterindeki “gereklilik” kavramının madde 8-11'in II. fıkralarına uygulanan “demokratik toplumda gereklilik” kriterindeki “gereklilik” kavramına göre daha dar ve katı bir biçimde yorumlanması gerekmektedir. Neticede kullanılan gücün madde 2 paragraf 2 a,b ve c'de belirtilen amaçlarla kesinlikle orantılı olması gerekmektedir. (bkz, *mutandis mutandis, Güleç- Türkiye*, 27 Temmuz

1998 tarihli karar, *Kararlar Derlemesi* 1998-IV, p. 1729, § 71, et *Oğur- Türkiye* [GC], n° 21594/93, § 78, AİHM 1999-III).

98. Mahkeme, çatışmaya katılan güvenlik güçlerinin bu tip olaylara ilişkin profesyonel formasyona ve tecrübeye sahip olduklarını saptamaktadır. Ayrıca müdahaleden önce kendilerine kullandıkları gücün sonuçlarını en aza indirmek amacıyla, güç kullanımının şekli ve ağırlığına ilişkin talimatlar verilmiştir. Bu talimatlar doğrultusunda kafaya darbe vurmamaları emri verilmiştir (Paragraf 23, 24, 38-40 ve 48). Öte yandan cezaevi yönetmeliğine göre güvenlik güçlerinin diğer silahlara başvurmadan önce göz yaşartıcı bomba, dipçik ve cop kullanmış olmaları gerekmektedir (Paragraf 80).

99. Ancak, dosyadaki belgelerde görüldüğü üzere Mahkeme, parlamento komisyonuna (TBMM İnsan Hakları Komisyonu) ifade veren iki doktorun, bir çok tutuklunun başında darbe izi, yaralar ve travma olduğunu gözlemlediklerini belirtmektedir (Paragraf 76). Aynı şekilde otopsi raporu da K. Demir'in başında bir çok ekimoz ve sıyrık bulunduğunu belirtmektedir (Paragraf 15).

100. Mahkemeye göre dosyada yer alan belgelerden hiç birisi K. Demir'in ayaklanmada aktif olarak yer aldığını ve güvenlik güçlerine saldırdığını ispatlamamaktadır (Paragraf 20).

101. Biraz önceki saptamalar dikkate alındığında, K. Demir'in ölümünün, yukarıda bahsi geçen koşullarda (bir ayaklanmanın bastırılması ve gardiyanların hayatlarının savunulması) "mutlak gereklilik" sonucunda gerçekleştiğini kabul etmek gerekmektedir.

Öte yandan güç kullanımının ölümcül olup olmadığını belirleyebilecek bir tıbbi raporun bulunmaması nedeniyle Mahkeme, incelemelerini 24 Eylül'de gerçekleşen olaylarla sınırlandırmayacak, konuyu değerlendirirken ölenin nakli başta olmak üzere, ölüme ilişkin tüm olayları dikkate alacaktır.

102. K. Demir yaklaşık altı buçuk saat süren bir yolculuğu, elleri kelepçeli bir halde, bir yere kapalı olarak ve hiç bir tıbbi yardım almadan gerçekleştirmiştir.

103. Bu nakilden önce gerçekleşen çatışmada meydana gelen şiddet olayları dikkat alındığında, yaralı haldeki K. Demir'in nakil için gerekli olan yolculuğa dayanıp dayanmayacağı uygun bir tıbbi rapor ile belirlenebilirdi. Mahkeme, bu noktada tutuklular Y. Eren ve I. Korkar'ın tanık beyanlarının birbirleriyle örtüşüğünü önemle belirtmektedir. Oysa ki olaydaki tıbbi raporun kısa ve yüzeysel olduğu ve yeterince

Krallık, Komisyonun 13 Ocak 1993 tarihli kararı, Kararlar ve Raporlar(KR) 74, s. 139; *Steward Birleşik Krallık*, Komisyonun 10 Temmuz 1984 tarihli kararı, (KR) 39, s. 162; *Klass ve diğerleri- Almanya* 6 Eylül 1978 tarihli karar, A Serisi n° 28, § 29; et *Ribitsch.- Avusturya*, 4 Aralık 1995 tarihli karar, A Serisi n° 336, § 32).

94. Öte yandan, hükümet, ulusal yargı organlarının vereceği kararlara bağlı olmakla birlikte, ulusal makamların, güç kullanımını bir ayaklanmanın bastırılması amacıyla, madde 2/2'de ön görülen şartlara uygun bir biçimde ve yasal sınırları içerisinde gerçekleştirdikleri savını desteklemektedir. Gerçekleşen olaylar; özellikle hapisane personelinin yaralanmış olması, Sözleşmenin 2/2. maddesinde ön görülen “ gayri meşru şiddete” karşı korunmak amacıyla şiddete başvurulduğunu göstermektedir.

B. Mahkemenin Değerlendirmesi

1. K. Demir'in Ölümü

95. Mahkeme konuyu, yargı organları ve parlamento (TBMM) tarafından gerçekleştirilen soruşturmalara ilişkin, hükümetin sunduğu belgeler ve tarafların ifade ettiği gözlemler ışığında inceleyecektir.

96. Mahkeme tarafların, 24 Eylül 1996 tarihinde, Diyarbakır Cezaevinde gardiyan ve tutukluların çatıştıkları ve sonuçta on tutuklunun öldüğü ve bir çok tutuklunun yaralandığı hususunda hemfikir olduklarını gözlemlemektedir (Paragraf 11). K. Demir, her halükarda devletin sorumluluğu altında olduğundan, 24 Eylül'de gerçekleşen olaylar sırasında mı veya daha sonra mı yaralandığının tartışılmasına lüzum yoktur.

97. 24 Eylül 1996'da gerçekleşen çatışmayı doğuran olaylara ilişkin olarak Mahkeme, olayların kökeni ne olursa olsun gardiyanların saldırıya uğrayarak bir çoğunun yaralanması karşısında, güvenlik güçlerinin tepkisinin 2. maddenin 2 a ve c paragrafları bağlamında haklı görülebileceğini gözlemlemektedir (Paragraf 11, 17 ve 20).

Öte yandan Mahkeme, güç kullanımının, 2/2 a, b ve c paragraflarındaki amaçları gerçekleştirmek için “mutlaka gerekli” olması gerektiğini belirtmektedir. Bu açıdan madde 2/2'de yer alan “mutlaka gerekli” kriterindeki “gereklilik” kavramının madde 8-11'in II. fıkralarına uygulanan “demokratik toplumda gereklilik” kriterindeki “gereklilik” kavramına göre daha dar ve katı bir biçimde yorumlanması gerekmektedir. Neticede kullanılan gücün madde 2 paragraf 2 a,b ve c'de belirtilen amaçlarla kesinlikle orantılı olması gerekmektedir. (bkz, *mutandis mutandis*, *Güleç- Türkiye*, 27 Temmuz

1998 tarihli karar, *Kararlar Derlemesi* 1998-IV, p. 1729, § 71, et *Oğur- Türkiye* [GC], n° 21594/93, § 78, AİHM 1999-III).

98. Mahkeme, çatışmaya katılan güvenlik güçlerinin bu tip olaylara ilişkin profesyonel formasyona ve tecrübeye sahip olduklarını saptamaktadır. Ayrıca müdahaleden önce kendilerine kullandıkları gücün sonuçlarını en aza indirmek amacıyla, güç kullanımının şekli ve ağırlığına ilişkin talimatlar verilmiştir. Bu talimatlar doğrultusunda kafaya darbe vurmamaları emri verilmiştir (Paragraf 23, 24, 38-40 ve 48). Öte yandan cezaevi yönetmeliğine göre güvenlik güçlerinin diğer silahlara başvurmadan önce göz yaşartıcı bomba, dipçik ve cop kullanmış olmaları gerekmektedir (Paragraf 80).

99. Ancak, dosyadaki belgelerde görüldüğü üzere Mahkeme, parlamento komisyonuna (TBMM İnsan Hakları Komisyonu) ifade veren iki doktorun, bir çok tutuklunun başında darbe izi, yaralar ve travma olduğunu gözlemlediklerini belirtmektedir (Paragraf 76). Aynı şekilde otopsi raporu da K. Demir'in başında bir çok ekimoz ve sıyrık bulunduğunu belirtmektedir (Paragraf 15).

100. Mahkemeye göre dosyada yer alan belgelerden hiç birisi K. Demir'in ayaklanmada aktif olarak yer aldığını ve güvenlik güçlerine saldırdığını ispatlamamaktadır (Paragraf 20).

101. Biraz önceki saptamalar dikkate alındığında, K. Demir'in ölümünün, yukarıda bahsi geçen koşullarda (bir ayaklanmanın bastırılması ve gardiyanların hayatlarının savunulması) "mutlak gereklilik" sonucunda gerçekleştiğini kabul etmek gerekmektedir.

Öte yandan güç kullanımının ölümcül olup olmadığını belirleyebilecek bir tıbbi raporun bulunmaması nedeniyle Mahkeme, incelemelerini 24 Eylül'de gerçekleşen olaylarla sınırlandırmayacak, konuyu değerlendirirken ölenin nakli başta olmak üzere, ölüme ilişkin tüm olayları dikkate alacaktır.

102. K. Demir yaklaşık altı buçuk saat süren bir yolculuğu, elleri kelepçeli bir halde, bir yere kapalı olarak ve hiç bir tıbbi yardım almadan gerçekleştirmiştir.

103. Bu nakilden önce gerçekleşen çatışmada meydana gelen şiddet olayları dikkat alındığında, yaralı haldeki K. Demir'in nakil için gerekli olan yolculuğa dayanıp dayanmayacağı uygun bir tıbbi rapor ile belirlenebilirdi. Mahkeme, bu noktada tutuklular Y. Eren ve I. Korkar'ın tanık beyanlarının birbirleriyle örtüşüğünü önemle belirtmektedir. Oysa ki olaydaki tıbbi raporun kısa ve yüzeysel olduğu ve yeterince

112. Özetle, yukarıda anlatılan eksiklikler arada düşünüldüğünde, Mahkeme, K. Demir'in ölümüne ilişkin olaylarla ilgili olarak ulusal makamların yürüttükleri soruşturmanın etkili olmadıkları kanısına varmıştır. Bu yüzden Mahkeme, hükümetin ceza ve hukuk davalarının sürdüğüne ilişkin ilk itirazlarını reddetmiş (paragraf 90) ve etkili soruşturma açısından 2. maddenin ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

III. SÖZLEŞMENİN 13. MADDESİNİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI

113. Başvuranlar, zararlarının telafi edilmediğini iddia etmektedirler. Başvuranlar 13. maddeye dayanarak şikayette bulunmuşlardır. Anılan maddeye göre:

“Bu sözleşmede tanınmış olan hak ve özgürlükleri ihlal edilen herkes, ihlaller resmi görevlerini yerine getiren kişiler tarafından gerçekleştirilmiş bile olsa, ulusal bir makama başvurma hakkına sahiptir.”

114. Mahkeme, 13. maddenin, Sözleşmede yer alan hak ve özgürlüklerin korunması amacıyla iç hukukta başvuru yolunu sağladığını belirtmektedir. Bu düzenleme sonucunda iç hukukta, Sözleşmeye dayanan yakınmaların içeriğini belirleme ve zararın uygun bir biçimde karşılanmasını sağlama yetkisinin verildiği bir ulusal makama başvuru hakkının tanınması zorunluluğu doğmaktadır. Öte yandan sözleşmecî devletler, bu düzenleme uyarınca uymak zorunda oldukları yükümlülüklerin yorumunda takdir marjına sahiptirler. 13. maddeden kaynaklanan yükümlülüğün kapsamı, başvuranın Sözleşmeye dayandırdığı yakınmasının niteliğine göre değişiklikler gösterebilir. Her halükarda 13. maddenin zorunlu kıldığı başvuru hakkının yasal düzenlemelerde olduğu kadar uygulamada da “etkin” olması gerekmektedir. Bu bağlamda bu hakkın uygulanması, savunmadaki devletin makamlarının eylem ve ihmalleri yüzünden haksız bir biçimde engellenmemelidir (Bkz özellikle *Aksoy-Türkiye*, 18 aralık 1996 tarihli karar, Derleme 1996-VI, § 95).

115. Bu düzenlemenin doğurduğu yükümlülükler uyulup uyulmadığına gelince, Mahkeme, korunan hakkın niteliğinin Sözleşmenin en temel haklarından birisi olduğunu ve kurbanın yakınlarının bu haktan yararlanacaklarının anlaşıldığını belirtmektedir. 13. maddede bahsi geçen etkili başvuru hakkı; uygun bir tazminat ödenmesi, sorumluların belirlenmesi ve cezalandırılması için ayrıntılı ve etkili soruşturmanın yürütülmesi ve aileye soruşturmaya etkin bir biçimde katılma olanağının sağlanması anlamına gelmektedir (Bkz *mutatis mutandis*, *Aksoy*, kararı).

116. Mahkeme, kendisine sunulan delillere dayanarak başvuranların yakınının ölümünden, savunmadaki devletin 2. madde anlamında sorumlu olduğu kararına varmıştır (Paragraf 105). Bu yüzden Başvuranların dile getirdikleri yakınmalar, 13. maddede ön görüldüğü üzere "savunulabilir" durumdadır (Bkz. özellikle *Boyle ve Rice-Birleşik Krallık*, 27 Nisan 1988 tarihli karar, A serisi n° 131, § 52).

117. Bu yüzden makamların, dava konusu ölümle ilgili olaylar hakkında etkili bir soruşturma yükümlülüğü bulunmaktaydı. Somut olayın şartları dikkate alındığında, Mahkeme, 2. maddenin yüklediği soruşturma yürütme yükümlülüğünden daha geniş olan 13. maddeye uygun bir biçimde, etkili yargısal bir soruşturmanın yürütülmüş olduğunu düşünmemektedir (*Kaya Kararı*, § 107).

118. Mahkeme, K. Demir'in ölümünden dolayı başvuranların etkili bir başvuru yolundan mahrum kaldıklarını ve zarar görenin çıkarlarını korumak için teorik olarak kullanma haklarının bulunduğu diğer başvuru yollarına ulaşamadıkları kararına varmıştır.

119. Sonuç olarak Sözleşmenin 13. maddesi ihlal edilmiştir.

IV. SÖZLEŞMENİN 3 ve 6. MADDELERİNİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI

120. Başvuranlar Sözleşmenin 3 ve 6. maddelerine dayanarak K. Demir'in maruz kaldığı şiddete ve iç hukukta yürütülmekte olan ceza davasına ilişkin şikayette bulunmuşlardır.

121. Mahkeme, bu yakınmaların Sözleşmenin 2 ve 13. maddesinin ihlali iddialarının dayandırıldığı olaylarla aynı olduğundan bahisle ayrı bir incelemeye tabi tutmanın gerekli olmadığını kanısına varmıştır (paragraf 105, 112 ve 119).

BUNEDENLERDEN ÖTÜRÜ MAHKEME

1. Hükümetin itirazlarının reddine;
2. Kadri Demir'in ölümüne ilişkin olarak 2. maddenin ihlal edildiğine;
3. Savunmadaki devletin makamlarının Kadri Demir'in ölümüne ilişkin olaylarla ilgili olarak etkili soruşturma yürütmediğinden dolayı 2. maddenin ihlal edildiğine;
4. Sözleşmenin 13. maddesinin ihlal edildiğine;
5. Sözleşmenin 3 ve 6. maddesine dayanarak dile getirilen şikayetlerin ayrıca incelenmesine gerek olmadığına;

6.Savunmadaki devletin, bu kararın kesinleşmesinden itibaren üç ay içerisinde Sözleşmenin 44 § 2 maddesi uyarınca başvuruculara aşağıdaki miktarları ödemesine

- i. Maddi tazminat için 50 000 Avro (Elli bin avro)
- ii. Manevi tazminat için 38 000 Avro (Otuz sekiz bin avro)
- iii. Mahkeme masrafları için 5000 avro (Beşbin avro)

(...)

OY BİRLİĞİ İLE KARAR VERMİŞTİR.

Soren Nielsen
Katip

Christos ROZAKIS
Başkan

KİTAP TANITIMI

Ar. Gör. Tolga AKKAYA *

Bu çalışmada hukuk yargılamasındaki geçici hukukî koruma tedbirleri alanında yazılmış temel eserlerden biri olan Prof. Dr. Saim Üstündağ'a ait “İhtiyatî Tedbirler-[Geçici Hukukî Himaye (Koruma) Tedbirleri]” tanıtılacaktır.

Hukuk mahkemesinden hukukî korunma talebinde bulunulmasıyla başlayan dava sürecinin yürütülmesi ve uyuşmazlığın mahkeme kararıyla sona ermesi belirli bir zaman dilimini gerektirir. Bu süreçte hukukî korunma talep eden taraf mahkemece belirli önlemlerin alınmaması halinde daha fazla zarar görebilecek veya hüküm ile elde edilmek istenen menfaat tarafların kötü niyetli davranışları nedeniyle sonuçsuz kalabilecektir. Örneğin, boşanma davasıyla birlikte nafaka talep eden davacı taraf ve çocukları lehine tedbir nafakasına hükmedilmemesi halinde yaşamlarını sürdürmek için gerekli ekonomik destekten yoksun kalan eş ve çocukların zor durumda kalması kuvvetle muhtemeldir. Marka hakkının ihlal edilmesi sebebiyle açılan men davasında iltibas edildiği iddia edilen markanın davalı tarafça kullanılmasına göz yumulması dava açan tacirin ekonomik ve manevi değerleri açısından onarılması güç zararlar görmesine yol açabilir. Bir alacak davasında borçlunun mal kaçırma yönelik davranışlarını önleyecek araçların olmaması halinde alacağın ödenmesini emreden mahkeme kararının icra aşamasında bir değeri olmayacaktır. Bu örneklerin sayısını ve türünü artırmak mümkündür.

Ülkemizde özellikle son yıllarda hukuk mahkemelerinde görülen dava sayısının artması, uyuşmazlık tiplerindeki içeriksel zenginleşme ve farklılaşma, uzmanlık gerektiren konuların sayısındaki artış mahkemeler aracılığıyla sağlanan hukukî korumada geçici koruma tedbirlerinin önemini eskiye oranla artırmıştır. Zira hızla değişen ve karmaşıklaşan hukukî ilişkiler mahkemelerin işlerini zorlaştırmakta ve yargılamanın uzaması kaçınılmaz bir sonuç olmaktadır. Uzayan yargılamadan tarafların olabildiğince az zarar görmesi ve etkin hukukî korunmanın sağlanması bakımından geçici hukukî koruma tedbirleri en önemli araçlardan biri olarak görülmektedir.

*Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Ana Bilim Dalı Öğretim Elemanı.

Geçici hukukî koruma tedbirleri hakkında son yıllarda yapılan çalışmalara göz atıldığında medenî usûl hukukunda yayınlanan genel eserler (ders kitapları ve şerhler) dışında Muhammet Özkes'e ait İcra ve İflâs Hukukunda İhtiyati Haciz (Ankara 1999), Ejder Yılmaz'a ait iki ciltlik Geçici Hukukî Himaye Tedbirleri (Ankara 2001), Nevhis Deren Yıldırım'a ait Haksız Rekabet Hukuku İle Fikri ve Sınai Mülkiyet Hukukunda İhtiyati Tedbirler (İstanbul 2002), Hasan Özkan'a ait İhtiyati Tedbir, Delil Tespiti ve İhtiyati Haciz (Ankara 1997) gibi monografik eserler göze çarpmaktadır. Tabii bu monografiler dışında çeşitli hukuk dergilerinde ve armağanlarda yayınlanan makaleler de bulunmaktadır.

Tanıtmak için Prof. Üstündağ'ın eserini seçmemizin nedeni geçici hukukî koruma tedbirleri başlığıyla yayınlanan ve özellikle ihtiyati tedbirler konusunu etraflıca ele alan ilk eser olması, güncelliğini ve önemini bugün dahi korumasıdır.

Prof. Dr. Saim Üstündağ'ın "**İhtiyatî Tedbirler-[Geçici Hukukî Himaye (Koruma) Tedbirleri]**" adını taşıyan monografik eseri giriş, iki bölüm ve yedi paragraftan oluşmaktadır. Altmış bir sayfadan oluşan ve 1981 yılında yayınlanan eserin basım yeri İstanbul Üniversitesi Fakülteler Matbaasıdır.

Başlığından da anlaşıldığı gibi eser bir geçici hukukî koruma tedbiri olarak medenî usûl hukukunda ihtiyatî tedbir kurumunu incelemektedir. Eserle ilgili olarak dikkati çeken husus, ihtiyatî tedbirler hakkında yapılan ilk monografik çalışma olmasıdır. İhtiyatî tedbir kurumu Türk Hukuku'nda eserin yazıldığı dönem itibariyle hukukçularca fazla incelenen ve tartışılan bir konu değildir. Yazar da anlatımının genelinde Alman Hukuk doktrininden açıklamalar ve Türk Hukuku ile karşılaştırmalar yaparak karşılaştırılmalı hukuk metodunu izlemiştir.

Eserin giriş kısmında, ihtiyatî tedbir kurumunun düzenlenme nedeni ve bunun temel dayanağı üzerinde durulmuştur. Yazara göre, bir davanın açılması ve sonuçlandırılması her halükârda belli bir süreyi gerektirecektir. Yargılama süreci ne kadar hızlı olursa olsun yine de davacının ya da hak arayanın hakkına kavuşamaması tehlikesi her zaman mevcuttur. Bu nedenle dava sürecinin ihtiyatî tedbir kurumu ile desteklenmesi gerekmektedir. Yazar, geçici hukukî koruma tedbirlerinin etkin hukukî himaye sağlaması bakımından gerekliliğine ve bunların Türkiye ve Almanya'da anayasal temellerinin bulunmasına dikkati çekerek, ülkemizde geçici hukukî koruma tedbirlerinin basit olarak değerlendirilmesini ve neredeyse birbirinin aynı görülmesini eleştirmiştir.

Eserde geçici hukukî himayenin klâsik araçları olarak kanunlarımızda yer alan ihtiyatî haciz ve ihtiyatî tedbir kurumları ve bu iki kuruma ilişkin ortak noktalar üzerinde durulmaktadır. Bunların yanında çeşitli hukuk kollarına ait geçici hukukî himaye önlemleri (geçici emir, yürütmenin durdurulması, teminat karşılığı icranın ertelenmesi, kanun yoluna başvurulması halinde geçici erteleme vs.) ile ihtiyatî tedbir arasında amaç bakımından ortak noktalar bulunsa da- mevcut olan farklılıklara değinilmiştir.

Geçici hukukî himayenin klâsik araçlarının ilk olarak medenî usûl kanunlarında ayrıntılı biçimde düzenlenip daha sonra başka muhakeme hukuku kanunları tarafından da benimsendiğini ifade eden yazar, çeşitli ve daha özel nitelikli geçici tedbirlerin düzenlenmesinin, klâsik tedbirler ile giderilemeyen farklı problemlerin çözümünde daha etkili olacağı hususu üzerinde durmuştur.

Bundan başka yazar ihtiyatî tedbir yolu ile hangi tür tedbirlerin alınabileceği sorusunu sormakta ve bunun cevabını aramaktadır. Eserde de belirtildiği gibi tedbir istekleri son yıllarda çok artmış ve bu tedbir kararlarına karşı temyiz yolunun açık olmaması sebebiyle ortak bir hukuk tatbikatı da oluşmamıştır. Bu anlamda geçici hukukî koruma tedbirlerinin denetimine ilişkin hükümlerin yetersiz olduğu belirtilmektedir.

Eserde ihtiyatî tedbirlerin muhtevasının nelerden oluşabileceğinin cevabı aranırken, ihtiyatî tedbirin temin edici bir fonksiyona sahip olduğu temel kural olarak kabul edilmiştir. Ancak, yazar, bu yeknesak fonksiyon karşısında modern hukukçuların düşüncelerine de yer vermiş, alacaklıyı tatmin amacına yönelik ihtiyatî tedbir kararlarının da var olabileceğini ifade etmiştir. Yazar, ihtiyatî tedbirlerin yeknesak şekilde teminat amaçlı olduğu düşüncesinden vazgeçilmesi, onun yerine her tasarruf çeşidi için ihtiyatî tedbirin geçici nitelikte olduğu da unutulmadan, tedbirin hangi amaçla alındığının her somut olayda ayrı ayrı saptanması gerektiği kanaatinde dir.

Eserde, farklı amaçlar güden üç tür ihtiyatî tedbirin varlığı kabul edilmiştir; Teminat amaçlı, düzenleme amaçlı ve edim (ifa) amaçlı tedbirler.

Teminat amaçlı ihtiyatî tedbirler ile mevcut durumu değiştirmek suretiyle bir tarafın hakkının gerçekleşmesinin önlenmesine veya ciddi şekilde ağırlaştırılmasına engel olunur. Böylece hakkın gerçekleştirilebilme imkânı teminat altına alınır.

Düzenleme amaçlı tedbirler ile geçici bir durum mahkemenin kararıyla düzenlenmektedir. Bu çerçevede Alman hukukunda var olan, yasa koyucunun bizzat yaptığı ve ara hak olarak tanımlanan düzenlemeden de bahsedilmiştir.

İfa amaçlı tedbirlerin amacı ise bir hakkı geçici olarak gerçekleştirmektir. Ancak, bu tür tedbir istisnai olarak ve çok özel durumlarda uygulanmaktadır.

Yazar, yukarıda belirtilen üçlü ayrımı kabul ettikten sonra, Türk hukukunda da ihtiyatî tedbir kararlarının çeşitlerinin ve bunların içeriğinin neler olabileceğine ilişkin tespitler yapmıştır. HUMK'da m. 101 ve devamında düzenlenen tedbirlerin esasen kapsamlı olmadığı, bu maddelerden 101. maddede belirtilen tedbirlerin, teminat, düzenleme ve ifa amaçlı tedbir çeşitlerine örnek oluşturduğunu ifade etmiştir.

Genel olarak tedbirlerin temellerine Alman ve Türk hukuku açısından değinildikten sonra, eserde, "ihtiyatî tedbirlerin kabule şayan muhtevası" başlığı altında teminat, düzenleme ve ifa amaçlı tedbirlerin içeriklerinin neler olabileceği tartışılmıştır.

Yazar, teminat amaçlı tedbirlerin kabul edilebilir içeriğini hem HUMK m. 101'deki tedbir çeşitlerinden, hem de ZPO (Alman Medenî Usûl Kanunu) § 938'deki tedbir örneklerinden yola çıkarak tartışmaktadır. Taşınırlarda ve taşınmazlarda aynî ve şahsî nitelikli hakların muhafazasının hangi tedbirlerle (şerh, yediemine tevdi, muhafaza, temlik yasağı, iktisap yasağı gibi), etkili bir biçimde nasıl temin edileceği sorusunun cevabını aramaktadır. Somut durumlarda alınabilecek tedbirleri belirlemeye çalışırken, ihtiyatî tedbir ile sağlanan geçici korumanın sınırını çizmeye çalışmaktadır. Tedbir kararı öyle olmalı ki, henüz işin esası hakkında bir karar yokken etkili olan bu tedbirler, hem esas hakkındaki davada alacaklının elde edeceği sonucu sağlamamalı, hem de davanın sürüncemesiz takibini mümkün kılmalıdır.

Düzenleme amaçlı ihtiyatî tedbirler hukukî ilişkiyi yeniden inşa etmektedir. Bu tedbir türü daha çok sürekli borç ilişkilerinde söz konusu olmaktadır. Bu tür tedbirlerde mahkeme ancak kayıtsız şartsız zaruri olanı emredebilmelidir. Daha hafif türdeki tedbirlerle istenen amaca ulaşamadığı takdirde, düzenleme amaçlı tedbirlerin uygulanması uygun olacaktır. Yazar, bu alt başlık içinde yine ihtiyatî tedbirler ile hukukî bir ilişkinin ne dereceye kadar inşa edilebileceği sorusunun cevabını aramaktadır. Düzenleme amaçlı ihtiyatî tedbirler daha çok hukukî barışı koruma amacına hizmet etmektedir. Adli yargı mahkemelerinin görevi içine giren her tür hukukî ilişki düzenleme tedbirinin konusu olabilir. Düzenleme tedbirleri hukukî ilişkinin somut olayda ihlal edileceği ihtimalinin kuvvetle muhtemel olması halinde verilmelidir. Tedbir, ancak ihlal edici davranışta bulunan aleyhine alınabilir.

Eda amaçlı tedbirlerin türleri olarak, nafaka alacaklarını, alacaklarının paraya acil ihtiyacı olan hallerde paraya mahkûmiyeti, bir şeyin teslimine, bir fiilden kaçınmaya ilişkin tedbirleri ve bazı özel hallerde bir irade beyanında bulunulmasını sıralamıştır.

Yazar ihtiyatî tedbirlerin kabule şayan muhtevasını, bunların sınırlarını ve ortaya çıkabilecek sorunları birinci bölüm içinde kapsamlı olarak tespit etmeye çalışmıştır.

İkinci bölümde ise, ihtiyatî tedbirlerin ortaya çıkardığı usûl hukuku sorunlarına değinmiştir. İlk olarak esas dava ile acele muhakeme arasındaki ilişki ve etkileşimi açıklamıştır. İhtiyatî tedbir muhakemesinde belirli bir netice-i talebin ileri sürülmesi mecburiyeti olmadığını, belirli bir talepte bulunulsa da hâkimin hangi tedbire hükmedeceği konusunda geniş bir takdir hakkı olduğunu, acele muhakemedeki derdestlik problemini, hukukî dinlenilme hakkının sınırlandırılmasını, ispat yükü ve delillerin takdiri meselesini, tedbir kararı verilirken esasa ilişkin incelemenin sınırlarını ve bu konuyla ilgili tartışmaları, tedbir muhakemesinde uygulanan taraflarca hazırlama ve tasarruf ilkelerini, muhakeme masraflarının kime ait olacağını, ihtiyatî tedbire karar verilebilmesi için duruşma yapılıp yapılmayacağını, mahkemece verilen kararlar ilgili kesin hüküm problemini ve kesin hüküm ilkesine getirilen tahditleri, ihtiyatî tedbir kararlarına karşı gidilebilecek kanun yollarını ve vuku bulacak zararlara yönelik tazminat imkânını, yetki, ferâgat, sulh, kabul gibi usûl hukuku kurumlarının uygulanışını açıklamıştır.

Geçici hukukî koruma tedbirlerine ilişkin yargılamada ispat ölçüsünün düşürülmesi ve yaklaşık ispatla yetinilebilmesi, karşı taraf dinlenmeden ve duruşma yapılmadan karar verilebilecek olması dikkat çekici hususlardır. İkinci bölümde bu hususlara ilişkin ayrıntılı açıklamalar bulmak da mümkündür.

İkinci bölümün son paragrafında, iş mahkemelerindeki ihtiyatî tedbir uygulamalarına değinilmiştir. Bu paragrafta da, ihtiyatî tedbirlerin iş hukuku ile ilgili uyuşmazlıklarda daha az uygulanıyor olduğuna dikkat çekilmekle birlikte, işçi-işveren (hizmet sözleşmesi) ilişkileri nedeniyle doğacak ihtilaflarda verilebilecek ihtiyatî tedbir kararlarına ve bunların sınırlarına değinilmiştir. İşçinin ihtiyatî tedbir ile işyerine dönmeye zorlanıp zorlanamayacağı, tehdit ve tehlike arz eden bir grevin yasaklanıp yasaklanamayacağı ve bunlara benzer soruların cevapları aranmıştır.

İçeriği hakkında kısaca bilgiler vermeye çalıştığımız eserin, yayınlanmasından bugüne yirmi dört yıl geçmiş olsa bile güncelliğini ve önemini koruduğu kanaatindeyiz. Konuyla ilgilenen tüm hukukçuların eseri okumasını tavsiye ederiz.

